

Zusammenstellung der Vernehmlassungen

**Vorentwurf für ein Bundesgesetz  
über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)**

\*\*\*\*

Classement des réponses à la procédure de consultation

**Avant-projet relatif à une loi fédérale  
sur la procédure civile suisse (PCS)**

\*\*\*\*

Risultati della procedura di consultazione

**Avamprogetto relativo a una legge federale sulla  
procedura civile svizzera (PCS)**

Vertrieb: BBL, Verkauf Bundespublikationen, CH-3003 Bern  
Art.-Nr. 407.045  
[www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Distribution: OFCL, Vente des publications fédérales, CH-3003 Bern  
No d'art. 407.045  
[www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Distribuzione: UFCL, Vendita di pubblicazioni federali, CH-3003 Berna  
No 407.045  
[www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

## Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeines Généralités Generalità .....	1
2	Verzeichnis der Eingaben Liste des organismes ayant répondu Elenco dei partecipanti.....	2
3	Übersicht über das Ergebnis der Vernehmlassung.....	7
	Résumé des résultats de la consultation .....	15
	Riassunto dei risultati della procedura di consultazione .....	22
4	Zusammenstellung der Vernehmlassungen Classement des réponses à la procédure de consultation Risultati della procedura di consultazione.....	31
41	Im Allgemeinen/En général/In generale .....	31
411	Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts Unification de la procédure civile Unificazione della procedura civile.....	31
411.1	Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	31
411.2	Kritik / Critique / Critica .....	39
412	Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs Appréciation générale de l'avant-projet Giudizio generale sull'avamprogetto .....	40
412.1	Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	40
412.2	Kritik / Critique / Critica .....	56
42	Verschiedene Einzelfragen Questions divers Domande diverse.....	81
421	Verzicht auf die Regelung der Mediation Pas de réglementation relative à la médiation Nessuna regolamentazione relativa alla mediazione .....	81
421.1	Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	81
421.2	Kritik / Critique / Critica .....	81
422	Übernahme des geltenden Scheidungsverfahrens Reprise de la procédure de divorce actuelle Ripresa della procedura di divorzio attuale .....	91
422.1	Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	91

422.2 Kritik / Critique / Critica .....	91
423 Verzicht auf eine Sammelklage (class actio) Renonciation à une action collective Rinuncia ad un'azione collettiva .....	96
423.1 Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	96
423.2 Kritik / Critique / Critica .....	97
424. Einführung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde Introduction d'un acte authentique exécutoire Introduzione d'un atto pubblico esecutivo .....	98
424.1 Grundsätzliche Zustimmung Approbation de principe Approvazione di principio .....	98
424.2 Kritik / Critique / Critica .....	98
5 Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfes Des dispositions particulières de l'avant-projet Le singole disposizioni dell'avamprogetto .....	101
Ingress .....	101
Art. 1 .....	102
Art. 2 .....	105
Art. 3 .....	107
Art. 4 .....	111
Art. 5 .....	116
Art. 6 .....	125
Art. 7 .....	128
Art. 8 .....	130
Art. 9 .....	133
Art. 10.....	133
Art. 11.....	133
Art. 12.....	134
Art. 13.....	134
Art. 14.....	134
Art. 15.....	134
Art. 16.....	136
Art. 17.....	138
Art. 18.....	138
Art. 19.....	139
Art. 20.....	140
Art. 21.....	140
Art. 22.....	141
Art. 23.....	141
Art. 24.....	142
Art. 25.....	142

Art. 26.....	144
Art. 27.....	144
Art. 28.....	146
Art. 29.....	147
Art. 30.....	148
Art. 31.....	149
Art. 32.....	152
Art. 33.....	152
Art. 34.....	153
Art. 35.....	153
Art. 36.....	156
Art. 37.....	156
Art. 38.....	156
Art. 39.....	157
Art. 40.....	158
Art. 41.....	159
Art. 42.....	159
Art. 43.....	161
Art. 44.....	166
Art. 45.....	169
Art. 46.....	171
Art. 47.....	173
Art. 48.....	174
Art. 49.....	175
Art. 50.....	178
Art. 51.....	180
Art. 52.....	184
Art. 53.....	184
Art. 54.....	185
Art. 55.....	190
Art. 56.....	192
Art. 57.....	192
Art. 58.....	192
Art. 59.....	193
Art. 60.....	194
Art. 61.....	198
Art. 62.....	199
Art. 63.....	201
Art. 64.....	202
Art. 65.....	203
Art. 66.....	206
Art. 67.....	207

Art. 68.....	208
Art. 69.....	210
Art. 70.....	213
Art. 71.....	214
Art. 72.....	221
Art. 73.....	222
Art. 74.....	224
Art. 75.....	224
Art. 76.....	227
Art. 77.....	228
Art. 78.....	229
Art. 79.....	230
Art. 80.....	237
Art. 81.....	241
Art. 82.....	242
Art. 83.....	244
Art. 84.....	246
Art. 85.....	246
Art. 86.....	247
Art. 87.....	257
Art. 88.....	268
Art. 89.....	273
Art. 90.....	274
Art. 91.....	277
Art. 92.....	279
Art. 93.....	280
Art. 94.....	282
Art. 95.....	283
Art. 96.....	284
Art. 97.....	286
Art. 98.....	287
Art. 99.....	290
Art. 100.....	298
Art. 101.....	299
Art. 102.....	302
Art. 103.....	303
Art. 104.....	304
Art. 105.....	306
Art. 106.....	313
Art. 107.....	316
Art. 108.....	321
Art. 109.....	326

Art. 110.....	326
Art. 111.....	327
Art. 112.....	328
Art. 113.....	331
Art. 114.....	335
Art. 115.....	337
Art. 116.....	338
Art. 117.....	341
Art. 118.....	341
Art. 119.....	347
Art. 120.....	350
Art. 121.....	353
Art. 122.....	353
Art. 123.....	355
Art. 124.....	356
Art. 125.....	357
Art. 126.....	358
Art. 127.....	359
Art. 128.....	368
Art. 129.....	369
Art. 130.....	370
Art. 131.....	372
Art. 132.....	373
Art. 133.....	377
Art. 134.....	378
Art. 135.....	379
Art. 136.....	381
Art. 137.....	381
Art. 138.....	384
Art. 139.....	385
Art. 140.....	386
Art. 141.....	386
Art. 142.....	387
Art. 143.....	390
Art. 144.....	393
Art. 145.....	394
Art. 146.....	398
Art. 147.....	399
Art. 148.....	402
Art. 149.....	403
Art. 150.....	406
Art. 151.....	407

Art. 152.....	410
Art. 153.....	411
Art. 154.....	412
Art. 155.....	413
Art. 156.....	417
Art. 157.....	418
Art. 158.....	424
Art. 159.....	425
Art. 160.....	426
Art. 161.....	429
Art. 162.....	430
Art. 163.....	431
Art. 164.....	432
Art. 165.....	433
Art. 166.....	433
Art. 167.....	433
Art. 168.....	436
Art. 169.....	438
Art. 170.....	439
Art. 171.....	439
Art. 172.....	440
Art. 173.....	440
Art. 174.....	441
Art. 175.....	442
Art. 176.....	442
Art. 177.....	445
Art. 178.....	446
Art. 179.....	448
Art. 180.....	449
Art. 181.....	449
Art. 182.....	449
Art. 183.....	452
Art. 184.....	453
Art. 185.....	454
Art. 186.....	455
Art. 187.....	460
Art. 188.....	460
Art. 189.....	460
Art. 190.....	460
Art. 191.....	461
Art. 192.....	479
Art. 193.....	491

Art. 194.....	498
Art. 195.....	503
Art. 196.....	506
Art. 197.....	512
Art. 198.....	517
Art. 199.....	520
Art. 200.....	523
Art. 201.....	524
Art. 202.....	526
Art. 203.....	531
Art. 204.....	532
Art. 205.....	540
Art. 206.....	543
Art. 207.....	545
Art. 208.....	546
Art. 209.....	547
Art. 210.....	549
Art. 211.....	554
Art. 212.....	557
Art. 213.....	559
Art. 214.....	560
Art. 215.....	564
Art. 216.....	576
Art. 217.....	579
Art. 218.....	582
Art. 219.....	585
Art. 220.....	587
Art. 221.....	588
Art. 222.....	590
Art. 223.....	592
Art. 224.....	597
Art. 225.....	599
Art. 226.....	600
Art. 227.....	601
Art. 228.....	604
Art. 229.....	606
Art. 230.....	607
Art. 231.....	612
Art. 232.....	616
Art. 233.....	618
Art. 234.....	619
Art. 235.....	621

Art. 236.....	622
Art. 237.....	627
Art. 238.....	635
Art. 239.....	638
Art. 240.....	639
Art. 241.....	641
Art. 242.....	644
Art. 243.....	649
Art. 244.....	650
Art. 245.....	650
Art. 246.....	650
Art. 247.....	651
Art. 248.....	652
Art. 249.....	652
Art. 250.....	652
Art. 251.....	652
Art. 252.....	653
Art. 253.....	653
Art. 254.....	654
Art. 255.....	656
Art. 256.....	657
Art. 257.....	657
Art. 258.....	657
Art. 259.....	660
Art. 260.....	662
Art. 261.....	663
Art. 262.....	664
Art. 263.....	664
Art. 264.....	665
Art. 265.....	666
Art. 266.....	668
Art. 267.....	670
Art. 268.....	672
Art. 269.....	678
Art. 270.....	679
Art. 271.....	679
Art. 272.....	680
Art. 273.....	681
Art. 274.....	681
Art. 275.....	682
Art. 276.....	688
Art. 277.....	690

Art. 278.....	691
Art. 279.....	692
Art. 280.....	693
Art. 281.....	695
Art. 282.....	695
Art. 283.....	696
Art. 284.....	696
Art. 285.....	696
Art. 286.....	698
Art. 287.....	709
Art. 288.....	710
Art. 289.....	710
Art. 290.....	712
Art. 291.....	720
Art. 292.....	721
Art. 293.....	726
Art. 294.....	729
Art. 295.....	731
Art. 296.....	733
Art. 297.....	734
Art. 298.....	739
Art. 299.....	740
Art. 300.....	744
Art. 301.....	745
Art. 302.....	747
Art. 303.....	748
Art. 304.....	748
Art. 305.....	750
Art. 306.....	751
Art. 307.....	753
Art. 308.....	753
Art. 309.....	753
Art. 310.....	754
Art. 311.....	758
Art. 312.....	758
Art. 313.....	759
Art. 314.....	760
Art. 315.....	760
Art. 316.....	760
Art. 317.....	761
Art. 318.....	762
Art. 319.....	763

Art. 320.....	764
Art. 321.....	765
Art. 322.....	765
Art. 323.....	766
Art. 324.....	766
Art. 325.....	769
Art. 326.....	771
Art. 327.....	772
Art. 328.....	773
Art. 329.....	773
Art. 330.....	773
Art. 331.....	773
Art. 332.....	774
Art. 333.....	775
Art. 334.....	775
Art. 335.....	776
Art. 336.....	777
Art. 337.....	777
Art. 338.....	783
Art. 339.....	784
Art. 340.....	786
Art. 341.....	787
Art. 342.....	788
Art. 343.....	788
Schiedsgerichtsbarkeit / Arbitrage / Arbitrato	788
Art. 344.....	788
Art. 345.....	796
Art. 346.....	796
Art. 347.....	798
Art. 348.....	798
Art. 349.....	800
Art. 350.....	800
Art. 351.....	801
Art. 352.....	801
Art. 353.....	801
Art. 354.....	802
Art. 355.....	803
Art. 356.....	803
Art. 357.....	803
Art. 358.....	805
Art. 359.....	805
Art. 360.....	806

Art. 361.....	806
Art. 362.....	806
Art. 363.....	808
Art. 364.....	809
Art. 365.....	811
Art. 366.....	812
Art. 367.....	812
Art. 368.....	813
Art. 369.....	815
Art. 370.....	816
Art. 371.....	816
Art. 372.....	817
Art. 373.....	818
Art. 374.....	818
Art. 375.....	818
Art. 376.....	819
Art. 377.....	820
Art. 378.....	822
Art. 379.....	823
Art. 380.....	823
Art. 381.....	824
Art. 382.....	824
Art. 383.....	824
Art. 384.....	825
Art. 385.....	826
Art. 386.....	826
Art. 387.....	826
Art. 388.....	826
Art. 389.....	834
Art. 390.....	835
Art. 391.....	835
Art. 392.....	837
Art. 393.....	837
Art. 394.....	838
Art. 395.....	838
Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts Annexe: Abrogation et modification du droit en vigueur Allegato: Abrogazione e modifica del diritto vigente.....	839
<u>Anhang</u> Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit von Prof. Dr. Gehrard Walter, Uni BE.....	850



# 1 Allgemeines

## Généralités

## Generalità

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte vom 25. Juni 2003 bis 31. Dezember 2003. Zur Vernehmlassung eingeladen wurden das Bundesgericht, das Eidgenössische Versicherungsgericht, alle Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien und 96 Organisationen.

Geantwortet haben das Bundesgericht, 25 Kantone, 6 Parteien und 70 Organisationen.

1 nicht offizieller Teilnehmer hat eine Stellungnahme eingereicht.

Ausdrücklich verzichtet auf eine Stellungnahme haben das Eidgenössische Versicherungsgericht, der Schweizerische Gewerbeverband, der Schweizerische Arbeitgeberverband und die Stiftung für Konsumentenschutz.

\*\*\*\*\*

La procédure de consultation a duré du 25 juin 2003 au 31 décembre 2003. Le Tribunal fédéral à Lausanne, le Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, tous les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ainsi que 96 organisations ont été invités à y participer.

Le Tribunal fédéral, 25 cantons, 6 partis politiques et 70 organisations se sont prononcés.

1 prise de position a été envoyée par un participant non-officiel.

Le Tribunal fédéral des assurances, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union patronale suisse et la Stiftung für Konsumentenschutz ont expressément renoncé à prendre position.

\*\*\*\*\*

La procedura di consultazione è durata dal 25 giugno 2003 al 31 dicembre 2003. Sono stati invitati a partecipare alla stessa il Tribunale federale di Losanna, il Tribunale federale delle assicurazioni di Lucerna, tutti i cantoni, i partiti rappresentati nell'Assemblea federale e 96 organizzazioni.

Hanno risposto il Tribunale federale, 25 cantoni, 6 partiti e 70 organizzazioni.

1 partecipante non invitato ufficialmente ha mandato il suo parere.

Hanno espressamente rinunciato a dare il loro avviso il Tribunale federale delle assicurazioni, l'Unione svizzera delle arti e mestieri, l'Unione padronale svizzera e la Stiftung für Konsumentenschutz.

\*\*\*\*\*

## **2 Verzeichnis der Eingaben**

### **Liste des organismes ayant répondu**

### **Elenco dei partecipanti**

(in der Zusammenstellung sind die Abkürzungen vorangestellt)

(dans le classement, les abréviations précèdent les avis)

(nel riassunto dei risultati, le abbreviazioni precedono i pareri)

### **Eidgenössische Gerichte**

### **Tribunaux fédéraux**

### **Tribunali federali**

**Bger** Schweizerisches Bundesgericht / Tribunal fédéral suisse / Tribunale federale svizzero

### **Kantone**

### **Cantons**

### **Cantoni**

**AG** Aargau / Argovie / Argovia

**AI** Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int / Appenzello Interno

**AR** Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno

**BE** Bern / Berne / Berna

**BL** Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna

**BS** Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città

**FR** Freiburg / Fribourg / Friburgo

**GE** Genf / Genève / Ginevra

**GL** Glarus / Glaris / Glarona

**GR** Graubünden / Grisons / Grigioni

**JU** Jura / Giura

**LU** Luzern / Lucerne / Lucerna

**NE** Neuenburg / Neuchâtel

**NW** Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo

**OW** Obwalden / Obwald / Obvaldo

**SG** St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo

**SH** Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa

**SO** Solothurn / Soleure / Soletta

**SZ** Schwyz / Svitto

**TG** Thurgau / Thurgovie / Turgovia

**TI** Tessin / Ticino

**UR** Uri

**VS** Wallis / Valais / Vallese

**ZG** Zug / Zoug / Zugo

**ZH** Zürich / Zurich / Zurigo

## **Parteien**

### **Partis politiques**

### **Partiti politici**

**CVP** Christlichdemokratische Volkspartei

**PDC** Parti Démocrate-Chrétien

**PPD** Partito Popolare Democratico

**LPS** Liberale Partei der Schweiz

**PLS** Parti libéral suisse

Partito liberale

**SVP** Schweizerische Volkspartei

**UDC** Union Démocratique du Centre

Unione Democratica di Centro

Uniun Democratica dal Center

**EVP** Evangelische Volkspartei der Schweiz

**PEV** Parti évangélique suisse

Partito evangelico svizzero

**Grüne Partei** der Schweiz

**Les Verts** Parti écologiste suisse

**I Verdi** Partito ecologista svizzero

**CSP** Christlich-soziale Partei

**PCS** Parti chrétien-social

Partito cristiano sociale

## **Organisationen**

### **Organisations**

### **Organizzazioni**

**ACSI** Associazione Consumatrici della Svizzera italiana

**AIHK** Aargauische Industrie- und Handelskammer

**ASA** Association Suisse de l'Arbitrage

Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit

Associazione Svizzera per l'Arbitrato

**ASI** Associazione svizzera inquilini

**ASLOCA** Association suisse des locataires, Fédération romande

**AKBS** Fachgruppe ZPO/SchKG der Advokatenkammer Basel und der ASA-Lokalgruppe Basel für das Schiedsverfahren

**AVGE** Ordre des Avocats de Genève

**AVLU** Luzerner Anwaltsverband

**AVZH** Zürcher Anwaltsverband

**CBL-GE** Commission de conciliation en matière de baux et loyers

**CCIG** Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève

**centre patronal** Centre Patronal

**CVAM** Chambre vaudoise des arts et métiers

**cvc** Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie

**DJS** Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz  
Juristes Démocrates de Suisse  
Giuriste e Giuriste Democratici Svizzeri

**DJZ** Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich

**economiesuisse** Verband der Schweizer Unternehmen  
Fédération des entreprises suisses  
Federazione delle imprese svizzere

**EKK** Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen  
Commission fédérale de la consommation  
Commissione federale del consumo

**FER** Fédération des Entreprises Romandes

**FRC** Fédération romande des consommateurs

**FRI** Fédération romande immobilière

**FRStZH** Friedensrichterkollegium der Stadt Zürich

**FR-Verband** Verband der Friedensrichter und Friedensrichterinnen Kanton Zürich

**FSA** Fédération Suisse des Avocats  
Schweizerischer Anwaltsverband  
Federazione Svizzera degli Avvocati

**GGD ZH** Gesetzgebungsdienst des Kantons Zürich

**HEV** Hauseigentümerverband Schweiz

**KassZH** Kassationsgericht des Kantons Zürich

**KBK** Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz  
Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse  
Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera

**kvs** Kaufmännischer Verband Schweiz

**MietZG** Amt für Wohnungswesen des Kantons Zug

**MV** Schweizerischer Mieterinnen- und Mieterverband

**NBI** Swiss national bureau of insurance

**OAFRI** Ordre des Avocats Fribourgeois  
Freiburger Anwaltsverband

**OGZH** Obergericht des Kantons Zürich

**Roche** F. Hoffmann-La Roche AG

**santésuisse** Die Schweizer Krankenversicherer  
Les assureurs-maladie suisses  
Gli assicuratori malattia svizzeri

**SB-NW** Schlichtungsbehörde Kanton Nidwalden

**SBV** Schweizerischer Baumeisterverband  
Société Suisse des Entrepreneurs  
Società Svizzera degli Impresari-Construttori

- SchAG** Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen Kanton Aargau
- SchKG-Vereinigung** Vereinigung für Schuldbetreibung und Konkurs  
Association pour le droit des poursuites et de la faillite
- SchZH** Schlichtungsstelle des Kantons Zürich für Streitigkeiten über Diskriminierungen im Erwerbsleben
- SDM-FSM** Schweizerischer Dachverband Mediation  
Fédération Suisse des Associations de Médiation  
Federazione Svizzera delle Associazioni di Mediazione
- SGB** Schweizerischer Gewerkschaftsbund  
Union syndicale suisse  
Unione sindacale svizzera
- SKDE** Kantonale Schlichtungskommission gegen Diskriminierungen im Erwerbsleben, Bern
- SK der Gleichstellungsbeauftragten** Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten
- SNV** Schweizerischer Notarenverband  
Fédération suisse des notaires  
Federazione svizzera dei notai
- suisa** Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke  
Société suisse pour les droits des auteurs d'oeuvres musicales  
Società svizzera per i diritti degli autori di opere musicali
- SUVA** Schweiz. Unfallversicherungsanstalt
- SVAMV** Schweiz. Verband alleinerziehender Mütter und Väter  
Fédération suisse des familles nonparentales
- SVC** Schweizerischer Verband Creditreform
- SVCL** Schweizerischer Verein für Collaborative Law
- SVM** Schweizerischer Verein für Mediation  
Association Suisse pour la Médiation
- SVR** Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter  
Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire  
Associazione svizzera dei magistrati
- SVV** Schweizerischer Versicherungsverband  
Association Suisse d'assurances  
Associazione Svizzera d'Assicurazioni
- SVZst** Schweizerischer Verband für Zivilstandswesen  
Association suisse des officiers de l'état civil  
Associazione svizzera degli ufficiali dello stato civile
- SwissBanking** Schweizerische Bankiervereinigung  
Association suisse des banquiers  
Associazione Svizzera dei Banchieri
- swissmem** Die Schweizerische Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (ASM und VSM)

- TS** Travail.Suisse
- Uni BE** Universität Bern
- Uni GE** Université de Genève
- Uni LA** Université de Lausanne
- Uni NE** Université de Neuchâtel, Universität Neuenburg
- Uni ZH** Universität Zürich
- VbernGerichtsschreiberInnen** Verband Bernischer GerichtsschreiberInnen
- VESPA** Verband Schweizerischer Patentanwälte  
Association Suisse des Conseils en Propriété Industrielle
- VKF** Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen  
Association des établissements cantonaux d'assurance incendie
- VSGV** Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter  
Société suisse des conservateurs du registre foncier  
Società svizzera degli ufficiali del registro fondiario
- VSI** Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute  
Association Suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement  
Associazioni degli Uffici Fiduciari d'Incasso Svizzeri
- WeKo** Wettbewerbskommission  
Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza
- ZHK** Zürcher Handelskammer  
Chambre de Commerce de Zurich  
Zurich Chambre of Commerce
- ZSH** Zentralschweizerische Handelskammer

**Übrige Teilnehmer**  
**Autres Participants**  
**Altri Partecipanti**

**HUW** Prof. Dr. Hans Ulrich Walder, Felsenegg 12, CH-6204 Sempach

### 3 Übersicht über das Ergebnis der Vernehmlassung

#### 31 Allgemeines

##### 311 Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs

Die *Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts* wird einhellig begrüsst. Insbesondere die Kantone bestätigen das grosse Bedürfnis nach Rechtseinheit, obwohl sie auf eine wichtige Kompetenz zu verzichten haben. Betont wird die zentrale Bedeutung einheitlichen Rechts für den Wirtschaftsraum Schweiz (z.B. *economiesuisse*). Entsprechend wird die Schaffung einer *integralen einheitlichen Zivilprozessordnung* statt eines blossen Rahmengesetzes ausnahmslos befürwortet. Auch das angeschlagene *Tempo* des Projektes findet Zustimmung, wenn auch vereinzelt Stimmen vor zu schnellem Vorgehen und der damit verbundenen Oberflächlichkeit warnen (Uni BE, FER, Uni ZH).

Breite Anerkennung findet der *formale Aspekt* des Vorentwurfs. Hervorgehoben werden die prägnante, praxisnahe Sprache, der systematische Aufbau sowie die Knappheit der Normen. Vereinzelt werden ausführlichere Regelungen verlangt, insbesondere was den konkreten Verlauf des Verfahrens oder die *freiwillige Gerichtsbarkeit* betrifft (Uni LA, OAFRI). Die Vorlage wird jedoch grossmehrheitlich als sorgfältiges, ausgewogenes und ausgereiftes Werk – als „gelungener Wurf“ (UR) und „echter Fortschritt“ (ZHK) – bezeichnet (allgemein kritisch hingegen SVP, Uni BE und Uni ZH).

Auch den *materiellen Leitlinien* stimmt die grosse Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer zu:

- Begrüssert wird die Fortführung der *kantonalen Prozessrechtstradition* mit *punktuellem Innovation*. Dieses konservative Konzept trifft nur vereinzelt auf Kritik (z.B. AVGE, GE). Zustimmung – nicht nur der Wirtschaft (z.B. *economiesuisse*, *Swissbanking*) – findet insbesondere der Verzicht auf die Einführung einer *Sammelklage* (class action) nach dem Modell des angelsächsischen Rechts (z.B. BE, BS, SO, TI, CVP, Uni BE, Uni LA, ZHK). Bedauert wird dieser Verzicht von GE. Auch der vorgeschlagene Ausbau der *Verbandsklage* trifft mehrheitlich auf Ablehnung (z.B. AG, BE, BL, SO, TG, AKBS, AVZH, *economiesuisse*, FSA, OAFRI, SchKG-Vereinigung, SVV, *swissmem*, Uni ZH); begrüsst wird er immerhin von AR, GE, JU, SH, TI, Grüne Partei, ACSI, DJZ, FRC, MV.
- Die Integration des inhaltlich grundsätzlich unveränderten *Gerichtsstandsgesetzes* findet Zustimmung (kritisch z.B. AVZH).
- Das Bestreben nach einer *effizienten Gestaltung* des Verfahrens wird anerkannt (z.B. ZHK). Manche Teilnehmer befürchten jedoch eine Komplikation der Prozesse, namentlich wegen des vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens (z.B. AR, FRI, LPS) und der vorherrschenden Schriftlichkeit im ordentlichen Prozess (z.B. BS, Uni ZH).
- Begrüssert wird auch die Überführung prozessrechtlicher Normen aus dem *materiellen Bundesrecht* in die Zivilprozessordnung.
- Das Anliegen eines *sozialen Zivilprozesses* ist kontrovers. Einerseits werden die entsprechenden Vorschläge begrüsst (z.B. Grüne Partei, Uni ZH),

andererseits ein Ausbau mit Hinweis auf die damit verbundenen Kosten abgelehnt (z.B. AI, economiesuisse, ZHK; vgl. auch unten 313).

- Grosse Bedeutung messen die Vernehmlassungsteilnehmer der *Koordination mit dem Bundesgerichtsgesetz* zu (z.B. Bger bei Art. 286).

### 312 Gerichtsorganisation

Die Belassung der *Gerichtsorganisation* bei den Kantonen wird nur vereinzelt bedauert (OAFRI), von den Kantonen jedoch einhellig begrüsst und gefordert.

Vereinzelt wird die Einführung von *Sondergerichten* wie etwa Familiengerichten verlangt (z.B. Uni ZH). Deutliche Kritik erfährt der Vorschlag, Entscheide eines *Handelsgerichtes* auch innerkantonal anfechten zu können (so sämtliche Handelsgerichtskantone AG, BE, SG, ZH; vgl. ferner AVZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). Mehrheitlich kritisiert wird auch das Paritätserfordernis für die *Schlichtungsbehörde* – es habe sich wenig bewährt, sei zu schwerfällig und zu kostspielig.

### 313 Prozesskosten

Wie ein roter Faden durch die Vernehmlassung zieht sich die Sorge der Kantone über allfällige Mehrkosten der Justiz. Die *Kostenneutralität* der Vereinheitlichung ist ein ganz vitales Anliegen der Kantone (vgl. z.B. BL, BS, GL, NE, VS):

- Grossmehrheitlich abgelehnt wird die Variante, wonach der Bund die *Kostentarife* erlassen solle (für eine Bundeslösung immerhin AR, NW, SH, TI, FSA, MV, SVAMV, Uni ZH). Durchwegs auf Zustimmung hingegen stösst das vorgeschlagene System der *Kostenpauschalen* (z.B. AKBS, AVZH).
- Mehrheitlich begrüsst wird die allgemeine *Vorschusspflicht* der klagenden Partei (kritisch z.B. DJS, KassZH), dabei aber die Beschränkung auf die Hälfte der mutmasslichen Kosten abgelehnt (vgl. v.a. die Stellungnahmen der Kantone; sodann Grüne Partei, CVP, AKBS).
- Mehrheitlich abgelehnt wird die vorgeschlagene Überbindung des *Inkasorisikos* betreffend die Prozesskosten auf den Staat (vgl. die Stellungnahmen der Kantone; zustimmend z.B. AKBS, AVLÜ).
- Mehrheitlich abgelehnt wird eine Ausdehnung der *kostenlosen Verfahren* im Arbeits- und Mietrecht (vgl. die Stellungnahmen der Kantone). Nur vereinzelt wird ein Ausbau der Gratisverfahren gefordert: So ein kostenloses Schlichtungsverfahren für die Konsumentenstreitigkeiten (ACSI, FRC, Grüne Partei) und ein kostenloses erstinstanzliches Entscheidungsverfahren auch für Mietsachen (MV).
- Der vorgeschlagene Ausbau der *unentgeltlichen Prozessführung* ist kontrovers: Mehrheitlich begrüsst wird die Möglichkeit, einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bereits *im Vorfeld eines gerichtlichen* Verfahrens beizubringen (z.B. AR, SG, Grüne Partei, AVZH; ablehnend vor allem einzelne Kantone). Auf einhellige Ablehnung der Kantone stösst jedoch der Vorschlag, den unentgeltlichen Rechtsbeistand zum *vollen Tarif* zu entschädigen (ebenso SchKG-Vereinigung, Uni LA). Einige Teilnehmer kritisieren den ausdrücklichen Ausschluss der unentgeltlichen Prozessführung für

*juristische Personen* (z.B. BE, LU, Grüne Partei, AKBS, AVLU, economie-suisse, swissmem). Auf Ablehnung stösst sodann die 5-jährige Verwirklichungsfrist für den *Nachzahlungsanspruch* des Kantons – es seien dafür zehn Jahre vorzusehen.

- Unter dem Kostenaspekt wird auch die vorgeschlagene Pflicht zur schriftlichen *Urteilsbegründung* abgelehnt (z.B. AG, BS, BL).

## 32 Besondere Fragen

### 321 Das ordentliche Verfahren

#### 321.1 Schlichtungsverfahren

Der *Grundsatz eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens* (Art. 191) wird kontrovers beurteilt: Insbesondere GL, JU und LU befürworten es, abgelehnt wird es von Uni NE und Roche. Der Verfahrensablauf wird einerseits als sinnvoll und befriedigend (z.B. ZH, Uni LA), andererseits als zu kompliziert, unpraktikabel oder unbefriedigend empfunden (z.B. NE, LPS, CBL-GE, FRI). Die Aufteilung in ein Schlichtungs- und Entscheidungsverfahren wird teilweise als zu aufwendig eingeschätzt (z.B. AR, SH, TG). Die Ausgestaltung der Schlichtungsbehörde als gerichtliche Behörde wird zum Teil begrüsst (z.B. ASLOCA, MV), zum Teil jedoch abgelehnt (z.B. BS, ZG, MietZG).

Die Möglichkeit, auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten, wird unterschiedlich aufgefasst: Begrüsst wird sie namentlich von AVGE, DJS und Uni LA, abgelehnt von SZ und ZH. Weitgehend kritisiert wird das Obligatorium des Schlichtungsverfahrens für Streitigkeiten, auf welche das *vereinfachte Verfahren* anzuwenden ist (z.B. AG, BE, TG, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni LA, Uni NE; anderer Meinung ist AVZH).

Mehrfach wird die Möglichkeit eines *Schriftenwechsels* vor der Schlichtungsverhandlung postuliert (z.B. BE, BS, SchAG, SchZH, SKDE, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

Es wird kritisiert, dass der *Urteilsvorschlag* und die *Entscheidungsmöglichkeit* die notwendige Trennung zwischen Schlichtung und Urteilsverfahren vermischen (z.B. CBL-GE, SB-NW, Uni ZH).

- So wird der Urteilsvorschlag namentlich von VS, CBL-GE, CVAM und FRI abgelehnt. Andererseits wird er als modernes Instrument zur Streiterledigung befürwortet (z.B. ZH, DJZ, HEV) und bis zu einem bestimmten Streitwert auch für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten gefordert (z.B. FRStZH, FR-Verband).
- Die direkte Entscheidungsmöglichkeit der Schlichtungsbehörde wird namentlich von LU, SZ, AVLU und AVZH begrüsst.

#### 321.2 Entscheidungsverfahren

Kritisiert wird in grundsätzlicher Hinsicht die *Verfahrensstrenge* (BE), wobei die Mehrheit insbesondere die doppelte *Schriftlichkeit* beanstandet (z.B. BE, GE, GL, SO, AKBS, Uni GE, Uni ZH, VberGerichtsschreiber).

Das *Novenrecht* wird als zu restriktiv aufgefasst (z.B. BE, LU, ZH, AVLU): Noven sollten bis zu den ersten Plädoyers in der Hauptverhandlung vorge-

bracht werden können (JU). Die Meinungen zu der vorgeschlagenen Variante zu Artikel 215 (erweiterte Zulässigkeit von Noven, die durch Urkunden sofort beweisbar sind) sind geteilt: Begrüsst wird sie z.B. von BE, TG, ZH, Grüne Partei, AVZH, DJS, DJZ, KassZH, OGZH, abgelehnt hingegen z.B. von AG, AR, BL, BS, NW, OW, SH, SO, ZG, CVP, AKBS, economiesuisse, FSA, Roche.

Die vorgeschlagene Regelung der *Beweisverfügung* (Art. 218 f.) wird als unklar und schwerfällig kritisiert (z.B. AR, BE, FR, SH). Sodann sei es Sache der Parteien, die Beweisführungslast und die relevanten Beweisthemen zu erkennen und die richtigen Beweismittel zu nennen. Entsprechend werden besondere Beweisverfügungen abgelehnt (z.B. LU, VS, Grüne Partei), wobei insbesondere die Streichung von Artikel 219 (qualifizierte Beweisverfügung) verlangt wird (z.B. AG, BE, Uni BE). Hingegen begrüssen namentlich GL und ZG die vorgeschlagene Regelung.

### 321.3 Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift

In *verfahrensrechtlicher Hinsicht* wird die klare Forderung erhoben, dass die Glaubhaftigkeit des Anspruchs sowie die Dringlichkeit im Gesetzestext explizit als Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme zu nennen sind (z.B. AG, BS, SZ, AKBS, AVZH, GGD ZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). Des Weiteren wird vorgebracht, dass das Verhältnis zu den Sicherungsmassnahmen nach SchKG ausdrücklich geregelt werden sollte (z.B. LU, GGD, ZH, AVLÜ, SchKG-Vereinigung).

In *materiellrechtlicher Hinsicht* wird vorgebracht, dass die Problematik der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung nicht gelöst wurde, wofür es gemäss AKBS grundsätzlich zwei Ansatzpunkte gebe: a) die Möglichkeit, eine Geldleistung im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zuzusprechen sowie b) die *vorläufige Vollstreckung* von Urteilen. Die Variante a) wird von AKBS abgelehnt, hingegen von FSA und Uni LA unterstützt. Die Variante b) wird insbesondere von AKBS und der SchKG-Vereinigung befürwortet. Schliesslich beantragen AKBS und die Grüne Partei, dass die Anweisung nicht nur gegenüber Registerbehörden, sondern auch gegenüber beteiligten Drittpersonen ermöglicht werden sollte.

Die Einführung der *Schutzschrift* wird begrüsst (z.B. SH, SO, economiesuisse, FSA, Roche). Mehrheitlich wird aber beantragt, dass die Frage, ob die Schutzschrift der potentiellen Gegenpartei zuzustellen ist (so z.B. OGZH) oder nicht (so z.B. SH), geregelt werden soll (z.B. AR, SG, Grüne Partei, Uni NE).

## 322 Besondere Verfahren

### 322.1 Vereinfachtes Verfahren

Die vorgesehenen *Formulare* zur Einreichung von Parteieingaben wird zum Teil kritisch aufgenommen (positiv: ZG, FRC, Uni BE). So wird befürchtet, dass juristische Laien beim Ausfüllen von Formularen überfordert seien (BS, OGZH, Uni ZH) oder dass für Parteien ohne Rechtsbeistand die Formulare in Kombination mit dem eingeschränkten Novenrecht gar eine Prozessfalle darstellen könnten (LU, OAFRI, Uni NE). Vorgebracht werden weiter grundsätzliche Zweifel an der Tauglichkeit von Formularen (AR, SH, TG, DJS, FSA, Uni LA, Uni ZH) und an der Kompetenz des Bundesrates zu deren Bereitstellung (FSA, Uni LA, HUW).

Bezüglich der *Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens* werden sehr unterschiedliche Ansichten vertreten: So sprechen sich einerseits einige Vernehmlassungsteilnehmer für ein mündliches Regelverfahren aus (SO, ZH, OGZH, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni ZH). Andererseits wird gefordert, bei komplizierten Fällen einen zweiten Schriftenwechsel durchführen zu können (AG, BE, LU, NW, VS, santésuisse). In grundsätzlicher Weise wird weiter vorgebracht, die Anforderungen an die Eingaben seien zu hoch (BS, DJS, CVP) und die Regelung des Verfahrens sei zu ungenau (AR, NE, SH, Grüne Partei, GGD ZH, Uni NE, Uni ZH). Auch wird kritisiert, die vorgesehene Fristenregelung zur Einreichung der Klageantwort sei zu streng (LU, ZH, AVLU, AVZH, DJS, DJZ, Uni NE, HUW).

Falls die Anwendungsmöglichkeit von Formularen beibehalten wird, wird vorgeschlagen, die *Untersuchungsmaxime* auf Konsumentenstreitigkeiten (ACSI, FRC, Uni ZH) bzw. auf sämtliche Bereiche des vereinfachten Verfahrens auszudehnen (ZG).

Umstritten ist weiter die Regelung des *Novenrechts*: Vorgeschlagen wird, die gleiche Regelung wie beim ordentlichen Verfahren zu übernehmen (AG, BE, ZH, AVZH, OAFRI) oder Noven bis Schluss des Beweisverfahrens zuzulassen (VS, Grüne Partei).

Schliesslich wird mehrheitlich eine Anpassung der im Geltungsbereich vorgesehenen verschiedenen *Streitwerte* gefordert: So sei die Streitwertgrenze für vermögensrechtliche Streitigkeiten auf mindestens Fr. 30'000 zu erhöhen (BS, SO, ACSI, AKBS, DJS, FSA, Uni ZH). Demgegenüber sei für arbeitsrechtliche Streitigkeiten eine Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- vorzusehen (LU, ZG, AVLU, AVZH, economiesuisse, SchKG-Vereinigung, Uni LA).

### 322.2 Scheidungsverfahren

Die reine *Übernahme* der Verfahrensbestimmungen des geltenden Scheidungsrechts wird mehrfach kritisiert. Einerseits bestehe weiterer Regelungsbedarf (z.B. NE, LU, AVLU, FSA, SK der Gleichstellungsbeauftragten), andererseits sei auf die praktischen Probleme einzugehen (AR, SG).

Gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des *ordentlichen Verfahrens* bei Scheidungen sprechen sich insbesondere diejenigen Kantone aus, welche für familienrechtliche Streitigkeiten den so genannten "Instruktions- oder Untersuchungsprozess" kennen. Sie machen geltend, der Vorentwurf trage den Besonderheiten von familienrechtlichen Angelegenheiten zu wenig Rechnung (AR, SG, TG).

Vermisst wird eine eingehendere Regelung des Verfahrens, wie z.B. bei der Scheidung bei Teileinigung (AR, SG, FSA, Uni ZH) oder des unstreitigen Verfahrens (LU, AVLU).

Die vorgenommene *Entflechtung* des geltenden Scheidungsrechts von verfahrensrechtlichen Bestimmungen wird als ungenau und unvollständig bezeichnet (z.B. BE, LU, OW, LPS, AVLU).

Die Einbindung der *Mediation* in familienrechtliche Streitigkeiten geht einigen Vernehmlassern zu wenig weit (SDM-FSM, Uni ZH). Es wird insbesondere gefordert, die geltende Regelung, wonach eine Mediatorin oder ein Mediator

weder als Zeuge noch als Auskunftsperson auftreten kann, beizubehalten (Grüne Partei, AVZH, FSA, SDM-FSM, SVM).

Kritisiert wird die Übernahme der geltenden Regelung (Art. 142 ZGB), wonach bei Uneinigkeit über die *Teilung der Austrittsleistungen* nach rechtskräftigem Entscheid über das Teilungsverhältnis zwingend eine Überweisung an das Sozialversicherungsgericht vorgesehen ist (z.B. AR, BL, BS, SG, OW, CVP). Mehrheitlich wird eine Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts nur noch in unklaren Fällen vorgeschlagen.

Vereinzelt wird die Schaffung von *Familiengerichten* gefordert (AR, Uni ZH, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

### 322.3 Eheschutzverfahren

Grossmehrheitlich wird die Zuweisung des Eheschutzverfahrens ins allgemeine summarische Verfahren als problematisch bezeichnet. Es bestehe die Gefahr, dass so den Bedürfnissen der Ehegatten, den Anliegen des sozialen Zivilprozesses und den Besonderheiten familienrechtlicher Auseinandersetzungen nicht mehr genügend Rechnung getragen werden könne. Der Zweck des Eheschutzes rufe nach einem möglichst informellen Verfahren, in dessen Mittelpunkt der direkte Kontakt mit den Ehegatten stehen müsse (vgl. z.B. Uni ZH).

### 323 Rechtsmittel

Das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem findet grundsätzliche Zustimmung. Nur vereinzelt wird für eine *Einheitsbeschwerde* nach dem Vorbild des Bundesgerichtsgesetzes eingetreten (z.B. SZ, TG). Sehr begrüsst wird das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem auch im Hinblick auf eine Vereinfachung des Verfahrens vor Bundesgericht (Bger).

Hervorzuheben sind im Übrigen folgende Einzelfragen:

- Von vielen Teilnehmern in Frage gestellt wird der *Rekurs* als selbständiges Rechtsmittel (z.B. GE, AVGE, FSA, LPS, Uni GE, Uni LA, Uni NE): Dessen Aufgaben könnten von der Appellation einerseits und der Beschwerde andererseits erfüllt werden. Mehrheitlich wird die Rekursfrist als zu kurz kritisiert.
- Häufig erhoben wird das Postulat einer Angleichung der verschiedenen *Rechtsmittelfristen* (z.B. BS, SO, FSA).
- Das Resultat zu den Varianten betreffend die Einlegung der *Appellation* (Art. 292 ff.) ist ausgeglichen: Für die strengere *Variante 1* treten namentlich ein AG, AR, BE, FR, GE, GL, GR, NW, OW, SG, SZ, TI, VS, ZG, LPS, ACSI, AVGE, AVZH, FER, FRC, OAFRI, suva, swissmem, Uni NE. Für die mildere *Variante 2* votieren BL, BS, JU, LU, NE, SH, SO, TG, ZH, CSP, Grüne Partei, AKBS, ASLOCA, AVLU, DJS/DJZ, FSA, KassZH, OGZH, SBV, Roche, Uni LA.
- Ebenfalls kontrovers ist das Resultat in Bezug auf das erforderliche *Gravamen* bei der Appellation (Art. 290). Dagegen sprechen sich namentlich NW, ACSI, ASI, DJS/DJZ, FRC, OAFRI sowie die suisa aus. Ausdrücklich begrüsst wird das Gravamen hingegen von LU, OW, SO, Grüne Partei (bei einer Reduktion des Streitwertes auf CHF 5'000), AKBS, AVLU, Roche, SBV.

- Kritisiert wird die *Begründungslast* bei den Rechtsmitteln, denn es wird eine verdeckte Einführung des sog. Rügeprinzips befürchtet (z.B. SO, SZ, AKBS, DJS/DJZ, Uni ZH).
- Kontrovers bleibt das vorgeschlagene *Novenrecht* vor der Rechtsmittelinstanz: Zu restriktiv empfinden es namentlich GL, LU, TG, AVLU, DJS/DJZ, SGB; ausdrückliche Zustimmung findet es hingegen bei AR, SH, TS.
- Vereinzelt wird die Integration auch der *betriebsrechtlichen Beschwerde* in die ZPO verlangt (OGZH, Uni ZH).

## 324 Vollstreckung

### 324.1 Vollstreckung von Entscheiden

Die Möglichkeit der *direkten Vollstreckung* (Art. 326) wird insbesondere von AR, SH und AKBS begrüsst.

Von verschiedenen Teilnehmern wird vorgebracht, dass die Feststellung über eine *bedingte oder von einer Gegenleistung abhängige Leistung* in jedem Fall vom Vollstreckungsgericht getroffen werden sollte. Artikel 331 Absatz 2 sei daher zu streichen (z.B. LU, AVLU, AVZH).

Die Vollstreckungsmassnahmen der *Ordnungsbusse* und des *Zwangsgeldes* (Art. 332) werden insbesondere von der Roche positiv aufgefasst, zum Teil als zu wenig detailliert geregelt angesehen (z.B. Uni LA, Uni NE) und namentlich von AKBS als heikel empfunden, weil kein Höchstbetrag vorgesehen ist. Zudem wird kritisiert, dass die *Kostenfrage* insbesondere bei den direkten Zwangsmassnahmen (Bst. d) und bei der Ersatzvornahme (Bst. e) nicht geregelt ist: Der Kläger solle die Kosten vorschliessen (z.B. AG, FR, LU, AVLU).

Die Wahlfreiheit der Partei, *Schadenersatz* verlangen zu können, wird als problematisch angesehen (z.B. LU). Zudem wird insbesondere von der Uni NE gefragt, was die Grundlage des Schadenersatzes sei. Namentlich von LU, AVLU und AVZH wird vorgebracht, dass der Entscheid über den Schadenersatz immer vom Vollstreckungsgericht gefällt werden sollte.

### 324.2 Vollstreckung öffentlicher Urkunden

Die Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde wird kontrovers beurteilt. Sie wird insbesondere von OW, SH, AKBS, AVLU, AVZH, SchKG-Vereinigung und VSGV begrüsst. Andere äussern sich skeptisch bis ablehnend (z.B. AG, LU, SO, Grüne Partei). Vor allem VS, Uni LA und Uni NE setzen sich deutlich für eine Streichung der betreffenden Artikel 337-343 ein.

Inhaltlich wird zudem insbesondere Folgendes vorgebracht:

- Der Vorschlag bringe eine ungerechtfertigte *Bevorzugung* öffentlicher Urkunden gegenüber Urteilen (z.B. SZ, AKBS, KBK, SchKG-Vereinigung).
- Auf die Erteilung der *Vollstreckungsklausel* durch die Urkundsperson könne verzichtet werden: Sie begründe eine unnötige Doppelspurigkeit des Verfahrens (z.B. SchKG-Vereinigung, Uni BE).
- Die Urkundsperson soll lediglich die *formellen Voraussetzungen* der Vollstreckbarkeit prüfen dürfen: Buchstabe b von Artikel 339 Absatz 1 sei daher zu streichen (z.B. LU, AVLU, AVZH).

- Andererseits wird die zusätzliche Einschaltung eines *Vollstreckungsgerichts* kritisiert (z.B. *economiesuisse*, *SwissBanking*).
- Die Vollstreckungsklausel sollte auch gegenüber einem *Rechtsnachfolger* ausgestellt werden können (z.B. GR, AKBS, SNV).

### 325 Aussergerichtliche Streitbeilegung (Mediation)

Die zur Frage der Regelung der aussergerichtlichen Streitbeilegung eingegangenen Vernehmlassungen sind sehr unterschiedlich ausgefallen. Neben der Begrüssung einer nicht einlässlicheren Regelung der Mediation (BE, Uni BE), wird einerseits grundsätzlich bedauert, dass der Mediation zu wenig Bedeutung zugemessen wird (TI, SNV). Andererseits werden detaillierte Normtexte (SDM-FSM, SVM) bzw. gar ein Vorschlag eines in der ZPO zu regelnden eigenständigen 4. Teils "Mediation in Zivil- und Handelssachen" unterbreitet (CBL-GE, abgestützt auf das Gesetzgebungsprojekt zur Änderung der Zivilprozessordnung des Kantons Genf, *Médiation civile*; PL 8931).

Vorgeschlagen werden insbesondere die *Gleichstellung von Schlichtungsverfahren und Mediation* (BL, LU, DJS, FSA, kvs, SDM-FSM, SVM, Uni ZH) und die Umwandlung eines aussergerichtlichen Vergleichs durch gerichtliche Bekräftigung/Homologierung in einen gerichtlichen *Vergleich* (SVM, SDM-FSM, Uni ZH). Ausserdem soll es auch im Entscheidverfahren jederzeit möglich sein, auf Wunsch der Parteien eine Mediation durchzuführen (CBL-GE, SVM, SDM-FSM).

### 326 Schiedsgerichtsbarkeit

Die vorgeschlagene Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit wird allgemein begrüsst, insbesondere die Anknüpfung an das geltende *Konkordat* (z.B. AKBS, *economiesuisse*, FSA, ZSH). Das *UNCITRAL-Modellgesetz* wird nur vereinzelt als Vorbild empfohlen (Uni ZH).

Etliche Teilnehmer bedauern hingegen das Festhalten am Dualismus *nationale/internationale Schiedsgerichtsbarkeit* und befürworten eine einheitliche Regelung (z.B. BS, Uni LA, Uni ZH). Andere stimmen dem Dualismus ausdrücklich zu (ZHK).

Ein zentrales Anliegen vieler Teilnehmer ist die *Steigerung der Attraktivität* der Binnenschiedsgerichtsbarkeit: Entsprechend soll sie der internationalen weitestgehend angeglichen werden.

- Begrüssst wird daher der Vorschlag zur *Einrede der Verrechnung* sowie die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass *vorsorglicher Massnahmen* (z.B. BS, TI, AKBS, ASA, OGZH).
- Kritisiert hingegen wird der *doppelte Instanzenzug* gegen Schiedssprüche: Es genüge – wie bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – eine einzige Rechtsmittelstufe (AKBS, ASA, AVZH, Uni ZH); auf Ablehnung stösst auch die *Willkürbeschwerde* (ASA, AVZH, Uni ZH).

\*\*\*\*\*

### 3 Résumé des résultats de la consultation

#### 31 En général

##### 311 Appréciation générale de l'avant-projet

L'*unification de la procédure civile* a été unanimement saluée. Les cantons en particulier, malgré le fait qu'ils renoncent à une compétence significative, confirment que l'unification répond à un besoin très marqué. L'importance centrale d'un droit unifié pour la place économique suisse a également été soulignée (p.ex. economiesuisse). De même, l'adoption d'une *loi unifiant intégralement le droit de procédure* plutôt que d'une simple loi-cadre a été soutenue sans exception. Le *rythme* choisi a également été approuvé, même si des participants isolés mettent en garde contre un rythme de travail trop rapide avec les risques de superficialité qui y sont liés (Uni BE, FER, Uni ZH).

Les *caractéristiques formelles* de l'avant-projet ont fait l'objet d'une large approbation. Le langage précis et adapté à la pratique, la systématique, la concision tant dans la formulation que dans le nombre de dispositions furent relevés en particulier. Quelques participants ont demandé une réglementation plus détaillée, spécialement pour ce qui concerne le déroulement de la procédure et la *jurisdiction gracieuse* (Uni LA, OAFRI). Le projet a été qualifié de soigné, équilibré et abouti - de „projet réussi“ (UR) et „progrès véritable“ (ZHK) – par une grande majorité (par contre, critiques en général, l'UDC, Uni BE et Uni ZH).

Les *principes de fond* sont également approuvés par une grande majorité des participants à la consultation:

- Le maintien des *traditions cantonales de droit de procédure* avec des *innovations ponctuelles* a été salué. Ce concept conservateur n'a fait l'objet que de critiques ponctuelles (p.ex., AVGE, GE). En particulier, la renonciation à introduire une *action de groupe (class action)* sur le modèle du droit anglo-américain a été accueillie favorablement, par les milieux économiques (p.ex., economiesuisse, Swissbanking) mais pas uniquement (p.ex., BE, BS, SO, TI, PDC, Uni BE, Uni LA, ZHK). GE l'a par contre regretté. Le renforcement de l'*action des organisations*, proposé dans l'avant-projet, a également été majoritairement rejeté (p.ex. AG, BE, BL, SO, TG, AKBS, AVZH, economiesuisse, FSA, OAFRI, SchKG-Vereinigung, SVV, swissmem, Uni ZH); il a néanmoins été salué par AR, GE, JU, SH, TI, Les Verts, ACSI, DJZ, FRC, MV.
- L'intégration de la *loi sur les fors* sans modification pour l'essentiel a été approuvée (critique, p.ex. AVZH).
- La volonté de créer une *procédure efficace* a été approuvée (p.ex. ZHK). Plusieurs participants craignent cependant que le déroulement du procès ne se complique, en particulier par l'introduction d'une procédure de conciliation préalable (p.ex., AR, PLS, FRI) et la prédominance de l'écrit dans la procédure ordinaire (p. ex. BS, Uni ZH).
- L'intégration des normes de procédure du *droit matériel fédéral* dans la loi de procédure civile a également été approuvée.
- La réalisation d'un *procès civil social* est controversée. Les propositions qui y tendent ont d'une part été saluées (p. ex., Les Verts, Uni ZH), mais un

renforcement a d'autre part été rejeté, référence ayant été faite aux coûts que cela génère (p.ex. AI, economiesuisse, ZHK; voir également ci-dessous 313).

- Les participants à la consultation accordent une grande importance à la *coordination avec la loi sur le Tribunal fédéral* (p.ex. TF ad art. 286).

### 312 Organisation judiciaire

Le maintien de la compétence cantonale en matière d'*organisation judiciaire* n'a été regretté que manière isolée (OAFRI). Les cantons l'ont unanimement salué et encouragé.

L'introduction de *juridictions spéciales*, pour les questions de droit de la famille par exemple, n'a été demandée que de manière isolée (p.ex., Uni ZH). La proposition de soumettre les décisions d'un *tribunal de commerce* à un recours cantonal également a fait l'objet d'une critique très nette (ainsi, tous les cantons dotés d'un tribunal de commerce, AG, BE, SG, ZH; voir par ailleurs AVZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). La composition paritaire des *autorités de conciliation* a été critiquée par une majorité – elle ne s'est pas révélée utile, elle est trop lourde et coûteuse.

### 313 Frais judiciaires

Le soucis des cantons face à d'éventuels coûts supplémentaires de la justice transparaît comme un fil rouge à travers toute la consultation. La *neutralité du coût* de l'unification constitue pour eux une exigence vitale (voir p.ex. BL, BS, GL, NE, VS):

- La variante donnant à la Confédération la compétence de fixer le *tarif des frais judiciaires* a été rejetée par une nette majorité (en faveur d'une telle solution néanmoins AR, NW, SH, TI, FSA, MV, SVAMV, Uni ZH). Le système des *forfaits* a par contre été accueilli favorablement par l'ensemble des participants (p.ex. AKBS, AVZH).
- L'*obligation* générale faite au demandeur d'effectuer une *avance des frais* a été majoritairement approuvée (critiques p.ex. de DJS, KassZH), mais la limite à la moitié des frais présumés a été rejetée (voir avant tout les avis des cantons, ainsi que Les Verts, PDC, AKBS).
- Les participants à la consultation ont majoritairement refusé que le *risque d'encaissement* des frais judiciaires soit à la charge de l'Etat (voir les avis des cantons; favorables, p.ex. AKBS, AVLU).
- L'extension de la *procédure gratuite* en droit du travail et en droit du bail a été rejetée en majorité (voir les avis des cantons). Une telle extension n'a été demandée que de manière ponctuelle: ainsi, la gratuité de la procédure de conciliation dans les litiges de consommation (ACSI, FRC, Les Verts) et une procédure au fond gratuite en première instance pour les affaires de droit du bail (MV).
- Le renforcement proposé de l'*assistance judiciaire gratuite* est controversé: la possibilité de se faire assister gratuitement d'un défenseur déjà *avant* une procédure *judiciaire* a été majoritairement bien accueillie (p.ex. AR, SG, Les Verts, AVZH; s'y opposent en particulier quelques cantons). Les cantons

rejetent par contre unanimement la proposition de rémunérer le défenseur d'office au *plein tarif* (de même, SchKG-Vereinigung, Uni LA). Quelques participants ont critiqué l'exclusion expresse de l'assistance judiciaire gratuite pour les *personnes morales* (p.ex. BE, LU, Les Verts, AKBS, AVLU, economiesuisse, swissmem). Le délai de péremption de 5 ans pour la *prétention en remboursement* du canton a également suscité des oppositions - un délai de dix ans devrait être prévu.

- En raison de ses conséquences financières, la proposition d'une *motivation obligatoire de la décision* a également été rejetée (p.ex. AG, BS, BL).

## 32 Thèmes particuliers

### 321 La procédure ordinaire

#### 321.1 Procédure de conciliation

Le *principe de la procédure de conciliation préalable* (art. 191) est controversé: GL, JU et LU y sont en particulier favorables, Uni NE et Roche s'y opposent. Le déroulement de la procédure est adéquat et satisfaisant pour certains (p.ex. ZH, Uni LA), trop compliqué, impraticable ou insatisfaisant pour d'autres (p.ex. NE, PLS, CBL-GE, FRI). La séparation en une procédure de conciliation et une procédure au fond a été considérée en partie comme trop coûteuse (p.ex. AR, SH, TG). Que l'autorité de conciliation soit une autorité judiciaire a été approuvé par certains (p.ex. ASLOCA, MV) mais rejeté par d'autres (p.ex. BS, ZG, MietZG).

La possibilité de renoncer à la procédure de conciliation a donné lieu à des avis divergents. Elle est accueillie favorablement en particulier par AVGE, DJS et Uni LA et rejetée par SZ et ZH. La procédure de conciliation obligatoire pour les litiges soumis à la *procédure simplifiée* a fait l'objet de nombreuses critiques (p.ex. AG, BE, TG, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni LA, Uni NE; d'un avis contraire, AVZH).

La possibilité d'effectuer un *échange d'écritures* avant l'audience de conciliation a été demandée de manière répétée (p.ex. BE, BS, SchAG, SchZH, SKDE, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

La confusion entre la procédure de conciliation et la procédure au fond, qu'il est nécessaire de séparer, engendrée par la *proposition de jugement* et la possibilité de *procéder au fond* a été critiquée (p.ex. CBL-GE, SB-NW, Uni ZH).

- La proposition de jugement est ainsi rejetée par VS, CBL-GE, CVAM et FRI. Elle est à l'inverse saluée comme un instrument moderne de règlement des litiges (p.ex. ZH, DJZ, HEV) et demandée pour les litiges patrimoniaux ordinaires à concurrence d'une valeur litigieuse maximale (p.ex. FRStZH, FR-Verband).
- La possibilité de procéder au fond donnée à l'autorité de conciliation a été accueillie favorablement par LU, SZ, AVLU und AVZH en particulier.

#### 321.2 Procédure au fond

La *sévérité de la procédure* a été critiquée dans son principe (BE). Dans ce contexte, la majorité s'oppose en particulier au double *échange d'écritures* (p.ex. BE, GE, GL, SO, AKBS, Uni GE, Uni ZH, VberGerichtsschreiber).

Le régime des *novas* a été considéré comme trop restrictif (p.ex. BE, LU, ZH, AVLU): les *novas* devraient pouvoir être produites jusqu'à la première plaidoirie à l'audience principale (JU). Les avis sur la variante proposée à l'article 215 (admissibilité plus large de faits nouveaux dont la preuve par titre peut être apportée immédiatement) sont partagés: y sont favorables p.ex. BE, TG, ZH, Les Verts, AVZH, DJS, DJZ, KassZH, OGZH, s'y opposent par contre p.ex. AG, AR, BL, BS, NW, OW, SH, SO, ZG, PDC, AKBS, economiesuisse, FSA, Roche.

La réglementation proposée sur l'*ordonnance de preuves* (art. 218 s.) a été critiquée pour son manque de clarté et sa lourdeur (p.ex. AR, BE, FR, SH). De plus, il a été relevé que la détermination de la charge de l'administration des preuves et des faits à prouver, ainsi que la désignation des moyens de preuve sont de la responsabilité des parties. L'idée d'une ordonnance de preuves spéciale a par conséquent été rejetée (p.ex. LU, VS, Les Verts), la suppression de l'article 219 (ordonnance de preuves qualifiée) ayant été en particulier exigée à cet égard (p.ex. AG, BE, Uni BE). La réglementation proposée a par contre été saluée par GL et ZG.

### 321.3 Mesures provisionnelles et mémoire préventif

D'un *point de vue procédural*, il a clairement été requis que la vraisemblance de la prétention et l'urgence figurent expressément dans le texte de loi comme conditions d'une mesure provisionnelle (p.ex. AG, BS, SZ, AKBS, AVZH, GGD ZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). La relation aux mesures de la LP visant à la constitution de sûretés devrait également être réglée expressément (p.ex. LU, GGD, ZH, AVLU, SchKG-Vereinigung).

Du *point de vue du fond*, on a mis en avant que la question de la garantie d'une dette pécuniaire n'a pas été résolue. Deux alternatives principales se présentent dès lors selon l'AKBS: a) la possibilité d'ordonner le versement d'une somme d'argent dans le cadre d'une mesure provisionnelle b) l'*exécution anticipée* des décisions. La variante a) est écartée par l'AKBS mais soutenue par la FSA et l'Uni LA. La variante b) est soutenue en particulier par l'AKBS et la SchKG-Vereinigung. L'AKBS et Les Verts proposent enfin qu'un ordre judiciaire puisse également être intimé à des tiers participant au procès, et non pas uniquement à une autorité qui tient un registre.

L'introduction d'un *mémoire préventif* a été accueillie favorablement (p.ex. SH, SO, economiesuisse, FSA, Roche). La majorité estime cependant que la loi doit régler la question de la notification du mémoire à la partie adverse potentielle (p.ex. AR, SG, Les Verts, Uni NE), dans un sens positif (p.ex. OGZH) ou négatif (p.ex. SH).

## 322 Procédures spéciales

### 322.1 Procédure simplifiée

La mise à disposition de *formulaire*s pour les actes des parties a fait en partie l'objet de critiques (favorables: ZG, FRC, Uni BE). La crainte a été exprimée qu'ils constituent un handicap pour les personnes ne disposant pas de connaissances juridiques (BS, OGZH, Uni ZH) ou, combinés à un régime des *novas* restrictif, qu'ils ne fassent que piéger la partie qui procède sans défenseur (LU, OAFRI, Uni NE). Des doutes sérieux ont par ailleurs été exprimés sur l'efficacité

des formulaires (AR, SH, TG, DJS, FSA, Uni LA, Uni ZH) et la compétence donnée au Conseil fédéral pour les préparer (FSA, Uni LA, HUW).

Concernant le *déroulement de la procédure simplifiée*, les avis sont très différents: certains participants se déclarent favorables à une procédure orale en principe (SO, ZH, OGZH, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni ZH). Un deuxième échange d'écritures a d'autre part été proposé dans les cas complexes (AG, BE, LU, NW, VS, santésuisse). D'autres critiques générales visaient les exigences posées pour les actes, considérées comme trop sévères (BS, PDC, DJS), et la réglementation de la procédure, trop imprécise (AR, NE, SH, Les Verts, GGD ZH, Uni NE, Uni ZH). La réglementation des délais qui est proposée pour l'introduction de la réponse a également été critiquée pour sa sévérité (LU, ZH, AVLU, AVZH, DJS, DJZ, Uni NE, HUW).

Si la mise à disposition de formulaires était maintenue, l'application de la *maxime inquisitoire* aux litiges de consommation (ACSI, FRC, Uni ZH) ou à tous les domaines soumis à la procédure simplifiée (ZG) a été proposée.

Le *régime des novas* est par ailleurs controversé: l'adoption d'une réglementation identique à la procédure ordinaire (AG, BE, ZH, AVZH, OAFRI) ou l'admission de novas jusqu'à la fin de la procédure probatoire (VS, Les Verts) ont été proposées.

Une majorité de participants a enfin demandé que soient adaptées les différentes *valeurs litigieuses* du champ d'application: La valeur litigieuse maximale pour les litiges patrimoniaux devrait ainsi être élevée à 30'000 francs au moins (BS, SO, ACSI, AKBS, DJS, FSA, Uni ZH). De même, une valeur litigieuse maximale de 30'000 francs devrait être prévue pour les litiges de droit du travail (LU, ZG, AVLU, AVZH, economiesuisse, SchKG-Vereinigung, Uni LA).

### 322.2 Procédure de divorce

La simple *reprise* des dispositions de procédure du droit du divorce actuel a fait l'objet de critiques multiples. D'une part, un besoin de légiférer subsiste (p.ex. NE, LU, AVLU, FSA, SK der Gleichstellungsbeauftragten), d'autre part les problèmes pratiques sont à examiner (AR, SG).

Ce sont particulièrement les cantons qui connaissent le "procès inquisitoire" pour les litiges de droit de la famille qui se sont opposés à l'application de principe de la *procédure ordinaire* en matière de divorce. Ils font valoir que l'avant-projet ne tient pas assez compte des particularités des litiges de droit de la famille (AR, SG, TG).

L'absence d'une réglementation plus détaillée de la procédure a été regrettée, comme p.ex. en cas d'accord partiel (AR, SG, FSA, Uni ZH) ou concernant la procédure non contentieuse (LU, AVLU).

L'*épurement* du droit du divorce actuel de ses dispositions de procédure tel qu'effectué a été qualifié d'imprécis et incomplet (p.ex. BE, LU, OW, PLS, AVLU).

La *médiation* n'a été qu'insuffisamment intégrée dans les litiges de droit de la famille, selon quelques participants à la consultation (SDM-FSM, Uni ZH). Le maintien de la disposition actuelle autorisant le médiateur de ne pas témoigner ou donner des renseignements a été requis (Les Verts, AVZH, FSA, SDM-FSM, SVM).

La reprise de la réglementation en vigueur (art. 142 CC), prévoyant, en l'absence de convention sur le *partage des prestations de sortie*, le transfert d'office au tribunal compétent en matière d'assurances sociales après l'entrée en force de la décision sur le partage a été critiquée (p.ex. AR, BL, BS, SG, OW, PDC). Une majorité propose de limiter la compétence du tribunal des assurances sociales au cas peu clairs.

La création de *tribunaux spéciaux de droit de la famille* n'a été requise que de manière isolée (AR, Uni ZH, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

### 322.3 Procédure en matière de protection de l'union conjugale

L'application de la procédure sommaire ordinaire aux mesures protectrices de l'union conjugale a été jugée comme problématique par la grande majorité des participants. Le risque existe que les besoins des époux, l'exigence d'un procès civil social et les particularités des litiges de droit de la famille ne soient plus suffisamment pris en compte. Le but de la protection de l'union conjugale requiert une procédure aussi informelle que possible, au centre de laquelle doit se trouver le contact avec les époux (voir p.ex. Uni ZH).

### 323 Recours

Le système des recours proposé a été approuvé dans son principe. Ce n'est que de manière isolée qu'un *recours unifié* sur le modèle de la loi sur le Tribunal fédéral a été défendu (p.ex. SZ, TG). Le système des recours proposé a également reçu une forte approbation du point de vue de la simplification de la procédure devant le Tribunal fédéral (TF).

Les points particuliers suivants sont par ailleurs à relever:

- De nombreux participants remettent en question l'*appel simplifié* en tant que recours indépendant (p.ex. GE, PLS, AVGE, FSA, Uni GE, Uni LA, Uni NE): sa fonction peut être remplie par l'appel d'une part et le recours limité au droit d'autre part. Le délai de recours a été majoritairement critiqué pour sa brièveté.
- L'unification des différents *délais de recours* a été fréquemment demandée (p.ex. BS, SO, FSA).
- Les variantes concernant l'introduction de l'*appel* (art. 292 ss) reçoivent un soutien égal: La *variante 1*, plus sévère, reçoit l'approbation en particulier de AG, AR, BE, FR, GE, GL, GR, NW, OW, SG, SZ, TI, VS, ZG, PLS, ACSI, AVGE, AVZH, FER, FRC, OAFRI, suva, swissmem, Uni NE. La *variante 2*, plus souple, reçoit les suffrages de BL, BS, JU, LU, NE, SH, SO, TG, ZH, PCS, Les Verts, AKBS, ASLOCA, AVLU, DJS/DJZ, FSA, KassZH, OGZH, SBV, Roche, Uni LA.
- Le résultat concernant le calcul de la valeur litigieuse en cas d'appel selon la méthode de la *différence* (art. 290) est également controversé. Y sont opposés en particulier NW, ACSI, ASI, DJS/DJZ, FRC, OAFRI ainsi que suisa. La méthode de la différence est par contre expressément saluée par LU, OW, SO, Les Verts (si la valeur litigieuse est réduite à 5'000 francs), AKBS, AVLU, Roche, SBV.

- L'*obligation de motiver* en matière de recours a été critiquée en raison de la crainte de voir ainsi le principe d'allégation introduit de manière camouflée (p.ex. SO, SZ, AKBS, DJS/DJZ, Uni ZH).
- Le *régime des novas* proposé pour l'instance de recours est controversé: le trouvent en particulier trop strict GL, LU, TG, AVLU, DJS/DJZ, SGB; il fait l'objet d'une approbation expresse de la part de AR, SH, TS.
- Des voix isolées ont requis l'intégration dans la PCS de la *plainte en matière de poursuites et faillites* (OGZH, Uni ZH).

## 324 Exécution

### 324.1 Exécution des décisions

L'*exécution directe* (art. 326) a été saluée en particulier par AR, SH et AKBS.

Plusieurs participants ont relevé que le tribunal d'exécution effectue dans tous les cas la constatation relative à une *prestation conditionnelle ou subordonnée à contre-prestation*. L'article 331 alinéa 2 devrait donc être biffé (p.ex. LU, AVLU, AVZH).

L'*amende d'ordre* et l'*astreinte*, comme mesures d'exécution (art. 332), ont été accueillies favorablement par Roche en particulier, en partie jugées comme faisant l'objet d'une réglementation trop peu détaillée (p.ex. Uni LA, Uni NE) et considérées comme problématiques, par l'AKBS surtout, car aucun montant maximum n'est prévu. L'absence de réglementation concernant les *frais* a par ailleurs été critiquée, spécialement pour ce qui est des mesures de contrainte directe (let. d) et des mesures de substitution (let. e): le demandeur devrait faire l'avance des frais (p.ex. AG, FR, LU, AVLU).

L'alternative qu'a la partie de demander des *dommages-intérêts* a été considérée comme problématique (p.ex. LU). Uni NE en particulier s'est interrogé sur le fondement de tels dommages-intérêts. LU, AVLU et AVZH surtout ont estimé que la décision concernant les dommages-intérêts doit être de la compétence du tribunal d'exécution.

### 324.2 Exécution de titres authentiques

L'introduction de titres authentiques exécutoires est controversée. OW, SH, AKBS, AVLU, AVZH, SchKG-Vereinigung et VSGV en particulier l'ont accueillie favorablement. D'autres sont sceptiques ou y sont opposés (p.ex. AG, LU, SO, Les Verts). Ce sont avant tout VS, Uni LA et Uni NE qui optent clairement pour la suppression des articles 337-343.

Les points de fond suivants ont par ailleurs été relevés plus particulièrement:

- Le régime proposé *favorise* indûment les titres authentiques par rapport aux jugements (p.ex. SZ, AKBS, KBK, SchKG-Vereinigung).
- La délivrance de la *clause d'exécution* par l'officier public peut être abandonnée: la procédure s'en trouve dédoublée inutilement (p.ex. SchKG-Vereinigung, Uni BE).
- L'officier public ne devrait être habilité qu'à examiner les *conditions formelles* du caractère exécutoire: la lettre b de l'article 339 alinéa 1 devrait de ce fait être biffée (p.ex. LU, AVLU, AVZH).

- L'intervention additionnelle d'un *tribunal d'exécution* a d'autre part été critiquée (p.ex. economiesuisse, SwissBanking).
- La clause d'exécution devrait également pouvoir être délivrée à l'encontre d'un *héritier* (p.ex. GR, AKBS, SNV).

### 325 Résolution extrajudiciaire des litiges (médiation)

Les avis exprimés concernant la réglementation de la résolution extrajudiciaire des litiges sont très divers. A côté de l'approbation qu'a rencontrée l'absence de réglementation détaillée de la médiation (BE, Uni BE), des participants ont d'une part fondamentalement regretté le peu d'importance accordé à la médiation (TI, SNV). D'autre part, des textes de loi détaillés (SDM-FSM, SVM) ont été soumis et même un projet de 4<sup>e</sup> partie indépendante intitulée "Médiation civile et commerciale" à intégrer dans la PCS (CBL-GE, se fondant sur un projet de loi modifiant la loi de procédure civile genevoise (E 3 05) (Médiation civile); PL 8931).

Il a en particulier été proposé de prévoir l'*équivalence entre procédure de conciliation et médiation* (BL, LU, DJS, FSA, kvs, SDM-FSM, SVM, Uni ZH) et de permettre la transformation d'une transaction extrajudiciaire en une *transaction judiciaire* par homologation/validation par le tribunal (SVM, SDM-FSM, Uni ZH). Il devrait également être possible de procéder à une médiation en tout temps durant la procédure au fond, sur demande des parties (CBL-GE, SVM, SDM-FSM).

### 326 Arbitrage

La réglementation proposée de l'arbitrage a été saluée de manière générale, tout particulièrement le fait qu'elle se base sur le *concordat* en vigueur (p.ex. AKBS, economiesuisse, FSA, ZSH). La *loi type de la CNUDCI* n'a été proposée comme modèle que de manière isolée (Uni ZH).

Quelques participants regrettent cependant le maintien de la séparation arbitrage *national/international*, privilégiant une réglementation unifiée (p.ex. BS, Uni LA, Uni ZH). D'autres approuvent expressément cette dualité (ZHK).

*Augmenter l'attractivité* de l'arbitrage national constitue la requête principale de nombreux participants: il doit de ce fait être réglé dans la plus grande mesure possible comme l'arbitrage international.

- L'introduction de l'*exception de compensation* et la compétence du tribunal arbitral d'ordonner des *mesures provisionnelles* ont de ce fait été saluées (p.ex. BS, TI, AKBS, ASA, OGZH).
- Le *double degré de recours* contre les sentences arbitrales a par contre été critiqué: un seul degré de recours est suffisant - comme dans l'arbitrage international (AKBS, ASA, AVZH, Uni ZH); l'*arbitraire comme motif de recours* n'a également pas été accueilli favorablement (ASA, AVZH, Uni ZH).

\*\*\*\*\*

### 3 Riassunto dei risultati della procedura di consultazione

#### 31 In generale

##### 311 Valutazione generale dell'avamprogetto

*L'unificazione della procedura civile* è stata accolta all'unanimità. Nonostante debbano rinunciare a un'importante competenza, sono stati soprattutto i Cantoni a ribadire la necessità di un'unificazione. Si sottolinea l'importanza capitale dell'unificazione del diritto per la piazza economica svizzera (ad es. economie-suisse). Tutte le cerchie consultate preferiscono quindi la creazione di una *procedura civile unitaria integrale* in luogo e vece di una semplice legge quadro di diritto federale. La maggioranza dei partecipanti alla consultazione si dice d'accordo sul ritmo di lavoro adottato per la realizzazione del progetto; alcuni, tuttavia, raccomandano di non procedere troppo in fretta per evitare di scadere nella superficialità (Uni BE, FER, Uni ZH).

*L'aspetto formale* dell'avamprogetto raccoglie un ampio consenso. Particolarmente apprezzati sono la lingua pertinente e vicina alla prassi, l'assetto sistematico, così come la concisione delle norme. Alcuni organismi consultati chiedono regolamentazioni più precise, segnatamente a riguardo dello svolgimento concreto della procedura o della *volontaria giurisdizione* (Uni LA, OAFRI). Ciononostante, la maggior parte dei partecipanti alla consultazione è dell'avviso che l'avamprogetto rappresenti un lavoro accurato e ponderato – un „progetto riuscito“ (UR) e un „vero progresso“ (ZHK; per contro, sono critici UDC, Uni BE e Uni ZH).

La maggior parte delle cerchie consultate si dice d'accordo sulle *linee direttive materiali* del progetto:

- il proseguimento della *tradizione della procedura civile cantonale* con l'apporto di *innovazioni puntuali* è accolto favorevolmente. Soltanto alcune parti criticano questa concezione conservativa (ad es. AVGE, GE). In particolare, la rinuncia all'introduzione di *un'azione di gruppo* (class action) sviluppata nel diritto anglosassone è accolta non soltanto dal mondo economico (ad es. economie-suisse, Swissbanking), bensì anche da altri partecipanti (ad es. BE, BS, SO, TI, PPD, Uni BE, Uni LA, ZHK). GE deplora tale rinuncia. La maggioranza disapprova anche la proposta di estendere *l'azione collettiva* (ad es. AG, BE, BL, SO, TG, AKBS, AVZH, economie-suisse, FSA, OAFRI, SchKG-Vereinigung, SVV, swissmem, Uni ZH); l'accolgono invece AR, GE, JU, SH, TI, I Verdi, ACSI, DJZ, FRC, MV;
- l'integrazione della *legge sul foro*, il cui contenuto resta sostanzialmente invariato è approvata (suscita le critiche ed es. di AVZH);
- è riconosciuto lo sforzo profuso per raggiungere un *assetto efficace* della procedura (ad es. ZHK). Tuttavia, alcuni partecipanti temono che i processi diventino più complicati, segnatamente a motivo della procedura di conciliazione che precede quella decisionale (ad es. AR, PLS, FRI) e della predominanza della forma scritta nella procedura ordinaria (ad es. BS, Uni ZH);
- è salutata la trasposizione nel Codice di procedura civile di norme di diritto processuale del *diritto federale materiale*;

- alcuni partecipanti approvano le proposte relative alla controversa questione del *processo civile a carattere sociale* (ad es. I Verdi, Uni ZH). Altri respingono la regolamentazione di tale processo, perché comporterebbe dei costi eccessivi (ad es. AI, economiesuisse, ZHK; cfr. 313);
- le cerchie consultate accordano particolare importanza al *coordinamento con la legge sul Tribunale federale* (ad es. TF sull'art. 286).

