

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

R PROZESS

Der Prozess

Dominik Bopp
Alexander Kistler
Natalie Lisik
Kristof Reber
(Hrsg.)

Dominik Bopp
Alexander Kistler
Natalie Lisik
Kristof Reber
(Hrsg.)

Der Prozess
APARIUZ XXIV



4

Abbildung auf der vorherigen Seite: Zeichnung ohne Titel von Franz Kafka.
Zur Verfügung gestellt von: The National Library of Israel. Max Brod Archive.

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die Autor*innen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Dominik Bopp
Alexander Kistler
Natalie Lisik
Kristof Reber
(Hrsg.)

Der Prozess

APARIUZ XXIV

Mit Beiträgen von
Dominik Bopp
Helin Dalla Palma
Dominique Diethelm
Florian Geering
Pia Hunkemöller
Gishok Kiritharan
Alexander Kistler
Isabel Liniger
Natalie Lisik
Nikola Nastovski
Christoph Reusser
Nancy Rudolph
Anna Elisa Stauffer
Vivian Stein
Franco Strub
Yannick Weber

Mit Gastbeiträgen von
Prof. Dr. iur. Dr.h.c. Paul Oberhammer
Prof. Dr. iur. Christa Tobler
Dr. iur. Denise Weingart

Mit einem Vorwort von
Prof. Dr. iur. Samuel P. Baumgartner

sui generis, Zürich 2023

Vorwort

Wozu Prozesse und wozu Prozessrecht? Die Frage ist grundlegend und stellt sich gerade auch der Prozessrechtslehre. Zwar ist in der Praxis die Nachfrage nach übersichtlichen, gut strukturierten und vor allem vollständigen Zusammenstellungen der Entscheide des Bundesgerichts und der oberen kantonalen Gerichte zu bestimmten Einzelrechtsfragen gross. Trotzdem ist eine Lehre, die sich mit dem Zusammenstellen von Entscheiden begnügt, keine Lehre. Ein solches Zusammentragen werden in Kürze AI-Algorithmen besser, zuverlässiger und schneller erledigen können. Die Lehre ist vor allem dazu da, sich grundsätzliche Fragen zu stellen – sei dies *de lege lata* oder *de lege ferenda*. Dazu gehört die Frage nach dem Zweck des Prozessrechts: Geht es primär um Rechtsdurchsetzung, Generalprävention, Gerechtigkeit, Wahrheitsfindung, Streitbeilegung, oder – im Strafprozessrecht – die erfolgreiche Verbrechensbekämpfung und den Schutz des Verdächtigen? Zu den von der Lehre zu behandelnden grundsätzlichen Fragen gehört aber auch diejenige nach den Verfahrensgrundsätzen und nach verschiedenen prozessrechtlichen Instrumenten. Überhaupt soll die Lehre generell akzeptierte Ansatzpunkte hinterfragen, Verbindungen herstellen, Gesetzesnormen auslegen sowie neue Probleme aufzeigen und einordnen helfen – sei dies mittels dogmatischer Analyse, theoretischer Untersuchungen uni- oder interdisziplinärer Art oder mittels empirischer Forschung. Alles, was uns einem tieferen Verständnis des Prozessrechts näherbringt und dessen Zweck besser erfüllen hilft, ist hier gefragt.

In diesem Sinn und ausgehend von der Interpretation von Kafkas Prozess als absurdem Albtraum, dem der Protagonist hilflos ausgeliefert ist, haben Dominik Bopp, Alexander Kistler, Natalie Lisik und Kristof Reber in der diesjährigen, 24. Auflage der APARIUZ Beiträge Assistierender des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich sowie drei Beiträge illustrierer Gastautorinnen und Gastautoren aus Wissenschaft und Praxis eingeworben. Der resultierende, vorliegende Band enthält vierzehn höchst interessante Beiträge zum Prozessrecht und zu angrenzenden Gebieten und folgt der Idee der Lehre im obgenannten Sinn.

Samuel P. Baumgartner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
Autor*innenverzeichnis	XIX
Herausgeber*innenverzeichnis	XXIII

Teil 1: Einleitung

Paul Oberhammer	
«Junge*r Prozessrechtswissenschaftler*in» –	
was könnte das sein?	3

Teil 2: Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Nikola Nastovski	
Geheimnisse als «Türhüter» im Zivilprozess?	19

Helin Dalla Palma / Christoph Reusser	
ZPO-Revision: Auswirkungen auf den Arbeitsprozess	37

Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik	
Der Prozess bei Klageänderung	57

Franco Strub	
Ende gut, alles gut?	89

Anna Elisa Stauffer	
Der Ausdifferenzierungsprozess beim Innominatvertrag:	
eine Verortung	121

Nancy Rudolph	
Geburt im Vertragsrecht	147

Teil 3: Öffentliches Recht und öffentliches Verfahrensrecht

Christa Tobler	
Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen ...	179

<hr/>	
Florian Geering	
Der Türhüter vor der Verfassungsbeschwerde	205
<hr/>	
Isabel Liniger	
Warum wird den Abstimmungsfragen kein Prozess gemacht? ...	221
<hr/>	
Pia Hunkemöller	
Das Transparenzgebot im Vergabeverfahren	239
<hr/>	
Teil 4: Strafrecht und Strafprozessrecht	259
<hr/>	
Denise Weingart	
Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO	261
<hr/>	
Dominique Diethelm / Gishok Kiritharan / Vivian Stein	
Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten	279
<hr/>	
Yannick Weber	
Die Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess	303
<hr/>	
Schlusswort und Danksagung	325
<hr/>	
Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik / Kristof Reber	
Wozu denn nun Prozesse und Prozessrecht?	325

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung; am Main
Abb.	Abbildung
ABL.	Amtsblatt (Kanton; Europäische Union)
Abs.	Absatz; Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ADR	Alternative Dispute Resolution (= alternative Streitbeilegung)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft; Kanton Aargau
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
ähnl.	ähnlich
AI	Artificial Intelligence (= Künstliche Intelligenz)
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
AmtlBull.; AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anm.	Anmerkung(en)
AnwGebV	Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (LS 215.3)
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personal- verleih vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11)
B.V.	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (= geschlossene Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
BB	Der Betriebsberater (Frankfurt a.M.)
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
BeckOK	Beck'sche Onlinekommentare

Begr.	Begründer*in
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BLaw	Bachelor of Law
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1).
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
BR	Bündner Rechtsbuch
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BStRA	Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A: Privatrecht
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (Zürich)

CH	Confoederatio Helvetica
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations (siehe OR)
Covid-19-Gesetz	– Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (SR 818.102)
CP	Commentario Pratico
CPC	Code de procédure civile; Codice di diritto processuale civile (siehe ZPO)
CPP	Code de procédure pénale (siehe StPO)
CR	Commentaire Romand
CTG	Cardiotocography (=Kardiotokografie)
d.h.	das heisst
DAS	Diploma of Advanced Studies
dgl.	dergleichen
Diss.	Dissertation
DOI	Digital Object Identifier
Dr.	Doktor*in
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (Bern)
DZPO; D-ZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E	Entwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. E-ZPO])
E.	Erwägung(en)
EAD	Europäischer Auswärtiger Dienst
ECLI	European Case Law Identifier (=Europäischer Rechtsprechungs-Identifikator)
ECtHR	European Court of Human Rights (siehe EGMR)
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
ELI	European Law Institute
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbssersatz vom 25. September 1952 (SR 834.1)
ESA	EFTA Surveillance Authority
et al.	et alia; aliae; alii (= und andere)
etc.	et cetera

ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Frankfurt a.M.)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgend; e; er; es
FamPra	Die Praxis des Familienrechts (Bern)
ff.	und die folgenden
Fn.; FN	Fussnote(n)
FS	Festschrift
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
GebV OG	Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (LS 211.11)
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
GGR BS	Reglement über die Gerichtsgebühren des Kantons Basel-Stadt vom 11. September 2017 (SG 154.810)
GKV SG	Gerichtskostenverordnung des Kantons St. Gallen vom 9. Dezember 2010 (sGS 941.12)
gl.M.	gleicher Meinung
GLG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (LS 211.1)
GPA	Government Procurement Agreement (Revidiertes GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994; SR 0.632.231.422)
GR	Kanton Graubünden
h.c.	honoris causa
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
HK	Handkommentar

HKK	Historisch-kritischer Kommentar
Hrsg.	Herausgeber*in(nen)
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne; in Sachen
i.S.e.	im Sinne eines; einer
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.; insbes.	insbesondere
InstA	Institutionelles Rahmenabkommen
Intro.	Introduction
iur.	iuris
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019
IVöB 2001	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001
J.	Journal
Jh.	Jahrhundert
JhrJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena)
JIOV	Organisationsverordnung der Direktion der Justiz und des Innern vom 16. September 2009 (LS 172.110.1)
JR	Juristische Rundschau (Berlin/Boston)
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
JURA	Juristische Ausbildung (Berlin/München/Boston)
JuS	Juristische Schulung (Frankfurt a.M.)
JVV	Justizvollzugsverordnung vom 6. Dezember 2006 (LS 331.1)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
Kap.	Kapitel
KGer; KG	Kantonsgericht
KI	Konfidenzintervall
Komm.	Kommentar
KoV OG ZG	Verordnung über die Kosten in der Zivil- und Strafrechtspflege des Kantons Zug vom 15. Dezember 2011 (BGS 161.7)
KUKO	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz vom über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
lat.	lateinisch
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera (= Buchstabe)

LL.M.	Master of Laws
LS	Loseblattsammlung (Kanton Zürich)
LU	Kanton Luzern
M.A.	Master of Arts
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.Bsp.	mit weiteren Beispielen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mag.	Magister
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Köln)
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (SR 822.14)
MLaw	Master of Law
MüKo	Münchener Kommentar
N	Gesamtpopulation
N; N.	Note(n)
n	Stichprobengrösse
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
No.	number; numéro
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
odgl.	oder dergleichen
OFK	Orell Füssli Kommentar
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110); aufgehoben per 1. Januar 2007
OGer; OGr	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
ÖZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
p	Signifikanzwert
PC	Petit Commentaire
PK	Praxiskommentar

Pra	Die Praxis (Basel)
Prof.	Professor*in
publ.	publiziert
RA; RAin	Rechtsanwalt; Rechtsanwältin
resp.	respektive
rev	revidiert; e (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. revStPO])
Rev.	Review
RJL	Recherches juridiques lausannoises
Rn.	Randnummer(n)
RWI	Rechtswissenschaftliches Institut
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite(n); Satz
s.a.	siehe auch
s.u.	siehe unten
SA	Société anonyme (=Aktiengesellschaft)
Sàrl	Société à responsabilité limitée (=Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SEMP	Swiss European Mobility Programme
SG	Kanton St. Gallen; Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGK	St. Galler Kommentar
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	Semaine Judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Schulthess Kommentar
SO	Kanton Solothurn
sog.	sogenannt; e; er; es
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts; Ständerat
St.	Sankt
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StJVG	Straf- und Justizvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 (LS 331)

StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
STVG	Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet vom 17. Juni 1994 (SR 725.14)
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (Bern)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
teilw.	teilweise
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union (siehe AEUV)
u.	und
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
u.v.a.m.	und viele andere mehr
UFSP H2R	Universitärer Forschungsschwerpunkt Human Reproduction Reloaded
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Univ.	Universität
US; USA	United States of America (= Vereinigte Staaten von Amerika)
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.; vs.	versus; vom; von
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. VE-ZPO])
Verf.	Verfasser*in
vgl.	vergleiche
VGr	Verwaltungsgericht
VGZ GR	Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren des Kantons Graubünden vom 14. Dezember 2010 (BR 320.210)
VK	Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (SR 172.056.11)
VOG RR	Verordnung vom über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 18. Juli 2007 (LS 172.11)
Vol.	Volume
Vorbem./Vorb.	— Vorbemerkung(en)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Deutschland)
WTO	World Trade Organization (= Welthandelsorganisation)

www	world wide web
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Tübingen)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Autor*innenverzeichnis

SAMUEL P. BAUMGARTNER ist Professor für Zivilprozessrecht, Vergleichendes Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht und Mediation an der Universität Zürich. Er beschäftigt sich zur Hauptsache mit Fragen des schweizerischen, ausländischen und internationalen Privat-, Verfahrens- und Insolvenzrechts.

HELIN DALLA PALMA, MLaw, Rechtsanwältin, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Nach ihrem Abschluss arbeitete sie am Bezirksgericht Meilen und in einer zürcherischen Wirtschaftskanzlei und nahm anschliessend ihre Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht von Prof. Dr. Roger Rudolph an der Universität Zürich auf. 2021 erlangte sie das Anwaltspatent des Kantons Zürich. Sie verfasst derzeit eine Dissertation im Bereich des Arbeitsrechts.

DOMINIQUE DIETHELM ist Doktorandin an der Universität Zürich. Sie verfasst eine Dissertation zur audiovisuellen Protokollierung strafprozessualer Einvernahmen. Ihr Projekt widmet sich der Notwendigkeit und Ausgestaltung der Einführung einer audiovisuellen Aufzeichnungspflicht, um den Defiziten des Schriftenprotokolls entgegenzuwirken. Ihre Forschungsinteressen liegen neben dem Strafprozessrecht insbesondere im Nebenstrafrecht, im Gesundheits(straf)recht und im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Sie hat Rechtswissenschaften an der Universität Zürich (MLaw) und Maastricht (LL.M.) studiert. Sie arbeitet als Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger an der Universität Zürich. Demnächst wird sie ihr Anwaltspraktikum in einer Zürcher Kanzlei beginnen.

FLORIAN GEERING doktoriert an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. In seiner Dissertation «Access to the Swiss Federal Supreme Court – an empirical perspective» untersucht er, ob der Zugang zum Schweizer Bundesgericht gleich und effektiv ist und analysiert empirisch, welche Fälle und Parteien an das Bundesgericht gelangen. Florian Geering hat einen Master of Law an der Universität Zürich abgeschlossen und ein Diploma of Advanced Studies (DAS) in Applied Statistics an der ETH Zürich absolviert. Seit August 2023 ist er UZH Candoc Grant Empfänger. Zuvor hat er als wissenschaftlicher Assistent am Center for Legal Data Science der Universität Zürich gearbeitet.

(ORCID: 0000-0003-4733-6049)

PIA HUNKEMÖLLER studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss ihr Studium 2015 ab. Anschliessend absolvierte sie ein Hochschulpraktikum beim Bundesamt für Energie und das Auditorat am Bezirksgericht Zürich. 2018 erhielt Pia Hunkemöller das Anwaltspatent des Kantons Zürich. Danach war sie als Anwältin in Winterthur vorwiegend in den Bereichen Privatrecht und Wirtschaftsrecht tätig. Seit November 2021 ist sie wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich. Daneben verfasst sie ihre Dissertation zum schweizerischen Beschaffungsrecht.

GISHOK KIRITHARAN ist Doktorand an der Universität Zürich. Er verfasst eine Dissertation zum neuen Straftatbestand des Identitätsmissbrauchs (Art. 179^{decies} StGB). Sein Dissertationsprojekt widmet sich insbesondere der Notwendigkeit eines eigenen Straftatbestandes. Seine Forschungsinteressen liegen vor allem im Strafrecht, Migrationsrecht und Jugendstrafrecht. Gishok Kiritharan schloss 2016 die Matura (mit dem Schwerpunkt Mathematik und Physik) ab und absolvierte danach das rechtswissenschaftliche Studium (MLaw) an der Universität Bern. Er arbeitet als Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger an der Universität Zürich und als juristischer Projektmitarbeiter beim Studiendekanat der rechtswissenschaftlichen Fakultät. Nebenbei ist er als Dozent bei verschiedenen Lehrveranstaltungen an der Universität Zürich tätig.

ISABEL LINIGER hat Rechtswissenschaften an der Universität Zürich studiert und schloss 2021 mit dem Master (MLaw) ab. Seit ihrem Abschluss arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Kley und doktoriert im Themenbereich Demokratie und Staatsrecht zum Formulieren von Abstimmungsfragen. Neben ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit ist sie seit 2018 Kantonsrätin in Zug und war in verschiedenen Kommissionen tätig. Aktuell ist sie Mitglied der Justizprüfungskommission.

NIKOLA NASTOVSKI studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Zürich und Fribourg. Neben dem Studium war er u.a. in einer grossen zürcherischen Wirtschaftskanzlei tätig. Nach seinem Abschluss arbeitete er am Bezirksgericht Zürich und nahm anschliessend seine Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. Tanja Domej am Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung auf. Er verfasst eine rechtsvergleichende Dissertation zum zivilprozessualen Geheimnisschutz in Form eines In-Camera-Verfahrens.

PAUL OBERHAMMER ist seit 2011 Professor an der Universität Wien. Nach seiner Habilitation an der Universität Wien (1997) war er zunächst Professor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, danach von 2003 bis 2011 an der Universität Zürich. Sein wissenschaftlicher Schwerpunkt liegt auf dem Zivilverfahrensrecht sowie auf dem Wirtschaftsprivatrecht.

CHRISTOPH REUSSER, MLaw, Rechtsanwalt, studierte an den Universitäten Basel (BLaw) und Lausanne (MLaw). 2017 erlangte er das Anwaltspatent. Seit 2020 ist er wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht der UZH und verfasst eine Doktorarbeit im Bereich des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts.

NANCY RUDOLPH, MLaw, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und der Uppsala University (SEMP) und schloss 2020 ab. Im selben Jahr trat sie eine Stelle als Doktorandin und Assistentin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Universität Zürich) an. Seit 2021 ist sie zudem assoziierte Forscherin des Universitären Forschungsschwerpunkts der Universität Zürich «Human Reproduction Reloaded» (UFSP H2R). In ihrer Forschung beschäftigt sie sich insbesondere mit Fragen des Haftpflichtrechts und der Fortpflanzungsmedizin.

ANNA ELISA STAUFFER, MLaw, LL.M. (King's College London) ist seit Herbst 2020 Doktorandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und forscht in ihrer Dissertation zu den Innominatverträgen aus einer rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektive. Ausserdem ist sie als Assistentin tätig am Lehrstuhl für Römisches Privatrecht, Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Ulrike Babusiaux. Von Juli 2022 bis Juli 2023 war sie UZH Doc.Mobility Stipendiantin und verbrachte einen einjährigen Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

VIVIAN STEIN ist seit 2018 Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Schwarzenegger für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich. Sie studiert Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss 2022 ihren Bachelor summa cum laude ab. Neben ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl leitet sie diverse Übungsveranstaltungen an der Universität Zürich, primär im strafrechtlichen Bereich.

FRANCO STRUB ist Doktorand an der Universität Zürich und arbeitet als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Zivilverfahrens- und Privatrecht von Prof. Dr. Lorenz Droese. Er studierte Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften an der Universität St. Gallen mit Studienaufenthalten in Texas und Lausanne. Im Jahr 2022 erwarb er das Anwaltspatent.

CHRISTA TOBLER ist Professorin für Europarecht an den Universitäten Basel (Schweiz) und Leiden (Niederlande). Sie hat zwei Forschungsschwerpunkte, nämlich 1) Rechtsgleichheit und Diskriminierung, sowohl im Wirtschafts- als auch im Sozialrecht, und 2) das komplexe Rechtsverhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union vor dem Hintergrund anderer Aussenbeziehungsregime der Europäischen Union mit Nichtmitgliedstaaten, insbesondere von Assoziierungsregimen. Prof. Dr. Tobler ist Mitglied des Redaktionskomitees der *Swiss Review of International and European Law* und Mitglied des Executive Committee of Senior Experts des European Equality Law Network. Sie ist eine begeisterte Richterin (regionale Ebene) für die European Law Moot Court Competition und Mitbegründerin des The EU Law in Charts Project. Ziel des Projekts ist der Einsatz von Visualisierung in der juristischen Lehre.

YANNICK WEBER, MLaw, LL.M., ist Rechtsanwalt und Doktorand an der Universität Zürich. Nach Abschluss seines Studiums der Rechtswissenschaft in Zürich und Maastricht absolvierte er ein Praktikum an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts und war danach als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Helen Keller sowie als Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich tätig.

DENISE WEINGART, Dr. iur., Rechtsanwältin, ist Oberrichterin am Obergericht des Kantons Bern. Nach Erlangen des Anwaltspatents war sie als praktizierende Rechtsanwältin und später als wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern tätig, wo sie eine Doktorarbeit verfasste. Nach kurzer Tätigkeit als Gerichtsschreiberin wurde sie im Jahr 2018 zur Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland und im Jahr 2023 zur Oberrichterin des Kantons Bern gewählt. Neben ihrer Tätigkeit am Gericht widmet sie sich diversen wissenschaftlichen Publikationsprojekten im Straf- und Zivilrecht, ist Chefredakteurin der Online-Zeitschrift *BE N'ius* und hat zudem einen Lehrauftrag an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

Herausgeber*innenverzeichnis

DOMINIK BOPP hat in Zürich und Lausanne Rechtswissenschaften studiert und ist Inhaber des zürcherischen Anwaltspatents. Er ist derzeit wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Samuel P. Baumgartner und verfasst eine Dissertation im römischen Erbrecht.

ALEXANDER KISTLER absolvierte sein Rechtsstudium an der Universität Bern (BLaw, MLaw) sowie am King's College London (LL.M.). Anschliessend erlangte er das Anwaltspatent im Kanton Bern. Gegenwärtig ist er Doktorand bei Prof. Samuel P. Baumgartner an der Universität Zürich sowie Gerichtsschreiber an der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts.

NATALIE LISIK ist Rechtsanwältin, Mediatorin und Doktorandin an der Universität Zürich. Das Studium der Rechtswissenschaft absolvierte sie an der Universität Bern und an der Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Sie arbeitet derzeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Zivilprozessrecht, Vergleichendes Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht und Mediation bei Prof. Samuel P. Baumgartner. Ihre Dissertation verfasst sie im Bereich des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts.

KRISTOF REBER hat in Zürich und Miami Rechtswissenschaften studiert. Nach Erlangung des zürcherischen Rechtsanwaltspatents nahm er seine Assistententätigkeit für Prof. Samuel P. Baumgartner auf.

Teil 1:

Einleitung

Paul Oberhammer

«Junge*r Prozessrechts- wissenschaftler*in» – was könnte das sein?

— I —

Ich habe mich sehr über die Einladung gefreut, einleitende Gedanken zu diesem Band zu verfassen. Diese Freude resultiert zum einen aus meiner tiefen Verbundenheit zu Zürich und seiner Rechtswissenschaftlichen Fakultät, die auf meine dortige Zeit als Ordinarius von 2003 bis 2011 zurückgeht. Zum anderen halte ich es für ein besonderes Privileg des wissenschaftlichen Berufs, steten Umgang mit Jüngeren pflegen zu können. Meine Berufung an die Zürcher Fakultät erfolgte zu Beginn einer Phase des Generationswechsels, der viele deutsche und einzelne österreichische Professor*innen nach Zürich brachte. Grund dafür waren nicht zuletzt Versäumnisse der Zürcher und schweizerischen Nachwuchsarbeit in den Jahren davor. Gegen Ende meiner Zürcher Zeit begannen vielversprechende Bemühungen, um für die Zukunft Verbesserungen zu bewirken, Verbesserungen, für die sich damals namentlich der heutige Dekan THOMAS GÄCHTER einsetzte. Die Vielfalt und Qualität der vorliegenden Beiträge zeugen nicht zuletzt vom Erfolg dieser Bemühungen.

Dieser Beitrag geht auf eine Keynote zurück, die ich im Herbst 2021 bei der Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler*innen in Luxemburg halten durfte. Bei dieser Gelegenheit wies ich kritisch darauf hin, wie gross der Anteil männlicher Vortragender bei diesem Anlass war. Ein Blick auf das Inhaltsverzeichnis dieses Bandes zeigt, dass es diesbezüglich in Zürich besser aussieht. Zugleich soll nicht verschwiegen werden, dass schweizerische Teilnehmer*innen bei dieser Tagung kaum vertreten waren, ähnlich wie es sich auch bei Tagungen der «Alten» (wie etwa der Zivilprozessrechtslehrervereinigung) verhält; man könnte also vielleicht konstatieren, dass die hiesige Prozessrechtswissenschaft zwar erfreulich weiblich ist, aber in ihrer Ausrichtung doch internationaler werden könnte.

Das Folgende stellt eine überarbeitete und erweiterte Fassung meines damaligen Vortrags dar. Daher bitte ich auch um Nachsicht für das ganz Essayistische und den daraus resultierenden Umstand, dass von Anmerkungen

weitgehend abgesehen wurde. Der Titel ist bewusst in die Frageform gesetzt, denn die Alten können den Jungen natürlich gerade nicht sagen, wie sie, und schon gar nicht, was sie gerade in ihrer Eigenschaft als Junge sein sollen. Was könnte das also sein: ein*e junge*r Prozessrechtswissenschaftler*in? Ich nehme diese Frage zum Anlass, einige Überlegungen über den rechtswissenschaftlichen Beruf zu teilen.

Als ich 2003 aus Halle nach Zürich kam, hatte ich einen recht technokratisch-unreflektierten Zugang zum Recht. An der hiesigen Fakultät traf ich auf wunderbare Kolleg*innen, die zu Freund*innen wurden; sie halfen mir durch ihr Vorbild und in vielen Gesprächen unter anderem, einen neuen Zugang zum Recht und zu mir selbst als Juristen zu finden – ANDREA BÜCHLER, WOLFGANG ERNST, MARIE THERES FÖGEN und HEINRICH HONSELL. Ihnen ist dieser kleine Essay in grosser Dankbarkeit gewidmet.

— II —

«Prozessrechtswissenschaftler*in» bestimmt die Gruppe ihrem Erkenntnisgegenstand nach, dem Prozessrecht. Prozessrecht ist nun, um LUDWIG HÄSEMAYER zu paraphrasieren, eine an faktischer Ungewissheit orientierte Materie.¹ Das materielle Recht ist überwiegend auf einen feststehenden Sachverhalt ausgerichtet, und weil die Subsumtion nur eine logische Sekunde dauert, ist es eigentlich schon da, sobald ein Sachverhalt bekannt ist. Der Prozess ist dagegen, wie sein Name schon sagt, ein Weg. Am Anfang des Weges steht das Nichtwissen um den konkreten Fall, und die Tugend, die es zu kultivieren gilt, ist die Unbefangenheit; man könnte auch sagen: Offenheit für das Neue.²

Die Ungewissheit, mit der wir zu tun haben, ist sogar eine doppelte: Nicht nur der Prozess ist ein Verfahren, in dem methodisch korrekt mit Ungewissheit verfahren werden soll, auch jede Wissenschaft ist ja ein solches Verfahren. «Prozessrechtswissenschaft» bezeichnet daher einen Versuch, methodisch korrekt mit der Ungewissheit darüber umzugehen, wie man methodisch korrekt mit bestimmten Ungewissheiten umgeht, eine Art primitive Epistemologie, die an bestimmte, kontingente Normen gebunden ist, an das epistemologisch in vielem holzschnittartige Instrumentarium des Verfahrensrechts, womit der offene Zugang zur Wahrheit im engen Korsett bestimmter Normen

1 HÄSEMAYER, Prozessrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts – Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze, AcP 188 (1988) 140 (146 ff.).

2 Vgl. näher OBERHAMMER, Values in Civil Procedure, Juridiska Fakulteten Uppsala (Hrsg.), Law and Society, Contributions by the Honorary Doctors (2019), 279 (289 ff.).

zu erfolgen hat. Man kennt die Reaktion vieler Kolleg*innen, wenn man offenbart, dass man sich zum Prozess hingezogen fühlt: Der Prozessualist ist unter Juristen ja das, was der Jurist unter Menschen ist, pflege ich zu sagen. Wir sind die Spiesser, die der faktischen und rechtlichen Fülle und Vielschichtigkeit menschlicher Konflikte mit Hinweisen auf formale Normen entgegentreten, und das finden sogar Jurist*innen seltsam: Die Welt ist verwirrend und bunt, und wir kommen mit der ZPO.

Das muss auch so sein: Rechtsstaatlichkeit besteht im Kern in der Vorhersehbarkeit rechtlicher Entscheidungen. Wir sind frei, wenn und weil wir in Kenntnis von Rechtsfolgen entscheiden können. Eine solche Vorhersehbarkeit setzt aber auch eine gewisse formale Starrheit des Rechts voraus, denn allzu bewegliche, materiale, vom Ergebnis her gedachte, womöglich noch mit Moralität gesättigte Normen kippen leicht ins Willkürliche. Sehr schön sieht man das gerade im Beweisrecht: Warum ist bloss die Würdigung der Beweise frei, aber nicht der Weg zur Herstellung der Würdigungsbasis? Warum sagt die ZPO nicht einfach, das Gericht solle sich auf geeignete Weise möglichst rasch und gründlich einen Eindruck von den relevanten Fakten verschaffen, warum gibt es all die formalen Regeln darüber, wie Behauptungen aufzustellen und Beweise zu erheben sind? – Prozessualist*innen kennen die Antwort: Weil nur so die Parteien und ihre Vertreter*innen antizipieren können, was geschieht, wenn sie in der Hand des Gerichts sind. Gerade die grosse Macht, welche die freie Beweiswürdigung dem Gericht gibt, verlangt danach, dass davor die Bestimmungen des Beweisverfahrensrechts streng eingehalten und nicht etwa aufgrund diffuser Ideen von materialer Wahrheit voreilig über Bord geworfen werden.³

Prozessrecht ist insofern eine spannende Übung: Es geht zugleich um Offenheit und um die Einhaltung formaler Normen, und je nach Persönlichkeit wird man sich mit dem einen oder anderen etwas schwerer tun.

— III —

Die Rechtswissenschaft ist insofern ein spannender Ort, als sie sich den Anforderungen von zwei gesellschaftlichen Subsystemen ausgesetzt sieht, der Welt der Wissenschaft und der Welt des Rechts. Justiz und Advokatur finden uns gut, wenn wir praktische Kommentare verfassen und nützliche Lösungsvorschläge für dogmatische Detailprobleme liefern. Zugleich sind dies Tätigkeiten, die in

3 Vgl. näher OBERHAMMER, Tatsächlich Recht haben, FS Walter H. Rechberger (2005) 413 (416 ff.).

den Augen anderer Wissenschaften und vor allem auch von Rektoraten und Bildungsdirektionen nur mit einigem Wohlwollen gerade noch als Wissenschaft durchgehen. Verlagern wir uns freilich darauf, in ausländischen *peer reviewed journals* Beiträge zu international interessierenden Grundsatzfragen zu publizieren, so besteht die offenkundige Gefahr eines Bedeutungsverlusts im inländischen Rechtsleben. Das betrifft zunächst die Wissenschaft, deren Äusserungen dann nur noch eine Handvoll Fachkolleg*innen für relevant halten würden, aber auch die Lehre. Der Grund dafür, warum es so viele juristische Lehrstühle gibt, liegt schwerlich darin, dass der oder die Steuerzahler*in theoretische Reflexion auf Recht für so wichtig hält; unsere Löhne werden vornehmlich deshalb finanziert, weil wir einen Bildungsauftrag für künftige Praktiker*innen erfüllen. Umgekehrt sollte uns die Einbindung in Institutionen forschungsgeleiteter Lehre aber stets davon abhalten, unsere Fakultäten zu reinen Anwaltsschulen degenerieren zu lassen, in denen Praktiker*innen von morgen mit dem Auswendiglernen von How-to-do-Wissen zugerichtet werden.

Bei all dem geht es auch um die Bewertung der Qualität von Rechtswissenschaften: Wird sie von Wissenschaftspolitik bewertet, dann können wir mit traditioneller, nationaler Dogmatik kaum punkten. Aber auch diverse Anpassungsleistungen der letzten Jahre waren hier nur beschränkt wirksam – dass wir öfter auf internationale Tagungen fahren oder einen Beitrag über eine neue EU-Richtlinie verfassen, hebt uns nur von den Kolleg*innen ab, die das nicht tun, wird aber aus der akademischen Aussenperspektive bestenfalls als erster Schritt in die richtige Richtung, wenn nicht überhaupt nur als untaugliches Mimikry angesehen. Es ist schon oft beklagt worden, dass an Rechtswissenschaft unpassende, weil aus anderen Disziplinen stammende Massstäbe angelegt werden: englischsprachige Publikationen, *peer reviewed journals*, quantitative Messung wissenschaftlicher Leistungen, Drittmittelaufkommen als Qualitätsparameter, unbedingte Internationalität der Publikations- und Vortragstätigkeit und in letzter Instanz auch der Laufbahn usw. Ich kenne diese Themen seit ich diesen Beruf ausübe, also schon mehr als dreissig Jahre. Und ebenso lange erlebe ich, wie die Rechtswissenschaft dazu einen defensiven Zugang verfolgt. Dadurch ist es aber nur gelungen, die Entwicklung zu verlangsamen, nicht aber, sie aufzuhalten, und ein konservativer Professor des Jahres 1990, der mit einer Zeitmaschine ins Heute verfrachtet würde, sähe vielleicht einen Gutteil seiner damaligen Befürchtungen schon bestätigt. Mir geht es nicht darum, ob diese Entwicklungen gut oder schlecht sind. In der Tat hat die Rechtswissenschaft von ihrem Gegenstand herkommende Besonderheiten, und in der schönen neuen Welt der Naturwissenschaft gibt es gewiss auch mehr Idiosynkrasien, Ausbeutung und akademische Unfreiheit, als man uns glauben macht. Wir müssen uns solche Fragen aber gefallen lassen, gerade,

wenn wir weiterhin Teil einer öffentlich finanzierten Universität sein und nicht etwa auf private Repetitorien oder Anwaltsschulen umsatteln wollen. Erstens werden diese Fragen an die Rechtswissenschaft nicht von selbst verschwinden. Zweitens könnten ja manche Fragen doch das Richtige treffen. Und auch wenn man glaubt, dass all das bloss kolossale Fehlentwicklungen sind, dann sollte man dem doch mehr entgegensetzen als larmoyante Dilatorik, nämlich einen offenen und gehaltvollen Diskurs über eine zeitgemässe Selbstvergewisserung der Rechtswissenschaft.

Gerade das Verfahrensrecht ist hier besonders angreifbar. Es fällt leicht, es als blosses How-to-do-Wissen zu diskreditieren, das man ohnedies besser in der Praxis lernt. Diese Sichtweise gibt es ja nicht nur ausserhalb der Rechtswissenschaft, sondern auch unter unseren Kolleg*innen an der Universität. Die hohe Prävalenz von Jurist*innen ohne nennenswerte Kenntnisse des Verfahrensrechts ist ja ein speziell universitäres Phänomen, vor allem im Privatrecht. Als junge*r Prozessrechtswissenschaftler*in ist man daher in besonderem Masse aufgerufen, zur Reflexion von Methoden, Themen und Nutzen unseres Fachs im Rahmen universitärer Forschung und Lehre beizutragen.

Ich denke bei all dem, dass Rechtswissenschaft vor allem dann stark ist, wenn sie ihren Ort genau an der unbequemen Schnittstelle zwischen dem akademischen Feld und der Rechtspraxis sucht, zwischen den Stühlen, wenn man so will: Wenn sie den akademischen Ethos methodenreflektierter Wahrheitssuche in den juristischen Diskurs einbringt und umgekehrt (auch und gerade über Disziplinengrenzen hinaus) die Werte des Rechts vermittelt, all das, was wir darüber wissen, wie es gelingen könnte, in grossen, komplexen Gesellschaften Konflikte statt mit Gewalt mit Worten zu bewältigen.

— IV —

Die Wahl von Themen und Methoden spielt gerade bei jungen Rechtswissenschaftler*innen eine besondere Rolle, wenn und weil sie versuchen, sich zu entwickeln, zu profilieren, Themen zu besetzen, Exposure zu erreichen. Zunächst zur Methode:

Generationen sind, ohne viel zu überlegen, mehrheitlich in die dogmatische Methode gegangen, wie sie von den Altvorderen tradiert wurde. Natürlich hat sich diese Methode inkrementell weiterentwickelt – das historische Argument ist stärker in den Hintergrund getreten, das begriffliche durch den euphemistisch als «Wertungsjurisprudenz» bezeichneten Hausverstand relativiert worden, und in den letzten Jahren hat vor allem der Umgang mit immer grösseren Mengen an Information methodisch viel verändert. Lange Zeit bestand

aber Rechtswissenschaft doch grossteils darin, dass man Gesetze und Materialien, Urteile und Publikationen las, sich darauf einen Reim machte und diesen dann aufschrieb. (Daneben gab es natürlich immer auch eine Minderheit, die sich den sogenannten Grundlagenfächern zugewandt hat, wobei das Wort «Grundlagenfach» oft nur mühsam die Borniertheit der dogmatischen Mehrheit gegenüber diesen Fächern bemäntelt.) Vordergründig wendet man dabei jene Methode an, die in sogenannten Methodenlehren dargestellt werden, also in so ahistorischen und der rechtlichen und gesellschaftlichen Realität wenig Bedeutung schenkenden Schriften wie jenen von LARENZ, BYDLINSKI, KRAMER u. dgl. – Schriften, die vorgeben, «die juristische Methode» zu beinhalten, und die Generationen von Kolleg*innen erfolgreich davon entlastet haben, darüber nachzudenken, was sie eigentlich tun. Es gibt gewiss viele erfolgreiche Rechtswissenschaftler*innen, die nie ein solches Buch gelesen haben, und sie sind mir eigentlich fast lieber als jene, die nach deren Lektüre immer noch glauben, dass sie akkurate Beschreibungen des juristischen Tuns beinhalten. Tatsächlich wenden wir ja in der Dogmatik nicht bloss solche «Methoden» an, sondern eine über lange Zeiträume gewachsene, kulturell geprägte Hermeneutik und Rhetorik, die sich von Staat zu Staat,⁴ Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet⁵ und letztlich auch von Person zu Person unterscheiden und die in einem vielschichtigen Prozess mündlich und schriftlich von Generation zu Generation weitergegeben werden. Wäre ihr Inhalt bloss das, was zwischen zwei Buchdeckel einer «Methodenlehre» passt, dann wäre es traurig um sie bestellt. Ich denke aber, dass gerade die Jungen heute mehr oder weniger deutlich bemerken, dass die grosse Zeit solcher Dogmatik seit längerem vorbei ist, dass dieses sehr deutschsprachige Phänomen in den letzten Jahrzehnten gehörig unter Druck geraten ist.

Dafür mag es verschiedene Gründe geben.⁶ Zum einen sind es Faktoren wie der sich stark beschleunigende Wandel des Rechts, Europäisierung und Internationalisierung, richterlicher Aktivismus, wachsende Ausdifferenzierung des Rechts und Spezialisierung seiner Akteure, das dramatische Wachstum von Erkenntnisquellen und ihre stete elektronische Verfügbarkeit u.v.a.m. Es gibt aber auch Gründe innerhalb der Dogmatik, die dafür verantwortlich

4 Vgl. dazu aus Sicht des Verfassers OBERHAMMER, Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014) 155.

5 Vgl. etwa WALDHOFF, Kritik und Lob der Dogmatik, in GREGOR KIRCHHOF/STEFAN MAGEN/KARSTEN SCHNEIDER, Was weiß Dogmatik?: Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? (2012) 36.

6 Vgl. dazu weiterführend aus Sicht des Verfassers OBERHAMMER, «Rechtsdogmatik» and Change, in: Law and Revolution, Vorträge aus Anlass der Hundertjahrfeier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Ljubljana (in Druck).

sind, dass sie sich immer schlechter behaupten kann. Dogmatik beruht ja immer auf zwei wesentlichen Argumenten – erstens, «das war schon früher so», und zweitens, «das entspricht einem allgemeinen Prinzip». Es ist schwer zu verkennen, dass gerade diese beiden Denkweisen im 20. Jh. gehörig unter die Räder gekommen sind, das gilt für die historisch konditionierte Hermeneutik ebenso wie für den metaphysischen Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere.

Wäre ich der Meinung, dass wir die Dogmatik daher aufgeben sollen, dann hätte ich in den letzten dreissig Jahren fast alles falsch gemacht, weil ich mich ja primär mit Dogmatik befasst habe. Diese ist immerhin nicht nur eine Rhetorik zur Lösung praktischer Probleme, sondern unverzichtbares Mittel zur Erreichung jener Konsistenz, wenn man so will: Einheit der Rechtsordnung, ohne die eigentlich gar nicht von einer Rechts-«Ordnung» gesprochen werden kann.⁷ Dennoch meine ich, dass gerade junge Rechtswissenschaftler*innen heute nicht mehr ebenso unbedacht den dogmatischen Kaufmannsladen ihrer Väter übernehmen sollten wie die Generationen zuvor. Tatsächlich ist ja seit einiger Zeit zu erkennen, dass auch andere Wege beschritten werden. Ich kann natürlich nicht auf alle Ansätze eingehen, die in den letzten Jahren verfolgt wurden, sondern möchte nur auf zwei, wie mir scheint, besonders markante Aspekte hinweisen, zum einen auf die wissenschaftliche Rechtspolitik, zum anderen auf die Rechtstheorie.

Ein besonders deutliches Beispiel für den Methoden- und natürlich auch Themenwandel ist etwa die gewachsene Relevanz der wissenschaftlichen Rechtspolitik. Natürlich wurden auch schon früher Beiträge *de lege ferenda* geschrieben, aber das lief eher nebenher und galt kaum als besonders renommierlich. In den letzten Jahrzehnten haben vor allem Studien im Vorfeld der Gesetzgebung markant an Bedeutung gewonnen. Das betrifft besonders den Prozess der Europäisierung, aber auch das nationale Recht. In grossen Projekten werden legislative Vorstudien, Restatements, Principles, Rules oder ganz konkrete Legislativprojekte vorbereitet, und wer etwas auf sich hält, ist bei so etwas dabei oder schreibt zumindest dann und wann einen Landesbericht. Rechtswissenschaft hat auf diese Weise eine neue Nützlichkeit entwickelt und kann erfolgreich Drittmittel einwerben, was zwar kein Wert an sich ist, aber doch ganz wesentlich zur Akzeptanz unseres Tuns im Konzert der Fakultäten beiträgt.

Damit kann Rechtswissenschaft sich also relevante neue Themenfelder erschliessen. Aus Perspektive der Methodik werfen solche Forschungen aber doch Fragen auf. Zunächst werden die Methoden hier bisweilen von den

7 LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974) 20 ff.

Auftrag- oder Drittmittelgeber*innen vorgegeben. Bei Projekten zur EU-Rechtspolitik werden etwa regelmässig bestimmte Mengen von Interviews vorgeschrieben, deren Ergebnisse dann als *pie charts* dargestellt werden müssen usw. Um echte empirische Sozialforschung handelt es sich dabei schwerlich, höchstens um eine ganz rudimentäre, intuitive und laienhafte Do-it-yourself-Empirie, was natürlich auch Kostengründe hat. Gegen solche Erhebungen wäre auch wenig einzuwenden, wenn nicht z.B. die EU-Kommission zunehmend darauf bestünde, dass alle rechtswissenschaftlichen Aussagen mit derlei belegt werden; ich habe mehr als einmal erlebt, dass bei dogmatisch begründeter Kritik an der Konsistenz von Judikatur von der EU-Kommission als Auftraggeberin von Studien gefordert wurde, solche Kritik müsse mit den Ergebnissen von Interviews belegt werden. Es trifft natürlich zu, dass Dogmatik nur in einem sehr engen Rahmen Aussagen zum Inhalt künftiger Gesetzgebung machen kann, ich denke aber dennoch, dass leicht zu erkennen ist, dass hier methodisch noch Luft nach oben ist. Aber auch, wenn es keine solche strikten methodischen Vorgaben gibt, stellt sich die Frage, nach welchen Methoden wir denn nun rechtspolitisch forschen. Ich war z.B. zuletzt Teil der Projektgruppe für das ELI-UNIDROIT-Projekt «European Rules of Civil Procedure». ⁸ Die Methode dieses Projekts bestand im Wesentlichen darin, dass sich Prozessualist*innen aus vielen Mitgliedstaaten der EU über mehrere Jahre hinweg in Arbeitsgruppen und tagungsartigen Plenarsitzungen getroffen haben, um über bestimmte Aspekte eines einheitlichen europäischen Prozessrechts zu diskutieren. Ich habe z.B. das Kostenrecht mit WENDY KENNET aus Wales und EVA STORSKRUBB aus Schweden diskutiert, die Findings bei zwei Konferenzen zur Diskussion gestellt und das Ergebnis dann unter Aufsicht der Projektleitung als Rules mit Erläuterungen zu Papier gebracht. Ich fand den Prozess durchaus fruchtbar, aber wenn ich angeben müsste, welche wissenschaftliche Methode dabei genau angewandt wurde, dann käme ich wohl ins Schleudern.

Der sprichwörtliche *elephant in the room* ist dabei offenkundig die oft erwähnte, aber allzu selten praktizierte Interdisziplinarität. Um etwa herauszufinden, welche Gesetzgebung den Zugang von Verbraucher*innen zum Recht verbessern könnte, bräuchte es wohl sozialwissenschaftliche Methodenkompetenz, über die wir in der Regel nicht verfügen; umgekehrt müsste man die Sozialwissenschaftler*innen, die sich mit dem Prozess beschäftigen wollen, wohl auch erst suchen. Ich halte es aber für sehr wahrscheinlich, dass echte Interdisziplinarität ein grosses Potenzial für künftige Rechtswissenschaft hat, auch und gerade im Prozessrecht. Dazu müssten wir aber das Heft in die

8 Siehe die Ergebnisse dieses Prozesses in ELI/UNIDROIT (Hrsg.), ELI-UNIDROIT Model European Rules on Civil Procedure (2021).

Hand nehmen und Forschungsfragen und Projekte formulieren. Die beiden an der Zürcher Fakultät domizilierten universitären Forschungsschwerpunkte «Finanzmarktregulierung» und «Human Reproduction Reloaded» sind insofern vorbildliche Ansätze.

Eine andere methodische Ausweichbewegung gegenüber dem Relevanzverlust herkömmlicher Dogmatik ist das Erklimmen immer neuer Theoriehöhen, um so besondere Wissenschaftlichkeit zu beweisen. Die verrätselte Begriffslyrik mancher Habilitationsschriften gibt beredtes Zeugnis von solchen Bemühungen. Manche sagen dazu «Rechtstheorie». Was sollte es sonst auch sein, wenn wir bloss rechtliche Fähigkeiten haben und daher kaum in Anspruch nehmen können, wir betrieben z.B. Philosophie, Soziologie oder Ökonomie, auch wenn es nicht selten ziemlich danach aussieht? Hier rächt sich m.E. die schon zuvor erwähnte, seit vielen Jahren grassierende Borniertheit gegenüber den sogenannten Grundlagenfächern. Wenn wir über keine philosophischen oder ökonomischen Kenntnisse auf der Höhe der Zeit verfügen, braucht man sich eben auch nicht zu wundern, dass uns andere Disziplinen nicht besonders ernst nehmen, wenn wir über Recht philosophieren oder es ökonomisch analysieren u. dgl. mehr – dazu müssen wir eigentlich entweder sehr viel lesen und lernen oder Kooperationen suchen, am besten beides. Jedenfalls glaube ich aber, dass wir mit immer höheren, unverständlicheren und letztlich unbrauchbaren Metaebenen von Dogmatik, mit «Rechtstheorie» nirgendwo hinkommen – wir können im Recht reflektiert arbeiten, und man kann das Recht aus der Warte anderer Disziplinen analysieren, im besten Fall tut man beides – die rechtstheoretische Suche nach dem juristischen archimedischen Punkt ist aber doch oft nicht mehr als ein verzweifertes Ringen um Bedeutung mit untauglichen Mitteln.

Man wird also weiterhin mit praktisch brauchbarer, gehaltvoller Dogmatik reüssieren können, *und* wir sollten uns auf die Suche nach einem breiteren und daher wissenschaftlich überzeugenderen methodischen Fundament von Rechtswissenschaft begeben, auch und gerade im Prozessrecht. Es ist richtig, wenn auch künftig herkömmliche Rechtsdogmatik betrieben wird, schon im Interesse der Lehre. Warum sich aber fast alle Lehrstuhlinhaber*innen grosser Fakultäten zur Gänze damit befassen müssen, kann kaum überzeugend begründet werden. Ich denke, es wäre eine grosse Chance, wenn wir gerade methodisch mehr Farbe in unsere Fakultäten bringen: eine Chance für mehr wissenschaftlichen Ertrag, aber auch für mehr intellektuelle Anregung im fakultären Alltag.

So viel zu den Methoden. Die vielleicht schwierigste wissenschaftliche Aufgabe ist die Themenwahl. Man denke in diesem Zusammenhang zunächst etwa an den Klassiker «Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide

Movement to Make Rights Effective» von BRYANT G. GARTH und MAURO CAPPELLETTI⁹ – eine Arbeit, die 1978 (!) auf Grundlage rechtsvergleichender Forschung unter anderem formulierte, dass Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, der Einsatz von neuen Technologien, die Schaffung spezialisierter Gerichte und der verstärkte Einsatz von ADR-Mechanismen Wege für eine reale Verbesserung des Rechtsschutzes für alle sein könnten. Oder man denke z.B. an PETER SCHLOSSER, übrigens ein Schüler des früheren Genfer und später Zürcher Ordinarius WALTHER J. HABSCHEID. Als SCHLOSSER in den frühen siebziger Jahren begann, sich rechtsvergleichend mit dem Recht der Schiedsgerichtsbarkeit und dem Zivilprozess zu befassen, waren das gewiss keine Modethemen, vielmehr dominierte allenthalben noch ganz die Beschäftigung mit «klassischen» Problemen und Problemchen der ZPO. Vor über dreissig Jahren formulierte er etwa in seinem visionären Beitrag über die «lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne» auf rechtsvergleichender Basis Fragen, die uns heute noch beschäftigen, namentlich, ob wir dem Kläger eine faire Chance auf Zugang zu den relevanten Fakten geben.¹⁰ Für junge Prozessrechtswissenschaftler*innen könnte es sich lohnen, darüber nachzudenken, was heute solche Themen wären – Rechtsvergleichung und Hineinhorchen in die Praxis könnten dabei ebenso helfen wie ein gewisses Mass an Phantasie und ein fundiertes Verständnis für die Herkunft des eigenen Rechts. Die Themenwahl juristischer Forschung erfolgt nicht selten recht zufällig und fremdbestimmt; das war bei mir nicht anders. Dabei ist gerade die Identifikation relevanter, wissenschaftlichen Ertrag versprechender Forschungsfragen die im engsten Sinne wissenschaftliche und eine eigentlich sehr persönliche Aufgabe.

Persönlich habe ich dabei die Erfahrung gemacht, dass gerade Verfahrensrecht vor allem durch intradisziplinäre Bezüge interessant wird, «Prozessrecht und ...» sozusagen – in meinem Fall waren diese «plus ones» des Verfahrensrechts bisher namentlich das materielle Recht, die Rechtsgeschichte, die Europäisierung, der Rechtsvergleich sowie die Grund- und Menschenrechte. Jedenfalls ist den Jungen dringend davor abzuraten, sich ausschliesslich mit dem Verfahrensrecht zu beschäftigen, denn wenn eine solche Engführung in der Qualifikationsphase einmal geschehen ist, ist sie später nur noch schwer zu korrigieren. Ganz allgemein unterscheidet sich die Rechtswissenschaft von anderen Disziplinen doch deutlich darin, dass Spezialistentum in besonders hohem Masse schädlich ist, weil ihm eine gefährliche Tendenz innewohnt, die Wissenschaft zu einem Informationsmanagement für die Praxis zu verflachen.

9 GARTH/CAPPELLETTI, Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, (27) Buffalo Law Review (1978) 181.

10 SCHLOSSER, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599.

Rechtswissenschaftliche Einsicht resultiert ja in der Regel daraus, dass bisher unentdeckte Querbezüge hergestellt werden. Für das Verfahrensrecht gilt das insbesondere – es hat zwar keine bloss «dienende Funktion», wie manchmal ganz unreflektiert gesagt wird, weil es durchaus nicht nur das materielle Recht «umsetzt», sondern (auch) eigene Werte verwirklicht. Durch seine Verortung an der Schnittstelle von materiellem Recht und Verfassungsrecht schadet ihm zu grosse Selbstbezogenheit aber doch besonders – und umgekehrt macht diese Schnittstellenfunktion Verfahrensrecht auch so interessant.

— V —

Wie schon erwähnt, gäbe es unsere Fakultäten kaum in ihrer heutigen Grösse, wenn sie nicht die Aufgabe juristischer Bildung künftiger Generationen wahrnehmen würden. Während in der Qualifikationsphase das Forschen sehr stark im Vordergrund steht oder zumindest stehen sollte, verbringen Rechtswissenschaftler*innen später auch sehr viel Zeit mit Lehre. Das sollte jedem und jeder bewusst sein, der oder die diesen Beruf ergreifen möchte. Man spricht nicht umsonst in einem vielsagenden Doppelsinn von juristischer «Lehre», und wahrscheinlich liegen Forschen und Lehren bei uns enger zusammen als in vielen anderen Wissenschaften. Nicht zuletzt zeigt sich die unverzichtbare Ordnungsfunktion der Rechtsdogmatik ja besonders deutlich im Unterricht, weshalb z.B. auch das Verfassen eines guten Lehrbuchs eine genuin rechtswissenschaftliche Aufgabe ist.

Während der Fernlehre im Corona-Lockdown hatten viele meiner Freund*innen, deren Kinder Rechtswissenschaften studieren, das Vergnügen, online wieder einmal bei einer Vorlesung dabei zu sein. Der Tenor der Eindrücke war – zum Teil beruhigt, zum Teil bestürzt –, dass alles noch fast so sei wie früher: der Stil und Habitus der Vortragenden, die Beispiele, ja sogar die Witze waren schon aus den achtziger Jahren bekannt. In der Tat versuchen die meisten von uns, in der Forschung mehr oder weniger innovativ zu sein und zu bleiben. In der Lehre (und beim Prüfen) herrscht aber ein unglaublicher Konservatismus, viele ahmen wohl einfach das nach, was sie selbst im Studium oder bei ihren Chef*innen erlebt haben. Zudem hat der Technikeinsatz in der Lehre – erst PowerPoint, dann Zoom – eine falsche Anmutung von Fortschritt erzeugt, in Wahrheit aber den fatalen Frontalcharakter traditioneller Lehrformen noch einzementiert. Und so steht der Ordinarius wie seit urvordenklichen Zeiten am Katheder und liest vor, und irgendwie sind die meisten unglücklich.

Denken wir an jemanden, der Jus studieren will, um einen bürgerlichen Beruf zu ergreifen, ein Auskommen zu haben, einen Status – diese Person

kommt nicht aus Interesse zu uns, genauer gesagt: nicht aus Interesse an der Wissenschaft und ihrer Lehre, sondern wegen eines bestimmten Berufsbildes. Das wird vielen so gehen, und viele werden unser Lehren und Prüfen nur als Schikanen auf dem Weg zur Erreichung dieser wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ziele empfinden – manche mehr, manche weniger, weil sie mehr oder weniger begabt und ambitioniert sind. Wir haben aber eine Chance, diese Leute in der Zeit, die sie wohl oder übel mit uns verbringen müssen, für die Rechtswissenschaft zu begeistern. Manche mögen aus Interesse zu uns kommen, weniger am Recht selbst – welcher normale junge Mensch will schon wissen, wie lange die Verjährungsfrist odgl. ist. Aber es mag ein Interesse bestehen an Gerechtigkeitsfragen oder an der sozialen Funktion des Rechts. Es kann sein, dass solche jungen Menschen bei uns Antworten bekommen, Anregungen zum Weiterdenken, zum Mitmachen. Es kann aber auch sein, dass solche Leute den Eindruck bekommen, sich einer Art Sekte angeschlossen zu haben, die ihre Anliegen zynisch dekonstruiert, sodass sie schon bald nicht mehr in der Lage sind, die einfachsten Fragen zu beantworten, einer Sekte, die ihnen dann in dieser Not eine «Lehre» anbietet, die nicht diskutiert, sondern geglaubt werden will. Dies alles unter der steten Bedrohung durch die fachdidaktische Nuklearwaffe der Prüfungsrelevanz und des Notendrucks, auf die man gerne verweist, wenn man befürchtet, sonst die Aufmerksamkeit der Studierenden zu verlieren. ALBERT EINSTEIN hat einmal gesagt, das «crippling of individuals» sei das schlimmste Übel des Kapitalismus (nun ja, andere Gesellschaftssysteme schaffen das auch ganz gut und meistens noch viel besser) und weiter: «Our whole educational system suffers from this evil. An exaggerated competitive attitude is inculcated into the student, who is trained to worship acquisitive success as a preparation for his future career.»¹¹ – Wollen wir die gemeinsame Zeit von Lehrenden und Lernenden nützen, dann müssen wir uns doch fragen, wie wir Aufmerksamkeit erregen können, vielleicht sogar Begeisterung, und zwar mit Inhalten und Formaten und nicht durch Prüfungsangst und Wettbewerbsdenken. Wir sollten uns vielleicht weniger fragen, wie wir den – zum Teil auch völlig naiven – Ausbildungserwartungen der Praxis entsprechen können, sondern vielmehr, wie wir für interessierte Leute interessant sein können. Dabei möchte ich die Hypothese aufstellen, dass wir nur durch Wissenschaft interessant sein können, diese ist ja die «unique selling proposition» der Universität. Als eher praxisferne Pauker einer Anwaltschule werden wir niemals eine *bella figura* machen, weil die Praxis selbst viel aufregender ist als Lehrer, die etwas über die Praxis erzählen.

11 EINSTEIN, Why Socialism? Monthly Review, May 1949.

Ein ganz wesentlicher Fehler von Diskussionen über die Gestaltung und Reform der juristischen Ausbildung liegt meines Erachtens überhaupt darin, dass das Lehren vom Prüfen her gedacht wird. Der Fehler, die Lehre vom Prüfen her zu denken, findet ihren Gipfel dann in Formulierungen wie etwa «Bologna-konformer Lehre»: Die Lehre wird dem Prüfen angepasst und nicht etwa umgekehrt. Das Prüfen ist jedoch bloss eine Notlösung, weil wir die vielen Studierenden nicht persönlich kennen; die Anonymität des Studiums und das mangelnde Vertrauen sind also die Ursache dafür, dass wir überhaupt prüfen müssen. Warum dann der Vorgang des Prüfens aber die Prämisse für die Gestaltung der Lehre sein soll, ist unerfindlich.

Bei all dem stellt sich schliesslich die Frage, wann wir die Studierenden im Rahmen wahrhaft forschungsgeleiteter Lehre mit der brüchigen Gewissheit von Dogmatik, mit der Kontingenz und Ergebnisoffenheit dieser Rhetorik konfrontieren. Soll das gleich im ersten Semester geschehen, weil wir ja eine Universität sind? Oder erst später, wenn die Studierenden schon eine vorläufige Sicherheit im Argumentieren gewonnen haben? Ich weiss die Antwort darauf bis heute nicht. Ich bin mir aber sicher, dass wir nicht von forschungsgeleiteter Lehre sprechen können, wenn wir bis zum Ende davon schweigen und stattdessen falsche Sicherheiten von «richtig» und «falsch» vermitteln.

— VI —

Der vorliegende Beitrag erscheint in einem Band von «Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich» (oder wie auch immer die Reihe dann nach der Liquidation des RWI heissen wird), also in einem von Assistierenden editierten Band von Beiträgen von Assistierenden, der freilich hoffentlich nicht nur von Assistierenden gelesen wird. Auf der einen Seite kann man zu diesem Engagement des Nachwuchses nur gratulieren. Die Fülle der Beiträge beeindruckt, und die Vernetzung mit Gleichaltrigen macht nicht nur mehr Spass als das Andienen bei den Alten, sie ist in Wahrheit auch für die Karriere jedenfalls langfristig wichtiger. Auf der anderen Seite sollte man nicht vergessen, aufgrund welches Missstands solche Publikationen ursprünglich ins Leben gerufen wurden, nämlich eines bis heute, wenn auch in geringerem Umfange als ehemals, bestehenden Mangels an Publikationsmöglichkeiten für den Nachwuchs, zumal, wenn man nicht stets als Co-Autor*in von Vorgesetzten in Erscheinung treten möchte. Auch anderweitig wird der Nachwuchs in den Rechtswissenschaften zurückgesetzt: In den grossen einschlägigen deutschsprachigen Fachvereinigungen – namentlich der Zivilrechts-, Staatsrechts-, Strafrechts- und

Zivilprozessrechtslehrervereinigung – werden entgegen ihren insofern schon sprachlich unrichtigen Bezeichnungen zwar auch Frauen aufgenommen, aber nur Habilitierte – «trau’ keinem unter 30». Der Verfasser steht angesichts verschiedener Vorstandsfunktionen kaum im Verdacht, eine gestörte Beziehung zu solchen «Habilitiertenklubs» zu haben, dennoch glaube ich, dass der Ausschluss von Nichthabilitierten, namentlich von *post docs*, aus diesen Vereinigungen ein Fehler ist, er ist zum Nachteil nicht nur der Ausgeschlossenen, sondern vor allem auch dieser Vereinigungen. Dieses Plädoyer für einen mündigen rechtswissenschaftlichen Nachwuchs spricht freilich durchaus nicht gegen das althergebrachte Lehrer*innen-Schüler*innen-System. Im Gegenteil: Es ist ja keine Besonderheit der Wissenschaft, dass man einen Beruf durch enge Kooperation mit einer erfahrenen Vorgesetzten erlernt. Gerade angesichts der Unwägbarkeiten und Risiken akademischer Laufbahnen ist es doch auch wichtig, jemanden zu haben, der einem glaubwürdig versichern kann: Du kannst das, Du bist hier richtig!

— VII —

Was könnte das also sein, ein*e junge*r Prozessrechtswissenschaftler*in? – Die Frage nach dem Sinn der rechtswissenschaftlichen Arbeit sollte uns jedenfalls durch unsere ganze Berufslaufbahn begleiten. Man sollte es stets als etwas *Fragwürdiges* empfinden, Jurist*in zu sein.

Teil 2:

Zivilrecht und Zivilverfahrens- recht

Nikola Nastovski

Geheimnisse als «Türhüter» im Zivilprozess?

Gedanken zur Rolle der Verfahrensgrundrechte in Zivilverfahren mit Geheimnissen

I. Geheimnisse im Zivilprozess	21
<hr/>	
II. Grundrechtliche Ausgangslage	22
<hr/>	
III. Analyse ausgewählter Rechtsprechung	25
A. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)	25
B. Schweizerisches Bundesgericht (BGer)	29
<hr/>	
IV. Conclusio: Die Verfahrensgarantien als «Türöffner»	30
<hr/>	
Literaturverzeichnis	33
<hr/>	
Entscheidverzeichnis	35

I. Geheimnisse im Zivilprozess

«Es ist möglich», sagt der Türhüter, «jetzt aber nicht.»

– Türhüter zum Mann vom Lande¹

In der Türhüter-Parabel von Kafkas titelgebendem Werk *«Der Prozess»* möchte der Mann vom Lande Eintritt in das Gesetz. Vor dem Gesetz steht jedoch ein Türhüter, der dem Mann zwar immer wieder zusichert, dass der Zugang offenstehe, ihn aber gleichzeitig am Eintritt hindert. Trotz unzähliger Bitten und Anläufe stirbt der Mann vom Lande schliesslich gescheitert vor der Schwelle zum Gesetz. Den Anspruch auf «Eintritt in das Gesetz» kennt auch die schweizerische Rechtsordnung in Form der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und dem Anspruch auf *«access to a court»* als Teilgehalt des Rechts auf ein *«fair trial»* nach der europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Es stellt sich aber die Frage, inwieweit dieser verfahrensrechtliche Grundsatz auch in Prozessen mit geheimen Sachverhaltselementen Geltung entfaltet. Zu denken ist etwa an die Konstellation, dass eine Partei den Prozess nur unter Vorlage eines Dokumentes gewinnen kann, aus welchem ihr geheimes Herstellungsverfahren ersichtlich ist. Die Offenlegung ihres Geschäftsgeheimnisses gegenüber der Gegenpartei hätte jedoch nicht nur wirtschaftliche Nachteile, sondern auch eine Verzerrung des Wettbewerbs zur Folge. Mit Art. 156 ZPO existiert in der Schweiz eine gesetzliche Grundlage zum prozessualen Schutz von Geheimnissen. Ob diese ausreicht, um den Anspruch auf rechtliches Gehör der Gegenpartei (Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) so einzuschränken, dass sie gar keine Kenntnis vom Geheimnis oder von dessen wesentlichem Inhalt erhält, wurde in der Praxis allerdings bislang wenig bis gar nicht behandelt. Soweit ersichtlich zum ersten Mal überhaupt² hat sich das schweizerische Bundesgericht in BGE 148 III 84 mit Art. 156 ZPO auseinandergesetzt, wobei es sich zur Interessenkollision wie folgt geäussert hat:

Als Partei mit geheimen Tatsachenvorbringen stehe man *«[...] vor dem Dilemma, entweder eine Offenlegung von Informationen (und damit – wie dargelegt – eine Gefährdung ihrer schutzwürdigen Interessen) in Kauf zu nehmen oder aber in der Verteidigung gegenüber den in der Klage von der Beschwerdegegnerin erhobenen Vorwürfen stark behindert zu sein.»*³

Eine Lösung dieses Dilemmas hat das Bundesgericht nicht offeriert, auch nicht in einem *obiter dictum*. Stattdessen beliess es das höchste schweizerische

1 KAFKA, 9. Kapitel.

2 Vgl. HONEGGER-MÜNTENER/NASTOVSKI, S. 515.

3 BGer, 4A_58/2021, 8. Dezember 2021, E. 3.6.4.

Gericht bei der oben erwähnten Aussage und übertrug es der jeweiligen Partei, sich zwischen dem Verlust des Geheimnisses und dem Unterliegen im Prozess entscheiden zu müssen.⁴ Dieses Erschweris könnte aber in Konflikt stehen u.a. mit der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV). Vorliegend soll anhand eines kurzen Umrisses der verfahrensgrundrechtlichen Ausgangslage und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR sowie des BGer untersucht werden, ob sich die bundesgerichtliche Auffassung rechtsstaatlich vertreten lässt und welche Erkenntnisse sich für Verfahren in der oben erwähnten Konstellation ergeben.

II. Grundrechtliche Ausgangslage

Grundsätzlich hat jede Person einen Anspruch auf ungehinderten Zugang zu einer richterlichen Behörde (Art. 29a Abs. 1 BV). Im Gegensatz zu den übrigen Verfahrensgrundrechten, die Rechte *im* Verfahren garantieren, gewährt die Rechtsweggarantie einen Anspruch *auf* ein Verfahren.⁵ Es ist eine höchststrichterlich anerkannte Aufgabe des Rechtsstaates, «*das Recht jedes Bürgers auf staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten*»⁶.

Der Anspruch auf Zugang zum Recht darf zwar gesetzlich eingeschränkt, nicht jedoch völlig aufgehoben oder übermässig erschwert werden (vgl. Art. 36 BV).⁷ Er beinhaltet nicht nur eine formale, sondern auch eine materielle Dimension, weswegen auch Erschwerisse materiellrechtlichen Ursprungs eine Verletzung der Rechtsweggarantie darstellen können, wie z.B. zu kurze Verjährungs- oder Verwirkungsfristen.⁸ Die Gewährleistung des Anspruchs auf faktischen Zugang zum Recht erfordert die Beseitigung prohibitiver Faktoren. Die naheliegendsten faktischen Zugangsbarrieren sind u.a. hohe Kostenvorschüsse, Kostenrisiken, grosse Distanzen, sprachliche Barrieren, Diskriminierung von Minderheiten, Korruption etc.⁹ Die staatlich vorgenommene Prüfung (und Durchsetzung) eines infrage stehenden Rechtsanspruchs bedingt, dass die Prozessparteien ihre geltend gemachten Ansprüche effektiv darlegen können, was wiederum einen uneingeschränkten Zugang des Rechtssuchenden zum Erkenntnisverfahren voraussetzt.¹⁰ Nur so kann es einer Prozesspartei

4 Zur Besprechung des Entscheids s. HONEGGER-MÜNTENER/NASTOVSKI, S. 513 ff.

5 THURNHERR, S. 1485 Rz. 14.

6 BGE 103 V 190 E. 5.

7 SGK BV-KLEY, Art. 29a N 8.

8 GRIFFEL, S. 1081 f. Rz. 20-21 m.H.a. Howald Moor et al. gegen Schweiz; BGE 144 I 181 E. 5.3.

9 Vgl. GRIFFEL, S. 1089 Rz. 36 m.w.Bsp.

10 BGE 103 V 190 E. 5; SCHAUB, S. 1126.

gelingen, ihre geschützte Rechtsposition effektiv nachzuweisen. In der Konsequenz kann wohl aus Art. 29a BV ein Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat auf Durchsetzung seiner Rechte abgeleitet werden.¹¹

Freilich entbindet dies den Einzelnen nicht davon, nach Massgabe der richterlichen Beweisverfügung Ansprüche oder deren Abwehr darzulegen und das Gericht von der eigenen Position zu überzeugen. Der Individualrechtsschutz beinhaltet, das erhellt aus dem Grundsatz der Privatautonomie, auch den Aspekt der prozessualen Eigenverantwortung.¹² Das Offenlegen eines schützenswerten Geheimnisses und die damit einhergehende finanzielle Schädigung oder persönlichkeitsrechtliche Verletzung dürfte in aller Regel jedoch nicht im Rahmen dessen liegen, was von einer Prozesspartei im Rahmen der Eigenverantwortung zu erwarten ist.

Eine gesetzliche Beschränkung der Rechtsweggarantie enthält die schweizerische ZPO in Bezug auf den zivilprozessualen Geheimnisschutz nicht. Der prozessuale Schutz von Geheimnissen wird sogar gesetzlich vorgegeben.¹³ Jedoch gibt auch Art. 156 ZPO keinen Aufschluss darüber, ob überhaupt und inwiefern er allenfalls als gesetzliche Grundlage einer Beschränkung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei dienen könnte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich sowohl gesetzlich aus Art. 53 Abs. 1 ZPO als auch verfassungsrechtlich aus Art. 29 Abs. 2 BV und garantiert dem Einzelnen eine effektive Mitwirkung im Verfahren. Die Parteien sollen nicht zu blossen Verfahrensobjekten herabgemindert werden, sondern die Möglichkeit haben, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam einzubringen.¹⁴

Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör lässt sich nicht generell abstrakt definieren, sondern er muss abhängig von den jeweiligen konkreten tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten im Einzelfall konkretisiert werden.¹⁵ Im Rahmen der Debatte um die Einschränkung von Verfahrensgrundrechten räumen auch kritische Stimmen ein, dass die Gehörsgewährung in anderer als der üblichen Form gewährleistet werden kann, ohne dass dies eine Verletzung des Art. 29 Abs. 2 BV zur Folge hätte.¹⁶ Naturgemäss kann dies insbesondere in Fällen notwendig werden, denen eine Kollision mit anderen Grundrechten inhärent ist.

11 SCHAUB, S. 1127; BOLLER, S. 309; SGK BV-KLEY, Art. 29a N 8; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 14; vgl. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 N 33.

12 Vgl. HAAS/BECKMANN, S. 186.

13 Vgl. oben, S. 21.

14 SGK BV-STEINMANN, Art. 23 N 42.

15 SGK BV-STEINMANN, Art. 23 N 42; BGE 144 I 11 E. 5.3.

16 OFK BV-BIAGGINI, Art. 29 N 8 m.w.H.

Der Schutz von Geheimnissen ist grundrechtlich abgedeckt.¹⁷ A priori garantiert der Anspruch auf Privatsphäre (Art. 13 BV) jeder Person, auch juristischen Personen,¹⁸ ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, und zwar ungeachtet dessen, ob es sich um sensible Informationen handelt oder ob die Bearbeitung durch den Staat oder durch Privatpersonen erfolgt.¹⁹ Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bewahrt vor «*einer gewissen faktischen Einschränkung der sich aus dem Eigentumsrecht ergebenden Befugnisse*»²⁰, wozu u.a. auch das Geschäftsgeheimnis gezählt werden kann.²¹ Zumindest aber gilt der Schutz bei unlauterem bzw. rechtswidrigem Geheimnisbruch. Das führt dazu, dass geheimnisinhabende Parteien besonders vorsichtig sein werden, keine Geheimnisse im Verfahren zu offenbaren.²² Ebenso kann die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betroffen sein.²³ Nach Art. 27 Abs. 2 BV ist nämlich die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit geschützt und Eingriffe in den wirtschaftlichen Wettbewerb müssen auf Verletzung der Wirtschaftsfreiheit geprüft werden.²⁴ Zumindest in der strafrechtlichen Doktrin wird eine potenzielle Verletzung der Wirtschaftsfreiheit in Fällen der Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses im Zusammenhang mit Durchsuchungen und Untersuchungen (Art. 241 ff. StPO) thematisiert.²⁵ Sieht sich eine Partei eines Zivilverfahrens zur Vermeidung des Prozessverlustes dazu gezwungen, ein Geschäftsgeheimnis zu offenbaren, dürfte die Wirtschaftsfreiheit freilich auch im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz in Zivilprozessen zu diskutieren sein.

Sowohl der Gesetzgeber als auch die Behörden sind dazu verpflichtet, dass alle Grundrechtsgehalte in der ganzen Rechtsordnung Geltung entfalten und auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 BV).²⁶ Wenn nun aber der Zugang zum Recht nur über die Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Gegenseite gewährleistet werden kann, dann resultiert daraus eine Kollision verfassungsmässiger Rechte, die eine Auflösung mittels praktischer Konkordanz durch den Gesetzgeber erfordert.²⁷ Im

17 RITZ, S. 207; RASSI, S. 153 ff., 163.

18 Statt vieler BSK ZGB I-MEILL, Art. 28 N 33.

19 BGE 147 I 346 E. 5.3.1 m.w.H.; BGE 144 I 126 E. 4.1; BGE 138 I 331 E. 5.1.

20 Statt vieler BGE 140 I 176 E. 9.2 m.w.H.

21 Zum Begriff der «faktischen Interessen» s. SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 16 f.

22 RASSI, S. 163.

23 BGE 140 IV 28 E. 3.3.

24 OFK BV-BIAGGINI, Art. 26 N 8.

25 BGE 131 I 425 E. 6 ff.; ZK StPO-KELLER, Art. 246 N 2.

26 BGE 127 I 164 E. 5c.

27 BGE 139 I 16 E. 4.2.2; HAAS/BECKMANN, S. 188.

Grunde genommen müsste folglich unter Berücksichtigung aller divergierender Interessen eine verhältnismässige (s. Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 36 Abs. 3 BV) Lösung gesucht werden.²⁸ In diesem Zusammenhang wird nachfolgend versucht, Tendenzen in der einschlägigen Judikatur des EGMR und des BGer zu erkennen.²⁹

III. Analyse ausgewählter Rechtsprechung

A. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Die EMRK statuiert den Grundsatz des *«fair trial»* in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Unter diesen Oberbegriff fallen grundsätzlich alle rechtsstaatlich anerkannten Verfahrensgrundrechte. Auch wenn nachfolgend verschiedentlich die einzelnen Teilgehalte des Art. 6 Abs. 1 EMRK erwähnt werden, soll dies nicht über die materiell untrennbare Einheit hinwegtäuschen, welche sich nicht nur systematisch, sondern auch in der Rechtsprechung des EGMR äussert.³⁰ Während die Absätze 2 und 3 die Rechte der Angeklagten im Strafverfahren erwähnen, kommt der erste Absatz des Art. 6 EMRK in allen Verfahren mit Bezug zu zivilrechtlichen Ansprüchen und zivilrechtlicher Verpflichtung zur Anwendung.³¹ Allerdings zeichnet sich ein Aufweichen der starren Grenzen zwischen Straf- und Zivilverfahren ab. Bezüglich des Rechts auf ein kontradiktorisches Verfahren als Teilgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat der EGMR bereits explizit darauf hingewiesen, dass es keine Rolle spielt, ob es sich um ein Straf- oder Zivilverfahren handelt. In beiden Verfahren gelten dieselben Anforderungen.³² In der neueren Entwicklung erachtet es der EGMR unterdessen sogar als eine Notwendigkeit, die Absätze 2 und 3 als Inspirationsquellen für Zivilfälle heranzuziehen.³³

Der Umfang der in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Garantien wird durch die in diesem Zusammenhang ergehende Rechtsprechung des EGMR konkretisiert und diese hat sich seit der Gründung des Gerichtshofs z.T. stark weiterentwickelt.³⁴ Dieser selbst hat bereits im Jahr 1991 eine *«considerable*

28 S. BGE 127 I 164 E. 5c.

29 SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 50.

30 SCHAUB, S. 1131 m.H.a. Golder gegen das Vereinigte Königreich, § 36; zum Gesamtbetrachtungsansatz des EGMR s. unten, S. 26.

31 Vgl. VILLIGER, § 19 Rz. 545 ff.

32 Werner gegen Österreich, § 66.

33 *«The Court considers it necessary, when examining proceedings that fall within the civil-law aspect of Article 6, to draw inspiration from its approach to criminal-law matters [...]»* in Dilipak und Karakaya gegen die Türkei, § 80; Carmel Saliba gegen Malta, § 67.

34 So der EGMR in *Dombo Beheer B.V.* gegen die Niederlande, § 33: *«Nevertheless, certain principles concerning the notion of a fair hearing, in cases concerning civil rights and obligations emerge from the Court's case-law.»*

evolution in the Court's case-law»³⁵ festgestellt und erkannt, dass dem Prinzip des «*fair trial*» eine fundamentale Rolle im demokratischen Rechtsstaat zukommt.³⁶ Während in der früheren Rechtsprechung bspw. die Teilnahme eines Staatsanwalts an der geheimen Beratung des Gerichts noch als unproblematisch erachtet wurde,³⁷ wird diese Verfahrensgestaltung spätestens seit *Borgers gegen Belgien* (1991) als mit dem Prinzip der Waffengleichheit unvereinbar nicht mehr toleriert, und bereits der Anschein der mangelnden Fairness gilt als konventionswidrig.³⁸

Doch nicht nur die Ansprüche an die Formalitäten des Verfahrens haben sich weiterentwickelt: In den letzten 20 Jahren hat sich verstärkt die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Anspruch auf ein «*fair trial*» auch *faktische* Voraussetzungen an ein Verfahren stellt. Im Fall *Makhfi gegen Frankreich* (2004) wurde eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK bejaht, weil die Verteidigung erst nach 15 Stunden und 45 Minuten Verhandlungszeit um fünf Uhr morgens zum Plädoyer zugelassen worden war, was zu erheblichen Beeinträchtigungen der «*résistance physique et morale*» geführt hatte.³⁹ Der Gerichtshof rief im erwähnten Urteil explizit den Zweck der EMRK in Erinnerung und wies darauf hin, dass die darin verankerten Verfahrensrechte nicht bloss theoretischer oder illusorischer Natur sind, sondern einen *konkreten und effektiven* Schutz garantieren.⁴⁰ Seither wurde der materielle Charakter des Fairnessprinzips gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK in konstanter Rechtsprechung bestätigt.⁴¹

Die Anforderungen an ein faires Verfahren müssen trotz Geltung der Verhandlungsmaxime auch im Zivilverfahren insgesamt gewahrt werden, unter Einschluss des Beweisverfahrens (sog. *Gesamtbetrachtungsansatz*).⁴² Dazu gehört, dass jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden muss, ihren Standpunkt unter Bedingungen in das Verfahren einzubringen, die sie gegenüber der Gegenpartei nicht wesentlich benachteiligen.⁴³ Bereits in *Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande* (1993) erkannte der Gerichtshof das Erfordernis der «*fair balance*» zwischen den Parteien als festen Bestandteil

35 *Borgers gegen Belgien*, § 24.

36 *Werner gegen Österreich*, § 54.

37 *Delcourt gegen Belgien*, §§ 27-38.

38 *Borgers gegen Belgien*, §§ 24-28.

39 *Makhfi gegen Frankreich*, §§ 37, 39; vgl. auch *Foucher gegen Frankreich*, § 36.

40 *Makhfi gegen Frankreich*, § 32.

41 *S. u. a. Moiseyev gegen Russland*, § 221; *Fakailo (Safoka) et al. gegen Frankreich*, § 50; *Yakovenko gegen die Ukraine*, § 114; *Razvozhayev gegen Russland*, §§ 251, 254.

42 *Elsholz gegen Deutschland*, § 66; VILLIGER, § 19 Rz. 561.

43 *Ankerl gegen die Schweiz*, § 38; *Kress gegen Frankreich*, § 72: «[...] requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent».

des Prinzips der Waffengleichheit.⁴⁴ Im Rahmen der Fairnessprüfung muss u. a. auch die Wahrung privater sowie öffentlicher Interessen und die Frage, ob bzw. wie Beweise vorgetragen wurden, berücksichtigt werden.⁴⁵ Zudem soll die Mitwirkungsgleichheit verhindern, dass eine Partei alleine aufgrund fehlender Informationen durch Bestreiten der Gegenpartei an der Beweiserbringung scheitert.⁴⁶ Die dissentierenden Richter in *Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande* (1993) hielten noch am rein formalen Charakter des Prinzips der Waffengleichheit fest und befürchteten fundamentale Umwälzungen im Beweisrecht der Konventionsstaaten aufgrund der neuen materiellen Interpretationsweise, welche beiden Prozessparteien jeweils die gleichen Erfolgchancen garantiert. Doch trotz dieser Bedenken und knappem 5:4-Votum hat sich die Auffassung der Mehrheit auch in weiterer Folge durchgesetzt und als ständige Rechtsprechung des EGMR etabliert.⁴⁷

In *Golder gegen das Vereinigte Königreich* (1975) hat der EGMR grundlegend aufgezeigt, dass der Anspruch auf Zugang zum Recht dem Art. 6 Abs. 1 EMRK als notwendiger Teilgehalt innewohnt und daraus der Anspruch auf gerichtliche Prüfung der geltend gemachten Ansprüche abgeleitet wird.⁴⁸ Der Zugang zum Recht muss tatsächlich offenstehen, was bspw. im Urteil *Howald Moor et al. gegen die Schweiz* (2014) nicht der Fall war.⁴⁹ Die Beschwerdeführer und Angehörigen des Opfers konnten in diesem Fall aufgrund einschränkender Verjährungsregelungen des schweizerischen Rechts ihre Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Asbestose des Opfers gar nicht erst gerichtlich überprüfen lassen. Der EGMR gab den Beschwerdeführern Recht und wies darauf hin, dass der Anspruch auf Zugang zum Recht zwar Einschränkungen unterliegen könne, sein Wesensgehalt aber jedenfalls zu erhalten sei.⁵⁰ U. a. wegen dieser Konventionswidrigkeit musste das Verjährungsrecht der Schweiz schliesslich angepasst werden.⁵¹ Auch in späteren Urteilen weist der EGMR darauf hin, dass die Beschränkungen nicht zu einer Beeinträchtigung der «*very essence of the right*» führen dürfen und ohnehin

44 *Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande*, § 33.

45 VILLIGER, § 19 Rz. 563.

46 FRIEDRICH, S. 93.

47 FRIEDRICH, S. 95; *Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande*, S. 20; *Regner gegen Tschechien*, § 8; *Zayidov gegen Aserbaidshan*, § 85.

48 «*any claim relating to his civil rights and obligations*», *Golder gegen das Vereinigte Königreich*, §§ 28-36; bestätigt in *Waite und Kennedy gegen Deutschland*, § 50; *Veeber gegen Estland*, § 70.

49 *Howald Moor et al. gegen die Schweiz*, § 73.

50 *Howald Moor et al. gegen die Schweiz*, § 71.

51 Vgl. Medienmitteilung des Schweizerischen Bundesamtes für Justiz v. 7. November 2018.

nur Beschränkungen in Betracht kommen, welche ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismässig sind.⁵²

Als mögliches legitimes Ziel einer Beschränkung steht der Schutz des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei im Vordergrund. Der EGMR erkennt darin das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren. Dieses räumt den Parteien nicht nur die Möglichkeit ein, ihre behaupteten Ansprüche zu beweisen, sondern auch das Recht, Kenntnis über alle eingereichten Beweismittel zu haben.⁵³ Das Gebot der Waffengleichheit überwiegt im Zweifel jenes der Zügigkeit der Verfahrensabwicklung.⁵⁴

In der Rechtsprechung des EGMR zeigt sich allerdings, dass auch der Anspruch auf rechtliches Gehör kein ohne jede Einschränkung geschütztes Recht darstellt. In *Jasper gegen das Vereinigte Königreich* (2000) hat der Gerichtshof klargestellt, dass selbst im Strafprozess ein Abwägen der sich gegenüberstehenden Interessen von Verteidigung und Anklägerin z.B. in Bezug auf die Offenlegung bzw. Geheimhaltung von Zeugen oder Ermittlungsmethoden vorgenommen werden muss, die zu einem Ausschluss der Einsicht in die Beweise führen kann.⁵⁵ Die Beschränkung des rechtlichen Gehörs soll insbesondere zum Schutz der Grundrechte anderer Individuen oder zur Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesse vorgenommen werden.⁵⁶ Gleichzeitig muss das nationale Verfahrensrecht Massnahmen vorsehen, damit die vorgenommenen Beschränkungen «*sufficiently counterbalanced*» werden.⁵⁷ Im Jahr 2011 hat der Gerichtshof im Fall *Al-Khawaja und Tahery gegen das Vereinigte Königreich* dafür eine Prüfungskaskade entwickelt. Danach ist zu fragen, ob (1.) die Abwesenheit eines Zeugen [und damit einhergehend das Fehlen einer direkten Konfrontationsmöglichkeit] gut begründet ist; (2.) falls ja, ob es sich bei der Zeugenaussage um den entscheidenden Beweis handelt; und (3.) falls ja, ob im Verlaufe des Verfahrens genügend ausgleichende Faktoren zur Anwendung kamen.⁵⁸ Nach konstanter Rechtsprechung des EGMR genügt es, wenn die Verteidigung («*counsel*») bei der Beweisabnahme anwesend ist und effektiv die Möglichkeit hat, Fragen zu stellen.⁵⁹

52 Zubac gegen Kroatien, §78 m.w.H.; s.a. Naït-Liman gegen die Schweiz, §§114 ff.

53 Ruiz-Mateos gegen Spanien, §63; Vermeulen gegen Belgien, §33; Nideröst-Huber gegen die Schweiz, §24; Mantovanelli gegen Frankreich, §33.

54 Nideröst-Huber gegen die Schweiz, §30.

55 Jasper gegen das Vereinigte Königreich, §52; Paci gegen Belgien, §85.

56 Jasper gegen das Vereinigte Königreich, §52, s.a. Van Wesenbeeck gegen Belgien, §68.

57 Statt vieler Van Mechelen et al. gegen die Niederlande, §54.

58 Al-Khawaja und Tahery gegen das Vereinigte Königreich, §152; Schatschaschwili gegen Deutschland, §118.

59 Kostovski gegen die Niederlande, §42; Doorson gegen die Niederlande, §70 ff.; Fikret Karahan gegen die Türkei, §40.

Abschliessend kann gesagt werden, dass sich in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMKR keine Bevorzugung einzelner Verfahrensgrundrechte oder gar eine Rangordnung feststellen lässt. Im Gegenteil nimmt der Gerichtshof eine Gesamtbetrachtung vor, die eine sorgfältige Auseinandersetzung mit sämtlichen im jeweiligen Einzelfall tangierten Interessen im Lichte eines insgesamt fairen Verfahrens erfordert.

B. Schweizerisches Bundesgericht (BGer)

Das BGer attribuiert der Rechtsweggarantie einen umfassenden Charakter und betont das Recht jeder Person, ihre Sache durch eine richterliche Behörde beurteilen zu lassen, welche über eine umfassende sachliche und rechtliche Überprüfungsbefugnis verfügt.⁶⁰ In BGE 137 I 235 leitet das BGer sogar eine *Pflicht zur umfassenden Rechts- und Sachverhaltsprüfung*⁶¹ aus der Rechtsweggarantie ab und ermahnt in BGE 147 IV 274: «*Juger au sens de l'art. 29a Cst. signifie un examen complet des faits et du droit.*»⁶² In BGE 130 I 312, einem für das Verständnis der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV fundamentalen Entscheid, weist das höchste Schweizer Gericht darauf hin, dass der Zugang zum Recht *tatsächlich* möglich sein muss, und fordert die Behörden sogar dazu auf, die *erforderlichen Massnahmen zu ergreifen*, damit ein tatsächliches Hindernis überwunden werden kann.⁶³ Später ruft das BGer in BGE 141 I 105 den materiellen Charakter der Rechtsweggarantie erneut in Erinnerung, indem es den Anspruch auf Zugang zum Recht durch eine überhöhte Gerichtsgebühr als ungebührlich erschwert erachtet und darin eine Verletzung des Art. 29a BV feststellt.⁶⁴ Die Praxis des BGer stimmt folglich mit der seit *Golder gegen das Vereinigte Königreich* (1975) etablierten ständigen Rechtsprechung des EGMR überein,⁶⁵ wonach grundsätzlich ein effektiver Anspruch darauf besteht, einen Sachverhalt in dessen vollem Umfang beurteilen zu lassen.⁶⁶

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) leitet das BGer das Recht der Parteien ab, «*sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen zu äussern, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten, ihre entscheidungswesentlichen Sachvorbringen mit tauglichen sowie rechtzeitig und formrichtig angebotenen Mitteln zu beweisen, sich an den Verhandlungen zu beteiligen und in*

60 BGE 147 I 333 E. 1.6.1 (= Pra 110 2021 Nr. 84).

61 BGE 137 I 235 E. 2.5.

62 BGE 147 IV 274 E. 1.8.1 (= Pra 110 2021 Nr. 65).

63 BGE 130 I 312 E. 4.2 m.w.H. (= Pra 95 2006 Nr. 37).

64 BGE 141 I 105 E. 3.6.

65 S. oben, S. 27.

66 S.a. BGE 134 V 401 E. 5.3.

die Akten Einsicht zu nehmen [...]»⁶⁷, wiederum vergleichbar mit der Rechtsprechung des EGMR.⁶⁸ Im zitierten BGE 147 III 586 fährt das Bundesgericht mit dem Hinweis fort, dass «beiden Parteien die gleiche Möglichkeit eingeräumt werden [muss], im Prozess ihren Standpunkt zu vertreten»⁶⁹. Trotzdem gilt auch der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht uneingeschränkt und das Gericht kann bspw. im Rahmen der antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen verzichten.⁷⁰ Ebenso ist es fraglich, ob das Mitwirkungsrecht uneingeschränkt gilt. Das BGer lässt diese Frage offen und setzt den Mindestmassstab lediglich bei der Möglichkeit, sich zum Beweisergebnis zu äussern.⁷¹

Bei einem Grundrechtskonflikt, wie offensichtlich in der vorliegenden Konstellation, ist es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, mittels einer normativen Harmonisierung einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Grundrechten zu schaffen.⁷² Erst bei legislatorischer Untätigkeit sieht das BGer eine Obliegenheit des jeweiligen Gerichts, einen die Grundsätze ausgleichenden Entscheid zu fällen. Eine Hierarchie unter den Grundrechten besteht nicht. Der Ausgleich muss stattdessen über die Grundsätze des Art. 36 BV erfolgen.⁷³ Dies hat zur Konsequenz, dass sich ein gerechter Interessenausgleich erst nach sorgfältiger Durchführung einer Verhältnismässigkeitsprüfung und Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen (Art. 36 Abs. 3 BV) herbeiführen lässt.

IV. Conclusio: Die Verfahrensgarantien als «Türöffner»

Der Umgang mit einem Geheimnis ist eine äusserst delikate Angelegenheit. Deshalb kann es in einem Verfahren gegenüber der Gegenpartei (z.B. einer Marktkonkurrentin) nicht ungeschützt und im Einzelfall sogar überhaupt nicht offengelegt werden, sollte es erhalten bleiben. Auch wenn das Geheimnis *an sich* noch keinen formalen Hinderungsgrund für die Parteien bei der gerichtlichen Überprüfung der Ansprüche darstellt, zeigt der Blick in die

67 Statt vieler BGE 147 III 586 E. 5.1 m.w.H.

68 S. oben, S. 27.

69 BGE 147 III 586 E. 5.1.

70 Vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3; BGer, 5A_193/2008, 13. Mai 2008, E. 3.1.

71 BGE 143 III 65 E. 3.2; BGE 143 V 71 E. 4.1.

72 BGE 140 I 201 E. 6.7 m.w.H. (= Pra 104 2015 Nr. 53).

73 BGE 142 I 195 E. 5.6 (= Pra 106 2017 Nr. 44).

Rechtsprechung des EGMR, dass dies nicht das einzige Kriterium eines fairen Verfahrens ist. Es wird darauf abgestellt, ob die Fairness als fundamentales Element des Rechtsstaatsprinzips *insgesamt* gewahrt wird oder nicht. Die Rechtsprechungspraxis folgt zunehmend einer Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach der tatsächliche bzw. konkrete Schutz der Verfahrensrechte im Vordergrund steht. Dazu gehört u.a. auch die Möglichkeit, den eigenen Standpunkt unter Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit in den Prozess einzubringen, ohne dass daraus Nachteile für die jeweilige Partei resultieren.

Die eingangs erwähnte Auffassung des Bundesgerichts bedeutet, dass die im Widerspruch zueinander stehenden Interessen mittels Kontravalenz aufzulösen sind und sich die GeheimnisinhaberIn zwischen der «*entweder*»- und der «*oder*»-Variante entscheiden muss. Zwar wird in beiden Varianten das rechtliche Gehör der Gegenpartei uneingeschränkt gewahrt. Für die geheimnisinhabende Partei hat diese Auffassung jedoch in beiden Varianten eine Beschränkung ihrer ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen zur Folge. Diese Bevorzugung des Gehörsanspruchs widerspricht dem Grundsatz, wonach keine Rangordnung der Grundrechte besteht und die Behörden dazu verpflichtet sind, alle Grundrechte zur Geltung zu bringen. Im Fall einer Grundrechtskollision ist eine praktische Konkordanz herzustellen.⁷⁴ Anstatt der betroffenen Partei die kontravalente Entscheidung zu überlassen, wäre es Aufgabe der Behörden, durch Konjunktion der Interessen eine Lösung zu finden. Von Teilen der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die Gerichte zur Erfüllung des Anspruchs auf Zugang zum Recht sogar *notwendigerweise* die Wahrheit prüfen können und deshalb über möglichst vollständige Entscheidungsgrundlagen verfügen müssen.⁷⁵ Das Herstellen einer praktischen Konkordanz, welche das geschützte Einbringen von Geheimnissen in das Verfahren ermöglicht, entspreche nicht nur den rechtsstaatlichen Anforderungen, die an ein faires Verfahren gestellt werden, sondern würde auch eher zu einem Tatsachenfundament führen, welches der Wahrheit entspreche.

Zwar lässt sich aus der Formulierung des Art. 156 ZPO, wonach das Gericht die *erforderlichen* Massnahmen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen treffe, die Vornahme einer Verhältnismässigkeitsprüfung ableiten. Auch Art. 53 Abs. 2 ZPO lässt zumindest in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht denselben Schluss zu. Ein Massstab für die Verhältnismässigkeitsprüfung bzw. generelle Vorgaben für das Einschränken von Verfahrensrechten sind der ZPO jedoch nicht zu entnehmen, was durchaus berechtigt Anlass zur Kritik gibt.⁷⁶ Auch wenn

74 SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 41.

75 STÜRNER, S. 43; RASSI, S. 61.

76 S.a. WIEDERKEHR/MEYER, S. 1101f.

eine gewisse relative Unbestimmtheit von Gesetznormen notwendig ist,⁷⁷ müssen bei der vorliegenden Interessenabwägung Grundsatzfragen beantwortet werden, wie z.B., ob es im Falle eines Geheimnisses, bei welchem es sich um das zentrale Beweismittel handelt, zulässig wäre, den Gehörsanspruch auf die Rechtsvertretung der Gegenpartei zu reduzieren. Fragen wie diese sprengen aber wohl die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, da sie eigentlich in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers fallen.⁷⁸

Jedenfalls sollte nicht bzw. nicht nur die geheimnisinhabende Partei vor einem Dilemma⁷⁹ stehen, sondern das Gericht, welches durch verhältnismäßiges Abwägen der kollidierenden Interessen eine praktische Konkordanz herstellen sollte. Nur so würde den rechtsstaatlichen Vorgaben aus der EMRK und der BV Genüge getan werden. Ansonsten könnte den Prozessparteien, die ihre Geheimnisse wahren möchten, dasselbe Schicksal drohen wie dem Mann vom Lande in Kafkas Türhüter-Parabel:

«Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.»

– Türhüter zum Mann vom Lande⁸⁰

77 HÄNNI, S. 73.

78 KRAMER, S. 338; WIEDERKEHR/MEYER, S. 1101; vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 34.

79 So aber in BGer, 4A_58/2021, 8. Dezember 2021, E. 3.6.4.

80 KAFKA, 9. Kapitel.

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (OFK) – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BEARBEITERIN).
- BOLLER MARCEL, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie: Die Rekonstruktion eines materiellen Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der US-amerikanischen Klausel des due process und der Rechtsweggarantie, Diss. Zürich 2016.
- DONATSCH ANDREAS / LIEBER VIKTO / SUMMERS SARAH / WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. ZK StPO-BEARBEITERIN).
- EHRENZELLER BERNHARD / SCHINDLER BENJAMIN / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITERIN).
- FRIEDRICH KILIAN, Das Gebot der zivilprozessualen Waffengleichheit – Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaximen, Allzweckwaffe?, Diss. Hamburg 2021, Baden-Baden 2021.
- GEISER THOMAS / FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITERIN).
- GRIFFEL ALAIN, IV. Teil Rechtsstaatlichkeit/Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. II – Rechtsstaatlichkeit Grund- und Menschenrechte, Zürich 2020, S. 1073 ff.
- HAAS ULRICH / BECKMANN MARTIN J., Justizgewährungsanspruch und Zeugenschutzprogramm, in: Gottwald Peter / Roth Herbert (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 171 ff.
- HÄNNI JULIA, Zur Tragweite des Case Law in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung – Die Bedeutung von Präjudizien und Präjudiziellem Erwägungen in der bundesgerichtlichen Norminterpretation, ZSR 2022, Bd. 141, Heft 1, S. 51 ff.
- HONEGGER-MÜNTENER PATRICK / NASTOVSKI NIKOLA, Strafbewehrte Geheimhaltungspflicht als zivilprozessuale Schutzmassnahme nach Art. 156 ZPO, AJP 2022, Heft 5, S. 513 ff.

- KAFKA FRANZ, *Der Prozess*, Berlin 1925.
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., München/Wien/Bern 2019.
- MEYER-LADEWIG JENS / NETTESHEIM MARTIN / VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *Handkommentar Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl., Basel 2017 (zit. HK EMRK-BEARBEITERIN).
- RASSI JÜRGEN C.T., *Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess: Möglichkeiten der geschützten Verwertung von Unternehmensgeheimnissen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz und prozessualen Kooperationspflichten*, Habil. Wien 2020.
- RITZ PHILIPP, *Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht*, Diss. Tübingen 2007.
- SCHAUB LUKAS, *Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV*, AJP 2008, Heft 9, S. 1124 ff.
- STÜRNER ROLF, *Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Habil. Tübingen 1976.
- THURNHERR DANIELA, *V. Teil Grund- und Menschenrechte / Verfahrensgrundrechte*, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz Bd. II – Rechtsstaatlichkeit Grund- und Menschenrechte*, Zürich 2020, S. 1477 ff.
- VILLIGER MARK E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen*, 3. Aufl., Zürich 2020.
- WIEDERKEHR RENÉ / MEYER CHRISTIAN, *Schranken, Ausnahmen und Relativierungen des rechtlichen Gehörs*, AJP 2022, Heft 10, S. 1092 ff.

Entscheidverzeichnis

Entscheide des EGMR

- Delcourt gegen Belgien, 17. Januar 1970, Nr. 2689/65
- Golder gegen das Vereinigte Königreich, 21. Februar 1975, Nr. 4451/70
- Kostovski gegen die Niederlande, 20. November 1989, Nr. 11454/85
- Borgers gegen Belgien, 30. Oktober 1991, Nr. 12005/86
- Ruiz-Mateos gegen Spanien, 23. Juni 1993, Nr. 12952/87
- Dombo Beheer B.V. gegen die Niederlande, 27. Oktober 1993, Nr. 14448/88
- Vermeulen gegen Belgien, 20. Februar 1996, Nr. 19075/91
- Doorson gegen die Niederlande, 26. März 1996, Nr. 20524/92
- Ankerl gegen die Schweiz, 23. Oktober 1996, Nr. 17748/91
- Nideröst-Huber gegen die Schweiz, 18. Februar 1997, Nr. 18990/91
- Mantovanelli gegen Frankreich, 18. März 1997, Nr. 21497/93
- Foucher gegen Frankreich, 18. März 1997, Nr. 22209/93
- Van Mechelen et al. gegen die Niederlande, 23. April 1997, Nr. 21363/93
- Werner gegen Österreich, 24. November 1997, Nr. 21835/93
- Waite und Kennedy gegen Deutschland, 18. Februar 1999, Nr. 26083/94
- Jasper gegen das Vereinigte Königreich, 16. Februar 2000, Nr. 27052/95
- Elsholz gegen Deutschland, 13. Juli 2000, Nr. 25735/94
- Kress gegen Frankreich, 7. Juni 2001, Nr. 39594/98
- Veeber gegen Estland, 7. November 2002, Nr. 37571/97
- Makhfi gegen Frankreich, 19. Oktober 2004, Nr. 59335/00
- Moiseyev gegen Russland, 9. Oktober 2008, Nr. 62936/00
- Al-Khawaja und Tahery gegen das Vereinigte Königreich, 15. Dezember 2011, Nr. 26766/05 & 22228/06
- Dilipak und Karakaya gegen die Türkei, 4. März 2014, Nr. 7942/05 & 24838/05
- Howald Moor et al. gegen die Schweiz, 11. März 2014, Nr. 52067/10 & 41072/11
- Yakovenko gegen die Ukraine, 13. März 2014, Nr. 63727/11
- Fakailo (Safoka) et al. gegen Frankreich, 2. Oktober 2014, Nr. 2871/11
- Schatschaschwili gegen Deutschland, 15. Dezember 2015, Nr. 9154/10
- Carmel Saliba gegen Malta, 29. November 2016, Nr. 24221/13

- Van Wesenbeeck gegen Belgien, 23. Mai 2017, Nr. 67495/10 & 52936/12
- Regner gegen Tschechien, 19. September 2017, Nr. 35289/11
- Naif-Liman gegen die Schweiz, 15. März 2018, Nr. 51357/07
- Zubac gegen Kroatien, 5. April 2018, Nr. 40160/12
- Paci gegen Belgien, 17. April 2018, Nr. 45597/09
- Razvozhayev gegen Russland, 19. November 2019, Nr. 75734/12, 2695/15 & 55325/15
- Fikret Karahan gegen die Türkei, 16. März 2021, Nr. 53848/07
- Zayidov gegen Aserbaidshan, 24. März 2022, Nr. 5386/10

Entscheide des BGer

- BGE 103 V 190
- BGE 127 I 164
- BGE 130 I 312
- BGE 131 I 425
- BGE 134 I 140
- BGE 134 V 401
- BGE 137 I 235
- BGE 138 I 331
- BGE 139 I 16
- BGE 140 I 176
- BGE 140 IV 28
- BGE 141 I 105
- BGE 142 I 195
- BGE 144 I 11
- BGE 144 I 126
- BGE 144 I 181
- BGE 147 IV 274
- BGE 147 I 333
- BGE 147 I 346
- BGE 147 III 586
- BGer, 4A_58/2021, 8. Dezember 2021, publiziert als BGE 148 III 84
- BGer, 5A_193/2008, 13. Mai 2008

Helin Dalla Palma / Christoph Reusser

ZPO-Revision: Auswirkungen auf den Arbeitsprozess

I. Einleitung	39
----------------------------	----

II. Revision der Zivilprozessordnung	39
A. Überblick	39
B. Änderungen der Allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung	39
1. Massnahmen zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit	39
2. Anpassungen im Kostenrecht	40
a) <i>Reduzierung der Kostenvorschüsse</i>	40
b) <i>Überwälzung des Inkassorisikos für Gerichtskosten auf den Staat</i>	42
c) <i>Solidarische Haftung bei Streitgenossenschaften</i>	42
d) <i>Unentgeltliche Rechtspflege bei vorsorglicher Beweisführung</i>	43
C. Widerklage	43
D. Schlichtungsverfahren	45
E. Vereinfachtes Verfahren	46

III. Verbandsklage und kollektiver Vergleich	47
A. Überblick	47
1. Aktueller Stand der Revision	47
2. Bisherige Rechtslage	47
B. Revisionsvorlage Verbandsklage und kollektiver Vergleich	48
1. Anpassung der bestehenden Verbandsklage	49
2. Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen	50
3. Kollektiver Vergleich	52
C. Auswirkungen auf den Arbeitsprozess	52

IV. Fazit	54
Literaturverzeichnis	55
Materialienverzeichnis	56

Die Autorenschaft bedankt sich bei BLaw Cecilia Schuler, Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Arbeitsrecht an der Universität Zürich, für die wertvollen Hinweise und die sorgfältige Durchsicht des Beitrags.

I. Einleitung¹

Im vorliegenden Beitrag wird auf die laufende Revision der Zivilprozessordnung (ZPO) eingegangen und diese aus arbeitsrechtlicher Sicht untersucht und eingeordnet.² Es wird punktuell auf Änderungen eingegangen, die nach Ansicht der Autorenschaft von besonderer Bedeutung für den Arbeitsprozess sind. Im ersten Teil (Kap. II) des Aufsatzes wird die Revision der Allgemeinen Bestimmungen, des Schlichtungsverfahrens, des ordentlichen Verfahrens sowie des vereinfachten Verfahrens unter die Lupe genommen, bevor in einem zweiten Teil (Kap. III) die Revision des kollektiven Rechtsschutzes betrachtet wird. Abschliessend wird ein Fazit zur aktuellen Revision der Zivilprozessordnung aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel gezogen (Kap. IV).

II. Revision der Zivilprozessordnung

A. Überblick

Zentrales Anliegen der Revision der Zivilprozessordnung ist, die Praxistauglichkeit und die Rechtsdurchsetzung zu verbessern.³ Dazu wurden an diversen Stellen Änderungen vorgenommen, wie beispielsweise beim Prozesskostenrecht, wodurch ein erleichterter Zugang zur Gerichtsbarkeit angestrebt wird.⁴ Im Folgenden werden diese Änderungen und deren Konsequenzen für den Arbeitsprozess punktuell beleuchtet.

B. Änderungen der Allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung

1. Massnahmen zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit

Ein wichtiges Anliegen bei der Einführung der Zivilprozessordnung im Jahr 2011 war es, den sogenannten «sozialen Arbeitsprozess», also jenen Prozess, bei dem eine Partei mutmasslich schutzbedürftiger ist, weil sie als wirtschaftlich, sozial oder intellektuell schwächer eingestuft wird,⁵ zu regeln.⁶ Dieser

1 Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich/weiblich/divers verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

2 Der Ständerat hat sowohl die Erstberatung wie auch die Differenzbereinigung und der Nationalrat die Erstberatung abgeschlossen (Stand 27.10.2022).

3 Botschaft Änderung ZPO, 2698.

4 Botschaft Änderung ZPO, 2698.

5 GASSER, S. 297.

6 HAUCK, N1 Vorb. zu Art. 243.

Aspekt gilt besonders im vereinfachten Verfahren, allerdings können auch weitere Neuerungen in diesem Licht betrachtet werden. So soll neu der Umgang mit Eingaben an offensichtlich unzuständige Gerichte in der Schweiz anwenderfreundlich gestaltet werden.⁷ Art. 143 Abs. 1^{bis} E-ZPO sieht vor, dass Eingaben, die innert der Frist irrtümlich bei einem offensichtlich unzuständigen Gericht eingereicht werden, als rechtzeitig eingereicht gelten. Zudem muss das Gericht die Eingabe an das offensichtlich zuständige Gericht von Amtes wegen weiterleiten (Art. 143 Abs. 1^{bis} zweiter Satz E-ZPO). Diese Formulierung stiess auf einige Kritik,⁸ die vom Nationalrat und später auch vom Ständerat insoweit aufgenommen wurde, als der Zusatz «offensichtlich» gestrichen wurde.⁹ Auch wenn bei dieser Norm diverse Fragen offenbleiben,¹⁰ ist sie für den Arbeitsprozess zu begrüssen, da die Laienfreundlichkeit durch die Weiterleitung von Amtes wegen weiter gefördert wird und letztendlich den Arbeitnehmenden zugutekommt.

Im Übrigen wird in Art. 6 Abs. 2 lit. d E-ZPO nun klargestellt, dass Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)¹¹ oder nach Gleichstellungsgesetz (GLG)¹² keine handelsrechtlichen Streitigkeiten im Sinne der Zivilprozessordnung darstellen. Dies war zuvor umstritten.¹³

2. Anpassungen im Kostenrecht

a) Reduzierung der Kostenvorschüsse

Eine Untersuchung der Zeitschrift plädoyer aus dem Jahr 2017 zeigt auf, dass im Jahr 2007, also vor Inkrafttreten der gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung, an diversen Gerichten schweizweit erheblich mehr Forderungsklagen eingereicht wurden, als dies im Jahr 2016 noch der Fall war.¹⁴ So wurde beispielsweise am Bezirksgericht Zürich ein Rückgang um 57 % verzeichnet, während das Arbeitsgericht Zürich einen Einbruch um über 70 % für denselben Zeitraum verzeichnete.¹⁵ Dabei wird angeführt, dass das Kostenrecht und die konsequente Einforderung eines Kostenvorschusses durch die Gerichte, ohne vom Ermessen, das Art. 98 ZPO einräumt (es handelt sich hier um eine

7 Botschaft Änderung ZPO, 2719.

8 BOHNET/SCHALLER, S. 195-196.

9 AmtBull. 2022 NR 697; AmtBull. 2022 SR 645.

10 Vgl. BOHNET/SCHALLER, S. 195-196, die bspw. die Frage aufwerfen, inwiefern eine anwaltlich vertretene Partei von dieser Norm profitieren kann.

11 SR 823.11.

12 SR 151.1.

13 Vgl. BSK ZPO-VOCK/NATER, N 9a zu Art. 6 m.w.H.

14 SCHMID, S. 12, wo eine Tabelle mit den Statistiken diverser Gerichte aufgeführt wird.

15 SCHMID, S. 12.

Kann-Vorschrift), Gebrauch zu machen, mitunter für diesen signifikanten Rückgang der Forderungsklagen verantwortlich sind.¹⁶

Verlangt ein Gericht nach geltendem Recht einen Kostenvorschuss, der sich bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten belaufen kann (Art. 98 ZPO), und wird dieser auch nach Ablauf einer Nachfrist nicht beglichen, so tritt das Gericht nicht auf die Klage ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Dies kann dazu führen, dass bei Geltendmachung einer Forderung von CHF 50'000 beispielsweise im Kanton Zürich ein Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 3'150 zuzüglich 8 % des CHF 20'000 übersteigenden Streitwerts geleistet werden muss, was einem Gesamttotal von CHF 5'550 entspricht (§ 4 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich¹⁷).¹⁸ Insgesamt ist aufgrund der Anknüpfung der Kostenvorschüsse an den Streitwert eines Verfahrens festzuhalten, dass je höher der Streitwert ausfällt, desto höhere Kostenvorschüsse geleistet werden müssen.

Um diese faktische Zutrittsschranke zum Rechtsschutz abzubauen, wird nun in Art. 98 Abs. 1 E-ZPO vorgeschlagen, dass von der klagenden Partei ein Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden kann. In Absatz 2 werden einige Ausnahmen, bei denen der Kostenvorschuss die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten decken darf, aufgeführt, wobei für den Arbeitsprozess vor allem die Ausnahmen des Schlichtungsverfahrens und des summarischen Verfahrens von Bedeutung sind (Art. 98 Abs. 2 lit. b und c E-ZPO). Die Tarifautonomie der Kantone gemäss Art. 96 ZPO bleibt durch die geplante Revision erhalten.¹⁹

Im Laufe der Debatte im Nationalrat wurde ein Minderheitsvorschlag unterbreitet, der die Kostenbefreiung im Entscheidverfahren für sämtliche Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz forderte. Dies hätte zur Konsequenz gehabt, dass die aktuelle Kostenbefreiung, die gemäss Art. 114 lit. c ZPO lediglich bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 gewährt wird, ausgedehnt würde, was durch den Nationalrat jedoch relativ deutlich abgelehnt wurde.²⁰

Insgesamt ist die Reduzierung der Kostenvorschüsse aus arbeitsrechtlicher Sicht positiv zu werten. In der anwaltlichen Beratung von Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden fliessen Kostenfragen mit ein, wobei oftmals

16 SCHMID, S. 12.

17 GebV OG ZH, LS 211.11.

18 Dies gilt auch im Arbeitsprozess, da das gerichtskostenfreie vereinfachte Verfahren gem. Art. 243 ZPO lediglich bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 114 lit. c ZPO).

19 Botschaft Änderung ZPO, 2739.

20 AmtBull. 2022 NR 689.

aufgrund der hohen Kostenrisiken von einem Gang vor das Arbeitsgericht abgeraten werden muss. Durch die Reduzierung der Gerichtskosten kann zumindest ein Risikofaktor bei der Gesamtbetrachtung der Prozessrisiken etwas zurückgestuft werden, wodurch möglicherweise die eine oder andere zusätzliche Arbeitnehmende oder Arbeitgebende ihre Rechte auf gerichtlichen Weg durchzusetzen versucht, als dies unter aktuellem Recht der Fall ist. Ob sich dies statistisch effektiv niederschlägt, wird bei einer Umsetzung der Revision abzuwarten sein.

b) Überwälzung des Inkassorisikos für Gerichtskosten auf den Staat

Eng mit der Gerichtskostenvorschusspflicht verbunden ist die Regelung über die Liquidation der Prozesskosten beziehungsweise die Frage der Verwendung der Kostenvorschüsse (Art. 111 ZPO). De lege lata werden die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet und ein Fehlbetrag von der kostenpflichtigen Partei nachgefordert (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die kostenpflichtige Partei muss der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse ersetzen und die zugesprochene Parteientschädigung bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Aufgrund dieser Regelung trägt die obsiegende Partei das Inkassorisiko für die Gerichtskosten. Ist die kostenpflichtige Partei zahlungsunfähig, trägt somit die obsiegende Partei die Gerichtskosten, obschon sie diese zufolge des Prozessausgangs nicht schuldet.²¹

Um diesem Missstand entgegenzutreten, sieht der in den Beratungen der beiden Räte²² abgeänderte Art. 111 Abs. 1 E-ZPO neu vor, dass die Gerichtskosten in den Fällen der Kostenpflichtigkeit der Partei, die einen Vorschuss geleistet hat, mit den Vorschüssen verrechnet werden. In den übrigen Fällen werden die Kostenvorschüsse zurückerstattet (Art. 111 Abs. 1 zweiter Satz E-ZPO). Ein allfälliger Fehlbetrag wird bei der kostenpflichtigen Partei nachgefordert (Art. 111 Abs. 1 dritter Satz E-ZPO). Dadurch wird das Inkassorisiko für vom Staat verlangte Gerichtskosten in den Fällen, in denen die klagende Partei obsiegt, auf den Staat überwält.²³ Auch diese Änderung ist grundsätzlich und besonders im Arbeitsprozess zu begrüßen, da dies ebenfalls eine Minderung der Prozessrisiken mit sich bringt.

c) Solidarische Haftung bei Streitgenossenschaften

Bei mehreren Haupt- und Nebenparteien sollen gemäss Art. 106 Abs. 3 E-ZPO die Anteile an den Prozesskosten nach Massgabe ihrer Beteiligung bestimmt

21 Botschaft Änderung ZPO, 2744.

22 Die Änderung gegenüber dem Entwurf wurde vom Nationalrat eingebracht (AmtBull. 2022 NR 689) und vom Ständerat übernommen (AmtBull. 2022 SR 642).

23 Botschaft Änderung ZPO, 2744.

werden. Eine solidarische Haftung ist neu nur noch bei Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft möglich (Art. 106 Abs. 3 zweiter Satz E-ZPO). Dies kann aus prozessökonomischen Gründen dazu führen, dass künftig öfter als einfache Streitgenossenschaft vorgegangen wird, statt Individualklagen anzustreben.²⁴

d) Unentgeltliche Rechtspflege bei vorsorglicher Beweisführung

Eine weitere für den Arbeitsprozess gewichtige Neuerung stellt Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz E-ZPO dar. Demnach kann die unentgeltliche Rechtspflege auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden. Für Arbeitnehmende in prekären finanziellen Verhältnissen eröffnet dies die Möglichkeit, die Prozesschancen gerichtlich abschätzen zu lassen und somit einen möglicherweise aussichtslosen Prozess zu vermeiden.²⁵ Diese Neuerung widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung,²⁶ was allerdings ein begrüssenswerter Schritt ist.²⁷

C. Widerklage

Eine umstrittene bundesgerichtliche Rechtsprechung soll nun in Art. 224 Abs. 1^{bis} E-ZPO eingefügt werden. Die Widerklage soll, nebst den Fällen, in denen sie in der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 Abs. 1 ZPO), in zwei Konstellationen zu Anwendung gelangen, in denen Haupt- und Widerklage in unterschiedlichen Verfahrensarten zu beurteilen wären.²⁸ In beiden Konstellationen würden dann die Regeln über das ordentliche Verfahren zu Anwendung gelangen (Art. 224 Abs. 1^{bis} E-ZPO).

Einerseits wird in Art. 224 Abs. 1^{bis} lit. a E-ZPO neu vorgesehen, dass die Widerklage auch zulässig ist, wenn der geltend gemachte Anspruch lediglich aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren, die Hauptklage aber im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist. In Bezug auf diese Neuerung führt die Botschaft aus, dass die Lösung sachgerecht sei, weil der Widerkläger die Wahl habe, Widerklage zu erheben und auf das vereinfachte Verfahren zu verzichten oder eine separate Klage im vereinfachten Verfahren einzuleiten.²⁹

24 Botschaft Änderung ZPO, 2743.

25 BSK ZPO-GUYAN, N 5 zu Art. 158.

26 BGE 141 I 241 E. 3; BGE 140 III 12 E. 3.

27 Vgl. zur Kritik an der Rechtsprechung: BÜHLER, S. 104-108; DOMEJ, S. 89-95, insb. 94-95; WUFFLI, S. 143-144.

28 Botschaft Änderung ZPO, 2759.

29 Botschaft Änderung ZPO, 2760.

Andererseits sollen sogenannte negative Feststellungswiderklagen zulässig sein, wenn mit der Hauptklage nur ein Teil eines Anspruchs eingeklagt wurde und lediglich aufgrund des Streitwerts das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 224 Abs. 1^{bis} lit. b E-ZPO). Die Botschaft bezieht sich allerdings lediglich auf die echte Teilklage und BGE 143 III 506,³⁰ dem ebenfalls ein Fall der echten Teilklage zugrunde lag.³¹ In BGE 145 III 299, bestätigt in BGE 147 III 172, hat sich das Bundesgericht allerdings auch für die Zulässigkeit einer negativen Feststellungswiderklage bei Vorliegen einer unechten Teilklage ausgesprochen und diese Rechtsprechung weiter ausgedehnt.³² Entsprechend ist nun unklar, was bei Umsetzung der Revision im Zusammenhang mit der unechten Teilklage gelten soll. Der Nationalrat hat in seiner Debatte vom 10. Mai 2022 als zusätzliche Voraussetzung die Anknüpfung an ein schutzwürdiges Interesse des Widerklägers, das klar die Interessen der beklagten Partei überwiegt, eingefügt,³³ was vom Ständerat allerdings nicht übernommen wurde.³⁴

Diese Neuerung stärkt die finanziell überlegenen Parteien, da diese mit negativen Feststellungswiderklagen das ordentliche Verfahren provozieren können, womit sämtliche Vorteile des vereinfachten Verfahrens verloren gehen. Im Arbeitsprozess bedeutet dies unter anderem, dass die in Art. 114 lit. c ZPO vorgesehene Entbindung der Zahlung von Gerichtskosten nicht mehr zur Anwendung gelangt, wodurch die klagende Partei einem zusätzlichen Kostenrisiko, welches sie durch Anstreben eines vereinfachten Verfahrens vermeiden wollte, ausgesetzt wird. Auch wenn in Einzelfällen durchaus ein Interesse an einer negativen Feststellungswiderklage vorliegen kann, scheinen die in der Botschaft angefügten Argumente der prozessualen Gleichbehandlung und der Prozessökonomie³⁵ wenig überzeugend, zumal das vereinfachte Verfahren eingeführt wurde, um die schwächeren Parteien zu schützen, und das Ziel der ursprünglichen Gesetzgebung gerade nicht darin lag, die prozessuale Gleichbehandlung der stärkeren Partei sicherzustellen.^{36, 37} Klagt beispielsweise eine Arbeitnehmerin aufgrund von Gesundheitsschutzverletzungen durch die Arbeitgeberin auf Schadenersatz und kann der Gesamtschaden noch nicht bewiesen werden, müsste auf eine Teilklage womöglich

30 Botschaft Änderung ZPO, 2760.

31 BGE 143 III 506 E. 4.4.

32 BGE 145 III 299 E. 2; BGE 147 III 172 E. 2.3.

33 AmtBull. 2022 NR 700-701.

34 AmtBull. 2022 SR 646-647.

35 Botschaft Änderung ZPO, 2760.

36 Botschaft ZPO 2006, 7345f.

37 Vgl. zur Kritik an der Rechtsprechung: HÜGEL, S. 415-416; TROXLER, Rz. 32; WAGNER/SCHMID, S. 220; vgl. oben II, B., Ziff. 1.

verzichtet und abgewartet werden, bis sämtliche gesundheitlichen Probleme eingetreten sind (was Jahre dauern kann), um dann denn Gesamtbetrag im ordentlichen Verfahren einzuklagen. Wird dennoch vorzeitig eine Teilklage eingeleitet und erhebt die Gegenpartei negative Feststellungswiderklage über den gesamten Schaden, droht ansonsten *res iudicata*.³⁸ Dies kann dazu führen, dass die Arbeitnehmerin jahrelang abwarten muss, bis sie Klage erheben kann.³⁹

D. Schlichtungsverfahren

Dem Schlichtungsverfahren kommt im arbeitsrechtlichen Bereich eine grosse Bedeutung zu.⁴⁰ Entsprechend sind die geplanten Änderungen des Schlichtungsverfahrens für den Arbeitsprozess gewichtig. Einerseits soll gemäss Art. 206 Abs. 4 E-ZPO eine Ordnungsbusse von bis zu CHF 1'000 für eine säumige Partei ausgesprochen werden können, was vom Ständerat übernommen⁴¹ und vom Nationalrat abgelehnt⁴² wurde. Eine Einführung dieser Norm würde dazu führen, dass nach Androhung der Sanktion eine Busse gegenüber der säumigen Partei ausgesprochen werden könnte, ohne dass zusätzliche Voraussetzungen vorliegen müssen.⁴³

Ebenfalls eine wichtige Neuerung betrifft den Entscheidvorschlag der Schlichtungsbehörden, welcher unter geltendem Recht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Betrag von CHF 5'000 (Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO) und neu bis zu einem Betrag von CHF 10'000 (Art. 210 Abs. 1 lit. c E-ZPO) unterbreitet werden kann.⁴⁴ Zudem hat der Nationalrat die Entscheidkompetenz auf Antrag der klagenden Partei von einem Streitwert von bis zu CHF 2'000 (Art. 212 Abs. 1 ZPO) auf einen Streitwert bis zu CHF 5'000 erhöht.⁴⁵ Der Ständerat möchte dies in die Kompetenz der Kantone geben und diesen überlassen, ob sie eine Erhöhung der Entscheidkompetenz der Schlichtungsbehörden auf CHF 5'000 einführen wollen.⁴⁶

38 HÜGEL, S. 415-416.

39 WAGNER/SCHMID, S. 220.

40 In Basel-Stadt sind im Jahr 2020 46 und im Jahr 2021 60 Verfahren von der Schlichtungsstelle an das Arbeitsgericht weitergezogen worden (Gerichte Basel-Stadt, Jahresbericht 2021, S. 51). Gemäss telefonischer Auskunft des Arbeitsgerichts Basel-Stadt sind in denselben Jahren 377 (2020) resp. 296 (2021) arbeitsrechtliche Schlichtungsgesuche eingegangen, was die Bedeutung des Schlichtungsverfahrens aufzeigt.

41 AmtBull. 2021 SR 683 und AmtBull. 2022 SR 646.

42 AmtBull. 2022 NR 700.

43 Botschaft Änderung ZPO, 2757.

44 Von beiden Räten angenommen (vgl. AmtBull. 2021 SR 683; AmtBull. 2022 NR 700).

45 AmtBull. 2022 NR 700.

46 AmtBull. 2022 SR 646.

Grundsätzlich kann die Stärkung der Schlichtungsbehörden begrüsst werden, da Streitigkeiten auf diese Weise rasch und unkompliziert abgeschlossen werden können⁴⁷ und die Parteien so einen kräftezehrenden, langjährigen Zivilprozess umgehen können. Durch die Erhöhung der Streitwertgrenzen könnten deutlich mehr arbeitsrechtliche Verfahren bereits vor der Schlichtungsstelle abgeschlossen werden, was für beide Parteien von Vorteil ist. Zudem werden dadurch auch die Gerichte entlastet.

E. Vereinfachtes Verfahren

Vom Bundesrat in der laufenden Revision nicht vorgesehen sind die Änderungen der Art. 245 und 247 ZPO, die durch den Ständerat und den Nationalrat in die Revision aufgenommen wurden. Wie das Schlichtungsverfahren kommt auch dem vereinfachten Verfahren im Arbeitsprozess eine besondere Bedeutung zu, da dieses Verfahren die Stellung der sozial schwächeren Partei stärken soll und gerade im Arbeitsprozess unter anderem mit Kostenvorteilen verbunden ist (Art. 114 lit. c ZPO).

Während die Räte in Art. 245 ZPO lediglich die Säumnisfolgen erörtert resp. konkretisiert haben, werden in Art. 247 ZPO die verstärkte Fragepflicht gemäss Absatz 1 und die abgeschwächte Untersuchungsmaxime gemäss Absatz 2 vermischt, wobei neu in sämtlichen Prozessen des vereinfachten Verfahrens «[d]as Gericht [...] den Sachverhalt von Amtes wegen [feststellt], indem es durch entsprechende Fragen darauf hinwirkt, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen»⁴⁸. Zudem soll das Gericht gemäss neuem Art. 247 Abs. 2 ZPO neue Sachverhaltsangaben und Beweismittel in sämtlichen vereinfachten Verfahren⁴⁹ bis zur Urteilsberatung zulassen.⁵⁰ Aus den Materialien sind keine Erläuterungen ersichtlich, ausser einem Votum, in welchem festgehalten wird, dass die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 ZPO wie bisher von jener gemäss Art. 296 ZPO zu unterscheiden sei.⁵¹ Auch wenn in der bisherigen Praxis die Unterscheidung zwischen Art. 247 Abs. 1 und 2 ZPO relativ gering sein dürfte,⁵² konnte das Gericht bei der abgeschwächten Untersuchungsmaxime auch

47 Vgl. Botschaft Änderung ZPO, 2758.

48 AmtBull. 2021 SR 684.

49 Bisher galt dies nur in den Verfahren nach Art. 247 Abs. 2 ZPO. In den anderen Fällen kam das Novenrecht des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung (vgl. BSK ZPO-MAZAN, N 23 zu Art. 247).

50 AmtBull. 2021 SR 684.

51 AmtBull. 2022 NR 706.

52 BSK ZPO-MAZAN, N 10 zu Art. 247; HAUCK, N 32 zu Art. 247.

von sich aus Beweise erheben, was dem in den Räten angenommenen Wortlaut nicht zu entnehmen ist.⁵³ Insgesamt ist davon auszugehen, dass die bisherige Praxis der Gerichte im vereinfachten Verfahren unverändert bleiben wird, zumal nach überwiegender Lehrmeinung und Praxis die Unterscheidung der erhöhten Fragepflicht und der abgeschwächten Untersuchungsmaxime kaum vorhanden ist.⁵⁴ Entsprechend dürfte sich für den Arbeitsprozess keine wesentliche Änderung ergeben und das vereinfachte Verfahren weiterhin durch die abgeschwächte Untersuchungsmaxime geprägt werden.

III. Verbandsklage und kollektiver Vergleich

A. Überblick

1. Aktueller Stand der Revision

Deutlich umstrittener als die allgemeine ZPO-Revision ist die Revision zum kollektiven Rechtsschutz,⁵⁵ weshalb der Bundesrat nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens beschloss, den kollektiven Rechtsschutz von der allgemeinen ZPO-Revision abzuspalten und diesen separat zu behandeln.⁵⁶ Der Gesetzesentwurf⁵⁷ und die Botschaft⁵⁸ wurden am 10. Dezember 2021 durch den Bundesrat verabschiedet, allerdings fand bisher noch keine Beratung in den Räten statt.⁵⁹

2. Bisherige Rechtslage

Im geltenden Recht ist die Verbandsklage in Art. 89 ZPO geregelt und ermächtigt Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppe zu klagen (Abs. 1). Mit ihr kann lediglich beantragt werden, eine drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sie sich weiterhin störend auswirkt (Abs. 2).

53 HAUCK, N 33 zu Art. 247.

54 BSK ZPO-MAZAN, N 10 und 13 zu Art. 247 m.w.H.; ähnl. HAUCK, N 33 zu Art. 247.

55 Vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 29.1.2020, insb. S. 22-29 und 51-58; Botschaft Verbandsklage, S. 10 f.

56 Botschaft Änderung ZPO, 2721-2722; Botschaft Verbandsklage, S. 2 und 10.

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

58 Botschaft Verbandsklage.

59 Stand: 28.10.2022.

Aus arbeitsrechtlicher Perspektive konnten insbesondere Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Hierbei konnten sich die Verbände für die Geltendmachung der Persönlichkeitsverletzung ihrer Angehörigen auf Art. 28 ff. ZGB, Art. 328 OR sowie auf das Datenschutz-⁶⁰ oder das Gleichstellungsgesetz stützen.⁶¹ Durch die Beschränkung der Klagemöglichkeiten sind Leistungsklagen auf Schadenersatz oder Genugtuung aktuell nicht zulässig.

Art. 89 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass besondere gesetzliche Bestimmungen über die Verbandsklage den Absätzen 1 und 2 vorbehalten bleiben. Im arbeitsrechtlichen Bereich ist primär an Art. 7 GIG zu denken, der eine Verbandsklage durch Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, gewährt. Die Klage kann lediglich auf Feststellung des Vorliegens einer Diskriminierung lauten. Auch Art. 15 Abs. 2 MitwG⁶² ermöglicht es Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden, Klagen gestützt auf das Mitwirkungsgesetz (MitwG) zu erheben, allerdings kann der Verband auch hier bloss eine Feststellungsklage anstreben (zweiter Satz). Ferner sieht Art. 357b Abs. 1 OR vor, dass die Vertragsparteien in einem zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag vereinbaren können, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmerinnen zusteht, wobei diese teilweise auch auf Leistung gehen können (z.B. Beiträge an Ausgleichskassen [lit. b] oder die Durchsetzung von im GAV vorgesehenen Konventionalstrafen [lit. c]).⁶³ Schliesslich räumt Art. 360e OR Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden einen Anspruch auf gerichtliche Feststellung ein, ob ein Arbeitgeber den Normalarbeitsvertrag nach Art. 360a OR einhält.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Verbandsklage nach Art. 89 ZPO aufgrund der beschränkten sachlichen und funktionalen Anwendungsmöglichkeiten in der Praxis selten angestrebt wurde.⁶⁴

B. Revisionsvorlage Verbandsklage und kollektiver Vergleich

Die Revisionsvorlage besteht im Wesentlichen aus drei Änderungsvorschlägen. Die bestehende Verbandsklage soll angepasst und erweitert werden,

60 SR 235.1.

61 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, S. 57.

62 SR 822.14.

63 Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, S. 58.

64 BSK ZPO-KLAUS, N 5 und 9 zu Art. 89; vgl. Botschaft Verbandsklage, S. 2 und 8.

damit sie in der Praxis vermehrt zur Anwendung gelangen kann. Des Weiteren sollen parallel dazu eine Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen sowie besondere Regelungen für kollektive Vergleiche eingeführt werden.⁶⁵

1. Anpassung der bestehenden Verbandsklage

Die wohl wichtigste Anpassung der bisherigen Verbandsklage liegt darin, dass Art. 89 E-ZPO die Verbandsklage nicht mehr bloss auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt, sondern sämtliche Rechtsverletzungen umfasst. Zudem wird neu gesetzlich klar definiert, welche Voraussetzungen die Verbände und Organisationen erfüllen müssen, um zur Klage legitimiert zu sein (vgl. Art. 89 Abs. 1 lit. a-d E-ZPO). Weiterhin wird sich die Verbandsklage auf das Verbot einer drohenden Verletzung (Abs. 2 lit. a), das Beseitigen einer bestehenden Verletzung (Abs. 2 lit. b) oder das Feststellen der Widerrechtlichkeit einer Verletzung richten (Abs. 2 lit. c). Hierbei bedarf es keines besonderen Feststellungsinteresses,⁶⁶ sodass ausreichend sein wird, künftig Individualansprüche einklagen zu wollen.⁶⁷ Ferner werden neu die Mittel der Mitteilung gegenüber Dritten und die Urteils publikation gesetzlich verankert (Abs. 3), die allerdings unter geltendem Recht bereits beantragt werden können.⁶⁸

Durch die Ausdehnung der Klagemöglichkeit auf sämtliche Rechtsverletzungen eröffnen sich verschiedene neue Wege, die Verbandsklage in arbeitsrechtlichen Zusammenhängen einzuleiten. So könnten sich beispielsweise Arbeitnehmerverbände der Verbandsklage bedienen, um gegen widerrechtliche in Allgemeinen Arbeitsbedingungen oder Standardverträgen vorgesehene Klauseln jeglicher Art zu klagen und deren Widerrechtlichkeit feststellen zu lassen. Solche Verfahren waren bis dato aufgrund der einschränkenden Voraussetzung der Persönlichkeitsverletzung in einer Vielzahl arbeitsrechtlicher Sachverhalte ausgeschlossen.⁶⁹ Durch die geplante Änderung würden einerseits Arbeitgeberinnen unter Druck gesetzt, widerrechtliche Klauseln zu unterlassen, und andererseits die betroffene Personengruppe über die Widerrechtlichkeit in Kenntnis gesetzt, was insgesamt zu einer Verbesserung der Arbeitnehmerstellung führen könnte. Auch können sich betroffene Arbeitnehmende auf solche Entscheide bei der Geltendmachung

65 Botschaft Verbandsklage, S. 2-3.

66 Botschaft Verbandsklage, S. 16. Im geltenden Recht wird in Art. 89 Abs. 2 lit. c ZPO verlangt, dass sich die Widerrechtlichkeit weiterhin störend auswirkt.

67 Botschaft Verbandsklage, S. 22.

68 BSK ZPO-KLAUS, N 64 f. zu Art. 89.

69 Vgl. WEBER, N 7a zu Art. 89.

von eigenen Ersatzansprüchen stützen und sich dadurch Vorteile erhoffen, auch wenn die Verbandsklage für die Individualklage keine präjudizierende Wirkung hat.⁷⁰

2. Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Eine weitergehende Neuerung stellt die Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen dar (Art. 307b-307f E-ZPO). Ein solches Rechtsmittel besteht im geltenden Recht nicht.⁷¹ Neu sollen Verbände, die nach Art. 89 E-ZPO oder aufgrund besonderer Bestimmungen zur Verbandsklage berechtigt sind, befugt sein, Ersatzansprüche in eigenem Namen geltend zu machen. Allerdings müssen hier weitere Anforderungen erfüllt werden. So muss der klagende Verband von mindestens zehn betroffenen Personen schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zur Prozessführung ermächtigt worden sein (Art. 307b lit. b E-ZPO). Zudem müssen die geltend gemachten Ansprüche auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Art. 307b lit. c E-ZPO).

Will ein Verband eine Verbandsklage einleiten, so muss er einen Antrag um Zulassung stellen, der wiederum der Gegenseite zur Stellungnahme zugestellt wird (Art. 307c Abs. 1 und 2 E-ZPO).⁷² Lässt das Gericht die Klage zu, so erhält der Verband eine Frist zur Einreichung der Klageschrift (Art. 307c Abs. 3 E-ZPO). Gleichzeitig wird die Zulassung der Verbandsklage öffentlich publiziert, sodass sich weitere betroffene Personen der Klage anschliessen können (Art. 307c Abs. 4 E-ZPO). Der Anschluss hat innert einer vom Gericht angesetzten Frist zu erfolgen, wobei diese mindestens drei Monate seit Registrierung der Zulassung betragen muss (Art. 307d Abs. 1 E-ZPO).

Im weiteren Verfahren wird zuerst zur Einigungsverhandlung vorgeladen (Art. 307e Abs. 1 E-ZPO). Kann ein kollektiver Vergleich abgeschlossen werden, kommen die entsprechenden Normen zur Anwendung,⁷³ ansonsten fällt das Gericht einen Entscheid, der für die Parteien und die betroffenen Personen, die sich angeschlossen haben, verbindlich ist (Art. 307f Abs. 1 E-ZPO).

Während des ganzen Verfahrens stellt das Gericht sicher, dass insbesondere die wesentlichen Verfahrensschritte, Fristen und Entscheide in einem elektronischen Verzeichnis veröffentlicht werden (Art. 307g E-ZPO).

70 BESSENICH/BOPP, N 6 zu Art. 89. Allerdings sprechen die beiden Autoren von einer faktischen präjudizierenden Wirkung, ähnlich wie bei einem Strafprozess, bei dem anschliessend noch zivilrechtliche Ansprüche durch das Zivilgericht zu beurteilen sind. Wurde im Strafprozess freigesprochen, hat dies auch Auswirkungen auf den Zivilprozess; vgl. auch BSK ZPO-KLAUS, N 57 zu Art. 89; WEBER, N 21 zu Art. 89.

71 WEBER, N 20 zu Art. 89.

72 Abs. 1 lit. a-f E-ZPO regeln den Mindestinhalt des Antrags.

73 Vgl. dazu sogleich III, B., Ziff. 3.

Die Vorlage beinhaltet die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, wobei gemäss Botschaft primär Schadenersatzansprüche, Gewinnherausgaben oder Genugtuungsansprüche gemeint sind.⁷⁴ Allerdings sollen auch vertragliche oder bereicherungsrechtliche Ansprüche infrage kommen,⁷⁵ wobei die Meinung vertreten wird, dass sämtliche geldwerten Leistungen eingeklagt werden können.⁷⁶

Um den Umfang der Anwendungsmöglichkeiten in arbeitsrechtlicher Hinsicht abschätzen zu können, stellt sich die Frage, ob effektiv sämtliche geldwerten Leistungen eingeklagt werden können oder ob die Ersatzansprüche auf Schadenersatz, Gewinnherausgabe und Genugtuung beschränkt sind. In ersterem Fall dürften sich für Verbände diverse Anwendungsmöglichkeiten eröffnen, da gerade bei Massenentlassungen oder Rechtsverletzungen mit einer Vielzahl an betroffenen Arbeitnehmenden eine reparatorische Verbandsklage das Prozessrisiko für die einzelnen Arbeitnehmenden minimiert und somit der Zugang zur Gerichtsbarkeit für mehr Arbeitnehmende gewährleistet werden kann. Dadurch könnte auch auf Vertragserfüllung geklagt werden, wodurch eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Ansprüchen (wie bspw. Lohn, Überstundenentschädigungen etc.) durch Verbände durchgesetzt werden könnten, sofern mindestens zehn Arbeitnehmende betroffen sind (vgl. Art. 307b lit. b E-ZPO). Eine Beschränkung auf Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche⁷⁷ würde hingegen die Bedeutung der Verbandsklage im Arbeitsrecht wohl erheblich schmälern, da Schadenersatzansprüche oft bloss einzelne Arbeitnehmende betreffen dürften. Allerdings wären auch in diesem eingeschränkten Rahmen arbeitsrechtliche Anwendungsfälle denkbar, so bei gesundheitlichen Schäden einer Vielzahl von Arbeitnehmenden aufgrund von Versäumnissen beim Arbeitnehmerschutz.⁷⁸ Die Ausdehnung der Verbandsklage auf sämtliche geldwerten Leistungen würde der Abgrenzungsproblematik, inwiefern eine Forderung noch als Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch zu qualifizieren ist oder nicht, entgegenwirken. So würde sich die Frage stellen, ob die Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a Abs. 1 OR darunterfallen würde. Da die herrschende Lehre von einer

74 Botschaft Verbandsklage, S. 23.

75 Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxis-tauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, S. 43; vgl. auch MATTHIS/HOFMANN-NOWOTNY, S. 578. Allerdings wird dies in der Botschaft nicht mehr explizit erwähnt.

76 MATTHIS/HOFMANN-NOWOTNY, S. 578.

77 Konstellationen mit Gewinnherausgaben sind im arbeitsrechtlichen Bereich wohl selten einschlägig.

78 Bspw. Asbestschäden.

zivilrechtlichen Strafe mit Genugtuungscharakter ausgeht, kann diese Frage nicht ohne Weiteres beantwortet werden.⁷⁹ Die Entschädigung stellt keinen Schadenersatzanspruch dar und wird auch nicht der Genugtuung gleichgestellt. Somit ist aufgrund des von der Lehre angenommenen Genugtuungscharakters unklar, ob dieser bei enger Auslegung der einklagbaren Ansprüche ausreichen würde, um eine reparatorische Verbandsklage zu erheben oder nicht.

3. Kollektiver Vergleich

Auch der kollektive Vergleich soll im Rahmen der Bestrebungen zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes eingeführt werden. Die Revision unterscheidet zwischen dem kollektiven Vergleich im Rahmen einer bestehenden Verbandsklage (Art. 307h-307j E-ZPO) und jenem ausserhalb einer Verbandsklage (Art. 307k E-ZPO).

Im Rahmen einer Verbandsklage können die Parteien dem Gericht jederzeit einen kollektiven Vergleich für sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen unterbreiten, die sich der Verbandsklage angeschlossen haben (Art. 307h Abs. 1 E-ZPO). Eine Ausdehnung auf sämtliche betroffenen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz ist unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls möglich. Dem Gericht muss hierfür ein Antrag gestellt werden (Art. 307h Abs. 2 E-ZPO). Allerdings gibt es auch Vergleiche mit Austrittsmöglichkeiten für die betroffenen Personen, wenn sie nicht durch den Vergleich gebunden werden wollen oder sie individuell Klage erhoben haben (Art. 307i Abs. 2 und 3 E-ZPO). Art. 307j E-ZPO regelt die Voraussetzungen, unter welchen das Gericht die Genehmigung des kollektiven Vergleichs erteilt.

Ausserhalb einer Verbandsklage können Verbände und Organisationen mit betroffenen Personen einen kollektiven Vergleich abschliessen und diesen auf sämtliche betroffenen Personen in der Schweiz ausdehnen lassen. Der Vergleich muss ebenfalls durch ein Gericht genehmigt werden. Zudem muss sämtlichen betroffenen Personen eine Frist von mindestens drei Monaten gewährt werden, um den Austritt vom Vergleich zu erklären (Art. 307k E-ZPO).

C. Auswirkungen auf den Arbeitsprozess

Die konkrete Bedeutung einer allfälligen Umsetzung dieser kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten für das Arbeitsrecht ist schwer abschätzbar. Zum jetzigen Zeitpunkt kann jedoch festgehalten werden, dass alle drei Prozessmittel auch im Bereich des Arbeitsrechts zur Anwendung gelangen können und der Bundesrat bewusst auf eine sachliche Beschränkung auf

79 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N2 zu Art. 336a m.w.H.

bestimmte Rechtsgebiete verzichtet hat.⁸⁰ Dies im Gegensatz zur Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, in welcher der Fokus auf Verstössen gegen Normen des Verbraucherschutzes steht und die den Arbeitnehmerschutz nicht umfasst.⁸¹ Insgesamt kann aber davon ausgegangen werden, dass insbesondere Arbeitnehmerverbände diese Möglichkeiten durchaus einsetzen würden und dadurch widerrechtliche Gebaren arbeitsrechtlicher Natur bekämpfen können. Dies würde die Position von Arbeitnehmenden insbesondere während laufender Arbeitsverhältnisse verbessern, da sie nicht selbständig klagen müssen, sondern sich Klagen von Verbänden anschliessen könnten. Schliesst sich eine Arbeitnehmerin einer Verbandsklage an und befindet sie sich noch in einem bestehenden Arbeitsverhältnis zur beklagten Arbeitgeberin, ist gemäss dem Gesetzesentwurf kein spezifischer Kündigungsschutz vorgesehen, womit im Falle einer ordentlichen Kündigung nach Bekanntwerden der Teilnahme an einer Verbandsklage die bestehenden Regeln zum Kündigungsschutz gemäss Art. 336 ff. OR zur Anwendung gelangten. In diesem Kontext käme insbesondere der Tatbestand der Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) infrage.⁸² Eine Nichtigkeitsfolge wie in Art. 336c Abs. 2 OR ist nicht vorgesehen, wodurch keine Weiterbeschäftigung beantragt, sondern lediglich die Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 OR sowie ein allfälliger weiterer Schaden geltend gemacht werden können.

Ob der Umstand, dass Arbeitnehmende nicht selbständig klagen müssen, sondern kollektiv tätig werden können, genügt, um auch während laufender Arbeitsverhältnisse Forderungen durchzusetzen, scheint aufgrund der fehlenden Nichtigkeitsfolge im Falle einer Rache Kündigung fraglich. Dennoch öffnet die Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen in Kombination mit dem kollektiven Vergleich diverse Türen für Verbände, welche die Prozessrisiken für die betroffenen Arbeitnehmenden reduzieren und die Geltendmachung ihrer Rechte erleichtern. Auch durch die Ausweitung der klassischen Verbandsklage nach Art. 89 E-ZPO wird die Möglichkeit der Verbände, bestehende Missstände durch Gerichte beseitigen oder feststellen zu lassen, deutlich verbessert, ohne dass sich einzelne Arbeitnehmende (finanziell) exponieren müssen.

80 Botschaft Verbandsklage, S. 17.

81 Vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 EU-Richtlinie 2020/1828, wo eine Liste sämtlicher Normen enthalten ist, gegen deren Verstösse die Mitgliedstaaten eine Verbandsklage vorsehen müssen.

82 Vgl. zur Rache Kündigung statt vieler: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336 mit Hinweisen auf die umfangreiche Rechtsprechung zum Thema.

Allerdings bleibt offen, ob die Revision des kollektiven Rechtsschutzes effektiv durchgeführt werden kann, da bereits das Vernehmlassungsverfahren aufgezeigt hat, wie strittig die Thematik ist.⁸³

IV. Fazit

Insgesamt kann aus Sicht der Autorenschaft festgehalten werden, dass die grundsätzliche Idee der ZPO-Revision aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel und besonders jenem der Arbeitnehmenden positiv zu werten ist. Punktuell ist die Revision allerdings auch durchwegs kritisch zu würdigen, wobei es insbesondere in den Materialien wünschenswert gewesen wäre, wenn auf Gegenmeinungen etwas umfassender eingegangen worden wäre (insb. bei der Widerklage). Was den kollektiven Rechtsschutz anbelangt, darf man aufgrund der widersprüchlichen Rückmeldungen im Vernehmlassungsverfahren und der Abspaltung von der restlichen ZPO-Revision gespannt sein, wie die Beratungen in den Räten vonstattengehen werden. Erst dann wird abschätzbar, ob der kollektive Rechtsschutz mehrheitsfähig sein wird.

83 Vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 29.1.2020, insb. S. 22-29 und 51-58.

Literaturverzeichnis

- BESSENICH BALTHASAR / BOPP LUKAS, Art. 84-90 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- BOHNET FRANÇOIS / SCHALLER JULIETTE, Projet 2020 de révision du code de procédure civile: Plaidoyer pour la jurisprudence, SJ 2020, S. 189-226.
- BÜHLER ALFRED, Unentgeltliche Rechtspflege – Voraussetzungen, neue und alte Probleme, Defizite, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, S. 85-118.
- DOMEJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, S. 69-97.
- GASSER DOMINIK, Aspekte eines sozialen Zivilprozesses, in: Jametti Greiner Monique / Berger Bernhard / Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 297-312.
- HAUCK BERND, Art. 243-247 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- HÜGEL HOLGER, Teilklage und negative Feststellungswiderklage, HAVE 2019, S. 413-416.
- MATTHIS PETER / HOFFMANN-NOWOTNY URS, Der ZPO-Revisionsentwurf zum kollektiven Rechtsschutz, AJP 2022, S. 573-590.
- SCHMID GIAN ANDREA, Zivilprozess als «Rechtswegbarriere», plädoyer 2017, S. 12-13.
- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-AUTOR/IN, N ... zu Art. ...).
- STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- TROXLER DIETER, Hat die echte Teilklage im vereinfachten Verfahren ausgedient?, dRSK, publiziert am 4.12.2017.

WAGNER PATRICK / SCHMID MARKUS, Negative Feststellungswiderklagen als Reaktion auf «30'000er-Klagen», HAVE 2015, S. 218-220.

WEBER PHILIPP, Art. 52-58, 84-90, 236 N 20-66 ZPO, in: Oberhammer Paul / Domej Tanja / Haas Ulrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, 3. Aufl., Basel 2021.

WUFFLI DANIEL, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, ZZZ 2014, S. 141-144.

Materialienverzeichnis

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

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 (zit. Botschaft Änderung ZPO).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), BBl 2021 3048 (zit. Botschaft Verbandsklage).

Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik

Der Prozess bei Klageänderung

Eine Analyse der Rechtshängigkeit, der Erledigung, der Prozesskosten und der Rechtsmittel

I. Einleitung	59
<hr/>	
II. Grundlagen	60
A. Begriff	60
B. Voraussetzungen	61
C. Prüfung der Voraussetzungen	62
D. Verfahrensablauf	63
<hr/>	
III. Verfahren und Entscheid bei zulässiger Klageänderung	65
A. Rechtshängigkeit	65
B. Gegenstand des Entscheids	66
C. Schicksal des nicht beurteilten ursprünglichen Streitgegenstandes	67
1. Problemstellung	67
2. Klagerückzug	67
3. Privilegierter Klagerückzug	70
4. Ausscheiden analog zu einem nicht beurteilten Eventualbegehren	72
5. Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO)	73
D. Streitwert und Kostenverteilung	74
E. Rechtsmittel	76
<hr/>	
IV. Verfahren und Entscheid bei unzulässiger Klageänderung	79
A. Rechtshängigkeit	79
B. Gegenstand des Entscheids	79

C. Streitwert und Kostenverteilung	80
D. Rechtsmittel	81
<hr/>	
V. Ergebnisse und Konsequenzen für die Behandlung der Klageänderung im Entscheid	82
<hr/>	
Literaturverzeichnis	85
<hr/>	
Materialien	88

Die Autor*innen danken den Gutachtern Dr. iur. Urs Hoffmann-Nowotny, RA, und Dr. iur. Matthis Peter, RA, für die fundierte Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Beitrag und die wertvollen Hinweise. Zudem danken die Autor*innen Prof. Dr. iur. Samuel P. Baumgartner, Christian Luczak, RA, und Kristof Reber, RA, für die kritische Durchsicht und die hilfreichen Anregungen.

I. Einleitung

Mit der Klageerhebung legt die klagende Partei den Streitgegenstand und damit das Prozessprogramm fest.¹ Nach Eintritt der Rechtshängigkeit sind Änderungen oder Ergänzungen des Streitgegenstandes grundsätzlich ausgeschlossen (sog. Fixationswirkung).² Wie die meisten kantonalen Prozessordnungen sieht auch die ZPO kein absolutes Verbot der Klageänderung vor,³ sondern lässt sie im Interesse der Prozessökonomie unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die klagende Partei erhält damit die Möglichkeit, ihre Klage an neu gewonnene Erkenntnisse oder Änderungen der materiellen Rechtslage anzupassen, ohne ein neues Verfahren einleiten zu müssen.⁴ Dadurch bleiben die bisherigen Prozessergebnisse auch für den geänderten Streitgegenstand verwertbar.⁵

Obwohl das Rechtsinstitut der Klageänderung im Prozessalltag oft zur Anwendung gelangt, bereitet die praktische Handhabung Schwierigkeiten, weil das Gericht im Laufe des Verfahrens mit verschiedenen Streitgegenständen befasst ist. So stellt sich beispielsweise nach einer Klageänderung die Frage, wie mit dem ursprünglichen Streitgegenstand zu verfahren oder wie der Streitwert zu bestimmen ist. In der schweizerischen Lehre sind diese prozessualen Aspekte des Instituts – im Gegensatz zu dessen Voraussetzungen – bisher jedoch meist nur am Rande diskutiert worden.⁶ Ziel des vorliegenden Beitrags ist daher, die prozessuale Behandlung der Klageänderung näher zu beleuchten. Dazu wird zunächst auf den Begriff und die Voraussetzungen der Klageänderung nach Art. 227 bzw. Art. 230 ZPO eingegangen.⁷ Anschliessend wird das Verfahren bei einer zulässigen und unzulässigen Klageänderung

1 KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Vorbemerkungen zu Art. 150-193 N 1; HABSCHIED, S. 232.

2 So wohl die h.M., vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 1 m.w.N. Gemäss BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 13, und BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 19, hingegen ist eine Klageänderung im Schlichtungsverfahren noch ohne Einschränkungen möglich, denn der Streitgegenstand werde erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung fixiert. Demnach kann die klagende Partei ihre Rechtsbegehren und ihr Klagefundament ändern, ohne an die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO gebunden zu sein.

3 Vgl. ROHNER, S. 13; SOLIVA, S. 41 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 1; SEILER, Rz. 1372.

4 Vgl. etwa FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 1; BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.3.

5 Vgl. ROHNER, S. 7; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; SOLIVA, S. 32 ff.; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 1.

6 Vgl. etwa BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52 ff. Zum kantonalen Recht SOLIVA, S. 103 ff.

7 Die Klageänderung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens nach Art. 293 ZPO wird vorliegend nicht behandelt.

erläutert, wobei unter anderem die Rechtshängigkeit, die Art und Weise der Erledigung, die Streitwertberechnung, die Kostenverlegung sowie das Rechtsmittelverfahren behandelt werden.

II. Grundlagen

A. Begriff

Eine Klageänderung im Sinne der ZPO⁸ bedeutet eine Änderung des rechtshängigen Streitgegenstandes.⁹ Der Streitgegenstand bestimmt sich gemäss h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung anhand der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie.¹⁰ Demnach liegt eine Klageänderung vor, wenn das Rechtsbegehren oder der Lebenssachverhalt im Verlauf des Verfahrens geändert wird.¹¹ Eine Klageänderung kann entweder im Austausch (sog. Klageänderung im engeren Sinne; Klageauswechslung) oder in der Erweiterung (sog. Klageerweiterung; nachträgliche objektive Klagehäufung) des ursprünglichen Streitgegenstandes bestehen.¹² Die Beschränkung einer Klage (Art. 227 Abs. 3 ZPO) ist hingegen nach überwiegender Auffassung als Teilrückzug und nicht als Fall der Klageänderung anzusehen.¹³

Keine Klageänderung im Sinne der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie liegt vor, wenn nur die rechtliche Begründung der Klage geändert wird.¹⁴ Ebenso wenig stellt die Ergänzung von Tatsachen und Beweismitteln innerhalb des massgeblichen Lebenssachverhaltes¹⁵ oder der Vortrag neuer

8 Die Klageänderung wird für das Hauptverfahren in Art. 227 sowie Art. 230 ZPO und explizit für die Scheidungsklage in Art. 293 ZPO geregelt.

9 HABSCHIED, S. 232; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 4 und 14; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N1; BAUMGARTNER et al., § 32 N 41.

10 BGer, 5A_390/2017, 23. Mai 2018, E. 2.3.1; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Vorbe-
merkungen zu Art. 84-90 N12.

11 Siehe statt aller BGE 142 III 210 E. 2.1 und KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Vorbe-
merkungen zu Art. 84-90 N12.

12 Vgl. Art. 227 Abs. 1 ZPO: «der geänderte oder neue Anspruch». Zum Ganzen PC CPC-
HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 2; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 3; WENDEL-
STEIN, S. 443.

13 Vgl. zum Meinungsstand PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 2. Ein Rückzug und
keine Klageänderung ist auch das Fallenlassen des Hauptbegehrens zugunsten des
Eventualbegehrens, vgl. SEILER, Rz. 1378 m.w.N.

14 BGer, 4A_8/2020, 9. April 2020, E. 3.2 ff.; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 7; DIKE
Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 4; so auch für die deutsche ZPO: ROSENBERG/SCHWAB/
GOTTWALD, § 99 Rn. 7.

15 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 22; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 5; PC CPC-
HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 4.

Tatsachen zur Begründung einer Prozessvoraussetzung¹⁶ eine Klageänderung dar. Auch die nachträgliche Berichtigung von Rechtsbegehren¹⁷ und die nachträgliche Bezifferung einer unbezifferten Forderungsklage¹⁸ fallen nicht unter den Begriff der Klageänderung. Keine Klageänderung im Sinne des Gesetzes ist schliesslich der Parteiwechsel.¹⁹

Nachfolgend wird in erster Linie auf die Klageänderung im engeren Sinne (Klageauswechslung) eingegangen, weil der «Austausch» des Streitgegenstandes die Praxis vor besondere Probleme stellt. Das Verfahren bei einer Klageerweiterung entspricht hingegen im Wesentlichen jenem der objektiven Klagehäufung und wirft dementsprechend weniger Fragen auf.²⁰

B. Voraussetzungen

Die Klageänderung ist gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO nur zulässig, wenn der geänderte Anspruch nach derselben Verfahrensart wie der ursprüngliche Anspruch zu beurteilen ist und der neue Streitgegenstand entweder mit dem ursprünglichen Streitgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Zustimmung der Gegenpartei zur Klageänderung vorliegt (lit. b). Unter welchen Bedingungen von einem sachlichen Zusammenhang ausgegangen werden kann, ist nicht vollends geklärt;²¹ die h.L. bejaht diesen, wenn der neue Streitgegenstand dem gleichen oder zumindest einem «benachbarten» oder «konnexen» Lebensvorgang entspringt.²² Das Bundesgericht geht von einer funktionalen Betrachtungsweise aus, wonach eine Klageänderung zulässig ist, wenn ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Prozessparteien ermöglicht werden kann, indem einerseits der beklagten Partei die Verteidigung nicht übermässig erschwert werden darf, andererseits aber aus Gründen der Prozessökonomie sowie der materiellen Wahrheit

16 MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, §263 N19.

17 PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N4; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N4; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N4; BGer, 4A_218/2022, 10. Mai 2023, E. 4.1.

18 DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N4; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N21; offengelassen in BGer, 5A_847/2021, 10. Januar 2023, E. 5.

19 Ausführlich BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N20; PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N5; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N11; für Deutschland: WENDELSTEIN, S. 442.

20 Vgl. zum Verfahren bei Klageerweiterung eingehend SOLIVA, S. 121f. und 124.

21 Die Frage wurde vom Bundesgericht offengelassen: vgl. BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.

22 ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N21; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N40; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N17; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N31; MARKUS/DROESE, S. 95f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N29.

gewisse Änderungen zugelassen werden sollen.²³ Nach Aktenschluss wird überdies vorausgesetzt, dass die Klageänderung auf zulässigen Noven beruht (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO).

Nebst den Klageänderungsvoraussetzungen muss die geänderte Klage auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO erfüllen.²⁴ Auf die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage kommt es u.E. hingegen nicht an.²⁵ Insbesondere verlangt die ZPO – im Gegensatz zu gewissen kantonalen Prozessordnungen²⁶ und zum Vorentwurf (Art. 216 VE ZPO)²⁷ – nicht, dass dasselbe Gericht für die ursprüngliche und die geänderte Klage zuständig ist.²⁸ Eine Klageänderung müsste daher etwa auch bei einem für den ursprünglichen Streitgegenstand örtlich unzuständigen Gericht möglich sein, vorausgesetzt, dass das Gericht für den neuen Streitgegenstand zuständig ist. Eine Ausnahme dürfte allerdings für das Erfordernis der gültigen Klagebewilligung gelten: Hier wird auf die ursprüngliche Klage abzustellen sein. Da für die geänderte Klage keine Schlichtung erforderlich ist,²⁹ könnte das Schlichtungsobligatorium (Art. 197 ZPO) andernfalls mit einer Klageänderung ausgehebelt werden.

C. Prüfung der Voraussetzungen

Das Gericht prüft die Voraussetzungen der Klageänderung als Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO).³⁰ Daran ändert auch nichts, dass die Gegenpartei der Klageänderung zustimmen kann.³¹ Diese Prüfung hat vor der materiellen Beurteilung der neuen Klage zu erfolgen,³² nach verbreiteter Auffassung aber auch vor der Prüfung der übrigen Prozessvoraussetzungen der neuen Klage.³³ Ob Letzteres gesetzlich vorgegeben oder bloss aus prozess-

23 BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.3.

24 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 39; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22.

25 A.A. allerdings FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 15; SOLIVA, S. 73; KLINGLER, Rz. 506 f.; vgl. zum deutschen Recht SCHLINKER, S. 3.

26 Vgl. ROHNER, S. 17.

27 Vgl. Bericht Expertenkommission Vorentwurf, S. 107.

28 A.A. wohl KLINGLER, Rz. 506.

29 Vgl. KLINGLER, Rz. 509; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 17; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 25, jeweils m.w.N.

30 BGE 142 III 48 E. 4.1.2; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 25; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 12; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22.

31 Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO.

32 Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO.

33 So etwa BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55: «Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine prozessuale Vorfrage (1. Stufe), die das Gericht zuerst beantwortet, bevor es über

ökonomischen Gründen ratsam ist, scheint indessen fraglich. Im Allgemeinen steht es dem Gericht frei, in welcher Reihenfolge es die Prozessvoraussetzungen prüft.³⁴ Die ZPO sieht für die Klageänderung auch kein besonderes Zulassungsverfahren³⁵ vor.³⁶ Eine zweistufige Prüfung erscheint nur dann zwingend, wenn angenommen wird, der ursprüngliche Streitgegenstand werde im Hinblick auf das Vorliegen der Klageänderungsvoraussetzungen (Art. 227 ZPO bzw. Art. 230 ZPO) und nicht bezogen auf die Zulässigkeit der geänderten Klage insgesamt hilfsweise aufrechterhalten. In diesem Fall kann das Gericht die Zulässigkeit der Klageänderung nämlich nicht dahinstellen und wegen Fehlens einer allgemeinen Prozessvoraussetzung auf die geänderte Klage nicht eintreten, weil sonst das Schicksal des ursprünglichen Streitgegenstandes ungewiss wäre. Dies wird jedoch kaum je der Fall sein, da ein solches Vorgehen nicht der typischen Interessenlage der klageändernden Partei entspräche. Vielmehr möchte diese regelmässig nur dann auf die Behandlung des ursprünglichen Anspruchs verzichten, wenn das Gericht auf den neuen Streitgegenstand eintritt.³⁷ Dementsprechend sollte das Gericht u.E. in einem ersten Schritt die Zulässigkeit und in einem zweiten Schritt die Begründetheit der geänderten Klage prüfen.³⁸ Auf jeden Fall unzulässig wäre es, wenn das Gericht die Zulässigkeit der Klageänderung offenlassen oder verneinen, die geänderte Klage aber trotzdem in der Sache beurteilen würde.³⁹

D. Verfahrensablauf

Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, in welcher Form die Klageänderung in den Prozess einzuführen ist. Grundsätzlich hat die klagende Partei die Klageänderung im Rahmen des nächsten gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritts einzubringen.⁴⁰ Auf die Bezeichnung als Klageänderung kommt es dabei nicht

die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage in geänderter Form befindet (2. Stufe).» In diesem Sinne auch ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 14; vgl. ferner Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 81; Stein/Jonas-ROTH § 263 N 3, 21 und 37.

34 Vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 9; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 14; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 93 Rn. 42; Stein/Jonas-ROTH, vor § 253 N 164.

35 Etwa nach dem Muster der Streitverkündungsklage (Art. 82 ZPO) oder der Revision (Art. 333 ZPO).

36 So etwa das österreichische Recht, Fasching/Konecny-KLICKA, § 235 N 38.

37 So im Ergebnis auch DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

38 Vgl. auch ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 14.

39 Vgl. SOLIVA, S. 123; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 31; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 98; Stein/Jonas-ROTH § 263 N 37; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 18.

40 D.h. vor der Eröffnung der Hauptverhandlung in der Klageschrift, im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder an der Instruktionsverhandlung, nach der Eröffnung

an.⁴¹ Nicht abschliessend geklärt ist, ob eine Klage auch mittels einer unaufgeforderten – den Voraussetzungen von Art. 130 ff. und 221 ZPO genügenden – Eingabe geändert werden kann.⁴² Soweit sich der Streitwert durch die Klageänderung erhöht, kann das Gericht den Vorschuss entsprechend aufstocken (Art. 98 ZPO).⁴³ Begründet der erhöhte Streitwert eine andere sachliche Zuständigkeit, ist der Prozess an das zuständige Gericht zu überweisen (Art. 227 Abs. 2 ZPO).

Bei der darauffolgenden, durch das Gericht zu bestimmenden Äusserungsgelegenheit ist der Gegenpartei Frist zur Stellungnahme anzusetzen;⁴⁴ es sei denn, die geänderte Klage ist offensichtlich unzulässig und eine Heilung des Mangels durch Zustimmung resp. Einlassung ist ausgeschlossen.⁴⁵ Entsprechend dem Zweck der Klageänderung, der klagenden Partei die Erhebung eines neuen Anspruchs ohne Einleitung eines separaten Verfahrens zu ermöglichen, sieht das Gesetz für die geänderte Klage aber keinen zusätzlichen Schriftenwechsel vor.⁴⁶ Es besteht daher für den mit der geänderten Klage vorgebrachten Sachverhalt kein doppeltes uneingeschränktes Äusserungsrecht.⁴⁷

Über die Zulässigkeit der geänderten Klage entscheidet das Gericht grundsätzlich im instanzabschliessenden Entscheid. Es kann das Verfahren jedoch auch auf die Zulässigkeit der geänderten Klage beschränken, wenn dies aus prozessökonomischen Gründen angezeigt ist (Art. 125 lit. a ZPO). Einen Anspruch auf Vorabprüfung der Klageänderungsvoraussetzungen resp. ein Recht, die Einlassung auf die geänderte Klage bis zur Zulassung zu verweigern, sieht das Gesetz allerdings nicht vor.⁴⁸ In streitigen Fällen bestimmt somit das Gericht nach Ermessen, ob es den Entscheid über die Zulassung der Klageänderung dem Endentscheid vorbehält oder vorgängig in einem Zwischenentscheid bejaht resp. in einem Teilentscheid verneint.⁴⁹

am mündlichen Termin, vgl. näher BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16.

41 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16.

42 Siehe zum Meinungsstand KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; PC CPC-HEINZ-MANN/CLÉMENT, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 15.

43 Zur Berechnung des Streitwerts unten III.D. und IV.C.

44 BGE 142 III 48 E. 4.1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 54; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16. Siehe ferner zum Inhalt der Stellungnahme unten, S. 70.

45 Vgl. allgemein KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 8.

46 Vgl. für Klage und Widerklage Art. 225 ZPO.

47 Zum Ganzen ZR 120 (2021) Nr. 32 E. 3.3.

48 Vgl. oben, S. 62f., und näher unten, S. 76 mit Fn. 137.

49 Näher unten III.E. und IV.D.

III. Verfahren und Entscheid bei zulässiger Klageänderung

A. Rechtshängigkeit

Mit der Klageänderung wird der neue Streitgegenstand *ex nunc* rechtshängig;⁵⁰ er kann deshalb nicht erneut eingeklagt werden (Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO). Für den Eintritt der Rechtshängigkeit des geänderten Streitgegenstandes ist auf den Zeitpunkt der Vornahme der Klageänderung abzustellen.⁵¹ Eine Rückbeziehung der Rechtshängigkeitswirkungen auf den Zeitpunkt der Anhängigmachung des ursprünglichen Streitgegenstandes findet weder hinsichtlich der materiell-rechtlichen noch hinsichtlich der prozessualen Wirkungen statt.⁵² So wirkt sich z.B. eine durch den ursprünglichen Anspruch bewirkte Verjährungsunterbrechung nicht auch auf den geänderten Streitgegenstand aus.⁵³ Ferner besteht nach h.L. keine Fortdauer des Gerichtsstandes (*perpetuatio fori*; Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO) für den geänderten Streitgegenstand.⁵⁴ Die Zuständigkeit kann sich jedoch unter Umständen aus Art. 15 Abs. 2 ZPO (Gerichtsstand der objektiven Klagenhäufung) oder aus Art. 18 ZPO (Einlassung) ergeben.

Eine Klageänderung führt hingegen in der Regel nicht dazu, dass die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes erlischt. Dies ist nur dann der Fall, wenn mit der Klageänderung definitiv auf die ursprüngliche Klage verzichtet wird (Art. 241 Abs. 2 ZPO).⁵⁵ Soll hingegen die ursprüngliche Klage im Fall einer unzulässigen Klageänderung beurteilt werden, so endet deren Rechtshängigkeit – analog zu einem Eventualbegehren⁵⁶ – erst, wenn die neue Klage rechtskräftig zugelassen ist.⁵⁷ Bis dahin sind der alte und der

50 KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22a; KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14; BSK ZPO-INFANGER, Art. 62 N 11; CR CPC-BOHNET, Art. 62 N 19; PC CPC-CHABLOZ, Art. 62 N 2; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 62 N 27; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 62 N 14; BK ZPO-STEINER-BERGER, Art. 62 N 12; SEILER, Rz. 1417; SOLIVA, S. 118; GULDENER, S. 232; unklar allerdings BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52: Klageänderung nach Art. 227 Abs. 1 ZPO habe – obwohl es ein Dispositionsakt ist – keine unmittelbare Wirkung im Verfahren.

51 KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14 m.w.H.

52 KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14 m.w.H.

53 BGE 122 III 195 E. 9c; BERGAMIN, Rn. 265; ZK OR-BERTI, Art. 135 N 102 f.

54 PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 20; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 37; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 40; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 31; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 15; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 6c; a.A. DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 12; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 30a; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 185 N 11.

55 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

56 Vgl. eingehend zur Rechtshängigkeit des Eventualbegehrens HUBER-LEHMANN, S. 905 f.

57 Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55.

neue Streitgegenstand parallel rechtshängig. Welche Bedeutung der Klageänderung zukommt, hat das Gericht im Einzelfall durch Auslegung und gegebenenfalls unter Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO zu klären:⁵⁸ Der h.L. folgend ist mangels besonderer Parteierklärungen bis zur Zulassung des neuen Streitgegenstandes von einem hilfsweisen Festhalten an der ursprünglichen Klage und nicht von einem definitiven Rückzug auszugehen.⁵⁹ Denn die klagende Partei beabsichtigt mit der Auswechslung des Streitgegenstandes in der Regel einen einheitlichen Vorgang.⁶⁰

B. Gegenstand des Entscheids

Erachtet das Gericht die geänderte Klage als zulässig, so tritt der neue Streitgegenstand an die Stelle des ursprünglichen.⁶¹ Das Gericht entscheidet somit ausschliesslich über die materielle Begründetheit des neuen Streitgegenstandes.⁶² Es knüpft dabei aber an den bisherigen Prozessstand an.⁶³

Soll im Falle der materiellen Unbegründetheit des neuen Anspruchs auch der alte Streitgegenstand beurteilt werden, so müsste die klagende Partei dies gemäss h.L. hingegen ausdrücklich durch Aufrechterhaltung als Eventualbegehren beantragen.⁶⁴ Nach anderer Auffassung ist ein Verzicht auf den ursprünglichen Anspruch auch bei einer zulässigen Klageänderung nur dann anzunehmen, wenn entweder die Auslegung der Klageänderungserklärung ergebe, dass die klagende Partei den ursprünglichen Streitgegenstand zurückziehen wolle, oder sich ein solcher Rückzug aus dem materiellen Recht ableiten lasse.⁶⁵ Indem sich die klagende Partei dazu entschliesst, anstelle des ursprünglichen Streitgegenstandes die Beurteilung eines neuen Streitgegenstandes zu beantragen, gibt sie implizit zu verstehen, dass sie auf den ursprünglichen Anspruch verzichtet. Erachtet das Gericht die Klageänderung

58 Vgl. grundlegend HABSCHIED, Rz. 419; ferner SOLIVA, S. 123.

59 Vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 5; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 37; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 25; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 30; a.A. MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 55.

60 WENDELSTEIN, S. 442 f.; vgl. auch SOLIVA, S. 122.

61 BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24.

62 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55.

63 Vgl. zur Bindung an die Prozessergebnisse Stein/Jonas-ROTH § 263 N 1 und 35; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 50 f.; Zöller-GREGER, § 263 N 16.

64 Vgl. sinngemäss BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 221 N 21; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 25; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 83 f.

65 Vgl. SOLIVA, S. 123 (klagende Partei verlangt z.B. Schadenersatz statt Erfüllung, Art. 107 OR).

als zulässig, erübrigt sich u.E. daher in der Regel eine weitere Auslegung der Klageänderungserklärung.

C. Schicksal des nicht beurteilten ursprünglichen Streitgegenstandes

1. Problemstellung

Ergeht nur über den geänderten Streitgegenstand ein Entscheid, stellt sich die Frage, auf welche Weise der ursprüngliche Anspruch ausser Streit fällt. Endet ein Verfahren ohne (End-)Entscheid, so kommt nach der Systematik der ZPO⁶⁶ zur Beendigung der Rechtshängigkeit grundsätzlich eine Verfahrensbeendigung durch Parteidisposition (Art. 241 ZPO) oder eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO) in Betracht. Die h.L. nimmt – meist ohne nähere Begründung – an, dass bei einer zulässigen Klageänderung die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes durch einen impliziten Klagerückzug ende.⁶⁷ Daneben wird in der Lehre vereinzelt vertreten, die ursprüngliche Klage werde gegenstandslos,⁶⁸ oder die Zulassung der Klageänderung wird – ohne dies näher zu qualifizieren – als eigenständiger Grund für die Beendigung der Rechtshängigkeit angeführt.⁶⁹

2. Klagerückzug

Nach der h.L. führt eine zulässige Klageänderung dazu, dass das Verfahren, soweit der bisherige Streitgegenstand im geänderten Streitgegenstand nicht mehr enthalten ist, als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben ist.⁷⁰ Dem ist u.E. – sofern nicht ausnahmsweise ein Fall der Gegenstandslosigkeit i.S.v. Art. 242 ZPO vorliegt⁷¹ – zuzustimmen. Denn die Klageänderung setzt sich aus zwei Prozesshandlungen zusammen: einerseits aus der Rücknahme des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs und andererseits aus der

66 Vgl. die Überschrift von Kap. 6 Teil 3 ZPO: «Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid».

67 SOLIVA, S. 128; HABSCHIED, S. 235; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 6c; GULDENER, S. 400; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 24; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 10; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 62 N 12; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24.

68 Vgl. in diesem Sinne wohl CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17: «In caso d'inammissibilità, resta d'attualità l'oggetto litigioso, mentre in caso contrario esso diviene privo d'oggetto, in quanto superato dal nuovo»; ferner ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

69 Vgl. etwa BSK ZPO-INFANGER, Art. 62 N 26; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 62 N 48.

70 Vgl. oben, Fn. 67.

71 Vgl. unten, S. 73.

Geltendmachung eines neuen Anspruchs.⁷² In der Stellung des neuen Anspruchs liegt daher ein impliziter Rückzug des ursprünglichen Anspruchs.⁷³

Folgt man der h.L., so zeitigt eine Klageänderung nach Eintritt der Fortführungslast (Art. 65 ZPO) grundsätzlich Abstandsfolgen für den ursprünglichen Streitgegenstand.⁷⁴ Diese treten nur dann nicht ein, wenn die beklagte Partei dem Rückzug zustimmt oder die ursprüngliche Klage unzulässig gewesen wäre (sog. Rückzug «angebrachtermassen»)⁷⁵ Andernfalls führt die Klageänderung in Bezug auf die ursprüngliche Klage zu materieller Rechtskraft (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Zudem wird die klagende Partei im Grundsatz kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO).⁷⁶ Welche Rechtskraftwirkungen mit einem Rückzug verbunden sind, geht aus dem Gesetz allerdings nicht klar hervor und wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Eine abschliessende Erörterung dieser Frage würde jedoch den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb hierzu lediglich Folgendes zu erwähnen ist:

Die materielle Rechtskraft umfasst einerseits die sog. Sperrwirkung, wonach zwischen denselben Parteien nicht erneut über denselben Streitgegenstand ein Verfahren geführt werden kann.⁷⁷ Die h.L. nimmt dabei ohne nähere Erklärung an, dass die Sperrwirkung im Falle eines Klagerückzugs für beide Parteien eintrete.⁷⁸ Ebenso scheint die *BOTSCHAFT* zur ZPO davon auszugehen, dass dem Klagerückzug die Wirkung einer Klageabweisung zukomme.⁷⁹ Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Wortlaut von Art. 65 ZPO, welcher die Sperrwirkung der Rechtskraft auf die klagende Partei beschränkt.⁸⁰ Ferner erscheint es fragwürdig, dass durch eine einseitige Prozesshandlung der klagenden Partei eine Sperrwirkung für beide Parteien eintreten soll. Sofern die Gegenpartei die Abweisung der Klage beantragt hat, kann zwar ohne Weiteres eine Sperrwirkung zu ihren Lasten angenommen werden.⁸¹ Konnte sich die

72 Vgl. SCHLINKER, S. 1.

73 GULDENER, S. 400; SOLIVA, S. 123.

74 HABSCHIED, S. 235; GULDENER, S. 400; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 24; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; ZK ZPO-SUTTERSOMM/HEDINGER, Art. 65 N 10.

75 Vgl. statt aller KUKO ZPO-DROESE, Art. 65 N 8 ff.

76 Vgl. zu den Kostenfolgen einer zulässigen Klageänderung unten, S. 80 f.

77 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 40.

78 DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 65 N 23; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 22; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 18; vgl. BSK ZPO-INFANGER, Art. 65 N 5; BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 29.

79 *BOTSCHAFT* ZPO, S. 7278.

80 Art. 65 ZPO: «Wer eine Klage ... zurückzieht, kann gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand keinen zweiten Prozess mehr führen ...»; vgl. auch BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 28.

81 Vgl. DROESE, S. 158.

Gegenpartei jedoch überhaupt noch nicht zur Sache äussern oder hat sie (zu Unrecht) beantragt, nur auf die Klage nicht einzutreten, so erscheint eine gegenseitige Sperrwirkung problematisch. Dies würde der klagenden Partei auch die Möglichkeit zum Missbrauch eröffnen, indem sie etwas einklagt, was sie eigentlich gar nicht möchte, damit dies zu einer Sperrwirkung für die Gegenpartei führt. Dagegen könnte allerdings eingewandt werden, dass die Gegenpartei aufgrund der nicht gewährten Zustimmung zur Wiedereinbringung der Klage zumindest implizit der gegenseitigen Sperrwirkung zustimmt.

Andererseits geht mit der Rechtskraft die sog. Bindungswirkung einher. Sie ist massgeblich, wenn die Hauptfrage des Vorverfahrens zur Vorfrage des Folgeprozesses wird.⁸² Das Gericht ist in einem späteren Verfahren an den bereits beurteilten Streitgegenstand inhaltlich gebunden und hat diesen seiner Entscheidung – ohne weitere Begründung – zugrunde zu legen.⁸³ Da Art. 65 ZPO nur eine Sperrwirkung, aber keine Bindungswirkung normiert, ist in der Lehre umstritten, ob dem Klagerückzug auch eine Bindungswirkung zukommt.⁸⁴ In diesem Zusammenhang ist vor allem das Verhältnis von Art. 241 Abs. 2 ZPO zu Art. 65 ZPO klärungsbedürftig. Nach der einen Auffassung stellt Art. 65 ZPO eine *lex specialis* zu Art. 241 Abs. 2 ZPO dar,⁸⁵ Art. 241 Abs. 2 ZPO sei somit im Lichte von Art. 65 ZPO einschränkend auszulegen. Dieser Auffassung zufolge kommt dem Klagerückzug einzig eine Sperrwirkung zu.⁸⁶ Dies sei auch mit Blick auf die Parteiinteressen gerechtfertigt. Einerseits werde der Wille der klagenden Partei, den Prozess nicht fortzuführen, respektiert. Andererseits werde das Interesse der beklagten Partei vor nochmaliger Inanspruchnahme mit derselben Sache geschützt. Die Zuerkennung einer über die Sperrwirkung hinausgehenden Bindungswirkung sei hingegen nicht sachgerecht.⁸⁷ Eine andere Auffassung in der Lehre versteht das Verhältnis zwischen Art. 65 ZPO und Art. 241 Abs. 2 ZPO gerade im umgekehrten Sinne. Folglich spreche Art. 241 Abs. 2 ZPO dem Klagerückzug umfassende Rechtskraftwirkung und damit auch eine Bindungswirkung zu.⁸⁸ Art. 65 ZPO regle dagegen einzig den Zeitpunkt, ab dem diese Wirkungen greifen, und treffe keine Aussage zum

82 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 43; BGE 145 III 143.

83 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 44.

84 Vgl. eingehend zum Meinungsstand BGer, 5A_383/2020, 22. Oktober 2021, E. 3.4; ZR 121 (2022) Nr. 33 E. 3.7.2.

85 KUKO ZPO-DROESE, Art. 241 N 6.

86 BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 29; BERTI, Rz. 490; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 35; KUKO ZPO-DROESE, Art. 241 N 6; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 18; DROESE, S. 321 ff.; BALMER, S. 290 f. Fn. 36 und 46.

87 BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 30.

88 GUT, S. 166 f.; PC CPC-CHABLOZ, Art. 65 N 8.

Rechtskraftumfang.⁸⁹ Diese Auffassung stützt sich auf die historische Auslegung und den Sinn der Fortführungslast, die Einmaligkeit des Rechtsschutzes zu wahren, Rechtssicherheit zu schaffen und die beklagte Partei davor zu schützen, sich immer wieder gegen dieselbe (Vor-)Frage verteidigen zu müssen.⁹⁰

Wenn der Klagerückzug mit einer Klageänderung einhergeht, stellt sich ein zusätzliches Problem. Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO sieht vor, dass die Gegenpartei der Klageänderung zustimmen kann, wodurch kein sachlicher Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anspruch mehr vorausgesetzt wird. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Zustimmung auch als Zustimmung zum Rückzug der Klage i.S.v. Art. 65 ZPO zu werten ist. Geht man davon aus, dass Art. 65 und Art. 227 ZPO mit Blick auf den Beklagtenschutz jeweils eine andere Stossrichtung haben,⁹¹ dürfte diese Frage zu verneinen sein. Ist in einem Fall unklar, worauf sich die Zustimmung bezieht, so müsste das Gericht u.E. seiner Fragepflicht nachgehen und die Tragweite der Zustimmungserklärung klären.

3. Privilegierter Klagerückzug

Wird hinsichtlich des ursprünglichen Streitgegenstandes eine Erledigung durch Rückzug angenommen, muss die klagende Partei die in Art. 106 Abs. 1 und Art. 241 Abs. 2 ZPO normierten Nachteile in Kauf nehmen, um in den Genuss einer Klageänderung zu kommen. Fraglich scheint, ob dies vom Gesetzgeber so beabsichtigt war oder ob damit die Zwecke des Rechtsinstituts infrage gestellt werden. So vertritt namentlich die überwiegende Lehre in Deutschland, dass die Regelung der Klageänderung gemäss §§ 263 ff. der deutschen Zivilprozessordnung (nachfolgend «DZPO») abschliessend sei und folglich die Bestimmungen über die Klagerücknahme (§ 269 DZPO) verdränge (sog. Isolationstheorie).⁹² Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass durch ein zusätzliches Erfordernis der Klagerücknahme bei einer wirksamen Klageänderung die vom Gesetzgeber mit der Klageänderung beabsichtigten Erleichterungen zunichtegemacht würden.⁹³ Diese Auslegung ist allerdings nicht unumstritten.⁹⁴ Auch in Österreich wird das Verhältnis zwischen der sog. «Klagsänderung» (§ 235 der österreichischen Zivilprozessordnung, nachfolgend

89 Vgl. BGer, 5A_383/2020, 22. Oktober 2021, E. 3.4.

90 ZR 121 (2022) Nr. 33 E. 3.7.3 und 3.7.5.

91 Dazu eingehend unten, S. 71 f.

92 MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 47 und § 264 N 23; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 70 ff.; Zöller-GREGER, § 263 N 6; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 26 f.; BRAUN, S. 453 ff. und 663 ff.

93 Vgl. eingehend WALTHER, S. 425 ff.; ferner die in vorstehender Fn. genannten Autor*innen.

94 Vgl. für die sog. «Kumulationstheorie» Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 31 und § 264 N 16 f.; GROSS, S. 357 ff.; SCHLINKER, S. 4 f.

«ÖZPO») und der «Zurücknahme der Klage» (§ 237 ÖZPO) im Sinne der Isolationstheorie bestimmt.⁹⁵

Die Materialien zur ZPO lassen allerdings nicht erkennen, dass der Gesetzgeber die Klageänderung als privilegierten Klagerückzug konzipiert hat; sie stellen zwischen beiden Rechtsinstituten keinen Bezug her.⁹⁶ Dieser Befund entspricht im Ergebnis dem herkömmlichen Verständnis der schweizerischen Lehre, wonach Klagerückzug und Klageänderung auf unterschiedlichen Regelungsgedanken basieren; sie dienen zwar beide dem Schutz der beklagten Partei, jedoch unter einem anderen Aspekt:

Die Bestimmungen über die Klageänderung sind Ausfluss der Eventualmaxime⁹⁷. Zur Gewährleistung einer möglichst schnellen Prozessdurchführung und zur Wahrung der Interessen der beklagten Partei kann die Klageänderung nicht unbeschränkt zugelassen werden.⁹⁸ Mit den gesetzlich vorgesehenen Beschränkungen der Klageänderung soll verhindert werden, dass die klagende Partei durch einen neuen Angriff das Verfahren verschleppt⁹⁹ und dem Gegner die Abwehr über Gebühr erschwert, indem sie ihn zur Umstellung seiner Verteidigungsstrategie zwingt.¹⁰⁰

Die in Art. 65 ZPO geregelte Ausschlusswirkung des Klagerückzugs verkörpert hingegen die sog. Fortführungslast.¹⁰¹ Danach soll eine Klage nach Zustellung an die Gegenpartei nicht mehr ohne Rechtsverlust zurückgenommen werden können. Vielmehr hat die beklagte Partei von diesem Zeitpunkt an einen schutzwürdigen Anspruch auf die rechtskräftige Beurteilung des Streitgegenstandes.¹⁰² Die Fortführungslast soll mithin verhindern, dass die klagende Partei unüberlegt oder schikanös eine Klage einreicht.¹⁰³ Sie schützt die beklagte Partei davor, durch einen einseitigen Abbruch des Angriffs um die «Früchte» ihrer Rechtsverteidigung gebracht zu werden, trägt aber auch dem Bedürfnis nach endgültiger Befriedigung des Rechtsstreits Rechnung.¹⁰⁴

95 Fasching/Konecny-KLICKA, § 235 N 8 und 17 mit Hinweis auf abweichende Auffassungen in Fn. 45.

96 Vgl. BOTSCHAFT ZPO, S. 7341, wo lediglich der Zusammenhang zum Novenrecht betont wird.

97 KLINGLER, Rz. 125; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 2; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 2; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 2.

98 HABSCHIED, S. 232; ROHNER, S. 7.

99 Vgl. oben, S. 61; KLINGLER, Rz. 125; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 1, 25; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 44; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; SOLIVA, S. 33 ff.

100 Vgl. etwa GULDENER, S. 235; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 27 Rn. 19.

101 KUKO ZPO-DROESE, Art. 65 N 1.

102 Vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 8.

103 PC CPC-CHABLOZ, Art. 65 N 1; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 6.

104 Vgl. zur *ratio* der Fortführungslast ferner ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 8; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 6.

Mit der Fortführungslast soll gewährleistet werden, dass sich die beklagte Partei nicht wiederkehrend mit dem *gleichen* Angriff befassen muss, während durch die Einschränkung der Klageänderung verhindert werden soll, dass sich die beklagte Partei fortlaufend mit einem *neuen* Angriff konfrontiert sieht. Beide Regelungskomplexe knüpfen dementsprechend an unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahrensabschnitte an. Liegt Art. 65 ZPO und Art. 227 ZPO somit ein komplementärer Zweck zugrunde, spricht dies nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen¹⁰⁵ gegen die Annahme einer abschliessenden Regelung (sog. positive oder kumulative Normenkonkurrenz). Die Klageänderung schafft u.E. daher keine Durchbrechung der Fortführungslast.

4. Ausscheiden analog zu einem nicht beurteilten Eventualbegehren

Wie erwähnt, wird die Geltendmachung einer Klageänderung im Zweifelsfall so ausgelegt, dass die klagende Partei an der ursprünglichen Klage hilfsweise (für den Fall der Unzulässigkeit der neuen Klage) festhält.¹⁰⁶ Die h.L. nimmt an, dass ein Eventualbegehren bei Gutheissung des Hauptbegehrens *ex tunc* aus der Rechtshängigkeit entlassen werde und so zu behandeln sei, als ob es nie beantragt worden sei.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob der ursprüngliche Streitgegenstand bei der Klageänderung in entsprechender

105 Vgl. z.B. BGE 142 II 369 E. 5.3: «Eine Normenkollision, welche zur Nichtanwendung der einen Norm führt, liegt aber nur vor, wenn mehrere Normen denselben Sachverhalt unter identischen Gesichtspunkten unterschiedlich regeln. Wenn hingegen verschiedene Normen ein und denselben Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen, liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor, d.h. es sind beide Normen kumulativ anwendbar [...]».

106 Vgl. oben, S. 66.

107 SUTER, S. 297; KLINGLER, Rz. 53, 83; vgl. auch SUTTER-SOMM, Rz. 398; für die deutsche Lehre: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 65 Rn. 32. GULDENER (S. 214, Fn. 3) vertritt dagegen, dass im Falle der Gutheissung des Hauptbegehrens über das Eventualbegehren entweder zu entscheiden oder dieses mittels Klagerückzug abzuschreiben sei. Einer anderen Auffassung zufolge ist das Eventualbegehren im Fall der Gutheissung des Hauptbegehrens als gegenstandslos abzuschreiben (so für das Rechtsmittelverfahren: BGer, 5A_613/2015, 22. Januar 2016, E. 5; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 180 N 18). HUBER-LEHMANN, S. 908, geht schliesslich davon aus, dass auf das Eventualbegehren nicht einzutreten sei. Sie begründet dies damit, dass bei Gutheissung des Hauptbegehrens das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei an der Beurteilung des Eventualbegehrens nachträglich wegfällt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Rechtsfolgen eines nachträglichen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses umstritten sind. Nach der wohl h.L. und bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt der Wegfall des Rechtsschutzinteresses nach Eintritt der Rechtshängigkeit dazu, dass das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen abzuschreiben sei (BGer, 4A_249/2018, 12. Juli 2018, E. 2.2; BGer, 4A_226/2016, 20. Oktober 2016, E. 5; BK ZPO-KILLIAS, Art. 242 N 10; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 242 N 5; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 242 N 1; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 5; BK ZPO-ZINGG, Art. 60 N 53; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 25; a.M. ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 28; BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 4).

Weise behandelt werden könnte.¹⁰⁸ Während bei einer eventuellen Klagehäufung das Eventualbegehren von Beginn an bloss bedingt gestellt wird, wird bei der Klageänderung der ursprüngliche Streitgegenstand zunächst unbedingt gestellt. Das Eventualbegehren entgeht der Fortführungslast, weil die klagende Partei von Anfang an klar macht, dass sie das Eventualbegehren nur für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens in den Hauptprozess einbringt. Im Falle einer Gutheissung des Hauptbegehrens ist das Eventualbegehren dann so zu behandeln, als wäre es nie gestellt worden. Bei einer Klageänderung bringt jedoch die klagende Partei den ursprünglichen Streitgegenstand von Beginn an in den Prozess ein und entscheidet erst nach der Einbringung, dass kein Interesse mehr an einer Weiterverfolgung des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs besteht. Daher sind diese beiden Konstellationen u.E. nicht vergleichbar. Entsprechend sollte der ursprüngliche Streitgegenstand im Unterschied zum Eventualbegehren auch nicht ohne Abstandsfolgen aus der Rechtshängigkeit ausscheiden dürfen.

5. Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO)

Vereinzelte und ohne nähere Auseinandersetzung mit der h.L. wird auch vertreten, dass die ursprüngliche Klage mit der Zulassung der Klageänderung gegenstandslos werde.¹⁰⁹ Dabei ist unbestritten, dass die klagende Partei das Verfahren im Fall einer Gegenstandslosigkeit unter Umständen durch eine Klageänderung fortführen kann. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn das Streitobjekt untergeht und die klagende Partei anstatt Herausgabe des Streitobjekts Schadenersatz verlangt.¹¹⁰ In einem solchen Fall kann die Klageänderung als Antrag verstanden werden, die ursprüngliche Klage als gegenstandslos abzuschreiben.¹¹¹ Davon ist aber die Frage zu unterscheiden, ob die Zulassung der Klageänderung als solche dazu führt, dass die ursprüngliche Klage – etwa im Sinne einer sog. prozessualen Überholung¹¹² – gegenstandslos wird.¹¹³ Grundsätzlich wird Gegenstandslosigkeit i.S.v. Art. 242 ZPO angenommen, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv dahinfällt.¹¹⁴ Gegenstands-

108 Vgl. in diese Richtung ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

109 Vgl. oben, Fn. 68.

110 Vgl. zum Ganzen etwa BK ZPO-KILLIAS, Art. 242 N 8 m.w.N.

111 Vgl. dazu allgemein ADDOR, S. 180 ff.

112 Bei dieser Fallgruppe der Gegenstandslosigkeit wird die Entscheidung über die hängige Klage durch die Entscheidung in einem anderen Verfahren überflüssig, vgl. dazu ADDOR, S. 98.

113 Unklar diesbezüglich aber ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

114 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 242 N 5; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 242 N 1.

losigkeit liegt daher allgemein vor, wenn keine Partei mehr ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Fortführung bzw. Entscheidung hat, weil sich der Streitgegenstand während des Verfahrens ausserprozessual «erledigt» hat.¹¹⁵ Erfasst werden Konstellationen, in denen nicht Parteidispositionen, sondern andere Gründe den Prozess gegenstandslos werden lassen.¹¹⁶ Dies trifft jedoch bei einer zulässigen Klageänderung gerade nicht auf den ursprünglichen Streitgegenstand zu. Vielmehr wird über den ursprünglichen Streitgegenstand aufgrund einer Parteidisposition – nämlich der beantragten Klageänderung – nicht mehr verhandelt. Deshalb kann auch nicht von einer Gegenstandslosigkeit aufgrund des Wegfalls des Streitgegenstandes ausgegangen werden. Die Zulassung der Klageänderung lässt sich daher u.E. nicht unter Art. 242 ZPO subsumieren.

D. Streitwert und Kostenverteilung

Über die Kosten vor und nach der Klageänderung ist im verfahrensabschliessenden Entscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO)¹¹⁷ grundsätzlich gemeinsam zu entscheiden.¹¹⁸ Die Kosten für die alte und die neue Klage jeweils gesondert festzusetzen, als hätte die klagende Partei die alte Klage zurückgezogen und eine neue Klage eingeleitet, widerspräche dem Prinzip der Kosteneinheit¹¹⁹ und wäre kaum sachgerecht. Es handelt sich um ein einheitliches Verfahren, zeichnet sich die Klageänderung doch gerade dadurch aus, dass der ursprüngliche Prozess mit einem neuen Streitgegenstand weitergeführt wird.¹²⁰ Nicht geklärt ist allerdings, nach welchem Rechtsbegehren (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO) der Streitwert bei einer Klageänderung zu bestimmen ist.¹²¹ Das Gesetz regelt nur den Fall, dass mehrere Rechtsbegehren *nebeneinander*, nicht aber, dass mehrere Rechtsbegehren *nacheinander* gestellt werden (vgl. Art. 93 ZPO). Denkbar wäre dabei insbesondere, die Streitwerte zusammenzurechnen

115 ZK ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, Art. 242 N 3.

116 DIKE Komm. ZPO-KRIECH, Art. 242 N 1; vgl. BOTSCHAFT ZPO, S. 7345.

117 Die Kosten der ursprünglichen Klage sind somit nicht separat im Abschreibungsabschluss festzusetzen, vgl. aber BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56.

118 Vgl. bereits SOG 1985 Nr. 7; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 34; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 104.

119 Vgl. dazu eingehend in diesem Band STRUB, S. 96: Nach dem Grundsatz der Kosteneinheit «soll [...] keine Kostenausscheidung nach gewissen Verfahrensabschnitten erfolgen, sondern «in der instanzbeendenden Entscheidung einheitlich über sämtliche Kosten der Instanz» geurteilt werden».

120 So zutreffend bereits SOG 1985 Nr. 7.

121 Unklar in dieser Hinsicht auch BRIDEL, Rz. 400 ff.

(Art. 93 Abs. 1 ZPO analog; Prinzip der Wertaddition¹²²) oder aber nur auf das höherwertige Begehren abzustellen (analog zur eventuellen Klagehäufung; Höchstwertprinzip¹²³).