### 312 Organizzazione giudiziaria

Soltanto alcuni organismi deplorano il fatto che l'*organizzazione giudiziaria* resti di competenza dei Cantoni (OAFRI), i quali invece chiedono e accolgono tale competenza all'unanimità.

Alcune cerchie consultate richiedono l'introduzione di *tribunali speciali* come, ad esempio, i tribunali di famiglia (ad es. Uni ZH). È stata esplicitamente criticata la proposta di poter impugnare le decisioni di un *tribunale di commercio* anche a livello intracantonale (tutti i Cantoni con un tribunale di commercio AG, BE, SG, ZH; cfr. anche AVZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). La maggior parte delle cerchie consultate critica altresì l'esigenza di una base paritetica per le *autorità di conciliazione*, perché, oltre a non essersi affermata nella prassi, tale base sarebbe anche troppo onerosa e dispendiosa.

### 313 Spese giudiziarie

La preoccupazione dei Cantoni relativa agli eventuali oneri supplementari della giustizia si è fatta sentire durante tutta la consultazione. La *neutralità dei costi* dell'unificazione rappresenta un argomento d'importanza capitale per i Cantoni (cfr. ad es. BL, BS, GL, NE, VS):

- la stragrande maggioranza dei partecipanti respinge la variante secondo cui la Confederazione dovrebbe emanare le *tariffe* (a favore di una competenza federale sono AR, NW, SH, TI, FSA, MV, SVAMV, Uni ZH). Per contro, la proposta del sistema degli importi forfettari raccoglie un ampio consenso (ad es. AKBS, AVZH);
- la maggioranza si esprime in favore *dell'obbligo di chiedere anticipazioni* alla parte attrice (sono critici ad es. DJS, KassZH), ma disapprova un'anticipazione limitata alla metà delle spese processuali presumibili (cfr. soprattutto i pareri dei Cantoni; I Verdi, PPD, AKBS);
- la maggioranza respinge la proposta di far assumere allo Stato il *rischio d'incasso* delle spese giudiziarie (cfr. i pareri dei Cantoni; favorevoli ad es. AKBS, AVLU);
- la maggioranza respinge l'estensione della *procedura gratuita* nell'ambito del diritto della locazione e del lavoro (cfr. i pareri dei Cantoni). I fautori dell'estensione chiedono una procedura di conciliazione gratuita per le controversie che riguardano i consumatori (ACSI, FRC, I Verdi) e una procedura decisionale di prima istanza gratuita anche in materia di locazione (MV);
- la proposta di estendere l'*assistenza giudiziaria gratuita* è controversa. La maggioranza accoglie favorevolmente la possibilità di concedere un gratuito patrocinio *già prima* di una procedura giudiziaria (ad es. AR, SG, I Verdi, AVZH; proposta respinta soprattutto dai singoli Cantoni). Tutti i Cantoni si

dicono tuttavia contrari alla proposta di rimborsare la *tariffa intera* per il gratuito patrocinio (anche SchKG-Vereinigung, Uni LA). Alcuni partecipanti criticano il fatto che l'assistenza giudiziaria gratuita per le *persone giuridiche* sia esplicitamente esclusa (ad es. BE, LU, I Verdi, AKBS, AVLU, economiesuisse, swissmem). Il termine di perenzione di cinque anni per la *pre-tesa* del Cantone è respinto. Si propone un termine di dieci anni;

- sempre per aspetti riguardanti le spese è stata parimenti respinta la proposta della *forma scritta della motivazione* (z.B. AG, BS, BL).

## **32 Questioni particolari**

### 321 La procedura ordinaria

#### 321.1 Procedura di conciliazione

Il *principio di una procedura di conciliazione preventiva* (art. 191) è controverso. Lo approvano, in particolare, GL, JU e LU, lo respingono, invece, Uni NE e Roche. Da un lato, lo svolgimento della procedura è giudicato ragionevole e soddisfacente (ad es. ZH, Uni LA); dall'altro, è ritenuto troppo complicato, non applicabile o insoddisfacente (ad es. NE, PLS, CBL-GE, FRI). Alcune parti ritengono che la suddivisione in procedura di conciliazione e procedura decisionale sia troppo dispendiosa (ad es. AR, SH, TG). Alcuni partecipanti alla consultazione accolgono favorevolmente la proposta di fare dell'autorità di conciliazione un'istanza giudiziaria (ad es. ASLOCA, MV), altri la respingono (ad es. BS, ZG, MietZG).

AVGE, DJS e Uni LA sono favorevoli alla possibilità di rinunciare alla procedura di conciliazione, SZ e ZH, per contro, la respingono. Suscita le critiche di numerosi partecipanti l'obbligatorietà della procedura di conciliazione in caso di controversie che devono essere giudicate secondo la *procedura semplificata* (ad es. AG, BE, TG, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni LA, Uni NE; AVZH non è dello stesso parere).

A più riprese è stato chiesto di prevedere la possibilità di introdurre lo *scambio di scritti* prima dell'udienza di conciliazione (ad es. BE, BS, SchAG, SchZH, SKDE, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

È criticato il fatto che la *proposta di giudizio* e la *possibilità di decidere* non permettano di stabilire chiaramente la necessaria separazione tra conciliazione e procedimento giudiziario (ad es. CBL-GE, SB-NW, Uni ZH).

- VS, CBL-GE, CVAM e FRI respingono la proposta di giudizio. Altri (ad es. da ZH, DJZ, HEV) l'approvano perché rappresenterebbe uno strumento moderno per dirimere le liti. Fino a un determinato ammontare del valore litigioso, la proposta di giudizio è chiesta anche per le controversie patrimoniali ordinarie (ad es. FRStZH, FR-Verband).
- a favore della possibilità decisionale diretta dell'autorità di conciliazione si esprimono segnatamente LU, SZ, AVLU e AVZH.

## 321.2 Procedura decisionale

Il *rigore della procedura* suscita critiche di principio (BE). La maggioranza dei partecipanti si oppone, in particolare, alla doppia *forma scritta* (ad es. BE, GE, GL, SO, AKBS, Uni GE, Uni ZH, VberGerichtsschreiber).

Il *diritto ai nova* è ritenuto troppo restrittivo (ad es. BE, LU, ZH, AVLU). I nova dovrebbero poter essere presi in considerazione fino alle prime arringhe in sede di dibattimento (JU). Le opinioni sulla variante proposta per l'articolo 215 (estensione del diritto di avvalersi di nova, che possono essere provati subito mediante documenti) sono divergenti: la salutano, ad esempio, BE, TG, ZH, I Verdi, AVZH, DJS, DJZ, KassZH, OGZH; la disapprovano, ad esempio, AG, AR, BL, BS, NW, OW, SH, SO, ZG, PPD, AKBS, economiesuisse, FSA, Roche.

La proposta regolamentazione della *disposizione in materia di prove* (art. 218 f.) è ritenuta poco chiara e onerosa (ad es. AR, BE, FR, SH). Spetterebbe quindi alle parti riconoscere l'onere della prova e le prove rilevanti, nonché determinare i mezzi di prova giusti. Di conseguenza, sono respinte diverse disposizioni in materia di prove (ad es. LU, VS, Grüne Partei) e, in particolare, è chiesta (ad es. AG, BE, Uni BE) la cancellazione dell'articolo 219 (decisione qualificata in materia di prove). GL e ZG, invece, dichiarano di accettare la regolamentazione proposta.

## 321.3 Misure provvisionali e memoria difensiva

Dal punto di vista del *diritto procedurale* è stata avanzata la chiara richiesta secondo cui il testo di legge deve contemplare esplicitamente le condizioni per l'adozione di una misura provvisoria, ovvero l'urgenza e la verosimiglianza della pretesa (ad es. AG, BS, SZ, AKBS, AVZH, GGD ZH, OGZH, Uni BE, Uni ZH). È altresì chiesta l'esplicita regolamentazione del rapporto con le misure cautelari ai sensi della LEF (ad es. LU, GGD, ZH, AVLU, SchKG-Vereinigung).

Nell'ottica del *diritto materiale* si sottolinea che non è stata risolta la questione dell'adozione tempestiva di provvedimenti cautelari relativi a pretese pecuniarie contenziose. AKBS propone due possibili soluzioni: la prima prevede la possibilità di aggiudicare una prestazione in denaro nel quadro di una misura provvisoria; la seconda prende in considerazione l'*esecuzione provvisoria* dei giudizi. AKBS respinge la prima variante che, per contro, è sostenuta da FSA e Uni LA. A favore della seconda variante sono soprattutto AKBS e SchKG-Vereinigung. Infine AKBS e I Verdi chiedono la possibilità di impartire un'istruzione non soltanto alle autorità dei registri, ma anche a terzi partecipanti.

L'introduzione della *memoria difensiva* è accolta favorevolmente (ad es. SH, SO, economiesuisse, FSA, Roche). Tuttavia, la maggioranza dei partecipanti alla consultazione (ad es. AR, SG, I Verdi, Uni NE) chiede la regolamentazione della domanda se inoltrare (ad es. OGZH) o no (ad es. SH) la memoria difensiva alla potenziale controparte.

## 322 Procedure speciali

### 322.1 Procedura semplificata

Alcune cerchie consultate criticano i previsti *moduli* per l'inoltro degli atti scritti delle parti (ZG, FRC, Uni BE, per contro, li approvano). Temono che tali moduli siano troppo complicati da compilare per i non giuristi (BS, OGZH, Uni ZH) o

che i moduli e la limitazione del diritto di allegare i nova possano addirittura mettere in difficoltà le parti senza patrocinio (LU, OAFRI, Uni NE). Alcune parti formulano dubbi di principio a riguardo dell'idoneità dei moduli (AR, SH, TG, DJS, FSA, Uni LA, Uni ZH) e della competenza del Consiglio federale di procedere all'allestimento di tali moduli (FSA, Uni LA, HUW).

Per quanto riguarda *l'assetto della procedura semplificata* le cerchie consultate hanno espresso opinioni molto differenziate: alcune si esprimono a favore di un'udienza orale (SO, ZH, OGZH, DJS, SchKG-Vereinigung, Uni ZH). Altre chiedono la possibilità di effettuare un secondo scambio di scritti nei casi complicati (AG, BE, LU, NW, VS, santésuisse). I partecipanti ritengono che, di principio, le esigenze imposte a un atto scritto siano troppo alte (BS, PPD, DJS) e che il disciplinamento della procedura non sia preciso (AR, NE, SH, I Verdi, GGD ZH, Uni NE, Uni ZH). È inoltre criticata la severità dei termini (LU, ZH, AVLU, AVZH, DJS, DJZ, Uni NE, HUW).

Nel caso in cui fosse mantenuta la possibilità di adottare i moduli, si propone di estendere la *massima inquisitoria* alle controversie che riguardano i consumatori (ACSI, FRC, Uni ZH) o a tutti i settori della procedura semplificata (ZG).

Anche la regolamentazione del *diritto ai nova* è controversa. Alcune parti propongono di riprendere la regolamentazione adottata per la procedura ordinaria (AG, BE, ZH, AVZH, OAFRI) o di permettere l'allegazione di nova fino alla fine dell'istruzione probatoria (VS, I Verdi).

Infine, la maggioranza delle cerchie consultate chiede un adeguamento dei diversi *valori litigiosi* previsti nel campo d'applicazione. Il valore litigioso nelle controversie patrimoniali dovrebbe essere aumentato al minimo fino a CHF 30'000 (BS, SO, ACSI, AKBS, DJS, FSA, Uni ZH). D'altro canto il limite del valore litigioso nelle controversie derivanti da un contratto di lavoro dovrebbe essere pari a CHF 30'000 (LU, ZG, AVLU, AVZH, economiesuisse, SchKG-Vereinigung, Uni LA).

### 322.2 Procedura di divorzio

Diverse cerchie consultate criticano la mera *trasposizione* nella PCS delle disposizioni procedurali del diritto del divorzio in vigore. Da un lato, ritengono che s'imponga un ulteriore disciplinamento (z.B. NE, LU, AVLU, FSA, SK der Gleichstellungsbeauftragten), dall'altro, che sarebbe opportuno occuparsi dei problemi a livello pratico (AR, SG).

Soprattutto i Cantoni che conoscono il cosiddetto "processo istruttorio" nelle controversie del diritto di famiglia si oppongono all'applicabilità di principio della *procedura ordinaria* nei casi di divorzio. Essi sono dell'opinione che l'avamprogetto non tenga sufficientemente conto delle peculiarità delle questioni in materia di diritto di famiglia. (AR, SG, TG).

Si deplora l'assenza di una regolamentazione più approfondita della procedura, ad esempio nell'ambito del divorzio con accordo parziale (AR, SG, FSA, Uni ZH) o della procedura non litigiosa (LU, AVLU).

Il modo in cui il diritto del divorzio in vigore è stato *sgravato* da norme di natura processuale è ritenuto impreciso e incompleto (ad es. BE, LU, OW, PLS, AVLU).

Alcuni partecipanti ritengono che il coinvolgimento della *mediazione* nelle controversie che riguardano il diritto di famiglia non sia sufficiente (SDM-FSM, Uni ZH). In particolare, si chiede di mantenere la regolamentazione in vigore secondo la quale il mediatore non può presentarsi in veste di testimone o di persona chiamata a dare informazioni (I Verdi, AVZH, FSA, SDM-FSM, SVM).

È criticata la trasposizione della regolamentazione in vigore (art. 142 CC) secondo cui, in caso di mancata intesa sulla *ripartizione delle prestazioni d'uscita* e non appena la decisione sulle quote di ripartizione è passata in giudicato, è prevista la trasmissione obbligatoria al tribunale delle assicurazioni sociali (ad es. AR, BL, BS, SG, OW, PPD). La maggioranza propone di attribuire la competenza a detto tribunale soltanto nei casi poco chiari.

Alcune cerchie consultate chiedono l'istituzione di *tribunali di famiglia* (AR, Uni ZH, SK der Gleichstellungsbeauftragten).

### 322.3 Procedura di protezione dell'unione coniugale

La stragrande maggioranza considera problematica l'integrazione della procedura di protezione dell'unione coniugale nella procedura sommaria generale. Si correrebbe il rischio di non tenere più debitamente conto delle esigenze dei coniugi, delle finalità del processo civile sociale e delle specificità delle controversie in materia di diritto della famiglia. Lo scopo della procedura di protezione dell'unione coniugale richiederebbe una procedura il più informale possibile incentrata sul contatto diretto con i coniugi (cfr. ad es. Uni ZH).

### 323 Mezzi d'impugnazione

Il sistema dei mezzi d'impugnazione proposto ottiene un'approvazione di principio. Soltanto alcuni partecipanti sono a favore di un *ricorso in materia civile* secondo il modello della legge sul Tribunale federale (ad es. SZ, TG). Il sistema dei mezzi d'impugnazione proposto è accolto molto favorevolmente anche in vista dello snellimento della procedura dinanzi al Tribunale federale (TF).

Vanno inoltre sottolineate le seguenti questioni:

- molti partecipanti criticano il fatto che il *ricorso* venga considerato un mezzo d'impugnazione a sé stante (ad es. GE, PLS, AVGE, FSA, Uni GE, Uni LA, Uni NE). Ritengono che l'appello e il reclamo possano soddisfare le finalità del ricorso. La maggioranza ritiene che il termine di ricorso sia troppo breve;
- a più riprese è stato richiesto un allineamento dei vari *termini d'impugnazione* (ad es. BS, SO, FSA);
- per quanto riguarda le varianti sull'inoltro *dell'appello* (art. 292 segg.) il risultato è equilibrato. La *variante 1*, quella più rigida, è stata sostenuta da AG, AR, BE, FR, GE, GL, GR, NW, OW, SG, SZ, TI, VS, ZG, PLS, ACSI, AVGE, AVZH, FER, FRC, OAFRI, suva, swissmem, Uni NE. A favore della *variante 2*, meno rigorosa, si sono espressi: BL, BS, JU, LU, NE, SH, SO, TG, ZH, PCS, I Verdi, AKBS, ASLOCA, AVLU, DJS/DJZ, FSA, KassZH, OGZH, SBV, Roche, Uni LA;
- anche il risultato riguardante il gravamen necessario nell'ambito dell'appello è controverso (art. 290). NW, ACSI, ASI, DJS/DJZ, FRC, OAFRI e la swisa respingono il gravamen che è invece accolto molto favorevolmente da LU,

OW, SO, I Verdi (nel caso di una riduzione del valore litigioso fino a CHF 5'000), AKBS, AVLU, Roche, SBV;

- l'onere di motivazione del mezzo d'impugnazione è criticato, poiché si teme l'introduzione larvata del cosiddetto principio della censura (ad es. SO, SZ, AKBS, DJS/DJZ, Uni ZH);
- il regime dei *nova* dinanzi all'autorità superiore resta controverso. A ritenerlo troppo restrittiva sono: GL, LU, TG, AVLU, DJS/DJZ, SGB; per contro, l'accolgono molto favorevolmente AR, SH, TS;
- singoli partecipanti chiedono l'integrazione del ricorso di diritto esecutivo nella PCS (OGZH, Uni ZH).

## 324 Esecuzione

### 324.1 Esecuzione delle decisioni

La possibilità dell'*esecuzione diretta* (art. 326) è salutata in particolare da AR, SH e AKBS.

Numerosi partecipanti sottolineano il fatto che, in ogni caso, la facoltà di ordinare una prestazione condizionata o subordinata a una controprestazione dovrebbe essere di competenza del tribunale dell'esecuzione. Sarebbe quindi opportuno cancellare il capoverso 2 dell'articolo 331 (ad es. LU, AVLU, AVZH).

Roche, in particolare, si esprime in favore di due misure d'esecuzione: la *multa disciplinare* e la *penale* (art. 332). Alcuni ritengono che tali misure non siano disciplinate a sufficienza (ad es. Uni LA, Uni NE). AKBS deplora il fatto che non sia stato previsto un importo massimo. Inoltre è criticata la mancata regolamentazione della *questione dei costi* soprattutto nell'ambito delle misure coercitive (lett. d) e dell'adempimento sostitutivo (lett. e). Spetterebbe quindi alla parte attrice versare un'anticipazione (ad es. AG, FR, LU, AVLU).

La libertà di scegliere se richiedere il *risarcimento* è considerata problematica (ad es. LU). Uni NE, in particolare, chiede quale sia la base legale del risarcimento. LU, AVLU e AVZH ritengono che la decisione relativa al risarcimento dovrebbe sempre essere presa dal tribunale dell'esecuzione.

### 324.2 Esecuzione di documenti pubblici

L'introduzione del documento pubblico esecutivo è controversa. La salutano soprattutto OW, SH, AKBS, AVLU, AVZH, SchKG-Vereinigung e VSGV. Le altre parti sono o scettiche o contrarie (ad es. AG, LU, SO, I Verdi). Soprattutto VS, Uni LA e Uni NE chiedono esplicitamente la cancellazione degli articoli 337-343.

A livello contenutistico è sottolineato soprattutto quanto segue:

- la proposta *favorirebbe* in modo ingiustificato i documenti pubblici rispetto alle sentenze (ad es. SZ, AKBS, KBK, SchKG-Vereinigung);
- si potrebbe rinunciare alla *clausola esecutoria* rilasciata dal pubblico ufficiale, poiché costituirebbe un inutile doppione della procedura (ad es. SchKG-Vereinigung, Uni BE);

- il pubblico ufficiale dovrebbe limitarsi a verificare le *condizioni formali* dell'esecutività. Di conseguenza, sarebbe opportuno provvedere a cancellare la lettera b dell'articolo 339 capoverso 1 (ad es. LU, AVLU, AVZH);
- d'altro canto, il coinvolgimento di un ulteriore *tribunale dell'esecuzione* suscita critiche (ad es. economiesuisse, SwissBanking);
- la clausola esecutoria dovrebbe poter essere rilasciata anche nei confronti di un *successore in diritto* (ad es. GR, AKBS, SNV).

### 325 Soluzione extragiudiziarie della lite (mediazione)

I risultati emersi dalle consultazioni sulla questione della regolamentazione delle soluzioni extragiudiziarie delle liti presentano notevoli differenze. Da un lato, si saluta la rinuncia a operare una regolamentazione più dettagliata della mediazione (BE, Uni BE); dall'altro si deplora la ristretta importanza attribuita alla mediazione (TI, SNV). Alcuni partecipanti hanno presentato testi normativi dettagliati (SDM-FSM, SVM) o addirittura formulato la proposta di introdurre nella PCS una parte quarta indipendente dal titolo "Mediazione in materia civile e commerciale" (CBL-GE, in base al progetto legislativo per la modifica del codice di procedura civile del Cantone di Ginevra, Médiation civile; PL 8931).

Sono avanzate, in particolare, le proposte di *equiparare la procedura di conciliazione alla mediazione* (BL, LU, DJS, FSA, kvs, SDM-FSM, SVM, Uni ZH) e di trasformare, per il tramite di una conferma/omologazione giuridica, una transazione extragiudiziarie in una transazione giudiziaria (SVM, SDM-FSM, Uni ZH). Alle parti deve inoltre essere permesso di ricorrere alla mediazione in ogni tempo anche nell'ambito della procedura decisionale (CBL-GE, SVM, SDM-FSM).

### 326 Arbitrato

In generale, la proposta regolamentazione dell'arbitrato è stata accolta favorevolmente. In particolare è salutata la ripresa del *Concordato* in vigore (ad es. AKBS, economiesuisse, FSA, ZSH). Soltanto alcune cerchie raccomandano il *modello di legge dell'UNCITRAL* (Uni ZH).

Per contro, alcuni partecipanti deplorano il permanere del dualismo tra *arbitrato nazionale e arbitrato internazionale* e auspicano l'istituzione di una regolamentazione unitaria (ad es. BS, Uni LA, Uni ZH). Taluni, invece, sono esplicitamente a favore di tale dualismo (ZHK).

Molte cerchie consultate ritengono estremamente importante *aumentare l'attrattiva* dell'arbitrato interno. A tal fine occorre adeguare il più possibile l'arbitrato interno all'arbitrato internazionale.

- Sono quindi salutate la proposta delle *eccezioni di compensazione* e la competenza del tribunale arbitrale di rilasciare *misure provvisorie* (z.B. BS, TI, AKBS, ASA, OGZH);
- per contro è criticato il *doppio iter ricorsuale* contro i lodi: basterebbe – analogamente a quanto previsto dall'arbitrato internazionale – un unico livello di giurisdizione (AKBS, ASA, AVZH, Uni ZH); è stato parimenti respinto il *ricorso per arbitrio* (ASA, AVZH, Uni ZH).

## **4 Zusammenstellung der Vernehmlassungen**

### **Classement des réponses à la procédure de consultation**

### **Risultati della procedura di consultazione**

#### **41 Im Allgemeinen/En général/In generale**

411 Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts  
Unification de la procédure civile  
Unificazione della procedura civile

411.1 Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Der Kanton Aargau begrüsst eine Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz.

AR: Das Gesetzesvorhaben ist im Interesse einer einheitlichen Durchsetzung des Bundeszivilrechts zu begrüssen.

BL: Der Kanton Basel-Landschaft begrüsst die mit dem Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts. Damit kann die heutige Rechtszersplitterung in diesem Bereich behoben werden, die sich in vielfacher Hinsicht negativ auswirkt. So präsentiert sich die aktuelle Situation mit 26 kantonalen, teils sehr unterschiedlichen Zivilprozessordnungen für interkantonal tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sehr unübersichtlich, was wiederum die Gefahr in sich birgt, dass aufgrund von kantonalen Verfahrensspezialitäten berechnete Ansprüche aus prozessualen Gründen nicht durchgesetzt werden können. Abgesehen davon hat die Rechtszersplitterung auch unerwünschte ökonomische Konsequenzen für die Rechtssuchenden, da es oft zeitlich und folglich auch finanziell sehr aufwändig ist, das massgebliche Recht zu finden und dessen Inhalt festzustellen.

Die Ausgestaltung des Vorentwurfs als integrales Gesetz – und nicht bloss als Rahmengesetz – erachten wir als sehr sinnvoll und zweckmässig. Namentlich befürworten wir die Integration des Gerichtsstandsgesetzes sowie der heute in zahlreichen Bundesgesetzen verstreuten zivilprozessualen Vorschriften des Bundesrechts in den Vorentwurf. Dies erleichtert den Zugang zu diesen Bestimmungen und fördert die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung, was letztlich den Rechtssuchenden zu Gute kommt.

GE: L'unification de la procédure civile représente sans nul doute un processus juridique d'importance pour la Suisse, dont le droit matériel est à l'heure actuelle mis en œuvre par le biais de vingt-six procédures cantonales différentes.

Il est vrai que les particularismes cantonaux ne seront pas totalement supprimés. A cet égard, quand bien même l'avant-projet réserve les règles d'organisation judiciaire, il conviendra d'être particulièrement attentif au fait que l'uniformisation de la procédure civile aura des effets non négligeables sur l'organisation judiciaire et que ces effets, pour respecter les principes du fédé-

ralisme devront être impérativement minimisés. Le mandat constitutionnel précise d'ailleurs ce point et nous ne pouvons que l'approuver.

- GL: Wir stimmen einer Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts nur unter der Bedingung zu, dass den Kantonen keine Mehrkosten gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erwachsen.
- GR: Die Regierung begrüsst die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts durch eine bundesrechtliche Kodifikation. Dadurch dürften die Rechtssicherheit massgebend erhöht und die Durchsetzung des materiellen Rechts entscheidend verbessert werden.
- LU: Wir begrüssen die Schaffung einer schweizerischen Zivilprozessordnung sehr.
- NW: Wir begrüssen grundsätzlich die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts durch Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung.
- SZ: Wir begrüssen die Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung. Die Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Zivilverfahrensrechts ist unbestritten. Wir befürworten insbesondere auch, dass das Zivilprozessrecht umfassend geregelt werden soll, die Organisation der Gerichte und damit die Regelung der sachlichen Zuständigkeit jedoch Sache der Kantone bleibt. Damit wird der organisatorischen Autonomie der Kantone (Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 BV) Rechnung getragen, so dass die Kantone ihre gerichtlichen Instanzen in einer ihren Verhältnissen angepassten Weise organisieren können.
- VS: L'avant-projet présente vise à faciliter l'accès aux règles de procédure civile et à en simplifier l'application en unifiant celles-ci au niveau fédéral et en supprimant de ce fait le morcellement que l'on connaît: Actuellement, 26 lois cantonales de procédure civile régissent ce domaine. En outre, la Constitution et toute une série de lois fédérales énoncent aussi certaines règles de procédure.
- Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont approuvé la réforme de la justice qui posait notamment la base légale de l'unification de la procédure civile suisse (art. 122 Cst.). Il sied de rappeler dans ce cadre, que le canton du Valais approuve cette démarche et le concept d'une nouvelle loi fédérale qui régit l'ensemble de la matière.
- ZG: Wir begrüssen den Erlass einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung und die damit verbundene Rechtsvereinheitlichung. Besonderen Wert legen wir aus unserer Sicht auf ein bürgernahes Verfahren. Aufgrund der uns zur Verfügung stehenden Unterlagen gehen wir davon aus, dass die neue ZPO aus finanzieller Sicht nicht zu Mehraufwendungen führen wird.
- ZH Die heute geltenden kantonalen Zivilprozessordnungen weisen zwar grosse Ähnlichkeiten auf. Viele Fragen sind aber doch so unterschiedlich geregelt, dass sich das Prozessieren vor einem fremden Gericht nicht empfiehlt. Aus Gründen der Rechtssicherheit unterstützen wir deshalb das Ziel der Rechtsvereinheitlichung im Bereich des schweizerischen Zivilprozessrechts voll und ganz. Hinzu kommt, dass sich die Rechtsgleichheit nicht nur im materiellen Recht verwirklicht, sondern auch im Verfahrensrecht. Auch aus diesem Blickwinkel halten wir eine schweizerische Zivilprozessordnung für sinnvoll, selbst wenn wir damit gezwungen werden, von gut eingespielten Abläufen und Gewohnheiten unserer kantonalen Rechtspflege Abstand zu nehmen.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Die Vereinheitlichung des Zivilrechtes in unserem Lande ist nach Ansicht der CSP Schweiz voranzutreiben, sie ist eine wünschenswerte Angelegenheit, jedoch keine dringliche.

CVP: Die CVP begrüsst die Anstrengungen zur Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts. Die Kleinheit der Schweiz und die immer häufigeren interkantonalen Prozesse gebieten, das Prozessrecht zu vereinfachen. Diese Vereinfachung findet zum einen durch die Aufhebung von 26 verschiedenen kantonalen Prozessrechten und zum anderen durch die Schaffung einer schlanken Prozessordnung statt.

Grüne Partei: Wir begrüssen die Absicht, den Zivilprozess auf eidgenössischer Ebene zu vereinheitlichen, grundsätzlich sehr. Damit wird ein Schritt zur Rechtsvereinheitlichung getan, der schon seit Jahrzehnten überfällig war. Dass die Staaten der Europäischen Union bereits daran sind, innerhalb ihres Gebiets eine vereinheitlichte Zivilprozessordnung zu schaffen, verdeutlicht, dass unterschiedliche Zivilprozessordnungen innerhalb ein und desselben souveränen Staates zu Beginn des 21. Jahrhunderts einen Anachronismus darstellen, der beseitigt gehört.

LPS: Bien qu'attaché au fédéralisme, le PLS doit saluer l'unification du droit de la procédure civile en Suisse: celle-ci garantit d'abord des standards minimaux de procédure pour l'ensemble de la Suisse, évitant par là-même des disparités cantonales difficiles à expliquer aux justiciables; elle constitue ensuite une condition essentielle d'application de la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA) et des accords passés avec l'Union européenne; elle s'inscrit enfin dans le sens d'une meilleure efficacité de la justice, puisqu'elle favorise l'application de droit matériel. En outre, la réforme apparaît respectueuse des souverainetés cantonales dans la mesure où elle n'implique pas ou peu de modifications en terme d'organisation judiciaire, à l'exception de la généralisation du double degré de juridiction (art. 290 ss PCS). De plus, contrairement à ce qui se passe avec l'unification de la procédure pénale, l'avant-projet mis en consultation n'excède par le mandat constitutionnel de la Confédération et ne cherche pas à imposer aux cantons, par le biais de la procédure, des règles relevant de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire d'un domaine qui est encore de leur compétence (art. 122 al. 2 Cst. féd.).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: A titolo generale l'ACSI considera provvida l'unificazione delle norme di procedura civile, poiché tale unificazione consente una più semplice messa in atto del diritto materiale, a tutto beneficio di chi deve adire le autorità giudiziarie.

L'ACSI deplora il fatto che l'avamprogetto della commissione peritale preveda l'applicazione della procedura semplificata per le controversie patrimoniali fino ad un valore di lite di soli fr. 20'000.-. Per le controversie patrimoniali inerenti contratti conclusi con consumatori sarebbe auspicabile elevare a fr. 30'000.- il valore di lite "discriminante", in modo da consentire il ricorso alla procedura semplificata nel caso di contratti aventi per oggetto, ad esempio, la compravendita di un autoveicolo di costo contenuto o altre liti inerenti beni di uso corrente che oggi giungono facilmente il valore di fr. 30'000.-. In tale senso è insoddisfacente, appunto perché troppo basso, anche il limite di fr. 20'000.-

attualmente fissato dal Consiglio federale (nell'ordinanza che fissa il valore litigioso determinante nelle cause in materia di protezione dei consumatori e di concorrenza sleale, RS 944.8) al di sotto del quale ogni Cantone è tenuto ad istituire una procedura di conciliazione o una procedura giudiziaria semplice e rapida.

AVGE: L'Ordre des Avocats de Genève approuve l'idée d'une procédure civile unifiée.

AVLU: Der Luzerner Anwaltsverband begrüsst die Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung.

AVZH: Der Zürcher Anwaltsverband begrüsst eine Vereinheitlichung der kantonalen Zivilprozessordnungen ausserordentlich.

Bger: Die Schaffung einer einheitlichen Zivilprozessordnung wirkt sich auf die Arbeitsweise der beiden Zivilabteilungen positiv aus. Sie wird vom Bundesgericht daher grundsätzlich begrüsst.

cvci: Nous ne pouvons que saluer l'unification du droit de la procédure civile, ainsi que l'incorporation de l'arbitrage national dans la nouvelle loi.

L'abandon des 27 codes de procédure civile pour une seule et unique loi fédérale permettra une pratique plus aisée pour les mandataires appelés à pratiquer la procédure civile, dans les différents cantons. Par exemple, une seule procédure applicable dans toute la Suisse évitera le problème des délais et fêtes judiciaires, différents d'un canton à l'autre, et permettra une égalité de traitements entre justiciables.

DJS: Wir begrüssen grundsätzlich die angestrebte Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

Es ist uns bewusst, dass die längst fällige Einführung einer schweizerischen ZPO den Abschied von manchen kantonalen Besonderheiten bedeutet. Es wird nicht möglich sein, allen partikularen Anliegen Rechnung zu tragen. Es wird Sache der AutorInnen der bundesrätlichen Botschaft sein, einen hoffentlich klug durchdachten, zukunftsgerichteten Mix aus Althergebrachtem und neuen Elementen herzustellen.

Leitlinien für die nachfolgenden DJS-Positionsbezügen sind:

- Der Zugang zu den Gerichten muss auch für all jene Parteien, die nicht über grosse finanzielle Mittel verfügen, gewährleistet sein;
- der mitunter schon heute bestehende äusserst starke Druck, Vergleiche abzuschliessen, darf nicht erhöht werden, sondern ist vielmehr durch die gesetzliche Institutionalisierung alternativer Streiterledigungsmethoden (Stichwort: Mediation) zu dämpfen;
- das Prozessrecht muss seinen Beitrag dazu leisten, dass die Gerichtsverfahren innert nützlicher Frist und mit angemessenem Aufwand (sowohl auf Seite der Parteien wie auf Seite der Gerichte) abgeschlossen werden;
- wo für einen wirksamen Rechtsschutz sinnvoll, sollen die Kantone weiterhin kompetent sein, ergänzendes Prozessrecht zu erlassen.

DJZ: Die DJZ begrüssen grundsätzlich die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

economiesuisse: Eine effiziente Rechtsdurchsetzung ist für das wirtschaftliche und unternehmerische Handeln zentral. Mit der heutigen Rechtszersplitterung ist dies nicht gewährleistet. Die vorgeschlagene Vereinheitlichung des Zivilprozess-

ses in der Schweiz ist daher grundsätzlich ein, aus der Sicht der Wirtschaft, notwendiges und zu unterstützendes Vorhaben. Sie führt zu einer notwendigen Entschlackung des Schweizer Zivilprozessrechtes und erlaubt es, unzählige prozessrechtliche Vorschriften auf Bundes- und Kantonsebene abzuschaffen.

FRC: D'une manière générale, la FRC salue cet avant-projet qui vise à régler de manière uniforme sur le plan fédéral la procédure civile devant les instances cantonales.

FRStZH: Das Friedensrichterkollegium der Stadt Zürich begrüsst die angestrebte Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeit in der Schweiz.

FR-Verband: Der Verband der Friedensrichter und Friedensrichterinnen des Kantons Zürich begrüsst die angestrebte Vereinheitlichung der ZPO's in der Schweiz.

Im Kanton Zürich sind zurzeit 177 FriedensrichterInnen (7 Hauptberuflich und 170 Nebenamtlich) tätig. Im Jahre 2002 erledigten sie: 10'121 Sühnverfahren, 1'013 Haupt-/ Prozessverfahren, 199 Ehrverletzungsklagen.

FSA: La Fédération suisse des avocats tient à rappeler qu'elle a appelé de ses vœux l'unification de la procédure civile sur tout le territoire de la Confédération.

Elle se félicite donc qu'une procédure de consultation ait pu être lancée trois ans à peine après le vote du peuple et des cantons qui en a admis clairement le principe.

Même si le principe de l'unification n'avait ainsi plus à être discuté, il n'en faut pas moins regretter le peu de temps mis à disposition pour examiner un projet de près de 400 articles, la procédure de consultation s'étant ouverte à la veille de la pause estivale.

HEV: Die Bestrebungen, *eine* Zivilprozessordnung zu schaffen, können wir grundsätzlich unterstützen, zumal gleiche Anstrengungen schon im Bereich des Strafverfahrens unternommen worden sind. Es gibt viele Gründe, die eine Vereinheitlichung des Zivilprozessverfahrens rechtfertigen. In der Tat sehen sich Anwälte, die kantonsüberschreitend tätig sind, durch die Diversität der gesetzlichen Regelungen mit zusätzlichen Schwierigkeiten konfrontiert. Ein vereinheitlichtes Verfahrensrecht bringt hier eine willkommene Erleichterung. Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit ist eine Angleichung zu begrüßen. Hinzu kommt, dass schon heute ein enger Zusammenhang zwischen dem materiellen Zivilrecht und dem Verfahrensrecht besteht, so dass eine Abstimmung der beiden Bereiche durchaus sinnvoll ist.

KBK: Wir begrüßen die Bestrebungen, eine Zivilprozessordnung zu schaffen, die in der ganzen Schweiz, im Bund ebenso wie in allen Kantonen, Anwendung findet. Durch die Schaffung einheitlicher Verfahrensvorschriften wird der Zugang zu den Gerichten aller Kantone erleichtert und die Rechtssicherheit gestärkt.

kvs: Wir begrüßen die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes ebenso wie die grundsätzliche Ausgestaltung des Entwurfes der Expertenkommission.

MV: Wir begrüßen es grundsätzlich, dass das Zivilprozessrecht vereinheitlicht und damit eine schweizerische Zivilprozessordnung geschaffen wird. Wir schliessen uns der Argumentation auf Seite 5 und 6 des Berichtes vollumfänglich an. Die heutige Rechtszersplitterung in den Kantonen ist chaotisch. Dabei kann letztlich kein Kanton von sich behaupten, ein hochwertigeres System zu pflegen als die übrigen Stände. Beim Prozessrecht handelt es sich ja letztlich eher um minder-

wertigere Regeln; das Verfahrensrecht kann auf die eine oder andere Art Diener des materiellen Rechts sein.

Roche: Roche begrüsst die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts. Wir beurteilen die Schaffung einer einheitlichen Zivilprozessordnung für den Wirtschaftsraum Schweiz als bedeutende Erleichterung für ein schweizweit und international tätiges Unternehmen bei der Führung aller Arten von Zivilprozessen.

santésuisse: santésuisse begrüsst die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz und unterstützt daher grundsätzlich den Vorentwurf.

SGB: L'Union syndicale suisse salue l'introduction d'une procédure civile fédérale unifiée. Ce progrès ne doit cependant pas conduire à amoindrir les droits existants quant à la protection de la partie contractuellement la plus faible, à savoir notamment les travailleurs et les locataires.

SNV: Der Schweizerische Notarenverband begrüsst jegliche Massnahme, die geeignet ist, die Gerichtsbarkeit effizienter, einfacher und kostengünstiger zu gestalten. Er erachtet den Entwurf einer schweizerischen ZPO als Schritt in die gute Richtung.

SBV: Wir begrüssen die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung. Der Vorteil davon, dass eine einheitliche Zivilprozessordnung erst sehr spät eingeführt wird, ist die dadurch entstandene Möglichkeit die in den verschiedenen Kantonen mit unterschiedlichen Prozessordnungen gemachten Erfahrungen zu Rate ziehen zu können. Dadurch kann festgestellt werden, welche Grundsätze erfahrungsgemäss zu den effizientesten Verfahrensabläufen führen. Diese werden nun in die zentrale Prozessordnung überführt.

Der Vorentwurf berührt die gesamte Privatrechtsgesetzgebung des Bundes (ZGB, OR, Spezialgesetze). Sie wird von prozessrechtlichen Bestimmungen entlastet. Auch das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht wird auf die künftige ZPO abgestimmt. Diese Vereinheitlichung ist von grosser Bedeutung und wird uns in Zukunft die Findung des prozessualen Rechtsweges erheblich erleichtern. Wir unterstützen diese Effizienzsteigerung durchwegs.

### *1.1 ZPO und Gerichtsstandsgesetz*

Wir begrüssen, wie gesagt, den Entscheid, eine integrale ZPO zu entwickeln. Unglücklich ist einzig, dass die neue ZPO das Gerichtsstandsgesetz (im Folgenden: GestG), welches gerade erst in Kraft getreten ist, obsolet macht. Hier fehlte wohl die Koordinationsbereitschaft der verschiedenen Interessengruppen. Etwas mehr Koordination in zukünftigen zeitaufwändigen Projekten, die einen starken Sachzusammenhang aufweisen, wäre wünschenswert. Dieser Hinweis lässt uns aber nicht aus den Augen verlieren, dass wir die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung voll unterstützen, da wir das Bedürfnis klarere Verhältnisse zu schaffen anerkennen.

### *1.2 Vereinheitlichung Begriffe*

Diverse Begriffe der kantonalen Prozessordnungen werden in der ZPO einer einheitlichen Definition zugeführt. Da derselbe Begriff zur Zeit je nach kantonaler Praxis eine etwas andere Bedeutung haben kann, ergeben sich daraus gelegentlich Anwendungsschwierigkeiten. Durch die Vereinheitlichung dürften diese - zumindest nach einer gewissen Aklimatisierungsphase - weitgehend gelöst werden können, was wir begrüssen.

### 1.3 *Garantie von zwei kantonale Instanzen*

Neu muss gegen einen erstinstanzlichen Entscheid eines oberen kantonalen Gerichtes grundsätzlich ein Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Unter anderem wird diese Neuerung mit der Entlastung des Bundesgerichtes begründet. Wir befürworten vollumfänglich diese einheitliche Neuregelung. Nach unserem Dafürhalten führt die Gewährleistung von zwei Instanzen zu mehr Rechtssicherheit und einer besseren und vollständigeren Überprüfbarkeit des erstinstanzlichen Urteils. Die erste Instanz sollte den Sachverhalt eines Falles vollständig überprüfen, bevor es ein Urteil fällt. Leider trifft dies nicht immer zu. Da das Bundesgericht nicht immer ein vollständiges Überprüfungsrecht hat, ist es daher umso wichtiger, dass eine zweite kantonale Instanz bei Bedarf vorgängig solche Überprüfungen korrigierend vornehmen kann; damit kann der Weiterzug ans Bundesgericht in vielen Fällen verhindert werden.

suisa: Die SUISA führt in der ganzen Schweiz Zivilverfahren, das heisst, dass sie mit den 26 verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen konfrontiert ist. Deren Unterschiede sind gross und die meist verborgenen, d.h. sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergebenden Fallstricke zahlreich. Diese Rechtszersplitterung ist für eine gesamtschweizerisch tätige Prozesspartei risikoreich und aufwendig, somit für die SUISA höchst nachteilig, so dass wir die vorgeschlagene bundesrechtliche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ganz entschieden unterstützen.

suva: Wir unterstützen die Vereinheitlichung der Zuständigkeit und des Verfahrens in bundesrechtlichen und kantonalen Zivilsachen.

SVAMV: Wir begrüssen die Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung, die das Zivilprozessrecht mit dem Ziel vereinheitlicht, den Rechtssuchenden einen raschen und wirksamen – das heisst auch einen für alle bezahlbaren - Rechtsschutz zu gewährleisten.

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf den Aktionsplan der Schweiz für die Gleichstellung von Frau und Mann, nach dem in den Rechtsvorschriften und deren Anwendung sowie in öffentlichen Politiken, Programmen und Projekten eine geschlechterbezogene Perspektive (gender mainstreaming) einzubeziehen ist (Kapitel H, Massnahme 6). Der Aktionsplan muss für eine gesamtschweizerische ZPO leitend sein. Dies gilt auch für die internationalen Pakte, denen die Schweiz beigetreten ist.

Insbesondere ist hier die Konvention über die Rechte des Kindes (KRK) zu nennen, deren Artikel 3 verlangt, dass bei allen Massnahmen, welche Kinder betreffen das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist. Die von Gesetzgebungsorganen getroffenen Massnahmen werden explizit erwähnt. Die Berücksichtigung des Kindeswohls wird einzig in Art. 152 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs ausdrücklich genannt, ohne auf seinen Vorrang hinzuweisen. Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohl muss aber gemäss Art. 3 KRK für alle Bestimmungen des Gesetzesentwurfs, die Kinder betreffen, gelten. Von zentraler Bedeutung im System der Kinderrechte ist zudem Art. 27 KRK, der dem Kind einen für seine körperliche, geistige, seelische, sittliche und soziale Entwicklung angemessenen Lebensstandard garantiert.

SVC: Der SVC bejaht die Einführung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung.

- SVR: L'Association suisse des magistrats a pris connaissance avec intérêt de l'avant-projet de loi fédérale de procédure civile. Elle accueille de manière globalement favorable le projet, qui constitue une simplification bienvenue du point de vue du traitement procédural des litiges civils dans notre pays. Elle se contentera dès lors de quelques commentaires et critiques sur des points particuliers.
- SVZst: Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ist sinnvoll und begrüßenswert, weil sie mehr Anwenderfreundlichkeit bringt und die Rechtszersplitterung aufhebt.
- swissmem: Die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung ist Teil der Justizreform, welche im März 2000 vom Schweizer Souverän und allen Ständen gutgeheißen wurde. Seitens Swissmem bzw. des VSM haben wir uns bereits im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung für die Vereinheitlichung ausgesprochen, zumal damit zahlreiche Vorschriften des Bundesrechts, das betreffende Konkordatsrecht sowie rund 10'000 Vorschriften der 26 kantonalen Zivilprozessordnungen wegfallen und damit eine wesentliche Vereinfachung erzielt werden kann.
- Uni BE: Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ist zu begrüßen, wiegen doch die Nachteile sowohl der horizontalen als auch der vertikalen Zersplitterung schwer.
- Uni GE: L'unification de la procédure civile suisse est assurément un processus juridique d'une importance fondamentale pour notre Pays, dont on rappellera qu'à l'heure actuelle le droit matériel est mis en œuvre par le biais de 26 procédures cantonales différentes. L'entreprise est d'envergure, puisqu'il s'agit à la fois de concrétiser un droit helvétique de la procédure civile tout en faisant en sorte d'auréoler la démarche du consensus le plus large possible. Il est vrai que les particularismes cantonaux ne pourront être totalement supprimés, tant les besoins sont différents d'un canton à l'autre en matière d'organisation judiciaire, ce qui explique que – sur le plan du principe – l'organisation des tribunaux soit laissée aux cantons (article 1 III PCS).
- VKF: Da die Kantonalen Gebäudeversicherungen, als öffentlich-rechtliche Institutionen, und wir als deren Dachorganisation, nur marginal von zivilprozessualen Fragen betroffen sind, haben wir keine Einwendungen bezüglich der geplanten Revision. Wir möchten einzig denen von Ihnen im Begleitschreiben angesprochenen Zielen Nachdruck verleihen. Wir hoffen, dass Schlagworte wie Effizient, Kosten und Bürgernähe nicht blosse Makulatur bleiben, sondern mit der Revision auch tatsächlich berücksichtigt, beziehungsweise umgesetzt werden.
- VSGV: Wir begrüßen eine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiete des Zivilprozessrechtes sehr.
- WeKo: Die Wettbewerbskommission begrüßt die Schaffung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts sieht unter anderem eine "Entschlackung des materiellen Bundesprivatrechts von zivilprozessualen Bestimmungen" (Bericht, S. 10) vor. Allerdings sollte bei diesem Ansatz bedacht werden, dass durch die Schaffung einer CH-ZPO nicht spezialgesetzliches Bundesrecht materiell abgeändert wird.
- ZHK: Die Zürcher Handelskammer beurteilt den als zentrales Element der Justizreform konzipierten Expertenentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, mit dem das heute in 26 kantonalen Gesetzen geregelte Zivilprozessrecht

vereinheitlicht werden soll, grundsätzlich positiv. Sie unterstützt die Reformziele, die Rechtszersplitterung in der Schweiz zu überwinden und die Anwenderfreundlichkeit, d.h. die Effizienz im Zivilprozessrecht, zu verbessern.

ZSH: In grundsätzlicher Hinsicht begrüßen wir aus der Optik der Wirtschaft die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts und damit die Aufhebung des föderalistisch geprägten kantonalen Verfahrensrechts.

#### 411.2 Kritik / Critique / Critica

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni BE: *Gewähltes Vorgehen*: Rückblickend muss das gewählte Vorgehen als *über-eilt* bezeichnet werden. Eine zwei- oder mehrstufige Vorgehensweise hätte es erlaubt, zuerst Einigung in divergenten Grundfragen herbeizuführen, anstatt nun gleichzeitig nebst einer Vielzahl von unbedeutenden Detailpunkten zugleich auch zentrale Kernfragen diskutieren zu müssen. Mit Blick auf andere zentrale Gesetzesvorhaben der jüngeren Vergangenheit (Revision Haftpflichtrecht et al.) regen wir daher für das weitere Vorgehen an, zuerst ein eigentliches Thesenpapier ("Prinzipien") auszuarbeiten und nach erfolgter Diskussion desselben anschliessend auf diesem aufzubauen und einen konkreten (neuen) Vorschlag ("Regeln") auszuarbeiten.

*Verfahren vor SchKG-Behörden*: Eswäre zu prüfen, ob nicht eine Verfahrensordnung für die Ämter des SchKG zu schaffen ist (analog dem deutschen FGG). Wir schlagen vor, hierzu ein Verfahrensgesetz zu erarbeiten (siehe dazu auch die folgenden beiden Punkte).

*Vormundschaftsrecht*: Es stellt sich auch hier die Frage eines zusätzlichen Verfahrensgesetzes. Wir schlagen vor, hier den Entwurf von Dr. Steck zu übernehmen. Dieser könnte auch als Anhaltspunkt für die Erarbeitung allgemeiner Verfahrensbestimmungen bzw. für ein allgemeines Verfahrensgesetz der freiwilligen Gerichtsbarkeit dienen.

*Erbschaftssachen, Beurkundungen usw.*: Allgemein wäre in Betracht zu ziehen, ein Gesetz analog dem deutschen FGG zu erarbeiten (siehe dazu auch die vorstehende Bemerkung).

*Aufhebung der prozessualen Normen in ZGB und OR*: Der vorgesehene "Kahl-schlag" ist grundsätzlich in Frage zu stellen: Nicht alles, was auch nur einen Anklang an Verfahrensbestimmungen hat, gehört in die ZPO. Insbesondere in den "sozialen" Bereichen des Miet- und des Arbeitsrechts sprechen gute Gründe dafür, zentrale Verfahrensfragen – wie bis anhin – im materiellen Recht zu regeln.

*Regelung der sachlichen Zuständigkeit und der Organisation der Gerichte durch kantonaes Recht*: Generell ist in Frage zu stellen, ob man eine derartige Trennung wirklich will. Als Beispiel sei auf die Regelung des Ausstandsrechts gemäss Art. 44 Abs. 3 VE ZPO hingewiesen: Was passiert bei der Ablehnung eines Einzelrichters? Der Bericht überlässt die Regelung den Kantonen (Bericht, Seite 32 oben). Weitere Beispiele: Bericht Seite 12 und Art. 86 EZPO. *Vorschlag*: Die neu geschaffene Verfassungsbestimmung von Art. 122 Abs. 2 BV ist eng auslegen, denn der Verfassungsauftrag der *Vereinheitlichung* muss *konsequent umgesetzt* werden. Höchstens die Regelung der sachlichen Zuständigkeit und die Gerichtsorganisation ist somit den Kantonen belassen;

alle anderen Bereiche sind aber konsequent auf der Stufe des Bundesrechts zu regeln.

*Handelsgerichte:* (vgl. bei Art. 5)

*Rechtsmittelsystem:* Dass jede Verfügung weitergezogen werden kann, halten wir für falsch (Art. 286 ff. VE ZPO). Es braucht eine sinnvolle Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten. Die Kritik richtet sich vor allem gegen die Regelung der Beschwerde. *Vorschlag:* Streichung von Art. 310 lit. b VE ZPO (Vermeidung Trölerei!).

412 Gesamtbeurteilung des Vorentwurfs  
Appréciation générale de l'avant-projet  
Giudizio generale sull'avamprogetto

412.1 Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Das Konzept und den Aufbau des Vorentwurfs erachten wir als gut.

AR: Der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden begrüsst die Stossrichtung des Entwurfes einer Schweizerischen Zivilprozessordnung; er plädiert für ein möglichst einfaches, schlankes Gesetz.

Aufbau und Gliederung sind zweckmässig, die Belassung der Gerichtsorganisation bei den Kantonen nach Art. 122 BV verfassungsrechtlich vorgegeben. Aus Sicht des Kantons Appenzell Ausserrhoden ist darauf hinzuweisen, dass der Zivilprozess nach neuem Bundesrecht im Vergleich zur geltenden Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh. viel komplizierter werden wird. Das gilt vor allem für das Beweisrecht. Aber auch das neu vorgesehene Schlichtungsverfahren vor einer richterlichen Behörde mit Urteilsvorschlag wird Mehraufwand bringen und mehr richterliches Personal bedingen.

BE: Der Vorentwurf der Expertenkommission für eine schweizerische Zivilprozessordnung ist angesichts ihres Umfangs mit grosser Sorgfalt und in bemerkenswert kurzer Zeit redigierte Vorlage. Er stellt eine gute Basis dar für die gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, welche einem grossen Bedürfnis entspricht, und es wäre daher wünschenswert, wenn auf dieser Grundlage weitergearbeitet und ein möglichst rasches Inkrafttreten der ZPO angestrebt werden könnte.

Die Vorlage ist einerseits systematisch durchdacht und berücksichtigt andererseits praktische Bedürfnisse weitgehend. Das Bestreben, einen gemeinsamen Nenner zu finden, hat an einigen Stellen zu Vorschriften geführt, die weniger detailliert sind als vergleichbare Bestimmungen in den heutigen kantonalen Zivilprozessordnungen. Neuerungen werden nur dort eingeführt, wo sie einem tatsächlichen Anliegen entsprechen. Zu begrüessen sind die Integration der Konkordate über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit und über die interkantonale Rechtshilfe, die am überschaubaren Umfang der Vorlage nichts ändern.

Positiv erscheint im weiteren, dass die künftige ZPO sowohl auf Verfahren in bundesrechtlichen als auch kantonalen Zivilsachen anwendbar ist. Grössere Auswirkungen des kommenden Verfahrensrechts auf die Gerichtsorganisation

sind nicht zu erwarten, da die Regelung der sachlichen und wohl auch der funktionellen Zuständigkeit den Kantonen überlassen wird, was ebenfalls zu begrüßen ist. Hervorzuheben ist schliesslich, dass der Vorentwurf erfreulicherweise grossen Wert auf die Beschleunigung des Verfahrens, die Regelung des sozialen Zivilprozesses sowie die (direkte) Vollstreckung legt.

In sprachlicher Hinsicht ist der Vorentwurf klar und prägnant. Auch die französische Übersetzung ist generell von guter Qualität, auch wenn sich im Gesetzestext wie im Begleitbericht einige Unklarheiten oder Fehler finden, auf die im Rahmen dieser Vernehmlassung hingewiesen wird.

Der Regierungsrat ist sich bewusst, dass die neue schweizerische ZPO (auch) für die bernische Justiz zahlreiche Neuerungen und Änderungen mit sich bringt. Diese Konsequenzen werden jedoch im allgemeinen Interesse akzeptiert. Die im Begleitbericht angesprochene Flexibilität und Bereitschaft, sich teilweise auf Neuerungen einzulassen, ist durchaus vorhanden.

BS: Die Basler Justiz in Zivilsachen begrüsst das Vorhaben einer Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf Bundesebene und erachtet den Vorentwurf der Expertenkommission zum überwiegenden Teil als sehr guten Kompromiss zwischen den heute geltenden unterschiedlichen Verfahrensordnungen der Kantone. Es finden sich darin allerdings einige Vorschriften, die einer vertieften Diskussion unterzogen werden sollten.

FR: Le Conseil d'Etat fribourgeois soutient l'unification de la procédure civile et se déclare globalement favorable à l'avant-projet mis en consultation. Son contenu, s'il est adopté, ne devrait pas modifier fondamentalement les habitudes judiciaires fribourgeoises.

GE L'avant-projet qui nous a été présenté, est un texte ambitieux et complexe. Il s'agit en effet d'une législation de caractère exhaustif sur la procédure civile.

Le texte est perçu, dans sa conception générale, comme étant la reprise de dispositions antérieures dispersées dans le droit positif (par exemple les dispositions de compétence territoriale prévues par la Loi fédérale sur les fors, les dispositions de procédure relatives au droit du divorce, au droit du bail, etc.). Le choix d'expurger le Code civil, le Code des obligations et les lois spéciales de toutes les règles de procédure civile mérite d'être approuvé.

L'avant-projet codifie aussi les principes de procédure dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans le même ordre d'idée, il représente, plutôt qu'un compromis, un "puzzle" d'éléments ayant fait leur preuve dans les différentes procédures civiles cantonales. Ainsi, le projet apparaît comme l'expression d'un "acquis juridique suisse" ce qui constitue un premier pas important vers l'unification.

GL: Mit Freude nehmen wir zur Kenntnis, dass der Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung nicht weit vom geltenden Glarner Zivilprozessrecht entfernt ist. Wir begrüßen, dass die erste Instanz gestärkt und dem Gericht bei der Verfahrensleitung ein breiter Spielraum zugestanden wird.

GR: Insbesondere wird unterstützt, dass die Organisation der Gerichte weiterhin der Autonomie der Kantone überlassen bleibt. Mit dem vorliegenden Entwurf wurde eine Mittellösung im Vergleich zu den jetzigen Regelungen der kantonalen Zivilprozessordnungen gefunden, was von der Regierung ebenfalls begrüsst wird.

JU: Le Gouvernement salue le travail, de grande qualité, effectué par la commission d'experts qui a rédigé l'avant-projet de loi fédérale de procédure civile.

Le texte élaboré est fort bien conçu, tout à la fois précis et concis. La systématique est bonne et les dispositions sont rédigées clairement. De la sorte, l'avant-projet rend la procédure civile accessible, ce qui n'est pas le moindre de ses mérites, compte tenu de la complexité de la matière. En outre, le souci d'uniformisation et le travail de synthèse sont remarquablement rendus par l'avant-projet.

En ce qui concerne le contenu général, le Gouvernement approuve le principe de codification qui a été retenu, à savoir l'unification complète du droit de procédure civile au plan fédéral et la renonciation à l'élaboration d'une loi-cadre. L'unification est en effet la seule solution qui permette d'appréhender de manière satisfaisante sur l'ensemble de la Suisse l'expansion territoriale des relations sociales et économiques. Il est fréquent que les litiges civils opposent des parties venant de cantons différents et aussi de l'extérieur de la Suisse.

On constate en outre que, malgré l'unification intégrale proposée, le principe de l'autonomie des cantons en matière d'organisation judiciaire est respecté. Toutefois, la nouvelle PCS aura inévitablement des incidences pour le canton du Jura qui devra adapter ses structures judiciaires au nouveau droit de procédure.

S'agissant des choix opérés par la commission d'experts, il faut constater avec elle, non seulement que la tradition juridique suisse est poursuivie, mais aussi que l'avant-projet représente un compromis acceptable, même si, pour le canton du Jura, quelques spécificités du droit de procédure devront être abandonnées si les propositions qui sont formulées ci-après ne sont pas retenues par le législateur fédéral. On pense ici en particulier aux modalités de l'introduction de l'action, au déroulement de la procédure en première instance et aux particularités de la procédure d'appel, autant d'éléments qui ont été introduits dans notre Code de procédure civile à l'occasion de la réforme de la justice en 2000. Le Code de procédure civile de la République et Canton du Jura a été partiellement révisé par la loi du 13 septembre 2000 modifiant les actes législatifs liés à la réforme de la justice, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001 (cf. sur ces questions, MORITZ, Révision partielle de la procédure civile cantonale: thèmes choisis, *in*: RJJ 2001, p. 31 ss.).

LU: Der Vorentwurf ist systematisch aufgebaut und überzeugt durch eine einfache, klare und verständliche Sprache. Wir erachten es als sinnvoll, dass die Gerichtsorganisation wie bisher den Kantonen überlassen wird, da dies eine den unterschiedlichen Verhältnissen angepasste Lösung erlaubt und dadurch die Akzeptanz einer vereinheitlichten Verfahrensordnung erhöht.

NE: Le rapport explicatif reconnaît que les lois cantonales concordent fondamentalement sur de nombreux points et nous pensons que le législateur peut se donner le temps d'affiner son texte sans que la justice n'ait à en souffrir.

C'est avec satisfaction que nous devons considérer que l'idée d'unifier la procédure civile est bien accueillie par tous les acteurs du domaine que nous avons consultés à l'échelon cantonal et c'est sans réserve que nous nous rallions à leur point de vue.

La forme du projet a été reconnue comme agréable mais il a cependant été relevé l'usage de formules désuètes comme par exemple celle de l'article 80,

alinéa 2 ("Reconvention sur reconvention ne vaut") qui ne semblent plus conformes à un texte résolument simple et actuel et auxquelles il serait souhaitable de renoncer. Ses caractéristiques ont été saluées avec le même enthousiasme notamment en ce qui a trait à la méthode de travail suivie, avec cette volonté des experts de proposer un texte original, issu des divers textes cantonaux, sans vouloir en privilégier un et dans la retenue à l'égard des institutions étrangères pour proposer en fin de compte un projet de loi correspondant aux exigences de la pratique.

En respectant ainsi les droits cantonaux, on assure à cette loi un ancrage culturel fondamental qui lui évitera, nous n'en doutons pas, les traditionnelles réserves liées au fédéralisme ou tout au moins à l'image qui en existe encore. Ce dernier devrait trouver son compte dans le maintien de la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire auquel le canton de Neuchâtel demeure attaché.

Le souci des auteurs de regrouper le plus possible dans cette nouvelle loi des dispositions de procédures actuellement éparses dans le droit fédéral ou des lois entières comme celle sur la compétence à raison du lieu (LFors) ou les dispositions sur l'arbitrage qui font l'objet actuellement d'un concordat intercantonal est également à saluer.

Comme tout compromis, par définition difficile à atteindre, ce projet présente sur le fond des qualités et aussi quelques faiblesses que nous reprendrons ci-après mais nous tenons d'ores et déjà à féliciter les experts du travail qu'ils ont accompli et à les remercier du soin particulier qu'ils ont accordé à la structure de la loi proposée et à sa rédaction.

NW: Wir erachten den vorliegenden Vorentwurf als eine taugliche Grundlage, wobei in verschiedener Hinsicht noch Klärungen und Verbesserungen erforderlich sind. Ziel muss es sein, eine kundenfreundliche Prozessordnung zu schaffen. Die Durchsetzung des materiellen Rechts ist dem einzelnen Rechtssubjekt verwehrt, da Selbsthilfe grundsätzlich verboten ist. Stattdessen hat der Staat den staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Dabei sind nach neueren Tendenzen verschiedene Ziele zu berücksichtigen: Durchsetzung des materiellen Rechts, Wiederherstellung des Rechtsfriedens sowie Beseitigung von Rechtswegbarrieren. Prozessuale Formalismen sind dabei grundsätzlich zwar nötig, um ein geregeltes Verfahren zu garantieren, dürfen jedoch nicht verhindern, dass der materiellen Wahrheit möglichst zum Durchbruch verholfen wird. Daran hat sich das Verfahren in erster Linie zu orientieren.

OW: Ziel einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung muss es sein, eine Prozessordnung zu schaffen, welche mit Blick auf die herrschende Rechtszersplitterung dem Rechtssuchenden eine gewisse Rechtssicherheit vermittelt, sei es unter dem Gesichtspunkt des Wirtschaftsstandortes Schweiz, sei es für die Verwirklichung des materiellen Rechts im Privatbereich.

Die Durchsetzung des materiellen Rechts ist dem einzelnen Rechtssubjekt verwehrt, da die individuelle Selbsthilfe grundsätzlich untersagt ist. Stattdessen hat der Staat den staatlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Dabei sind nach neueren Tendenzen verschiedene Ziele zu berücksichtigen: Durchsetzung des materiellen Rechts, Wiederherstellung des Rechtsfriedens sowie Beseitigung von Rechtswegbarrieren. Prozessuale Formalismen sind dabei zwar nötig, um ein geregeltes Verfahren zu garantieren, dürfen jedoch nicht verhindern, dass der materiellen Wahrheit möglichst zum Durchbruch verholfen wird. Der Vor-

entwurf der Expertenkommission wird diesen Anforderungen grundsätzlich gerecht.

Der Vorentwurf überlässt die Gerichtsorganisation der Autonomie der Kantone. Auch über die Auswahl der Richterinnen und Richter äussert er sich nicht. Damit bleibt auch die Besetzung der Gerichte mit Laienrichterinnen und Laienrichtern nach wie vor möglich. Das ist zu begrüßen. In kleinen Kantonen wie dem Kanton Obwalden wäre eine Besetzung der Gerichte ausschliesslich mit Berufsrichtern praktisch nicht zu realisieren. Im Übrigen hat sich im Kanton Obwalden das System der Besetzung der Gerichte mit einem professionellen Präsidenten und professionellen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern sowie Laienrichterinnen und Laienrichtern bewährt. Es besteht keine Veranlassung, davon abzurücken.

Im Ergebnis stimmen wir dem Vorentwurf der Expertenkommission zu. Wir begrüßen grundsätzlich die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts durch Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung. Es kann festgestellt werden, dass der Vorentwurf bereits ausgereift ist und als Grundlage für die Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung dienen kann; die Expertenkommission hat gute Arbeit geleistet. Die nachfolgende Stellungnahme betrifft deshalb im Wesentlichen Detailpunkte.

SG: Wir stimmen dem Entwurf grundsätzlich zu.

SH: Die angestrebte Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts begrüßen wir. Der über weite Strecken ausgereifte Entwurf bildet eine gute Grundlage dazu. Wir danken der Expertenkommission für ihre Arbeit.

SO: Wir begrüßen die Schaffung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung und sind erfreut darüber, dass das alte Postulat der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts realisiert wird. Der Vorentwurf ist praxisorientiert konzipiert sowie griffig und knapp formuliert. Es handelt sich um eine moderne Kodifikation, bei welcher auch die Systematik überzeugt. Aus Solothurnischer Sicht enthält er neben neuen Elementen auch viel Vertrautes. Mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts kann nun der Freizügigkeit der Anwaltschaft auch faktisch zum Durchbruch verholfen werden.

TG: Das Ziel der Vereinheitlichung der kantonalen Zivilprozessgesetze entspricht Art. 122 Abs. 1 der mit Beschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz geänderten Bundesverfassung (BV; SR 101), welche in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 angenommen worden ist. Mit dem vorliegenden Entwurf einer ZPO wird diesem verfassungsrechtlichen Auftrag nach Auffassung des Regierungsrates entsprochen, weshalb wir damit weitgehend einverstanden sind.

UR: Der von der Expertenkommission ausgearbeitete Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung übernimmt die anerkannten Grundsätze und viele bewährte Rechtsinstitute aus den kantonalen Zivilprozessgesetzen, ohne jedoch eine bestimmte Zivilprozessordnung als Vorbild zu nehmen. In organisatorischer Hinsicht, aber auch mit Blick auf die geltende kantonale Gesetzgebung, betrachten wir die entworfene EZPO grundsätzlich als einen gelungenen Wurf. Insbesondere erachten wir die Leitlinien des Vorentwurfs als richtig. Zweckmässig erscheint uns die Lösung, die Autonomie der Kantone zu wahren, soweit es darum geht, die Gerichtsorganisation aufzubauen. Die ernerische Gerichtsorganisation vermöchte im Rahmen der EZPO sehr wohl zu bestehen.

Grundsätzlich unterstützen wir die von der Vernehmlassungsvorlage eingeschlagene Richtung. Bis zur definitiven Fassung sind allerdings auch einige Verbesserungen notwendig. Dennoch bestehen einige Regeln, die zu hinterfragen sind.

ZG: Der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung darf durchaus als gelungenes Werk bezeichnet werden.

ZH: Wir halten den Vorentwurf insgesamt für gelungen und entwicklungsfähig. Wir unterstützen die dem Vorentwurf zu Grunde liegende Entscheidung, die Gerichtsorganisation weiterhin den Kantonen zu überlassen. Allerdings sind damit beträchtliche Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden. Liegt es beispielsweise in der Organisationsautonomie eines Kantons, jedes Gericht für sachlich weiterhin zuständig zu erklären, wenn die Klage in welcher Weise auch immer geändert wird? Bei einer entsprechenden Vorschrift im kantonalen Organisationsrecht werden Klageänderungen gemäss Art. 216 lit. b wesentlich erleichtert. Ähnlich liegt die Problematik bei einer Streitverkündung mit Klage nach Art. 71. Ihr Anwendungsbereich würde ausgedehnt, wenn das kantonale Organisationsrecht das mit dem Hauptverfahren befasste Gericht für sachlich zuständig erklären könnte, unabhängig von der allgemeinen Zuständigkeitsordnung auch eine mit einer Streitverkündung verbundene Klage zu beurteilen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Die CSP Schweiz begrüsst die Arbeiten zur Einführung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung und erachtet den von der Expertenkommission ausgearbeitete Entwurf als guten Vorschlag. Die CSP Schweiz begrüsst insbesondere die Straffung des Instanzenzuges und die Absicht der Experten die Dauer der Prozesse zu verkürzen und den Rechtsfrieden schneller wieder herzustellen. Angesichts der momentanen Sparwelle in den öffentlichen Haushalten sieht die CSP Schweiz jedoch entsprechende Probleme bei der Umsetzung.

CVP: Die CVP hält den von der Expertengruppe erarbeiteten Entwurf für ein gelungenes Gerüst. Es ist der Expertengruppe im Wesentlichen gelungen, die Fortführung der schweizerischen Rechtstradition, die anerkannten Grundsätze und Prinzipien herauszukristallisieren und im Vorentwurf aufzunehmen. Dennoch bedarf der Entwurf noch einiger Verbesserungen, vor allem aufgrund der fehlenden Praxis.

EVP: Wir begrüssen die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts. Ein vermehrte Koordination mit der eidgenössischen Strafprozessordnung wäre wünschenswert. Ausserdem müssen die in vier Kantonen bestehenden sehr erfolgreichen Handelsgerichte bestehen bleiben, was bei den Rechtsmitteln und dem Instanzenzug zu beachten ist.

Grüne Partei: Wir anerkennen die von der vorberatenden Expertenkommission geleistete grosse Arbeit, die keine einfache war, galt bzw. gilt es doch, aus den heute existierenden und teils sehr unterschiedlichen 26 kantonalen Zivilprozessordnungen sowie einigen Konkordaten ein einziges Bundesgesetz zu schaffen, welches auch den gesellschaftlichen Veränderungen der letzten Jahrzehnte Rechnung trägt. Das Resultat einer solchen Arbeit kann zwangsläufig nicht allen Interessen gerecht werden. Angesichts dieser Ausgangslage finden wir es sinnvoll, dass die Expertenkommission zu Beginn ihrer Tätigkeit die auf S. 10 (Ziff. 3.1) ihres erläuternden Berichts beschriebenen Leitlinien verabschiedet hat. Diesen Leitlinien wie auch dem Entscheid, das Verfahren vor

Bundesgericht (geplantes BGG) nicht in den VE-ZPO zu integrieren, können wir im Grundsatz zustimmen, mit folgenden Bemerkungen bzw. Vorbehalten:

- a. Den Entscheid, die Gerichtsorganisation bei den Kantonen zu belassen (Leitlinie 3), halten wir grundsätzlich für richtig. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten stark angestiegenen Mobilität der Menschen, Güter und Dienstleistungen sowie der Komplexität einzelner technischer Materien könnte es jedoch in Zukunft sinnvoll sein, für einige Rechtsgebiete auch für erstinstanzliche Zivilprozesse eidgenössische (Spezial-)Gerichte zu schaffen (z.B. Patentrecht, Kernenergiehaftpflichtrecht). Die verfassungsrechtliche Grundlage dafür ist vorhanden (Art. 191a Abs. 3 BV).
- b. Hinter die geplante rigorose "Entschlackung" des materiellen Bundesprivatrechts von zivilprozessualen Bestimmungen (Leitlinie 6) setzen wir ein Fragezeichen. Wir sind der Auffassung, dass ein solcher Kahlschlag teilweise übers Ziel hinaus schießen würde bzw. verfrüht wäre (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 242 ff., Ehescheidungsverfahren); dies insbesondere angesichts des Grundsatzentscheides, mit Hinblick auf kreative Rechtsfortbildung durch die Gerichte (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB) in der ZPO selbst Lücken in Kauf zu nehmen (Leitlinie 4). Einige dieser Lücken im Vorentwurf können denn auch nicht hingenommen werden, weil sie zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen würden (vgl. z.B. unsere Ausführungen zu Art. 71).
- c. Wir begrüßen die Absicht, für den "sozialen Zivilprozess" gesonderte Regelungen vorzusehen (Leitlinie 8). Dazu gehören auch die volle Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeistände (Art. 107 Abs. 3) sowie eine möglichst weit gehende Legitimation zur Verbandsklage (Art. 79). Der soziale Zivilprozess könnte jedoch noch ausführlicher geregelt werden; auch die Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag sollten dazu gehören.

Erfreulich ist, dass der VE-ZPO (beinahe) konsequent geschlechtsneutrale Formulierungen wählt, was leider (insbesondere in kantonalen Gesetzgebungsverfahren) auch zu Beginn der 21. Jahrhunderts noch nicht überall selbstverständlich ist! Es wird zudem unter Beweis gestellt, dass auch komplexe Regelungen (z.B. Art. 157) auf stilistisch befriedigende Art geschlechtsneutral abgefasst werden können.

LPS: Comme la commission d'experts le relève dans son rapport (ch. 3.1), l'unification du droit de procédure civile doit se faire par une codification au niveau du droit fédéral. En l'occurrence, la codification proposée nous paraît globalement bonne, tant à la forme que sur le fond.

Dans leur version française, les dispositions de l'avant-projet sont bien rédigées. S'agissant d'un projet de loi fédérale, cela n'est pas si fréquent qu'il ne vaille pas la peine de le souligner ici.

L'avant-projet mis en consultation est, en outre, remarquablement concis. De nature technique, une loi de procédure est évidemment soumise à l'exigence de la précision. Mais la procédure n'est pas un but en soi: son objectif est d'assurer l'application de droit matériel dans le respect du principe de l'égalité de traitement et des autres garanties accordées aux parties. Il s'ensuit que, dans ce domaine, si la loi doit contenir toutes les dispositions nécessaires, elle ne doit contenir que celles-ci. Une législation pléthorique peut facilement conduire à des excès de formalisme propres à mettre en péril l'application du droit matériel.

Sur le fond, la commission d'experts expose, dans son rapport (ch. 3.1), que "le cadre de procédure civile suisse doit être avant tout axé sur les *besoins de la pratique* et sur les *finalités du procès*", qu'il "doit permettre de *poursuivre la tradition juridique suisse*" et qu'un "*compromis acceptable par tous* doit être trouvé dans les domaines où les codes cantonaux de procédure civile présentent de grandes différences". Nous ne pouvons que souscrire à ces principes, et nous sommes d'avis que l'avant-projet en constitue effectivement une bonne concrétisation.

Le PLS approuve, enfin, le choix d'intégrer dans la loi:

- les dispositions relatives à la compétence à raison du lieu, qui font actuellement l'objet de la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors), du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001;
- les dispositions relatives à l'arbitrage interne, qui est actuellement régi par le concordat sur l'arbitrage, du 27 mars 1969, auquel tous les cantons ont adhéré; ainsi que la volonté d'assurer la coordination avec d'autres lois fédérales et de décharger, autant que possible, le droit matériel des dispositions de procédure qu'il contient.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: L'Association Suisse de l'Arbitrage est favorable à l'intégration à la PCS d'un chapitre sur l'arbitrage interne. Elle se réjouit de la qualité de la réglementation proposée et approuve le maintien du dualisme entre arbitrage interne et arbitrage international, de même que le choix de calquer la nouvelle réglementation sur un texte suisse existant, plutôt que sur la loi modèle CNUDCI. Cela étant, elle estime que le projet peut encore être amélioré et, après une large consultation de ses membres, formule un certain nombre de propositions.

ASLOCA: Sur le principe, l'ASLOCA, Fédération romande est favorable à l'unification de la procédure civile et est satisfaite de la démarche consistant à s'inspirer des différents systèmes cantonaux.

AVGE: L'avant-projet représente, plutôt qu'un compromis, un "*puzzle*" d'éléments ayant fait leur preuve dans les différentes procédures civiles cantonales. Cette technique doit être approuvée. Elle permet d'avoir une sorte "d'acquis fédéral de procédure" qui, consolidé dans l'avant-projet, est un premier pas, important, vers l'unification.

Mérite d'être approuvé aussi le choix d'expurger le Code civil, le Code des obligations et les lois spéciales de toutes les règles de procédure civile.

Le fait que l'unification de la procédure ne touche pas à l'organisation judiciaire correspond également à la sensibilité suisse.

L'Ordre des Avocats de Genève salue en particulier la partie consacrée à l'arbitrage interne qui n'appellera pas d'autres commentaires si ce ne sont ceux du colloque en l'honneur du Professeur PERRET que l'on intègre ici par référence.

Sous réserve des observations détaillées qui suivent, l'Ordre des Avocats de Genève approuve donc la codification proposée.

Aux termes de cet exposé, qui se veut volontairement succinct, l'Ordre des Avocats de Genève, relève que cet avant-projet de loi fédérale de procédure civile représente un réel progrès juridique en Suisse.

Cependant, le but des experts qui voulaient d'abord codifier l'acquis procédural suisse a rendu cet avant-projet peu innovateur.

Le monde moderne a connu une accélération dans tous les domaines et il serait peut-être nécessaire d'introduire, dans le futur Code de procédure civile suisse, un système de jugement préliminaire tel qu'il est connu par d'autres pays en Europe.

Il suffirait pour cela de modifier quelque peu la LP afin que la mainlevée provisoire soit octroyée, par exemple, sur la base de la vraisemblance de la créance alléguée.

Une telle modification, minime en la forme, provoquerait un changement du système et des mœurs judiciaires.

Envisager une telle modification est une tâche du législateur. L'Ordre des Avocats de Genève est d'avis, cependant, qu'une telle évolution correspondrait aux attentes des "*consommateurs de justice*".

AVLU: Der Luzerner Anwaltsverband betrachtet den Vorentwurf der Expertenkommission grundsätzlich als taugliche Grundlage, dies nicht zuletzt deshalb, weil darin verschiedene bewährte Grundsätze der Luzerner Zivilprozessordnung übernommen werden. Mit einer Schweizerischen Zivilprozessordnung auf der Basis des vorliegenden Vorentwurfs würde somit das im Kanton Luzern geltende Zivilprozessrecht nicht grundlegend umgekrempelt.

AVZH: Der Vorentwurf der Expertenkommission erscheint uns ausgewogen und wird grundsätzlich unterstützt.

CCIG: Nous relevons que le projet qui est soumis en consultation est d'une grande qualité et nous saluons le travail qui a été accompli.

CVAM: Cet avant-projet a suscité un certain nombre de remarques négatives. Il surprend en particulier par sa simplicité: en effet, il ne compte que 395 articles, alors que de nombreux codes ou lois cantonaux de procédure en comptent plus du double. De l'avis de plusieurs praticiens, l'avant-projet contient des lacunes ou entretient un grand flou, en particulier dans les domaines suivants: la procédure incidente, l'appel en cause, le défaut, le relief, la suspension, les preuves à futur, la procédure de partage ou encore la consignation. Nous n'entendons pas nous prononcer sur ces questions très techniques, mais nous souhaitons vivement que vous soyez extrêmement attentif aux remarques formulées par les praticiens (avocats, juges, etc.). Il serait surprenant que, pour des questions de nature purement processuelle (hors toute considération relative à l'organisation judiciaire), les cantons soient finalement contraints d'adopter des lois d'application importantes, qui créeraient à n'en pas douter de nouvelles disparités. Il apparaît aussi que la généralisation d'institutions parfois inconnues dans certains cantons, telles que l'appel par exemple, auront vraisemblablement pour effet d'engendrer un rallongement de la durée des procès et une augmentation des coûts mis à la charge des contribuables. Il conviendra de faire ainsi une juste pesée de tous les intérêts en présence.

economiesuisse: Besonders begrüßen wir

- die Übernahme anerkannter Grundsätze und bewährter Rechtsinstitute aus den kantonalen Zivilprozessordnungen in eine eigenständige Synthese,
- das Bestreben um ein praxisnahes und ökonomisches Verfahren,

- den Verzicht auf eine Überreglementierung mit der Betonung der richterlichen Prozessleitung bei grundsätzlicher Beibehaltung der Verhandlungsmaxime,
- den Verzicht auf die Einführung der im amerikanischen Recht bekannten Sammelklagen mit kontraproduktiven Effekten,
- die Beibehaltung des Instituts der Handelsgerichte und
- die zweckmässige Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit.

FER: L'avant-projet de loi fédérale de procédure civile doit impérativement répondre aux attentes des cantons qui, même s'ils se trouvent dans l'ensemble proposer des règles de procédure similaires, n'en demeurent pas moins conserver quelques institutions juridiques de nature substantiellement différente.

Malgré les difficultés rencontrées, il semble, à la lecture de cet avant-projet, que cet impératif ait, dans une large mesure, été respecté. La commission d'experts s'est en effet efforcée de reprendre les règles de procédure qui ont fait leur preuve dans les lois cantonales, sans prendre pour modèle une loi de procédure civile particulière.

Cet effort, même s'il apparaît être des plus louables, ne restera toutefois certainement pas sans poser un certain nombre de problèmes. Les solutions proposées ne manqueront en effet pas d'être considérées par certains comme étant d'une sévérité procédurale excessive, alors que d'autres les trouveront par trop laxistes. Il semble toutefois que ce soit le prix à payer pour pouvoir parvenir à une unification de la procédure civile qui corresponde à un consensus.

La Fédération reste, quoiqu'il en soit, convaincue que la tâche confiée à la commission, même si elle n'apparaît pas des plus aisées, n'en demeure pas moins essentielle.

Avec la réforme de la justice entreprise ces dernières années, par l'adoption notamment de la loi fédérale sur les fors, ainsi que, récemment, de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, l'ordre juridique suisse se retrouve confronté à une profonde mutation que certains auront de la peine à accepter, mais qui apparaît pourtant être nécessaire.

Les cantons étant très attachés à leur tradition et autre culture, ils éprouveront certainement des difficultés à admettre que l'une des compétences essentielles qui leur était encore attribuée par la Constitution fédérale, à savoir légiférer en matière de procédure civile, soit désormais intégralement dévolue à la Confédération. Les plus sceptiques devront toutefois se rendre à l'évidence.

La coexistence de vingt-six droits de procédure civile cantonale, sans compter les différents concordats applicables à cette matière, ne correspond plus aux exigences de notre époque où les rapports juridiques ignorent les frontières cantonales, voire même nationales. Ceci, sans compter que la disparité des procédures cantonales peut, d'un canton à l'autre, occasionner des inégalités de traitement.

Pour les avocats et autres mandataires professionnellement qualifiés, l'application de ces différents droits de procédure civile se traduit matériellement par une impossibilité quasi absolue de défendre les intérêts de leurs clients devant d'autres juridictions cantonales. Ceci apparaît être d'autant plus problématique lorsque l'on sait qu'un certain nombre de procédures se trouvent avoir des ramifications dans d'autres cantons.

Ces problèmes ne sont d'ailleurs pas sans avoir également des répercussions au niveau financier, notamment pour les justiciables. Or, l'unification de la procédure civile permettra non seulement de pallier ces inconvénients, mais elle offrira également la possibilité pour le tribunal saisi d'accomplir certains actes de procédure en dehors de ses limites territoriales (art. 190 AP), ce qui constitue, pour la Suisse, une avancée majeure en matière de procédure civile.

Cette adaptation apparaît être d'autant plus nécessaire que pour éviter l'application divergente du droit privé fédéral, la Confédération a été, à plusieurs reprises, amenée à insérer dans des règles fédérales de droit matériel des règles de procédure civile, ce qui n'est évidemment pas sans créer une certaine insécurité juridique.

Avec l'unification de la procédure civile, un grand nombre de prescriptions de procédure qui se trouvent actuellement dans le code civil, le code des obligations, ainsi que d'autres législations spéciales de droit privé pourront ainsi être abrogées. Insérées dans une seule et même loi fédérale de procédure civile, ces règles en deviendront en effet plus accessibles.

Hormis ces différents avantages que l'unification de la procédure civile ne manquera pas d'apporter, la Fédération se félicite également de constater que l'avant-projet innove en intégrant certaines règles de procédure qui vont dans le sens d'une bonne et saine administration de la justice.

Parmi celles-ci peuvent notamment être citées les règles relatives au comportement conforme aux règles de la bonne foi (art. 47 AP), au droit d'être entendu (art. 48 AP), à l'interpellation des parties par le tribunal (art. 51 AP), aux conditions de recevabilité d'une requête ou d'une demande (art. 54 AP), à l'incapacité de procéder devant le tribunal (art. 61 AP), à la correction des vices de forme (art. 123 AP), ainsi qu'à l'obligation pour le tribunal d'informer les parties de la suspension des délais (art. 138 al. 2 AP).

Même si ces règles étaient, dans une large mesure, déjà connues des différentes jurisprudences cantonales, voire même fédérale, il est sage, pour la sécurité du droit, que l'avant-projet les ait codifiées.

FRStZH: Materiell überzeugt der vorliegende Entwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung. Das vorgesehene, in vielen Kantonen seit 200 Jahren bewährte Schlichtungsverfahren wird von den Bürgern als unkomplizierter Einstieg in die Rechtsprechung sehr geschätzt. Es dürfte mit Recht auch in Zukunft eine wichtige Funktion einnehmen.

HEV: Wir unterstützen den Vorschlag der Expertengruppe, die ZPO nicht als Rahmengesetz zu gestalten und den Kantonen alles weitere zu überlassen, sondern mit zugegebenermassen teils sehr detaillierten Regelungen die Verfahren vor den Gerichten einheitlich und abschliessend zu regeln. Die Umschreibung des Regelungsbereiches der ZPO verdient Zustimmung. Die eigenständige Rolle der Kantone wird weiterhin gewahrt.

KassZH: Das Kassationsgericht hat in grundsätzlicher Hinsicht zu Grundtendenzen und Struktur der BZPO keine Bemerkungen und nimmt zustimmend davon Kenntnis. Hingegen besteht zu zahlreichen einzelnen Themenkomplexen sowie bezüglich einzelnen Bestimmungen Anlass zu Bemerkungen und Kritik.

Thematisch lassen sich die nachfolgenden Bemerkungen in dreierlei Hinsicht fokussieren:

- Überbetonung der Stellung des Gerichts unter Vernachlässigung von Parteirechten
- Rudimentäre Behandlung wesentlicher Punkte bzw. Konkretisierung im Bericht statt im Gesetz (z.B. Protokollierung, Vorladung)
- Teilweise ungenügende Abstimmung auf parallel laufende Gesetzgebungsprojekte im Bund (BGG; BStPO).

OGZH: Ganz abgesehen vom bestehenden Verfassungsauftrag begrüßen wir das Ziel der Vereinheitlichung der kantonalen Prozessgesetze ausdrücklich. Es ist mit Priorität zu fördern. Der Vorentwurf enthält die beeindruckende Leistung einer Synthese der kantonalen Prozessordnungen, welche den gewachsenen Besonderheiten so weit als möglich Rechnung trägt und dennoch nicht ein Flickwerk, sondern ein in sich geschlossenes Ganzes bildet.

Noch mehr als Einzelheiten des Verfahrens dürfte die Behörden-Organisation in den Kantonen verwurzelt und vertraut sein. Es ist daher richtig, an dieser Organisation nicht zu rütteln und sie nach wie vor den Kantonen zu überlassen.

Eine der wesentlichen Neuerungen sehen wir in einer konsequenten Zweistufigkeit des Verfahrens auf kantonaler Ebene. Sie steht im Einklang mit den Bestrebungen im Strafprozess und spiegelt sich auch im Entwurf für das Verfahren im Erwachsenenschutzrecht. Sie stellt den richtigen Mittelweg dar zwischen den gegenläufigen Zielen Kostengünstigkeit/rasche Streiterledigung einerseits und Qualität/Autorität andererseits.

Mit Recht bezeichnet der Bericht die Handelsgerichtsbarkeit als ausserordentlich bewährt und aus der Praxis der betreffenden vier Kantone nicht mehr wegzudenken. Sie entspricht einem Bedürfnis der Wirtschaft. Der Ständerat hat die Handelsgerichte mit Art. 71 BGG bereits ausdrücklich im Bundesrecht verankert.

Beim Verfahren begrüßen wir die Flexibilität, welche es erlaubt, den Besonderheiten des einzelnen Falles Rechnung zu tragen.

Im vereinfachten Verfahren scheint uns eine Überprüfung des Vorentwurfes wünschbar. Es sollte grundsätzlich mündlich sein (mit der Möglichkeit, ausnahmsweise auch schriftliche Stellungnahmen zuzulassen). Auch mit der Hilfe von Formularen ist ein Laie in der Regel überfordert. Die zweckmässige Ausübung der richterlichen Fragepflicht gegenüber Laien setzt ebenfalls Mündlichkeit voraus.

Roche: Roche unterstützt das Bestreben der Expertenkommission, eine bundesrechtliche Zivilprozessordnung in erster Linie auf die Bedürfnisse der Praxis und den Zweck des Prozesses (Durchsetzung des materiellen Rechts, Sicherung des Rechtsfriedens und Beachtung der Rechtsgleichheit) auszurichten. Insbesondere ist der Vorentwurf von einer erfreulichen Knappheit gekennzeichnet. Dass dabei dem Gedanken der Prozessökonomie grosser Raum eingeräumt wird, ist grundsätzlich anerkennenswert. Wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird, sind wir jedoch der Ansicht, dass im Vorentwurf zuweilen prozessökonomischen Postulaten zu sehr nachgegeben worden ist (beispielsweise bei der Bemessung der Rechtsmittelfristen), worunter bei komplexen Sachverhalten, wie sie sich gerade in der pharmazeutischen Industrie oft präsentieren, die Durchsetzung des materiellen Rechts als Hauptziel des Prozessrechts leiden kann. Dazu kommt, dass die Schweizer Gerichte bereits jetzt unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensdauer im internationalen Vergleich gut abschnei-

den, so dass dem Gebot der Prozessökonomie in der Schweiz nicht unter allen Gesichtspunkten vorrangige Bedeutung zukommen muss.

Roche befürwortet, dass der Vorentwurf versucht, eine einheitliche Zivilprozessordnung auf der Basis des Prozessrechts aller Kantone zu schaffen, ohne einzelne Prozessordnungen zu bevorzugen oder gar zum Modell zu nehmen. Wir sind der Ansicht, dass der Vorentwurf insgesamt einen ausgewogenen Kompromiss darstellt und hoffen, dass die einzelnen Kantone genügend Kompromissbereitschaft und Neuerungswillen aufbringen, um auf einzelne traditionelle kantonale Sonderheiten zu verzichten.

Roche heisst überdies gut, dass das gesamte Verfahrensrecht in Zivilsachen in einer einzigen Kodifikation zusammengefasst wird und die bundesgerichtliche Rechtsprechung in zivilprozessualen Fragen in vielen Bereichen kodifiziert werden soll; dadurch werden Transparenz und Rechtssicherheit geschaffen. Gleichzeitig wird das materielle Recht in begrüssenswerter Weise von Bestimmungen des Verfahrensrechts entschlackt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist der Kodifizierung des Verfahrensrechts für das Verfahren vor Bundesgericht in einem separaten Erlass (BGG) zuzustimmen.

Roche kann nachvollziehen, dass der Vorentwurf aus föderalistischen Überlegungen sowie aus Gründen der besseren Akzeptanz in die Gerichtshoheit der Kantone nicht eingreift. Leider wird dadurch die Chance vertan, das für die kompetente Beurteilung wirtschaftlich komplexer Sachverhalte segensreiche Institut der Handelsgerichte allgemein oder zumindest weiter verbreitet einzuführen. Immerhin tastet der Vorentwurf die bereits in verschiedenen Kantonen bestehende Handelsgerichtsbarkeit nicht an.

SchKG-Vereinigung: Die SchKG-Vereinigung begrüsst den Vorentwurf der Expertenkommission. Den allgemeinen Ausführungen im Bericht kann weitgehend gefolgt werden. Es ist sinnvoll, sich in einem ersten Schritt auf die Vereinheitlichung des Bestehenden zu beschränken und die Vorlage nicht mit unbekanntem Innovationen zu belasten.

Die SchKG-Vereinigung schätzt die Qualität des Vorentwurfes und möchte die Expertenkommission für ihre sorgfältige Arbeit loben.

suisa: Im Prinzip zustimmen können wir den im Bericht dargelegten Leitlinien des Vorentwurfs (S. 10 f.).

Der Vorentwurf besticht durch einen klaren und sinnvollen Aufbau und stellt unseres Erachtens in jedem Fall eine gute Diskussionsbasis dar.

SVV: Die Privatversicherer begrüssen den Entwurf zur Vereinheitlichung des Schweizer Zivilprozesses, insbesondere aus folgenden Gründen:

- die ZPO erlaubt eine Gesamtschau der zivilprozessrechtlichen Bestimmungen, die auf der Ebene der kantonalen Gerichte anwendbar sind. Die war bisher angesichts unserer 26 kantonalen Zivilprozessordnungen unmöglich;
- insgesamt gesehen ist das vorgeschlagene System kohärent, praktisch und nur wenig formalistisch. Der Vorentwurf legt Wert auf ein Verfahren, das wirtschaftlich ist und praktischen Anforderungen entspricht;
- die Privatversicherer begrüssen die Integration der Schiedsgerichtsbarkeit (VIE ZPO 344 ff.). Die nationale Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt damit der

eidgenössischen Zivilprozessordnung und nicht mehr dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969;

Es wäre aus unserer Sicht wünschenswert, dass die vor dem Bundesgericht stattfindenden Zivilprozesse in die ZPO integriert werden. Wir sehen aber auch die praktischen Schwierigkeiten, die dies mit sich bringen würde: Mit nahezu 400 Gesetzesartikeln hat der VE ZPO heute schon einen beträchtlichen Umfang und würde durch Integration der Verfahrensregeln in Direktprozessen noch umfangreicher.

Angesichts der klar erkennbaren, vorstehend bereits teilweise aufgezählten Vorteile, die die eidgenössische Zivilprozessordnung im Verhältnis zum bisherigen System mit sich bringt, ist es wünschenswert, dass bei der Umsetzung dieser neuen Ordnung ein zügiges Tempo eingeschlagen wird.

SVZst: Der Schweizerische Verband für Zivilstandswesen ist der Meinung, dass der Versuch, eine vermehrte Effizienz durch diese Reform zu erzielen mehrheitlich gelungen ist. Der vorliegende Vorentwurf des Gesetzestextes kann also grundsätzlich in dieser Form in die neue Schweizerische Zivilprozessordnung aufgenommen werden.

swissmem: Der Expertenentwurf orientiert sich nebst einer Modernisierung an den bestehenden Rechtstraditionen und nimmt viel Bewährtes – sei es aus einzelnen oder mehreren kantonalen ZPO's – in den Text auf. Wir betrachten die Vorlage insgesamt als fundierte und geglückte Arbeit.

SwissBanking: Wir begrüßen den Entwurf zur Vereinheitlichung des Schweizer Zivilprozesses. Nach unserer Einschätzung trägt er den kantonalen Traditionen grösstenteils Rechnung und berücksichtigt die meisten Anliegen an ein modernes Prozessrecht. Durch die Zuweisung der Gerichtsorganisation an die Kantone trägt er den lokalen Gepflogenheiten Rechnung.

TS: Im Grundsätzlichen begrüßen wir die Schwerpunkte und die Stossrichtung des Vorentwurfs. Es scheint sinnvoll zu sein, dass die neue schweizerische Zivilprozessordnung auf der bisherigen verfahrensrechtlichen Tradition der Kantone fussen soll, namentlich was Systematik, Sprache, Terminologie und Verfahrensarten betrifft. Insbesondere ist es unserer Ansicht nach gelungen, im Vorentwurf den unterschiedlichen Bedürfnissen und Anliegen von Zivilprozessen (ordentliches Verfahren, vereinfachtes Verfahren) Rechnung zu tragen. Voll unterstützen können wir auch den Plan, eine Kodifikation des Zivilprozessrechts vor den kantonalen Instanzen und nicht bloss ein bundesrechtliches Rahmengesetz zu schaffen, weil letztere Lösung den heutigen Rechtswirrwarr im Zivilprozess nur noch vergrössern würde. Dies zeigt sich auch darin, dass mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung eine Vielzahl von prozessrechtlichen Bestimmungen des ZGB und OR sowie weiterer Spezialgesetze gestrichen werden könnten und – unter Berücksichtigung der heutigen 26 kantonalen Zivilprozessgesetze – inskünftig das Zivilprozessrecht nicht mehr wie bis anhin in vielen tausend Vorschriften der Kantone und des Bundes, sondern in weniger als 400 Artikeln geregelt wäre. Richtig scheint uns des Weiteren, den Geltungsbereich der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf das Verfahren vor den kantonalen Instanzen zu beschränken und das Verfahren vor Bundesgericht wie bis anhin in einem eigenständigen Gesetz zu regeln.

Uni LA: Il convient de saluer liminairement l'important travail effectué par la commission d'experts dans un domaine dont l'unification était naguère considérée

comme pratiquement impossible. Cette commission a su éviter plusieurs écueils, dont celui de s'inspirer trop unilatéralement d'une procédure civile cantonale particulière, et celui de vouloir "profiter" de l'unification de la procédure civile en Suisse pour introduire des institutions actuellement inconnues partout en Suisse, même si elles sont pratiquées dans d'autres systèmes juridiques. Malgré des prises de position contraires dans la doctrine, il convient en effet de considérer comme une qualité la relative prudence de l'AP face à certaines suggestions d'innovation. En elle-même, l'unification de la procédure représentera déjà un bouleversement considérable et exigera un effort d'adaptation important pour tous les praticiens. Outre que cela impliquerait un risque non négligeable pour la faisabilité politique du projet, il ne serait pas judicieux d'y ajouter l'introduction d'institutions controversées comme la *class action* de type anglo-saxon ou la médiation obligatoire par exemple. Et l'on regrettera que cette retenue ne se soit pas manifestée également au sujet de la proposition contestable d'introduire en Suisse le caractère exécutoire sans jugement des titres authentiques (voir rem. ad art. 337 ss AP).

Uni NE: Dans ses remarques introductives, D. 5, le rapport accompagnant l'avant-projet relève que le morcellement actuel entraîne l'insécurité du droit et des difficultés considérables dans la pratique, qui s'accompagnent de répercussions économiques indésirables, la constatation du droit déterminant et de son contenu exact demandant souvent beaucoup de temps et de travail. De plus, les différences de chaque procédure se traduiraient pour les avocats des autres cantons par de véritables pièges de procédure pouvant aller jusqu'à l'impossibilité de mettre en oeuvre judiciairement des prétentions justifiées, uniquement pour des raisons de procédure.

Ces propos doivent être relativisés. L'unification sera bénéfique à long terme puisqu'elle assurera une véritable lisibilité de la procédure civile. Elle entraînera en revanche dans les premiers temps une certaine insécurité, puisqu'il faudra s'adapter aux nouvelles dispositions légales. Il est simplificateur de soutenir que le remplacement de 10'000 prescriptions figurant dans les 26 lois et codes cantonaux de procédure civile par les quelques 400 articles de l'avant-projet amènent une simplification et une épuration colossale du droit de procédure suisse (voir l'avant-projet, p. 13). En effet, comme le relève l'avant-projet lui-même, bon nombre de dispositions cantonales se retrouvent d'un code à l'autre, et elles ont fait, dans chaque canton, l'objet de réflexions doctrinales et jurisprudentielles approfondies, depuis souvent près d'un siècle. Ainsi, à l'heure actuelle, les dispositions cantonales de procédure ne créent pas de difficultés particulières à l'intérieur de chaque canton.

Avec une loi fédérale, il faudra évidemment s'adapter et élaborer une nouvelle jurisprudence ce qui, fatalement, signifie, pendant un temps du moins, une augmentation du nombre de recours portant sur l'interprétation des dispositions procédurales et donc, une augmentation probable du nombre de causes déferées au Tribunal fédéral dans ce domaine.

Ces propos ne sont pas là pour remettre en cause l'utilité de l'unification. Ils visent simplement à relativiser les arguments utilisés souvent sans nuance à son appui.

La nouvelle loi de procédure civile suscitera nécessairement de nombreuses interrogations qu'il reviendra à la jurisprudence de trancher. Il est primordial toutefois, et c'est dans ce sens que les remarques qui précèdent doivent être

mises à profit, que la loi règle clairement les points qui peuvent l'être. Il faut éviter que la nouvelle réglementation soit trop lacunaire voire contradictoire. Dans la mesure où il n'existe aucune urgence, politique, sociale et économique, à l'unification, il faut prendre le temps d'élaborer une loi de qualité.

L'avant-projet est une base de travail satisfaisante, dont l'une des principales qualités est de proposer des solutions simples et raisonnables sur plusieurs points. Il doit toutefois être amélioré à de nombreux égards.

VbernGerichtschreiber: Der Verband begrüsst das Vorhaben, die verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen durch einen in der ganzen Schweiz geltenden Erlass zu ersetzen. Er erachtet den vorgelegten Entwurf insgesamt als gelungen.

VSGV: Das Bestreben, die in den einzelnen kantonalen Zivilprozessordnungen vorhandenen Sonderlösungen unter einen Hut zu bringen, ist ersichtlich. Die bewährten Teile der einzelnen ZPO's sind unseres Erachtens in eine insgesamt gute gesamtschweizerische Lösung eingebunden worden. Ob mit den neu geschaffenen Instituten wie beispielsweise der vollstreckbaren öffentliche Urkunde der anvisierte Zweck wirklich immer erreicht werden kann, muss zumindestens in Teilbereichen bezweifelt werden.

ZHK: Aus Sicht der Wirtschaft muss die jetzige Situation - ein Nebeneinander kantonalen Zivilprozessgesetze, in der Bundesverfassung und einer Reihe von Bundesgesetzen festgelegter verfahrensrechtlicher Regeln sowie ungeschriebenen Zivilprozessrecht durch das Bundesgericht - als (zu) wenig transparent qualifiziert werden. Entsprechend schwer zugänglich sind heute die Quellen des Zivilprozessrechts in der Schweiz. Diese Zersplitterung führt zu Rechtsunsicherheit und erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis, ist also unökonomisch. Der Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung ist als echter Fortschritt zu taxieren: Er übernimmt die anerkannten Grundsätze und viele bewährte Rechtsinstitute aus den kantonalen Zivilprozessgesetzen, zieht diese also gewissermassen zu einer Synthese zusammen. Da er sich nicht auf eine bestimmte Zivilprozessordnung abstützt, wird jeder Kanton im Vorentwurf vertraute Regeln, aber auch Neues finden. Neben dem gesamten schweizerischen wird auch das europäische Rechtsumfeld berücksichtigt. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts bedingt daher einerseits Flexibilität und die Bereitschaft, sich auf Neuerungen einzustellen, bedeutet aber andererseits eine Fortentwicklung der Rechtstradition.

Besonderes Gewicht legt der Vorentwurf auf ein praxisnahes und ökonomisches Verfahren, um den Rechtsuchenden einen raschen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, aber auch um ein zweckmässiges Instrument für die Gerichte sowie die Anwaltschaft zu sein. Die Kammer wertet es positiv, dass der Vorentwurf das schweizerische Prozessrecht massgeblich vereinfacht bzw. "entschlackt". Mit seinen knapp 400 Artikeln entspricht er dem Umfang einer durchschnittlichen kantonalen Zivilprozessordnung. Effektiv ist er jedoch wesentlich kürzer: Er regelt nämlich umfassend das zivilprozessuale Verfahren vor kantonalen Gerichten, so dass zahlreiche prozessrechtliche Vorschriften im Zivilgesetzbuch, im Obligationenrecht und in über 20 weiteren Bundesgesetzen gestrichen werden können. Neben diesen Normen des Bundesrechts entfallen zudem das gesamte Konkordatsrecht im Bereich des Zivilprozesses sowie rund 10 000 Vorschriften der kantonalen Zivilprozessordnungen.

Der Vorentwurf geht von den klassischen Verfahrenstypen aus. Sie sind auf die verschiedenen Arten des Rechtsstreites und der Parteien zugeschnitten: ordentliche Verfahren, handelsgerichtliche Streitigkeiten, vereinfachte, kostengünstige Verfahren (sozialer Zivilprozess) und summarische Verfahren. Das ordentliche Verfahren dient als Basis. Eine (zu) grosse Bedeutung wird dem sozialen Zivilprozess beigemessen. Dieser soll vor allem bei Fragen des Miet-, Arbeits- und Konsumentenrechts Anwendung finden. Das Anliegen kostengünstiger und bürgernaher Verfahren darf nicht mit dem Ziel konfliktieren, die Gerichtsressourcen möglichst effizient einzusetzen.

Positiv beurteilt die Kammer, dass das Prozessrecht nicht überreglementiert wird: So zielt der Vorentwurf auf eine möglichst effiziente und einzelfallgerechte richterliche Prozessleitung, ohne grundsätzlich von der Verhandlungsmaxime (Darlegung des Streites durch die Parteien) abzurücken. Das Gericht hat zahlreiche Möglichkeiten für ein straffes Prozessmanagement und kann je nach den Erfordernissen der Prozessökonomie beispielsweise Verfahren trennen oder vereinigen. Ein weiteres Anliegen ist die Prozessbeschleunigung.

Dass der Vorentwurf nur das Verfahrensrecht vereinheitlicht und die Gerichtsorganisation sowie die sachliche Zuständigkeit den Kantonen überlassen bleibt, ist zu begrüßen - ebenso dass die Kantone wie bisher frei sind, auch Handelsgerichte vorzusehen.

#### 412.2 Kritik / Critique / Critica

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Unsere detaillierten Bemerkungen zum Vorentwurf finden Sie unter den einzelnen Bestimmungen. Die wichtigsten Kritikpunkte zum Vorentwurf können wir jedoch kurz wie folgt zusammenfassen:

- Gemäss Art. 5 Abs. 3 des Vorentwurfs können Entscheide des Handelsgerichts mit Beschwerde angefochten werden. Demzufolge müsste der Kanton Aargau gegen Entscheide des heute bestehenden Handelsgerichts ein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung stellen. Das Handelsgericht ist ein Fachgericht, das sich bewährt hat. Ein Weiterzug ans Obergericht des Kantons Aargau, das kein Fachgericht ist, macht keinen Sinn. Es muss daher zulässig sein, dass das Handelsgericht einzige kantonale Instanz auf dem Gebiet des Handelsrechts bleibt. Dies wäre auch gemäss dem Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) zulässig (Art. 71 Abs. 2 lit. b BGG).
- Die Regelung der Prozesskosten und der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung muss Sache der Kantone bleiben. Letztere tragen die Kosten ihrer Justiz selber und sollen daher auch - im Rahmen des Äquivalenzprinzips - die Tarife selber bestimmen können. Nur so ist eine gewisse Flexibilität und Kostenkontrolle für die Kantone möglich.
- Gemäss Vorentwurf sind alle Urteile zu begründen, sofern nicht beide Parteien innert 10 Tagen darauf verzichten. Dies führt für unsere Justiz zu beträchtlichen Mehrkosten, da in allen Fällen, in denen sich Parteien nicht um das Verfahren kümmern oder das Urteil nicht genau studieren, begründete Urteile ausgefertigt werden müssten. Die Urteilseröffnung muss daher weiterhin im Dispositiv möglich sein, mit dem Hinweis, dass auf Verlangen einer Partei innert 10 Tagen ein begründetes Urteil auszufertigen ist. Es soll

somit diejenige Partei aktiv werden, die tatsächlich ein begründetes Urteil will.

- Die in Art. 79 VE vorgesehene Verbandsklage lehnen wir ab.
- Die Säumnisfolgen müssen strenger geregelt werden. Falls keine Beweise abzunehmen sind, soll auch keine Verhandlung stattfinden müssen. Im Summarverfahren schlagen wir vor, dass bei Säumnis der beklagten Partei Anerkennung der Sachdarstellung des Klägers und Verzicht auf Einreden angenommen wird.
- Vom Inhalt her identische, aber unterschiedlich formulierte Bestimmungen im VE ZPO und im Entwurf BGG müssen harmonisiert werden (Ausstandsregelung, Verfahrensdisziplin, Fristen etc.). Die beiden Erlasse müssen generell besser aufeinander abgestimmt werden. Dies gilt insbesondere auch für die verschiedenen Streitwertgrenzen: Fr. 10'000.– als Appellationschwelle; ab Fr. 20'000.– Zuständigkeit des Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz bei Streitigkeiten nach dem UWG und obere Streitwertgrenze für vereinfachte Verfahren; bis Fr. 30'000.– kostenloses Verfahren vor Arbeitsgericht sowie Mindeststreitwert für die Zuständigkeit des Handelsgerichts; Fr. 40'000.– als Mindeststreitwert für Beschwerden ans Bundesgericht gem. BGG; ab Fr. 100'000.– Prorogationsmöglichkeit an obere kantonale Instanz.

AI: Es ist nach Auffassung der Standeskommission unabdingbar, dass bei der Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung die folgende Zielrichtung eingehalten werden muss: keine zusätzlichen "kostenlosen" Verfahren und keine zusätzlichen Instanzen. So ist es unannehmbar, dass alle erstinstanzlichen Gerichtsurteile schriftlich begründet werden müssen, da damit gegenüber heute mit wesentlichen Mehrkosten gerechnet werden müsste.

AR: Aus Sicht des Kantons Appenzell Ausserrhoden ist darauf hinzuweisen, dass der Zivilprozess nach neuem Bundesrecht im Vergleich zur geltenden Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh. viel komplizierter werden wird. Das gilt vor allem für das Beweisrecht. Aber auch das neu vorgesehene Schlichtungsverfahren vor einer richterlichen Behörde mit Urteilsvorschlag wird Mehraufwand bringen und mehr richterliches Personal bedingen.

BE: Es sei der Wunsch geäußert nach Koordination mit anderen laufenden Gesetzgebungsprojekten, namentlich mit dem Bundesgerichtsgesetz und dem Vormundschaftsrecht. Ein Bedürfnis hierfür besteht umso mehr, als all diese Vorlagen Auswirkungen auf eine kommende Justizreform im Kanton Bern haben könnten.

BL: Eine Schweizerische Zivilprozessordnung in der Fassung des Vernehmlassungsentwurfs würde für unseren Kanton bedeuten, dass für die basellandschaftliche Gerichtsbarkeit ein – zur Zeit nicht abschätzbarer – finanzieller Mehraufwand entsteht. Dieser würde namentlich durch die vorgeschlagene, grosszügigere Handhabung des Novenrechts sowie durch die vorgesehene Pflicht zur schriftlichen Begründung sämtlicher Gerichtsurteile und -entscheide verursacht. Namentlich den letzteren Vorschlag, der ohne zwingende Notwendigkeit erfolgt und eine einschneidende Änderung für die Zivilgerichtsbarkeit unseres Kantons bedeuten würde, indem zahlreiche zusätzliche Gerichtsschreiber/innen-Stellen mit entsprechend zusätzlichem Raumbedarf geschaffen werden müssten, lehnen wir entschieden ab. Eine solche Vorschrift erhöht nicht zuletzt auch die Kosten für die Rechtssuchenden, was sich rechtspolitisch kon-

traproduktiv auswirken könnte, indem diese aus Kostengründen vermehrt von der gerichtlichen Durchsetzung berechtigter Ansprüche Abstand nehmen.

BS: Von grundsätzlicher Problematik sind auch die im Vorentwurf an verschiedenen Stellen, teilweise von den Prozessparteien und teilweise von den Gerichten, zu beachtenden Maximalfristen. Hierin gelangt ein gewisses – unseres Erachtens unbegründetes – Misstrauen gegenüber der Justiz wie auch der Anwaltschaft zum Ausdruck, dass die Prozesse ungebührlich in die Länge gezogen würden. Die Basler Gerichte unterstützen zwar das Anliegen, dass Prozesse möglichst beförderlich geführt werden sollen, was allenfalls sogar ausdrücklich bei den Verfahrensgrundsätzen erwähnt werden könnte, jedoch scheinen uns die im Entwurf vorgesehenen gesetzlichen Maximalfristen nicht realistisch. Der damit erzeugte Zeitdruck ist einer sorgfältigen Prozessführung nicht förderlich und würde zumindest bei der Justiz auch zu einer Kostensteigerung führen. Aus Sicht der Basler Gerichte wäre daher zu prüfen, ob auf die vorgesehenen Maximalfristen nicht verzichtet werden sollte oder ob diesbezüglich nicht flexiblere Lösungen gefunden werden könnten. Diese Maximalfristen stehen zudem aus heutiger basel-städtischer zivilprozessualer Sicht in einem gewissen Widerspruch zu prozessverlängernden Bestimmungen wie der Einräumung von Nachfristen bei Nichteinreichen einer Klagantwort innert Frist oder der praktisch vollständigen Auflösung der Eventualmaxime.

Generell ist im Vorentwurf eine Tendenz zur Schriftlichkeit festzustellen, was unseres Erachtens - und was wir im folgenden auch zu den einzelnen Bestimmungen postulieren, nicht immer angebracht ist.

FR: Quelques innovations (mémoire préventif: art. 285 AP; amende et astreinte journalières en procédure d'exécution: art. 332 al. 1 let. b et c AP; exécution de titres authentiques: art. 337 ss AP) doivent être appuyées. Il en va de même pour l'introduction d'une procédure spécifique en matière de divorce (art. 242 ss AP).

En revanche suscitent principalement notre opposition l'aménagement d'un recours contre "toute décision" d'un tribunal de 1<sup>ère</sup> instance (art. 3 AP) et celui de la procédure probatoire selon le système des ordonnances de preuve (art. 218 – 219 AP), qui ralentiront à l'excès le déroulement des procès. Il en va de même, en raison de son coût, pour la rémunération à plein tarif de l'avocat désigné comme défenseur d'office au titre de l'assistance judiciaire (art. 107 al. 3 AP).

Avant de se prononcer article par article, le Conseil d'Etat émet les remarques globales suivantes:

- les dispositions prévoyant un "bref délai de grâce" après un délai resté sans suite (art. 90 al. 4, 91 al. 3, 212 al. 1 AP) devraient être supprimées. Il faut favoriser la célérité, éviter les abus et se satisfaire de la possibilité de restitution du délai, déjà large.
- pour tenir compte notamment des systèmes faisant appel aux juges non professionnels, la loi devrait reconnaître formellement au président du tribunal un pouvoir spécifique pour la direction générale des affaires, la fixation des audiences avec les citations y relatives, la direction des débats, la police de l'audience, la signature des actes, etc.
- il paraît nécessaire d'ajouter une disposition permettant au président ou à un juge délégué de rayer du rôle et de fixer les frais pour les causes qui pren-

nent fin sans jugement (retrait, transaction, passe-expédient, perte d'objet, etc.).

- il est nécessaire de régler le cas de la plainte de l'art. 17 LP.

GE: Il peut être déploré que l'avant-projet ne révèle pas d'innovations. Les expériences étrangères relatives notamment au rassemblement privé des preuves (production par les parties de déclarations écrites de tiers pouvant avoir la qualité de témoin), à l'exécution anticipée du jugement présumé (par exemple le "référé-provision" du droit français), aux litiges de masse (action de groupe connue sous le vocable de class action) ou encore à la médiation n'ont trouvé aucun accueil dans l'avant-projet. D'ailleurs, de manière générale, on peut faire la remarque que la commission d'experts n'a pas procédé à des examens comparatifs des systèmes de procédure cantonaux d'une part et étrangers d'autre part. Un effort d'information quant aux solutions adoptées avec succès dans diverses législations étrangères eût apporté quelques solutions heureuses dont on ne voit pas la trace dans l'avant-projet.

En outre, l'avant-projet aurait dû constituer l'occasion appropriée de s'interroger sur la conciliation. Or, celui-ci reprend une institution dont l'expérience a démontré le manque d'efficacité dans sa forme actuelle: nombre de tentatives de conciliation intervenant en début de procédure échouent et cela affecte notamment la crédibilité de l'institution. On peut légitimement se demander s'il ne serait pas préférable d'en revoir les fondements et de s'inspirer, par exemple, de la conciliation paritaire - ou tripartite -, qui constitue, en particulier en matière de baux et loyers, de par son efficacité une grande réussite "conci-liatoire". Une autre possibilité consisterait à laisser aux cantons, puisque leur compétence en matière d'organisation judiciaire est maintenue, la possibilité de recourir à des expériences pilotes à tous les degrés de juridiction, suivies d'évaluations de satisfaction et d'analyses statistiques.

En ce qui concerne plus particulièrement le canton de Genève, nous souhaitons faire valoir deux observations propres aux spécificités cantonales.

En premier lieu, Genève est une juridiction ouverte vers l'étranger. Or l'avant-projet ne prévoit aucune disposition relative à l'entraide internationale civile. Certes, cette matière relève du droit international privé suisse. Toutefois, on n'en voit pas la trace sauf à l'article 11 de la Loi fédérale sur le droit international privé qui n'offre guère de secours lorsqu'un tribunal suisse recherche l'assistance d'un tribunal étranger.

Autre spécificité: le droit de procédure cantonale genevois prévoit une procédure d'évacuation protectrice du sort des personnes qu'il s'agit d'évacuer (art. 474A de la Loi genevoise de procédure civile). Cette protection ne se retrouve pas dans l'avant-projet.

Pour le surplus, un document en annexe expose des observations spécifiques à propos des parties au procès, des actions en justice, des frais et de l'assistance judiciaire, des actes de procédure et des délais, de la preuve, de la procédure de conciliation, du désistement d'action, de l'instruction préalable et des voies de recours.

En conclusion, cet avant-projet de loi fédérale de procédure civile représente un réel progrès juridique en Suisse et doit être approuvé, même s'il peut être déploré son manque d'innovation.

LU: Wir erlauben uns die Bemerkung, dass im Vorentwurf die dogmatische Stringenz bei verschiedenen Begriffen vermisst wird: So werden in der Vorlage die Begriffe "Entscheid" und "Urteil" verwendet (vgl. Art. 204 und 205 VE-ZPO), ebenso "Prozess" und "Verfahren" (vgl. die Verwendung von "Prozesskosten", "Prozessführung" und "Prozessleitung" im Allgemeinen Teil, aber "Verfahrensarten" im Besonderen Teil).

Zentrale Änderungsanträge

#### 1. Flexiblere Prozessgestaltung

Die Gestaltung des Prozesses (Rechtsschriftenwechsel, Verhandlungen) ist der Richterin/dem Richter vorzubehalten (vgl. Bemerkungen zu Art. 137 Absatz 2, 212 Absatz 2, 214 Absatz 1, 238 Absätze 1 und 2, 239 sowie 293 VE-ZPO).

#### 2. Umfassendes Instruktionsrichtersystem

Der Prozess muss weitestgehend durch die Instruktionsrichterin/den Instruktionsrichter geführt werden können (vgl. Bemerkungen zu Art. 113 Absatz 1, 114, 149 Absatz 2, 214 Absatz 2, 217, 220, 222 sowie 239 VE-ZPO).

#### 3. Entscheideröffnung

Die Eröffnung von Urteilen und Entscheiden im Dispositiv ist allgemein zu regeln und darf im Hauptanwendungsfall, dem summarischen Verfahren, nicht ausgeschlossen sein (vgl. Bemerkungen zu Art. 230, 231, 232, 265 Absatz 2 sowie 289 VE-ZPO).

#### 4. Kostendeckende Gerichtskostenvorschüsse

Es ist die Möglichkeit zu schaffen, Kostenvorschüsse in Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten einzufordern (vgl. Bemerkungen zu Art. 87 VE-ZPO).

#### 5. Einfachere Beweisverfügungen

Beweisverfügungen können, aber müssen nicht mehr als die Bezeichnung der zu erhebenden Beweise enthalten (vgl. Bemerkungen zu Art. 218 Absatz 2 sowie 219 VE-ZPO).

#### 6. Eingliederung der dringlichen Fälle ins vereinfachte Verfahren

Die Regeln über die Dringlichkeit sind dem vereinfachten Verfahren zuzuweisen (vgl. Bemerkungen zu Art. 118 Absätze 1 und 2 sowie 237 VE-ZPO).

#### 7. Bestreitungslast

Es ist die Pflicht zur ausdrücklichen Bestreitung vorzusehen (vgl. Bemerkungen zu Art. 145 Absätze 2 und 3 sowie 212 [recte: 211] Absatz 2c VE-ZPO).

#### 8. Vereinfachte Regelung des Rechtsmittelverfahrens

Das Rechtsmittelverfahren ist nicht vollumfänglich den Regeln des erstinstanzlichen Verfahrens zu unterstellen (vgl. Bemerkungen zu Art. 286 sowie im Anschluss an Art. 297 VE-ZPO).

NE: Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que ce projet entraînera pour des cantons comme les nôtres des coûts nouveaux difficilement supportables, spécialement dans la conjoncture actuelle. Nous demandons à ce que le projet prenne en considération cet aspect financier notamment en ce qui touche les

voies de recours qui, telles qu'elles sont prévues, ne peuvent qu'engendrer une augmentation des coûts sans garantir pour autant une qualité supérieure.

Parmi les principaux facteurs qui conduiront à ce résultat, on peut citer:

- La double instance cantonale (qui actuellement n'existe à Neuchâtel que pour les litiges en matière commerciale inférieurs à Fr. 20'000.--).
- L'appel comme voie de recours principale (qui actuellement n'existe à Neuchâtel qu'en matière de divorce).
- La tentative de conciliation qui est obligatoire dans certains litiges et qui pourrait conduire à la création d'autorités spécialisées en la matière.
- La verbalisation en audience des déclarations des parties (art. 186 al. 3) et des témoins (art. 167). Il n'est pas exagéré d'estimer que les audiences prendront de ce fait trois fois plus de temps, avec des conséquences inévitables sur l'organisation du travail des juges, alors même que l'oralité se justifie pleinement pour les litiges à faible valeur litigieuse.
- La généralisation de la motivation écrite des jugements (art. 230 à 232).
- La rémunération à plein-tarif du défenseur d'office (art. 107 al. 3).

SH: Unseres Erachtens weist der Entwurf in verschiedenen Bereichen eine ungenügende Regelungsdichte auf und lässt den Kantonen, Gerichten und Richtern so viele Möglichkeiten einer individuellen Gestaltung offen, dass zu befürchten ist, dass das angestrebte Ziel der Rechtsvereinheitlichung nicht erreicht wird. Zudem erwarten wir, dass die Regelungen in der Endfassung klarer formuliert sind.

Die Vermischung von Haupt- und Beweisverfahren stellt gegenüber der bewährten Regelung im Schaffhauser Recht einen Rückschritt dar. Wir befürworten eine benutzerfreundlichere Regelung mit einer klaren Abgrenzung. Dies hilft nicht nur dem Gericht, sondern auch den Parteien. Selbst wenn man davon ausgeht, dass Private keine Gesetze lesen, spüren sie doch dessen Auswirkungen im Prozess.

Abgelehnt wird die Bestimmung, wonach neue, durch Urkunden sofort beweisbare Tatsachen noch in Replik und Duplik zugelassen werden sollen. Im Bestreben um eine möglichst sorgfältige und redliche Prozessführung darf – und muss – den Parteien zugemutet werden, alles, was sie in Händen haben, rechtzeitig auf den Tisch zu legen.

VS: 1. Le principe de la double instance:

Comme il ressort de la prise de position du canton du Valais du 14 janvier 1998 lors de la consultation relative à la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le principe de la double instance judiciaire cantonale est pas contestée, quand bien même il ne trouve pas encore application dans notre législation. Il sied de confirmer aujourd'hui l'engagement du canton dans cette voie.

Des études ont été faites au niveau cantonal afin de mesurer les conséquences pratiques de la double instance. Il en ressort notamment qu'une augmentation à 10 unités/juristes au sein des tribunaux sera nécessaire.

L'incidence de l'avant-projet sur les finances publiques du canton est d'autant plus insupportable qu'elle doit s'apprécier à la lumière des autres réformes du droit judiciaire fédéral prescrivant le contrôle judiciaire des décisions administratives prises en application du droit public cantonal (loi sur le Tribunal fédé-

ral), nécessitant l'intervention de juges de l'application des peines (loi fédérale du 13 décembre 2002 modifiant le code pénal), et le renforcement de la juridiction des mineurs (loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs), instaurant encore le tribunal des mesures de contrainte en raison du système bipartite de la poursuite pénale, et retenant le principe de l'immediatete des preuves aux débats (code de procédure pénale suisse), ou prévoyant un tribunal interdisciplinaire de protection de l'enfant ou de l'adulte (projet de révision du code civil, droit de la tutelle).

Considérant la situation précaire des finances publiques cantonales, le Conseil d'Etat du canton du Valais saisit l'occasion de la présente procédure de consultation pour inviter le Département fédéral du justice et police à envisager un moratoire dans la mise en œuvre du droit judiciaire fédéral réforme.

## 2. L'ordonnance civile (voir art. 205)

Sous réserve des propositions techniques présentées sous lettre C, le projet reçoit l'aval du Gouvernement d'un point de vue juridique.

Le Conseil d'Etat du canton du Valais vous signifie cependant sa ferme opposition au projet, en considérant les lourdes incidences financières qu'il implique. Il observe que la réforme du droit judiciaire fédéral comporte plusieurs volets de droit civil et de droit pénal, chacun d'eux générant d'importantes dépenses supplémentaires à la charge des cantons. En conséquence, il demande au Département fédéral de justice et police de surseoir à l'entrée en vigueur de toute révision fédérale concernant tant le droit de fond que le droit de procédure en matière civile et pénale. Un moratoire de cinq ans doit permettre de disposer d'une vue d'ensemble de la réforme et de décider en pleine connaissance de cause du suivi des travaux.

ZH: Angesichts des Umfangs der zu regelnden Materie, der Reichhaltigkeit der Gerichtspraxis und der Fülle der Literatur zum Zivilprozessrecht ist es nicht möglich, jede sich stellende Frage im Gesetz zu regeln. Andererseits können eigentliche Regelungslücken, wie sie teilweise festgestellt werden mussten, nicht hingenommen werden. Möglicherweise lassen sich solche Lücken damit erklären, dass sich der Vorentwurf an Personen zu richten scheint, die vor oder hinter den Gerichtsschranken tätig sind. Als Beispiel kann hier Art. 97 Abs. 1 genannt werden, wonach die Prozesskosten in der Regel "der unterliegenden Partei" auferlegt werden. Jede Juristin und jeder Jurist mit Gerichtserfahrung weiss, dass hinsichtlich der Prozesskostenverteilung bei einem Klagerückzug die klagende, bei einer Klageanerkennung die beklagte Partei als unterliegend gilt. Woher aber soll ein Laie, der zum ersten Mal vor Gericht steht, wissen, dass er bei einem Klagerückzug die Kosten tragen muss? Ein weiteres Beispiel: Nach Art. 54 Abs. 2 lit. e ist Prozessvoraussetzung, dass "die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden" ist. Es entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung, dass auch Verfahrenserledigungen zufolge Klagerückzug, Klageanerkennung oder Vergleich zu einer res iudicata führen, nicht aber Nichteintretensentscheide. Aus dem Wortlaut des Vorentwurfs lässt sich diese wichtige Unterscheidung indessen nicht ableiten. Wir zweifeln nicht daran, dass die Gerichte diese Lücken im Sinne bewährter Tradition schliessen würden. Gleichwohl sollte die neue schweizerische Zivilprozessordnung dem Anspruch genügen, bis zu einem gewissen Grad auch ohne Kenntnis der Literatur und Rechtsprechung lesbar zu sein. Diese Forderung entspricht bewährter Tradition schweizerischer Rechtsetzung.

Der Expertenbericht zum Vorentwurf erleichterte das Verständnis der Normen. Indessen musste festgestellt werden, dass dort viele Aussagen gemacht werden, die durch den Wortlaut des Vorentwurfs nicht gedeckt sind. Angesprochen sind nicht jene Ausführungen, die den Sinn und Zweck einer Norm erläutern und so zu ihrer Auslegung beitragen, sondern um – in aller Regel gerechtfertigte – Darlegungen, die durch den Gesetzeswortlaut schlicht nicht gedeckt werden. Nach Art. 85 beispielsweise werden die Streitwerte von Klage und Widerklage nur für die Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet. Der Bericht erwähnt nun eine Ausnahme, wonach die Streitwerte auch für die Prozesskostenbestimmung nicht zusammengerechnet werden sollen, wenn sich Klage und Widerklage gegenseitig ausschliessen. Diese Rechtsauffassung ist sinnvoll, lässt sich aus dem Wortlaut von Art. 85 aber schlechterdings nicht ableiten. Für ein weiteres Beispiel sei auf die Stellungnahme des Zürcher Anwaltsverbandes zu Art. 285 verwiesen.

Was die Gliederung des Entwurfs betrifft, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die fünf Titel des zweiten Teils unter den Haupttitel "Besondere Bestimmungen" gestellt werden. Die vom Gesetzgebungsdienst vorgeschlagene Systematik halten wir für sachgerechter.

Der Vorentwurf verwendet sehr oft ähnliche Begriffe und Formulierungen, ohne dass deren Inhalt und ihre Abgrenzungen hinreichend klar würden. Als Beispiele seien zwei Begriffsgruppen genannt:

- "Streitgegenstand" (Art. 209), "Streitsache" (Art. 118 Abs. 2) und "Sache" (Art. 54 Abs. 2 lit. d und e; Art. 118 Abs. 1);
- "Klage" (Art. 8 und 210), "Gesuch" (Art. 18), "Anspruch" (Art. 13 Abs. 2, 69 Abs. 1, 80 oder 216), "Rechtsbegehren" (Art. 82 Abs. 1 oder 210 Abs. 1 lit. b), "Forderung" (Art. 75 oder 98) und "Begehren" (Art. 353 Abs. 3).

Auch der zentrale Begriff "Entscheid" wird nicht einheitlich verwendet. Manchmal sind damit nur die Endentscheide gemeint (so bei Art. 279 Abs. 2), manchmal die End- und Zwischenentscheide (so bei Art. 127 und 310 sowie im Titel vor Art. 227), andernorts sind die prozessleitenden Anordnungen vom Begriff mit erfasst (vgl. Art. 92), wobei Letztere zum Teil auch als Verfügungen bezeichnet werden (Art. 67 Abs. 3).

Gewisse Formulierungen liessen sich ohne grosse Probleme präziser fassen. Wenn beispielsweise in Art. 75 Abs. 1 von "zu Beginn des Prozesses" die Rede ist, so kann ohne weiteres gesagt werden, ob hier die Einreichung der Klage, der Eintritt der Rechtshängigkeit oder was auch immer gemeint ist. An andern Stellen würden wir den Vorentwurf inhaltlich präzisieren, so etwa bei der Frage, was der Grundsatz der Öffentlichkeit für die Praxis der Entscheidungsbekanntmachung bedeutet (vgl. Art. 49).

Andernorts sind Regelungslücken zu schliessen. So wäre etwa das Verhältnis von Art. 4 (einzige kantonale Instanz bei Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten) zu Art. 5 (Handelsgericht) normativ zu klären.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Ungeregelt blieb das Verfahren betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung, welches nach Ansicht der CSP Schweiz ebenfalls Eingang in die ZPO hätte finden sollen.

Wünschbar aus Sicht der CSP Schweiz wäre eine minimale Ausbildungsanforderung für Richterinnen und Richter zu statuieren. Allein das Studium der vorliegenden Zivilprozessordnung zeigt auf, dass diese ohne entsprechende Ausbildung kaum zu verstehen ist. Es ist an der Zeit, sich vom Laienrichtertum im ordentlichen Zivilprozess zu verabschieden und minimal ein abgeschlossenes Rechtsstudium als Voraussetzung zur Ergreifung des Richterberufes vorzusetzen.

CVP: Die CVP ist der Ansicht, dass der Vorentwurf zu stark auf Forderungsprozesse ausgerichtet ist. Insbesondere fehlen Normierungen, welche sich spezifischen Aspekten von Kindes- und familienrechtlichen Streitigkeiten annehmen. Ebenso schlägt die CVP vor, generell der Mündlichkeit den Vorrang gegenüber der Schriftlichkeit zu geben.

Schliesslich bleiben trotz des ausführlichen Berichtes etliche mögliche Auswirkungen der im Vorentwurf vorgeschlagenen Rechtsnormen unklar. So werden zum Beispiel die möglichen Kostenfolgen für die Kantone ungenügend aufgezeigt.

SVP: Die SVP erachtet den Vorentwurf einer einheitlichen Zivilprozessordnung als nicht ausgereift. Der Entwurf präsentiert sich zu formalistisch und ist weitgehend unverständlich. Deshalb lehnt die SVP den Vorentwurf ab und weist ihn zur grundlegenden Überarbeitung - durch Praktiker - zurück.

Eine schweizerische Zivilprozessordnung soll kurz, klar und übersichtlich sein. Zudem muss sie so föderalistisch wie möglich ausgestaltet sein und darf nicht zu sehr in die Gerichtsorganisation der einzelnen Kantone eingreifen. Eine Vereinheitlichung dieser bis anhin kantonalen Materie muss den verschiedenen kantonalen Gegebenheiten bestmöglich Rechnung tragen.

Die Gerichtsorganisation bleibt Sache der Kantone. Daher soll es den Kantonen auch frei stehen, wie sie ihr Rechtsmittelsystem ausgestalten möchten. Während es für kleine Kantone unangemessen ist, drei Instanzen führen zu müssen, ist dies für grosse Kantone in Übereinstimmung mit der bestehenden bewährten Struktur nur sachgerecht.

Der Entwurf hinterlässt den Eindruck, dass die Wahrheitsfindung einer - an sich begrüssenswerten - effizienten und kostensparenden Erledigung der Fälle geopfert werden soll. In der breit geführten wissenschaftlichen Diskussion wird diesbezüglich denn auch vieles kritisiert.

Der Entwurf schwächt die Rechte der Parteien. Das Verbot unechter Noven führt dazu, die erstinstanzlichen Verfahren aufzublähen. Dies ist jedoch weder dazu geeignet, den Prozess zu beschleunigen, noch die Wahrheit zu berücksichtigen. Häufig zeigt sich erst im Verlaufe des Verfahrens, dass Aspekte wesentlich werden, die bis dahin nicht berücksichtigt worden sind. Zudem gehören Parteirechte, wie die Regeln der Vorladung, der Protokollierung, der richterlichen Fragepflicht etc. ins Gesetz.

Unter dem Stichwort des sozialen Prozesses werden Regelungen ausgebaut bzw. weitergeführt, welche als sehr fragwürdig erscheinen. Dies gilt insbesondere für die Kostenlosigkeit des Verfahrens in Miet- und Arbeitsstreitigkeiten.

LPS: Le grief principal du PLS se rapporte à l'impact du projet pour les finances cantonales. Le surcoût pour les cantons promet d'être considérable; l'aspect de

l'accroissement des charges revêt une grande importance à l'heure où de nombreux cantons, comme la Confédération, tentent de réduire leurs dépenses.

Plusieurs institutions du projet engendreront des coûts: la pleine rémunération des défenseurs d'office, la conciliation obligatoire généralisée, la ténorisation systématique des témoignages, la possibilité pour les parties d'exiger que l'instruction se fasse devant le tribunal in corpore, la généralisation de l'appel (en plus du recours), la réglementation pour la récupération des avances, le délai imposé pour rendre le jugement, etc.

Ces remarques seraient tempérées si ces dispositions permettaient d'abrèger la procédure ou de la simplifier. En réalité, en plus d'engendrer des frais à la charge des cantons, ces mesures ralentiront la procédure et la compliqueront, en tout cas par rapport à la récente introduction, dans le canton de Vaud par exemple, de la procédure accélérée.

La commission émet ses plus vives inquiétudes sur l'aspect financier du projet et exhorte la Confédération à trouver une solution financièrement neutre pour les cantons. Cette problématique sera reprise ci-dessous dans certaines des remarques particulières.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AIHK: Der Bericht vom Juni 2003 zum VE nennt als eine der Leitlinien das Postulat der "schlanken" Gesetzgebung (S. 13). Die Vorlage könnte noch einiges schlanker werden, wenn jeweils nur die männliche oder die weibliche Form verwendet würde (z.B. in Art. 30, wo von "die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer" die Rede ist). Damit würde auch die Lesbarkeit des Textes wesentlich verbessert.

ASLOCA: L'ASLOCA observe que l'avant-projet propose des innovations en matière de procès-social qui ne constituent cependant, et malheureusement, pas des améliorations, au contraire. Il ne règle, notamment, pas la question des procédures relevant du droit de la consommation et affaiblit les droits de la partie faible au contrat:

- dans le domaine de la compétence locale
- en introduisant la possibilité de l'acceptation tacite en matière de consommation courante, de bail et de Prud'hommes, pourtant refusée par le Parlement fédéral dans la loi fédérale sur les fors (LFor)
- en réintroduisant le for du lieu d'exécution également refusé par les Chambres fédérales dans la LFor.

AVZH: Die Expertenkommission nutzte die Gelegenheit zu wenig, einerseits von Erfahrungen mit anderen Gesetzen (bspw. Gerichtsstandsgesetz) zu profitieren, und andererseits in internationaler Hinsicht Verbesserungen zu erzielen. Daher möchten wir im Hinblick auf die weitere Bearbeitung des Entwurfs insbesondere Folgendes zu bedenken geben:

- Obwohl in sich geschlossen, erscheint das Regelwerk des VE als Kompilation einzelner Institute aus Kantonen und/oder Regionen. Ohne das Rad neu zu erfinden, hätte mit wenig Aufwand ein Blick über die Grenzen zu neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen im Zivilprozessrecht geworfen und der VE so auf eine andere Ebene gehoben werden können.
- Der VE gestaltet das Verfahren erfreulich flexibel und gibt dem Richter erheblichen Spielraum. Daneben wird das Verfahren aber häufig durch

knapp bemessene Fristen in ein unnötig formelles Prozedere gezwängt. Es ist bekannt, dass nicht die kurzen, den Parteien auferlegten Fristen, sondern das effiziente Anpacken durch das Gericht das Verfahren beschleunigt und dadurch für alle Seiten kostengünstiger macht.

- Wir würden uns noch mehr Offenheit gegenüber Neuem wünschen. Zum Beispiel besteht nach wie vor eine Inländerdiskriminierung bei schweizerischen, erstinstanzlichen bzw. nicht rechtskräftigen Urteilen gegenüber jenen aus dem euro-internationalen Umfeld. Mit einer gewissen ausländischen Prozessordnungen angepassten Einführung einer vorläufigen Sicherung des Schuldnervermögens bei Urteilen unterer Instanzen könnte die durch das Lugano-Übereinkommen hervorgerufene Inländerdiskriminierung beseitigt werden.

Die nachfolgende Stellungnahme des Zürcher Anwaltsverbandes folgt der Systematik des VE. Vorab möchten wir vier Punkte hervorheben:

- Art. 5: Die Handelsgerichte, welche den Parteien insbesondere an Wirtschaftsstandorten einen effizienten Zugang zur Rechtsprechung verschaffen sollten, werden mit der vorgeschlagenen Regelung des Art. 5 (in Verbindung mit Art. 311) auf die Stufe Bezirks- oder Amtsgericht degradiert. Wir plädieren für einen diesbezüglich geänderten Rechtsmittelweg.
- Art. 51: Das in Art. 51 stipulierte Fragerecht geht zu wenig weit und öffnet inkonsistenter Rechtsprechung oder –anwendung Tür und Tor. Nur eine klar stipulierte Fragepflicht kann diesbezügliche Ungerechtigkeiten vermeiden.
- Art. 155: Im internationalen Vergleich ist das strafrechtlich auf eine hohe Stufe gestellte Berufsgeheimnis ungenügend geschützt: Sämtliche Korrespondenz des Anwaltes (wie z.B. Prozesschancenbeurteilungen) ist beim Klienten oder anderswo ohne Weiteres edierbar und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützt. Durch Hinzufügung eines Absatzes zu Art. 155 könnte diese Unzulänglichkeit des rechtsstaatlich wichtigen Anwaltsgeheimnisses vermieden werden.
- Art. 377 i.V.m. Art. 384: Das bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit vorgesehene zweistufige Beschwerdeverfahren mit der Möglichkeit einer Willkürbeschwerde beeinträchtigt die Attraktivität der Binnenschiedsgerichtsbarkeit beträchtlich. Beides ist eine unnötige Abweichung von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Hier hat sich nämlich das einstufige Beschwerdeverfahren an das Bundesgericht mit beschränkten Beschwerdegründen (ohne Willkürbeschwerde) äusserst bewährt.

Die sprachliche Übereinstimmung der Gesetzestexte in den Landessprachen ist von grosser Bedeutung, wird doch bei Interpretationsfragen rasch der Wortlaut der zu interpretierenden Stelle in den anderen Landessprachen herangezogen. Wir bitten daher, nicht einfach Übersetzungen zu erstellen, sondern diese auch von entsprechend mehrsprachigen Juristen prüfen zu lassen.

Wir möchten auf die Vorliebe der Redaktoren für das Wörtchen "so" an unnötigen Stellen hinweisen. Als Beispiel sei Art. 351 Abs. 1 Satz 2 genannt: "Haben sie nichts anderes vereinbart, so besteht es aus drei Mitgliedern." Wir sind der Auffassung, ein Gesetzestext sollte möglichst schlank formuliert sein und auf überflüssige Wörter verzichten. Wir plädieren daher für die Streichung aller überflüssigen "so".

Centre Patronal: Cet avant-projet a suscité un certain nombre de remarques négatives. Il surprend en particulier par sa simplicité: en effet, il ne compte que 395 articles, alors que de nombreux codes ou lois cantonaux de procédure en comptent plus du double. De l'avis de plusieurs praticiens, l'avant-projet contient des lacunes ou entretient un grand flou, en particulier dans les domaines suivants: la procédure incidente, l'appel en cause, le défaut, le relief, la suspension, les preuves à futur, la procédure de partage ou encore la consignation. Nous n'entendons pas nous prononcer sur ces questions très techniques, mais nous souhaitons vivement que vous soyez extrêmement attentif aux remarques formulées par les praticiens (avocats, juges, etc.). Il serait surprenant que, pour des questions de nature purement processuelle (hors toute considération relative à l'organisation judiciaire), les cantons soient finalement contraints d'adopter des lois d'application importantes, qui créeraient à n'en pas douter de nouvelles disparités. Il apparaît aussi que la généralisation d'institutions parfois inconnues dans certains cantons, telles que l'appel par exemple, auront vraisemblablement pour effet d'engendrer un rallongement de la durée des procès et une augmentation des coûts mis à la charge des contribuables. Il conviendra de faire ainsi une juste pesée de tous les intérêts en présence.

DJZ: Der Vorentwurf bedarf einiger wichtiger Korrekturen. Es betrifft dies v.a. folgende Bereiche:

- Instanzenzug: Es sollte den Kantonen die Möglichkeit der Beibehaltung einer dritten Instanz eingeräumt werden.
- Einführung eines allgemeinen Prozesskostenvorschusses: ist abzulehnen.
- Fristen: Diese sind teilweise unzumutbar kurz.
- Beweisrecht: Es drängen sich einige Modifikationen auf.
- Das ordentliche Verfahren: Die Bedeutung der Hauptverhandlung ist unklar. Sofern Replik und Duplik mündlich sind, sollte die abschliessende Nennung der Beweismittel *nach* der Hauptverhandlung erfolgen.
- Das vereinfachte Verfahren: Es sollte grundsätzlich mündlich sein. Die abschliessende Nennung der Beweismittel sollte *nach* der Hauptverhandlung erfolgen.
- Rechtsmittel: Es sollten auch echte Noven zugelassen werden.

economiesuisse: Die Vorlage ist in folgenden Belangen noch zu verbessern:

- Keine Einführung eines generellen Verbandsklagerechtes im Zivilprozess
- Verbesserung beim Geheimnisschutz (Einschluss der Korrespondenz mit Anwälten, Ausdehnung auf interne Revision und Rechtsdienst)
- Beibehaltung der Handelsgerichte als einzige kantonale Instanz (kein Ausbau der Beschwerden)
- Kein Ausbau des "Sozialprozesses" zur Vermeidung einer Prozessflut in Bagatellfällen.

FRC: La FRC regrette que l'élaboration de ce code de procédure unifié ne soit pas l'occasion de développer la notion de "procès social", en particulier par son extension au domaine de la consommation. Le projet souffre encore de lacunes importantes dans ce domaine.

La FRC regrette également que les experts n'aient pas prévu la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation. Le coût faible, la rapidité ainsi que

le caractère informel constituant l'atout principal des procédures de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

Par conséquent, la FRC estime que le projet doit être retravaillé et complété dans le but d'intégrer pleinement cette notion de "procès social".

FRI: Si le projet de procédure civile paraît de prime abord aller dans le bon sens, force est de constater qu'il va alourdir la justice et ses coûts et probablement la ralentir. L'appel normal ou simplifié, la conciliation quasiment obligatoire, la ténorisation des témoignages sont autant d'exemples qui prouvent, s'il était nécessaire, qu'il est difficile de concilier le souci légitime de protection du justiciable et ceux, importants eux aussi, de rapidité et d'économie des coûts.

Il en va de même de la procédure d'appel qui semble avoir un effet dévolutif complet mais qui reprend certains motifs du recours en nullité. Il faut dès lors légitimement se demander s'il ne vaudrait pas mieux imaginer un système de recours en réforme et en nullité et supprimer l'appel qui augmentera à coup sûr le travail des tribunaux et, par conséquent, le nombre des magistrats.

FR-Verband: Wir würden es begrüßen, wenn an der derzeitigen Bezeichnung, "Friedensrichter und Friedensrichterinnen" festgehalten würde. Ist der Begriff doch im Volk seit 200 Jahren verankert und vertraut.

FSA: On peut lire dans le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet (ci-après le Rapport) que celui-ci "ne s'inspire ni d'un code étranger, ni d'un code cantonal de procédure civile. En effet, la commission d'experts a décidé de concevoir un code de procédure civile aux caractéristiques propres" (p. 14). Qu'il soit permis ici de regretter que l'avant-projet ne soit pas une compilation de tout ce qu'il y a d'excellent – et qui a fait ses preuves – dans les procédures cantonales actuelles. On ne peut qu'être peu convaincu par l'affirmation qui figure dans le Rapport à la suite de la citation qui précède: "... le résultat de[s] () travaux [de la commission d'experts] s'appuie très nettement et étroitement sur l'actuel droit cantonal de procédure civile () d'abord [parce que] la plupart des lois cantonales concordent fondamentalement sur de nombreux points". A titre d'exemple le Rapport cite "le principe selon lequel le tribunal ne peut pas adjuger à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle demande, mais pas moins non plus que ce que reconnaît la partie adverse (maxime de disposition). Par ailleurs, il est en principe du devoir des parties de soumettre au tribunal les faits du litige et d'en administrer la preuve (maxime des débats)". Il est évident que si l'on prend comme référence ces deux principes, toutes les lois de procédure cantonales se ressemblent. Mais cela nous paraît faire peu de cas de la diversité et de la richesse de nos codes de procédure civile.

Il est apparu qu'il existait au sein des membres de la commission des conceptions très différentes à propos de certains sujets et institutions. A plusieurs reprises, on a pu constater que les sensibilités alémanique et latine divergeaient, conduisant parfois à des décisions prises à de courtes majorités. Tel fut par exemple le cas, sur le rôle du juge et en particulier sur le point de savoir si celui-ci pouvait ou devait interpellier la partie (en particulier celle qui ne serait pas assistée) dont les déclarations ou les actes sont peu clairs ou incomplets, contradictoires ou imprécis (art. 51 AP). Sur cette question, deux conceptions sur le rôle du juge se sont opposées au sein de la commission. Celle des Latins pour lesquels la mission du juge est de juger et non pas de conseiller et celle des avocats alémaniques qui se sont fondés sur leur expérience pour affirmer que cette extension du rôle du juge ne pose pas de problème en pratique.

Ces divergences concernaient non seulement le rôle du juge, mais également l'étendue du pouvoir d'appréciation qui lui était laissé par la loi de procédure: les latins ont régulièrement défendu des dispositions fixant de manière relativement précise la procédure sur telle question, alors que les alémaniques ont affiché leur préférence pour des solutions laissant plus de place à l'appréciation du tribunal.

Face aux divers problèmes et questions abordés, la commission a adopté une approche pragmatique, plutôt que dogmatique. Ont ainsi été examinées les conséquences pratiques probables d'une norme, plutôt que la question de savoir si cette norme avait bien sa place dans une loi de procédure civile fédérale. La commission a constamment travaillé avec pour objectif de faire des suggestions concrètes pouvant remplacer une solution proposée dans l'avant-projet ou s'intégrer à celui-ci. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises, elle a fait des propositions sous forme de dispositions d'ores et déjà rédigées ou suggéré des modifications sur des points précis, voire même parfois sur des questions de formulation ou de traduction (par exemple lorsque le terme d'"instance" est utilisé dans le sens de "juridiction"). Elle visait ainsi à rendre plus facilement utilisable par les rédacteurs du futur projet le résultat de ses débats et réflexions.

Une dernière remarque: le présent rapport reflète souvent mal l'intensité et la durée de ses débats et de ceux de la commission et du Conseil. Certaines dispositions de l'avant-projet ont été longuement discutées pour finalement être approuvées, ne serait-ce qu'en raison de l'impossibilité de trouver une majorité pour une solution alternative. Les différences de conceptions et de sensibilités susmentionnées ne sont certainement pas étrangères à cette situation. Le fait que ce rapport ne mentionne pas telle disposition ne signifie donc pas que la commission ne s'y soit pas arrêtée. Par ailleurs, de nombreuses dispositions ont été approuvées implicitement, sans provoquer de discussions.

GGD ZH: Unter allgemeinen Gesichtspunkten lässt sich der Vorentwurf (VE) in gesetzgebungstechnischer Hinsicht in folgenden Punkten verbessern:

#### 1. Gliederung

Es kann nicht nachvollzogen werden, weshalb die Titel 1-5 des zweiten Teils unter den Haupttitel "Besondere Bestimmungen" gestellt werden; auch bei den Normen des 3. und 4. Teils handelt es sich um "besondere Bestimmungen". Angemessener wäre folgende Gliederung:

1. Teil: *Allgemeine Bestimmungen (1-190)*
2. Teil: *Das Verfahren vor erster Instanz*
  1. Titel: *Das ordentliche Verfahren (191-234)*
  2. Titel: *Besondere Verfahren (235-274)*
  3. Titel: *Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift (275-285)*
  3. Teil: *Die Rechtsmittelverfahren (286-324)*
  4. Teil: *Die Vollstreckung (325-343)*
  5. Teil: *Binnenschiedsgerichtsbarkeit (344-388)*
  6. Teil: *Schlussbestimmungen (389-395)*

#### 2. Begriffe

Der Vorentwurf verwendet sehr oft ähnliche Begriffe oder Formulierungen, ohne dass ihr genauer Inhalt bzw. die Abgrenzungen klar würden. Einige Beispiele:

- "Streitigkeit" (Art. 4, 16 oder 65), "Angelegenheit" (Art. 82 Abs. 2, Art. 299 Abs. 2) oder "Rechtsstreit" (Art. 15 Abs. 1);
- "Streitgegenstand" (Art. 209), "Streitsache" (Art. 118 Abs. 2) oder schlicht "Sache" (Art. 54 Abs. 2 lit. d und e);
- "Offizialgrundsatz" (Art. 275 Abs. 3), "... die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können ..." (Art. 266 Abs. 2) oder "... das Gericht an die Parteienanträge nicht gebunden ist ..." (Art. 53 Abs. 2);
- "Klage", "Gesuch" (Art. 18), "Anspruch" (Art. 13 Abs. 2, 69 Abs. 1, 80 oder 216), "Rechtsbegehren" (Art. 82 Abs. 1 oder 210 Abs. 1 lit. b), "Forderung" (Art. 75 oder 98) oder "Begehren" (Art. 353 Abs. 3)

Nicht einheitlich verwendet wird auch der zentrale Begriff "Entscheid". Manchmal ist er eingeschränkt auf die Fälle des End- oder Zwischenentscheidendes zu lesen (so Art. 127, 310 und 318; vgl. auch Titel vor Art. 227), manchmal scheint er die prozessleitenden Verfügungen mitzuerfassen (vgl. Art. 92), wobei letztere hin und wieder auch als Verfügungen bezeichnet werden (vgl. etwa Art. 67 Abs. 3 oder 287 lit. c), manchmal scheint "Entscheid" nur gerade die Endentscheide erfassen zu wollen (Art. 279 Abs. 2). Es wird empfohlen, dem Gesetz ein einheitliches Begriffsverständnis zugrunde zu legen und dieses zumindest in der Botschaft zu erläutern. Dabei sollte der Begriff "Entscheid" als konsequent als Oberbegriff verwendet und, wo erforderlich, mit sprachlichen Zusätzen eingeschränkt werden. Es wird hier auf die Bemerkungen zu Art. 227 verwiesen.

Die zahlreichen Imperativformulierungen sollten tunlichst vermieden werden (vgl. z.B. Art. 151 Abs. 2 oder 174 Abs. 2). Gleiches gilt für die häufig verwendeten Passivformulierungen, die zum Teil ohne Nachteil in die Aktivform umgewandelt werden können.

HEV: Die Absicht, die Verfahrensgrundsätze zusammenzuführen, für Rechtssuchende eine Vereinfachung herzustellen und gleichzeitig die Verfahren nicht zuletzt aus Kostengründen zu beschleunigen, ist nicht in allen Fällen erfolgreich umgesetzt worden. So wird zum Beispiel dem schriftlichen Verfahren mehr Gewicht beigemessen als dem mündlichen. Wir sind der Ansicht, dass ein mündliches Verfahren der Verfahrensbeschleunigung besser dient und es dem Gericht zudem erlauben würde, sich durch direkte Ausübung des Fragerechts ein besseres Bild vom Fall zu machen.

Es stellt sich auch die Frage, ob die Gliederung des Vorentwurfs anwenderfreundlich ist. Wir könnten uns durchaus vorstellen, dass sich Laien im Gesetz nur schwer zurecht finden. Gemäss Vorentwurf werden nach der örtlichen Zuständigkeit zuerst dogmatische Fragen wie Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen behandelt. Es wäre hilfreicher, den Verfahrensablauf vorzuziehen, und dann auf die übrigen Fragen einzugehen. Selbstverständlich lässt sich dagegen sagen, dass sich vor allem Juristinnen und Juristen mit dem Gesetz beschäftigen werden. Allerdings sieht der Vorentwurf für Klagebegründung und Klageantwort im besonderen Verfahren, insbesondere im vereinfachten Verfahren (Mietrecht, Arbeitsrecht), die Schaffung von Formularen vor, welche es nicht Rechtskundigen erlauben soll, sich einfach zu orientieren und ihre Rechte wahrzunehmen. Deshalb wäre es nur konsequent, wenn auch die Gesetzesstruktur in diesem Sinne gehalten wäre.

OAFRI: L'appréciation d'un projet peut se faire en fonction des objectifs que l'auteur s'est lui-même fixés. On peut également se fonder sur les attentes des desti-

nataires du futur texte légal. Dans la première catégorie figure l'unification de la procédure civile en Suisse. Dans la seconde, les avocats formulent le souhait d'une rapidité et d'une efficacité accrues de la procédure.

#### a) Unification de la procédure civile en Suisse

Les pays voisins de la Suisse, notamment la France, l'Allemagne et l'Italie, disposent de codes de procédure civile détaillés, qui dépassent tous 800 articles; ces dispositions ont encore été précisées par de longues années de jurisprudence. L'organisation judiciaire y est largement unifiée. On peut donc affirmer que, par exemple, on procède de la même manière, dans le même litige, à Lille ou à Perpignan.

Les codes cantonaux sont nettement plus brefs et la loi fédérale de procédure civile, à juste titre, n'a pas été décorée du titre de code. Il s'ensuit qu'une grande partie des règles qui régissent la procédure civile en Suisse se trouvent soit dans la jurisprudence cantonale ou fédérale, soit dans les usages et la tradition locale. La lecture d'un code, même complétée par la consultation de la jurisprudence ou d'un commentaire, ne permet donc que rarement de se faire une idée précise et concrète du déroulement de l'instance.