Addiert man die Streitwerte der ursprünglichen und der neuen Klage analog Art. 93 Abs. 1 ZPO, würde eine Klageänderung (ausser bei sich ausschliessenden Rechtsbegehren¹²⁴) zu einer Streitwerterhöhung und damit zu Mehrkosten führen. Dies hätte zur Folge, dass die klagende Partei gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO im Umfang des Werts des ursprünglichen Streitgegenstandes als unterliegend gilt und anteilig kostenpflichtig wird. Aufgrund der durch die Werteaddition eintretenden Gebührendegression¹²⁵ würden die Prozesskosten aber immerhin insgesamt tiefer ausfallen als bei einer separaten Festsetzung, womit die mit dem Rechtsinstitut angestrebten Kostenvorteile¹²⁶ zumindest teilweise gewahrt blieben. Dogmatisch spricht gegen diese Lösung allerdings die Wertung von Art. 91 Abs. 1 S. 2 ZPO. Ähnlich wie das Haupt- und Eventualbegehren schliessen sich das ursprüngliche und das geänderte Rechtsbegehren nach dem Willen der klagenden Partei aus, sodass das Gericht nicht beide gutheissen kann.¹²⁷

Auch die Literatur scheint sich implizit gegen eine Zusammenrechnung auszusprechen,¹²⁸ denn sie stellt für das Obsiegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) nur auf das geänderte Rechtsbegehren ab.¹²⁹ Auch wenn die klagende Partei bei einer Klageänderung formal betrachtet nicht vollständig obsiegt,¹³⁰ kann der herrschenden Meinung u.E. grundsätzlich gefolgt werden, denn es kommt für das Obsiegen auf das Endergebnis des Rechtsstreits an.¹³¹ Ist der Streitwert des geänderten Begehrens gleich hoch oder höher, muss die hinsichtlich des neuen Streitgegenstandes unterliegende Partei folglich für die Kosten des gesamten

122 Vgl. BRIDEL, Rz. 661.

123 Vgl. BRIDEL, Rz. 662.

124 So z.B. bei Umstellung von einer Erfüllungs- auf eine Schadenersatzklage, vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 93 N 2.

125 Vgl. zur degressiven Ausgestaltung der kantonalen Gebührentarife etwa § 4 Abs. 1 GebV OG/ZH und § 4 Abs. 1 AnwGebV/ZH.

126 Vgl. SOLIVA, S. 33.

127 Vgl. zur *ratio legis* von Art. 91 Abs. 1 ZPO etwa BRIDEL, Rz. 527.

128 Unklar diesbezüglich auch BRIDEL, Rz. 400 ff.

129 Vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 3; PESENTI, Rz. 433. Ähnlich auch die deutsche Lehre: MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 34; Zöller-GREGER, § 263 N 18 und 32; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 107.

130 Vgl. Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO: Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend.

131 Vgl. BGE 148 III 182 3.2 m.w.N. und dazu eingehend in diesem Band STRUB, S. 95 f.

Rechtsstreits aufkommen.¹³² Die klagende Partei trifft – unabhängig vom Verfahrensausgang – nur dann eine Kostenpflicht, wenn der alte Streitgegenstand ausscheidbare Mehrkosten verursacht hat, die ihr nach Art. 108 ZPO¹³³ auferlegt werden können (z.B. für hinfällig gewordene Beweisaufnahmen).¹³⁴ Hat die neue Klage dagegen einen geringeren Streitwert, kann sie nicht alleine ausschlaggebend für den Streitwert und das Obsiegen sein. Vielmehr müssten u.E. in diesem Fall auch der obsiegenden klagenden Partei (analog Art. 227 Abs. 3 ZPO) in Höhe der Streitwertdifferenz Verfahrenskosten auferlegt werden,¹³⁵ da eine Klagereduktion nicht zu einer Verminderung des Gebührenstreitwerts führt.¹³⁶ Im Ergebnis richtet sich der Streitwert bei einer zulässigen Klageänderung u.E. somit nach dem höherwertigen Rechtsbegehren.

E. Rechtsmittel

Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine prozessuale Vorfrage, über welche das Gericht in der Regel in den Erwägungen des Endentscheids (Art. 237 ZPO) befindet.¹³⁷ Erachtet das Gericht die Klageänderung als zulässig, so unterliegt der Entscheid über den geänderten Streitgegenstand den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO, ggf. Beschwerde, Art. 319 lit. a ZPO).¹³⁸

Wird die Gutheissung (oder Abweisung) der geänderten Klage angefochten, sind die Voraussetzungen der Klageänderung als Prozessvoraussetzungen auch im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu prüfen.¹³⁹ Unter der

132 Vgl. MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100.

133 Vgl. eingehend zu den Voraussetzungen von Art. 108 ZPO in diesem Band STRUB, S. 101ff.

134 Vgl. zum deutschen Recht MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 104; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 3.

135 In diesem Sinne wohl auch SOLIVA, S. 128 mit Fn. 58. Vgl. auch MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100 und 104. Zu den Kostenfolgen einer Klagereduktion BGer, 4A_396/2021, 2. Februar 2022, E. 4.4.

136 Vgl. FREY, Rz. 191; BRIDEL, Rz. 394 und 397. Das kantonale Recht kann für diesen Fall aber eine Reduktion des Gebührentarifs vorsehen, vgl. etwa § 10 Abs. 1 GebV OG/ZH.

137 FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 24; SOLIVA, S. 115f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 27. Allgemein zum Verfahren der Prüfung der Prozessvoraussetzungen KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 6.

138 Nicht aber der Abschreibungsentscheid hinsichtlich des ursprünglichen Streitgegenstandes, vgl. unten, S. 78.

139 Vgl. allgemein zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren SEILER, Rz. 492 ff. und 1617 ff.; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 2. Rügt die beklagte Partei die Zulassung der Klageänderung nicht, kann darin aber allenfalls eine konkludente Zustimmung liegen (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO).

ZPO handelt es sich dabei um eine Rechtsfrage, welche das Rechtsmittelgericht mit freier Kognition prüft (Art. 310 lit. a bzw. 320 lit. a ZPO).¹⁴⁰

Das Gericht kann die Klageänderung aber auch in einem selbständigen Zwischenentscheid für zulässig erklären, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung umgehend ein Endentscheid möglich ist und somit der Kosten- oder Zeitaufwand deutlich reduziert werden kann (Art. 237 ZPO).¹⁴¹ Erstere Voraussetzung dürfte dabei stets gegeben sein.¹⁴² Erklärt die Rechtsmittelinstanz die Klageänderung entgegen der Vorinstanz für unzulässig, kann sie das Verfahren zwar in der Regel nicht abschliessen,¹⁴³ hinsichtlich des geänderten Streitgegenstandes kann aber ein Teilentscheid ergehen (Nichteintreten).¹⁴⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt ein Teilentscheid eine Variante des Endentscheids i.S.v. Art. 236 ZPO dar, weil mit ihm über eines oder einige von mehreren Rechtsbegehren (objektive oder subjektive Klagehäufung) abschliessend befunden wird.¹⁴⁵ Es handelt sich dabei nicht um verschiedene materiellrechtliche Teilfragen eines Anspruchs, sondern um verschiedene Rechtsbegehren.¹⁴⁶

Ein Zwischenentscheid kann primär mit Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) oder subsidiär mit Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) angefochten werden; nicht möglich ist eine spätere Anfechtung mit dem Endentscheid (Art. 237 Abs. 2 ZPO).¹⁴⁷ Vor Bundesgericht kann ein Zwischenentscheid entweder selbständig (Art. 93 Abs. 1 BGG) oder zusammen mit dem Endentscheid (Art. 93 Abs. 3 BGG) angefochten werden. Eine selbständige Anfechtung setzt dabei voraus, dass der Zwischenentscheid einen nicht wiedergutzumachenden

140 Anders teilweise unter dem kantonalen Prozessrecht, wo die Zulassung im Ermessen des Gerichts lag, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 24; SOLIVA, S. 86 mit Fn. 1 und 117; ROHNER, S. 16.

141 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

142 SOLIVA, S. 115; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 6; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17; einschränkend aber BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56: Ein Zwischenentscheid komme bei einer Klageänderung im engeren Sinne in Betracht, weil bei einer abweichenden Beurteilung durch die obere Instanz rasch ein Endentscheid über die neue Klage herbeizuführen ist (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Bei einer Klageänderung im weiteren Sinn (Klagerweiterung) seien hingegen die Voraussetzungen für einen selbständigen Zwischenentscheid i.d.R. nicht erfüllt; Ausnahme bilde die Prozessüberweisung nach Art. 227 Abs. 2 ZPO.

143 Weil über den ursprünglichen Antrag zu entscheiden bleibt, vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

144 Vgl. unten, S. 81.

145 BGE 146 III 254 E. 2.1; BGE 141 III 395 E. 2.2; BGE 135 III 212 E. 1.2.1.

146 BGE 146 III 254 E. 2.1.

147 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; DOLGE, S. 51.

Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Zeit- oder Kostenaufwand für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Bei Unzulässigerklärung der Klageänderung wird auf die geänderte Klage nicht eingetreten und das Verfahren insoweit abgeschlossen. Dennoch geht die Rechtsprechung nicht von einem (Teil-)Endentscheid i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG aus, sofern über die ursprüngliche Klage zu entscheiden bleibt.¹⁴⁸ Eine Anfechtung ist in diesem Fall nur möglich, wenn die Zulassung der Klageänderung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Ein erstinstanzlicher Zwischenentscheid, der die Zulässigkeit der Klageänderung bejaht und im kantonalen Verfahren zwingend selbständig anzufechten ist, ist daher in der Regel vor Bundesgericht nur zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar.¹⁴⁹

Erkennt die Rechtsmittelinstanz auf Unzulässigkeit der Klageänderung, hat sie den Entscheid über den geänderten Streitgegenstand aufzuheben und darauf nicht einzutreten. Schwierigkeiten bereitet in dieser Konstellation wiederum das Schicksal der ursprünglichen Klage (welche die Vorinstanz zufolge Rückzugs abgeschrieben hat, Art. 241 Abs. 3 ZPO). Hier stellt sich die Frage, ob die klagende Partei den ursprünglichen Antrag – analog zu einem Eventualbegehren¹⁵⁰ – im Rechtsmittelverfahren erneuern kann, sodass bei Unzulässigkeit der Klageänderung darüber entschieden wird bzw. die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Entscheidsurrogate nach Art. 241 ZPO beenden das Verfahren grundsätzlich *ipso iure* unmittelbar.¹⁵¹ Mangels Entscheidqualität können sie weder mit Berufung oder Beschwerde gemäss ZPO noch mit Beschwerde gemäss BGG angefochten werden.¹⁵² Möglich ist nur, mit Revision geltend zu machen, das Entscheidsurrogat sei unwirksam (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO).¹⁵³ In der Regel wird die klagende Partei aber nicht bereits mit der Eröffnung des Entscheids über die geänderte Klage, sondern erst mit dessen formeller Rechtskraft auf den ursprünglichen Anspruch verzichten wollen, da sie andernfalls Gefahr liefe, im Ergebnis «mit leeren Händen» dazustehen. Das spricht dafür, den Rückzug und die Verfahrensabschreibung als aufschiebend bedingt auf-

148 Vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

149 Vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

150 Siehe zur Erneuerung des Eventualbegehrens im Rechtsmittelverfahren SEILER, Rz. 1130; HUBER-LEHMANN, S. 909f.

151 Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO); das Gericht schreibt das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

152 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 20; BGE 139 III 133 E.1.2; BAECKERT/WALLMÜLLER, S. 19.

153 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 21; BOTSCHAFT ZPO, S. 7380; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 15; BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 49f.; DOLGE, S. 52.

zufassen.¹⁵⁴ Lehnt man eine solche Gestaltungsmöglichkeit ab, müsste man der klagenden Partei u.E. aber zumindest im Rahmen einer Revision die Möglichkeit geben, auf ihren ursprünglichen Antrag zurückzukommen.

IV. Verfahren und Entscheid bei unzulässiger Klageänderung

A. Rechtshängigkeit

Ob der neu erhobene Anspruch auch bei einer unzulässigen Klageänderung rechtshängig wird, ist in der Lehre umstritten. Nach der wohl herrschenden und u.E. zutreffenden Auffassung kommt es für die Rechtshängigkeit des neuen Anspruchs nicht auf die Zulässigkeit der Klageänderung an.¹⁵⁵ Dies lässt sich damit begründen, dass die Voraussetzungen der Klageänderung (besondere Prozessvoraussetzungen darstellen¹⁵⁶ und eine Klage auch bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung rechtshängig wird.¹⁵⁷ Nach der Gegenauffassung bedingt die Geltendmachung des neuen Streitgegenstandes hingegen die Zulassung der Klageänderung.¹⁵⁸

B. Gegenstand des Entscheids

Bei einer unzulässigen Klageänderung hat das Gericht über die Zulässigkeit und die Begründetheit des ursprünglichen Anspruchs zu entscheiden, soweit die klagende Partei diesen nicht zurückgezogen hat.¹⁵⁹ Ausserdem hat es – soweit der h.L. gefolgt wird – hinsichtlich des neuen Streitgegenstandes einen Nichteintretensentscheid zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO).¹⁶⁰ Würde hingegen davon ausgegangen, der neu erhobene Anspruch werde bei einer unzulässigen

154 Von vornherein unzulässig wäre eine solche Bedingung nicht, weil sie auf ein sog. innerprozessuales Ereignis bezogen ist, vgl. allgemein zur Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen HUBER-LEHMANN, S. 902.

155 SOLIVA, S. 118; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 48, 54; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 36; a.M. (Rechtshängigkeit nur bei zulässiger Klageänderung) HESS, S. 77; PC CPC-CHABLOZ, Art. 62 N 2; CR CPC-BOHNET, Art. 62 N 19.

156 KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 39; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 12; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 82.

157 Zutreffend SOLIVA, S. 118.

158 Vgl. (ablehnend) MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 54; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 94; BLOMEYER, S. 233; WENDELSTEIN, S. 443.

159 Vgl. oben, S. 65f.

160 SOLIVA, S. 115f., 125; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24; SEILER, Rz. 1417.

Auswechslung nicht rechtshängig, so dürfte darüber kein Entscheid ergehen (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Vielmehr müsste das Gericht die geltend gemachte Klageänderung in den Erwägungen des Entscheids über den ursprünglichen Streitgegenstand (vorfrageweise) für wirkungslos erklären,¹⁶¹ was sich unter Umständen auf die Berechnung des Streitwerts¹⁶² und die Rechtsmittelbeschwer¹⁶³ auswirkt.

C. Streitwert und Kostenverteilung

Auch im Falle einer unzulässigen Klageänderung kommen verschiedene Lösungen zur Streitwertbestimmung in Betracht. In Deutschland ist die Auffassung verbreitet, dass eine unzulässige Klageänderung den Streitwert nicht erhöhe und folglich keine Kostenpflicht auslöse;¹⁶⁴ massgeblich für den Streitwert ist somit nur der ursprüngliche Streitgegenstand. Diese Lösung leuchtet u.E. jedoch nur dann ein, wenn angenommen wird, der neue Streitgegenstand werde bei einer unzulässigen Klageänderung nicht rechtshängig, sodass darüber kein Entscheid ergeht.¹⁶⁵ Wird hingegen mit der h.L. in der Schweiz davon ausgegangen, dass das Gericht bei einer unzulässigen Klageänderung sowohl über den neuen als auch über den alten, hilfsweise aufrechterhaltenen Antrag entscheidet, so drängt sich wiederum auf, entweder die Streitwerte zusammenzurechnen (analog Art. 93 Abs. 1 ZPO) oder die Grundsätze von Haupt- und Hilfsbegehren sinngemäss anzuwenden, d.h., auf den höherwertigen Streitgegenstand abzustellen.¹⁶⁶ Da die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens allgemein nicht streitwertrelevant ist, sollte u.E. sowohl bei einer unzulässigen als auch bei einer zulässigen Klageänderung nach derselben Methode vorgegangen werden, was dafür spricht, auf den höherwertigen Streitgegenstand abzustellen.¹⁶⁷ Tritt das Gericht auf die geänderte Klage nicht ein, dringt die klagende Partei aber mit der ursprünglichen Klage durch,

161 So etwa Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 94; ferner MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 54.

162 Vgl. dazu sogleich unten, S. 80 f.

163 Würde bei Verweigerung der Klageänderung kein Nichteintretensentscheid gefällt werden, wäre die formelle Beschwer zweifelhaft, wenn das Gericht der ursprünglichen Klage stattgibt. Vgl. zur Beschwer unten, S. 81.

164 So etwa MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 102; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 37; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 109; Zöller-GREGER, § 263 N 18.

165 Vgl. für eine grundsätzliche Kostenpflicht bei unzulässiger Klageänderung auch ZR 83 (1984) Nr. 93 E. 3; SOLIVA, S. 126.

166 Vgl. eingehend zur Streitwertberechnung bei der eventuellen Klagehäufung PESENTI, Rz. 804 ff.; HUBER-LEHMANN, S. 910 ff.

167 Vgl. oben, S. 75 f.

so unterliegt sie u.E. somit in dem Umfang, als der Streitwert des geänderten Begehrens jenen des ursprünglichen Begehrens übersteigt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).¹⁶⁸ Zudem trägt sie selbstverständlich allfällige Mehrkosten, welche die unzulässige Klageänderung verursacht hat (Art. 108 ZPO).¹⁶⁹

D. Rechtsmittel

Bei einer unzulässigen Klageänderung tritt das Gericht entweder zusammen mit dem Entscheid über die ursprüngliche Klage oder in einem selbständigen Teilentscheid auf die geänderte Klage nicht ein.¹⁷⁰ Durch den Nichteintretensentscheid ist die klagende Partei stets beschwert.¹⁷¹ Sie kann deshalb, auch wenn sie mit der ursprünglichen Klage obsiegt, auf dem Rechtsmittelweg die Zulassung der abgeänderten Klage verlangen.¹⁷²

Erstinstanzliche Teilentscheide sind wie erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und subsidiär mit Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) anfechtbar.¹⁷³ Endentscheide letzter kantonaler Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG) sind mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht anzufechten (Art. 90 BGG).¹⁷⁴ Ein Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Rechtsbegehren behandelt, ist jedoch nur dann ein vor Bundesgericht anfechtbarer Teilentscheid, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG).¹⁷⁵ Unabhängigkeit i.S.v. Art. 91 lit. a BGG liegt vor, wenn die Begehren auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können. Zudem ist erforderlich, dass der angefochtene Entscheid einen Teil des gesamten Prozessgegenstandes abschliessend beurteilt, sodass keine

168 So die h.M. für den entsprechenden Fall der Gutheissung des Eventualbegehrens: BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 106 N 3; BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 4; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 5. Nach a.A. sind die Kosten demgegenüber verhältnismässig zwischen Haupt- und Eventualbegehren zu teilen: PESENTI, Rz. 811 f.; HUBER-LEHMANN, S. 912.

169 Vgl. auch SOLIVA, S. 126.

170 Vgl. SOLIVA, S. 115, 125; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 6; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17.

171 Allenfalls aber auch die beklagte Partei, wenn sie der Klageänderung zugestimmt hat (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO). Vgl. allgemein zur Beschwer der beklagten Partei bei einem Nichteintretensentscheid SEILER, Rz. 531.

172 Vgl. im Ergebnis auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 51 N 9 und § 61 N 16; a.A. aber SCHLINKER, S. 3. Vgl. ferner entsprechend für den verwandten Fall der Abweisung des Hauptbegehrens bei eventueller Klagehäufung HUBER-LEHMANN, S. 908 f.; SEILER, Rz. 530.

173 BK ZPO-KILLIAS, Art. 236 N 16; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 13.

174 BK ZPO-KILLIAS, Art. 236 N 33; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 13.

175 BGE 146 III 254 E. 2.1.

Gefahr besteht, dass das Endurteil über den verbliebenen Prozessgegenstand im Widerspruch zum bereits rechtskräftig ausgefallenen Teilurteil steht.¹⁷⁶ Im Verhältnis zwischen Haupt- und Eventualbegehren besteht nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Unabhängigkeit.¹⁷⁷ Überträgt man diese Erwägungen auf den Fall, dass die klagende Partei bei einer Klageänderung im engeren Sinne an ihrem ursprünglichen Anspruch hilfsweise festhält, können die ursprüngliche und die geänderte Klage nicht unabhängig voneinander beurteilt werden.¹⁷⁸ Analog zu einer selbständig eröffneten Abweisung des Hauptbegehrens dürfte ein selbständiger Nichteintretensentscheid auf die geänderte Klage unter dem BGG somit nicht als Teilentscheid (Art. 91 BGG), sondern als Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) zu qualifizieren sein.¹⁷⁹ Auch hier ergibt sich somit wiederum eine Diskrepanz zwischen dem Rechtsmittelrecht der ZPO und demjenigen des BGG.

Hat das Rechtsmittel gegen die Nichtzulassung der Klageänderung Erfolg, so ist über die geänderte Klage in der Sache zu entscheiden. Der Entscheid über den ursprünglichen Anspruch dürfte hingegen – analog zum Entscheid über das Eventualbegehren bei Gutheissung des Rechtsmittels gegen die Abweisung des Hauptbegehrens¹⁸⁰ – von Amtes wegen aufzuheben und das Verfahren in diesem Punkt zufolge Rückzugs abzuschreiben sein.

V. Ergebnisse und Konsequenzen für die Behandlung der Klageänderung im Entscheid

Mit einer Klageänderung kann die klagende Partei den Streitgegenstand an neu gewonnene Erkenntnisse oder Veränderungen der materiellen Rechtslage anpassen, ohne ein neues Verfahren einleiten zu müssen. Die Vornahme einer Klageänderung bewirkt, dass der neue Streitgegenstand *ex nunc*, also schon vor der Entscheidung über seine Zulässigkeit, rechtshängig wird. Über die Zulässigkeit der Klageänderung entscheidet das Gericht in der Regel in den Erwägungen des Endentscheids. Es handelt sich dabei um eine besondere Prozessvoraussetzung, welche das Gericht neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen prüft, bevor es auf die geänderte Klage eintritt.

176 BGE 146 III 254 E. 2.1; BGE 141 III 395 E. 2.4; BGE 135 III 212 E. 1.2.2, E. 1.2.3.

177 BGE 146 III 254 E. 2.2.

178 Vgl. oben, S. 66.

179 A.A. wohl SEILER, Rz. 1417.

180 Vgl. HUBER-LEHMANN, S. 909; SEILER, Rz. 1516; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 140 Rn. 7; BGE 135 III 212 E. 1.2.3; BGE 146 III 254 E. 2.2.2.2.

Ist die Klageänderung zulässig, so tritt der neue Streitgegenstand an die Stelle des alten. Das Gericht entscheidet in der Sache nur über den geänderten Streitgegenstand. Die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes endet dagegen nach Art. 241 ZPO (Klagerückzug), sofern nicht ausnahmsweise ein Fall von Art. 242 ZPO (Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen) vorliegt. Das Urteilsdispositiv setzt sich somit aus dem Sachentscheid über die geänderte Klage und einem Abschreibungsbeschluss über den ursprünglichen Streitgegenstand zusammen.

Erweist sich die Klageänderung hingegen als unzulässig, so tritt das Gericht auf den geänderten Streitgegenstand nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zudem bleibt über die Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Anspruchs zu entscheiden, sofern die klagende Partei diesen nicht zurückgezogen hat. Das Urteilsdispositiv enthält somit einen Nichteintretensentscheid über die geänderte Klage und einen Sach- oder Nichteintretensentscheid über die ursprüngliche Klage.

Unabhängig von der Zulässigkeit der Klageänderung enthält der Endentscheid einen gemeinsamen Kostenausspruch für die ursprüngliche und die geänderte Klage (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Soweit der neue Streitgegenstand wertmässig den bisherigen übersteigt, erhöht sich der Streitwert mit der Klageänderung. Bei einer zulässigen Klageänderung richtet sich die Kostenverteilung praxisgemäss nach der geänderten Klage. Für die klagende Partei fallen somit nur Kosten an, wenn der alte Antrag ausscheidbare Mehrkosten verursacht hat (Art. 108 ZPO) oder die geänderte Klage einen tieferen Streitwert als die ursprüngliche hat (Art. 227 Abs. 3 ZPO analog). Bei einer unzulässigen Klageänderung bietet es sich dagegen an, die Grundsätze von Haupt- und Hilfsbegehren sinngemäss heranzuziehen, d.h., die klagende Partei unterliegt insoweit, als der neue Streitgegenstand einen höheren Streitwert hat (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Erachtet das erstinstanzliche Gericht die Klageänderung als zulässig, so unterliegt der Endentscheid über den geänderten Streitgegenstand den ordentlichen kantonalen Rechtsmitteln (Berufung, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO; ggf. Beschwerde, Art. 319 lit. a ZPO). Die Klageänderung kann aber auch vorab in einem selbständigen Zwischenentscheid zugelassen werden, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung umgehend ein Endentscheid möglich ist und der Kosten- oder Zeitaufwand deutlich reduziert wird. Ein selbständig eröffneter erstinstanzlicher Zwischenentscheid unterliegt den ordentlichen Rechtsmitteln; eine spätere Anfechtung mit dem Endentscheid ist nicht möglich. Vor Bundesgericht ist der Zwischenentscheid nach der Rechtsprechung hingegen nur dann selbständig anfechtbar, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG); andernfalls ist er mit dem Endentscheid anzufechten (Art. 93 Abs. 3 BGG).

Ist die Klageänderung hingegen unzulässig, tritt das erstinstanzliche Gericht entweder zusammen mit dem Entscheid über die ursprüngliche Klage oder in einem selbständigen Teilentscheid auf die geänderte Klage nicht ein. Erstinstanzliche Teilentscheide unterliegen den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung; ggf. Beschwerde). Vor Bundesgericht ist ein Teilentscheid nur dann anfechtbar, wenn die gestellten Rechtsbegehren unabhängig voneinander beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG). Hält die klagende Partei hilfsweise am ursprünglichen Streitgegenstand fest, dürfte die geänderte Klage im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts kein selbständiges Rechtsbegehren darstellen, womit kein anfechtbarer Teilentscheid vorliegt.

Literaturverzeichnis

- ADDOR FELIX, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Diss., Bern 1997 (= ASR NF 600).
- BAECKERT ANDREAS / WALLMÜLLER ROBERT, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO), ZZZ 33-34/2014-2015, S. 15 ff.
- BALMER DOMINIK, Der Klagerückzug – prozessrechtliches Institut ohne materiellrechtliche Folge, ZZZ 44/2017, S. 287 ff.
- BAUMGARTNER SAMUEL / DOLGE ANNETTE / MARKUS ALEXANDER R. / SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.
- BERGAMIN CHRISTOF, Unterbrechung der Verjährung durch Klage, Diss., Zürich 2018 (= AISUF 361).
- BERTI STEPHEN, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- BLOMEYER JÜRGEN, Die Klageänderung und ihre prozessuale Behandlung, JuS 1970, S. 123 ff. und 229 ff.
- BOHNET FRANÇOIS et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-VERFASSER*IN).
- BRAUN JOHANN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014.
- BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse, Exemples choisis en droit du bail à loyer, Diss. Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2020 (= RJL 67).
- BRUNNER ALEXANDER / GASSER DOMINIK / SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, Art. 1-196, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm. ZPO-VERFASSER*IN).
- BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998.
- CHABLOZ ISABELLE / DIETSCHY-MARTENET PATRICIA / HEINZMANN MICHEL (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC CPC-VERFASSER*IN).

- CIPRIANO ALVAREZ et al. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 1-352), Band I, Berner Kommentar, Bern 2012 (zit. BK ZPO-VERFAS-SER*IN).
- DOLGE ANETTE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Dolge Anette (Hrsg.), Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 43 ff.
- DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 2015.
- FASCHING HANS W. (Begr.) / KONECNY ANDREAS (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, 3. Aufl., III/1, Wien 2017 (zit. Fasching/Konecny-VERFAS-SER*IN).
- FRANK RICHARD / STRÄULI HANS / MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.
- GROSS ROLF, Klageänderung und Klagerücknahme, JR 1996, Heft 9, S. 357 ff.
- GULDENER MAX, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- GUT NICOLAS, Die prozessrechtlichen Wirkungen des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteils, in: Roland Fankhauser / Corinne Widmer Lüchinger / Rafael Klingler / Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016.
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel 1990.
- HESS LOTHAR, Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss., Winterthur 1957.
- HUBER-LEHMANN MELANIE, Tücken der eventuellen Klagenhäufung, AJP 2019, S. 900 ff.
- KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung Diss., Basel 2010 (= BStRA 98).
- KRÜGER WOLFGANG / RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§1-354, 6. Aufl., München 2020 (zit. MüKo ZPO-VERFAS-SER*IN).
- LEUCH GEORG / MARBACH OMAR / KELLERHALS FRANZ / STERCHI MARTIN H., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.

- MARKUS ALEXANDER R. / DROESE LORENZ, Zivilprozessrecht, Zürich 2018.
- OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-VERFASSER*IN).
- PESENTI FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss. Basel, Basel 2017 (= BStRA 131).
- ROHNER CHRISTOPH, Klageänderung, AJP 2001, S. 7 ff.
- ROSENBERG LEO / SCHWAB KARL HEINZ / GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- SCHLINKER STEFFEN, Das Recht des Beklagten auf ein Sachurteil im Zivilprozeß – Zur Problematik der Klageänderung, JURA 2007, S. 1 ff.
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013.
- SOLIVA THOMAS, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1992 (= ZStV 101).
- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZPO (1. Aufl.)-VERFASSER*IN).
- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VERFASSER*IN).
- STEIN FRIEDRICH / JONAS MARTIN (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3: §§ 148-270, 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit. Stein/Jonas-VERFASSER*IN).
- SUTER BENEDIKT A., Zur objektiven Klagenhäufung, insbesondere zur eventuellen Häufung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, BJM 1997, S. 281 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-VERFASSER*IN).
- SUTTER-SOMM THOMAS / SEILER BENEDIKT (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-VERFASSER*IN).

TREZZINI FRANCESCO et al., Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2. Aufl., 2 Bände, Lugano 2017 (zit. CP CPC-VERFASSER*IN).

WALDER-RICHLI HANS ULRICH / GROB-ANDERMACHER BEATRICE, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.

WALTHER RICHARD, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, S. 423 ff.

WIECZOREK BERNHARD (Begr.) / SCHÜTZE ROLF. A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 4, §§ 253-299a, 4. Aufl., Berlin/Boston 2013 (zit. Wieczorek/Schütze-VERFASSER*IN).

ZÖLLER RICHARD (Begr.), Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2021 (zit. Zöllerverfasser*IN).

Materialien

Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom Juni 2003.

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

Franco Strub

Ende gut, alles gut?

Zu den Kostenfolgen von Verfahrensanhträgen im schweizerischen Zivilprozess

I.	Einleitung	91
<hr/>		
II.	Die Grundprinzipien der Kostenverlegung	93
	A. Das Verursacherprinzip	93
	B. Der Grundsatz der Kosteneinheit	95
<hr/>		
III.	Prozessuale Zwischenverfahren als kostenrechtlich eigenständige Teilverfahren?	97
	A. Die Durchbrechungen des Grundsatzes der Kosteneinheit in Art. 104 ZPO	97
	1. Zwischenentscheide	97
	2. Vorsorgliche Massnahmen	98
	3. Rückweisungsentscheide	99
	B. Zwischenfazit	100
<hr/>		
IV.	Prozessuale Zwischenverfahren als «unnötige Prozesskosten»?	101
	A. Der Begriff der «unnötigen Prozesskosten»	101
	1. Lehre und Rechtsprechung	101
	2. Eigene Meinung	102
	B. Zwischenfazit	104
<hr/>		
V.	Drei Anwendungsfälle	105
	A. Fristwiederherstellung	106
	1. Lehre und Rechtsprechung	106
	2. Eigene Meinung	107
	B. Parteikostensicherheit	108
	1. Lehre und Rechtsprechung	108
	2. Eigene Meinung	109

C. Ausstand	110
1. Lehre und Rechtsprechung	110
2. Eigene Meinung	111
<hr/>	
VI. Fazit	113
<hr/>	
Literaturverzeichnis	117

Der Autor wird durch einen UZH Candoc Grant gefördert. Er dankt Prof. Dr. Lorenz Droese, Rechtsanwalt, MLaw Lars Scheuner, Rechtsanwalt sowie MLaw Patrick Honegger-Müntener, Rechtsanwalt für die kritische Durchsicht. Der vorliegende Beitrag wurde am 23. September 2022 zuhänden der Herausgeberschaft eingereicht.

I. Einleitung

Dass der titelgebende «Prozess» namentlich im Zivilverfahren mit hohen Kosten verbunden ist, ist altbekannt.¹ Bereits im Jahr 1934 wies REGULA VÖLKI in ihrer Dissertation insofern äusserst treffend darauf hin, «dass sich heute überhaupt nicht mehr die Frage stellt, ob die Rechtspflege mit Kosten verbunden sei, sondern nur noch, wer dieselben zu tragen habe».²

Damals wie heute werden im schweizerischen Zivilprozessrecht die Kosten gemäss dem inzwischen in Art. 106 ZPO geregelten Erfolgsprinzip «der unterliegenden Partei auferlegt».³ Welche Partei als unterliegend gilt, bestimmt sich anhand des «Endergebnis des Prozesses».⁴ Wie über einzelne «Angriffs- oder Verteidigungsmittel» entschieden worden ist, spielt indes keine Rolle.⁵ Unter Anrufung dieser Leitsätze hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 148 III 182 entschieden, auch das Ergebnis «blosser Zwischenverfahren» habe bei der Prozesskostenverlegung ausser Betracht zu bleiben.⁶ Namentlich sei es irrelevant, wenn die in der Hauptsache obsiegende Partei zuvor mit ihren Verfahrensanhträgen (z.B. betr. Sicherstellung der Parteientschädigung) unterlegen sei.⁷ Gewinnt eine Partei in der Hauptsache, wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folglich über die Misserfolge auf dem Weg dorthin hinweggesehen. Kostentechnisch gilt somit: Ende gut, alles gut.

So simpel wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag, so vielschichtig erweist sich die Thematik der Kostenverteilung bei prozessualen Zwischenverfahren bei genauerer Betrachtung:

Einerseits gibt es im Kostenrecht der ZPO durchaus Situationen, wo der Ausgang «blosser Zwischenverfahren» kostenmässig relevant ist. So kann das Gericht gemäss Art. 104 Abs. 2 ZPO bei einem Zwischenentscheid im Sinne

1 Besagt doch schon ein altes Sprichwort: «Processe und Wein führen ins Armenhaus hinein» (vgl. das Sprichwörterbuch von WANDER, S. 1407 aus dem Jahr 1873).

2 VÖLKI, S. 19; auch in jüngster Vergangenheit wird auf die Wichtigkeit der Kostenverlegung im Zivilverfahrensrecht hingewiesen (vgl. HONEGGER-MÜNTENER, S. 185).

3 Art. 106 Abs. 1 ZPO; bereits im Provisorischen Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 (AS II 77) hiess es in Art. 24: «Die unterliegende Partei ist schuldig, der siegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen»; vgl. ferner VÖLKI, S. 151 und 174.

4 BGer, 5P_270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; 5A_294/2016, 28. Juli 2017, E. 6.2; vgl. auch BGE 119 Ia 1 E. 6b; BGer, 4A_297/2012, 9. Oktober 2012, E. 3.2; 5A_632/2011, 8. November 2011, E. 7.2.1; 1C_350/2016, 2. Februar 2017, E. 2.3.

5 BGer, 4A_297/2012, 9. Oktober 2012, E. 3.2; 5A_632/2011, 8. November 2011, E. 7.2.1; 5P_270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; 5A_924/2016, 28. Juli 2017, E. 6.2.

6 BGE 148 III 182 E. 3.2.

7 BGE 148 III 182 E. 3.2.

von Art. 237 ZPO die bisher aufgelaufenen Prozesskosten verteilen. Ob dies über den Wortlaut der erwähnten Bestimmung hinaus auch für prozessuale Zwischenverfahren gilt, die mittels prozessleitender Verfügung entschieden werden, ist zwar umstritten, doch wurde es vom Bundesgericht bisher nicht explizit ausgeschlossen.⁸

Andererseits kennt die ZPO nebst dem Erfolgsprinzip auch das Verursacherprinzip. Danach sind «unnötige Prozesskosten» von derjenigen Partei zu bezahlen, die sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Gemäss Bundesgericht kann im Lichte des Verursacherprinzips auch ein Unterliegen «mit einzelnen Vorbringen» oder «unselbstständigen Begehren» zu einer Herabsetzung des Kostenersatzes führen.⁹ Insofern bietet auch Art. 108 ZPO eine mögliche Handhabe, um die Kosten prozessualer Zwischenverfahren unabhängig vom Ausgang in der Hauptsache zu verlegen.¹⁰

Die Kostenverteilung bei prozessualen Zwischenverfahren beschlägt somit komplexe Schnittstellenbereiche des Kostensystems der ZPO. Der vorliegende Aufsatz soll diese genauer beleuchten. Konkret geht er der Frage nach, in welchen Konstellationen die Kosten prozessualer Zwischenverfahren unabhängig vom Ausgang in der Hauptsache verteilt werden dürfen bzw. verteilt werden sollen.

Methodisch werden hierzu vorweg die Grundprinzipien Kostenverlegung im schweizerischen Zivilprozess und ihre gesetzgeberischen Konkretisierungen dargestellt (Kapitel II). Danach wird erörtert, inwiefern in prozessleitenden Verfügungen Kosten verlegt werden dürfen (Kapitel III). In einem nächsten Teil wird geprüft, unter welchen Umständen die Kosten prozessualer Zwischenverfahren als «unnötig» im Sinne von Art. 108 ZPO gelten (Kapitel IV). Im Anschluss sollen die Erkenntnisse am Beispiel dreier besonderer prozessualer Zwischenverfahren angewendet werden (Kapitel V). Schliesslich wird die Forschungsfrage beantwortet (Kapitel VI).

8 Ablehnend: OGer AG, ZSU.2014.155, 10. November 2014, E. 2.4.1.2, in: AGVE 2014 Nr. 64, S. 335-336; OGer ZH, RB130025-O, 11. Juli 2013, E. 3c, allerdings differenzierend in PP200006-O, 7. Oktober 2020, E. 9; PESENTI, Rz. 402; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 104 N 4; DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 104 N 4. Bejahend: OGer GR, ZK1 20 21, 3. März 2020, E. 2; ZK2 21 15, 20. Juli 2021, E. 4, indes differenzierend in ZK1 20 166, 7. Februar 2022, E. 3.2-5.; OGer LU, 1F 11 8, 23. Dezember 2011, in: LGVE 2012 I Nr. 33, S. 80; KGer BL, 430 14 249, 16. Dezember 2014, E. 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.32; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 100 N 4; ZOTSANG, S. 187; TANNER, S. 164; insofern bejahend, als die prozessleitende Verfügung über die Fristwiederherstellung einem Zwischenentscheid gleichgesetzt wird: CR CPC-TAPPY, Art. 149 N 10; PC CPC-ABBET, Art. 149 N 4; vgl. auch KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012, E. III.1; zum Ganzen bereits STRUB, S. 339-340.

9 BGer, 5P.270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; vgl. auch DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 108 N 1; vgl. bereits STRUB, S. 340.

10 Vgl. bereits STRUB, S. 341.

II. Die Grundprinzipien der Kostenverlegung

A. Das Verursacherprinzip

Wenn man im Zusammenhang mit dem schweizerischen Zivilprozess vom «Verursacherprinzip» spricht, denkt man in erster Linie an den einleitend erwähnten Art. 108 ZPO betreffend die Verteilung «unnötiger Prozesskosten».

Das Verursacherprinzip zeigt sich indes bereits im Erfolgsprinzip von Art. 106 ZPO. Denn das Erfolgsprinzip beruht auf der Vermutung, «dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat».¹¹ Es wird vereinfachend angenommen, die Partei, welche den Prozess verliert, sei von Beginn an im Unrecht gestanden und habe deshalb den Prozess und somit auch dessen Kosten «zu verantworten».¹² Das Erfolgsprinzip bildet insofern ein pauschalisiertes Verursacherprinzip, das auf einfache und praktische Weise für Kostengerechtigkeit sorgen soll.¹³

Dass das Erfolgsprinzip seine Wurzeln im Verursacherprinzip hat, zeigt sich auch im Rechtsgrund, der hinter der Verpflichtung zur Bezahlung der Prozesskosten steht:

Die Gerichtskosten werden zur Abgeltung der durch den Prozess dem Staat entstandenen Unkosten erhoben.¹⁴ Es handelt sich um Verwaltungsgebühren.¹⁵ Eine Verwaltungsgebühr stellt ein Entgelt für eine von der abgabepflichtigen Person «veranlasste» bzw. «verursachte» Amtshandlung dar.¹⁶ Es wird also bereits basierend auf der dem öffentlichen Recht entspringenden Definition der Verwaltungsgebühr danach gefragt, wer der Verursacher der entsprechenden Kosten war.

Die Parteientschädigung stellt demgegenüber zivilrechtlichen Schadenersatz dar.¹⁷ Die Entschädigungspflicht fusst auf einer sich aus der ZPO ergebenden Kausalhaftung.¹⁸ Es ist schwierig, diese auf allgemeingültige Prinzipien

11 BGE 145 III 153 E. 3.3.1; 119 Ia 1 E. 6b; BGer, 5P.270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; BAUMGARTNER et al., § 37 N 73; ZOTSANG, S. 196.

12 BAUMGARTNER et al., § 37 N 73.

13 Musielak/Voit-FLOCKENHAUS, § 91 N 1, trifft die Aussage betreffend das Erfolgsprinzip als einfaches Mittel zur Verwirklichung der Kostengerechtigkeit für das deutsche Zivilprozessrecht. In der Schweiz ist der Begriff der Kostengerechtigkeit nicht geläufig. Es dürfte indes auch hierzulande unbestritten sein, dass die Verteilungsgrundsätze zu Kostengerechtigkeit führen sollen.

14 KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1.

15 BGE 141 I 105 E. 3.3.2; STÄHELIN, Rz. 18; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1; PESENTI, Rz. 14.

16 BGer, 2C_992/2020, 23. September 2021, E. 4.3.

17 KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1.

18 VÖLKI, S. 50-51; STÄHELIN, Rz. 23; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1.

zurückzuführen. Vielmehr dürfte sie in Art. 106 ZPO an das tatsächliche prozessuale Unterliegen anknüpfen.¹⁹ Auch Art. 108 ZPO kann als eigenständige Legalobligation mit separatem Haftungstatbestand verstanden werden.²⁰ Dass die Parteienschädigung entsprechend diesen Regeln verlegt wird, ist somit nicht Ausfluss einer haftpflichtrechtlichen Dogmatik. Vielmehr ist es das Resultat eines rechtspolitischen Entscheids für eine einheitliche Verteilung von Gerichts- und Parteikosten. Wie in den USA, wo die Gerichtskosten, nicht jedoch die Parteikosten, gemäss dem Erfolgsprinzip verlegt werden,²¹ hätte dieser Entscheid aber auch anders ausfallen können. Für die Schweiz lässt sich insofern folgern, dass bezüglich der Verteilungsgrundsätze die Parteienschädigung den Gerichtskosten folgt und somit auch Erstere indirekt auf dem Verursacherprinzip beruht.

Das Verursacherprinzip widerspiegelt sich auch in der Billigkeitsbestimmung von Art. 107 ZPO. Dies zeigt sich insbesondere in Art. 107 Abs. 2 ZPO. Gemäss dieser Bestimmung können die Kosten, die von keiner der Parteien «veranlasst» wurden, dem Kanton auferlegt werden. Auch in der Praxis, wonach bei familienrechtlichen Verfahren in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die Kosten den Parteien hälftig auferlegt werden, kann man das Verursacherprinzip erblicken. Wird doch insbesondere bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren das Verfahren von den Ehegatten «gemeinsam veranlasst».²² Schliesslich werden auch unter dem Auffangtatbestand der «besonderen Umstände» von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO mehrere Anwendungsfälle diskutiert, die ihre Begründung im Verursacherprinzip finden. So soll die erwähnte Bestimmung etwa dann zur Anwendung kommen, wenn die Beklagte obsiegt, das Gericht zuvor aber zahlreiche Verrechnungsforderungen abweisen musste²³ oder wenn sich eine Partei im Rechtsmittelverfahren distanziert hat.²⁴

Die Kostenverlegungsprinzipien nach Art. 106-108 ZPO beruhen demnach massgeblich auf dem Verursacherprinzip. Mit Bezug auf die ZPO ist zwischen dem Verursacherprinzip in diesem weiteren Sinne und dem Verursacherprinzip im engeren Sinne nach Art. 108 ZPO zu unterscheiden. Letzteres

19 Vgl. bereits VÖLKI, S. 53-54.

20 Vgl. bereits VÖLKI, S. 54.

21 § 54 (d)(1) und (d)(2) Federal Rules of Civil Procedure.

22 BGE 139 III 358 E. 3; vgl. auch Botschaft ZPO, 7297; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 107 N 9.

23 Botschaft ZPO, 7298; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 107 N 9; CR CPC-TAPPY, Art. 107 N 27; ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 19.

24 ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 22; vgl. zu dieser Thematik auch DROESE, S. 505-507.

ist als Ausnahmebestimmung²⁵ dem Erfolgsprinzip als gesetzssystematischer «Hauptgrundsatz» der Prozesskostenverteilung²⁶ untergeordnet und betrifft nur die «unnötigen» Prozesskosten. Das Verursacherprinzip im weiteren Sinne bildet demgegenüber das dem Erfolgsprinzip inhärente Grundprinzip und besagt ganz generell, dass die Prozesskosten – seien sie nun nötig oder unnötig – von deren Verursacher zu bezahlen sind.

B. Der Grundsatz der Kosteneinheit

Dass sich die Prozesskostenverlegung einheitlich «am Gesamtergebnis des Prozesses in der Hauptsache» zu beurteilen hat bzw. das Ergebnis «blosser Zwischenverfahren» ausser Acht bleiben muss, begründet das Bundesgericht mit dem Verweis auf seine Praxis, wonach es kostenrechtlich keine Rolle spielt, wie über einzelne «Angriffs- und Verteidigungsmittel» entschieden worden ist.²⁷

Das Begriffspaar der «Angriffs- und Verteidigungsmittel» wird primär im Zusammenhang mit der Eventualmaxime verwendet.²⁸ Diese zwingt die Parteien unter Androhung der Präklusion, alle denkbaren und somit auch weniger aussichtsreichen Angriffs- und Verteidigungsmittel im dafür jeweils bestimmten Verfahrensabschnitt konzentriert vorzubringen.²⁹ Insofern leuchtet es auch ein, dass es kostenrechtlich keine Rolle spielen darf, wie über einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel entschieden worden ist. Was das Gesetz aufgrund der Eventualmaxime einerseits erfordert, kann andernorts nicht mit Kostenfolge bestraft werden. Dass es für die Kostenverlegung im Grunde irrelevant ist, wie über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden worden ist, kann indes nicht nur Ausfluss der Eventualmaxime sein. Dies zeigt sich bereits mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz, wo die Eventualmaxime bloss in abgeschwächter Form zur Anwendung gelangt und die Erfolglosigkeit einzelner Angriffs- und Verteidigungsmittel kostenrechtlich ebenfalls unbeachtlich zu bleiben hat.³⁰

25 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 108 N1; OGer ZH, RB200034, 20. April 2022, E. 3.1; KGer GR, ZK1 21 60, 25. Mai 2021, E. 5.2; vgl. BGE 139 III 358 E. 3 in Bezug auf das besonders umstrittene Verhältnis von Art. 106 und Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO

26 BGE 119 Ia 1 E. 6b; BGer, 5P.270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; 5A_816/2013, 12. Februar 2014, E. 4.1.

27 BGE 148 III 182 E. 3.2.

28 Vgl. z.B. KLINGLER, Rz. 154; MORET, Rz. 421; BÜHLER, S. 13; BGE 148 III 95 E. 4.3.2.

29 Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 10 N 38; DIKE-Komm ZPO-PAHUD, Art. 229 N1; KLINGLER, Rz. 192; BGE 146 III 416 E. 5.3.

30 Vgl. Botschaft ZPO, 7245.

Im Ergebnis geht es dem Bundesgericht wohl primär darum, dass die Prozesskosten nicht in einzelne Positionen aufgegliedert und verteilt werden sollen. Insofern hat es denn auch festgehalten, dass die ZPO «in kostenmässiger Hinsicht vom Konzept eines einheitlichen Verfahrens» ausgehe.³¹ Damit spricht es sich für den Grundsatz der Kosteneinheit aus, wie er auch im deutschen Recht bekannt ist. Es soll also keine Kostenausscheidung nach gewissen Verfahrensabschnitten erfolgen, sondern «in der instanzbeendenden Entscheidung einheitlich über sämtliche Kosten der Instanz» geurteilt werden.³²

Gesetzgeberisch konkretisiert wird der Grundsatz der Kosteneinheit zunächst durch Art. 106 Abs. 1 ZPO. Diese Bestimmung besagt, dass «die Prozesskosten», und somit eben nicht nur ein Teil davon, der unterliegenden Partei auferlegt werden.³³ Auch Art. 104 Abs. 1 ZPO, wonach über die Prozesskosten «in der Regel im Endentscheid» zu befinden ist, kann als Ausfluss dieses Grundsatzes erachtet werden. Schliesslich widerspiegelt sich der Grundsatz der Kosteneinheit in Art. 95 ZPO, wonach die Entscheidungsbühren als Pauschalen ausgestaltet sind, die sämtliche gerichtlichen Leistungen eines «üblich verlaufenden Verfahrens» abdecken.³⁴ Die Kosten werden also nicht, wie es früher in gewissen kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehen war und heute im Anwendungsbereich der Gebührenverordnung zum SchKG weiterhin die Regel ist, basierend auf einer Addition der Kosten für einzelne Prozesshandlungen bzw. Verfahrensabschnitte berechnet.³⁵

Durchbrochen wird der Grundsatz der Kosteneinheit in der ZPO insbesondere durch die in Art. 104 ZPO geregelten Sonderfälle. Im Nachfolgenden gilt es diese darzustellen, um zu erörtern, inwiefern in prozessleitenden Verfügungen in Analogie dazu die Kosten prozessualer Zwischenverfahren gemäss dessen Ausgang eigenständig verlegt werden dürfen.

31 BGer, 5A_219/2017, 10. Januar 2018, E. 4.3.

32 Schoch/Schneider-OLBERTZ, Vorbemerkungen zu § 154 VwGO, N 19; vgl. auch Stein/Jonas-MUTHORST, § 91 N 15; Musielak/Voit-FLOCKENHAUS, § 91a N 52; BeckOK ZPO-JASPERSEN, § 91 N 4 und § 92 N 9; Saenger-GIERL, Vorbemerkungen zu § 91-107 N 23.

33 So zumindest die Begründung in Deutschland, wo das Gesetz analog in § 91 D-ZPO spricht (vgl. Saenger-GIERL, Vorbemerkungen zu § 91-107 N 23).

34 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 6; vgl. auch KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 9; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 95 N 7.

35 Botschaft ZPO, 7292; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 7; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 6.

III. Prozessuale Zwischenverfahren als kostenrechtlich eigenständige Teilverfahren?

A. Die Durchbrechungen des Grundsatzes der Kosteneinheit in Art. 104 ZPO

1. Zwischenentscheide

Die für die hier interessierende Thematik wesentlichste Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit findet sich in Art. 104 Abs. 2 ZPO, wonach beim Erlass eines Zwischenentscheids die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Prozesskosten verteilt werden können. 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 Abs. 1 ZPO). In einem Zwischenentscheid können umstrittene Vorfragen beurteilt werden.³⁶ Begriffsnotwendig wird dabei der fragliche Einwand verworfen, ansonsten ein Endentscheid vorliegen würde.

Ob das Gericht einen Zwischenentscheid erlässt und ob es, wenn es das tut, die Prozesskosten eigenständig verlegt, liegt in dessen Ermessen.³⁷ Die herrschende Lehre fordert, dass dies nur zurückhaltend getan werden sollte.³⁸ Für eine separate Kostenverlegung werden «gute Gründe» gefordert, welche namentlich dann vorliegen sollen, wenn «unnötige Kosten» im Sinne von Art. 108 ZPO verursacht worden seien.³⁹ Insofern bestehe «in aller Regel» kein Bedarf für eine separate Kostenverlegung in einem Zwischenentscheid, zumal der Tatsache, dass die im Endentscheid obsiegende Partei im Zwischenentscheid unterlegen war, auch im Endentscheid durch Anwendung der Bestimmungen von Art. 107 oder 108 ZPO Rechnung getragen werden könne.⁴⁰

Die herrschende Lehre scheint Art. 104 Abs. 2 ZPO folglich nicht als eigentliche Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit aufzufassen. Würde sie dies tun, dann müsste sie konsequenterweise eine selbständige Kostenverteilung gemäss dem Ausgang des Zwischenverfahrens in Anwendung von

36 Vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 237 N 1; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 237 N 6; BK ZPO-KILLIAS, Art. 237 N 3.

37 Vgl. BGer, 5A_73/2014, 18. März 2014, E. 2.3, 4A_264/2018, 7. Juni 2018, E. 4.3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 104 N 5; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 104 N 5; PESENTI, Rz. 366.

38 BK ZPO-KILLIAS, Art. 237 N 5; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 237 N 2; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 237 N 8; Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN D., § 23 N 4; ZOTSANG, S. 189; PC CPC-STOUDMANN, Art. 104 N 9.

39 ZK ZPO-JENNY, Art. 104 N 8.

40 BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 4; PC-CPC-STOUDMANN, Art. 104 N 9.

Art. 106 ZPO auch ohne das Vorliegen «guter Gründe» im Sinne von Art. 107 und Art. 108 ZPO erlauben. Art. 104 Abs. 2 ZPO bildet in erster Linie somit Ausläufer des Verursacherprinzips im weiteren Sinne. Die Bestimmung bringt nur (aber immerhin) zum Ausdruck, dass die durch das Vorbringen einzelner Angriffs- und Verteidigungsmittel verursachten Kosten insbesondere dann unabhängig vom Ausgang der Hauptsache verteilt werden können und somit von deren Verursacher zu bezahlen sind, wenn es sich um eine derart gewichtige Frage handelte, dass sie im Rahmen eines Zwischenentscheids vorab zu entscheiden war. Ob man für eine eigenständige Kostenverlegung im Zwischenentscheid dabei Art. 104 Abs. 2 ZPO in Kombination mit Art. 106 ZPO anwendet und «gute Gründe» verlangt oder Art. 104 Abs. 2 ZPO mit Art. 108 ZPO anwendet, sollte im Ergebnis keine Rolle spielen. Im Sinne einer einfach handhabbaren Lösung läge es indes nahe, wenn nur dann die Kosten separat verlegt werden, wenn diese als «unnötig» im Sinne von Art. 108 ZPO gelten, anstatt mit dem Begriff der «guten Gründe» einen neuen undefinierten Rechtsbegriff einzuführen.

2. Vorsorgliche Massnahmen

Eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit zeigt sich bei vorsorglichen Massnahmen. So sieht Art. 104 Abs. 3 ZPO vor, dass über deren Prozesskosten «zusammen mit der Hauptsache» entschieden werden kann. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung werden in der Praxis die Kosten einer vorsorglichen Massnahme in der Regel nach dem Ausgang in der Hauptsache verlegt.⁴¹ Das Massnahmegericht hat nur dann einen definitiven (vom Ausgang des Hauptverfahrens unabhängigen) Kostenentscheid zu treffen, wenn es das Gesuch abweist oder nicht darauf eintritt.⁴² In diesen Fällen wird für die Kostenverlegung gemäss kantonaler Praxis regelmässig Art. 106 ZPO angerufen.⁴³

Die Frage, ob das Massnahmeverfahren kostenrechtlich eigenständig ist und somit gemäss dessen Ausgang nach Art. 106 ZPO eine vom Hauptverfahren unabhängige Kostenverlegung vorgenommen werden kann, sollte indes

41 ZKZPO-JENNY, Art. 104 N 9; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 104 N 6; ZOTSANG, S. 189; CR CPC-TAPPY, Art. 104 N 12; Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN D., § 22 N 32.

42 Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN D., § 22 N 32; BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 10; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 104 N 9; CR CPC-TAPPY, Art. 104 N 12; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 104 N 6; PC CPC-STOUDMANN, Art. 104 N 14; vgl. auch HGer ZH, HE200097-O, 9. März 2020, E. 8.1; HGer BE, HG 21 28, 30. August 2021, E. IV N 18; AppGer BS, ZB.2017.12, 23. Juni 2017, E. 2.3.

43 HGer ZH, HE200097-O, 9. März 2020, E. 8.1; HE210053-O, 15. März 2021, E. 4; HGer BE, HG 21 28, 30. August 2021, E. IV N 18; HG 18 113, 14. Dezember 2018, E. III. N 11.

nicht davon abhängen, ob das Massnahmebegehren gutgeheissen wird oder nicht. Entweder ist das Massnahmeverfahren kostenrechtlich eigenständig und es wird immer gemäss dessen Ausgang nach Art. 106 ZPO verlegt, oder es ist es nicht und die Prozesskosten sind – besondere Umstände nach Art. 107 und Art. 108 ZPO vorbehalten – im Endentscheid gemäss dem Ausgang des Hauptverfahrens zu verlegen. Insofern liesse sich die vorherrschende Verlegungspraxis (Verlegung gemäss Ausgang in der Hauptsache bei Guttheissung – Verlegung gemäss Ausgang des Massnahmeverfahrens bei Abweisung oder Nichteintreten) aus rechtsdogmatischer Sicht am überzeugendsten damit rechtfertigen, dass (1) das Massnahmeverfahren kostenrechtlich unselbständig ist und somit grundsätzlich dem Hauptverfahren zu folgen hat und (2) im Fall der Abweisung eines Massnahmebegehrens die durch die Gesuchstellung verursachten Kosten entweder als «unnötig» im Sinne von Art. 108 ZPO zu qualifizieren sind oder aber alternativ gestützt auf das Verursacherprinzip im weiteren Sinne «besondere Umstände» nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vorliegen und sie deshalb unabhängig vom Ausgang der Hauptsache vom unterliegenden Gesuchsteller zu bezahlen sind.⁴⁴

3. Rückweisungsentscheide

Für Rückweisungsentscheide sieht Art. 104 Abs. 4 ZPO vor, dass die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen werden kann. Diese Sonderregelung soll dem Umstand Rechnung tragen, «dass im Falle der Rückweisung der Sache unter Umständen völlig offen ist, welche Partei am Schluss obsiegen wird».⁴⁵ Bei einem Rückweisungsentscheid ist nur selten absehbar, wie das Hauptverfahren vor der ersten Instanz ausgeht.⁴⁶ Gemäss Lehre und Rechtsprechung stellt es deshalb den «Normalfall» dar, wenn bei einem Rückweisungsentscheid die Kostenverteilung der Vorinstanz überlassen wird.⁴⁷

Selbst im Rahmen eines «Zwischenverfahrens» vor einer übergeordneten Instanz besteht somit grosse Zurückhaltung, die dadurch verursachten Kosten unabhängig vom Ausgang in der Hauptsache zu verteilen. Dies mag vor

44 Dies würde denn auch erklären, weshalb BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 10 festhält, dass das Gericht nichts daran hindere, das Unterliegen «auch erst im Endentscheid in Anwendung von Art. 108 (unnötig Kosten) zu berücksichtigen»; gl.M. PC-CPC-STOUDMANN, Art. 104 N 14.

45 BGer, 4A_171/2020, 28. August 2020, E. 7.2; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 104 N 10; vgl. auch Botschaft ZPO, 7296.

46 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 104 N 7.

47 ZK ZPO-JENNY, Art. 104 N 11; vgl. auch DIKE-Komm-URWYLER/GRÜTTER, Art. 104 N 6; CHK ZPO SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 104 N 11; BGer, 4A_364/2013, 15. März 2015, E. 15.4.

dem Grundsatz der Kosteneinheit stimmig sein.⁴⁸ Gleichwohl ist es fragwürdig, wenn bei Rückweisungsentscheiden am Kriterium des offenen Ausgangs des erstinstanzlichen Verfahrens angesetzt wird. Dies zeigt sich am Beispiel der Abweisung einer Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung. Auch in diesem Fall nimmt das Verfahren seinen Fortgang vor der ersten Instanz. Da es sich aber nicht um eine eigentliche «Rückweisung» handelt, werden die Kosten immer gemäss dem Ausgang des Rechtsmittelverfahrens der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt.⁴⁹ Dies, obwohl der Ausgang in der Hauptsache noch genau so offen sein dürfte, wie wenn die Rechtsmittelinstanz die entsprechende prozessleitende Verfügung aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen hätte.

Insofern besteht bei der Rückweisung eine Parallele zu den vorsorglichen Massnahmen, wo ebenfalls nur bei Unterliegen des Antragsstellers die Kosten definitiv auferlegt werden. Auch hier kann der entsprechende Unterschied als Ausfluss des Verursacherprinzips im weiteren Sinne erachtet werden. Auch greifen die in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen gemachten rechtsdogmatischen Überlegungen analog. Richtigerweise wäre somit entweder davon auszugehen, dass die Kosten des Rechtsmittelverfahrens als «unnötig» im Sinne von Art. 108 ZPO zu gelten haben oder aber «besondere Umstände» gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vorliegen, wenn die Rechtsmittelklägerin mit ihrem Antrag unterliegt.

B. Zwischenfazit

Gemäss herrschender Lehre und Praxis gibt es keine prinzipiellen Durchbrechungen des Grundsatzes der Kosteneinheit in Art. 104 ZPO. Die dort geregelten Vor-, Neben bzw. Zwischenverfahren sind somit nicht kostenrechtlich eigenständig bzw. vom Hauptverfahren unabhängig. Die Kosten können folglich auch nicht ohne Weiteres in Anwendung von Art. 106 ZPO gemäss dem Ausgang des entsprechenden Verfahrensabschnitts verlegt werden. Möglich sein soll dies nur dann, wenn das Begehren bzw. Vorbringen, das ein solches Verfahren ausgelöst hat, abgewiesen wird.

In Anbetracht der Tatsache, dass bereits für die in Art. 104 ZPO explizit geregelten Sonderfälle nur zurückhaltend Durchbrechungen des Grundsatzes

48 Vgl. auch BGer, 5A_219/2017, 10. Januar 2018, E. 4.3: «Dass die ZPO in kostenmässiger Hinsicht vom Konzept eines einheitlichen Verfahrens nach Rückweisung ausgeht, zeigt sich deutlich an Art. 104 Abs. 4 ZPO, wonach die kantonale Rechtsmittelinstanz sogar die Verteilung der Kosten des Rückweisungsentscheids der unteren Instanz überlassen kann.»

49 Vgl. PESENTI, Rz. 374 und FN 818 bei Rz. 387; BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 5 und 15.

der Kosteneinheit anerkannt werden, wäre es verfehlt, bei prozessleitenden Verfügungen, gestützt auf das Verursacherprinzip im weiteren Sinne, eine gesetzlich nicht explizit erwähnte Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit zuzulassen.⁵⁰ Gegen Derartiges würde auch der einleitend erwähnte Bundesgerichtsentscheid sprechen.⁵¹ Es würde keinen Sinn machen, dass es im Zeitpunkt des Endentscheids unzulässig ist, die Kosten einer zuvor ergangenen prozessleitenden Verfügung entsprechend ihrem Ausgang zu verteilen, wenn dies im Zeitpunkt des Erlasses der prozessleitenden Verfügung ohne Weiteres möglich gewesen wäre.⁵² Dieses Argument, wonach das Gericht nicht in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Kostenverlegung unterschiedliche Verteilungskompetenzen haben kann, greift auch in Bezug auf die Spezialbestimmungen von Art. 107 und 108 ZPO. Insofern muss in einer prozessleitenden Verfügung immer dann (und nur dann) eine eigenständige, vom Ausgang in der Hauptsache unabhängige Kostenverlegung möglich sein, wenn «unnötige Prozesskosten» verursacht worden sind oder allenfalls Umstände nach Art. 107 ZPO vorliegen. Damit drängt sich die nachfolgend zu beantwortende Frage auf, wann die Kosten prozessualer Zwischenverfahren denn als «unnötig» im Sinne von Art. 108 ZPO zu gelten haben.

IV. Prozessuale Zwischenverfahren als «unnötige Prozesskosten»?

A. Der Begriff der «unnötigen Prozesskosten»

1. Lehre und Rechtsprechung

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind «unnötige Prozesskosten» primär solche, «die durch das Verhalten einer Partei oder Dritter innerhalb eines Prozesses zu den üblicherweise bzw. ohnehin entstehenden Prozesskosten zusätzlich hinzukommen».⁵³ Auch die Lehre hält fest, dass diejenigen Kosten, die in der Entscheidpauschale mitbeinhaltet sind, nicht als unnötig gelten können.⁵⁴

Vor allem findet man in der Lehre aber die Aussage, dass als «unnötig» jene Kosten gelten, «die bei Wahrung gehöriger Sorgfalt vermeidbar gewesen

50 Vgl. fürs deutsche Recht auch Stein/Jonas-MUTHORST, § 91 N 15.

51 BGE 148 III 182 E. 3.2.

52 Vgl. bereits STRUB, S. 339.

53 BGE 141 III 426 E. 2.4.3; BGer, 4A_111/2016, 24. Juni 2016, E. 4.2; vgl. auch 9C_666/2018, 27. Mai 2019, E. 7.2.3.1; 4A_91/2015, 22. September 2015, E. 8.4.3.

54 Vgl. DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 108 N 1; PESENTI, Rz. 543.

wären, ohne dass sich dadurch am Ausgang des Verfahrens etwas geändert hätte». ⁵⁵ Insofern erscheint es naheliegend, wenn als klassische Beispiele unnötiger Prozesskosten jene Mehrkosten bezeichnet werden, die wegen Säumnis, Weitschweifigkeit, verspäteter Vorbringen, Nichterreichbarkeit, trölerischer Begehren oder anderweitiger fehlerhafter Prozesshandlungen entstehen. ⁵⁶ Dessen ungeachtet findet die Bestimmung von Art. 108 ZPO aber auch dann Anwendung, wenn die entsprechenden Kosten weder schuldhaft noch ordnungswidrig verursacht worden sind. ⁵⁷

Wie bereits einleitend erwähnt, kann auch ein Unterliegen «mit einzelnen Vorbringen» oder «unselbstständigen Begehren» aufgrund des Verursacherprinzips zu einer Herabsetzung des Kostenersatzes führen. ⁵⁸ Wie ebenfalls bereits erwähnt wurde, erfordert andererseits die Eventualmaxime, dass auch weniger aussichtsreiche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden. ⁵⁹ Was das Gesetz aufgrund der Eventualmaxime erfordert, kann grundsätzlich nicht als «unnötig» gelten. Das Kantonsgericht Graubünden hat vor diesem Hintergrund festgehalten, dass erst dann ein Anwendungsfall von Art. 108 ZPO vorliege, wenn das entsprechende Vorbringen «masslos übertrieben» sei oder wenn «völlig Abwegiges» vorgebracht werde. ⁶⁰ Auch in der Literatur wird Ähnliches vertreten. STERCHI spricht etwa von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die «von vornherein offensichtlich unbegründet» waren. ⁶¹ Auch TAPPY sowie SUTTER-SOMM/SEILER sehen nur das als «unnötig», was ex ante nicht durch eine «sorgfältige Prozessführung» geboten war. ⁶²

2. Eigene Meinung

Gerade wenn man das Erfolgsprinzip als pauschalisiertes Verursacherprinzip auffasst, ⁶³ erscheint es durchaus sinnvoll, wenn man, wie das Bundesgericht,

55 Fachhandbuch Zivilprozessrecht-STÄHELIN, N 3.46; BK ZPO-STERCHI, Art. 108 N 1; ZK ZPO-JENNY, Art. 108 N 1; ZOTSANG, S. 218; vgl. auch BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 108 N 1.

56 Vgl. BGer, 4A_151/2014, 14. Oktober 2014, E. 6.2; Botschaft ZPO, 7298; Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN D., § 16 N 39; BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 4.

57 BGer, 5A_246/2019, 9. Juni 2020, E. 7.1; 5A_519/2019, 29. Oktober 2019, E. 3.5; BGE 141 III 426 E. 2.4.4; ZK ZPO-JENNY, Art. 108 N 4; DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 108 N 2; a.M. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 108 N 1.

58 BGer, 5P.270/2005, 10. Oktober 2005, E. 3; DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 108 N 1; CR CPC-TAPPY, Art. 108 N 6; Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN D., § 16 N 39; vgl. auch BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 4.

59 Vgl. vorne S. 95.

60 KGer GR, ZK 114 135, 16. Juni 2015, E. 5c.

61 BK ZPO-STERCHI, Art. 108 N 3.

62 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 108 N 4; CR CPC-TAPPY, Art. 108 N 7.

63 Vgl. vorne S. 93.

grundsätzlich all jene Kosten als «unnötig» erachtet, die zu den üblichen (in den Kostenpauschalen mitenthaltenen) Kosten hinzukommen.⁶⁴ So einfach, wie dieser Ansatz in der Theorie klingt, so schwierig erweist sich seine praktische Umsetzung.

Nach hier vertretener Meinung bietet sich ein zweistufiges Verfahren an:

Zunächst sollte das tatsächlich geführte Verfahren mit einem nach den Regeln der Kunst geführten *hypothetischen Alternativprozess* ex ante verglichen werden und eruiert werden, ob im Vergleich dazu durch ein Verhalten einer Partei tatsächlich Mehrkosten verursacht worden sind. Zu bedenken ist hierbei, dass es in der anwaltlichen Sorgfaltspflicht liegt, auch weniger aussichtsreiche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen.⁶⁵ Insofern werden auch im hypothetischen Alternativprozess Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht, die bereits im Vornherein wenig aussichtsreich erscheinen. Entscheidend muss sein, ob die Parteien auch unter Mitberücksichtigung dieser mit der Eventualmaxime verbundenen Unsicherheiten die Sinn- bzw. Erfolglosigkeit des fraglichen Angriffs- und Verteidigungsmittels voraussehen konnten und mussten.⁶⁶ Ebenfalls berücksichtigt werden müssen allfällige im Rahmen der materiellen Prozessleitung durch das Gericht abgegebene Hinweise darauf, was es als relevant bzw. irrelevant betrachtet.⁶⁷ Wird trotz explizitem Hinweis zu Irrelevantem plädiert, entstehen im Vergleich zum hypothetischen Alternativprozess, wo der Hinweis beachtet worden wäre, Mehrkosten.

Bestehen Indizien dafür, dass Mehrkosten generiert worden sind, sollte in Ausübung des gerichtlichen Ermessens entschieden werden, ob die fraglichen Kosten effektiv ausgeschieden und unabhängig vom Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache verlegt werden sollen.⁶⁸ Die Ausübung des Ermessens hat sich dabei an *sachlichen Kriterien* zu orientieren. In Anlehnung an die deutsche Rechtslehre sollte dabei primär berücksichtigt werden, ob es im Lichte des Verursacherprinzips im weiteren Sinne unbillig erscheint, die in der Hauptsache unterliegende Partei die entsprechenden Kosten tragen zu lassen.⁶⁹

64 Vgl. vorne S. 101.

65 KGer GR, ZK1 14 135, 16. Juni 2015, E. 5c.

66 Ähnlich für das deutsche Recht BeckOK ZPO-JASPERSEN, § 96 N 18.

67 Vgl. zur Thematik der materiellen Prozessleitung als Mittel zur Verfahrensbeschleunigung insbesondere LIENHARD, N 23-26.

68 Dass dem Gericht bei der Anwendung von Art. 108 ZPO Ermessen zusteht, ist unbestritten (vgl. BGer, 5A_195/2013, 9. Juli 2013, E. 3.2.1; 5D_69/2017, 14. Juli 2017, E. 3.3.1; DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 108 N 1; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 108 N 1).

69 Vgl. BeckOK ZPO-JASPERSEN, § 96, N 18, der dieses Argument in Bezug auf den «Grundsatz der Kostengerechtigkeit» führt; vgl. auch Saenger-GIERL, § 96 N 1.

Auch darf die Schwierigkeit einer eigenständigen Kostenausscheidung bzw. -festsetzung beachtet werden.⁷⁰ Rechnung getragen werden kann sodann dem Verhältnis zwischen den auszuscheidenden Kosten und den Gesamtkosten. Des Weiteren kann ein allfälliges Verschulden bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden.⁷¹ Schliesslich gilt es bei der Ermessensausübung zu bedenken, dass das Prozessrecht nicht zu unsorgfältigem oder trölerischem Prozessieren verleiten darf⁷² und Art. 108 ZPO ein kosteneffizientes Verhalten der Parteien fördern soll.⁷³

B. Zwischenfazit

Ob unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO vorliegen, sollte sich anhand eines Zweistufenmodells beurteilen. Zu beantworten sind dabei die Fragen, ob (1) ein Verhalten einer Partei im Vergleich zu einem nach den Regeln der Kunst geführten hypothetischen Alternativprozess Mehrkosten verursacht hat und (2) sachliche Kriterien die separate Ausscheidung und Verteilung dieser Mehrkosten rechtfertigen oder allenfalls gar erfordern.

Zu Recht unbestritten ist insofern, dass bei Verfahrensanträgen, die zur blossen Verzögerung des Verfahrens gestellt werden, in Anwendung von Art. 108 ZPO der verursachenden Partei Kosten auferlegt werden können. Handelt es sich bei durch Trölererei verursachten Kosten doch geradezu um ein Paradebeispiel für die Anwendung dieser Bestimmung.⁷⁴

Hinsichtlich der gutgläubigen Prozessführung leuchtet es sodann ein, dass das Ergebnis der Beurteilung prozessualer Anträge, die im Rahmen des ordentlichen Verfahrensgangs liegen (z.B. ein Gesuch um Fristerstreckung), bei der Kostenverlegung ausser Acht zu bleiben hat. Diese Aufwände sind bereits in den ordentlichen Kostenpauschalen miteinberechnet.⁷⁵ Sie treten somit auch im hypothetischen Alternativprozess auf. Zudem erschiene es auch unpraktikabel, den Aufwand für jede prozessleitende Verfügung auszuscheiden und nach dessen Ergebnis eigenständig zu verteilen, was ebenfalls gegen eine separate Kostenausscheidung spricht.⁷⁶

70 Vgl. BeckOK ZPO-JASPERSEN, § 96 N 18.

71 Vgl. zur «Redlichkeit» bei der Prozessführung BeckOK ZPO-JASPERSEN § 96 N 18.

72 Botschaft ZPO, 7232 und 7245.

73 Vgl. KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 108 N 1.

74 Vorne S. 102.

75 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 6; BK ZPO-STERCHI, Art. 95 N 8-9.; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 21-22.

76 Vgl. bereits STRUB, S. 398.

Komplex ist die Frage vor allem bei besonderen prozessualen Zwischenfragen (z.B. betr. Leistung einer Parteikostensicherheit).⁷⁷ Wesentlich erscheint diesbezüglich, dass sich die mit der Eventualmaxime verbundenen Unwägbarkeiten primär auf Ausführungen in der Sache beziehen, zumal jeder Prozess in dieser Hinsicht individuell ist. Dagegen stellen sich bei Verfahrensanträgen unabhängig vom konkreten Streitgegenstand immer wieder dieselben rechtlichen und tatsächlichen Fragen. Es gibt somit nicht nur deutlich mehr Erfahrungswerte darüber, wann ein entsprechendes Vorbringen angezeigt und aussichtsreich erscheint, sondern auch über die damit verbundenen Kosten. Schliesslich ist zu bedenken, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, sich in seinem Entscheid mit allen Angriffs- und Verteidigungsmitteln auseinanderzusetzen,⁷⁸ und es die Prozessökonomie im Gegenteil gar gebietet, unnütze Argumente möglichst effizient zu verwerfen.⁷⁹ Bei Verfahrensanträgen, die ein separates Zwischenverfahren auslösen, erweist sich dies jedoch als besonders schwierig.

Kostenrechtlich kann bei Verfahrensanträgen somit nicht der gleiche Massstab zur Anwendung gelangen wie hinsichtlich des Vorbringens von Tatsachen und Beweismitteln. Es erscheint deshalb nicht angezeigt, die dadurch verursachten Kosten erst dann als «unnötig» zu erachten, wenn ein entsprechender Antrag «masslos übertrieben» oder «völlig abwegig» ist. Stattdessen ist auch hier ein Vergleich mit einem hypothetischen Alternativprozess zu ziehen und zu prüfen, ob der entsprechende Antrag dort ex ante gestellt worden wäre. Ist dies nicht der Fall, gilt es in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens und unter Mitberücksichtigung der erwähnten Besonderheiten prozessualer Anträge zu entscheiden, ob eine separate Kostenausscheidung effektiv zu erfolgen hat.

V. Drei Anwendungsfälle

Im Nachfolgenden gilt es, die gewonnenen Erkenntnisse am Beispiel dreier besonderer prozessualer Zwischenverfahren konkret anzuwenden – der Verfahren betreffend Wiederherstellung einer versäumten Frist (Art. 148 ZPO), Sicherstellung der Parteikosten (Art. 99 ZPO) und Ausstand (Art. 50 ZPO). Einleitend wird hierbei jeweils der Meinungsstand von Lehre und Rechtsprechung dargestellt.

77 Vgl. bereits STRUB, S. 398-399.

78 Vgl. BGE 141 V 557 E. 3.2.1; BGer, 4A_400/2019, 17. März 2020, E. 5.7.3.

79 BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 4.

A. Fristwiederherstellung

1. Lehre und Rechtsprechung

Hinsichtlich des Gesuchs um Wiederherstellung einer versäumten Frist nach Art. 148 Abs. 1 ZPO wird einhellig die Auffassung vertreten, die Prozesskosten des Wiederherstellungsverfahrens seien in Anwendung von Art. 108 ZPO grundsätzlich von der säumigen Partei zu tragen.⁸⁰ Dies soll nicht nur bei Abweisung, sondern auch bei Gutheissung des Gesuchs um Fristwiederherstellung gelten, zumal die Mehraufwände nur wegen der Säumnis notwendig gewesen seien.⁸¹

Nach vorherrschender Ansicht sollen die Kosten auch dann der säumigen Partei auferlegt werden, wenn diese keinerlei Verschulden an der Säumnis trifft.⁸² Nach einer anderen Ansicht sind bei Schuldlosigkeit der säumigen Partei die Kosten nach den ordentlichen Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 f. ZPO zu verteilen.⁸³ Auch wenn die Vertreter dieser Auffassung dies nicht explizit klarstellen, dürfte diese Aussage so zu verstehen sein, dass die Kosten bei Schuldlosigkeit entsprechend dem Ausgang des Wiederherstellungsverfahrens und nicht gemäss dem Ausgang in der Hauptsache zu verlegen sind. Vereinzelt findet man auch die Meinung, die Kosten seien bei Schuldlosigkeit in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton aufzuerlegen.⁸⁴ Für den Fall, dass die Säumnis durch die Gegenpartei mitverursacht worden ist, soll auch dieser ein Teil der Kosten auferlegt werden können.⁸⁵

80 ZK ZPO-STAEHELIN A., Art. 149 N 5; DIKE-Komm ZPO-MERZ, Art. 149 N 7; BK ZPO-FREI, Art. 149 N 13; OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 149 N 3; BK ZPO, Art. 149 N 13; BSK ZPO-GOZZI, Art. 149 N 9; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 149 N 6; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, Art. 149 N 4; PC CPC-ABBET, Art. 149 N 4; PESENTI, Rz. 866.

81 DIKE-Komm ZPO-MERZ, Art. 149 N 7; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 149 N 6; OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 149 N 3; BSK ZPO-GOZZI, Art. 149 N 9; BK ZPO-FREI, Art. 149 N 13; wohl auch ZK ZPO-STAEHELIN A., Art. 149 N 5; PESENTI, Rz. 866; KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012, E. III.2; vgl. auch § 34 GGR BS, wo etwa im Vergleich zu § 32, 33 und 35 nicht die Rede davon ist, dass die entsprechenden Kosten nur bei Abweisung auferlegt werden.

82 BSK ZPO-GOZZI, Art. 149 N 9; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 149 N 6; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, Art. 149 N 4; gl.M. auch DIKE-Komm ZPO-MERZ, Art. 149 N 7 wobei dieser bei «aussergewöhnlichen Umstände», eine Kostenverlegung nach Art. 106 f. ZPO zulassen möchte; ähnlich auch PESENTI, Rz. 866; TANNER, S. 164; sowie OGer ZH, LF180006-O/U, 3. Juli 2018, E. III.2.1; wohl a.M. CR CPC-Tappy, Art. 149 N 10.

83 OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 149 N 3; BK ZPO-FREI, Art. 149 N 14; GASSER/RICKLI, Art. 149 N 3; TANNER, S. 164; KGer BL, 430 14 249, 16. Dezember 2014, E. 3.

84 PC CPC-ABBET, Art. 149 N 4; PESENTI, Rz. 866 ist der Meinung, dass beim Vorliegen «besonderer Umstände», etwa wegen falscher Rechtsmittelbelehrung, die Kosten dem Kanton auferlegt werden können, was getan wurde in KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012, E. III.2.

85 TANNER, S. 164.

Mit Bezug auf die Thematik der unverschuldeten Säumnis zeigt sich somit in Lehre und Rechtsprechung ein uneinheitliches Bild. Insofern mag man denn auch Verständnis dafür haben, wenn ein aufgrund falscher Rechtsmittelbelehrung säumiger Gesuchsteller – wie vor dem Kantonsgericht St. Gallen geschehen – den Antrag stellt, die Kosten seien «jedenfalls nicht ihm aufzuerlegen».⁸⁶

2. Eigene Meinung

Das Wiederherstellungsverfahren bildet ein klassisches prozessuales Zwischenverfahren, das in der Regel mit separater prozessleitender Verfügung abgeschlossen wird.⁸⁷ Das Gesuch um Fristwiederherstellung ist innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO), womit das entsprechende Begehren innerhalb eines ganz bestimmten Zeitraums zu stellen ist und es die anwaltliche Sorgfaltspflicht, wie in anderen Bereichen der Eventualmaxime, erfordert, im Zweifelsfall ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Die vorne diskutierten Durchbrechungen des Grundsatzes der Kosteneinheit haben sodann gezeigt, dass insbesondere dann, wenn ein Begehren gutgeheissen wird, die Kosten des entsprechenden Verfahrensabschnitts grundsätzlich der Hauptsache zu folgen haben.⁸⁸

Vor diesem Hintergrund mag es erstaunen, wenn Lehre und Rechtsprechung unisono und ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dem Begriff der unnötigen Prozesskosten vertreten, dass die entsprechenden Kosten in Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit grundsätzlich immer nach Art. 108 ZPO zu verlegen sind. Bei leichtem Verschulden bzw. bei einem in der Sphäre der Gesuchstellerin liegenden Säumnisgrund erscheint dies jedoch prinzipiell überzeugend, zumal die entsprechenden Kosten im hypothetischen Alternativprozess nicht aufgetreten wären und es im Lichte des Verursacherprinzips im weiteren Sinne regelmässig unbillig sein dürfte, wenn diese nicht der säumigen Partei auferlegt würden.⁸⁹

Abzulehnen ist indes die Auffassung, wonach der säumigen Partei völlig unabhängig von ihrem Verschulden die Kosten aufzuerlegen sind. Trifft die säumige Partei kein Verschulden, dann dürfte dies regelmässig bedeuten, dass die eigentliche Ursache für die Säumnis ausserhalb ihrer Sphäre liegt, womit

86 KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012, E. III.2.

87 PESENTI, Rz. 863; BSK ZPO-GOZZI, Art. 149 N 7; TANNER, S. 165; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, Art. 149 N 5; wohl a.M. CR CPC-TAPPY, Art. 149 N 10; PC CPC-ABBET, Art. 149 N 4; KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012 E. III.1, wo von «Zwischenentscheiden» gesprochen wird. Eine Besonderheit stellt der Fall dar, in dem eine Rechtsmittelfrist versäumt wurde und das Wiederherstellungsgesuch von der Rechtsmittelinstanz abgewiesen wird (vgl. z.B. OGer ZH, LF190081, 23. Januar 2020, E. 3).

88 Vgl. vorne S. 100.

89 Vgl. vorne S. 104.

sie ihr eben auch nicht zugerechnet werden kann. Sinnvoll erscheint es in einem solchen Fall, die Kosten bei der Hauptsache zu belassen, zumal die entsprechenden Kosten eben auch im hypothetischen Alternativprozess aufgetreten wären und dies dem Grundsatz der Kosteneinheit entsprechen würde. Muss das Gericht selbst als Verursacherin der Säumnis betrachtet werden, etwa aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung, so sind die Kosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Staat aufzuerlegen.⁹⁰

B. Parteikostensicherheit

1. Lehre und Rechtsprechung

Bezüglich des Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten nach Art. 99 ZPO hat das Bundesgericht im eingangs erwähnten BGE 148 III 182 explizit entschieden, dass der Ausgang des entsprechenden Zwischenverfahrens bei der Prozesskostenverlegung im Endentscheid grundsätzlich unbeachtlich bleiben muss und die entsprechenden Kosten gemäss dem Ausgang in der Hauptsache zu verteilen sind.⁹¹ Aus Sicht des Bundesgerichts dürfte es demzufolge auch unzulässig sein, wenn in der zuvor ergangenen prozessleitenden Verfügung die Kosten gemäss dem Ausgang des Sicherstellungsverfahrens nach Art. 106 ZPO verteilt werden würden.

Die früheren Gepflogenheiten der kantonalen Gerichtsbehörden stehen nur teilweise im Einklang mit dieser höchstrichterlichen Auffassung. Prinzipiell in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht waren die Obergerichte der Kantone Aargau und Bern bereits in der Vergangenheit der Ansicht, dass der Entscheid über die Sicherheitsleistung keine separaten Kosten- und Entschädigungsregelungen rechtfertige und die Kosten in Anwendung der üblichen Verteilungsgrundsätze zu verteilen seien.⁹² Auch Zürcher Bezirksgerichte haben bereits vor BGE 148 III 182 im gutheissenden Sicherstellungsentscheid die Kosten dem Endentscheid vorbehalten.⁹³ Demgegenüber wurde im Kanton Luzern der Entscheid über die Sicherheitsleistung mit selbständiger Kostenregelung gefällt.⁹⁴ Auch das Obergericht des Kantons Zug hat in der Vergangenheit die Kosten entsprechend dem Verfahrensausgang des Sicherstellungsver-

90 Vgl. hierzu KGer SG, BO.2012.34, 7. August 2012, E. III.2.

91 BGE 148 III 182 E. 3.2.

92 OGer BE, ZK 18 534, 12. Februar 2019, E. V.16; dies gilt auch bei Abweisung: OGer BE, ZK 19 423, 10. Oktober 2019, E. IV.24; OGer AG, ZSU.2014.155, 10. November 2014, E. 2.4.1.2.

93 So z.B. das Bezirksgericht Meilen im OGer ZH, RB210029, 11. Mai 2022, E. I.1 wiedergegebenen Dispositiv sowie das Bezirksgericht Zürich in den OGer ZH, RB200013-O/U, 4. November 2020, E. 1.1 und PP160033, 15. September 2016 wiedergegebenen Dispositiven.

94 OGer LU, 1F 11 8, 23. Dezember 2011, in: LGVE 2012 I Nr. 33, S. 80.

fahrens verlegt.⁹⁵ Das Kantonsgericht Graubünden war sodann der Auffassung, dass die Kosten in Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit separat verlegt werden können, dies jedoch nicht zwingend geschehen müsse.⁹⁶

Das Schrifttum hat sich, soweit ersichtlich, bis anhin nicht vertieft mit der Kostenverlegung bei Sicherstellungsentscheiden befasst. Einzig SUTER / VON HOLZEN halten fest, dass der Kautionsentscheid aufgrund des Pauschal-systems «keine gesonderten Gerichtskosten» auslöse und der den Parteien zusätzlich verursachte Aufwand bei der Festsetzung der Parteientschädigung im Endentscheid zu berücksichtigen sei.⁹⁷ Wie das Bundesgericht sprechen auch sie sich somit prinzipiell für den Grundsatz der Kosteneinheit aus und lehnen eine Kostenausscheidung und eigenständige Kostenverlegung gemäss dem Ausgang des entsprechenden Zwischenverfahrens ab.

2. Eigene Meinung

Über ein Gesuch um Sicherstellung der Parteikosten wird mit prozessleitender Verfügung entschieden.⁹⁸ Die Leistung der Sicherheit für die Prozesskosten bildet gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO eine Prozessvoraussetzung. Insofern erscheint es stimmig, wenn die Lehre die Einrede der mangelnden Sicherstellung der Parteikosten als Angriffs- und Verteidigungsmittel betrachtet.⁹⁹ Der prozessleitende Entscheid über den Antrag hinsichtlich der Parteikosten-sicherstellung hat aber (noch) keine direkten Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens. Erst dann, wenn die Parteikostensicherheit nicht geleistet wird, droht ein Nichteintretensentscheid. Es ist somit fraglich, ob bereits der Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung als Angriffs- und Verteidigungsmittel qualifiziert werden kann.

Wie dem auch sei, die Einrede einer fehlenden Prozessvoraussetzung kann mittels Zwischenentscheid nach Art. 237 ZPO verworfen werden. Diesbezüglich wurde gezeigt, dass mit Art. 104 Abs. 2 ZPO der Gesetzgeber explizit die Möglichkeit einer separaten Kostenverlegung vorgesehen hat. Wenn der

95 OGer ZG, ZI 2015 16, 14. Oktober 2015, in: CAN 2016 Nr. 8, S. 26-29. Inzwischen hat es dies in Nachachtung des höchstrichterlichen Präjudizes angepasst: OGer ZG, ZI 2021 32, 23. Februar 2023, E. 6; ZI 2021 23, 24. November 2022, E. 10.2; ZI 2021 6, 12. Mai 2022, E. 8.2.

96 OGer GR, ZK1 20 21, 3. März 2020, E. 2; Verlegung entsprechend dem Ausgang in der Hauptsache: ZK 116 61, 11. Juli 2016; ERZ 15 12, 15. Januar 2015; Verlegung entsprechend dem Ausgang des Zwischenverfahrens: ZK 21 15, 20. Juli 2021.

97 ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 14.

98 DIKE-Komm ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 99 N 6; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 14; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 99 N 9; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 99 N 6.

99 KLINGLER, FN 430 bei Rz. 170 und N 171; vgl. fürs deutsche Recht MüKo ZPO-SCHULZ, § 96 N 3.

Gesetzgeber dies in Bezug auf eine Prozesseinrede, die unzweifelhaft ein Angriffs- und Verteidigungsmittel bildet¹⁰⁰, für möglich hält, dann müsste dies umso mehr für den vorhergehenden Antrag auf Sicherstellung der Parteient-schädigung gelten.

Daraus ist zu schliessen, dass bei Abweisung eines Sicherstellungsbegehrens nicht selten unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO entstehen können. Ob dies im Einzelfall tatsächlich der Fall ist, sollte anhand der vorne erwähnten Kriterien bzw. unter Beantwortung der Fragen, ob (1) im Vergleich zu einem hypothetischen Alternativprozess Mehrkosten entstanden sind und (2) sachliche Kriterien für die separate Ausscheidung und Verteilung dieser Kosten sprechen, beurteilt werden.¹⁰¹ Wird das Begehren demgegenüber gutgeheissen, haben die dadurch verursachten Kosten im Sinne des erwähnten Bundesgerichtsentscheids grundsätzlich der Hauptsache zu folgen. Eine systematisch eigenständige Kostenverlegung gemäss dem Ausgang des Zwischenverfahrens in Anwendung von Art. 106 ZPO ist indes abzulehnen.

C. Ausstand

1. Lehre und Rechtsprechung

Wird ein Ausstandsbegehren abgewiesen, sind gemäss Lehre und Gerichtspraxis die Kosten unabhängig vom Verfahrensausgang in der Hauptsache dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen.¹⁰² Mehrere kantonale Gebührenerlasse sehen für die Beurteilung von Ausstandsbegehren auch explizit eine separate Kostenaufgabe vor.¹⁰³ Nach einem Teil der Lehre soll dabei stets die Bestimmung von Art. 108 ZPO zur Anwendung gelangen.¹⁰⁴ Ein anderer Teil lehnt die systematische Anwendung von Art. 108 ZPO ab und möchte statt-

100 Vgl. KLINGLER, Rz. 171; BÜHLER, S. 14-15.

101 Vgl. vorne S. 104.

102 PESENTI, Rz. 86i; OGer ZH, RA200012-O/U, 8. Oktober 2020, E. 6; PF200068-O/U, 30. September 2020, E. 7.1; Beschluss des Bundespatentgerichts O2014_013, 9. Juni 2016; vgl. auch § 33 Abs. 1 GGR BS: «Die Gebühr für den Entscheid über ein Ausstandsbegehren [...] wird nur verlegt, wenn das Ausstandsbegehren abgewiesen oder nicht darauf eingetreten wird.»

103 Vgl. z.B. § 9 Abs. 1 GebV OG ZH; § 14 Abs. 1 KoV OG ZG; Art. 13a Abs. 1 VGZ GR; § 33 Abs. 1 GGR BS; Art. 9 Abs. 4 lit. a KGV SG; vgl. bereits STRUB, S. 340.

104 ZK ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 50 N13, der sich für eine systematische Anwendung von Art. 108 ZPO ausspricht; vgl. auch AppGer BS, DG.2017.29, 12. September 2017, E. 3; vgl. indes auch DGZ.2020.3, 5. Mai 2020, E. 3; wo die Kosten entsprechend «dem Ausgang des Ausstandsverfahrens» verlegt werden; vgl. auch OGer ZH, RA200012-O/U, 8. Oktober 2020, E. 6, wonach es nicht zu beanstanden ist, wenn gestützt auf Art. 108 ZPO die Kosten eines «offensichtlich haltlosen» Ausstandsgesuch dem Gesuchsteller auf-erlegt werden.

dessen in Durchbrechung des Grundsatzes des Kosteneinheit die Bestimmung von Art. 106 ZPO anrufen.¹⁰⁵

Für den Fall, dass ein Ausstandsbesuch gutgeheissen wird, werden mehrere Lösungen postuliert. Nach der einen Auffassung soll der Kanton die Kosten tragen oder von der Kostenerhebung ganz abgesehen werden.¹⁰⁶ Nach einer anderen, differenzierteren Auffassung soll dies nur dann der Fall sein, wenn sich die betroffene Gerichtsperson, nicht aber die Gegenpartei gegen das Ausstandsbegehren gestellt hat.¹⁰⁷ Stellt sich auch die Gegenpartei gegen das Ausstandsbegehren, sollen gemäss diesem Ansatz die Kosten der im Ausstandsbegehren unterliegenden Gegenpartei nach Art. 106 ZPO auferlegt werden.¹⁰⁸

2. Eigene Meinung

Der Ausstandsentscheid gehört gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu den prozessleitenden Verfügungen, sondern zu den «anderen erstinstanzlichen Entscheiden» im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO.¹⁰⁹ Dies wird damit begründet, dass ein Entscheid über ein Ausstandsbegehren ohne die betroffene Gerichtsperson getroffen wird und somit von einem Organ gefasst wird, dessen Zusammensetzung nicht mit derjenigen des angerufenen Gerichts übereinstimmt.¹¹⁰

Es stellt sich folglich die Frage, ob das Ausstandsverfahren allenfalls als eigenständiges Verfahren mit separater Kostenverlegung zu erachten ist und somit die Kosten konsequenterweise stets nach dessen Ausgang gemäss Art. 106 ZPO verlegt werden müssten. Dagegen spricht die Tatsache, dass selbst bei einem Rückweisungsentscheid, wo der fragliche Entscheid nicht nur in anderer Zusammensetzung, sondern gar von einem hierarchisch übergeordneten

105 PC CPC-COLOMBINI, Art. 50 N 6; CR CPC-TAPPY, Art. 50 N 23; vgl. auch HGer ZH, HG180252, 24. Februar 2021; KG GR, ZK2 21 45, 3. November 2021 E. 5; wohl auch PESENTI, Rz. 861, wobei sie sich tendenziell für eine Verteilung nach Art. 106 ZPO ausspricht, zumal sie Art. 108 ZPO anwenden möchte, wenn das Gesuch lediglich der Verfahrensverzögerung diene.

106 PESENTI, Rz. 861; vgl. auch § 33 Abs. 1 GGR BS: «Die Gebühr für den Entscheid über ein Ausstandsbegehren beträgt Fr. 200 bis Fr. 3'000. Sie wird nur verlegt, wenn das Ausstandsbegehren abgewiesen oder nicht darauf eingetreten wird.»

107 PC CPC-COLOMBINI, Art. 50 N 6.

108 PC CPC-COLOMBINI, Art. 50 N 6; vgl. ferner OGer SO, ZKBES.2021.126, 24. Januar 2022, wo eine Beschwerde gegen einen ablehnenden Ausstandsentscheid gutgeheissen wurde und die Kosten der Beschwerdegegnerin auferlegt wurden.

109 BGE 145 III 469 E. 3.2; 147 III 582 E. 4.3; gl.M. JÉQUIER, S. 12; a.M. KUKO ZPO-KIENER, Art. 50 N 4; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 12.63; BK ZPO-RÜETSCHI, Art. 50 N 3; Staehelin/Staehelin/Grolimund-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 6 N 28.

110 BGE 145 III 469 E. 3.2.

Gericht getroffen wurde, sich die Kosten regelmässig nach dem Ausgang in der Hauptsache zu richten haben. Für das Ausstandsverfahren darf sodann kein separater Kostenvorschuss verlangt werden, was ebenfalls gegen dessen Eigenständigkeit spricht.¹¹¹ Für die Eigenständigkeit des Ausstandsverfahrens spricht demgegenüber, dass es in diesem Verfahren nicht um einen klassischen Zwischenstreit zwischen Kläger und Beklagtem geht, sondern sich das Verfahren primär gegen die vom Ausstand betroffene Gerichtsperson richtet. Im Prinzip könnte dieses Argument aber auch bei einem Gesuch um Fristerstreckung oder um Fristwiederherstellung ins Feld geführt werden, wo ebenfalls nicht von einer kostenrechtlichen Eigenständigkeit des Verfahrens ausgegangen wird. Überdies hat das Bundesgericht in strafrechtlichem Zusammenhang kürzlich festgehalten, dass die Gegenpartei in das Ausstandsverfahren miteinbezogen werden muss, was sich unter anderem «aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens» ergeben soll.¹¹²

Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte muss es sich deshalb auch beim Ausstandsverfahren um ein blosses Zwischenverfahren handeln.¹¹³ Vor dem Grundsatz der Kosteneinheit hat somit grundsätzlich zu gelten, dass sich die Kosten des Ausstandsverfahrens nach dem Ausgang des Hauptverfahrens zu richten haben und sie nur beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen im Sinne von Art. 107 oder Art. 108 ZPO abweichend zu verlegen sind.

Wird das Ausstandsbegehren gutgeheissen, ist es sinnvoll, danach zu differenzieren, ob sich die Gegenpartei gegen das Ausstandsgesuch gestellt hat oder nicht. Grund hierfür ist, dass über ein Ausstandsgesuch nur entschieden werden muss, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund von der betroffenen Gerichtsperson oder von der Gegenpartei bestritten wird (Art. 50 Abs. 1 ZPO).¹¹⁴ Stellt sich bloss das Gericht gegen das Ausstandsgesuch, beantragt aber die Gegenpartei dessen Gutheissung, erscheint es in Anbetracht des Verursacherprinzips im weiteren Sinne als unbillig, wenn die Kosten entsprechend dem Ausgang in der Hauptsache verteilt werden. Insofern ist es in diesem Fall angezeigt, von einer Kostenerhebung abzusehen und der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung auf Kosten des Kantons zuzusprechen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Wird der Ausstandsgrund auch von der Gegenpartei bestritten, ist diese zumindest als Mitverursacherin des Zwischenverfahrens zu betrachten. In Anbetracht des Grundsatzes der Kosteneinheit ist es aber im Hinblick auf die

111 Vgl. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 50 N 3; OFK ZPO-URBACH, Art. 50 N 3; BK ZPO-RÜETSCHI, Art. 49 N 3; KUKO ZPO-KIENER, Art. 49 N 3; vgl. auch BGE 100 Ia 28 E. 3.

112 BGE 149 I 153 E. 2.5.

113 Vgl. auch CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 50 N 3; a.M. ZK ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 50 N 13.

114 Vgl. auch KUKO ZPO-KIENER, Art. 50 N 1.

Erkenntnisse bezüglich der in Art. 104 ZPO geregelten Zwischen-, Vor- und Nebenverfahren auch in diesem Fall nicht angebracht, die Kosten bei Obsiegen der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Vielmehr sollten die Kosten bei der Hauptsache belassen werden, zumal dies im Einklang mit den Kostenverlegungsprinzipien bei anderen Vor-, Neben- bzw. Zwischenverfahren stehen würde.

Wird das Ausstandsgesuch abgewiesen, erscheint es im Lichte des Verursacherprinzips im weiteren Sinne und unter Berücksichtigung der diskutierten Besonderheiten des Ausstandsverfahrens begrüssenswert, wenn die Kosten analog zum Massnahmeverfahren systematisch und somit in teilweiser Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit der unterliegenden Partei auferlegt werden. Dies sollte allerdings nicht in Anrufung von Art. 106 ZPO erfolgen, da damit eine nicht existierende kostenrechtliche Eigenständigkeit des Ausstandsverfahrens suggeriert wird. Systematisch konsequenter wäre es, gestützt auf das Verursacherprinzip im weiteren Sinne, besondere Umstände nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zu bejahen. Eine generelle Anrufung von Art. 108 ZPO scheidet aus, weil das Ausstandsbegehren allenfalls auch im hypothetischen Alternativprozess gestellt worden wäre und somit keine unnötigen Prozesskosten im Sinne des hier entwickelten Zweistufenmodells generiert worden sind.¹¹⁵

VI. Fazit

Mit dem Erfolgsprinzip und dem Grundsatz der Kosteneinheit spricht sich die schweizerische Zivilprozessordnung für leicht handhabbare und auf vereinfachenden Annahmen beruhende Kostenverteilungsgrundsätze aus, die regelmässig zu einem gerechten Kostenentscheid führen. Die Mutter aller Verteilungsgrundsätze bildet allerdings das Verursacherprinzip. Dieses widerspiegelt sich nicht nur in Art. 108 ZPO, wonach «unnötige Prozesskosten» von der verursachenden Partei zu bezahlen sind, sondern auch darin, dass das Erfolgsprinzip als pauschalisiertes Verursacherprinzip davon ausgeht, die in der Hauptsache unterliegende Partei sei von Anfang an im Unrecht gestanden und habe die Prozesskosten zu verantworten.¹¹⁶

Letztlich ist es auch das Verursacherprinzip in diesem weiteren Sinne, in welchem sich die Begründung für die in Art. 104 ZPO geregelten Durchbrechungen vom Grundsatz der Kosteneinheit findet. So soll gemäss herrschender Lehre und Praxis bei den dort thematisierten Vor-, Zwischen- und

115 Vgl. vorne S. 104.

116 Vgl. zum Ganzen Kap. II.

Nebenverfahren insbesondere dann eine vom Ausgang in der Hauptsache unabhängige Kostenverteilung vorgenommen werden, wenn das Begehren bzw. Vorbringen, welches das entsprechende Verfahren ausgelöst hat, abgewiesen wird. Wird es demgegenüber gutgeheissen, sollen die Kosten bei der Hauptsache verbleiben. Insofern wäre es verfehlt, bei prozessleitenden Verfügungen von einer gesetzlich nicht erwähnten prinzipiellen Durchbrechung des Grundsatzes der Kosteneinheit auszugehen. Vielmehr muss dies bedeuten, dass bei Guttheissung eines Verfahrensanspruchs die Kosten ebenfalls der Hauptsache zu folgen haben und diese bei Abweisung nur dann separat verteilt werden können, wenn Umstände nach Art. 107 oder 108 ZPO vorliegen.¹¹⁷

Um zu eruieren, ob ein Verfahrensanspruch «unnötige Prozesskosten» im Sinne von Art. 108 ZPO verursacht hat, ist ein Vergleich mit einem nach den Regeln der Kunst geführten hypothetischen Alternativprozess zu ziehen. Zeigt sich dabei, dass durch das Stellen eines Verfahrensanspruchs Mehrkosten entstanden sind, sollte in Ausübung des gerichtlichen Ermessens entschieden werden, ob die fraglichen Kosten effektiv auszuscheiden und unabhängig vom Ausgang in der Hauptsache zu verteilen sind. Zu berücksichtigen ist hierbei insbesondere, ob es im Lichte des Verursacherprinzips im weiteren Sinne unbillig wäre, wenn die entsprechenden Kosten von der in der Hauptsache unterliegenden Partei zu bezahlen wären.¹¹⁸

Stets zu bejahen sind «unnötige Prozesskosten» bei trölerischen Verfahrensansprüchen, die zur blossen Verzögerung des Verfahrens gestellt werden. Bei der gutgläubigen Prozessführung muss das Ergebnis der Beurteilung von Verfahrensträgen, die im Rahmen des ordentlichen Verfahrensgang liegen, ausser Acht bleiben. Denn diese Aufwände treten auch im hypothetischen Alternativprozess auf. Bei allen anderen Verfahrensansprüchen bedarf es einer Einzelfallbeurteilung. Dies wird insbesondere durch die hier vorgenommene Anwendung der allgemeinen Erkenntnisse am Beispiel dreier besonderer prozessualer Zwischenverfahren bestätigt.¹¹⁹

Es gibt demzufolge zahlreiche Situationen, in denen verfahrensrechtliche Misserfolge trotz positivem Ausgang in der Hauptsache Kostenfolgen nach sich ziehen können. Dass insofern *nicht immer alles gut ist, wenn das Ende gut ist*, ist im Ergebnis richtig. Denn Art. 108 ZPO ist nicht Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des Verursacherprinzips im weiteren Sinne und schafft dort Kostengerechtigkeit, wo diese nicht mittels vereinfachender Annahmen erreicht werden kann. Die Bestimmung fördert sodann ein kosteneffizientes

117 Vgl. zum Ganzen Kap. III.

118 Vgl. zum Ganzen Kap. IV.

119 Vgl. zum Ganzen Kap. IV und V.

Verhalten der Parteien, was es gerade in Anbetracht des altbekannten Klage-
liedes der allzu hohen Prozesskosten nicht zu unterschätzen gilt. Aus all die-
sen Gründen muss gefolgert werden, dass in den erwähnten Situationen die
Kosten prozessualer Zwischenverfahren nicht nur unabhängig vom Ausgang
in der Hauptsache verteilt werden können, sondern auch unabhängig vom
Ausgang in der Hauptsache verteilt werden sollen.

Literaturverzeichnis

- BAUMGARTNER SAMUEL / DOLGE ANNETTE / MARKUS ALEXANDER R. / SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Auflage, Bern 2018.
- BOHNET FRANÇOIS et al., Code de procédure civile, 2. Auflage, Basel 2019 (zit. CR CPC-VERFASSEN*IN).
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3. Auflage, Basel 2021.
- BORK REINHARD / ROTH HERBERT (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 78-147, 23. Auflage, Tübingen 2016 (zit. Stein/Jonas-VERFASSEN*IN).
- BRUNNER ALEXANDER / GASSER DOMINIK / SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Art. 1-196, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen 2016 (zit. DIKE- Komm ZPO-VERFASSEN*IN).
- BÜHLER ALFRED, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986.
- CHABLOZ ISABELLE / DIETSCHY-MARTENET PATRICIA / HEINZMANN MICHEL (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC CPC-VERFASSEN*IN).
- CIPRIANO ALVAREZ et al., Schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 1-352), Band I, Berner Kommentar, Bern 2012 (zit. BK ZPO-VERFASSEN*IN).
- DROESE LORENZ, Note zu BGer 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017, SZPZ 6/2107, 505-507.
- FONTANA KATHARINA, Ein Vermögen für den Zugang zum Gericht, NZZ vom 2. Mai 2022, 7.
- GASSER DOMINIK / RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2014.
- GEHRI MYRIAM A. / JENT-SØRENSEN INGRID / SARBACH MARTIN, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-VERFASSEN).
- HAAS ULRICH / MARGHITOLA RETO (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020 (zit. Fachhandbuch Zivilprozessrecht-VERFASSEN*IN).

- HONEGGER-MÜNTENER PATRICK, Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens, *ZZZ* 58/2022, 185-197.
- JÉQUIER GUILLAUME, Distinction entre ordonnance d'instruction et «autres décisions», nature de l'amende d'ordre et protection de la confiance placée dans les voies de droit insuffisantes ou erronées, Note zu BGer 4A_475/2018 vom 12. September 2019, *SZZP* 1/2020, S. 12-16.
- KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2016.
- KRÜGER WOLFGANG / RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§1-354, 6. Auflage, München 2020 (zit. MüKo ZPO-VERFASSEN*IN).
- LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016.
- LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2013.
- MORET SÉBASTIAN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014.
- MÜLLER LUKAS, Kann sich der Staat hohe Gerichtskosten leisten?, *AJP* 12/2016, 1739-1739.
- MUSIELAK HANS-JOACHIM / VOIT WOLFGANG (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 19. Auflage, München 2022 (zit. Musielak/Voit-VERFASSEN*IN).
- OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-VERFASSEN*IN).
- PESENTI FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2017.
- SAENGER IVO (Hrsg.) Zivilprozessordnung, 9. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit. Saenger-VERFASSEN*IN).
- SCHOCH FRIEDRICH / SCHNEIDER JENS-PETER (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 2. Auflage, München 2022 (zit. Friedrich/Schneider-VERFASSEN*IN).

- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VERFASSEN*IN).
- STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2019 (zit. Staehelin/Staehelin/Grolimund-VERFASSEN*IN).
- STÄHELIN BEDA ANDREAS, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Zürich 2017.
- STRUB FRANCO, Der Weg ist nicht das Ziel: Zur Irrelevanz des Ausgangs prozessualer Zwischenverfahren für die Prozesskostenverteilung, Note zu BGer 4A_442/2021 vom 8. Februar 2022, SZP 4/2022, 338-341.
- SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-VERFASSEN*IN).
- SUTTER-SOMM THOMAS / SEILER BENEDIKT (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-VERFASSEN*IN).
- TANNER MARTIN, Wiederherstellung von Fristen und Terminen gemäss Art. 148 f. ZPO, ZZZ 58/2022, 147-167.
- VÖLKI REGULA, Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Winterthur 1934.
- VORWERK VOLKERT / WOLF CHRISTIAN (Hrsg.), BeckOK ZPO, 45. Edition, München 2022 (zit. BeckOK ZPO-VERFASSEN*IN).
- WANDER KARL FRIEDRICH WILHELM, Deutsches Sprichwörter-Lexikon, Band 3, Leipzig 1873.
- ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015.

Anna Elisa Stauffer

Der Ausdifferenzierungsprozess beim Innominatvertrag: eine Verortung

Eine Analyse der Lehre zum Innominatvertrag
unter Einordnung der in der Rechtsprechung
erkannten Vorgehensweise im Licht der Rechts-
methodik

I.	Grundproblematik beim Umgang mit Innominatverträgen ..	123
II.	Besondere Methode(n) des Innominatvertrags	126
III.	Methodenpluralismus und Ausdifferenzierung	129
	A. Erstes Fallbeispiel: Zahnbehandlungsvertrag	130
	B. Zweites Fallbeispiel: Hotel-Managementvertrag	131
	C. Drittes Fallbeispiel: Alleinvertriebsvertrag	132
IV.	Mut zur «Lücke» oder Mut zur Methode	133
	A. Im Licht der klassischen Methodenkonzepte	134
	B. Im Licht der richterlichen Rechtsfortbildung nach Art. 1 ZGB	136
	C. Im Licht der Case-Law-Methodik	137
V.	Schlussfazit und offene Fragen	140
	Literaturverzeichnis	143

I. Grundproblematik beim Umgang mit Innominatverträgen

Der Prozess der Rechtsfindung respektive der Rechtsanwendung im Vertragsrecht gleicht in vielen Fällen einem Automatismus: Das auszulegende Vertragsverhältnis wird nach erfolgter Auslegung gemäss Art. 18 Abs. 1 OR, subsidiär nach dem Vertrauensprinzip, einem der kodifizierten Vertragstypen mit dem jeweiligen dispositiven Recht zugeordnet.¹ Dies bedeutet, dass man den Vertrag qualifiziert und die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen anwendet, sofern die Parteien im Rahmen der dispositiven Normen nichts Abweichendes geregelt haben.²

Kraft der Vertragstypenfreiheit als Teil der in Art. 19 OR verankerten allgemeinen Vertragsfreiheit steht es den Parteien jedoch frei, ausserhalb der gesetzlichen Vertragstypen zu kontrahieren respektive Innominatkontrakte bzw. -verträge zu schliessen. Wie der Name «Innominatkontrakt» (von lat. *innominatus*) andeutet, ist er weder im Besonderen Teil des Obligationenrechts noch in einem Spezialgesetz gesondert geregelt.³ Die Normen aus dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (Art. 1-183 OR) sind dabei in der Regel anwendbar. Traditionellerweise werden die Innominatverträge entweder den gemischten Verträgen oder den Verträgen *sui generis* zugeordnet,⁴ wobei die Grenzen fliegend sind und diese Unterscheidung zunehmend relativiert wird.⁵

1 BGER, 4A_288/2014, 6. August 2014, E. 2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 127 III 444 E. 1b; BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N13; eingehend hierzu, siehe CR CO-MORIN, Art. 1 N 94-115; teilweise überschneiden sich diese Auslegungsvarianten, siehe BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N14, N35.

2 In anderen Worten, wenn eine Vertragslücke vorliegt, siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N1038, N1196; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 241-243; BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N2, N47, N52.

3 Zum Begriff des Innominatvertrags siehe BGE 129 III 604 E. 2.2; BGER, 4A_262/2017, 17. Januar 2018, E. 4.2.1; BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N5; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N5. Die Bezeichnung als «unbenannt» ist insofern irreführend, als es nicht auf die fehlende gesetzliche Nennung ankommt, sondern auf ihre fehlende besondere Regelung durch das Gesetz, vgl. BUCHER, OR BT, S. 25; ENGEL, S. 178 spricht in diesem Kontext von «contrats balbutiés» (wörtlich übersetzt «gestotterte Verträge»); vgl. CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N7; PICHONNAZ, S. 30.

4 Ein gemischter Vertrag vereint Tatbestandselemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen in sich; ein Vertrag *sui generis* fügt sich zu einer besonderen Einheit zusammen, die nicht als blosse Mischung von (gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten) Vertragstypenelementen gelten kann, siehe BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N9-11.

5 Die Unterscheidung zwischen Verträgen *sui generis* und gemischten Verträgen wird etwa in BGE 120 V 299 E. 4a relativiert und deren Überlappung explizit in BGER, 4C.447/2004, 31. März 2005, E. 3.2 festgehalten; vgl. aber CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N13, wonach sich zu Recht methodisch Unterschiede ergeben, wobei

Im Bereich der Innominatverträge befinden sich die Gerichte in der anspruchsvollen Situation, eine Rechtsfrage trotz fehlender spezieller Gesetzesbestimmungen beantworten zu müssen. Potenziell muss das Gericht gar ein System von ergänzenden Regeln für die unregulierten Vertragsverhältnisse selbst schaffen.⁶ Indessen werden verschiedene Innominatverträge im Rechtsverkehr standardisiert und typisiert, womit sich in diesem Kontext insbesondere die Frage der Kontrollierbarkeit und des dafür erforderlichen Leitbildes stellt.⁷

Im Fokus des vorliegenden Beitrags steht die Frage, wie die Gerichte mit Innominatverträgen umgehen bzw. welche Methode(n) sie anwenden. Diese Fokussierung auf die methodischen Grundsätze einer Entscheidungsfindung wird oftmals als unergiebig abgetan; auf die Intuition der Gerichte wird vertraut.⁸ Es gilt jedoch, dieses Vertrauen mit Vorsicht zu genießen und grundsätzlich «das mögliche Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit des juristischen Denkens voll auszuschöpfen».⁹ Die methodische Vorgehensweise des Bundesgerichts im Bereich der Innominatverträge wird als «pragmatisch»¹⁰ bezeichnet und als ein dem «Methodenpluralismus» folgender Ansatz gewürdigt.¹¹ Letzteres zielt in erster Linie darauf ab, die «Vielfalt an Möglichkeiten» hervorzuheben, die es bei der Suche nach dem anwendbaren Recht gibt.¹² Je nach

sich diese m.E. in einer stärkeren Anlehnung an gesetzliche Vertragstypen manifestieren, wenn zwingende Normen infrage kommen.

-
- 6 ENGEL, S. 179; vgl. DASSER, N 204-206, der von einer «Zweiklassengesellschaft der Verträge» spricht; siehe auch KRAMER, Innominatverträge, S. 30-37. Mit Bezug auf zusammengesetzte Verträge besteht eine parallele Problematik, siehe CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 14-16; vgl. BGE 139 III 49 E. 3.3; BGE 136 III 65 (= Pra 2010 Nr. 87); BGE 131 III 528 E. 7.1.1; vgl. aber auch BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 8, wonach die Verortung des zusammengesetzten Vertrags im Rahmen der allgemeinen Lehre zum Innominatvertrag noch ungesichert bleibt.
-
- 7 Zu denken ist dabei insbesondere an die AGB-Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, die sich gem. h.L. nach dem dispositiven Gesetzesrecht orientiert, siehe CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 6; vgl. BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 7; TERCIER/BIERI/CARRON, N 34-36.
-
- 8 Prominent etwa RADBRUCH, S. 283.
-
- 9 BYDLINSKI, S. 57; vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 57: «Aufgabe der Juristischen Methodenlehre ist es, den Spielraum reiner Subjektivität, die ja letztlich Willkür bedeutet, möglichst einzuschränken und die Interpretation damit möglichst zu «verobjektivieren» und zu «rationalisieren»; vgl. WAGNER/ZIMMERMANN, S. 1.
-
- 10 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 31; PICHONNAZ, S. 21, S. 40-43.
-
- 11 CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N 30; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, S. 346. Es handelt sich hierbei nicht um denselben Methodenpluralismus betreffend den Auslegungskanon (historische, grammatikalische, systematische, teleologische Auslegung), vgl. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 194-200.
-
- 12 CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N 29, womit in dieser Hinsicht der Methodenpluralismus bei den Theorien zu den Innominatverträgen mit dem Auslegungskanon vergleichbar ist.

Situation wird somit auf die praktisch sachgerechteste Lösung im Einzelfall abgestellt.¹³ Es stellt sich dadurch aber die Frage, ob damit das erforderliche Mass an «Rationalität und Kontrollierbarkeit» erreicht wird. Das Bundesgericht beschränkt seine Begründung meist auf eine Lösung des infrage stehenden Falls und äussert sich selten in allgemeiner Form zu der für den Innominatkontrakt geltenden Methode.¹⁴ Dennoch lassen sich im Vorgehen des Bundesgerichts gewisse Grundzüge erkennen, die man weiter schärfen kann oder aus Gründen der Rationalität sogar schärfen muss. Denn: Auch wenn das Gericht im Einzelfall zu billigen Entscheidungen gelangt, stellt sich mit Blick auf die Rechtssicherheit, und dort insbesondere für die Vorhersehbarkeit aus Parteiensicht, die Frage, ob es nicht angemessen wäre, die Kriterien, die in der konkreten Problematik als Leitlinie des richterlichen Handelns herangezogen werden, zu ermitteln und klarer zu benennen.

Der vorliegende Beitrag legt dar, dass dem einfallorientierten Methodenpluralismus des Bundesgerichts durchaus eine gewisse Rationalität inneohnt, die im Folgenden unter dem Begriff des «Ausdifferenzierungsprozesses» erfasst werden soll. Im Rahmen dieses Prozesses sucht es die Nähe zu einem gesetzlichen Vertragstypus, wobei – an der jeweiligen Rechtsfrage orientiert – die Kriterien herausgeschält werden, die den Rechtscharakter des Innominatvertrags beschreiben respektive diesen von anderen Vertragstypen abgrenzen.¹⁵ Diese Kriterien werden dann zur Lösung der konkreten Rechtsfrage herangezogen. Bislang wurde dieser Prozess nur auf die gemischten Verträge bezogen,¹⁶ muss aber m.E. auch auf Verträge *sui generis* ausgedehnt werden, zumal die Unterscheidung relativiert werden kann. Im Folgenden wird erörtert, wie der skizzierte Prozess auch bestehenden Methodenkonzepten zugeordnet werden kann, um das Verständnis für diesen Prozess zu schärfen und um die im Bereich der Innominatverträge bestehenden Lücken rationaler füllen zu können. Eine derartige Klärung erscheint insbesondere dann erforderlich, wenn die Anwendung zwingender Rechtsnormen infrage steht.¹⁷

13 Dieser Vorgehensweise stimmt die h.L. weitgehend zu, siehe etwa ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 629; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 19a-20; siehe auch BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 31, die der Vorgehensweise des Bundesgerichts prinzipiell zustimmen, darin aber eine Abweichung vom von der h.L. getragenen Grundsatz sehen, wonach Innominatverträge gleich wie Nominatverträge zu ergänzen sind.

14 Vgl. SCHLUEP, S. 803; METZGER-WÜEST, S. 77; TERCIER, S. 54-55.

15 Dieser Prozess weist eine Ähnlichkeit zur pragmatischen und differenzierenden Vorgehensweise der «Theorie der interessen- und einzelfallgerechten Rechtsanwendung» auf, siehe Soergel-GRÖSCHLER, § 311 BGB N 27, vgl. STOFFELS, S. 159.

16 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 23.

17 Insbesondere ABEGG, S. 261-264; BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 32.

Zunächst werden im vorliegenden Beitrag die herkömmlichen Methoden des Innominatvertrags aus der Lehre vorgestellt (II.). Sodann wird anhand von drei ausgewählten Bundesgerichtsentscheiden – zu einem Zahnbehandlungsvertrag, einem Hotel-Managementvertrag und einem Alleinvertriebsvertrag – die methodische Vorgehensweise des Bundesgerichts als ausdifferenzierter Methodenpluralismus beschrieben und analysiert (III.). Die Auswahl wurde unter dem Gesichtspunkt der *Anschaulichkeit* des «Ausdifferenzierungsprozesses» getroffen. Nachdem dieser Ausdifferenzierungsprozess für den Innominatvertrag dargelegt worden ist, ist dieser vor dem Hintergrund herkömmlicher Methodenkonzepte zu beleuchten (IV.). Schliesslich wird ein Fazit gezogen und offene Fragen werden angesprochen (V.).

II. Besondere Methode(n) des Innominatvertrags

Die Lehre hat für die Rechtsanwendung bei Innominatverträgen verschiedene Theorien herausgebildet, die für diese Verträge eine ideale Vorgehensweise im Rechtsanwendungsprozess vorgeben sollen. Obschon einige dieser Theorien älter sind, behalten sie, wenn auch in unterschiedlichem Masse und teils durchaus kritisch bewertet, ihren Platz in der allgemeinen Lehre zum Innominatvertrag.¹⁸ Jedenfalls ist keine dieser Theorien allgemeingültig, sondern sie werden – im Sinne eines Methodenpluralismus – einzeln oder in Kombination angewandt.

Die sog. *Absorptionstheorie* besagt, dass das Recht des dominanten Vertragstypus anzuwenden ist. Liegt ein gemischter Vertrag vor, bei dem das mietrechtliche Element in den Vordergrund tritt, so weicht das nachrangige Vertragsselement und wird von ersterem gleichsam «absorbiert».¹⁹ Diese erzwungene, gewissermassen automatisierte Zuordnung zum kodifizierten Vertragsrecht ist zwar einfach, aber undifferenziert und wird dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gerecht. Hätten die Parteien die vollumfängliche Unterwerfung des Vertrags unter einem bestimmten Vertragstyp gewollt, hätten sie das entsprechend vereinbaren können.²⁰

18 Insbes. BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 17-22; DASSER, N 200-202; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, S. 344-346; PICHONNAZ, S. 36-40; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 19, vgl. auch STOFFELS, S. 153-161; die Theorien komplett ablehnend aber SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 26.25, wonach die Theorien eher Verwirrung stiften.

19 Siehe insbesondere LOTMAR, S. 176-191.

20 Etwa BUCHER, OR BT, S. 20; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 629; MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 4.

Ähnlich schematisch geht die *Kombinationstheorie* vor: Sie trennt die verschiedenen Vertragselemente eines gemischten Vertrages voneinander ab – es ist gar von einer «Zertrümmerung» die Rede –²¹ und ordnet sie ihrer entsprechenden Rechtsfolge aus dem Nominatvertragsrecht zu.²² Der Vertrag ist somit als Synthese von «Tatbestandselementen» zu verstehen.²³ Gegen diese Theorie spricht, dass ein Vertrag nicht bloss die Summe seiner Teile ist, die man – vergleichbar mit einer mathematischen Funktion – zuordnen kann.²⁴ Aufgrund ihrer Würdigung der verschiedenen Vertragselemente leuchtet sie jedoch im Ansatz ein und lässt die einfache, unmittelbare Anwendung von passendem Nominatvertragsrecht zu.²⁵

Ebenfalls für eine unmittelbare Anwendung von Vertragstypenrecht auf die Innominatverträge spricht sich die *Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen* aus.²⁶ Anders als bei der Kombinationstheorie sieht sie keine pauschale Zuordnung zum passenden Vertragstypus vor, vielmehr trifft sie die Zuordnung auf Ebene der dem Vertragstypus angehörigen Einzelbestimmungen.²⁷ Diese Theorie löst sich somit von der Idee des zugrundeliegenden Vertragstypus und verwendet die Vorschriften – unabhängig von der Qualifizierung des Gesamtvertrages – im Nominatvertragsrecht nur als Inspiration für die Suche nach einer sachgerechten Lösung. Offen bleibt jedoch, welche Kriterien im Rahmen dieser Zuordnung anzuwenden sind, weshalb die Theorie auch – etwas despektierlich – als die «Blumenpflücktheorie» bezeichnet wird.²⁸

Die *Theorie der analogen Rechtsanwendung* verneint eine unmittelbare Anwendung von Einzelnormen des Besonderen Teils, da der Innominatvertrag als «Organismus» zu betrachten sei,²⁹ der keine Auftrennung in seine Vertragsteile erlaube.³⁰ Allein der Allgemeine Teil des Obligationenrechts sei

21 SCHLUEP, S. 801.

22 Insbesondere HOENIGER, Die gemischten Verträge, S. 384-385. Die Kombinationstheorie ist aus der kritischen Auseinandersetzung mit der Absorptionstheorie entstanden, siehe HOENIGER, Vorstudien, S. 21-31.

23 HOENIGER, Die gemischten Verträge, S. 385.

24 SCHLUEP, S. 802.

25 Vgl. MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 5.

26 BUCHER, ZSR, S. 321-326.

27 BUCHER, ZSR, S. 321.

28 KOLLER THOMAS, S. 411-412.

29 SCHREIBER, S. 210.

30 SCHREIBER, S. 106-112, dabei kritisiert SCHREIBER auch die Kombinationstheorie von HOENIGER und grenzt sich von ihr ab.

unmittelbar anwendbar,³¹ wobei dieser in der Regel nicht ausreichend konkrete Vorgaben enthält. Somit muss auf den Analogieschluss rekurriert werden, um für den untersuchten Vertrag gesetzliche Bestimmungen heranzuziehen, die auf vergleichbaren Interessenlagen und Beweggründen basieren.³² Dies offenbart aber zugleich die Grenzen der Theorie, die immer dann scheitert, wenn die erforderliche Analogiebasis fehlt.³³

Gemäss der *Kreationstheorie* hat zur Beurteilung von Innominatverträgen das Gericht das erforderliche Recht gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB selbst zu setzen.³⁴ Im Rahmen dessen ist auf die allgemeine Anweisungsnorm zurückzugreifen, die das Gericht primär auf das Gewohnheitsrecht verweist – das in einem ersten Schritt zu ermitteln ist – und sekundär vom Gericht verlangt, den Vertrag *modo legislatoris* einer adäquaten Lösung zuzuführen. Auf welche Weise das Gericht eine entsprechende generell-abstrakte Lösung zu suchen hat, beantwortet die Kreationstheorie indes nicht.³⁵ Ausserdem ist die damit einhergehende gesetzgebende Gewalt durch das Gericht nur im Ausnahmefall zulässig. Entsprechend zurückhaltend sind die Gerichte bei der Anwendung dieser methodischen Ermächtigung.³⁶

Die *Diskurstheorie* schliesslich verrät nichts über das anwendbare Recht für den Innominatvertrag im Einzelfall. Sie hat mit anderen Worten keinen unmittelbaren Nutzen im Rahmen der Rechtsanwendung. Vielmehr *beschreibt* sie die Typifizierung eines singulären Innominatvertrags im Rechtsverkehr. Sie spricht sich somit bei der Beurteilung von sog. «modernen Vertragstypen»³⁷ für einen «diskursiven Kommunikationsprozess» aus, innerhalb dessen sich das Gericht mit Kautelarjurisprudenz, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft und vergangener Rechtsprechung auseinanderzusetzen hat.³⁸ Das Gericht durchläuft im Rahmen dieser Theorie einen ähnlichen Prozess, wie ihn der Gesetzgeber etwa bei der Erlassung von Gesetzen im Zuge einer Vernehmlassung durchläuft. Diese Theorie, die als Präzisierung der Kreationstheorie zu verstehen ist, gibt zwar die richtige Stossrichtung an, stellt aber – wie ihr

31 SCHREIBER, S. 211.

32 SCHREIBER, S. 210-211.

33 MARTINEK, S. 24; PICHONNAZ, S. 39; vgl. SCHLUEP, S. 802.

34 GUGELMANN, S. 57-58; METZGER-WÜEST, S. 82-84; vgl. MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 5-6.

35 Zur Ergänzungsbedürftigkeit der Theorie siehe MARTINEK, S. 25.

36 Besonders prominent in BGE 74 II 106 E. 1, der «die Ausübung gesetzgebender Gewalt durch den Richter [...] für *den äussersten Notfall*» reserviert [Hervorhebung durch die Autorin].

37 Unter «moderne Vertragstypen» versteht MARTINEK Innominatverträge, die in der Rechts- und Wirtschaftsbranche empirisch-real in Erscheinung treten, wie etwa der Leasing- oder der Franchisingvertrag, siehe MARTINEK, S. 4-5.

38 MARTINEK, S. 29-32.

Begründer selbst konzediert –³⁹ keine klaren Kriterien auf, an welche sich das Gericht orientieren kann.⁴⁰

Es ist an dieser Stelle festzustellen, dass keine der Theorien den hypothetischen Parteiwillen und den damit zusammenhängenden Grundsatz von Treu und Glauben erwähnt, obwohl sie im Rahmen der Vertragsauslegung und -ergänzung stets massgebend sind.⁴¹ So fokussiert sich auch die neuere Literatur vermehrt auf die in diesem Zusammenhang wichtigsten Fragen im Bereich der Innominatverträge, nämlich die Lückenfüllung mittels dispositiven Rechts und die Anwendbarkeit zwingender Bestimmungen.⁴² Der Grund, weshalb die bestehenden besonderen Theorien diese Probleme nicht direkt ansprechen, dürfte darin zu sehen sein, dass man beide ohne Rahmenbedingungen, insbesondere aufgrund der möglichen Einschränkung der Parteiautonomie durch zwingendes Recht, nur schwer konkretisieren kann; deshalb erscheinen weitergehende Theorien zur Qualifizierung und Erfassung des Vertragsganzen beim Innominatkontrakt erforderlich.⁴³

III. Methodenpluralismus und Ausdifferenzierung

Nach Einschätzung der Lehre dienen die erörterten Theorien dem Gericht in seiner Auseinandersetzung mit Innominatverträgen punktuell und einzel-fallbasiert im Sinn eines «Methodenpluralismus» zur Begründung seiner Lösung.⁴⁴ Damit erscheint das sachgerechte Ergebnis für den Einzelfall gewährleistet. Eine solche Vorgehensweise birgt allerdings das Risiko, in einer wenig vorhersehbaren Gerichtspraxis zu resultieren, die der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist.⁴⁵

39 MARTINEK, S. 32.

40 CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N 28.

41 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 13; BUCHER, OR BT, S. 26-27; KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 171; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 6. An diese Parameter orientiert sich denn auch die Lehrmeinung, wonach die Methode der Vertragsergänzung bei Innominatverträgen dieselbe ist wie bei Nominatverträgen, siehe insbes. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 26.25; auch DASSER, N 203 m.w.H.

42 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 31-32; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 20; vgl. CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N 31; PICHONNAZ, S. 27-29; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 26.23-25; TERCIER/BIERI/CARRON, N 320-327.

43 Vgl. BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 14-16.

44 Den Methodenpluralismus legt das Bundesgericht auch hinsichtlich der Rangfolge der traditionellen Auslegungselemente zutage, vgl. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 194 m.w.H.

45 KOLLER ALFRED, N 10.42; TERCIER, S. 54.

Anhand ausgewählter Bundesgerichtsentscheide, die sich mit verschiedenen Spielarten des Innominatkontrakts befassen, ist darzulegen, dass das Bundesgericht nicht erratisch vorgeht, sondern in seinem Methodenpluralismus eine Rationalität zugrunde liegt, nämlich jene des Ausdifferenzierungsprozesses. Durch diesen ermittelt das Gericht regelmässig, welche Vertragstypologie dem fraglichen Innominatvertrag am nächsten ist, und sucht im jeweiligen Vertragstypus die massgeblichen Kriterien zur Heranziehung einer sachgerechten Norm. Dabei wird das Gericht von der sich jeweils stellenden Rechtsfrage geleitet.

A. Erstes Fallbeispiel: Zahnbehandlungsvertrag

In BGE 110 II 375 qualifiziert das Bundesgericht den Zahnbehandlungsvertrag als Innominatvertrag – genauer als gemischten Vertrag.⁴⁶ Die Beurteilung folgt einer Differenzierung zwischen der auftragsrechtlichen und der werkvertragsrechtlichen Natur der medizinischen Behandlung: Während medizinische Eingriffe regelmässig als Auftrag anzusehen sind, lässt sich die Einsetzung einer Zahnbrücke und -krone als Werk qualifizieren. Fraglich ist somit, welches Element für die geschuldete Leistung massgebend ist: das Tätigwerden oder der Erfolg.⁴⁷ Das Bundesgericht führt dabei zur Differenzierung weitere unterscheidende Kriterien auf, insbesondere die Beziehung zwischen den Parteien, die sich als gesteigertes Vertrauensverhältnis auszeichnet.⁴⁸

All diese Kriterien erachtet es dabei als Tatbestandselemente des Auftrags.⁴⁹ So stellt das Bundesgericht sich bei den Vertragstypen einen Rahmen vor, der klare Grenzen aufweist und in den sich der fragliche Vertrag einfügen lässt. Entsprechend ordnet es den Zahnbehandlungsvertrag dem Vertragstypus des Auftrags zu. Auf den ersten Blick erscheint das Bundesgericht die Absorptionstheorie anzuwenden, da es das dominante Vertragsselement der ärztlichen Behandlung als übergeordneten Rahmen für den gesamten Innominatvertrag bewertet.⁵⁰ Das massgebliche Kriterium liegt jedoch tiefer als in der blossen Typologie des Auftrags; der ausschlaggebende Faktor ist die

46 Kurz zuvor ist das Bundesgericht in BGE 109 II 462 von seiner alten Rechtsprechung abgewichen, wonach Innominatverträge über Arbeitsleistungen nicht möglich sind, siehe etwa BGE 98 II 305 und BGE 104 II 110; eingehend hierzu in BSK OR-OSER/WEBER, Art. 394 N 23-24 m.w.H.

47 BGE 110 II 375 E. 1.a (= Pra 1985 Nr. 59).

48 BGE 110 II 375 E. 1.b.

49 BGE 110 II 375 E. 1.b.

50 BGE 110 II 375 E. 2: «*S'insérant dans le cadre des soins à apporter au patient, l'exécution de ces ouvrages est soumise, comme l'ensemble du traitement dont elle fait partie, aux règles du mandat*» [Hervorhebung durch die Autorin].

Eruierung der geschuldeten Leistung als ein *Tätigwerden*. Auf diese Weise schliesst das Bundesgericht von den einzelnen Kriterien auf die Passbarkeit des ganzen Rahmens und zieht für den Zahnbehandlungsvertrag die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht gem. Art. 398 Abs. 2 OR herbei.⁵¹

B. Zweites Fallbeispiel: Hotel-Managementvertrag

Gegenstand von BGE 131 III 528 war ein Hotel-Managementvertrag, durch den eine Partei verpflichtet wurde, ein Hotel in den ihr durch die andere Partei zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten zu verwalten und zu führen. Der Vertrag wurde als Innominatvertrag, genauer als gemischter Vertrag, bezeichnet, da er Elemente des Mietvertrags, der einfachen Gesellschaft, des Auftrags, des Lizenzvertrags und des Pachtvertrags aufweise.⁵² Dem Bundesgericht zufolge sei je nach Gewichtung dieser Vertragselemente die fragliche mietvertragsrechtliche Schutznorm anwendbar oder nicht.⁵³

Dem Entscheid liegt eine längere Entwicklung hinsichtlich der gemischten Verträge zugrunde, wonach die einzelnen vertraglichen Komponenten zwar für sich zu beurteilen, jedoch mit Blick auf gewisse Rechtsfragen, die den gesamten Vertrag beschlagen, gesamtvertraglich zu würdigen sind.⁵⁴ Das Bundesgericht erkennt sodann grundsätzlich diese Vertragstypenelemente, betont indes die Einheit des Vertrages und die Notwendigkeit, die Gesamtsachlage zu prüfen. Schliesslich seien die Vertragsteile nach den Interessen der Parteien zu gewichten.⁵⁵ Das Gericht geht dabei wenig auf die aufgrund der Schutznorm erforderliche Schutzbedürftigkeit ein, sondern fokussiert sich auf die Interessenlage der Parteien hinsichtlich der primären Leistungspflicht, d.h. der Gebrauchsüberlassung. Entsprechend der infrage kommenden Vertragstypen überträgt es die ihnen zugrundeliegenden Wertungskriterien auf den fraglichen Hotel-Managementvertrag und wiegt diese gegeneinander ab. So überprüft das Gericht die Interessengewichtung bezüglich des Zur-Verfügung-Stellens der Räumlichkeiten, der Risiko- und Gefahrtragung der Hotelunternehmung sowie der Fruchtziehung.⁵⁶ Methodisch lässt sich

51 BGE 110 II 375 E. 2. Da dem Patienten der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung gelungen war, haftete der Zahnarzt; anders in BGer, 4A_216/2016, 26. September 2016.

52 BGE 131 III 528 E. 7.1.2 (= Pra 2006 Nr. 43).

53 BGE 131 III 528 E. 7.1.1. Es handelte sich hierbei um Art. 261 OR i.V.m. Art. 290 lit. a OR.

54 Siehe hierzu die Rechtsprechungslinie in BGE 118 II 157 E. 2c [Franchisevertrag]; BGE 110 II 380 E. 2 [Architektenvertrag]; BGE 109 II 462 E. 3d [gemischter Architektenvertrag]; vgl. auch ABEGG, S. 231-237.

55 BGE 131 III 528 E. 7.1.1.

56 BGE 131 III 528 E. 7.2.

das Bundesgericht auch hier in erster Linie von einem Vertragstypus leiten, wobei die dem Vertragstypus zugrundeliegenden Kriterien die ausschlaggebenden Differenzierungspunkte für die Einordnung des Innominatvertrages liefern. Je nach Rechtsfrage werden die herangezogenen Kriterien schliesslich unterschiedlich gewichtet.

C. Drittes Fallbeispiel: Alleinvertriebsvertrag

In BGE 134 III 497 setzte sich das Bundesgericht mit der umstrittenen Frage auseinander, ob eine Kundschaftsentschädigung i.S.v. Art. 418u OR aus dem Agenturvertrag analog auf einen Alleinvertriebsvertrag anwendbar ist.⁵⁷ Die Entscheidung ist auch im Hinblick auf die noch unklare Situation der Anwendbarkeit zwingenden Rechts auf Innominatverträge von grundsätzlicher Bedeutung.⁵⁸

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die ausbleibende Legiferierung durch den Gesetzgeber in dieser Sache kein qualifiziertes Schweigen darstelle und es sich somit um eine echte Gesetzeslücke handle.⁵⁹ Somit sei diese Lücke *per analogiam* zu schliessen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften zum Agenturvertrag sei angebracht, wenn sich die Interessenlage der Abnehmerin bzw. des Abnehmers mit derjenigen der Agentin bzw. des Agenten vergleichen lasse. Um die beiden Situationen zu vergleichen, umreist das Bundesgericht die Typologie des Alleinvertriebsvertrages im Vergleich zur Typologie des Agenturvertrages und arbeitet damit die massgeblichen Differenzierungskriterien heraus. Im Gegenzug zu den zuvor erwähnten Entscheidungen fragt das Bundesgericht nicht nach dem Überwiegen eines Vertragsselementes, sondern sucht direkt im Innominatkontrakt nach einer möglichen Ausprägung einer vergleichbaren Interessenlage, die dem fraglichen Nominatvertragstyp zugrunde liegt.

Entsprechend vergleicht es beide Verträge anhand der herausgearbeiteten Differenzierungskriterien. So sei die Lage im vorliegenden Alleinvertriebsvertrag wirtschaftlich betrachtet ähnlich wie bei Agentinnen und Agenten, da sie trotz rechtlicher Unabhängigkeit nur über begrenzte Autonomie im

57 Der Alleinvertriebsvertrag ist ein Innominatvertrag, der sowohl als Vertrag *sui generis* als auch als gemischter Vertrag qualifiziert wird, siehe BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 29, N 34, N 115.

58 CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N 32-37; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 52a; vgl. BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 32.

59 BGE 134 III 497 E. 4.3 (= Pra 2009 Nr. 19). Dass es sich um eine echte Gesetzeslücke handelt, ist indessen ungenau, da der Gesetzgeber hinsichtlich der Innominatverträge *bewusst* von der Lückenhaftigkeit des Gesetzes ausging, siehe unten IV.B.

Verhältnis zu Lieferantinnen und Lieferanten verfügen.⁶⁰ Das Bundesgericht unterscheidet dabei die Lage der Abnehmerin bzw. des Abnehmers von jener eines «typischen Alleinvertreter[s]», der wie ein «unabhängiger Kaufmann» agiere.⁶¹ Das tragende Kriterium ist somit das der Abhängigkeit, das sich in der Feststellung einer erhöhten Rechenschafts- und Auskunftspflicht erhärtet.⁶²

Die erforderliche Analogiebasis war vorliegend somit gegeben. Die vergleichbare Situation wurde dank der zugrundeliegenden Interessen ersichtlich, die aus der jeweiligen Ausdifferenzierung des Agenturvertrags und des «typischen» Alleinvertriebsvertrag gewonnen wurden.

IV. Mut zur «Lücke» oder Mut zur Methode

Die Suche nach dem anwendbaren Recht erfolgt in erster Linie in einem zweistufigen Prozess, in dem zunächst die Nähe zu verwandten Vertragstypen gesucht wird, um danach die massgeblichen Differenzierungskriterien herauszufiltern, die für die sich stellende Rechtsfrage von Bedeutung sind. Der in diesen drei Bundesgerichtsentscheiden erkennbare Ausdifferenzierungsprozess kann als Leitfaden im Rechtsanwendungsprozess gedeutet werden, da mit seiner Hilfe die jeweilige methodische Ausrichtung, die dem Entscheid zugrunde liegt, erkennbar wird. Diese Orientierung ist im Rahmen der Innominatverträge besonders notwendig, da hier gem. KRAMER das Phänomen der «Doppellücke» besteht: Einerseits sei das Gesetzesrecht «lückenhaft», da es den jeweiligen Innominatvertrag nicht spezifisch normiert, andererseits könne der Vertrag selbst lückenhaft sein, weshalb es überhaupt zur gerichtlichen Entscheidung komme.⁶³ Diese Lücke ist aber im Licht der in Art. 19 OR verankerten Vertrags(typen)freiheit vom Gesetzgeber gewollt, weshalb mit der gesetzlichen «Unvollständigkeit» umgegangen werden muss, insbesondere hinsichtlich der damit gewährten Freiheiten.⁶⁴

Es drängt sich somit die Frage auf, wie die erwähnte Orientierung vor einem methodologischen Hintergrund zu bewerten ist. Hierfür sind die herkömmlichen Theorien zum Innominatvertrag und der festgestellte Ausdifferenzierungsprozess im Licht ausgewählter Methodenkonzepte zu würdigen.

60 BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

61 BGE 134 III 497 E. 4.4.2 [sic!].

62 BGE 134 III 497 E. 4.4.2.

63 KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 171.

64 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 6, N 34, wobei sie von einer Füllung der Lücke nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ausgehen; a.A. CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 42 m.w.H.

Zunächst werden die historischen Wurzeln mithilfe der ihnen zugrundeliegenden klassischen Methodenkonzepte aufgezeigt (A.), sodann wird diese besondere richterliche Tätigkeit am Grundsatz der Rechtsanwendung nach Art. 1 ZGB beleuchtet (B.) und schliesslich ein rechtsvergleichender Blick auf die Dynamik der modernen Innominatverträge geworfen (C.).

A. Im Licht der klassischen Methodenkonzepte

Das Verhältnis von Gerichtsperson und Gesetz bzw. Rechtsanwendung und Rechtsnorm war und ist regelmässig von einer Spannung geprägt. Aus diesem Grund erscheint ein historischer Rückblick gerechtfertigt, um den Kontext der noch heute bestehenden Theorien nachzuvollziehen. In seiner überspitztesten Form prallen die Figur der Gerichtsperson als «Subsumtionsautomat» und die Figur des «Richterkönigs» aufeinander.⁶⁵ Aus diesem Dialog entsprangen sodann die Methodenkonzepte des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts, die zugleich den Nährboden für die Mehrzahl der obengenannten Theorien boten. Die nachfolgende Übersicht ist exemplarisch und die Benennungen dieser Methodenkonzepte entsprechen den gängigen Bezeichnungen, bedürften aber der kritischen Revision.⁶⁶

Als Ausgangspunkt folgt die *Begriffsjurisprudenz*⁶⁷ einer dogmatischen Lösungstechnik, welche die rechtlichen Begriffe klar umschreibt, deren Kern herauschält und einer mathematischen Logik folgend die Rechtsdogmatik lückenlos zu erschliessen erlaubt;⁶⁸ die Absorptionstheorie ist von ihr bestimmt.⁶⁹ Weiter lässt sich bei Schuldverträgen zwischen der Gesetzesauslegung und der Auslegung von Rechtsgeschäften (bzw. Verträgen) differenzieren: Während bei Ersterem, zum Schutz vor subjektiven Ansichten des Gerichts, auf den Wortlaut zu achten ist, soll bei Letzterem davon abgewichen werden, wenn es das «praktische Bedürfnis», die «Interessen des Rechts» oder eine «praktische Angemessenheit» erfordern.⁷⁰ Dieser Ansatz verdeutlicht das klassische Spannungsverhältnis zwischen dynamischen Interessen und scharfen Begriffen.

65 Diese grundlegende Frage «Richterkönig oder Subsumtionsautomat?» dient der anregenden Habilitationsschrift von REGINA OGOREK, Frankfurt am Main 1986, gleich als Titel.

66 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 11 m.w.H.

67 Als prominenteste Vertreter gelten Georg Friedrich Puchta, Bernhard Windscheid und Rudolf von Jhering, wobei Letzterer sich schliesslich kritisch zur Begriffsjurisprudenz äusserte, siehe KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 235-237 (betreffend Jhering), S. 354 (betreffend Puchta), S. 474 (betreffend Windscheid).

68 SEINECKE, N 352.

69 RAISCH, S. 528.

70 SEINECKE, N 410 m.w.H.

Darauf reagiert sodann die *Interessenjurisprudenz*,⁷¹ welche die in der Praxis tatsächlich auftretenden Bedürfnisse und Interessen – sowohl subjektive als auch legislative – in den Fokus stellt. Massgebend für deren Durchsetzung ist die Rechtsprechung, weshalb die Interessenjurisprudenz Leitsätze aufstellt, die das Gericht befolgen soll.⁷² Im Zentrum der Rechtsfortbildung steht hier nämlich die Lückenfüllung.⁷³ Die Kriterien, die das Gericht zur Ergänzung herbeizieht, hat es dabei mit dem «gesamten Wertungsgefüge der positiven Rechtsordnung» abzustimmen.⁷⁴ Hierin grenzt es sich von der *Freirechtsbewegung* ab, die ebenfalls auf die (vermeintlich) starre Begriffsjurisprudenz reagiert, jedoch dem Gericht einen weitergehenden Ermessensspielraum einzuräumen sucht.⁷⁵ Die *Wertungsjurisprudenz* sucht wiederum mit Rückgriff auf den «Geist, die Wertungen und Interessenabwägungen des Normsystems» das richterliche Ermessen weiter zu kanalisieren.⁷⁶ Gemäss dieser Sichtweise sind einzelne Rechtsnormen als Punkte in einem weiteren Koordinatensystem zu verstehen, an dem man sich orientieren kann, das aber nur die Richtung und nicht das Ergebnis vorgibt. In ihrem Zentrum steht die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers unter Berücksichtigung der Steuerungsrolle der Verfassung, womit vermehrt objektiv-teleologische Kriterien einbezogen wurden.⁷⁷

Im Rahmen der Theorien zum Innominatvertrag gilt die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen als «wertungsjurisprudentielle Weiterführung der Kombinationstheorie».⁷⁸ Dies liegt daran, dass die Kombinationstheorie zwar die Wichtigkeit der Bestimmungen des Nominatvertrags-typenrechts als Rechtsschöpfungsquelle hervorhebt, aber der individuellen Interessenlage zu wenig Beachtung schenkt. Sie versucht diese nämlich in einem mathematischen und konstruktiven Verfahren den Rechtsfolgen ihrer Vertragselemente zuzuordnen.⁷⁹ Mit der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen finden die zugrundeliegenden Interessen somit neu

71 Als prominentester Begründer gilt der deutsche Rechtsgelehrte Philipp Heck, siehe KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 195-197.

72 MANEGOLD, N 432.

73 So hat HECK das bis heute bestehende System der Lückenbegriffe entwickelt, siehe HECK, ACP, S. 168-169.

74 HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 109.

75 Geprägt wird diese Bewegung deshalb von der Idee des «Richterkönigs», vgl. oben Fn. 65.

76 NIPPERDEY, S. 141.

77 BYDLINSKI, S. 131-132.

78 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 19.

79 Vgl. WEISS, S. 69.

Beachtung, wobei nach wie vor die genaue Abwägung in der Schwebe bleibt: Die einzelnen Bestimmungen des Nominatvertragsrechts, der Spezialgesetze und des Obligationenrechts allgemein lassen sich grundsätzlich als Punkte in einem Koordinatensystem charakterisieren, denen gewisse Wertungen und Interessenabwägungen innewohnen. Statt «Blumen zu pflücken»,⁸⁰ werden ebendiese im Rahmen des Ausdifferenzierungsprozesses herausgeschält und für den mittelbaren oder unmittelbaren Herbeizug bei einem Innominatvertrag fruchtbar gemacht.

B. Im Licht der richterlichen Rechtsfortbildung nach Art. 1 ZGB

Art. 1 ZGB gibt für die schweizerische Privatrechtsordnung vor,⁸¹ nach welchen Vorgaben das Gericht zu entscheiden hat, wenn es für eine Rechtsfrage die massgebliche Regel sucht. Einerseits gibt er eine Rangfolge der Rechtsquellen an, andererseits enthält die Vorschrift auch *methodische Anweisungen*.⁸² In erster Linie hat sich das Gericht ans Gesetz zu halten (Abs. 1), was dem Innominatvertrag jedoch allein den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts als Fundus dispositiven Rechts eröffnet.⁸³ In zweiter Linie muss das Gericht, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, nach Gewohnheitsrecht entscheiden, und in dritter Linie soll das Gericht *modo legislatoris* eine Regel schaffen (Abs. 2). Die Lehre und Überlieferung – Letzteres bezieht sich auf die Jurisprudenz –⁸⁴ dienen hierbei als Leitlinien. Dass sich für die Innominatverträge die Kreationstheorie herausgebildet hat, macht vor diesem Hintergrund Sinn, stellt aber keine Besonderheit des Innominatvertragsrechts dar; vielmehr sind alle Verträge dem methodischen Grundsatz von Art. 1 ZGB unterworfen.⁸⁵ Die richterliche Rechtsfortbildung verlangt bei Innominatverträgen vom Gericht unter Umständen aber den verstärkten Einbezug beteiligter Akteurinnen und Akteure. Diese verschiedenen Perspektiven

80 Wie dies im Zusammenhang mit der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen gesagt wird, siehe oben II.

81 Wobei ihre analoge Anwendung auf Rechtsgebiete über dem Privatrecht hinaus möglich ist, siehe BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 N 104-105.

82 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 N 1-2 m.w.H.

83 Naturgemäss enthält das Gesetz für Innominatverträge nämlich, abgesehen vom für alle Verträge anwendbaren OR AT, keine Bestimmungen, vgl. nur MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 6-7.

84 Vgl. französische und italienische Fassung des Art. 1 Abs. 3 ZGB: «Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence», «Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli».

85 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 N 88; KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 52-53; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 1 N 45.

erlauben die fundierte Festlegung einer generell-abstrakten Regel für den typischen Innominatvertrag,⁸⁶ wie sie auch die Diskurstheorie vorsieht.

Besonders wichtig für Innominatverträge ist weiter die Frage, ob Normen aus verwandten Vertragstypen als rechtskonforme Mittel zur Sinnermittlung zur Verfügung stehen. Die Analogie stellt dabei das herausragendste Rechtfortbildungsmittel dar.⁸⁷ Fraglich und umstritten war dabei lange, ob die Analogie im Rahmen der Auslegung oder Ergänzung verfährt.⁸⁸ Eine praktische Lösung bieten EMMENEGGER/TSCHEPENSCHER an, indem sie die Analogie gesetzlich zwar der Auslegung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 ZGB zuordnen, in ihr aber methodisch ein Instrument der Lückenfüllung erkennen.⁸⁹ Dazu passt letztendlich die gewählte «offene» Kodifizierungstechnik der Schweiz, bei der die Innominatverträge nicht als echte Gesetzeslücken zu qualifizieren sind, sondern eine bewusste Unvollständigkeit darstellen.⁹⁰ Da die Innominatverträge entweder in ihrer Interessenlage oder inhaltlichen Nähe mit Vertragstypen aus dem Nominatvertragsrecht verwandt sind, knüpft das Gericht zur Orientierung jeweils an sie an, womit regelmässig die pragmatisch differenzierende Vorgehensweise zutage tritt.

Es zeigt sich schliesslich, dass die für den Innominatvertrag postulierten Theorien der analogen Rechtsanwendung und die Kreationstheorie ineinandergreifen, da die analoge Rechtsanwendung auf der ersten Ebene sogleich als Hilfsmittel dient. Erst wenn sie versagt, hat das Gericht weiter das Gesetz mithilfe des Gewohnheitsrechts zu füllen und zuletzt *modo legislatoris* eine eigene Regel aufzustellen. Die Theorie der analogen Rechtsanwendung konkretisiert somit den Analogievorgang für die Innominatverträge im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 ZGB; die Kreationstheorie führt den Vorgang für die Innominatverträge gem. Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB fort.

C. Im Licht der Case-Law-Methodik

Die Offenlegung der eigentlichen Erwägungen im Einzelfall, die auch die nachfolgende Rechtsprechung prägen, kann weiter geschärft werden: Die

86 So kommen etwa die Verkehrssitte oder die Rechtsvergleichung ins Spiel, siehe MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 7-8, ausführlich in BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 1 N 355-416.

87 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHEPENSCHER, Art. 1 N 42, N 380-386; METZGER-WÜEST, S. 84-86.

88 So versteht EUGEN HUBER, der Verfasser des ZGB, die Auslegung einschliesslich der Analogie, siehe HUBER, S. 36-37; KRAMER hingegen ordnet die Analogie zur Gesetzesergänzung, siehe KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 226-228.

89 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHEPENSCHER, Art. 1 N 164.

90 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 6, N 34; vgl. aber BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHEPENSCHER, Art. 1 N 378.

Case-Law-Methodik, wie man sie aus dem Common Law kennt, zeichnet sich zunächst – vereinfacht gesagt – durch ihre Individualität und Einzelfallorientierung aus, indem der zu entscheidende Sachverhalt eine intensive Betrachtung erfährt.⁹¹ Dies manifestiert sich in der Pluralität der Urteilsbegründung; alle Richterinnen und Richter, auch jene, die sich nicht der Mehrheitsmeinung anschliessen, fügen dem eigentlichen Entscheid ihre eigenen Ausführungen und Ergänzungen an.⁹² Dabei gehen die Richterinnen und Richter weniger regelgeleitet vor, sondern suchen pragmatisch die sachgerechteste Lösung.⁹³ Diesen intensiven Betrachtungen kann sodann eine *ratio decidendi* innewohnen, die sich in wiederkehrenden Fällen erhärtet und, im Sinne der *Stare-decisis*-Doktrin sowie im Wege der sog. *analogy*, für vergleichbare Sachverhalte bindend wirkt.⁹⁴ Andernfalls bilden die Gerichte das bestehende Richterrecht schöpferisch fort.⁹⁵

Wiederkehrende Sachverhalte können auch das rechtliche Verständnis unregelter Verträge schärfen. Einige Innominatverträge sind im Rechtsverkehr derart beliebt und durch Lehre, Rechtsprechung und Kautelarjurisprudenz so intensiv erörtert worden, dass sie sich zu einem eigenen im Verkehr anerkannten Typus ausgeprägt haben (sog. verkehrstypische Verträge). Dies gilt zum Beispiel im Bereich der Leasing-, Factoring- und Franchiseverträge.⁹⁶ So kann sich durch die wiederkehrenden Fälle ein Typus – ein «richterliches Vertragstypenrecht»⁹⁷ – erhärten, das gleich einem Präjudiz, wie es aus Case-Law-Systemen bekannt ist, bindend wirken könnte.⁹⁸ Eine klare abschliessende Zuordnung wäre jedoch nur vereinzelt möglich, da nicht bloss den gleich «benannten» Vertragsfällen die präjudizielle Wirkung zukommt,⁹⁹ sondern nur im Rahmen gleichgelagerter Fälle.¹⁰⁰ Dies entspricht auch der im

91 ATIYAH, S. 29-33; MAULTZSCH, N 1326.

92 Vgl. MAULTZSCH, N 1326-1327 m.w.H.; differenzierend ATIYAH/SUMMERS, S. 283-289.

93 Statt vieler ATIYAH, S. 1-42.

94 Grundlegend siehe MAULTZSCH, N 1346-1348; näher bei ATIYAH/SUMMERS, S. 116-120; ATIYAH, S. 26-33; zur Abweichung von Präjudizien mittels *distinguishing* siehe VOGENAUER, S. 1236-1244.

95 Siehe v.a. VOGENAUER, S. 1316; vgl. auch ATIYAH, S. 64-66.

96 BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Ein. vor Art. 184 ff. N 34; SCHLUEP, S. 800, 815-816; mehr den Stellenwert der Praxis hervorhebend, siehe PICHONNAZ, S. 31-32, S. 43.

97 SCHLUEP, S. 800; KRAMER, Innominatverträge, S. 27, S. 31.

98 Vgl. MARTINEK, S. 28; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 631; kritisch hierzu BUCHER, OR BT, S. 26.

99 So etwa beim Franchisevertrag, der wiederum vielgestaltig ausgestaltet werden kann, mit ganz unterschiedlichen Gewichtungen, so etwa beim Partnerschafts- oder Subordinationsfranchising, siehe BGer, 4A_148/2011, 8. September 2011, E. 4.1; vgl. CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 9; TERCIER, S. 54.

100 BUCHER OR BT, S. 27; siehe auch BGer, 4A_148/2011, 8. September 2011, E. 4.1.

schweizerischen Gesetz vorgesehenen richterlichen Rechtsfortbildung, indem Art. 1 Abs. 3 ZGB auch die Relevanz der vorausgehenden Rechtsprechung festschreibt.¹⁰¹ Sie stimmt nicht mit der *Stare-decisis*-Doktrin überein, doch folgt aus der Vorschrift immerhin eine beschränkte richterliche Befolgungspflicht.¹⁰² Über einen langjährigen Rechtsprechungsprozess gewinnen die Innominatverträge demnach doch empirisch an Gestalt und nehmen gewisse normative Konturen an. Für das deutsche Recht gelangt etwa MARTINEK zur Erkenntnis, dass die Frage des anwendbaren Rechts bei Innominatverträgen einem langwierigen Entwicklungsprozess entspricht, an dem Kautelarjurisprudenz, Lehre und Rechtsprechung teilhaben.¹⁰³ Er bekräftigt schliesslich, dass seine Diskurstheorie durch die «pragmatische Vorgehensweise angloamerikanischer Rechtsinstitutionalisierungsprozesse» inspiriert ist und erkennt darin das Aufeinandertreffen «unterschiedlicher Rechtskulturen im Rechtsgebiet der modernen Vertragstypen».¹⁰⁴

Diesen typischen und wiederkehrenden Konstellationen wohnen dieselben rechtlichen Kriterien inne, die im Zuge der beschriebenen Ausdifferenzierung des jeweiligen Sachverhaltes die massgeblichen Argumente für die Anwendung einer Rechtsnorm aus dem Besonderen Teil des Obligationenrechts oder einem Spezialgesetz liefern. Die herkömmlichen Theorien zum Innominatvertrag werden dabei zwar herangezogen, doch geschieht dies bloss sporadisch und implizit. Damit besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit der Case-Law-Methodik, die nicht von Rastern, sondern von spezifischen rechtlichen Sinngehalten ausgeht, die aufgrund ihrer Ähnlichkeit eine kontinuierliche Anwendung erfordern. Die Literatur spricht den englischen Gerichten vereinzelt gar eine Theoriefeindlichkeit zu.¹⁰⁵ So liegt beiden Systemen ein ähnlicher «Pragmatismus» zugrunde.

101 Sie kann als *Indiz* für die Bildung von Gewohnheitsrecht nützen gem. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 N 423; kritisch hierzu KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 250, S. 272-277. MEIER-HAYOZ erachtet die ständige Rechtsprechung, die für gewisse Innominatverträge – z.B. den Trödelvertrag – massgebend ist, als Gewohnheitsrecht, siehe MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 7.

102 BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N 500-502, die zudem in der digitalen Zugänglichkeit der Entscheide eine Stärkung der vorausgehenden Rechtsprechung sehen.

103 MARTINEK, S. 31.

104 MARTINEK, S. 32; näher zu den Unterschieden angloamerikanischer und angelsächsischer Rechtsfindung, siehe ATIYAH/SUMMERS, S. 32-41 m.w.H.

105 ATIYAH, S. 3-8, was jedoch wiederum relativiert werden kann, denn dieser Einzelfallorientierung kann eine implizite Theorie zugesprochen werden, siehe S. 143-184. Genauer zur wachsenden systematischen Behandlung von Rechtsfragen im englischen Case Law siehe MAULTZSCH, N1352-1354; VOGENAUER, S. 1227-1284, S. 1290-1294.

V. Schlussfazit und offene Fragen

Die Frage der Rechtsanwendung bei Innominatverträgen weist weiterhin Besonderheiten auf, die zunächst mithilfe der hierfür entwickelten herkömmlichen Theorien zu lösen versucht wurden, namentlich der Absorptionstheorie, der Kombinationstheorie, der Theorie der analogen Rechtsanwendung, der Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen, der Kreationstheorie und der Diskurstheorie.¹⁰⁶ In ihrer Funktionsweise und praktischen Anwendung unterscheiden sie sich, wobei in der gerichtlichen Praxis die Bestimmungen des Nominatvertragsrechts als Orientierungspunkte massgebend bleiben, während neue Entwicklungen im Rechtsverkehr zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷ Dies drängt sich auch auf, da infolge des bewussten Schweigens des Gesetzgebers den Gerichten die spezielle Rolle zugewiesen ist, neuartige rechtliche Fragen im Rahmen der Innominatverträge selbst zu regeln. Von besonderer Bedeutung, und nach wie vor präzisierungsbedürftig, ist diese gerichtliche Regelungsbefugnis in Bezug auf die Geltung zwingender Normen.

Das Bundesgericht wird dieser Rolle weitgehend gerecht, wobei die methodische Klarheit unterschiedlich beurteilt werden kann und mit Blick auf den erwähnten Methodenpluralismus erschwert wird.¹⁰⁸ Die Analyse der drei beispielhaft gewählten Bundesgerichtsentscheide bestätigt,¹⁰⁹ dass das Gericht die verschiedenen Theorien nach Bedarf anwendet. Dieser Vorgehensweise wohnt jedoch die Suche nach verwandten Vertragstypen, und genauer der einzelnen Bestimmungen und der für sie massgeblichen Kriterien, inne. Diesen Kriterien ist grössere Beachtung zu schenken, da sie die praktischen und methodischen Leitlinien des Bundesgerichts schärfen, während die Theorien auf die allgemeinen, der Rechtstheorie inhärenten Wertungen hinweisen.

Entsprechend lassen sich sowohl die Theorien als auch der Ausdifferenzierungsprozess bekannten Methodenkonzepten zuordnen.¹¹⁰ Die klassi-

106 Siehe oben II.

107 Insbesondere die erhöhte Relevanz von transversalen resp. funktionalen Vertragsverhältnissen – z.B. der Konsumentenvertrag – spielen eine zentrale Rolle bei der gerichtlichen Beurteilung, siehe hierzu BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 6-7; STOFFELS, S. 348-349; auch die rege Nutzung von AGB im Bereich verkehrstypischer Innominatverträge ist zu beachten, insbesondere mit Blick auf die gerichtliche Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, siehe insbesondere CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 6 m.w.H.

108 Siehe oben III.

109 Die weitergehende Untersuchung der schweizerischen Rechtsprechung und ihre Implikationen für eine dynamische Methodologie für die Innominatverträge sind Gegenstand der in Bearbeitung liegenden Dissertation der Autorin.

110 Wobei bei der Frage der Gesetzeslücke im Zuge der Rechtsanalogie weiterhin Unklarheiten bestehen, vgl. oben III.C und IV.B.

schen Methodenkonzepte finden sich in den herkömmlichen Theorien wieder, die in Art. 1 ZGB verankerte richterliche Rechtsfortbildung zäunt die Rechtsfindung weiter ein und der Vergleich mit der Case Law-Methodik ermöglicht einen schärferen Blick auf die Schwierigkeiten, die im Bereich der dynamischen Entwicklung neuer Vertragstypen entstehen.

All die hier angerissenen Phänomene geben weiteren Anlass für Fragen und Diskussionen, insbesondere mit Blick auf Vertrags- bzw. Gesetzesauslegung, Rechtsfortbildung, Gewohnheitsrecht sowie Vertrags- bzw. Gesetzesergänzung und ihr jeweiliges Ineinandergreifen. Ausserdem stellen sie alte Konzepte in Frage: Während die Vertragstypologie traditionell der Ausgangspunkt war, der den ausdifferenzierten Kriterien innewohnte, sind nun umgekehrt die herauskristallisierten Kriterien massgebend. Es scheint, dass diese Kriterien im Grund Gegenstand der Rechtsschöpfung sind und die weitergehende Abwägung der einzelnen Kriterien im spezifischen Sachverhalt schliesslich eine Frage der Eruiierung des hypothetischen Parteiwillens ist. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die traditionell angeführten Theorien zum Innominatvertrag nicht vielmehr «Scheinbegründungen» sind und der Rechtsgeschichte angehören oder ob sie als Theorienetz im Rahmen des Methodenpluralismus relevant bleiben.

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich/Basel/Genf 2004.

ATIIYAH PATRICK SELIM, Pragmatism and Theory in English Law, London 1987.

ATIIYAH PATRICK SELIM / SUMMERS ROBERT SAMUEL, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford 1987.

BUCHER EUGEN

- Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. OR BT).
- Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983, S. 251-383 (zit. ZSR).

BYDLINSKI FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991.

EMMENEGGER SUSAN / TSCHENTSCHER AXEL, Artikel 1 ZGB, in: Hein Hausheer / Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-EMMENEGGER / TSCHENTSCHER, Art. 1 N).

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997.

DASSER FELIX, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000.

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, OR AT. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich 2020.

GRÖSCHLER PETER, § 311 BGB, in: Beate Gsell / Peter Gröschler / Hans Theodor Sorgel / Wolfgang Siebert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 2014 (zit. Soergel-GRÖSCHLER, § 311 BGB N).

GUGELMANN ROBERT, Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Langenthal 1943.

HECK PHILIPP

- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (zit. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz).
- Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 1914, 1-138 (zit. AcP).

HOENIGER HEINRICH

- Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Diss., Freiburg in Breisgau 1906 (zit. Vorstudien).
- Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim/Leipzig 1910 (zit. Die gemischten Verträge).

HUBER EUGEN, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1914.

HUGUENIN CLAIRE / PURTSCHERT TINA, Vorbem. 184 ff. / Innominatkontrakte AT, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorbem. 184 ff. N).

JÄGGI PETER / PETER GAUCH / STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar. Obligationenrecht. Art. 18 OR. Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N).

KLEINHEYER GERN / SCHRÖDER JAN (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Aufl., Tübingen 2017.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2023 (zit. KOLLER ALFRED).

KOLLER THOMAS, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, ZBJV 2006, S. 404-450 (zit. KOLLER THOMAS).

KRAMER ERNST A.

- Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München u.a. 2019 (zit. Juristische Methodenlehre).
- Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft, 2. Aufl., Bern u.a. 1992, S. 23-45 (zit. Innominatverträge).

LOTMAR PHILIPP, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1902.

MANEGOLD JUTTA, Methode und Zivilrecht bei Philipp Heck (1858-1943), in: Joachim Rückert / Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, N 428-492.

MARTINEK MICHAEL, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, München 1991.

- MAULTZSCH FELIX, Grundstrukturen der englischen Case Law-Methodik, in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, N1314-1356.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR
- SJK Nr. 1134, Genf 1954 (zit. SJK 1134).
 - SJK Nr. 1135, Genf 1954 (zit. SJK 1135).
 - Art. 1 ZGB, in: Hans Becker (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, Bern 1962 (zit. BK ZKB-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N).
- METZGER-WÜEST EVA, Zur Form des Liegenschaftsabtretungs- und Verpfändungsvertrages, Diss., Bern 1971.
- MÜLLER-CHEN MARKUS / GIRSBERGER DANIEL / DROESE LORENZ, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2017.
- NIPPERDEY HANS CARL, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Begründet von Ludwig Enneccerus, Bd. 1, 13. Aufl., Marburg 1931.
- PICHONNAZ PASCAL, Les contrats innommés: quelques questions récurrentes, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hrsg.), La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Zürich 2009, S. 21-44.
- RADBRUCH GUSTAV, Einführung in die Rechtswissenschaft, 13. Aufl., Stuttgart 1980.
- RAISCH PETER, BB 23 (1968), S. 526-532.
- SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979.
- SCHREIBER OTTO, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JhrJb 1912, 106-228.
- SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.
- SEINECKE RALF, Methode und Zivilrecht beim «Begriffsjuristen» Jhering (1818-1892), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 352-427.
- STOFFELS MARKUS, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, Tübingen 2001.
- TERCIER PIERRE / BIERI LAURENT / CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016.

- TERCIER PIERRE, Des législateurs innommés, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988.
- THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire Romand, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO-VERFASSER*IN, Art., N).
- VOGENAUER STEFAN, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Tübingen 2001.
- WAGNER GERHARD / ZIMMERMANN REINHARD, Vorwort: Methoden des Privatrechts, AcP 2014, S. 1-6.
- WEISS ROBERT, Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Bern 1947.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE / OSER DAVID (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR-VERFASSER*IN, Art., N).

Nancy Rudolph

Geburt im Vertragsrecht

Der Behandlungsvertrag für die Geburt als Vertrag zugunsten Dritter

I. Einleitung	149
----------------------------	------------

II. Ein Problem – zwei Lösungswege	150
A. Der deutsche Ansatz: Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	150
B. Der Schweizer Ansatz: Der Vertrag zugunsten Dritter	154
1. Die Rechtsbeziehungen zwischen Kind, gebärender und ärztlich behandelnder Person im Vertrag zugunsten Dritter	155
a) <i>Deckungsverhältnis</i>	155
b) <i>Valutaverhältnis</i>	155
c) <i>Vollzugsverhältnis</i>	159
2. Eine Drittbegünstigungsklausel für jemand anderen und für sich	160
3. Behandlungsvertrag als Grundlage zur Klage	163
a) <i>Unechter Vertrag zugunsten Dritter</i>	164
b) <i>Echter Vertrag zugunsten Dritter</i>	165
c) <i>Abwägung: Echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter?</i>	166
C. Fazit: Dasselbe Ziel, zwei unterschiedliche Wege, das gleiche Ergebnis	167

III. Vorteile und Nachteile vertragsrechtlicher und deliktsrechtlicher Ansprüche im Prozess	169
--	------------

IV. Gesamtwürdigung	171
----------------------------------	------------

Literaturverzeichnis	173
-----------------------------------	------------

I. Einleitung¹

Die Schwangerschaft und die Geburt sind heute nach wie vor untrennbar mit dem Körper der gebärenden Person verknüpft.² Die einzigartige physische Verbindung, welche die schwangere Person und das Ungeborene haben, kommt in der menschlichen Anatomie nur bei einer Schwangerschaft oder vergleichsweise bei siamesischen Zwillingen vor. Von grosser Bedeutung ist diese Verbundenheit bei medizinischen Eingriffen, denn jede Behandlung muss unter Abwägung der Gesundheit der schwangeren Person und jener des Kindes stattfinden.

Das Recht, und insbesondere das Vertragsrecht, wird durch diese Verbindung immer wieder vor Herausforderungen gestellt. Eine besondere Fragestellung, der sich dieser Beitrag widmet, ist die Rechtsbeziehung zwischen gebärender Person, Kind und Arzt oder Ärztin, und zwar in der Konstellation der medizinischen Betreuung unter der Geburt. Man stelle sich etwa folgenden Sachverhalt vor:

Eine schwangere Frau schliesst mit einer Ärztin einen Behandlungsvertrag (i.S.v. Art. 392 ff. OR) zur Geburtshilfe ab. Während der Geburt kommt es zu einer Sauerstoffunterversorgung des Kindes (perinatale Asphyxie), die von der Ärztin zu spät bemerkt wird, da diese zu lange von ihrem Handy abgelenkt war, anstatt auf die schlechten CTG-Werte (englische Abkürzung für: Cardiotocography, zu Deutsch: Kardiotokografie) zu achten und darauf zu reagieren. Die Asphyxie führt zu schweren Schäden der Organe des Kindes, unter anderem der Lunge, des Herzes, der Niere sowie zu einer Beeinträchtigung des Nervengewebes. In der Konsequenz muss das Kind ein Leben lang mit körperlichen und geistigen Entwicklungsverzögerungen leben.

Die geschilderte Situation tritt nicht häufig auf, die Folgen davon sind jedoch schwerwiegend: Das Kind wird bei der Geburt aufgrund unsorgfältigen Handelns der behandelnden Ärztin invalid. Es stellt sich die Frage, ob das Kind einen selbständigen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber der Ärztin geltend machen kann. Diesen kann es auf das Deliktsrecht oder das Vertragsrecht abstützen. In diesem Beitrag ist, wie gesagt, Letzteres Gegenstand der Untersuchung. Ein Rechtsvergleich zu Deutschland zeigt dabei, dass die deutsche Rechtsprechung und Lehre den Anspruch des Kindes von der sogenannten

1 Diese Arbeit wurde unterstützt durch den Universitären Forschungsschwerpunkt «Human Reproduction Reloaded» der Universität Zürich.

2 Von einer künstlichen Gebärmutter und damit einer künstlichen Schwangerschaft ausserhalb eines lebenden Körpers, wie man es aus *Aldous Huxley's «Brave New World»* kennt, ist die heutige Forschung noch weit entfernt. Forschenden ist es aber bei Versuchen mit Mäusen und Schafen gelungen, Föten während der Hälfte der jeweiligen Graviditätsdauer in künstlichen Uteri zu züchten. Vgl. PALLINGER.

Schutzwirkung des Behandlungsvertrags zwischen gebärender Person und Arzt bzw. Ärztin gedeckt sieht. Es läge also nach dieser Auffassung ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor.³ Anders in der Schweiz: Hier wird der infrage stehende Behandlungsvertrag von vornherein als ein Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), also zugunsten des Ungeborenen, qualifiziert.⁴ Durch eine genaue Subsumtion des beschriebenen Sachverhalts unter die Voraussetzungen des Art. 112 OR soll in diesem Beitrag gezeigt werden, dass der Vertrag zugunsten Dritter für diese besondere Dreiecksbeziehung eine funktionierende Anspruchsgrundlage ist. Dabei sind jedoch einige Besonderheiten, die der einzigartigen physischen Verbindung der schwangeren Person mit dem Ungeborenem geschuldet sind, nicht zu übersehen. Nach diesem Ländervergleich wird aus schweizerischer Sicht der Vergleich eines vertraglichen gegenüber einem deliktischen Anspruch gezogen. Der Vertragsanspruch genießt grundsätzlich einen besseren Ruf als der Anspruch aus Deliktsrecht, bspw. aufgrund des prozessualen Vorteils der geschädigten Partei (hier das Kind), dass das Verschulden der Gegenseite (hier der Ärztin) nicht bewiesen werden muss.⁵ Da es sich hier jedoch um einen ärztlichen Vertrag handelt, gibt es einige Besonderheiten, die es zu beachten gilt und die den Vorteil eines Vertragsanspruchs relativieren.

Der Fokus des Beitrags liegt ausschliesslich auf der rechtlichen Analyse des Behandlungsfehlers aufgrund eines unsorgfältigen Handelns der Ärztin oder des Arztes *unter der Geburt*, der zur Invalidität und damit zu einem Schaden des Kindes führt. Der Einfachheit halber werden Fragen darüber hinaus, etwa nach der Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen oder Schädigungen infolge fehlerhafter Arzneimittel, technischer Geräte etc., ausgeklammert, ebenso die Frage nach der Genugtuung.

II. Ein Problem – zwei Lösungswege

A. Der deutsche Ansatz: Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wurde in der deutschen Rechtsprechung entwickelt und gibt seither immer wieder Anlass zur Diskussion über eine mögliche Übernahme ins Schweizer Recht. Das Bundesgericht

3 BGHZ 161, 255 = NJW 2005, 888 (890, m.w.H.).

4 BGer, 4C.32/2003, 19. Mai 2003, E. 2.2; BGer, 4A_551/2013, 15. Dezember 2014, E. 8.2; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, N 1162 f.; BK ZGB – AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, N 18 zu Art. 304.

5 BÜCHLER/MICHEL, S. 216.

vermied es aber bislang, die Rechtsfigur anzuwenden. Kritikpunkte sind einerseits, dass es die Rechtsfigur nicht benötige, und andererseits, dass es zu einer Ausuferung des geschützten Personenkreises kommen könnte. Befürwortet wird sie hingegen, wenn es um den – nach geltendem schweizerischem Recht nicht möglichen – Ausgleich von Vermögensschäden aus Delikt geht.⁶

Durch einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird es einer Drittperson ermöglicht, einen ihr entstandenen Schaden geltend zu machen, der aus einem Vertragsverhältnis resultierte, an dem sie jedoch nicht direkt beteiligt war. Ihr kommt also ein (quasivertraglicher) Vertragsanspruch aus fremdem Vertrag zu (neben dem deliktischen Anspruch). Im Unterschied zum Vertrag zugunsten Dritter, welcher der Drittperson einen (eigenständigen) Anspruch auf die vertragliche Leistung gibt,⁷ verfügt die Drittperson allerdings beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nur über einen *Schutzanspruch*.⁸ Auch im Grund für die Entstehung eines Anspruchs aus Vertrag zugunsten und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besteht ein Hauptunterschiedsmerkmal der beiden Rechtsfiguren: Ersterer entsteht primär durch den Parteiwillen, während Letzterer von *Rechts wegen* zustande kommt, und damit auch gegen den Willen der Vertragsparteien als Haftungsgrundlage genutzt werden kann.⁹ Letzteres wurde denn auch an der deutschen Rechtsprechung kritisiert, trotz sonstiger Anerkennung des Ergebnisses.¹⁰ Als Vorteil der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird angesehen, dass sie ein Ungleichgewicht zwischen der vertraglichen und deliktsrechtlichen Ersatzpflicht ausgleicht. Namentlich kann erstens nach § 831 BGB im Deliktsrecht für die Gehilfenhaftung ein Exkulpationsbeweis geführt werden.¹¹ Bei einer vertraglichen Haftung dagegen kann sich der Geschäftsherr nach § 278 BGB nicht für die Vertragsbrechung durch Gehilfen exkulpieren.¹²

6 Vgl. zur Diskussion in Lehre und Rechtsprechung die Übersicht bei BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 23 ff. zu Art. 112; s. auch FOUNTOULAKIS, AJP 2018, S. 97 ff.

7 Vgl. II.B.

8 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 22 f. zu Art. 112.

9 VON GRAFFENRIED, N 246.

10 ECKEBRECHT, S. 426; MüKo BGB – GOTTWALD, N 168 zu § 328.

11 So heisst es in § 831 Abs. 1 BGB: «Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.»

12 § 278 BGB: «Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden [...]»; die gleiche Regelungsform existiert

Zweitens ist es der geschädigten Person möglich, auch Vermögensschäden ersetzt zu bekommen.¹³ Diese zwei Vorteile für die geschädigte Person sowie die Ausdehnung der Haftung in den vorvertraglichen Beweis sind seit 1965 der grosse Nutzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Der restriktive Charakter der deliktischen Gehilfenhaftung und die fehlende Möglichkeit, reine Vermögensschäden geltend zu machen, waren denn auch (unter anderem) Gründe, auf die vertragliche Haftung auszuweichen und für die Entstehung des Rechtsinstituts.¹⁴

Für die infrage stehende Fallkonstellation sieht daher das deutsche Recht das geschädigte Kind vom Schutzbereich des Behandlungsvertrags zwischen der schwangeren Person und dem Arzt bzw. der Ärztin gedeckt.¹⁵ Dabei lassen sich die Ursprünge dieser Zuordnung, also dass das Kind in die Schutzwirkung des Behandlungsvertrags zwischen der schwangeren Person und dem Arzt oder der Ärztin einbezogen wird, bis in die 1970er-Jahre zurückverfolgen.¹⁶ Allerdings gab es zur gleichen Zeit auch noch Stimmen in der Literatur, die den Behandlungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter sahen und nicht (nur) als einen Vertrag mit Schutzwirkung für Drittpersonen.¹⁷ Trotzdem setzte sich die Rechtsprechung mit ihrer Zuordnung durch, sodass auch in der heutigen Lehre beim Behandlungsvertrag für die Geburt nicht von einem Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen wird.¹⁸ Dafür scheinen zwei Gründe massgeblich zu sein:

Anerkannte Rechtsfigur «Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter»: Wie gesehen wurde die deutsche Rechtsprechung mit Einführung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kritisiert. Grund dafür war unter anderem die Rechtsgrundlage, auf welche die Gerichte – nach ihrem Verständnis – die neue Rechtsfigur abstützten: die ergänzende Vertragsauslegung. Die Gerichte entschieden gestützt auf der objektiven Interessenlage, im hypothetischen Parteiwillen statt im ausdrücklichen Parteiverhalten Anknüpfungspunkte für eine Drittschutzpflicht zu suchen.¹⁹ Für die hier infrage stehende Konstellation eines Behandlungsvertrags zwischen einer schwangeren Person und einem Arzt bzw. einer Ärztin ist diese Argumentationslinie sehr passend.

auch im schweizerischen Recht in Art. 55 OR (als Äquivalent zu § 831 BGB) und Art. 101 OR (als Äquivalent zu § 278 BGB). Vgl. auch hinten III.

13 MüKo BGB – GOTTWALD, N 167 zu § 328.

14 HKK BGB – VOGENAUER, N 121 ff. zu §§ 328-335.

15 BGHZ 161, 255 = NJW 2005, 888 (890, m.w.H.).

16 BGH, NJW 1971, 241 (242).

17 WEIMAR, S. 181.

18 Vgl. etwa MüKo BGB – GOTTWALD, N 212 zu § 328; DEUTSCH/SPICKHOFF, N 674.

19 ECKEBRECHT, S. 426.

So dürfte es wohl der gesellschaftlichen Vorstellung entsprechen, dass schwangere Personen immer im Interesse des Ungeborenen handeln, sie also «selbstverständlich» das Ungeborene vom Schutzzumfang des Behandlungsvertrags umfasst sehen möchten,²⁰ womit der hypothetische Parteiwille leicht eruierbar und mehrheitlich unumstritten ist. Beides könnte sich jedoch ändern, sollte die Leihmutterchaft – also das Austragen eines Kindes für ein anderes Paar oder Einzelpersonen – in Deutschland erlaubt werden. In diesem Fall ist es nicht mehr eindeutig, dass die schwangere Person die Interessen des Ungeborenen vor oder zumindest gleich ihren eigenen Interessen stellt.

Der Einfluss der Debatte um «Wrongful Life»²¹ und Deliktsrecht: In einem Entscheid von 1988²² urteilte der Bundesgerichtshof, dass der zwischen Arzt und Frau entstandene Behandlungsvertrag Schutzwirkung für das Kind entfalte. Er verwies dabei auf BGHZ 86, 240, einem Wrongful Life-Fall. Das Gericht verneinte dort einen Anspruch des Kindes aus Vertrag, da der Schwangerschaftsabbruch nur im Interesse der «Mutter» zu gewähren sei, jedoch könne ein «Behandlungsvertrag in andere Richtung sehr wohl Schutzwirkungen für das Kind entfalten». Die fehlende Rechtsfähigkeit des Kindes im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Verhaltens des Schädigers sei dabei kein Hindernis, denn auch im Deliktsrecht sei eine haftungsbegründende Handlung vor Geburt des Geschädigten anerkannt. Für das Vertragsrecht könne nichts anderes gelten.²³ Der Verweis bezog sich auf den Entscheid BGHZ 58, 48, in dem das Gericht urteilte, dass ein Mensch auch dann zivilrechtlichen Schutz habe, wenn die Verletzung seiner Gesundheit im embryonalen Zustand erfolgte, da der Mensch bereits in diesem Entwicklungsstadium Gefahren und biologischen Schädigungen ausgesetzt sei, die zur Verletzung seiner Gesundheit führen können.²⁴ Durch diese Grundlagen urteilte der Senat in einem jüngeren

20 Darauf wird später noch vertieft eingegangen, s. II.B.1.b).

21 Die Wrongful-Life-Klage knüpft an die ungewollte Geburt eines behinderten Kindes an. Das Kind macht in diesem Zusammenhang geltend, dass es unter diesen Umständen nicht hätte existieren wollen; zur umstrittenen Thematik s. BÜCHLER/MICHEL, S. 204 ff.

22 BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538. Im Entscheid ging es um die spontane, unter der Geburt vorgenommene Änderung des zuvor von der Frau und dem Arzt vereinbarten Geburtskonzepts. Aufgrund einer Beckenendlage des Kindes sollte ein Kaiserschnitt stattfinden, die in Vertretung des Arztes handelnde Ärztin entschied jedoch zu einer Vaginalgeburt, ohne erneute Absprache mit der Frau.

23 BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538, 1541.

24 BGHZ 58, 48 = NJW 1972, 1126, 1126 f. Im Entscheid verunfallte eine im sechsten Monat schwangere Frau in einem Krankenwagen, die Schuld lag unbestrittenermassen beim Fahrer des Krankenwagens. Drei Monate später wurde das Kind mit einem Gehirnschaden und daraus folgenden spastischen Lähmungen geboren. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Unfall und dem Gesundheitsschaden des Kindes wurde vom Senat bejaht.

Entscheid, dass – da ein Schadenersatzanspruch des Kindes bei Verletzung im Mutterleib gefestigte Rechtsprechung sei – auch bei einer Schädigung unter der Geburt das Kind in den Schutzzumfang des Behandlungsvertrags zwischen gebärender Person und Arzt bzw. Ärztin einbezogen sei.²⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dem *durch die Geburt* gesundheitsgeschädigten Kind einen quasi «gesetzlichen» Vertragsanspruch auf Schadenersatz gewährt. Insbesondere die subjektiven Interessen der gebärenden Person, also die theoretisch vorstellbare Situation, dass die gebärende Person das Kind nicht vom Schutzzumfang des Behandlungsvertrags umfasst sehen wollte, spielen nach deutschem Recht keine Rolle.²⁶

B. Der Schweizer Ansatz: Der Vertrag zugunsten Dritter

Im Gegensatz zum deutschen Recht verwendet das Schweizer Recht bislang den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht.²⁷ Stattdessen befürwortet es den Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR).

Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigener Vertragstypus; alle schuldrechtlichen Verträge können zugunsten einer Drittperson geschlossen werden.²⁸ Dabei verfolgt die Figur des Vertrags zugunsten Dritter den ökonomischen Zweck, die Leistungswege zu verkürzen: Die Leistung kann ohne Umwege über den Gläubiger direkt an die Drittperson erfolgen.²⁹ Dieses Rechtsverhältnis zwischen Drittperson und Promittent (Schuldner), das kein Vertragsverhältnis darstellt, wird in der Terminologie als *Vollzugsverhältnis* bezeichnet. Ein Vertrag liegt stattdessen zwischen Promissar (Gläubiger) und Promittent im sog. *Deckungsverhältnis* vor. Schliesslich ist das Rechtsverhältnis zwischen Promissar und Drittperson das sog. *Valutaverhältnis*.³⁰ Auch dieses kann in der Form eines Vertrags bestehen, darüber hinaus ist aber auch an einzelne Obligationen oder gesetzliche Verhältnisse zu denken.³¹

25 BGHZ 161, 255 = NJW 2005, 888, 890. Im Entscheid ging es um die Haftung eines Geburtshauses nach einer fehlerhaften Geburtshilfe, die zur schweren körperlichen und geistigen Behinderung des Kindes beitrug.

26 Dazu hinten II.C.

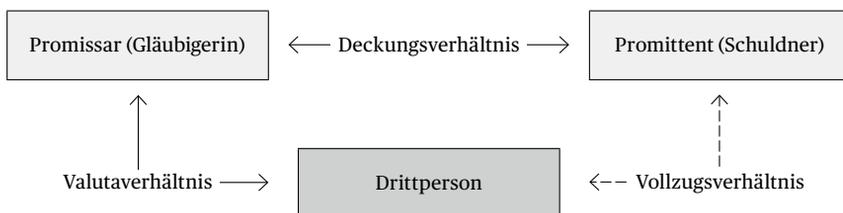
27 Vgl. II.A.

28 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 1 zu Art. 112.

29 BK OR – WEBER/VON GRAFFENRIED, N 17 zu Art. 112.

30 VON GRAFFENRIED, N 201 ff.

31 KRAUSKOPF, N 21; VON GRAFFENRIED, N 202.



Analysiert man die Rechtsverhältnisse zwischen (ungeborenem) Kind, gebärender und ärztlich behandelnder Person genauer, lassen sich insbesondere im Valuta- und im Vollzugsverhältnis zwei interessante Beobachtungen machen, die auf die besondere Konstellation der Schwangerschaft und Geburt zurückzuführen sind. Anhand des eingangs beschriebenen Falls erfolgt nachfolgend eine solche Analyse.

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen Kind, gebärender und ärztlich behandelnder Person im Vertrag zugunsten Dritter

a) Deckungsverhältnis

Das Deckungsverhältnis bildet den eigentlichen Vertrag zugunsten der Drittperson.³² Eine gebärende Person hat i.d.R. vor der Geburt einen Vertrag (i.S.v. Art. 394 ff. OR) mit einer Ärztin oder einem Arzt abgeschlossen, der, je nachdem, wo die Geburt stattfinden soll, ein Behandlungsvertrag, ein Spitalaufnahmevertrag oder auch ein gespaltener Spitalaufnahmevertrag sein kann.³³ In unserem Fall ist ein Behandlungsvertrag zwischen der Frau und der Ärztin gegeben. Es ergeben sich keine weiteren Besonderheiten.

b) Valutaverhältnis

Anderes gilt im Rechtsverhältnis zwischen Kind und gebärender Person: Das zwischen ihnen bestehende Valutaverhältnis ist die materielle Rechtfertigung dafür, dass das Ungeborene die Zuwendung der schwangeren Person erhalten darf. Da eine Rechtszuwendung nicht grundlos vorgenommen wird, ist von einem Rechtsgrund des Promissars – in diesem Fall der gebärenden Person – für diese Zuwendung auszugehen. Die Causa des Valutaverhältnisses kann dabei, wie bereits erwähnt, vielfältig sein.³⁴

32 VON GRAFFENRIED, N 201.

33 MANNSDORFER, HAVE 2003, S. 113; vgl. auch MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, Fn. 867, wonach auch die Geschäftsführung ohne Auftrag bei Bewusstlosigkeit der schwangeren Person infrage käme.

34 KRAUSKOPF, N 1593 ff.

Um herauszufinden, welche *Causa* in unserem Fall vorliegt, ist die Situation am besten retrospektiv zu betrachten: Die Ärztin kommt unter und nach der Geburt ihrer ärztlichen Behandlungsverpflichtung nicht nur gegenüber der Frau, sondern auch gegenüber dem Kind nach. Die an das Kind erfolgte ärztliche Tätigkeit wird durch die Frau (bzw. ihre Krankenversicherung) bezahlt. Die Zuwendung der Frau besteht also in der Bezahlung dieser medizinischen Leistung in Form von Krankenkassenzahlungen und darüber hinausgehender Behandlungskosten für das Kind. Zu diesen Zahlungen ist die Frau aus zwei Gründen verpflichtet: einerseits aufgrund der ihr zukommenden *Unterhaltspflicht* gegenüber dem Kind nach Art. 276 Abs. 1 ZGB, die bei der Frau mit der Geburt des Kindes automatisch begründet wird (Art. 252 Abs. 1 ZGB).³⁵ Diese Unterhaltsverpflichtung umfasst insbesondere auch ärztliche Leistungen bzw. Prävention und Krankenversicherung.³⁶ Zweitens gilt für eben Letztere in der Schweiz ein *Obligatorium*: Jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz muss krankenversichert sein, was bedeutet, dass Neugeborene bis drei Monate nach ihrer Geburt von den gesetzlich Vertretenden (hier der Frau) versichert werden müssen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KVG).

Die *Causa* des Valutaverhältnisses gründet also – selbst wenn die gebärende Person aus subjektiver Sicht diese Zuwendung möchte – auf einer *gesetzlichen Verpflichtung*. Dies bedeutet, dass die gebärenden Personen aus objektiven Gründen im Valutaverhältnis immer eine Zuwendung an das Kind leisten müssen. Das Valutaverhältnis ist damit in unserer Fallkonstellation aus rechtlich-theoretischer Sicht unproblematisch. Dass die gebärenden Personen – vorausgesetzt, sie gebären in einem Krankenhaus und ihre Identität ist folglich bestimmbar – somit nach der Geburt auch gegen ihren Willen in die Pflicht genommen werden können (vgl. Art. 290 Abs. 1 ZGB), erscheint dagegen auf den ersten Blick als problematisch und stossend. Verbildlicht man sich jedoch die konkrete Situation, so ist es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht der Fall, dass die gebärende Person die *Verpflichtung* zur Übernahme der ärztlichen Kosten bzw. Krankenkassenkosten für das Kind ablehnt, gleichzeitig aber die elterliche Sorgspflicht annimmt.³⁷

35 Gebärfähige Männer werden nach schweizerischem Recht folglich als «Mutter» gesehen und begründen durch die Geburt ein rechtliches Verhältnis (mütterlicherseits) zum Kind.

36 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529, 571; BSK ZGB I – FOUNTOLAKIS, N 20 zu Art. 276.

37 Der Fall ist abzugrenzen von der Situation, dass gesetzliche Vertreter einmalig eine Arztrechnung (aus welchen Gründen auch immer) nicht begleichen möchten, was sehr gut vorkommen kann. Hier ist vielmehr der Fall gemeint, dass die gebärende Person *generell* und *nie* eine ärztliche Rechnung für das Kind begleichen möchte, sie also die Pflicht zur Übernahme von medizinisch indizierten Kosten ablehnt, gleichzeitig aber bereit ist, andere Pflichten im Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht wahrzunehmen.