Il s'est formé, notamment sous l'influence de la jurisprudence du Tribunal fédéral, un certain droit commun de la procédure civile en Suisse. Ces normes unifiées, toutefois, portent essentiellement sur les principes généraux et non sur le déroulement concret de l'instance. Sur ce dernier point, les solutions restent très disparates d'un canton à l'autre.

L'objectif d'unification ne devrait pas se limiter au niveau des principes mais devrait s'étendre à la conduite même de l'instance. Si l'on veut que les parties et leurs mandataires puissent se déplacer d'un canton à un autre et y procéder comme ils le feraient à leur lieu de domicile, il faut que le code règle de manière précise et exhaustive la marche de l'instance, ainsi que les actes judiciaires et les actes de procédure. Si tel n'est pas le cas, on verra réapparaître, derrière les normes générales du code, les particularismes locaux, ancrés dans l'usage et la tradition. La "physionomie" de l'instance finira par dépendre essentiellement de l'usage cantonal ou des traditions locales. Une véritable unification sera alors renvoyée à la jurisprudence et ne pourra donc, du fait des particularités de cette source de droit, être opérée qu'après plusieurs dizaines d'années.

L'Ordre des Avocats Fribourgeois estime que l'objectif d'unification de la procédure civile ne pourra être atteint pleinement avec l'avant-projet qui a été élaboré par la commission d'experts:

- aa) L'absence d'unification de l'organisation judiciaire est une lacune (voir art. 1).
- bb) Comme déjà relevé, l'avant-projet s'en tient aux principes et n'entre pas dans les détails, qui seuls donnent son véritable visage au déroulement de la procédure. Si l'on s'en tient au Rapport (ch. 3.2.1, p. 11), la codification doit être considérée comme exhaustive et aucun pouvoir de réglementation n'est attribué aux cantons, sauf réserve expresse de la loi. On cite plusieurs exemples de réglementation lacunaire dans le code:
  - La forme des allégations (art. 210 al. 1<sup>er</sup> lit. d) n'est pas réglée (voir art. 210).
  - L'article 226 dit simplement que les débats font l'objet d'un procès-verbal (voir art. 226).

- Aucune disposition ne règle la constitution, la composition et la consultation du dossier judiciaire.
- Rien n'est prévu sur la procédure de liquidation des incidents soulevés dans les écritures ou aux débats préliminaires ou principaux (par exemple oppositions à des moyens de preuve). Là également, on improvisera ou l'on fera ce que l'on avait l'habitude de faire.
- La réglementation de l'urgence (art. 118) est imprécise dans son champ d'application, rigide dans ses conséquences et insuffisante dans ses sanctions, notamment pour les délais d'ordre à imposer aux tribunaux. On ne manquera pas de voir fleurir les solutions les plus diverses.
- Dans un procès à plusieurs parties, notamment avec des co-défendeurs et appelés en cause, la réglementation de l'appel, limité à l'appel principal et à l'appel joint, paraît d'emblée insuffisante. On a simplement oublié l'appel provoqué (cf art. 548 et suivants du Nouveau Code de procédure civile). L'appel provoqué sera-t-il exclu ou introduit, par voie jurisprudentielle, dans certains cantons ?

#### b) Efficacité et rapidité de la procédure

L'Ordre des Avocats Fribourgeois s'interdit de s'exprimer sur la qualité intrinsèque de la justice civile en Suisse. Il signale simplement que deux problèmes lancinants, dont l'existence n'est contestée par personne, n'ont jamais été résolus: la lenteur de la justice et l'inefficacité des moyens mis à disposition de ceux qui cherchent à faire assurer le respect de leurs prétentions légitimes.

A cet égard, l'avant-projet est décevant. Non seulement le principe de célérité n'y est pas affirmé, mais aucune disposition n'est prévue pour assurer un déroulement rapide de la procédure. On signale, à titre d'exemples, l'absence totale de règles d'ordre fixant les délais d'assignation, les délais de prononcés judiciaires et les délais de rédaction. De même, les solutions pratiquées dans d'autres ordres juridiques pour assurer le déroulement rapide de l'instance n'ont été ni prévues ni même évoquées; on songe, ainsi, à la concentration de l'ensemble des actes d'instruction, dans la mesure du possible, en une seule et même audience. On ne devrait pas oublier que l'efficacité et la rapidité de la justice sont une des conditions-cadre pour le développement économique d'un pays ou le maintien de sa prospérité.

Face aux lenteurs des instances ordinaires, il est indispensable de créer des systèmes de protection rapide du droit. Là également, l'avant-projet se contente de reprendre des solutions traditionnelles (mesures provisionnelles, protection rapide dans les cas clairs) qui ont surtout fait la preuve de leur efficacité très relative. Les auteurs ne semblent pas s'être intéressés à ce qui se pratique à l'étranger et l'on renvoie, à titre d'exemple, à l'art. 809 du Nouveau Code de procédure civile, où le législateur n'a pas limité le référé aux mesures conservatoires ou de remise en état, mais a introduit le référé-provision et le référé-obligation de faire. De telles institutions, dont la mise en œuvre est certes délicate, permettent de pallier les lenteurs de l'instance ordinaire, lorsque les prétentions exercées n'apparaissent pas sérieusement contestables, sans nécessairement être liquides.

### c) Appréciation générale

Les options principales du futur code de procédure civile, notamment la structure du procès, ne soulèvent pas d'objections fondamentales. Elles ne sont d'ailleurs que la reprise de solutions connues.

Dans sa formulation et sa teneur actuelles, l'avant-projet ne peut être qualifié que d'ébauche d'un futur code de procédure civile. L'ouvrage n'est pas encore en prise sur les besoins des justiciables et des intervenants de la vie judiciaire. Il est peu créatif, faute de prise en considération de solutions qui ont été mises en œuvre à l'étranger. Il est techniquement insuffisant, laissant une grande partie des problèmes concrets à la pratique, la jurisprudence ou l'usage local et, de ce fait, il n'assure pas l'unification véritable de la procédure civile. On ne peut se défaire de l'impression d'une sorte de collage, dont les pièces auraient été prises çà et là dans les divers codes cantonaux.

L'Ordre des Avocats souhaite que l'avant-projet soit complètement réétudié en vue d'assurer la réalisation des objectifs suivants:

- unification totale de la procédure civile en Suisse,
- précision et sécurité des normes procédurales,
- accélération du déroulement de la procédure,
- efficacité de la mise en œuvre des prétentions juridiquement fondées.

MV: Tendenziell würden wir bei der Vereinheitlichung noch weiter gehen als der Vorentwurf. Insbesondere möchten wir den Bund ermuntern, von seiner Kompetenz gemäss Art. 122 Bundesverfassung, auch in die Organisation der Gerichte vereinheitlichend einzugreifen, vermehrt Gebrauch zu machen.

SwissBanking: Einzelne Bestimmungen führen nach unserem Dafürhalten zu unerwünschten Auswirkungen auf die Banken.

### Uni BE: Terminologische Bemerkungen

Der Entwurf wirkt insgesamt nicht nur unprofessionell, sondern ist (in der deutschsprachigen Fassung) insgesamt formal unzulänglich, sprachlich unbeholfen und voller Dialektismen. Die folgenden Hinweise dienen nur zur Illustration; eine eigentliche Sanierung kann nicht auf Grund punktueller Hinweise erfolgen, sondern fordert Gesamtüberarbeitung. Einzelne der folgenden Bemerkungen gehen auch auf die Sache.

Allgemeine Feststellungen (Beispiele von Dialektismen):

- Singular statt Plural. So sollten lauten etwa Art. 25 Abs. 2 nicht: "Rechte *am Grundstück*", sondern Plural; Art. 28 Abs. 1 "aus Konsumentenvertrag" ebenso; Art. 36 ebenso; Art. 103 ("Schlichtungsverfahren" *recte* pl./unbestimmt); Art. 106 Abs. 3; Art.159 Abs. 1 lit. a, b, e, f;
- Art. 182 (*recte*: "Die Parteien können private Gutachten einreichen;"); Art. 263 usw.
- bestimmter Artikel statt unbestimmt: Art. 365 Abs. 1: *recte*: "...nimmt Beweise selber ab" (nicht *die* Beweise; dies wäre nur korrekt, wenn immer sämtliche Beweise abgenommen würden, welche in Frage kommen).

Es besteht absolut keine Dringlichkeit, weder in juristischer noch in wirtschaftlicher Hinsicht, das Projekt übereilt und unüberarbeitet als Botschaft dem Parlament vorzulegen. Angezeigt erscheint vielmehr eine gründliche und tiefgrei-

fende Gesamtüberarbeitung des Vorentwurfs, welcher sich v.a. durch begriffliche Unschärfe und durch die Verwendung einer Vielzahl von sprachlich unbeholfenen Formulierungen auszeichnet, durch eine oder mehrere kompetente Fachpersonen.

Uni NE: On s'étonne en particulier de l'absence de réglementation de la procédure incidente, de l'acquiescement, de la transaction, du désistement, des mesures protectrices, des actions possessoires, de la procédure en partage, des scellés et de l'inventaire et de la consignation.

Quant aux répercussions économiques de l'unification, on peut craindre que le coût de la justice augmente dans un certain nombre de petits cantons, de par l'introduction de l'appel généralisé et de l'instruction des causes par l'ensemble du tribunal, dès qu'une partie le requiert (art. 149 al. 2). De même, l'obligation de verbaliser les témoignages et les dépositions des parties (art. 167 et 186 al. 3) aura des répercussions sensibles sur les coûts. C'est également le cas de la réglementation sur l'assistance judiciaire, l'avant-projet prévoyant à l'article 107 al. 3 que le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif.

Pour les particuliers, l'unification n'ira probablement pas dans le sens d'une réduction des coûts. Le fait que les avocats pourront plus facilement plaider dans des cantons voisins ne devrait pas entraîner une baisse du montant des honoraires. Au contraire, on peut plutôt craindre que l'unification entraîne une plus grande concentration des études d'avocats, accompagnée d'une augmentation des honoraires prévus dans les petits cantons jusqu'au niveau des cantons plus importants. Le système qui sera finalement choisi pour la prise en charge des honoraires de la partie adverse par la partie succombant aura également une influence sur les coûts pour le particulier.

Uni LA: A. Appréciation d'ensemble

Malgré l'importance du travail fourni par la commission d'experts, le résultat soumis à la présente consultation n'est cependant que partiellement réussi. Tel qu'il est prévu, l'AP propose une procédure contentieuse ordinaire dans l'ensemble assez satisfaisante, même si certaines règles devraient être repensées et si des précisions ou des modifications sur maint détail paraissent souhaitables. On ne saurait en dire autant des procédures spéciales, où le parti pris de brièveté de l'AP, en lui-même louable, a conduit à ne pas prévoir suffisamment de dispositions particulières pour des institutions qui pourront difficilement être coulées dans le moule général des trois procédures (ordinaire, simplifiée, sommaire) prévues. Appliquer celles-ci à des institutions comme les mesures protectrices de l'union conjugale, le bénéfice d'inventaire successoral ou les actions en partage risque, si des compléments ne sont pas introduits, de demander beaucoup d'imagination créatrice aux avocats comme aux magistrats.

En matière de juridiction gracieuse, l'insuffisance, voire l'inadaptation des quelques règles prévues par l'AP devient flagrante (voir art. 268). Cela est-il dû à la composition de la commission d'experts, presque exclusivement formée de processualistes, alors que la juridiction gracieuse est en réalité surtout étudiée par les spécialistes des domaines du droit matériel dont relèvent les institutions concernées ? Il est particulièrement regrettable à cet égard que cette commission ait jugé utile de constituer des sous-commissions en matière de procès de propriété intellectuelle et d'arbitrage, mais non de juridiction gracieuse.

En raison notamment de ces difficultés, on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable que la Confédération, malgré la compétence conférée par l'art. 122 nCst, se limite dans un premier temps à unifier la procédure civile contentieuse et renonce pour l'instant à réglementer certaines institutions de juridiction gracieuse pour laquelle aucun besoin d'unification urgente n'existe. Or on constate au contraire qu'elle a sans doute outrepassé son mandat constitutionnel dans ce domaine.

Tout aussi critiquable apparaît le champ d'application de la future loi fédérale prévu par l'AP: Contrairement à la LFors (Y. DONZALLAZ, Commentaire de LFors, Berne 2001, n° 36, Partie systématique, p. 86-87; C. MEYER, Kommentar zum GestG., in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Bâle 2001, n° 4 ad 1, p. 31-32; F. DASSER, in GstG. Kommentar, éd. Th. MÜLLER/M. WIRTH, Zurich 2001, n° 23 ad 1 p. 38; D. GASSER, in GstG Kommentar, éd. F. Kellerhalls/N. von Werdt/A. Güngerich, Berne 2001, n° 8 ad 1<sup>er</sup> p. 3; D. PIOTET, Le passage des fors cantonaux aux fors fédéraux: l'exemple de la juridiction gracieuse, in CEDIDAC n° 44, Lausanne 2001, p. 66 ss et D. TAPPY/D. PIOTET, Adaptation de la procédure civile cantonale à la LFors, JdT 2001 III 36), l'AP entend appliquer des règles fédérales uniformes de procédure aux matières qui continueraient à relever du droit privé cantonal (voir art. 1).

Sur d'autres points en revanche, c'est plutôt un excès de timidité qu'on peut reprocher à la commission d'experts. En particulier, on peut douter que l'unification des règles de procédure civile au sein même de la législation fédérale ait été poussée aussi loin qu'il aurait été souhaitable, alors même que la "dispersion" (*Zersplitterung*) de ces règles a été l'un des principaux arguments avancés pour justifier ladite unification. Passe encore pour le choix de ne pas inclure dans le futur CPC suisse les règles sur le recours au TF en matière civile, qui peut se justifier par la volonté de regrouper dans la LTF tout ce qui concerne les recours de diverses natures auprès de cette autorité. On ne saurait en revanche juger cohérent le fait que la Confédération prévoie, simultanément à l'élaboration d'un CPC suisse, d'édicter une loi particulière réglant la procédure devant les autorités (qui ne pourraient pourtant plus être que des autorités judiciaires) de protection de l'enfant et de l'adulte. Enfin, le commentaire de l'AP n'explique sauf erreur pas pourquoi l'entrée en vigueur du CPC suisse, qui devrait pouvoir être appliqué sans autres aux très rares cas qui subsistent de procès civils directs devant le TF, n'entraînera apparemment pas l'abrogation de la PCF.

#### B. La juridiction gracieuse (voir art. 268)

#### C. Dispositions générales et juridiction contentieuse

On l'a dit, la réglementation prévue pour la procédure contentieuse, qui constitue l'essentiel de l'AP, apparaît plus réussie. Sur trois points en tout cas d'importants remaniements seraient néanmoins indispensables: il s'agit de la procédure incidente applicable notamment au jugement *in limine litis* de moyens de procédure tendant à l'irrecevabilité de la demande (cf. rem. ad art. 54 et 55 AP), du jugement par défaut et du relief (cf. rem. ad art. 142 à 144 AP), et enfin des voies de droit, qui pourraient être simplifiées et ne devraient pas être aussi largement ouvertes que proposé contre des décisions rendues en cours d'instruction (cf. rem. ad art. 286 ss AP).

Pour le surplus, de nombreuses remarques et demandes de modifications ou de compléments relèvent du détail, auquel il faut cependant précisément être

attentif dans le cadre d'une telle procédure de consultation. On se réfère à cet égard au commentaire article par article de l'AP qui suit.

Uni ZH: Einleitend ist zunächst hervorzuheben, dass der vorliegende Vorentwurf das Ergebnis von Arbeiten ist, welche offenkundig unter größtem Zeitdruck durchgeführt werden mussten. Die Erläuterungen zum Vorentwurf im Bericht zeigen deutlich, dass der (offenbar in knappem zeitlichen Rahmen) investierte Arbeitsaufwand sehr gering war; es verwundert daher nicht, dass sowohl der Vorentwurf selbst als auch der Bericht dazu insgesamt sehr oberflächlich und in manchen Passagen mangelhaft geraten ist. Ein zufriedenstellendes Ergebnis kann wohl nur eine durchgreifende und umfassende Revision des vorliegenden Vorentwurfs bringen. Die folgende Zusammenstellung von Kritikpunkten kann vor diesem Hintergrund keine auch nur annähernd vollständige "Mängelliste" darstellen, sondern ist vielmehr lediglich eine Zusammenstellung von Kritikpunkten, welche den beteiligten Zürcher Professoren schon bei einer ersten Durchsicht des Entwurfs aufgefallen sind.

### Generelle Kritik

Auf grundsätzlicher Ebene zu bemängeln ist, dass der Erstellung des vorliegenden Vorentwurfes keine entsprechenden Vorarbeiten vorausgegangen sind. Dies betrifft zunächst den Umstand, dass die traditionellen Quellen des schweizerischen Zivilprozessrechts – also insbesondere das französische Zivilprozessrecht und jenes des deutschen Rechtskreises – nicht konsultiert wurden; die "schweizerischen Traditionen", auf welche der Entwurf abhebt, wurden insofern also nicht entsprechend gewürdigt und beachtet. Darüber hinaus ist zu bemängeln, dass der Entwurf auch keine sonstige rechtsvergleichende Anschauungsgrundlage hat, was in einer Reihe von Mängeln zum Ausdruck kommt. Besonders deutlich wird es etwa in Art. 51, wo – abweichend vom schon jetzt in einer Reihe von Kantonen erreichten Rechtszustand – keine richterliche Fragepflicht, sondern lediglich ein richterliches Fragerecht vorgesehen ist. Die Verstärkung der richterlichen Frage-, Hinweis-, und Aufklärungspflicht im Zivilprozess stellt das wichtigste Thema der rechtspolitischen Diskussion in Europa in den vergangenen Jahrzehnten dar. In allen betroffenen Ländern Westeuropas kam es dabei zu einer wesentlichen Stärkung der richterlichen Fragepflicht. Dass der vorliegende Vorentwurf diesbezüglich hinter den bereits in vielen Kantonen erreichten Stand zurückgeht, ist daher nicht nur inhaltlich ein schwerwiegender Fehler, sondern zeigt auch, dass er von der internationalen Diskussion über sinnvolle Reformen des Zivilprozessrechts erkennbar keine Notiz nimmt.

Wie bereits im geltenden Recht (Art. 343 OR) sieht der Vorentwurf für Arbeitsstreitigkeiten in verschiedenem Zusammenhang eine Streitwertgrenze von 30'000 Franken vor. Dies entspricht einer bewährten Tradition. Irritierend wirkt jedoch, dass die Streitwertgrenze in gewissen Fällen vorgesehen ist, in anderen hingegen nicht, ohne dass ein sinnvolles Kriterium für diese Differenzierung ersichtlich ist.

Eine Streitwertgrenze findet sich in:

- Art. 104 Abs. 1 lit. a ZPO (Befreiung von Gerichtskosten im Entscheidverfahren)
- Art. 204 Abs. 1 lit. b ZPO (Urteilsvorschlag)
- Art. 240 Abs. 1 lit. b ZPO (Untersuchungsmaxime)

Keine Streitwertgrenze besteht jedoch in:

- Art. 103 lit. b ZPO (Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens)
- Art. 192 Abs. 3 ZPO (Zwingendes Schlichtungsverfahren)
- Art. 194 Abs. 2 lit. b ZPO (Paritätische Schlichtungsbehörde)
- Art. 237 lit. b ZPO (Vereinfachtes Verfahren)

Warum soll für die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens keine Streitwertgrenze gelten, obschon für die Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens (in Übereinstimmung mit Art. 343 Abs. 3 OR) eine solche gilt? Warum ist für den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde eine Streitwertgrenze vorgesehen, nicht aber für deren Zusammensetzung? Warum wird (in Übereinstimmung mit Art. 343 Abs. 4 OR) die Untersuchungsmaxime an eine Streitwertgrenze gebunden, nicht aber das vereinfachte Verfahren selbst (in Abweichung zu Art. 343 Abs. 2 OR)? Auch der Begleitbericht gibt keinen Aufschluss darüber, warum gerade so – und nicht anders oder gar nicht – differenziert wird.

*Fazit:* Entweder ist die Streitwertgrenze auf alle betroffenen Punkte auszudehnen oder ihr Einsatz ist nach einem nachvollziehbaren Kriterium zu differenzieren.

*Mündliches oder schriftliches Verfahren?* Weil ein Velo eben kein Auto, ein Auto kein Zug, ein Bus keine Bahn und ein Schiff trotz aller ZVV-Kampagnen dennoch kein Tram ist, scheint mir der Streit, ob nur ein schriftliches oder ein mündliches Verfahren "das Richtige" sei bzw. in den Status des Regelfalls erhoben werden soll, müssig.

Denkbare *qualitative Kriterien* wären, ob es sich um einen Konsumentenstreit, einen Klein(st)streitwert bzw. (am andern Ende des Spektrums) um (beiderseits) im HR eingetragene Parteien handelt. Für Schriftlichkeit spricht, dass auch Laienparteien einem gewissen Druck zur Reflektion unterzogen werden, für Mündlichkeit die Möglichkeit, die richterliche Fragepflicht spontan eingreifen zu lassen (welche zweckmässig allerdings auch erst nach summarischem Überblick über den Prozessgegenstand ausgeübt werden kann).

Wäre (i) in *Grenzfällen* von Mündlichkeit/Schriftlichkeit allenfalls eine *verfahrensbeschleunigende, niederschwellige Lösung*, dem Gericht die Befugnis einzuräumen, von den Parteien unter Androhung von Ordnungsbussen im Säumnisfall bzw. Kostenfolgen bez. Zusatzaufwand *vorgängig einer mündlichen HV schriftliche Dokumente einzufordern* (punktuell ist ein solches Modell in Art. 111 Abs. 1 ZGB verwirklicht, und es liesse sich wohl z.B. in einem Mietausweisungsverfahren wegen Zahlungsverzugs weit einfacher umsetzen)? Erwägen liesse sich (ii) evtl. auch, Schriftlichkeit nur bei (beiderseitiger) berufsmässiger (anwaltlicher, verbands-) Vertretung greifen zu lassen – Formulierungsroutine dürfte den Aufwand in Klein-Streitigkeiten (rechnet man Terminabsprachen, Reisezeit) rechtfertigen, während in komplexeren Verfahren Schriftlichkeit der ersten "Vorträge" eh unvermeidlich sein dürfte.

*Officialisierung von Vergleichsvorschlägen?* Dass der Gesetzgeber sich diesbez. überhaupt Überlegungen macht, belegt ausreichend, dass solche nicht an sich abwegig sind. Es bietet aber ein Art. 66 Abs. 3 ZH-ZPO nachempfundenes Modell dafür ausreichendes (aber auch sinnvolles) Korrektiv, indem es bei richtiger Betrachtungsweise "unverbindliche" Vergleichsvorschläge nicht geben kann: Eine realistische Vergleichsbereitschaft muss verbindlich sein, sonst sind Vergleichsgespräche reines Filibustern. Man kann sich also fragen, wie explizit

dieses Thema vom Gesetzgeber angesprochen werden soll, oder ob es nicht eher Sache der Prozessrechliteratur wäre, für Extremfälle angemessene Behandlung im Rahmen prozessrechtlicher Treuepflichten zu thematisieren. Dabei fiele in Betracht, dass die Frage der Missbräuchlichkeit von der Partei in guten Treuen aus subjektiver Perspektive betrachtet werden kann und insbes. für eine minderbemittelte Partei auch eine objektiv relativ kleine Differenz bedeutsam sein kann (ansonsten man "de minimis non curat praetor" explizit einführen müsste ...). Es sollte also klargestellt werden, dass – wenn die "Verbindlichkeit" von Vergleichsstandpunkten nicht explizit eingeführt wird – der Gesetzgeber nicht eine absolute Unverbindlichkeit statuieren will, sondern rechtsmissbräuchliches Verhalten (weiterhin) sanktioniert werden kann.

*Regelung des SchK-Beschwerdeverfahrens:* Eine CH-ZPO erfüllt ihren Zweck nur, wenn sie aus einem Guss und umfassend ist. Es sind keine Gründe ersichtlich einzelne Bereiche deshalb auszuklammern, weil allenfalls die kantonale Behördenorganisation mitangerührt werden könnte. Dies ruft nach einem expliziten Einschluss auch des *Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, da – z.B. bez. des Katalogs von § 215 ZH-ZPO – kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, weshalb einzelne Geschäfte in Art. 259 CH-ZPO nicht aufgenommen werden. Dies gilt z.B. für Testamentseröffnungen, mit erheblicher faktischer Präjudizwirkung bez. der Wahrnehmung durch Laien sowie bez. der Parteirollenverteilung; regelmässig dürfte es sich zudem hier um *civil rights* handeln, weshalb – nicht anders als seinerzeit im Vormundschafswesen – gerichtliche Beurteilung ohnehin unvermeidlich ist (es fällt schwer vorzustellen, dass weiterhin lokale "Amtsschreiber" und ähnliche Funktionen bei der Testamenterrichtung als Urkundsperson und in der Testamentseröffnung als Behörde wirken können, ohne dass die für die freiwillige Gerichtsbarkeit typische *Officialmaxime ad absurdum* geführt und das Vertrauen in die staatlichen Behörden verletzt ist). Zu bedenken ist nämlich, dass schweizerische Testamentseröffnungen international schon materiellrechtlich an einem gewissen "Glaubhaftigkeitsdefizit" leiden, welches nicht noch durch kantonale Partikularismen weiter zu vertiefen ist. Gleiches gilt bez. der Genehmigung von Unterhaltsverträgen. Anerkennung und Vollstreckbarkeit solcher Titel ist entscheidendes Merkmal eines funktionierenden Rechtsverkehrs und sollte einheitlich sichergestellt werden.

Im Sinne einer *Anregung* zu prüfen wäre sodann eine Ordnung, wie "Prozesse mit komplexen wissenschaftlichen oder technischen Fragestellungen" (Terminologie SPÜHLER, FS Schmid, Zürich 2001 – der eine oder andere "gewöhnliche" Bau-/Werkmangelprozess dürfte in diese Kategorie fallen) adäquat abzuwickeln sind. Zwar werden bestehende *Handelsgerichte* in ihrem Bestand geschützt, doch stellen sich "handelsgerichtliche Fragen" typischerweise in allen Gerichtssprengeln der Schweiz und insbesondere auch in ganz landläufigen Verfahren mit relativ kleinem Streitwert "gewöhnlicher" Beteiligter, wo der Einbezug von Experten aus regional zusammengesetzten Kammern nützlich sein könnte. Hinzu kommt, dass ein *einheitlicher, schweizweiter Standard relevanter Sondergerichte* sinnvoll und nicht auf die Handels- und die materiellrechtlich vorgegebenen Miet- und Arbeitsgerichte zu beschränken, sondern auf Familien- und Vormundschaftsgerichte (und allenfalls eben etwa auch auf "Baukammern") auszudehnen wäre, um in weit weniger spektakulären, für die Einzelnen aber nicht minder einschneidenden Verfahren fachliche Standards zu gewährleisten (nebst Kindergesprächen sei z.B. auch auf Art. 397a ff. ZGB bez. FFE hingewiesen).

*Inhalt und Gliederung:* Juristinnen und Juristen werden sich im Gesetz schnell und leicht orientieren können. Für Laien wäre es jedoch hilfreich, wenn nach der örtlichen Zuständigkeit der Verfahrensablauf statt dogmatische Fragen wie Verfahrensgrundsätze, Prozessvoraussetzungen, Klagen etc. geregelt würde. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 15 f.*

*SchKG:* Bei der Regelung des summarischen Verfahrens müssen Besonderheiten insb. für folgende Fragen diskutiert werden: Zulässigkeit von Beweismitteln; Anwendung der Untersuchungsmaxime; Novenrecht und Mündlichkeit für das Rechtsöffnungsverfahren, falls dies nicht allgemein für das summarische Verfahren vorgesehen werden soll. Mit der Schaffung der neuen ZPO muss auch das SchK-Beschwerdeverfahren umfassend vereinheitlicht werden. Dringend ist auch eine Vereinheitlichung und/oder Angleichung der Fristen der ZPO und des SchKG. Schliesslich muss geprüft werden, ob im Hinblick auf die Möglichkeit des Entzuges der aufschiebenden Wirkung bei der Appellation (Art. 294) nicht auch bei der definitiven Rechtsöffnung analog SchKG 83 I eine provisorische Pfändung bzw. ein Güterverzeichnis eingeführt werden muss. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 96 ff.*

*MietZG:* Gerne nehmen wir zum Vorentwurf Stellung, beschränken uns aber auf Bemerkungen zu denjenigen Artikeln, welche das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen regeln. Generell ist bei diesen Bestimmungen die Übereinstimmung mit einem möglichen neuen Mietrecht zu beachten. Insofern erscheint der Entwurf noch als unausgegoren.

Somit bleiben unsere wichtigsten Anliegen, die Streichung des Begriffes "gerichtliche" Behörde, sowie die Anpassung an ein mögliches neues Mietrecht. Generell sollte beachtet werden, dass das Verfahren nicht unnötig kompliziert und so verteuert (grösserer administrativer und personeller Aufwand) wird. Die bisherigen Regelungen (Art. 274 bis 274g OR) sollten so weit als möglich beibehalten werden und in die neue Zivilprozessordnung Eingang finden.

*ZHK:* Skeptisch ist die Kammer gegenüber dem sog. "sozialen Zivilprozess", der besonders in Fragen des Miet-, Arbeits- und Konsumentenrechts angewendet werden soll. Sie befürchtet, dass einer Prozessflut in Bagatellfällen Vorschub geleistet werden könnte.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

##### *HUW: Gesetzgebung an sich*

Es ist nach einem vollständigen Inhalt der Zivilprozessordnung zu trachten. Dabei ergibt sich freilich die historisch bedingte Hypothek der auf eidgenössischem Boden bereits bestehenden Teilregelungen. Es handelt sich dabei vor allem um folgende Gebiete:

- a) Örtliche Zuständigkeit: GestG(2000)
- b) Vorsorgliche Massnahmen: materielles Recht
- c) "Binnenschiedsgerichtsbarkeit": Konkordat (1969, SR 279)
- d) Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: IPRG (1987)
- e) Rechtsmittel an das Bundesgericht: OG (1943) sowie Entwurf zu einem Bundesgerichtsgesetz

f) Vollstreckung von Urteilen über Geldforderungen: SchKG (1889/1994).

Von diesen sechs Bereichen sind nur drei (Örtliche Zuständigkeit, vorsorgliche Massnahmen, "Binnenschiedsgerichtsbarkeit") in den Vorentwurf (nachstehend VE) integriert worden. Jetzt ist aber der Zeitpunkt da, um für privatrechtliche Ansprüche ein vollständiges Verfahrensrecht in ein und demselben Gesetz zu schaffen. In Deutschland (ZPO vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 und des Zivilprozess-Reformgesetzes vom 27. Juli 2001), Frankreich (Code de procédure civile vom 5. Dezember 1975/12. Mai 1981) und Italien (Codice di procedura civile vom 28. Oktober 1940) bestehen solche Gesetze, während Österreich mit seiner Zivilprozessordnung vom 1. August 1895 und der unter der Aegide von *Franz Klein* praktisch gleichzeitig entstandenen Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 die gesamte Einzelvollstreckung in ein Separatgesetz verweist. Die beiden Erlasse haben zueinander ein ähnliches Verhältnis wie es 1911 durch Eugen Huber dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch und dem Schweizerischen Obligationenrecht zuteil und dieses bezeichnet wurde als *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*.

Keiner der genannten Staaten aber behandelt die Realexekution und die Vollstreckung von Geldforderungen in zwei verschiedenen Gesetzen. Unglücklich ist es demgegenüber, wenn ein einzelnes vollstreckungsrechtliches Institut (Vollstreckung öffentlicher Urkunden) mit Art. 337 bis 343 VE dann doch wieder in den Text der Zivilprozessordnung aufgenommen wird.

#### *Fakultative und obligatorische Regelungen*

Der Vorentwurf enthält zahlreiche Bestimmungen, in denen entweder dem jeweiligen Prozessgericht Möglichkeiten für Anordnungen gegeben oder dem jeweiligen Prozessgericht obligatorische Vorschriften gemacht werden. Dabei sind drei Kategorien zu unterscheiden:

- a) Möglichkeiten, die sich für ein Gericht aus der jeweiligen Situation des Verfahrens ergeben, wie z.B. Art. 162 Abs. 3 VE: Benützung schriftlicher Unterlagen durch einen Zeugen. Solche Regelungen sind unproblematisch.
- b) Möglichkeiten, die dem Gericht unabhängig von der jeweiligen Situation gegeben werden, wie z.B. Art. 145 Abs. 4 VE: Beweis über Übung, Ortsgebrauch, ausländisches Recht: In derartigen Fällen ist zu prüfen, ob die Entscheidungsfreiheit des Gerichts wirklich gerechtfertigt und, wenn nein, ob die vorgesehene Anordnung als solche notwendig ist.
- c) Anordnungen, die das Gericht obligatorisch zu treffen hat, wie z.B. Art. 118 Abs. 3: Besondere Vorkehren bei Dringlichkeit. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob sich die Regelung nicht als zu starr erweist.

#### *Psychologisches*

Man wird das Gefühl nicht ganz los, der Vorentwurf sei primär aus der Sicht der Gerichte, sekundär aus derjenigen der Rechtsanwälte, tertiär aus derjenigen der Professoren und erst in letzter Linie aus der Sicht der gewöhnlichen Bürgerin und des gewöhnlichen Bürgers geschrieben. Es ist aber zu bedenken, dass sie es sind, welche vor allem die Schattenseiten eines Zivilprozesses zu erleben haben und dass es zahlreiche Personen gibt, denen allein schon der Gedanke, es mit einem Gericht zu tun zu haben, Angst und Schrecken ein-

flösst. Dem wäre bei der weiteren Bearbeitung des Vorentwurfes Rechnung zu tragen.

**42      **Verschiedene Einzelfragen****  
**Questions divers**  
**Domande diverse**

421      Verzicht auf die Regelung der Mediation  
Pas de réglementation relative à la médiation  
Nessuna regolamentazione relativa alla mediazione

421.1    Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Eine Regelung der Mediation in der ZPO ist zur Recht nicht erfolgt.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni BE: Wir begrüßen den Verzicht auf Regelungen zur aussergerichtlichen Mediation im Vorentwurf (Bericht Seite 15).

421.2    Kritik / Critique / Critica

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: La scelta legislativa è quella di integrare in un'unica legge le norme sulla competenza per territorio (integrando la Legge sui Fori), la procedura applicabile e l'arbitrato interno (in sostituzione del Concordato inter cantonale sull'arbitrato).

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, è interessante rilevare come nel progetto vi siano parecchi punti di contatto tra la procedura statale e quella arbitrale, sicuramente più di quanto avviene nel capitolo XII LDIP, dedicato all'arbitrato internazionale che fa corpo a sé stante nella legge.

Purtroppo il Progetto non prevede invece un capitolo dedicato alla mediazione, che pur rappresenta - con l'arbitrato - uno strumento in crescita di ADR (alternative dispute resolution). Del resto, questa omissione è tanto più grave se si pensa agli stretti legami della mediazione, sia con la procedura giudiziaria (ad. es. quale passo preliminare o contestuale al processo civile) sia con quella arbitrale (tanto che le "rules" delle principali istituzioni arbitrali prevedono un capitolo dedicato alla mediazione).

Inoltre, una regolamentazione a livello federale avrebbe quale conseguenza l'unificazione degli effetti legati alla mediazione, sotto molteplici punti di vista, ad esempio la natura dell'accordo raggiunto in mediazione, le conseguenze a livello di prescrizione ecc.

La necessità di una regolamentazione unitaria diviene imprescindibile anche per parare al rischio che i singoli cantoni adottino delle legislazioni cantonali (ovviamente differenti l'una rispetto all'altra) che regolino la mediazione. Ne è un esempio il Cantone di Ginevra, dove è attualmente in corso l'elaborazione di una siffatta legislazione.

Infine, questa lacuna del CPCF diviene strepitosa se solo si pensa che è attualmente in corso la procedura di consultazione sulla nuova LF sull'Ufficio del difensore civico federale (progetto preliminare del 4 luglio 2003), a dimostrare dell'importanza data a queste nuove forme di risolvere i conflitti.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

### CBL-GE: Médiation civile et commerciale

#### *I. Remarques liminaires*

##### 1. Le silence l'APL-PCS

Hormis trois articles de modeste portée (art. 43 lit. C, 116 al. 1 et 157 al. 1 lit. C), l'avant-projet est muet sur la médiation.

L'avant-projet a pris le parti "de ne pas prévoir l'application de la médiation dans la procédure judiciaire, contrairement à ce que prévoient partiellement des ordres juridiques étrangers" (Rapport, p. 15), ceci sans motiver ce rejet. Dans le commentaire de l'art. 116, le Rapport ajoute, en p. 66: "La médiation n'a pas été réglée dans l'Avant-projet car *cela* dépasse le domaine de la procédure civile".

C'est bien court.

En effet, il paraît essentiel de distinguer *le processus de médiation comme tel*, qui "dépasse la procédure civile" et n'a donc pas sa place dans le CPS, *de ses effets sur la procédure civile*.

Certes, l'on ne peut qu'approuver l'idée de respecter la liberté contractuelle (celle de définir le contenu de l'accord initial et de la transaction finale de médiation), la liberté de contracter (celle de choisir le médiateur), et de préserver le droit des associations (à élaborer des codes de déontologie, des règlements internes, des accords-type, etc.), car les régler reviendrait à dénaturer la médiation.

En revanche, il est dommageable d'avoir *écarté* "ce qui entoure la médiation civile et commerciale": l'articulation entre la procédure civile et le processus de médiation, et les modalités qui en garantissent les principes, en particulier la confidentialité, si l'on a pour objectif "l'unification du droit de procédure civile ... par une codification au niveau du droit fédéral" (Rapport p. 10).

Le silence de l'avant-projet va, précisément, compromettre cet objectif en ce qui concerne la médiation, comme on le verra plus bas.

Il convient donc d'examiner à la fois les raisons d'introduire dans la PCS une partie consacrée à la médiation civile et commerciale (on l'a bien fait pour l'arbitrage !), et les limites à fixer à un tel exercice pour préserver la nature de la médiation.

##### 2. Le motif culturel: la tradition suisse

De Saint-Nicolas de Flue à Henry Dunant, la médiation appartient - déjà - à notre culture. A cela s'ajoute la pratique suisse des "Bons Offices", forme rudimentaire de la médiation, très appréciée au siècle précédent ( par exemple: les accords d'Evian).

Il est donc tout naturel de rappeler, dans la PCS, l'existence de ce mode de résolution des litiges, pour les parties à un différend de nature civile ou commerciale.

D'ailleurs, le Rapport lui-même admet (p. 66) que "le résolution du litige par un accord entre les parties doit être encouragée".

### 3. Le motif politique: la crédibilité suisse au sein du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe, dont la Suisse est membre, a adopté plusieurs résolutions (N° R(98)1, R(99), Rec(2001)9, Rec(2002)10) encourageant le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges (MARL, ou ADR en anglais), en particulier la médiation en matière civile et commerciale.

En date du 18.09.2002, le Comité des ministres a adopté une importante recommandation sur la médiation civile invitant les Etats membres à faciliter la médiation en matière civile et de mettre en œuvre les "principes directeurs concernant la médiation en matière civile".

La Conférence européenne des juges réunie à Strasbourg les 24 et 25 novembre 2003 sur le thème du "Règlement précoce des litiges et le rôle des juges", premier forum paneuropéen pour l'échange d'idées à ce sujet, a souligné le besoin pour les juges et les Etats membres de promouvoir d'autres modes de résolution des différends, tant avant le litige qu'au cours de celui-ci. Les participants ont notamment recommandé de promouvoir le règlement précoce des litiges par la médiation (Conclusions finales, chiffres 7 et 9).

Il est donc temps qu'en conformité auxdites résolutions, la Suisse mette sa législation interne en harmonie avec ses engagements internationaux. L'élaboration de la PCS en fournit le cadre approprié.

### 4. Le motif économique: la Suisse, lieu propice à la médiation

Comme la procédure civile, l'arbitrage (interne et international) rencontre les mêmes difficultés: complexité accrue, extension de la durée, augmentation des coûts.

La médiation civile et commerciale est donc appelée - en complément - à un grand essor à l'avenir, quelle que ce soit la législation en place.

De nombreuses organisations intergouvernementales et non gouvernementales la recommandent ou l'encouragent, telle l'OMPI à Genève.

Face à la concurrence internationale (en particulier Londres, Paris), il est important que notre législation interne puisse accueillir et favoriser ce mode de résolution des litiges en Suisse.

Signalons qu'à cet effet le Projet de loi genevois prévoit la possibilité, pour les parties qui souhaitent renforcer une transaction de médiation, de la faire homologuer par la juridiction civile compétente, *même en l'absence d'une procédure civile pendante*.

### 5. Autres motifs

D'autres motifs d'ordre éthique, social et économique militent en faveur de la reconnaissance de la médiation dans notre législation interne: en tant que la médiation fait appel au respect de l'autre, à l'esprit de responsabilité, au rétablissement du dialogue et qu'elle répond au besoin d'immédiateté et d'efficacité des personnes et entreprises en litige.

## 6. Le motif juridique: le besoin d'unification du droit de procédure par une codification au niveau du droit fédéral

La médiation civile et commerciale existe et se développe en Suisse, et des magistrats civils encouragent déjà, le cas échéant, les parties en litige à y recourir.

Or la relation entre la procédure civile et le processus de médiation pose - comme l'enseigne le droit comparé - quelques problèmes dont chacun peut recevoir plusieurs solutions procédurales.

Ainsi, si l'on veut éviter la prolifération à l'avenir de 26 pratiques cantonales relatives à l'articulation procédure civile/processus de médiation, si l'on veut donc éliminer "le morcellement horizontal du droit" et l' "insécurité du droit qui en résulte" (Rapport, p. 5) sur ce point, il est indispensable de traiter ces questions dans le CPS.

Mutatis mutandis, la réflexion vaut également pour la relation arbitrage/médiation.

## 7. Les limites de l'exercice: préserver les grandes libertés

On ne peut en revanche toucher au cœur même de la médiation sans la dénaturer. Aussi, le silence du présent texte préserve-t-il pleinement:

- a) la liberté de contracter, soit celle de choisir, pour les parties, la personne du médiateur;
- b) la liberté contractuelle, soit celle de définir, pour les parties:
  - i) le contenu de l'accord initial de médiation (AIM, voire annexe 1), appelé aussi "engagement en médiation" qui détermine notamment les règles et les modalités du processus, l'agenda, le calendrier, les coûts, etc...
  - ii) le contenu de la convention finale de médiation, appelé aussi "transaction", qui reflète la solution adoptée par les parties à l'issue du processus.
- c) la liberté des associations de médiation d'établir leurs statuts, leur règlement et leur code de déontologie.

## 8. Genèse du présent document

Le présent document reprend, pratiquement littéralement, le projet de loi élaboré en 2002 par le pouvoir judiciaire genevois (PLMC) en consultation étroite avec les associations de médiations, en particulier les sections romandes des deux principales organisations faïtières de notre pays: la Chambre suisse de conciliation commerciale et le Groupement pro-médiation. De plus, une experte membre du Pouvoir judiciaire neuchâtelois, Mme I. Bieri, a été consultée et a donné son avis sur les avant-projets en cours.

On peut donc considérer que ce texte est déjà largement influencé par les diverses parties de la Suisse romande.

Ce projet tend à régler les problèmes découlant de l'articulation justice civile et processus de médiation, tout en préservant la nature, la spécificité et les règles de chacun d'eux.

## *II. Conclusions*

En se limitant aux problèmes techniques, de procédure, découlant de l'articulation procédure civile et processus de médiation, le présent projet sauvegarde la

nature de la médiation et les libertés qui s'y rattachent. Il s'agit simplement d'unifier sur ce point le droit de procédure civile.

Les problèmes d'organisation et de devoirs des médiateurs sont énoncés dans le même esprit, celui du respect du droit des organisations d'adopter leurs statuts, leurs codes de déontologie et leurs règlements de manière autonome, les tableaux étant utiles aux justiciables.

DJS: Wir schlagen die gesetzliche Verankerung der Mediation vor, und zwar in dem Sinn, dass ein Mediationsverfahren den gleichen Stellenwert erhält wie der Schlichtungsversuch vor dem staatlichen Friedensrichter.

Anders gesagt: Die Parteien sollten frei wählen können, ob sie das Schlichtungsverfahren vor dem staatlichen Gericht durchführen wollen oder ob sie eine/n selbständig bestimmten Mediator/in damit beauftragen wollen. Sie dürfen namentlich nicht dazu gezwungen werden, nach Durchführung einer (gescheiterten) Mediation nochmals den – in diesem Fall unnötigen – Gang vor die/den staatliche/n Friedensrichter/in anzutreten.

FSA: Consciente du rôle croissant que cette institution est appelée à jouer et pour donner la possibilité aux parties d'opter pour une médiation d'entrée de cause, la FSA propose d'ajouter la disposition suivante:

*Article 191 bis*

*Mediation*

*Abs. 1 Auf gemeinsames Begehren der Parteien tritt an die Stelle der Schlichtungsverhandlung eine Mediation.*

*Abs. 2 Das Begehren ist mit dem ordentlichen Schlichtungsgesuch oder anlässlich der Verhandlung der Schlichtungsbehörde zu stellen. Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien die Aufnahme einer Mediation empfehlen.*

*Abs. 3 Die Organisation und die Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien.*

*Abs. 4 Das Schlichtungsverfahren ist bis zum Widerruf des Begehrens durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation durch alle Parteien sistiert. Die Schlichtungsbehörde erlässt die notwendigen Verfügungen.*

*Abs. 5 Der Fortgang des Schlichtungsverfahrens nach Aufhebung der Sistierung richtet sich ausgehend von den Ergebnissen der Mediation nach vorliegendem Gesetz.*

*Abs. 6 Die Gerichtskosten sind entsprechend zu reduzieren.*

*Abs. 7 Der Bundesrat kann Ausführungsbestimmungen erlassen.*

kvs: Wir erachten alternative Streitbelegungsverfahren wie insbesondere die Mediation als förderungswürdiges Verfahren zur Konfliktlösung und demgemäss als sinnvolle Alternative zum Zivilprozess. Es ist daher aus unserer Sicht wünschenswert, die punktuelle Regelung im Vorentwurf zu ergänzen. Insbesondere sollte die Mediation dem Schlichtungsverfahren als Prozessvoraussetzung gleichgestellt werden: für die Parteien ein Wahlrecht vorzusehen zwischen herkömmlichem Schlichtungsverfahren und Mediation. Entsprechend sollte ein entsprechendes Begehren um eine Mediation bei der zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht werden können und alsdann die gleichen Wirkungen haben wie das Begehren um Durchführung einer Schlichtung (Verjährungsunterbrechung).

SDM-FSM: Aus unserer Sicht wäre es sehr begrüssenswert, wenn in der bundesrätlichen Botschaft zum neuen Gesetz die Geschichte und Bedeutung der Mediation als alternatives Konfliktlösungsverfahren in der Schweiz, aber auch im Ausland Darstellung fände. Der SDM-FSM bietet hierfür gerne seine Dienste an.

In unserem Dachverband wird Mediation bewusst als interdisziplinäre Methode verstanden. Das bedeutet auch, dass sie nicht allein den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten bleiben darf, auch nicht im Rahmen einer Zivilprozessordnung.

Seit 1996 kennt der Schweizerische Verein für Mediation Anerkennungsregeln und einen Titel für Familienmediatoren. Diese Anerkennungsregeln basieren auf Europäischen Standards. Mitte 2004 treten zudem von unserem Dachverband beschlossene Anerkennungsregeln für einen Titel "Mediator SDM-FSM" zusammen mit Ethischen Richtlinien in Kraft. Wir würden es sehr begrüßen, wenn diese Qualitätsstandards bei der Erarbeitung von Mediatorenlisten Berücksichtigung fänden.

Wir gehen davon aus, dass der weltweite Boom der Mediation, der sich auch in der Schweiz bereits abzuzeichnen beginnt, so in der neuen Zivilprozessordnung verankert werden soll, dass künftig alle – heute voraussehbaren – Optionen zur Verfügung stehen und vom Richter und den Parteien die Mediation nach Bedarf als sinnvolles, ergänzendes Werkzeug eingesetzt werden kann.

Wird bei der Schaffung eines neuen, einheitlichen Prozessgesetzes die Aufnahme der Mediation und allgemein die flexible Prozessleitung allzu zurückhaltend oder zu abschliessend eingeführt, ist für jede neue Erkenntnis oder Einsicht auf diesen Gebieten der aufwändige und zeitfressende Gesetzgebungsprozess nötig. Breite Erfahrungen im Ausland haben gezeigt, dass die Mediation ohne Schaden für den bereits rechtshängigen Prozess ebenso freiwillig von den Parteien wie auch auf Initiative von Seiten des Gerichts zu Teil- und abschliessenden Lösungen im Interesse aller Beteiligten führen kann. *Die Entlastung des Gerichtes ist da nur ein wirtschaftlich sicherlich erwünschter Effekt.* Die Unterstützung der Konfliktlösung des Richters durch die Mediation liegt im höchsten und hervorstechendsten Masse im Interesse der Konfliktparteien.

Unsere Vorschläge basieren auf diesen Erkenntnissen und der Erfahrungstat-sache, dass in Eigenverantwortung selbst erlangte Konfliktlösungen weniger menschlichen Schaden hinterlassen als drittimplizierte. Stehen dem verantwortungsbewussten Richter Mittel zur Verfügung, mit welchen das eigentliche Ziel, die Konfliktlösung, mit geringerem Schaden der Parteien im weiteren Sinne erreicht werden kann, wird er diese vorab aus menschlichen und sekundär aus ökonomischen Gründen einsetzen. Damit er das kann, sind ihm in der Zivilprozessordnung die geeigneten Mittel zur Verfügung zu stellen.

Wir empfehlen, dieses Ziel dadurch greifbar zu machen, dass die richterliche Prozessleitung neben der Verfahrenserleichterung für die Parteien generell deren *Mitwirkung* (compliance) soll fördern können. Die eingebrachten Vorschläge stellen dem Richter diese Mittel in allgemeiner Form zur Verfügung, sodass er ebenso situationsgerecht wie nach den Erkenntnissen moderner Verfahrenstechnik handeln kann. Das Gegenstück dazu sind prozessuale Druckmittel, diese Ziele effizient zu verfolgen (vgl. Bericht Ziff. 3.2.4 S. 14).

Im Rahmen der Prozessflexibilisierung soll der Mediation mehr Raum zur Verfügung stehen, als im Entwurf vorgesehen. Ein wichtiger Aspekt bleibt dabei die Tatsache, dass die Mediation selbst per definitionem ein *freiwilliges Verfahren* ist, das von den Parteien jederzeit beendet werden kann. Dadurch wird eine eigentliche Konkurrenzierung der Gerichte durch die Mediation vermieden (im Gegensatz zum – prozessrechtlich detailliert geregelten – Schiedsgericht). Unsere Vorschläge berücksichtigen einerseits die im schweizerischen Rechtsalltag (im Gegensatz zu weiten Teilen des Auslandes) noch in den Kinderschuhen steckende Entwicklung der Mediation und andererseits die hervorragenden Erfahrungen, die seit der Einführung der Mediation ins Rechtswesen in den USA, in England, Australien, Österreich, Frankreich usw. gemacht wurden. In den letzten fünf Jahren haben die meisten südamerikanischen Staaten die Mediation ans Gerichtswesen gebunden. Auch in Dänemark, Italien, Portugal und weiteren europäischen Staaten sind entsprechende Bestrebungen im Gange. Diese Erfahrungen zeigen auch, dass der Richter die Mediation *mit zunehmender Akzeptanz* im Interesse der Parteien einzusetzen bereit ist. Ohne entsprechende Formulierungen in der Prozessordnung würde einer solchen, positiven Entwicklung aber unnötig Grenzen gesetzt. Wichtig scheint uns in diesem Zusammenhang die Aktivität der EU-Kommission, die sich bereits mit breiter Regelung und Implementierung der Mediation befasst (vgl. EIÜ 12-02. Das Grünbuch wurde bereits in die Vernehmlassung geschickt und erhielt zahlreiche Stellungnahmen. Die Auswirkungen auf die nationalen Gerichtsgesetzgebungen und indirekt auf den Einfluss auf die Schweiz lassen sich noch nicht abschätzen.). Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass in der OG-Revision im Verwaltungsverfahren die Sistierung vorgesehen ist und die Mediation von der Behörde empfohlen werden kann.

Wir unterscheiden verschiedene Anwendungen der Mediation.

- Vorprozessual von den Konfliktparteien aufgenommene Mediation als *Alternative* zum Prozess oder einer der zahlreichen anderen Konfliktlösungsmethoden (ADR).
- Mediationen, die als (Teil- oder Voll-)Lösungen eingereicht werden, welche nur *mit richterlicher Mitwirkung Rechtskraft* erlangen (z.B. Familienrecht; Schlichtungsstelle).
- *Während* einem hängigen Prozess kann die Mediation Teil- oder Vollösungen herbeiführen, die Kommunikation in Gang bringen oder festgefahrene Standpunkte lösen, was sowohl direkt den Parteien als auch der Prozessbeschleunigung und/oder -vereinfachung dient.

Die Expertenkommission erachtet einerseits die Tradition und den Mut zur Lücke (Bericht Ziff. 3.1.4), andererseits aber auch die Innovation (Ziff. 3.1.4), die Praktikabilität sowohl Schweiz-intern (Bericht Ziff. 3.2.4), als auch im internationalen Konnex (Bericht S. 5 unten und S.15 unten) als wichtig und integrierte diese Aspekte in die Leitlinien (Ziff.3).

Dem Ansatz der Expertenkommission, eine Tradition des Mutes zur Lücke pflegen zu wollen, widerspricht allerdings einerseits die Gesetzesflut, mit der konsequent jede noch so kleine Lücke zu füllen gesucht wird, aber auch die grossen Beispiele schweizerischer Gesetzgebung, die in anderen Staaten Vorbildfunktion hatten (Bericht S. 18). Vor diesem Hintergrund erachten wir es als gesetzgeberische Pflicht, voraussehbare Entwicklungen gebührend in ein neues Gesetzeswerk einzuarbeiten. Die Mediation wird im Ausland seit Jahr-

zehnten mit wachsendem Erfolg praktiziert und hat auch vor der Schweiz nicht Halt gemacht.

Die Expertenkommission befasste sich intensiv mit der Schiedsgerichtsbarkeit (3. Teil) aber bewusst nur marginal mit ausländischen Rechtsinstituten (Bericht S.15 Abs. 5) und mit der Mediation (a.a.O. Abs. 6). Es darf daran erinnert werden, dass auch die Schiedsgerichtsbarkeit ein Rechtsinstitut ist, das zuerst durch die Praxis geschaffen und entwickelt wurde und die erst mit der Schaffung des interkantonalen Konkordates wirkungsvoll Eingang in den schweizerischen Rechtsalltag gefunden hat (3. Teil, Ziff.1). Man gehorchte damals einer wirtschaftlichen Notwendigkeit ebenso wie der Tatsache, dass in internationalen Rechtsbeziehungen das Schiedsgericht ein Instrument stetig wachsender Beliebtheit geworden war. Die schweizerische Entwicklung eigenständiger Regeln zum Schiedsverfahren werden sogar im Expertenbericht als international beachtet herausgestrichen (3. Teil Ziff. 1 Abs.1). Selbst die speziell geschaffene Kommission innerhalb der Expertenkommission erachtete es als weitblickend, Regeln des UNCITRAL-Modellgesetzes einerseits und das IPRG andererseits für ein modernes Gesetz zu berücksichtigen (Bericht S. 8 Ziff.2.2 lit. c. und S. 162 und 164).

Den selben Mut zur Innovation braucht der schweizerische Gesetzgeber heute, um die Anwendung der Mediation praktikabel und wirkungsvoll in den Grundzügen geregelt ins Prozessrecht zu integrieren.

Es ist offenkundig, dass die rasche Verbreitung der Mediation diese zu einem wichtigen Konfliktregelungs-Instrument neben der Schiedsgerichtsbarkeit gemacht hat. So kommt es zweifellos nicht von ungefähr, dass z.B. das grösste englische Schiedsgerichts-Institut (The Chartered Institute of Arbitration) seit neuestem auch die Mediation als "branch" in die Satzungen integriert hat. Das war eine konsequente Folge der Einführung der Mediation im Prozessrecht (aktuelles, vom Chief Justice Lord Woolf am 26. April 1999 eingeführtes englisches Prozessrecht). Angesichts der somit bereits absehbaren Lücke schlagen wir vor, mit der Integration einer *flexibel zu handhabenden Mediation* deren langfristige Ausbaubarkeit, so denn die Wünschbarkeit und Nachfrage den berechtigten Erwartungen entsprechen sollte, zu ermöglichen.

Gehen sodann die Experten davon aus, dass ausländische Rechtsuchende und Anwälte in der Schweiz Lösungen suchen (S. 5/6) und soll dieser Tatsache Rechnung getragen werden, so muss die Mediation auch bei uns adäquat zur Verfügung stehen. Nur damit können wir verhindern, dass sich sonst die Mediation selbst Regeln zulegt, die ähnliche Wirkungen erzeugen, wie die Schiedsverfahren vor deren Integration in die Prozessgesetze (und diese dürften nota bene schon aufgrund der internationalen Bedeutung und Herkunft einen starken Einfluss des amerikanischen Rechts spiegeln).

Der unsererseits empfohlene Umfang der ins Prozessrecht einzubauenden Mediation entlastet den Staat im Bereich der Justizkosten nicht unerheblich (wichtiger Aspekt der Expertenkommission gem. Bericht S. 10 Ziff. 3.1.7 und S. 16 Ziff. 3.2.6). Besonders das Beweisverfahren sowie die Urteilsfindung und –begründung gehören in der Regel seitens der Gerichte zu den zeitintensivsten Abschnitten eines Prozesses. Jeder noch so bescheidene Prozentsatz an Kosten, die mit einer Mediation eingespart werden kann, bedeutet sowohl eine Entlastung des Staates auf der Kostenseite, als auch der Gerichte, die sich seit Jahrzehnten über chronische Überlastung beklagen. Er dient nicht zuletzt auch

der ökonomischen Entlastung der Parteien, die durch in die Länge gezogene Gerichtsverfahren oft in ihrem Wirkungskreis eingeschränkt werden oder immer neue Prozessmassnahmen ergreifen müssen, um solche indirekten Nachteile zu mildern.

Wir haben uns bei der systematischen Einordnung der Vorschläge ferner vom Gedanken leiten lassen, dass Gutes für Familienangelegenheiten durchaus auch für andere Streitsachen gut sein könnte (die Mediation wird seit Jahrzehnten vorwiegend im Familienbereich gepflegt und erst in den vergangenen 10 Jahren gewann die Mediation auch zunehmen Terrain in Breichen der Wirtschaft und der Verwaltung). Die meisten Regelungsempfehlungen im Bereich Mediation wurden daher in den allgemeinen Teil der Prozessordnung eingefügt, während speziell für familienrechtliche Zwecke zugeschnittene Schritte direkt in das dritte Kapitel eingearbeitet wurden.

Wir empfehlen die Integration bzw. Erweiterung der folgenden Themenkreise zur Verbesserung des Entwurfs:

- Ausbau der allgemeinen Prozessleitung
- Wahlweise Mediation im Stadium des Schlichtungsverfahrens
- gezielter Zugang zur Mediation im Bereich der familienrechtlichen Verfahren.

SNV: Wir bedauern, dass der Mediation im Sinne einer prozessvermeidenden Massnahme zu wenig Bedeutung beigemessen wird.

SVM: L'avant-projet de la commission d'experts de juin 2003 sur la procédure civile fédéral ne contient pas de dispositions légales qui ouvre un espace clair à la médiation dans la procédure civile. Ne pas proposer de normes permettant l'articulation entre procédure civile et processus de médiation peut relever d'un choix qui laisse ainsi les personnes totalement libres de vivre la médiation en dehors du cadre judiciaire, en demandant par exemple la suspension de la procédure devant le tribunal saisi.

Force est cependant de constater que face à une évolution tendant à un plus grand pluralisme des systèmes de régulation sociale, se traduisant par la nécessité de diversifier les réponses et de ne plus se contenter du droit imposé, différents Etats se sont penchés sur la médiation comme une des réponses nouvelles possibles. Avec l'objectif de favoriser la médiation, le Conseil de l'Europe a ainsi adopté trois Recommandations sur la médiation, l'une en matière de médiation familiale (R (98) 1 du 21 janvier 1998), l'une en matière pénale (R (99) 19 du 15 septembre 1999) et enfin la dernière en matière civile (Rec (2002) 01 du 18 septembre 2002). Ces Recommandations demandent aux Etats de se doter de différents types de normes, notamment des normes sur le fonctionnement de la justice en lien avec la médiation.

Il nous semble de première importance que la Suisse saisisse l'opportunité d'une nouvelle législation en matière de procédure civile unifiée au niveau national pour instaurer des règles minimales allant dans le sens des Recommandations européennes. Certes, proposer et adopter des dispositions légales de procédure pour la médiation est une question complexe qui met en évidence le paradoxe qui consiste à vouloir institutionnaliser un processus par essence non institutionnel.

Nous sommes convaincu-e-s que la loi de procédure civile fédérale doit prévoir clairement un espace pour la médiation. L'enjeu consiste toutefois à proposer une articulation entre procédure judiciaire et médiation qui préserve au mieux

les particularités de la médiation afin qu'elle puisse répondre aux attentes diverses dont elle fait l'objet. Il serait en effet un contresens de prévoir une forme d'institutionnalisation de la médiation qui lui fasse perdre sa force et sa spécificité: le médiateur ou la médiatrice ne devrait pas être considérée comme un-e auxiliaire de la justice, soumis-e à la logique juridique.

S'agissant du domaine du droit civil, celui concerné par la procédure civile, il concerne des individus et leurs intérêts privés. La volonté des parties, l'autonomie de la volonté, est un principe fondamental de ce domaine du droit. Le respect de la volonté des parties devrait permettre de considérer que le processus de médiation ne doit dépendre que de la seule volonté des parties. C'est l'occasion de rappeler que si la loi fonde la légitimité du juge, la volonté des personnes fonde celle du médiateur ou de la médiatrice. Cette légitimité est en outre confortée et structurée autour du principe de confidentialité. La médiation doit donc être volontaire, non imposée et doit rester confidentielle, à l'exception de ce que les parties souhaitent transmettre au juge d'un commun accord.

Dans les domaines pour lesquels l'existence d'une partie reconnue comme faible par le droit de fond commande que le juge tranche sans égard aux conclusions des parties (droits des mineurs, droit de la tutelle par exemple), l'éventuel accord de médiation que les personnes soumettent au juge doit être vu comme une proposition, au même titre que des conclusions concordantes des parties, qui ne saurait lier le juge. Il n'est pas imaginable qu'un accord de médiation puisse lier le juge dans ces domaines et plus général dans les autres domaines si l'accord viole l'ordre public et le droit impératif.

Nous avons pris connaissance du projet de loi genevois modifiant la loi de procédure civile (E 3 05) (Médiation civile) (PL 8931) déposé en main du Grand Conseil genevois en 2002. Celui-ci répondant à nos préoccupations susmentionnées, nous avons pris la liberté de nous inspirer de certains articles dans les propositions que nous vous soumettons aujourd'hui. Il en est ainsi d'une procédure nouvelle en homologation de conventions de médiation négociées avant toute procédure judiciaire par l'autorité de conciliation.

Uni ZH: Trotz den heute unbestrittenen Vorzügen der Mediation als Konfliktlösungsverfahren findet sie im Vorentwurf nur sehr geringe Beachtung (vgl. hierzu Bericht VE, 3.2.5., S. 15.). So wird in Art. 116 gesagt, was ohnehin selbstverständlich ist, dass das Verfahren sistiert werden könne, wenn die Parteien sich auf die Durchführung einer Mediation geeinigt haben. Im Weiteren wird den Mediatoren und Mediatorinnen das Recht eingeräumt, im Beweisverfahren (insb. etwa betreffend Zeugeneinvernahme und Edition von Urkunden) die Mitwirkung zu verweigern (Art. 157 I lit. c).

Diese Bestimmung geht zu wenig weit. Entweder sollte betreffend dieser Personen wie heute in Art. 139 Abs. 3 ZGB ein Mitwirkungsverbot statuiert oder wenigstens vorgesehen werden, dass eine Mitwirkung nur möglich ist, wenn beide Parteien zustimmen. Unabdingbare Voraussetzung für eine erfolgreiche Mediation ist, dass sich die Parteien auf die absolute Vertraulichkeit verlassen können. Dies ist aber dann nicht gewährleistet, wenn eine Partei damit rechnen muss, dass der Mediator von sich aus oder wenigstens mit Zustimmung der Gegenpartei betreffend "ihre" Geheimnisse am Beweisverfahren mitwirkt.

Für eine wirksame Förderung der Mediation sollten auch folgende Regelungen und Bestimmungen in Betracht gezogen werden:

- Möglichkeit der Delegation der gerichtlichen Vergleichsverhandlung an eine Gerichtsperson, die nicht mit dem Fall als Richterin oder Richter befasst ist, oder an eine Drittperson (eine entsprechende Regelung wurde in der am 1.1.2002 in Kraft getretenen neuen Glarner ZPO Art. 260 III eingeführt: *Im Einverständnis oder auf Antrag beider Parteien können zur Vergleichsverhandlung Personen beigezogen oder mit deren Durchführung betraut werden, die durch besonderen Sachverstand oder auf eine andere Weise einen Beitrag zum Abschluss eines Vergleichs leisten können.*
- Statuierung der Pflicht der Kantone, dafür besorgt zu sein, dass die Schlichtungsstellen über ausreichend Ausbildung und Erfahrung in Mediation verfügen;
- Einräumung des Rechts an die Parteien, statt der üblichen Schlichtungsverhandlung eine Mediation geleitet durch den (ausgebildeten) Schlichter oder einen Dritten zu wählen;
- Ausdehnung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege auf eine aussergerichtliche Mediation, wie sie demnächst im Kanton Zürich eingeführt werden soll (Auftrag an den Verordnungsgeber in ZH ZPO 89a);
- Möglichkeit der Parteien, einen aussergerichtlichen Vergleich durch gerichtliche "Bekräftigung" in einen gerichtlichen Vergleich umwandeln zu lassen nach dem Vorbild von GL ZPO 162 ff (GL ZPO Art. 164: "*Die gerichtliche Bekräftigung verleiht dem Vergleich die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs.*").

422 Übernahme des geltenden Scheidungsverfahrens  
Reprise de la procédure de divorce actuelle  
Ripresa della procedura di divorzio attuale

422.1 Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

422.2 Kritik / Critique / Critica

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Beim Scheidungsverfahren schlägt der Entwurf vor, die Verfahrensvorschriften, die bei der Revision des Scheidungsrechts in das Zivilgesetzbuch eingefügt wurden, grundsätzlich unverändert in die Zivilprozessordnung zu übernehmen. Auch wenn die Überlegung, dass gesetzgeberische Entscheidungen nicht nach so kurzer Zeit wieder abgeändert werden sollten, an sich nachvollziehbar ist, stellen sich doch zwei Hauptfragen: Sollen nicht wenigstens offenkundige Mängel dieser Verfahrensordnung behoben werden? Und ist es richtig, für das streitige Scheidungsverfahren, das bisher im Wesentlichen nicht bundesrechtlich geregelt war, kurzerhand auf die Vorschriften über den ordentlichen Prozess zu verweisen?

Nach Art. 112 ZGB können die Ehegatten die Scheidung auch dann gemeinsam verlangen, wenn sie sich nicht über alle Scheidungsfolgen einig geworden sind, aber erklären, dass diese gerichtlich beurteilt werden sollen – und das kommt weit häufiger vor als angenommen. Obwohl in einer Motion verlangt, wird dieser Wechsel vom einvernehmlichen in das streitige Verfahren nicht

geregelt. Es sollen die allgemeinen Vorschriften gelten und damit hätten die Ehegatten ihre Behauptungen in einem Schriftenwechsel vorzutragen und zu belegen. Sie würden also in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium noch in Parteirollen gedrängt und hätten, in der Regel mit Hilfe von Anwälten, einen erheblichen Aufwand zu betreiben, um ihre Probleme in den restlichen Punkten zu lösen. Das entspricht nicht dem Sinn einer gemeinsamen Scheidung mit teilweiser Einigung.

Der eigentliche Scheidungsprozess ist im Vorentwurf überhaupt nicht erwähnt. Er würde damit zu einem ordentlichen Prozess. Der Instruktionsprozess, der in manchen Kantonen – auch im Kanton Appenzell A.Rh. – eine lange Tradition hat, wäre im Wesentlichen abgeschafft. Die blosser Ermächtigung, die Vorbereitung der Hauptverhandlung einem Instruktionsrichter zu übertragen (Art. 114 des Entwurfs), ist dafür kein Ersatz. Die Eigenart der Scheidung, bei der ein Beziehungskonflikt zum Rechtsstreit wird, dessen Erledigung wieder auf diese Beziehung zurückwirkt, würde vernachlässigt. Von Ehepartnern zu verlangen, dass sie am Ende ihrer ehelichen Verbindung, der engsten Gemeinschaft überhaupt, förmlich als Gegner auftreten müssen, liefe auf eine reine Liquidation statt auf eine erwünschte Reorganisation der Familie hinaus und darunter hätten vor allem die Kinder zu leiden. Der Entwurf des Bundesrates zum Scheidungsrecht wollte den Kantonen noch empfehlen, besonders ausgebildete Familiengerichte zu schaffen. Diese Idee eines Fachgerichts wird nicht wieder aufgenommen, weil die Gerichtsorganisation grundsätzlich Angelegenheit der Kantone bleiben soll. Wenn nun die Ehegatten ihre "Kampfscheidung" nicht nur vor dem ordentlichen Gericht, sondern auch noch strikt kontradiktorisch in einem gewöhnlichen Prozess austragen müssten, als ob sie um eine Sache streiten würden, so wäre das ein Rückschritt.

SG: Beim Scheidungsverfahren schlägt der Entwurf vor, die Verfahrensvorschriften, die bei der Revision des Scheidungsrechts in das Zivilgesetzbuch eingefügt wurden, grundsätzlich unverändert in die Zivilprozessordnung zu übernehmen. Auch wenn die Überlegung, dass gesetzgeberische Entscheidungen nicht nach so kurzer Zeit wieder abgeändert werden sollten, an sich nachvollziehbar ist, sollten doch die offenkundigen Mängel dieser Verfahrensordnung behoben werden.

Es kommt häufig vor, dass Ehegatten nach Art. 112 ZGB die Scheidung gemeinsam verlangen, aber erklären, dass die Scheidungsfolgen gerichtlich beurteilt werden sollen. Der Wechsel vom einvernehmlichen in das streitige Verfahren ist nicht speziell geregelt. Nach dem Entwurf sollen die allgemeinen Vorschriften gelten, und damit hätten die Ehegatten ihre Behauptungen in einem Schriftenwechsel vorzutragen und zu belegen. Sie würden also in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium noch in Parteirollen gedrängt und hätten, in der Regel mit Hilfe von Anwälten, einen erheblichen Aufwand zu betreiben, um ihre Probleme in den restlichen Punkten zu lösen. Das entspricht nicht dem Sinn einer gemeinsamen Scheidung mit teilweiser Einigung.

Der Scheidungsprozess würde gemäss dem Vorentwurf zu einem ordentlichen Prozess. Der Instruktionsprozess, der in manchen Kantonen – auch im Kanton St.Gallen – eine lange Tradition hat, wäre im Wesentlichen abgeschafft. Die blosser Ermächtigung, die Vorbereitung der Hauptverhandlung einem Instruktionsrichter zu übertragen (Art. 114), ist dafür kein Ersatz.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir halten es (noch) nicht für sinnvoll, die prozessualen Bestimmungen zum Ehescheidungsrecht aus dem ZGB in die ZPO-CH zu überführen:

- Das geltende Scheidungsrecht ist erst am 1. Januar 2000 in Kraft getreten, und ein Teil der Kantone ist derzeit noch daran, die entsprechenden definitiven Ausführungsbestimmungen in ihren Zivilprozessordnungen erst zu erarbeiten. So wurde im Kanton Bern zunächst (im Oktober 1999) eine entsprechende Verordnung erlassen, um damit während einiger Zeit mit den neuen, in vielen Punkten stark auslegungsbedürftigen Bestimmungen des neuen Scheidungsrechts Erfahrungen sammeln zu können (BSG 211.111). Gestützt auf eine im Herbst 2001 erfolgte Evaluation hat der Regierungsrat am 27. März 2003 einen Vortrag für die (teilweise modifizierte) Überführung dieser Bestimmungen in die ZPO-BE in Vernehmlassung gegeben. Die Vorlage liegt z.Z. (Jahresende 2003) bei der vorberatenden Kommission des Grossen Rates. Eine Regelung der Materie in der ZPO-CH ohne Auswertung dieses und anderer kantonaler Gesetzgebungsverfahren wäre deshalb verfrüht.
- Wir fänden es aber auch nicht sinnvoll, es einfach bei den bundesrechtlichen Bestimmungen zum Scheidungsverfahren zu belassen – ob sich diese nun in der ZPO-CH oder wie bisher im ZGB befinden – und auf die jeweiligen kantonalen Ausführungsbestimmungen zu verweisen: Angesichts der heutigen gesellschaftlichen Mobilität drängt sich auch in den Fragen, die heute noch dem kantonalen Recht überlassen werden (z.B. Anzahl und Form der Anhörung der Eheleute, Zulassung neuer Tatsachen und Beweismittel, Vorgehen, wenn die Eheleute nach Ablauf der in Art. 111 Abs. 2 ZGB vorgesehenen Frist ihren Scheidungswillen nicht bestätigen), eine einheitliche Regelung auf.
- Schliesslich würden auch bei der im Entwurf vorgesehenen Regelung zivilprozessuale Bestimmungen im ZGB verbleiben, nämlich diejenigen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 171 – 179 ZGB; vgl. auch den Verweis in Art. 242 Abs. 2 VE-ZPO-CH betr. vorsorgliche Massnahmen). Somit bleiben die zivilprozessualen Bestimmungen des Eherechts ohnehin auf zwei Bundesgesetze aufgeteilt, weshalb das Argument einer Vereinigung dieser Bestimmung in einer Kodifikation nicht verfrängt.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SK der Gleichstellungsbeauftragten: Den Besonderheiten von familienrechtlichen Angelegenheiten ist im Vorentwurf zur eidgenössischen Zivilprozessordnung bisher leider in keiner Weise Rechnung getragen worden. Dies bedauern wir sehr, machen familienrechtliche Streitigkeiten doch einen erheblichen Teil der Geschäftslast erstinstanzlicher Zivilgerichte aus und betreffen einen grossen Teil der Bevölkerung. Wir fordern deshalb, dass bei der Erarbeitung des Entwurfs eine eingehende Beschäftigung mit der Thematik nachgeholt wird.

Wir unterstützen den Vorschlag von Familienrechtlerin Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Basel, zur Schaffung von Familiengerichten (Zuständigkeit eines Familiengerichtes für alle Fragen betreffend die Familie, d.h. im Bereich von Ehe- und Scheidungsrecht, Kindesrecht, Gewaltschutzansprüche, Kindes- und Erwachsenenschutz, Namensrecht etc.) und eines eigenständigen Familienverfahrensrechts, das den Besonderheiten der familienrechtlichen Streitigkeiten Rechnung trägt. Dazu gehört beispielsweise die koordinierte Anhörung zwecks Vermeidung von sekundärer Traumatisierung von gewaltbetroffenen Personen,

die Gewährleistung der Beteiligungsrechte des Kindes unabhängig davon, ob es sich um eine Massnahme des Kindesschutzes, die Zuteilung der elterlichen Sorge im Scheidungsverfahren, die Anfechtung der Vaterschaft oder eine Namensänderung handelt, die Zugänglichkeit der unentgeltlichen Prozessführung für Eltern wie für Kinder in allen Verfahrensarten unter denselben Bedingungen etc. (vgl. Ingeborg Schwenzer, Braucht die Schweiz Familiengerichte?, Vortrag anlässlich der Tagung "Auf dem Weg zum Familiengericht", gehalten am 24. September 2003 in St. Gallen, erscheint in: Rolf Vetterli (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Stämpfli Verlag, Bern 2004).

#### Uni ZH: Im Allgemeinen:

Das geltende Scheidungsrecht setzt auf einvernehmliche Lösungen. In Familienstreitigkeiten sind Prozessführungsmethoden gefragt, die der Tatsache Rechnung tragen, dass nicht Kläger und Beklagte sich gegenüberstehen sollen, sondern Personen, die in einer Krise stecken, die wegen der Kinder meistens auch zukünftig verbunden bleiben und deshalb auf tragfähige und nachhaltige Lösungen angewiesen sind. Im Familienprozess geht es also weniger um die Bewältigung der Vergangenheit, als um die aktive Gestaltung der Zukunft. Dies erfordert von den Richterinnen und Richtern neben einem umfangreichen juristischen Spezialwissen auch ein hohes Mass an psychologischen Kenntnissen, Kompetenz in Gesprächsführung und Krisenintervention, Kenntnissen mediativer Techniken und allgemein interdisziplinärer Kompetenz. Familienrichter und Familienrichterinnen müssen nämlich Kinder befragen, in interkulturellen Konflikten Brücken schlagen, gegen häusliche Gewalt intervenieren. Intensive Schulung und die Einführung einer spezialisierten und professionellen Familiengerichtsbarkeit sind die Konsequenzen, die namentlich auch im Ausland aus diesem Wandel und den neuen Anforderungen gezogen wurden.

Einiges hätte dafür gesprochen, im Rahmen der neuen ZPO die Idee der Familiengerichte aufzunehmen. Erstens sieht sich das Gericht zunehmend einer Fachanwaltschaft gegenüber; zweitens soll im Rahmen der anstehenden Revision des Erwachsenenschutzes zukünftig ein interdisziplinär besetztes Fachgericht als Erwachsenen- und Kindesschutzbehörde tätig werden. Warum also kein Familiengericht, wo doch im Ausland verschiedene Modelle eines grossen, auch den Erwachsenen- und Kindesschutz umfassenden Familiengerichts bestehen? Warum ist nur im Erwachsenenschutz anerkannt, dass es ein besonders zugeschnittenes und ausgestaltetes Verfahrensrecht braucht, welchem das klassische Zivilprozessrecht nicht in allen Teilen gerecht werden kann?

Leider wurde die Chance nicht wahrgenommen, der Idee der spezialisierten Familiengerichtsbarkeit nachzugehen. Im Bericht zum VE wurden gerade mal knapp sieben Zeilen diesem Thema gewidmet. Es wurde auf die Ablehnung einer entsprechenden Bestimmung im Rahmen der Beratung des neuen Scheidungsrechts hingewiesen. Damals wollte man aber vor allem den Eingriff in die kantonalen Kompetenzen vermeiden. Jedenfalls ist in diesem Bereich der Entwurf ausgesprochen mutlos und wenig innovativ. Ein Blick ins Ausland hätte genügt, um zu erkennen, dass die spezialisierte Familiengerichtsbarkeit eine grosse Chance darstellt, insbesondere mit Blick auf tragfähige, nachhaltige Lösungen familialer Konflikte.

### Im Besonderen:

1. Das Scheidungsverfahren, die Verfahren betreffend Kinderbelange sowie das summarische Verfahren, wozu namentlich das Eheschutzverfahren gehört, zählen zu den besonderen Verfahren (Art. 235 ff. VE ZPO). In der kantonalen Praxis gehört das Eheschutzverfahren zu den wichtigen niederschweligen Angeboten für Rechtsschutzsuchende in einer akuten Krise. Durch die Eingliederung des Eheschutzverfahrens in das allgemeine summarische Verfahren besteht die Gefahr, dass den Bedürfnissen der Ehepartner, den Anliegen eines sozialen Prozesses und den Besonderheiten familienrechtlicher Auseinandersetzungen nicht mehr genügend Rechnung getragen werden kann. Generell ist zu bedenken, dass zwischen Gewaltschutz in der Partnerschaft und der vorläufigen Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte oder dem Verkauf und der Hinterlegung von Frachtgut auch verfahrensmässig gewisse Unterschiede bestehen müssen. Sehr problematisch ist es deshalb, wenn der VE ZPO es ins Ermessen des Richters/der Richterin stellt, ob ein mündliches Verfahren durchgeführt wird (Art. 265 VE ZPO). Aus Sicht der Parteien ist dies eine Verschlechterung gegenüber dem Status quo, zumal heute die Meinung überwiegt, das Eheschutzverfahren müsse von Amtes wegen mündlich sein, es müsse also zumindest eine Parteiverhandlung stattfinden (vgl. BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 180 ZGB N 8 m. w. H.). Dem Ziel eines sozialen Prozesses läuft es zudem diametral entgegen, wenn das Summarverfahren immer durch ein schriftliches Gesuch einzuleiten ist (Art. 261 VE ZPO). Damit wird von der bisher in verschiedenen Kantonen geltenden Praxis abgewichen, wonach entsprechende Begehren mündlich in der Eheaudienz gestellt werden können. Hingegen ist zu begrüßen, dass nach dem VE ZPO die eheschutzrichterlichen Entschiede ausnahmslos schriftlich zu begründen sind.
2. Unter dem Aspekt eines sozialen Zivilprozesses ist auch die "kann"-Formulierung des Art. 51 VE ZPO problematisch, wonach nur ein gerichtliches Fragerecht und keine gerichtliche Fragepflicht besteht, wenn die Vorbringen einer Partei unvollständig, unklar, unbestimmt oder widersprüchlich sind. Kantonale Zivilprozessordnungen gehen heute hier unter Umständen weiter, was insbesondere zum Schutz strukturell unterlegener und nicht vertretener Parteien von Bedeutung ist.
3. Zu bedauern ist, dass der VE ZPO die Möglichkeit nicht vorsieht, vorsorgliche Massnahmen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten im Scheidungsverfahren von Amtes wegen anzuordnen (vgl. Art. 252 Abs. 2 VE ZPO). Hier bleibt er hinter der Praxis in einigen Kantonen zurück.
4. Die schwache Einbindung der Mediation ist ebenfalls zu bedauern. Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb Mediationspersonen lediglich ein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht zusteht, soweit es sich um Tatsachen handelt, die sie in ihrer Funktion wahrgenommen haben (Art. 157 Abs. 1 lit. c VE ZPO), während in der Ehe- oder Familienberatung tätige Personen als Zeugen oder Auskunftspersonen schlicht ausgeschlossen sind (Art. 244 Abs. 2 VE ZPO). Dieser geringere Schutz von in der Mediation geäusserten Tatsachen ist nicht gerechtfertigt.
5. Leider setzt sich der VE ZPO mit der Thematik des Gewaltschutzes nicht auseinander. In verschiedenen Kantonen sind in den letzten Jahren koordinierte zivilrechtliche Interventionen gegen häusliche Gewalt diskutiert und implementiert worden. Insbesondere geht es darum, auch im Rahmen des

Eheschutzverfahrens besondere Verfügungen wie Annäherungsverbote, Kontaktverbote oder Quartierverbote erlassen zu können. Auf Bundesebene sind entsprechende Bestrebungen im Gange (Beratung der parlamentarischen Initiative Ruth Gaby-Vermot zu einem Gewaltschutzgesetz; Art. 28b E-ZGB gemäss Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen (NR) vom 25.8.2003). Hier sind allenfalls spätere Anpassungen notwendig beziehungsweise die weitere Beratung der neuen ZPO ist mit den geplanten personenrechtlichen Bestimmungen zu koordinieren.

6. Generell wurde die Chance verpasst, die zahlreichen in der Literatur kontrovers diskutierten Fragen zum neuen Scheidungsrecht, namentlich zum Verfahren der Teileinigung aber auch zur den Verfahrensrechten des Kindes zu klären. Der VE ZPO beschränkt sich im Bereich des Scheidungsverfahrens auf die Übernahme geltenden Rechts. Eine Auseinandersetzung mit der seit dem neuen Scheidungsrecht ergangenen Literatur und Praxis findet nur am Rande statt.
7. Zu begrüssen ist, dass Anhörung und Vertretung des Kindes in allen Verfahren betreffend Kinderbelange (Art. 252-254 VE ZPO) zur Anwendung kommen, womit nun auch der UN-KRK genüge getan wird. Eher überraschend ist der Hinweis im Bericht zum VE (S. 123), es herrsche die Auffassung, Kinder könnten bereits ab einem Alter von fünf oder sechs Jahren angehört werden.
8. Zu begrüssen ist erstens, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden kann (Art. 106 Abs. 3 VE ZPO), was insbesondere mit Blick auf die Vorbereitung der Konventionalscheidung von Bedeutung ist. Zweitens ist zu begrüssen, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif entschädigt wird (Art. 107 Abs. 3 ZPO). Ein Anspruch auf unentgeltliche Mediation müsste freilich ebenso bestehen wie ein solcher auf unentgeltliche Prozessführung.
9. Zu begrüssen ist, dass klaggestellt wurde, dass bezüglich der Regelung der beruflichen Vorsorge im Rahmen der Überprüfung der Scheidungskonvention ein strengerer Beurteilungsmassstab, im Ergebnis die Offizialmaxime gilt (Art. 245 Abs. 2 letzter Satz VE ZPO, Verweis auf Art. 247 VE ZPO).

423 Verzicht auf eine Sammelklage (class actio)  
Renonciation à une action collective  
Rinuncia ad un'azione collettiva

423.1 Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Nicht bedauert wird, dass das Institut der Sammelklage keine Aufnahme in die Vorlage fand.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die CVP begrüsst, dass die Expertenkommission darauf verzichtet hat, die umstrittene Sammelklage in den Entwurf aufzunehmen. Diese Klageart passt

nicht in die schweizerische Rechtskultur und Rechtstradition. Sie würde die Prozesswut fördern und die Kosten in die Höhe treiben.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Roche: Roche begrüsst die Ablehnung des Instituts der Sammelklage durch den Vorentwurf, da in Bezug auf das Institut der Sammelklage zahlreiche Fragen ungelöst sind und dem Bedürfnis der Bündelung von Klagen auch mit anderen, im Schweizer Recht fest verankerten Instituten Rechnung getragen werden kann.

Uni BE: Wir begrüssen es, dass insoweit nicht dem Zeitgeist gefolgt worden ist, sondern dass nur die Verbandsklage vorgesehen ist (Art. 79 EZPO).

ZHK: Positiv wertet sie den Verzicht auf die Einführung der im amerikanischen Recht bekannten Sammelklage (*class action*).

Die Kammer unterstützt den Grundsatz, Innovationen nur vorzuschlagen, soweit sich diese in die schweizerische Rechtsordnung integrieren lassen, aber auf Experimente zu verzichten. So sieht der Vorentwurf richtigerweise von der Einführung der im amerikanischen Recht bekannten Sammelklage (*class action*) ab. Ob im Gegenzug "bewährte" Instrumente erweitert werden sollen, die ähnliche Ziele wie die Sammelklage verfolgen können (zum Beispiel Verbandsklage), ist zu überprüfen. Die Kammer befürchtet, dass solche Mittel für politische Zwecke überstrapaziert werden können.

#### 423.2 Kritik / Critique / Critica

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: Voir Uni GE.

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni GE: Les experts le relèvent: ils renoncent à prévoir le règlement des litiges de masse (*action de groupe*, connue sous le vocable de *class action*), estimant suffisante les possibilités de regroupement d'actions "*par les instruments classiques*", allusion étant faite à la consorité ou à la jonction de causes (Rapport, p. 45 ss.).

Or force est d'admettre que des litiges pourront survenir dans lesquels les instruments classiques auxquels se réfère le législateur menacent d'être inopérants. Pense-t-on sérieusement que la jonction des causes permettrait de gérer le cumul de demandes issues de dizaines de milliers de victimes d'une catastrophe (grave pollution d'un cours d'eau par une entreprise par exemple) ? On peut regretter que les experts n'aient pas profité de l'occasion pour introduire l'action de groupe (le litige de masse résulte de la somme des contestations émises ou susceptibles de l'être par un grand nombre de personnes contre un ou plusieurs responsables d'un préjudice résultant d'un même complexe de faits ou de faits similaires: JEANDIN, *op. cit.*, p. 111) telle que la connaît le droit anglo-américain notamment (*class action*). La Suisse pourrait se profiler comme pionnière en la matière au sein d'une Europe judiciaire actuellement confrontée au même vide procédural. Il ne s'agit certes pas de minimiser les difficultés de l'exercice, que relève à juste titre le Rapport (p. 46): il en va ainsi de l'extension de la force jugée d'un jugement à l'égard de tiers non parties à la procédure, de

l'organisation du procès et de la nécessité reconnue de contrecarrer certains effets pervers de ce type d'institutions (ainsi, comme constaté aux Etats-Unis: prime aux attitudes procédurières, façon de contraindre une entreprise à entrer en négociations, frais judiciaires énormes, rôle des avocats). Il n'en demeure pas moins que ces obstacles sont surmontables, et qu'une codification en termes généraux serait souhaitable en cette matière, de façon à offrir la possibilité à des tribunaux institués à ces fins de préciser par voie jurisprudentielle les contours d'une institution procédurale que la Suisse ne pourra ignorer indéfiniment.

424. Einführung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde  
Introduction d'un acte authentique exécutoire  
Introduzione d'un atto pubblico esecutivo
- 424.1 Grundsätzliche Zustimmung  
Approbation de principe  
Approvazione di principio

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die vorgeschlagene Lösung ist massvoll und praktikabel. Sie schafft ein Instrument, welches die meisten andern europäischen Staaten schon lange kennen. Die Betreibungsämter und die Gerichte werden entlastet.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SNV: Der Schweizerische Notarenverband begrüsst die Einführung der vollstreckbaren Urkunde, welche in den umliegenden Staaten schon lange Tradition ist. Die Einführung dieser ohne weiteres vollstreckbaren Urkunde ist im Hinblick auf die internationalen Verflechtungen der Schweiz unerlässlich. Denn es ist nicht akzeptabel, dass Parteien ihre Abmachungen in Deutschland oder Frankreich beurkunden lassen, um in der Schweiz rascher zu ihrem Recht zu kommen. Genau das geschieht aber immer öfter, wenn es um bedeutende Interessenwerte geht.

Vereinzelt wird nun bereits kritisiert, diese Neuerung werde vor allem die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei treffen. Das stimmt so nicht: es trifft in der Regel jene Partei, welche die Gegenleistung bereits erhalten hat, selbst aber erst später leisten muss. Dass mit diesem Rechtsinstitut das Risiko der vorleistenden Partei gemindert wird, ist durchaus erstrebenswert und im Hinblick auf die Vermeidung unnötiger, nur auf Zeitgewinn ausgerichteter Prozesse durchaus gerechtfertigt. Hingegen darf diese Vollstreckungsklausel nicht leichthin in die Verträge aufgenommen werden. Gerade der Notar wird aber dafür sorgen, dass der sich Unterwerfende die Konsequenzen seiner Verpflichtung richtig gewichtet.

- 424.2 Kritik / Critique / Critica

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Bei den vollstreckbaren öffentlichen Urkunden gemäss den Art. 337 ff. fehlen uns die Grundlagen zur Beurteilung der Folgen dieser Regelung. Es stellt sich auch die Frage, ob in der Schweiz eine solche Regelung tatsächlich nötig ist. Wir befürchten, dass kleine und mittlere Unternehmen durch diese Regelung

unter Druck geraten werden, beispielsweise weil Banken bei der Kreditvergabe sogleich die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung in einer Urkunde verlangen würden.

SO: Wir lehnen die Einführung einer "vollstreckbaren öffentlichen Urkunde" ins Schweizerische Recht aus Gründen des Schutzes der schwächeren Wirtschaftsparteien, namentlich kleiner und mittlerer Unternehmen, entschieden ab.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: La FSA salue l'introduction projetée dans la LPC d'une procédure permettant l'exécution des titres authentiques. Elle considère toutefois que ceux-ci ne doivent pas faire l'objet d'un traitement privilégié par rapport aux décisions judiciaires. Or, tel est le cas selon l'avant-projet puisque le créancier au bénéfice d'un titre authentique muni de la clause d'exécution peut requérir la saisie ou la notification de la commination de faillite sans poursuite préalable.

Il conviendrait dès lors de mettre jugements civils et titres authentiques exécutoires sur un pied d'égalité et de prévoir en particulier que ceux-ci constituent un titre à la mainlevée définitive. Ce système permettrait de se passer de la délivrance de la clause d'exécution par l'officier public, ce qui paraît préférable puisque celui-ci n'est évidemment pas en mesure de statuer sur l'exigibilité de la dette et les autres conditions d'exécution au terme d'une procédure contradictoire; contrairement au juge de la mainlevée qui peut être amené à procéder à cet examen par exemple en présence d'un jugement conditionnel.

Uni ZH: Eine echte Neuerung nach ausländischem Vorbild bringt der Vorentwurf mit der sogenannten vollstreckbaren Urkunde. Die Einführung dieses Instituts ist grundsätzlich zu begrüßen, da es im Sinne liberal verstandener Rechtsstaatlichkeit die Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien erweitert. Art. 337 Abs. 2 Vorentwurf beachtet die daraus womöglich für schützenswerte besonderer Gruppen resultierender Gefahren in ausreichender Weise. In dem Bemühen, mit Blick auf Art. 50 LugÜ ein Instrument zu schaffen, welches auch für das Ausland erkennbar eine tatsächlich unmittelbar vollstreckbare Urkunde darstellt, ist das Verfahren zur Vollstreckung hier jedoch unschlüssig, umständlich und unübersichtlich geworden. Insbesondere tritt das Verfahren zur Vollstreckung vollstreckbarer Urkunden völlig aus der Tradition des schweizerischen Vollstreckungsrechts heraus, was zu wesentlichen Wertungswidersprüchen führt; es ist vor allem nicht einzusehen, warum durch den nun vorliegenden Regelungsvorschlag die vollstreckbare Urkunde sogar gegenüber dem rechtskräftigen Urteil privilegiert wird, weil hier anders als beim rechtskräftigen Urteil kein SchKG-Einleitungsverfahren erforderlich ist. In der Sache kann es nur darum gehen, die vollstreckbare Urkunde im Zwangsvollstreckungsverfahren dem rechtskräftigen Urteil anzunähern; keinesfalls kann die (nicht rechtskräftige) vollstreckbare Urkunde weitergehende Wirkungen haben als das rechtskräftige Urteil.

Vor diesem Hintergrund wäre es im Bereich der Geldforderungen (auch mit Blick auf Art. 50 LugÜ) lediglich erforderlich, öffentliche Urkunden, welche den Erfordernissen des neuen Rechts (insbesondere Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckbarkeit) entsprechen, schlicht zu definitiven Rechtsöffnungstiteln zu erklären. Damit wäre das Ziel erreicht, auch in der Schweiz ein ausländischem Vorbild entsprechendes Instrument zu schaffen und die Systematik des traditionellen schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechtes gewahrt.

Die jetzige Lösung ist dem gegenüber überaus umständlich, ohne einen Vorteil mit Blick auf den Rechtsschutz des Schuldners zu bringen: zur Vollstreckung aus der Urkunde muss der Gläubiger nicht weniger als drei Anträge bei verschiedenen Stellen erheben, nämlich bei der Urkundsperson (auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, Art. 339), beim Vollstreckungsgericht (Art. 340) und zuletzt beim Betreibungsamt (Art. 341).

Ähnlich umständlich ist das Vollstreckungsverfahren auch im Bereich der Realvollstreckung ausgestaltet: auch hier gibt es ein unsinniges Hintereinander von Vollstreckungsklauselverfahren bei der Urkundsperson und Vollstreckungsgesuch beim Vollstreckungsgericht. Auch hier würde es vollkommen ausreichen, der Systematik des sonstigen Realvollstreckungsrechts zu folgen, und den Antrag (ohne vorhergehendes Vollstreckungsklauselverfahren) unmittelbar beim Vollstreckungsgericht vorzusehen.

Festzuhalten ist daher: das Vollstreckungsklauselverfahren nach Art. 339 ist überflüssig; seine Streichung würde auch die Interessen des Schuldners nicht berühren, da dieser in diesem Verfahrensabschnitt ohnedies kein Gehör und damit keinen besonderen Rechtsschutz genießt. Umgekehrt ist auch festzuhalten, dass die Kognition der Urkundsperson im Vollstreckungsklauselverfahren nach dem vorliegenden Vorentwurf (und insbesondere auch nach dem erläuterten Bericht) unklar ist. So ist insbesondere unklar, welche sonstigen, außerhalb der Urkunde liegenden Tatsachen innerhalb des Vollstreckungsklauselverfahrens berücksichtigt werden dürfen.

Die vorgeschlagene Änderung – Realvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde durch unmittelbares Vollstreckungsgesuch beim Vollstreckungsgericht, Geldvollstreckung durch normale Betreibung aus der vollstreckbaren Urkunde als definitiven Rechtsöffnungstitel – würde das vorgesehene Verfahren vereinfachen ohne den Rechtsschutz des Schuldners zu verschlechtern und entspräche einer Fortsetzung der heutigen Systematik des Zwangsvollstreckungsrechts.

#### *1. Damoklesschwert für KMU und andere schwächere Wirtschaftsparteien:*

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ist als Ganzes abzulehnen. Konsumentinnen und Konsumenten sind zwar nach Art. 337 II von diesem Instrument nicht betroffen. *Das Opfer der sofortigen Vollstreckbarkeit werden jedoch vor allem KMU und andere schwächere Wirtschaftsparteien sein.*

Es steht ausser Zweifel, dass etwa die *Banken* keinen Kredit mehr erteilen werden, ohne dass sich der Schuldner nicht der sofortigen Vollstreckung unterwirft. Für die Schuldner, d.h. vor allem KMU, sind keinerlei Vorteile für eine solche Klausel ersichtlich. Sie können sicher nicht erwarten, dass die Kredite sich verbilligen, weil die Vollstreckungsunterwerfung das *recovery* der Darlehensforderung vereinfacht. Vielmehr werden die Banken die je nach Kanton erheblichen Gebühren der öffentlichen Beurkundung direkt oder indirekt auf die Kunden abwälzen.

Da der Schuldner infolge der Vollstreckungsunterwerfung damit rechnen muss, dass er auch eine bestrittene Forderung zur Abwendung des Konkurses innert kürzester Frist zu zahlen hat, ist er gezwungen, in höherem Masse liquide Mittel bereit zu halten. Auch dies bedeutet letztlich ein Verteuerung des Kredites für die KMU.

Rechtlich gesehen bewirkt die vollstreckbare öffentliche Urkunde eine Umkehrung der Klägerrolle. Falls der Schuldner den Anspruch bestreitet, muss nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner die Initiative zur Klage - hier der negativen Feststellungsklage oder der Rückforderungsklage, falls die Forderung bereits erfüllt worden ist – ergreifen. Auch dies bedeutet eine erhebliche Bevorzugung eines "stärkeren" Gläubigers gegenüber einem "schwächeren" Schuldner, der mangels Alternative eine solche Vollstreckungsunterwerfung akzeptieren muss.

Neben den Banken werden sich ohne Zweifel auch andere "starke" Vertragspartner dieser Vorteile bedienen. Zu denken ist etwa an Anbieter von Waren, Dienstleistungen und Energie, bei denen der "schwächeren" Vertragspartei keine echten Alternativen zur Verfügung stehen.

## *2. Kritik an der Ausgestaltung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde*

Der Vorschlag zur Einführung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ist nicht nur als Ganzes abzulehnen. Vielmehr bedarf auch die Ausgestaltung dieses Institutes im Vorentwurf der Kritik.

Für den Schutz der Rechte des Gesuchsgegners ist es nicht ausreichend, in Art. 343 die gerichtliche Beurteilung vorzubehalten. Vielmehr muss hierfür ausdrücklich eine "Vollstreckungsgegenklage" vorgesehen werden. Dabei muss für diese nicht nur die örtliche Zuständigkeit geregelt, sondern auch statuiert werden, dass das Gericht die Vollstreckung unter den vom Gesetz zu umschreibenden Voraussetzungen stoppen kann.

Fragwürdig ist es auch, dass für die vollstreckbare öffentliche Urkunde der fundamentale Grundsatz des SchKG aufgehoben werden soll, wonach jeder Zwangsvollstreckung ein Einleitungsverfahren vorangeht (vgl. Art. 341). Es ist nicht verständlich, wieso etwa bei einem rechtskräftigen möglicherweise bis vor Bundesgericht erstrittenen Urteil für die Vollstreckung ein Einleitungsverfahren notwendig ist, während dem dies bei dem "schwachen" Titel der öffentlichen Urkunde nicht der Fall sein soll.

## **5 Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfes** **Des dispositions particulières de l'avant-projet** **Le singole disposizioni dell'avamprogetto**

Ingress

### *Organisationen*

KassZH: Es fällt auf, dass der Ingress - nebst dem Hinweis auf die eigentliche Kompetenznorm (Art. 122 Abs. 1 BV) - auf weitere Bestimmungen der Bundesverfassung Bezug nimmt; diesfalls kämen aber zusätzlich auch etwa die Art. 5, 9 und 29 BV zum Zuge.

Vorschlag: Einzig Art. 122 Abs. 1 BV nennen.

## Art. 1

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wäre wünschenswert, wenn zumindest in der künftigen Botschaft zur ZPO definiert würde, welche Klagen des SchKG ebenfalls als Zivilsachen im Sinne der ZPO gelten (materiellrechtliche Klagen, betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung sowie betreibungsrechtliche Summarsachen). Allenfalls könnte diese Präzisierung Aufnahme in den Gesetzestext finden.

TI: Cpv. 1: vgl. unter Allgemeines

Cpv. 2: Questa norma corrisponde all'attuale art. 164 CPC-Ti con una differenza: quest'ultimo riserva le disposizioni del diritto federale, mentre l'art. 1 cpv. 1 CPCF si limita a riservare i trattati internazionali e la LDIP.

Se si pensa che tutte le recenti e importanti modifiche o innovazioni legislative hanno una componente procedurale (ad esempio il nuovo diritto del divorzio e della separazione), la formulazione di questa norma impone che le stesse siano riprese in questo testo di legge. Certamente, ciò comporterà un ritmo di modifiche del CPCF abbastanza serrato, ma l'innegabile vantaggio sarà di avere un testo di legge esaustivo e affidabile in tema di procedura civile e di arbitrato.

In realtà, come meglio si vedrà nel seguito, il progetto persegue in maniera imperfetta questo postulato. Vi sono in particolare le riserve in favore del CC (che varrà anche dopo la modifica del diritto tutelare ora in consultazione) prevista all'art. 23 CPCF e quella in favore della LEF, codificata all'art. 42 CPCF.

Questa riserva in favore della LEF non riguarda invero la sola questione della competenza, bensì è ben più generale ed è soltanto a tratti esplicitata (ad es. art. 325 cpv. 2 CPCF). Difatti, il sistema previsto dalla LEF, in particolare il divieto dei sequestri camuffati, non è minimamente toccato dal nuovo CPCF (cfr. in particolare ad art. 42 CPCF).

Cpv. 3: L'art. 122 cpv. 2 Cost. fed. stabilisce il principio essenziale secondo cui l'organizzazione dei tribunali è di competenza del diritto cantonale.

In materia di organizzazione giudiziaria i cantoni dispongono di una vasta autonomia. Ciò che caratterizza la citata organizzazione è la sua molteplice diversità tra un Cantone e l'altro.

L'unificazione del diritto di procedura civile influenza direttamente anche l'organizzazione giudiziaria dei cantoni. Infatti a dipendenza delle possibilità di rivedere/ricorrere contro le decisioni i cantoni devono mettere a disposizione le varie istanze, rispettivamente ridurre le istanze cantonali in quanto l'avam-progetto esclude la possibilità di far capo a una terza istanza cantonale.

VS: Il est opportun de spécifier, dans le texte de la disposition, que les affaires relevant du droit de la poursuite pour dettes et la faillite sur lesquelles un tribunal doit statuer sont des affaires civiles, conformément au rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

GGD ZH: Der Ausdruck "Zivilsachen" in *Abs. 1* erfasst aus dem Bereich des SchKG nur die materiellrechtlichen Verfahren, nicht aber die ebenfalls nach dem VE laufenden rein betreibungsrechtlichen und die gemischtrechtlichen Verfahren.

Formulierungsvorschlag:

### Art. 1

<sup>1</sup> *Dieses Gesetz regelt:*

*a. die Zuständigkeit und das Verfahren vor kantonalen Instanzen bei der Beurteilung*

*1. von bundesrechtlichen und kantonalen Zivilsachen,*

*2. von Angelegenheiten des Betreibungs- und Konkursrechts, soweit sie gerichtlich auszutragen sind, ausgenommen die betreibungsrechtliche Beschwerde,*

*b. die Binnenschiedsgerichtsbarkeit.*

OAFRI: L'absence d'unification de l'organisation judiciaire est une lacune. Il est évident que le déroulement de l'instance ne peut être le même si l'autorité judiciaire est composée d'un juge unique ou d'un collège de juges; et même, dans ce dernier cas, la situation est différente selon que seul le président est un magistrat du siège, entouré d'assesseurs ou échevins, ou que tous les membres du tribunal sont des professionnels. Les règles sur la conduite de l'instance, par exemple celles qui fixent la compétence et les formes des jugements avant dire droit, devraient donc être différenciées suivant la composition de l'autorité judiciaire. Pour avoir renoncé à l'unification de l'organisation judiciaire, le projet ne peut que se limiter à des règles à caractère général.

Uni LA: Cette disposition devrait être revue et la procédure applicable aux conflits de droit privé de droit cantonal rester de la compétence des cantons, quitte à ce que ceux-ci déclarent sur de nombreux points, voire généralement, le CPC suisse applicable à titre de droit cantonal supplétif (comme ils devront probablement le faire pour les litiges de droit public portés par voie d'action devant leurs juridictions civiles). L'AP (Ce mécanisme) aboutit à des solutions gravement inadéquates qui peuvent être définies comme suit:

a) Les normes du droit privé cantonal peuvent nécessiter des règles de forme spécifiques que l'on ne trouve nullement dans l'AP

Il suffit d'évoquer sur ce point les quelques exemples suivants:

– Art. 609 al. 2 CC: l'autorité cantonale compétente peut, selon le droit cantonal, intervenir dans le partage successoral. Les modalités de cette intervention conciliatrice dépendent de la règle cantonale de procédure spécifique, comme d'ailleurs la fixation des délais des formalités de cette intervention. Cette question est naturellement étrangère aux mesures gracieuses prévues par les art. 268 ss AP (elle ne relève pas non plus de la réserve de l'art. 285 AP). Selon le principe de l'exhaustivité du droit fédéral de procédure civile consacré par l'AP, les cantons ne pourraient cependant plus édicter de telles règles de procédure en l'absence de réserve expresse. Cela revient en d'autres termes à supprimer matériellement la réserve de l'art. 609 al. 2 CC, faute pour les cantons de pouvoir définir cette intervention.

- La situation n'est pas différente pour le cas de la purge hypothécaire (art. 828 à 830 CC). Si les cantons introduisent cette institution, ils doivent organiser la vente forcée à la demande du débiteur, laquelle échappe à la LP. La procédure d'état des charges et les formalités de cette vente forcée relèvent ainsi du droit cantonal. Faute de pouvoir organiser de telles règles de procédure, face à l'exhaustivité des règles fédérales en matière de juridiction gracieuse, l'AP abolit matériellement la réserve d'adoption de l'institution par les cantons.
- L'on se bornera pour le surplus à ne citer que pour l'exemple les autres institutions du droit cantonal se trouvant dans une situation parfaitement identique aux cas évoqués ci-dessus que sont les scellés (art. 552 CC) ou les formalités de la vente aux enchères volontaires (art. 236 CO).

b) Les règles de l'AP peuvent être non seulement incomplètes, mais matériellement inadaptées aux normes du droit privé cantonal

A d'innombrables égards, les règles de l'AP n'ont pas été conçues pour des litiges de droit privé cantonal.

Ainsi par exemple, lorsqu'est en jeu une corporation du droit privé cantonal pour un montant de 100'000 frs au moins, l'utilisation de l'art. 6 AP par les parties, que rien n'exclut dans cette hypothèse, aboutirait à interdire tout recours quelconque en dérogation à la garantie de la double instance, puisque le Tribunal fédéral ne peut revoir l'application du droit privé cantonal.

L'on soulignera en outre les innombrables inadéquations des règles de fors sur ce point, aboutissant à des solutions à proprement parler choquantes. Ainsi, la purge hypothécaire du droit cantonal relèverait du domicile du requérant (art. 17 AP), l'expertise judiciaire d'un mur mitoyen (en droit vaudois, selon l'art. 9 du Code rural et foncier) du même for, ou encore la vente aux enchères volontaire d'un immeuble ne pourrait être instrumenté que par l'autorité du domicile du vendeur, et non pas par celle du lieu de situation de l'immeuble !

On relèvera encore que l'autorité matérielle de la chose jugée serait réglée par le droit fédéral de procédure, alors qu'elle devrait dépendre du droit matériel cantonal, ce qui aboutit à des non-sens (D. PIOTET, *Le rôle ancillaire de la règle fédérale de procédure dans l'application du droit cantonal matériel*, Mélanges J.-F. Poudret, Berne 1999, spéc. p. 161 ss, 164-165).

L'engagement d'une éventuelle procédure de conciliation ou son exclusion ne peut être réglemée par le droit fédéral qui ignore les différentes actions du droit privé cantonal; ainsi, les art. 191 ss AP sont-ils inadaptés aux différentes formes d'action du droit cantonal. De même, les formes des procédures spéciales, et notamment de la procédure sommaire, ne peuvent être attribuées par le législateur fédéral à des actions de droit cantonal, puisque ce législateur les ignore (cf. les art. 237, 259 et 260 AP). Cette liste d'inadaptations pourrait être allongée plus avant.

c) L'option prise par l'AP aboutit à une regrettable et compliquée dissociation des voies de droit.

Selon le système de l'AP, le TF pourrait avoir à connaître de la violation de la procédure civile dans une affaire de droit privé cantonal, alors qu'il n'aurait pas à connaître les problèmes de droit matériel soulevés dans l'action. Par exemple, le TF pourrait être saisi d'une violation de l'art. 215 AP lorsque la prescription aurait été soulevée après l'échange d'écritures, mais il ne pourra

pas en revanche déterminer si le droit cantonal matériel connaît véritablement une prescription. On voit à quelles situations inutilement compliquées cette dissociation peut aboutir.

Les inconvénients du système de l'AP sont suffisamment graves et décisifs, au regard des lignes qui précèdent, pour qu'il se justifie de renoncer à l'option prise par la commission d'experts d'appliquer la procédure civile suisse aux matières du droit privé cantonal. Cela s'impose d'autant plus que, très souvent, la nature publique ou privée de la règle cantonale applicable est très difficile à définir, et par là, du même coup, le champ d'application du droit fédéral selon l'AP (p. ex. pour les corporations de droit cantonal privé ou public, ou encore pour les règles de voisinage des constructions privées ou publiques).

Cela n'implique pas pour les cantons l'obligation de maintenir un code de procédure civile pour leurs seules affaires de droit privé cantonales. Faute de dispositions cantonales de procédure spécifiques, les règles du futur droit fédéral s'appliqueront presque naturellement à titre de droit cantonal complémentaire.

Uni NE: Au premier alinéa, la précision "*relevant du droit fédéral et des droits cantonaux*" est inexacte. La loi fédérale règlera également la procédure dans les affaires civiles qui relèveraient partiellement de traités internationaux.

## Art. 2

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im Allgemeinen zum 1. Kapitel, sachliche und funktionelle Zuständigkeit, Art. 2-6 VE, ist folgendes zu bemerken: In Bezug auf die funktionelle Zuständigkeit ist in Art. 2 – 6 VE lediglich der Instanzenzug klar geregelt (Art. 3 VE). Dem Begleitbericht ist nicht zu entnehmen, ob die Abgrenzung der Zuständigkeit der Instruktionsrichterin/des Instruktionsrichters von derjenigen des Gesamtgerichts Sache der Kantone ist oder nicht. Wenn die Kantone die funktionelle Zuständigkeit regeln können, so ist dies im Gesetz ausdrücklich festzuhalten, allenfalls mit einer Einschränkung für bestehende Vorschriften dieses Gesetzes (z.B. betreffend den Instanzenzug, Art. 3 VE, oder den Instruktionauftrag an ein Gerichtsmitglied, Art. 114 VE). Sollte der VE dagegen so zu verstehen sein, dass immer dort, wo das Gesetz "das Gericht" erwähnt, das Gesamtgericht gemeint ist, dann dürften die Auswirkungen für den Kanton Bern z.B. in den Bereichen unentgeltliche Prozessführung, Kostensicherheit und vorsorgliche Massnahmen erheblich sein. Sämtliche Kollegialgerichte sähen sich mit einem deutlich höheren Arbeitsaufwand konfrontiert.

Nachdem die funktionelle Zuständigkeit – wie die sachliche – stark mit der Gerichtsorganisation zusammen hängt, wird eine ergänzende Bestimmung vorgeschlagen, die folgenden Inhalt haben könnte:

<sup>1</sup> *Das kantonale Recht bestimmt die funktionelle Zuständigkeit der Gerichte und Gerichtsmitglieder.*

<sup>2</sup> *Vorbehalten bleiben die Bestimmungen dieses Gesetzes.*

GL: Wir begrüßen, dass das Zivilprozessrecht umfassend geregelt werden soll, die Organisation der Gerichte und damit die sachliche Zuständigkeit dagegen Sache der Kantone bleibt.

TI: Cpv. 1: Vista l'influenza dell'unificazione della procedura civile sulla organizzazione giudiziaria, sarebbe opportuno modificare la legge organica giudiziaria

civile e penale del 24 novembre 1910 e adattarla alle esigenze richieste dalla legge federale.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Al.1: Nous souhaitons la création, dans tous les cantons, de tribunaux des baux spécialisés, paritaires et gratuits. Nous sommes conscients que l'avant-projet veut limiter l'ingérence de la Confédération dans la compétence d'organisation judiciaire des cantons que dans certains cas contraignants mais il est à notre sens impératif de déroger à ce principe en matière de droit du bail (voir nos commentaires aux articles 191 à 209).

FER: La réforme de la justice ne concerne pas l'organisation judiciaire, laquelle, pour des questions de politique aisément compréhensibles, est restée de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 Cst. féd. et art. 2 AP). Ces problèmes étant étroitement liés à la tradition juridique cantonale, ce choix n'apparaît en effet guère étonnant.

L'avant-projet ne manquera pas, néanmoins, d'avoir des conséquences en ce qui concerne notamment la procédure à suivre devant les tribunaux spéciaux (juridiction des prud'hommes, baux et loyers, etc...) que les cantons ont la possibilité d'instituer. L'unification de la procédure civile évitera ainsi que l'on ait, en fonction de la juridiction saisie, une procédure spéciale à respecter, ce qui n'est en soi pas un moindre mal.

Afin de permettre une bonne et saine administration de la justice, il n'est en effet peut-être pas inopportun d'éviter qu'un nombre trop diversifié de procédures ne puissent être appliquées aux justiciables. Cette simplification devrait également profiter aux avocats et autres mandataires professionnellement qualifiés. En revanche, par son formalisme, cette procédure risque bien de sonner le glas des juridictions composées exclusivement de juges laïques.

MV: Abs. 2: Wir plädieren für die Einführung von spezialisierten, paritätischen und kostenlosen Mietgerichten in allen Kantonen. Es ist uns bewusst, dass der Vorentwurf nur in zwingenden Fällen in die Gerichtsorganisation der Kantone eingreifen will (vgl. Bericht S. 10). Eine derartige zwingende Ausnahme ist unseres Erachtens im Mietrecht gegeben; vgl. dazu unsere Bemerkungen zu Art. 191 – 209 VE.

SVR: Il convient d'abord de saluer la réserve en faveur de la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire. La délimitation de cette matière avec les règles de procédure unifiée n'est cependant pas toujours claire. C'est ainsi que l'on peut se demander si la réglementation concernant l'existence d'une juridiction supérieure statuant en unique instance (art. 4 à 6) est conforme à une telle compétence. En outre, concernant l'action directe, la fixation d'un seuil de valeur litigieuse à fr. 100'000.- paraît plutôt basse, compte tenu du caractère exceptionnel d'un tel procédé.

SVV: Gemäss VE ZPO 2 bestimmt das kantonale Recht die sachliche Zuständigkeit der Gerichte. Daraus ergibt sich folgende Problematik:

- VE ZPO 2 erlaubt den Kantonen, Streitigkeiten im Bereich der Zusatzversicherungen in der Unfall- und Krankenversicherung dem Sozialversicherungsrichter vorzulegen, was fragwürdig ist. Diese Zusatzversicherungen unterstehen dem Privatrecht: es kommt das Versicherungsvertragsgesetz zur Anwendung. Für diese Streitsachen soll folglich auch der Zivilrichter

zuständig sein. Die Zuweisung dieser Streitigkeiten an die für das Sozialversicherungswesen zuständigen Versicherungsgerichte erachten wir als falsch: das Sozialversicherungsrecht folgt grundsätzlich anderen gesetzgeberischen Absichten als das Privatversicherungsrecht;

- dieser Artikel nimmt das Risiko in Kauf, dass die vorgeschlagene Regelung der sachlichen Zuständigkeit von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt wird, was es aus Systemgründen zu vermeiden gilt. Insofern kritisieren wir auch die heute gelebte Ordnung.

Nach unserer Auffassung ist VE ZPO 2 so zu redigieren, dass in privatrechtlichen Streitigkeiten immer die Zivilgerichte zuständig sind.

Uni BE: Abs. 2: ... *dessen Berechnung*.

Art. 3

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Es wird ausdrücklich begrüsst, dass zwei und nicht drei kantonale Instanzen vorgesehen sind.

FR: Il n'est pas opportun de prévoir un droit de recours contre toutes les décisions rendues en cours de procédure. Un tel système est une porte trop largement ouverte à qui veut faire durer les procès. Même si le recours prévu (recours limité au droit; art. 310 AP) n'a pas d'effet suspensif, il n'empêche que le dossier "physique" devra être transféré à l'autorité de recours durant un certain temps.

JU: La généralisation du principe de double juridiction constitue une nouveauté pour le canton du Jura où la Cour civile statue en instance cantonale unique, notamment dans les affaires où la valeur litigieuse est égale ou supérieure à Fr 20'000.- (art. 5 al. 2 CPCJU). Le principe aurait des conséquences non négligeables tant sur le fonctionnement de la justice jurassienne que sur son organisation. Le Tribunal de première instance se verrait charger d'affaires qui sont actuellement du ressort de la Cour civile du Tribunal cantonal, dont le rôle deviendrait pour l'essentiel celui d'une juridiction d'appel.

Le principe pourrait recueillir notre adhésion en raison des exceptions prévues aux articles 4 et 6 de l'avant-projet PCS (ci-après: AP), en particulier en raison de la possibilité d'agir directement devant la juridiction supérieure lorsqu'une certaine valeur litigieuse est atteinte (Fr 100'000.- dans l'avant-projet). Toutefois, nous proposons que le montant de la valeur litigieuse fixée à l'article 6 al. 1 AP soit ramené à Fr 40'000.- (seuil du recours en matière civile selon l'art. 70 al. 1 LTF). A défaut, l'application du principe aurait, à notre sens, des conséquences trop importantes sur l'organisation judiciaire jurassienne.

Le canton du Jura ne connaît pas de tribunal de commerce.

NE: Le double degré de juridictions cantonales, prévu à l'article 3 occasionnera un alourdissement très important de la procédure, pour des cantons comme le nôtre qui ne le connaissaient pas pour les valeurs litigieuses élevées. Cela d'autant plus qu'il serait souhaitable, voire indispensable que les causes dont la valeur litigieuse est élevée soient de la compétence d'une cour collégiale en première instance et que l'appel deviendra la voie de recours ordinaire. Nous sommes conscient du fait que la question est ou sera probablement réglée

définitivement par la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral. Quand bien même la convention d'action directe devant la juridiction supérieure, pour les valeurs litigieuses d'au moins 100'000 francs (art. 6) pourrait créer une sérieuse brèche dans le système instauré par l'art. 71 LTF, nous souhaitons qu'elle soit maintenue, tant il nous paraît illusoire que de tels litiges soient vidés de manière définitive en première instance, quelles que soient les compétences mises en œuvre à ce stade.

TI: Questa norma istituisce d'un canto il doppio grado di giurisdizione, ciò che nel cantone Ticino è pacifico. Il problema di questa norma, unitamente alla clausola generale dell'art. 310 CPC-Ti sta nel fatto che, secondo la logica di questo progetto, ogni decisione del giudice di prima istanza è impugnabile all'autorità superiore, seppure con la limitazione dell'art. 310 lit. b) CPCF per quanto riguarda le decisioni di mera natura istruttoria, ossia la minaccia di un pregiudizio non più riparabile.

Il sistema del CPCF si distanzia dunque in modo importante rispetto a quello attuale del CPC-Ti, che distingue tra ordinanze (assolutamente inimpugnabili in appello, art. 95 CPC-Ti) e i decreti (che invece sono appellabili, art. 96 CPC-Ti).

Il rischio sarà naturalmente quello di dilazionare in modo importante le istruttorie, segnatamente che l'una o l'altra parte utilizzi questo strumento quale misura dilatoria.

Il problema è conosciuto in Cantone Ticino, tanto che l'introduzione della "ordinanza" nel Codice del 1971 è sorta quale reazione all'impugnabilità di ogni e qualsiasi atto istruttorio, prevista nel regime precedente.

Proprio per parare a questo rischio di manovre dilatorie è pensabile di introdurre nella legge delle sanzioni. Ad esempio, qualora emerga che il ricorso sia manifestamente infondato, ammettere con una certa facilità la sanzione di "atto temerario" con relativo accollo maggiorato di oneri di causa.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Bger: Das Prinzip der "doppelten Instanz" ist aus bundesgerichtlicher Sicht sehr zu begrüssen (Art. 3 VE-ZPO; Bericht S. 12, 21 f.). Es stellt sicher, dass sich grundsätzlich zwei kantonale Instanzen mit einer Streitsache befassen, bevor diese ans Bundesgericht gelangt. Die unter der geltenden Ordnung häufigen Fälle, wo dem bundesgerichtlichen Verfahren nur ein einziger kantonaler Entscheid - oft auch eines unteren Gerichts - vorausgegangen ist, werden damit wesentlich reduziert. Dies entspricht dem zentralen Anliegen der Entlastung des Bundesgerichts. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang Art. 5 Abs. 3 VE-ZPO, wonach (im Unterschied zur heutigen Rechtslage) selbst handelsgerichtliche Entscheide und die im Rahmen von handelsgerichtlichen Verfahren ergehenden vorsorglichen Massnahmen vorgängig mit kantonaler Beschwerde angefochten werden müssen, wobei die Rechtsanwendung frei und die Sachverhaltsfeststellung auf Willkür hin überprüft wird (Art. 311 lit. a und b VE-ZPO; Bericht S. 23).

Die in Art. 4 VE-ZPO (Spezialmaterien) und Art. 6 VE-ZPO (Prorogation und Streitwert von mindestens 100'000 Franken) vorgesehenen Ausnahmen vom Prinzip der doppelten Instanz sind unseres Erachtens hinzunehmen, beruhen sie doch einerseits auf gesetzlichen Vorschriften (z.B. Art. 76 PatG, Art. 58 Abs.

3 MSchG) und fallen andererseits zahlenmässig nicht stark ins Gewicht (Prorogationsfälle).

Der Ausschluss einer dritten kantonalen Instanz (Bericht S. 13 oben) ist grundsätzlich zu begrüssen. Nach geltendem Recht ist diese Instanz im Bereich des Zivilprozesses regelmässig eine Kassationsinstanz, deren Entscheid abgewartet werden muss, bevor das Bundesgericht das Berufungsverfahren an die Hand nehmen kann (Art. 57 Abs. 1 OG). Freilich haben die erwähnten Kassationsinstanzen eine gewisse Filterwirkung und entlasten damit das Bundesgericht. Indessen stehen diesem Vorteil gewichtige Nachteile gegenüber. Erstens führt eine dritte Instanz zwangsläufig zu einer Verlängerung des kantonalen Verfahrens. Zweitens wird auch das bundesgerichtliche Verfahren verzögert, wenn dieses mit Rücksicht auf ein im Kanton hängiges Kassationsverfahren während Monaten oder, was durchaus vorkommt, während eines Jahres und länger sistiert werden muss. Drittens werden abweisende Kassationsentscheide oft mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten, so dass dieses - mit grosser Verspätung - dann gleichwohl über zwei Rechtsmittel in der gleichen Streitsache zu entscheiden hat. Die Gutheissung kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden mit der Folge der Gegenstandslosigkeit des eidgenössischen Berufungsverfahrens ist demgegenüber selten.

DJS: Die eidgenössische ZPO sollte den Kantonen erlauben, eine zweite Rechtsmittelinstanz (Beschwerdeinstanz) vorzusehen, und zwar für Beschwerden gegen Entscheide der ersten Rechtsmittelinstanz, die nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden können. Es sollte aber lediglich die Rüge der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten zugelassen werden. Dies wäre v.a. dann von Bedeutung, wenn das Bundesgerichtsgesetz den Zugang zum Bundesgericht so restriktiv gestaltet, wie es die vom Ständerat verabschiedete Vorlage vorsieht.

Wir schlagen folgende neue Formulierung vor (Art. 5a):

<sup>1</sup> *Die Kantone können eine zweite Rechtsmittelinstanz vorsehen in Verfahren, bei welchen der Streitwert die Anrufung des Bundesgerichts ausschliesst.*

<sup>2</sup> *Es ist ausschliesslich die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechts zulässig.*

<sup>3</sup> *Gegen einen Beschwerdeentscheid kann die zweite kantonale Rechtsmittelinstanz nicht angerufen werden.*

FSA: La FSA soutient l'introduction du principe de la double juridiction au niveau cantonal, même si une telle norme relève de l'organisation judiciaire que l'avant-projet laisse dans la compétence des cantons. Ce principe tend en effet à ce que le plus grand nombre d'affaires se liquident devant les cours cantonales et vise donc ouvertement à décharger le Tribunal fédéral. Elle a pour conséquence que les affaires susceptibles de recours au Tribunal fédéral pourront être portées devant trois degrés de juridiction.

GGD ZH: Der Grundsatz des doppelten Instanzenzuges gilt wohl auch dann, wenn ein Verfahren im Schlichtungsverfahren abgeschlossen wird. Zumindest ausserhalb des Entscheidverfahrens nach VE 205 kann hier aber wohl kaum von einem "erstinstanzlichen Gericht" gesprochen werden.

### Art. 3 Instanzenzug

*Jeder Entscheid eines erstinstanzlichen Gerichts oder einer Schlichtungsbehörde kann an eine kantonale Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht.*

KassZH: 1. Der Entwurf beruht auf einem durchgehend zweistufigen kantonalen Gerichtsverfahren und schliesst eine dritte kantonale Instanz aus (vgl. Bericht Ziff. 3.2.3. am Ende), was insofern als folgerichtig erscheint, als mit der Bundeszivilprozessordnung eine *umfassende Vereinheitlichung des Prozessrechts* geschaffen werden soll (Bericht Ziff. 3.2.1.). Soll das gesamte Zivilprozessrecht (mit Ausnahme der Gerichtsorganisation) bundesrechtlich normiert werden, verbleibt kein Raum für eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (als zweites kantonales Rechtsmittel) im heutigen Sinn, weil künftig auch die Anwendung des gesamten Prozessrechts der freien Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegt (vgl. E BGG, Art. 90 lit. a). Ebenso wird das Bundesgericht im Rahmen der künftigen Weiterzugsmöglichkeit die Feststellung des Sachverhaltes durch den (oberen) kantonalen Richter auf Willkür hin überprüfen können (E BGG, Art. 92), wie dies heute im Rahmen von § 281 Ziff. 2 ZPO im Verfahren vor Kassationsgericht möglich ist. Mit anderen Worten werden die heute dem Kassationsgericht vorzutragenden Rügen in der Regel künftig beim Bundesgericht vorgebracht werden können. Damit wird das Bundesgericht allerdings *eine erheblich höhere Anzahl von Rechtsmitteln aus dem Kanton Zürich* zu behandeln haben, entfaltet doch die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer heutigen Form anerkanntermassen eine wesentliche *Filterwirkung* gegenüber dem Weiterzug an das Bundesgericht. Ob diese Auswirkung im Einklang mit der beabsichtigten Entlastung des Bundesrechts steht, sei hier dahingestellt.

2. Immerhin erscheint die *völlige Eliminierung* einer dritten kantonalen Instanz in einer Hinsicht als *verfehlt*: Gemäss Art. 70 E BGG (in der zur Zeit vorliegenden Fassung) soll der Weiterzug an das Bundesgericht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten - unter Vorbehalt bestimmter Ausnahmen - künftig *erst bei Erreichen eines Streitwertes von Fr. 40'000.--* zulässig sein. Diese Festsetzung der Streitwertgrenze erscheint namentlich in Prozessen mit sozialpolitischem Einschlag (miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten) als sehr hoch und kann zu äusserst stossenden (vom Bundesgericht nicht überprüfbar) Ergebnissen führen. Aus diesem Grund drängt es sich auf, in Fällen, in denen der Weiterzug an das Bundesgericht mangels Erreichung der Streitwertgrenze (allenfalls auch aus anderen Gründen) ausgeschlossen ist, den Kantonen *die Möglichkeit einer dritten Instanz zu eröffnen*. Damit steht auch in Übereinstimmung, dass der Entwurf zum BGG von der Möglichkeit einer solchen dritten kantonalen Instanz ausgeht (vgl. Art. 94 Abs. 6 bzw. Art. 104 Abs. 3 E BGG ).

3. Das Kassationsgericht nimmt daher den Standpunkt ein, es sei für diejenigen Fälle, in denen - insbesondere mangels Erreichung der Streitwertgrenze - ein Weiterzug an das Bundesgericht nicht zulässig ist, die Möglichkeit einer dritten kantonalen Instanz vorzubehalten.

Uni NE: Si la compétence à raison de la matière demeure du ressort des cantons, l'article 3 de l'avant-projet prévoit un double degré de juridiction (comme déjà l'avant-projet de loi sur le Tribunal fédéral) et distingue aux articles 4, 5 et 6 les juridictions inférieures et supérieures. La notion de tribunal supérieur ou inférieur n'est pas limpide, et le rapport n'est pas clair à cet égard. Celui-ci précise

que "toute décision patrimoniale de première instance peut être déférée devant une instance de recours cantonal, indépendamment du fait que le tribunal de première instance est un tribunal d'instance inférieure ou supérieure". Or l'article 6 de l'avant-projet indique que "si la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.- au moins, le demandeur peut, avec l'accord du défendeur, porter l'action directement devant l'instance supérieure". Cette disposition semble signifier que la juridiction supérieure est toujours celle qui se prononce normalement sur appel ou sur recours. Ceci semble en contradiction avec la remarque du rapport qui indique que le tribunal de première instance peut être un tribunal inférieur ou supérieur. Cette réglementation n'est pas claire.

Art. 4

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Es erscheint nicht zwingend, Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb einer einzigen kantonalen Instanz zuzuweisen (Art. 4 Abs. 1 lit. c VE).
- BE: Sowohl Art. 4 VE, der v.a. für Streitigkeiten aus Immaterialgüterrecht und verwandten Gebieten ein einziges oberes Gericht im Kanton vorsieht, als auch Art. 5 VE, der die Weiterexistenz des Handelsgerichts ermöglicht, sind aus bernischer Sicht grundsätzlich zu begrüßen. Mindestens in der künftigen Botschaft zu Art. 4 Abs. 2 oder/und Art. 5 Abs. 3 VE wäre jedoch zu präzisieren, dass die Regelung der funktionellen Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen Sache der Kantone ist. Dies würde es ermöglichen, den Erlass solcher Massnahmen einem Instruktionsrichter/einer Instruktionsrichterin zu übertragen.
- BS: Wie in Art. 2 Abs. 1 zutreffend festgehalten wird, bestimmt das kantonale Recht die sachliche Zuständigkeit. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz nicht auch für die Bezeichnung desjenigen Gerichts gelten soll, das die in Art. 4 aufgezählten Streitigkeiten zu beurteilen hat. Im Kanton Basel-Stadt ist seit jeher das Zivilgericht als einziges erstinstanzliches Gericht in Zivilsachen zuständig. Dies hat sich bewährt. Gerade für Kantone mit einem zentralisierten Zivilgericht für den gesamten Kanton, die kein Handelsgericht kennen, sollte die Möglichkeit, diese Instanz als einzige kantonale Instanz nach Art. 4 einzusetzen, erhalten bleiben. Von der Anforderung, dass es sich dabei um das obere Gericht handeln muss, ist deshalb abzusehen.
- LU: Abs. 1c: Wir regen an, für alle UWG-Fälle zwei kantonale Instanzen vorzusehen. Das geltende Bundesrecht schreibt in UWG-Streitigkeiten nicht eine einzige kantonale Instanz vor. Die Lösung mit zwei kantonalen Instanzen hat sich im Kanton Luzern bewährt und hat zudem zur Folge, dass in diesen Belangen die Rechtsweggarantie spielt. Es darf nicht vom Streitwert abhängig sein, ob dem Rechtssuchenden eine oder zwei Instanzen zur Verfügung stehen, ändert doch eine Streitwertgrenze ohnehin nichts an der Komplexität eines Falles. Zudem hängen UWG- und OR-Streitigkeiten oft eng zusammen und für letztere sind zwei Instanzen vorgesehen.
- Abs. 1e: Das zu Artikel 4 Absatz 1c VE-ZPO Gesagte gilt gleichermassen.

- SH: Es erscheint nicht zwingend, Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb einer einzigen kantonalen Instanz zuzuweisen (Art. 4 Abs. 1 lit. c VE).
- SO: Abs. 1 Bst. c: Wir bejahen ausdrücklich den Vorschlag, dass neu auch Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb von einer einzigen kantonalen Oberinstanz beurteilt werden.
- TG: Diese Bestimmung sollte den Zusatz enthalten, dass die Kantone interkantonale Fachgerichte bestellen können. Die im Bericht auf S. 22 erwähnte Schaffung eines eidgenössischen Patentgerichts wäre zu begrüßen.
- TI: Attualmente la legislazione sui diritti immateriali prevede già la giurisdizione di un'istanza unica per decidere su queste materie (art. 418e CPC-Ti).

La novità, rispetto alla situazione attuale, è quella di demandare a quella autorità unica anche le controversie inerenti la Concorrenza sleale e le controversie connesse all'uso di una ditta commerciale (art. 944 a 956 CO).

Il quesito da porsi, a questo proposito, è quello di sapere se questa affinità di materia (che innegabilmente esiste, tanto che recentemente il TF ha deciso che il concetto centrale di "rischio di confusione" è uguale in tutti questi ambiti) giustifica di fare perdere alle parti un grado di giurisdizione, ossia quello cantonale e di mantenere il solo ricorso al TF, con tutti i limiti notori che esso comporta.

Tanto più che, se la proprietà intellettuale è un tema specialistico, la concorrenza sleale e le ragioni commerciali invece non lo sono e, soprattutto la prima, è spesso evocata quale (argomento principale o di appoggio) in una pleora di controversie. Ad es. il divieto di concorrenza in tema di contratto di lavoro, validità delle condizioni generali, ecc.

L'introduzione di questa norma, se mantenuta nella versione definitiva della legge, imporrà in Ticino una riflessione sull'opportunità di introdurre un Tribunale di commercio a livello cantonale, ad esempio sulla base del modello zurighese.

- ZG: Die Zuständigkeit eines "oberen Gerichts" erscheint nicht zwingend notwendig. Vielmehr soll den Kantonen offen gelassen werden, welches Gericht als einzige kantonale Instanz zuständig sein soll.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Gemäss Erläuterndem Bericht S. 21/22 soll für Streitigkeiten vor der einzigen kantonalen Instanz das Prinzip der "double instance" nicht gelten. Es wäre jedoch konsequent, analog zu Art. 5 Abs. 3 auch für Entscheide der einzigen kantonalen Instanz wenigstens die Möglichkeit der Beschwerde vorzusehen.

CVP: Art. 4 und 5: Das Handelsgericht soll – sofern der Kanton ein solches eingerichtet hat oder einzurichten gedenkt – als einzige kantonale Instanz zuständig sein. Andernfalls wäre die Einsetzung eines Appellationsgerichtes nötig. Die Mehrkosten könnten dazu führen, dass die Kantone ein Handelsgericht wieder abschaffen respektive nicht einsetzen würden.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Streitwertgrenze für Streitigkeiten aus unlauterem Wettbewerb ist fragwürdig. In diesen Fällen ist der Streitwert erfahrungsgemäss schwer zu berechnen.

Zudem werden solche Ansprüche oft zusammen mit solchen aus geistigem Eigentum geltend gemacht. Dies kann zu einer unerwünschten Gabelung des Rechtswegs führen. Die Streitwertgrenze sollte daher gestrichen werden. Für Konsumentenstreitigkeiten ist sowieso das vereinfachte Verfahren anwendbar.

Zudem ist die Bestimmung mit Art. 5 zu koordinieren.

Der Wegfall einer Beschwerde nach Art. 310 ff. und damit z.B. der heutigen Kassationsbeschwerde nach Zürcher Recht führt dazu, dass kantonale die richtige Anwendung wesentlicher Verfahrensgrundsätze nicht mehr überprüft werden kann. Diese Änderung setzt voraus, dass das Bundesgericht nach dem BGG freie Kognition zur Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften nach diesem Gesetz erhält.

Formulierungsvorschlag Art. 4:

*Das kantonale Recht bezeichnet das obere Gericht, welches als einzige Instanz zuständig ist für:*

*c. Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb, ~~sofern der Streitwert mehr als 20'000 Franken beträgt;~~*

*Die Zuständigkeit eines Handelsgerichts nach Art. 5 bleibt vorbehalten.*

FSA: Terminologie: la FSA adhère à l'avant-projet sous réserve d'une question terminologique concernant le texte français de l'al. 2: le terme "instance" devrait être réservé à la désignation du rapport de droit créé par le procès. Il ne devrait pas être utilisé pour désigner une juridiction ou un tribunal (cf. Tercier Pierre, La recherche et la rédaction en droit suisse, Fribourg 1991, p. 255.). Nous proposons donc de modifier cette disposition de la manière suivante:

al. 2 Dans ces cas, *cette juridiction* est également compétente pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant la litispendance.

OAFRI: Al. 1<sup>er</sup> lit c: La valeur litigieuse (20'000 francs) est souvent très difficile à apprécier en matière de concurrence déloyale, notamment dans les actions en prévention ou en cessation du trouble. On se demande s'il ne serait pas préférable d'attribuer tout le contentieux de la concurrence déloyale, à l'exception des litiges de consommation, à l'instance cantonale unique.

suisa: Abs. 1 lit. a: Die einzige kantonale Instanz ist ein aus dem Immaterialgüterrecht nicht mehr wegzudenkendes Institut. Es in die eidgenössische ZPO zu übernehmen ist absolut zwingend und dürfte auch kaum bestritten sein. Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, dass dessen Ausgestaltung vollständig bundesrechtlich vereinheitlicht wird, damit die unter dem geltenden Recht bestehenden Unterschiede zwischen den Kantonen (siehe LUCAS DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR Bd. I/2, 2. Aufl., S. 13 ff.) beseitigt werden können.

In einem ganz wesentlichen Punkt scheint uns die Tragweite der vorgeschlagenen Regelung allerdings klärungsbedürftig:

Im geltenden Recht ist die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz auf Verletzungsklagen beschränkt; dass heisst, wenn sich ein Anspruch (ausschliesslich) auf einen Vertrag abstützt, sind die ordentlichen Gerichte anzurufen. Nach den Erläuterungen soll der VE "im Wesentlichen diesen Rechtszustand" übernehmen. Gemäss dem Gesetzeswortlaut fällt nun jedoch auch die "Gebrauchsüberlassung und Übertragung solcher Rechte" in die Zuständigkeit

der einzigen kantonalen Instanz. Diese Formulierung lässt offen, ob und inwieweit vertragsrechtliche Fragen vor die einzige kantonale Instanz gebracht werden können. Diese Unsicherheit sollte unbedingt beseitigt werden.

Wir würden den umfassenden Einbezug von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verträgen, in denen Immaterialgüterrechte lizenziert oder übertragen werden, begrüßen, und zwar aus folgenden Gründen: Rechtsstreitigkeiten im geistigen Eigentum haben oft einen schutzrechtlichen *und* vertragsrechtlichen Hintergrund; auch rein kontraktuelle Ansprüche werfen oft schutzrechtliche Vorfragen auf; schutz- und vertragsrechtliche Fragestellungen hängen eng zusammen; die Anzahl der Prozesse ist relativ gering, so dass nur durch die Konzentration bei einem Gericht pro Kanton die notwendige richterliche Fachkompetenz gewährleistet werden kann.

In diesem Zusammenhang ist noch eine Bemerkung terminologischer Art anzubringen: Der Gesetzestext spricht von "Gebrauchsüberlassung" von Rechten des geistigen Eigentums (so auch in Art. 77 Abs. 2). Dieser Begriff stammt aus Verträgen, die Objekte des Sacheigentums zum Gegenstand haben. Er ist im Immaterialgüterrecht nicht gebräuchlich und sollte – dem französischen "licences d'exploitation" folgend – durch "Lizenzierung" ersetzt werden.

Eindeutig zu unterstützen ist sodann die Anordnung, dass als einzige kantonale Instanz nur die oberen Gerichte der Kantone in Frage kommen.

Uni BE: Abs. 1: besser: *"Für folgende Streitigkeiten ist eine einzige, von kantonalen Recht bestimmte Instanz zuständig"*: (entsprechend in den folgenden 5 litterae "Streitigkeiten" eliminieren).

Uni LA: Cette disposition reprend des règles qui existent aujourd'hui, notamment en propriété intellectuelle, mais les étend à des matières non visées actuellement, comme la concurrence déloyale, et innove en excluant la possibilité pour les cantons d'instaurer comme juridiction cantonale unique un tribunal inférieur (par ex. le Tribunal d'arrondissement de Lausanne). Il s'agit d'un empiètement supplémentaire injustifié sur l'organisation judiciaire cantonale, de nature à compromettre les projets actuels du canton de Vaud de suppression totale de la Cour civile. L'extension de la règle aux litiges de concurrence déloyale dépassant 20'000 fr. n'est pas non plus souhaitable, car elle multiplie les cas où est entravé le cumul objectif d'actions, particulièrement fréquent en la matière (qu'on songe par ex. aux procès où sont simultanément invoquées les règles des art. 28 ss CC et de la LCD). A tout le moins faudrait-il prévoir (en complément de l'art. 4 ou de l'art. 81 AP) une disposition permettant un tel cumul par attraction devant l'instance cantonale unique compétente pour l'une des actions.

Uni ZH: 1. Geltendes Recht und Vorentwurf ZPO

Nach Art. 4 Abs. 1 ZPO haben die Kantone für die von dieser Bestimmung erfassten Streitigkeiten eine "einzige kantonale Instanz" zu bezeichnen. Wird die Bestimmung in dem Sinne verstanden, dass für all diese Streitigkeiten insgesamt eine einzige kantonale Instanz vorzusehen ist, dann würde vom gegenwärtigen Rechtszustand abgewichen; nach diesem ist zwar in den einzelnen Sachbereichen eine einzige kantonale Instanz einzusetzen, doch braucht sie nicht für alle Sachbereiche die gleiche zu sein. So werden im Kanton Zürich patent-, design-, marken-, sortenschutz- und kartellrechtliche Zivilklagen durch das Handelsgericht beurteilt (s. § 61 Abs. 1 Ziff. 1 ZH GVG), Zivilklagen auf-

grund des Urheberrechtsgesetzes demgegenüber vom Obergericht (s. zur sachlichen Zuständigkeit des Obergerichts zur Beurteilung von urheberrechtlichen Zivilklagen § 43 Abs. 2 Satz 1 ZH GVG. Ähnlich – aber jeweils nicht ganz gleich – sehen die Zuständigkeitsabgrenzungen in den Kantonen Bern (§ 5 lit. b und § 7 Abs. 2 BE ZPO) und St. Gallen (§ 15 Abs. 1 lit. c und § 19 lit. a SG ZPO) aus).

An der derzeit geltenden Ordnung sollte festgehalten werden. Entscheidend ist, dass für einen bestimmten Sachbereich ein und dasselbe Gericht zuständig ist.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a ZPO fallen auch Streitigkeiten betreffend Inhaberschaft, Gebrauchsüberlassung und Übertragung von Immaterialgüterrechten in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz. Inskünftig sollen also insbesondere vertragsrechtliche Klagen, die sich auf Fragen der Erfüllung eines Übertragungs-, Lizenz- oder Verlagsvertrages beziehen, in die sachliche Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz fallen; dies, auch wenn aufgrund des geltend gemachten Anspruchs die Gültigkeit des den Vertragsgegenstand bildenden Schutzrechts nur vorfrage- oder einredeweise oder überhaupt nicht geprüft werden muss.

Nicht zuletzt im Interesse einer klaren Zuständigkeitsordnung und der Vermeidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten ist die vorgeschlagene Neuordnung grundsätzlich zu begrüßen. Immerhin sollte nicht übersehen werden, dass manche Streitigkeiten über die Inhaberschaft, die Gebrauchsüberlassung oder die Übertragung von Immaterialgüterrechten reine Vertragsstreitigkeiten darstellen und den Bestand des Schutzrechts und die Berechtigung daran in keiner Weise tangieren; auch für solche Vertragsstreitigkeiten wird fortan die "einzige kantonale Instanz" zuständig sein.

## 2. Vorschläge

Aus den vorangehenden Erwägungen ergeben sich keine Änderungsvorschläge; dies mit Bezug auf die Zuständigkeit eines oberen Gerichts als einzige kantonale Instanz jedenfalls dann nicht, wenn die Regelung im Vorentwurf ZPO so verstanden wird, dass lediglich für einen bestimmten Sachbereich ein und dasselbe Gericht zu bezeichnen ist.

Immerhin sollte im erläuternden Bericht einerseits darauf hingewiesen werden, dass es den Kantonen wie bis anhin unbenommen ist, als einzige kantonale Instanz in den verschiedenen Sachbereichen des Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrechts verschiedene Gerichte vorzusehen. Andererseits sollte die sachliche Zuständigkeit mit Bezug auf Streitigkeiten betreffend Inhaberschaft, Gebrauchsüberlassung und Übertragung von Immaterialgüterrechten als Neuerung ausgewiesen werden.

Der Ausschluss von kantonalen Rechtsmitteln gegen erstinstanzliche Entscheide des Obergerichtes betr. die in Art. 4 genannten Rechtssachen (Streitigkeiten betr. geistiges Eigentum, UWG-Streitigkeiten bei einem Streitwert von mehr als Fr. 20'000.- etc.), wie sie der Vorentwurf vorsieht, ist nicht vertretbar. Mindestens müsste wie bei Entscheiden des Handelsgerichtes (Art. 5 III) die (kantonale) Beschwerde zugelassen werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 17 ff.*

## Art. 5

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Gemäss Art. 5 VE ZPO können die Kantone zwar erstinstanzliche Fachgerichte für handelsrechtliche Streitigkeiten einsetzen. Gegen deren Entscheide muss jedoch ein kantonales Rechtsmittel (Beschwerde) eingelegt werden können.

Eine solche Regelung macht keinen Sinn. Das Handelsgericht ist ein Fachgericht. Es wäre nicht sachgerecht, eine kantonale Rechtsmittelinstanz einzusetzen, die kein spezialisiertes Fachgericht ist. Die Schaffung einer speziellen Rechtsmittelinstanz nur für handelsgerichtliche Streitigkeiten wäre jedoch mit hohen Kosten verbunden und kommt ebenfalls nicht in Frage. Ein Handelsgericht macht nur Sinn, wenn es einzige kantonale Instanz ist. Bereits im Vernehmlassungsverfahren zum BGG wurde diese Forderung von verschiedener Seite gestellt und in der aktuellen Fassung (vgl. Art. 71 Abs. 2 lit. b VE BGG) auch erfüllt. Diesbezüglich muss die Eidgenössische Zivilprozessordnung an das BGG angepasst werden.

Im Übrigen soll der Mindeststreitwert für das Handelsgericht (gemäss Art. 5 Abs. 1 VE ZPO Fr. 30'000.–) der im BGG vorgesehenen Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen angepasst werden.

BE: Weil die in Art. 4 VE aufgeführten Streitigkeiten heute im Kanton Bern mehrheitlich dem Handelsgericht zugewiesen sind, fragt es sich, wie das Verhältnis von Art. 4 VE zu Art. 5 VE ist. Der Begleitbericht äussert sich dazu nicht. Nachdem sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte nach kantonalem Recht bestimmt (Art. 2 Abs. 1 VE), ist davon auszugehen, dass die Streitigkeiten gemäss Art. 4 VE global dem Handelsgericht zugewiesen werden können. Die Zuweisung würde von der Materie her Sinn machen, aber wegen der Erweiterung des Zuständigkeitsbereichs zu einer gewissen Arbeitsverlagerung an das Handelsgericht führen, dies v.a. im Bereich der vorsorglichen Massnahmen des Immaterialgüterrechts, wo es für die Beurteilung von Gesuchen *vor und während* der Rechtshängigkeit zuständig wäre (vgl. Art. 4 Abs. 2 VE).

Die noch wichtigere Folge der Zuweisung wäre, dass das Handelsgericht einerseits als einzige obere Instanz und andererseits als erstinstanzliches kantonales Gericht urteilen müsste. Es käme ihm also gewissermassen eine Zwitterfunktion zu, davon ausgehend, dass die Zuweisung der Materien gemäss Art. 4 VE an das Handelsgericht die entsprechenden Urteile nicht beschwerdefähig macht. Eine solche Zwitterfunktion ist für ein Gericht ungewöhnlich.

Darüber hinaus bereitet die in Art. 5 Abs. 3 VE vorgesehene Beschwerde gegen Handelsgerichtsurteile über Streitigkeiten nach Art. 5 VE dem Kanton Bern und wohl auch anderen Handelsgerichtskantonen Schwierigkeiten. Bisher kann im Kanton Bern gegen Handelsgerichtsurteile nämlich lediglich eine auf abschliessend aufgezählte Nichtigkeitsgründe beschränkte Nichtigkeitsklage an das Plenum des Appellationshofs (vgl. Art. 7 Abs. 1 ZPO) bzw. der Zivilabteilung (vgl. Art. 11 Ziffer 1 und Art. 12 GOG) sowie eine auf die gesetzlich vorgesehenen Beschwerdegründe limitierte Beschwerde an den Grossen Rat (gegen das Gesamtgericht) bzw. an die Aufsichtskammer des Obergerichts des Kantons Bern (gegen Mitglieder des Handelsgerichts) erhoben werden (vgl. Art. 376 Abs. 1 und 2 ZPO sowie Art. 18 GOG). Die im VE vorgesehene Beschwerde hat eine deutlich weitere Kognition, indem die "unrichtige Rechtsanwendung" gerügt werden kann (Art. 311 lit. a VE). Berücksichtigt man ferner,

dass sich die Beschwerde auch gegen vorsorgliche Massnahmen und prozessleitende Verfügungen des Handelsgerichts richten kann (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 310 lit. b VE), dann ist mit einem deutlichen Anstieg der Zahl der Rechtsmittel zu rechnen. Bei einer wesentlich grösseren Zahl von Rechtsmitteln ist die Zivilabteilung, welche im Plenum entscheidet, als Spruchbehörde nicht mehr geeignet.

Um die Probleme in Bezug auf eine allfällige Zwitterstellung des Handelsgerichts und die möglichen Rechtsmittel gegen dessen Verfügungen und Urteile zu lösen, sind grundsätzlich zwei Vorgehensweisen denkbar: Entweder werden auf Stufe Bund die Art. 4 und 5 VE hinsichtlich der möglichen Rechtsmittel synchronisiert oder der Kanton trifft gesetzliche Massnahmen, um die erstinstanzliche Zuständigkeit bezüglich der Materien gemäss Art. 4 und 5 VE zu regeln und neu zu definieren, wer in den Fällen von Art. 5 VE Rechtsmittelinstanz ist.

Am einfachsten und naheliegendsten ist eine bundesrechtliche Lösung, welche Art. 4 und Art. 5 VE in Bezug auf das Rechtsmittel synchronisiert. Zu diesem Zwecke müsste in Art. 5 Abs. 3 VE lediglich die Beschwerdemöglichkeit gegen Handelsgerichtsurteile gestrichen werden. Tut man dies, so entfällt zwar eine kantonale Rechtsmittelinstanz, aber der Rechtsschutz wird kaum spürbar geschmälert. Mit der Beschwerde gemäss Art. 310 ff. VE könnte lediglich die willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 311 lit. b VE), was bei Handelsgerichtsurteilen, die häufig auf Wissen von FachrichterInnen oder Sachverständigen beruhen, selten von Erfolg gekrönt sein dürfte. Und die mit Beschwerde rügbaren Rechtsverletzungen wären auch in den Rügegründen der Berufung bzw. der späteren Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht enthalten. Die in Art. 5 Abs. 3 VE vorgesehene Beschwerdemöglichkeit widerspricht im Übrigen Art. 71 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfs zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), wonach das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz entscheidet. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft hierzu wurde bewusst und mit durchaus beachtlichen Gründen von einem kantonalen Instanzenzug abgesehen (vgl. BBI 2001, S. 4311). Weshalb es nun bei der eidgenössischen ZPO anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Am Rande sei erwähnt, dass sich die Kognition für die Beschwerde gemäss Art. 5 Abs. 3 VE auch nicht mit derjenigen für die Einheitsbeschwerde vertragen würde. Mit der Beschwerde gemäss Art. 5 Abs. 3 VE kann, wie erwähnt, lediglich die willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, mit der Einheitsbeschwerde soll demgegenüber jeder Rechtsfehler bei der Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden können (vgl. die vorgeschlagenen Art. 90 Abs. 1 lit. a und Art. 92 BGG sowie BBI 2001, S. 4338 f.). Würde die Beschwerde gemäss Art. 5 Abs. 3 VE beibehalten, so käme es im Einheitsbeschwerdeverfahren zu einer unerwünschten Kognitionserweiterung am Bundesgericht. Hinzu kämen möglicherweise Auswirkungen auf die innerkantonale Regelung der sachlichen Zuständigkeit. Bislang ist die Berufungsfähigkeit der Streitsache nämlich ein Kriterium für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichtspräsidentin/des Gerichtspräsidenten von derjenigen des Handelsgerichts. Wenn die Beschwerde gegenüber Handelsgerichtsurteilen beibehalten würde und damit auch die Verletzung des ausländischen Rechts gerügt werden kann (vgl. die Bemerkungen zu Art. 311 VE), dann dürfte die Berufungsfähigkeit bzw. die Möglichkeit der Einheitsbeschwerde nach künftigem BGG als Abgrenzungskriterium entfallen. Die Schaffung einer dezentralen Lösung dürfte zur Folge haben, dass das alte und

neue Handelsgericht auf Grund der übergangsrechtlichen Bestimmung von Art. 391 VE für eine gewisse Zeit parallel geführt werden müssten.

Auf Grund der vorstehenden Überlegungen wird daher vorgeschlagen, Art. 5 Abs. 1 VE wie folgt zu formulieren:

<sup>1</sup> *Die Kantone können Streitigkeiten einem kantonalen Fachgericht, das als einzige kantonale Instanz entscheidet, übertragen, wenn: (...)*

Art. 5 Abs. 3 VE ist ersatzlos zu streichen.

*Sollte Art. 5 Abs. 3 VE beibehalten werden, wäre dessen französische Version wie folgt zu ergänzen: ...ne sont attaquables que par le recours limité au droit.*

SG: Wir begrüßen insbesondere, dass den Kantonen ermöglicht wird, ihre Handelsgerichte beizubehalten bzw. solche einzusetzen.