Exkurs: Unter diesen Vorzeichen soll hier kurz auf BGer 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003 eingegangen werden. In diesem Fall klagten die Eltern einer schwer invaliden Tochter gegen den Arzt, der bei deren Geburt unterstützend tätig war. Sie warfen dem Arzt vor, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Tochter seien auf die Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht des Arztes während der Geburt zurückzuführen. Entsprechend verlangten die Eltern Genugtuung gestützt auf eine Vertragsverletzung. Das Ehepaar erhielt in erster Instanz recht. In zweiter Instanz wurde die Klage der Ehefrau geschützt, jene des Ehemannes aber abgewiesen. Vor Bundesgericht argumentierte der beklagte Arzt schliesslich, der Vertrag zwischen der werdenden Mutter und dem Geburtshelfer sei kein Vertrag zugunsten Dritter, sondern ein Vertrag mit Schutzwirkung für das Kind. Grund für diese Annahme sei, dass das Kind bei Vertragsschluss noch ungeboren und folglich nicht bzw. bedingt rechtsfähig sei. Des Weiteren begeben sich primär die werdende Mutter in Behandlung und verfolge dabei nicht ausschliesslich die Interessen des Kindes. Das Bundesgericht ging nicht auf diese Argumente ein und stützte vielmehr das Ergebnis der Vorinstanz. Dabei argumentierte es insbesondere mit dem Inhalt des Vertrages zwischen Mutter und Arzt. Der Vertrag «habe die Betreuung und Behandlung der Klägerin während der Geburt ihres Kindes zum Gegenstand gehabt und sei auf die Wahrung der Gesundheit von Mutter und Kind gerichtet gewesen». Weiter heisst es: «Es geht ihr [der Mutter, Anm. der Verf.] regelmässig nicht nur um die Wahrung ihrer eigenen Gesundheit, sondern auch darum, ein gesundes Kind zu haben.» Somit schliesse eine Mutter den Behandlungsvertrag mit einem Arzt nie nur für sich selbst, sondern immer auch für das Kind mit ab.³⁸

Diese Argumentation mit der Frage des Inhalts des Behandlungsvertrags ist nach der hier vertretenen Ansicht überflüssig. Die gebärende Person unterliegt, wie oben dargelegt, einer gesetzlichen Pflicht, für ärztliche Leistungen an das Kind aufzukommen.³⁹ Daran ändert der subjektive Parteiwille (eben gerade)⁴⁰ nichts. Weshalb das Bundesgericht nicht den einfachen und sicheren Weg über die Unterhaltsverpflichtung der Eltern und insbesondere der gebärenden Person ging und stattdessen verallgemeinernde Ausführungen über das Interesse der Frau⁴¹ als Argument bevorzugte, bleibt fragwürdig: Selbst wenn derartige Pauschalisierungen durch Relativierungen, wie «in der

38 BGer, 4C.32/2003, 19. Mai 2003, E. 2.1.

39 Sowohl Art. 3 KVG wie auch Art. 276 ZGB umschlossen im Urteilsjahr 2003 denselben Inhalt wie heute. Daran änderte auch die seit 2017 in Kraft stehende Änderung des Art. 276 ZGB nichts, vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529, 571.

40 Vgl. II.C.

41 Vgl. BGer, 4C.32/2003, 19. Mai 2003, das Ende von Erwägung E. 2.1.

Regel» oder «regelmässig» bekleidet werden (so auch in besagtem Entscheid), suggerieren sie gleichwohl ein verallgemeinerndes Bild der gebärenden Person, nämlich das einer primär um das Wohl ihres Kindes besorgten Frau und Mutter.⁴² Vergleichbarer Argumente, die sich als eine Wertung über «die Mutter» lesen, bediente sich das Bundesgericht auch in der früheren Rechtsprechung.⁴³ Sie haben den Vorteil, dass sie – weil gesellschaftlich anerkannt – ohne die Erwägung von Gegenpositionen auszukommen scheinen. Kaum jemand wird wohl behaupten, dass es tatsächlich Frauen gibt, denen es beim Behandlungsvertrag für die Geburt nicht primär um ihr Kind, sondern (auch) um ihre eigene Gesundheit geht. Dabei ist die sogenannte Tokophobie, also die Angst vor der Geburt, ein vermehrt in den Fokus der Wissenschaft rückendes Gesundheitsthema.⁴⁴ Studien dazu wurden bereits Anfang der 2000er-Jahre durchgeführt⁴⁵ (also auch bereits in der Zeit, in der BGer 4C.32/2003 gefällt wurde). Diese wissenschaftlich belegten Fakten wurden jedoch mit einer – als Argument verkleideten – Wertung über «die Mutter» überfahren und traditionelle Vorstellungen idealisierter Mutter- und Frauenbilder auch für die Zukunft festgeschrieben. Das Bundesgericht, und Gerichte generell, dürfen nicht den Anspruch aufgeben, keine Bemühung zu scheuen, nach objektiv belegbaren Argumenten für ihre Entscheidungspraxis zu suchen, und dürfen sich nicht damit zufrieden geben, sich auf herkömmliche Ansichten und eigene Erfahrungen in pseudowissenschaftlicher Weise zu stützen. In den Worten von BÜHLER/CLAUSEN: Die Rechtsanwendung darf sich «nicht von gesellschaftlicher Akzeptanz und zu durchsetzbarem Normverhalten erkörenen Erwartungshaltungen an werdende Mütter leiten lassen».⁴⁶

42 EMMENEGGER ordnet die Alltagsbeobachtung, dass eine gute Mutter nicht zwischen ihrem Wohl und dem Wohl ihres Kindes unterscheidet, zu den traditionellen Mutterqualitäten ein, vgl. EMMENEGGER, S. 111 Fn. 361.

43 Siehe BGE 109 II 193, in dem es um die Zuteilung der Kinder nach einer Scheidung ging, E. 2: «Nach wie vor sind kleinere Kinder für ihre seelische, geistige und körperliche Entwicklung vorab auf die Fürsorge, Herzenswärme und Liebe ihrer Mutter angewiesen. Es ist zudem in aller Regel ja auch immer wieder die Mutter, die bereit ist, auf vollen beruflichen Einsatz und entsprechendes Fortkommen zu verzichten, um die Obhut über die ihr anvertrauten Kinder so weit als möglich persönlich ausüben zu können.»

44 Vgl. JOMEEN/MARTIN/JONES/MARSHALL/AYERS/BURT/FRODSHAM/HORSCH/MIDWINTER/O'CONNELL/SHAKESPEARE/SHEEN/THOMSON, deren Fazit lautet: «Significant gaps remain within the FoC/tokophobia knowledge base. Further research is necessary» (S. 2).

45 Vgl. MELENDER: So zeigten 78% der 329 befragten Frauen Angst in Bezug auf Schwangerschaft, Geburt oder beides. Eine der am häufigsten genannten Ängste war die Angst vor Schmerz bei der Geburt, die Angst vor langen Geburten oder die Angst, unter der Geburt in Panik zu verfallen, S. 101 und 105.

46 BÜHLER/CLAUSEN, S. 674.

c) Vollzugsverhältnis

Betrachten wir zuletzt das Vollzugsverhältnis, in unserem Fall das Verhältnis zwischen der Ärztin und dem Kind. Dem Promittent kommt hier – neben seiner Verpflichtung im Deckungsverhältnis gegenüber dem Promissar – die Verpflichtung zur Leistung an die Drittperson zu.⁴⁷ Betrachten wir zunächst wie zuvor die konkrete Situation, wie das Kind im Vollzugsverhältnis die Leistung von der Ärztin erhält.

Unter der Geburt können verschiedenste Situationen auftreten, die ein Eingreifen der Ärztin erfordern. Im Eingangsfall hätte die Ärztin auf die schlechten CTG-Werte des Kindes reagieren müssen. Eine derartige Behandlung trifft dann naturgemäss immer die gebärende Person und das Kind.⁴⁸ Zur Verdeutlichung das Beispiel eines «Sternegucker»-Kindes: Bei einer normalen Geburt liegt der Kopf des Kindes in der vorderen Hinterhauptslage, d.h., die Nase des Kindes richtet sich zum Darmausgang der gebärenden Person, der Hinterkopf wird zuerst geboren. Bei der «Sternegucker»-Position befindet sich der Kopf hingegen in der hinteren statt der vorderen Hinterhauptslage. Die Nase des Kindes richtet sich zum Bauch der gebärenden Person nach oben, es schaut «in die Sterne», mit der Folge, dass es meist zu einer länger andauernden Geburt kommt. Als Massnahme kann, wenn das Kind den Stress toleriert, abgewartet werden, in der Hoffnung, dass sich das Kind von selbst in die korrekte Position dreht. Des Weiteren kann die gebärende Person umgelagert werden, um die Beugung des kindlichen Kopfes zu begünstigen. Wehenfördernde Medikamente können bei nachlassender Wehentätigkeit verabreicht werden. Reicht die Kraft der gebärenden Person oder die Toleranz des Kindes schlussendlich nicht aus, wird ein Kaiserschnitt vorgenommen. Je nachdem, wie tief der Kopf des Kindes bereits im Becken der Mutter liegt, können auch eine Saugglocke oder eine Zange zum Herausziehen des Kindes verwendet werden.⁴⁹

Das Beispiel des «Sternegucker»-Kindes zeigt deutlich: Alle Therapie-schritte treffen notwendigerweise immer sowohl die gebärende Person als auch das Kind. Durch die besondere biologische Gegebenheit der physischen Verbindung ist es generell unmöglich, in irgendeiner Form Einfluss auf das Kind oder die schwangere/gebärende Person zu nehmen und ohne «die andere Seite» unbetroffen zu lassen. Bei Behandlungen unter der Geburt findet daher ein stetiges Abwägen zwischen den Bedürfnissen dieser beiden Personen

47 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 9 zu Art. 122.

48 Ebenso: MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, N 1174.

49 GÄTJE et al., S. 466 f.

statt: Wie viel kann man der gebärenden Person zumuten, ohne ihre Gesundheit oder körperliche Integrität zu gefährden? Wie viel dem Kind? Es ist gerade in diesen Situationen unmöglich, zwischen einer Leistung an die gebärende Person und derjenigen an das Kind zu unterscheiden. Damit ist der Kern des Dilemmas umrissen: Die Leistung des Arztes bzw. der Ärztin erfolgt de facto gleichzeitig an Kind und gebärende Person. MANNSDORFER schreibt dazu, ein Vertrag zwischen der Ärztin und der schwangeren Person sei deshalb «als ‹reiner› Vertrag zugunsten Dritter kaum denkbar [...], weil (fast) jede medizinische Behandlung des *nasciturus* einen gleichzeitigen Eingriff in die körperliche Integrität der Schwangeren bedeutet». ⁵⁰ Der «reine» Vertrag zugunsten Dritter scheitert in unserer Fallkonstellation, weil im Vollzugsverhältnis nicht nur an die Drittperson, sondern gleichzeitig auch an den Promissar geleistet wird. Die Betreuung von Kind und Schwangerer unter der Geburt unterscheidet sich damit wesentlich zu der in der Literatur immer wieder angegebenen Konstellation des Behandlungsvertrags zugunsten des unmündigen Kindes, der als klassischer Fall des Art. 112 OR genannt wird: ⁵¹ Schliessen Eltern einen Behandlungsvertrag für ihr erkranktes Kind mit einem Arzt oder einer Ärztin ab, so erfolgt die Leistung ausschliesslich an das Kind. Diese Situation mit der hier skizzierten Fallkonstellation gleichzustellen, wird den besonderen Herausforderungen der Letzteren offensichtlich nicht gerecht.

Es soll damit nicht ausgeschlossen werden, dass ein Behandlungsvertrag zugunsten des Ungeborenen für die bevorstehende Geburt unmöglich ist; ⁵² dieser Sonderfall ist aber von der generellen Frage aufgrund der doppelten Behandlung von Kind und gebärender Person zu unterscheiden, ob ein Behandlungsvertrag, den die gebärende Person für sich und damit automatisch auch für das Kind abschliesst, ausreicht. Im Kern müsste dies heissen, dass die Drittbegünstigungsklausel so konstruiert werden kann, dass sie sowohl Promissar als auch Drittperson abdeckt.

2. Eine Drittbegünstigungsklausel für jemand anderen und für sich

Die Drittbegünstigungsklausel ist die Verpflichtung des Promittenten zur Leistung an eine Drittperson. Verknüpft man sie mit einem «gewöhnlichen» Schuldvertrag, entsteht der Vertrag zugunsten Dritter. ⁵³

50 MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, N 1174; ebenso: VON GERLACH, S. 150; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 665.

51 BSK ORI – ZELLWEGE-GUTKNECHT, N 12 zu Art. 112; KRAUSKOPF, N 76 ff.; BGE 116 II 519 E. 2a; offengelassen, aber als möglich betrachtet: VON GRAFFENRIED, N 222 ff.

52 Vgl. MANNSDORFER, HAVE 2003, S. 113.

53 KRAUSKOPF, N 169.

Die Drittbegünstigungsklausel kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Je nachdem unterscheidet man in der Literatur deshalb den selbständigen vom unselbständigen Vertrag zugunsten Dritter. Dabei sind die verwandten Definitionen nicht einheitlich: KRAUSKOPF sieht im selbständigen Vertrag zugunsten Dritter, dass «die Gesamtheit der Leistungen des Promittenten – mindestens aber die Hauptleistung [...] – dem Dritten erbracht» werden.⁵⁴ Nach VON GRAFFENRIED, die diese Definition als zu unpräzise rügt, umfasst der selbständige Vertrag zugunsten Dritter auch «die Gesamtheit der Leistungen oder wenigstens die für den Vertrag charakteristische Hauptleistung zugunsten eines Dritten».⁵⁵ Sie verweist auf das Beispiel von Kaufverträgen, die Zahlungsklauseln zugunsten Dritter enthalten: Sollte der Kaufpreis nicht an die Verkäuferin, sondern an eine Drittperson geleistet werden, so gehe eine Hauptleistungspflicht zwar an diese, allerdings handele es sich dabei nicht um die charakteristische Hauptleistungspflicht eines Kaufvertrages. Aus diesem Grund ordnet VON GRAFFENRIED dieses Beispiel unter die unselbständigen Verträge zugunsten Dritter ein.⁵⁶ Entsprechend fasst VON GRAFFENRIED die unselbständigen Verträge zugunsten Dritter wie folgt: Es handele sich um Verträge, bei denen lediglich «ein sonstiger Bestandteil des Vertrages zugunsten Dritter ausgestaltet» sei.⁵⁷ Insoweit besteht Einigkeit mit KRAUSKOPF, der einen unselbständigen Vertrag zugunsten Dritter dann als gegeben sieht, «wenn die Drittbegünstigungsklausel [...] lediglich untergeordneter Bestandteil eines umfassenden Vertragsverhältnisses ist».⁵⁸ Als Beispiele dafür nennt sie Architektenklauseln in Grundstückkaufverträgen, Haftungs- bzw. Drittschutz- oder Drittschadensersatzabreden sowie – wie gesehen – Zahlungsklauseln zugunsten Dritter.⁵⁹ Es ist VON GRAFFENRIEDS Argumentation zuzustimmen. Liegt eine Hauptleistung vor, lässt ihr Argument der charakteristischen Hauptleistung Raum für eine Interpretation über die erfolgte Hauptleistung und fragt, ob diese allenfalls nur untergeordneter Bestandteil des Vertragsverhältnisses ist. Damit wird eine präzisere Einordnung in die Kategorie selbständiger versus unselbständiger Vertrag zugunsten Dritter möglich.⁶⁰

54 KRAUSKOPF, N 51.

55 VON GRAFFENRIED, N 210 f.

56 VON GRAFFENRIED, Fn. 466 und 469.

57 VON GRAFFENRIED, N 211.

58 KRAUSKOPF, N 53.

59 BKOR – WEBER/VON GRAFFENRIED, N 10 zu Art. 112.

60 Im Beispiel des Kaufvertrags mit Zahlungsklauseln zugunsten Dritter soll ja gerade nicht der Kaufgegenstand an die Drittperson gehen, sondern lediglich der Kaufpreis, der (zumindest) einen Teil der Hauptleistung ausmacht. Im Vergleich zum Kaufgegenstand bildet er jedoch nicht die *charakteristische* Hauptleistung eines Kaufvertrages – sie

Wie sieht es nun mit der Drittbegünstigungsklausel in der Fallkonstellation hier aus? Umfasst diese die charakteristische Hauptleistung des Behandlungsvertrages und liegt somit ein selbständiger Vertrag zugunsten des Kindes vor? Oder könnte man argumentieren, dass es sich bei den Leistungen an das Kind um einen sonstigen Bestandteil des Behandlungsvertrags handelt und damit ein unselbständiger Vertrag zugunsten einer Drittperson vorliegt? Es muss zunächst also die Frage beantwortet werden, was die charakteristische Hauptleistung im Behandlungsvertrag ist. Für Nominatverträge führt das Gesetz im Obligationenrecht i.d.R. die vertraglichen Hauptpflichten auf.⁶¹ Der Behandlungsvertrag stellt einen Auftrag i.S.v. Art. 394 OR dar.⁶² Dieser besagt, dass sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet, «die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen». Dabei kann es sich um Tätigkeiten aller Art handeln, eben auch, sich ärztlich behandeln zu lassen. Was jedoch genau Vertragsinhalt ist, bestimmt sich nach dem Parteiwillen und dem von den Parteien verfolgten Sinn und Zweck des Auftrags.⁶³ In BGer 4C.32/2003 und BGer 4A_551/2013 sah das Bundesgericht in den Drittbegünstigungsklauseln für das Kind nicht eine untergeordnete Leistung. So heisst es in BGer 4C.32/2003, der infrage stehende Vertrag «habe die Betreuung und Behandlung der Klägerin während der Geburt ihres Kindes zum Gegenstand gehabt und sei auf die Wahrung der Gesundheit von Mutter und Kind gerichtet gewesen».⁶⁴ Die Rechtsprechung in BGer 4A_551/2013 stützt diese Argumentation: Der Vertrag über die notwendige medizinische Versorgung einer Wöchnerin betreffe Schutz und Gesundheit von Mutter und Kind.⁶⁵

Es entscheidet also der Parteiwille, ob ein selbständiger oder unselbständiger Vertrag zugunsten Dritter vorliegt. Für die ärztliche Seite ist dazu ein Attribut vorgängig festzuhalten: Der Arzt oder die Ärztin ist, mit Ausnahme von Notfällen,⁶⁶ aufgrund der Ausgestaltung der Arzt-Patientin-Beziehung im Privatrechtsverhältnis nicht zu einer Behandlung verpflichtet (vgl. Art. 40

wird vielmehr durch den Kaufgegenstand definiert. Nicht umsonst spricht man auch vom Grundstückskauf, Autokauf etc. Trotz des Vorliegens einer Hauptleistung an die Drittperson ist also in diesem Fall nach der Definition von VON GRAFFENRIED dennoch von einem unselbständigen Vertrag zugunsten Dritter auszugehen. Ein weiteres Beispiel, das diese Argumentation unterstreicht, sind die bereits erwähnten Architektenklauseln, vgl. VON GRAFFENRIED, Fn. 469.

61 HUGUENIN, N 98.

62 BÜCHLER/MICHEL, S. 82.

63 HUGUENIN, N 3223.

64 BGer, 4C.32/2003, 19. Mai 2003, E. 2.1.

65 BGer, 4A_551/2013, 15. Dezember 2014, E. 8.2.

66 Ein Notfall bzw. eine Notsituation kann ein medizinischer Notfall einer Person oder ein grösseres Ereignis, wie ein Unfall oder eine Naturkatastrophe, sein, SHK MedBG – ETTER, N 44 zu Art. 40.

lit. g MedBG). Stattdessen kann er bzw. sie frei wählen, wen er bzw. sie behandeln möchte und wen nicht.⁶⁷ Schliesst ein Arzt oder eine Ärztin einen Behandlungsvertrag mit einer schwangeren Person ab, so kann man sich fragen, ob nicht vonseiten des Arztes bzw. der Ärztin damit implizit auch immer der Wille gegeben ist, einen Vertrag auch zugunsten des Kindes abzuschliessen. Schliesslich ist es jedem Arzt und jeder Ärztin bewusst, dass sie schlussendlich nicht einen, sondern zwei Menschen behandeln werden. Wollte die Ärztin das Kind nicht behandeln, bspw. aufgrund von Überlastung oder mangelnder fachlicher Kompetenz, würde sie den Vertrag von vornherein gar nicht abschliessen. Damit ist klar: Es kann in der Fallkonstellation hier erstens nur ein selbständiger Vertrag zugunsten Dritter vorliegen. Zweitens ist die Behandlung von gebärender Person und Kind die charakteristische Hauptleistung des Vertrags.

Auch wenn es für die Rechtsfolge keine Rolle spielt, ob ein selbständiger oder unselbständiger Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, so wird aus der Argumentation eines ersichtlich: Es gibt keinen dogmatischen Grund zu sagen, dass die Drittbegünstigungsklausel ausschliesslich die Leistung an die Drittperson umfasse, ohne dass gleichzeitig auch die Leistung an den Promissar erfolgt. Zugegeben: Es gibt wohl kaum einen anderen Sachverhalt, in dem diese Konstellation vorkommt. Damit ist dieser gemischte Vertrag zugunsten Dritter etwas Besonderes. Doch schlussendlich liegt es in den Händen der Parteien, wie sie die Drittbegünstigungsklausel gestalten wollen. Dem Grundsatz der Parteiautonomie folgend, sind hier keine Argumente ersichtlich, die dagegen sprechen.

3. Behandlungsvertrag als Grundlage zur Klage

Nachdem also festgestellt ist, dass es zwar Besonderheiten in der Fallkonstellation von Mutter und Kind gibt, diese aber nicht einer erfolgreichen Subsumtion unter den Vertrag zugunsten Dritter entgegenstehen, ist noch die Frage zu klären, ob es sich beim Behandlungsvertrag für die Geburt um einen echten (Art. 112 Abs. 2 OR) oder unechten (Art. 112 Abs. 1 OR) Vertrag zugunsten Dritter handelt. Je nach Einordnung ergeben sich verschiedene Rechtsfolgen, insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit für das geschädigte Kind, eine eigenständige Klage auf Schadenersatz zu erheben. Ein Argument für das Vorliegen eines echten Vertrags zugunsten Dritter, nämlich die gesetzliche Pflicht der gebärenden Person zur Übernahme der Kosten der medizinischen Behandlung für das Kind, haben wir vorne bereits gesehen.⁶⁸ Trotzdem wird ergänzend dazu eine präzise Prüfung vorgenommen.

67 BÜCHLER/MICHEL, S. 82.

68 S. II.B.1.b).

a) Unechter Vertrag zugunsten Dritter

Beim sogenannten unechten Vertrag zugunsten Dritter nimmt die Drittperson die Rechtsstellung der Leistungsempfängerin ein. Im Vollzugsverhältnis entsteht eine bloße Naturalobligation. Der Promissar ist also berechtigt, die Erfüllung an die Drittperson zu verlangen, während die Drittperson nur die Leistung empfangen darf, gleichzeitig hat der Promissar aber auch das alleinige Recht, jederzeit die Drittbegünstigung formlos zu widerrufen und stattdessen die Leistung an sich selbst zu fordern.⁶⁹ Aufgrund der meist untrennbaren, gleichzeitigen Leistung an gebärende Person und Kind wäre ein (möglicher) Widerruf der Drittbegünstigung nutzlos. Die Leistung an die gebärende Person würde nach wie vor auch das Kind treffen. Letzteres hat denn aber auch als Drittperson die Möglichkeit, die Leistung des Promittenten anzunehmen oder abzulehnen,⁷⁰ wobei dies die Handlungsfähigkeit der Drittperson voraussetzt.⁷¹ Die Subsumtion dieser letzten Voraussetzungen unter unsere Fallkonstellation kann hier erspart werden (von den weiteren Rechtsfragen wie Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und der Ausübung von höchstpersönlichen Rechten von Ungeborenen oder Neugeborenen ganz zu schweigen) – es ist augenscheinlich, dass ein unter der Geburt stehendes Kind oder aber ein Neugeborenes nicht in der Lage ist, die ärztliche Leistung abzulehnen. Ihm dieses Recht zuzusprechen ist somit de facto sinnfrei.

Geht man davon aus, dass in unserem Fall die Frau und die Ärztin einen Behandlungsvertrag zugunsten des Ungeborenen abgeschlossen haben, und zwar einen unechten nach Art. 112 Abs. 1 OR, so ergibt sich eine weitere Problematik: Möchte die Frau den Schaden nicht einklagen und tritt sie diesen Schadenersatzanspruch auch nicht an das Kind ab, so hat das Kind keine Möglichkeit, gegen die Ärztin vorzugehen. KOLLER sieht in dieser unvollständigen Regelung des Abs. 1 einen unfairen Vorteil für die Schuldnerin, die davon profitiert, dass die Gläubigerin den Drittschaden nicht liquidiert. Und dies, obwohl die Schuldnerin von Anfang an wusste, dass die Leistung an die Drittperson bestimmt war.⁷² Man kann argumentieren, dass bei der Fallkonstellation hier die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass die gebärende Person den Schaden für das Kind einklagen würde, um dem finanziellen Mehraufwand, den die Betreuung eines gesundheitsgeschädigten Kindes mit sich bringt und den die gesetzlichen Vertreter im Rahmen von Art. 276 ZGB auch tragen müssen,

69 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 13 f. zu Art. 112.

70 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 13 zu Art. 112.

71 KRAUSKOPF, N 272.

72 KOLLER, S. 1494.

gerecht zu werden. Doch was wäre, wenn es sich bei der gebärenden Person nicht um einen rechtlichen Elternteil des Kindes handelte? Bspw. nach einer Adoption oder – zwar in der Schweiz noch nicht zulässig, aber für die Zukunft denkbar – nach einer Leihmutterchaft? Es lässt sich festhalten, dass der fehlende selbständige Klageanspruch für das gesundheitsgeschädigte Kind wahrscheinlich ein Nachteil ist.

b) Echter Vertrag zugunsten Dritter

Das Problem einer fehlenden Möglichkeit zur Klage gibt es beim echten Vertrag zugunsten Dritter nicht. Die Drittperson erlangt hierbei ein eigenständiges Forderungsrecht, womit es sich von Beginn an um eine vollkommene Obligation handelt.⁷³ Aus diesem leitet die Lehre die Möglichkeit ab, auch alle Schadenersatzansprüche selbständig geltend machen zu können.⁷⁴ Dem Neugeborenen, aufgrund seiner Urteils- und Handlungsunfähigkeit (Art. 16, 18 ZGB), fehlt jedoch die Prozessfähigkeit (Art. 67 ZPO). Es steht unter der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern nach Art. 304 ZGB, womit es auch ihnen zukommt, die gesetzlichen Fristen für eine Klageerhebung im Haftpflichtprozess zu wahren. Gemäss Art. 128a OR gilt bei Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung eines Menschen eine relative Frist von drei Jahren ab dem Tag gerechnet, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangte. Das Kind kann also nicht zuwarten, bis es die Prozessfähigkeit erreicht, um seinen Anspruch selbständig geltend zu machen. Es sind die gesetzlichen Vertreter, welche den Schadenersatzanspruch gegenüber der Ärztin oder des Arztes geltend machen. Damit ist genau genommen die gleiche Situation wie bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter gegeben. Der Vorteil beim echten Vertrag zugunsten Dritter besteht jedoch darin, dass das Kind *theoretisch* einen eigenständigen Anspruch hat, der losgelöst von den Interessen des Promissars, sprich der gebärenden Person, ist.

Auch beim echten Vertrag zugunsten Dritter kann der Promissar, vorbehaltlich eines Widerrufs nach Art. 112 Abs. 3 OR, nur die Leistung an die Drittperson, nicht an sich selbst fordern.⁷⁵ Läge ein Widerruf des Promissars vor, so gelten dieselben Überlegungen wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter.⁷⁶ Problematisch ist: Der Widerruf kann gem. Abs. 3 so lange erfolgen, bis die Drittperson erklärt hat, von ihrem «Rechte Gebrauch machen zu wollen», ausgenommen, die Parteien haben von vornherein das Widerrufsrecht

73 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 8 f. zu Art. 122.

74 KRAUSKOPF, N 1546; BK OR – WEBER/VON GRAFFENRIED, N 119 zu Art. 112.

75 BK OR – WEBER/VON GRAFFENRIED, N 15 zu Art. 112.

76 S. II.B.3.a).

ausgeschlossen, da es sich bei Abs. 3 um dispositives Recht handelt.⁷⁷ Hier ergibt sich erneut eine fallbedingte Besonderheit: Das Ungeborene kann selbstverständlich nicht selbst die Unentziehbarkeit seiner Begünstigung bewirken.⁷⁸ Einerseits, weil es eben ungeboren ist, und andererseits, weil es deshalb auch nicht gesetzlich vertreten werden kann. Art. 304 ZGB ist Ausfluss der elterlichen Sorge nach Art. 296 ZGB.⁷⁹ Diese entsteht erst mit der Geburt des Kindes (vgl. Art. 298a Abs. 5 ZGB).⁸⁰ Da allerdings die Leistung an das Kind unter der Geburt erfolgen soll, das Kind jedoch bis dahin ungeboren und unvertretbar ist, könnte theoretisch der Vertrag zu seinen Gunsten jederzeit – wenn nicht vertraglich ausgeschlossen – widerrufen werden. Damit liegt faktisch die gleiche Situation wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter vor und der gesetzliche Schutz von Art. 112 Abs. 3 greift in unserer Fallkonstellation für die Drittperson, sprich das Kind, nicht. Es dürfte praktisch kaum vorkommen, dass die gebärende Person beim echten oder unechten Vertrag zugunsten Dritter widerruft, dennoch besteht hier in der Theorie ein gesetzlicher Nachteil für das Kind.

Sind sich die Parteien jedoch über die selbständige Klagemöglichkeit des Kindes einig, so könnte das invalide Kind in unserer Fallkonstellation seinen Schadenersatzanspruch aus dem Behandlungsvertrag geltend machen.

c) Abwägung: Echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter?

Der Parteiwille der Vertragsparteien entscheidet darüber, ob die Drittperson nur empfangsermächtigt oder auch ein eigenständiges Forderungsrecht hat. Die Drittperson wird sich dabei regelmässig eher für Letzteres interessieren.⁸¹ Tatsächlich ergeben sich für die Fallkonstellation hier Besonderheiten, welche die Vorteile des echten Vertrags zugunsten Dritter relativieren und stattdessen die Grenze zum unechten Vertrag zugunsten Dritter faktisch verschwimmen lassen. Dies einmal deshalb, da es den gesetzlichen Vertretern zukommt, den beim Kind entstandenen Schaden einzuklagen, sei es, weil es einen selbständigen Anspruch aus Art. 112 Abs. 2 OR hat, oder sei es, weil eine der Vertreterinnen selbst Promissar war und einen Anspruch aus Art. 112 Abs. 1 OR geltend machen kann. Darüber hinaus besteht zwar bei Art. 112 Abs. 2 OR die Möglichkeit, dass die Drittperson mit «Vertragseintritt» einen Widerruf des Promissars

77 VON GRAFFENRIED, N 320; BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 18 zu Art. 112.

78 Vgl. BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 18 zu Art. 112.

79 BSK ZGB I – SCHWENZER/COTTIER, N 1 zu Art. 304.

80 BSK ZGB I – FOUNTOULAKIS, N 2 zu Art. 277; BGE 137 III 586 E. 2.1; BSK ZGB I – SCHWENZER/COTTIER, N 11 zu Art. 296.

81 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 9 zu Art. 112.

verunmöglicht, gleichzeitig ist es einem Ungeborenen aber nicht möglich, in den Genuss dieses gesetzlichen Vorteils zu kommen.

Trotz dieses Hakens überwiegt der Vorzug des echten Vertrags zugunsten Dritter gegenüber dem unechten, dass dem Kind (theoretisch) ein eigenständiger Anspruch zukommt. Entscheidend, ob dieser vorliegt, ist aber wie erwähnt der Parteiwille. Lässt sich dieser nicht eruieren, wird zur Auslegung der Vertrag, dessen Wortlaut und das Verhalten der Beteiligten nach Vertragsabschluss herangezogen.⁸² Ferner ist auf die Übung und den Vertragszweck abzustellen sowie auf die Beziehungsnähe der Drittperson zum Leistungsinhalt.⁸³ Diese kann bspw. zeitlich,⁸⁴ aber auch persönlich sein, wie im Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 18. April 1989 geurteilt wurde. Im Fall buchte K.K. für sich und seine Familienmitglieder eine Reise mit Hotelunterkunft. Nachdem die ganze Familie an einer Salmonelleninfektion erkrankt war, klagten sie auf Schadenersatz und Genugtuung. Das Obergericht bejahte ein eigenes Forderungsrecht der übrigen Familienmitglieder gestützt auf Art. 112 Abs. 2 OR, «da der erlittene Nachteil sie direkt und sehr persönlich traf». Es dürfe unterstellt werden, dass ein selbständiges Forderungsrecht dem Parteiwillen entspreche.⁸⁵ Ein abgeschlossener Behandlungsvertrag für die Geburt betrifft naturgemäss das Ungeborene direkt. Eine Vertragsverletzung, die im Schaden des Kindes resultiert, betrifft dieses selbstverständlich direkt und persönlich. Es gibt wohl kaum eine andere Konstellation, in der die Drittperson so nah zum Leistungsinhalt steht, wie es beim Behandlungsvertrag für die Geburt der Fall ist. Im Zweifel über den Parteiwillen darf also von einem echten Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen werden.

C. Fazit: Dasselbe Ziel, zwei unterschiedliche Wege, das gleiche Ergebnis

Sowohl im deutschen als auch im Schweizer Recht verfolgen die Lehre und Rechtsprechung ein Ziel: Das durch die Geburt geschädigte Kind soll möglichst einen eigenen vertraglichen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber der verantwortlichen Person haben. Während das deutsche Recht mit dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dem Kind einen quasigesetzlichen Schutzanspruch gibt, eine Rechtsfigur, über deren Einführung in der Schweiz immer

82 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 9 zu Art. 112.

83 BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 10 f. zu Art. 112.

84 Vgl. BGE 68 II 36 S. 38 f.

85 Basler juristische Mitteilungen, Urteil des Obergerichts vom 18. April 1989 in Sachen K. K. und Kons. gegen A. AG (BL), BJM 1990, S. 133-141, S. 133 und 139.

wieder diskutiert wurde, ergibt eine gründliche Subsumtion des infrage stehenden Sachverhalts unter Art. 112 OR, dass der Schweizer Weg über den Vertrag zugunsten Dritter ebenso funktioniert. Allerdings zeigen sich für Letzteren gerade im Valuta- und Vollzugsverhältnis Besonderheiten. So ist festzuhalten, dass die gebärende Person aufgrund der ihr zukommenden Unterhaltspflicht für die beim Kind anfallenden medizinischen Kosten aufkommen muss und damit eine gesetzliche Verpflichtung den Vertrag zugunsten Dritter begründet. Ob es sich dabei um einen echten oder unechten Vertrag zugunsten Dritter handelt, ist vom Parteiwillen abhängig. Dabei verschwimmen jedoch die Grenzen zwischen Art. 112 Abs. 1 und Abs. 2 OR, da das handlungs- und urteilsunfähige Neugeborene aufgrund der kurzen Frist von Art. 128a OR seinen Anspruch nur mit einer Vertretung durch die gebärende Person bzw. durch seine gesetzlichen Vertreter geltend machen kann. Lässt sich der Parteiwille nicht eindeutig bestimmen, so ist aber aufgrund der Nähe des Kindes zur erfolgten Leistung von einem echten Vertrag zugunsten Dritter auszugehen. Im Ergebnis könnte dem Kind also auch nach Schweizer Recht ein eigenständiger Klageanspruch zukommen.

Eine besondere Fallkonstellation, welche die unterschiedlichen Rechtswege und ihre Eigenheiten besonders verdeutlicht, ist das Vorliegen von gegensätzlichen Interessen von gebärender Person und Kind. Es ist bspw. denkbar, dass die (urteilsfähige) gebärende Person nicht in die Sectio einwilligt, die jedoch notwendig wäre, um gesundheitliche Schäden beim Kind zu vermeiden. Weder nach deutschem noch nach Schweizer Recht dürfen die Ärztinnen und Ärzte ohne Einwilligung der gebärenden Person die Sectio vornehmen.⁸⁶ Nach deutschem Recht entfällt in diesem Fall der vertragliche Anspruch des Kindes gegen den Arzt bzw. die Ärztin: Aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat die Drittperson keinen Leistungsanspruch, er schützt stattdessen vor den Folgen der Schlechterfüllung der Hauptleistungspflicht.⁸⁷ Diese ist – zumindest aus der Sicht der Vertragsparteien – aber gerade nicht gegeben. Dem Kind bliebe in einem solchen Fall nur ein möglicher (deliktsrechtlicher) Anspruch gegenüber der gebärenden Person.⁸⁸ Nach Schweizer Recht wäre die Situation komplizierter: Angenommen die Parteien haben sich vorab auf einen Vertrag *zugunsten* (nach Wortlaut des Art. 112 Abs. 1 OR)

86 Für das Schweizer Recht s. BÜCHLER/MICHEL, S. 64f., ebenso BÜCHLER, S. 120; für das deutsche Recht vgl. § 630d Abs. 1 BGB: «Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen.»

87 MüKo BGB – GOTTWALD, N 170 und 182 zu § 328.

88 S. zur Thematik: MÜRMAN FRANZISKA, Der zivilrechtliche Schutz des ungeborenen Kindes vor seiner Mutter, Diss. Osnabrück, Göttingen 2021.

der Drittperson geeinigt: Wie gesehen ist es nicht hinderlich, wenn die Leistung gleichzeitig an die Promissarin und an die Drittperson erfolgt;⁸⁹ doch wie ist es, wenn sie eben gar nicht an die Drittperson geschieht? In der infrage stehenden Fallkonstellation wäre es sinnfrei, im Nachhinein die Leistung einzuklagen. Stattdessen kann nur der entstandene Schaden auf vertraglicher Grundlage geltend gemacht werden. Dafür müssten aber eine Vertragsverletzung und eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Arztes vorliegen,⁹⁰ – vorausgesetzt, der Vertrag wäre in «dieser» Form, d.h. eine Sectio gegen den Willen der Frau und nur im Interesse des Kindes, überhaupt gültig. Art. 19 und Art. 20 OR legen die Schranken der Vertragsfreiheit fest. Danach ist der Vertragsinhalt nichtig, wenn er gegen das Persönlichkeitsrecht verstösst (Art. 19 Abs. 2 OR) und einen widerrechtlichen Inhalt aufweist (Art. 20 Abs. 1 OR). Nach hier vertretener Auffassung wäre beides gegeben: Ersteres aufgrund des Verstosses gegen die körperliche Integrität der gebärenden Person,⁹¹ Letzteres aufgrund des Verstosses gegen den in der Schweizer Rechtsordnung zentralen Grundsatz des *informed consent*, wonach medizinische Eingriffe zwingend von der betroffenen Person gerechtfertigt werden müssen.⁹² Es bliebe dem Kind aufgrund des ungültigen Vertrags zu seinen Gunsten wie im deutschen Recht somit nur der Weg über den deliktsrechtlichen Anspruch gegen die gebärende Person.

III. Vorteile und Nachteile vertragsrechtlicher und deliktsrechtlicher Ansprüche im Prozess

Nach den Ausführungen zum schweizerischen und deutschen Vertragsrecht als Haftungsgrundlage abschliessend noch eine Bemerkung zum Deliktsrecht als zweite Säule der klassischen Haftpflichtlehre. Es kann nicht bestritten werden, dass sich die gesamte Diskussion – Vertrag zugunsten Dritter oder Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als vertragliche Haftungsgrundlage – grundsätzlich vor der Annahme abspielte, dass aufgrund von prozesualen Vorteilen die vertragsrechtlichen Regelungen jenen des Deliktsrechts

89 S. II.B.1.c) f.

90 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 7 N 9 und 19; s. dazu noch genauer III.

91 BSK OR I – MEISE/HUGUENIN, N 44 zu Art. 19/20; BK OR – KRAMER, N 212 zu Art. 19/20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 660a.

92 BÜCHLER, S. 120; BÜCHLER/MICHEL, S. 64 f.; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 8 N 73 ff.; gegenteilige Meinungen vgl. die Übersicht bei BÜCHLER, Fn. 433, zur strafrechtlichen Wertung dieser Handlung ebenfalls BÜCHLER, S. 121.

vorgezogen werden. Damit drängt sich die Frage nach der tatsächlichen Berechtigung dieses Vermeidens einer deliktsrechtlichen Haftung um jeden Preis auf.

So kann festgehalten werden, dass mit dem revidierten, seit 2020 in Kraft stehenden Verjährungsrecht und seinen neuen Verjährungsfristen für Ansprüche aus Deliktsrecht die Verfahren BGer 4C.32/2003 und BGer 4A_551/2013 wohl einen anderen Verlauf genommen hätten: In beiden Entscheiden ging es insbesondere um die Frage der Verjährung der Ansprüche. So war in beiden Fällen die Einordnung des Anspruchs der klagenden Parteien unter die zehnjährige Verjährungsfrist des Vertragsrechts (Art. 127 aOR) entscheidend, da sie nur so überhaupt noch ihren Anspruch geltend machen konnten.⁹³ Mit den seit 2020 in Kraft getretenen Verjährungsregelungen wurde der Unterschied zwischen den Verjährungen von vertrags- und deliktsrechtlichen Ansprüchen weitgehend eliminiert. So ist insbesondere die einheitliche Verjährungsregelung für Schadenersatz bei Tötung oder Körperverletzung hervorzuheben: Sowohl in Art. 60 Abs. 1^{bis} als auch in Art. 128a OR gelten die gleichen relativen Fristen von drei sowie die absolute Fristen von zwanzig Jahren. Für die hier diskutierte Fallkonstellation besteht der verjährungsrechtliche Vorteil aus Vertragsrecht damit nicht mehr. Im Gegenteil, es könnte sogar – angenommen, der Arzt oder die Ärztin mache sich bei ihrem schädigenden Verhalten strafbar – eine längere strafrechtliche Verfolgungsverjährung gemäss Art. 60 Abs. 2 OR zur Anwendung kommen. Das Deliktsrecht bietet also seit den 2020 neu in Kraft getretenen Verjährungsfristen einen gleichwertigen oder sogar besseren Schutz, um Schadenersatz bei Körperverletzungen geltend zu machen.

Als weiterer Vorteil einer schadenersatzrechtlichen Klage aus vertraglichem Anspruch wird die Vermutung des Verschuldens gesehen. Allerdings muss dafür die Vertragsverletzung – neben Schadenseintritt und natürlichem Kausalzusammenhang – erwiesen sein (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR).⁹⁴ Im Rahmen des ärztlichen Haftungsrechts ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass die Beweislastumkehr zugunsten der klagenden Partei in der Regel wirkungslos sein wird.⁹⁵ Der Grund liegt im quasikongruenten Inhalt der Voraussetzungen für einen delikts- und einen vertragsrechtlichen Haftungsanspruch: Der Massstab zur Beurteilung des ärztlichen Verhaltens bei der Vertragsverletzung (Voraussetzung für vertraglichen Haftpflichtanspruch) als auch beim Verschulden (Voraussetzung für deliktischen

93 BGer, 4C.32/2003, 19. Mai 2003, E. 2.1; BGer, 4A_551/2013, 15. Dezember 2014, E. 8.1f.

94 BÜCHLER/MICHEL, S. 216.

95 GATTIKER, S. 649.

Haftpflichtanspruch) ist annähernd identisch.⁹⁶ Für einen vertragsrechtlichen Anspruch ist der Beweis einer Vertragsverletzung notwendig, die im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags dann gegeben ist, wenn gegen die vertraglich geschuldete und nach dem Berufsstand gebotene Sorgfalt verstossen wird.⁹⁷ Muss die Patientin hingegen bei einem deliktsrechtlichen Anspruch auf Verschuldensebene den Behandlungsfehler des Arztes nachweisen, so begründet sie gleichzeitig auch eine Sorgfaltsverletzung.⁹⁸ Im Ergebnis gilt damit im ärztlichen Vertragsrecht ein dem deliktischen Verschuldensmassstab entsprechender Sorgfaltsmassstab, sodass der sonst bestehende Vorteil der Beweislastumkehr praktisch nicht ins Gewicht fällt.

Es zeigt sich also nachfolgende Erkenntnis: Die dem vertragsrechtlichen Anspruch zugeschriebenen Vorteile der günstigeren Verjährungsregelung und Beweislastverteilung bestehen dank des neuen Verjährungsrechts und aufgrund der speziellen Situation im ärztlichen Haftpflichtrecht nicht bzw. eher nicht. Das Vertragsrecht besticht schlussendlich nur in einem für die Haftung von Ärztinnen und Ärzten wichtigen Punkt: die striktere Haftung für Hilfspersonen. Nach Art. 101 OR hat der Geschäftsherr (hier die Ärztin/der Arzt) keine Möglichkeit, sich für das Fehlverhalten der Hilfsperson (bspw. eine Hebamme) zu exkulpieren. Im Deliktsrecht kann dagegen nach Art. 55 OR der Geschäftsherr einen Entlastungsbeweis erbringen.⁹⁹

IV. Gesamtwürdigung

Das Verhältnis zwischen schwangerer Person und Kind stellt das Recht und auch das Vertragsrecht vor Herausforderungen. Die deutsche und die Schweizer Rechtsprechung sehen das unter der Geburt geschädigte Kind vom Behandlungsvertrag zwischen gebärender Person und Ärztin geschützt und leiten daraus einen Anspruch auf Schadenersatz gegen sie ab. Dabei nimmt das deutsche Recht den Weg über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, während das Schweizer Recht den Behandlungsvertrag als einen Vertrag zugunsten Dritter sieht. Beide Wege führen schlussendlich zum gleichen Ergebnis: Das Kind, bzw. dessen gesetzlicher Vertreter, kann einen Anspruch gegen die Ärztin geltend machen. Es zeigt sich jedoch, dass der Schweizer Weg dabei etwas komplizierter verläuft und mehr Fragen mit sich bringt als der

96 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 7 N 109.

97 BSK OR I – WIEGAND, N 43 zu Art. 97.

98 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 7 N 109.

99 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3074; ebenso im deutschen Recht, vgl. II.A.

deutsche: So ist im Verhältnis gebärende Person und Kind festzuhalten, dass Erstere eine gesetzliche Verpflichtung hat, die medizinischen Kosten für das Kind zu übernehmen. Im Verhältnis zwischen Arzt und Kind besteht die Besonderheit, dass die Leistung immer Kind *und* gebärende Person trifft, was jedoch einer Einordnung des Behandlungsvertrags unter den Vertrag zugunsten Dritter nicht im Wege steht. Es ist allein der Parteiwille entscheidend, wie die Drittbegünstigungsklausel ausgestaltet wird. Dabei dürfte es der Realität entsprechen, dass die Ärztinnen und Ärzte sich stets für eine Behandlung von schwangeren Person *und* Kind entscheiden und damit eigentlich – zumindest aus ärztlicher Sicht – immer ein Vertrag zugunsten Dritter entsteht. Schliesslich ist zu fragen, ob ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt. Hier sind die Grenzen in der Realität verschwommen: Es liegt in der Verantwortung der gesetzlichen Vertreter – meist ist die gebärende Person als Promissar selbst darunter –, den Schadenersatz einzuklagen. In der Theorie bietet jedoch nur der echte Vertrag zugunsten Dritter dem Kind einen selbständigen Anspruch. Dieser ist bei unklarem Parteiwillen aufgrund der Nähe des Kindes zur Leistung auch zu vermuten.

Die Komplexität des Schweizer Wegs verdeutlicht sich auch bei gegenläufigen Interessen von gebärender Person und Kind: Nach deutschem Recht ist einzig relevant, ob die Hauptleistung aus Parteiensicht schlecht erfüllt wurde. Ist dies zu verneinen, wie es bei der Ablehnung einer Sectio der Fall ist, kann das Kind aus zivilrechtlicher Sicht lediglich einen deliktischen Anspruch geltend machen. Nach Schweizer Recht dagegen muss eine Vertragsverletzung stattgefunden haben, um einen vertraglichen Anspruch zu haben. Verstösst der Vertragsinhalt jedoch gegen Art. 19/20 OR, was nach hier vertretener Ansicht bei einer erzwungenen Sectio der Fall ist, ist die vertragsrechtliche Grundlage für einen Schadenersatzanspruch nicht gegeben. Auch hier bleibt dem Kind somit nur der zivilrechtliche Weg über das Deliktsrecht.

Zum Schluss ist zu bemerken, dass die neuen Fristen im Schweizer Deliktsrecht den Vorteil gegenüber dem vertraglichen Anspruch entwerten, ebenso die im Rahmen des ärztlichen Haftungsrechts geltenden Besonderheit, dass die Beweislastumkehr zugunsten der klagenden Partei in der Regel wirkungslos sein wird. Es bleibt einzig die vorteilhaftere Haftungsregelung für Hilfspersonen im Vertragsrecht, der gerade im medizinischen Haftungsrecht eine grosse Bedeutung zukommt. Die Mühen, dem gesundheitsgeschädigten Kind weiterhin einen vertragsrechtlichen Anspruch zukommen zu lassen, und sei es in der Schweiz mit dem vielleicht etwas verschlungenen Weg über den Vertrag zugunsten Dritter, sind in der Tendenz also nach wie vor berechtigt.

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E. / FELLMANN WALTER / GÄCHTER THOMAS / RÜTSCHÉ BERNHARD / TAG BRIGITTE, *Arztrecht*, Bern 2016.
- AFFOLTER-FRINGELI KURT / VOGEL URS, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB; Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB; Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB*, Bern 2016 (zit. BK ZGB – AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, N... zu Art. ...).
- BÜCHLER ANDREA, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens*, Basel 2017.
- BÜCHLER ANDREA / CLAUSEN SANDRO, *Pränataler Kindesschutz, (K)eine Lösung bei vorgeburtlichen Gefährdungslagen?*, *FamPra III* 2018, S. 652-676.
- BÜCHLER ANDREA / MICHEL MARGOT, *Medizin Mensch Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich 2020.
- DEUTSCH ERWIN / SPICKHOFF ANDREAS, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 7. Aufl., Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2014.
- ECKEBRECHT MARC, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform*, *MDR VIII* 2002, S. 425-428.
- EMMENEGGER SUSAN, *Feministische Kritik des Vertragsrechts, Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht*, Diss. Freiburg, Freiburg 1999.
- ETTER BORIS, *Stämpflis Handkommentar, Medizinalberufegesetz: Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (MedBG), Art. 40*, Bern 2006 (zit. SHK MedBG – ETTER, N... zu Art. 40).
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA
- Art. 276 ZGB und Art. 277 ZGB, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I – FOUNTOULAKIS, N... zu Art. ...).
 - *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Oder: Ein Rechtsimport kommt selten allein*, *AJP I* 2018, S. 95-99 (zit. FOUNTOULAKIS, *AJP* 2018, S. ...).

- GÄRTNER PHILIPP, Die Haftung der Benannten Stelle für Medizinprodukte, Diss. München, Berlin 2021.
- GÄTJE REGINE / EBERLE CHRISTINE / SCHOLZ CHRISTOPH / LÜBKE MARION / SOLBACH CHRISTINE / MUSCHEL KATHARINA / KISSLER STEFAN / SIEDENTOPF FRIEDERIKE / WEISSENBACHER TOBIAS / DEBUS GERLINE / SCHUHMACHER INA / LATO KRISZTIAN / SÄNGER NICOLE, Kurzlehrbuch Gynäkologie und Geburtshilfe, 2. Auflage, Stuttgart 2015.
- GATTIKER MONIKA, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik?, AJP VI 2001, S. 645-659.
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- GOTTWALD PETER, § 328 BGB, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Aufl., München 2022 (zit. MüKo BGB – GOTTWALD, N ... zu § 328).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019.
- JOMEEN J. / MARTIN C.R. / JONES C. / MARSHALL C. / AYERS S. / BURT K. / FRODSHAM L. / HORSCH A. / MIDWINTER D. / O'CONNELL M. / SHAKESPEARE J. / SHEEN K. / THOMSON G., Tokophobia and fear of birth: a workshop consensus statement on current issues and recommendations for future research, Journal of Reproductive and Infant Psychology I 2021, Volume 39, S. 2-15.
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages, Art. 19/20 OR, Bern 1991 (zit. BK OR – KRAMER, N ... zu Art. 19/20).
- KRAUSKOPF PATRICK L., Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg, Freiburg 2000.
- KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP XII 1992, S. 1483-1500.
- MANNSDORFER THOMAS M.,
– Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, HAVE II 2003, S. 101-118. (zit. MANNSDORFER, Have 2003, S. ...).

- Pränatale Schädigung, Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Diss. Freiburg, Freiburg 2000. (zit. MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, N ...).
- MEISE BARBARA / HUGUENIN CLAIRE, Art. 19/20 OR, in: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I – MEISE/HUGUENIN, N ... zu Art. 19/20).
- MELENDER HANNA-LEENA, Experiences of Fears Associated with Pregnancy and Childbirth: A Study of 329 Pregnant Women, Birth Issues in Perinatal Care II 2002, Volume 29, S. 101-111.
- PALLINGER JAKOB, Wie eine künstliche Gebärmutter unsere Gesellschaft verändern könnte, Der Standard, 1. März 2022.
- SCHWENZER INGEBORG / COTTIER MICHELLE, Art. 296 ZGB und Art. 304 ZGB, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I – SCHWENZER/COTTIER, N ... zu Art. ...).
- VON GERLACH JÜRGEN, Die Haftung des Arztes für Fernwirkungsschäden, in: Erwin Deutsch / Ernst Klingmüller / Hans Josef Kullmann (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Berlin 1995.
- VON GRAFFENRIED CAROLINE, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern, Bern 2019.
- VOGENAUER STEFAN, §§ 328-335, in: Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Teilband: §§ 305-432, Tübingen 2007 (HKK BGB – VOGENAUER, N ... zu §§ 328-335).
- WEBER ROLF / VON GRAFFENRIED CAROLINE, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, 2. Aufl., Bern 2022 (BK OR – WEBER / VON GRAFFENRIED, N ... zu Art. ...).
- WEIMAR WILHELM, Der Arzt- und Krankenhausvertrag als Vertrag zugunsten Dritter, Heft der Zeitschrift Juristische Rundschau V 1972, S. 181-183.

WIEGAND WOLFGANG, Art. 97 OR, in: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I – WIEGAND, N ... zu Art. 97).

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Art. 120-127 OR, in: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I – ZELLWEGER-GUTKNECHT, N ... zu Art. ...).

Teil 3:

**Öffentliches
Recht und
öffentliches
Verfahrensrecht**

Christa Tobler

Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen

Mit einem besonderen Fokus auf
Nichtigkeitsklagen

I.	Einleitung	181
II.	Zur Rechtsdurchsetzung im EU-Recht und den für das bilaterale Recht relevanten Verfahren	182
III.	Allgemeines zur Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV	187
IV.	Zur Illustration: Beispiele von Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht	189
	A. Klagen aus der Schweiz: nur nicht privilegierte Klagende	190
	1. Der Fluglärm-Fall	190
	2. Der Champagner-Fall	191
	3. Medizinprodukte: Atesos	192
	B. Klagen aus der EU: privilegierte und nicht privilegierte Klagende	193
	1. Schweizer Kohäsionszahlungen	194
	2. Koordinierendes Sozialversicherungsrecht	196
	3. Schengen: Die «Schweizer Klausel» im EU-Waffenrecht	198
	4. Der Fall Magnan – und die Frage eines Institutionellen Abkommens	199
V.	Schlussbemerkungen	202
	Literaturverzeichnis	203

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Verfahren vor dem EuGH im Kontext des bilateralen Rechts zwischen der Schweiz und der EU.¹ Hintergrund dafür ist die Tatsache, dass die meisten bilateralen Abkommen für die Rechtsdurchsetzung ein Zwei-Säulen-System vorsehen: auf der einen Seite die Behörden und Gerichte der Schweiz und auf der anderen jene der EU-Mitgliedstaaten sowie der EU, d.h. die Europäische Kommission und der EuGH. Die Schweizer Säule ist somit rein national ausgestaltet, während die EU-Säule (gleich wie die EFTA-Säule im EWR)² auch überstaatliche Organe und Verfahren umfasst. Der Grund dafür liegt darin, dass die von der EU abgeschlossenen Abkommen Teil des EU-Rechts sind. Das wiederum hat besondere verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Folge, welche in der Schweiz nicht zur Verfügung stehen.³

Der vorliegende Beitrag setzt sich zum (bescheidenen) Ziel, die Relevanz des Nichtigkeitsverfahrens nach Art. 263 f. AEUV für das bilaterale Recht Schweiz-EU anhand von Beispielen zu illustrieren. Es handelt sich um eine Thematik, die in der vorhandenen Literatur über die EuGH-Rechtsprechung zum bilateralen Recht höchstens am Rande und nicht umfassend behandelt wird.⁴ Der Beitrag beginnt mit einem kurzen, allgemeinen Teil zur Rechtsdurchsetzung im EU-Recht und den Verfahrensarten vor dem EuGH, welche bisher für das bilaterale Recht eine Rolle gespielt haben (unten II.). Danach liegt der Fokus auf der Nichtigkeitsklage und den verfahrensrechtlichen Klagevoraussetzungen, mit Beispielen zum bilateralen Recht (III. und IV.). Einige Schlussbemerkungen runden den Text ab (V.).

1 Auf diese Thematik habe ich bereits in einer früheren Publikation kurz hingewiesen: CHRISTA TOBLER, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände: Tafeln (zusammen mit Jacques Beglinger) und Text, Zürich / St. Gallen 2013, Rz. 76-78. – Für eine aktuellere Einführung in die Thematik des bilateralen Rechts siehe MATTHIAS OESCH, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020.

2 Im EWR verfügen die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen über eigene überstaatliche Organe, nämlich die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA; von *EFTA Surveillance Authority*) und den EFTA-Gerichtshof. Im EWR stehen dem EU-Recht nachgebildete Verfahren zur Verfügung.

3 So hat in der Schweiz OESCH die Tatsache, dass das Schweizer Bundesgericht das (weiter unten erwähnte) Vorabentscheidungsverfahren mit Blick auf die Auslegung des bilateralen Rechts nicht nutzen kann, als Konstruktionsfehler bezeichnet; OESCH (Fn. 1), S. 66, Rz. 108.

4 Vgl. z.B. MATTHIAS OESCH / GABRIEL SPECK, Das geplante Institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EuGH, in: Astrid Epiney / Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern: Stämpfli/Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2017, 257-273, wo der Schwerpunkt anders gelegt wird.

II. Zur Rechtsdurchsetzung im EU-Recht und den für das bilaterale Recht relevanten Verfahren

Bereits in den frühen 1960er-Jahren unterstrich der EuGH, das damalige Gemeinschaftsrecht stelle eine besondere Art des Völkerrechts dar.⁵ Heute gilt dasselbe für das EU-Recht. Dies zeigt sich auch und gerade bei der Rechtsdurchsetzung, die weit über das hinausgeht, was das traditionelle Völkerrecht üblicherweise zu bieten vermag. Als besonders wichtiger Ausgangspunkt gilt dabei im Unionsrecht, dass seine Durchsetzung sowohl auf der Ebene der EU als auch jener der Mitgliedstaaten erfolgt und zudem auf der Zusammenarbeit der Gerichte der beiden Ebenen beruht.⁶

So können sich Einzelne, gestützt auf EuGH-Rechtsprechung, *vor mitgliedstaatlichen Gerichten* auf die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts berufen⁷ oder, ebenfalls gestützt auf EuGH-Rechtsprechung, gegenüber einem Mitgliedstaat Ersatz des Schadens geltend machen, welcher ihnen durch die Nichtbeachtung von Unionsrecht durch den betreffenden Staat entstanden ist.⁸

Zum EuGH selber führt gemäss den Bestimmungen des AEUV eine Reihe von unterschiedlichen Verfahren, nämlich:⁹

- das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV, in welchem die Kommission und allenfalls der Gerichtshof untersuchen, ob ein Mitgliedstaat seine Pflichten nach dem EU-Recht verletzt hat. Als Sanktionen für eine Verletzung stehen Busse und Zwangsgeld zur Verfügung;
- das Nichtigkeitsverfahren nach Art. 263 f. AEUV, in welchem der Gerichtshof die Rechtmässigkeit von Akten der Organe und Einrichtungen der EU mit Rechtswirkung für Dritte überprüft;
- das Untätigkeitsverfahren nach Art. 265 AEUV, in welchem der Gerichtshof untersucht, ob ein Organ der EU durch Unterlassung des Tätigwerdens eine Rechtspflicht verletzt hat;
- das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, mit welchem die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten dem Gerichtshof Fragen zur Auslegung

5 EuGH, Rs. 26–62 NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25.

6 Hierzu z.B. EuGH, Rs. C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses gegen Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, E. 31–34.

7 Beginnend mit der bereits erwähnten Leitentscheidung *Van Gend en Loos* (Fn. 5).

8 Beginnend mit der Leitentscheidung EuGH, Rs. C-6/90 and C-9/90 *Andrea Francovich u.a. gegen Italien*, ECLI:EU:C:1991:428.

9 Zum Ganzen WALTRAUD HAKENBERG / SIBYLLE SEYR, Verfahren vor dem Gerichtshof der EU: Handbuch, 4., vollständig überarbeitete Auflage, Wien/Berlin/Zürich 2020.

des EU-Rechts sowie zur Gültigkeit von EU-Sekundärakten vorlegen können bzw. in bestimmten Konstellationen vorlegen müssen;

- das Schadenersatzverfahren nach den Art. 268 und 340 AEUV gegen die EU bzw. ihre Organe für Fälle, wo durch die Nichtbeachtung von Unionsrecht durch die EU ein Schaden entstanden ist;
- das Gutachtenverfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV, in welchem der EuGH die Vereinbarkeit eines geplanten Abkommens der EU mit einem Nichtmitgliedstaat oder einer internationalen Organisation auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüft;

Das letztgenannte Gutachtenverfahren ist bislang noch nie mit Blick auf ein geplantes, bilaterales Abkommen zwischen der Schweiz und der EU durchgeführt worden. Es wurde in der Schweizer Diskussion über das InstA thematisiert, v.a. im Zusammenhang mit dem im Entwurf für dieses Abkommen¹⁰ vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus.¹¹ Die Thematik verlor jedoch an aktueller Bedeutung, als der Bundesrat im Mai 2021 beschloss, den Entwurfstext nicht zu unterzeichnen.¹²

In der Praxis des EuGH zum bilateralen Recht sind bisher v.a. fünf der erwähnten Verfahren zur Anwendung gelangt, wenn auch in unterschiedlicher Häufigkeit, nämlich das Vorabentscheidungsverfahren, das Untätigkeitsverfahren, das Nichtigkeitsverfahren – wie weiter unten zu zeigen sein wird: in diesen beiden Fällen z.T. kombiniert mit einer Schadenersatzklage – und das Vertragsverletzungsverfahren.

Vertragsverletzungsverfahren zur Frage, ob ein EU-Mitgliedstaat gegen ein bilaterales Abkommen mit der Schweiz verstossen hat, sind sehr selten. Angesichts der Tatsache, dass auf der Schweizer Seite keine Entsprechung zu diesem Verfahren besteht, dürfte dies wohl nicht zuletzt politische Gründe haben. Es gibt denn auch nur sehr wenige, das bilaterale Recht betreffende Beispiele. In einem das Beschaffungswesen betreffenden Fall aus dem Jahr 2011 konnte die Angelegenheit auf der ersten, administrativen Stufe des Verfahrens im Dialog der Kommission mit Italien erledigt werden.¹³ Ein Spanien

10 Entwurf vom 23. November 2018 für ein Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt (inoffizielle deutsche Übersetzung).

11 Siehe z.B.: *Une épée de Damoclès plane au-dessus du tribunal arbitral*, Tribune de Genève 27. Mai 2018.

12 Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. Mai 2021, Das Institutionelle Abkommen wird nicht unterzeichnet.

13 Siehe die Stellungnahme des Bundesrates auf die Motion 11.3157 «Beziehungen zwischen der Schweiz und Italien: Wogen glätten» von Nationalrat Ignazio Cassis vom

betreffender Fall aus den 1990er-Jahren durchlief auch die zweite Verfahrensstufe vor dem Gerichtshof. Dieser hielt in seiner Entscheidung fest, dass Spanien seine Gesetzgebung nicht rechtzeitig an das bilaterale Versicherungsabkommen¹⁴ angepasst hatte.¹⁵

Am weitaus häufigsten ist das Vorabentscheidungsverfahren. Es gilt als das Kronjuwel des EU-Verfahrensrechts,¹⁶ das nicht nur der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten dient, sondern auch schon früh den Rahmen für die Entwicklung wichtiger Aspekte und Charakteristika des gemeinsamen Rechts bot, darunter etwa der Vorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht, die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts, die Schadenersatzpflicht der Mitgliedstaaten, die Pflicht zur unionsfreundlichen Auslegung des mitgliederschaftlichen Rechts und die – gerade mit Blick auf die institutionellen Regelungen in auswärtigen Abkommen der EU zunehmend wichtige – Lehre von der Autonomie des Unionsrechts.¹⁷

Es gibt zahlreiche Beispiele von Vorabentscheidungen des EuGH über die Auslegung von bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU. Frühe Entscheidungen betreffen zollrechtliche Fragen¹⁸ zum Freihandels-

16. März 2011, wo der Bundesrat auf seine Strategie der Zusammenarbeit mit den EU-Instanzen verweist: «Dieser Strategie des Bundesrates ist es zu verdanken, dass die EU-Kommission am 14. März 2011 eine Untersuchung über allfällige Verstöße Italiens gegen die Pflichten aus den bilateralen Verträgen zwischen der EU und der Schweiz im Beschaffungswesen anordnete und der italienische Wirtschafts- und Finanzminister daraufhin am 8. April 2011 die Aufhebung der Massnahme gegen Schweizer Unternehmen beschloss.»

14 Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, für die Schweiz SR 0.961.1, für die EWG (heute die EU) ABL 1991 L 205/3, mit seitherigen Anpassungen.

15 EuGH, Rs. C-360/95 *Kommission gegen Spanien*, ECLI:EU:C:1997:624.

16 Hierzu z.B. PAUL CRAIG, GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 7th edition, Oxford 2020, ab S. 496.

17 Siehe allgemein zur Rolle des EuGH ALLAN ROSAS / EGILS LEVITS / YVES BOT (Hrsg.), *La cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de 60 ans de jurisprudence/The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on 60 years of case-law*, The Hague 2013. Spezifisch zur Autonomie des Unionsrechts siehe insbes. KOEN LENAERTS / JOSÉ A. GUTIÉRREZ-FONS / STANISLAS ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law* 81(2021) 1, 47-88.

18 Siehe etwa EuGH, Rs. 65/79 *Procureur de la République gegen René Chatain*, ECLI:EU:C:1980:108; Rs. 99/83 *Claudio Fioravanti gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ECLI:EU:C:1984:360; Rs. 218/83 *Les Rapides Savoyards Sàrl and Others gegen Directeur Général des Douanes et Droits Indirects*, ECLI:EU:C:1984:275, und Rs. C-328/89 *Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ECLI:EU:C:1991:206.

abkommen.¹⁹ Eine neuere Entscheidung²⁰ bezieht sich auf das Schengen-Assoziierungsabkommen.²¹ In den meisten Fällen geht es aber um das FZA²² und hier insbes. um die Frage, ob dieses Abkommen gleich oder anders als das entsprechende Unionsrecht oder auch das Recht des EWR ausgelegt werden soll.

Zwar gibt es EuGH-Entscheide, welche die Nähe des bilateralen Rechts zum Unionsrecht betonen, so insbes. im Bereich des koordinierenden Sozialversicherungsrechts des FZA, wo der EuGH unterstreicht, dass die Schweiz einem EU-Mitgliedstaat gleichgestellt ist.²³ In anderen Zusammenhängen scheinen aber immer wieder die Grenzen des bilateralen Rechts auf. Erwähnt seien an dieser Stelle in aller Kürze zwei Beispiele: In *Fidium Finanz* ging es um ein in Deutschland tätiges Schweizer Finanzdienstleistungsunternehmen. Laut dem Gerichtshof betraf dieser Fall nicht die unionsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit (welche auch den Verkehr mit Drittstaaten wie der Schweiz umfasst), sondern vielmehr den Verkehr von Finanzdienstleistungen, wozu es kein bilaterales Abkommen gibt.²⁴ Im Fall *Grimme* unterstrich der EuGH zum ersten Mal, dass der im Vergleich zum EWR-Abkommen engere Kontext des bilateralen Rechts Folgen hat für die Auslegung dieses Rechts, die deshalb u.U. weniger weit geht.²⁵

Gelegentlich kommen auch Untätigkeitsklagen vor. Im bilateralen Kontext seien zwei Klagen gegen die Europäische Kommission erwähnt, welche allerdings wegen offensichtlicher Unzulässigkeit bereits auf der verfahrensrecht-

19 Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG (heute die EU) ABl. 1972 L 300/189, mit seitherigen Änderungen.

20 EuGH, Rs. C-680/17 *Sumanan Vethanayagam, Sobitha Sumanan, Kamalaranee Vethanayagam gegen Minister van Buitenlandse Zaken*, ECLI:EU:C:2019:627.

21 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz heute SR 0.362.31, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52, mit seitherigen Änderungen.

22 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114/6, mit seitherigen Änderungen.

23 So z.B. EuGH, Rs. C-247/09 *Alketa Xhymshiti gegen Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach*, ECLI:EU:C:2010:698, E. 31.

24 EuGH, Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG gegen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, ECLI:EU:C:2006:631.

25 EuGH, Rs. C-351/08 *Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, ECLI:EU:C:2009:697, E. 26-29. Hierzu CHRISTA TOBLER, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney / Nina Gammenthaller (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern: Stämpfli/Zürich, Basel, Genf: Schulthess 2010, 369-384.

lichen Ebene scheiterten: Im Fall *Brunke*²⁶ beschwerte sich ein Naturheilarzt darüber, dass es ihm das EU-Sekundärrecht über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht erlaubte, u. a. in der Schweiz als Facharzt für Naturheilverfahren tätig zu sein. Der zweite Fall, *Magnan*,²⁷ erging vor dem Hintergrund von Schweizer Zulassungsbeschränkungen für ausländische Ärzte und Ärztinnen mit Blick auf die Berufsausübung zulasten der obligatorischen Krankenversicherung. Hier reichte ein französischer Arzt in der Hauptsache eine Untätigkeitsklage zusammen mit einer Schadenersatzklage (sowie hilfsweise eine Nichtigkeitsklage; dazu unten IV.B.4.) ein. Die Schadenersatzklage erachtete das Gericht als offensichtlich jeglicher rechtlichen Grundlage entbehrend.²⁸

Zur Untätigkeitsklage führte das Gericht im Fall *Magnan* aus, dass Art. 265 AEUV natürlichen und juristischen Personen nicht in allen Fällen, in denen ein Organ nach vorheriger Aufforderung, tätig zu werden, keine Stellungnahme abgibt oder keine Entscheidung erlässt, das Recht gibt, eine Untätigkeitsklage zu erheben. Dieses Recht besteht vielmehr nur in drei Fällen: wenn diese Personen Adressaten des Rechtsakts gewesen wären, den die Organe an sie zu richten unterlassen haben, wenn der unterlassene Rechtsakt verbindliche Rechtswirkungen gehabt hätte, die ihre Interessen berührt hätten, indem sie ihre Rechtsstellung in qualifizierter Weise verändert hätten, oder wenn dieser Rechtsakt zumindest die notwendige Voraussetzung für ein Verfahren gewesen wäre, das zu einem Rechtsakt mit verbindlichen Rechtswirkungen für sie hätte führen können.²⁹ Dies war weder im Fall *Brunke* noch im Fall *Magnan* erfüllt (wobei das Gericht im letzteren Fall noch beifügte, dass die Klage auch in der Sache zurückgewiesen werden müsste).

Der nächste Teil des vorliegenden Beitrags richtet sich nun spezifisch auf die Nichtigkeitsklage, welche im System des EU-Verfahrensrechts das in der Praxis weit häufigere Gegenstück zur Untätigkeitsklage darstellt. Auch im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht kommt die Nichtigkeitsklage immer wieder einmal zur Anwendung. Bevor Beispiele genannt werden, erfolgen vorab einige allgemeine Ausführungen.

26 EuGH, Rs. T-258/18 *Lothar Brunke gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:108.

27 EuGH, Rs. T-99/19 *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693, sowie Rs. C-860/19 P *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693 (Rechtsmittel).

28 Im Rahmen der Schadenersatzklage hatte der Kläger zudem beantragt, die Kommission sei zur Zahlung eines täglichen Zwangsgelds von 500 Euro zu verpflichten, bis die schweizerischen Behörden dem FZA nachkämen oder bis eine der Parteien dieses Abkommen aufkündige. Der EuGH stellt hierzu fest, dass die Schadenersatzklage keine solche Möglichkeit vorsieht. – Wie weiter oben erwähnt, ist das Zwangsgeld ein Element des Vertragsverletzungsverfahrens, wo es Mitgliedstaaten auferlegt werden kann.

29 EuGH, Rs. T-99/19 *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693, E. 26.

III. Allgemeines zur Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV

Die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV dient der Überprüfung der Rechtmässigkeit von EU-Akten mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Handelt es sich um Gesetzgebung, ermöglicht das Verfahren eine abstrakte Normenkontrolle. Allerdings ist das Verfahren für bestimmte Klagende nur beschränkt zugänglich und wird dieser Mangel durch die Möglichkeit von nationalen Gerichten, im Vorabentscheidungsverfahren Gültigkeitsfragen zu stellen, nur teilweise kompensiert.³⁰

Die einschlägigen Bestimmungen im AEUV zur Nichtigkeitsklage lauten wie folgt:

Art. 263 AEUV:

«Der Gerichtshof der Europäischen Union überwacht die Rechtmässigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der Europäischen Zentralbank, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, und der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Er überwacht ebenfalls die Rechtmässigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.

Zu diesem Zweck ist der Gerichtshof der Europäischen Union für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union ist unter den gleichen Voraussetzungen zuständig für Klagen des Rechnungshofs, der Europäischen Zentralbank und des Ausschusses der Regionen, die auf die Wahrung ihrer Rechte abzielen.

Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verwaltungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.

In den Rechtsakten zur Gründung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union können besondere Bedingungen und Einzelheiten für die Erhebung

30 Zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage als primärem Rechtsbehelf und dem Vorabentscheidungsverfahren als ergänzendem Element siehe in der neueren EuGH-Rechtsprechung z. B. Rs. C-135/16 *Georgsmarienhütte GmbH, Stahlwerk Bous GmbH, Schmiedag GmbH, Harz Guss Zorge GmbH*, ECLI:EU:C:2018:582, E. 12-22.

von Klagen von natürlichen oder juristischen Personen gegen Handlungen dieser Einrichtungen und sonstigen Stellen vorgesehen werden, die eine Rechtswirkung gegenüber diesen Personen haben.

Die in diesem Artikel vorgesehenen Klagen sind binnen zwei Monaten zu erheben; diese Frist läuft je nach Lage des Falles von der Bekanntgabe der betreffenden Handlung, ihrer Mitteilung an den Kläger oder in Ermangelung dessen von dem Zeitpunkt an, zu dem der Kläger von dieser Handlung Kenntnis erlangt hat.»

Art. 264 AEUV:

«Ist die Klage begründet, so erklärt der Gerichtshof der Europäischen Union die angefochtene Handlung für nichtig. Erklärt der Gerichtshof eine Handlung für nichtig, so bezeichnet er, falls er dies für notwendig hält, diejenigen ihrer Wirkungen, die als fortgeltend zu betrachten sind.»

Die nach Art. 263 AEUV klageberechtigten Personen werden gemeinhin in die in den zweiten und dritten Absätzen genannten, «privilegierten Klagenden» und die im vierten Absatz genannten «nicht privilegierten Klagenden» unterteilt. Für beide Kategorien gelten als Grundvoraussetzung, dass nur Akte i. S. d. ersten Absatzes angefochten werden können, also nur Akte der dort genannten Urheber, und zudem nur Akte, welche Rechtswirkungen für Dritte entfalten. Für alle gilt weiter gleichermaßen die Klagefrist von zwei Monaten gemäss dem sechsten Absatz.

Im Übrigen unterscheiden sich die Klagemöglichkeiten der privilegierten Klagenden markant von jenen der nicht privilegierten, weil die Letzteren im Vergleich zu den Ersteren in vielen Fällen weitere Bedingungen erfüllen müssen, welche mit der Art des anzufechtenden Aktes und seiner Wirkung auf die Klagenden zu tun haben. Seit der Vertragsrevision von Lissabon muss zwischen den folgenden Konstellationen unterschieden werden:

- Die Klage betrifft einen Akt, der direkt an die nicht privilegierte, klagende Partei gerichtet sind: Hier bestehen keine zusätzlichen Erfordernisse.
- Die Klage betrifft einen Rechtsakt mit Verwaltungscharakter,³¹ der keine Durchführungsmassnahmen nach sich zieht:³² Hier muss für die Klageligitimation als einzige zusätzliche Bedingung erfüllt sein, dass der Akt die klagende Partei unmittelbar betrifft (dazu sogleich). Dieses Element wurde durch die Revision von Lissabon in Art. 263 AEUV eingefügt.

31 Für die Definition solcher Akte siehe insbes. EuGH, Rs. C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami u. a. gegen Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2013:625, E. 50–59.

32 Ein Beispiel hierfür findet sich in EuGH, Rs. T-262/10 *Microban International Ltd and Microban (Europe) Ltd gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2011:623, E. 33–38.

- Die Klage betrifft einen Akt anderer Art: Hier müssen für die Klagelegitimation zwei zusätzliche Bedingungen erfüllt sein, nämlich dass der Akt die nicht privilegierte, klagende Partei sowohl unmittelbar als auch individuell betrifft. In der Praxis ist v.a. Letzteres schwierig, weil es nach der EuGH-Rechtsprechung erfordert, dass der streitige Rechtsakt die klagende Partei aufgrund spezieller Umstände aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebt, wie wenn sie direkt vom in Rede stehenden Akt adressiert wäre (sog. *Plaumann-Test*).³³ Die erste Bedingung, nämlich die unmittelbare Betroffenheit, erfordert kumulativ, dass sich die angefochtene Massnahme unmittelbar auf die Rechtsstellung der klagenden Partei auswirkt sowie dass sie den mit ihrer Durchführung betrauten Adressaten keinerlei Ermessensspielraum lässt, ihre Umsetzung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Unionsregelung ohne Durchführung anderer Vorschriften ergibt.³⁴

Art. 263 AEUV nennt vier Klagegründe, nämlich Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung von Unionsrecht und Ermessensmissbrauch.

Die EuGH-Rechtsprechung zum bilateralen Recht bietet Anschauungsmaterial zu beiden Aspekten, der Klagelegitimation und den Klagegründen. Bei den im Folgenden erwähnten Beispielen liegt der Hauptfokus auf der Klagelegitimation, wo relevant ergänzt durch einige integrationsrechtliche Bemerkungen zum Verhältnis Schweiz-EU.

IV. Zur Illustration: Beispiele von Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht

Wie die folgenden Beispiele zeigen, können Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht sowohl aus der Schweiz als auch aus der EU stammen.³⁵

33 EuGH, Rs. 25-62 *Plaumann & Co. gegen Kommission*, ECLI:EU:C:1963:17, S. 238-239.

34 So z.B. EuGH, Rs. C-466/16 P *Rat gegen Marquis Energy*, ECLI:EU:C:2019:156, E. 44.

35 Ergänzend sei bemerkt, dass es zahlreiche Fälle von Nichtigkeitsklagen aus der Schweiz gibt, welche das *EU-Recht* betreffen, insbes. im Bereich des Wettbewerbsrechts, aber auch in anderen Rechtsgebieten. Ein neueres Beispiel betrifft das EU-Energierecht, genauer den Ausschluss der schweizerischen Netzwerkgesellschaft Swissgrid von der Teilnahme an europäischen Plattformen. Ausser im Wettbewerbsrecht scheitern solche Klagen oft an den Klagevoraussetzungen, so auch die Klage von Swissgrid, wo nach

A. Klagen aus der Schweiz: nur nicht privilegierte Klagende

Die EuGH-Praxis zu Nichtigkeitsklagen aus der Schweiz zeigt insbes., dass es sich hier nur um nicht privilegierte Klagende handeln kann. Dies ergibt sich aus dem ersten unten erwähnten Beispiel, nämlich dem Fluglärm-Fall, der von der Schweiz als Staat anhängig gemacht wurde. In zwei weiteren, nur kurz erwähnten Beispielen klagten offensichtlich nicht privilegierte Personen.

1. Der Fluglärm-Fall

Im Fluglärm-Fall ging es um eine Streitigkeit zwischen der Schweiz und Deutschland. Anlass waren einschränkende deutsche Vorschriften über das Überfliegen des süddeutschen Raums durch Flugzeuge aus der Schweiz (genauer: vom Flughafen Zürich), nachdem ein Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland weggefallen und nicht mehr erneuert worden war. Deutschland wollte damit v.a. in den Nachtstunden und an den Wochenenden Lärmimmisionen im süddeutschen Tourismusraum begrenzen.

Laut der Schweiz verletzte dies das bilaterale Luftverkehrsabkommen.³⁶ Dieses unterscheidet sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht markant von anderen bilateralen Abkommen, indem es für bestimmte Fragen die Zuständigkeit der EU-Organe (Europäische Kommission, EuGH) vorsieht, statt der nationalen Organe der Vertragsparteien. Im Fluglärmstreit mit Deutschland beschwerte sich die Schweiz deshalb bei der Kommission. Als deren Entscheidung³⁷ nicht in ihrem Sinne ausfiel, griff die Schweiz zur unionsrechtlichen Nichtigkeitsklage. Weil sie sich im besonderen Kontext des Luftverkehrsabkommens als einem EU-Mitgliedstaat gleichgestellt erachtete, reichte sie die Klage direkt bei der oberen Ebene des EuGH ein, von wo sie jedoch an das Gericht (also die untere Ebene des EuGH als Gesamtorgan, damals noch «Gericht erster Instanz») verwiesen wurde.³⁸ Dessen Entscheidung über die Sache fiel ebenfalls nicht im Sinne der Schweiz aus, worauf diese beim EuGH Rechtsmittelklage einreichte.³⁹

dem EuGH kein anfechtbarer Akt vorliegt; EuGH, Rs. T-127/21 *Swissgrid AG gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2022:868.

36 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73, mit seitherigen Änderungen.

37 Entscheidung 2004/12/EG zu einem Verfahren bezüglich der Anwendung von Art. 18 Abs. 2 Satz 1 des Abkommens und der Verordnung Nr. 2408/92 (Sache TREN/AMA/11/03 – Deutsche Maßnahmen bezüglich An-/Abflügen zum/vom Flughafen Zürich), ABl. 2004 L 4/13).

38 EuGH, Rs. T-319/05 *Schweiz gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2010:367.

39 EuGH, Rs. C-547/10 P *Schweiz gegen Kommission*, ECLI:EU:C:2013:139.

Im Gegensatz zu Gericht und Gerichtshof, die sich beide nicht vertieft zu den verfahrensrechtlichen Aspekten äussern, äusserte sich Generalanwalt JÄÄSKINEN in seinen Schlussanträgen (welche die Funktion eines den EuGH nicht bindenden Gutachtens haben) zur Rechtsmittelklage ausführlich dazu, warum die Schweiz nicht einem Mitgliedstaat gleichgestellt werden könne. Dies gipfelt in der Aussage, der von der Schweiz gewählte bilaterale Weg könne auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht dazu führen, «dass dieser *À-la-carte-Weg* den mit einem Beitritt zur Union verbundenen Vorteilen entspricht». ⁴⁰

Der verfahrensrechtliche Befund dieser Rechtssache ist somit, dass die Schweiz als Staat nicht zu den privilegierten Klagenden gehört. Im vorliegenden Fall führte das aber letztlich nicht zu Schwierigkeiten. Zwar war die angefochtene Entscheidung nicht an die Schweiz, sondern an Deutschland gerichtet, sodass nach dem damals relevanten Recht (Rechtsslage vor der Revision von Lissabon) die verfahrensrechtlichen Bedingungen der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit zu erfüllen waren. Gemäss Generalanwalt JÄÄSKINEN war aber beides klar der Fall: Die streitige Entscheidung «beeinträchtigt die Rechtsstellung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, weil diese die Eigenschaft einer Vertragspartei des Luftverkehrsabkommens hat, und hebt sie aufgrund dieses Umstands und des Gegenstands der streitigen Entscheidung aus dem Kreis aller übrigen Personen heraus». ⁴¹

Dem folgte der EuGH implizit. Inhaltlich entschied er, dass zwar *prima facie* eine indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit vorliegt, diese aber im Interesse des Lärmschutzes gerechtfertigt werden kann. Letztlich war das Luftverkehrsabkommen somit nicht verletzt. ⁴²

2. Der Champagner-Fall

Ebenfalls aus der Zeit von vor der Revision von Lissabon stammt das zweite Beispiel, nämlich die Entscheidung des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache

40 EuGH, Rs. C-547/10P *Schweiz gegen Kommission*, Schlussanträge von Generalanwalt JÄÄSKINEN, ECLI:EU:C:2012:565, E. 59.

41 *Idem*, E. 81.

42 Für Urteilsbesprechungen siehe insbes. LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, EuGH überträgt die Polydor-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen, *European Law Reporter* 2013, 173-182; CHRISTA TOBLER, Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, *EuZW* 2013, 432-434; SAMUEL SCHWEIZER / CHRISTA TOBLER, Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht – Insbesondere im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Astrid Epiney / Stefan Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2012/2013, Bern/Zürich/Basel/Genf 2013, 335-354.

Champagne.⁴³ Sie betraf die Gültigkeit des Genehmigungsbeschlusses von Rat und Kommission zum Paket der Bilateralen I. Konkret ging es um die Regelung im Landwirtschaftsabkommen,⁴⁴ wonach der Begriff «Champagner» (bzw. «Champagne») nach einer gewissen Übergangszeit nicht mehr für Weine aus dem Schweizer Dorf «Champagne» verwendet werden durfte. Es klagten das Dorf Champagne zusammen mit einem speziell gegründeten *Comité d'action pour la défense de l'identité et des intérêts de la commune de Champagne* sowie der *Cave des viticulteurs de Bonvillars* und einer Anzahl von Weinbäuerinnen und Weinbauern. Mangels einer Möglichkeit, direkt gegen das Abkommen vorzugehen, richteten sie ihre Nichtigkeitsklage auf den EU-rechtlichen Genehmigungsbeschluss und kombinierten dies mit einer Schadenersatzklage.

Sie drangen mit beidem nicht durch. Während die Schadenersatzklage aus materiellen Gründen abgewiesen wurde, scheiterte die Nichtigkeitsklage bereits an den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen. Die Schwierigkeit lag in diesem Fall darin, dass laut dem Gericht erster Instanz kein anfechtbarer Akt vorlag, genauer, dass die angefochtene Handlung gegenüber Dritten keine Rechtswirkungen zu entfalten vermochte.⁴⁵ Der Rat argumentierte diesbezüglich, die Schweiz gehöre nicht zur Europäischen Union, sodass dort keine Entscheidung und kein Akt der Union gelte. Der angefochtene Beschluss habe deshalb in der Schweiz keinerlei Rechtswirkung erzeugt. Dem folgte das Gericht mit Hinweis auf die Souveränität der Schweiz.⁴⁶ Auch mit Blick auf das Gebiet der EU befand es, dass der Beschluss die Rechtsstellung der Klagenden hier nicht in qualifizierter Weise ändern konnte, weil innerhalb der EU ein Exklusivitätsregime für die Bezeichnung «*Champagne*» für Weine aus der entsprechenden Region in Frankreich bereits vor Abschluss des Landwirtschaftsabkommens bestand. Es fehlte deshalb am Rechtsschutzinteresse.

3. Medizinprodukte: Atesos

Dasselbe verfahrensrechtliche Problem stellte sich im dritten Beispiel, nämlich der im Vergleich viel jüngeren Rechtssache *Atesos*.⁴⁷ Sie betrifft die Thematik

43 EuGH, Rs. T-212/02 *Commune de Champagne, Défense de l'appellation Champagne ASBL, Cave des viticulteurs de Bonvillars gegen Rat und Kommission*, ECLI:EU:T:2007:194.

44 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, für die Schweiz SR 0.916.026.81, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/132, mit seitherigen Änderungen.

45 Für die Einzelheiten siehe die Urteilsbesprechung von CHRISTA TOBLER, Das Ende des schweizerischen Champagners, AJP 2008, 499-503.

46 EuGH, Rs. T-212/02 *Commune de Champagne, Défense de l'appellation Champagne ASBL, Cave des viticulteurs de Bonvillars gegen Rat und Kommission*, ECLI:EU:T:2007:194, E. 86-96.

47 EuGH, Rs. T-764/21 *Atesos medical AG u. a. gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2023:292.

der technischen Handelshemmnisse bzw. der gegenseitigen Anerkennung von Produktzertifizierungen (sog. Konformitätsbewertungen). Die Anhänge des betreffenden Abkommens⁴⁸ sind wiederholt im gegenseitigen Einverständnis neuerem EU-Recht angepasst worden, bis die Europäische Kommission einer Aufdatierung des Anhangs über die Medizinprodukte nur teilweise zustimmte. Als Folge davon verweist dieser Anhang nun z.T. auf neues, z.T. aber auch auf altes EU-Recht, das in der EU selber nicht mehr in Kraft steht. Die Kommission hat daraus geschlossen, dass die Bestimmungen über die Medizinprodukte im Abkommen nicht mehr anwendbar sind. Es handelt sich um ein Beispiel der sog. Erosion des bilateralen Rechts seit dem Entscheid des Bundesrats, das Institutionelle Abkommen nicht zu unterzeichnen.

Im Fall *Atesos* verlangte eine Anzahl Schweizer Unternehmen die Nichtigkeitsklärung eines Dokuments der Kommission, wonach die sog. Benennung des Schweizer Zertifizierungsunternehmens SQS abgelaufen und die elektronische Liste solcher Unternehmen entsprechend anzupassen ist.⁴⁹ Gleich wie im *Champagner*-Fall liegt nach dem Gericht auch hier kein anfechtbarer Akt vor. Gemäss dem Gericht hält das fragliche Dokument einzig eine Rechtswirkung fest, welche bereits zuvor aus anderen Gründen eingetreten war, und konnte daher gegenüber Dritten keine Rechtswirkungen entfalten.⁵⁰ Die Klägerinnen haben den Fall an den Gerichtshof weitergezogen (Rs. C-491/23 P).

B. Klagen aus der EU: privilegierte und nicht privilegierte Klagende

In der EuGH-Rechtsprechung finden sich auch Beispiele von Nichtigkeitsklagen betreffend das bilaterale Recht, welche aus der EU stammen. Die meisten wurden von privilegierten Klagenden erhoben, was aber nicht heisst, dass deshalb keinerlei Herausforderungen bezüglich der Zulässigkeit der Klage bestehen könnten. Drei unterschiedliche Beispiele seien kurz erwähnt, betreffend

48 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, für die Schweiz SR 0.946.526.81, für die EG (heute die EU) ABL 2002 L 114/369, mit seitherigen Änderungen.

49 Für die rechtlichen Einzelheiten siehe die Angaben im Beschluss des Gerichts.

50 EuGH, Rs. T-764/21 *Atesos medical AG u.a. gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2023:292, E. 31ff. und insbes. E. 53. Anders als im *Champagner*-Fall überzeugt die Argumentation des Gerichts in der Rechtssache *Atesos* nach der hier vertretenen Meinung nur teilweise. In aller Kürze: Das Gericht argumentiert u.a. mit einer Bestimmung des neuen EU-Rechts über die Aufhebung des früheren Rechts (auf welches ja das Abkommen z.T. noch immer verweist). Diese Bestimmung gehört jedoch nicht zu jenem Teil des neuen Rechts, welcher in das Abkommen übernommen worden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung bleiben Teile des alten Regimes im speziellen Rahmen des Abkommens weiterhin gültig.

die Schweizer Kohäsionszahlungen, das koordinierende Sozialversicherungsrecht sowie das EU-Waffenrecht. Danach wird noch einmal der Fall *Magnan* aufgegriffen. Er betraf einen nicht privilegierten Klagenden, sodass hier die Hürden höher waren.

1. Schweizer Kohäsionszahlungen

Das erste Beispiel betrifft eine Nichtigkeitsklage des Rats gegen die Kommission im Zusammenhang mit der Unterzeichnung eines Nachtrags zur Vereinbarung vom 27. Februar 2006 über einen finanziellen Beitrag der Schweiz an die neuen EU-Mitgliedstaaten nach dem EU-Beitritt von Kroatien.⁵¹ Den grösseren Rahmen hierzu bilden die sog. Kohäsionszahlungen, welche die Schweiz – ähnlich wie die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen – aufgrund einer Übereinkunft mit der EU an Projekte in wirtschaftlich schwächeren EU-Mitgliedstaaten (und nicht etwa an die EU selber) zahlt.⁵² Generalanwältin SHARPSTON umschreibt die etwas komplexe rechtliche Ausgangslage wie folgt:⁵³

«Bei der Vereinbarung von 2006 handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft [...], in der Letztere ihren politischen Willen zur Leistung eines finanziellen Beitrags an die am 1. Mai 2004 der Union beigetretenen Mitgliedstaaten als Gegenleistung für den Zugang der Schweiz zum erweiterten Binnenmarkt zum Ausdruck bringt [...]. Die Vereinbarung von 2006 war Teil eines Gesamtkompromisses, der zum Abschluss der Verhandlungen über neun Sektorabkommen führte. Ein erster Nachtrag zur Vereinbarung von 2006 über ein entsprechendes Engagement betreffend Bulgarien und Rumänien (die am 1. Januar 2007 beitraten) wurde im Jahr 2008 unterzeichnet [...]. Angesichts des Beitritts Kroatiens im Jahr 2013 wurde in jenem Jahr ein weiterer Nachtrag unterzeichnet [...]. Während sowohl die Vereinbarung von 2006 als auch der Nachtrag von 2008 im Namen der Europäischen Union vom Vorsitz des Rates und von der Kommission unterzeichnet wurden, erfolgte die Unterzeichnung des Nachtrags von 2013 allein durch die Kommission.»⁵⁴

51 EuGH, Rs. C-660/13 *Rat gegen Kommission*, ECLI:EU:C:2016:616.

52 Hierzu BENEDIKT PIRKER, A Comparison between the Swiss Cohesion Payments and the Norway Grants, in: Marc Maresceau / Christa Tobler (Hrsg.), *Switzerland and the EU: A Challenging Relationship*, Dordrecht 2023, 255-280.

53 EuGH, Rs. C-660/13 *Rat gegen Kommission*, ECLI:EU:C:2015:787 (Schlussanträge der Generalanwältin), E. 1-3.

54 Mit den neun Sektorabkommen ist das Vertragspaket von 2004 gemeint, also die sog. «Bilateralen II».

Gegen diesen letzten Punkt bzw. gegen den entsprechenden Beschluss der Kommission⁵⁵ richtete sich die Klage des Rats (der aber zugleich beantragte, die Wirkungen des Beschlusses bis zu seinem Ersatz aufrechtzuerhalten). Der Rat rügte die Verletzung diverser Grundsätze des EU-Rechts, darunter auch desjenigen des institutionellen Gleichgewichts.

Während für den Gerichtshof die Klagelegitimation des Rats offenbar keine Fragen aufwarf, äusserte sich Generalanwältin SHARPSTON zur Frage, ob der Akt der Kommission überhaupt Rechtswirkungen für Dritte entfalten könne, mit anderen Worten: ob ein anfechtbarer Akt vorlag. Die Generalanwältin führt dazu aus, die Tatsache, dass es sich bei dem Nachtrag nicht um eine internationale Übereinkunft handelt, habe nicht zwangsläufig zur Folge, dass der angefochtene Beschluss keine Rechtswirkungen entfalte. Vielmehr seien die völkerrechtlichen Wirkungen einer Übereinkunft (sei sie nun bindend oder nicht) von den unionsrechtlichen Wirkungen einer Handlung zu unterscheiden, durch die das zuständige Unionsorgan seine Zustimmung zum Inhalt ausdrückt und die Ermächtigung zur Unterzeichnung erteilt. Die Generalanwältin bejaht die Rechtswirkung für Dritte mit den folgenden Argumenten:⁵⁶

«Der Nachtrag von 2013 war Teil eines Kompromisses, der zum Abschluss bindender Sektorabkommen zwischen der Union und der Schweiz führte und die Parameter für rechtlich bindende bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und den einzelnen Empfängermitgliedstaaten festlegte. Auf der Grundlage des Nachtrags von 2013 leitete ein Drittstaat ein parlamentarisches Verfahren ein, um Verhandlungen mit einem neuen Mitgliedstaat der Union über ein bindendes Abkommen aufzunehmen. Aufgrund der von der Kommission gebilligten Unterzeichnung wurde die Union somit durch alle Folgen gebunden, die völkerrechtlich mit einer solchen Unterzeichnung und den Beziehungen zwischen den Parteien einer nicht bindenden Übereinkunft einhergehen können. Der angefochtene Beschluss und der unterzeichnete Nachtrag von 2013 entfalten auch Rechtswirkungen gegenüber anderen Unionsorganen und den Mitgliedstaaten. Soweit die Union für die Unterzeichnung einer solchen Vereinbarung mit einem Drittstaat zuständig war (gleichviel, welches Organ zur Genehmigung und Unterzeichnung der Vereinbarung befugt war, und gleichviel, ob es sich bei der entsprechenden Zuständigkeit um eine ausschließliche oder mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit handelte), begründeten das Gebot, das geschlossene Auftreten der Union

55 Beschluss C(2013) 6355 final der Kommission vom 3. Oktober 2013 über die Unterzeichnung des Nachtrags zur Vereinbarung über einen finanziellen Beitrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

56 Siehe für das Folgende insbes. EuGH, Rs. C-660/13 *Rat gegen Kommission*, ECLI:EU:C:2015:787 (Schlussanträge der Generalanwältin), E. 70 und 71.

nach außen zu gewährleisten, sowie der damit verbundene, für die Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union und zwischen den Unionsorganen untereinander geltende Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit Verpflichtungen der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten, bei der Verwirklichung der Ziele der Union zusammenzuarbeiten, dieses Handeln nicht zu beeinträchtigen und die Kohärenz der verschiedenen Politikbereiche der Union sicherzustellen.»

Der EuGH befasste sich, wie bereits erwähnt, nur mit der inhaltlichen Seite der Klage. Er befand, dass es um wesentliche Aspekte der Festlegung der Politik der Union im Kontext der Anpassung des finanziellen Beitrags der Schweiz aufgrund ihres Zugangs zu einem infolge des EU-Beitritts von Kroatien erweiterten Binnenmarkt ging, weshalb die Zustimmung des Rates erforderlich war. Der Gerichtshof erklärte deshalb den Kommissionsbeschluss für nichtig. Zugleich entschied er, dass seine Wirkungen für so lange aufrechterhalten werden sollten, bis innerhalb einer angemessenen Frist ein neuer Beschluss, der ihn ersetzen soll, in Kraft getreten war.⁵⁷

2. Koordinierendes Sozialversicherungsrecht

Zum FZA zwischen der Schweiz und der EU gehören u.a. Bestimmungen über die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme der Vertragsparteien. Die Einzelheiten hierzu finden sich im Anhang II zum FZA. Dieser bildet zusammen mit den Anhang III über die gegenseitige Anerkennung von beruflichen Qualifikationen denjenigen Teil des FZA, welcher vom für das Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss an neues EU-Recht angepasst werden kann,⁵⁸ aber nicht muss – das Abkommen ist insofern nicht dynamisch ausgestaltet, sondern vielmehr im Ansatz statisch. Anpassungen der beiden Anhänge durch den Gemischten Ausschuss sind immer wieder (wenn auch nicht in allen Fällen neuen Unionsrechts) erfolgt.

Im Dezember 2011 erliess der Rat einen Beschluss zum Standpunkt der EU zu einer solchen Anpassung.⁵⁹ Es ging dabei um die Anpassung des FZA an

57 Siehe hierzu etwa M. CHAMON / V. DEMEDTS, *The Commission back on the leash: no autonomy to sign non-binding agreements on behalf of the EU: Council v Commission*, *Common Market Law Review*, 54(1) (2017), 245-262; ANNE PIETER VAN DER MEI, *EU External Relations and Internal Inter-institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, 1051-1076.