ZH: Der Vorentwurf verwirklicht den Grundsatz des zweifachen Instanzenzuges in Zivilrechtssachen. Er übernimmt damit die Lösung, wie sie vom Entwurf für ein Bundesgerichtsgesetz (E-BGG) vorgezeichnet worden ist. Wir unterstützen diese Regelung mit folgendem Vorbehalt: Gemäss Art. 5 Abs. 3 können Entschiede eines kantonalen Fachgerichts über Handelsrechtssachen mit Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerdeinstanz kann dann die Rechtsanwendung umfassend und die Sachverhaltsermittlung hinsichtlich willkürlicher Feststellungen überprüfen (Art. 311). Auch wenn damit kein Rechtsmittel mit umfassender Kognition zur Verfügung gestellt wird, so gehen die Vorteile einer raschen Erledigung von handelsrechtlichen Streitigkeiten so doch verloren. Unseres Erachtens sollte hier die Regelung von Art. 71 Abs. 2 lit. b E-BGG übernommen werden, die den direkten Weiterzug eines Fachgerichts für handelsrechtliche Streitigkeiten an das Bundesgericht gewährleistet. Wir verweisen hier auf die Stellungnahmen des OGZH und des AVZH zu Art. 5.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die heute in der Schweiz existierenden Handelsgerichte sind auch für diejenigen Streitigkeiten zuständig, die nach Art. 4 VE-ZPO der einzigen kantonalen Instanz vorbehalten sind (Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht mit Ausnahme des Urheberrechts sowie einige weitere Rechtsgebiete). Wir nehmen an, dass der Vorentwurf daran nichts ändern will, weshalb sich eine entsprechende ergänzende Formulierung im Gesetzestext aufdrängt, welche wie folgt lauten könnte: *Das kantonale Fachgericht ist auch für die Streitigkeiten gemäss Artikel 4 dieses Gesetzes zuständig.*

Was das Urheberrecht anbelangt, ist dieses der Zuständigkeit der heute bestehenden Handelsgerichte entzogen; diese historische Ausnahme ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt, nachdem der Urheberrechtsschutz seit einigen Jahren vermehrt auch für ausgesprochen "technische" und nicht mehr bloss für sog. "schöngestige" Schöpfungen beansprucht wird. Im Urheberrechtsgesetz von 1992 wird denn ein Schutz für Computerprogramme als Werk i.S. dieses Gesetzes sogar ausdrücklich vorgesehen. Deshalb wäre es u.E. sinnvoll, den Handelsgerichten – werden solche eingerichtet – auch die Zuständigkeit zur Beurteilung von urheberrechtlichen Streitigkeiten (und somit von sämtlichen Rechtsgebieten des Immaterialgüterrechts) zu übertragen.

Was die Formulierung "Handels- oder Gewerbebetrieb" in Absatz 1 lit. a von Artikel 5 anbelangt, machen wir darauf aufmerksam, dass die heute bestehenden Rechtsgrundlagen in den Kantonen Bern und Zürich zwar ähnlich

formuliert sind (vgl. Art. 55 Gerichtsorganisationsgesetz BE resp. §§ 62/63 Gerichtsverfassungsgesetz ZH), sich jedoch auf die Zuständigkeit der beiden Handelsgerichte völlig unterschiedlich auswirken: So ist das Zürcher Handelsgericht – im Unterschied zu demjenigen des Kantons Bern – auch für Streitigkeiten aus Grundstücksgeschäften und ausservertraglicher Haftung zuständig; es beurteilt ferner ebenfalls Streitigkeiten über die Mitgliedschaft sowie über Rechte und Pflichten von GesellschafterInnen einer juristischen Person, während sich die Berner Praxis hier auf den Standpunkt stellt, es handle sich um "interne Verhältnisse", die nicht zum Handels-/Gewerbebetrieb der juristischen Person gehörten (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die ZPO für den Kanton Bern, 5. Aufl., 2000, S. 51). Aus dem Erläuternden Bericht geht nicht hervor, welche Zuständigkeit der VE-ZPO in diesen Bereichen anstrebt. Dies muss noch geklärt werden, denn eine unterschiedliche Zuständigkeitspraxis der einzelnen Handelsgerichte würde dem Ziel der Rechtsvereinheitlichung diametral zuwider laufen.

Aus demselben Grund (einheitliche Zuständigkeitsordnung) erscheint es auch sinnvoll, dem Fachgericht – wird denn ein solches überhaupt gebildet – auch die Verantwortlichkeitsklagen zwingend zu übertragen und dies nicht als blosser Option vorzusehen (vgl. Absatz 2 von Artikel 5). Sinnvollerweise wären ihm auch Streitigkeiten aus dem Anlagefondsgesetz sowie betreffend Anlehensobligationen zu übertragen, wie es das Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz heute vorsieht.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AIHK: Unter Hinweis auf die positiven Erfahrungen mit der Handelsgerichtsbarkeit im Kanton Aargau begrüßen wir es sehr, dass diese Institution auch unter einer einheitlichen Zivilprozessordnung aufrechterhalten wird. Einen Verzicht darauf würden wir ablehnen.

Gemäss Vorentwurf bedarf es für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts unter anderem eines Streitwertes von mindestens 30'000 Franken (Art. 5 VE). Nach dem aargauischen Zivilrechtspflegegesetz (ZPO) ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen im Handelsregister eingetragenen Parteien, die sich auf den vom Beklagten geführten Handels-, Industrie- oder Gewerbebetrieb beziehen und in denen der Streitwert die für die Berufung an das Bundesgericht vorgeschriebene Höhe erreicht (§ 404 Abs. 1 lit. a ZPO). Art. 46 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) legt die Streitwertgrenze in Zivilrechtsstreitigkeiten über "andere vermögensrechtliche Ansprüche" auf 8'000 Franken fest.

Im Bericht zum VE (S. 23, 4. Abschnitt) wird ausdrücklich festgehalten, dass der VE den Mindeststreitwert gegenüber dem bisherigen Recht in den Kantonen Aargau und Bern bedeutend höher ansetze. In diesem Zusammenhang wird auf "allgemeine Tendenzen" verwiesen, insbesondere auf das Beispiel des BGG. Allerdings dürfte gerade in diesem Beispiel eine Motivation im Spiel sein (Entlastung des Gerichtes), die sich nicht auf die Handelsgerichtsbarkeit übertragen lässt. Deshalb müssten unseres Erachtens Wege gefunden werden, um den Zugang zum Handelsgericht über eine tiefe Streitwertgrenze nach bisheriger Regelung aufrechterhalten zu können.

AKBS: Streitwertgrenze wäre besser einheitlich bei CHF 40'000 festzulegen (vgl. auch Kommentar zu Art. 6 und 237 lit. g).

AVZH: Erforderlich ist eine Klärung der Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen analog Art. 4 Abs. 2. Zudem wäre bedenkenswert, die Streitwertgrenze mit jener des vereinfachten Verfahrens zu koordinieren und deshalb auf CHF 20'000.- festzusetzen.

Nicht einsichtig ist, weshalb Entscheide eines Handelsgerichtes durch zwei Instanzen umfassend auf korrekte Rechtsanwendung überprüft werden können, zuerst ein kantonales oberstes Gericht (z.B. Kassationsgericht) und anschliessend das Bundesgericht. Damit werden die Prozessdauer verlängert und die Bedeutung des Handelsgerichtes gemindert. Eine beschränkte Überprüfung handelsgerichtlicher Entscheide durch eine kantonale Instanz genügt. Andernfalls werden die schweizerischen Handelsgerichte im internationalen Vergleich weniger konkurrenzfähig. Eine entsprechende Einschränkung der Beschwerdegründe nach Art. 311 müsste im Rahmen des BGG berücksichtigt werden, damit Klarheit über den Rechtsmittelweg besteht.

Alternativ ist auf eine innerkantonale Beschwerde ganz zu verzichten.

Formulierungsvorschlag Art. 5:

Die Kantone können Streitigkeiten einem kantonalen Fachgericht *zur Entscheidung übertragen, welches als einzige Instanz zuständig ist, wenn:*

b. der Streitwert mindestens  $\text{CHF } 20'000$  Franken beträgt;

*In diesen Fällen ist das Fachgericht auch für vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Klage zuständig.*

*Die Entscheide des Fachgerichts einschliesslich jene über vorsorgliche Massnahmen können nur mit Beschwerde gemäss Art. 311 lit. b und c angefochten werden.*

DJZ: neuer Art. 5a (Instanzenzug)

Die eidgenössische ZPO sollte den Kantonen erlauben, eine zweite Rechtsmittelinstanz (Beschwerdeinstanz) vorzusehen, und zwar für Beschwerden gegen Entscheide der ersten Rechtsmittelinstanz, die nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden können. Es sollten aber lediglich die Rüge der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten zugelassen werden. Dies wäre v.a. dann von Bedeutung, wenn das Bundesgerichtsgesetz den Zugang zum Bundesgericht so restriktiv gestaltet, wie es die vom Ständerat verabschiedete Vorlage vorsieht.

Vorschlag:

<sup>1</sup> *Die Kantone können eine zweite Rechtsmittelinstanz vorsehen in Verfahren, bei welchen der Streitwert die Anrufung des Bundesgerichts ausschliesst.*

<sup>2</sup> *Es ist ausschliesslich die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässig.*

<sup>3</sup> *Gegen einen Beschwerdeentscheid kann die zweite kantonale Rechtsmittelinstanz nicht angerufen werden.*

economiesuisse: Wir begrüssen die Möglichkeit der Kantone, auch weiterhin ein Handelsgericht einsetzen zu können. Das trägt jenen Kantonen Rechnung, in denen sich eine Handelsgerichtsbarkeit bewähren konnte, ohne jene, die nach Grösse oder wirtschaftlichem Umfeld kein entsprechendes Bedürfnis haben, zur

Einführung eines solchen zu verpflichten. Hingegen erachten wir die gegenüber den heutigen kantonalen Regelungen vorgeschlagene massive Erhöhung des Streitwertes als verfehlt. Wir empfehlen vielmehr den Verzicht auf einen Mindeststreitwert oder wenn schon, einen solchen von Fr. 8'000.--. In jedem Fall soll ein Handelsgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert und die Eintragung der Parteien im Handelsregister Zivilklagen entscheiden können, welche die Immaterialgütergesetze, den Sortenschutz, das Wettbewerbsrecht oder das Gesellschaftsrecht betreffen.

Wir erachten es ferner als verfehlt, dass gemäss Abs. 3 die Urteile der Handelsgerichte "(nur) mit Beschwerde" angefochten werden können. Dadurch werden die Kantone gezwungen, auch für die Handelsgerichte eine zweite kantonale Instanz vorzusehen. Dies führt zu unnötigen Kosten und stellt die rasche Streitbeilegung durch die auf wirtschaftliche Bedürfnisse zugeschnittenen Handelsgerichte wieder in Frage. Handelsgerichte sind als einzige kantonale Instanz auszugestalten und Abs. 3 ist anzupassen.

FER: La Fédération s'étonne toutefois de constater que certaines règles de compétence ratione materiae aient été insérées dans l'avant-projet de loi fédérale de procédure civile, ce d'autant plus que ces prescriptions, en plus d'être peu utiles, apparaissent être nettement plus restrictives que ce que les lois cantonales de procédure civile - régissant ce type de juridiction - ne prévoient en règle générale (notamment art. 5 et 194 AP). La commission d'experts voudrait notamment imposer, pour tous les litiges relevant du droit du travail, une autorité de conciliation qui soit, dans une large mesure, composée de représentants des partenaires sociaux. La pratique - notamment genevoise - a pourtant démontré qu'une telle représentation paritaire n'était pas forcément satisfaisante.

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il y a quelques années, le canton de Genève a décidé d'opter pour un système prévoyant l'intervention d'un seul conciliateur "professionnel". Ce système, en plus d'être économique et fonctionnel, a donné, au niveau de la conciliation, d'excellents résultats. L'organisation judiciaire étant de la compétence des cantons, la Fédération est ainsi d'avis qu'il serait préférable de laisser à ces derniers le choix de ses institutions, non seulement en fonction des succès rencontrés dans la pratique, mais aussi des moyens financiers dont ils disposent.

GGD ZH: Das Verhältnis von Art. 4 zu Art. 5 ist unklar: Richtet sich in Fällen, die unter beide Artikel fallen, die allgemeine Zuständigkeit ("oberes Gericht" oder "Fachgericht"), die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen (vgl. Art. 4 Abs. 2) und der Rechtsmittelzug (vgl. Art. 5 Abs. 3) nach Art. 4 oder nach Art. 5? Der "strengere", nicht in die kantonale Disposition gestellte Art. 4 geht wohl vor.

Art. 5 Handelsgericht

<sup>4</sup> *Die Zuständigkeit des Gerichts gemäss Art. 4 bleibt vorbehalten.*

KassZH: Im Vergleich zu den heute (teilweise) geltenden Bestimmungen erscheint die vorgeschlagene Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- als zu hoch. Es wird vorgeschlagen, den Streitwert auf mindestens Fr. 20'000.-- festzusetzen (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 lit. c VE).

OGZH: Der Bericht betont zutreffend die grosse Bedeutung der Handelsgerichte in den vier Kantonen Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich. Die Handelsgerichte gewährleisten den Einbezug von Führungskräften aus der Wirtschaft im

Spruchkörper. Dies wird auch von den Prozessparteien (in der Regel handelt es sich dabei um Unternehmen) ausserordentlich geschätzt. Das Handelsgericht des Kantons Zürich erledigt mit 8 Berufsrichtern und 70 nebenamtlichen Fachrichtern jährlich gegen 500 Prozesse. Dank der grossen Akzeptanz gelingt es dabei, über 70% der Fälle durch Vergleich zu erledigen, davon die meisten innerhalb eines halben Jahres nach Prozessbeginn. Auch in den wenigen Fällen, welche zu einem Urteil nach strittigem Verfahren führen (sehr oft finden sich dort hohe Streitwerte und äusserst komplexe Fragestellungen), schafft die Verbindung von juristischer und Branchenkompetenz hohe Synergieeffekte. Das Bestehen der Handelsgerichte trägt massgeblich zu einer Verringerung der Verfahrensdauer bei.

Wir befürworten in der Sache zwei weitere fakultative Zuständigkeiten, nämlich Verantwortlichkeitsklagen nach AFG 68, und die Anfechtung von GV-Beschlüssen:

Vorschlag:

*Abs. 2 Sie können dem Fachgericht ferner übertragen:*

- a. Verantwortlichkeitsklagen im Zusammenhang mit einer Handelsgesellschaft, einer Genossenschaft oder einem Anlagefonds;*
- b. die Anfechtung von Beschlüssen der General- oder Delegiertenversammlung einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft.*

Der VE sieht gegen Entscheide des Fachgerichts die Beschwerde vor. Das ist eine vertretbare Lösung, welche das wichtigste Anliegen erfüllt: keine volle Tatsachen-Überprüfung der Entscheide des Fachgerichts. Hinzuweisen ist aber auf den vom Ständerat bereits verabschiedeten E BGG 71, wonach die Entscheide des Fachgerichts innerkantonale überhaupt nicht überprüft werden sollen - die Botschaft zum BGG streicht das gerade als eine Stärke der Handelsgerichtsbarkeit heraus. Die Differenz ist zu bereinigen, und wir schlagen vor, dem E BGG zu folgen.

Vorschlag:

*Abs. 3 Die Entscheide des Fachgerichts können nicht an eine kantonale Instanz weiter gezogen werden.*

santésuisse: Der vorgesehene Streitwert von Fr. 30'000.— ist insbesondere für Kleinunternehmer zu hoch und würde diesen vielfach den Zugang zum spezialisierten Fachgericht verunmöglichen.

suisa: Es stellt sich – trotz grundsätzlicher Kompetenz der Kantone für die Normierung der sachlichen Zuständigkeit – die Frage, ob die Handelsgerichte die einzigen zulässigen Fachgerichte sind oder ob Arbeits- und Mietgerichte weiterhin möglich sind, was unseres Erachtens zu begrüssen ist.

suva: Der Streitwert ist auf mindestens Fr. 50'000.— festzusetzen.

SVV: Die Handelsgerichte sind für Prozesse zwischen Versicherten und Versicherern als auch bei Prozessen unter den Gesellschaften (z.B. Regressfälle) von Bedeutung, wenn diese nicht aussergerichtlich beigelegt werden können. In beiden Fällen ist die Mitwirkung von Fachrichtern äusserst hilfreich und dient der Qualität der Rechtsprechung.

Für die Versicherungswirtschaft ist die von anspruchsberechtigten Personen oftmals genutzte Wahlmöglichkeit von Bedeutung, gegen eine Versicherungs-

gesellschaft vor Handelsgericht als einziger kantonaler Instanz zu klagen. Dieser Prozessweg ist für beide Parteien oftmals der bessere und schnellere Weg, zu einem Urteil zu gelangen, als wenn zuerst ein Gericht unterer Instanz angerufen werden muss. Die im Vorentwurf dazu geschaffene notwendige Ausnahme vom üblichen "double instance"-System ist deshalb aus Sicht der Versicherungswirtschaft zu begrüßen. Das vorgeschlagene System ist jedoch mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz noch so zu harmonisieren, dass in Kantonen mit Handelsgerichten diese als einzige kantonale Instanz mit voller Kognition zuständig sind, vorbehaltlich allfälliger Rechtsmittel an kantonale Kassationsgerichte.

Der vorgeschlagene Mindeststreitwert von Fr. 30'000 erachten wir als zu hoch. Verglichen mit den derzeitigen Streitwertgrenzen von Fr. 8'000 (so in den Kantonen Aargau und Zürich) liegt er deutlich zu hoch. Sinnvoll wäre unseres Erachtens ein Mindeststreitwert in der Grössenordnung zwischen Fr. 15'000 und Fr. 20'000, damit auch Kleinbetriebe und im Handelsregister eingetragene Kaufleute in für sie durchaus veritablen Streitwerten weiterhin Zugang zu den Handelsgerichten haben.

SwissBanking: Wir begrüßen die Möglichkeit der Kantone, auf erstinstanzlicher Ebene ein Handelsgericht einsetzen zu können. Das trägt jenen Kantonen Rechnung, in denen sich eine Handelsgerichtsbarkeit bewähren konnte, ohne jene, die nach Grösse oder wirtschaftlichem Umfeld kein entsprechendes Bedürfnis haben, zur Einführung eines solchen zu verpflichten. Wir sind jedoch der Ansicht, dass ein Handelsgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert und die Eintragung der Parteien im Handelsregister alle in den Bundesgesetzen betreffend die Erfindungspatente, die gewerblichen Muster und Modelle, den Schutz von Marken und Herkunftsangaben, den Sortenschutz sowie die Kartelle und ähnlichen Organisationen vorgesehenen oder den Gebrauch einer Geschäftsfirma betreffenden Zivilklagen entscheiden können sollte.

Uni BE: In diesem Zusammenhang ist Art. 71 E BGG zu beachten: Den Kantonen wird eine zweistufige Prüfung sämtlicher Zivilrechtsstreitigkeiten vorgeschrieben, insbesondere auch in Bereichen, in denen bisher das Handelsgericht als (nicht vom Bundesrecht geforderte) einzige Instanz kantonale zuständig war. Eine solche zweistufige Prüfung erscheint zwar in den Fällen sinnvoll, in denen eine dritte Instanz (Bundesgericht) nicht mehr im bisherigen Umfang gewährleistet ist (Vorprüfungsverfahren!), aber doch eine einmalige Überprüfung unter den kantonalrechtlichen Voraussetzungen – stattfinden soll. Es ist andererseits jedoch nicht angezeigt, einen kantonalen Rechtsmittelzug in *allen* Fällen vorzuschreiben. Insbesondere steht der innerkantonale Weiterzug sämtlicher Handelsgerichtsurteile im Widerspruch zu einem der Gründe, um derentwillen Handelsgerichte eingesetzt wurden - der Raschheit der Entscheidung. Zudem kämen einer anstelle des Handelsgerichts urteilenden oder dessen Urteile überprüfenden Instanz (Obergericht) nicht dieselben Fachkenntnisse zu wie dem Handelsgericht. Überdies würden neu auch sämtliche kantonalen Summarentscheide dem kantonalen Rechtsmittel unterliegen. Es ist daher zu befürworten, dass es auf Stufe Kanton keine Rechtsmittelinstanz mehr gegen handelsgerichtliche Entscheide geben soll. Das bestehende Handelssystem bietet derart viel an Richtigkeitsgewähr, dass es keine zweite Tatsacheninstanz mehr braucht.

Uni ZH: Gemäss Entwurf können Entscheide eines Handelsgerichtes durch zwei Instanzen umfassend auf korrekte Rechtsanwendung überprüft werden, zuerst

ein kantonales oberstes Gericht (z.B. Kassationsgericht) und anschliessend das Bundesgericht. Damit wird nicht nur die Prozessdauer unnötig verlängert, sondern vor allem die Institution des Handelsgerichtes, wie es sich z.B. im Kanton Zürich ausserordentlich bewährt hat, gefährdet. Die international anerkannte Qualität des Zürcher Handelsgerichtes und deren Akzeptanz bei in- und ausländischen Parteien beruht namentlich auf der beschränkten Anfechtungsmöglichkeit und damit der hohen Verantwortung und Stellung der Handelsrichter. Auf eine kantonale Beschwerde ist deshalb zu verzichten. Andernfalls werden die schweizerischen Handelsgerichte im internationalen Vergleich zum Schaden der schweizerischen Wirtschaft weniger konkurrenzfähig.

Anmerkungen aus öffentlich-rechtlicher Sicht: Obwohl die Rechtspflege im Bereich des Privatrechts und des öffentlichen Rechts auch in der Schweiz entsprechend dem kontinentaleuropäischen Rechtsschutzsystem grundsätzlich streng voneinander getrennt ist, bestehen verschiedene Berührungspunkte zwischen dem Zivilprozessrecht und der Verwaltungsrechtspflege. So verweisen die Verwaltungsrechtspflegegesetze häufig allgemein oder für bestimmte Fragen auf die Zivilprozessordnung als subsidiäres Recht (vgl. z.B. § 60 des Zürcher Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai 1959 für das Beweisverfahren vor Verwaltungsgericht; vgl. dazu auch allgemein *Arnold Marti*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, Diss. Zürich 1986, S. 62 ff. mit weiteren Hinweisen). Die Kantone werden daher auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu prüfen haben, ob diese Verweisungen auf das Zivilprozessrecht noch zutreffend und sinnvoll sind. Grundsätzlich kann aber davon ausgegangen werden, dass sich auch die Regeln der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für eine subsidiäre Anwendung in der Verwaltungsrechtspflege eignen. Es kann in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hingewiesen werden, dass das Beweisverfahren vor Verwaltungsgericht bereits bisher trotz des Verweises auf das Zivilprozessrecht weit weniger gegliedert und formalisiert ist als vor den Zivilgerichten (vgl. dazu *Kölz/Bosshart/Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 60 N. 6), weshalb sich insofern durch die flexiblere Verfahrensordnung gemäss dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung eher eine weitere Annäherung von Zivil- und Verwaltungsprozessrecht ergibt. Die Beibehaltung entsprechender Verweisungen in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen hätte auch den Vorteil, dass wichtige Neuerungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (z.B. Ermöglichung elektronischer Eingaben und Zustellungen) künftig auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren gelten würden. Überdies hätte die Verweisung auf einheitliches Schweizerisches Zivilprozessrecht – neben den entsprechenden bisherigen Einflüssen des Bundesverwaltungsrechts und -prozessrechts – eine zusätzliche Harmonisierungswirkung auf das kantonale Verwaltungsprozessrecht, was insbesondere deshalb zu begrüssen ist, weil einstweilen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für dieses Gebiet fehlt.

Während somit der Vorentwurf für eine neue Schweizerische Zivilprozessordnung aus der (beschränkten) Sicht des öffentlichen Rechts grundsätzlich zu begrüssen ist, soll noch auf einen Punkt hingewiesen werden, der im Interesse eines guten Zusammenspiels von Privatrecht und öffentlichem Recht verbessert werden könnte. In verschiedenen Bereichen, wo Privatrecht und öffentliches Recht eng miteinander verzahnt sind, besteht zum Teil ein Bedürfnis, den privatrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz im Interesse einer

besser koordinierten bzw. harmonisierten Rechtsanwendung zusammenzulegen. Teilweise haben die Kantone entsprechende Zusammenlegungen vorgenommen; in weiteren Bereichen werden sie von der Lehre postuliert (vgl. dazu *Arnold Marti*, Zusammenlegung von privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Rechtsschutz bei Verwaltungsjustizbehörden und Spezialgerichten, ZBl 2000, S. 169 ff., mit Hinweisen [insbesondere auf den Immissionsschutz, die Altlastensanierung, die Zusatzversicherungen in der Kranken- und Unfallversicherung, die Staatshaftung und den öffentlichen Dienst]). Solche Kompetenzzusammenfassungen (in der Regel bei einstufigen kantonalen Verwaltungs- oder Versicherungsgerichten) wären aufgrund des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr möglich, da Art. 3 des Vorentwurfs grundsätzlich ein zweistufiges kantonales Gerichtsverfahren vorschreibt. Ausnahmen sind nur für einzelne wenige Fälle (Art. 4 - 6) vorgesehen. Damit Kompetenzzusammenfassungen im Grenzbereich Privatrecht/öffentliches Recht weiterhin möglich sind, wird daher vorgeschlagen, für diese Fälle – ähnlich wie für die Handelsgerichte in Art. 5 – einen zusätzlichen Vorbehalt ins Gesetz aufzunehmen. Dieser könnte z.B. wie folgt lauten:

*Die Kantone können privatrechtliche Streitigkeiten, welche einen engen Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Fragen aufweisen, einem kantonalen Verwaltungs- oder Versicherungsgericht zur Entscheidung übertragen.*

*Die Entscheide dieser Instanzen einschliesslich jene über vorsorgliche Massnahmen können nicht mit Zivilrechtsmitteln an eine kantonale Instanz weitergezogen werden.*

Die Befugnis der Kantone, einem allfälligen Handelsgericht auch Verantwortlichkeitsklagen zuzuteilen (Art. 5 II), ist problematisch.

## Art. 6

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Streitwertgrenze liegt eher zu hoch.

BS: Die Möglichkeit einer Prorogation der sachlichen Zuständigkeit bei der oberen kantonalen Instanz ist grundsätzlich sinnvoll. Fraglich erscheint jedoch, ob diese Möglichkeit bereits bei einem Streitwert von Fr. 100'000.— eingeräumt werden soll. Bei dieser Regelung besteht die Gefahr, dass der unteren Instanz alle grösseren Fälle entzogen werden, die obere Instanz dagegen mit direkten Klagen überhäuft wird, was zu personellen Engpässen führen könnte. Es ist deshalb zu empfehlen, die Festsetzung des Mindeststreitwerts den Kantonen zu überlassen, die ohnehin besser in der Lage sind, eine ihrer Justizorganisation gerecht werdende Regelung zu treffen.

LU: Die Lösung mit einer direkten Klage bei der oberen Instanz ist abzulehnen. Einerseits können immer wieder auch Klagen mit einem Streitwert von über 100'000 Franken vor erster Instanz einer vergleichweisen Erledigung zugeführt werden. Andererseits wird lediglich ein kleiner Prozentsatz der gefällten Urteile an die obere kantonale Instanz weitergezogen. Artikel 6 VE-ZPO bedeutet eine Verkürzung des Rechtswegs und eine stärkere Belastung der oberen kantonalen Gerichte (z.B. für die vermehrte Durchführung von Instruktionen), ohne dass bei den häufig bereits überlasteten unteren Instanzen im Gegenzug Ressourcen frei würden. Im Übrigen ist unklar, ob auch Scheidungen mit güterrechtlichen Forderungen von über 100'000 Franken unter diese Bestimmung fallen

würden. Die obere kantonale Instanz soll, soweit das Bundesrecht nicht eine einzige kantonale Instanz vorschreibt, nur als Rechtsmittelinstanz tätig sein.

OW: Art. 6 sieht die Möglichkeit des Direktprozesses bei der obern Gerichtsstanz vor. Diese Lösung ist abzulehnen, da ihre Nachteile überwiegen. In der Bundesrechtspflege wurden die Direktprozesse vor Bundesgericht vor kurzem abgeschafft (Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 23. Juni 2000), weil sie zu einem wesentlichen Teil für die Überlastung des Bundesgerichts verantwortlich waren. Gegen die Möglichkeit der direkten Anrufung des Obergerichts in einer Zivilsache spricht zunächst einmal die unterschiedliche Arbeitsweise der erstinstanzlichen Gerichte und der Rechtsmittelinstanzen. Die erstinstanzlichen Gerichte haben in erster Linie den Sachverhalt zu ermitteln und die entsprechenden Beweise abzunehmen. Naturgemäss entwickeln sie in diesem Bereich eine grosse Routine. Demgegenüber haben Rechtsmittelinstanzen vornehmlich die Rechtsanwendung der untern Gerichte zu überprüfen, allfällige ungenügende Sachverhaltsermittlungen festzustellen und entsprechende Beweisergänzungen entweder anzuordnen oder selbst durchzuführen. Naturgemäss verfügen die obern Gerichte daher über eine grössere Erfahrung bei einer vertieften Analyse der Rechtslage. Schon aus diesem Grund ist es deshalb nicht sinnvoll, die obern Gerichte zu verhalten, Prozesse erstinstanzlich durchzuführen. Dies gilt umso mehr, als Direktprozesse nur bei einem grossen Streitwert von über Fr. 100 000.– vorgesehen sind. Die obern Gerichte hätten somit regelmässig die besonders schwierigen und aufwendigen Prozesse erstinstanzlich durchzuführen.

Hinzu kommt, dass die Personalplanung bei den Gerichten äusserst schwierig vorzunehmen wäre. Es könnte nämlich kaum abgeschätzt werden, in welchem Umfang die Parteien von der Möglichkeit der Direktprozesse bei der obern gerichtlichen Instanz Gebrauch machen würden. Auch wäre es möglich, dass – aus Zufall – in einem Jahr keine Direktprozesse zu führen wären, während in einem andern Jahr zahlreiche solche Prozesse durchzuführen wären. Die Gerichte stünden somit unter Umständen regelmässig vor der Situation, dass die genügenden personellen Ressourcen bei jener Instanz gegeben wären, welche sie gerade nicht in diesem Umfang benötigt.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Prinzip des doppelten Instanzenzugs, welches der ZPO zu Grunde liegt, auch den Sinn hat, schon im Verfahren vor den kantonalen Instanzen die groben Fehler in der Beurteilung auszumerzen. Da naturgemäss bei Prozessen vor erster Instanz die meisten Beurteilungsfehler vorkommen, würde durch solche Direktprozesse auch das Bundesgericht wieder vermehrt belastet, da es sich mit allen Beurteilungsfehlern der erstinstanzlich wirkenden obern Gerichte der Kantone zu befassen hätte.

SO: Die Möglichkeit der Direktklage beim Obergericht bei Streitwerten über 100'000 Franken wird begrüsst. Hier stellt sich die Frage, bis zu welchem Verfahrensstadium den Parteien eine derartige Prorogation offen steht.

TG: Im Unterschied zu anderen Gerichtsstandsvereinbarungen werden hier keine Formen vorausgesetzt. Wir fragen uns, ob dies gerechtfertigt ist. Im Interesse der Klarheit würden wir den Verweis auf die allgemeinen Formen der Prorogation begrüssen. Die in Abs. 1 dieser Bestimmung enthaltene Streitwertgrenze von Fr. 100'000.– liegt überdies eher zu hoch.

TI: Il progetto propone una soluzione differente rispetto a quella attuale (art. 302 CPC-Ti: tra i 100 e i 200'000.- fr. direttamente in appello con accordo delle parti, sopra i 200'000.- fr. senza accordo di una parte).

Il progetto prevede infatti sempre l'accordo delle parti, allo scopo di evitare che ad una parte possa essere imposta la perdita di un grado di giurisdizione (insita nella proposizione di una causa direttamente in appello).

In questo senso, la novità legislativa è senz'altro da approvare.

VS: La possibilité de proroger la compétence à raison de la matière auprès de l'instance cantonale n'est pas opportune; il ne semble pas optimal de prévoir que l'autorité judiciaire supérieure du canton fonctionne à la fois comme autorité de jugement (sur recours) et à la fois comme autorité d'instruction pour ce genre de procédure, ce qui signifie qu'elle s'équipe également en conséquence (secrétariat accoutumé à l'instruction).

ZG: Es soll den Kantonen überlassen werden, ob - und allenfalls ab welcher Streitwertgrenze - sie eine Regelung für eine direkte Klage bei einer oberen Instanz vorsehen wollen oder nicht.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die Festsetzung der Streitwertgrenze von mindestens 100'000 Franken ist vertiefter zu prüfen. Allenfalls ist die Festsetzung der Streitwertgrenze den Kantonen zu überlassen oder eher höher anzusetzen.

Grüne Partei: Die Grenze von CHF 100'000.- erscheint uns sehr hoch; wir befürworten analog zur Regelung in Art. 7 der heutigen ZPO-BE einen Betrag von CHF 50'000.- oder sogar darunter. Mit einer solchen Regelung könnte der ungleichen Arbeitsbelastung der einzelnen erstinstanzlichen Gerichte (im Verhältnis unter sich wie auch zur oberen kantonalen Instanz) besser Rechnung getragen werden, indem von einem überlasteten oder überforderten Gericht erster Instanz direkt an die obere Instanz "ausgewichen" werden kann.

LPS: L'article 6 empiète sur le droit cantonal, notamment pour le canton de Vaud qui connaît la double instance cantonale. Il conviendrait de rendre l'article 6 potestatif, comme l'est l'article 5.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Zu begrüßen. Allerdings erscheint der Mindeststreitwert von CHF 100'000 sehr hoch (zum Vergleich: Berufung ans Bundesgericht: CHF 8'000 bzw. inskünftig CHF 40'000 gem. Art. 70 E-BGG). Diese Höhe lässt sich kaum durch sachliche Gründe rechtfertigen. Die Begründung, es handle sich hierbei um eine ausserordentliche sachliche Zuständigkeit, erscheint nicht überzeugend. Eine Herabsetzung auf CHF 40'000 wäre zu begrüßen.

DJS: Die Möglichkeit, mit Zustimmung der Gegenpartei direkt bei der oberen Instanz zu klagen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Der Mindeststreitwert von Fr. 100'000.— ist hingegen zu hoch und sollte bei 50'000.— angesetzt werden.

DJZ: Die Möglichkeit, mit Zustimmung der Gegenpartei direkt bei der oberen Instanz zu klagen, ist zu begrüßen. Evtl. ist der Mindeststreitwert von Fr. 100'000.—, um von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, zu hoch.

FSA: Terminologie: la FSA approuve cette disposition sous réserve de l'utilisation du terme "instance" qui doit être remplacé par celui de "jurisdiction".

OGZH: Anders als bei anderen Gerichtsstandsvereinbarungen werden hier keine Formen vorausgesetzt. Wir fragen uns, ob das gerechtfertigt ist; im Interesse der Klarheit würden wir den Verweis auf die allgemeinen Formen der Prorogation begrüßen. Zur Frage, ob Einlassung möglich sein soll oder nicht, möchten wir uns nicht äussern. Je nachdem wäre es sinnvoll, auch auf VE 16 zu verweisen.

Die Streitwertgrenze von Fr. 100'000 scheint uns richtig. Es soll ein ausserordentliches Mittel bleiben.

Vorschlag für Abs. 1:

*Beträgt der Streitwert mindestens Fr. 100'000, so können die Parteien vereinbaren, dass die Angelegenheit direkt von einer oberen Instanz zu beurteilen ist. Art. 15 Abs. 2 und 3 [ev.: und Art. 16] gelten sinngemäss.*

In Abs. 2 erscheint uns "einschliesslich jene über vorsorgliche Massnahmen" entbehrlich.

SchKG-Vereinigung: Die Prorogation auf eine andere Instanz sollte im weiteren Umfange zugelassen werden. Insbesondere sollte es den Parteien möglich sein, zu vereinbaren, dass an Stelle des ordentlichen Verfahrens das vereinfachte Verfahren zum Zuge kommen soll.

Uni LA: Une possibilité de prétérition d'instance, pour utiliser la terminologie en usage notamment à Fribourg, permettant aux parties qui le souhaitent de porter directement devant une juridiction cantonale supérieure certains gros litiges, peut effectivement présenter un intérêt et nécessite un ancrage dans le CPC suisse, car il s'agit d'une dérogation à la règle imposant une double instance cantonale (art. 3 AP). Il s'agit cependant d'un empiètement sur l'organisation judiciaire cantonale que n'impose aucun impératif d'application uniforme du droit matériel. Il conviendrait dès lors que l'art. 6 ne prévoie cette possibilité que sous forme d'une latitude dont les cantons seraient libres d'user ou de ne pas user.

Art. 7

*Kantone / Cantons / Cantoni*

ZH: Der Vorentwurf übernimmt im Wesentlichen die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte aus dem erst kürzlich in Kraft getretenen Gerichtsstandsgesetz. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Ressourcenschonung unterstützen wir dieses Vorgehen grundsätzlich. Indessen wurden die Kritik und die Hinweise de lege ferenda, die in den zahlreichen wissenschaftlichen Arbeiten zum Gerichtsstandsgesetz enthalten sind, unseres Erachtens zu wenig berücksichtigt. Wir verweisen hier beispielsweise auf das Fehlen einer Gerichtsstandsnorm für Fälle, wo eine beklagte Partei weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. Basler Kommentar zum GestG, Art. 4 N. 14 ff.; für andere Fälle vgl. dort Art. 14 N. 7 und Art. 14 N. 11 sowie Homburger Kommentar zum GestG, Art. 9 N. 125). Die Stellungnahme des Zürcher Anwaltsverbandes verdient unter diesem Gesichtspunkt besondere Beachtung.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: Nous approuvons la solution retenue dans l'avant-projet consistant à reprendre, en principe, les règles de la loi fédérale sur les fors. Il s'agit d'une législation récente qui peut être intégrée dans la LPC.

Uni BE: Abs. 2: überflüssig, da tautologisch.

Uni LA: Ces dispositions reprennent pour l'essentiel la LFors, le commentaire expliquant à cet égard que la commission d'experts a choisi de n'y apporter que des modifications exceptionnelles. Cela ne l'a pas empêchée toutefois d'introduire à l'art. 27 AP un for au lieu d'exécution du contrat, qui était certes réclamé par une partie importante de la doctrine, mais qui avait été expressément refusé par le parlement et qui réduit à pratiquement rien la garantie constitutionnelle de l'art. 30 al. 2 Cst. Tant qu'à faire, on s'étonne dès lors qu'il n'ait pas été tenu compte des autres critiques formulées, notamment s'agissant de la juridiction gracieuse, en particulier sur les points suivants:

### *a) Non-exhaustivité de l'AP*

La présence de règles de fors dans les lois de droit matériel a été maintenue après l'entrée en vigueur de la LFors. Elle est largement controversée en doctrine, certains auteurs soutenant que la loi spéciale est la LFors et qu'elle déroge à la loi générale antérieure (qui serait la loi de droit matériel contenant encore la règle de for) (C. SPÜHLER, *Kommentar*, Bâle 2001, *op. cit.*, n° 4 ad 11 p. 123; Y. DONZALLAZ, *Commentaire de la LFors*, Berne 2001, n° 36 p. 84-85), alors que la majorité des auteurs est de l'avis que le for spécial de la loi de droit matériel est une loi antérieure spéciale qui déroge à la loi générale postérieure, soit l'art. 11 LFors (N. VON WERDT, *Kommentar*, *op. cit.*, n° 20 ad 11 p. 79; M. WIRTH, *Kommentar*, *op. cit.*, n° 43 ad 11 p. 276-277; D. PIOTET, *op. cit.*, 2001, p. 69; F. DASSER, in *Kommentar*, Zurich 2001, *op. cit.*, n° 45 ad 1<sup>er</sup> p. 45).

Les incertitudes nées de cette bévue législative doivent prendre fin: la liste des fors des lois spéciales doit être transposée expressément dans l'AP, car ils sont bien mieux adaptés aux institutions de droit matériel qu'il convient d'appliquer que l'art. 17 AP (11 LFors).

### *b) Inadaptation du for général en matière gracieuse (art. 17 AP = 11 LFors)*

Alors qu'il a réuni l'unanimité des critiques contre lui (N. VON WERDT, *op. cit.*, n° 47 ad 11 p. 83; Y. DONZALLAZ, *op. cit.*, n° 5 ad 11 p. 381 ss et n° 18 ss p. 386 ss; M. WIRTH, *op. cit.*, n° 28 ad 11, p. 271; J. HALDY, *Das GStG – LFors*, SWR Bd. 2, Berne 2001, p. 33; D. PIOTET, *op. cit.*, 2001, p. 74-82 avec des exemples d'inadéquation), la commission d'experts n'envisage, de façon assez extraordinaire, aucune modification du système de l'art. 11 LFors transposé purement et simplement à l'art. 17 AP.

Il est désormais temps de conférer à la consignation judiciaire (qui ne peut être une prétention de nature contentieuse), à celle du loyer, aux actes gracieux du droit des sociétés et à tous les actes touchant des droits réels, un autre for que celui du domicile du requérant. C'est l'occasion également de reprendre les règles de fors encore restées en vigueur dans les lois de droit matériel spéciales, qui encore une fois paraissent parfaitement justifiées, comme celles que la pratique et la jurisprudence ont pu dégager avant l'entrée en vigueur de la

LFors (p. ex. le lieu de situation de l'ouvrage pour l'expertise de l'art. 367 al. 2 CO).

*c) For des mesures provisionnelles (art 11 AP = 33 LFors)*

Le choix, intervenu lors de la discussion de la LFors devant le parlement, d'autoriser les parties à requérir des mesures provisionnelles devant le juge du lieu d'exécution même lorsqu'un procès est déjà pendant ailleurs en Suisse n'est guère heureux. Il devrait être réexaminé. A tout le moins faudrait-il exclure le for du lieu d'exécution des mesures provisionnelles dans certaines procédures, comme les affaires matrimoniales. Est-il par ex. conforme à une saine justice que le conjoint auquel le juge du divorce n'a pas accordé la garde d'un enfant pendant la litispendance puisse profiter d'un séjour de cet enfant à l'occasion d'un droit de visite pour tenter d'obtenir d'un autre juge une réglementation différente (cf. D. TAPPY/D. PIOTET, *op. cit.*, pp. 69 s.) ?

Uni NE: Quant à la compétence à raison du lieu, la réglementation proposée surprend. La commission d'experts part en effet du texte actuel de la loi sur les fors, pour le modifier à sa guise, sur tel ou tel point. Cette loi, qui a été abondamment commentée, suscite de très nombreuses interrogations et pourrait être améliorée à de nombreux égards. Or les modifications proposées le sont au coup par coup, sans que l'on ait le sentiment que la commission ait procédé à un examen approfondi de cette réglementation. Les modifications de "forme" apportées suscitent parfois de nouvelles interrogations, et celles de fond sont souvent contestables, en particulier la réintroduction du for du lieu d'exécution, clairement rejeté par les chambres, ou la possibilité de l'acceptation tacite dans les domaines sociaux, ce qui va totalement à l'encontre du système qui vient d'être mis en place et qui remet en cause la protection nécessaire dans ces domaines.

Uni ZH: Art. 7-42: Die Gelegenheit sollte benützt werden, die von der Lehre und Rechtsprechung bereits erkannten Schwächen des Gerichtsstandsgesetzes zu korrigieren.

Art. 8

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Bei der vorgeschlagenen Formulierung besteht das Risiko, dass z.B. bei einer (theoretischen) Zusammenlegung der Amtsgerichte Luzern-Stadt und Luzern-Land und einer anschliessenden Verlegung in die Agglomeration die ZPO-Widrigkeit festgestellt werden müsste. Wir schlagen deshalb vor, diese Bestimmung wie folgt zu ändern:

*d. für Klagen gegen einen Kanton ein Gericht, das für eingereichte Klagen im Kantonshauptort zuständig ist.*

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Gegenüber dem GestG neu eingefügt wurde eine Gerichtsstandsregelung für Klagen gegen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Klagen gegen Kantone. Durch diese Regelung wird festgehalten, dass auch in diesen Fällen der Sitzgerichtsstand zur Anwendung gelangt. Es ist zu begrüssen, dass damit die im GestG bestehenden Lücken geschlossen werden.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Örtliche Zuständigkeit: Die Zahl der Spezialgerichtsstände ist für ein kleines Land wie die Schweiz mit einheitlichem Privatrecht, einheitlichem Verfahrensrecht und vorzüglich ausgebauten Verkehrsverbindungen viel zu gross. Spezialgerichtsstände sollen die Ausnahme bilden zu dem in Art. 30 Abs. 2 Satz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerten Grundrecht einer jeden Person auf Beurteilung einer Zivilklage durch das Gericht an ihrem Wohnsitz (Art. 30 Abs. 2 Satz 2). Das Gerichtsstandsgesetz, das nun mehr oder weniger unverändert in die ZPO übernommen werden soll, wurde unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1874 vorbereitet, deren Art. 59 die Grenzen der Zivilgerichtsbarkeit noch auf staatspolitischer Grundlage beantwortete (vgl. dazu ERNEST ROGUIN, *L'article 59 des la Constitution Fédérale. Etude critique de la jurisprudence du tribunal fédéral*, Lausanne 1880, S 5-9; HANS ULRICH WALDER, *Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Sicht* ZJP 103/1990 S. 322-349; ADRIAN STAEHELIN, *Aufstieg und Niedergang der Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV*, in: *Etudes de procédure et d'arbitrage, en honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, S. 257-276). Der Gesetzgeber ging bei dieser Aufgabe, wie vorher bei Erlass der in das Privatrecht verstreuten Gerichtsstandsbestimmungen, von der Annahme aus, Art. 59 aBV als Abgrenzungsnorm bezüglich der Gerichtsbarkeit richte sich nur an die Kantone (zu der dazu bei Erlass des nunmehr durch Art. 29 GestG ersetzten Art. 761 OR in beiden Kammern der Bundesversammlung ausgetragenen Kontroverse vgl. HANS ULRICH WALDER, *Zur Geschichte der Zuständigkeitsbestimmungen im OR*, in: HANS PETER/EMIL W. STARK UND PIERRE TERCIER (Hrsg.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, Freiburg Schweiz 1982, S. 179-199). Das ist jetzt, selbst wenn es so war, nicht mehr der Fall, denn Art. 30 Abs. 2 über die örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen steht im 1. Kapitel zum 2. Titel der Bundesverfassung, richtet sich an den Bundesgesetzgeber und verlangt von ihm die Berücksichtigung eines Grundrechts. Darüber kann nun die Gesetzgebung nicht leichtfertig hinweggehen aus irgendwelchen praktischen Gründen oder weil man ein bestimmter Gerichtsstand in eine "moderne" Zivilprozessordnung gehöre (die Aufrechterhaltung der "Gerichtsstandsgarantie" in dieser Form war denn auch ein Argument für die Annahme der Bundesverfassung vom 18. April 1999 durch Volk und Stände. Besonders wurde darauf hingewiesen, dass sie nicht, wie in Art. 59 aBV lediglich für persönliche Ansprachen, sondern für alle Zivilklagen gelte (vgl. dazu RETO ANDREA SURBER in: KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), *Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) mit Kommentierung von Art. 30 Abs. 2 BV*, Basel/Genf/München 2001, N 16 zu Art. 30 Abs. 2 BV. Umso erstaunlicher ist es, dass die neue Verfassungsbestimmung im Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission nicht mit einem Wort erwähnt wird; vgl. dazu HANS ULRICH WALDER,-RICHLI, *Modernes Gerichtsstandsrecht?* in: *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds*, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 149-161; Bericht der Expertenkommission zu Art. 27 VE, S. 28 oben.

Immerhin lässt Art. 30 Abs. 2 Satz 2 BV Ausnahmen vom genannten Grundrecht zu. Bei Auslegung dieser Bestimmung bilden jene Gerichtsstände des kantonalen Rechts, welche nach der Bundesgerichtspraxis zu Art. 59 aBV

zulässig waren, einen nützlichen Anhaltspunkt, aber nicht mehr. Es handelt sich primär um:

- den Gerichtsstand am Aufenthaltsort (Art. 9 VE);
- den Gerichtsstand am Ort der Niederlassung (Art. 10 VE);
- den Gerichtsstand am Ort der konnexen Widerklage (Art. 12 VE);
- den Gerichtsstand am Ort der Vereinbarung (Art. 15 und 16 VE).

Unter dem Gesichtspunkt von Art. 30 Abs. 2 BV bereits zweifelhaft, aber seit langem im Bundesrecht verankert und durch jahrzehntelangen Gebrauch eingebürgert sind:

- der Gerichtsstand für Klagen aus Motorfahrzeug- oder Fahrradunfällen (Art. 34 VE);
- der Gerichtsstand für Klagen aus Verantwortlichkeit der Organe von Kapitalgesellschaften (Art. 37 VE).

Nicht von Art. 59 aBV betroffen, aber auch von der Materie her als Ausnahmen zu Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV durchaus haltbar sind:

- der Gerichtsstand für Klagen aus Erbrecht (Art. 24 Abs. 1 und 2 VE);
- der Gerichtsstand für Klagen betreffend dingliche Rechte an Grundstücken (Art. 25 Abs. 1 VE);
- der Gerichtsstand für besondere Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (Art. 17-19, 24 Abs. 3, 39 - 41 VE).

Abzulehnen sind demgegenüber insbesondere:

- der Gerichtsstand am Erfüllungsort (Art. 27 VE);
- das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll (Art. 11 lit. b VE);
- der Gerichtsstand am Ort der Klagenhäufung (Art. 13 VE);
- der Gerichtsstand am Ort der "Hauptprozesses" bei Streitverkündung mit Klage (Art. 14 VE; statt "Hauptprozess" müsste es übrigens heissen "Erstprozess": Mindestens für die streitberufene Partei ist der von ihr zu führende Prozess durchaus kein "Nebenprozess").

Zumindest fragwürdig, wenn auch gedeckt durch die Bundesgerichtspraxis zu Art. 59 aBV, weil nicht eine persönliche Ansprache betreffend (er findet sich denn auch im Vorentwurf unter dem Abschnitt "Sachenrecht", obwohl es bei einem Streit über den Bestand der Forderung gar nicht um Sachenrecht geht), ist der (fakultative) Gerichtsstand für Forderungen, die durch Fahrnispfand gesichert sind (Art. 26 Abs. 1 VE), am Ort der gelegenen Sache. Warum aber soll jener Schuldner, der für sein Darlehen eine Sicherheit geleistet hat, bezüglich des Grundrechts von Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV schlechter gestellt sein als jener, der einen Blankokredit erhielt (man könnte, um ein derzeit beliebtes Modewort zu zitieren, auch gleich sagen, er werde im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV diskriminiert)?

Nicht in den Vorentwurf aufgenommen wurde die Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit, ein Institut, das sich gerade bei vereinheitlichtem Zivilprozessrecht als höchst nützlich zu erweisen vermöchte und hilfreicher wäre als die Prozessüberweisung nach Art. 167 VE.

## Art. 9

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Es fehlt ein Gerichtsstand bei Personen ohne bekanntem Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthaltsort. Dies verstösst gegen die Justizgewährungspflicht. Es ist deshalb ein neuer Abs. 3 einzufügen.

<sup>3</sup> *Hat die beklagte Partei keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort, ist das Gericht an ihrem jeweiligen Aufenthaltsort oder, wenn dieser unbekannt ist, an ihrem letzten bekannten Aufenthaltsort zuständig.*

GGD ZH: Es fehlt ein Gerichtsstand, wenn die beklagte Person weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat. Damit wird der Justizgewährleistungsanspruch verletzt, vgl. BSK-GestG Art. 4 N 14 ff. Der Gesetzgeber des GestG und – ihm folgend – die Verfasser des Vorentwurfs orientierten sich am IPRG. Anders als beim IPRG besteht hier aber keine Notzuständigkeit i.S.v. Art. 3 IPRG.

Art. 9 Aufenthaltsort

<sup>3</sup> *Hat die beklagte Person keinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist das Gericht am jeweiligen Aufenthaltsort oder, wenn dieser unbekannt ist, an ihrem letzten bekannten Aufenthaltsort zuständig.*

OGZH: Wie schon das GestG enthält der VE eine Lücke für den Fall, dass der Beklagte keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Zweckmässigerweise wird man dann auf den letzten bekannten Aufenthalt abstellen (vgl. Spühler/Tenchio/Infanger, N. 14 - 17 zu GestG 4). Das mag in der Botschaft klargestellt werden; andernfalls käme auch eine ausdrückliche Regelung in Frage, etwa analog IPRG 3 (Notzuständigkeit am Ort des Zusammenhanges).

Uni ZH: Es fehlt ein Gerichtsstand bei Personen ohne bekanntem Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthaltsort. Dies verstösst gegen die Justizgewährungspflicht. Es ist deshalb ein subsidiärer Gerichtsstand am letzten bekannten Aufenthaltsort vorzusehen.

## Art. 10

## Art. 11

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Zuständigkeit des Gerichts am Ort, an dem die vorsorgliche Massnahme vollstreckt werden soll, eignet sich nicht für eherechtliche Sachen, insbesondere Scheidungsverfahren. Dadurch könnten gegebenenfalls isolierte Massnahmen an verschiedenen Gerichtsständen verlangt werden. Vorsorgliche Massnahmen in solchen Verfahren kommen meist als ganzes Bündel verschiedener, aufeinander abgestimmter Anträge (Zuteilung der Obhut der Kinder, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge Kind und Ehegatte etc.) daher. Sie sollten vom Sachrichter beurteilt werden. Daher die vorgeschlagene Lösung. De lege lata wird postuliert, der Gerichtsstand am Ort der Vollstreckung stehe für Regelungsmassnahmen nicht zur Verfügung (Naegeli und Dietrich, in Müller/Wirth, Gerichtsstandsgesetz, Art. 15 N 22 f. bzw. Art. 33 N 95). In der neuen CH-ZPO sollte dies klargestellt werden. Es ist deshalb folgender Abs. 2 einzufügen:

*Die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen in eherechtlichen Verfahren richtet sich nach Art. 20 Abs. 1.*

Art. 12

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: L'art. 12 CPCF non menziona il presupposto materiale della connessione materiale (indicato invece all'art. 6 LFori), siccome gli stessi sono regolamentati all'art. 80 CPCF.

Art. 13

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: +/- = art. 8 LFori: la riserva del diritto cantonale, prevista nella LFori decade, siccome il CPCF prevede - appunto a livello federale - l'istituto dell'azione di chiamata in causa.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGE ZH: Es fehlt die Regelung des Gerichtsstandes bei notwendiger aktiver Streitgenossenschaft.

Art. 13 Klagenhäufung

<sup>3</sup> *Klagen mehrere Personen in notwendiger Streitgenossenschaft, ist jedes Gericht zuständig, das für die Klage einer dieser Personen zuständig wäre.*

Art. 14

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir verweisen auf unsere kritischen Ausführungen zu Art. 71.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Diese Bestimmung sollte gestrichen werden – wir verweisen dazu auf unsere nachfolgenden Ausführungen zu Art. 71.

FRC: Pour la FRC, l'article 14 devrait réserver la question des fors impératifs de l'article 31.

Art. 15

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Im Hinblick auf den Inhalt einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung ist zu prüfen, ob tatsächlich eine von beiden Parteien unterzeichnete Vereinbarung erforderlich ist, oder ob nicht vielmehr eine schriftliche Bestätigung derjenigen Partei genügt, die auf ihren ordentlichen Gerichtsstand verzichtet.

TI: Cpv. 2: Il CPCF ha eliminato gli esempi previsti dalla LFori sub lit. a): "telex, facsimile, posta elettronica, ecc.), ma il rapporto della commissione di esperti conferma che questi mezzi di trasmissione rientrano sempre nella norma.

Ci si può dunque chiedere il perché della loro eliminazione, quando si pensa che esiste a tutt'oggi una diatriba dottrinale e giurisprudenziale (il TF ha lasciato aperta la questione in DTF 121 II 255 cons. 3 in fine) sul quesito a sapere se la forma scritta comprenda - in tema contrattuale - la firma autografa.

Si suggerisce pertanto di riproporre nel CPCF gli esempi già illustrati nella LFori.

Cpv. 4: I motivi per declinare la competenza sono stati ampliati rispetto alla LForo, che prevede l'insufficiente "nesso territoriale o materiale con il foro pattuito". E' stato appunto eliminato il "territoriale o materiale", soprattutto per salvare la prassi zurighese (ZR 96 n. 53).

Il rischio è - naturalmente - quello di aprire la porta ai più variegati motivi per rifiutare la giurisdizione, nel solco di un'applicazione "à la Suisse" della nota teoria anglosassone del "forum non conveniens".

Crediamo che ciò debba essere evitato, proprio per non incorrere in eccessi di latitudine da parte delle autorità giudicanti, a scapi della necessaria sicurezza del diritto. Si propone pertanto di introdurre, come nella LFori il "nesso territoriale o materiale con il foro pattuito".

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Zur Klarstellung und um das Gesetz auch für NichtjuristInnen möglichst lesbar zu machen, finden wir es sinnvoll, an dieser Stelle gleich wie in Art. 9 GestG die Einschränkung "*Soweit es dieses Gesetz nicht anders vorsieht*" hinzuzufügen.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Diese Bestimmung dürfte aus verschiedenen Gründen problematisch sein: *Erstens* räumt sie den Gerichten mit dieser offenen Formulierung der Ablehnungsgründe ein grosses Ermessen bezüglich der Ablehnungsbefugnis ein. Das Gericht muss zwar im Rahmen des sachgemässen Ermessens handeln. Die Gefahr besteht jedoch, dass ein Gericht seine Zuständigkeit aus sachfremden Überlegungen ablehnt. *Zweitens* ist zu vermerken, dass im allgemeinen internationalen Verhältnis das Gericht seine Zuständigkeit gemäss Art. 5 Abs. 3 IPR sowie gemäss Art. 2 Abs. 2 BZP nur unter einschränkenden Voraussetzungen ablehnen darf. Im eurointernationalen Verhältnis steht den gültig prozessierten Gerichten der Vertragsstaaten keine Ablehnungsbefugnis zu. Es scheinen keine Gründe ersichtlich, weshalb in Binnenrechtsverhältnissen eine so weitgehende Ablehnungsbefugnis eingeführt werden soll; schweizerische Parteien würden dadurch benachteiligt. *Drittens* erscheint es unter Abwägung der betroffenen Interessen und Grundsätze (namentlich Parteiautonomie und Gerichtsgarantie) nicht gerechtfertigt, dem Gericht eine so weitgehende Ablehnungskompetenz einzuräumen. Das Gericht sollte, wie bisher seine Zuständigkeit nur ablehnen dürfen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist (vgl. Art. 9 Abs. 3 GestG).

AVLU: Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung muss die Vereinbarung eines Gerichtsstandes schriftlich erfolgen. Hier stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf den Inhalt einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung tatsächlich eine von beiden Parteien unterzeichnete Vereinbarung erforderlich ist, oder ob nicht vielmehr eine schriftliche Bestätigung derjenigen Partei, die auf ihren ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, genügt.

AVZH: Abs. 1-3: Einverstanden. Die Präzisierung in Abs. 3 lit. b gegenüber dem GestG wird begrüsst.

Abs. 4 streichen (vgl. einhellige Kritik am entsprechenden Art. 9 Abs. 3 GestG in der Lehre). Ein Ermessen des prorogierten Gerichts verhindert entgegen dem international üblichen Standard faktisch die Wahl eines neutralen oder für den konkreten Fall besonders geeigneten Gerichts. Abs. 4 führt ferner zu einer Inländerdiskriminierung (vgl. LugÜ 17 und IPRG 5, die eine Pflicht des prorogierten Gerichts zur Annahme des Falles statuieren, bei IPRG 5 zumindest soweit Schweizer Recht anwendbar ist).

KassZH: Hier sollte in Absatz 4 auf jeden Fall eine Frist bzw. ein Zeitpunkt genannt werden, bis zu welchem das Gericht spätestens seine Zuständigkeit ablehnen kann. Es wäre (namentlich unter dem Aspekt des Kostenrisikos) stossend, wenn - wie dies zuweilen der Fall ist - ein Gericht zunächst den vollständigen Schriftenwechsel durchführt und erst dann die Annahme der Klage ablehnt. Ob ein Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand gegeben ist oder nicht, lässt sich in aller Regel der Klagebegründung entnehmen; eine Ablehnung sollte daher ergehen, bevor das Gericht den Beklagten zur materiellen Beantwortung der Klage auffordert. Eine solche Regelung stünde auch mit Art. 55 VE (Prüfung der Prozessvoraussetzungen) im Einklang.

SchKG-Vereinigung: Die Möglichkeit, dass das prorogierte Gericht seine Zuständigkeit ablehnen kann, ist grundsätzlich problematisch.

Uni BE: Eine Angleichung an die internationalen Standards betreffend *Gerichtsstandsvereinbarung* gemäss Art. 17 LugÜ wäre anzustreben, zumindest jedoch eine Angleichung an das GestG.

Abs. 2 und 3 in einem Satz zusammenziehen.

Uni ZH: Ein Ermessen des prorogierten Gerichts im Sinne von Abs. 4 verhindert entgegen dem international üblichen Standard faktisch die Wahl eines neutralen oder für den konkreten Fall besonders geeigneten Gerichts. Abs. 4 führt ferner zu einer Inländerdiskriminierung (vgl. LugÜ 17 und IPRG 5, die eine Pflicht des prorogierten Gerichts zur Annahme des Falles statuieren, bei IPRG 5 zumindest soweit Schweizer Recht anwendbar ist). Er ist deshalb zu streichen.

Art. 16

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Aus dem Wortlaut der Bestimmung ist klar, dass das Erscheinen und auch die Stellungnahme vor einer unzuständigen Schlichtungsbehörde noch nicht als Einlassung gilt. Das ist zu unterstützen.

NE: Il y a une contradiction entre la règle d'acceptation tacite du for (art. 16) et l'examen d'office de la compétence du tribunal (art. 55), y compris à raison du lieu (art. 54 litt. b).

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es hier drängt sich der einschränkende Zusatz "*Soweit es dieses Gesetz nicht anders vorsieht*" im Gesetzestext auf. Zur Begründung verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Art. 31.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

- AKBS: Die Streichung des Zusatzes "soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht" (gegenüber Art. 10 GestG) führt dazu, dass die Einlassung auch in Materien des sozialen Zivilprozesses (Mietrecht, Arbeitsrecht, Konsumentenschutzrecht) möglich sein soll (vgl. Art. 31 E-ZPO). Es handelt sich dabei um eine Abschwächung des Sozialschutzes. Es ist zu fragen, ob es der beklagten Partei entgegenkommt, wenn sie sich auch in Materien des sozialen Zivilprozesses auf einen Prozess vor einem ursprünglich unzuständigen Gericht einlassen kann.
- ASI: Acceptez-vous la dérogation à la loi fédérale sur les fors proposée à l'article 16 al. 1 de l'avant-projet ? (acceptation tacite également pour les procès sociaux)
- In ogni caso siamo dell'avviso che l'incidenza di tale norma per i casi concernenti il diritto di locazione sarà piuttosto limitata, soprattutto a causa dell'art. 31 nuovo progetto di legge (rinuncia ai fori legali).
- ASLOCA: Nous nous opposons à l'acceptation tacite pour les procès sociaux. Nous proposons en conséquence principalement de biffer l'article 16 al. 1. Subsidiatement, nous sommes d'avis moins que les fors impératifs de l'article 31 doivent être réservés. (voir nos remarques à l'article 31).
- AVLU: Aus dem Gesetz sollte sich klar ergeben, dass das Erscheinen vor einer unzuständigen Schlichtungsbehörde noch nicht als Einlassung gilt. Es muss genügen, wenn die Einrede der fehlenden Zuständigkeit spätestens in der Klageantwort erhoben wird. Art. 16 Abs. 1 ist daher wie folgt zu formulieren:
- <sup>1</sup> *Das angerufene Gericht wird zuständig, wenn sich die beklagte Partei in der Klageantwort ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert.*
- AVZH: Der Verzicht auf das Verbot einer Einlassung bei teilzwingenden Gerichtsständen wird begrüsst. Nicht klar ist, ob eine Einlassung neu auch bei den diversen zwingenden Gerichtsständen zulässig sein soll.
- FRC: Pour la FRC, cette disposition devrait réserver les fors impératifs de l'article 31 (pour le surplus, voir les remarques faites à cet article).
- KassZH: Betreffend Absatz 2 gilt sinngemäss das zu Art. 15 Gesagte. Das Gericht hat die Zuständigkeit unmittelbar nach erfolgter Einlassung des Beklagten zu prüfen und dann über Annahme bzw. Ablehnung der Klage zu entscheiden, was im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden sollte.
- santésuisse: Wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert, wird das angerufene Gericht automatisch zuständig. Im Gegensatz zu Art. 21 GestG war dies bisher in den Materien des Sozialprozesses (Arbeits-, Familien-, und Mietrecht) nicht möglich. Vgl. Art. 31.
- Einlassung soll in Sozialprozessen nicht zulässig sein.
- Gerade nicht anwaltlich vertretene Beklagte könnten so relativ leicht und vor allem ungewollt auf Ihre Rechte verzichten.
- Uni BE: Auf einen Absatz (als zweiletzter von Art. 15) reduzieren: "Die vorbehaltlose Äusserung zur Sache ohne Erhebung der Einrede der Unzuständigkeit kommt einer Gerichtsstandsvereinbarung gleich".

## Art. 17

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die analoge Bestimmung von Art. 11 GestG hat sich in Einzelfällen als problematisch erwiesen (vgl. z.B. Sonderprüfungsverfahren bei der Swissair). Es drängt sich die Einfügung einer ergänzenden Regelung auf, die entweder bei Art. 17 oder bei den entsprechenden besonderen Gerichtsstandsregeln einzufügen ist (vgl. nachfolgend zu Art. 37).

DJZ: neuer Art. 17a

Es fehlt der Gerichtsstand am Wohnsitz einer der Parteien für Klagen aus Persönlichkeitsverletzungen und aus Datenschutz, wie ihn Art. 12 GestG und zuvor Art. 28b ZGB enthielt.

GGD ZH: Art. 17-19, 23, 24 Abs. 3, 39 und 40

Bei sämtlichen dieser Bestimmungen geht es um Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die entsprechenden Gerichtsstände sind schon von ihrer Natur her zwingend; eine Einlassung oder Prorogation ist mangels Gegenpartei nicht möglich. Indessen sind nur die Gerichtsstände von Art. 18 und 19 ausdrücklich als zwingend bezeichnet. Hier drängt sich eine redaktionelle Vereinheitlichung auf. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte der zwingende Charakter bei allen aufgeführten Gesetzesbestimmungen explizit erwähnt werden.

Zu Art. 17: Der Vorentwurf spricht in der Regel von der Klage, meint sinngemäss aber auch Gesuche im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dies sollte hier klar gestellt werden.

Art. 17 Freiwillige Gerichtsbarkeit

<sup>2</sup> *Soweit dieses Gesetz von einer Klage spricht, gelten die Bestimmungen sinngemäss auch für Gesuche der freiwilligen Gerichtsbarkeit.*

## Art. 18

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Antrag: Die Gerichtsstandsregelung gemäss Art. 12 Gerichtsstandsgesetz ist hier aufzunehmen. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Bestimmung nicht in den Entwurf übernommen wurde. Sollte dennoch davon abgesehen werden, müsste dies in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung begründet werden.

ZG: Der besondere Gerichtsstand für Persönlichkeits- und Datenschutz gemäss Art. 12 GestG fehlt und sollte aufgenommen werden.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Vor Art. 18 (2. Abschnitt: Personenrecht): Wir vermissen an dieser Stelle eine zu Art. 12 GestG analoge Bestimmung (Gerichtsstand für Klagen aus Persönlichkeits- und Datenschutz). Eine solche scheint uns jedoch unerlässlich. Handelt es sich hier um ein Versehen?

LPS: L'article 18 prévoit un for impératif alors que rien n'est mentionné à l'article 24. Il y aurait lieu d'unifier la rédaction.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: D'abord, l'avant-projet comporte une lacune en tant qu'il n'a pas repris l'article 12 LFors. Cela doit résulter d'une inadvertance. Nous proposons, dès lors, d'introduire un nouvel article ayant le contenu suivant:

*Article X      Protection de la personnalité et protection des données*

*Le tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties est compétent pour connaître:*

- *des actions fondées sur une atteinte à la personnalité;*
- *des actions en exécution du droit de réponse;*
- *des actions en protection du nom et en contestation d'un changement de nom;*
- *des actions et requêtes fondées sur l'art. 15 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données.*

OGZH: Vor VE Art. 18 f. Personenrecht: Das GestG enthält unter diesem Titel eine Bestimmung für Klagen und Begehren nach Art. 15 DSG. Das kann auch mit den allgemeinen Gerichtsständen geregelt werden, doch wäre klar zu stellen, ob diese Lösung gewollt ist.

SVZst: Für Gesuche um Verschollenerklärung *und deren Aufhebung* ist das Gericht am letzten bekannten Wohnsitz der verschwundenen Person zwingend zuständig.

Wir haben wiederholt die Feststellung machen müssen, dass dem Gerichtspersonal nicht bekannt ist, dass Verschollenerklärungen nicht einfach dahin fallen, wenn die verschollen erklärte Person wieder auftaucht oder die Tatsache und der Zeitpunkt ihres Todes bekannt werden, sondern dass es einer gerichtlichen Aufhebung der Verschollenerklärung bedarf (BSK ZGB I-CATERINA NÄGELI, Art. 38 N 12; Art. 130 Abs. 1 Ziff. 3 ZStV).

### Art. 19

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Fraglich ist, ob in Art. 19 des Vorentwurfs ZPO die "Berichtigung" einer Eintragung gemeint ist oder eine "Bereinigung" gemäss Randtitel von Art. 42 ZGB, nachdem Art. 259 des Vorentwurfs ZPO von "Bereinigung" spricht. Unseres Erachtens sollte hier zudem eine Klammerverweisung auf Art. 42 ZGB erfolgen.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Im Marginal und im Wortlaut ist – aus dem GestG übernommen - von der *Berichtigung* des Zivilstandsregisters die Rede. Der zugrunde liegende Art. 42 ZGB trägt inzwischen aber das Marginal "Bereinigung", umfassend die Eintragung streitiger Angaben und die Berichtigung und Löschung (vgl. BSK-GestG, Art. 14 N. 11). Das Marginal sollte der Terminologie des ZGB angepasst werden.

Der entsprechende Art. 14 GestG wird durch den Passus "und Klagen" ergänzt. Wenn damit nur eine sprachliche Anlehnung an den zugrunde liegenden Art. 42 ZGB beabsichtigt ist, wo von "Klage" die Rede ist, so ist die Ergänzung entbehrlich. Denn der VE spricht zurecht auch in den übrigen Fällen der nichtstrei-

tigen Gerichtsbarkeit nur von Gesuchen. Wenn mit der Ergänzung aber zum Ausdruck gebracht werden soll, dass auch eine mit einem Bereinigungsbegehren verbundene Statusklage unter VE 19 fallen soll, so würde damit eine unzweckmässige Rechtsauffassung zementiert (vgl. Homburger Kommentar zum GestG, Art. 14 N. 19; BSK-GestG Art. 14 N. 7). Auf die Ergänzung "und Klagen" sollte deshalb verzichtet werden.

Art. 19 *Bereinigung* des Zivilstandsregisters

Für Gesuche ~~und Klagen~~ auf *Bereinigung* des Zivilstandsregisters ist das Gericht am Ort des Registers zwingend zuständig.

SVZst: Für Gesuche und Klagen auf Berichtigung des Zivilstandsregisters ist das Gericht zuständig, *wo der zu berichtende Geschäftsfall abgeschlossen wurde*.

Die Zivilstandsregister werden ab dem 6. Dezember 2004 nur noch elektronisch geführt (Art. 39 Abs. 1 ZGB, Fassung vom 05.10.2001). Der Bund betreibt zu diesem Zweck für die Kantone eine zentrale Datenbank (Art. 45a Abs. 1 ZGB, Fassung vom 05.10.2001). Es ist wohl kaum die Meinung des Gesetzgebers, dass alle Berichtigungsverfahren am Ort, wo die zentrale Datenbank geführt wird (zur Zeit Zollikofen), durchgeführt werden müssen.

Art. 20

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il progetto ha rinunciato alla catalogazione delle cause di diritto matrimoniale previste nella LForo, optando per la formula generale di: "istanze e azioni di diritto matrimoniale". Ciò allo scopo di evitare di incorrere in possibili lacune.

E' auspicabile di introdurre nel CPCF il catalogo della LForo a titolo esemplificativo, così da superare quest'ultimo ostacolo e di avere, d'altro canto, delle esemplificazione di cosa la legge intenda sotto "istanze a azioni di diritto matrimoniale".

Il timore espresso nelle spiegazioni degli esperti, ossia quello di incorrere in lacune, è superato dalla natura esemplificativa (e non esaustiva) del catalogo di esempi.

Art. 21

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH:Es ist nicht einzusehen, weshalb der Artikel die korrekte alternative Aufzählung in Art. 16 GestG ("Klagen auf Feststellung *oder* Anfechtung des Kindesverhältnisses") in eine kumulative abändert ("Klagen auf Feststellung *und* Anfechtung des Kindesverhältnisses").

Der vom GestG übernommene Artikel führt zu einer unnötigen Inflation von Gerichtsständen, indem z.B. eine Klage der Enkel eines vorverstorbenen Sohnes am Wohnsitz eines der Enkel erhoben werden könnte. Einschränkungen wurden u.a. schon durch Hegnauer und Schwenzer gefordert (vgl. Wirth/Müller/Naegeli, Gerichtsstandskommentar, Art. 16 GestG N 29 mit Fn. 64 m.w.H.).

In Statusklagen sind oft mehrere Personen klageberechtigt. Die Rechtslage wird aber gegenüber jedermann gestaltet. Art. 36 GestG, wonach das später

angerufene Gericht die Klage nicht aussetzen muss, sondern bloss kann, passt daher nicht. Vielmehr ist eine einheitliche Streitentscheidung zwingend. Der neu vorgeschlagene Absatz soll bewirken, dass bei einmal rechtshängiger Klage das selbe Kindesverhältnis nicht auch noch an einem anderen Ort zur Diskussion gestellt werden kann. Siehe auch Naegeli, Art. 16 GestG N 26.

Formulierungsvorschlag Art. 21:

Für Klagen auf Feststellung ~~und~~ oder Anfechtung des Kindesverhältnisses ist das Gericht an dem Ort zwingend zuständig, an dem eine der Parteien zur Zeit ~~der Geburt, der Adoption oder der Klage~~ Wohnsitz hatte, *am Wohnsitz des Klägers oder der Klägerin nur soweit diese Partei unmittelbar am Kindesverhältnis beteiligt ist.*

*Steht das Klagerecht mehreren Personen zu, ist das zuerst angerufene Gericht auch für später erhobene Klagen zuständig.*

## Art. 22

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Giusta l'art. 277 CC i genitori devono provvedere al mantenimento dei figli fino al raggiungimento della maggiore età (cpv. 1), nel caso in cui il figlio non ha ancora una formazione appropriata tale obbligo si protrae oltre la maggiore età (cpv. 2 ). In quest'ultimo caso l'obbligo di mantenimento non è un'eccezione al cpv. 1 ma deriva dall'obbligo di procurare al figlio un'appropriata istruzione generale e professionale (art. 302 cpv. 2 CC). Per azioni *indipendenti* del figlio nei confronti dei genitori si intende che l'azione di mantenimento *non* deve essere combinata con una procedura di diritto matrimoniale oppure con un'azione di paternità, in caso contrario verrà applicato l'art. 20 o 21 AP.

Oltre a questo caso ne sono invero ipotizzabili degli altri, ad esempio l'azione di mantenimento del figlio minore collocato in un foyer, nei confronti dei suoi genitori.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Gesuche um Anweisung der Schuldner der unterhaltspflichtigen Eltern oder um Sicherstellung künftiger Unterhaltsbeiträge können zwar bei grosszügiger Auslegung als Unterhaltsklagen qualifiziert werden (vgl. Naegeli, Art. 17 GestG N 12-14); es bleibt aber bei der von der Expertenkommission vorgeschlagenen Fassung eine Unsicherheit. Eine allgemeine Formulierung, die sämtliche mit Unterhalts- oder Unterstützungsklagen einhergehenden Gesuche erfasst (analog Art. 20) ist vorzuziehen.

Formulierungsvorschlag Art. 22:

*Das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien ist zwingend zuständig für Klagen und Gesuche aus verwandtschaftlichen Unterhalts- und Unterstützungspflichten.*

## Art. 23

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Im Sinne der Verständlichkeit und Vollständigkeit schlagen wir vor, dass auch hier – wie in den übrigen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit – die

Gerichtsstände explizit aufgeführt werden, statt diese lediglich mit einem Verweis auf das Zivilgesetzbuch zu regeln.

TI: Il rapporto d'esperti giustifica questa eccezione (ossia di rimandare ad un altro testo di legge determinate norme di competenza) per la stretta connessione esistente tra norme sulla competenza e diritto materiale.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Im Sinne der Verständlichkeit und Vollständigkeit sollten auch hier die Gerichtsstände wie in den übrigen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit explizit aufgeführt und nicht nur mit einem Verweis auf das Zivilgesetzbuch geregelt werden.

#### Art. 24

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der Verweis in der Klammer auf die Art. 11 ff. des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht ist nicht notwendig und kann gestrichen werden. Eine entsprechende Bemerkung in der künftigen Botschaft erscheint ausreichend.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

OGZH: Die behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Erbgang werden von der Praxis zwingend dem letzten Wohnsitz zugewiesen. Das sollte zum Ausdruck kommen (vgl. VE 7).

Vorschlag:

(Abs. 3, 1. Satz:) .... *am letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin zwingend zuständig.* ...

#### Art. 25

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird mit Erstaunen zur Kenntnis genommen, dass im Vergleich zum GestG Änderungen im Gesetzestext vorgenommen worden sind, die im Bericht nicht kommentiert werden (Abs. 4).

LU: Der verwendete Begriff "Einräumung beschränkter dinglicher Rechte" ist zu eng, zumal damit beispielsweise auch die Löschung beschränkter dinglicher Rechte gemeint ist. Wir regen an, anstelle von "Einräumung (...)" den Begriff "*Bestand* (...)" zu verwenden.