58 Dies im Gegensatz zum Anhang I über die Freizügigkeit, der nicht durch einen Beschluss des Gemischten Ausschusses angepasst werden kann, sondern das ordentliche Revisionsverfahren erfordert.

59 Beschlusses 2011/863/EU des Rates vom 16. Dezember 2011 über den Standpunkt der Europäischen Union im Gemischten Ausschuss, der mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit eingesetzt wurde, zur

die neue Generation des EU-Sozialversicherungsrechts ab dem Jahr 2004. Der Rat fasste den Beschluss gestützt auf Art. 48 AEUV in Verbindung mit Art. 218 Abs. 9 AEUV. In der Folge focht das Vereinigte Königreich Grossbritannien und Nordirland (VK) die Gültigkeit dieses Beschlusses an.⁶⁰ Nach seiner Auffassung hätte statt Art. 48 AEUV zum freien Verkehr von Arbeitskräften Art. 79 Abs. 2 Buchst. b AEUV zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewählt werden müssen. Dies hätte es dem VK, das aufgrund einer Sonderregelung an diesem letzteren EU-Politikbereich nicht voll beteiligt war, ermöglicht, sich nicht am Erlass dieses Beschlusses zu beteiligen und nicht durch ihn gebunden zu sein.

Die Klagelegitimation des VK führte – wenig überraschend – zu keinen Diskussionen. Es war vielmehr deutlich, dass in einem solchen Fall, wo ein EU-Mitgliedstaat klagt, einzig die weiter oben genannten Grundvoraussetzungen erfüllt sein mussten. Dies war klarerweise der Fall: Die Klagefrist war gewahrt, und die Klage betraf einen Akt des Rats, der Auswirkungen auf Dritte (hier v.a. die Mitgliedstaaten) hatte.

Die Entscheidung des EuGH enthält hierzu keine Ausführungen, sondern befasst sich einzig mit dem Klagegrund der angeblich falsch gewählten Rechtsgrundlage. Diese Seite des Falls ist integrationsrechtlich besonders interessant: Der Gerichtshof entschied, dass Art. 48 AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass eines Beschlusses wie des in Rede stehenden darstellt, wenn der Drittstaat kraft eines auf der Grundlage von Art. 217 AEUV (Assoziierungsartikel) genehmigten Abkommens zum Zwecke der Anwendung des früheren Sozialversicherungsrechts der EU bereits einem Mitgliedstaat gleichgestellt worden ist und wenn weiter mit dem Beschluss hauptsächlich das Ziel verfolgt wird, die Aktualisierung dieses Rechts durch neuere Vorschriften widerzuspiegeln. Der EuGH lehnte somit den durch das VK vorgebrachten Klagegrund ab.

Erwähnenswert ist dabei, dass dieser Entscheid einen von drei weitgehend vergleichbaren Fällen darstellt, in welchen das VK stets dasselbe Argument vorbrachte. Die anderen beiden Fälle betreffen den EWR⁶¹ bzw. das Ankara-Übereinkommen zwischen der EU und der Türkei.⁶² Laut VAN ELSUWEGE⁶³ zeigt die kombinierte Lesart der drei Entscheide, dass die Nutzung

Ersetzung des Anhangs II des Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2011 L 341/1.

60 EuGH, Rs. C-656/11 *VK gegen Rat (Schweiz)*, ECLI:EU:C:2014:97.

61 EuGH, Rs. C-431/1 *VK gegen Rat (EWR)*, ECLI:EU:C:2013:589.

62 EuGH, Rs. C-81/13 *VK gegen Rat (Türkei)*, ECLI:EU:C:2014:2449.

63 PETER VAN ELSUWEGE, Sectoral Bilateralism: Lessons from the Case Law of the Court of Justice of the European Union, in: Maresceau/Tobler (Fn. 52), 97-116.

der EU-Binnenmarktcompetenzen als Rechtsgrundlage für den Export der internen Rechtsvorschriften der Union ins Ausland das Vorhandensein integrationsorientierter Abkommen voraussetzt, die eine einheitliche Auslegung und Anwendung der gemeinsamen Rechtsnormen vorsehen (siehe dazu Art. 16 Abs. 2 FZA). Der Autor hält fest, dass sich die drei Regime aus integrationsrechtlicher Perspektive in wesentlichen Punkten unterscheiden. Weil sowohl die Schweiz als auch die EWR/EFTA-Staaten im fraglichen Bereich (Koordination des Sozialversicherungsrechts) im Wesentlichen den EU-Mitgliedstaaten gleichgestellt sind, kann Art. 48 AEUV als einzige materielle Rechtsgrundlage dienen. Mit Bezug auf die Türkei ist dies jedoch nicht der Fall.

Damit illustriert die erwähnte Entscheidung auch, dass das bilaterale Recht aus EU-rechtlicher Sicht nur dann wirklich verstanden wird, wenn es im Vergleich mit anderen, EU-rechtlichen Assoziationsregimen gesehen wird.⁶⁴

3. Schengen: Die «Schweizer Klausel» im EU-Waffenrecht

Um die Klage eines EU-Mitgliedstaates geht es auch im Fall *Tschechien gegen Parlament und Rat*.⁶⁵ Er betrifft die Waffenrichtlinie der EU,⁶⁶ welche via das bilaterale Schengen-Assoziationsabkommen⁶⁷ auch für die Schweiz relevant ist. U.a. geht es dabei um eine Bestimmung in der Richtlinie über die Möglichkeit, nach dem Ausscheiden aus der Armee Dienstwaffen zu Hause aufzubewahren. Wiewohl neutral formuliert, ist dies klar auf die Schweiz zugeschnitten. Es handelt sich um ein prominentes Beispiel eines Erfolges der Schweiz bei der Ausübung ihres Mitspracherechtes (*decision shaping*) im EU-Gesetzgebungsverfahren, wenn es um neue EU-Regeln geht, welche die Schweiz im Rahmen des dynamischen Systems des bilateralen Schengen-Assoziationsabkommens zu übernehmen hat.

64 Dazu in anderem Kontext bereits CHRISTA TOBLER / GEORGES BAUR, Der Binnenmarkt ist (k)ein Schweizer Käse. Zum Assoziationsstatus der Türkei, der EWR/EFTA-Staaten und der Schweiz, insb. mit Bezug auf den EU-Binnenmarkt, in: Astrid Epiney / Markus Kern / Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Bern/Zürich/Basel/Genf 2015, 331-345.

65 EuGH, Rs. C-482/17 *Tschechien gegen Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2019:1035.

66 Damals Richtlinie 2017/853 über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen, ABl. 2017 L137/22 (mit späteren Änderungen), heute Richtlinie 2021/555 über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (kodifizierter Text), ABl. 2021 L115/1.

67 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz heute SR 0.362.31, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52, mit seitherigen Änderungen.

In der Schweiz führten die neuen Regeln zu einem Referendum, wurden aber in der Volksabstimmung vom 19. Mai 2019 angenommen.⁶⁸

In der EU versuchte Tschechien mit seiner Nichtigkeitsklage, die Richtlinie zu Fall zu bringen. Mit Bezug auf die erwähnte Spezialregelung über das Aufbewahren von Dienstwaffen zuhause sprach es von einer «Massanferti-gung» für die Schweiz und brachte im Wesentlichen vor, die Vorschrift sei diskriminierend.

Auch hier war die verfahrensrechtliche Seite des Falles unproblematisch und sind letztlich andere Aspekte aus integrationsrechtlicher Sicht interes-sant. Inhaltlich ging es um den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Uni-onsrechts. Er verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschied-lich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung sei objektiv gerechtfertigt.⁶⁹ Der EuGH befand, dass sich die Schweiz bezüglich ihrer Kultur und Traditionen in einer beson-deren Situation befindet, die mit keinem EU-Mitgliedstaat vergleichbar ist, und bestätigte deshalb die Gültigkeit der fraglichen Bestimmung (wie im Übrigen auch der Richtlinie als Ganzer).

VAN ELSUWEGE⁷⁰ unterstreicht, dass sich die Sonderbehandlung der Schweiz nicht etwa auf ihren Status als Drittstaat stützt, sondern vielmehr aus der Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes der Unionsrechtsordnung folgt. Er fährt fort: «This example illustrates how the association of Switzer-land with the Schengen *acquis* and the dynamic adaptation and participation mechanisms foreseen under this arrangement allow for a far-reaching form of integration without membership. This stands in stark contrast to the static approach under other bilateral agreements, most notably the AFMP» (gemeint ist das FZA).

4. Der Fall Magnan – und die Frage eines Institutionellen Abkommens

Um das FZA geht es inhaltlich im letzten hier zu erwähnenden Beispiel. Es handelt sich um den bereits weiter oben im Zusammenhang mit der Untätig-keitsklage kurz erwähnten Fall *Magnan*,⁷¹ betreffend einen französischen Arzt, der seinen Beruf im Schweizer Kanton Genf ausüben wollte. Die Behör-den erlaubten ihm zwar die eigenverantwortliche Ausübung seines Berufs,

68 Siehe: Umsetzung der EU-Waffenrichtlinie im Schweizer Waffenrecht.

69 Siehe zum Ganzen CHRISTA TOBLER, The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach, in: Rosas/Levits/Bot (Fn. 17), 443-467.

70 VAN ELSUWEGE (Fn. 63), S. 113.

71 EuGH, Rs. T-99/19 *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693, sowie Rs. C-860/19 P *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693 (Rechtsmittel).

nicht aber die Berufsausübung zulasten der obligatorischen Krankenversicherung. Nach dem Schweizer Recht kann die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung vom Nachweis eines Bedürfnisses abhängig gemacht werden. Eine Ausnahme gilt für Personen, die mindestens drei Jahre lang in einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet haben.⁷²

Der Arzt erblickte in dieser Regelung einen Verstoss gegen das FZA. Er blieb allerdings sowohl vor den Schweizer Gerichten als auch vor der Europäischen Kommission erfolglos. Auf seine Aufforderung an die Kommission, gegen die Schweiz tätig zu werden, antwortete ihm der EAD und versicherte ihm, dass er und die Kommission alles in ihrer Macht Stehende täten, um die ordnungsgemässe Anwendung des FZA und die Wahrung der Rechte der Unionsbürger und Unionsbürgerinnen in der Schweiz sicherzustellen. Die EU-Behörden hätten aber in dem Fall, dass die Parteien des Abkommens zu solchen Fragen keine Einigung erzielen könnten, keine Möglichkeit, eine Lösung herbeizuführen.

Wie weiter oben erwähnt, machte der Arzt in der Hauptsache eine Untätigkeit der Kommission geltend. Hilfsweise brachte er aber auch vor, das Schreiben des EAD sei als eine Weigerung der Kommission, tätig zu werden, zu verstehen, und diese sei als nichtig zu erklären. Das Europäische Gericht liess die Frage offen, ob das Schreiben des EAD der Kommission zuzuordnen sei. Es hielt aber fest, dass, selbst wenn dem so wäre, der Antrag auf Nichtigerklärung als offensichtlich unzulässig zurückgewiesen werden müsste. Grund dafür ist insbes., dass das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit nicht erfüllt ist. Laut dem Gericht kann sich die gerügte Handlungsweise der Kommission nicht unmittelbar auf die Rechtsstellung des Klägers auswirken, weil allfällige Massnahmen der Kommission gegen die Schweiz als solche nicht geeignet wären, die spezifische Rechtsstellung des Klägers hinsichtlich seines Rechts auf Ausübung des Arztberufs in der Schweiz in qualifizierter Weise zu verändern.

Interessant ist dieser Fall auch deshalb, weil er auf die verfahrensrechtlichen Grenzen des bilateralen Rechts hinweist. So stellt das Gericht fest:⁷³

«[...] dass das einzige Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten über die Auslegung oder die Anwendung des FZA das Verfahren nach Art. 19 FZA ist. Danach können die Vertragsparteien den Gemischten Ausschuss mit allen Streitigkeiten dieser Art befassen. Dieser Ausschuss kann die Streitigkeiten

72 Zur materiellen Seite dieser Thematik siehe ASTRID EPINEY, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, Jusletter 22. April 2013.

73 EuGH, Rs. T-99/19 *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693, E. 31 und 32.

beilegen, indem er alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Funktionierens des Abkommens prüft. Im Übrigen erlegt diese Vorschrift dem Gemischten Ausschuss bezüglich der Streitbeilegung keine Ergebnisverpflichtung auf, sondern stellt ihm lediglich die Mittel dazu bereit. Im vorliegenden Fall gibt es jedoch kein Streitbeilegungsverfahren, dessen Voraussetzung wäre, dass eine der Parteien des FZA einseitig Maßnahmen gegen die andere Partei erlässt. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die vom Kläger als Beispiel angeführte Entscheidung, dieses Abkommen nach Art. 25 Abs. 2 oder 3 FZA nicht zu verlängern oder aber zu kündigen, definitionsgemäß nicht als eine solche Voraussetzung angesehen werden kann, da eine solche Entscheidung das FZA selbst beenden würde.»

Diese Ausführungen sind auf derselben Linie wie jene des EAD, der in seinem Schreiben an den Kläger auf die Wünschbarkeit von neuen institutionellen Regeln hinwies. Das Gericht umschreibt die relevante Passage dieses Schreibens wie folgt:⁷⁴

«Am 20. Dezember 2018 beantwortete der Europäische Auswärtige Dienst (EAD) schriftlich das an die Kommission gerichtete Schreiben des Klägers vom 22. Oktober 2018 und versicherte ihm, dass der EAD und die Kommission alles in ihrer Macht Stehende täten, um die ordnungsgemäße Anwendung des FZA und die Wahrung der Rechte der Unionsbürger in der Schweiz sicherzustellen. Die Frage der Beschränkung des Zugangs von Ärzten zum Arbeitsmarkt in der Schweiz, insbesondere im Kanton Genf, sei zwar seit 2013 Gegenstand laufender Gespräche mit den schweizerischen Behörden, doch seien diese Behörden und die der Union über die Auslegung des FZA und die rechtliche Bewertung der Bedürfnisklausel uneins. Die Unionsbehörden hätten in dem Fall, dass die Parteien keine Einigung erzielen könnten, in Ermangelung eines Streitbeilegungsmechanismus keine Möglichkeit, eine Lösung herbeizuführen. Da sie sich dieses Problems bewusst seien, hätten sie die schweizerischen Behörden ersucht, ein institutionelles Rahmenabkommen auszuhandeln, das die Möglichkeit vorsehe, sich an ein Schiedsgericht zu wenden und bei Fragen im Zusammenhang mit Begriffen des Unionsrechts den Gerichtshof der Europäischen Union zu befassen, um eine einheitliche Auslegung der mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossenen Abkommen zu gewährleisten und identische Rechte und Pflichten zu garantieren.»

Diese Auszüge stellen den Fall in den grösseren Zusammenhang des Wunsches der EU nach griffigeren institutionellen Regeln im rechtlichen Verhältnis zur Schweiz und mithin in den Kontext der «institutionellen Fragen». Diese Thematik geht nicht zuletzt auf die Sichtweise der EU zurück, in der die

74 EuGH, Rs. T-99/19 *Nathaniel Magnan gegen Kommission*, ECLI:EU:T:2019:693, E. 8.

Schweiz – wenn auch nur teilweise – am erweiterten EU-Binnenmarkt beteiligt ist, zu dem – in einem höheren Grad – auch die EWR/EFTA-Staaten gehören und in welchem die Binnenmarktregeln einheitlich ausgelegt und angewendet werden sollten.⁷⁵ Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über erneuerte institutionelle Regeln für eine Anzahl binnenmarktrelevanter Abkommen führten zum weiter oben erwähnten Entwurfstext für ein institutionelles Abkommen, welches der Bundesrat dann aber ablehnte.⁷⁶ Zur Zeit laufen zwischen den Parteien Sondierungsgespräche mit Blick auf mögliche neue Verhandlungen, welche nach der Vorstellung des Bundesrates über die institutionellen Fragen hinausgehen und den bilateralen Weg insgesamt festigen und weiter ausbauen sollen.⁷⁷

V. Schlussbemerkungen

Der vorliegende Beitrag befasste sich schwerpunktmässig mit dem EU-rechtlichen Nichtigkeitsverfahren im Kontext des bilateralen Rechts Schweiz-EU und hier insbes. mit den verfahrensrechtlichen Klagevoraussetzungen. Die hierzu genannten Beispiele zeigten, dass Fälle mit privilegierten Klagenden einzig aus der EU selber stammen können. Fälle aus der Schweiz – einschliesslich jener, in welchen die Schweiz als Staat klagt – betreffen dagegen immer nicht privilegierte Klagende, für welche die rechtlichen Hürden zum Verfahren höher sind. Auch in den aus der EU stammenden Fällen zeigte sich aber, dass der Zugang zum Verfahren an Klagevoraussetzungen scheitern kann.

Zugleich klingt in den erwähnten Beispielen auch der grössere Kontext des bilateralen Rechts an, einschliesslich seiner inhaltlichen und institutionellen Grenzen. Hier bleibt abzuwarten, in welcher Richtung sich die Dinge auf der politischen Ebene entwickeln werden.

75 Siehe hierzu Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rz. 33.

76 Zu den politischen Gründen hierfür siehe RENÉ SCHWOK, *The Shelved Institutional Agreement EU-CH from a Political Science Perspective*, in: Maresceau/Tobler (Fn. 52), 281-309. Siehe im selben Band auch CHRISTINE KADDOUS, *The Failure of the Institutional Agreement from a Legal Perspective*, in: Maresceau/Tobler (Fn. 52), 310-336.

77 Siehe hierzu die Medienmeldung des Bundesrates vom 25. Februar 2022, *Beziehungen zur EU: Der Bundesrat legt Stossrichtung für Verhandlungspaket fest*.

Literaturverzeichnis

- BAUDENBACHER LAURA MELUSINE, EuGH überträgt die Polydor-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen, *European Law Reporter* 2013, 173-182.
- CHAMON M. / DEMEDTS V., The Commission back on the leash: no autonomy to sign non-binding agreements on behalf of the EU: Council v Commission, *Common Market Law Review*, 54(1) (2017), 245-262.
- EPINEY ASTRID, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, *Jusletter* 22. April 2013.
- HAKENBERG WALTRAUD / SEYR SYBILLE, Verfahren vor dem Gerichtshof der EU: Handbuch, 4., vollständig überarbeitete Auflage, Wien/Berlin/Zürich 2020.
- KADDOUS CHRISTINE, The Failure of the Institutional Agreement from a Legal Perspective, in: Marc Maresceau / Christa Tobler (Hrsg.), *Switzerland and the EU: A Challenging Relationship*, Dordrecht 2023, 310-336.
- LENAERTS KOEN / GUTIÉRREZ-FONS JOSÉ A. / ADAM STANISLAS, Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law* 81 (2021) 1, 47-88.
- OESCH MATTHIAS, *Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug*, Zürich 2020.
- OESCH MATTHIAS / GABRIEL SPECK, Das geplante Institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EuGH, in: Astrid Epiney / Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Bern: Stämpfli/Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2017, 257-273.
- PIRKER BENEDIKT, A Comparison between the Swiss Cohesion Payments and the Norway Grants, in: Marc Maresceau / Christa Tobler (Hrsg.), *Switzerland and the EU: A Challenging Relationship*, Dordrecht 2023, 255-280.
- ROSAS ALLAN / LEVITS EGILS / BOT YVES (Hrsg.), *La cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de 60 ans de jurisprudence / The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on 60 years of case-law*, The Hague 2013.

SCHWEIZER SAMUEL / TOBLER CHRISTA, Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht – Insbesondere im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Astrid Epiney / Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Bern/Zürich/Basel/Genf 2013, 335-354.

SCHWOK RENÉ, The Shelved Institutional Agreement EU-CH from a Political Science Perspective, in: Marc Maresceau / Christa Tobler (Hrsg.), Switzerland and the EU: A Challenging Relationship, Dordrecht 2023, 281-309.

TOBLER CHRISTA

- Das Ende des schweizerischen Champagners, AJP 2008, 499-503.
- Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände: Tafeln (zusammen mit Jacques Beglinger) und Text, Zürich/St. Gallen 2013.
- Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, EuZW 2013, 432-434.
- The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach, in: Rosas Allan / Levits Egils / Bot Yves (Hrsg.), La cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de 60 ans de jurisprudence / The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on 60 years of case-law, The Hague 2013, 443-467.
- Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney / Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern: Stämpfli/Zürich, Basel, Genf: Schulthess 2010, 369-384.

TOBLER CHRISTA / BAUR GEORGES, Der Binnenmarkt ist (k)ein Schweizer Käse. Zum Assoziationsstatus der Türkei, der EWR/EFTA-Staaten und der Schweiz, insb. mit Bezug auf den EU-Binnenmarkt, in: Astrid Epiney / Markus Kern / Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Bern/Zürich/Basel/Genf 2015, 331-345.

VAN DER MEI ANNE PIETER, EU External Relations and Internal Inter-institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2016, 1051-1076.

Florian Geering

Der Türhüter vor der Verfassungsbeschwerde

Eine quantitative Untersuchung von
anwaltlicher Vertretung bei subsidiären
Verfassungsbeschwerden

I. Einleitung	207
<hr/>	
II. Methode	207
A. Untersuchungsgegenstand und Daten	207
B. Verfahrensart	208
C. Parteitypen und Vertretungsstatus	209
D. Verfahrensausgang	210
<hr/>	
III. Ergebnisse	210
A. Anwaltliche Vertretung hilft	210
B. ... besonders beim Eintreten	211
C. Verfassungsbeschwerden scheitern häufig	212
D. ... aber Anwält:innen sind viel erfolgreicher	213
<hr/>	
IV. Diskussion	215
A. Zusammenfassung	215
B. Interpretation	215
C. Empfehlungen	216
D. Einschränkungen	217
E. Schluss	217
<hr/>	
Literaturverzeichnis	219

I. Einleitung

Das Gesetz soll jedem und immer zugänglich sein: Das ist die Erwartung des Mannes vom Lande, der in Kafkas *Prozess* vor dem Türhüter auf den Zugang zum Recht wartet.¹

Laut Bundesgericht sieht die Realität anders aus. Für nahezu alle Rechtsuchenden, die mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gelangen, bleiben im Ergebnis nur «Kosten und Frustration» übrig: Zu diesem dramatischen Schluss kam das Bundesgericht 2018 in seiner Stellungnahme zur Botschaft zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes.² Doch steht bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde wirklich ein derart mächtiger Türhüter vor dem Zugang zum Recht, dass dieser Zugang faktisch bedeutungslos wird?

In diesem Beitrag untersuche ich, wie sich anwaltliche Vertretung auf die Erfolgchancen von Beschwerdeführer:innen auswirkt. Ein besonderer Fokus liegt auf subsidiären Verfassungsbeschwerden. Dazu verwende ich einen durch automatisiertes Text Mining erstellten Datensatz mit 110'885 Bundesgerichtsentscheiden seit 2007.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts, wonach die subsidiäre Verfassungsbeschwerde den Rechtssuchenden praktisch nichts bringe, zeige ich, dass subsidiäre Verfassungsbeschwerden von anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer:innen gleich häufig gutgeheissen werden wie Einheitsbeschwerden. Damit erfüllt die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tatsächlich eine wichtige Funktion in der Korrektur von Verletzungen verfassungsmässiger Rechte.

II. Methode

A. Untersuchungsgegenstand und Daten

Diese Studie umfasst alle Urteile des Bundesgerichts, welche zwischen dem 1. Januar 2007 und dem 30. Juni 2022 gefällt wurden und am 1. Oktober 2022 auf der Website des Bundesgerichts abrufbar waren ($N=112'393$).

Die Entscheide wurden mit einem Scraper heruntergeladen. Mit automatisiertem Text Mining durch regelbasierte Algorithmen (Regular Expressions)

1 KAFKA FRANZ, *Der Prozess*, Verlag Die Schmiede, Berlin 1925, S. 376 (digitale Volltext-Ausgabe bei Wikisource).

2 Medienmitteilung des Bundesgerichts, Bundesgericht begrüsst Botschaft zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes mit Vorbehalt zur subsidiären Verfassungsbeschwerde.

sowie durch maschinelles Lernen (Random Forest) wurden insgesamt 58 verschiedene Variablen aus den Urteilen extrahiert.³ Dazu zählen der Verfahrensausgang, der Parteytyp (natürliche Person, juristische Person oder staatliches Organ) oder die Verfahrensart, aber auch das Entscheiddatum, die Namen der Richter:innen und Anwäl:innen oder die Höhe der Gerichtskosten.

Der Urteilsdownload, das Text Mining und die nachfolgenden Auswertungen wurden mit der statistischen Programmiersprache *R* unter Version 4.2.1 durchgeführt.⁴ Urteile, die noch unter den Verfahrensregeln des OG⁵ gefällt wurden oder in denen die Parteien, das Dispositiv oder der Verfahrensausgang nicht zweifelsfrei extrahiert werden konnten, wurden aus den Daten ausgeschlossen ($n=1508$, 1,36% aller Urteile).

Der resultierende Datensatz umfasst 110'885 Urteile, darunter 6058 subsidiäre Verfassungsbeschwerden. Dies ist somit einer der grössten bekannten tabellarischen Datensätze zu Urteilen des schweizerischen Bundesgerichts.⁶

B. Verfahrensart

Die Verfahrensart wurde aus der vom Bundesgericht vorgenommenen Klassifizierung extrahiert: Das Verfahren ist im Buchstaben an der zweiten Stelle in der Geschäftsnummer (z.B. «2D_1/2007») codiert, wobei «D» für subsidiäre Verfassungsbeschwerden steht.⁷ Fälle, in denen sowohl eine Einheitsbeschwerde als auch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben wurden und die vom Bundesgericht als ordentliche Beschwerde (Buchstaben «A»-«C») kategorisiert worden sind, werden von dieser Auswertung deshalb nicht erfasst. Ebenfalls nicht erfasst sind Fälle, die als Einheitsbeschwerde erhoben und in der Dossiernummer codiert wurden, vom Bundesgericht später aber nur als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen worden sind.

Diese Auswertung beschränkt sich somit auf subsidiäre Verfassungsbeschwerden, die nicht in einer Rechtsschrift zusammen mit einer ordentlichen Beschwerde eingereicht wurden. Diese Einschränkung entspricht indessen auch dem Verständnis von «subsidiärer Verfassungsbeschwerde», das sich in den offiziellen Statistiken des Bundesgerichts zeigt: In den Geschäftsberichten

3 Für eine detaillierte Beschreibung der Methode siehe GEERING, N 16-23.

4 R Core Team, *R: A language and environment for statistical computing*.

5 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110 (aufgehoben per 1. Januar 2007).

6 Übertroffen wird der hier verwendete Datensatz vom in der Zwischenzeit erschienenen Swiss Federal Supreme Court Dataset: GEERING FLORIAN/MERANE JAKOB, *Swiss Federal Supreme Court Dataset (SCD)*, Zenodo, 2023.

7 Generalsekretariat des Bundesgerichts, Nummerierung der Dossiers ab 2007 (BGG).

werden nur diese «selbstständigen» subsidiären Verfassungsbeschwerden gezählt,⁸ und auch in der ablehnenden Stellungnahme des Bundesgerichts zur Beibehaltung der Verfassungsbeschwerde bei der BGG-Revision 2018 wurden ausschliesslich diese Fallzahlen genannt.⁹ Entsprechend weichen die vom Bundesgericht veröffentlichten Statistiken zu den subsidiären Verfassungsbeschwerden nur geringfügig von den Fallzahlen und Verfahrensausgängen im hier verwendeten Datensatz ab.

C. Parteitypen und Vertretungsstatus

Die Namen der Parteien werden bei der Urteils publikation durch das Bundesgericht nach Art. 27 Abs. 2 BGG grundsätzlich anonymisiert. Anhand ihrer anonymisierten Namen (z.B. «X.», «Y. SA», «Regierungsstatthalteramt Z.») wurden die Parteien deshalb automatisch als natürliche Person, juristische Person oder staatliches Organ klassifiziert.¹⁰

Wenn auf einer Seite des Verfahrens mehr als eine Partei involviert war, wurden diese Parteien zusammen betrachtet und gemäss ihrem Status als *repeat player* oder *one shotter* nach Galanter klassifiziert.¹¹ Wenn mindestens eine Partei auf einer Seite des Verfahrens ein staatliches Organ war, wurde die ganze Beschwerdeführer:innen- bzw. Beschwerdegegner:innen-Seite als staatlich klassifiziert. Wenn auf einer Seite keine staatlichen Organe erkannt wurden, hatte die Klassifizierung als juristische Person in gleicher Weise Priorität gegenüber natürlichen Personen.

Der Vertretungsstatus der Parteien wurde anhand der Nennung ihrer Vertreter:innen (z.B. «vertreten durch Rechtsanwältin ...») automatisch erfasst. Dabei wurde auch zwischen Vertreter:innen mit und ohne Zulassung als Anwält:in unterschieden. Da Anwält:innen auch als Ghostwriter:innen für vorgeblich nicht vertretene Parteien arbeiten können, kann diese Codierung die Einwirkung von Anwält:innen nicht perfekt abbilden. Da durch Ghostwriting die Verfahrensausgänge zwischen vertretenen und nicht vertretenen Parteien angeglichen werden, hat dieses Phänomen allerdings keinen massgeblichen Einfluss auf die Studienresultate: Im Gegenteil fällt der tatsächliche Effekt der Vertretung damit allenfalls *noch grösser* aus als der gemessene Effekt.

8 Statt vieler: Bundesgericht, Geschäftsbericht 2021, S. 9.

9 Medienmitteilung des Bundesgerichts, Bundesgericht begrüsst Botschaft zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes mit Vorbehalt zur subsidiären Verfassungsbeschwerde.

10 So auch schon SONGER/SHEEHAN, S. 239.

11 GALANTER, *passim*.

D. Verfahrensausgang

Der Ausgang der Verfahren wurde extrahiert und in fünf Kategorien eingeteilt: Gutheissung, teilweise Gutheissung, Abweisung, Nichteintreten und Abschreibung.¹²

Die meisten empirischen Studien zu Urteilen verwenden eine dichotome Unterteilung von Fällen als «gewonnen» oder «verloren». Wie in der bestehenden empirischen Literatur zum Bundesgericht sowie auch in den Geschäftsberichten des Bundesgerichts wurden so auch in dieser Studie ganz und teilweise gutgeheissene Beschwerden als Sieg für die Beschwerdeführer:innen gewertet,¹³ Abweisungen und Nichteintreten als Sieg für die Beschwerdegegner:innen. Beschwerden, die vom Bundesgericht abgeschrieben wurden, können nur mit einer Einzelfallbetrachtung als Sieg oder Niederlage kategorisiert werden. Deshalb werden Abschreibungen bei der Berechnung von Erfolgswahrscheinlichkeiten nicht berücksichtigt.

III. Ergebnisse

Über das Ganze gesehen ist die Hiobsbotschaft des Bundesgerichts nicht völlig falsch: Der Gang nach Lausanne oder Luzern lohnt sich tatsächlich für die wenigsten Beschwerdeführer:innen. Von allen Beschwerden ans Bundesgericht seit 2007 wurden bloss 9,1% vollständig und 5,3% teilweise gutgeheissen. Dagegen wurden 45,4% der Beschwerden abgewiesen, und auf 36,2% ist das Bundesgericht gar nicht eingetreten. 85% der Beschwerdeführer:innen oder fünf von sechs Beschwerdeführer:innen gelangen also vergebens an das Bundesgericht. Für diese rund 5800 Parteien pro Jahr bleiben im Ergebnis wohl tatsächlich nur Kosten und Frustration übrig.

A. Anwaltliche Vertretung hilft ...

Wird aber auch betrachtet, ob die Beschwerdeführer:innen anwaltlich vertreten waren, ergibt sich ein deutlich differenzierteres Bild. Beschwerdeführer:innen, welche von einem Anwalt oder einer Anwältin vertreten sind,¹⁴

12 Das angewandte Vorgehen, um den Verfahrensausgang automatisch zu codieren, wird beschrieben in GEERING, N 17-20.

13 TANQUEREL *et al.*, S. 33; VOKINGER/MÜHLEMATTER, N 22 ff.

14 Vertreter:innen, welche keine Anwäl:innen sind, sind nur in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts zugelassen (Art. 40 Abs. 1 BGG *e contrario*). Da nichtanwaltliche Vertreter:innen nur in einem sehr kleinen Teil jener Fälle relevant sind, wird in diesem Beitrag nur zwischen Parteien mit und ohne anwaltliche Vertretung unterschieden.

machen rund 53% aller Fälle aus. Sie haben 19,1% ihrer Beschwerden gewonnen, während nicht vertretene Beschwerdeführer:innen nur mit 10,3% ihrer Beschwerden erfolgreich waren.

Ausgehend vom Chancenverhältnis (*odds ratio*) haben anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen somit 2,05-mal höhere Chancen, dass ihre Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen werden, als nicht vertretene Beschwerdeführer:innen.¹⁵ Dieser Unterschied ist statistisch hoch signifikant: Das 95%-Konfidenzintervall für das Chancenverhältnis liegt zwischen 1,98 und 2,12.

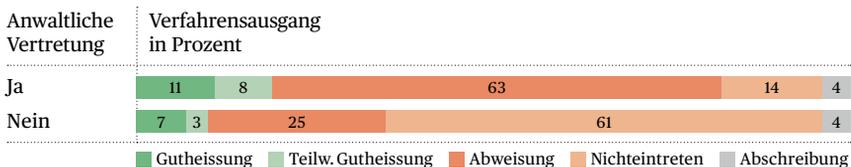
B. ... besonders beim Eintreten

Das Chancenverhältnis von 2,05 bedeutet also einen klaren Vorteil für vertretene Beschwerdeführer:innen. Doch auch dieser Effekt ist nuancierter, wenn die Analyse verfeinert wird und über das blosses Gewinnen oder Verlieren einer Beschwerde hinausgeht.

Über alle Fälle im Datensatz gesehen hat das Bundesgericht seit 2007 14,4% aller Beschwerden gutgeheissen oder teilweise gutgeheissen. Demgegenüber wurden 45,4% der Beschwerden abgewiesen und auf 36,2% ist das Bundesgericht gar nicht eingetreten.¹⁶

Dabei zeigt Abbildung 1, dass die grössten Unterschiede zwischen vertretenen und nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen beim Eintreten bestehen: Auf mehr als die Hälfte aller Beschwerden von nicht vertretenen Parteien, nämlich 61,0%, tritt das Bundesgericht nicht ein. Demgegenüber stehen nur 14,4% Beschwerden von vertretenen Parteien, auf die nicht eingetreten wird.

Abb. 1: Verfahrensausgang nach Vertretungsstatus der Beschwerdeführer:innen bei allen Beschwerden vor Bundesgericht



15 Die Chancen von vertretenen Beschwerdeführer:innen (a/b) berechnen sich als Anzahl erfolgreicher vertretener Beschwerdeführer:innen (a) dividiert durch Anzahl nicht erfolgreicher vertretener Beschwerdeführer:innen (b), hier also $10799/45825 \approx 19,1/80,9 = 0,23$. Bei den nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen analog $c/d \approx 10,3/89,7 = 0,11$, das Chancenverhältnis entspricht dann $(a/b)/(c/d) \approx 0,23/0,11 = 2,1$. Für ein ausführlichere Beschreibung siehe GEERING, N 33-35.

16 Diese Zahlen entsprechen weitgehend den in den Geschäftsberichten des Bundesgerichts veröffentlichten Zahlen, z.B. Geschäftsbericht 2021.

Somit haben anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen 9,8-mal höhere Chancen (95%-KI: 9,47, 10,05), dass auf ihre Beschwerden eingetreten wird.

Wenn nicht vertretene Beschwerdeführer:innen allerdings die Eintretenshürden überwinden, sind sie nicht mehr im Nachteil gegenüber vertretenen Parteien. Im Gegenteil werden 28,2% der zulässigen Beschwerden von nicht vertretenen Parteien gutgeheissen, aber nur 22,5% der zulässigen Beschwerden von vertretenen Beschwerdeführer:innen.

Damit haben *nicht* vertretene Beschwerdeführer:innen gegenüber anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer:innen 1,36-mal höhere Chancen (95%-KI: 1,30, 1,41), dass ihre Beschwerden gutgeheissen werden, sofern das Bundesgericht darauf eingetreten ist. Dieses Ergebnis gilt allerdings nur, wenn alle Beschwerdeführer:innen betrachtet werden. Werden nur natürliche Personen als Beschwerdeführer:innen untersucht, so haben anwaltlich vertretene natürliche Personen 1,67-mal höhere Chancen (95%-KI: 1,57, 1,77), dass ihre Beschwerden gutgeheissen werden, wenn darauf eingetreten wurde.¹⁷

Diese Ergebnisse zeigen also, dass die Eintretensvoraussetzungen für Beschwerden an das Bundesgericht die bedeutsamste Hürde für Beschwerdeführer:innen ohne anwaltliche Vertretung darstellen. Mehr als die Hälfte aller Beschwerdeführer:innen ohne anwaltliche Unterstützung kann also ihre Anliegen dem Bundesgericht nicht so präsentieren, dass es darauf eintritt. Für diese Parteien bleiben wohl nur «Kosten und Frustration» übrig.

C. Verfassungsbeschwerden scheitern häufig ...

Die bestehende empirische Literatur zum Einfluss von anwaltlicher Vertretung auf den Ausgang von Gerichtsverfahren legt nahe, dass sich dieser Effekt zwischen verschiedenen Rechtsgebieten unterscheidet.¹⁸ Es stellt sich somit die Frage, wie die Situation bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde aussieht und welcher Einfluss hier mit anwaltlicher Vertretung assoziiert ist.¹⁹

Im hier verwendeten Datensatz sind 6058 Entscheide zu «selbstständigen» subsidiären Verfassungsbeschwerden enthalten. Nach Art. 113 BGG kann eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden, wenn gegen kantonal letztinstanzliche Entscheide keine ordentliche Beschwerde zulässig ist. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG nur die Verletzung von verfassungsmässigen

17 Für eine detaillierte Analyse der Unterschiede zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und staatlichen Organen als Beschwerdeführer:innen vor Bundesgericht siehe GEERING, N 58-65.

18 POPPE/RACHLINSKI, S. 938.

19 Für eine Analyse aller Verfahrensarten vor Bundesgericht siehe GEERING, N 42-57.

Rechten. Als «selbstständig» gelten subsidiäre Verfassungsbeschwerden, die nicht zusammen mit einer ordentlichen Beschwerde eingereicht wurden und damit den Buchstaben «D» in der Geschäftsnummer tragen.²⁰ Diese Entscheide wurden vom Bundesgericht zwischen Anfang Januar 2007 und Ende Juni 2022 gefällt, was also etwa 400 subsidiären Verfassungsbeschwerden pro Jahr entspricht. Subsidiäre Verfassungsbeschwerden machen also 5,5% aller Entscheide des Bundesgerichts aus.

Tatsächlich war diesen subsidiären Verfassungsbeschwerden kaum Erfolg beschieden: Bloss 219 dieser 6058 Beschwerden wurden ganz oder teilweise gutgeheissen. Das entspricht 3,6% aller subsidiären Verfassungsbeschwerden.²¹ Der Schluss des Bundesgerichts, dass bei fast allen subsidiären Verfassungsbeschwerden für die Beschwerdeführer:innen «im Ergebnis nur Kosten und Frustration» übrig bleiben, überrascht angesichts dieser Zahlen tatsächlich nicht.

D. ... aber Anwält:innen sind viel erfolgreicher

Allerdings übersieht diese vom Bundesgericht und auch in der Lehre²² vertretene Betrachtung die Bedeutung von anwaltlicher Vertretung.

Tatsächlich wurden nur 21,0% der subsidiären Verfassungsbeschwerden von anwaltlich vertretenen Parteien erhoben. Das entspricht ungefähr 80 Verfassungsbeschwerden pro Jahr. Diese machen aber 75,3% der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden aus. Anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen sind mit ihren subsidiären Verfassungsbeschwerden also überproportional erfolgreich.

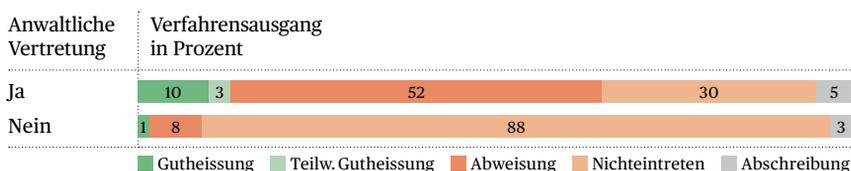
Nur 1,1% der von nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerden sind erfolgreich, während 13,0% der von Anwält:innen vorgebrachten Verfassungsbeschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen werden. Anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen haben 13,5-mal höhere Chancen (95%-KI: 9,82, 18,91), dass ihre subsidiären Verfassungsbeschwerden erfolgreich sind.

20 Zu dieser Zählweise, die auch das Bundesgericht verwendet, siehe auch oben Abschnitt II.B.

21 Für 2017 nannte das Bundesgericht in seiner *Medienmitteilung* 429 beurteilte subsidiäre Verfassungsbeschwerden, wovon 8 (1,86%) ganz oder teilweise gutgeheissen worden seien. In den hier verwendeten Daten sind 414 subsidiäre Verfassungsbeschwerden mit Entscheiddatum im Jahr 2017 enthalten, wovon 7 (1,7%) ganz oder teilweise gutgeheissen wurden.

22 Vgl. SCHWEIZER M., S. 336: «Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist ein weitgehend aussichtsloses Rechtsmittel.»

Abb. 2: Verfahrensausgang nach Vertretungsstatus der Beschwerdeführer:innen bei subsidiären Verfassungsbeschwerden



Der Vorteil von vertretenen Beschwerdeführer:innen zeigt sich sowohl beim Eintreten als auch in der materiellen Beurteilung. Wie schon bei der Analyse über alle Verfahrensarten ist der Effekt von anwaltlicher Vertretung beim Eintreten aber deutlich grösser. Wie Abbildung 2 zeigt, unterscheidet sich der Anteil von unzulässigen Verfassungsbeschwerden dramatisch zwischen vertretenen und nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen. Das Bundesgericht tritt nur auf 9,7% der ohne Vertretung erhobenen Verfassungsbeschwerden ein, verglichen mit 68,4% der von Anwält:innen vorgebrachten subsidiären Verfassungsbeschwerden. Somit haben anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen 20,2-mal höhere Chancen (95%-KI: 17,23, 23,66), dass auf ihre subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingetreten wird. Bei der materiellen Beurteilung ist der Effekt von anwaltlicher Vertretung kleiner, aber immer noch vorhanden. Die Chancen, dass eine zulässige Verfassungsbeschwerde ganz oder teilweise gutgeheissen wird, sind 1,84-mal höher (95%-KI: 1,31, 2,62), wenn die Beschwerdeführer:in vertreten ist.

Anwaltliche Vertretung geht also mit deutlich besseren Chancen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde einher: Bei *vertretenen* Beschwerdeführer:innen gibt es keinen statistisch signifikanten ($p > 0.05$) Unterschied im Anteil der Gutheissungen zwischen subsidiären Verfassungsbeschwerden (10,1%) und allen Beschwerden (10,7%), wobei jedoch deutlich weniger subsidiäre Verfassungsbeschwerden teilweise gutgeheissen werden (2,9% gegenüber 7,6% bei allen Beschwerden). In anderen Worten: Wenn die Beschwerdeführer:innen durch Anwält:innen vertreten sind, werden subsidiäre Verfassungsbeschwerden gleich häufig gutgeheissen wie Einheitsbeschwerden. Subsidiäre Verfassungsbeschwerden von nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen dagegen werden sehr viel seltener ganz (0,9%) oder teilweise gutgeheissen (0,3%) als die übrigen Beschwerden, welche ohne Vertretung erhoben werden.

IV. Diskussion

A. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass anwaltliche Vertretung mit einem sehr grossen Einfluss auf subsidiäre Verfassungsbeschwerden assoziiert ist. Anwaltlich vertretene Beschwerdeführer:innen haben 20,2-mal grössere Chancen, dass auf ihre subsidiären Verfassungsbeschwerden eingetreten wird, als nicht vertretene Beschwerdeführer:innen. Wenn das Bundesgericht auf die Verfassungsbeschwerde eingetreten ist, haben vertretene Beschwerdeführer:innen 1,84-mal grössere Chancen, dass die Beschwerde ganz oder teilweise gutgeheissen wird. Nur 1,1% der von nicht vertretenen Parteien erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerden waren erfolgreich, während vertretene Beschwerdeführer:innen mit 13,0% ihrer subsidiären Verfassungsbeschwerden gewannen. Bei von Anwäl:innen vertretenen Beschwerdeführer:innen gibt es keinen signifikanten Unterschied im Anteil der Gutheissungen zwischen subsidiären Verfassungsbeschwerden und allen Beschwerden. Anwäl:innen verschaffen den Parteien bei subsidiären Verfassungsbeschwerden also einen entscheidenden Vorteil. Statt «Kosten und Frustration» verschafft die Verfassungsbeschwerde den vertretenen Beschwerdeführer:innen also gleich häufig die Korrektur einer Rechtsverletzung wie eine Einheitsbeschwerde.

B. Interpretation

Diese Ergebnisse zeigen erstens, dass die jährlich rund 80 von Anwäl:innen erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerden nicht für die hohe Geschäftslast des Bundesgerichts verantwortlich sind. Zweitens werden von Anwäl:innen erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerden nicht weniger häufig gutgeheissen als Einheitsbeschwerden. Sie sind also keineswegs aussichtslos, sondern korrigieren häufig tatsächliche Verletzungen von verfassungsmässigen Rechten. Drittens gilt dies jedoch nicht für Beschwerdeführer:innen ohne anwaltliche Vertretung: Auf 87,8% ihrer subsidiären Verfassungsbeschwerden tritt das Bundesgericht gar nicht erst ein. Das entspricht einem mächtigen Türhüter, der kaum Parteien ohne Anwäl:in zur materiellen Beurteilung passieren lässt. Für viele der nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen ergeben sich aus einer subsidiären Verfassungsbeschwerde also tatsächlich nur «Kosten und Frustration». Das ist auch mit Blick auf den gleichen Zugang zum Recht problematisch.

C. Empfehlungen

Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wäre eine Lösung mit dem Vorschlaghammer, welche die Rolle von Anwäl:tinnen im Verfahren vor Bundesgericht ausser Acht lässt. Auch zahlreiche Verletzungen verfassungsmässiger Rechte, die von anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer:innen erfolgreich geltend gemacht werden, könnten so nicht mehr korrigiert werden.

Stattdessen sollten wir die grosse Zahl von unzulässigen subsidiären Verfassungsbeschwerden von nicht vertretenen Beschwerdeführer:innen reduzieren. Dafür sind kreative Lösungen gefragt. Bereits in der Evaluation der Bundesrechtspflege 2013 wurden ein Anwaltszwang sowie leicht zugängliche Rechtsberatung vorgeschlagen.²³ Ein Anwaltszwang bei subsidiären Verfassungsbeschwerden wäre ein Fremdkörper im Schweizer Rechtssystem und in der Verfahrensordnung vor dem Bundesgericht. Weniger formale Interventionen sollten jedoch unbedingt geprüft werden, um den Zugang zum Bundesgericht für Beschwerdeführer:innen ohne Anwäl:in zu verbessern. Erstens könnten kostenlose Rechtsberater:innen die Beschwerdeführer:innen über die Anforderungen an subsidiäre Verfassungsbeschwerden und die Prozesschancen aufklären. Zweitens sollten die Rechtsmittelbelehrungen der Entscheide der Vorinstanzen untersucht werden. Lassen sich mit angepassten, möglicherweise ausführlicheren Rechtsmittelbelehrungen unzulässige Beschwerden vermeiden? Drittens könnten standardisierte Beschwerdeformulare, wie sie beispielsweise der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwendet, die Anforderungen an Beschwerden klarer machen.²⁴ In digitaler Form könnten diese Formulare sogar direkt mit den Benutzer:innen interagieren und diese so unterstützen.

Diese Interventionen könnten in einem Versuchsbetrieb als randomisierte kontrollierte Studie geprüft werden. So könnte in einem begrenzten Rahmen die Wirksamkeit der Interventionen genau beurteilt werden. Abschliessend ist festzuhalten, dass der Zugang zum Recht gerade auch dann für alle gewährleistet sein muss, wenn das Bundesgericht mit Kriterien wie der «rechtlichen Grundsatzfrage» oder dem «besonders bedeutenden Fall» einen Schritt hin zu einem Auswahlverfahren machen sollte. Die vorgeschlagenen Interventionen würden also selbst bei einer Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde weiterhin relevant bleiben.

23 kpm/Interface/Universität Zürich, S. 133.

24 MISIC, S. 376; SCHWEIZER R. J., N 54.

D. Einschränkungen

Aus methodischer Sicht ist festzuhalten, dass vorliegend deskriptive Statistiken zu Beobachtungsdaten untersucht wurden. Es können somit keine Aussagen zur Kausalität der festgestellten Unterschiede gemacht werden. Die Stärke der festgestellten Effekte und ihre Übereinstimmung mit den theoretischen Grundlagen und der vorhandenen Literatur lassen eine Verzerrung durch ausgelassene Variablen jedoch als unwahrscheinlich erscheinen.

Die Anzahl Verfahren und die aggregierten Verfahrensausgänge weisen geringe Abweichungen von den vom Bundesgericht selbst veröffentlichten Zahlen auf. Diese Unterschiede sind allerdings vernachlässigbar klein. Sie sind vermutlich zum einen durch Unterschiede zwischen der Erfassung im Geschäftsverwaltungssystem des Bundesgerichts und der Entscheidungsveröffentlichung, zum anderen durch Unschärfen im Codierprozess zu erklären. Die weitgehende Übereinstimmung bei den Verfahrensausgängen zwischen den Statistiken des Bundesgerichts und den verwendeten Daten zeigt zudem, dass die automatische Codierung der Verfahrensausgänge sehr zuverlässig und valide ist.

Schliesslich lassen sich die gefundenen Effekte nicht ausschliesslich zurückführen auf die Fähigkeit von Anwält:innen, «gute» Beschwerdeschriften zu verfassen. Es ist naheliegend, dass sich auch die Fälle selbst zwischen vertretenen und nicht vertretenen Parteien unterscheiden. So ist zumindest denkbar, dass die von Anwält:innen geführten Beschwerden insgesamt aussichtsreichere Beschwerden umfassen als die Beschwerden von unvertretenen Parteien.²⁵ Es wäre jedoch kurzsichtig, den Effekt der anwaltlichen Tätigkeit vor einem Gericht isolieren zu wollen. Anwält:innen schreiben nicht nur Beschwerden, sondern entlasten durch die Auswahl von aussichtsreichen Fällen auch das Gericht und erklären den Parteien das Verfahren. Dadurch können sie das Vertrauen in die Justiz sogar dann stärken, wenn ihr:e Mandant:in letztlich verlieren sollte.²⁶

E. Schluss

Die Bedeutung von anwaltlicher Vertretung für den effektiven Rechtsschutz bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde blieb bisher ein blinder Fleck in der Diskussion um dieses Rechtsmittel. Das Bundesgericht geht davon aus,

25 Für eine Diskussion weiterer möglicher Stichprobenverzerrungen bei der Untersuchung von Gerichtsdaten siehe GEERING, N 83-87.

26 Vgl. hierzu den *procedural justice*-Ansatz, z.B. in POPPE/RACHLINSKI, S. 889.

dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde den Rechtssuchenden praktisch nichts bringe. Durch die Analyse aller Bundesgerichtsentscheide seit 2007 konnte ich jedoch zeigen, dass 13,0% der von Anwäl:innen geführten subsidiären Verfassungsbeschwerden erfolgreich sind. Subsidiäre Verfassungsbeschwerden von anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer:innen werden gleich häufig gutgeheissen wie Einheitsbeschwerden. Damit erfüllt die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tatsächlich eine wichtige Funktion in der Korrektur von Verletzungen verfassungsmässiger Rechte.

Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wäre folglich eine Lösung mit dem Vorschlaghammer. Stattdessen sollten kreative Lösungen diskutiert werden, wie nicht vertretene Beschwerdeführer:innen die Eintretensvoraussetzungen erfüllen können. Ich schlage hierzu kostenlose Rechtsberater:innen, verbesserte Rechtsmittelbelehrungen sowie Beschwerdeformulare vor.

Der Zugang zum Recht muss auch für nicht vertretene Beschwerdeführer:innen sichergestellt werden. Wie das ermöglicht werden kann, sollte diskutiert werden, bevor der nächste Reformversuch der Bundesrechtspflege angestossen wird.

Literaturverzeichnis

- GALANTER MARC, Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Rev.* 9 (1974), 95-160.
- GEERING FLORIAN, Do You Need a Lawyer?, *Justice – Justiz – Giustizia (Richterzeitung)* 4/2021.
- kpm/Interface/Universität Zürich, Zwischenbericht II: Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, 2012.
- MERANE JAKOB, Computergestützte Ermittlung der Geschlechterverteilung im bundesgerichtlichen Verfahren, *SJZ* 10/2021, 511-516.
- MISIC ALEXANDER, Verfassungsbeschwerde: Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), Zürich 2011.
- POPPE EMILY S. TAYLOR / RACHLINSKI JEFFREY J., Do Lawyers Matter? The Effect of Legal Representation in Civil Disputes, *Pepperdine Law Rev.* 43 (2016), 881-944.
- SCHWEIZER MARK, Zunehmende Aussichtslosigkeit von Rechtsmitteln vor Bundesgericht, *Anwaltsrevue* 2016, 330-338.
- SCHWEIZER RAINER J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit, *Justice – Justiz – Giustizia (Richterzeitung)* 4/2018.
- SONGER DONALD R. / SHEEHAN REGINALD S., Who Wins on Appeal? Upperdogs and Underdogs in the United States Courts of Appeals, *American J. of Political Science* 1992, 235-258.
- TANQUEREL THIERRY / VARONE FRÉDÉRIC / BOLKENSTEYN ARUN / BYLAND KARIN, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique*, Genf 2011.
- VOKINGER KERSTIN NOËLLE / MÜHLEMATTER URS JAKOB, Empirische Analyse bundesgerichtlicher Urteile zum Arztrecht, 2000-2017, Jusletter vom 23. April 2018.

Isabel Liniger

Warum wird den Abstimmungsfragen kein Prozess gemacht?

I. Tückische Abstimmungsfragen	223
<hr/>	
II. Rechtslage zum Formulieren von Abstimmungsfragen	225
A. Volksinitiativen vs. Referenden	227
B. Rechtsschutzlücke	229
C. Kein Rechtsschutz aus Gründen der Gewaltentrennung ...	229
<hr/>	
III. Aussichten auf Rechtsschutz	231
A. Lückenschliessung als Sache des Gesetzgebers	231
B. ... oder des Bundesgerichts?	232
<hr/>	
IV. Schlussfolgerungen	233
<hr/>	
Literaturverzeichnis	235

I. Tückische Abstimmungsfragen

*Dem guten Frager ist schon halb geantwortet.*¹ Das wusste bereits Nietzsche und er hätte damit das Problem im folgenden Fall auf den Punkt gebracht. Der Zürcher Regierungsrat beschloss am 6. Februar 1980 folgende Abstimmungsfrage den Stimmberechtigten vorzulegen: «Wollen Sie den zuständigen Bundesbehörden empfehlen, im Interesse der Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung, die Errichtung des Kernkraftwerks Kaiseraugst zu bewilligen?».² Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde gegen diese Abstimmungsfrage gut und fällte damit ein präjudizielles Urteil zum Verbot von Suggestivfragen. Da die Frage zum Ausdruck bringe, dass ein Kernkraftwerk im Interesse der Energieversorgung liege, wurde ein entscheidendes Argument der Befürworter in die Frage aufgenommen. In diesem Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass solche Suggestivfragen in einer Abstimmung unzulässig sind, weil sie die Abstimmungsfreiheit gemäss Art. 34 Abs. 2 BV verletzen.³ Das Bundesgericht stellte fest, dass eine fehlerhafte Abstimmungsfrage auf den Volkswillen einwirken und diesen verfälschen kann. Damit die unverfälschte Stimmabgabe gewährleistet werden kann, muss darum die Abstimmungsfrage klar und korrekt abgefasst sein.⁴

Die Schweizer Stimmbevölkerung wird regelmässig mit Abstimmungsfragen konfrontiert. Seit 1848 wurde in der Schweiz über 661 eidgenössische Vorlagen abgestimmt.⁵ Dabei fällt auf, dass die Formulierung der Abstimmungsfrage öfters zu Diskussionen in der Öffentlichkeit geführt hat. Grund dafür war, unter anderem, dass die Abstimmungsfrage häufig nicht das wiedergab, worum es inhaltlich ging. Das ist deshalb problematisch, weil die Formulierung der Abstimmungsfrage einen entscheidenden Einfluss auf das Abstimmungsverhalten der Stimmberechtigten hat.⁶ Die Abstimmungsfragen müssen leicht verständlich, einfach, klar und korrekt formuliert sein.⁷ Denn letztendlich geht es um die freie Meinungsbildung und unverfälschte Stimmabgabe, auf der das demokratische System der Schweiz beruht. Ältere wie auch aktuelle Abstimmungen zeigen hingegen, dass die Fragestellungen

1 FRIEDRICH NIETZSCHE, S. 389.

2 BGE 106 Ia 20, 22.

3 BGE 106 Ia 20 E. 3.

4 BGE 106 Ia 20 E. 1.

5 Bundesamt für Statistik, wobei die Volksinitiativen mit Gegenwurf als eine Vorlage gezählt werden, zuletzt besucht am 8. Dezember 2022.

6 BGE 106 Ia 20, 22 E. 1; HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 2425; PICENONI, S. 45; WIDMER, S. 90.

7 HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 2425; Widmer, S. 91 m.w.H.

mehr schwer als leicht verständlich und eher abstrakt als einfach formuliert sind. Nachfolgend wird dies anhand einiger Beispiele aufgezeigt:

- Die Abstimmungsfrage am 18. Februar 1979 lautete: «Wollen Sie die Volksinitiative ‹zur Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit beim Bau und Betrieb von Atomanlagen› annehmen?». Die Initiative wurde von den Atomgegnern ergriffen. Wer die Atomenergie ablehnte, musste folglich dem Volksbegehren zustimmen und jene, die die Atomenergie befürworteten, die Initiative ablehnen. Die Initiative wurde abgelehnt und scheiterte letztlich an der Fragestellung, und damit dem irreführenden Titel der Initiative, wie die nachträgliche VOX-Analyse aufzeigte.⁸
- Am 28. Februar 2016 wurde über folgende Frage abgestimmt: «Wollen Sie die Änderung vom 26. September 2014 des Bundesgesetzes über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG) (**Sanierung Gotthard-Strassentunnel**) annehmen?». Dass der Streitpunkt nicht die fett hervorgehobene Sanierung, sondern der Bau einer zweiten Gotthardröhre war und dieser nicht in der Frage vorkam, wurde von verschiedenen Seiten kritisiert. Die Formulierung sei nicht neutral, insbesondere der Zusatz in den Klammern sei werbend, da eine Sanierung positiv konnotiert und somit als Suggestivfrage unzulässig sei.⁹
- Am 27. September 2020 lautete die Abstimmungsfrage wie folgt: «Wollen Sie die Änderung vom 27. September 2019 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (**Erwerbsersatzgesetz**, EOG) annehmen?». Inhaltlich wurde über einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub abgestimmt, der mit keinem Wort in der Abstimmungsfrage erwähnt wurde. Der Grund dafür liegt im präzisierenden Titelzusatz, der hier fehlt. Stattdessen wurden Regelungsgegenstände in der Frage erwähnt, um die es nicht ging.¹⁰
- Die Abstimmungsfrage vom 28. November 2021 wurde wie folgt formuliert: «Wollen Sie die Änderung vom 19. März 2021 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für die Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (**Covid-19-Gesetz**) (Härtefälle,

8 WIDMER, S. 91 mit Verweis auf die VOX-Analyse der eidgenössischen Abstimmung vom 18. Februar 1979, S. 16.

9 ANDREAS KLEY, *Gotthard-Abstimmung: Ein Klammerzusatz gibt zu reden*, vom 13. Februar 2016; STEFAN HÄNE, «Zweite Gotthardröhre: Streit um Abstimmungsfrage» in: *Tages-Anzeiger* vom 9. Oktober 2015; BGER, 1C_81/2016, 1C_83/2016, 17. März 2016; Anfrage 15.1078 betreffend «Formulierung der Abstimmungsfrage beim Referendum zur zweiten Gotthard-Tunnelröhre» vom 24. September 2015 von REGULA RYTZ; ferner BRATSCHI, S. 58 f.; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N1953.

10 BRATSCHI, S. 55 f. mit weiteren Ausführungen und Beispielen.

Arbeitslosenversicherung, familienergänzende Kinderbetreuung, Kulturschaffende, Veranstaltungen) annehmen?». Dabei wurde das Referendum primär aufgrund der Zertifikatspflicht erhoben, welche nicht in der Zusatzklammer aufgeführt wurde.¹¹

Dass die Formulierung der Abstimmungsfrage einen wesentlichen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten der Stimmberechtigten hat, ist in der Rechtswissenschaft unbestritten. Bereits 1945 hielt PICENONI fest, dass die «Möglichkeit der Fragestellung auch die Möglichkeit der wirksamsten Einwirkung auf den Volkswillen in sich schliesst».¹² Auf diese Aussage bezieht sich WIDMER und schreibt, dass die «Art und Weise der Fragestellung [...] einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das Resultat einer Volksabstimmung» ausübt.¹³ Diese Ansicht widerspiegelt sich auch in der gegenwärtigen Literatur, so schreiben HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER: «Die Formulierung der Abstimmungsfrage hat einen entscheidenden Einfluss auf das Abstimmungsverhalten der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger.»¹⁴

Vor diesem Hintergrund widmet sich dieser Beitrag der Frage, ob Rechtsschutz gegen Abstimmungsfragen auf Bundesebene möglich ist. Dafür werden zunächst die Rechtslage und die Unterschiede zwischen Abstimmungsfragen bei Volksinitiativen und Referenden dargestellt. Anschliessend wird auf die Rechtsschutzlücke eingegangen und hinterfragt, wie es zu dieser kam und weshalb der Gesetzgeber diese bis anhin nicht behoben hat. Abschliessend wird der Frage nachgegangen, ob das Bundesgericht analog zu seiner Rechtsprechung zu den Abstimmungserläuterungen und der allgemeinen Informationslage die Rechtsschutzlücke selbständig füllen kann.

II. Rechtslage zum Formulieren von Abstimmungsfragen

Die Formulierung der Abstimmungsfrage gehört in die Vorbereitungsphase einer Abstimmung.¹⁵ Der Bundesrat ordnet gemäss Art. 10 BPR¹⁶ die Abstimm-

11 Gfs.bern, VOX-Analyse November 2021, S. 33; RENÉ DOZE/MIRKO PLÜSS, «Ein grosses Misstrauen vergiftet die Schweiz» in: NZZ am Sonntag vom 21. November 2021, S. 13; BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.

12 PICENONI, S. 45.

13 WIDMER, S. 90.

14 HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 2425.

15 DECURTINS, S. 135.

16 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR; SR 161.1).

mungen an.¹⁷ Dabei legt er den Abstimmungstermin und die Vorlage fest (Art. 10 Abs. 1^{bis} BPR). Ferner informiert der Bundesrat gemäss Art. 10a BPR die Stimmberechtigten über die eidgenössischen Abstimmungsvorlagen unter Beachtung der Grundsätze der Vollständigkeit, Sachlichkeit, Transparenz und Verhältnismässigkeit. Für die Abstimmungsvorlagen und die Stimmzettel ist der Bund zuständig. Er stellt diese gemäss Art. 11 Abs. 1 BPR den Kantonen zur Verfügung. Die Bundesverfassung garantiert gemäss Art. 34 Abs. 2 BV die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimtabgabe. Damit ist der Anspruch verbunden, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.¹⁸ Mit dem Anspruch auf eine klar und korrekt abgefasste Abstimmungsfrage¹⁹ ist auch die «Forderung nach einer möglichst einfachen Abstimmungsfrage» verbunden.²⁰ Für WIDMER verstösst eine zwar objektive, aber «sehr komplizierte und nur schwer verständliche Formulierung» ebenfalls gegen die Wahl- und Abstimmungsfreiheit.²¹

Bis heute gibt es keine gesetzlichen Grundlagen, welche die Formulierung von Abstimmungsfragen auf Bundesebene regeln.²² Es existieren weder ausdrückliche Regelungen noch interne Weisungen für die Bundeskanzlei, die das Formulieren und somit den Inhalt der Abstimmungsfragen regeln würden.²³ Die Formulierung beruht auf der Praxis des Bundesrates.²⁴ Der einzige Rechtsrahmen besteht in Art. 11 Abs. 2 BPR, welcher festlegt, dass der Wortlaut der Abstimmungsfrage in der Abstimmungsvorlage enthalten sein muss. Die Abstimmungsfrage wird zwar von der Bundeskanzlei ausgearbeitet, aber durch den Beschluss des Bundesrates festgelegt. Das führt dazu, dass die

17 HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 1196.

18 BGE 138 I 61 E. 6.2.

19 BGE 106 Ia 20 E. 1; HÄFELIN et al., N 1391; HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 2425.

20 WIDMER, S. 93.

21 WIDMER, S. 93 mit Verweis auf HUBER, S. 191.

22 Im Gegensatz zu den Abstimmungserläuterungen (vgl. Art. 11 Abs. 2 BPR); ein Vorstoss im Parlament zur Einführung von gesetzlichen Grundlagen von Abstimmungsfragen scheiterte (vgl. Parlamentarische Initiative 20.487 von GABRIELA SUTER), ebenso die Parlamentarische Initiative 20.462 von JÜRIG GROSSEN, die forderte, gesetzliche Grundlagen so anzupassen, dass «bei Vorliegen des Erlassentwurfs überprüft wird, ob der Titel der Endfassung noch zum Inhalt der Vorlage passt».

23 Motion 22.3132 betreffend «Auf bestehende indirekte Gegenvorschläge soll auf dem Abstimmungszettel hingewiesen werden. Förderung der demokratischen Transparenz» von Nationalrat MARCEL DOBLER, eingereicht am 16. März 2022; BIAGGINI, BV Komm., Art. 34 N 24 m.w.H.

24 BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.3; BIAGGINI, BV Komm., Art. 34 N 24 mit Hinweis auf die Antwort des Bundesrates vom 18. November 2015 zur Anfrage 15.1078 von REGULA RYTZ.

Gestaltungskompetenz des Stimmzettels einzig beim Bundesrat liegt²⁵ und die Bundeskanzlei keinen Spielraum bei der Formulierung der Abstimmungsfrage hat.²⁶ Ausserdem gibt es nicht *die* Abstimmungsfrage. Die Schweizer Stimmberechtigten dürfen in Sachfragen über fakultative oder obligatorische Referenden und Volksinitiativen mit oder ohne direkten oder indirekten Gegenvorschlag abstimmen.²⁷ Hinter jeder Art von Abstimmungsgrund steckt ein anderer Prozess und somit andersgeartete rechtliche Fragen. Darum muss nachfolgend zwischen Abstimmungsfragen von Referenden und Volksinitiativen differenziert werden.

A. Volksinitiativen vs. Referenden

Die Titelwahl bei Volksinitiativen kann in Bezug auf eine unverfälschte Stimmabgabe problematisch sein.²⁸ Gemäss BIAGGINI liegt die Schwierigkeit darin, dass der Initiativtitel eins zu eins in die Abstimmungsfrage auf dem amtlichen Stimmzettel integriert wird und «im entscheidenden letzten Moment – suggestiv – vor Augen steht».²⁹ Gerade bei emotionsgeladenen Suggestivtiteln kann das, so AUER, problematisch sein. Ihm fällt auf, dass die Titel der Volksinitiativen vermehrt an «diffuse Ängste, Gefühle und Vorurteile appellieren».³⁰ In der Botschaft über eine Teiländerung der Bundesgesetzgebung über die politischen Rechte vom 1. September 1993 wird zudem festgestellt, gefährlich seien «weit eher jene irreführenden Titel, die es nicht offensichtlich tun».³¹ Deshalb ändert die Bundeskanzlei den Initiativtitel gemäss Art. 69 Abs. 2 BPR, wenn er irreführend ist, eine kommerzielle oder persönliche Werbung enthält oder zu Verwechslungen Anlass gibt. Mit dieser Bestimmung wird zwar die grundsätzliche Freiheit der Initiantinnen und Initianten bei der Titelwahl gewährleistet, aber im Rahmen des formellen Vorprüfungsverfahrens kontrolliert.³² Die Bundeskanzlei sieht in der Praxis «sehr grosszügig über problematisch formulierte Titel» hinweg,³³ weshalb es bisher selten

25 Motion 22.3132 von MARCEL DOBLER, eingereicht am 16. März 2022.

26 BGer 1C_81/2016, 1C_83/2016, 17. März 2016, E. 3.1.

27 Überblick zu den einzelnen politischen Rechten im Bund: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N1383; zum fakultativen Referendum siehe BISAZ, N364.

28 AUER, S. 577 f.; BESSON, Information, S. 236 ff.; PICENONI, S. 94.

29 BIAGGINI, BV Komm., Art. 34 N 24.

30 AUER, ZBl, S. 577, er schlägt deshalb vor, dass die Bundeskanzlei einen neutralen und sachlichen Titel gibt, kritisch dazu: SCHAUB, S. 623 ff.

31 BBl 1993 III 445, S. 496.

32 SCHAUB, S. 626.

33 BIAGGINI, BV Komm., Art. 34 N 24 mit Hinweis auf AUER, S. 577 f.

Fälle gab, in denen ein Titel abgeändert wurde.³⁴ Gibt es aber einen solchen Fall, dann haben die Mitglieder des Initiativkomitees die Möglichkeit, gegen die Verfügung der Bundeskanzlei eine Beschwerde beim Bundesgericht zu erheben (Art. 80 Abs. 3 BPR und Art. 88 Abs. 1 lit. b BGG).³⁵

Bei den Referenden liegt der Kern des Problems ebenfalls im Titel, denn der Gesetzestitel bildet bei (fakultativen) Gesetzesreferenden einen integralen Bestandteil der Abstimmungsfrage.³⁶ Indem der Gesetzestitel den Erlass identifiziert und charakterisiert, wird er zugleich selbst Teil des politischen Diskurses,³⁷ weil sich der Wortlaut der Abstimmungsfrage nach dem Titel des von der Bundesversammlung verabschiedeten Gesetzes richtet.³⁸ Die Abstimmungsfrage beschränkt sich darauf, ob die Stimmberechtigten den mit dem Originaltitel bezeichneten Beschluss der Bundesversammlung annehmen wollen.³⁹ Nur so vermag gemäss Bundesrat die Fragestellung dem Kriterium der Sachlichkeit zu entsprechen.⁴⁰ Bei einer Gesetzesänderung durch einen parlamentarischen Vorstoss ist die konkrete Änderung nicht ersichtlich. Veranlasst der Bundesrat selbst eine Vorlage, so gibt es meist einen Untertitel, welcher die materiellen Änderungen präzisiert.⁴¹ Dies führt zu folgenden zwei Problemfällen⁴²: (1) Der präzisierende Titelzusatz fehlt gänzlich und der Titel der Gesetzesänderung ist so allgemein gefasst, dass nicht ersichtlich ist, worum es geht. Dies war beim eingangs erläuterten Beispiel zum Vaterschaftsurlaub der Fall.⁴³ (2) Der Titel ist irreführend formuliert, wie dies beispielsweise bei der Abstimmung zum Kinderabzug der Fall war. Der Titelzusatz «Steuerliche Berücksichtigung der Kinderdrittbetreuungskosten» passte nicht zum Inhalt der eigentlichen Änderung.⁴⁴ Die Ausführungen zeigen, dass die Formulierung gewisser Abstimmungsfragen problematisch ist. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob irreführende Abstimmungsfragen auf Bundesebene angefochten werden können.

34 SCHAUB, S. 628.

35 HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 814 m.w.H.

36 BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.3; MARCO ROMANO, AB 2021 N 2640.

37 BRATSCHI, S. 44.

38 MARCO ROMANO, AB 2021 N 2640.

39 BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.3.

40 Anfrage 15.1078 von REGULA RYTZ.

41 CÉLINE WIDMER, AB 2021 N 2640.

42 Ausführlicher dazu: BRATSCHI, S. 54 ff.

43 Dazu das Beispiel unter I.

44 Ausführlicher dazu: BRATSCHI, S. 56 f.

B. Rechtsschutzlücke

Art. 29a BV statuiert, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Ausnahmen sind vorbehalten. Eine solche Ausnahme findet sich in Art. 189 Abs. 4 BV, wonach Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht beim Bundesgericht angefochten werden können, Ausnahmen bestimmt das Gesetz. Aktuell existiert keine gesetzliche Grundlage, die hier eine Ausnahme vorsieht.⁴⁵ Auf Bundesebene kann deshalb potenziell irreführenden Abstimmungsfragen kein Prozess gemacht werden, weil dem Bundesgericht aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV die Kompetenz zur Überprüfung fehlt. Das Bundesgericht nimmt lediglich zu kantonalen Abstimmungsfragen materiell Stellung und stellt bei eidgenössischen Abstimmungsfragen stets seine Unzuständigkeit fest.⁴⁶ Aus diesem Grund gibt es bis heute kein Bundesgerichtsurteil, welches eine Abstimmungsfrage auf Bundesebene überprüft und als irreführend oder unzulässig beurteilt hat. Die Rechtsprechung – die sich auf kantonale Abstimmungsfragen bezieht – zeigt aber, dass es Fälle gibt, in denen aufgrund suggestiver Fragestellung die Abstimmungsfreiheit verletzt wird.

Die in Art. 29a BV vorgesehenen Ausnahmen vom Gerichtszugang bedürfen einer spezifischen Begründung als Rechtfertigung. Gemäss KRAUSE stellt Art. 189 Abs. 4 BV keine solche Ausnahme dar. Die Ausnahme knüpfe nicht am Inhalt, sondern exklusiv am Organ an und sei deshalb nicht geeignet.⁴⁷ Dabei sei es für einen «zulässigen Gerichtsausschluss» zwingend, an einem Akt oder dessen Inhalt anzuknüpfen.⁴⁸ Art. 189 Abs. 4 BV steht somit in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV.⁴⁹ Nachfolgend wird erläutert, weshalb dies bereits in der Vergangenheit umstritten war und bis heute in der Lehre kritisiert wird.

C. Kein Rechtsschutz aus Gründen der Gewaltentrennung

Als 1976 das Bundesgesetz über die politischen Rechte beraten wurde, stand auch die Frage im Raum, ob es künftig ein Rechtsmittel gegen die Abstimmungserläuterungen des Bundesrates geben soll. Der damalige Gesetzgeber wollte auf ein Rechtsmittel verzichten, mit folgender Begründung:

45 GLASER, S. 419.

46 BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.3; BGer 1C_81/2016, 1C_83/2016, 17. März 2016.

47 Hierzu ebenfalls SEFEROVIC, BSK BV, Art. 189 N 59.

48 KRAUSE, N96f.

49 HALLER, SGK BV, Art. 189 N 62.

«Gegen die Erläuterung ist [...] kein Rechtsmittel gegeben. Dies drängt sich auch nicht auf, da jedermann weiss, was man unter einer kurzen sachlichen Erläuterung versteht, da der Bundesrat sich hüten wird, unsachliche Erläuterungen abzugeben, die man ihm im Abstimmungskampf ohnehin nachweisen könnte und die sich dann gegen den Bundesrat richten würden».⁵⁰

Mit der Justizreform anerbot sich ein neuer Anlauf, um die oben beschriebene Rechtsschutzlücke zu schliessen.⁵¹ Vor dieser Reform bestand unter anderem das Problem, dass bei Abstimmungs- und Wahlbeschwerden jeglicher Rechtsschutz durch ein Gericht fehlte. Als Beschwerdeinstanz waren der Regierungsrat, Bundesrat und Nationalrat vorgesehen – allesamt politische Behörden.⁵² Ein Ziel dieser Reform war eine Verbesserung des Rechtsschutzes, unter anderem im Bereich der politischen Rechte des Bundes.⁵³ Die Botschaft selbst sprach davon, dass sie den «Rechtsschutz in allen Bereichen» sicherstellen wolle.⁵⁴ Mit Art. 189 Abs. 1 Bst. f BV hat das Bundesgericht heute die Kompetenz, Streitigkeiten wegen Verletzung von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte zu beurteilen. Bereits vor Inkrafttreten der Justizreform wurde allerdings erkannt, dass die Anforderungen der Rechtsweggarantie nicht vollständig umgesetzt werden,⁵⁵ da für die Abstimmungserläuterungen – somit auch Abstimmungsfragen – weiterhin kein Rechtsschutz besteht. Art. 189 Abs. 4 BV ist von der Vorstellung geprägt, dass die Bundesversammlung und der Bundesrat überwiegend politische Entscheide fällen und eine Verpolitisierung des Rechts verhindert werden soll.⁵⁶ Der Bundesrat begründet dies in der Botschaft wie folgt: «Der VE 96 Reformbereich Justiz hält deshalb an dieser, durch Gründe der Gewaltentrennung gerechtfertigten Ausnahme von der Rechtsweggarantie fest».⁵⁷ Nach «lebhaften

50 AmtlBull. 1976 S 518.

51 Das Schweizer Stimmvolk hat über die Justizreform abgestimmt, welche am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, AS 2006 1059.

52 BESSON, Rechtsschutz, S. 221; «Für Beschwerden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen war bis zum Inkrafttreten des BGG der Bundesrat beziehungsweise der Nationalrat letzte Instanz»; Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, BBl. 2013 9077, 9107 f. mit Hinweis auf die heute aufgehobenen Art. 81 und 82 des BPR (AS 1978 688).

53 BESSON, Rechtsschutz, S. 220; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl. 2001 4202, 4215 f.

54 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl. 1997 I 1, 494.

55 BESSON, Rechtsschutz, S. 222; TOPHINKE, S. 104 ff.

56 KRAUSE, N 92 m.w.H.; TOPHINKE, S. 106, spricht sich dafür aus, dass es sich bei Streitigkeiten um die politischen Rechte nicht um einen überwiegend politischen Bereich handelt; WALDMANN, BSK BV, Art. 29a N 18.

57 Botschaft «Bundesverfassung» (Fn. 54), 532.

Diskussionen in der Kommission» wurde in einem zweiten Satz hinzugefügt, dass das Gesetz Ausnahmen dazu bestimmen darf.⁵⁸ Das ausschlaggebende Argument, weshalb es keinen Rechtsschutz geben soll, war nicht mehr die Annahme, der Bundesrat werde sich davor hüten, unsachliche Erläuterungen abzugeben. Nun wurde der fehlende Rechtsschutz aus Gründen der Gewaltenteilung gerechtfertigt.⁵⁹ Die Gewaltenteilung wird lakonisch als undifferenziertes Argument aufgeführt, ohne dies ausführlicher zu begründen oder zu erläutern.⁶⁰ Im folgenden Kapitel wird auf die aktuelle Situation eingegangen.

III. Aussichten auf Rechtsschutz

A. Lückenschliessung als Sache des Gesetzgebers ...

Das Bundesgericht urteilte im vergangenen Jahr erneut über eine Beschwerde aufgrund eines sog. «Akt des Bundesrates».⁶¹ Die Bundesrichterin und die Bundesrichter fanden deutliche Worte, indem sie festhielten, dass, solange «der Bundesgesetzgeber diese im Lichte von Art. 34 und Art. 29a BV gewichtige Rechtsschutzlücke [...] nicht schliesst», das Bundesgericht nicht auf die Rüge eintreten könne.⁶² Das Bundesgericht zielt damit auf den Bundesgesetzgeber. Auch gemäss HALLER ist «es Sache des Gesetzgebers, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob er den Rechtsweg gegen den Akt einer obersten politischen Bundesbehörde öffnen will oder nicht».⁶³ Deutlichere Worte findet BESSON, der bereits vor dem Inkrafttreten der Justizreform meinte, es bleibe «die eindringliche Forderung, an den Gesetzgeber, diese Rechtsschutzlücke bald zu schliessen».⁶⁴ Tatsächlich liesse sich die Rechtsschutzlücke ohne Verfassungsänderung schliessen,⁶⁵ da gesetzliche Ausnahmen gemäss Wortlaut von Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV zulässig sind. Der Bundesgesetzgeber könnte einen Vorstoss für eine entsprechende gesetzliche Grundlage lancieren.⁶⁶

58 HALLER, N 43 ff. m.w.H.

59 Botschaft «Bundesverfassung» (Fn. 54), 532; BESSON, Rechtsschutz, S. 227 mit Verweis auf HALLER, N 43 ff.; KRAUSE, N 92.

60 HALLER, SGK, Art. 189 BV, N 63 nennt es einen «stereotypen Hinweis auf die Gewaltenteilung»; KRAUSE, N 96: «zu allgemein und pauschal».

61 BGer, 1C_225/2022, 14. Juli 2022.

62 BGer, 1C_225/2022, 14. Juli 2022, E. 3.3.

63 HALLER, SGK BV Art. 189 N 62.

64 BESSON, Rechtsschutz, S. 228 m.w.H. zur Argumentation.

65 STEINMANN/MATTLE, BSK BGG, Art. 82 N 77.

66 Von Politikern ausserhalb von Bern wird dies bereits gefordert: CHIARA STÄHELI, «Zu viele Fehler im Abstimmungsbüchlein: Nun soll das Parlament eine Gesetzeslücke schliessen», vom 17. August 2022, in: Aargauer Zeitung.

Von unterschiedlichen Seiten scheint die Forderung klar: Die Verantwortung liegt beim Gesetzgeber. Doch im Parlament ist zurzeit kein Vorstoss in diese Richtung hängig. Da drängt sich die Frage auf: Warum ist der Gesetzgeber hier untätig? Einerseits sind staatsrechtliche Themen, so faszinierend sie sind, keine Zugpferde für Politikerinnen und Politiker.⁶⁷ Andererseits könnte es auf die Befürchtung zurückgehen, dass die politische Gegnerschaft beschwerdeflutartig damit umgehen würde und es so zu uferlosen Streitigkeiten kommen könnte.⁶⁸ Die Frage, wie eine konkrete und praktikable Umsetzung möglich wäre, ist demnach offen.⁶⁹ Neben dem Parlament wäre es auch denkbar, dass das Bundesgericht, analog zu seiner Rechtsprechung bei den Abstimmungserläuterungen, einen eigenen Weg findet, um die Abstimmungsfragen zu überprüfen.

B. ... oder des Bundesgerichts?

Gemäss Art. 11 Abs. 2 BPR bildet das Abstimmungsbüchlein, bestehend aus der Abstimmungsvorlage, Abstimmungsfrage und den Erläuterungen des Bundesrates, eine Einheit und stellt gemäss Bundesgericht «als Präsentation gesamthaft einen Akt des Bundesrates im Sinne von Art. 189 Abs. 4 BV dar».⁷⁰ Die Abstimmungserläuterungen sind deshalb, wie die Abstimmungsfragen, grundsätzlich nicht vor Bundesgericht anfechtbar. Das Bundesgericht hat aber mit seiner Rechtsprechung zur Unternehmenssteuerreform II⁷¹ und zur Heiratsstrafe⁷² selbständig einen Weg eingeschlagen, um die Abstimmungserläuterungen im Rahmen der allgemeinen Informationslage zur Abstimmung überprüfen zu können.⁷³ Hat das Bundesgericht damit einen Weg eingeschlagen, um die Rechtsschutzlücke auch für die Abstimmungsfragen selbständig zu füllen?

Ein möglicher Ansatz, um Abstimmungsfragen gerichtlich zu überprüfen, führt über die allgemeine Informationslage, wie es das Bundesgericht bei der Unternehmenssteuerreform II und der Heiratsstrafe getan hat. Allerdings ging es bei der Abstimmung zur Abschaffung der Heiratsstrafe um Fakten,

67 CRAMER, S. 99; vgl. auch Credit Suisse Sorgenbarometer der Schweiz 2021, S. 6, wo sich in den Sorgen Top 10 klar andere Sorgen der Schweizer Bevölkerung widerspiegeln.

68 DANIEL FRIEDLI, Letztes Wort für die Richter, in: NZZ vom 1. März 2015.

69 Ausserdem ist fraglich, ob es des Drohpotenzials gerichtlich angeordneter Sanktionen bedarf: vgl. GLASER, S. 436.

70 BGer, 1C_81/2016, 1C_83/2016, 17. März 2016, E. 3.1.

71 BGE138I61.

72 BGer, 1C_315/2018, 1C_316/2018, 1C_329/2018, 1C_331/2018, 1C_335/2018, 1C_337/2018, 1C_339/2018, 1C_347/2018, 10. April 2019.

73 Kritisch dazu BIAGGINI, ZBl 2019, S. 539 ff.

die zur Zeit der Abstimmung noch nicht bekannt waren.⁷⁴ Dies wäre bei einer Abstimmungsfrage anders, da der Titel der Vorlage – sei dies bei einer Initiative oder einer Behördenvorlage – schon vor dem Abstimmungstermin bekannt ist. Daraus ergeben sich bereits zwei wichtige Abweichungen: (1) das Anfechtungsobjekt und (2) der fristauslösende Moment. Dies ist bei Abstimmungsfragen schon deutlich früher, sie muss vor der Abstimmung angefochten werden.⁷⁵ Das haben die beschwerdeführenden Personen zur Abstimmung des Covid-19-Gesetzes und zum Gotthard-Strassentunnel erkannt, und sie gelangten deshalb bereits im Vorfeld der Abstimmung an die jeweiligen Kantonsregierungen.⁷⁶

Gleichzeitig stellt sich die Frage, inwiefern die Abstimmungsfrage überhaupt ein Teil der allgemeinen Informationslage ist. Die Abstimmungsfrage liefert Informationen⁷⁷ und hat das Potenzial, das Stimmvolk im letzten, entscheidenden Moment zu beeinflussen.⁷⁸ Und doch hat sie, im Gegensatz zu den Erläuterungen, nicht zum Ziel, die Stimmberechtigten über den Inhalt zu informieren.⁷⁹ Selbst eine korrekt formulierte Abstimmungsfrage kann nicht alle Informationen liefern, um sämtliche Irrtümer auszuschliessen.⁸⁰ Der Initiativtitel oder Titel der Behördenvorlage verweist jeweils auf den Abstimmungsgegenstand, weshalb es primär um das korrekte Verweisen auf die Abstimmungsvorlage geht.⁸¹ Aus diesem Grund sind die Abstimmungsfragen nicht geeignet, um sie als Teil der allgemeinen Informationslage einzuordnen.

IV. Schlussfolgerungen

Das Bundesgericht ist nicht kompetent, eidgenössische Abstimmungsfragen zu überprüfen. Die verschiedenen Fälle zeigen jedoch, dass gewisse Abstimmungsfragen unter dem Gesichtspunkt von Art. 34 Abs. 2 BV problematisch formuliert sind und der Bundesgesetzgeber die Kompetenz des Bundesgerichts

74 BGer, 1C_315/2018, 10. April 2019, E. 2.4.

75 MARKIĆ, N 337, 341 ff.; HANGARTNER / KLEY / BRAUN BINDER / GLASER, N 2611.

76 BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, Sachverhalt.

77 BRATSCHI, S. 34 in Bezug auf die Gesetzestitel («Damit haben Titel eine informative Funktion»), welche wiederum einen integrativen Bestandteil der Abstimmungsfrage ausmachen, vgl. BGer, 1C_684/2021, 15. März 2022, E. 4.3.

78 BIAGGINI, BV Komm., Art. 34 N 24; HANGARTNER / KLEY / BRAUN BINDER / GLASER, N 2425; WIDMER, S. 90 mit Hinweis auf PICENONI, S. 45 m.w.H.

79 TSCHANNEN, Stimmrecht, S. 130 N 213: «Die Abstimmungsfrage hat keinen Informationsauftrag zu erfüllen.»

80 Beschluss Nr. 71 des Regierungsrats des Kantons Obwalden vom 23. August 2010, E. 2.1, abgedruckt in: ZBl11/2010, S. 579; HANGARTNER / KLEY / BRAUN BINDER / GLASER, N 2427.

81 WIDMER, S. 94 m.w.H.

erweitern müsste. Der heutige Gesetzgeber bleibt jedoch untätig und zeigt keinen Willen dazu, die Rechtsschutzlücke zu schliessen, weshalb der Weg über die Rechtsprechung zumindest denkbar wäre. Abstimmungsfragen haben keine Informationsfunktion und somit nicht zum Ziel, die Stimmberechtigten über die Abstimmungsvorlage zu informieren. Vielmehr verweisen sie auf die Abstimmungsvorlage, über welche abgestimmt wird. Vor diesem Hintergrund scheint der Weg über die allgemeine Informationslage ungeeignet, um Abstimmungsfragen überprüfen zu können. Erschwerend tritt die Tatsache hinzu, dass das Bundesgericht konsequent noch nie auf die Überprüfung von Abstimmungsfragen eingetreten ist – im Gegensatz zu den Abstimmungserläuterungen –, weshalb dies ohne entsprechende gesetzliche Grundlage wohl auch so bleiben wird.

Literaturverzeichnis

BESSION MICHEL

- Der Schutz der politischen Rechte auf Bundesebene – Rechtsschutz zur Sicherung fairer Wahl- und Abstimmungsverfahren auf Bundesebene, in: Schindler Benjamin (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts: Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel/Genf/München 2006, S. 219-232 (zit. BESSION, Rechtsschutz, S. ...).
- Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen, Diss. Bern 2003 (zit. BESSION, Information, S. ...).

BIAGGINI GIOVANNI

- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV Komm., Art. ... N ...).
- Eine Premiere mit begrenzter präjudizieller Tragweite, ZBl 120/2019, S. 531-558 (zit. BIAGGINI, ZBl 2019, S. ...).

BISAZ CORSIN, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk»: Eine Systematik des direktdemokratischen Verfahrensrechts in der Schweiz, Zürich/St.Gallen 2020.

BRATSCHI REBEKKA, Moderne Rechtsetzung / Was drin ist, muss auch drauf stehen, in: Höfler Stefan / Müller Kevin (Hrsg.), Rechtsetzung als Textkonstitution, Zürich 2021, S. 33-62.

CONRADIN CRAMER, In die Politik gehen, Zürich 2021.

DECURTINS GION-ANDRI, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf: Information und Beeinflussung der Stimmbürger in einer gewandelten halbdirekten Demokratie; mit vergleichenden Hinweisen auf das amerikanisch-kalifornische Recht, Diss. Freiburg 1992.

EHRENZELLER BERNHARD / SCHINDLER BENJAMIN / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014 (zit. AUTOR, SGK BV, Art. ... N ...).

FRIEDRICH NIETZSCHE, in: Colli Giorgio/Montinari Mazzino (Hrsg.), Sämtliche Werke, Nachgelassene Fragmente 1884-1885, Band 11, Berlin/Boston, 2. Aufl. 2021.

- GLASER ANDREAS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den politischen Rechten auf Bundesebene, ZBl 2017, S. 415-436.
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2020.
- HALLER WALTER / KÖLZ ALFRED / GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, Zürich 2020.
- HANGARTNER YVO / KLEY ANDREAS / BRAUN BINDER NADJA / ANDREAS GLASER, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2023.
- HUBER HANS, Die Formulierung der Abstimmungsfragen bei Eventualabstimmungen gemäss Art. 30 Abs. 2 der Zürcher Kantonsverfassung, ZBl 77/1976, S. 177-192.
- KLEY ANDREAS, Irreführende und sachwidrige Erläuterungen des Bundesrates zur Pflegeinitiative, Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2/2022, S. 103-107.
- KRAUSE JOSÉ, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, Zürich 2017.
- LIENHARD ANDREAS / TSCHANEN PIERRE / TSCHENTSCHER AXEL / ZELLER FRANZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022, in: ZBJV Band 158 2022, Bern, S. 491-541.
- MARKIĆ LUKA, Das kantonale Rechtsschutzverfahren im Bereich der politischen Rechte, Diss. Zürich 2022.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS / KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. AUTOR, BSK BGG, Art. ... N ...).
- PICENONI VITO, Die Kassation von Volkswahlen und Volksabstimmungen in Bund, Kantonen und Gemeinden, Diss. Zürich, Aarau 1945.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS / UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- SCHAUB LUKAS, Titel von Volksinitiativen: Zwischen privatem Gestaltungsanspruch, Oppositionsfunktion und unverfälschter Willensbildung der Stimmbürgerschaft, ZBl 117/2016, S. 623-642.

TOPHINKE ESTHER, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 107/2006, S. 88-110.

TSCHANNEN PIERRE

- Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht, S. ...).
- Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt am Main 1995 (zit. TSCHANNEN, Stimmrecht, S. ...).

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. AUTOR, BSK BV, Art. ... N ...).

WIDMER STEPHAN, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989.

Pia Hunkemöller

Das Transparenzgebot im Vergabeverfahren

I. Einleitung	241
<hr/>	
II. Das Transparenzgebot in den Verfahrensstadien	243
A. Das Transparenzgebot bei der Ausarbeitung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen ...	243
B. Das Transparenzgebot nach der Publikation der Ausschreibung	245
C. Das Transparenzgebot nach Einreichung der Offerten	247
1. Offertöffnung	247
2. Prüfung der Angebote	248
3. Bereinigung der Angebote	248
4. Bewertung der Angebote	250
D. Das Transparenzgebot nach Abschluss der Angebotsbewertung	251
1. Zuschlagserteilung	251
2. Transparenz und Akteneinsichtsrecht	252
<hr/>	
III. Würdigung	254
<hr/>	
Literaturverzeichnis	257
<hr/>	
Materialienverzeichnis	258

I. Einleitung

Transparentes staatliches Handeln ist eine Voraussetzung dafür, dass die Zivilgesellschaft ihre demokratischen Rechte wahrnehmen kann.¹ Ohne zugängliche, sachgerechte, nachvollziehbare und objektive Informationen durch den Staat kann der Einzelne kaum informierte Entscheidungen treffen und verliert gar seine Stellung als Subjekt im Gefüge.² Transparenz kann daher als impliziter rechtsstaatlicher Grundsatz im Sinne von Art. 5 BV identifiziert werden,³ der sich wohl am umfassendsten im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips zeigt, aber insbesondere auch im Vergaberecht von entscheidender Bedeutung ist.⁴

Das vergaberechtliche Transparenzgebot ist einer der in Art. 11 BÖB/IVöB⁵ festgehaltenen Verfahrensgrundsätze. So muss die Vergabebehörde das Verfahren transparent, objektiv und unparteiisch durchführen (lit. a), Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption ergreifen (lit. b) und den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieterinnen wahren (lit. e). Von den genannten Grundsätzen – wobei jeder für sich im Vergabeprozess eine prägende Rolle hat – nimmt das Transparenzgebot insbesondere aufgrund seiner rechtsstaatlichen Funktion eine herausragende Stellung ein. Es durchwebt den Vergabeprozess von der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen bis zur Publikation des Zuschlags und darüber hinaus.⁶

Das vergaberechtliche Transparenzgebot soll den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung zum Durchbruch verhelfen.⁷ Am Ende dient Transparenz zwei primären Zielen: Im Vordergrund

1 Zu denken ist beispielsweise an Informationen im Zusammenhang mit Abstimmungen (Art. 34 Abs. 2 BV; so BGE 145 I 282 E. 4.1) oder den Anspruch auf öffentliche Verhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV, BGE 147 I 407 E. 6.1). So auch TSCHANNEN, Rz. 1044; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, S. 131.

2 Ausführlich hierzu WIEDERKEHR, S. 541 ff.

3 WIEDERKEHR, S. 543; SPRECHER, S. 182.

4 WIEDERKEHR, S. 526.

5 Da die IVöB und das BÖB weitgehend identisch sind, zitiert die Lehre diese Gesetze grundsätzlich gemeinsam. Nicht alle Kantone sind der IVöB beigetreten, diesfalls gilt weiterhin die IVöB 2001. Für eine Übersicht s. Webseite zur revidierten IVöB (IVöB 2019).

6 «Keiner der vergaberechtlichen Grundsätze schillert so vielfältig, keiner ist so facettenreich – und gerade deswegen so schwer zu fassen – wie die Transparenz des Vergabeverfahrens.», BEYELER, Ziele, N 17.

7 BEYELER, Ziele, N 25; TERCIER, S. 16; BGE 141 II 353 E. 8.2.3; BGer, 2D_12/2021, 30. August 2021, E. 4.1.

steht stets die Erteilung des Zuschlags an das vorteilhafteste Angebot, also die Sicherstellung des funktionierenden Wettbewerbs.⁸ Transparente Information über den Ausschreibungsgegenstand ermöglicht *allen geeigneten* Anbieterinnen, das *tatsächlich Ausgeschriebene* zu offerieren, so dass die Vergabestelle den Zuschlag an das vorteilhafteste Angebot erteilt.⁹ Im weiteren Sinne fördern transparente Vergabe- und Rechtsschutzverfahren das Vertrauen der Bevölkerung in den Staat. Transparenz ermöglicht es den Anbieterinnen und der breiten Bevölkerung, den Umgang mit öffentlichen Mitteln nachzuvollziehen.¹⁰ Gerade im Vergaberecht, welches anfällig ist für Korruption, ist Transparenz unabdingbar.¹¹ Diesbezüglich hat Transparenz auch einen Selbstzweck und ist nicht nur Dienstleisterin.¹²

Was Transparenz im Vergabeverfahren genau bedeutet ist schwer zu fassen. Eine Definition gibt es in den Gesetzen nicht. Vielmehr enthalten die einschlägigen Gesetze Hinweise auf einen Transparenzgrundsatz, teilweise ohne den Begriff überhaupt zu verwenden.¹³ Der vorliegende Aufsatz untersucht, wie sich das Transparenzgebot im Vergabeverfahren äussert. Ziel ist es, dem Begriff der Transparenz mehr Konturen zu verleihen und zu prüfen, wie sich Transparenz noch präziser definieren lässt. Hierfür wird das Transparenzgebot im Vergabeprozess des offenen und selektiven Verfahrens¹⁴ über den gesamten Verlauf, von der Vorbereitung der Ausschreibung bis zum Rechtsmittelverfahren, nachverfolgt. Aus den Ausführungen wird sodann auch eine Empfehlung an die Vergabestellen formuliert, wie sie ihrer Pflicht zur Transparenz nachkommen können.

8 BGE 141 II 353 E. 8.2.3; BGer, 2D_12/2021, 30. August 2021, E. 4.1.

9 BEYELER, Ziele, N 25; wobei u.U. das Angebot bewusst vom Ausschreibungsgegenstand abweichen kann, so im Falle der Variante, Art. 33 BöB/IVöB.

10 BEYELER, Entscheide 2020/2021, N 115.

11 MÜLLER, S. 116 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 1139 f., 1147; BEYELER, Ziele, N 41 f.

12 BEYELER, Ziele, N 40; BEYELER, Entscheide 2020/2021, N 115; anders BGE 141 II 353 E. 8.2.3; BGer, 2D_12/2021, 30. August 2021, E. 4.1, wonach Transparenz blosses Mittel zur Zielerreichung sei.

13 BEYELER, Ziele, N 17; BöB/IVöB sehen das Transparenzgebot in Art. 11 ausdrücklich vor. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich jedoch erst aus den folgenden Bestimmungen. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BGBM, vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02), welches in Art. 5 Grundsätze für öffentliche Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben vorsieht, schreibt in Abs. 2 vor, dass das Vorhaben und die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag publiziert werden müssen. Weitere Ausführenden macht das Gesetz jedoch nicht. Hierzu auch DIEBOLD, S. 180.

14 Das Vergaberecht kennt vier Vergabeverfahren: Das offene, das selektive und das freihändige Verfahren sowie das Einladungsverfahren. Im offenen Verfahren können

II. Das Transparenzgebot in den Verfahrensstadien

A. Das Transparenzgebot bei der Ausarbeitung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen

Will eine Behörde eine Beschaffung vornehmen, muss sie zuerst den Beschaffungsgegenstand definieren und die Unterlagen zur Publikation aufbereiten.¹⁵ Die Ausschreibung enthält alle Eckwerte der Beschaffung, während die Ausschreibungsunterlagen alle Angaben für die ordnungsgemässe Angebotseinreichung enthalten.¹⁶ Von besonderer Bedeutung sind die Eignungs- und Zuschlagskriterien. Während die Eignungskriterien bei fehlender Erfüllung zum Ausschluss führen¹⁷, dienen die Zuschlagskriterien der Auswahl des vorteilhaftesten Angebots.¹⁸

Bei der Ausarbeitung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen genießt die Vergabestelle grosse Freiheiten bei der Festlegung des Ausschreibungsgegenstands, des Detaillierungsgrads und der Ausgestaltung der Teilnahmebedingungen.¹⁹ Jedoch muss sie darauf achten, dass die Dokumente widerspruchsfrei und unmissverständlich sind.²⁰ Insbesondere muss sie den Ausschreibungsgegenstand und die Anforderungen klar und eindeutig bezeichnen, so dass die Anbieterin alle Informationen hat, die sie benötigt, um ein korrektes Angebot einreichen zu können.²¹ Art. 35 sowie 36 BÖB und IVÖB legen den jeweiligen Mindestinhalt für die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen fest. Namentlich sind in der Ausschreibung die Eignungs- und die Zuschlagskriterien, Ort und Zeitpunkt der Leistungs-

alle Anbieterinnen ihre Angebote einreichen (Art. 18 Abs. 1 BÖB/IVÖB). Im selektiven Verfahren stellen die Anbieterinnen zuerst einen Antrag auf Teilnahme, bevor sie ein Angebot einreichen dürfen (Art. 19 Abs. 1 und 2 BÖB/IVÖB).

15 Die Publikation erfolgt durch den Verein *simap.ch* (Système d'information sur les marchés publics en Suisse) auf der gleichnamigen Website. Hierzu auch TANNER, S. 32 f. Vor der Verbreitung der elektronischen Publikation war die Publikation in einem Amtsblatt, allenfalls auch in Fachzeitschriften, notwendig, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherstellen zu können, LANG, S. 112 m.w.H.

16 KUONEN, Handkommentar, Art. 35 N 3 f.

17 WYSS, Handkommentar, Art. 27 N 5.

18 LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N 2.

19 JÄGER, N 7.

20 Zwischenentscheid BVGer, B-4959/2021, 18. Mai 2022, E. 5.5.2; Entscheid BRK, 2002-004, 26. Juni 2002, publiziert in VPB 66.86, E. 2.c.; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 11 N 4.

21 BGer, 2D_12/2021, 30. August 2021, E. 4.1; BVGer, B-5017/2019, 19. Februar 2020, E. 2.1; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 11 N 4; POLTIER, N 259; BEYELER, Ziele, N 44.

erbringung sowie die Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich²² zu bezeichnen.²³

Damit die Anbieterinnen bei der Ausarbeitung ihrer Gebote die Schwerpunkte richtig setzen können, müssen das Bewertungssystem und die Gewichtung der Zuschlagskriterien, inklusive der Unterkriterien, bekannt sein.²⁴ Eine Ausnahme für die Bekanntgabe von Unterkriterien gilt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn das Unterkriterium nur der Konkretisierung des Hauptkriteriums dient und soweit die Vergabestelle diesem Kriterium keine überragende Bedeutung zuschreibt, welche der eines Hauptkriteriums entspricht, oder soweit das Unterkriterium nicht von der üblichen Definition des Hauptkriteriums abweicht. Einfache Bewertungsschemen oder Hilfsmittel müssen den Anbieterinnen vorbehaltlich eines Ermessensmissbrauchs nicht im Voraus mitgeteilt werden.²⁵ Ein untergeordnetes Unterkriterium liegt gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dann nicht mehr vor, wenn das Unterkriterium in der Evaluation eine zahlenmässige Bewertung erhält.²⁶

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts wird in der Lehre zu Recht kritisiert: Eine professionell agierende Vergabebehörde entscheidet im Rahmen der Ausarbeitung der Ausschreibung und der Unterlagen, welche Kriterien in welchem Ausmass für den Zuschlag gewichtet werden sollen.²⁷ Die ausgearbeiteten Kriterien, Bewertungsschemen und Hilfsmittel sind anschliessend mit der Ausschreibung zu publizieren. Legt die Vergabebehörde die Unterkriterien und Bewertungsschemen erst nach der Offertöffnung fest, hat die Vergabebehörde aufgrund der Vielzahl möglicher Subkriterien und

22 Im Rahmen der WTO-Verhandlungen haben verschiedene Staaten das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422) abgeschlossen. Diesem Übereinkommen sind Vergaben für bestimmte Beschaffungsleistungen ab einem bestimmten Schwellenwert unterstellt (Art. 8 Abs. 4 BÖB). Für Vergaben, die nicht unter den Staatsvertragsbereich fallen, gelten teilweise Sonderbestimmungen (Art. 8 Abs. 5 BÖB). Innerhalb des Staatsvertragsbereichs gelten teilweise strengere Vorschriften und andere Fristen (bspw. Art. 46 Abs. 2 BÖB/IVöB). Das GPA von 1994 wurde 2012 grundlegend revidiert (Botschaft BÖB, S. 1853, 1858 ff.).

23 Art. 35 lit. d, n, p und t BÖB/IVöB.

24 Art. 29 Abs. 3 BÖB/IVöB, Art. 35 lit. p BÖB/IVöB und Art. 36 lit. d BÖB/IVöB; BGE 130 I 241 E. 5.1. Von der Gewichtung kann bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere im Dialogverfahren, abgesehen werden. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, ist eine pflichtgemässe Gewichtung im Voraus nicht möglich. Diesfalls ist jedoch zumindest die Rangfolge der Gewichtung im Voraus festzulegen und die Bewertung zu dokumentieren (Botschaft BÖB, S. 1945).

25 BGE 130 I 241 E. 5.1; BGer, 2D_1/2021, 8. März 2021, E. 5.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 849.

26 BVGer, B-6837/2010, 15. März 2011, E. 5.2.4.

27 KUONEN, Handkommentar, Art. 36 N 13.

Bewertungsmöglichkeiten übermässigen Manipulationsspielraum.²⁸ Die Publikation dient der Klarheit der Spielregeln und verhindert Diskriminierung.²⁹ Sind Subkriterien hingegen von derart untergeordneter Bedeutung, dass sie die Vergabestelle nicht im Voraus publizieren muss, ist auch eine entsprechende Aufschlüsselung bei der Bewertung nicht angezeigt.

Bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabestelle weiter darauf zu achten, dass sie die Begriffe so verwendet, wie sie im herkömmlichen Sinne verstanden werden. Will die Vergabestelle mit einem Begriff etwas anderes ausdrücken, als sich aus dem gewöhnlichen Verständnis des Begriffs ergibt, muss sie den Begriff so detailliert wie möglich erläutern.³⁰ Verzichtet sie auf die Erläuterung, ist sie bei der Auswertung der Offerten an das herkömmliche Begriffsverständnis gebunden, andernfalls würde sie die Bedeutung der Kriterien nachträglich ändern.³¹ Bei der Auslegung der Zuschlags- und Eignungskriterien gilt somit der Vertrauensgrundsatz. Die Kriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Der subjektive Wille der Vergabestelle ist irrelevant.³²

Die transparente Gestaltung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen kann ihren Zweck jedoch nur erfüllen, wenn diese korrekt publiziert werden. Nur wenn eine Anbieterin von einer Ausschreibung erfährt, kann sie ein entsprechendes Angebot einreichen. Art. 48 Abs. 1 BÖB und IVöB schreibt vor, dass Bund und Kantone gemeinsam eine Internetplattform betreiben und darauf Vorankündigungen, Ausschreibungen, Zuschläge und Abbrüche publizieren.³³

B. Das Transparenzgebot nach der Publikation der Ausschreibung

Während der laufenden Ausschreibung haben potenzielle Anbieterinnen und die Vergabestelle insbesondere in zwei Fällen Berührungspunkte: Wenn die Anbieterin Fragen zur Ausschreibung hat oder wenn die Vergabestelle die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen anpassen muss.

28 BEYELER, Entscheide 2014/2015, N 166; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 977.

29 BEYELER, Entscheide 2020/2021, N 234.

30 BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; Entscheid BRK, 2001-003, 5. Juli 2001, publiziert in VPB 65.94, E. 3d; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 566.

31 BGE 141 II 14 E. 7.1, wobei das Gericht im Hinblick auf das Ermessen der Vergabebehörde nicht die zweckmässigste Auslegung auszuwählen hat, sondern «die Grenzen des rechtlich Zulässigen» absteckt; BEYELER, Ziele, N 52.

32 BGE 141 II 14 E. 7.1; BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 862.

33 Publikationsorgan ist die Website des Vereins simap.ch. Hierzu auch FN 15.

In der Regel bietet die Vergabestelle den Anbieterinnen die Gelegenheit, Fragen zur Ausschreibung oder zum Ausschreibungsgegenstand zu stellen. Die Vergabestelle stellt die anonymisierten Fragen und die Antworten allen Anbieterinnen gleichzeitig zur Verfügung.³⁴ Beim offenen Vergabeverfahren erfolgt dies über die Publikation auf simap.ch. Zudem bietet simap.ch für jede Ausschreibung ein internetbasiertes Forum, über das die Vergabestelle und Anbieterinnen transparent kommunizieren können.³⁵

Stellt die Vergabebehörde im Verlauf der Ausschreibungsphase – also noch vor der Offertöffnung – fest, dass Anpassungen an den Ausschreibungsunterlagen notwendig sind, kann sie solche Anpassungen vornehmen.³⁶ Der Grundsatz der *Stabilität der Ausschreibung*, welcher die Unveränderlichkeit des Ausschreibungsgegenstands und der Ausschreibungsparameter vorsieht, greift in diesem Verfahrenszeitpunkt noch nicht.³⁷

Dennoch hat die Vergabestelle das Transparenzgebot bei der Anpassung der Ausschreibung zu beachten. Hierbei hängt das weitere Vorgehen der Vergabestelle davon ab, ob sie die Ausschreibung oder nur die Ausschreibungsunterlagen anpasst. Passt die Vergabestelle die Vergabeunterlagen an, muss sie alle Anbieterinnen, welche die Unterlagen verlangt bzw. über simap.ch bezogen haben, gleichzeitig informieren. Kann sie aufgrund der Gegebenheiten – stehen ihr insbesondere Kontaktangaben zur Verfügung – alle Anbieterinnen kontaktieren, ist die Änderung grundsätzlich zulässig.³⁸ Ändert sie hingegen Parameter in der Ausschreibung, stellt sich die Frage, ob allenfalls interessierte Anbieterinnen aufgrund der publizierten Ausschreibung auf eine Teilnahme verzichtet haben, die unter den angepassten Umständen nun teilnehmen wollten. Diesfalls hat die Vergabebehörde diese angepasste Verfügung neu zu publizieren, so dass alle interessierten Anbieterinnen von der angepassten Ausschreibung Kenntnis nehmen können.³⁹ In jedem Fall hat die Vergabebehörde

34 Art. 8 VöB; KUONEN, Handkommentar, Art. 36 N 4.

35 Weitere Informationen hierzu auf simap.ch.

36 BEYELER, Entscheide 2018/2019, N 127; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 806.

37 BVGer, B-4704/2021, 28. Mai 2022, E. 5.2.2; BEYELER, Entscheide 2018/2019, N 127; POLTIER, N 342; JÄGER, FN 5.

38 BEYELER, Entscheide 2016/2017, N 104; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 806; SUTER, N 240; JÄGER, N 39, der dies zumindest für die Anpassung von Verfahrensregeln vorsieht; Verwaltungsgericht Graubünden, U 2016 70, 10. Januar 2017, E. 3b; Kantonsgericht Waadt, MPU.2019.0005, 31. Juli 2019, E. 4. d. a. E.; in diese Richtung auch Kantonsgericht Luzern, 7H18205, 6. November 2018, E. 3.3.5.4; Verwaltungsgericht St. Gallen, B 2019/265, 17. Mai 2020, E. 4.2.1f. wonach die Beweislast, dass alle Anbieterinnen von der Ergänzung Kenntnis erhalten haben, bei der Vergabestelle liegt.

39 BVGer, B-4704/2021, 18. Mai 2022, E. 5.2.2; BEYELER, Entscheide 2016/2017, N 104; JÄGER, N 52.

zu prüfen, ob durch die Änderung der Ausschreibung oder der Unterlagen eine Anpassung der Frist für die Einreichung der Angebote notwendig ist. Gemäss Art. 46 BöB/IVöB kann die Vergabestelle die Einreichungsfristen frei festlegen (Abs. 1), wobei im Staatsvertragsbereich Minimalfristen gelten (Abs. 2). Bei substantziellen Berichtigungen dürfte die Vergabestelle gehalten sein, die publizierte Frist erneut anzusetzen, um die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen zu gewährleisten.⁴⁰ Bei geringeren Anpassungen ist eine Fristerstreckung nur angezeigt, wenn die Änderung zeitnah zum Eingabedatum erfolgt.⁴¹

C. Das Transparenzgebot nach Einreichung der Offerten

1. Offertöffnung

Nach Ablauf der Angebotsfrist folgt die Offertöffnung. Mindestens zwei Vertreterinnen der Vergabestelle öffnen die Angebote gemeinsam.⁴² Um Missbräuche zu verhindern – insbesondere damit keine verspäteten Eingaben berücksichtigt werden –, erstellt die Vergabebehörde ein Offertöffnungsprotokoll.⁴³ Spätestens nach dem Zuschlag erhalten alle Anbieterinnen auf Verlangen Einsicht in das Protokoll.⁴⁴

Nach der Offertöffnung ist die Vergabebehörde an ihre Ausschreibung und die publizierten Ausschreibungsunterlagen gebunden.⁴⁵ Es gilt der Grundsatz der *Stabilität der Ausschreibung*.⁴⁶ Die Vergabestelle darf daher weder publizierte Kriterien ausser Acht lassen noch neue Kriterien aufnehmen. Sie darf die Kriterien auch nicht anders gewichten oder deren Bedeutungsreihenfolge ändern.⁴⁷ Durch diese Bindung an die publizierte Ausschreibung weiss die Anbieterin, was sie offerieren muss, und kann im Nachhinein prüfen, ob sich die Vergabestelle an die publizierten Spielregeln gehalten hat.⁴⁸

40 BVGer, B-4704/2021, 18. Mai 2022, E. 5.2.2; Verwaltungsgericht Graubünden, U 2016 70, 10. Januar 2017, E. 3.c)bb); JÄGER, N 53.

41 Botschaft BöB, S. 1967; BEYELER, Entscheide 2018/2019, N 127.

42 Art. 37 Abs. 1 BöB/IVöB.

43 Dieses enthält mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieterinnen, das Datum der Einreichung der Angebote, allfällige Varianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote (Art. 37 Abs. 2 BöB/IVöB); vgl. Art. 10 Abs. 1 VöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 662.

44 Art. 37 Abs. 4 BöB/IVöB.

45 BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; BVGer, B-6837/2010, 15. März 2011, E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 826.

46 BVGer, B-4704/2021, 28. Mai 2022, E. 5.2.2; Zwischenentscheid BVGer, B-5108/2019, 3. September 2020, E. 4.4.1.1.; SUTER, N 241; POLTIER, N 354 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 799.

47 BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 848.

48 BEYELER, Ziele, N 51.

Stellt die Vergabestelle beispielsweise fest, dass ihr Bewertungsraster unklar ist oder Spielraum für verschiedene Bewertungsarten lässt, kann sie keinen Zuschlag erteilen und muss das Vergabeverfahren abbrechen. Denn sobald die Vergabestelle Kenntnis der Offerten hat, kann sie keine objektive Preisbewertungsmethode mehr festlegen.⁴⁹ Ebenso ist die Vergabestelle an ihren ausgeschriebenen Referenzpreis gebunden, selbst wenn sie bei der Auswertung der Angebote feststellt, dass der Referenzpreis zu einer unerwünschten Verzerrung bei der Bewertung der Angebote führt.⁵⁰

2. Prüfung der Angebote

Anschliessend prüft die Vergabestelle die Angebote. Die Prüfung der Offerten muss nachvollziehbar dokumentiert werden.⁵¹ Im Rahmen der Prüfung kann sie offensichtliche Rechenfehler korrigieren und von den Anbieterinnen Erläuterungen einholen. Eine Erläuterung betrifft stets den vorhandenen Angebotsinhalt und dient einzig der Korrektur von Fehlern. Weder die Änderungen des Angebots noch die Nachbesserung von Mängeln ist zulässig.⁵² Sowohl Erläuterungen als auch die Korrektur von offensichtlichen Rechenfehlern muss die Vergabestelle zur Gewährleistung der Transparenz protokollieren.⁵³

3. Bereinigung der Angebote

Konnte die Vergabestelle die Vergleichbarkeit der Angebote im Rahmen der Erläuterung nicht herstellen, muss sie die Angebote bereinigen.⁵⁴ Die Bereinigung ist dabei nur in zwei Fällen erlaubt: Angebotsseitig ist eine Bereinigung zulässig zur Klärung des Auftrags oder der Angebote oder um die Angebote vergleichbar zu machen. Im Rahmen der Bereinigung kann die Anbieterin beispielsweise weitere Nachweise einreichen, Angaben plausibilisieren oder untergeordnete Mängel korrigieren.⁵⁵ Bei geringfügigen Mängeln muss die Vergabebehörde eine Bereinigung vornehmen.⁵⁶ Die Entgegennahme von

49 Kantonsgesicht Wallis, A119134, 10. Januar 2020, E. 6.

50 Kantonsgesicht Wallis, A119142, 23. April 2020, E. 3.2 ff.

51 BVGer, B-5452/2015, 19. Juni 2018, E. 5.2.

52 Botschaft BÖB, S. 1952; FRIEDLI, Handkommentar, Art. 38 N9.

53 Art. 38 Abs. 2 2. Satz BÖB/IVÖB; Botschaft BÖB, S. 1952 f; BGer, 2D_33/2019, 25. März 2020, E. 3.1. Für die Korrektur offensichtlicher Rechenfehler ist dieser Grundsatz zwar nicht ausdrücklich festgeschrieben, doch tut die Vergabestelle gut daran, eine Aktennotiz zu erstellen; so auch Verwaltungsgericht Aargau, ÄGVE 2003 59, E. 3.

54 Art. 39 BÖB/IVÖB ist zwar als Kann-Bestimmung ausgestaltet, jedoch ist die Vergabestelle zur Herstellung der Vergleichbarkeit verpflichtet, GYGI, Handkommentar, Art. 39 N5 und 9; BEYELER, Geltungsanspruch, N2147; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N665 und 680.

55 GYGI, Handkommentar, Art. 39 N17.

56 BVGer, B-2431/2020, 7. September 2020, E. 2.3 m.w.H.

Angeboten mit gravierenden Mängeln ist aufgrund des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots hingegen problematisch. Solche Angebote muss die Vergabestelle ausschliessen.⁵⁷ Für Mängel, welche in keine dieser beiden Kategorien fallen, liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie die Angebote durch Rückfragen auf den nötigen Stand bringen will.⁵⁸

Aufseiten der Vergabestelle ist eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung nur unter den Bedingungen von Art. 39 Abs. 2 lit. b BÖB/IVÖB zulässig. Dabei setzt eine Leistungsänderung voraus, dass sie objektiv und sachlich geboten sowie nicht wesentlich ist, also nicht zu einer Änderung der charakteristischen Leistung oder des potenziellen Anbieterkreises führt.⁵⁹ Die Änderung der charakteristischen Leistung bei gleichbleibendem Anbieterkreis ist kaum denkbar, weshalb diesem ersten Kriterium wenig Gewicht zukommt.⁶⁰

Unwesentliche Änderungen darf die Vergabestelle vornehmen, wenn sie objektiv und sachlich geboten sind. Eine solche Rechtfertigung unterliegt einer Prüfung im Einzelfall.⁶¹ Denkbar ist beispielsweise, dass sich der Bedarf der Vergabestelle oder die wirtschaftlichen, technischen, politischen oder rechtlichen Rahmenbedingungen seit der Ausschreibung geändert haben.⁶² Sachlich ist eine Leistungsänderung jedenfalls dann nicht, wenn die Vergabestelle eine Leistungsänderung nur vornimmt, um ein untaugliches Angebot leistungskonform zu machen. Ein Angebot, welches auch nach einer Bereinigung i. S.v. Art. 39 Abs. 2 lit. a BÖB/IVÖB nicht leistungskonform ist, muss ausgeschlossen werden und ist für die Bereinigung i. S.v. Art. 39 Abs. 2 lit. b BÖB/IVÖB nicht zuzulassen.⁶³ Wichtig ist, dass die Vergabebehörde transparent informiert und alle geeigneten Anbieterinnen Gelegenheit gibt, ihr Angebot anzupassen.⁶⁴

Ist eine Leistungsänderung i. S.v. Art. 39 Abs. 2 lit. b BÖB/IVÖB *wesentlich*, bleibt der Vergabestelle aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung

57 BVGE 2007/13 E. 3.1; BVGer, B-2431/2020, 7. September 2020, E. 2.3.

58 BVGer, B-2431/2020, 7. September 2020, E. 2.3 m.w.H.

59 GYGI, Handkommentar, Art. 39 N26.

60 BEYELER, Entscheide 2020/2021, N139; vgl. auch JÄGER, N36, der kumulativ die Änderung der charakteristischen Leistung und des Anbieterkreises fordert.

61 So bereits STÖCKLI, Praxis, S. 11; JÄGER, N18; Eine unwesentliche Leistungsänderung nahm das Bundesverwaltungsgericht bei geringfügigen Änderungen im Bauablauf an, die jedoch Auswirkungen auf den Preis hatten (Zwischenentscheid BVGer, B-3196/2022, 27. März 2023, E. 6.2.4.4).

62 GYGI, Handkommentar, N25.

63 GYGI, Handkommentar, N27; JÄGER, N18; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N689.

64 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N689; gemäss BEYELER, Ziele, N53 müssen nicht nur die Anbieter, welche ein Angebot eingereicht haben, über die Änderung informiert werden, sondern alle, die die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben. Diesfalls dürfte es für die Vergabestelle allenfalls zweckmässiger sein, das Verfahren abzubrechen.

einzig, das Vergabeverfahren abubrechen und den Vergabegegenstand neu auszuschreiben.⁶⁵ Nur so kann die Vergabestelle garantieren, dass alle Anbieterinnen Gelegenheit zur Einreichung einer Offerte erhalten. Ändert sich der Beschaffungsgegenstand wesentlich, eröffnen sich allenfalls Möglichkeiten für Anbieterinnen, die zuvor für die Einreichung einer Offerte nicht geeignet waren.⁶⁶

Die Vergabestelle hält die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll fest.⁶⁷ Darin sind Ort, Datum, Namen der Teilnehmerinnen, die bereinigten Angebotsbestandteile und die Resultate der Bereinigung festzuhalten.⁶⁸ Auch weitere Informationen wie beispielsweise gestellte Fragen sind zu dokumentieren. Die Bereinigung muss für einen aussenstehenden Dritten logisch nachvollziehbar sein.⁶⁹

Nicht zulässig unter dem Titel «Bereinigung» sind reine Abgebotsrunden, also Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Preis zu senken.⁷⁰ Solche Abgebotsrunden sind intransparent und können die Anbieterinnen dazu verleiten, Verhandlungsmargen in ihr Angebot zu integrieren.⁷¹ Dies führt dazu, dass die Offerten nicht mehr vergleichbar sind und allenfalls nicht das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhält.

4. Bewertung der Angebote

Sind die Angebote geprüft und bereinigt, schreitet die Vergabestelle zur Bewertung. Diese muss objektiv, einheitlich und nachvollziehbar erfolgen.⁷²

65 Art. 43 Abs. 1 lit. f BÖB/IVÖB regelt den Verfahrensabbruch bei wesentlichen Projektänderungen. Der Artikel ist als Kann-Bestimmung ausgestaltet, obwohl die Vergabestelle bei wesentlichen Änderungen der Vergabeparameter das Verfahren zwingend abbrechen muss, BVGer, B-6274/2015, 21. Dezember 2015, E. 4.6.2; Entscheid BRK, 2004-014, 11. März 2005, E. 2b/bb; Verwaltungsgericht Zürich, VB.2015.00568, 12. Mai 2016, E. 5; JÄGER, N 23; GYGI, Handkommentar, N 26; SUTER, N 248; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 393, 804; BEYELER, Abbruch, S. 788; weniger eindeutig LOCHER, Handkommentar, Art. 43 N 8, wonach bei einer wesentlichen Projektänderung eine Pflicht zum Abbruch bestehen kann.

66 Zwischenentscheid BVGer, B-5108/2019, 3. September 2020, E. 4.4.1.1; Entscheid BRK, 2004-014, 11. März 2005, E. 2b/bb; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 804, 808.

67 Art. 39 Abs. 4 BÖB/IVÖB.

68 Art. 10 Abs. 2 VÖB.

69 GYGI, Handkommentar, N 33; BEYELER, Geltungsanspruch, N 2142, zur Erläuterung, wobei dies für die Bereinigung ebenso gelten muss: «[...] daher steht nur ein lückenlos und nachvollziehbar dokumentierter Erläuterungsvorgang im Einklang mit dem vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz [...]».

70 Art. 11 lit. d BÖB/IVÖB; Botschaft BÖB, S. 1910.

71 Botschaft BÖB, S. 1910; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, N 19.

72 Art. 40 Abs. 1 BÖB/IVÖB.

Bewertet werden nur noch diejenigen Angebote, welche die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen erfüllen.⁷³ Wie die Vergabebehörde bei der Evaluation vorgehen möchte, liegt in ihrem Ermessen. Im Lichte des Transparenzgebots ist sie jedoch verpflichtet, die Evaluation zu dokumentieren.⁷⁴

Gibt die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung ein Bewertungsgremium bekannt, ist sie grundsätzlich daran gebunden.⁷⁵ Begründete Ausnahmen, wie beispielsweise die unerwartete längerfristige Erkrankung eines angekündigten Mitglieds, müssen indes zulässig sein, um eine ungebührliche Verzögerung des Zuschlagserteilung zu verhindern. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wäre es an der Anbieterin, schlüssig darzulegen, inwiefern die neue Zusammensetzung den Entscheid massgeblich beeinflusst haben könnte.

D. Das Transparenzgebot nach Abschluss der Angebotsbewertung

Nach Abschluss der Angebotsbewertung zeigt das Transparenzgebot eine seiner wichtigsten Funktionen: Transparenz macht das gesamte Vergabeverfahren nachvollziehbar.⁷⁶ Transparenz ist nur gegeben, wenn «zu jedem Zeitpunkt [...] eindeutig und hinreichend präzise eruiert werden kann, wie das Verfahren abgelaufen ist und aus welchen Gründen die Vergabestelle ihre Entscheidungen gefällt hat».⁷⁷ Hier zeigt sich die besondere Bedeutung der Dokumentationspflichten: Nur wenn die Vergabestelle alle Vorgänge und Entscheide dokumentiert, hat die nichtberücksichtigte Anbieterin die Möglichkeit, ein Rechtsmittel gegen den Zuschlag einzureichen, und nur dann kann die Rechtsmittelinstanz die Vorgänge objektiv nachvollziehen und beurteilen.⁷⁸

1. Zuschlagserteilung

Ist die Bewertung abgeschlossen, informiert die Vergabestelle die Anbieterinnen entweder individuell oder über die Ausschreibungsplattform über den Zuschlag und begründet den Entscheid summarisch.⁷⁹ Insbesondere

73 STUCKI, Handkommentar, Art. 40 N 4.

74 Art. 40 Abs. 1 2. Satz BÖB/IVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 865.

75 Kantonsgericht Waadt, MPU.2021.0020, 21. September 2021, E. 4; Kantonsgericht Waadt, MPU.2021.0015, 30. August 2021, E. 3d. A.M. Kantonsgericht Genf, ATA/936/2021, 14. September 2021, E. 8b.

76 BEYELER spricht deshalb auch von Verfahrenstransparenz oder Ex-post-Transparenz, BEYELER, Ziele, N 23 und 57 ff.; hierzu auch Zwischenverfügung BVGer, B-1606/2020, 7. Oktober 2020, E. 3.4.

77 BEYELER, Ziele, N 57.

78 LANG, S. 109; STÖCKLI, Praxis, S. 8.

79 Art. 51 Abs. 1 und 2 BÖB/IVöB.

muss sie begründen, weshalb das obsiegende Angebot den übrigen Angeboten überlegen war. Hierbei reicht der Hinweis, das obsiegende Angebot sei das wirtschaftlich günstigste, nicht aus.⁸⁰ Eine mangelhafte Begründung kann im Beschwerdeverfahren jedoch geheilt werden, allenfalls unter reduzierter Kostenpflicht für die Beschwerdeführerin.⁸¹

Die unterlegene Anbieterin kann bei der Vergabebehörde ein Debriefing verlangen. Darin legt die Vergabebehörde die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung dar.⁸² Gestützt auf die Ausführungen im Debriefing kann die unterlegene Anbieterin die Mängel des eigenen Angebots nachvollziehen und einen Entscheid über eine mögliche Beschwerde fällen. Die Vergabebehörde ihrerseits kann eine beschwerdegewillte Anbieterin von den begrenzten Chancen einer Beschwerde überzeugen.⁸³ Die Protokollierung des meist mündlichen Debriefings ist nicht vorgesehen, jedoch aus Beweisgründen zu empfehlen.⁸⁴

2. Transparenz und Akteneinsichtsrecht

Das Vergaberecht lebt von Geschäftsgeheimnissen. Jede Offerte einer Anbieterin enthält schutzwürdige Informationen, beispielsweise über Produkte, Preisgestaltung und Organisationsstruktur. Obwohl deren Kenntnis für die unterlegene Anbieterin unter Umständen von grossem Nutzen wäre, verbietet es der Vertraulichkeitsgrundsatz⁸⁵, dass die Anbieterinnen Einsicht in die übrigen Offerten erhalten. Umfassende Transparenz könnte sich negativ auf den Wettbewerb auswirken und falsche Anreize für interne Absprachen setzen.⁸⁶ Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht, Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, ist im Vergaberecht stark eingeschränkt.⁸⁷ Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Anbieterinnen

80 BVGer, B-1486/2022, 13. Juli 2022, E. 3.3; Botschaft BÖB, S. 1975 f.; BIERI, Handkommentar, Art. 51 N 27; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 1243.

81 Kantonsgericht Wallis, A118137, 11. Januar 2019, E. 4.3 und 10.1 ff.; Verwaltungsgericht Schwyz, III 2019 205, 20. März 2020, E. 2.4 und 8.1 ff.; Verwaltungsgericht Bern, 100 2013 54, 24. Oktober 2014, E. 5.6.2; STÖCKLI, (S4).

82 Art. 12 VöB; das Debriefing ist in der IVöB und auch in der Musterbotschaft zur IVöB nicht zwingend vorgesehen. Dennoch dürften die Vergabestellen gut beraten sein, so wie es bereits üblich ist, auf Wunsch der unterlegenen Anbieterin ein solches Debriefing durchzuführen.

83 BIERI, Handkommentar, Art. 51 N 30; Botschaft BÖB, S. 1976.

84 BVGer, B-1831/2018, 1. November 2018, E. 2.4.3.

85 Art. 11 lit. e BÖB/IVöB.

86 Botschaft BÖB, S. 1911.

87 BIAGGINI Art. 29 N 21; POLTIER N 393 und 429; BÜHLER, Handkommentar, N 3; BGer, 2P.274/1999, 2. März 2000, E. 2c/bb.

überwiegt das Akteneinsichtsrecht.⁸⁸ Gemäss Bundesgericht ist dies vertretbar, da zumindest das Gericht Einsicht in sämtliche Akten erhalte und die Stichhaltigkeit der Vergabe überprüfen könne.⁸⁹

Im laufenden Vergabeverfahren gilt das Verbot der Akteneinsicht für sämtliche Unterlagen, welche nicht publiziert sind oder direkt die Anbieterin betreffen (also ihre eigene Offerte).⁹⁰ Durchbrochen wird dieser Grundsatz einzig vom Anspruch auf eine summarische Begründung im Rahmen des Zuschlagsentscheids, wobei es der Vergabestelle – immer unter Berücksichtigung allfälliger Geschäftsgeheimnisse – überlassen ist, mit welchen Dokumenten sie ihre summarische Begründung belegen möchte.⁹¹ Nach dem Zuschlag haben alle Anbieterinnen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll.⁹² Darüber hinaus kann die Beschwerdeführerin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten nehmen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.⁹³ Ob die Aktenstücke entscheidrelevant sind, muss die Beschwerdeführerin nicht substantiiert darlegen. Sinn der Akteneinsicht ist gerade, dass sich die Beschwerdeführerin ein Bild von den Akten machen und deren Relevanz einordnen kann.⁹⁴ Hingegen hat das Gericht im Rahmen einer Interessenabwägung die Geheimhaltungsinteressen gegen das Interesse der Beschwerdeführerin an einem wirksamen Rechtsschutz abzuwägen.⁹⁵

Im weiteren Sinne Teil des Transparenzgebots bildet die dreijährige Aufbewahrungspflicht betreffend die massgeblichen Unterlagen gemäss Art. 49 Abs. 1 BÖB/IVöB. Hier zeigt sich erneut das Dilemma zwischen Transparenz und Geheimhaltungsgrundsatz, wobei sich zusätzlich Fragen des Datenschutzes stellen.⁹⁶ Der Bundesrat hatte sich ursprünglich für einen erweiterten Geheimhaltungsschutz ausgesprochen und die Anwendbarkeit des BGÖ in Art. 49 Abs. 3 E-BÖB ausgeschlossen.⁹⁷ Der Bundesgesetzgeber hat diesen Absatz indes gestrichen und damit die Unterlagen gemäss Art. 49 Abs. 2 BÖB

88 Art. 57 BÖB/IVöB; BGer, 2P.274/1999, 2. März 2000, E. 2c/bb; BVGer, B-4941/2020, 6. April 2021, E. 5.3.

89 BGer, 2P.274/1999, 2. März 2000, E. 2c/bb; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 1364.

90 Art. 57 Abs. 1 BÖB/IVöB; BÜHLER, Handkommentar, Art. 57 N 10.

91 Art. 51 Abs. 2 und 3 BÖB und IVöB; Zwischenentscheid BVGer, B-5504/2015, 29. Oktober 2015, E. 5.4; BÜHLER, Handkommentar, Art. 57 N 9; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 1363.

92 Art. 37 Abs. 4 BÖB/IVöB.

93 Art. 57 Abs. 2 BÖB/IVöB.

94 Zwischenentscheid BVGer, B-1172/2011, 6. Mai 2011, E. 4.3.

95 BÜHLER, Handkommentar, Art. 57 N 30.

96 WALTER, Handkommentar, Art. 49 N 6.

97 Botschaft BÖB, S. 1971 f.; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 11 N 23.

dem BGÖ unterstellt.⁹⁸ Auch das BGÖ schützt jedoch Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, weshalb der Zugang nicht ohne Weiteres gewährt wird.⁹⁹

III. Würdigung

Das Transparenzgebot ist ein elementarer Grundsatz des Vergabeverfahrens, der sich in verschiedenen Verfahrensstadien unterschiedlich auswirkt. Die Vergabestelle kann kaum einen Prozessschritt ohne Überlegungen zur Transparenz gestalten. Von der Ausarbeitung der Ausschreibung bis zur Kommunikation des Zuschlagsentscheids prägt das Transparenzgebot jeden Verfahrensschritt.

Es zeigt sich, dass sich Transparenz in den verschiedenen Verfahrensschritten unterschiedlich äussert. Während zu Beginn des Vergabeprozesses insbesondere die *Publikation* und *Information* aller relevanten Parameter im Vordergrund stehen, äussert sich das Transparenzgebot nach Einreichung der Offerten vor allem in einer umfassenden Pflicht zur *Dokumentation* aller relevanten Vorgänge.

Die vielfältigen Ausprägungen des Transparenzgebots lassen sich jedoch nicht vollständig unter die Begriffe Publikation, Information und Dokumentation subsumieren. Insbesondere im Rahmen der Angebotsbereinigung geht Transparenz über die blossе Dokumentation hinaus und beschränkt auch die Entscheidungsmacht der Vergabestelle. Stellt die Vergabebehörde im laufenden Verfahren Bedarfsänderungen fest oder liegen mangelhafte Angebote vor, entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und behördlichem Ermessen. Daher haben Lehre und Rechtsprechung gewisse Leitplanken gesetzt, wann ein Vergabeverfahren abgebrochen und wann es – allenfalls unter veränderten Bedingungen – weitergeführt werden darf oder sogar muss.

Zuletzt gilt Transparenz nicht umfassend, sondern wird insbesondere durch das Geheimhaltungsgebot eingeschränkt. Praxisgemäss gewichten die

98 AmtlBull. 2018N1051; 2018S988; vgl. auch Art. 49 Abs. 3 IVöB, welcher die Vertraulichkeit vorbehältlich anderer gesetzlicher Pflichten vorsieht. Vgl. zudem BVGer A-1526/2022, 12. April 2023, wonach zumindest gestützt auf das alte BöB bestimmte Beschaffungen – vorliegend von Kampfflugzeugen – dem Geltungsbereich des BGÖ aufgrund ihrer spezialgesetzlichen Natur entzogen sind (E. 7.6).

99 Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ. Wobei das Bundesgericht ausgeführt hat, dass im umstrittenen Fall nicht ersichtlich sei, inwiefern Leistungsverzeichnisse Informationen über Geschäftsstrategien oder andere Geschäftsinterna enthalten würden (BGer, 1C_665/2017, 16. Januar 2019, E. 5.7). Wie sich die Rechtsprechung diesbezüglich entwickelt, bleibt abzuwarten.

Gerichte den Geheimnisschutz sehr hoch und sind bereit, die Transparenz einzuschränken, sofern die grundsätzliche Nachvollziehbarkeit des Vergabentscheids gegeben ist. Für die Vergabestelle ist ein ausgewogenes Verhältnis von Transparenz und Geheimnisschutz elementar. Nur wenn beide Grundsätze im Gleichgewicht sind, sind Anbieterinnen gewillt, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Daher muss die Vergabestelle im Rahmen der Informationspflicht stets prüfen, ob Geheimhaltungsinteressen Dritter berührt sein könnten. Dieser Konflikt zeigt sich namentlich in der zweiten Hälfte des Prozesses, wenn die Vergabebehörde Leistungsänderungen vornimmt und ihren Zuschlagsentscheid bekannt gibt.

Indem eine Vergabestelle ihre Pflichten in den Bereichen Publikation, Information und Dokumentation konsequent wahrnimmt, legt sie den wichtigsten Grundstein für die Einhaltung des Transparenzgebots. Empfehlenswert ist daher insbesondere, dass die Vergabestelle den Prozess möglichst vorbereitet und mit klaren Zielen beginnt, so dass sie ihren Pflichten rechtzeitig und umfassend nachkommen kann. Daneben ist die Vergabebehörde stets gehalten, die Geheimhaltungsinteressen der anderen Anbieterinnen im Auge zu behalten, denn der Geheimhaltungsschutz beschränkt die Transparenz in wesentlichen Bereichen.

Literaturverzeichnis

BEYELER MARTIN

- Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zürich/Genf 2022 (zit. BEYELER, Entscheide 2020/2021).
- Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. BEYELER, Entscheide 2018/2019).
- Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. BEYELER, Entscheide 2016/2017).
- Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEYELER, Entscheide 2014/2015).
- Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch).
- Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Zürich 2008 (zit. BEYELER, Ziele).
- Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005/7, S. 784-796 (zit. BEYELER, Abbruch).

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017.

GALLI PETER / MOSER ANDRÉ / LANG ELISABETH / STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

JÄGER CHRISTOPH, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich Basel Genf 2018, S. 359-399.

LANG ELISABETH, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: FS 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005.

MÜLLER GEORG, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, FS für Hans Huber, Bern 1981, S. 109-125.

POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Bern 2014.

SPRECHER FRANZISKA, Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht, in: ZSR 2016 II, S. 139-250.

SUTER STEFAN, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss., Basel 2010.

STÖCKLI HUBERT

- (S4) Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK 03/2001, 5.7.2001, VPB 65/94, in: Baurecht 2002/2, S. 70 (zit. STÖCKLI, S4).
- Bundesgericht und Vergaberecht, Zur Vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: Baurecht 2002/1, S. 3-14 (zit. STÖCKLI, Praxis).

TANNER MARKUS, Mehr Transparenz und Effizienz im Beschaffungswesen mit simap.ch, in: Die Volkswirtschaft 3/2010, S. 32-33.

TERCIER PIERRE, La libéralisation du marché de la construction, in: Journées du droit de la construction, Freiburg 1997, Vol. I, S. 2-26.

TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. AUTOR, Handkommentar).

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

WIEDERKEHR RENÉ, Transparenz als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, in: ZBl 108/2007, S. 521-543.

WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA, Transparenz als Verfahrensgrundsatz: Gesetzliche Transparenztechniken und praktische Argumentationsfelder, in: Recht 2022, S. 131-148.

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (BB1 2017 1851) (zit. Botschaft BÖB).

Teil 4:

Strafrecht und Strafprozessrecht

Denise Weingart

Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO

Besonderheiten und offene Fragen

I. Einleitung	263
---------------------	-----

II. Allgemeine Grundlagen des selbstständigen Einziehungsverfahrens	264
A. Anwendungsbereich	264
B. Materielle Voraussetzungen der Einziehung	266
C. Ablauf des Verfahrens	266

III. Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl	266
A. Die Einsprache als einschlägiger Rechtsbehelf	266
B. Analoge Anwendung der Normen über das Einspracheverfahren	268
C. Besonderheiten und offene Fragen	268
1. Welche formellen Voraussetzungen sind einzuhalten?	268
2. Welche Verfahrensrechte stehen den Prozessparteien zu?	269
3. Ist die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens möglich?	269
4. Kann das erstinstanzliche Gericht von Amtes wegen einen separaten Einziehungsbefehl aussprechen?	270
5. Wer ist zur Einsprache legitimiert?	270
6. Ist die Einsprache zu begründen?	271
7. Kann die Einsprache zurückgezogen werden?	272
8. Welche Rechtsfolgen treten beim Rückzug der Einsprache ein?	272

9. Kommt die Rückzugsfiktion zur Anwendung?	272
10. Gilt das Verbot der <i>reformatio in peius</i> ?	273
11. Ist der Anklagegrundsatz zu beachten?	273
12. Welche Rechtsmittel stehen zur Verfügung?	274
<hr/>	
IV. Abschliessende Würdigung	275
<hr/>	
Literatur- und Materialienverzeichnis	277

I. Einleitung

Das schweizerische Rechtssystem kennt unzählige «Prozesse». So gibt es etwa Straf-, Zivil- und Verwaltungsprozesse, welche ihrerseits wiederum vereinfachte, abgekürzte, summarische, ordentliche oder anderswie geartete Prozesse darstellen. Das Gesetz kennt auch solche in Abwesenheit, vor der Rechtsmittelinstanz, bei schuldunfähigen Personen usw. Sie alle dienen aufgrund ihrer individuellen Ausgestaltung der Vereinfachung oder Beschleunigung eines Verfahrens oder tragen der Besonderheit des jeweiligen Prozesssubjekts auf die einschlägige Art und Weise Rechnung.¹

Unmittelbar vor den Bestimmungen zu den Rechtsmitteln des Strafverfahrens, am Ende des 3. Abschnitts des 8. Titels der StPO, konkret in Art. 376-378 StPO, findet ein eher unbekannter Prozess in lediglich drei Artikeln seine gesetzliche Grundlage: Das selbstständige Einziehungsverfahren. Die spärliche Normierung lässt vorderhand auf eine untergeordnete Bedeutung dieses Prozesses schliessen. Dies ist aber in keinsten Weise der Fall, denn von der selbstständigen Einziehung können mitunter Wertgegenstände oder Beträge in mehrstelliger Millionenhöhe betroffen sein.

Während das gesamte Verfahren der selbstständigen Einziehung immerhin noch in drei Artikeln kodifiziert ist, beschränkt sich der Gesetzgeber für die Regelung des Rechtsbehelfsverfahrens gegen einen ergangenen Einziehungsbefehl auf einen einzigen Absatz eines Artikels: So wird in Art. 377 Abs. 4 StPO für das Einspracheverfahren global auf die Bestimmungen über den Strafbefehl verwiesen, mit der einzigen Konkretisierung, in welcher Form der Entscheid des Gerichts zu ergehen hat. Mit der pauschalen Verweisung auf die Normen über den Strafbefehl überlässt es der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden, die vorhandenen Gesetzeslücken zu füllen.

Der vorliegende Beitrag widmet sich im Kern den Besonderheiten und offenen Fragen, die sich in der Praxis aus der analogen Anwendung der Normen über das Strafbefehlsverfahren im selbstständigen Einziehungsverfahren ergeben.

1 Vgl. PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2016, S. 248.

II. Allgemeine Grundlagen des selbstständigen Einziehungsverfahrens

A. Anwendungsbereich

Die *Einziehung* als Massnahme der Strafverfolgungsbehörden zur Sicherung von Gegenständen oder Vermögenswerten, die im Zusammenhang mit einer Straftat stehen, ist im allgemeinen Teil des StGB, konkret in den Art. 69-73 StGB, geregelt. Die Einziehung findet aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs mit einer Straftat grundsätzlich innerhalb eines vorgängig eingeleiteten Strafverfahrens – mithin akzessorisch – statt und bettet sich in den ordentlichen Verfahrensablauf ein. Ist jedoch losgelöst von einem Strafverfahren über die Einziehung zu entscheiden, wenn m.a.W. Gegenstände oder Vermögenswerte zu sichern sind, ohne dass zeitgleich eine Straftat gegen eine bestimmte Person verfolgt wird, ist das *selbstständige Einziehungsverfahren* durchzuführen. Die akzessorische und die selbstständige Einziehung schliessen sich damit gegenseitig aus: Führt die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung nach Art. 311 ff. StPO durch, fällt ein selbstständiges Einziehungsverfahren im Sinne von Art. 376 ff. StPO ausser Betracht.² Letzterem kommt mithin bloss subsidiärer Charakter zu.

Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des selbstständigen Einziehungsverfahrens in der Praxis auf wenige Einzelfälle beschränkt: Denn nicht oft werden Einziehungen von Gegenständen oder Vermögenswerten, welche einen Zusammenhang mit einer Straftat aufweisen bzw. deliktischer Herkunft sind, nötig, wo kein Strafverfahren hängig ist.

Das selbstständige Einziehungsverfahren kommt etwa dann zum Zug, wenn die Staatsanwaltschaft noch vor der Eröffnung eines Vorverfahrens gemäss Art. 310 StPO die Nichtanhandnahme verfügt.³ Dies ist der Fall, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO), Verfahrenshindernisse bestehen (Art. 310 Abs. 1 lit. b StPO) oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist (Art. 310 Abs. 1 lit. c StPO). Sobald jedoch eine Untersuchung eröffnet ist, fällt das separate Einziehungsverfahren weg. Dies auch dann, wenn kurz nach der Eröffnung des Strafverfahrens aufgrund eines Prozesshindernisses (bspw. Eintritt der Verfolgungsverjährung) eine Verfahrenseinstellung verfügt wird. Diesfalls ist gleichzeitig mit der Einstellung des

2 BGE 142 IV 383 E. 2.1.

3 BGE 142 IV 383 E. 2.1.

Strafverfahrens über die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten zu verfügen.⁴ Insofern ist nach der hier vertretenen Ansicht auch der Übergang vom akzessorischen in das selbstständige Einziehungsverfahren grundsätzlich nicht denkbar, zumal die Einziehungsvoraussetzungen zu klären sind, bevor in der Einstellungsverfügung darüber befunden wird.⁵ Diesbezüglich ist denn auch das Bundesgericht zu Recht der Ansicht, dass das Einziehungsverfahren nicht ohne Not von einem pendenten Strafverfahren abgekoppelt werden soll, da primär im Strafverfahren darüber zu befinden ist, ob die fraglichen Vermögenswerte deliktischer Herkunft sind oder nicht.⁶

Die Anwendungsfälle des selbstständigen Einziehungsverfahrens beschränken sich sodann weiter auf Antragsdelikte, bei welchen der Strafantrag fehlt und infolgedessen ein Strafverfahren gegen den Täter nicht möglich ist, oder auf Fälle, bei denen der Täter verstorben oder gänzlich unbekannt ist.⁷ Weiter wird ein selbstständiges Einziehungsverfahren nötig, wenn das Strafverfahren gegen den Täter bereits abgeschlossen ist und nachträglich einziehbare Vermögenswerte auftauchen, von denen das Gericht trotz Anwendung der notwendigen Sorgfalt keine Kenntnis haben konnte. Wären die Vermögenswerte bereits vorher bekannt gewesen, würde eine spätere separate Einziehung gegen den Grundsatz von *ne bis in idem* verstossen.⁸ Ein weiterer Anwendungsfall liegt vor, wenn ein Strafverfahren bei Einleitung des Einziehungsverfahrens bereits abgeschlossen ist oder, namentlich bei Auslandtaten, wenn der Täter im Ausland abgeurteilt wurde, die entsprechenden Vermögenswerte aber in der Schweiz sichergestellt werden.⁹ Gemäss Praxis des Bundesgerichts ist bei Strafverfahren im Ausland gar eine überholende selbstständige Einziehung in der Schweiz möglich, wenn sich das ausländische Verfahren erheblich in die Länge zieht und die Beweislage eindeutig ist.¹⁰

4 BGE 142 IV 383 E. 2.1, dazu auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, 1273; Begleitbericht des EJPD zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001, S. 245 ff., S. 244 Fn. 62.

5 A.M. BSK StPO-BAUMANN, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014 (zit. BSK StPO-BAUMANN), Art. 376 N 6.

6 BGer, 6S.68/2004, 9. August 2005, E. 11.2.2 sowie BGer, 6B_733/2011, 5. Juni 2012, E. 3.1; dazu auch SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 1431, Fn. 200.

7 BSK StPO-BAUMANN (Fn. 5), Art. 376 N 4.

8 BGer, 6B_801/2008, 12. März 2009, E. 2.2; dazu auch SCHMID/JOSITSCH, Handbuch (Fn. 6), N 1431, Fn. 200.

9 BGer, 6S.68/2004, 9. August 2005, E. 6.2.

10 Siehe zum Ganzen BGer, 6S.68/2004, 9. August 2005, E. 6.2 und BSK StPO-BAUMANN (Fn. 5), Art. 376 N 4.

B. Materielle Voraussetzungen der Einziehung

Die materiellen Voraussetzungen der Einziehung ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen des StGB, namentlich aus den Art. 69–73. Demnach sind vorab Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, einzuziehen, sofern sie die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 StGB). Dasselbe gilt für Vermögenswerte, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 StGB). Für eine vertiefte Betrachtung der materiellrechtlichen Grundlagen ist auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung zu den Art. 69–73 StGB zu verweisen.

C. Ablauf des Verfahrens

Das Verfahren der selbstständigen Einziehung ist in Art. 377 StPO geregelt: Gegenstände oder Vermögenswerte, die voraussichtlich in einem selbstständigen Verfahren einzuziehen sind, werden beschlagnahmt (Art. 377 Abs. 1 StPO). Sofern die Voraussetzungen für die Einziehung nach Art. 69–73 StGB erfüllt sind, ordnet die Staatsanwaltschaft die Einziehung in einem Einziehungsbefehl an und gibt der betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme (vgl. Art. 377 Abs. 2 StPO). Andernfalls verfügt sie die Einstellung des selbstständigen Einziehungsverfahrens und gibt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person zurück (vgl. Art. 377 Abs. 2 StPO). Örtlich zuständig ist die Staatsanwaltschaft am Ort der einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte (Art. 37 StPO).¹¹

III. Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl

A. Die Einsprache als einschlägiger Rechtsbehelf

Der selbstständige Einziehungsbefehl ist – wie jede andere behördliche Anordnung auch – anfechtbar. Hierfür erklärt der schweizerische Gesetzgeber

11 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch (Fn. 6), N 1432; SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2018, Art. 377 N 3.

wie erwähnt die Bestimmungen über die Einsprache gegen den Strafbefehl nach Art. 354 ff. StPO für anwendbar (Art. 377 Abs. 4 StPO). Bei der Einsprache handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um einen *Rechtsbehelf*.¹²

Die Wahl der Einsprache als einschlägiger Rechtsbehelf gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl erstaunt, ergeht doch der Einziehungsbefehl durch die Staatsanwaltschaft in Form einer *Verfügung*. Grundsätzlich sind Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden von Gesetzes wegen direkt mit *Beschwerde* bei der Beschwerdeinstanz anzufechten (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). So ist denn auch die Beschwerde zu erheben, wenn die unselbstständige Einziehung im Rahmen einer Einstellungsverfügung, d.h. eines verfahrensabschliessenden Entscheids, erfolgt. Im Sinne einer *Sonderregelung* weicht das Gesetz beim selbstständigen Einziehungsbefehl von dieser Grundregel ab. Erst der mittels Einsprache erwirkte gerichtliche Einziehungsentscheid ergeht in Form einer Verfügung oder eines Beschlusses, welche ihrerseits als verfahrensabschliessende Entscheide der Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz unterliegen (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO).¹³

Ein möglicher Grund für die Wahl der Einsprache als Rechtsbehelf gegen einen selbstständigen Einziehungsbefehl könnte darin liegen, dass Anordnungen über die Einziehung von Eigentum (in mitunter grossen Beträgen) grundsätzlich eines richterlichen Entscheides bedürfen und somit von einem Gericht und nicht von der Staatsanwaltschaft anzuordnen sind, wie dies auch bei den unselbstständigen Einziehungen nach Art. 69 ff. StGB der Fall ist. Den Materialien ist zu entnehmen, dass mit der Kompetenzzuweisung für den Erlass des Einziehungsbefehls an die Staatsanwaltschaft die Gerichte entlastet werden sollten.¹⁴ Um nun aber die Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zu verletzen, braucht es zumindest eine richterliche Behörde zur Überprüfung der Anordnungen, was vorliegend mit der Möglichkeit der Einsprache beim erstinstanzlichen Gericht garantiert wird. Zudem ist durch die Möglichkeit, an ein erstinstanzliches Gericht zu gelangen, ein doppelter Instanzenzug gewährleistet.

12 Erfolgt eine Einsprache, kommt es zur Fortsetzung des Verfahrens nach Art. 355 f. StPO. Die Einsprache ist deshalb kein eigentliches Rechtsmittel, sondern ein sog. Rechtsbehelf; vgl. dazu BSK StPO-RIKLIN, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 354 N 4 m.w.H.

13 Zu den Revisionsbestrebungen betreffend Änderung des einschlägigen Rechtsmittels siehe Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung, BBl 2019 1641, 6727, und dazu unten, Ziff. III.12.

14 Vgl. Begleitbericht des EJPD vom Juni 2001 zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 245.

Der Vorentwurf zur Eidgenössischen Strafprozessordnung sah in Art. 409 Abs. 6 VE-StPO vor, dass sich der Erlass des Einziehungsbefehls – und nicht erst das Einspracheverfahren – bei einem Wert von nicht mehr als 50'000 Franken nach den Bestimmungen über den Strafbefehl zu richten habe, der Einziehungsbefehl mithin *wie ein Strafbefehl* zu erlassen sei. Auch wenn diese Bestimmung keinen Eingang in den heute geltenden Gesetzestext fand, wurde die Nähe zwischen den beiden Rechtsinstituten vom Gesetzgeber erkannt. Insofern drängte sich das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl von Beginn weg auf.

B. Analoge Anwendung der Normen über das Einspracheverfahren

Art. 377 Abs. 4 StPO enthält eine allgemeine Verweisung auf das Einspracheverfahren nach Art. 354 ff. StPO, welches seinerseits auf die Anfechtung von Strafbefehlen zugeschnitten ist. M.a.W. sollen die für das Strafbefehlsverfahren geschaffenen Rechtsnormen auf das nur im Ansatz geregelte Einspracheverfahren gegen selbstständige Einziehungsbefehle analog angewendet werden.

Da nun aber das Einspracheverfahren für die Überprüfung von Strafbefehlen und nicht etwa für die Anfechtung von Einziehungsbefehlen konzipiert ist, bei Letzterem mithin nicht über die Schuldfrage geurteilt wird und sich die Inhalte der Anfechtungsobjektive damit deutlich unterscheiden, sind Anwendungsprobleme quasi vorprogrammiert. Die Besonderheiten und offenen Fragen, die sich durch die analoge Anwendbarkeit der Prozessvorschriften ergeben, werden nachfolgend im Einzelnen erörtert.

C. Besonderheiten und offene Fragen

1. Welche formellen Voraussetzungen sind einzuhalten?

In Bezug auf die formellen Anforderungen der Einsprache ist vorab Art. 354 Abs. 1 StPO einschlägig. In Anlehnung an diese Norm hat die Einsprache gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl *schriftlich* zu erfolgen.

Die *Einsprachefrist* beträgt nach derselben Bestimmung zehn Tage. Es sind dabei die allgemeinen Regeln über Fristen und Termine nach Art. 89 ff. StPO zu beachten, so auch Art. 94 StPO betreffend die *Wiederherstellung* einer Frist. Nach Art. 110 Abs. 1 StPO sind schriftliche Eingaben vom Einsprecher oder seinem Rechtsbeistand zu *unterzeichnen*.¹⁵

15 Vgl. BSK StPO-RIKLIN (Fn. 12), Art. 354 N1.

2. Welche Verfahrensrechte stehen den Prozessparteien zu?

Grundsätzlich stehen den am Einspracheverfahren gegen einen selbstständigen Einziehungsbefehl beteiligten Parteien sämtliche Rechte gemäss Art. 3 Abs. 2 StPO bzw. Art. 107 StPO zu. Namentlich haben sie das Recht, Akten einzusehen, an Verfahrenshandlungen teilzunehmen, einen Rechtsbeistand beizuziehen, sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern und Beweisanträge zu stellen (Art. 107 Abs. 1 StPO). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich denn auch bereits aus Art. 377 Abs. 2 StPO, wonach der von der Einziehung betroffenen Person bereits im Vorverfahren, konkret nach der Beschlagnahme von Gegenständen oder von Vermögenswerten, die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.¹⁶

3. Ist die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens möglich?

Das Einspracheverfahren ist grundsätzlich als mündlicher Prozess ausgestaltet, weshalb i.d.R. eine Parteiverhandlung durchzuführen ist. Sofern sich eine Einsprache gegen einen Strafbefehl jedoch nur auf die Kosten und Entschädigungen oder auf *weitere Nebenfolgen* bezieht, kann das Gericht im schriftlichen Verfahren entscheiden, es sei denn, die Einsprache erhebende Person verlange ausdrücklich eine Verhandlung (Art. 356 Abs. 6 StPO).

Innerhalb eines Strafbefehls fällt die unselbstständige Einziehung beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte unter die soeben genannten «*weiteren Nebenfolgen*». Wird also gegen einen Strafbefehl Einsprache erhoben und ausschliesslich die Einziehung angefochten, kann ein schriftliches Verfahren durchgeführt werden. Analog dazu sollte es nach der hier vertretenen Auffassung somit auch dann möglich sein, ein schriftliches Verfahren durchzuführen, wenn gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl Einsprache erhoben wurde. Denn wie auch bei den *weiteren Nebenfolgen* des Strafbefehls wird bei der Beurteilung der Einsprache über einen selbstständigen Einziehungsbefehl nicht über Schuld oder Unschuld befunden. Die Prüfung der Einziehungsvoraussetzungen setzt denn auch nicht zwingend eine mündliche Verhandlung voraus, sondern kann im schriftlichen Verfahren durchgeführt werden.

Einziges Voraussetzung ist, dass sich die Parteien mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden erklärt haben.¹⁷ Dies ist nötig, um den Vorgaben von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu genügen. Liegt ein Begehren einer

16 SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar (Fn. 11), Art. 377 N 4.

17 Dabei muss es nach der hier vertretenen Ansicht genügen, wenn das schriftliche Verfahren in Aussicht gestellt wird und sich die Parteien nicht widersetzen.

Prozesspartei auf Durchführung eines mündlichen Verfahrens vor, so hat zwingend eine öffentliche Hauptverhandlung stattzufinden.¹⁸

4. Kann das erstinstanzliche Gericht von Amtes wegen einen separaten Einziehungsbefehl aussprechen?

Das Strafgericht ist aufgrund der Geltung der *Offizialmaxime* grundsätzlich nicht an die Anträge der Parteien gebunden und kann Anordnungen von Amtes wegen treffen. Dies bedeutet konkret, dass das erstinstanzliche Gericht auch losgelöst von einem allfälligen Antrag eine Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten verfügen kann. Art. 377 Abs. 2 StPO bezeichnet jedoch nur die Staatsanwaltschaft als für die Anordnung der Einziehung im Einziehungsbefehl zuständige Behörde. Dies macht im selbstständigen Einziehungsverfahren aus folgendem Grund denn auch Sinn: Das Verfahren kommt in Fällen, in denen ein separater Einziehungsbefehl zu erlassen ist, schon gar nicht bis zum erstinstanzlichen Gericht. Damit das Strafgericht in einer Sache tätig wird, braucht es grundsätzlich ein konnexes Strafverfahren, welches bei der gesonderten Einziehung eben gerade fehlt. Stellt das erstinstanzliche Gericht ein Verfahren gegen einen Beschuldigten ein, so hat es die Möglichkeit, in dieser Einstellungsentscheid über die Einziehung zu befinden. Es handelt sich dann allerdings um eine akzessorische Einziehung, und das selbstständige Verfahren kommt, weil es bloss subsidiäre Anwendung findet, eben gerade nicht zur Anwendung. Das Gericht hat damit kaum einen Anlass, von sich aus tätig zu werden.

Sollte dem Gericht dennoch ein Sachverhalt zur Kenntnis gebracht werden, der eine selbstständige Einziehung nötig machen würde, so wäre die Staatsanwaltschaft entsprechend aufzufordern, die nötigen Schritte in die Wege zu leiten. Im Ergebnis wird es damit praxisgemäss wohl immer die Staatsanwaltschaft sein, die einen separaten Einziehungsbefehl erlässt.

5. Wer ist zur Einsprache legitimiert?

Gegen einen Strafbefehl sind nach Art. 354 StPO die beschuldigte Person, weitere Betroffene sowie – falls vorgesehen – die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft des Bundes oder des betreffenden Kantons im jeweiligen Verfahren zur Einsprache legitimiert.

Im selbstständigen Einziehungsverfahren gibt es – mangels Vorliegens eines konnexen Strafverfahrens – keine beschuldigte Person im Sinne der vorgenannten Bestimmung. Vielmehr ist der Hauptbeteiligte im selbstständigen Einziehungsverfahren der Vermögensinhaber des Einziehungsobjekts, mithin

18 Vgl. in diesem Sinne auch bereits der Begleitbericht des EJPD (Fn. 14), S. 245; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch (Fn. 6), N 1436.

derjenige, welchem die einzuziehenden Vermögenswerte oder Gegenstände im zivilrechtlichen Sinne als Eigentümer zustehen. Dies ist bspw. der Eigentümer von Banknoten, welche mit dem Drogenhandel in Verbindung stehen. In der Praxis steht häufig auch der Inhaber bzw. wirtschaftlich Berechtigte eines vom Einziehungsbefehl betroffenen Bankkontos als zur Einsprache legitimierte Person im Vordergrund. Die von der Einziehung direkt betroffene Person ist damit zur Einspracheerhebung legitimiert.

Weil das Gericht im Einspracheverfahren in Anwendung von Art. 378 StPO zuweilen auch über die Anträge der geschädigten Person auf Verwendung der eingezogenen Gegenstände und Vermögenswerte zu ihren Gunsten entscheidet, ist auch diese geschädigte Person vom Einziehungsbefehl betroffen.¹⁹ Sie gilt als *weitere Betroffene* im Sinne von Art. 354 StPO und hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, ins selbstständige Einziehungsverfahren miteinbezogen zu werden.²⁰ So ist bspw. eine Bank, die darlegen kann, dass sie durch die Einziehung von Vermögenswerten auf einem Bankkonto selbst einen Nachteil erleidet, einspracheberechtigt.²¹ Gestützt auf Art. 73 StGB ist die Einsprachelegitimation unabhängig davon, ob eine vorgängige Konstituierung als Privatklägerschaft stattgefunden hat oder nicht.²²

Ob tatsächlich eine Geschädigtenstellung vorliegt, ist nicht eine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung.²³ Demzufolge ist denjenigen, die sich selber als von der Einziehung geschädigte Personen bezeichnen, das Einspracherecht zu gewähren.

6. Ist die Einsprache zu begründen?

Gemäss Art. 354 Abs. 2 StPO sind Einsprachen gegen Strafbefehle grundsätzlich zu begründen. Ausgenommen von dieser Pflicht ist die beschuldigte Person. Weil es im Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl naturgemäss keine beschuldigte Person gibt, stellt sich die Frage, ob aufgrund dessen die Einsprache in jedem Fall zu begründen ist.

Zweck der Ausnahme von der Begründungspflicht der Einsprache ist, dass das Einspracheverfahren möglichst laienfreundlich ausgestaltet sein soll. Der beschuldigten Person, welche zuweilen nicht anwaltlich vertreten ist, soll die Einsprachemöglichkeit dadurch nicht zusätzlich erschwert werden.²⁴

19 BGer, 6B_176/2011, 23. Dezember 2011, E. 2.4.

20 BGer, 1B_581/2012, 27. November 2012, E. 1.

21 Vgl. BSK StPO-BAUMANN (Fn. 5), Art. 377 N 7 m.w.H.

22 BSK StPO-BAUMANN (Fn. 5), Art. 377 N 2a.

23 BGer, 1B_581/2012, 27. November 2012, E. 1.

24 Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (Fn. 4), 1291.

Dasselbe muss nach der hier vertretenen Ansicht auch für die von der Einziehung direkt betroffene Person gelten. Es gibt keinen sachlichen Grund, im Einspracheverfahren gegen einen Einziehungsbefehl höhere Hürden anzusetzen, als dies bei der Anfechtung eines Strafbefehls der Fall ist. Insofern ist nach der hier vertretenen Ansicht die Ausnahme von der Begründungspflicht der Einsprache nicht nur der beschuldigten, sondern in analoger Anwendung von Art. 354 Abs. 2 StPO auch der von der Einziehung direkt betroffenen Person zu gewähren.

Demgegenüber haben allfällige geschädigte Drittpersonen kurz darzulegen, inwiefern sie durch den Einziehungsbefehl in ihren Rechten tangiert sind und aus welchen Gründen sie die Aufhebung des Einziehungsbefehls beantragen.

7. Kann die Einsprache zurückgezogen werden?

In analoger Anwendung von Art. 356 Abs. 3 StPO kann die Einsprache bis zum Abschluss der Parteivorträge zurückgezogen werden. Es sind keine sachlichen Gründe erkennbar, weshalb dies im Einspracheverfahren gegen den Einziehungsbefehl nicht möglich sein sollte.

8. Welche Rechtsfolgen treten beim Rückzug der Einsprache ein?

Der Strafbefehl wird gemäss Art. 354 Abs. 3 StPO im Falle des Rückzugs der Einsprache zum rechtskräftigen Urteil. Der selbstständige Einziehungsbefehl ergeht jedoch in Form einer Verfügung. Solche sind – im Gegensatz zum Strafbefehl – der materiellen Rechtskraft nicht zugänglich. Insofern kann die in Art. 354 Abs. 3 StPO umschriebene Rechtsfolge beim selbstständigen Einziehungsverfahren nicht eintreten.

Immerhin wird der von der Staatsanwaltschaft ausgestellte Einziehungsbefehl im Falle des Rückzugs der Einsprache *formell rechtskräftig*, womit er rechtsbeständig wird und vollstreckt werden kann.

9. Kommt die Rückzugsfiktion zur Anwendung?

Gemäss Art. 356 Abs. 4 StPO gilt die Einsprache als zurückgezogen, sofern die Einsprache erhebende Person der Hauptverhandlung unentschuldigt fernbleibt und sich auch nicht vertreten lässt. Es handelt sich dabei um die sog. *Rückzugsfiktion*.

Art. 356 Abs. 4 StPO spricht nicht von der beschuldigten, sondern von der Einsprache erhebenden Person, womit eine analoge Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Nach der hier vertretenen Ansicht gibt es auch sonst keinen sachlichen Grund, der im Normalfall

gegen die Anwendbarkeit der Rückzugsfiktion sprechen würde. Entscheidet sich die einsprechende Person für eine mündliche Hauptverhandlung und erscheint trotz ordnungsgemässer Vorladung i.S.v. Art. 201 ff. StPO i.V.m. Art. 85 ff. StPO²⁵, und ohne sich anwaltlich vertreten zu lassen, nicht vor Gericht, kann davon ausgegangen werden, dass kein Interesse an einer gerichtlichen Beurteilung der ausgesprochenen Einziehung (mehr) besteht.

Die Rückzugsfiktion ist allerdings nicht anwendbar, wenn die vorzuladende Person im Ausland Wohnsitz hat. Da die Vorladung an eine beschuldigte Person im Ausland der Sache nach bloss eine *Einladung* darstellt, darf sie nicht mit Zwangsandrohungen verbunden werden. Leistet der Vorgeladene der ins Ausland zugestellten Vorladung keine Folge, darf er keine rechtlichen oder tatsächlichen Nachteile erleiden.²⁶ Die einsprechende Person ist folglich erneut zu einer Verhandlung vorzuladen und es ist die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens nach Art. 366 ff. StPO zu prüfen.

10. Gilt das Verbot der *reformatio in peius*?

Da das erstinstanzliche Gericht beim Einspracheverfahren nicht als Rechtsmittelinstanz urteilt, ist es nicht an das Verbot der *reformatio in peius* gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden.²⁷ Ähnlich dem Strafbefehl, welcher nach der Überweisung an das erstinstanzliche Gericht als Anklageschrift gilt (Art. 356 Abs. 1 StPO), bildet der angefochtene Einziehungsbefehl den Antrag der Staatsanwaltschaft als Prozesspartei auf Anordnung einer konkreten Einziehung. Aufgrund der geltenden Offzialmaxime, wonach das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, kann es den angefochtenen Einziehungsbefehl nach eigenem Ermessen anpassen,²⁸ aufheben oder – wenn es dem Antrag der Staatsanwaltschaft folgt – die Einziehung unverändert aussprechen bzw. den Einziehungsbefehl bestätigen. Die einsprechende Person läuft dabei Gefahr, mit der Erhebung des Rechtsbehelfs einen Entscheid zu ihren Ungunsten zu erwirken.

11. Ist der Anklagegrundsatz zu beachten?

Gemäss Art. 350 Abs. 1 StPO ist das Gericht im Einspracheverfahren gegen den Strafbefehl an die Umschreibung des Sachverhalts in der Anklageschrift

25 Ordnungsgemäss vorgeladen ist die Einsprache erhebende Person dann, wenn die Vorladung entweder direkt zugestellt wurde oder bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine öffentliche Ausschreibung nach Art. 88 StGB erfolgte und die Fristen für eine rechtsgültige Vorladung eingehalten wurden.

26 BGer, 6B_282/2019, 5. April 2019.

27 In diese Richtung auch BSK StPO-BAUMANN (Fn. 5), Art. 377 N 6.

28 So insbesondere in der Höhe des einzuziehenden Betrags.

gebunden. Es kann diesen weder ausdehnen noch in tatsächlicher Hinsicht abändern.²⁹ Beim selbstständigen Einziehungsbefehl liegt jedoch keine Anklage im eigentlichen Sinne vor, sondern – wie unter der vorangehenden Ziffer erwähnt – ein Antrag auf Einziehung von bestimmten Vermögenswerten oder Gegenständen. Insofern ist das Gericht nicht an einen bestimmten Sachverhalt gebunden, weshalb auch der Anklagegrundsatz keine Anwendung finden kann. Das Gericht kann somit seinen Einziehungsentscheid auch auf andere Gründe als jene stützen, die im Einziehungsbefehl der Staatsanwaltschaft erscheinen.³⁰

Inhaltlich darf jedoch verlangt werden, dass die Staatsanwaltschaft den Einziehungsbefehl zumindest in bedeutsamen Fällen kurz begründet, zumal von Einziehungsbefehlen u.U. Vermögenswerte in mehrstelliger Millionenhöhe betroffen sein können.³¹

12. Welche Rechtsmittel stehen zur Verfügung?

Der erstinstanzliche Entscheid ergeht aufgrund heute geltender gesetzlicher Regelung in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung (Art. 377 Abs. 4 letzter Satz StPO). Dagegen ist die *Beschwerde* nach Art. 393 ff. StPO möglich.

Allerdings sind diesbezüglich Revisionsbestrebungen im Gange, wonach der Entscheid des Gerichts mit Inkrafttreten der revidierten StPO per 1. Januar 2024 in Form eines Urteils zu ergehen habe. Zudem soll gegen erstinstanzliche Einspracheentscheide – analog zum Rechtsmittelverfahren gegen Urteile im Einspracheverfahren gegen Strafbefehle – anstelle der Beschwerde neu die Berufung möglich sein.³² Aus Kohärenzgründen wird denn auch in Art. 377 Abs. 4 revStPO die Berufung als neues einschlägiges Rechtsmittel gegen einen Einspracheentscheid des Gerichtes vorgesehen.³³ Sätze zwei und drei von Art. 377 Abs. 4 revStPO werden gemäss dem Beschluss der Bundesversammlung vom 17. Juni 2022 neu wie folgt lauten: «*Ein allfälliger Entscheid des Gerichts ergeht in Form eines Urteils. Der Entscheid des Gerichts kann mit Berufung angefochten werden.*»

29 BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächter Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 350 N3.

30 Im Ergebnis gl.M. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch (Fn. 6), N1436 Fn. 212; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch Andreas / Lieber Viktor / Summers Sarah / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 377 N 7.

31 SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar (Fn.11), Art. 377 N 5; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch (Fn. 6), N1434.

32 Vgl. Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Fn. 13), 6727 und 6759 f.

33 Siehe Beschluss der Bundesversammlung vom 17. Juni 2022, BBl 2022 1560 sowie Art. 377 Abs. 4 revStPO; dazu auch SCHWARZENEGGER (Fn. 30), Art. 377 N 9a.

Im Rahmen dieser Anpassung wird auch Art. 398 Abs. 1 StPO geändert. Diese Norm wird am 1. Januar 2024 wie folgt lauten: «Die Berufung ist zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist, sowie gegen selbstständige nachträgliche Entscheide des Gerichts oder gegen selbstständige Einziehungsentscheide.»³⁴ Gegen den Rechtsmittelentscheid ist schliesslich die Strafrechtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich (Art. 78 ff. BGG).

IV. Abschliessende Würdigung

Die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Einspracheverfahren gegen Strafbefehle stösst aufgrund der Eigenheiten der selbstständigen Einziehung an ihre Grenzen. Das kodifizierte Einspracheverfahren ist auf die gerichtliche Überprüfung von Strafbefehlen ausgerichtet und die in der Natur der Sache liegenden Besonderheiten der selbstständigen Einziehung werden in den gesetzlichen Bestimmungen nicht oder nur ungenügend berücksichtigt. Die Gerichte sind gefordert, die fehlenden Regelungen selbständig zu ersetzen.

Die vorliegende Abhandlung soll den rechtsanwendenden Behörden eine Hilfestellung bieten, wie bei offenen Anwendungsfragen vorgegangen werden kann. Dabei sind die analog anwendbaren Normen, welche zwar für ein ähnliches aber eben doch nicht gleichartiges Verfahren geschaffen wurden, bei der Anwendung im Einzelfall auch kritisch zu hinterfragen.

34 Siehe Art. 398 revStPO.

Literatur- und Materialienverzeichnis

- BAUMANN FLORIAN, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 376-378 StPO (zit. BSK StPO-Baumann).
- HEIMGARTNER STEFAN / NIGGLI MARCEL ALEXANDER, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 350 StPO (zit. BSK StPO-Heimgartner/Niggli).
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2016.
- RIKLIN FRANZ, in: Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 352-356 StPO (zit. BSK StPO-RIKLIN).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, in: Donatsch Andreas / Lieber Viktor / Summers Sarah / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 376-378.
- SCHMID NIKLAUS / JOSITSCH DANIEL
- Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch).
 - Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2018 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar).
- Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern, Juni 2001.
- Beschluss der Bundesversammlung vom 17. Juni 2022, BBl 2022 1560.
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085.
- Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung, Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 1641.

Dominique Diethelm / Gishok Kiritharan /
Vivian Stein

Die Verwertbarkeit rechts- widrig erlangter Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten

Zur Vereinbarkeit des Begriffs der schweren Straftat nach Art. 141 Abs. 2 StPO mit übergeordnetem schweizerischem und europäischem Recht

I. Problematik	281
----------------------	-----

II. Rechtslage in der Schweiz	282
A. Modelle der Beweisverwertungsverbote	282
B. Ansichten der Lehre	284
C. Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 147 IV 9)	285

III. Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtspraxis mit übergeordnetem Recht	286
A. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss EMRK	286
1. Rechtsgrundlage und Regelungszuständigkeiten	286
2. Anforderungen an ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK	287
3. Bedeutung für das schweizerische Recht	288
B. Bindung der Rechtsanwender an das Recht	289
1. Das verfassungsmässige Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV	290
a) <i>Die Justizförmigkeit des Verfahrens</i>	290
b) <i>Das Bestimmtheitserfordernis</i>	291
2. Der Grundsatz <i>nullum iudicium sine lege</i> gemäss EGMR-Rechtsprechung	292
3. Die Anwendbarkeit der Grundsätze auf die schwere Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO	293

4. Abwägungsüberlegungen: Durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geschützte Rechte	295
<hr/>	
IV. Abschliessende Bemerkungen	296
<hr/>	
Literaturverzeichnis	299

I. Problematik

Der Strafprozess steht im stetigen Spannungsverhältnis zwischen materieller Wahrheit und einem fairen Verfahren. Eine anschauliche Ausprägung dieses Konflikts ist der Umgang mit rechtswidrig erhobenen Beweisen.¹ Die schweizerische Strafprozessordnung regelt dies in Art. 141 StPO. Für den Fall, dass ein Beweis nicht gemäss den gesetzlichen Vorgaben erhoben wurde, sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden. Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich mit Art. 141 Abs. 2 StPO:

«Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.»

Diese Norm ermächtigt die Strafverfolgungsbehörden, rechtswidrig erhobene Beweise zulasten einer beschuldigten Person zu verwenden. Art. 141 Abs. 2 StPO enthält jedoch nur scheinbar klare Anweisungen an die Strafverfolgungsbehörden, wann dies genau zulässig ist. Umstritten ist einerseits, was unter einer «Gültigkeitsvorschrift» zu verstehen ist und wie diese von den «Ordnungsvorschriften» gemäss Abs. 3 zu unterscheiden sind.² Hierbei liegt das Problem nicht in der Bestimmung von Art. 141 StPO selbst, sondern in der Qualifikation von zahlreichen grundlegenden Verfahrensbestimmungen als blosser Ordnungsvorschriften, deren Verletzung gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO keine Konsequenzen hat.³ Andererseits ist auch die erforderliche «Unerlässlichkeit» auslegebedürftig. Bei Betrachtung des Art. 141 Abs. 2 StPO ist aber letztlich entscheidend, was unter der «schweren Straftat» zu verstehen ist. Das Verwertungsverbot in Abs. 2 ist relativ, weil das Vorliegen einer schweren Straftat die Gültigkeits- zu einer faktischen Ordnungsvorschrift abwerten kann.⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. weist die «Unerlässlichkeit» ebenfalls einen Bezug zur schweren Straftat auf, da eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.⁵ Der Begriff der «schweren Straftat» ist somit von grundlegender Bedeutung, weshalb sich dieser Beitrag auf diese Problematik fokussiert.

1 Vgl. HÄRING, S. 247; WOHLERS/BLÄSI, S. 158 f. m.w.H.; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 6 m.w.H.; VEST/EICKER, S. 890.

2 DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 125.

3 Bspw. WOHLERS/BLÄSI, S. 164 m.w.H.; CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 N 17. Im Gesamtkontext der Beweisverwertungsverbote ist dies wohl als grösstes Problem anzusehen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich jedoch nachfolgend auf die Problematiken innerhalb der Bestimmung des Art. 141 Abs. 2 StPO.

4 WOHLERS, schwere Straftat, S. 323 f.

5 POULIKAKOS, S. 142 m.w.H., vgl. aber auch S. 145 m.w.H.: diese vorgenommene Interessenabwägung ist nicht überzeugend, die Unerlässlichkeit muss bedeuten, dass keine

Eine kritische Beleuchtung des Begriffs der «schweren Straftat» rechtfertigt sich bereits aufgrund der Systematik von Art. 141 Abs. 2 StPO. Ist der Beschuldigte mit einer hohen Strafordrohung und damit einschneidenden Konsequenzen konfrontiert, werden die Anforderungen an Beweiserhebungen herabgesetzt.⁶ Es drängt sich somit eine Abhandlung der grundlegenden Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtspraxis mit den übergeordneten Menschenrechtsanforderungen auf. Dafür wird der Beitrag zunächst die Schweizer Rechtslage und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts aufarbeiten. Danach ist es Ziel des Beitrags die Frage zu beantworten, ob die aktuelle Schweizer Rechtspraxis mit der Bundesverfassung und der EMRK vereinbar ist.

II. Rechtslage in der Schweiz

A. Modelle der Beweisverwertungsverbote

Um die aktuelle Rechtslage dogmatisch einordnen zu können, werden zunächst theoretische Konzeptionen von Beweisverwertungsverböten vorgestellt und auf den Schweizer Kontext angewandt.

Für die Ausgestaltung von Beweisverwertungsverböten finden sich in der Lehre drei Modelle: Beim *Kodifizierungsmodell* hat der Gesetzgeber die relevanten Abwägungen bereits vorgenommen und in einer gesetzlichen Regelung verankert.⁷ Der Rechtsanwender hat hier nur noch die vom Gesetzgeber vorgegebene Regelung umzusetzen und darf keine eigenen Abwägungen vornehmen.⁸ Nur wo eine gesetzliche Regelung fehlt, besteht Ermessensspielraum und kann das Abwägungsmodell Anwendung finden.⁹

Beim *Abwägungsmodell* steht dem Rechtsanwender keine gesetzliche Regelung zur Verfügung, aufgrund dessen er eine Entscheidung über ein Beweisverwertungsverbot treffen kann. Der Entscheidung über die Verwertbarkeit des konkreten Beweismittels liegt eine Abwägung sämtlicher involvierter Interessen zugrunde.¹⁰

anderen Beweise verfügbar sind. Wird die Unerlässlichkeit i.S.d. Mindermeinung restriktiv verstanden, stellt sie eine bedeutende Einschränkung der Verwertbarkeit dar. Das weite Verständnis der Unerlässlichkeit ist damit ebenfalls kritisch zu hinterfragen. Dieser Beitrag limitiert sich jedoch auf die «schwere Straftat» und arbeitet deshalb mit der Rechtspraxis als Grundlage.

6 Ausführlich zu dieser Kritik: BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 71 m.w.H.

7 POULIKAKOS, S. 34; HASLER, S. 135.

8 WOHLERS/BLÄSI, S. 160; vgl. BGE 133 IV 329 E. 4.4; HASLER, S. 135.

9 WOHLERS/BLÄSI, S. 160; SK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 5.

10 VEST/EICKER, S. 890 zur Schweizer Rechtslage vor der eidgenössischen StPO; HASLER, S. 132 f.; WOHLERS/BLÄSI, S. 160.

Das *Schutzzweckmodell* beinhaltet keine abschliessende gesetzliche Regelung, stellt für die Verwertung aber auch nicht vordergründig auf eine Abwägung und damit auf die Tatschwere ab.¹¹ Vielmehr resultiert die Unverwertbarkeit daraus, dass der Schutzzweck einer Norm verletzt wurde.¹²

Fraglich ist nun, welchem Modell der Gesetzgeber mit Art. 141 Abs. 2 StPO gefolgt ist. Vor Einführung der eidgenössischen StPO folgte das Bundesgericht noch dem Abwägungsmodell.¹³ Nicht ganz unumstritten ist, ob die eidgenössische Kodifizierung bloss das bundesgerichtliche Abwägungsmodell festhält oder ob sich darüber hinaus eine gesetzgeberische Wertung im Sinne eines Kodifizierungsmodells in der Bestimmung wiederfindet.¹⁴

Eindeutig ist, dass mit Abs. 2 kein reines Kodifizierungsmodell umgesetzt wurde. Ein solches findet sich bspw. in Art. 141 Abs. 1 StPO für die absoluten Verwertungsverbote.¹⁵ Die Unterscheidung in Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften in Abs. 2 ist eine klare Ausprägung des Schutzzweckmodells.¹⁶ Wie bereits einleitend erwähnt, kommt der Unterscheidung zwischen den beiden Kategorien von Vorschriften – und damit dem Schutzzweckmodell als Ganzes – bei schweren Straftaten nur beschränkte Bedeutung zu, da die «schwere Straftat» letztlich auch der Gültigkeitsvorschrift vorgeht.¹⁷

Es bleibt damit die Frage, welches Modell sich hinter der Voraussetzung «zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich» verbirgt. Mit der «schweren Straftat» ist der Gesetzgeber eindeutig von der Gesamtabwägung aller beteiligten Interessen abgewichen.¹⁸ Die Abwägung ist seit der eidgenössischen StPO nicht mehr immer, sondern einzig bei «schweren Straftaten» überhaupt erst vorzunehmen.¹⁹ Die Schwere der Tat allein kann zudem keine grundsätzliche Verwertbarkeit begründen, sondern der rechtswidrig erhobene Beweis muss für die Aufklärung der schweren Straftat «unerlässlich» sein. Auch wenn in

11 HASLER, S. 134; HÄRING, S. 247f.; a.A. POULIKAKOS, S. 35 Fn. 165.

12 BEYDOUN, Rz. 73; zu den Ursprüngen der Schutzzwecklehren in der deutschen Rechtsprechung und Lehre: VETTERLI, S. 29 ff.

13 Dies geht bspw. aus BGE 131 I 272 E. 4.1.2 hervor; vgl. POULIKAKOS, S. 33 f.; ausführlich zur Rechtsprechung des BGer vor der eidgenössischen StPO: VETTERLI, S. 63 ff.

14 Vgl. WOHLERS, schwere Straftat, S. 323 Fn. 15.

15 POULIKAKOS, S. 33.

16 WOHLERS, Urteilsbesprechung, S. 630; VEST/EICKER, S. 889; WOHLERS/BLÄSI, S. 164.

17 Das kann natürlich nur innerhalb von Art. 141 Abs. 2 StPO gelten, d.h. im Kontext schwerer Straftaten. Aufgrund der Unbeachtlichkeit von Verletzungen von Ordnungsvorschriften gem. Abs. 3 ist die Unterscheidung zwischen den Arten der Vorschriften insbesondere im Bagatellbereich von zentraler Bedeutung.

18 Zustimmend: Entscheidung des Obergerichts Zürich, 25. April 2017, SB160516, II. E. 6.2.4 m.w.H.

19 HÄRING, S. 247.

ständiger Rechtsprechung und gemäss h.L. für die «Unerlässlichkeit» eine Interessenabwägung vorzunehmen ist,²⁰ wurde die allgemeine Abwägung der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit den «schweren Straftaten» erheblich eingeschränkt.²¹ Der Gesetzgeber hat die Wertung nicht absolut vorgenommen, wie dies in einem reinen Kodifikationsmodell wie Abs. 1 der Fall ist. Jedoch finden sich in der Bestimmung klare Wertungen, welche ein reines Abwägungsmodell ausschliessen.²² Für den Rechtsanwender bedeutet dies konkret, dass Art. 141 Abs. 2 StPO die Wertung der «schweren Straftat» enthält, welche in Entscheiden über die Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweisen respektiert werden muss.

Wie diese Wertung in der Praxis umgesetzt wird, ist zu untersuchen. Nachfolgend wird zuerst die Schweizer Lehre und danach die Rechtsprechung zu dieser Thematik dargelegt.

B. Ansichten der Lehre

In der Lehre bestehen verschiedene Ansätze, wie der Begriff der «schweren Straftat» zu definieren ist. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass die Deliktskataloge für verdeckte Zwangsmassnahmen nach Art. 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO herangezogen werden sollen.²³ Ein anderer Teil der Lehre setzt den Begriff der «schweren Straftat» mit dem Verbrechensbegriff nach Art. 10 Abs. 2 StGB gleich.²⁴ Weitaus einschränkender ist die Lehrmeinung, die der Ansicht ist, dass nur Verbrechen, bei denen ausschliesslich eine Freiheitsstrafe vorgesehen ist, eine schwere Straftat sein könnten.²⁵ Weitaus differenzierter ist der Lösungsansatz, welcher für den Begriff der schweren Straftat den Verbrechensbegriff als Mindestanforderung ansieht und innerhalb der Verbrechen weitere Abwägungen vornimmt.²⁶ Eine weitere Auslegungsmöglichkeit des unbestimmten Begriffs ist die Beurteilung im Einzelfall.²⁷ Begründet wird dies damit, dass die fehlende Definition der schweren Straftat eine bewusste Gesetzeslücke ist, welche durch die Rechtsprechung zu schliessen ist. Massgebend seien dabei die gesamten Umstände des konkreten Falles.

20 BGer, 6B_908/2018, 7. Oktober 2019, E. 4.2; BGE 143 IV 387 E. 4.4; POULIKAKOS, S. 143 m.w.H.

21 So auch: HÄRING, S. 247.

22 Man könnte von einem relativen Kodifikationsmodell oder einem eingeschränkten Abwägungsmodell sprechen.

23 DONATSCH/CAVEGN, S. 166; zustimmend HÄRING, S. 248.

24 PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 141 N 8.

25 BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 72; SK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 29; ähnlich PIETH, S. 195.

26 POULIKAKOS, S. 129 ff.

27 CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 N 25.

In einem nächsten Schritt wird die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt und angeschaut, wie das Bundesgericht mit den einzelnen Lehrmeinungen umgeht.

C. Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 147 IV 9)

Über längere Zeit postulierte das Bundesgericht, dass der Begriff der «schweren Straftat» vorab Verbrechen umfasse.²⁸ Mit BGE 146 IV 226 wurde die Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO für Übertretungen und Vergehen sogar ausgeschlossen.²⁹ Ein kürzlicher Leitentscheid verfolgt jedoch einen geradezu gegensätzlichen Ansatz. In BGE 147 IV 9 hat das Bundesgericht zu den oben dargestellten Lehrmeinungen Stellung genommen. Auch die überzeugenden Lehrmeinungen wurden ohne vertiefte Auseinandersetzung und mit oberflächlichen Argumenten abgelehnt.³⁰ Das Bundesgericht vertritt neu die Meinung, dass unter Umständen auch Vergehen vom Begriff der schweren Straftat erfasst sein können.³¹

Das Bundesgericht sieht ein, dass ein Abstellen auf abstrakt angedrohte Strafen oder abschliessende Deliktskataloge praktikabel für die Prüfung der Verwertbarkeit von Beweismitteln sind. Jedoch sei diese starre Entscheidung vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Konkret könne dies im Einzelfall dazu führen, dass leichte Verbrechen anders behandelt würden als schwerwiegende Vergehen, obwohl die konkrete Strafe für das Vergehen viel höher ausfallen könnte. Dies wäre nicht mit dem vom Gesetzgeber gewollten Grundsatz der Individualisierung und dem weiten Ermessensspielraum des Sachgerichts bei der Strafzumessung vereinbar, anlässlich welcher die Schwere der Tat zu bewerten sei.³²

Das Bundesgericht sagt in einem Fazit zu seiner Auseinandersetzung mit dem Begriff der «schweren Straftat» Folgendes: «Entscheidend ist deshalb nicht das abstrakt angedrohte Strafmass, sondern die Schwere der konkreten Tat. Dabei kann auf Kriterien wie das geschützte Rechtsgut, das Ausmass

28 Vgl. BGer, 6B_810/2020, 14. September 2020, E. 2.6.1; BGer, 6B_908/2018, 7. Oktober 2019, E. 4.2: «Als schwere Straftat im Sinne des Gesetzes fallen vorab Verbrechen in Betracht.»

29 BGE 146 IV 226 E. 4.

30 Vgl. WOHLERS, schwere Straftat, S. 224 f. für detaillierte Kritik an der rudimentären Auseinandersetzung mit der Lehre.

31 BGE 147 IV 9 E. 1.3.1 und 1.4.3.

32 Zum Ganzen BGE 147 IV 9 E. 1.4.2; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 ff., 2052.

dessen Gefährdung resp. Verletzung, die Vorgehensweise und kriminelle Energie des Täters oder das Tatmotiv abgestellt werden.»³³

Im Endeffekt ist das Bundesgericht mit diesem Leitentscheid zum ursprünglichen Abwägungsmodell zurückgekehrt.³⁴ Die in Art. 141 Abs. 2 StPO enthaltenen Wertungen des Gesetzgebers werden missachtet.³⁵

Diese Erkenntnis gibt Anlass zur zweifachen Überprüfung der aktuellen Schweizer Rechtspraxis. Zum einen soll analysiert werden, ob das reine Abwägungsmodell den Anforderungen der EMRK an die Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweisen entspricht. Darüber hinaus ist die Hinwegsetzung über die kodifizierten Wertungen in Art. 141 Abs. 2 StPO unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips kritisch zu hinterfragen.

III. Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtspraxis mit übergeordnetem Recht

A. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss EMRK

1. Rechtsgrundlage und Regelungszuständigkeiten

Die EMRK enthält keine spezifischen Bestimmungen zur Verwendung rechtswidrig erhobener Beweise im Verfahren, und auch der EGMR hat in seiner Rechtsprechung ausdrücklich davon abgesehen, abstrakt zu definieren, wann rechtswidrig erlangte Beweise verwendet werden dürfen. Dies falle in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.³⁶ Ein konventionsrechtlicher Anspruch darauf, dass solche Beweise nicht verwendet werden, kann sich unter Umständen jedoch aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ergeben.

Nicht jeder unter Verletzung nationaler Beweisvorschriften erhobene Beweis ist aus Sicht des EGMR unverwertbar,³⁷ vielmehr knüpft die Unverwertbarkeit (oder andere Rechtsfolgen) an die Verletzung eines konkreten Konventionsrechts an. Als Konsequenz können bspw. Beweise, die unter Verletzung des Folterverbots oder durch unmenschliche und erniedrigende Behandlung (Art. 3 EMRK) erhoben wurden, in keinem Fall verwendet wer-

33 BGE 147 IV 9 E. 1.4.2; vgl. auch BGE 141 IV 61 E. 6.3.2; BGE 135 IV 191 E. 3.1.

34 WOHLERS, schwere Straftat, S. 323.

35 Vgl. WOHLERS, schwere Straftat, S. 323 f., welcher sogar davon ausgeht, dass Art. 141 Abs. 2 StPO zur reinen Fassade wird.

36 Zum Ganzen EGMR Schenk v. Schweiz vom 12. Juli 1988, Application No. 10862/84, § 46; EGMR Jalloh v. Deutschland vom 11. Juli 2006, Application No. 54810/00, § 95; EGMR Bykov v. Russland vom 10. März 2009, Application No. 4378/02, § 89; siehe auch: BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 12; RIEDI, S. 31; TEICHMANN/WEISS, S. 138 f.

37 BEYDOUN, Rz. 162 m.w.H.

den.³⁸ Da diese Beweise aber auch unter Schweizer Recht absolut unverwertbar wären,³⁹ wird hier nicht weiter darauf eingegangen. Im Zusammenhang mit relativ unverwertbaren Beweisen von grösserer Bedeutung ist, dass Urteile konventionswidrig sind, wenn sie Ansprüche aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzen, insb. den auf ein faires Verfahren.⁴⁰ Eine zweite Konsequenz des Abstellens auf das Verfahren als Ganzes und nicht lediglich auf die Erhebung des konkreten Beweises ist, dass es wohl nicht relevant ist, ob der Beweis vom Staat selbst, von Privaten oder sogar im Ausland erhoben wurde. Der den Prozess führende Staat hat die rechtmässige Beweiserhebung sowie die Verfahrensfairness zu gewährleisten.⁴¹

2. Anforderungen an ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Um festzustellen, ob eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren vorliegt, wird untersucht, ob das Verfahren in einer Gesamtbetrachtung aller Verfahrensschritte, also nicht nur die einzelne Beweiserhebung, fair war.⁴² Dies beurteilt sich anhand verschiedener Faktoren: Der Gerichtshof untersucht die Art der widerrechtlichen Beweiserhebung und die Natur der Verletzung,⁴³ wie wesentlich der Beweis für die Verurteilung des Beschuldigten ist,⁴⁴ wie schwer das Verbrechen ist sowie das damit zusammenhängende öffentliche Interesse an dessen Aufklärung.⁴⁵ Von essenzieller Bedeutung ist, ob der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wirksam ausüben konnte.⁴⁶ Das bedeutet insbesondere, dass dem Beschuldigten ein adäquater Ausgleich für die aus der Verwendung des rechtswidrig erhobenen Beweismittels resultierende Rechtsverletzung geboten werden muss⁴⁷ und dass der Beschuldigte die Echtheit oder Richtigkeit des Beweises anfechten kann.⁴⁸ Doch selbst wenn diese Abwägungen ergeben, dass die Verwendung eines Beweises einen Eingriff in den Anspruch auf ein faires Verfahren darstellt, ist die Konsequenz

38 EGMR Jalloh v. Deutschland (Fn. 36), § 99; EGMR Gäfgen v. Deutschland vom 1. Juni 2010, Application No. 22978/05, § 99; siehe auch RIEDI, S. 31.