VS: Du point de vue territorial, les arrondissements du registre foncier ne recourent pas nécessairement les arrondissements judiciaires. Ainsi, les immeubles des districts d'Hérens et de Conthey sont immatriculés au registre foncier de Sion (art. 66 LACC/VS, RSNS 201) alors que, au regard de l'organisation judiciaire, il existe deux tribunaux de district: un pour le district de Sion et un pour les districts d'Hérens et de Conthey (art. 7 LOJ, RS/VS 173.1; cf., à cet égard, Ducrot, L'article 19 de la loi fédérale Sur les fors en matière civile au regard des règles valaisannes d'organisation judiciaire, in RVJ 2001 p. 143 ss). Afin de ne

pas déroger au sens littéral du texte par voie d'interprétation, nous préconisons de retenir le *forum rei sitae*.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: Pour éviter tout problème d'interprétation, il serait souhaitable de consacrer d'une façon claire la règle de la *lex rei sitae*. Nous sommes en outre d'avis que, pour les actions réelles au sens strict, le for doit être impératif et, pour les autres actions en relation avec un immeuble, il doit être alternatif et dispositif. La FSA propose donc le nouveau texte suivant:

#### *Article 25 Immeubles*

*al. 1 Le tribunal du lieu de situation est impérativement compétent pour connaître des actions réelles et des actions intentées contre la communauté des propriétaires par étages.*

*al. 2 D'autres actions en rapport avec l'immeuble telle que l'action visant au transfert de la propriété foncière ou à la constitution de droits réels limités peuvent être portées devant le tribunal du lieu de situation ou le tribunal du domicile ou du siège du défendeur.*

*al. 3 Lorsque l'action concerne plusieurs immeubles, est compétent le tribunal du lieu où est situé l'immeuble ayant la plus grande surface.*

*al. 4 [selon l'avant-projet]*

KassZH: In Absatz 2 ist zusätzlich die *Vormerkung persönlicher Rechte* zu erwähnen.

SchKG-Vereinigung: Sehr begrüsst wird die Revision von Art. 19 GestG, wonach nur noch Klagen, die sich auf Rechte am Grundstück beziehen, am Ort der Liegenschaft erhoben werden können.

Uni BE: besser: "... Ort zuständig, in dessen Grundbuch das Grundstück ..."

Uni NE: L'article 25 est rédigé de telle façon qu'on ne sait plus, à l'alinéa 2, si le tribunal du lieu d'immatriculation est également donné pour les "*autres actions en rapport avec l'immeuble*" ou si seul l'est le tribunal du domicile ou du siège du défendeur. Le rapport va implicitement dans ce sens, mais il n'empêche que le texte proposé n'est pas clair. Et le rapport suscite une nouvelle interrogation en indiquant que par "*action en rapport avec l'immeuble*" il faut entendre une action qui se réfère à des droits sur l'immeuble, un simple lien de fait avec celui-ci ne suffisant pas. Or, un tel lien est considéré comme suffisant sous l'empire de la LFors. En bref, on s'avance vers d'innombrables difficultés si le texte de l'avant-projet devait être maintenu, alors que les doutes suscités par la LFors sont déjà suffisamment nombreux. Dès lors, de deux choses l'une, soit on se contente, à ce stade, de reprendre le texte de la LFors, en espérant que la jurisprudence puisse mettre de l'ordre dans ses dispositions, soit l'on réexamine en profondeur ce sujet, pour élaborer une nouvelle réglementation plus cohérente que celle en vigueur à l'heure actuelle.

## Art. 26

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird mit Erstaunen zur Kenntnis genommen, dass im Vergleich zum GestG Änderungen im Gesetzestext vorgenommen worden sind, die im Bericht nicht kommentiert werden (Abs. 2).

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Der Artikel sollte auch den Gerichtsstand für negative Feststellungsklagen über dingliche Rechte regeln. Deshalb ist die in Art. 20 GestG enthaltene Formulierung "Klagen *über* dingliche Rechte..." (statt "*auf*") sprachlich richtiger. Es besteht kein ersichtlicher Anlass, daran etwas zu ändern.

Die Anknüpfung am Ort der gelegenen Sache ist bei sammelverwahrten Wertpapieren wenig sinnvoll. Zudem drängt sich eine Gleichbehandlung von bei Verwahrungsstellen aufbewahrten Wertpapieren oder bloss registrierten bzw. zugunsten des Berechtigten verbuchten Wertrechten auf. Der neue Abs. 2 versucht, dem Rechnung zu tragen (vgl. Naegeli, Art. 20 GestG N 30 (und 43) m.w.H.).

Formulierungsvorschlag Art. 26:

*Für Klagen über auf dingliche Rechte oder über auf den Besitz an beweglichen Sachen und über auf-Forderungen, die durch Fahrnispfand gesichert sind, ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort der gelegenen Sache zuständig.*

*Für Klagen über dingliche Rechte oder über den Besitz an Wertpapieren, die bei Sammelverwahrungsstellen aufbewahrt oder zu Gunsten des Berechtigten verbucht sind, sowie für Klagen über Wertrechte ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort des buchführenden Instituts zuständig.*

*[bisheriger Abs. 2]*

## Art. 27

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Die Aufnahme des Gerichtsstands des Erfüllungsortes erachten wir als positiv.

BS: Die erfolgten Anpassungen der Regelungen des GestG, welche in den Entwurf übernommen worden sind, begrüßen wir sehr. Insbesondere die erfolgten Anpassungen an das LugÜ, wie bei Art. 27 und 31.

BE: Die Einführung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes ist sinnvoll und wird ausdrücklich begrüsst.

NE: L'article 27 consacre le for du lieu d'exécution qui, avait été supprimé par les chambres fédérales lors de l'examen de la loi sur les fors. Il ne nous paraît pas indiqué de revenir maintenant déjà sur une décision aussi récente.

Dans la même mesure, l'introduction de la possibilité de l'acceptation tacite dans les domaines sociaux (art 31) va à l'encontre du système qui vient d'être mis en place dans la loi sur les fors.

TI: Il foro del luogo d'adempimento rappresenta una deroga all'art. 30 cpv. 2 Cost. con lo scopo di mettere in linea la legge con quanto previsto dalla CL.

L'art. 30 cpv. 2 Cost (art. 59 vCost) istituisce un vero foro generale nel luogo di domicilio o di sede del convenuto per tutte le azioni civili. D'altro canto, prevede ora espressamente che la legge (ossia le leggi federali e le convenzioni internazionali) può derogare al principio del giudice del domicilio.

Giusta l'art. 5 nr. 1 CL con *luogo d'adempimento* si intende il luogo in cui è stata *eseguita* effettivamente la prestazione, il luogo in cui *deve o avrebbe dovuto essere eseguita* la prestazione (luogo determinato secondo la *lex causae*) e luogo d'adempimento *accordato tra le parti*. Quest'ultimo foro, secondo la sentenza della Corte europea del 17 gennaio 1980 nr. 56/79, è dato a condizione che l'accordo sul luogo d'adempimento sia possibile in virtù del diritto nazionale che si applica al contratto (*lex causae*). Risulta quindi che la competenza del giudice del luogo dell'adempimento (contemplata all'art. 5 n.1 CL) e quella del giudice scelto dalla parti costituiscono due nozioni distinte. Inoltre solamente i patti di proroga della competenza devono possedere i requisiti formali prescritti dall'art. 17 della convenzione, mentre la stipulazione di un luogo d'adempimento non sottostà ai citati requisiti di forma.

Di conseguenza il luogo d'adempimento, oltre essere stabilito dalla legge, può esserlo anche mediante accordo delle parti, senza che questo costituisca una proroga di foro.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die vorgeschlagene Regelung betreffend der örtlichen Zuständigkeit von Klagen aus Vertrag wird von der CVP begrüsst, auch wenn diese Regelung eine Abkehr von bisherigen Prinzipien bedeutet.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Einführung eines gesetzlichen Gerichtsstandes am Erfüllungsort stellt eine grundlegende Änderung dar: Im eurointernationalen Verhältnis ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes mit Art. 5 Nr. 1 LugÜ bereits seit längerer Zeit bekannt. Die Einführung eines solchen Gerichtsstandes hat für handelsrechtliche Verhältnisse insbesondere im Zusammenhang mit dem vorsorglichen Rechtsschutz und Vollstreckungsfragen sicher Vorteile (Prozessökonomie, Sachnähe, etc.). Die Einführung ist grundsätzlich zu begrüßen.

Aus den Erfahrungen auf internationaler Ebene ist jedoch auf gewisse Schwierigkeiten hinzuweisen: Es besteht insbesondere bei synallagmatischen Rechtsgeschäften die Problematik der zuständigkeitsmässigen Aufspaltung. Der EuGH hat Art. 5 Nr. 1 LugÜ bisher dahingehend interpretiert, dass die einzelnen, der jeweiligen Klage zugrundeliegenden Verpflichtungen bei der Bestimmung des Erfüllungsortes massgebend sind. Dies bewirkte, u.a. bei synallagmatischen Verträgen, dass jede einzelne Vertragsobligation (auch Zahlungsverpflichtungen) gesondert angeknüpft werden mussten, was wiederum zu mehreren Gerichtsständen – und damit zu einer Spaltung der Gerichtsstände – führte. Eine Konzentration auf die Hauptverpflichtung fand nur in denjenigen Fällen statt, wo aus mehreren Verpflichtungen einer Vertragspartei gegen die Andere geklagt wurde (*accessorium sequitur principale*). Diese Schwierigkeit kann dadurch umgangen werden, dass explizit festgehalten wird, dass der Erfüllungsort der charakteristischen Leistungen allein ausschlaggebend ist. Im

Weiteren besteht die Schwierigkeit der Bestimmung der charakteristischen Leistung. Diese Problematik erscheint allein auf der Ebene von Rechtsprechung und Lehre lösbar. Eine Ergänzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b E-LugÜ (Bestimmung des Erfüllungsortes für Kauf- und Dienstleistungsverträge) erscheint nicht unbedingt empfehlenswert, führt sie doch nur zu weiteren Fragen (Gesetzesauslegung, Lückenfüllung).

AVLU: Die Einführung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes auf nationaler Ebene ist zu begrüßen, nachdem dieser bei internationalen Verhältnissen (gestützt auf das LugÜ) ebenfalls gilt.

economiesuisse: Die Einführung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes ist aus prozessökonomischer Sicht zu begrüßen. Wir teilen die diesbezüglichen Ausführungen im Begleitbericht.

FSA: La FSA préconise dans toute la mesure du possible, l'harmonisation de la PCS avec la convention de Lugano révisée.

Il y a lieu ainsi de relever que le texte proposé n'est pas en harmonie avec l'article 5 ch. 1er CL (selon lequel est compétent le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée) ni avec le projet de modification de cette convention (cf. Markus Alexander R., Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano, zu den Hauptpunkten, RSDAF 1999, p. 210 ss.).

Il convient donc d'apporter les corrections nécessaires.

OAFRI: Le for au lieu d'exécution de la prestation caractéristique peut présenter des avantages incontestables (par exemple, en matière de contrat d'entreprise sur des immeubles) mais peut aussi entraîner des difficultés. L'introduction d'une disposition qui n'a pas été voulue dans la Loi sur les fors et qui a été critiquée dans la Convention de Lugano et la Convention de Bruxelles, suppose à tout le moins une réflexion approfondie.

Roche: Roche begrüsst den Vorschlag der Einführung des im GestG nicht vorgesehenen Gerichtsstandes des Erfüllungsortes (Art. 27 VE). Er ist im Recht des Auslandes sowie dem internationalen Recht weit verbreitet und stellt namentlich aus prozessökonomischer Sicht eine sinnvolle Entscheidung dar.

SchKG-Vereinigung: Der Gerichtsstand am Erfüllungsort ist zu streichen.

SVR: La création d'un for au lieu d'exécution du contrat (art. 27) doit être approuvée. Répondant à un besoin de la pratique, une telle nouveauté est conforme à l'art. 30 al. 2 Cst., qui laisse au législateur la possibilité de prévoir un for différent de celui du domicile du défendeur.

Uni BE: Der *Gerichtsstand des Erfüllungsortes* sollte auf allen Ebenen inhaltlich identisch sein, d.h. unterschiedliche Regelungen in ZPO, IPRG, LugÜ sind zu vermeiden (vgl. auch Bemerkung zu Art. 15).

## Art. 28

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: Tale norma riprende l'art. 22 della legge federale sul foro in materia civile (LForo). L'associazione approva la protezione offerta da tale norma al consumatore.

AVZH: Der Anwendungsbereich der Bestimmung sollte durch eine einfache Streitwertgrenze klarer abgesteckt werden. Die Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes (SR 944.8) enthält eine solche klare Regelung in Art. 1. Danach gilt in Konsumentensachen das einfache und rasche Verfahren bzw. das kantonale Schlichtungsverfahren bis zu einem Streitwert von bis zu CHF 20'000. In diesem Bereich sollte auch der besondere Konsumentengerichtsstand gelten.

Formulierungsvorschlag Art. 28:

*Bei Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken ist zuständig: [...]*

FRC: La FRC salve la reprise de l'article 22 LFors.

SVV: Im Versicherungsgeschäft wird traditionellerweise zwischen dem Massengeschäft, dem KMU-Geschäft und dem Industriegeschäft unterschieden. Wir stellen uns damit im Lichte der Regelung von VE ZPO 28 die Frage, was unter der Definition "Konsumentenvertrag" anzusehen ist. Der Verweis auf GestG 22 (siehe Bericht zu VE ZPO p. 28) hilft jedenfalls auch nicht weiter.

Wir begrüßen eine klärende Formulierung, wonach im Versicherungsgeschäft Versicherungen für die privaten Bedürfnisse (dh. Versicherung für die Bedürfnisse als Privatperson, für jene des Haushalts und der Familie) als Konsumentenverträge im Sinne von VE ZPO 28 anzusehen sind.

SwissBanking: In diesem Zusammenhang weisen wir lediglich darauf hin, dass die Definition des Konsumentenvertrags in Art. 28 von jener in Art. 120 IPRG und Art. 13 des LuganoÜbereinkommens abweicht, jedoch mit jener in Art. 22 Gerichtsstandgesetz übereinstimmt. Es wäre wünschenswert, diese unterschiedlichen Definitionen aufeinander abzustimmen.

Uni ZH: Der Anwendungsbereich der Bestimmung sollte durch eine einfache Streitwertgrenze klarer abgesteckt werden. Die Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes (SR 944.8) enthält eine solche klare Regelung in Art. 1. Danach gilt in Konsumentensachen das einfache und rasche Verfahren bzw. das kantonale Schlichtungsverfahren bis zu einem Streitwert von bis zu CHF 20'000. In diesem Bereich sollte auch der besondere Konsumentengerichtsstand gelten.

Art. 29

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird mit Erstaunen zur Kenntnis genommen, dass der Bestimmung im Bericht eine neue Interpretation gegeben wird, obschon der Gesetzeswortlaut im Vergleich zum GestG unverändert ist.

LU: Gemäss Bericht der Expertenkommission ist der Begriff "Klagen aus Miete und Pacht" restriktiv auszulegen, indem nur Vertragsklagen, nicht aber Begehren aus unerlaubter Handlung gemäss Artikel 41 ff. OR usw. darunter fallen sollten. Zur Klarstellung schlagen wir vor, im Gesetzestext die Formulierung "Klagen aus Miet- und Pachtvertrag" zu verwenden.

TI: A differenza dell'art. 23 LForo, nell'art. 29 AP la commissione d'esperti ha sostituito l'autorità di conciliazione e il giudice con il tribunale.

Questo cambiamento è corretto ed è in linea con la nuova natura di autorità giudiziaria, conferita agli uffici di conciliazione.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Le for du lieu de situation de l'immeuble devrait être exclusif.

AVLU: Gemäss dem Bericht der Expertenkommission (S. 28) ist der Begriff "Klagen aus Miete und Pacht" restriktiv auszulegen, indem nur Vertragsklagen, nicht aber Begehren aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 ff. OR usw. darunter fallen. Dieser gesetzgeberische Wille kommt jedoch in der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung nur ungenügend zum Ausdruck. Mit der Formulierung "Klagen aus Miet- und Pachtvertrag" würde klargestellt, dass das Gericht am Ort der gelegenen Sache nur für Vertragsklagen zuständig ist.

Für Klagen aus landwirtschaftlicher Pacht soll wahlweise das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder das Gericht am Ort der gelegenen Sache zuständig sein. Für eine Sonderregelung der landwirtschaftlichen Pacht besteht kein sachlicher Grund. Abs. 2 ist daher zu streichen.

KassZH: Zu denken ist auch an andere Fälle von Gebrauchsüberlassung, etwa Immobilienleasing.

Vorschlag: "Für Klagen aus Miete und Pacht *oder andere Fälle von Gebrauchsüberlassung* unbeweglicher Sachen ...".

MV: Wir unterstützen die Zuständigkeit am Ort der Miet- und Pachtsache aus den im Bericht angegebenen Gründen. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass die Ansicht, der Begriff "Klagen aus Miete und Pacht" sei restriktiv auszulegen, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht. Vielmehr ist dieser Begriff bei der Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit weit auszulegen (BGE 120 II 112 ff., zit. bei Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, Zürich 1999, S. 70). Der Bericht übernimmt hier die unbelegte Meinung von Bühler und Vock in Gerichtsstandsgesetz, Schulthess Zürich 2000, N. 3 zu Art. 24 GestG.

## Art. 30

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Absätze 2 und 3 der (vom GestG übernommenen) Bestimmung sind zu streichen. Für Abs. 2 besteht kein Bedarf. Des Weiteren ist es nicht angebracht, in Abs. 3 nach dem Vorbild der EU-Regelung einen zusätzlichen Gerichtsstand für entsandte Arbeitnehmer zu schaffen. Die bestehenden Gerichtsstände am Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei oder am gewöhnlichen Arbeitsort genügen bei bloss innerschweizerischen Verhältnissen.

economiesuisse: In Absatz 3 wird bei entsandten Arbeitnehmenden neben den Gerichtsständen von Abs. 1 und Abs. 2 auf das Gericht am Entsendeort verwiesen. Entsendungen sind grundsätzlich vorübergehend, weshalb dieser Begriff weggelassen werden könnte.

Zudem ist der Verweis auf Abs. 2 unseres Erachtens unnötig und sogar unzulässig. Der Verweis auf Arbeitnehmende, die ihre Klagen auf das Arbeitsvermittlungsgesetz stützen, erweckt den Eindruck, dass auch bei solchen Verleihverhältnissen die Entsendung zulässig ist. Damit kann nur grenzüberschreitende Entsendung gemeint sein und gerade diese ist für den Bereich der professionellen Arbeitsvermittlung gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz unzulässig.

Insofern ist der Verweis auf Abs. 2 unzulässig und der Absatz hätte wie folgt zu lauten:

<sup>3</sup> Bei (*vorübergehend*) entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ist zusätzlich zum Gericht *nach Abs. 1 das Gericht am Entsendeort zuständig*, soweit die Klage Ansprüche aus dem Zeitraum der Entsendung betrifft.

swissmem: In Absatz 3 wird bei entsandten Arbeitnehmenden neben den Gerichtsständen von Abs. 1 und Abs. 2 auf das Gericht am Entsendeort verwiesen. Entsendungen sind grundsätzlich vorübergehend, weshalb dieser Begriff weggelassen werden könnte.

Zudem ist der Verweis auf Abs. 2 unseres Erachtens unnötig und sogar unzulässig: Der Verweis auf Arbeitnehmende, die ihre Klagen auf das Arbeitsvermittlungsgesetz stützen, erweckt den Eindruck, dass auch bei solchen Verleihverhältnissen die Entsendung zulässig ist. Damit kann nur grenzüberschreitende Entsendung gemeint sein und gerade diese ist für den Bereich der professionellen Arbeitsvermittlung gem. Arbeitsvermittlungsgesetz unzulässig. Insofern ist der Verweis auf Abs. 2 unzulässig und der Absatz hätte wie folgt zu lauten:

<sup>3</sup> Bei (*vorübergehend*) entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ist zusätzlich zum Gericht *nach Abs. 1 das Gericht am Entsendedort zuständig*, soweit die Klage Ansprüche aus dem Zeitraum der Entsendung betrifft.

## Art. 31

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es fällt auf, dass bei den aus sozialen Gründen eingeführten Gerichtsständen der Art. 28 bis 30 VE (Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag, Miete und Pacht unbeweglicher Sachen und Arbeitsrecht) das Einlassungsverbot gemäss Art. 21 Abs. 1 GestG aufgehoben werden soll. Ob die unbeholfene Partei, wie der Bericht ausführt, unter anderem durch das richterliche Fragerecht (Art. 51 VE) geschützt werden kann, erscheint fraglich.

BL: Die Begründung für die Aufhebung des Einlassungsverbots (i.V.m. Art. 16) überzeugt nicht vollumfänglich. Gerade im Anfangsstadium eines Sozialprozesses, d.h. im Zeitpunkt der Einlassung, verfügen die Parteien oft noch über keine Rechtsvertretung. Ob hier das richterliche Fragerecht und das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben eine rechtlich unerfahrene Partei genügend zu schützen vermag, ist zumindest fraglich.

TI: A differenza dell'attuale art. 21 LForo con il presente AP si prevede la possibilità per la parte convenuta della costituzione in giudizio (Einlassung), adeguando così la legge interna al diritto europeo (CL) e prendendo spunto dall'art. 18 CL.

L'art. 31 AP permette di rinunciare ai fori speciali degli artt. 28-30 dopo l'insorgere della controversia, sia mediante costituzione in giudizio che per proroga di foro scritta.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir widersetzen uns mit Entschiedenheit dem Vorhaben, das im GestG heute vorgesehene Einlassungsverbot im Sozialprozess aufzuheben. Die Nachteile, die eine rechtsunkundige Partei dadurch erleiden würde, können

auch nicht – wie im Erläuternden Bericht aber behauptet wird – durch das gerichtliche Fragerecht (Art. 51) bzw. dessen Pflicht zur "Hilfestellung" (Art. 61) kompensiert werden, greifen diese doch erst, *nachdem* sich die beklagte Partei auf den Prozess eingelassen hat.

### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: Con l'art. 31 il consumatore è tutelato unicamente nel caso di una sua rinuncia al foro legale stipulata prima dell'insorgere di una controversia.

L'art. 21 LForo attualmente in vigore prevede, invece, una tutela maggiore. Il consumatore è tutelato sia nel caso di una sua rinuncia al foro legale antecedente l'insorgere di una controversia sia nel caso in cui egli, come parte convenuta, si lasci costituire in giudizio.

L'art. 31 configura pertanto un passo indietro nella tutela del consumatore, che l'ACSI non condivide. Secondo il rapporto esplicativo, l'art. 31 corrisponde alla tutela offerta sul piano internazionale, segnatamente dalla Convenzione concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Lugano): ciò non toglie che la retromarcia permane deplorabile.

AKBS: Im Rahmen der Gerichtsstände des sozialen Zivilprozesses (Mietrecht, Arbeitsrecht, Konsumentenschutzrecht) soll gemäss Art. 31 E-ZPO (anders als nach GestG) die Einlassung möglich werden. Bisher war bei den zwingenden und teilzwingenden Gerichtsständen die Einlassung im Anwendungsbereich des GestG nicht zulässig, jedoch bestand die Möglichkeit bei teilzwingenden Gerichtsständen nach Entstehung der Streitigkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung abzuschliessen. Für die wirtschaftlich schwächere Partei sowie die rechtsunkundige Partei bedeutete diese Regelung einen Schutz. Dieser Schutz erscheint in den ausgewählten Rechtsbereichen des Mietrechts, des Arbeitsrechts sowie im Konsumentenschutzrecht durchaus sinnvoll und mit den Postulaten eines sozialen Zivilprozesses vereinbar. Der Hinweis auf die richterliche Fragepflicht (Art. 51 E-ZPO) und das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 47 E-ZPO) erscheint kein genügendes Gegengewicht zu geben. Für das eurointernationale Verhältnis ist zu vermerken, dass mit Art. 15 ff. E-LugÜ (Art. 21 EG-Verordnung) für das Arbeitsrecht ähnliche teilzwingende Bestimmungen eingeführt wurden, wie sie das schweizerische Recht kennt.

ASLOCA: Les fors prévus par cette disposition doivent rester impératifs même après la naissance du litige. Nous proposons en conséquence de biffer le terme "antérieurement". Au surplus, la protection des personnes visées (consommateur, locataire, fermier d'habitation ou de locaux commerciaux, fermier agricole, demandeur d'emploi ou travailleur) doit également être assurée contre l'acceptation tacite de for prévue par l'article 16 de l'avant-projet, en particulier pour les personnes non assistées.

FRC: La FRC regrette que cet article 31, contrairement à l'article 21 LFors, permette une renonciation au for légal par acceptation tacite. Ce changement constitue pour la protection des consommateurs un recul considérable. Ce recul ne saurait se justifier par le seul souci de s'adapter au droit de l'Union européenne. La FRC demande donc le maintien de la réglementation de l'article 21 LFors.

FSA: La FSA adhère à l'article 31 AP qui modifie le droit actuel (voir art. 21 LFors): pour les fors partiellement impératifs, l'entrée en matière sur le fond (*Ein-*

*lassung*) crée aussi la compétence sans qu'il soit nécessaire que le défendeur (consommateur, locataire, travailleur) déclare expressément l'accepter.

MV: Die Aufhebung des Einlassungsverbot es scheint uns sinnvoll. In gewissen Fällen kann sie sich sogar zu Gunsten des Mieters auswirken, so wenn er an seinem Wohnsitz eingeklagt wird, welcher nicht (mehr) dem Ort der Mietsache entspricht (z.B. nach einem Umzug, bei einer Ferienwohnung oder bei Geschäftsräumlichkeiten).

SGB: Il est inadmissible d'admettre une prorogation de for tacite.

Il serait cynique de prétendre qu'un travailleur qui obtempère à une convocation à comparaître devant un tribunal - c'est-à-dire à une injonction de l'autorité - puisse mesurer toutes les conséquences de son acte.

Même à supposer que tous les tribunaux remplissent parfaitement leur mission d'information, en expliquant clairement au travailleur qu'il n'est pas obligé d'accepter de mener un procès devant un for autre que le for légal, on aura exposé, pour le moins, le travailleur à un déplacement inutile !

Le for de l'article 30 doit être impératif.

Uni BE: *Zulässigkeit der Einlassung*: Es ist eine Hinweispflicht des Gerichtes einzu- arbeiten, d.h. keine Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung ohne die entsprechende Kenntnis der Partei von der Rügemöglichkeit (wichtig insbesondere im Verfahren ohne anwaltliche Vertretung).

Uni ZH: Nach Art. 21 GestG können gewisse Personenkategorien, u.a. auch die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei, nicht zum Voraus "oder durch Einlassung" auf bestimmte Gerichtsstände verzichten. Gemäss Art. 31 ZPO wird dieser Schutz gegen die unerwünschten Wirkungen einer Einlassung aufgegeben. Der Begleitbericht führt dazu aus, dadurch werde auf eine entsprechende Bevormundung der beklagten Partei verzichtet (S. 29). Ein sachlich begründbarer Schutz der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei darf jedoch nicht mit deren Bevormundung gleichgesetzt werden. Der Begleitbericht fügt an, vor Übertölpelung einer unbeholfenen Partei schützen die Bestimmung über das Unvermögen einer Partei (Art. 61 ZPO), das gerichtliche Fragerecht (Art. 51 ZPO) sowie auch das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 47 ZPO; S. 29). Diese Institute vermögen jedoch die Aufhebung des Einlassungsverbot es in keiner Weise zu rechtfertigen. Das gerichtliche Fragerecht kommt in einem schriftlichen Verfahren, wie es grundsätzlich auch für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gilt (Art. 211 Abs. 1, Art. 237 lit. b und Art. 238 f. ZPO), zu spät: die Einlassung erfolgt bereits mit Ausführungen zur Sache in der Klageantwort. Mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben wird man nur eigentliche Missbrauchsfälle erfassen können. Die Bestimmung über das Unvermögen einer Partei schliesslich betrifft nur den Spezialfall, dass eine Partei offensichtlich nicht im Stande ist, ihre Sache selbst zu führen. Dies wird auch bei arbeitnehmenden Parteien keineswegs allgemein zutreffen, können diese doch von Verfahrenserleichterungen wie der Untersuchungsmaxime (Art. 240 Abs. 1 lit. b ZPO) oder der Formularpflicht (Art. 236 ZPO) profitieren. Eine gewisse Überzeugungskraft hat einzig der Hinweis, die gleiche Regelung finde sich auch im euro-internationalen Verhältnis (Art. 18 LugÜ; Begleitbericht S. 29). Anpassungen des inländischen an internationales Recht sollten jedoch grundsätzlich nur stattfinden, wenn dieses sachgerechter ist, was sich im vorliegenden Zusammenhang im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis der

arbeitnehmenden Partei nicht behaupten lässt. Davon abgesehen lässt sich eine Abweichung vom internationalen Recht vorliegend damit rechtfertigen, dass das Schutzbedürfnis im Binnenverhältnis tendenziell grösser sein wird als im internationalen Verhältnis, wo oftmals Angehörige des Kaders betroffen sein werden.

*Fazit:* Art. 31 ZPO Ingeress ist wie folgt zu formulieren: "Auf die Gerichtsstände nach Artikel 28-30 können vor Entstehung der Streitigkeit *oder durch Einlassung* nicht verzichten: ..."

## Art. 32

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SchKG-Vereinigung: Auf den Erfolgsort sollte als Gerichtsstand ausdrücklich verzichtet werden, wenn er nicht klar lokalisierbar ist (z. B. bei Internetdelikten oder Patentverletzungen), ansonsten der Kläger an jedem beliebigen Gericht in der Schweiz klagen könnte.

suisa: Dass der Gerichtsstand am Sitz / Wohnsitz der geschädigten Partei (Art. 25 GestG) beibehalten wurde, begrüssen wir sehr und ist uns ein grosses Anliegen.

Uni BE: Diese Bestimmung ist sachlich nicht vertretbar, da so der Kläger ein vierfaches Wahlrecht hat. *Vorschlag:* Klägerwohnsitz streichen, da diesfalls keine besondere Beweisnähe besteht.

## Art. 33

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir begrüssen die Einführung des Gerichtsstandes des Ortes, an dem die vorsorgliche Massnahme erlassen wurde. Im Interesse einer raschen und effizienten Beurteilung durch ein mit der Sache bereits vertrautes Gericht beantragen wir, diesen Gerichtsstand zwingend zu erklären und den Wahlgerichtsstand des Wohnsitzes oder Sitzes der beklagten Partei ersatzlos zu streichen.

TI: Per le pretese di risarcimento del danno in caso di misure provvisionali ingiustificate l'art. 33 AP prevede il *foro del domicilio /sede del convenuto* o il *foro del luogo in cui la misura è stata emanata*.

Vi è una certa e curiosa dicotomia rispetto a quanto previsto dal progetto in tema arbitrale. Difatti, qualora la stessa pretesa sia fatta valere nell'ambito di una procedura arbitrale, l'art. 364 cpv. 4 AP prevede che il tribunale arbitrale sia competente a statuire solo se le pretese risarcitorie sono fatte valere nel corso della medesima procedura arbitrale; in caso contrario è competente il giudice statale, a meno che il patto d'arbitrato prevede che anche queste pretese sono soggette ad arbitrato.

Oltre a ciò è legittimo chiedersi se non è opportuno attribuire la competenza inerente le cause di risarcimento del danno al giudice competente della causa principale oppure al giudice che ha ordinato la misura provvisoria, i quali conoscono più approfonditamente la causa rispetto al giudice del domicilio/sede del convenuto (dell'azione di risarcimento), che può non coincidere con i citati giudici competenti.

In realtà su entrambi i quesiti la soluzione proposta dal AP è sostenibile e condivisibile.

Sinteticamente, la situazione arbitrale e quella statale sono differenti sotto questo profilo, poiché dinanzi al giudice statale non vi è il problema a sapere se la clausola arbitrale inglobi o meno anche questo successivo procedimento in risarcimento.

Secondariamente, adire in risarcimento lo stesso giudice che ha concesso la misura cautelare rivelatasi poi ingiustificata, potrebbe significare poca serenità di giudizio da parte sua, visto che in ultima analisi quel giudice la misura cautelare l'ha accordata.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Bestimmung eines bundesrechtlichen Gerichtsstandes für Schadenersatzklagen wegen ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen erscheint sinnvoll. Die Regelung ist zu begrüßen.

AVLU: Die Einführung des Gerichtsstandes des Ortes, an dem die vorsorgliche Massnahme erlassen wurde, ist sehr zu begrüßen. Im Interesse einer raschen und effizienten Beurteilung durch ein mit der Sache bereits vertrautes Gericht sollte dieser Gerichtsstand zwingend sein und der Wahlgerichtsstand des Wohnsitzes oder Sitzes der beklagten Partei gestrichen werden.

#### Art. 34

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

NBI: Wir sind daran interessiert, dass die Nennung des Nationalen Versicherungsbüros (NVB) und Nationalen Garantiefonds (NGF) in Art. 26 GestG in die ZPO übernommen wird.

#### Art. 35

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Der Begriff "Massenschäden" sollte vom Gesetzgeber zwecks Förderung einer einheitlichen Rechtsanwendung wenn immer möglich noch näher definiert, und nicht einfach der richterlichen Auslegung vorbehalten bleiben. Bis ein letztinstanzliches Urteil vorliegt, kann es erfahrungsgemäss Jahre dauern.

LU: Artikel 27 GestG spricht im Gegensatz zu Artikel 35 VE-ZPO von Handlungsort und nicht von Unfallort. Unklar ist, ob die beiden Ausdrücke synonym verwendet werden oder ob damit ein Unterschied zum Ausdruck gebracht werden soll. Als mögliche Formulierung schlagen wir vor:

*Bei Massenschäden ist das Gericht am Ort, an dem sich der Unfall ereignet hat, zwingend zuständig.*

SG: Der Begriff "Massenschäden" ist vom Gesetzgeber im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung näher zu definieren.

TG: Der Begriff "Massenschäden" sollte vom Gesetzgeber zwecks Förderung einer einheitlichen Rechtsanwendung noch näher definiert und nicht einfach der richterlichen Auslegung überlassen werden. Bis ein klärendes letztinstanzliches Urteil vorliegt, könnte es erfahrungsgemäss Jahre dauern.

TI: I danni da incidenti rilevanti sono danni risultanti da eventi che coinvolgono un numero elevato di persone, una "gran quantità di persone". Sarebbe tuttavia arbitrario stabilire nella legge un numero assoluto a partire dal quale sia possibile ammettere l'esistenza di un siffatta "quantità". La nozione va quindi concretizzata di volta in volta mediante interpretazione. A tal proposito, non è determinante l'importo complessivo del danno bensì soltanto il numero di persone lese (quindi il numero di procedure possibili). Non basta che più persone siano lese. Occorre un numero elevato di persone che, complessivamente, diano l'immagine di una moltitudine.

Di conseguenza, vanno anzitutto considerati danni da incidenti rilevanti i danni risultanti da *grandi catastrofi*, come ad esempio un incidente provocato da un reattore nucleare, l'esplosione dei vagoni cisterna di un treno merci, il crollo della tribuna di uno stadio o del tetto di una piscina, il cedimento di una diga, l'incendio di un condominio o di un hotel. Anche gli incidenti della circolazione di grandi proporzioni (per es. i tamponamenti a catena sull'autostrada, il deragliamento di un treno, la caduta della cabina di una funivia) possono rientrare in questa categoria. Occorre tuttavia prendere in considerazione anche altri eventi, quali per esempio un'intossicazione alimentare collettiva nella mensa di un'impresa o i danni cagionati alla salute di consumatori dall'assunzione di un medicamento.

In tutti questi casi, sarebbe poco pratico consentire a ciascuno dei numerosi danneggiati di proporre la propria azione a un foro diverso (in particolare al foro dell'evento, che, a seconda del momento in cui si manifestano per es. gli effetti di un'intossicazione alimentare, può coincidere con il domicilio di ciascun attore). Nell'interesse della causa (possibilità dei mezzi di prova, assenza di decisioni contraddittorie, conoscenza degli atti da parte del giudice), è opportuno che tutte le pretese derivanti dall'incidente siano giudicate da un unico tribunale, nel medesimo luogo.

Si tratta del luogo in cui si è verificato l'evento originario, quindi del luogo del reato o dell'incidente. Tale luogo può ma non deve coincidere con quello dell'evento. Esempio: una nuvola di gas tossico fuoriuscita dalla ciminiera di una fabbrica basilese cagiona danni alla salute degli abitanti di Basilea e del Cantone di Argovia. Per gli abitanti di Basilea il luogo dell'atto coincide con quello dell'evento mentre per gli argoviesi i due luoghi sono distinti. Tutti i danneggiati dovrebbero comunque agire a Basilea.

Rispetto all'art. 27 LForo, il progetto prevede quale unico foro appunto quello dell'incidente, ciò nell'ottica di una semplificazione rispetto a quanto disposto dalla LForo.

Naturalmente in simili fattispecie è importante chiarire il prima possibile che si tratti effettivamente di un "incidente rilevante" con conseguente istituzione del foro imperativo del luogo dell'incidente. Il giudice dovrà il prima possibile risolvere detto quesito, onde evitare di istruire una causa spesso complessa quando invece non ne ha la competenza territoriale.

Si suggerisce pertanto l'introduzione del seguente nuovo art. 55 cpv. 2 CPCF "Il giudice deve certificare il prima possibile l'esistenza di una fattispecie caratterizzabile quale "danni da incidenti rilevanti giusta l'art. 35".

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Dass bei Massenschäden das Gericht am Unfallort zwingend zuständig sein soll, erscheint sachgerecht, allerdings sollte der Massenschaden zumindest Streitwertmässig einen unteren Grenzwert von Fr. 20'000.-- erhalten.

Grüne Partei: Es erscheint uns unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit etwas problematisch, einerseits einen zwingenden Gerichtsstand für Massenschäden vorzusehen, andererseits dann aber den Begriff "Massenschaden" nicht zu definieren. Es muss befürchtet werden, dass eine aus einem (möglichen) Massenschaden in Anspruch genommene Versicherung die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts über drei Instanzen bestreitet mit der Begründung, es handle sich hier eben nicht um einen Masseschaden bzw. (falls am Gerichtsstand gemäss Art. 33 oder 34 geklagt wurde) es liege ein Masseschaden vor. Geschädigte gelangen dadurch erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung zu ihrem Recht. Wir fänden es deshalb sinnvoll, in Art. 35 einen bloss fakultativen (d.h. nicht ausschliesslichen) Gerichtsstand des Massenschadens vorzusehen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Festlegung des Gerichtsstandes an den Unfallort (statt an den Handlungsort) erscheint sinnvoll. Wann ein Massenschaden vorliegt, soll weiterhin (wie unter dem GestG) der Rechtsprechung überlassen bleiben. Eine Definition wäre aber im Interesse der Rechtssicherheit sinnvoll ebenso wie eine Definition des Unfallortes (Erfolgs- oder Handlungsort?).

AVZH: Der Gerichtsstand für Massenschäden ist (auch in der im Entwurf gegenüber dem GestG leicht geänderten Fassung) aus mehreren Gründen sehr problematisch. Da der Begriff des Massenschadens äusserst unbestimmt ist, sind Unklarheiten über den Gerichtsstand und damit falsch eingeleitete Klagen vorprogrammiert (vgl. die Kritik in der Lehre an Art. 27 GestG). Geht es um die Anzahl Betroffener oder die Anzahl Kläger? Welches ist der massgebende Zeitpunkt für die Bestimmung (die Zahl der Betroffenen bzw. Kläger kann sich in der Zeitachse erheblich ändern)? Weiter ist der Unfallort bei Massenschäden oft unklar: Welcher Gerichtsbezirk ist zuständig, wenn ein Massenschaden mehr als einen Bezirk tangiert (z.B. bei einem Staudammbruch)? Es können nicht mehrere Gerichte nebeneinander zwingend zuständig sein.

Soweit man den Gerichtsstand des Massenschadens überhaupt vorsehen will, sollte er pragmatisch geregelt werden im Sinne eines Überweisungsrechtes, bzw. einer Überweisungspflicht des angerufenen Gerichts. Eine Rechtsunsicherheit, wie sie durch den Entwurf geschaffen wird, geht zu Lasten der Kläger, also in der Regel zu Lasten der betroffenen Opfer. Mit einer pragmatischen Lösung können dagegen die Interessen aller Beteiligten einzelfallgerecht gewahrt bleiben.

Vorschlag Art. 35: ersatzlos streichen

*Eventualiter: Bei Massenschäden kann das angerufene Gericht das Verfahren an das Gericht am Ort des unmittelbaren Schadenseintrittes (Unfallort) überweisen, soweit an diesem eine Klage aus dem gleichen Massenschaden hängig ist. Es ist zur Überweisung verpflichtet, wenn das Gericht am Unfallort dies zur Vereinigung mit anderen Klagen aus dem gleichen Massenschaden verlangt. Das Gericht am Unfallort ist zur Annahme verpflichtet.*

*Bei mehreren Unfallorten ist der Ort der grössten Betroffenheit massgebend.*

economiesuisse: Die Einführung des Gerichtsstandes des Massenschadens ist zu begrüssen, da so widersprüchliche Verfahren vermieden werden können.

Roche: Roche befürwortet die Einführung des Gerichtsstandes des Massenschadens (Art. 35 VE), da ein einheitlicher Gerichtsstand der Vermeidung widersprüchlicher Verfahren sowie der Vereinfachung dient.

Uni ZH: Der Gerichtsstand für Massenschäden ist problematisch und kann zu falschen Verfahrenseinleitungen verleiten. Es fehlt an der Bestimmtheit des Begriffs des Massenschadens und des Unfallortes. Bei Massenschäden, die mehrere Gerichtsbezirke betreffen, würden mehrere Gerichte parallel zwingend zuständig, was kaum lösbare Justizkonflikte bewirken kann. Umgekehrt fehlt ein zwingendes Bedürfnis an einem solchen Gerichtsstand. Auf einen Gerichtsstand des Massenschadens ist deshalb zu verzichten.

Art. 36

Art. 37

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Zur Vermeidung von Problemen bei nichtstreitigen Verfahren (Antrag auf Sonderprüfung, Art. 697a Abs. 2 OR [vgl. ZR 101, 2002, Nr. 9, Swissair]; Bestellung eines Vertreters für die Gesellschaft, Art. 706a Abs. 2 OR; Ernennung einer Revisionsstelle, Art. 727f Abs. 2) ist die Bestimmung analog zu Art. 25 Abs. 4 und 26 Abs. 2 zu ergänzen:

Formulierungsvorschlag Art. 37:

*Für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gesellschaftsrecht ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft zuständig.*

Art. 38

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il disegno di legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (Lfus) prevede l'introduzione dell'art. 29a nell'attuale LForo, che nel avamprogetto del PCS è ripreso all'art. 38.

Il disegno dell'art. 29a LForo, per azioni fondate sulla Lfus, prevede la competenza alternativa del giudice della sede di ciascuno dei soggetti partecipanti. E' in tal modo scongiurato il rischio che una fusione, una scissione o un trasferimento di patrimonio sopprimano taluni fori (FF 2000 3924).

A titolo esemplificativo si citano i seguenti esempi di azioni giuste la Lfus che andranno introdotte davanti al tribunale della sede di una delle entità coinvolte (lista non esaustiva):

*Art. 28 Consultazione dei rappresentanti dei lavoratori:* in caso di mancato rispetto della disposizione la rappresentanza dei lavoratori può esigere dal giudice che vieti l'iscrizione della fusione nel registro di commercio. In virtù dell'art. 29a LForo è competente il giudice della sede di una delle società partecipanti alla fusione.

*Art. 84 Decisione ed esecuzione della fusione di fondazioni di famiglia e di fondazioni ecclesiastiche:* se le condizioni materiali e formali della fusione non sono adempiute, i destinatari titolari di pretese giuridiche e i membri dell'organo superiore della fondazione possono impugnare la decisione di fusione dinanzi al giudice competente ex art. 29a LForo.

*Art. 105 Contestazioni delle decisioni di fusione, di scissione di trasformazione e di trasferimento di patrimonio:* se le disposizioni della presente legge sono violate, i soci dei soggetti giuridici partecipanti che hanno votato contro la fusione/ scissione/ trasformazione possono contestare la decisione.

*Art. 107 Responsabilità:* l'azione di responsabilità contro persone implicate in un modo o nell'altro nel processo di fusione/ scissione/ trasformazione/ trasferimento di patrimonio può essere promossa presso il tribunale della sede di uno dei soggetti partecipanti.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Antrag: streichen. Es besteht kein Bedarf an einem besonderen Gerichtsstand. Insbesondere ist keine Gefahr eines problematischen Entzugs von Gerichtsständen durch Fusion etc. erkennbar, wie sie als Rechtfertigung für Art. 29a E GestG (FusG) angenommen wird. Umgekehrt schafft Art. 38 unerwünschte und ungelöste Konflikte mit den Gerichtsständen aus dem Arbeitsrecht. Zur Problematik von Art. 38 vgl. die Kritik von Dasser, in Festschrift Forstmoser, 2003, S. 662-5 am gleichlautenden Art. 29a E GestG.

Uni ZH: Der Bedarf eines besonderen Gerichtsstandes für Klagen des Fusionsgesetzes ist nicht ausgewiesen, wie z.B. in der FS Forstmoser dargelegt wird (Dasser, FS Forstmoser, 2003, 662 ff.). Art. 38 schafft vielmehr schwierige Konflikte mit anderen Gerichtsständen, namentlich denjenigen aus Arbeitsrecht.

### Art. 39

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Antrag: Einfügung eines zusätzlichen Absatz 2 (mit entsprechender Neunummerierung der beiden nachfolgenden Absätze) mit folgendem Wortlaut:

Für die Kraftloserklärung von Grundpfandtiteln, von Obligationen mit Grundpfandverschreibung sowie von grundpfandversicherten Anlehensobligationen ist das Gericht am Ort zuständig, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist.

Begründung des Antrags: Vor dem Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes (GestG) anerkannten verschiedene Kantone als Gerichtsstand für die Amortisation von Grundpfandtiteln den Ort des gelegenen Grundstückes (vgl. Staehelin, Basler Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., Basel 2003, Art. 870 N 5). Aus den Materialien zum GestG ist kein spezifischer Wille des Gesetzgebers ersichtlich, diese Praxis aufzugeben. Überdies gibt es zumindest bei Begehren des Gläubigers des Grundpfandtitels oder des Eigentümers des Grundstückes keinen sachlichen Grund, das Gericht am Wohnsitz des Schuldners vorzusehen, der diesfalls am Amortisationsverfahren gar nicht beteiligt ist. Wegen der Natur des Rechtsverhältnisses (örtlicher Bezug zum Grundpfand) sollte daher der Ort der gelegenen Sache als Gerichtsstand gelten. In internationalen Ver-

hältnissen können Grundpfandtitel ohnehin nur in der Schweiz am Ort des gelegenen Grundstückes kraftlos erklärt werden.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Sonderregelung ist wünschenswert, sollte aber auf analoge Tatbestände ausgeweitet werden (Partizipationsscheine, Kommandit-AG, Schuldbriefe, Ordrepapiere allgemein).

Formulierungsvorschlag Art. 39:

Für die Kraftloserklärung von *Aktien Beteiligungspapieren* ist das Gericht am Sitz der *Aktiengesellschaft Gesellschaft* zuständig. *Für die Kraftloserklärung von Schuldbriefen und Gült ist das Gericht am Ort des verpfändeten Grundstücks zuständig.*

Für Zahlungsverbote aus Wechsel, ~~und~~ Check *sowie wechselähnlichen und anderen Ordrepapieren* und für deren Kraftloserklärung *sowie Hinterlegung nach Art. 1080 Abs. 1 OR* ist das Gericht am Zahlungsort zuständig.

OGZH: Vgl. die Bemerkungen zu VE Art. 24. Die Gerichtsstände aller drei Absätze in diesem Artikel sollen *zwingend* sein.

santésuisse: *Aufhebung von Art. 13 Abs. 1 VVG*: Die örtliche Zuständigkeit für die Kraftloserklärung von Versicherungspolice sollte nicht gleichzeitig in VVG *und* ZPO geregelt sein.

SchKG-Vereinigung: Bei Schuldbriefen sollte eine Kraftloserklärung nur am Orte des Unterpfandes möglich sein. Dies ist der Ort, wo der Grundpfandgläubiger üblicherweise seinen Sitz hat und an diesem Ort überwacht er die amtlichen Blätter (vgl. hierzu auch D. Staehelin in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Art. 870 N 5).

Uni ZH: Die Sonderregelung ist wünschenswert, sollte aber auf analoge Tatbestände ausgeweitet werden (Partizipationsscheine, Kommandit-AG, Schuldbriefe, Ordrepapiere allgemein).

VSGV: Die Kraftloserklärung von Schuldbriefen hat einen engen Sachbezug zu den betroffenen Grundstücken. Obwohl im Gerichtsstandgesetz (GestG) nicht vorgesehen, sähen wir gerne einen Gerichtsstand am Ort, an dem das Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist.

### Art. 40

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Sostituendo il concetto di "domicilio d'affari", previsto nell'attuale art. 31 LForo, con "stabile organizzazione", la commissione peritale ha giustamente reso la disposizione citata conforme all'art. 10 AP, rispettivamente art. 5 LForo.

Giusta l'art. 5 LForo/art. 10 AP, il luogo della stabile organizzazione è il foro alternativo per azioni derivanti dalla gestione di un *domicilio professionale*, un *domicilio d'affari* o di una *succursale*.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Formulierungsvorschlag Art. 40:

Für die Ermächtigung zur Einberufung der Gläubigerversammlung bei Anlehensobligationen *nach Art. 1165 OR* ist das Gericht *des gegenwärtigen oder letzten Wohnsitzes oder Sitz der Schuldnerin oder des Schuldners oder bei Fehlen solcher, der geschäftlichen Niederlassung zuständig*.

Mit der Verweisung auf Art. 1165 OR wird klargestellt, dass es nur um die Gläubigerversammlung bei Anlehensobligationen nach Art. 1157 Abs. 1 OR geht (Anlehensobligationen von Schuldern mit Sitz oder Zweigniederlassung in der Schweiz unter Ausschluss von Anlehensobligationen der Gemeinwesen und unter Ausschluss von Auslandsanleihen). Die Formulierung beseitigt die Unsicherheit in Art. 31 GestG über das Verhältnis der Gerichtsstände zueinander. Der Hinweis auf den "Sitz" berücksichtigt die Tatsache, dass es sich bei den Schuldern faktisch nur um Unternehmen handelt. Eine alternative Anknüpfung an die Niederlassung ist nicht sinnvoll, da erstens Anlehensobligationen nicht von Niederlassungen ausgegeben werden und zweitens das Gericht am Sitz geeigneter ist.

OGZH: vgl. die Bemerkungen zu VE Art. 24. Die Gerichtsstände dieses Artikels sollen zwingend sein.

Art. 41

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die derzeitige Formulierung "Klagen der Anleger" "aus Kollektivanlagevertrag" ist zu eng. Es geht um den Regelungsinhalt des ehemaligen Art. 68 AFG, der einen Gerichtsstand für die in Art. 65 AFG geregelten Verantwortlichkeitsansprüche zur Verfügung stellte. Dieser galt nach der Lehre für alle Klagen gegen CH-Anlagefonds. Aktivlegitimiert ist nach der Lehre nicht nur der Anleger, sondern auch der Vertreter der Anlegergemeinschaft nach Art. 28 AFG.

Formulierungsvorschlag Art. 41:

Für Klagen *der Anleger und des Vertreters der Anlegergemeinschaft aus Kollektivanlagevertrag, einschliesslich Klagen aus Verantwortlichkeit nach Art. 65 AFG, ist das Gericht am Sitz der Fondsleitung zwingend zuständig*.

Die vorgeschlagene Änderung berücksichtigt das Klagerecht des Vertreters der Anlegergemeinschaft (Art. 28 AFG) und stellt klar, dass auch die Verantwortlichkeitsklagen zwingend beim Gericht am Sitz der Fondsleitung anzuheben sind.

Art. 42

## *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Diese Regelung befriedigt nicht. Bezüglich der materiellrechtlichen Streitigkeiten nach SchKG soll nicht das SchKG den Gerichtsstand und die Verfahrensart vorschreiben, sondern die ZPO. Ansonsten besteht die Gefahr, dass Aberkennungsprozesse ohne sachlichen Grund anders ablaufen als Anerkennungsprozesse. Es gibt keinen Grund, warum im Aberkennungsverfahren bei-

spielsweise eine Streitigkeit aus Mietrecht ohne Einigungsversuch ins ordentliche Verfahren fällt, währenddem die selbe Streitsache im Anerkennungsprozess vor der Schlichtungsbehörde im Mietwesen beginnt und danach im vereinfachten Verfahren abgehandelt wird. Auch eine Streitigkeit aus Arbeitsvertrag, die mit einer Betreuung beginnt, darf verfahrens- und kostenmässig nicht anders geregelt werden als eine Streitigkeit, die mit Einreichung der Klage beim Arbeitsgericht beginnt. Es sollte sichergestellt werden, dass mit Geltung einer Eidg. ZPO An- und Aberkennungsprozesse im gleichen Verfahren durchgeführt werden. Hier ist eine klare Regelung - allenfalls unter Anpassung des SchKG - dringend nötig. Unseres Erachtens sollte dieser Konflikt zu Gunsten des materiellen Rechts gelöst und das SchKG entsprechend geändert werden.

BE: Die mit dieser Bestimmung getroffene Lösung ist vernünftig, klar und lässt keine Lücken entstehen.

LU: Aus Gründen der Vollständigkeit und der Benutzerfreundlichkeit regen wir an, sämtliche Gerichtsstände, also auch diejenigen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, in der ZPO explizit zu erwähnen.

TI: Rispetto all'art. 1 cpv. 2 lit. b) LForo, il progetto dichiara con chiarezza che tutto quanto non è regolamentato dalla LEF lo è dal CPCF. Di conseguenza, per una "azione LEF" il foro va ricercato - prima di tutto - nella LEF medesima. In caso di silenzio il foro sarà allora determinato dal CPCF (es. art. 79 cpv. 1: azione di riconoscimento).

Questa norma è sintomatica della dispersione dei fori in più leggi, malgrado il votum dell'art. 1 CPCF. E' allora legittimo chiedersi se non era più coerente e lineare raggruppare tutti i fori civili nel CPCF, anche per dare maggiore semplicità al sistema. Ciò vale a maggiore ragione nell'ottica della facoltà concessa dalla nuova legge alle parti di agire e difendersi con atti propri (art. 61 CPCF): scelta in sé già difficile, ma che diviene proibitiva se già si scontra ad una panoplia di leggi da ricercare, dove sono codificate delle possibili norme di foro.

Il problema si pone in particolare per tre tipi di azione, tutte connesse direttamente o indirettamente alla LEF: (a) l'azione tendente all'*accertamento dell'inesistenza/estinzione/dilazione del debito ex art. 85a LEF*; (b) l'*azione in disconoscimento* (art. 83 LEF); (c) infine l'azione ordinaria in accertamento negativo.

Nel primo caso (a) vale a livello interno il foro dell'esecuzione, mentre a livello internazionale i fori usuali. Lo stesso vale, per i casi (b) e (c) a livello internazionale, mentre a livello nazionale non vale il foro dell'esecuzione, bensì la Lex Fori.

A livello internazionale il problema può diventare acuto soprattutto per l'azione ordinaria di accertamento negativo. Vi è infatti in tutto ciò un potenziale di abuso da parte del creditore all'estero, che fa spiccare un PE al quale il debitore in Svizzera interpone opposizione. Il creditore (ad. perché non dispone di riconoscimento di debito) non introduce l'istanza di rigetto dell'opposizione, né l'azione in riconoscimento della sua pretesa, ma il PE rimane (ciò nonostante) iscritto e può ledere l'immagine o il credito del debitore. Quest'ultimo, dovendo seguire i fori ordinari (ad es. il domicilio all'estero del convenuto / precettante) è sottoposto appunto a rischio di abuso.

Il problema si pone, seppure con evidente minore entità, anche a livello interno, per cui è auspicabile che per tutte queste tre azioni sia previsto (appunto a livello meramente nazionale) un foro dell'esecuzione.

Oltre allo svantaggio del foro, il debitore è sfavorito anche da un altro punto di vista, infatti con l'introduzione dell'azione di accertamento negativo deve anticipare i costi di procedura. Nel caso di un creditore temerario quindi il debitore deve anticipare spese, a volte anche elevate, per una procedura insensata.

Di questo fatto occorrerà tenere conto nello stabilire la tariffa per le spese giudiziarie e per le anticipazioni (art. 86 cpv. 4 CPCF).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Mit dieser Regelung wird eine wichtige Lücke geschlossen. Die Regelung bringt Klarheit und ist eine sinnvolle Ergänzung.

AVLU: Aus Gründen der Vollständigkeit und der Benutzerfreundlichkeit sollten sämtliche Gerichtsstände, also auch diejenigen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, in der ZPO geregelt werden.

MV: Unter dem geltenden GestG ist umstritten, ob sich bei der Aberkennungsklage die örtliche Zuständigkeit nach Art. 83 Abs. 2 SchKG richtet oder nach Art. 23 GestG (vgl. zu dieser Diskussion Ralph D. Braendli, Die örtliche Zuständigkeit für die Aberkennungsklage nach SchKG Art. 83 in mietrechtlichen Sachen nach dem neuen Gerichtsstandgesetz (GestG) in ZBJV 2003 S. 465 ff.). Diese Frage bleibt auch nach Art. 29 VE und Art. 42 VE offen. Wir befürworten die örtliche Zuständigkeit am Ort der Sache und schlagen eine entsprechende Präzisierung im VE vor.

### Art. 43

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir beantragen, die in Art. 31 BGG enthaltene Ausstandsregelung zu übernehmen. Sie ist einfacher und klarer formuliert. Mindestens sollte aber in Art. 43 VE ZPO der Ausdruck "Parteilichkeit" durch "Befangenheit" ersetzt werden, da dieser Ausdruck besser bekannt ist. Ausserdem muss in lit. c klargestellt werden, dass es nicht um eine Vorbefassung innerhalb der gleichen Instanz geht.

BE: In Art. 43 Abs. 1 sollte das Wort "*entsteht*" durch "*besteht*" ersetzt werden, weil dies nicht nur der französischen Fassung, sondern vor allem auch dem Sinn der Bestimmung besser entspricht: Es geht um einen aktuellen und nicht einen künftigen Zustand.

LU: Ob Ausstandsgründe vorliegen, lässt sich nur beurteilen, wenn den Parteien die mitwirkenden Richterinnen und Richter bekannt sind. Wir beantragen - in analoger Anwendung von § 38 ZPO/LU - die Schaffung eines neuen Artikels 43<sup>bis</sup> mit folgendem Wortlaut:

Sachüberschrift: Bekanntgabe der mitwirkenden Gerichtspersonen

*Auf Ersuchen einer Partei sind die Namen der am Verfahren mitwirkenden Gerichtspersonen bekannt zu geben. Ändert die Zusammensetzung des urteilenden Gerichts nach der Bekanntgabe, ist dies den Parteien mitzuteilen.*

Lit. a: Wir gehen davon aus, dass die Stief- und Pflegekinder unter die Generalklausel fallen. Nachdem sie bei der Regelung betreffend das Zeugnisverwei-

gerungsrecht explizit erwähnt werden, sollten die Stief- und Pflegekinder auch bei der Regelung der Ausstandsgründe aufgeführt werden.

Lit. c: Die Formulierung "als Mitglied einer (.....) gerichtlichen Behörde (...)" ist konkretisierungsbedürftig. Es kann nicht sein, dass ein Rechtsöffnungsrichter im nachfolgenden Ab- oder Anerkennungsprozess, eine Eheschutz- oder Massnahmerichterin im anschliessenden Scheidungsprozess oder ein Richter, der bereits das Schlichtungsverfahren durchgeführt hat, im anschliessenden Hauptprozess in den Ausstand treten muss.

Unklar ist, ob mit dieser Bestimmung oder allenfalls mit der Generalklausel Angestellte oder Organe einer Partei erfasst sind. Wir schlagen - in analoger Anwendung von § 39 Absatz 1c ZPO/LU - folgenden Wortlaut vor:

*Eine Gerichtsperson darf ihr Amt nicht ausüben, wenn sie Vertreterin oder Vertreter, Beauftragte oder Beauftragter, Angestellte oder Angestellter oder Organ einer Partei ist.*

Zudem muss sichergestellt werden, dass die Gerichtsschreiberinnen und -schreiber unentgeltlich Rechtsauskünfte erteilen können, ohne dass dadurch ein Ausstandsgrund entsteht. Die Erteilung von Rechtsauskünften ist weiterhin ein Bedürfnis, auch wenn sie im Entwurf nicht ausdrücklich vorgesehen ist.

NE: Le régime proposé est insuffisamment nuancé (art. 43 à 45). Il vaudrait mieux distinguer entre les motifs d'inhabilité et les motifs de récusation au sens étroit (voir par exemple l'art. 70 CPC neuchâtelois), cas dans lequel le magistrat exerce normalement ses fonctions tant qu'il n'a pas été récusé par l'une des parties.

OW: Art. 43 schreibt vor, dass eine Gerichtsperson in den Ausstand treten muss, wenn sie schon in einer andern Stellung gehandelt hat, insbesondere als Mitglied einer administrativen oder gerichtlichen Behörde (vgl. Bst. c). Es stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung nicht zu eng gefasst ist. Die vergleichbare Bestimmung in Art. 14 Abs. 1 Bst. b GOG Obwalden sieht vor: "Die vorausgegangene Amtstätigkeit des Gerichtspräsidiums stellt jedoch keinen Ausschlussgrund für die Behandlung der Hauptsache dar." Es dürfte sinnvoll sein, eine entsprechende Bestimmung auch für die vorangegangenen Prozesshandlungen des gemäss Art. 114 mit der Instruktion des Prozesses beauftragten Mitgliedes des Gerichts vorzusehen.

SH: Das Wort "Vormündin" in lit. b ist ein sprachliches Unding.

TI: La presente norma riassume gli art. 26 e 27 CPC. L'AP, a differenza del CPC che suddivide "artificialmente" i motivi di *esclusione* e quelli di *ricusazione*, elenca tutti i motivi in una norma sola.

L'art. 43 CPCF riprende in sintesi l'art. 26 CPC mentre omette di menzionare quella che è invero la situazione topica per una ricusazione, ossia la grave inimicizia tra il giudice e le parti, prevista invece all'art. 27 lit. a) CPC. Sarebbe opportuno, proprio per l'importanza di questa causale, di aggiungere alla lista dell'art. 43 CPCF la "grave inimicizia o altro importante coinvolgimento personale".

ZG: Bst. c: Diese Bestimmung bedeutet gegenüber der heutigen Regelung im Kanton Zug eine Verschärfung. Zu einschränkend ist dabei die Vorschrift, wonach zwingend in den Ausstand zu treten hat, wer in einer anderen Stellung als Mitglied einer gerichtlichen Behörde handelte. Das würde beispielsweise bedeu-

ten: Wenn jemand als Mitglied der Justizkommission über eine prozessleitende Frage zu urteilen hatte, könnte diese Person in der gleichen Streitigkeit nicht mehr als Mitglied der Zivilkammer über die materiellen Ansprüche urteilen. Wenn dabei jedes Mal ein Ausstandsgrund anzunehmen wäre, könnte dies insbesondere in kleineren Kantonen zu personellen Engpässen führen. Die gesetzlichen Bestimmungen sollten nicht weiter gehen als die aktuelle Bundesgerichtsrechtsprechung (vgl. BGE 126 I 73).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Der Begriff "Anschein" in Abs. 1 ist nach Ansicht der CVP schwierig zu interpretieren.

LPS: Les dispositions proposées en matière de récusation (art. 43 à 45) paraissent insuffisantes dans la mesure où elles n'opèrent aucune distinction entre les cas d'inhabilité et les cas de récusation proprement dite. Les conséquences ne sont pourtant pas les mêmes. Dans les cas d'inhabilité, en particulier lorsqu'il est directement intéressé à la cause, lorsqu'il est parent ou allié d'une des parties ou lorsqu'il a précédemment agi dans la cause à un autre titre, le juge ne peut pas fonctionner, et il est tenu de se récuser d'office; les actes de procédure auxquels il a participé sont tous annulables. Dans les autres cas, lorsqu'il existe une apparence de partialité, le juge peut se récuser lui-même ou être récusé par les parties; s'il ne se récuse pas lui-même, il exerce valablement ses fonctions tant qu'il n'a pas été récusé par l'une des parties.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: lit. c: Selon l'article 195 al. 1 lit. a de l'avant-projet, les autorités de conciliation auront toujours un rôle de conseil des parties. Cependant, elles auront également la compétence de faire des propositions de jugement au sens de l'article 204 de l'avant-projet. Il faut donc empêcher que cela soit les mêmes personnes qui conseillent et qui statuent. Or, cela risque d'être souvent le cas, en particulier devant les autorités de conciliation communales qui souffrent de manque de personnel. Pour le surplus, nous vous renvoyons à nos commentaires à l'article 191.

AVLU: Ob Ausstandsgründe vorliegen, lässt sich nur beurteilen, wenn den Parteien die mitwirkenden Richterinnen und Richter bekannt sind. Es ist daher sicher zu stellen, dass die Parteien die Namen der am Verfahren mitwirkenden Richter bei Bedarf in Erfahrung bringen können. Die Luzerner ZPO enthält in § 38 eine entsprechende Regelung, die sich in der Praxis bewährt hat. Wir schlagen daher vor, vor Art. 43 folgende Bestimmung neu aufzunehmen:

*Art. 42<sup>bis</sup> Bekanntgabe der mitwirkenden Richter*

*<sup>1</sup> Auf Ersuchen einer Partei sind die Namen der am Verfahren mitwirkenden Richter bekannt zu geben.*

*<sup>2</sup> Ändert die Zusammensetzung des urteilenden Gerichts nach der Bekanntgabe, ist dies den Parteien mitzuteilen.*

FER: La question se pose également de savoir s'il est de la compétence de la commission d'experts de prévoir dans cet avant-projet des règles relatives à la récusation des magistrats et autres fonctionnaires judiciaires (art. 43 à 45 AP). Pour justifier son intervention en cette matière, la commission d'experts se base en effet sur des principes constitutionnels (juge impartial et indépendant) que les cantons doivent déjà scrupuleusement veiller à respecter.

Cette intrusion dans le domaine de compétence des cantons semble être à la Fédération d'autant plus injustifiée que, le cas échéant, les parties concernées bénéficient de voies de recours leur permettant de se prévaloir du non-respect de ces principes.

Dans son commentaire, la commission d'experts précise d'ailleurs à ce sujet que les cantons doivent édicter une règle établissant la procédure à suivre pour la récusation des magistrats et autres fonctionnaires judiciaires. Au niveau de la systématique de la loi, l'intervention du législateur fédéral n'apparaît dès lors pas être souhaitable.

FSA: Faut-il prévoir que le juge de la conciliation ou médiateur ne peut pas fonctionner ultérieurement comme juge (lettre c)? Après des débats nourris de sa commission et vu la jurisprudence nuancée rendue sur cette question par le Tribunal fédéral (voir par exemple ATF 119 la 81, cons. 4b; voir également la décision de la Commission fédérale de la communication du 25 avril 2003, VPB/JAAC 67 no 90), la FSA se rallie au texte de l'avant-projet.

KassZH: Bst. a: Es sollte Kongruenz bestehen betreffend Ausstand von "Ehegatten und Lebenspartnern" einerseits sowie Verwandten oder Verschwägerten und deren Ehegatten und Lebenspartnern andererseits.

Bst. b: Hier müsste - neben Vormund/Vormündin und Beistand/Beiständin - auch die Beirätin und der Beirat (Art. 395 ZGB) erwähnt werden.

Bst. c: Neben den erwähnten Konstellationen ist zusätzlich das Handeln als Organ oder Arbeitnehmer einer juristischen Person zu nennen; diese Konstellation fällt nicht unter das Handeln als Bevollmächtigter.

MV: Abs. 1 lit. c: Wir unterstützen diese Ausstandsgründe. Gemäss Art. 195 Abs. 1 lit. a VE hat allerdings die Schlichtungsbehörde die Parteien auch zu beraten. Dazu bemerkt der Vorentwurf richtigerweise, ein späteres Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien dürfe dann aber nicht durch die selben Personen durchgeführt werden. Damit sind aber kleine, kommunale Schlichtungsbehörden personell überfordert. Wir unterbreiten Ihnen deshalb in unserer Stellungnahme zu Art. 191 VE einen Vorschlag, um dieses Problem zu lösen.

OAFRI: Il y a lieu de distinguer les cas de récusation obligatoire et les cas de récusation facultative.

suisa: Obwohl der Ingress dieser Bestimmung als Auffangtatbestand formuliert ist ("Anschein der Parteilichkeit") erscheint es uns notwendig, den Katalog der zwingenden Ausstandsgründe (Ausschluss) um die folgenden zu erweitern: Wahrscheinlichkeit der Rückgriffsklage; Pflegekindverhältnis; Teilnahme als Schiedsrichter; Annahme oder Versprechenlassen von Geschenken oder anderen Vorteilen (vgl. § 95 ZPO ZH).

Der VE unterscheidet nicht zwischen Ausschluss und Ablehnung. Es erscheint uns jedoch sinnvoll, auch blosser Ablehnungsgründe in die ZPO aufzunehmen, insbesondere: Mitgliedschaft in einer am Streit beteiligten juristischen Person; Freundschaft, Feindschaft, Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis; andere Umstände des Anscheins einer Befangenheit (vgl. § 96 ZPO ZH). Zum Verfahren kann auf §§ 97 bis 102 ZPO ZH verwiesen werden.

Uni LA: Dans le cadre de son parti pris de simplicité, l'AP a renoncé à faire la distinction, que connaissent actuellement de très nombreux droits cantonaux et les articles 22 ss OJF, entre récusation obligatoire et récusation facultative. C'est

une option défendable, mais elle a l'inconvénient de laisser sans solution l'hypothèse où un magistrat a avec la cause un lien qui pourrait faire songer à une récusation, mais sans que lui-même estime celle-ci nécessaire. En effet, dans le système proposé, il n'y a pas de place pour un avis obligatoire tel celui prévu par l'article 24 OJF, dans lequel le magistrat laisse au fond les parties apprécier si, averties de ce lien, elles souhaitent ou non entreprendre une procédure de récusation.

L'article 44 AP prévoit que l'autorité de récusation est le tribunal saisi du principal. Là aussi, c'est une option possible, mais elle est contraire à la tradition de nombreux cantons, dont le canton de Vaud, où les récusations de magistrats sont jugées par une autorité supérieure (une cour du TC). Même si elle peut très légèrement ralentir le traitement de la requête, cette dernière solution paraît préférable dans la mesure où elle assure une meilleure unité de la pratique des récusations et où elle pourrait donner un sentiment d'objectivité plus grand.

Si le projet était modifié dans ce sens, il faudrait naturellement choisir entre une décision de l'autorité supérieure directement susceptible de recours au TF, ce qui abrègerait la procédure de récusation (mais devrait être expressément prévu par le CPC suisse, s'agissant d'une dérogation à la règle de la double instance cantonale), ou un recours interne, rien n'empêchant de prévoir par exemple que les décisions d'une cour de récusation du tribunal cantonal soient susceptibles de recours à une autre cour du même tribunal.

Le respect de la souveraineté cantonale en matière d'organisation judiciaire pourrait d'ailleurs justifier que le choix soit laissé aux cantons de confier les requêtes de récusation au tribunal saisi du fond ou à une autre autorité...

Lesdits articles 43 à 45 AP ne réglementent pas la récusation en corps du tribunal, ni la récusation d'un magistrat unique. Selon le commentaire, il s'agit de points qui doivent être réglés par l'organisation judiciaire cantonale. C'est effectivement judicieux et respectueux de la nouvelle répartition des compétences entre droit fédéral et droit cantonal. Les articles 43 à 45 AP donnant toutefois l'apparence de régler exhaustivement la question, on pourrait songer à y inclure un renvoi exprès à la législation cantonale sur ces points.

Uni NE: Les trois hypothèses de récusation citées par l'article 43 concernent des cas de récusations objectives (les lettres d et c se confondent d'ailleurs). Ne faudrait-il pas mentionner un cas de récusation subjective (par exemple, comportement du magistrat d'où résulte une apparence de partialité) ?

Uni ZH: Es ist darauf zu achten, dass die Bestimmungen über den Ausstand mit denjenigen in der neuen schweizerischen Strafprozessordnung koordiniert werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 17 ff.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Es fragt sich, ob auf dieses Kapitel nicht verzichtet werden sollte. Ausstandsrecht ist im Grunde genommen Gerichtsverfassungsrecht und hat seine Rolle auch im Straf- und im Verwaltungsprozess. Bei Gerichten insbesondere, welche sowohl in Strafsachen als auch in Zivilsachen tätig sind, führt die Doppelspurigkeit von zumindest vorläufig noch kantonalem Recht im Strafprozess und eidgenössischem Recht im Zivilprozess zu unnötigen Komplikationen. Die Autorität

des Bundesgerichts in diesen Fragen ist durch Art. 30 Abs. 1 BV in jedem Fall gewährleistet.

Soll aber das Thema in die ZPO aufgenommen werden, so ist die herkömmliche Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen beizubehalten. Eine Gerichtsperson kommt erfahrungsgemäss ausserhalb der Fälle von Art. 43 lit. a - c VE kaum je auf den Gedanken, bei ihrer Mitwirkung entstehe der Anschein der Parteilichkeit und es gibt Fälle, die sich vom Standpunkt der betroffenen Partei in einer Weise umschreiben lassen, wie sie vom Gesetz nur durch eine selbständige, nicht mit den Ausschlussgründen verbundene Generalklausel erfassbar sind (vgl. die eindrückliche Liste bei ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 35-39 zu § 96 GVG).

Art. 44

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der 1. Satz von Art. 44 Abs. 2 VE sollte wie folgt ergänzt werden:

*<sup>2</sup> Die Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dies dem Gericht unverzüglich zu beantragen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat, sonst verwirkt der Ablehnungsanspruch. Der Ausstandsgrund ist glaubhaft zu machen.*

Es erschiene zudem sinnvoll, den im Begleitbericht zu Art. 44 Abs. 3 VE erwähnten Verweis auf das kantonale Recht in die Bestimmung selbst zu integrieren, indem diese in etwa wie folgt ergänzt würde:

*Im Übrigen ist es Sache des kantonalen Rechts zu regeln, wer über den Ausstand von Einzelrichtern sowie aller Gerichtsmitglieder von Kollegialgerichten zu befinden hat.*

FR: Al. 2: il vaudrait mieux indiquer expressément que la tardiveté entraîne la péremption (*ajouter sous peine de déchéance après "motif de récusation"*).

SZ: Es kommt im Gerichtsalltag immer wieder vor, dass eine Partei eine Beurteilung zu verhindern versucht, indem sie völlig haltlose und pauschale Ausstandsbegehren gegen ganze Gerichte stellt. Die Vorschriften über den Ausstand sollten deshalb eine Vorschrift enthalten, wonach auf offensichtlich missbräuchliche Ausstandsgesuche nicht einzutreten ist und das Verfahren ohne Ausstand der betroffenen Personen weitergeführt werden kann. Dies gilt vor allem für pauschale Ablehnungen von mehreren Personen ohne nähere Spezifizierung (vgl. BGE 114 Ia 278, Erw. 1; BGE vom 25. Juni 2001 [7B.121/2001], Erw. 2; BGE vom 23. August 2001 [1P.522/2001], Erw. 2).

TI: Giusta l'art 31 cpv. 1 CPC-Ti nel caso di esclusione o di ricusazione del giudice il corso della causa rimane sospeso. L'art. 44 AP non si esprime sugli effetti della ricusazione. Tuttavia secondo il TF (DTF del 10 giugno 2003, 4P.263/2002) la procedura di ricusazione davanti al giudice non ha per principio l'effetto sospensivo e non impedisce il proseguimento della procedura. Il Tribunale mantiene dunque la competenza di emanare una sentenza, con il rischio di vederla annullare se il motivo di ricusazione deve essere ammesso.

Visto che il progetto è silente al riguardo di questo importante quesito sarebbe invero utile di codificare la soluzione legislativa esplicitamente: o quella del CPC-Ti, oppure quella menzionata qui sopra.

Riteniamo che, tra le due possibilità, si debba optare per la prima, ossia il corso della causa deve rimanere in sospeso, ciò nell'ottica dell'economia processuale e per garantire la necessaria "genuinità" all'istruttoria (v. infra).

L'AP non prevede alcun termine preciso (*senza indugio*) per presentare l'istanza di ricusa, occorre comunque ricordare che secondo il principio della buona fede, anche se la legge non prevede alcun termine, la parte che non agisce immediatamente dopo la conoscenza del motivo di ricusa perde il diritto di farlo valere ulteriormente.

Suggeriamo pertanto di sostituire "in tempo utile" (cpv. 1) e "senza indugio", con "immediatamente".

Cpv. 3: Il diritto cantonale deve stabilire l'autorità competente a pronunciarsi sulle istanze di rikusazione, si propone quindi di riprendere il cpv. 1 dell'art. 30 CPC (con la seguente modifica):

*La cognizione dei motivi di rikusazione e di esclusione del giudice di pace spetta al pretore della giurisdizione; quella del pretore e del segretario assessore alla Camera civile del Tribunale di appello.*

Attualmente, la situazione in cui il pretore decide sulla ricusa del segretario assessore è anomala, in quanto entrambi formano un team, appartengono alla medesima autorità giudicante. Viene a mancare insomma quel distacco istituzionale che è invece il primo elemento di garanzia per un giudizio sereno, anche agli occhi dei destinatari.