39 Art. 141 Abs. 1 StPO.

40 BEYDOUN, Rz. 162 m.w.H.

41 Vgl. zum Ganzen RIEDI, S. 170.

42 EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 89; HÄRING, S. 232; RIEDI, S. 161 f.; TEICHMANN/WEISS, S. 139; WIEDERKEHR, S. 10.

43 EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 89; siehe auch: HÄRING, S. 232; RIEDI, S. 161 f.

44 EGMR Schenk v. Schweiz (Fn. 36), § 48.

45 EGMR Jalloh v. Deutschland (Fn. 36), § 98 f.

46 EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 89; HÄRING, S. 232; RIEDI, S. 161 f.

47 EGMR Pesukic v. Schweiz vom 6. Dezember 2012, Application No. 25088/07, § 50; RIEDI, S. 31.

48 EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 90.

nicht zwingend dessen Unverwertbarkeit. Vielmehr können, abhängig von der Schwere des Eingriffs, auch andere prozessuale Reaktionen wie bspw. Strafreduktionen genügen.⁴⁹

Das Erfordernis komplexer Abwägungen und das Fehlen klarer Kriterien zur Beurteilung der Vereinbarkeit einer Beweisverwendung mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK zeigt, wie unsicher der Ausgang eines solchen Verfahrens vor dem EGMR ist. Zudem ist der EGMR sehr zurückhaltend bei der Aussprache von Beweisverwertungsverboten ausserhalb einiger weniger Fallgruppen im Zusammenhang mit Kerninhalten von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁵⁰ So gilt bspw. das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde, und insb. auch einer Vertretung während des Vorverfahrens, aufgrund der grossen Bedeutung für die Wahrung von Verteidigungsrechten des Beschuldigten als einer der zentralen Gewährleistungsinhalte des Anspruchs auf ein faires Verfahren.⁵¹ Der Anspruch gilt jedoch nicht absolut, und Ausnahmen sind möglich, sofern gewichtige Gründe dafür sprechen und die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht in unangemessener Weise eingeschränkt werden.⁵² Grössere Zurückhaltung muss dabei angewandt werden, wenn es sich um schwere Straftaten mit entsprechenden Strafantrohungen handelt.⁵³ Eine anwaltliche Unterstützung kann auch zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit beitragen, eines weiteren zentralen Gehalts von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁵⁴

3. Bedeutung für das schweizerische Recht

Nach dem oben Gesagten kann festgehalten werden, dass die EMRK ein reines Abwägungsmodell⁵⁵ vorsieht. Die EMRK-konforme Verwendung rechtswidrig erhobener Beweise hängt also davon ab, ob im Einzelfall nach Abwägung aller Umstände trotzdem ein faires Verfahren stattgefunden hat, in dem der Beschuldigte sich hinreichend verteidigen konnte. Das Prozessrecht fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten⁵⁶ und innerhalb der Grenzen der Verfahrensfairness von Art. 6 Ziff. 1 EMRK können sie die Verwertung von rechtswidrig

49 Zum Ganzen RIEDI, S. 173.

50 GAEDE, EGMR, S. 328.

51 EGMR Demebukov v. Bulgarien vom 28. Februar 2008, Application No. 68020/01, § 50; EGMR Salduz v. Türkei vom 27. November 2008, Application No. 36391/02, § 51, 54 f.; WOHLERS, Fair Trial, S. 211.

52 EGMR Salduz v. Türkei (Fn. 51), § 55.

53 EGMR Salduz v. Türkei (Fn. 51), § 54.

54 EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 92; BENEDICK, S. 172 m.w.H.

55 Siehe hierzu II.A.

56 EGMR Schenk v. Schweiz (Fn. 36), § 46; EGMR Jalloh v. Deutschland (Fn. 36), § 95; EGMR Bykov v. Russland (Fn. 36), § 89; siehe auch: BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 12; RIEDI, S. 31; TEICHMANN/WEISS, S. 138 f.

erhobenen Beweisen selbst regulieren. Eine Norm, die Verwertungsverbote explizit regelt, ist daher in den Grenzen der Mindestanforderungen an die Verfahrensfairness mit der EMRK vereinbar.

Die StPO lässt die ausnahmsweise Verwendung rechtswidrig erhobener Beweismittel zu, wenn dies «zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich» ist (Art. 141 Abs. 2 StPO). Die Feststellung der Unerlässlichkeit erfordert eine Interessenabwägung und je zentraler ein Beweisstück ist, umso eher darf es verwendet werden.⁵⁷ Auch der EGMR berücksichtigt diesen Umstand, wenn er beurteilen muss, ob die Verwendung eines widerrechtlich erhobenen Beweisstücks die Verfahrensfairness beeinträchtigt.⁵⁸ Eine vorweggenommene Wertung des Gesetzgebers zugunsten des Beschuldigten durch eine Einschränkung auf Fälle, in denen die Verwendung des Beweismittels «unerlässlich» ist, ist mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar.

Ein weiterer Faktor, den sowohl Art. 141 Abs. 2 StPO als auch der EGMR berücksichtigen, ist die Schwere der aufzuklärenden Tat, wobei der EGMR diesen Begriff nicht definiert. In *Jalloh v. Deutschland* wurden als Beispiele für schwere Straftaten Terrorismus und organisiertes Verbrechen aufgeführt,⁵⁹ und viele Fälle betreffen Tötungsdelikte.⁶⁰ Die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise ist jedoch nicht auf diese Delikte beschränkt, zumal es insb. auch um das mit der Schwere zusammenhängende öffentliche Interesse an der Aufklärung geht, das sich nicht auf diese Delikte beschränken kann. Da sowohl Art. 141 Abs. 2 StPO als auch dessen etwas flexiblere Auslegung durch das Bundesgericht eine einschränkende Funktion haben und eine Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise im Bagatellbereich verhindern, scheinen beide Regelungen mit Blick auf ihren Wertungsgehalt miteinander vereinbar zu sein.

B. Bindung der Rechtsanwender an das Recht

Aus den obigen Erkenntnissen lässt sich schliessen, dass aufgrund der hohen Zurückhaltung des EGMR ein reines Abwägungsmodell – mit expliziter Berücksichtigung des Fair Trial – zulässig ist. Entscheidend ist aber, dass die StPO gerade kein reines Abwägungsmodell vorsieht, sondern das Beweisverwertungsverbot nur bei «schweren Straftaten» relativiert werden kann. Nachfolgend wird somit untersucht, inwiefern die Hinwegsetzung des Bundesgerichts

57 BGER, 6B_908/2018, 7. Oktober 2019, E. 4.2; BGE 143 IV 387 E. 4.4; siehe hierzu auch II B.

58 EGMR *Schenk v. Schweiz* (Fn. 36), § 48.

59 EGMR *Jalloh v. Deutschland* (Fn. 36), § 99.

60 Statt vieler bspw. EGMR *Bykov v. Russland* (Fn. 36), § 89 ff.; EGMR *Schenk v. Schweiz* (Fn. 36), § 46 ff.

über die kodifizierte Wertung der «schweren Straftat»⁶¹ mit übergeordnetem schweizerischem und europäischem Recht vereinbar ist.

1. Das verfassungsmässige Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV

a) Die Justizförmigkeit des Verfahrens

In der schweizerischen Rechtsordnung ist die Problematik der Nichtbeachtung gesetzlicher Vorgaben durch Rechtsanwender im Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV zu verorten.⁶² Dieses Prinzip findet sich für den Strafprozess insbesondere in Art. 2 Abs. 2 StPO wieder.⁶³ Gemäss dieser Bestimmung können Strafverfahren nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt und abgeschlossen werden. Damit wurde der Grundsatz der Formstrenge kodifiziert, gemäss welchem Strafverfahren nicht informell durchgeführt werden dürfen.⁶⁴ Die Formstrenge setzt das Rechtsstaatsprinzip im Strafverfahren um, da insbesondere Machtmissbräuche der Strafverfolgungsbehörden unterbunden werden.⁶⁵ Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nur in den gesetzlich vorgesehenen Formen untersuchen und beurteilen, ob die beschuldigte Person zu verurteilen oder freizusprechen ist, womit auch die Verteidigungsrechte gewahrt werden.⁶⁶ Die Schweizer Lehre bezeichnet diese Bindung gesamthaft als Justizförmigkeit (auch Prozessförmigkeit oder *nulla poena sine processu*).⁶⁷ In der Lehre wird für die Anforderungen an die Justizförmigkeit in der StPO eine Unterscheidung zwischen administrativen Bestimmungen und Grundrechtseingriffe legitimierenden Normen postuliert, wobei das Legalitätsprinzip für Letztere eine höhere Bedeutung beansprucht.⁶⁸

61 Vgl. oben II.A.

62 Bindung der Staatsgewalt an das Recht, vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 17, N 20 und N 51.

63 Implizit BGE 148 IV 1 E. 3.5.2; POULIKAKOS, S. 16; WOHLERS/BLÄSI, S. 159; ZEHNDER, Rz. 228; vgl. Rechtsprechung des OG ZH, bspw. Entscheid UE 170183, 23. März 2018, III. E. 1; WOHLERS subsumiert die Rechtsbindung teilweise auch unter Art. 4 Abs. 1 StPO, bspw. SK StPO-WOHLERS, Art. 4 N 4; WOHLERS/BLÄSI, S. 160; vgl. BGE 133 IV 329 E. 4.4.

64 Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1128.

65 BGE 148 IV 1 E. 3.5.1 m.w.H.; ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium vom 22. Juni 2000, Applications nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 und 33210/96, § 102; BSK StPO-GLESS, Art. 2 N 13; SCHMID/JOSITSCH, N 9; OFK StPO-RIKLIN, Art. 2 N 3.

66 OFK StPO-RIKLIN, Art. 2 N 3. Gewisse Autoren scheinen Art. 2 Abs. 2 StPO restriktiver zu lesen und verstehen darunter nur den sog. Erledigungsgrundsatz und einen Numerus clausus der Verfahrens- und Erledigungsformen, so bspw. PK StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 2 N 3 f. Das ist insoweit unproblematisch, als die nachfolgenden Überlegungen auch allgemeiner unter Art. 5 Abs. 1 BV angestellt werden können.

67 Siehe bspw. SK StPO-WOHLERS, Art. 2 N 7; OFK StPO-RIKLIN, Art. 2 N 1; POULIKAKOS, S. 16; STADLER, S. 55 f.; ZEHNDER, Rz. 227 m.w.H.; WOHLERS/BLÄSI, S. 165; CHEN, S. 50 f. m.w.H.; vgl. auch BGE 147 IV 93 E. 1.3.2.

68 HEIMGARTNER, S. 5.

Art. 141 Abs. 2 StPO befasst sich mit Gültigkeitsvorschriften, womit die Beachtung des Legalitätsprinzips entscheidend ist.⁶⁹

b) Das Bestimmtheitserfordernis

Der Sinn und Zweck des verfassungsmässigen Legalitätsprinzips kann nur erfüllt werden, wenn die fragliche Norm den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügt.⁷⁰ Mit anderen Worten kann der Rechtsanwender nur an das Recht gebunden sein, wenn es sich nicht nur um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt. Fraglich ist damit, ob der Begriff der «schweren Straftat» bestimmt genug ist, um das Vorgehen des Bundesgerichts unzulässig werden zu lassen. Ist die Norm zu unbestimmt, ist das Vorgehen des Bundesgerichts als im Rahmen seiner Tätigkeit normale Präzisierung des Rechts zu verstehen.⁷¹ Dies könnte allerdings mit Blick auf die Gewaltentrennung problematisch sein.⁷²

Die Bestimmtheit von Art. 141 Abs. 2 StPO wird in der Lehre nur ausnahmsweise kritisiert.⁷³ Gesprochen wird vielmehr von Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit, und damit wird der Mangel einer eindeutigen Definition kritisiert.⁷⁴ Es ist in der Tat herausfordernd, abstrakt zu entscheiden, wo eine schwere Straftat genau beginnt. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Begriff der «schweren Straftat» keine klaren Wertungen vermittelt. Ein Begriff ist vordergründig nach seinem Wortlaut auszulegen, d.h. nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch.⁷⁵ Dass ein Konsens über das allgemeine Verständnis besteht, zeigt POULIKAKOS' Erkenntnis, dass die überwiegende Schweizer Lehre und die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung unter dem Begriff der «schweren Straftat» nur Verbrechen verstehen.⁷⁶ Es ist offensichtlich, dass eine theoretische Ausweitung der Verwertung auf alles ausser Bagatelldelikte⁷⁷ nicht mehr mit dem allgemeinen Verständnis der «schweren Straftat» vereinbar ist. Es muss hier auch nicht vertieft abgehandelt werden, dass sich das restriktive Verständnis der «schweren Straftat» bereits aus der Konzeption der Bestimmung ergibt: Beweise werden in Verletzung von

69 Vgl. auch HEIMGARTNER, S. 9.

70 BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 43.

71 Vgl. BGE 148 IV 1 E. 3.5.2 m.w.H.; ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), § 98; vgl. auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9 N 5: Das BGER prüft Verletzungen des Legalitätsprinzips nur mit Willkürkognition.

72 WOHLERS, Fair Trial, S. 210 f.

73 So (zurückhaltend) bspw. BEYDOUN, Rz. 288.

74 Bspw. BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 72 m.w.H.

75 So bspw. BGE 139 IV 282 E. 2.4; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 36.

76 POULIKAKOS, S. 132.

77 WOHLERS, schwere Straftat, S. 325.

zentralen Schutzbestimmungen des Strafverfahrens (Gültigkeitsvorschriften) erhoben und sollen deshalb nur in Ausnahmefällen verwertbar sein.⁷⁸ Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot ergeben sich somit nicht aus dem Begriff der «schweren Straftat» gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO, sondern vielmehr aus der exzessiven Anwendung des Abwägungsmodells durch das Bundesgericht, wodurch die Vorhersehbarkeit des Verfahrensverlaufs für Beschuldigte massiv eingeschränkt wird.⁷⁹

Die «schwere Straftat» ist somit eine Wertung des Gesetzgebers, welche aus dem Wortlaut und der Konzeption der Norm bestimmt genaug ist, um den Rechtsanwender auch i.S.d. (relativen) Kodifizierungsmodells zur Beachtung zu verpflichten.

2. Der Grundsatz *nullum iudicium sine lege* gemäss EGMR-Rechtsprechung

Die Justizförmigkeit des Strafprozesses ist in einem weiteren Schritt auch durch die EGMR-Rechtsprechung explizit geschützt.⁸⁰ Im Urteil *Coëme and others vs. Belgium* wurde eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK festgestellt,⁸¹ da der Minister Coëme einem nicht gesetzlich geregelten Strafverfahren unterzogen wurde, welches sich lediglich an das ordentliche belgische Strafprozessrecht anlehnte.⁸² Der EGMR hielt fest, dass gemäss dem Grundsatz *nullum iudicium sine lege* das Strafprozessrecht – wie das materielle Strafrecht gemäss dem Grundsatz *nulla poena sine lege* – einer gesetzlichen Grundlage bedarf.⁸³ Der Vorhersehbarkeit der anwendbaren Verfahrensbestimmungen kam mit Blick auf ein faires Verfahren und dem Grundsatz der Waffengleichheit entscheidende Bedeutung zu.⁸⁴ Abgrenzend ist anzumerken, dass gemäss

78 Ausdrücklich: Sitzung Nationalrat, 18. Juni 2007, AB 2007 N 957 f., Votum Müller Thomas; so auch RIEDO/MEILE, 44 und VEST, 549; Vgl. BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 66 ff. m.w.H.; vgl. auch die hier nicht vertiefte Diskussion zur Frage der Bindung an den Wortlaut von (strafrechtlichen) Bestimmungen, bspw. BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 36 ff. Diese Diskussion ist hier nicht zentral, da sich die Restriktion nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Zweck und Gesamtkontext der Norm ergibt.

79 Vgl. dazu allgemein: VETTERLI, S. 16 f. (m.w.H. aus der deutschen Lehre) und S. 175 f. m.w.H zum generellen Verständnis des Legalitätsprinzips im Strafprozessrecht.

80 BGE 148 IV 1 E. 3.5.1; Ausführlich: HEIMGARTNER, S. 3 ff.; SK StPO-WOHLERS, Art. 2 N 8 m.w.H.

81 Genauer eine Verletzung des Anspruchs auf ein Gericht «established by law», vgl. GAEDE, *nullum iudicium sine lege*, S. 869 f.

82 ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), §10 ff.; vgl. ebenfalls: GAEDE, *nullum iudicium sine lege*, S. 869 f.

83 ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), §102; vgl. auch WOHLERS, Verfahrensfehler, S. 366.

84 ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), §102; vgl. GAEDE, *nullum iudicium sine lege*, S. 871.

EGMR-Rechtsprechung Art. 7 EMRK auf prozessrechtliche Bestimmungen nur ganz ausnahmsweise Anwendung findet.⁸⁵

3. Die Anwendbarkeit der Grundsätze auf die schwere Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO

Zum Schutze der Rechtsstaatlichkeit – und insbesondere der Beschuldigtenrechte⁸⁶ – müssen damit auch prozessuale Bestimmungen den Anforderungen der Gesetzmässigkeit genügen. Fraglich ist, ob die extensive Auslegung des Begriffs der «schweren Straftat» und das Anwenden eines Abwägungsmodells den Anforderungen des Legalitätsprinzips i.S.v. Art. 2 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BV und des Grundsatzes *nullum iudicium sine lege* widerspricht.

Eine Verletzung der Justizförmigkeit gemäss Art. 2 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BV ist aufgrund der genügenden Bestimmtheit von Art. 141 Abs. 2 StPO möglich und auch klar zu bejahen. Das in Art. 141 Abs. 2 StPO statuierte grundsätzliche Verbot der Verwertung von Beweisen nach einer Verletzung von wichtigen Verfahrensbestimmungen ist selbst Ausdruck der Formstrenge des Verfahrens: Die Justizförmigkeit des Verfahrens wird dadurch geschützt, dass rechtswidrig erhobene Beweise unverwertbar sind.⁸⁷ Indem dieser Schutz der Verfahrensbestimmungen durch ein reines Abwägungsmodell abgebaut wird, wird die Justizförmigkeit des gesamten Verfahrens riskiert, da die Strafverfolgungsbehörden zur rechtswidrigen Beweisakquirierung ermutigt werden – oder zumindest keine direkte Bestrafung folgt.⁸⁸ Art. 141 Abs. 2 StPO ist damit eine entscheidende Schnittstelle für die Justizförmigkeit des Verfahrens. Für Art. 141 Abs. 2 StPO selber wurde aber anhand der genügenden Bestimmtheit der Norm auch gezeigt, dass ein reines Abwägungsmodell nicht dem Wortlaut entspricht.⁸⁹ Das Bundesgericht stützt sich auf eine Absicht des Gesetzgebers, keine starre Regelung zu implementieren.⁹⁰ Diese gesetzgeberische Absicht ist weder anhand der Materialien nachvollziehbar, noch wird sie im Entscheid begründet.⁹¹ Aus den Materialien ergibt sich vielmehr, dass die Minderheit sogar beantragte, sämtliche rechtswidrig erhobenen Beweise als unverwertbar

85 ECHR, Guide on Article 7 of the European Convention on Human rights, Version vom 31. August 2022, N16.

86 Vgl. ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), §102.

87 POULIKAKOS, S. 16; WOHLERS/BLÄSI, S. 159.

88 So auch die Befürchtung der Minderheit in der parlamentarischen Diskussion, vgl. Sitzung Nationalrat, 18. Juni 2007, AB 2007 N 955 ff.

89 Vgl. oben III.B.1.b).

90 BGE 147 IV 9 E. 1.4.2.

91 In der Botschaft (Fn. 63) wird die schwere Straftat nicht weiter besprochen und auch in der Diskussion des Ständerats war sie kein Thema, vgl. Sitzung Ständerat, 07.12.06, AB 2006 S 1014.

anzusehen.⁹² Abschliessend wurde in der parlamentarischen Diskussion festgehalten, dass aus der langen Debatte hervorgehe, dass die Verwertbarkeit *«sehr einschränkend verstanden werden (müsse), beschränkt auf den absoluten Ausnahmefall bei schweren Verbrechen»*.⁹³ Das Bundesgericht präzisiert und ergänzt hier nicht nur die «schwere Straftat», sondern weitet den Begriff beliebig aus, was in einem klarem Konflikt mit dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung steht.⁹⁴ Grundsatzentscheidungen des Gesetzgebers müssen von den Rechtsanwendern auch bei gegenteiligen Ansichten getragen werden⁹⁵ – das gilt auch für das höchste Gericht.

Eine Verletzung der EMRK ist weniger eindeutig. Die Rechtsprechung aus Strassburg zur Gesetzmässigkeit strafprozessualer Bestimmungen beschränkt sich auf den oben besprochenen Entscheid. Es handelte sich insofern um einen Extremfall, als im betroffenen Strafprozess keinerlei Bestimmungen direkt zur Anwendung kamen, sondern eine gesamte Strafprozessordnung nur analog angewandt wurde.⁹⁶ Der EGMR berief sich jedoch ausdrücklich auf die Unsicherheit des Verfahrensverlaufs sowie die Gefahr für die Beschuldigtenrechte.⁹⁷ Auch wenn es sich bei der hier analysierten «schweren Straftat» nur um einen Begriff – wenn auch faktisch mit Auswirkung auf eine gesamte Bestimmung – handelt, entsteht mit der bundesgerichtlichen Ausweitung eine erhebliche Unsicherheit. Die Ausweitung betrifft sodann eindeutig die Beschuldigtenrechte. Gültigkeitsvorschriften sind gerade als für die Interessen der beschuldigten Person grundlegend definiert.⁹⁸ Indem mit der Ausweitung der «schweren Straftat» immer (noch) mehr Gültigkeits- zu reinen Ordnungsvorschriften degradiert werden,⁹⁹ ergeben sich signifikante Risiken für die Beschuldigtenrechte, welche auch die gesamte Fairness des Verfahrens gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK gefährden könnten. Zur Gesetzesbindung im Strafprozessrecht ist die höchsteuropäische Rechtsprechung aber zu spärlich, um klare Schlüsse zu ziehen.

92 Sitzung Nationalrat, 18. Juni 2007, AB 2007 N 955.

93 Sitzung Nationalrat, 18. Juni 2007, AB 2007 N 957 f., Votum Müller Thomas.

94 Allgemeine, hier passende Kritik zum liberalen Vorgehen des BGer: WOHLERS, Fair Trial, S. 210 f.; ebenfalls allgemein (und vorsichtiger): HEIMGARTNER, S. 13, vgl. auch RIEDO/MEILEN, 44, welche von einer Ausweitung «contra legem» sprechen.

95 HEIMGARTNER, S. 3 mit Hinweis auf die deutsche Lehre und S. 6 m.H.a. BGE 94 I 305 E. 2.

96 ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), § 10 ff.,

97 ECtHR, case of Coëme and others v. Belgium (Fn. 65), § 101 f.

98 Vgl. POULIKAKOS, S. 282.

99 WOHLERS, schwere Straftat, S. 323 f.

4. Abwägungsüberlegungen: Durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geschützte Rechte

Wie soeben erörtert, steht das Vorgehen des Bundesgerichts in Konflikt mit dem verfassungsmässigen Legalitätsprinzip. Für eine umfassende Prüfung der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht verbleibt die Frage, ob mit einem reinen Abwägungsmodell entgegenstehende grundrechtliche Ansprüche geschützt werden. Damit läge eine Grundrechtskollision vor, welche mittels der sog. praktischen Konkordanz so zu lösen wäre, dass beiden Grundrechten die optimale Verwirklichung ermöglicht wird.¹⁰⁰

Weshalb eine Abwägungsüberlegung zur Eruierung der «Schwere» einer Straftat grundrechtlich notwendig ist, begründet weder das Bundesgericht noch die im Entscheid zitierte Lehrmeinung von BÉNÉDICT.¹⁰¹ Beide stützen sich lediglich auf den nicht weiter begründeten und nicht überzeugenden Standpunkt, dass der Gesetzgeber dies beabsichtigte.¹⁰² Als weitere Begründung wird vom Bundesgericht angeführt, dass eine Betrachtung im Einzelfall notwendig sein muss, um dem Grundsatz der Individualisierung und dem Ermessensspielraum des Sachgerichts bei der Strafzumessung gerecht zu werden.¹⁰³ Die Strafzumessung kann jedoch nur basierend auf verwertbaren Beweisen erfolgen, weshalb es sich bei diesem Vorbringen um einen nicht überzeugenden Zirkelschluss handelt.¹⁰⁴ Die Urteilsanalyse ergibt somit keine geschützten Rechte, welche der Verletzung der Justizförmigkeit des Verfahrens und den damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte entgegenstehen würden.

Es ist davon auszugehen, dass die Unterstützung des Abwägungsmodells durch das Bundesgericht durch das Bedürfnis zur Einzelfallgerechtigkeit motiviert ist. Grundrechtlich geschützt ist dieser Anspruch jedoch nicht. Zu starre gesetzliche Regelungen könnten im Extremfall an einen überspitzten Formalismus gem. Art. 29 Abs. 1 BV grenzen. Allerdings ist die Beweisverwertung gem. Art. 141 Abs. 2 StPO bereits die Ausnahme zur Regel und wird deshalb immer zumindest das schutzwürdige Interesse der Beschuldigtenrechte und der Justizförmigkeit des Verfahrens schützen. Das Erfordernis des reinen Selbstzwecks für eine Bejahung von überspitztem Formalismus¹⁰⁵ ist damit

100 Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 22; KIENER/KÄLIN, 75.

101 CR CPP-BÉNÉDICT, Art. 141 insb. N 25 ff.

102 Vgl. dazu soeben III.B.3.

103 BGE 147 IV 9, E. 1.4.2.

104 VEST, 548 f.

105 BSK BV-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 N 20.

aufgrund der Konzeption der Bestimmung gar nicht möglich. Mit einem Abwägungsmodell könnte zudem die Suche nach der materiellen Wahrheit im Strafprozess gefördert werden, weil mehr rechtswidrig erlangte Beweismittel wieder in den Bereich der potenziellen Verwertung fallen. Auch hier ist jedoch die Zuordnung unter einen klar geschützten grundrechtlichen Anspruch schwierig. Insbesondere, da die materielle Wahrheit nicht das alleinige Ziel des Strafprozesses sein kann – gerade die Beschuldigtenrechte und die Justizförmigkeit des Verfahrens sind erklärte Gegenpole dieses Grundsatzes.¹⁰⁶ Zuletzt käme der Schutz von Grundrechten Dritter gemäss Art. 36 Abs. 2 BV als Rechtfertigung der Verletzung des Legalitätsprinzips infrage. Der Sinn und Zweck des Strafverfahrens geht jedoch weit über die persönliche Vergeltung der betroffenen Person hinaus, weshalb die durch die Tat verletzten Grundrechte ein Abwägungsmodell nicht direkt rechtfertigen können.

Es ist im Endeffekt sogar fraglich, ob die Prüfung einer Grundrechtskollision notwendig ist: Der Gesetzgeber hat sich klar gegen ein Abwägungsmodell ausgesprochen und die Abwägung der Grundrechte wurde mit Art. 141 Abs. 2 StPO bereits vorgenommen. Die Verletzung des Legalitätsprinzips kann nicht gerechtfertigt werden. Der Ansatz des Bundesgerichts ist somit nicht mit übergeordnetem Recht vereinbar.

IV. Abschliessende Bemerkungen

Es ist festzuhalten, dass sich bis heute aus der Lehre keine Definition der «schweren Straftat» durchsetzen konnte. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat mit BGE 147 IV 9 keine Klarheit geschaffen.¹⁰⁷ Die Präsentation einer Definition der «schweren Straftat» ist nicht das Ziel dieses Beitrags. Die Lehre hat hierzu ausreichend überzeugende Möglichkeiten erarbeitet. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind auch insoweit überzeugend, als eine zu starre Regelung, wie bspw. der Beizug von Deliktskatalogen, nicht zielführend ist.¹⁰⁸ Mit Blick auf das oben Ausgeführte scheint uns der Ansatz von POULIKAKOS am überzeugendsten.¹⁰⁹ Er beschränkt die «schwere Straftat» auf Verbrechen und hat durch eine Analyse der Rechtsprechung Fallgruppen gebildet. Mit diesem Vorgehen stimmt er mit den obigen Ausführungen zu den Modellen

106 Treffend formuliert: BÜTTIKER, 93.

107 Vgl. RIEDO/MEILE, 44: das BGer ist im Bereich des SVG bereits wieder zur abstrakten Lösung zurückgekehrt.

108 BGE 147 IV 9 E. 1.4.2.

109 POULIKAKOS, S. 129 ff.

überein, da er die Wertung des Gesetzgebers respektiert. Gleichzeitig lässt er aber auch Raum für die vom Bundesgericht geforderte Flexibilität und wirkt damit der Willkürlichkeit des (absoluten) Kodifizierungsmodells entgegen.

Für die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht ist zusammenfassend anzumerken, dass das Vorgehen i.S.e. Abwägungsmodells grundsätzlich mit den Anforderungen an ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar sein mag. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass der EGMR sich aufgrund der Diversität der Beweisverwertungsregelungen in den Mitgliedstaaten sehr zurückhält und eben gerade nur die «overall fairness of the proceedings» beurteilt. Hier ist die Schwere der aufzuklärenden Straftat zwar ein Abwägungsfaktor, wird jedoch nicht definiert und ist auch nicht einzig massgeblich. Diese Sicherstellung eines Mindeststandards mag für ein gesamteuropäisches Gericht überzeugen, die nationalen Gerichte müssen aber dennoch klaren rechtlichen Vorgaben verpflichtet bleiben.¹¹⁰ So verstösst die extensive Auslegung der «schweren Straftat» des Bundesgerichts gegen den Grundsatz der Justizförmigkeit gemäss Art. 2 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BV. Das Prozessrecht darf von nationalen Gerichten nicht frei bis an die Grenze der menschenrechtlichen Mindeststandards ausgedehnt werden.¹¹¹

110 WOHLERS, Fair Trial, S. 213.

111 So auch WOHLERS, Fair Trial, S. 213.

Literaturverzeichnis

- BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2/2011, 169-180.
- BEYDOUN KHALIL, Beweisverwertungsverbote, Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote, Diss. Freiburg 2017.
- BÜTTIKER LUKAS, Provokation als Ermittlungsmethode, forumpoenale 2/2014, 93-98.
- CHEN ZHUOLI, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Diss. Luzern 2014.
- DONATSCH ANDREAS / CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, 158-173.
- DONATSCH ANDREAS / LIEBER VIKTOR / SUMMERS SARAH / WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK StPO-VERFAS-
SER*IN).
- DONATSCH ANDREAS / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN / WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- GAEDE KARSTEN
- nullum iudicium sine lege, ZStW 115(4)/2003, 845-879 (zit. GAEDE, nullum iudicium sine lege).
 - EGMR, Grand Chamber, Bykov v. Russia vom 21. Januar 2009 – Application no. 4378/02, forumpoenale 6/2009, 325-330 (zit. GAEDE, EGMR).
- HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substantielle Neuerungen?, ZStrR 127/2009, 225-257.
- HASLER DOMINIK, Rollenwechsel im Strafverfahren, Strafprozessuale und strafrechtliche Fragen beim Wechsel zwischen Zeugen, Auskunftspersonen und Beschuldigten, Diss. Luzern 2019.
- HEIMGARTNER STEFAN, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 1/2016, 3-13.

- JEANNERET YVAN / KUHN ANDRÉ / PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (Hrsg.),
Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel
2019 (zit. CR CPP-VERFASSER*IN).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.),
Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstraf-
prozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-VERFASSER*IN).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommen-
tar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019
(zit. BSK StGB-VERFASSER*IN).
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- POULIKAKOS GEORGE DARVISH, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener
Beweise, Hypothetische Verfahrensverläufe – Eine Methode zur Abgren-
zung von Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften im Strafprozessrecht,
Diss. Zürich 2021.
- RIEDO CHRISTOF / MEILE JASMIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts
zum Strafprozessrecht im Jahr 2021 (1/2), ZBJV 159/2023, 16-49.
- RIEDI CLAUDIO, Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen
Strafverfahren, Diss. Luzern 2018.
- RIKLIN FRANZ, Orell Füssli Kommentar, StPO Kommentar, Schweizerische
Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl.,
Zürich 2014 (zit. OFK StPO-VERFASSER*IN).
- SCHMID NIKLAUS / JOSITSCH DANIEL
- Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich /
St. Gallen 2017.
 - Praxiskommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich /
St. Gallen 2018 (zit. PK StPO-VERFASSER*IN).
- STADLER MARCUS, Verwirkung wegen Treu und Glauben?, Die Bedeutung
dieses Grundsatzes für Verfahrensrügen der beschuldigten Person,
Diss. Luzern 2022.
- TEICHMANN FABIAN / WEISS MARCO, Die Verwertbarkeit von Observationen
durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, ZBJV 155/2019, 137-164.
- VEST HANS, Urteilsbesprechung BGer 6B_1468/2019 vom 1. September 2020
(zur Publikation vorgesehen), AJP 4/2021, 543-551.

VEST HANS / EICKER ANDREAS, Urteilsanmerkung zu BGE 130 I 126, AJP 7/2005, 883-892.

VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, Diss. Luzern 2010.

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (BSK BV-VERFASSTER*IN).

WIEDERKEHR RENÉ, Beweiserhebung durch Gutachten und Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Eine kritische Würdigung von BGE 137 V 210 ff., in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2013, 1-30.

WOHLERS WOLFGANG

- Die «schwere Straftat» i.S. von Art. 141 Abs. 2 StPO, forumpoenale 4/2021, 322-328 (zit. WOHLERS, schwere Straftat).
- Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt?, forumpoenale 3/2019, 207-214 (zit. WOHLERS, Fair Trial).
- Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, forumpoenale 6/2010, 366-370 (zit. WOHLERS, Verfahrensfehler).
- Urteilsbesprechung BGE 131 I 272, AJP 5/2006, 627-633 (zit. WOHLERS, Urteilsbesprechung).

WOHLERS WOLFGANG / BLÄSI LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 3/2015, 158-175.

ZEHNDER STEPHANIE, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Diss. Luzern 2016.

Yannick Weber

Die Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess

Wege zum Rechtsschutz im Grenzbereich straf- und verwaltungsgerichtlicher Kompetenzen im Kanton Zürich

I.	Einleitung	305
	A. Ausgangslage: Vollzug als Verwaltungsaufgabe	305
	B. Gegenstand des Beitrags	306
II.	Anordnung und richterliche Kontrolle strafprozessualer Haft	307
	A. Zuständigkeit zur Anordnung strafprozessualer Haft und Ersatzmassnahmen	307
	B. Kontrollbefugnisse der Verfahrensleitung	308
III.	Kantonalrechtliche Regelung des Vollzugs	309
IV.	Grenzbereiche der Zuständigkeit von Straf- und Vollzugsbehörden	310
	A. Der «offene vorzeitige Strafvollzug»	310
	B. Hafturlaub im vorzeitigen Vollzug	313
	C. Verlegung strafprozessual Inhaftierter in eine andere Haftanstalt	314
	1. Rechtsprechung	314
	2. Revision des kantonalen Rechts per 1. Januar 2023 und geltende Rechtslage	316
	a) <i>Eine problematische Regelung...</i>	316
	b) <i>... die keine umfassende Wirkung entfaltet</i>	317
	D. Kontrolle der Haftbedingungen	318
V.	Fazit	320
	Literaturverzeichnis	323

I. Einleitung

A. Ausgangslage: Vollzug als Verwaltungsaufgabe

Der Vollzug der von ihren Strafgerichten ausgefallenen Urteile ist gemäss Art. 372 StGB Sache der Kantone. Das Strafgericht ist nach Rechtskraft des von ihm erlassenen Urteils grundsätzlich nicht mit dessen Vollzug befasst.¹ Vielmehr sind es ab diesem Zeitpunkt die Vollzugsbehörden, welche alle damit in Zusammenhang stehenden Anordnungen treffen. Die Anfechtung solcher von einer Verwaltungsstelle erlassenen Vollzugsanordnungen richtet sich nach dem Instanzenzug der Verwaltungsrechtspflege. Im Kanton Zürich ist die Direktion der Justiz und des Innern für den Strafvollzug zuständig.² Anordnungen des zuständigen Amtes «Justizvollzug und Wiedereingliederung»,³ einer Verwaltungseinheit dieser Direktion,⁴ können zunächst mit Rekurs⁵ nach §§ 19 ff. VRG⁶ bei der Direktion selbst und in der Folge mit Beschwerde nach §§ 41 ff. VRG beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

Im Falle einer Rechtsmittelerhebung in Vollzugsangelegenheiten führt der Instanzenzug demnach nicht an die Strafgerichte, sondern über eine Verwaltungsbehörde an das Verwaltungsgericht. Entsprechend ist dieses regelmässig mit im StGB geregelten Materien befasst, etwa besonderen Vollzugsformen wie der Halbgefängenschaft nach Art. 77b StGB⁷ oder der gemeinnützigen Arbeit nach Art. 79a StGB, deren Bewilligung gestützt auf die kantonalen vollzugsrechtlichen Ausführungsbestimmungen mittels (auf dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug anfechtbarer) Verfügung erfolgt.⁸ Auch der Strafantrittsbefehl nach Art. 439 Abs. 2 StPO kann Gegenstand verwaltungsgerichtlicher

1 Eine Ausnahme bilden die Massnahmen nach Art. 68-73 StGB, welche im Kanton Zürich durch das sie anordnende Gericht vollzogen werden (§ 16 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes vom 19. Juni 2006 [StJV; LS 331]).

2 §§ 57 lit. a und 58 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 1 der Verordnung vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (VOG RR; LS 172.11).

3 § 2 Abs. 1 der Justizvollzugsverordnung vom 6. Dezember 2006 (JV; LS 331.1).

4 § 1 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 Organisationsverordnung der Direktion der Justiz und des Innern vom 16. September 2009 (JIOV; LS 172.110.1).

5 So § 167 JVV, der allerdings rein deklaratorischer Natur ist, weil sich der Instanzenzug bereits aus den einschlägigen Regeln zur Verwaltungsrechtspflege ergibt. Der Regierungsrat wollte mit diesem Paragraphen klarstellen, dass sich die Anfechtung von Anordnungen des Amtes nicht nach der Strafprozessordnung richtet (vgl. ABl des Kt. ZH 2010, 1193).

6 Verwaltungsvollzugsgesetz vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2).

7 Siehe z.B. VGf ZH, VB.2021.00613, 26. Januar 2022.

8 BRÄGGER, S. 22.

Prüfung bilden,⁹ stellt er doch eine nach Massgabe des kantonalen Verwaltungsverfahrenrechts anfechtbare Vollstreckungsverfügung dar.¹⁰ Die Frage, ob die entsprechenden Verfahren nicht sinnvollerweise von einer in Strafsachen spezialisierten Instanz inhaltlich beurteilt würden – die zuständige Abteilung des Zürcher Verwaltungsgerichts behandelt daneben etwa Rechtsmittel in den Bereichen Raumplanung und Sozialhilfe¹¹ –, sei hier lediglich aufgeworfen.¹²

B. Gegenstand des Beitrags

Dieser Beitrag widmet sich der Rolle der Vollzugsbehörde vor Rechtskraft des Strafurteils, wenn gleichzeitig auch die Strafverfolgungsbehörde bzw. im späteren Verfahrensverlauf das Strafgericht tätig ist. Dabei werden die Abgrenzung der Zuständigkeiten der strafprozessualen Verfahrensleitung und der Vollzugsbehörde während der Untersuchungs- und Sicherheitshaft und die dabei auftauchenden Problemfelder dargelegt. Untersuchungsgegenstand der folgenden Ausführungen bildet dabei die Rechtslage im Kanton Zürich.

Während nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens von vornherein nur das Amt mit Fragen im Zusammenhang mit dem Vollzug der Inhaftierung befasst sein kann, kommen während des laufenden Strafverfahrens auch den Strafbehörden und -gerichten diesbezügliche Kompetenzen zu. Insbesondere entscheiden sie über Anordnung und Bestand von Untersuchungs- und Sicherheitshaft¹³ oder strafprozessualen Ersatzmassnahmen.¹⁴ Analoge Anordnungen während des Vollzugs der Freiheitsstrafe – die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug nach Art. 86 StGB oder die Gewährung besonderer Vollzugsformen – werden dagegen vom Amt getroffen.¹⁵ Dieses ist nach Massgabe des kantonalen Rechts auch dazu berufen, die Untersuchungs- und Sicherheitshaft zur Sicherung von Strafverfahren zu vollziehen.¹⁶ Vor diesem

9 Siehe z.B. VGr ZH, VB.2021.00679, 10. Februar 2022.

10 BSK-BRÄGGER, Art. 439 StPO N. 22. Eine inhaltliche Überprüfung des Strafurteils – ausser auf dessen Nichtigkeit hin – ist allerdings ausgeschlossen (VGr ZH, VB.2018.00353, 14. November 2018, E. 3.2.1; bestätigt in BGer, 19. Juni 2019, 6B_19/2019, E. 1.2 und 1.4).

11 Gemäss dem Konstituierungsbeschluss im Sinne von § 2 Abs. 2 lit. b der Organisationsverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 (OV VGr; LS 175.21); ersichtlich auf der Internetseite des Gerichts.

12 Mangels entsprechender Vorgaben im Bundesrecht wäre ein Instanzenzug gegen Anordnungen in Strafvollzugssachen, der an ein Strafgericht führt, kantonalrechtlich zu definieren.

13 Art. 220 ff. StPO.

14 Art. 237 StPO.

15 Oben I.A.

16 § 6 lit. a JVV.

Hintergrund bedarf einer Klärung, inwiefern im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabe das Amt und inwiefern die Strafbehörden dazu berufen sind, während des laufenden Strafverfahrens über die Haftbedingungen und die Modalitäten des Haftvollzugs zu entscheiden. Solche Abgrenzungsfragen in zuständigkeitsmässiger Hinsicht haben unlängst die Zürcher Justiz sowie das Bundesgericht beschäftigt und zu einer Revision der JVV geführt, welche im Folgenden besprochen werden soll.

II. Anordnung und richterliche Kontrolle strafprozessualer Haft

A. Zuständigkeit zur Anordnung strafprozessualer Haft und Ersatzmassnahmen

Im Vorverfahren kann die Staatsanwaltschaft eine beschuldigte Person festnehmen lassen und innert 48 Stunden beim Zwangsmassnahmengericht – im Kanton Zürich dem Einzelgericht des Bezirksgerichts im örtlichen Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Staatsanwaltschaft¹⁷ – die Anordnung von Untersuchungshaft beantragen.¹⁸ Ergeben sich erst nach der Anklageerhebung Haftgründe, so führt die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts ein Haftverfahren durch und beantragt dem Zwangsmassnahmengericht die Anordnung der Sicherheitshaft;¹⁹ ergeben sie sich während des Berufungsverfahrens, ist dessen Verfahrensleitung zum Entscheid über die Sicherheitshaft berufen.²⁰ Über die Anordnung strafprozessualer Haft entscheidet demnach stets ein Gericht. Erfüllen mildere Massnahmen denselben Zweck wie die Haft, hat das Gericht diese anstelle der Haft anzuordnen.²¹ Das Gesetz zählt die möglichen Ersatzmassnahmen nicht abschliessend auf,²² vielmehr kann das zuständige Gericht die angemessene, mildeste Massnahme anordnen und erscheint der Anwendungsbereich denkbarer Ersatzmassnahmen somit «fast unbegrenzt».²³

17 § 29 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG; LS 211.1).

18 Art. 224 Abs. 2 StPO.

19 Art. 229 Abs. 2 StPO.

20 Art. 232 StPO.

21 Art. 237 Abs. 1 StPO.

22 BSK-HÄRRI, Art. 237 StPO N. 7 m.w.H.

23 OBERHOLZER, Rz. 1247.

B. Kontrollbefugnisse der Verfahrensleitung

Untersuchungs- und Sicherheitshaft dienen dazu, die mit den Haftgründen benannten Gefahren – Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr – zu bannen.²⁴ Die inhaftierte Person darf in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern: Diese explizit in Art. 235 Abs. 1 StPO niedergelegte Regelung verankert für die Haft das bereits kraft Art. 36 Abs. 3 BV geltende Verhältnismässigkeitsprinzip in der StPO.

Die Kontakte zwischen der inhaftierten Person und anderen Personen bedürfen nach Art. 235 Abs. 2 StPO einer Bewilligung der strafprozessualen Verfahrensleitung. Im Kanton Zürich hat auch die Verteidigung ein Gesuch um Erteilung einer Besuchsbewilligung an die Verfahrensleitung zu richten, woraufhin sie regelmässig eine Dauerbewilligung ohne darin angeordnete Überwachungsmassnahmen erhält; Angehörige erhalten hingegen typischerweise eine Besuchsbewilligung mit Überwachungsmassnahmen, wie etwa einer Audioaufnahme des Besuchs, und gegebenenfalls weiteren Auflagen.²⁵ Die Bewilligung darf angesichts der grundrechtlichen Bedeutung von Besuchen im Lichte von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK²⁶ nur ausnahmsweise nicht erteilt werden.²⁷

Ebenfalls zur Bannung von Kollusionsgefahr und Vereitelung von Fluchtvorbereitung mittels Aussenkontakten²⁸ obliegt der Verfahrensleitung gemäss Art. 235 Abs. 3 StPO die Kontrolle des – vorbehältlich eines rechtsmissbräuchlichen Umfangs²⁹ zahlenmässig unbeschränkten³⁰ – Briefverkehrs der inhaftierten Person. Anders als während des Vollzugs, wo eine Briefkontrolle die Einführung von unerlaubten Gegenständen (Drogen, Klingen usw.) verhindern soll,³¹ setzt diese Aufgabe während des laufenden Strafverfahrens eine Kenntnis des Verfahrensstands voraus, welche die gesetzlich damit betraute Verfahrensleitung jederzeit haben muss. Sie ist am besten in der Lage, zu beurteilen, ob Kontakte zu Dritten den Haftzweck möglicherweise gefährden.³²

24 BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 2.

25 GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 911; §135 Abs. 2 JVV.

26 FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, Art. 235 N. 3.

27 NOLL, S. 41.

28 BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 43.

29 FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, Art. 235 N. 9.

30 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 235 N. 18.

31 BGE 145 I 318 = Pra 108 (2019) Nr. 138 E. 2.6.

32 BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 30.

Während der Sicherheitshaft kann die Verfahrensleitung die Postkontrolle der Staatsanwaltschaft übertragen.³³ Solches drängt sich insbesondere in grösseren Verfahren auf, wenn die gerichtliche Verfahrensleitung unmittelbar nach Eingang der Anklageschrift mit den Akten und dem Umfang der Kollusionsgefahr noch nicht gleichermassen vertraut ist wie die Staatsanwaltschaft.³⁴ Eine Weiterdelegation der Briefkontrolle an das Gefängnis, wie sie § 134 Abs. 1 Satz 3 JVV vorsieht, erscheint nur sinnvoll, wenn dabei keine nur den Strafbehörden bekannten verfahrensspezifischen Umstände des Einzelfalls, insbesondere bezüglich Kollusionsgefahr, zu berücksichtigen sind.

III. Kantonalrechtliche Regelung des Vollzugs

Rund ein Drittel aller Gefangenen im Kanton Zürich befinden sich in strafprozessualer Haft.³⁵ Trotz ihrer zahlenmässigen und grundrechtlichen Bedeutung ist diese Haftmodalität bundesrechtlich nicht umfassend geregelt.³⁶ Gemäss Art. 235 Abs. 5 StPO richten sich die Rechte und Pflichten der Personen in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, ihre Beschwerdemöglichkeiten, die Disziplinar massnahmen sowie die Aufsicht über die Haftanstalten nach kantonalem Recht. Dabei wird eine Regelung auf Verordnungsstufe als genügend erachtet, wenn sie auf einem formellen Gesetz beruht.³⁷ § 31 StJVG begründet nach der zugehörigen regierungsrätlichen Weisung «die Verordnungs kompetenz des Regierungsrates für Aufgaben, die der Bund den Kantonen auferlegt».³⁸ Gestützt darauf regelte der Regierungsrat den Vollzug strafprozessualer Haft in der Justizvollzugsverordnung.³⁹

Gemäss § 6 JVV vollzieht das Amt zur Sicherung von Strafverfahren die Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Zudem sorgt das Amt für die Durchführung des vorzeitigen Strafvollzugs und die erforderlichen Vollzugsregelungen.⁴⁰ Untersuchungs- und Sicherheitsgefangene werden hauptsächlich in den Haftanstalten der Hauptabteilung Untersuchungsgefängnisse Zürich

33 Art. 235 Abs. 3 Satz 2 StPO.

34 BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 44.

35 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, S. 307 mit Hinweis auf statistische Erhebungen.

36 Zur Forderung nach einem Bundesgesetz über den Untersuchungshaftvollzug BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 64.

37 SCHMID/JOSITSCH, Art. 235 N. 12.

38 Antrag und Weisung vom 6. Dezember 2005, ABLZH, S. 1483 ff., S. 1540.

39 Die Stufengerechtigkeit dieser Regelung bildet nicht Gegenstand dieses Beitrags.

40 § 20 Abs. 1 JVV.

untergebracht.⁴¹ Das Amt kann in besonderen Fällen die Durchführung des Vollzugs von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies bewilligen.⁴² Die Durchführung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft bildet Gegenstand einer separaten Regelung in §§ 128 ff. JVV, welche allerdings auf die Bestimmungen zur Durchführung des Vollzugs von Freiheitsstrafen und stationären Massnahmen in den Betrieben des Amts verweisen.⁴³ Kraft dieses Verweises steht auch bei strafprozessualer Haft der Leitung der Vollzugseinrichtung zu, Anordnungen über die Durchführung des Vollzugs zu erlassen.⁴⁴ Auch die Einweisung eines Inhaftierten in eine Klinik, wenn sein Gesundheitszustand dies erfordert, obliegt der Leitung der Vollzugseinrichtung,⁴⁵ wobei auch in solchen Fällen die Vollzugsaufgabe der Durchsetzung der strafprozessualen Haftgründe und damit der Sicherung des Strafverfahrens jederzeit wahrzunehmen ist.⁴⁶ Entsprechend sind bei einer Verlegung in eine Gesundheitseinrichtung Massnahmen zur Verhinderung von Flucht- und Kollusionshandlungen zu treffen.

IV. Grenzbereiche der Zuständigkeit von Straf- und Vollzugsbehörden

A. Der «offene vorzeitige Strafvollzug»

Der vorzeitige Antritt einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahme wird von der Verfahrensleitung bewilligt, sofern der Stand des Verfahrens es erlaubt.⁴⁷ Der vorzeitige Strafvollzug stellt eine strafprozessuale Zwangsmassnahme auf der Schwelle zwischen Strafverfolgung und Sanktionsvollzug dar⁴⁸ und ist eine Besonderheit des schweizerischen Vollzugsrechts.⁴⁹ Als Modalität der strafprozessualen Haft setzt der vorzeitige Strafvollzug das Bestehen mindestens eines Haftgrunds nach Art. 221 StPO voraus.⁵⁰

41 § 11 Abs. 2 lit. a JVV.

42 § 10 Abs. 3 JVV.

43 § 128 Abs. 1 JVV.

44 § 92 i.V.m. § 128 Abs. 1 JVV.

45 § 110 i.V.m. § 128 Abs. 1 JVV.

46 Vgl. die diesbezüglichen «Grundsätze» in § 13 Abs. 1 lit. b JVV.

47 Art. 236 Abs. 1 StPO.

48 BGE 143 I 241 E. 3.5.

49 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, S. 97.

50 BGE 143 IV 160 E. 2.1.

Vom Zeitpunkt ihres Eintritts in die Vollzugsanstalt an untersteht die Person im vorzeitigen Strafvollzug dem Vollzugsregime, wenn der Zweck der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft dem nicht entgegensteht.⁵¹ Der vorzeitige Strafvollzug hat die Sicherungsbedürfnisse der strafprozessualen Haft zu berücksichtigen, die in der Regel einem Verlassen der geschlossenen Anstalt entgegenstehen.⁵² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Instanz über Vollzugsanordnungen zu befinden hat, die Haftzwecke berühren könnten. Solches ist etwa der Fall, wenn eine inhaftierte Person in eine offene Anstalt verlegt werden will, wo ihr allenfalls (bessere) Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme mit Dritten oder zur Flucht offenstehen.

Mit dieser Konstellation hatte sich das Zürcher Verwaltungsgericht zu befassen:⁵³ Eine beschuldigte Person hatte beim Amt für Justizvollzug darum ersucht, während des von der Verfahrensleitung bewilligten vorzeitigen Strafvollzugs nach Art. 236 StPO in den offenen Vollzug zu wechseln. Das kantonale Recht sah vor, dass der vorzeitige Antritt in einer geschlossenen Vollzeugs-einrichtung nach den Regeln und Zuständigkeiten für den Vollzug rechtskräftiger Urteile erfolgt, wobei besondere einschränkende Anordnungen der Verfahrensleitung vorbehalten bleiben und Vollzugslockerungen gewährt werden können, wenn die Verfahrensleitung nicht wegen strafprozessualer Haftgründe Einspruch erhebt.⁵⁴ Das Verwaltungsgericht prüfte die entsprechende Bestimmung, § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV, vorfrageweise auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Bundesrecht und kam zum Schluss, dass die darin verankerte Zuständigkeitsordnung insoweit bundesrechtswidrig sei, als der Vollzugsbehörde darin die Kompetenz zum Entscheid über die Anordnung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs zugesprochen wird. Nebst Überlegungen zum Primat der Verfahrensleitung bei der Kontrolle der Aussenkontakte der inhaftierten Person⁵⁵ und zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Gabelung der Zuständigkeiten und Rechtswege im strafprozessualen Haftrecht⁵⁶ erwog das Verwaltungsgericht insbesondere, dass der offene vorzeitige Strafvollzug im Ergebnis nichts anderes als eine Ersatzmassnahme gegenüber der geschlossenen Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft darstellt.⁵⁷

51 Art. 236 Abs. 4 StPO.

52 BSK-HÄRRI, Art. 236 StPO N. 26; vgl. auch BGER, 1B_20/2018, 9. Februar 2018, E. 2.1.

53 VGr ZH, VB.2019.00541, 9. Januar 2020. Der Autor hat an diesem und weiteren der im Folgenden erwähnten Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich als Gerichtsschreiber mitgewirkt. In diesem Beitrag gibt er ausschliesslich seine persönliche Auffassung wieder.

54 § 20 Abs. 2 JVV.

55 Dazu oben II.A.2.

56 Dazu hinten bei FN 76.

57 VGr ZH, VB.2019.00541, 9. Januar 2020, E. 5.3.

Nach der Zuständigkeitsordnung der StPO habe das zuständige Gericht, nicht die Vollzugsbehörde über die Anordnung von Ersatzmassnahmen zu befinden.⁵⁸ Entsprechend verzichtete es – mangels Zuständigkeit – auf die beantragte Anordnung des offenen Vollzugs.

Das Bundesgericht trat auf die von der Oberstaatsanwaltschaft dagegen erhobene Beschwerde mangels eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses nicht ein, weil ihr Antrag an das Verwaltungsgericht, die Versetzung in den offenen Vollzug nicht zu gewähren, im Ergebnis durchgedrungen sei.⁵⁹ Der erwähnte Entscheid ist damit rechtskräftig. Einigermassen verklausuliert schien das Bundesgericht allerdings Bedenken hinsichtlich der vom Verwaltungsgericht gewählten Lösung äussern zu wollen, indem es *obiter* erwog: «Für die Schaffung einer angemessenen Zuständigkeitsordnung dürfte jedoch der kantonale Gesetz- oder Ordnungsgeber besser geeignet sein als die Gerichte, die das geltende Gesetzes- und Ordnungsrecht nicht anpassen, sondern lediglich auslegen und auf Bundesrechtmässigkeit hin überprüfen können.»⁶⁰ Zur entscheidenden Frage, ob der offene Strafvollzug vor dem rechtskräftigen Straferkenntnis eine strafprozessuale Ersatzmassnahme im Sinn von Art. 237 StPO darstellt, nahm das Bundesgericht in diesem Urteil noch keine Stellung. Allein aus deren Beantwortung – und nicht aus dem höchst-richterlich georteten Streben der kantonalen Vorinstanz nach einer sachgerechten Ordnung – folgte indessen die Unzuständigkeit der Vollzugsbehörde in dieser Konstellation. Immerhin teilte bereits das Bezirksgericht Zürich⁶¹ die verwaltungsgerichtliche Auffassung zur Zuständigkeitsordnung, hatte es doch gemäss Sachverhalt in den genannten Urteilen zu einem früheren Zeitpunkt ein Gesuch um Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug in der Sache behandelt und dafür seine Zuständigkeit mindestens implizit bejaht.⁶²

Inzwischen hat sich das Bundesgericht in einem jüngeren, denselben Fall betreffenden und in Fünferbesetzung gefällten Urteil zum Entscheid der Verfahrensleitung im Berufungsverfahren, welche sich als für die Anordnung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs unzuständig erachtet hatte, im Ergebnis dem Verwaltungsgericht angeschlossen:⁶³ Es sei offensichtlich, dass die Zulässigkeit des offenen Vollzugs unabhängig von seiner möglichen Qualifikation als

58 VGr ZH, VB.2019.00541, 9. Januar 2020, E. 5.3. Zustimmend SIEBER, S. 19.

59 BGer, 1B_82/2020 und 1B_83/2020, 31. März 2020, E. 3.4.

60 BGer, 1B_82/2020 und 1B_83/2020, 31. März 2020, E. 3.5.

61 Im Urteil des Bundesgerichts im Gegensatz zu jenem des Verwaltungsgerichts nicht anonymisiert.

62 BGer, 1B_82/2020 und 1B_83/2020, 31. März 2020, E. A. a.

63 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021.

Ersatzmassnahme eng mit der Beurteilung der besonderen Haftgründe zusammenhänge, weil der Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr im offenen Vollzug nicht gleich wirksam begegnet werden könne.⁶⁴ Würde dem Verfahrensleiter im Berufungsverfahren als Haftrichter die Zuständigkeit zur Anordnung des offenen Vollzugs abgesprochen, bedeutete dies eine Ausserachtlassung des – vom Bundesgericht als der massgebliche «Beurteilungsmassstab» bezeichneten⁶⁵ – Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftprüfungsverfahren in diesem Umfang.⁶⁶

Zwar hat sich das Bundesgericht damit nicht zur vom Verwaltungsgericht entschiedenen Frage geäussert, ob eine Zuständigkeit des Amtes für die entsprechende Anordnung bundesrechtswidrig sei. Es hat einzig festgestellt, dass das mit der Haftüberprüfung betraute Gericht sich für die Anordnung des offenen Vollzugs aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht als unzuständig erachten dürfe. Solange vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber⁶⁷ nichts Gegenteiliges entschieden wird, ist im Interesse der Vermeidung sich widersprechender Entscheide und zweier verschiedener Rechtswege, was in den Worten des Bundesgerichts «wegen des Beschleunigungsgebots möglichst zu vermeiden ist»,⁶⁸ in Nachachtung dieser Rechtsprechung indessen davon auszugehen, dass der offene vorzeitige Strafvollzug – wenn er im Einzelfall zulässig sein sollte – *ausschliesslich* von der für die Kontrolle der Haft bzw. die Anordnung von Ersatzmassnahmen zuständigen Instanz anzuordnen ist.

B. Hafturlaub im vorzeitigen Vollzug

Mit Urteil 1B_122/2022 verpflichtete das Bundesgericht das Zürcher Obergericht zur Behandlung eines Hafturlaubsgesuchs einer Person im vorzeitigen Strafvollzug, weil es sich «vom Gedanken leiten» lasse, dass die Beurteilung der besonderen Haftgründe während des laufenden Strafverfahrens in erster Linie Aufgabe der Verfahrensleitung und nicht der Vollzugsbehörde sei.⁶⁹ Diese Rechtsprechung erscheint kohärent mit jener zur Gewährung des offenen vorzeitigen Vollzugs, indem auch hier die Rolle der Verfahrensleitung

64 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, E. 4.5.

65 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, E. 4.3.

66 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, E. 4.6.

67 Unklar erscheint, ob anlässlich der letzten Ordnungsrevision trotz rechtskräftiger Feststellung seiner teilweisen Bundesrechtswidrigkeit durch das Verwaltungsgericht absichtlich auf eine Anpassung von §20 JVV verzichtet worden ist und der Verordnungsgeber an dieser Zuständigkeitsordnung festhalten will.

68 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, E. 4.6.

69 BGer, 1B_122/2022, 20. April 2022, E. 3.4.

bestätigt wird, über das Ausmass der von der beschuldigten Person vor ihrer Verurteilung zu erduldenen Freiheitsbeschränkung zu entscheiden.

Ob daneben für die Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV, wonach Vollzugslockerungen im vorzeitigen Vollzug gewährt werden können, wenn die Verfahrensleitung nicht wegen strafprozessualer Haftgründe Einspruch erhebt, überhaupt noch Raum bleibt, ist zumindest fraglich. Eine parallele Kompetenz, dass die Verfahrensleitung und auch das Amt vorbehältlich eines Einspruchs der Verfahrensleitung eine Vollzugslockerung bewilligen können, erschiene kaum sinnvoll. Erhebt die Verfahrensleitung nämlich Einspruch, wäre gegen den abschlägigen Entscheid des Amts kein wirksamer Rechtsschutz auf dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug möglich, weil dort gerade keine Beurteilung von Haftgründen oder des «Einspruchs» der Verfahrensleitung⁷⁰ erfolgen kann. Vielmehr müsste die um eine Vollzugslockerung ersuchende Person im vorzeitigen Vollzug mit einem Gesuch an die Verfahrensleitung gelangen und den strafprozessualen Rechtsweg beschreiten. Anlässlich der jüngsten Revision der JVV⁷¹ hätte sich vor diesem Hintergrund die ersatzlose Streichung von § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV aufgedrängt, um dem von der Praxis beklagten Kompetenzwirrwarr⁷² ein Ende zu bereiten.

C. Verlegung strafprozessual Inhaftierter in eine andere Haftanstalt

1. Rechtsprechung

Eine ähnlich gelagerte Zuständigkeitsfrage stellt sich bei der Verlegung einer Person in strafprozessualer Haft, die um Umplatzierung in eine andere Haftanstalt ersucht. Eine solche Konstellation kann dogmatisch nicht als Anordnung einer Ersatzmassnahme betrachtet werden, wenn die Verlegung in eine andere geschlossene Anstalt erfolgen soll und sich an der Art der strafprozessualen Sicherungsmassnahme nichts ändern soll.

70 Dessen Rechtsnatur erscheint unklar. Sofern der Einspruch und nicht erst die formell als Verfügung ausgefertigte Entscheidung des Amts als die Vollzugslockerung verweigernde Anordnung betrachtet wird, stünde wohl dessen Anfechtung mittels Beschwerde nach StPO offen. Allerdings erschiene es kaum sinnvoll, dass über die Gültigkeit des Einspruchs ein Rechtsmittelverfahren geführt werden kann, wenn die Vollzugsbehörde in der Folge auch bei fehlendem Einspruch in Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens eine Bewilligung der Vollzugslockerung immer noch verweigern könnte. Diesfalls müsste die betroffene Person nämlich zwei Verfahren führen, zunächst ein strafprozessuales betreffend den Einspruch und in der Folge ein verwaltungsrechtliches betreffend die Lockerung.

71 Dazu hinten IV.C.2.

72 SIEBER, S. 18f.

Das Verwaltungsgericht führte einen Meinungs austausch mit dem Obergericht und der Oberstaatsanwaltschaft durch, als ein Untersuchungshäftling seine Verlegung aus der Sicherheitsabteilung in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies in ein Untersuchungsgefängnis verlangte.⁷³ Die Oberstaatsanwaltschaft äusserte unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Auffassung, dass jeweils die Verfahrensleitung nach vorheriger Koordinationsrücksprache mit den betroffenen Institutionen bzw. der Insassenkoordination über entsprechende Gesuche zu entscheiden habe, während das Obergericht die Vollzugsbehörde als zuständig erachtete.⁷⁴ Das Verwaltungsgericht schloss sich der Auffassung der Oberstaatsanwaltschaft an. Es erwog, dass der Verfahrensleitung grundsätzlich die volle Kontrolle über Kontakte der strafprozessual Inhaftierten mit Dritten zukomme und die Vollzugsbehörde deshalb nicht für Anordnungen zuständig sein dürfe, welche den Haftzweck vereiteln könnten.⁷⁵ Dies wäre etwa bei der Verlegung in eine Haftanstalt der Fall, in der sich bereits Personen befinden, mit denen Kollusionsgefahr herrscht. Zudem erachtete das Verwaltungsgericht eine Gabelung der Zuständigkeiten und Rechtswege im strafprozessualen Haftrecht aufgrund des Beschleunigungsgebots in Haft sachen nach Art. 5 Abs. 2 StPO und der Gefahr widersprüchlicher Entscheide als ausgeschlossen und verneinte deshalb eine Zuständigkeit der Vollzugsbehörde für die Behandlung des Verlegungsgesuchs.⁷⁶ Dabei verwies es auf BGE 143 I 241, wo das Bundesgericht über die Beschwerde zweier strafprozessual inhaftierter Personen befunden hatte, die sich gegenseitig hatten besuchen wollen. Gemäss diesem Leitentscheid ergebe sich in dieser Konstellation keine Gabelung des Rechtswegs, wonach über die Bewilligung der Besuche die Verfahrensleitung, über die konnexen «Urlaube» (zum Besuch der jeweils anderen Person) hingegen von der Vollzugsbehörde zu entscheiden wäre; eine solche nicht praktikable und das Beschleunigungsgebot in Haft sachen tangierende Komplizierung und Verzögerung des Rechtsschutzes sei bundesrechtswidrig.⁷⁷

Das Verwaltungsgerichtsurteil hatte trotz diesem Leitentscheid keinen Bestand: Das Bundesgericht erwog auf Beschwerde des Häftlings hin,⁷⁸ die Strafprozessordnung sehe keine integrale Kompetenzzuweisung für alle

73 VGr ZH, VB.2019.00300, 6. Februar 2020.

74 VGr ZH, VB.2019.00300, 6. Februar 2020, E. III.D.

75 VGr ZH, VB.2019.00300, 6. Februar 2020, E. 3.2.

76 VGr ZH, VB.2019.00300, 6. Februar 2020, E. 3.3.

77 BGE 143 I 241 E. 4.4.

78 Auf die von der Oberstaatsanwaltschaft zur Herbeiführung einer höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein (BGer, 1B_141/2020, 20. August 2020, E. 4).

Entscheide im Zusammenhang mit dem Vollzug von Untersuchungs- und Sicherheitshaft vor, sondern einzig die Zuständigkeit der Verfahrensleitung für einzelne, für die Strafverfolgung bedeutsame Entscheide.⁷⁹ § 6 JVV als subsidiäre Generalkompetenz des Amtes zu verstehen, welche auch den angestrebten Verlegungsentscheid umfasse, sei genauso sachlich vertretbar, wie aus den besonderen Kompetenzzuweisungen das Gegenteil abzuleiten; beide Auslegungen des kantonalen Rechts seien nicht willkürlich.⁸⁰ Es sei nicht Sache des Bundesgerichts, die Kompetenzfrage nach kantonalem Recht zu klären.⁸¹ Im Sinne einer Übergangsregelung, damit das Gesuch des Beschwerdeführers nicht rechtsverweigernd unbeurteilt bleibe, sei einstweilen für die Verlegung eines Häftlings in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft in ein anderes Gefängnis das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung und damit letztinstanzlich das Verwaltungsgericht zuständig.⁸² Im zweiten Rechtsgang wurde das Verlegungsgesuch in der Sache behandelt und abgewiesen.⁸³

2. Revision des kantonalen Rechts per 1. Januar 2023 und geltende Rechtslage

Der besprochene Fall veranlasste den Regierungsrat zu einer Änderung der JVV per 1. Januar 2023. In Kraft trat nach ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ein neuer § 129 Abs. 3 JVV, wonach «[d]as Amt entscheidet, in welchem Gefängnis die Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie die Auslieferungshaft vollzogen werden». Die Verordnungsänderung sollte einen negativen Kompetenzkonflikt abwenden, wenn eine Person in strafprozessualer Haft um ihre Verlegung ersucht. Aufgrund der Zuständigkeit des Amtes für den Betrieb der Gefängnisse sei sinnvoll, wenn dieses über Versetzungsgesuche entscheide; daraus folge der verwaltungsrechtliche Instanzenzug.⁸⁴

a) Eine problematische Regelung...

Die mit dem neuen § 129 Abs. 3 JVV angestrebte⁸⁵ Zuständigkeitsordnung hätte zur Folge, dass keine gerichtliche Instanz mit voller Kognition über die Frage des Vollzugsortes der strafprozessualen Haft entscheiden soll: Das Verwaltungsgericht kann nämlich auch in Haftsachen aufgrund von § 50 VRG nur

79 BGer, 1B_142/2020, 20. August 2020, E. 5.4.

80 BGer, 1B_142/2020, 20. August 2020, E. 6.4.

81 BGer, 1B_142/2020, 20. August 2020, E. 7.2.

82 BGer, 1B_142/2020, 20. August 2020, E. 7.3.

83 VGr ZH, VB.2020.00588, 19. November 2020, sowie BGer, 1B_52/2021, 24. März 2021, publ. in BGE 147 IV 259.

84 Regierungsratsbeschluss Nr. 1138/2022, S. 6f.

85 Zur Frage nach dem nunmehr geltenden Recht sogleich.

eine Rechts-, keine Angemessenheitskontrolle durchführen.⁸⁶ Zudem gerät die Zuständigkeitsordnung in einen Wertungswiderspruch mit der Strafprozessordnung, welche mit der gerichtlichen Zuständigkeit für die Anordnung von Haft und Ersatzmassnahmen nicht einer Vollzugsbehörde, sondern einem Gericht den Entscheid überantwortet, inwieweit angesichts der konkreten Umstände, des Haftzwecks und des Verfahrensstands in die Grundrechte einer beschuldigten Person eingegriffen werden soll. Aus praktischer Sicht ist sodann zu bemängeln, dass auf dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug weniger schneller Rechtsschutz möglich ist und erst als zweite Rechtsmittelinstanz ein Gericht mit der Sache befasst ist. Zwar dauert Untersuchungshaft gerade in schweren Fällen ohne Weiteres mehrere Monate,⁸⁷ doch lässt dies den Rechtsschutz keineswegs weniger dringlich erscheinen. Die Verfahrensgeschichte der in diesem Beitrag besprochenen Urteile illustriert anschaulich, wie viel schneller der gerichtliche Rechtsschutz bei einem Gesuch an die Verfahrensleitung als bei einem Gesuch an die Vollzugsbehörde erfolgt: Das Obergericht als Verfahrensleitung behandelte ein Gesuch um Haftentlassung und eventualiter Versetzung innert weniger als zwei Wochen,⁸⁸ während das Gesuch um Verlegung in ein anderes Untersuchungsgefängnis im besprochenen Fall zwar nur drei Wochen beim Amt, aber mehr als vier Monate bei der Direktion hängig war, mithin erst nach rund einem halben Jahr erstmals an ein Gericht gelangt werden konnte.⁸⁹

b) ... die keine umfassende Wirkung entfaltet

Mit Blick auf die besprochenen Bundesgerichtsurteile schafft der neue § 129 Abs. 3 JVV allerdings nicht die angestrebte Klarheit in zuständigkeitsmässiger Hinsicht und führt insbesondere nicht dazu, dass allein das Amt eine Versetzung anordnen dürfte. Dies folgt aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip die Befugnis der die Haft kontrollierenden Behörde herleitet, die strafprozessual inhaftierte Person in eine offene Anstalt zu versetzen.⁹⁰ Dieser Gedanke beansprucht nicht nur bei Versetzungen in den offenen Vollzug Geltung: Wenn sich die Haft wegen unterschiedlich restriktiver Haftbedingungen nicht in allen geschlossenen Anstalten gleichermaßen als verhältnismässig erweist, mithin nur in einer anderen Einrichtung rechtmässig fortgesetzt werden kann, muss die zum Entscheid über deren

86 VGr ZH, VB.2020.00588, 19. November 2020, E. 4.1.

87 JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, S. 307.

88 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, Sachverhalt A.

89 BGer, 1B_142/2020, 20. August 2020, Sachverhalt A, B.

90 BGer, 1B_636/2021, 21. Dezember 2021, E. 4.6. Dazu oben IV.A.

Fortsetzung berufene Instanz eine Versetzung anordnen dürfen. Dass sich das Haftgericht aus praktischen Gründen nicht mit Haftbedingungen auseinandersetzen möchte,⁹¹ entbindet es nicht von der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots.

D. Kontrolle der Haftbedingungen

Die Rechte und Pflichten der strafprozessual Inhaftierten sowie ihre Beschwerdemöglichkeiten richten sich nach kantonalem Recht.⁹² Gemäss einem Einzelrichterentscheid des Verwaltungsgerichts Zürich gilt der daraus folgende verwaltungsrechtliche Rechtsweg nur für die kantonale rechtlich statuierten Rechte und Pflichten der strafprozessual Inhaftierten.⁹³ Dazu gehören die in der JVV enthaltenen Regeln zum Vollzug. Nach der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts richtet sich «jedenfalls die Anfechtung von Entscheidungen betreffend die in einem bestimmten Anstaltsbetrieb geltenden Haftbedingungen resp. von zur Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung getroffenen verwaltungsrechtlichen Anordnungen nach kantonalem Recht».⁹⁴ Als mittels Beschwerde nach StPO anfechtbar erachtet das Zürcher Obergericht hingegen eine Anordnung von Einzelhaft im Untersuchungshaftvollzug durch die Staatsanwaltschaft nach § 130 Abs. 1 JVV.⁹⁵

Das in Art. 3 EMRK statuierte Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung kann durch einzelne Haftbedingungen oder deren kumulativen Effekt verletzt werden.⁹⁶ Dazu besteht eine reichhaltige Rechtsprechung des EGMR.⁹⁷ Aus Art. 3 EMRK folgt unter anderem die Verpflichtung zur nachträglichen Ermittlung und Untersuchung, wenn eine

91 So die Forderung von BEELER, S. 104.

92 Art. 235 Abs. 5 StPO.

93 VGr ZH, VB.2020.00333, 4. August 2020, E. 2.2. Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde wegen missbräuchlicher Prozessführung nicht ein (BGer, 1B_492/2020, 17. November 2020).

94 OGr ZH, 9. Januar 2015, UH140388-O/U/HON, E. II = ZR 114 (2015) Nr. 10. Das Aargauer Obergericht erachtete in diesem Sinne die Verfahrensleitung als unzuständig, über ein Gesuch um Benutzung des Geschäftslaptops inklusive Drucker bei der Gefängnisleitung zu befinden: Das Schreiben der Staatsanwaltschaft, mit der sie sich gegen dieses Ersuchen stelle, sei demnach keine (mit Beschwerde nach StPO anfechtbare) Verfügung (OGr AG, Beschluss vom 30. Mai 2013, SBK.2013.117, E. 2.2 = CAN 2014 Nr. 82).

95 OGr ZH, 9. Januar 2015, UH140388-O/U/HON, E. II = ZR 114 (2015) Nr. 10.

96 MEYER-LADEWIG/LEHNERT, Art. 3 N. 29.

97 Siehe z.B. die Übersicht bei VILLIGER, Rz. 342 ff. Auch das Bundesgericht hat sich vielfach zur verfassungs- und konventionsrechtlichen Zulässigkeit bestimmter Haftbedingungen geäussert, siehe ausführlich OBERHOLZER, Rz. 1337-1368.

Person die vertretbare Behauptung einer Verletzung der materiellen Garantien dieses Artikels erhebt.⁹⁸ Das Bundesgericht bejaht einen konventionsrechtlichen Anspruch auf einen Feststellungsentscheid, wenn eine Person geltend macht, dass die Tatsache oder die Bedingungen strafprozessualer Haft zu einer Konventionsverletzung geführt haben, und erachtet in beiden Fällen das Zwangsmassnahmengericht als zuständig.⁹⁹

Bei menschenrechtswidrigen Haftbedingungen oder verbotener Behandlung muss bereits der Rechtsweg offenstehen, schon während der Haft deren Anpassung erwirken zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die mit der Kontrolle der Haft betraute Behörde – das Zwangsmassnahmengericht – zuständig, sich auf das Haftregime beziehende Rügen zu beurteilen.¹⁰⁰ Daraus folgt nach der hier vertretenen Auffassung zwingend, dass eine inhaftierte Person beim Zwangsmassnahmengericht menschenrechtswidrige Haftbedingungen rügen und eine konventionskonforme Behandlung verlangen kann, die entweder in einer Entlassung oder einer Anpassung der Haftbedingungen besteht. Auf die Untersuchungshaft muss verzichtet werden, wenn ihre Auswirkung auf die betroffene Person in keinem vernünftigen Verhältnis zum Haftzweck steht.¹⁰¹ Menschenunwürdige Haftbedingungen könnten demnach im äussersten Fall eine Entlassung der inhaftierten Person zur Folge haben, wenn eine menschenrechtskonforme Behandlung in Haft gänzlich ausgeschlossen ist.¹⁰² Zu deren Überprüfung kann mithin nur eine Instanz berufen sein, welcher auch zusteht, gegebenenfalls die Haftentlassung oder eine Ersatzmassnahme anzuordnen.¹⁰³

Von diesem Rechtsweg ging ein Einzelrichterentscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts aus.¹⁰⁴ Das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobene Beschwerde zufolge missbräuchlicher Prozessführung nicht ein, ohne sich zur Zuständigkeitsfrage zu äussern.¹⁰⁵ Aus der (französischsprachigen) Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zuständigkeit der Zwangsmassnahmengerichte für die Haftkontrolle lässt sich allerdings deren Zuständigkeit ableiten, Massnahmen zur Anpassung menschenrechtswidriger Haftbedingungen

98 Ausführlich VILLIGER, Rz. 339 mit Hinweisen; BGE 139 IV 41 E. 3.1.

99 BGE 139 IV 41 = Pra 2014 Nr. 42 E. 3.1, bestätigt in BGer, 1B_39/2013, 14. Februar 2013, E. 3.3.

100 BGE 140 I 125 = Pra 103 [2014] Nr. 82, E. 2.1.

101 BGE 116 Ia 420 E. 3.

102 BEELER, S. 145.

103 Vgl. das aufgehobene Urteil VGr ZH, VB.2019.00300, 6. Februar 2020, E. 4.2. Im Berufungsverfahren wäre dies nicht das Zwangsmassnahmengericht, sondern die Verfahrensleitung (Art. 233 StPO).

104 VGr ZH, VB.2020.00333, 4. August 2020, E. 2.

105 BGer, 1B_492/2020, 17. November 2020.

anzuordnen. Mit der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit von Haftbedingungen und deren Anpassung bei noch andauernder strafprozessualer Haft unterschiedliche Instanzen zu befassen, erschiene weder sinnvoll noch mit der bundesgerichtlichen Vorgabe vereinbar, dass Komplizierungen und Verzögerungen des Rechtsschutzes im strafprozessualen Haftrecht unbedingt zu vermeiden sind.¹⁰⁶ Angesichts der langen Dauer kantonaler Verwaltungs(rechtspflege)verfahren ist im Übrigen nur so sichergestellt, dass bereits vor Ausfällung des Strafurteils über die allfällige Rechtswidrigkeit von Haftbedingungen in Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft entschieden worden ist und dieser Entscheid mittels Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 431 StPO oder gegebenenfalls einer Strafreduktion das Strafurteil beeinflussen kann.¹⁰⁷

Damit ergibt sich, dass die mit der Kontrolle der Haft betraute Behörde aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips und zum Grundrechtsschutz Inhaftierter auch Anordnungen betreffend die Ausgestaltung des Haftvollzugs treffen darf. Dessen ungeachtet können organisatorische Anordnungen des Amtes auf dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug nach kantonalem Recht angefochten werden. Das Amt würde sich für die Behandlung eines Gesuchs um Anpassung der Haftbedingungen zwar kaum als unzuständig betrachten. Ein gerichtlicher Entscheid kann auf dem strafprozessualen Weg, der dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Art. 5 Abs. 2 StPO) Rechnung trägt, indessen bedeutend schneller erreicht werden. Die Kontrolle der Haftbedingungen beim Vollzug von Strafen und Massnahmen erfolgt hingegen immer im verwaltungsrechtlichen Instanzenzug.¹⁰⁸

V. Fazit

Anders als beim Vollzug strafrechtlicher Sanktionen werden im Kanton Zürich Anordnungen betreffend den Vollzug strafprozessualer Haft nicht nur von den Vollzugs-, sondern auch von den Strafverfolgungsbehörden getroffen. In den Grenzbereichen der Zuständigkeit von Verwaltungs- und Strafbehörden zeigte das Bundesgericht nach anfänglicher Zurückhaltung die einzuschlagenden Wege zum Rechtsschutz auf. In diesem Beitrag wurden die folgenden dieser Wege besprochen:

106 Vgl. BGE 143 I 241 E. 4.4.

107 Vgl. BGE 141 IV 349 = Pra 105 [2016] Nr. 8 E. 2.1.

108 VGr ZH, VB.2020.00193, 27. August 2020, E. 1.3.

Der *offene vorzeitige Strafvollzug* ist ausschliesslich von jener Instanz anzuordnen, welche auch für den Entscheid über Ersatzmassnahmen anstelle der Haft zuständig ist. Entsprechende Gesuche sind demnach nicht an das Amt, sondern – je nach Verfahrensstand – an das Zwangsmassnahmengericht¹⁰⁹ oder die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts¹¹⁰ zu richten bzw. an diese weiterzuleiten.

Die *Verlegung* in eine andere geschlossene Haftanstalt kann sowohl vom Amt als auch von der mit der Kontrolle der Haft betrauten Behörde angeordnet werden. Aufgrund des schnelleren Rechtsschutzes auf letzterem Weg ist dieser den Rechtssuchenden zu empfehlen: Voraussetzung für diese Zuständigkeit ist allerdings, dass die Versetzung aus Gründen der Verhältnismässigkeit verlangt wird. Daran ändert die in einem untauglichen Versuch zur Gestaltung der Rechtslage jüngst vorgenommene Änderung der JVV nichts, weil die entsprechende Zuständigkeitsordnung aus dem übergeordneten Recht folgt.

Die *Kontrolle der Haftbedingungen* erfolgt durch die Zwangsmassnahmengerichte bzw. während laufenden Berufungsverfahrens durch die Verfahrensleitung. Bei diesen Instanzen sind Gesuche zur Anpassung oder nachträglichen Feststellung menschenrechtswidriger Haftbedingungen einzureichen. Die Zuständigkeit der Vollzugsbehörde, organisatorische Anordnungen treffen zu dürfen, bleibt davon unberührt.

Das in der Literatur geforderte Gesetz über den Untersuchungshaftvollzug¹¹¹ böte die Gelegenheit, nebst einheitlichen Regeln zu den Haftbedingungen auch und gerade im Kanton Zürich in diesem Bereich verfahrensrechtliche Klarheit zu schaffen. Dass sich den Rechtssuchenden eine verfahrensrechtliche Rechtslage nicht bereits aus der Lektüre der einschlägigen (kantonalen) Rechtsnormen, sondern erst aus einer Konsultation der Rechtsprechung bzw. Beiträgen wie diesem erschliesst, ist auf Dauer kein befriedigender Zustand. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht einstweilen weiterhin eine klärende Rolle einnimmt, indem es die Kompetenzen der Verfahrensleitung verteidigt und die konventions- und bundesrechtlich vorgegebenen Grenzen der Befugnisse der Vollzugsbehörden während der strafprozessualen Haft wirksam durchsetzt.

109 Art. 226 und 229 StPO.

110 Art. 232 StPO.

111 BSK-HÄRRI, Art. 235 StPO N. 64.

Literaturverzeichnis

- BAECHTOLD ANDREA / WEBER JONAS / HOSTETTLER UELI, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2016.
- BAPTISTE VIREDAZ, in: Jeanneret Yvan / Kuhn André / Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2019, Art. 235 CPP.
- BEELE Ruedi, Praktische Aspekte des formellen Untersuchungshaftrechts nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2016.
- BRÄGGER, BENJAMIN F., Vollzugsrechtliche Auswirkungen der jüngsten Revision des Schweizerischen Sanktionenrechts, SZK 2017, S. 18-32.
- FREI MIRJAM / ZUBERBÜHLER ELSÄSSER SIMONE, in: Donatsch Andreas / Lieber Viktor / Summers Sarah / Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 235.
- GFELLER DIEGO R. / BIGLER ADRIAN / BONIN DURI, Untersuchungshaft: Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich 2017.
- JOSITSCH DANIEL / EGE GIAN / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, 9. Auflage, Zürich 2018.
- MEYER-LADEWIG JENS / LEHNERT MATTHIAS, in: Meyer-Ladewig Jens / Nettesheim Martin / von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, Artikel 3.
- MOREILLON LAURENT / PAREIN-REYMOND AUDE, Code de procédure pénale, Petit commentaire, 2. Auflage, Basel 2016, Art. 235.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung (StPO / JStPO), Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... N. ...).
- NOLL THOMAS, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, SZK 2019, S. 29-57.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Auflage, Bern 2020.

SCHMID NIKLAUS / JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich / St. Gallen 2017.

SIEBER OLIVIA, Kompetenzwirrwarr bei vorzeitigem Strafantritt, Plädoyer 4/2020, S. 18 f.

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.

**Dominik Bopp / Alexander Kistler /
Natalie Lisik / Kristof Reber**

Wozu denn nun Prozesse und Prozessrecht?

Schlusswort und Danksagung

Das vorliegende Werk knüpft an die seit 1999 bestehende Tradition des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses der Universität Zürich an, alljährlich im Rahmen der Schriftenreihe APARIUZ (Analysen und Perspektiven von Assisierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich) einen Sammelband vorzulegen. Es markiert den 24. Band der Schriftenreihe.

Der Titel des vorliegenden Sammelbands lehnt sich an den berühmten Roman Franz Kafkas an, in dem der Protagonist Josef K. Gegenstand eines diffusen, intransparenten und kaum fassbaren Gerichtsprozesses wird. Selbstverständlich ist dieses Bild für die Prozessrechtswissenschaft provokant, sollte doch ein Verfahren vor Gericht gerade die gegenteiligen Attribute aufweisen. Dennoch will die Analogie veranschaulichen, dass Prozesse in der Lebensrealität der Betroffenen zuweilen wenig greifbar erscheinen, da sie sich vielleicht erst im Laufe der Zeit vollständig erfassen lassen und dennoch die Prozesse an sich für das Endergebnis von eminenter Wichtigkeit sind. Zudem liegt der Analogie zu Kafka ein abstraktes Prozessverständnis zugrunde, womit für die Autor*innen die Möglichkeit geschaffen werden sollte, den Blick zu erweitern, um Prozesse ausserhalb der klassischen Verfahrensrechtslehre zu betrachten. Mitunter sollten im vorliegenden Sammelband trotz des Fokus auf den klassischen Gerichtsprozess auch Prozesse aus dem materiellen Recht Platz finden. Damit hat es sich das vorliegende Werk zum Ziel gesetzt, unterschiedliche Prozesse aus allen Rechtsgebieten in den Vordergrund zu rücken. Dies wurde zweifellos erreicht, konnten doch ausgezeichnete Beiträge aus den unterschiedlichsten Disziplinen eingeworben werden. Das Ergebnis ist ein diverses Werk, das nebst einer grossen Bandbreite an Fachrichtungen auch eine Vielzahl von Perspektiven und Ideen unter dem Dach einer abstrakten Figur vereint.

Der Sammelband wird von zwei hochkarätigen Gastautoren eröffnet, welche gleich zu Beginn grundlegende Fragen aufwerfen. Prof. Dr. iur. SAMUEL P. BAUMGARTNER fragt im Vorwort pointiert, wozu es denn Prozesse und Prozessrecht brauche. Den Auftakt zu den wissenschaftlichen Beiträgen macht

Univ.-Prof. Mag. Dr. Dr. h.c. PAUL OBERHAMMER mit der Frage, was denn ein*e jung*e Prozessrechtswissenschaftler*in sein könnte. Davon ausgehend sollen die Beiträge hier noch einmal Revue passiert werden.

Der *erste Hauptteil* sammelt Beiträge aus dem Zivilrecht und dem Zivilverfahrensrecht. Einleitend macht sich NIKOLA NASTOVSKI Gedanken zur Rolle der Verfahrensgrundrechte in Zivilverfahren mit Geheimnissen und charakterisiert letztere – in Anlehnung an Franz Kafka – als Türhüter. Daran anschliessend befassen sich CHRISTOPH REUSSER und HELIN DALLA PALMA mit der aktuellen ZPO-Revision und deren Auswirkungen auf den Arbeitsprozess. DOMINIK BOPP, ALEXANDER KISTLER und NATALIE LISIK widmen sich bislang wenig erforschten Fragen, die sich dem Zivilgericht im Falle einer Klageänderung stellen. FRANCO STRUB behandelt schliesslich das gerade aus Sicht der Parteien praktisch relevante Thema der prozessualen Anträge und deren Auswirkungen auf die Prozesskosten im schweizerischen Zivilprozessrecht.

Neben dem zivilgerichtlichen Verfahren fokussieren sich zwei Beiträge auf das materielle Zivilrecht: ANNA ELISA STAUFFER beschäftigt sich mit der bundesgerichtlichen Methode der Rechtsanwendung beim Innominatvertrag und beschreibt diese als Ausdifferenzierungsprozess. NANCY RUDOLPH fragt nach der vertragsrechtlichen Position ungeborenen Lebens. In ihrem Beitrag zur Geburt im Vertragsrecht geht sie auf die Qualifikation des Behandlungsvertrags als Vertrag zugunsten Dritter ein und beleuchtet Einzelfragen mittels eines Rechtsvergleichs mit Deutschland.

Im *zweiten Hauptteil* werden Fragen aus dem öffentlichen Recht und dem öffentlichen Verfahrensrecht behandelt. In ihrem ausführlichen Gastbeitrag beleuchtet die renommierte Europarechtsexpertin Prof. Dr. iur. CHRISTA TOBLER die Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen. FLORIAN GEERING untersucht mittels Datenanalyse, wie sich eine anwaltliche Vertretung auf die Erfolgsaussichten von Beschwerdeführer*innen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde auswirkt. In ihrem Beitrag analysiert ISABEL LINIGER die Rechtslage rund um die Formulierung von Abstimmungsfragen und PIA HUNKEMÖLLER schliesst den zweiten Hauptteil mit einer Analyse des Transparenzgebots im Vergabeverfahren.

Der *dritte Hauptteil* umfasst Beiträge aus dem Strafrecht und dem Strafverfahrensrecht. Auch dieser Teil wird mit einem hochkarätigen Gastbeitrag eröffnet: Oberrichterin Dr. iur. DENISE WEINGART beleuchtet das Einspracheverfahren gegen den selbständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO. DOMINIQUE DIETHELM, GISHOK KIRITHARAN und VIVIAN STEIN thematisieren die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten. Abgeschlossen wird das Werk durch den Beitrag von

YANNICK WEBER, der mit der Frage nach der Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess im Kanton Zürich ein Querschnittsthema behandelt.

Die Beiträge im vorliegenden Sammelband weisen eine beachtliche thematische Breite auf und veranschaulichen eindrücklich, welche Relevanz unterschiedliche Prozesse für die Rechtswissenschaft und die Rechtsrealität haben. Intuitiv erscheint dies zunächst im Verfahrensrecht, wo unter anderem die Durchsetzung subjektiver Rechte und der Rechtsfrieden angestrebt werden. Versteht man den Prozess, wie in den vorliegenden Beiträgen, in einem weiteren Sinne, erkennt man dessen Relevanz auch für wichtige Anliegen im Bereich des Sozialschutzes, der Transparenz und der Internationalisierung. Zudem verdeutlichen die Beiträge die Wichtigkeit von Prozessen für die Methodenfindung im Einzelfall sowie die Entstehung innovativer Ideen. Somit kann auf die einleitend aufgeworfenen Fragen geantwortet werden, dass das Denken in und an Prozessen sowohl für die Erarbeitung von Grundlagen wie auch für die kritische Analyse spezifischer Einzelfragen unerlässlich ist. Was denn ein*e jung*e Prozessrechtswissenschaftler*in sein könnte, haben die Beitragenden eindrücklich gezeigt: Der Sammelband vereint junge, in der Akademie tätige Nachwuchsforschende, die kreativ sind und den Mut aufweisen, besonders genau hinzuschauen und kritische Fragen zu stellen. Diese wissenschaftliche Arbeit dient dazu, dass Recht und Rechtsanwendung eben nicht zu einem Prozess verkommen, dessen Subjekte sich wie der Protagonist Josef K. bei Franz Kafka in einem kuriosen Albtraum wiederfinden.

Zu guter Letzt gilt es jenen zu danken, welche die Veröffentlichung des vorliegenden Sammelbandes ermöglicht haben. Zuvorderst möchten wir uns bei den Autor*innen bedanken. Die hohe Qualität und die thematische Breite ihrer Beiträge zeichnen das Werk aus. Dass sie sich nebst der Mehrfachbelastung von Assistenzstätigkeit und Dissertationsprojekt für eine Publikation in diesem Rahmen zur Verfügung gestellt haben, ehrt uns sehr.

Ein spezieller Dank gilt den Verfasser*innen unserer Gastbeiträge. Mit SAMUEL P. BAUMGARTNER, PAUL OBERHAMMER, CHRISTA TOBLER und DENISE WEINGART konnten wir hochkarätige Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis motivieren, an unserem Projekt mitzuarbeiten. Mit ihren Beiträgen geben sie uns ein Stück ihrer reichen Erfahrung mit auf den Weg und bringen zum Ausdruck, dass ihnen die Förderung des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses am Herzen liegt. Zweifellos sind ihre Beiträge eine Veredelung des vorliegenden Werks.

Dem sui generis-Verlag gilt es für die angenehme Zusammenarbeit und die Förderung des vorliegenden Projektes zu danken. Besonders bedanken möchten wir uns bei den Peer-Reviewer*innen, deren Arbeit ein besonderes Gütesiegel für das Werk bedeutet.

Ein abschliessender Dank gilt den Herausgeber*innen des 23. Bandes IRINA LEHNER, CAROLINE RAUSCH, LEA INA SCHNEIDER und ANNA ELISA STAUFFER in deren grosse Fussstapfen wir treten durften und die uns mit Tipps und Tricks rund um das Projekt zur Seite standen.

Ganz zum Schluss freuen wir uns, dass wir ein Team von motivierten Herausgeberinnen für den nächsten Band, welcher gleichzeitig das 25. Jubiläum der APARIUZ-Reihe markieren wird, gefunden haben. Wir wünschen Ihnen viel Erfolg, Freude und Elan beim kommenden Projekt.

Zürich, Dezember 2023

Dominik Bopp

Alexander Kistler

Natalie Lisik

Kristof Reber

Die **XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ** greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.

Herausgegeben von

**Lukas Hussmann, Nicole Nickerson, Arezoo Sang Bastian,
Youlo Wujohktsang**

Mit Beiträgen von

**Ada Sofie Altobelli, Marisa Beier, Christoph Burckhardt, Carole Bruttin,
Gian Ege, Tonia Graf, Anna Karczewski, Selma Kuratle, Nina Lauken-
mann, Irina Lehner, Julia Meier, Christoph Mettler, Nebojsa Mijatovic,
Caroline Rausch, Lea Ina Schneider, Martin Wilhelm**

APARIUZ XXII bestellen oder Open-Access-PDF herunterladen:
www.suigeneris-verlag.ch

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

HEN

Unter Gleichen

Lukas Hussmann

Nicole Nickerson

Arezoo Sang Bastian

Youlo Wujohktsang

(Hrsg.)

Wie reagiert das Recht auf reale Krisen und worin liegt die Problemlösungskraft rechtlicher Regulierung in schwierigen Situationen? Haben umgekehrt auch Krisen einen Einfluss darauf, wie das Recht funktioniert – und sollten sie überhaupt einen haben? Im **XXIII. Band der Schriftenreihe APARIUZ** setzen sich Nachwuchswissenschaftler*innen der Universität Zürich aus unterschiedlichen Rechtsbereichen mit dem Umgang des Rechts mit Krisen auseinander. Ausgangspunkt für Reflexionen über das Wechselspiel zwischen Krisen und Recht bildet dabei nicht nur die Corona-Pandemie, sondern auch verschiedenste andere Situationen, die zu Kritik und Umdenken anspornen – oder zwingen.

Herausgegeben von

Irina Lehner, Caroline Rausch, Lea Ina Schneider, Anna Elisa Stauffer

Mit Beiträgen von

Sandro Bernet, Filippo Contarini, Claude Humbel, Mei Yi Lew, Romane Loviat, Luka Markić, Alexander Salamon, Arezoo Sang Bastian, Thomas Schaad, Giulia Walter, Martin Wilhelm

APARIUZ XXIII bestellen oder Open-Access-PDF herunterladen:

www.suigeneris-verlag.ch

ISBN: 978-3-907297-28-5

DOI: 10.38107/028

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

R KRISE

Recht in der Krise

Irina Lehner

Caroline Rausch

Lea Ina Schneider

Anna Elisa Stauffer

(Hrsg.)

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den Autor*innen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 050 – Ricarda Stoppelhaar: Die Indirekte Stellvertretung
- 049 – Martin Seelmann: Strafzumessung und Doppelverwertung
- 048 – Benjamin Clément: Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht
- 047 – Luca Ruggiero: Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européennes
- 046 – Miriam Lüdi: Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung
- 045 – Corina Ingold: Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht
- 044 – Alex Attinger: Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik
- 043 – Myriam Christ: Le profilage dans le cadre d’une procédure d’embauche entre particuliers
- 042 – Andreas Wehowsky: Expedited Procedures in International Commercial Arbitration
- 041 – Lukas Valis: Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?
- 040 – Constance Kaempfer: Les mécanismes de mise en oeuvre du droit international par les cantons suisses
- 039 – Ruedi Ackermann: Der Mietvertrag mit mehreren Mietern
- 038 – Lukas Hussmann: International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände
- 037 – Nils Reimann: Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory

- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht

- 011 – Lorenz Raess: *Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration*
010 – David Henseler: *Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private*
009 – Dominik Elser: *Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben*

Die Bücher 001–008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 15. Dezember 2023

© 2023 bei den Autor*innen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



ISBN: 978-3-907297-51-3

DOI: 10.38107/051

Korrekturat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

051

APARIUZ XXIV

Prozesse haben eine zentrale Stellung in der Rechtswissenschaft. Die XXIV. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ stellt den Gerichtsprozess in den Vordergrund und öffnet gleichzeitig den Blick für andere Prozesse im Recht. Die Autor*innen behandeln nebst verfahrensrechtlichen Fragen Prozesse des Sozialschutzes, der Transparenz, der Internationalisierung und der Methodenfindung. Der Sammelband umfasst Beiträge von Nachwuchswissenschaftler*innen der Universität Zürich sowie Gastbeiträge von etablierten Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis.

sui generis

ISBN 978-3-907297-51-3

DOI 10.38107/051