ZH: Nach Art. 44 Abs. 1 tritt eine Gerichtsperson von sich aus in den Ausstand und legt den Ausstandsgrund "rechtzeitig" offen. Es bleibt unklar, was "rechtzeitig" bedeutet. Für eine sinnvolle Konkretisierung verweisen wir auf die Stellungnahmen des OG und des AVZH zu Art. 44.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Für den zwar eher seltenen Fall, dass das ganze Gericht in den Ausstand treten muss, ist nicht bestimmt, wer über diesen streitigen Fall zu entscheiden hat. Hier drängt sich eine ergänzende Regelung auf.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: "Rechtzeitig" ist zu unbestimmt. Erforderlich ist *unverzügliches* Handeln. Ferner muss nicht nur die Offenlegung, sondern auch der Rücktritt unverzüglich erfolgen, soweit die Gerichtsperson den Ausstandsgrund als gegeben erachtet.

Formulierungsvorschlag Art. 44:

*Die betroffene Gerichtsperson legt einen möglichen Ausstandsgrund unverzüglich offen und tritt von sich aus in den Ausstand, wenn sie einen Ausstandsgrund für gegeben erachtet und legt den Ausstandsgrund rechtzeitig offen.*

FSA: Le qualificatif "aussitôt" a suscité des discussions. Etant donné que l'exigence est connue de plusieurs textes légaux (art. 180 al. 2 LDIP, art. 25 OJ, art. 20 CIA) et qu'elle a été précisée par le Tribunal fédéral (voir notamment ATF 126 III 249, cons. 3c et d), la FSA se rallie au texte de l'avant-projet.

GGD ZH: *Abs. 1*: Nicht nur die Offenlegung muss rechtzeitig erfolgen, sondern auch das Inausstandtreten. Im übrigen ist der normative Gehalt des Ausdrucks "rechtzeitig" sehr klein. Die Meinung ist wohl, dass die Offenlegung erfolgen soll, sobald der Ausstandsgrund erkannt wird. Mit Blick auf die einschneidenden Folgen der Verletzung von Ausstandsvorschriften (Art. 45) sollte ferner unterschieden werden zwischen *möglichen* Ausstandsgründen und Ausstandsgründen, die die Gerichtsperson *sicher* für gegeben erachtet.

*Art. 44 Ausstandsverfahren*

<sup>1</sup> *Die betroffene Gerichtsperson legt einen möglichen\_Ausstandsgrund unverzüglich offen und tritt, wenn sie ihn für gegeben erachtet, von sich aus in den Ausstand.*

KassZH: Es sollte im Rahmen der Gerichtsorganisation den Kantonen überlassen werden, ob über ein Streitiges Ausstandsbegehren von dem mit der Sache befassten Gericht entschieden wird (wie dies Absatz 3 offenbar zwingend vorsieht) oder ob dafür ein anderes (z.B. oberes) kantonales Gericht zuständig sein kann.

OAFRI: Articles 44 et 45: En cas de récusation obligatoire, le juge est inhabile et il ne doit pas y avoir de délai de déchéance, sauf abus manifeste. L'admission de la demande de récusation doit entraîner, sauf si les parties y renoncent, l'annulation de tous les actes accomplis jusqu'alors, à l'exception de ceux qui ne sauraient être renouvelés.

Il n'est pas raisonnable d'impartir un délai légal particulièrement court à la partie qui dépose une demande de récusation facultative, ce pour formuler ses conclusions en annulation. Il est amplement suffisant que, le juge impartisse aux parties un bref délai à cet effet, lorsque la récusation est admise.

OGZH: Es scheint uns zu wenig klar, was mit dem "rechtzeitigen" Offenlegen eines Ausstandsgrundes gemeint ist, und der Ablauf (Offenlegen führt zum Ausstand) scheint uns unrichtig dargestellt. Ferner möchten wir klar stellen, wie sich eine Gerichtsperson zu verhalten hat, welche einen "weichen" Ausstandsgrund erkennt (bspw. frühere berufliche oder soziale Kontakte zu einer Partei oder zu einem Vertreter, welche nicht den Grad einer Freundschaft erreichen).

Vorschlag:

*Abs. 1 Die betroffene Gerichtsperson legt einen möglichen Ausstandsgrund unverzüglich offen und tritt von sich aus in den Ausstand, wenn sie einen Ausstandsgrund für gegeben erachtet.*

Uni NE: La procédure de récusation est réglée de manière trop schématique. L'article 44 al. 3 prévoit que la récusation est examinée en procédure sommaire par le tribunal saisi du principal. Qu'en est-il si le tribunal est composé d'un unique juge ?

Apparemment la demande de récusation peut être faite oralement. Qu'en est-il de la demande par laquelle une partie requiert que les actes soient annulés ? Auprès de qui cette demande doit-elle être déposée ?

De plus, le régime proposé est insuffisamment nuancé. Il vaudrait mieux distinguer entre les motifs d'inhabilité et les motifs de récusation au sens étroit (voir par exemple l'art. 70 CPC neuchâtelois), cas dans lequel le magistrat exerce normalement ses fonctions tant qu'il n'a pas été récusé par l'une des parties.

suva: Abs. 2: Es ist eine klare Frist, innerhalb welcher der Ausstand einer Gerichtsperson geltend gemacht werden kann, vorzusehen.

Art. 45

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Gegen die Vorschrift von Abs. 1 ist nichts einzuwenden, wenn sie wie folgt zu verstehen ist: Amtshandlungen, an denen eine Gerichtsperson mitgewirkt hat, gegen die ein Ausstandsbegehren angestrengt wurde, bleiben dann auf jeden Fall gültig, wenn das Begehren abgewiesen wurde, und zwar unabhängig davon, ob die Amtshandlung vor oder nach der Gesuchstellung stattgefunden hat. Wäre ihr ein weitergehender Sinn beizumessen, müsste sie als zu ausgedehnt einschränkender formuliert werden.

BE: Unklar ist, in wessen Zuständigkeit die Kompetenz zur Aufhebung der Amtshandlungen fällt, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat (Abs. 1). Dasselbe gilt für die Frage, wer den Prozess weiterführt, wenn keine Aufhebung dieser Amtshandlungen beantragt wird. Zumindest in der künftigen Botschaft sollten die entsprechenden Präzisierungen vorgenommen werden.

BL: Das Verhältnis zwischen der Ergreifung eines Rechtsmittels und dem Antrag, die Amtshandlung sei aufzuheben und zu wiederholen, sofern eine Partei innert 5 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes dies verlangt, ist unklar. Kann im Falle der Ergreifung eines Rechtsmittels innert Frist (in der Regel länger als 5 Tage) auch der Ausstand gerügt und die Aufhebung respektive Wiederholung der Amtshandlung beantragt werden oder ist dieses Begehren gemäss Art. 45 Abs. 1 immer neben dem Rechtsmittel einzureichen?

Weiter fehlt eine Regelung, wie dieser Antrag gemäss Abs. 1 eingereicht werden muss. Reicht ein Antrag mit dem Begehren, eine Begründungsfrist anzusetzen oder ist der Antrag schon schriftlich begründet einzureichen? Es wird daher vorgeschlagen, die Frist zur Stellung des Antrags auf 10 Tage zu verlängern und gleichzeitig eine schriftliche Begründung zu verlangen.

*Antrag:* Neuformulierung von Abs. 1 wie folgt (Ergänzungen kursiv):

<sup>1</sup> Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes *schriftlich und begründet* verlangt.

LU: Es besteht keine sachliche Notwendigkeit, die Frist zur Geltendmachung der Verletzung der Ausstandsvorschriften auf fünf Tage zu beschränken. Insbesondere dürfte eine Rücksprache der Anwälte mit ihren Klienten während dieser kurzen Frist schwierig sein. Eine Verlängerung der Frist auf zwanzig Tage ist hinreichend lang, um die erforderlichen Abklärungen zu treffen, jedoch nicht so lang, dass dadurch die Gefahr einer ungebührlichen Verfahrensverzögerung entstehen würde.

SH: Gegen die Vorschrift von Abs. 1 ist nichts einzuwenden, wenn sie wie folgt zu verstehen ist: Amtshandlungen, an denen eine Gerichtsperson mitgewirkt hat, gegen die ein Ausstandsbegehren angestrengt wurde, bleiben dann auf jeden Fall gültig, wenn das Begehren abgewiesen wurde, und zwar unabhängig davon, ob die Amtshandlung vor oder nach der Gesuchstellung stattgefunden

hat. Wäre ihr ein weitergehender Sinn beizumessen, müsste sie als zu ausge- dehnt einschränkender formuliert werden.

TI: Questa norma affronta il quesito circa la validità degli atti processuali disposti da un magistrato validamente ricusato. Il problema assume maggiore peso rispetto alla situazione attuale, stante la soluzione codificata nel CPC-ti (art. 31 cpv. 1), che non è necessariamente la stessa del CPCF.

Il principio del CPCF è in sé semplice: quegli atti vanno annullati e ripetuti, ciò che comporta due problemi: (a) il primo con riguardo alle prove irripetibili (ad. es perché il testimone è deceduto), (b) il secondo con riferimento all'economia processuale, poiché vi è il rischio di annullare così delle istruttorie protrattesi per anni.

Il CPCF soccorre in entrambi i casi:

(a) cpv. 2: stante l'insita violazione del principio dell'oralità che comporta questa scelta legislativa, sarebbe forse più opportuno aggiungere in fine (il tribunale giudicante può considerare le misure probatorie che non possono essere ripetute): *secondo prudente apprezzamento*.

(b) il cpv. 1 introduce un termine di perenzione di 5 giorni affinché una parte possa chiedere la ripetizione di atti. Questa norma, comprensibile nell'ottica dell'economia processuale, non risolve il problema che sta a monte. Difatti, è noto che la ripetizione di atti istruttori comporta la perdita in "genuinità", soprattutto se occorre ripetere delle audizioni testimoniali. Inoltre, è assai probabile che l'una o l'altra parte, a dipendenza della piega presa dall'istruttoria compiuta fino ad allora, voglia ripetere questo o quell'atto, meramente a scopi strategici. Il giudice non avrà allora alcuna latitudine di sanzione o di contenimento al riguardo, visto che l'art. 45 cpv. 1 CPCF non lo prevede.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die in Art. 45 Abs. 1 vorgesehene Frist von 5 Tagen ist u.E. zu kurz. Es ist ausserdem nicht einsehbar, wieso ein Ausstandsgrund im Fall von Art. 44 Abs. 2 "unverzüglich", in demjenigen von Art. 45 Abs. 1 jedoch innert Frist angezeigt werden soll.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Diese Bestimmung führt bisher meist nicht geregelte Grundsatzfragen einer gesetzlichen Regelung zu. Gegenüber der bundesrechtlichen Regelung in Art. 28 OG ist die Frist von 10 Tagen zur Geltendmachung des Ausstandsgrundes seit dessen Kenntnis erheblich verkürzt. Bei der Zulässigkeit der Berücksichtigung von nicht wiederholbaren Beweismassnahmen durch das Gericht stehen die Prinzipien von Formalismus und materieller Wahrheitsfindung in einem gewissen Spannungsverhältnis. Der Entwurf bringt diesbezüglich eine klare Stellungnahme zugunsten der materiellen Wahrheitsfindung.

Sinnvoller weise sollte Art. 124 ergänzt werden um die Vorschrift, dass auf den Vorladungen die teilnehmenden Gerichtspersonen mitzuteilen sind.

AVLU: Gemäss der vorgeschlagenen Regelung müssen die Parteien innert fünf Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes reagieren. Zwar ist eine kurze Frist sinnvoll, sollen doch die Parteien das Verfahren durch die Geltendmachung einer Verletzung von Ausstandsvorschriften nicht verzögern können. Es besteht jedoch keine sachliche Notwendigkeit, diese Frist auf fünf Tage zu beschrän-

ken. Eine Rücksprache mit dem Klienten ist innert dieser Zeit - insbesondere, wenn ein Teil der Frist auf ein Wochenende fällt - kaum möglich. Eine Verlängerung der Frist auf zwanzig Tage ist hinreichend lang, um die erforderlichen Abklärungen zu treffen, jedoch nicht so lang, dass dadurch die Gefahr einer ungebührlichen Verfahrensverzögerung bestehen würde.

AVZH: Die in Abs. 1 vorgeschlagene Frist von 5 Tagen ist zu kurz; 20 Tage wäre angemessen.

FSA: Le délai de cinq jours de l'article 45 al. 1 est beaucoup trop court. Il sera souvent nécessaire que le mandataire d'une partie consulte son client si bien qu'un délai de dix jours est un minimum.

GGD ZH: Abs. 1 und 3 können sprachlich verbessert werden.

Art. 45 Verletzung der Ausstandsvorschriften

<sup>1</sup> Amtshandlungen, an denen (...) mitgewirkt hat, *werden aufgehoben und wiederholt*, sofern dies (...)

<sup>3</sup> *Wird ein Ausstandsgrund erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt*, kann er mit Revision geltend gemacht werden.

KassZH: Es ist nicht einsichtig, weshalb ein nachträglich entdeckter Ausstandsgrund gemäss Absatz 3 ausschliesslich mit Revision geltend zu machen ist. Dies ist sinnvoll im Falle der rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens (so auch Bericht S. 32); in den anderen Fällen kann das jeweils noch zulässige Rechtsmittel ergriffen werden.

Vorschlag: Ein Ausstandsgrund, der erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt wird, kann *mit dem in diesem Zeitpunkt zulässigen Rechtsmittel geltend gemacht werden*.

Uni BE: Abs. 3: beseitigen der Revision.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Zu streichen oder anders zu formulieren ist Art. 45 Abs. 2 VE. Es kann nicht dem Ermessen eines Gerichts überlassen bleiben, ob Beweismassnahmen (besser wohl "Beweisergebnisse) zu berücksichtigen sind oder nicht.

Art. 46

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Diese Bestimmung sollte wie folgt ergänzt, resp. abgeändert werden: "Auf eine Klage, ein Gesuch *oder ein Rechtsmittel* tritt das Gericht nur ein, wenn...".

JU: Al. 1: Cette disposition mériterait d'être précisée. Interprété en regard de sa note marginale et de l'article 54 al. 2 litt. a AP, l'intérêt digne de protection que le demandeur ou le requérant doit avoir pour que son action soit recevable semble être un intérêt juridique. Le corps du texte devrait alors le mentionner.

Toutefois, la question de la recevabilité de l'action en lien avec l'existence d'un tel intérêt est problématique. On constate, en se référant à l'ATF 120 II 5 cité dans le rapport explicatif à la page 33 ou à d'autres arrêts, notamment l'ATF 127 III 429 qui s'appuie sur l'arrêt cité, que l'intérêt digne de protection visé par l'article 46 al. 1 AP est un intérêt à recourir, c'est-à-dire un intérêt pratique et actuel. S'il s'agit bien de cela, on se trouve alors effectivement en présence

d'une condition de recevabilité du procès. En revanche, si l'on entend par là que le demandeur ou le requérant n'a pas la qualité pour agir (légitimation active), c'est-à-dire qu'il n'est pas titulaire du droit dont il demande la protection judiciaire, on est en présence d'une condition (préalable) au fond qui fait défaut.

L'article 46 al. 1 AP n'est donc pas très clair. Cette question mériterait d'être élucidée, notamment par l'utilisation d'une terminologie dénuée d'ambiguïté.

Les considérations qui précèdent s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'article 54 al. 2 litt. a AP.

TI: Presupposto di ogni azione è la presenza di un interesse a che le domande poste siano oggetto di una decisione giudiziale. Un sifatto interesse sussiste allorquando l'intervento del giudice diviene necessario per far prevalere il diritto materiale.

La parte invece che commette un abuso di diritto non è protetta. In particolare sono considerati abusi di diritto i seguenti casi:

- condurre un processo in modo temerario (mala fede)
- sostenere volontariamente fatti non veri
- quando ci si rivolge al giudice dopo che sia decorso un termine (es. art. 281 CC)
- se il creditore avvia una causa tendente al pagamento dell'importo che gli spetta, senza preliminarmente diffidare il debitore, pur sapendo che il debitore è solvibile, non contesta la pretesa e per di più non ha alcuna intenzione di non pagare l'importo.

L'importanza dell'abuso di diritto consiglia di menzionarlo nella legge, riformulando il cpv. 1, aggiungendo in coda allo stesso: "... e non si ravveda un abuso di diritto".

ZG: Abs. 1: Eine weitergefasste Formulierung ("Begehren" statt "Klage oder Gesuch), wie im Mitberichtsverfahren vorgeschlagen, erachten wir in Übereinstimmung mit dem Obergericht als nicht notwendig.

Abs. 2: Es stellt sich hier die Frage, wie es sich mit Zivilprozessen ausserhalb der im Bericht erwähnten Art. 78, Art. 89 Abs. 1, Art. 106 Abs. 1 und Art. 260a Abs. 1 ZGB verhält. Gemäss § 85 Abs. 3 des zugerischen Gemeindegesetzes (GG; BGS 171.1) bedarf der Gemeinderat zur Anhebung einer zivilrechtlichen Klage einer Vollmacht der Gemeindeversammlung.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Titel: Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen: Die CVP schlägt vor, den Beschleunigungsgrundsatz als allgemeiner Verfahrensgrundsatz aufzunehmen und dafür die Fristen allgemein etwas grosszügiger auszugestalten.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Abs. 2 streichen: Unnötig, z.T. hinderlich. Er könnte z.B. ein Gemeinwesen daran hindern, in Wahrnehmung öffentlicher Interessen (z.B. an einem geordneten Schulbetrieb) eine nachbarrechtliche Klage (z.B. gegen übermässige Immissionen, die den Schulbetrieb stören) einzureichen.

Uni BE: Abs. 1: "rechtlich und tatsächlich" ist hier eine Leerformel und soll weg.

Abs. 2: "Behörde" heisst wohl "Administrativbehörden" und sollte so (im Plural) lauten.

Uni LA: Al. 2: Selon le commentaire, cette disposition ne réserverait l'intervention d'une autorité que dans les cas pour lesquels le droit matériel privé confère explicitement un droit d'action aux autorités. D'une part, la tradition juridique, notamment romande, permet une intervention officielle plus large, en légitimant en particulier le Ministère public, dans certaines contestations civiles, en particulier du droit de la famille. De telles interventions n'ont jamais été considérées comme inadmissibles au regard du droit matériel et doivent pouvoir être maintenues. Ce passage du commentaire semble en outre perdre de vue l'idée que l'intervention d'une autorité peut aussi se justifier dans le cadre de la procédure gracieuse. Il y a peut-être de surcroît des cas où l'intervention d'une autorité doit être prévue dans le cadre du droit privé cantonal, du moins si l'idée de soumettre les litiges de cette nature au CPC suisse subsiste. Il conviendrait dès lors de préciser que la loi réservée à l'art. 46 al. 2 AP vise aussi bien le droit cantonal que le droit fédéral.

Uni NE: L'article 46 indique que les demandes et requêtes sont irrecevables faute d'intérêt digne de protection. Cet alinéa fait double emploi avec la lettre a) de l'article 54 al. 1, et n'emploie d'ailleurs pas les mêmes termes puisque à l'article 54 il est fait référence à un intérêt *juridique* digne de protection. Il convient de plus de relever que l'article 46 fait référence aux "*demandes*" et "*requêtes*" alors que ces deux expressions ne sont nulle part définies dans la loi, ce qui est problématique.

On considère généralement que la requête est simplement une forme spécifique de la demande. Dans certains cantons, la requête est l'acte ayant pour destinataire le juge alors que la demande a pour destinataire la partie adverse et ne fait que transiter par le tribunal. Les dispositions spéciales de l'avant-projet ne disent rien à cet égard. Ainsi, par exemple, on ne sait pas si, en procédure ordinaire, la demande est formellement adressée à la partie adverse ou au juge.

Art. 47

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Scritto in questi termini il concetto di "buona fede" è molto vasto e rischia di sovvertire una regola prevista dalla legge. Ad esempio nell'ambito del monopolio degli avvocati una parte non può sostenere che, in buona fede, si fa rappresentare dalla madre.

Testualmente la formulazione è pure un poco contorta in lingua italiana. Si suggerisce il seguente nuovo testo: "Tutte le persone che partecipano al processo devono rispettare il principio della buona fede".

Il Giudice, per determinare che esigenze pone il principio della buona fede, quale grado di diligenza deve essere adottato dalle parti, se c'è abuso di diritto, ecc., può adempiere correttamente il suo compito solo *wenn er Anschauungen eines ehrlichen Geschäftsverkehr mitberücksichtigt*.

Quanto sopra esposto verrebbe chiarito con l'aggiunta di un capoverso: *Il tribunale nell'applicazione e interpretazione della legge tiene anche conto del principio della buona fede*, tenendo comunque presente che l'obbligo di comportarsi secondo le regole della buona fede è imposto a tutte le persone che partecipano al processo: parti, periti, giudici, ecc.

ZG: Eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben, wie im Mitberichtsverfahren angeregt, ist nach Auffassung des Obergerichts und des Regierungsrates nicht erforderlich.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HWU: In Art. 47 VE ist die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben auf die Gerichte auszudehnen. Dem Unterzeichneten sind aus seiner Tätigkeit beim Kassationsgericht des Kantons Zürich Fälle bekannt, denen ohne dieses Institut nicht beizukommen gewesen wäre (§ 50 Abs. 1 der zürcherischen Zivilprozessordnung lautet denn auch: *Alle am Prozess Beteiligten haben nach Treu und Glauben zu handeln*. Vgl. dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung (Gesetz über den Zivilprozess) vom 13. Juni 1976, 3. Auflage, Zürich 1997, N 8 und 9 zu § 50 ZPO).

#### Art. 48

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Der Bundesrat oder das Bundesgericht sollten verpflichtet werden, für die gesamte Zivilrechtspflege einheitliche Vorschriften zur Aktenführung und Aktenordnung zu erlassen. Entsprechende klare und griffige Regeln sind geeignet, die Arbeit aller Prozessbeteiligten enorm zu erleichtern.

BE: Zumindest in der künftigen Botschaft, allenfalls gar im Gesetzestext ist zu präzisieren, dass überwiegende schutzwürdige Interessen einer Partei oder von Dritten, insbesondere das Geschäftsgeheimnis, dem Recht auf Akteneinsicht vorgehen können (vgl. beispielsweise Art. 153 VE).

BL: Abs. 2: Es ist offensichtlich, dass ein Akteneinsichtsrecht besteht. Die Akteneinsicht kann aber nicht voraussetzungslos gewährt werden. In welchen Fällen die Akteneinsicht ganz oder teilweise verweigert werden kann oder muss, ist im Entwurf nicht geregelt. Es wird daher eine separate Bestimmung für die Regelung der Akteneinsicht vorgeschlagen. Art. 48 Abs. 2 wäre entsprechend zu streichen.

*Antrag:* Einfügung einer zusätzlichen Bestimmung über das Akteneinsichtsrecht mit folgendem Wortlaut:

<sup>1</sup>*Die Parteien können die Akten einsehen und sich gegen Erstattung der Kosten Kopien anfertigen lassen.*

<sup>2</sup>*Die Einsicht in Akten wird ganz oder teilweise verweigert, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen ihre Geheimhaltung erfordern.*

<sup>3</sup>*Der Inhalt des Aktenstücks, in das die Einsicht verweigert wird, muss jedoch soweit bekannt gegeben werden, als dies ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist.*

<sup>4</sup>*Wird die Akteneinsicht zum Schutz einer Partei verweigert, kann sie der Anwältin oder dem Anwalt dieser Partei gewährt werden, verbunden mit der*

*Auflage, der Klientschaft die geheim zu haltenden Tatsachen nicht bekannt zu geben (Revers).*

- BS: Unseres Erachtens sollte in Abs. 2 (Akteneinsichtsrecht) ein Vorbehalt zugunsten schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen der Partei und Dritter aufgenommen werden, analog zu Art. 153.
- LU: Abs. 2: Die Bestimmung über die Akteneinsicht ist zu allgemein gehalten. Vorzuziehen ist eine Lösung analog § 61 Absatz 2 ZPO/LU. Wir schlagen folgenden Wortlaut vor: "Insbesondere können sie im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges die Akten einsehen sowie sich gegen Kostenerstattung Kopien anfertigen lassen, soweit nicht schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Gegenpartei oder Dritter vorgehen."
- SG: Der Bundesrat oder das Bundesgericht sollten verpflichtet werden, für die gesamte Zivilrechtspflege einheitliche Vorschriften zur Aktenführung und Aktenordnung zu erlassen. Entsprechende klare und griffige Regeln sind geeignet, die Arbeit aller Prozessbeteiligten erheblich zu erleichtern (vgl. St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (abgekürzt GVP) 1995 Nr. 51).
- SO: Abs. 2: Wir gehen davon aus, dass das Gericht wie bis anhin Akten an registrierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte herausgeben darf. Dann wären die Konsequenzen zu regeln für den Fall, dass solchermassen herausgegebene Gerichtsakten nicht rechtzeitig oder vollständig zurückgegeben werden.
- TI: L'AP prevede la consultazione degli atti presso il tribunale, con la possibilità di fare le fotocopie, mentre l'art. 84 CPC-Ti va oltre: conferisce all'avvocato il diritto di portare gli atti nel proprio studio legale e fotocopiarli.

La soluzione ticinese offre senz'altro dei vantaggi alle parti e ai patrocinatori, ma comporta anche degli inconvenienti. Ad esempio riconsegna tardiva della documentazione.

Per tenere conto delle specificità di ogni singolo caso concreto parrebbe allora opportuno di aggiungere in coda al cpv. 2: "...e, con l'autorizzazione del tribunale, di asportare i documenti in visione per un periodo di tempo limitato."

## Art. 49

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: In Abs. 1 sollte auch die Eröffnung der Urteile – oder Entscheide, da nur dieser Ausdruck im Vorentwurf verwendet wird – erwähnt werden. Die öffentliche Urteilsverkündung ist auch in Art. 30 Abs. 3 BV vorgeschrieben. Gemäss Kommentar zum Vorentwurf soll auch die Urteilseröffnung öffentlich sein. Der Klarheit halber und zur Übereinstimmung mit der Bundesverfassung ist die Urteilseröffnung ausdrücklich zu erwähnen.
- BL: Es wird begrüsst, dass den Kantonen überlassen werden soll, ob sie die Urteilsberatung öffentlich oder geheim durchführen wollen.
- FR: Al. 4: la publicité des délibérations doit effectivement rester facultative et ne saurait être imposée aux cantons.
- GL: Wir befürworten E Art. 49 Abs. 4, wonach das kantonale Recht bestimmt, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet.

LU: Im Vorentwurf fehlt eine Bestimmung, welche die Bild- und Tonaufnahmen regelt. Wir schlagen vor, nach dem Absatz 2 einen zusätzlichen Absatz einzufügen und analog § 63 Absatz 3 ZPO/LU folgenden Wortlaut zu wählen: "*Nicht-amtliche Bild- und Tonaufnahmen sind unzulässig.*"

Artikel 49 Absatz 3 VE-ZPO: Wir beantragen die Streichung dieser Bestimmung. Bei Bedarf kann in familienrechtlichen Verfahren die Öffentlichkeit gemäss Artikel 49 Absatz 2 VE-ZPO ausgeschlossen werden.

SH: In Abs. 1 sollte auch die Eröffnung der Urteile - oder Entscheide, da nur dieser Ausdruck im Vorentwurf verwendet wird - erwähnt werden. Die öffentliche Urteilsverkündung ist auch in Art. 30 Abs. 3 BV vorgeschrieben. Gemäss Kommentar zum Vorentwurf soll auch die Urteilseröffnung öffentlich sein. Der Klarheit halber und zur Übereinstimmung mit der Bundesverfassung ist die Urteilseröffnung ausdrücklich zu erwähnen.

SO: Gemäss Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung sind sowohl Gerichtsverhandlung als auch Urteilsverkündung öffentlich, wenn das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht. Um eine solche Urteilsverkündung handelt es sich nach heutiger Auffassung, wenn ein Urteil ganz oder zum Teil öffentlich zugänglich gemacht wird. Art. 49 sollte nicht nur für die Gerichtsverhandlung, sondern auch für die Urteilsverkündung eine Ausnahme von der grundsätzlichen Öffentlichkeit vorsehen in dem Sinne, dass eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich ist. Die Art und Weise der Veröffentlichung sollen aber die Kantone bestimmen können, weshalb ein entsprechender Verweis auf das kantonale Recht sachgerecht wäre. Die Kontrolle der Justiz durch den Bürger bliebe so weiterhin möglich, aber nur unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes von Verfahrensbeteiligten im Einzelfall.

Abs. 4: Wir beantragen, dass die geheime Urteilsberatung in allen Fällen einheitlich festgelegt wird. Ein internationaler Vergleich zeigt, dass die Urteilsberatung fast überall geheim ist.

SZ: Dass das kantonale Recht festzulegen hat, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet, wird begrüsst. Diese Kompetenzzuweisung an die Kantone schränkt zwar das Anliegen des Revisionsvorhabens, das Zivilprozessrecht umfassend einheitlich zu regeln, ein, doch hängt diese Frage eng mit der kantonalen Gerichtsorganisation zusammen, so dass ihre Beantwortung ohne weiteres den Kantonen überlassen werden kann.

TI: L'art. 127 cpv. 3 CPC-Ti prevede la pena della nullità per le udienze che hanno violato il principio della pubblicità senza che vi siano state ragioni di ordine pubblico, di buon costume o di convenienza. L'AP invece non prevede alcuna sanzione in caso di mancato rispetto del principio citato.

Il cpv. 3 esclude dalla pubblicità tutti i procedimenti di diritto di famiglia, ma il rapporto parla, in lingua tedesca, che: "Generell nicht öffentlich sind familienrechtliche Verfahren". Occorrerebbe meglio chiarire questa contraddizione, posto come a nostro giudizio sia condivisibile il divieto assoluto di pubblicità per i procedimenti famigliari.

ZG: Anders als im Mitberichtsverfahren angeregt erachten das Obergericht und der Regierungsrat eine Ergänzung analog der Regelung in § 171b des deutschen GVG als nicht notwendig (§ 171b des deutschen GVG: "<sup>1</sup> Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten, Zeugen oder durch eine rechtswidrige Tat

Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt. Dies gilt nicht, soweit die Personen, deren Lebensbereiche betroffen sind, in der Hauptverhandlung dem Ausschluss der Öffentlichkeit widersprechen.<sup>2</sup> Die Öffentlichkeit ist auszuschliessen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 vorliegen und der Ausschluss von der Person, deren Lebensbereich betroffen ist, beantragt wird.<sup>3</sup> Die Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind unanfechtbar.").

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Nach Art. 49 Abs. 4 VE bestimmt das kantonale Recht, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet. In Baselland ist die Urteilsberatung öffentlich (mit Ausnahmen, vgl. § 41 Abs. 1, 2 und 4 GOG BL). In Basel-Stadt ist die Urteilsberatung nicht nur geheim, sondern die Richter sind sogar zur Verschwiegenheit über die bei der Beratung gefallenen Meinungen verpflichtet (vgl. § 47 Abs. 1 GOG BS). Auf die völlige Uneinheitlichkeit der heutigen kantonalen Regelungen weist auch der Expertenbericht (Seite 33) hin.

Beide Systeme haben Vor- und Nachteile, und was die Vorteile des einen Systems sind, sind die Nachteile des anderen. Öffentliche Beratungen schaffen Transparenz und zwingen die Richter dazu, sich seriös vorzubereiten. Beim Rechtsuchenden erhöhen sie (vermutlich) das Verständnis für das Urteil und die Akzeptanz desselben. Schliesslich entsprechen sie der demokratischen Tradition und der grundsätzlichen Volksnähe der Gerichte in der Schweiz. Geheime Beratungen ermöglichen den Richtern, auch unbequeme Meinungen zu vertreten, ohne sich der Kritik des Rechtsuchenden aussetzen zu müssen. Das kann unter Umständen zu Urteilen führen, die dem Fall gerechter werden als öffentlich beratene. Nach Ansicht der Fachgruppe überwiegen die Nachteile der öffentlichen Beratung.

DDG ZH: Wird bezüglich Veröffentlichung der Gerichtsentscheide bewusst auf ein Konkretisierung von BV 30 III verzichtet? Denkbar wäre folgende Formulierung:

Art. 49 Grundsatz der Öffentlichkeit

<sup>1</sup> Die Verhandlungen sind öffentlich. *Die Entscheide werden veröffentlicht oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.*

MV: Abs. 4: Wir wünschen uns sowohl im Schlichtungs- als auch im allenfalls anschliessenden Gerichtsverfahren eine für die Parteien öffentliche Urteilsberatung. Bei unserer Beratungstätigkeit mit prozessunerfahrenen Parteien stellen wir immer wieder fest, dass Laiinnen und Laien die Vorschläge, respektive die Urteilsbegründungen des Vorsitzenden kaum verstehen. Ratsuchende Mieterinnen und Mieter präsentieren uns Vergleiche von Schlichtungsbehörden und Urteile ohne angeben zu können, "wie ihnen geschehen ist". Die öffentliche Urteilsberatung macht den Entscheidungsprozess für Laiinnen und Laien transparenter. Sie gibt ihnen zudem auch einen Hinweis auf die Chance für einen allfälligen Weiterzug (z.B. bei fehlender Einstimmigkeit in der Beratung).

Die im Bericht dagegen sprechenden Argumente sind für uns nicht einleuchtend. Die Öffentlichkeit der Urteilsberatung hängt nicht enger mit der jeweiligen Gerichtsorganisation zusammen als andere durch den Vorentwurf geregelte Fragen.

Uni BE: Abs. 4 besser: "*Das kantonale Recht kann anordnen, dass Urteilsberatungen öffentlich erfolgen sollen.*"

Uni LA: Les dispositions proposées sont judicieuses, en particulier lorsqu'elles précisent que la publicité des délibérations est une question qui doit être régie par l'organisation judiciaire cantonale. En réalité, c'est toute l'organisation des délibérations qui dépend de cette organisation et doit lui être laissée. Par exemple, c'est une question d'organisation judiciaire de savoir si des personnes extérieures au tribunal, comme les experts devant le Tribunal des baux vaudois, peuvent participer avec voix consultative aux délibérations. S'agissant de la publication d'opinions dissidentes, que la nouvelle Constitution vaudoise autorise devant les juridictions supérieures, cf. rem. *ad* art. 127 AP.

Relevons toutefois que l'absence générale de publicité prévue pour les audiences des procédures relevant du droit de la famille, certes opportune, n'est pas forcément conforme aux engagements internationaux de la Suisse, l'art. 6 CEDH, au contraire de l'art. 30 al. 3 Cst, ne permettant peut-être pas à la loi d'exclure de manière générale des catégories entières de procès civils du principe de publicité. Il n'est pas impossible que des difficultés soient à prévoir à cet égard, certains milieux, notamment du côté des associations pour la condition paternelle ayant récemment pris l'habitude de fréquenter certaines audiences matrimoniales...

Uni NE: En matière de publicité, il conviendrait que le droit fédéral impose le caractère public des délibérations du tribunal. Il serait surprenant que la question ne soit pas réglée uniformément par la loi.

La formulation de l'article 50 concernant les maximes de procédure doit être améliorée. En particulier, l'indication "*dans la mesure du possible*" peut être supprimée en tant qu'elle n'amène rien au principe posé et pourrait même prêter à confusion.

Uni ZH: Im Interesse der allgemeinen Rechtsinformation und der Rechtsfortbildung sind eine zentrale Datenbank für Entscheide im Privatrecht und Verfahrensrecht und eine vereinheitlichte Statistik zu diskutieren. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 63.*

Art. 50

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Dieser Artikel ist unklar formuliert. Wir schlagen folgenden Wortlaut vor: "Die Parteien haben dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben (Verhandlungsgrundsatz)." Absatz 2 ist unverändert zu belassen, jedoch unter Zusatz von "(Untersuchungsgrundsatz)" am Schluss.

TI: La nostra procedura civile (art. 78 CPC-Ti) è retta:

(a) dal *principio attitatorio attenuata*, in virtù del quale spetta alle parti di proporre le domande e di fornire al giudice i fatti dai quali derivano le loro pretese, nonché le prove dei fatti contestati (recte dei fatti descritti all'art. 184 CPC). Il tutto con riserva delle possibilità per il giudice di intraprendere iniziative d'ufficio (art. 88, 89, 191 CPC), e

(b) dal *principio dispositivo*, ossia che le parti sono "padrone" del litigio e possono disporre liberamente del loro oggetto (transigere, deferirlo ad un arbitro, prorogare il foro, ecc.).

Al principio attitatorio dell'AP viene a mancare quest'ultimo "gemellino", e in questa sede non viene specificato se le parti possono o meno disporre della causa.

Al di fuori dei casi riservati all'art. 50 cpv. 2 CPCF (che sono quelli dove leggi speciali impongono il principio indagatorio o quello inquisitorio), il CPCF estremizza il principio attitatorio ben più di quanto non lo faccia il CPC-Ti, che codifica a ben vedere un sistema piuttosto misto. Difatti, l'unica deroga prevista dal Progetto a questo principio è quella dell'art. 174 cpv. 1 CPCF in relazione all'ispezione oculare, che il giudice può ordinare d'ufficio.

Per contro, la latitudine degli interventi d'ufficio da parte del giudice nel CPC-Ti è garantita dagli art. 191, 88 e 89 CPC-Ti.

Ci si può naturalmente chiedere se un simile rigore è conforme alla ricerca della verità materiale.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Le message ne précise pas la distinction entre la maxime officielle et la maxime inquisitoire. Cette confusion des termes se retrouve à plusieurs endroits dans le projet de procédure civile fédérale et il serait bon que le message explique la distinction.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Abs. 2 ist zu eng und schliesst mögliche Spezialgesetze aus.

Formulierungsvorschlag Art. 50:

Vorbehalten bleiben die gesetzliche Bestimmungen dieses Gesetzes über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen.

OAFRI: Les parties ont le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve. Le projet n'indique pas si le juge peut ordonner d'office un moyen de preuve. On suppose que tel n'est pas le cas mais la règle n'est pas claire.

OGZH: Abs. 1 (behauptete und bewiesene Tatsachen): Vgl. die Bemerkungen zu VE Art. 145 Abs. 2: Nicht alles, was nicht ausdrücklich zugestanden wurde, muss einem Beweisverfahren unterworfen werden!

Abs. 2 (Untersuchungsgrundsatz): Die Beschränkung auf Vorschriften "dieses Gesetzes" schafft das Risiko, dass eine Vorschrift des materiellen Rechtes vergessen geht.

Vorschlag:

*Abs. 2: Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen.*

Uni NE: Concernant l'administration des preuves d'office, le rapport la limite à la preuve par inspection, qui seule peut être ordonnée d'office par le tribunal dans toute hypothèse. Bien que le rapport ne le dise pas, le même principe doit être retenu pour l'expertise, vu la formulation de l'article 176 al. 1. La solution proposée ne nous paraît pas raisonnable: soit l'on autorise le juge à ordonner des preuves d'office sans le limiter à un type de preuve, critère difficilement justi-

fiable, soit on lui refuse cette possibilité. Vu le caractère souple de la procédure proposée d'une manière générale par l'avant-projet, il nous paraît que le juge doit être libre d'ordonner des preuves d'office, mais avec réserve dans les causes soumises à la maxime des débats. En aucun cas en revanche une partie pourrait lui reprocher de n'avoir pas fait usage de ce droit.

## Art. 51

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

- AG: Diese Bestimmung soll - soweit überhaupt notwendig - zur Beseitigung von Unklarheiten im Behauptungsverfahren dienen und nicht um lückenhafte Beweisangebote zu schliessen. Den Parteien darf die Verantwortung für die Prozessführung nicht abgenommen werden. Das richterliche Fragerecht darf nicht zu einer Verwässerung der Verhandlungsmaxime führen. Es stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung nicht eher unter dem Titel "Richterliche Fürsorgepflicht" zu regeln wäre.
- AR: Das Fragerecht darf sich nicht auf unvollständige Vorbringen beziehen. Es ist auf unklare, widersprüchliche oder unbestimmte Vorbringen zu beschränken, wenn damit – was zu begrüssen ist – lediglich Gelegenheit zur Klarstellung gegeben werden soll (Bericht, S. 34). Alles andere verträgt sich nicht mit der – jedenfalls im ordentlichen Verfahren uneingeschränkt durchzuziehenden – Verhandlungsmaxime; im vereinfachten Verfahren kann eine Einschränkung des Grundsatzes eher hingenommen werden (Art. 240 Abs. 2 VE).
- BS: Insbesondere gegenüber anwaltlich nicht vertretenen Parteien besteht nach bewährter Praxis der Basler Gerichte eine richterliche Fragekompetenz, die nach pflichtgemäsem Ermessen auszuüben ist. Sollte die Expertenkommission ebenfalls der Auffassung sein, dass das richterliche Fragerecht nicht einfach dem Belieben des Gerichts ausgesetzt sein kann, sondern dort, wo es sich aufdrängt, auch ausgeübt werden muss, so fragt sich, ob die Formulierung der vorgeschlagenen Bestimmung dieser Interpretation gerecht wird, und nicht eher von einer gerichtlichen Fragepflicht die Rede sein sollte.
- LU: Die vorgeschlagene Formulierung, welche dem Gericht ein Fragerecht auch bei unvollständigen oder unbestimmten Parteivorbringen einräumt, verlässt die Verhandlungsmaxime – das grundlegende Prinzip des Zivilprozessrechts - zu sehr in Richtung der Untersuchungsmaxime. Wir schlagen in analoger Anwendung von § 59 ZPO/LU vor, das gerichtliche Fragerecht auf unklare Vorbringen zu beschränken.
- SG: Das Fragerecht darf sich nicht auf unvollständige Vorbringen beziehen. Es ist auf unklare, widersprüchliche oder unbestimmte Vorbringen zu beschränken, wenn damit – was zu begrüssen ist – lediglich Gelegenheit zur Klarstellung gegeben werden soll (Bericht, S. 34). Alles andere verträgt sich nicht mit der – jedenfalls im ordentlichen Verfahren uneingeschränkt durchzuziehenden – Verhandlungsmaxime; im vereinfachten Verfahren kann eine Einschränkung des Grundsatzes eher hingenommen werden (Art. 240 Abs. 2).
- SH: Die Kann-Regelung ist ungenügend, auch wenn die Verhandlungsmaxime gilt. Vielmehr ist eine *Fragepflicht* vorzusehen. Diese ergibt sich besonders gegenüber unbeholfenen oder nicht vertretenen Parteien schon aus der Pflicht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Beispiel: Art. 174 Abs. 1 ZPO SH).

TI: Come nella procedura ticinese anche nell'AP è nella facoltà del giudice invitare le parti a chiarire le circostanze.

Differente è invece la terminologia: il CPC distingue tra fatti insufficienti (art. 88 CPC-Ti) e prove insufficienti (art. 89 CPC-Ti), mentre l'AP usa il termine *allegazioni* che sembra relativo solo ai fatti escludendo le prove.

Nella versione tedesca è stato usato il termine *Vorbringen* che tradotto significa: formulare, esprimere, avanzare, addurre, produrre, fornire, ecc. Si tratta quindi di un termine molto più vasto.

Di conseguenza ci si chiede se l'interrogazione delle parti riguarda sia i fatti, sia le prove.

Logicamente crediamo che debba riguardare entrambe le cose, poiché se il giudice chiede ad una parte delle precisazioni, dovrà anche dare a quella parte la possibilità di provare quanto ha precisato.

La norma è pure silente sull'aspetto temporale, ossia quando e fino a quando il giudice potrà interrogare le parti. Naturalmente il primo momento utile sarà ad avvenuta conclusione dello scambio degli allegati introduttivi (ossia, per la procedura ordinaria, all'udienza preparatoria (art. 217 CPCF).

ZH: Unter dem Marginal "Gerichtliches Fragerecht" sieht Art. 51 vor, dass das Gericht einer Partei durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung geben kann, wenn ihr Vorbringen unklar, unvollständig, widersprüchlich oder unbestimmt ist. Hier sprechen wir uns entschieden für die Normierung einer gerichtlichen Fragepflicht aus. Nur so kann ein Gegengewicht zur Verhandlungsmaxime und zum eingeschränkten Novenrecht geschaffen werden, von denen insbesondere die nicht anwaltlich vertretenen Parteien betroffen sein werden. Andererseits regen wir eine Verschärfung von Art. 51 in dem Sinne an, dass die Fragepflicht nur bei Parteivorträgen greifen soll, die offensichtlich unvollständig sind. Im Einzelnen verweisen wir auf die Stellungnahme des KassG, des OG und des AVZH zu Art. 51.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Ein gerichtliches Fragerecht in der vorgeschlagenen Form geht zu weit. Mit der gewählten Formulierung, die dem Gericht ein Fragerecht auch bei unvollständigen oder unbestimmten Parteivorbringen einräumt, wird die Verhandlungsmaxime als grundlegendes Prinzip des Zivilprozessrechts zu sehr in Richtung der Untersuchungsmaxime verlassen. Das gerichtliche Fragerecht sollte - analog zur Regelung von § 59 der Luzerner ZPO - auf unklare Vorbringen beschränkt werden.

AVZH: Eine Ermessensbestimmung ist in diesem Bereich bedenklich, da es zu rechtsungleichen Behandlungen führt. Insbesondere ist zu verhindern, dass Gerichte, wie zum Teil üblich, vorschnell auf ungenügende Substanziierung erkennen. Bei einer *Pflicht* zur Nachfrage ist diese dafür auf *offensichtliche* Lücken der Darstellung zu beschränken.

Formulierungsvorschlag Art. 51:

#### *Gerichtliche Fragepflicht*

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig, widersprüchlich, oder unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so kann *gibt* ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung *geben*.

economiesuisse: Die Voraussetzungen für das gerichtliche Fragerecht müssen im Gesetz eng und bestimmt umschrieben werden. Sonst führt es zu einem zu weit gehenden Eingriff in das Prinzip der Verhandlungsmaxime und zur amtlichen Feststellung des Tatbestandes. Dies soll aber nur ausnahmsweise der Fall sein.

FSA: Après d'intenses débats de sa commission sur le rôle du juge et en particulier sur le point de savoir si le juge *peut* ou *doit* interpellier la partie, en particulier celle qui ne serait pas assistée, lorsque ses actes ou ses déclarations ne sont pas clairs, la FSA propose de modifier le texte de l'article 51 AP en reprenant l'article 55 ZPO ZH:

Article 51 *Richterliche Fragepflicht*

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig, widersprüchlich oder unbestimmt, so *ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung.*

Cette disposition, qui a fait ses preuves à Zurich, donne au juge un large pouvoir d'appréciation ("*insbesondere*") sur la manière de procéder dans chaque cas particulier, selon que le plaideur est ou n'est pas assisté d'un avocat.

Convention de procédure

Beaucoup de codes cantonaux consacrent expressément la convention de procédure. Elle permet aux parties de déroger à des règles qui ne sont pas impératives. Un tel instrument doit être mis à disposition des justiciables, mais avec un pouvoir de contrôle du juge.

KassZH: Der Vorentwurf lässt offen, ob das Fragerecht bei Vorliegen der Voraussetzungen ausgeübt werden *muss*, mit anderen Worten, ob eine *Fragepflicht* besteht oder nicht. Letzteres ist zu bejahen, was im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden soll ("... ist Gelegenheit zur Klarstellung zu geben"). Allenfalls ist vorzusehen, dass das Gericht im Falle unklarer Vorbringen die Partei auf die Mangelhaftigkeit ihrer Vorbringen *hinzuweisen* hat.

In diesem Zusammenhang sei auf die Formulierung von Art. 35 Abs. 1 Satz 1 der geltenden BZPO hingewiesen: " In mündlicher Vorbereitungsverhandlung erörtert der Instruktionsrichter mit den Parteien den Streitfall und veranlasst sie nötigenfalls, ihre Ausführungen zu verdeutlichen, zu berichtigen, zu vereinfachen oder zu ergänzen." Diese Formulierung erscheint ebenfalls als bedenkenswert.

OAFRI: La liberté discrétionnaire reconnue au juge pour l'interpellation n'a pas sa place dans un procès civil. Ou bien les écritures sont d'emblée insuffisantes, caractérisées par un défaut de clarté, par de graves lacunes ou par des contradictions, et elles doivent être renvoyées au plaideur, avec un bref délai pour les rectifier. Si les incertitudes ne portent plus que sur un nombre de points limités, on ne voit pas pourquoi le juge pourrait s'abstenir d'une interpellation. Cela montre d'ailleurs que des compléments, certes limités, doivent pouvoir être admis dans les débats préparatoires.

OGZH: Diese Bestimmung scheint uns wichtig als Korrelat zur strengen Handhabung der Verhandlungsmaxime und der Beschränkung des Novenrechtes namentlich im Rechtsmittelverfahren. Wir begrüßen auch die Differenzierung nach dem Fragerecht im Allgemeinen und der strengeren Formulierung beim vereinfachten Verfahren (VE Art. 240 Abs. 2).

Hingegen meinen wir, es solle richterliche *Fragepflicht* heissen, um das (für uns) Selbstverständliche klarzustellen: der Richter hat kein freies Ermessen, ob er fragen will oder nicht, und wir würden auch eine imperative Formulierung vorziehen. Andererseits dünkt uns der Fall der "unvollständigen" Vorträge zu absolut formuliert; das reibt sich zu sehr mit der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime - es bleibt Sache der Partei, ihre Argumente vorzutragen, und das Gericht darf ja nicht am Ende als Ratgeber der einen Seite da stehen. Immerhin gibt es nach der Praxis durchaus Situationen, wo die Unvollständigkeit behoben werden darf und soll - etwa, wenn ein Käufer Mängel der Kaufsache geltend macht, aber nicht vorträgt, wann die Lieferung stattgefunden hat. Mit der Einschränkung, dass die Unvollständigkeit "offensichtlich" sein muss, möchten wir den Punkt klar stellen.

Vorschlag:

*Art. 51 gerichtliche Fragepflicht*

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, *widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig*, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung oder Ergänzung.

Roche: Das gerichtliche Fragerecht stellt einen wesentlichen Eingriff in das Prinzip der Verhandlungsmaxime dar. Zwar macht der Vorentwurf das Fragerecht von gewissen Voraussetzungen abhängig, doch sind diese Voraussetzungen alle relativ offen und unbestimmt umschrieben. Roche steht daher dem gerichtlichen Fragerecht skeptisch gegenüber.

SchKG-Vereinigung: Bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei sollte der Richter eine Fragepflicht, nicht bloss ein Fragerecht haben.

SGB: L'USS approuve cette disposition, utile notamment lorsqu'une partie n'est pas assistée par un avocat.

Uni BE: In der Sache: Wäre nicht auch ein Hinweis auf die Fragepflicht angezeigt?

Uni ZH: Das Fragerecht sollte zur Fragepflicht aufgewertet werden. Die Parteiherrschaft romanistischer Prägung, die den Gerichten keine Kompetenz zur Nachfrage einräumt, ist international im Abnehmen begriffen. Moderne Prozessgesetze sehen generell eine stärkere Stellung des Gerichts vor und damit einhergehend auch eine verstärkte Fragepflicht. Ein blosses Fragerecht wäre ein zweifelhafter Kompromiss, der die Parteien dem Ermessen des Gerichtes und allfälligen lokalen Traditionen überlässt. Umgekehrt kann eine solche Fragepflicht nur bei *offensichtlichen* Lücken der Sachverhaltsdarstellung bestehen.

Statt dem "richterlichen Fragerecht" ist eine Pflicht des Gerichtes zum "Rechtsgespräch" über die Tat- und Rechtsfragen in Betracht zu ziehen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 58 ff.*

Statt punktuellen Verfahrenshilfen ist eine allgemeine Pflicht des Gerichtes einzuführen, die Parteien auf die ihnen zustehenden Verfahrensrechte hinzuweisen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 58 f.*

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Das gerichtliche Fragerecht nach Art. 51 VE ist als Fragepflicht auszugestalten (vgl. dazu MARTIN SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht

im schweizerischen Zivilprozessrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 673, Bern 2003, sowie ISAAK MEIER, Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschläge, Zürich 2003, S. 60 f. Wenn in den Bemerkungen zum Vorentwurf S. 34 einerseits gesagt wird, dass das Fragerecht nicht "so extensiv" ausgeübt werden dürfe, dass im Ergebnis eine Abklärung von Amtes wegen stattfinde, andererseits aber der Wunsch ausgesprochen wird, "dass es möglichst zu einem den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Urteil" komme, so ist das eigentlich ein Widerspruch (ebenso VIKTOR RÜEGG, Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge - mit kritischen Bemerkungen zur neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, in: KARL SPÜHLER (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung,, Basel//Genf/München 2003, S. 67).

## Art. 52

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Obwohl bereits Art. 1 Abs. 2 die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vorbehält, wäre hier allenfalls um der Klarheit willen die Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Feststellung ausländischen Rechts gemäss Art. 16 IPRG festzuhalten.

TI: Si pone un problema in relazione all'accertamento del diritto straniero.

L'*obbligo di collaborazione* (art. 16 cpv. 1 seconda frase LDIP) si differenzia dall'*onere di prova* del diritto straniero (cpv. 1 terza frase) per quanto riguarda gli effetti nel caso in cui le parti non diano seguito ai rispettivi obblighi: il rifiuto di collaborare non porta alla perdita della pretesa e nemmeno porta all'applicazione del diritto svizzero. Mentre in caso di mancata prova da parte del contenuto del diritto straniero, si applica il diritto svizzero e quindi la responsabilità è collocata alle parti. Giusta l'art. 16 cpv. 1 prima frase LDIP l'applicazione d'ufficio del diritto straniero è limitato ai casi di *pretese non patrimoniali*.

L'AP è in contrasto con quest'ultimo punto in quanto obbliga il tribunale in *tutti* i casi ad applicare d'ufficio il diritto e gli attribuisce tutta la responsabilità.

Per sanare questo contrasto con la LDIP basterebbe aggiungere che *per l'accertamento del diritto straniero fa stato l'art. 16 LDIP*, come all'art. 87 cpv. 3 CPC-Ti.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni LA: Il conviendrait de réserver expressément ici l'art. 145 al. 4 AP et l'art. 16 LDIP.

## Art. 53

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Anlässlich des Studiums dieses Artikels, welcher von der Anerkennung spricht, fällt auf, dass sich im ganzen VE - abgesehen von der Einigung im Schlichtungsverfahren (Art. 201 VE) sowie der Kostenregelung bei Gegenstandslosigkeit (Art. 98 Abs. 2 VE) und beim Vergleich (Art. 100 VE) - keine Bestimmungen finden, die sich in allgemeiner Art und Weise mit der Erledigung eines Rechts-

streites ohne Urteil befassen (vgl. hierzu Art. 206 und 207 der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern). Die Vorlage ist entsprechend zu ergänzen.

TI: Il principio sancito al cpv. 1 dell'art. 53 AP non corrisponde al principio dispositivo della procedura civile ticinese.

L'articolo che corrisponde al cpv. 1 è l'art. 86 CPC-Ti definito come *limiti del giudizio*. Tale divergenza può essere sanata modificando la nota marginale dell'AP con *Limite del giudizio e massima ufficiale*.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: La FSA propose donc d'ajouter un nouvel article:

##### *Article 53 bis Convention de procédure*

*Les conventions de procédure ne sont valables que si elles sont ratifiées par le juge. Ces conventions peuvent notamment avoir pour objet la prolongation des délais prévus par la présente loi, la suspension de l'instance, les preuves ou la langue du procès.*

Promptitude et économie de l'instruction

La FSA suggère également l'introduction d'une disposition consacrant le principe de célérité et d'économie de la procédure sur le modèle de l'article 1er al. 3 CPC VD:

##### *Article 53 ter Principe de célérité*

*Le juge doit veiller à ce que l'instruction soit autant que possible prompte et économique.*

Uni NE: A l'article 53, il conviendrait de parler des "*conclusions des parties*" plutôt que de leurs demandes.

#### Art. 54

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses (Abs. 2 lit. b) sollte aus systematischen Gründen erst an letzter Stelle der Aufzählung angefügt werden (in lit. f). Erst das sachlich und örtlich zuständige Gericht kann und muss entscheiden, ob ein Rechtsschutzinteresse vorhanden ist.

BE: Wie in Art. 46 VE ist auch hier zu präzisieren, dass das Gericht auf eine Klage, ein Gesuch *oder ein Rechtsmittel* nur eintritt, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.

LU: Die Luzerner ZPO regelt relativ ausführlich die Voraussetzungen der Prozessüberweisung. Insbesondere die Bestimmung, wonach innerhalb desselben Gerichts eine Überweisung von der unzuständigen Gerichtsperson an die zuständige Gerichtsperson formlos erfolgt, hat sich sehr bewährt (vgl. § 103 Absatz 1 Satz 2 ZPO/LU: "Innerhalb desselben Gerichts erfolgt die Überweisung formlos."). Eine entsprechende Bestimmung sollte auch in die Schweizerische ZPO Eingang finden.

TI: Cpv 2: lett. a interesse alla protezione giuridica dell'attore. Questo presupposto richiama l'at. 46 CPCF ma terminologicamente è incompleto: richiama l'interesse giuridico, ma dimentica quello di fatto.

lett. b competenza per territorio: nel CPC-Ti il giudice esamina d'ufficio la competenza territoriale solo se il foro è *imperativo*. Negli altri casi il difetto di competenza viene esaminata dal giudice solo su domanda di parte. La formulazione del AP è molto più vasta in quanto prevede che il giudice debba esaminare la competenza per territorio in ogni circostanza, anche per es. in caso di costituzione in giudizio. Ciò è conforme ai principi di cui agli art. 15 cpv. 4 e 16 cpv. 2 AP.

Let. c capacità di essere parte e la capacità processuale: nell'AP è stato tralasciato il presupposto della legittimazione dei rappresentanti delle parti (art. 97 cifra 4 CPC-Ti).

E' stato inoltre tolto il *motivo di dubbio* previsto all'art 97 cifra 4 in fine CPC-Ti) che rappresentava invece una norma intelligente per evitare che - ex post - emergesse un motivo di nullità dell'intero procedimento. Ad esempio al dibattimento finale si presenta per la prima volta una parte personalmente ed essa non appare in grado di determinarsi liberamente.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: L'art. 54 dispose que "le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité" (al. 1), puis il énumère un certain nombre de ces conditions (al. 2). L'art. 55 dispose ensuite que "le tribunal examine d'office le respect des conditions de recevabilité".

Les "conditions de recevabilité" énumérées à l'art. 54 al. 2 ne sont pas toutes de même nature. Si la compétence à raison de la matière et du lieu (litt. b), ainsi que le versement des avances et des sûretés en garantie des frais de procès (litt. f), conditionnement effectivement la recevabilité de la demande, les autres conditions mentionnées sont plutôt des questions de fond. Il est vrai que, comme les conditions de recevabilité proprement dites, elles peuvent certainement justifier un examen préalable à l'entrée en matière sur l'objet du procès.

L'examen d'office des "conditions de recevabilité", tel qu'il est prévu à l'art. 55, se justifie dans la plupart des cas. Il convient cependant de prévoir certaines exceptions, notamment en ce qui concerne la compétence à raison du lieu. Au demeurant, on voit mal comment un tribunal pourrait effectivement se prononcer sur la question de la litispendance (litt. d) ou de l'autorité de la chose jugée (litt. e) sans en avoir été saisi par l'une des parties.

Il paraît dès lors nécessaire de compléter l'avant-projet par quelques dispositions concernant la procédure applicable à l'examen des "conditions de recevabilité" de la demande, le cas échéant par l'introduction de la notion du moyen préjudiciel.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Al. 2 lit. b: Nous proposons de réserver l'article 16 de l'avant-projet (acceptation tacite du for).

GGD ZH: Abs. 2 lit. c erfasst nicht den Fall, wo eine Partei gesetzlich vertreten ist.

Gemäss Abs. 2 lit. e ist auch Prozessvoraussetzung, dass "die Sache (...) noch nicht rechtskräftig entschieden ist". Hier sollte klar gestellt werden, dass eine res iudicata nur dann vorliegt, wenn das Gericht einen *Sachentscheid* i.S.v. VE 228 Abs. 1 getroffen hat. Da der Vorentwurf die materielle Rechtskraft sonst

nirgends regelt, ist hier der Platz dazu. Für die empfohlene Ergänzung von VE 228 vgl. unten.

Der Ausdruck "die Sache" in Abs. 2 lit. d und e sollte auf den Ausdruck "Streitgegenstand" in Art. 208 Abs. 1 lit. a abgestimmt werden; bei allen Bestimmungen geht es um das Gleiche. "Die Sache" ist an sich präziser, da die Litispendenz oder eine abgeurteilte Sache auch dann vorliegt, wenn eine Leistungsklage hängig bzw. über sie entschieden ist und es neu um eine gegengerichtete negative Feststellungsklage geht. Die Streitgegenstände sind hier nicht identisch. Gleichwohl sollte der anschaulichere, wohl 99% aller Fälle abdeckende Ausdruck "Streitgegenstand" verwendet werden.

Art. 54 Grundsatz

<sup>1</sup> [...]

<sup>2</sup> Prozessvoraussetzungen sind insbesondere:

a. und b. [...]

c. *Die Parteien sind parteifähig, sowie prozessfähig oder gesetzlich vertreten.*

d. *Der Streitgegenstand ist nicht anderweitig rechtshängig.*

e. *Es liegt kein rechtskräftiger Sachentscheid über den Streitgegenstand vor.*

FRC: Pour la FRC, l'article 54 alinéa 2 lettre b devrait réserver l'article 16 (acceptation tacite), pour autant que ce dernier réserve lui-même l'article 31 (fors impératifs).

SVR: Concernant les conditions de recevabilité de l'action (art. 54-55) et de la demande reconventionnelle (art. 80), on peut se demander si les cantons, dans la mesure où le droit cantonal détermine la compétence à raison de la matière, ne devraient pas avoir la possibilité de régler eux-mêmes l'exception d'incompétence *ratione materiae*.

Uni LA: Conformément à la tradition alémanique, les moyens de défense touchant à la régularité de l'acte introductif d'instance ou à la compétence, traditionnellement réglés dans les cantons romands comme des exceptions de procédure ou des fins de non-recevoir qu'il appartenait aux parties de soulever, sont conçus comme des conditions de recevabilité, dont le tribunal doit assurer d'office la sanction. On peut accepter cette conception, qui parachève une évolution largement entamée déjà depuis l'introduction de la LFors.

Encore ne faudrait-il pas simplifier à l'extrême. S'agissant de la compétence, il sied de rappeler que les règles de compétence *ratione materiae* et *ratione valoris* demeureront, pour l'essentiel, des règles cantonales. Les cantons doivent dès lors rester libres de régler la portée exacte (dispositive ou impérative, voire semi-impérative) qu'ils entendent donner à leurs règles. Comme le droit fédéral prévoit des dérogations expresses ou par acceptation tacite (art. 15 et 16 AP) aux règles de compétence *ratione loci*, les cantons doivent pouvoir permettre des prorogations de compétence ou des acceptations tacites de compétence, *ratione valoris* par exemple. Aucun intérêt digne de protection ne justifie que, par le mécanisme des articles 54 et 55, une autorité cantonale incompétente *ratione valoris* doive nécessairement et dans tous les cas décliner sa compétence...

L'acceptation tacite (*Einlassung*) de la compétence matérielle lorsque la règle cantonale est dispositive doit dès lors être possible. Même si cette possibilité, découlant de l'art. 122 al. 2 nCst, doit en principe être admise même sans

réserve en ce sens dans la loi fédérale, il serait plus clair qu'une mention expresse soit introduite, sous une forme appropriée.

Les art. 54 et 55 sont par ailleurs trop sommaires sur la mise en œuvre de la vérification d'office prescrite par l'art. 55. Sans doute appartient-il au juge d'examiner d'office les conditions précitées, mais de quel juge s'agit-il ? En particulier, faut-il admettre qu'un tel examen puisse intervenir déjà devant l'autorité de conciliation, lorsque celle-ci est distincte de l'autorité qui jugera au fond ? Cela ne paraît pas judicieux, et il serait préférable de prévoir dans ce chapitre une règle comparable à celle que connaît actuellement la procédure civile vaudoise (cf. Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>e</sup> éd., n. 3 ad art. 127 et 140 CPC).

La procédure à suivre pour trancher la question de recevabilité n'est pas non plus très claire. On comprend certes que le défendeur qui entend se prévaloir d'une cause d'irrecevabilité selon l'art. 54 AP doit le faire dans sa réponse (art. 211 al. 2 let. d AP). A la suite d'une telle contestation, une décision incidente au sens de l'art. 229 AP pourra être provoquée sur la seule question de recevabilité. Sans doute même une telle décision incidente pourra-t-elle être provoquée d'office par le tribunal (art. 115 AP). Cette disposition reste cependant muette sur le *modus operandi* (le tribunal peut-il décider d'instruire séparément une question de recevabilité, lorsqu'aucune *Einlassung* ne peut guérir le vice, avant même le dépôt de la réponse ? Dans ce cas, le défendeur devra-t-il être autorisé dans tous les cas à déposer une réponse au sens de l'art. 211 AP sur cette question ? Si, contrairement à ce qui est proposé plus haut, l'autorité de conciliation peut statuer sur sa propre compétence, quelle procédure devra-t-elle suivre alors qu'il n'est normalement pas prévu qu'elle rende des décisions et qu'il lui faudra peut-être procéder à des mesures d'instruction... ?).

Surtout, les art. 115 et 229 ne contraignent nullement le juge à provoquer une décision séparée. Or, il y a lieu de tenir fermement au principe selon lequel, dans toute la mesure du possible, les questions de recevabilité, et particulièrement de compétence, soient tranchées *in limine litis*. Il est gravement contraire à la sécurité du droit et à l'économie de procédure de prévoir qu'elles puissent n'être examinées qu'au moment de passer au jugement au fond, qu'après une instruction complète, comme le prévoit apparemment comme règle l'article 228 AP.

Enfin, les art. 54 et 55 AP ne disent rien des effets d'une décision d'irrecevabilité. Apparemment, dans l'idée de la commission d'experts elle doit, dans tous les cas et dès la décision, être l'éconduite d'instance, dont l'effet est simplement atténué par la règle de l'art. 207 AP, inspirée de l'art. 34 al. 2 LFors.

Une telle solution a certes le mérite de la simplicité, mais n'est pas toujours judicieuse. La plupart des législations cantonales prévoient actuellement que, dans bien des cas, l'incompétence est simplement sanctionnée par le transfert du dossier au juge qui aurait dû être saisi. Plus favorable pour le demandeur, qui verra la litispendance maintenue sans perte de temps ni obligation de déposer une nouvelle demande dans un délai précis, cette possibilité mérite d'être reprise, chaque fois que le juge compétent se trouve dans le même canton que l'autorité incompétente initialement saisie.

De même, la règle voulant qu'en cas de litispendance le tribunal saisi en second lieu se contente, dans un premier temps de suspendre sa procédure,

pourtant consacrée par toutes les réglementations récentes (art. 9 LDIP, 21 Convention de Lugano, 35 LFors) a sauf erreur été rejetée au profit de la solution désuète de l'art. 22 PCF (irrecevabilité d'emblée). Si tel est bien le sens de l'AP, il ne peut s'agir que d'une bévue, que n'explique pas le commentaire et qui doit être corrigée dans le sens d'une suspension de cause en cas de litispendance. De préférence cette suspension devrait d'ailleurs durer jusqu'à droit connu sur le procès introduit en premier lieu, comme le prévoit l'art. 9 LDIP, et non pas seulement jusqu'à décision sur la compétence dans ce premier projet, comme le prévoit l'art. 35 LFors (en effet, il peut arriver que le procès introduit en premier lieu ne soit finalement pas mené jusqu'à son terme même après que la compétence a été établie).

Uni NE: Ce chapitre est particulièrement lacunaire. En particulier, aucune disposition ne régleme la procédure d'examen des conditions de recevabilité. Le juge déclarera-t-il la demande irrecevable avant même sa transmission à la partie adverse ? Et qu'en est-il lorsqu'une partie soulève le moyen ? Peut-elle le faire avant le dépôt de sa réponse à l'audience de conciliation déjà ? La partie demanderesse peut-elle déposer des observations ?

L'article 55 qui indique que le tribunal examine d'office le respect des conditions de recevabilité nous paraît insuffisant. Même si la réglementation proposée se place du côté du juge, il convient de déterminer précisément quelle position les parties vont jouer dans ce cadre, ce d'autant que certains cantons ne sont pas du tout habitués à une procédure inquisitoire sur ces points. Si on veut éviter que chaque canton maintienne la procédure qu'il connaît à l'heure actuelle pour l'examen des "conditions de recevabilité" ce qui impliquerait ensuite un travail important d'unification par le Tribunal fédéral, il convient de préciser le mode de procéder dans ce domaine.

De plus, les conditions de recevabilité elle-mêmes ne sont pas suffisamment définies. L'article 54 n'entend certes donner qu'une liste non exhaustive de ces moyens, mais la liste est à notre sens par trop lacunaire, on peut même se demander s'il ne serait pas possible, comme l'on fait de nombreux cantons, d'énoncer une liste exhaustive des conditions de recevabilité, les autres moyens devant être examinés avec le fond. Ainsi, n'ont pas été cités, le non-respect de délais pour agir, l'absence de conciliation préalable obligatoire, l'immunité, l'absence de droit d'action (dettes de jeu, sauf exception), le vice de forme irréparable.

Par ailleurs, la capacité d'ester en justice, qui figure parmi les conditions de recevabilité à l'article 54 de l'avant-projet, doit à notre sens être soumise à un régime spécifique, puisque la ratification des actes est toujours envisageable. Le mode de procéder en cas de défaut de capacité d'ester devrait dès lors être réglé séparément. De même, les avances et les sûretés n'entraînent l'irrecevabilité de la demande qu'à défaut de versement après que plusieurs délais ont été accordés, si bien que ce point également devrait être réglé spécifiquement.

Dès lors, on devrait distinguer deux types de procédure, celle concernant la recevabilité de la demande, et la procédure incidente. Or on constate que la procédure incidente n'est nulle part réglée dans le code, si bien qu'on ne sait comment procéder en cas de telles difficultés (par exemple vice formel d'un acte ultérieur à la demande, contestation concernant l'audition d'un témoin, la recevabilité d'une pièce, etc.).

Un autre point n'est absolument pas abordé par l'avant-projet, celui de la nature de la qualité pour agir. La qualité, expression qui n'a pas d'équivalent en allemand, se distingue de la capacité d'ester, pendant procédural de l'exercice des droits civils et de la légitimation, à savoir la titularité sur le droit prétendu (le rapport parle de légitimation pour la qualité, voir p. 37 ad art. 62). La qualité est relative à l'action. En est titulaire celui qui fait valoir un droit propre en justice. Pour prendre un exemple simple, un enfant ne peut pas agir en divorce de ses parents. Il n'est pas titulaire du droit qu'il invoque, si bien que la qualité pour agir lui fait défaut. De même, celui qui ne se prétend pas propriétaire ne peut agir en revendication, ou encore: une action réelle doit être dirigée contre tous les copropriétaires. Dans tous ces cas, la qualité fait défaut, la demande doit être déclarée irrecevable. Il n'y a en effet pas d'intérêt à agir lorsque la qualité active, ou la qualité passive fait défaut. Le Tribunal fédéral qualifie toutefois souvent la qualité de conditions de fond, mais uniquement au stade de la demande. En matière de recours, il subordonne en effet à la recevabilité à la qualité pour recourir. Si une personne non partie à la procédure de première instance interjette recours, son action sera déclarée irrecevable, faute de qualité. Or, dans la mesure où l'avant-projet soumet expressément la procédure de recours à la procédure applicable en première instance (art. 286), cette question doit manifestement être réglée. Il nous paraît qu'à cet égard, la solution française est la plus cohérente. Elle permet de distinguer clairement la recevabilité du fond. Aux termes de l'article 30 nCPC "*l'action est le droit, pour l'auteur d'une infraction, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*".

En matière de litispendance, l'article 54 n'indique pas si, dans un premier temps, le tribunal doit suspendre la procédure, comme c'est le cas en matière de LFors. Cette question devrait également être réglementée. A l'article 56, sur la convention d'arbitrage, il conviendrait, à la deuxième ligne, d'utiliser un présent: "*le tribunal saisi décline sa compétence*".

SVAMV: Art. 54 Abs. 2 Bst f ergänzen: "*oder die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden.*"

Art. 55

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Es sollte hier auch festgehalten werden, welche Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Urteils noch vorhanden sein müssen. Dazu gehören u.A. das Rechtsschutzinteresse und die Partei- und Prozessfähigkeit.

FR: Ne conviendrait-il pas d'ajouter, pour reprendre la procédure fribourgeoise, qu'en cas d'irrecevabilité pour incompétence, la cause est reprise en l'état où elle se trouve.

TI: Problema: il giudice in che fase della procedura deve esaminare se sono dati i presupposti processuali? All'inizio della procedura oppure quando la fattispecie è più completa?

Nella procedura civile ticinese è prevista una certa flessibilità: *in ogni stadio di causa*.

La questione non è meramente accademica poiché più avanza l'istruttoria della causa, più si amplia il substrato della stessa, sulla cui base il giudice deciderà.

La flessibilità garantita dal CPC-Ti permette dunque di rinviare o anticipare l'esame di ogni singolo presupposto processuale a dipendenza del "Prozessstoff" di cui si dispone.

Sugeriamo di completare il cpv. 1 della norma introducendo la seconda frase seguente: "*Di principio, il giudice svolgerà questa analisi a titolo preliminare, ma al più tardi con la sentenza di merito*". Così il giudice continuerà a godere della necessaria flessibilità, pur con l'obbligo "di principio" di chiarire in primis l'esistenza o meno dei necessari presupposti processuali.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Zahlreiche Prozessvoraussetzungen sind heilbar. Es sollte daher festgehalten werden, dass das Gericht zur Verbesserung allfälliger Mängel das Geeignete anordnet (neuer Satz 2). Das Gericht sollte es z.B. unterlassen, auf eine nicht gehörig bezifferte Klage nicht einzutreten, bevor es der Klägerin Frist zur Verbesserung angesetzt hat.

Formulierungsvorschlag Art. 55:

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. *Es ordnet zur Verbesserung allfälliger Mängel das Geeignete an.*

FSA: L'article 55 AP – certes repris de la LFors – est insuffisant. Il n'indique pas à partir de quel stade de l'instance l'examen doit se faire. Par ailleurs, ce stade peut varier selon que le for est impératif ou non. Par ailleurs, il convient de régler la question de la sanction en cas de violation d'une condition de recevabilité. Pour ce qui concerne en particulier la litispendance, il y a lieu de reprendre le régime actuel consacré par les art. 35 LFors et 21 CL.

Texte proposé:

*Article 55: Examen des conditions de recevabilité*

*al. 1 Le tribunal n'examine la violation d'une règle de compétence dispositive ou partiellement impérative que si le moyen est soulevé dans la réponse.*

*al. 2 Les autres conditions de recevabilité sont prises en considération d'office, en tout temps, y compris devant l'autorité de recours.*

*Article 55 bis: Sanctions*

*al. 1 Le tribunal sanctionne la violation d'une règle instituée à l'article 54 par une décision d'irrecevabilité.*

*al. 2 En cas de litispendance, le tribunal saisi ultérieurement surseoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.*

suisa: Im Zusammenhang mit der Prüfung der Prozessvoraussetzungen erscheint es sinnvoll, die gerichtliche Prozessüberweisung vorzusehen: Wenn sich das angerufene Gericht unzuständig erklärt, soll es den Prozess an das vom Kläger als zuständig bezeichnete Gericht überweisen, sofern dieses nicht offensichtlich unzuständig ist (siehe § 112 ZPO ZH).

Art. 56

Art. 57

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Diese Norm erscheint ergänzungsbedürftig. Auch nicht rechtsfähigen Gebilden kann von Bundesrechts wegen die Fähigkeit zukommen, in eigenem Namen zu klagen und verklagt zu werden (z.B. Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer gemäss Art. 712I ZGB). Es wird deshalb vorgeschlagen, einen zweiten Absatz einzufügen, welcher in etwa wie folgt lauten könnte:

*<sup>2</sup>Vorbehalten sind die Bestimmungen des Bundesrechts, in denen einem nicht rechtsfähigen Gebilde die Parteifähigkeit zuerkannt wird.*

(vgl. ISAAK MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung - ein Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Publikation in Vorbereitung, p. 39).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: La problématique des parties à la procédure et de la participation de tiers au procès est traitée au Titre 4 de la Partie 1 de l'Avant-projet de Procédure civile suisse (art. 57 à 74 AP).

AVZH: Die Kollektivgesellschaft ist partei-, jedoch nicht rechtsfähig.

Formulierungsvorschlag Art. 57:

*Unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen ist Pparteifähig ist, wer rechtsfähig ist.*

SchKG-Vereinigung: Parteifähig ist auch, wer trotz fehlender Rechtsfähigkeit kraft Bundesrecht die Parteifähigkeit hat.

Uni LA: Adaptées à la procédure contentieuse, ces dispositions ne tiennent pas compte des particularités de la légitimation pour agir dans les procédures gracieuses. On renvoie à cet égard à la partie consacrée spécialement à cette dernière ci-dessus.

Uni ZH: Der Abschnitt "die Parteien und die Beteiligung Dritter" (Art. 57 ff.) ist durchgehend überarbeitungsbedürftig. Entgegen den Beteuerungen des Entwurfs, ein "schlankes" Gesetz zu schaffen, beginnt dieser Abschnitt mit zwei eher überflüssigen Definitionen.

Partei- und Prozessfähigkeit sind unvollständig geregelt. Es fehlt eine Regelung der Prozessführungsbefugnis. Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 87 ff.

Art. 58

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der Vollständigkeit halber sollte im Zusammenhang mit der Prozessfähigkeit auch die sog. Prozessstandschaft im Gesetz verankert werden. Aus diesem Grund wird angeregt, Art. 58 VE einen zweiten Absatz beizufügen, der wie folgt formuliert werden könnte (vgl. MEIER, a.a.O., p. 39):

<sup>2</sup>Eine Person kann Rechte Dritter in eigenen Namen vor Gericht wahrnehmen, wenn das Bundesrecht dies vorsieht.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Analog zu Art. 35 Abs. 2 der geltenden ZPO-BE und in Konkretisierung von Art. 19 Abs. 2 ZGB wäre es u.E. sinnvoll, an dieser Stelle festzuhalten, dass nicht Handlungsfähige mit Bezug auf Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, sowie auf Rechtsgeschäfte, die sie nach den Bestimmungen des materiellen Zivilrechts selbständig vornehmen können, prozessfähig sind.

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

SchKG-Vereinigung: Die Prozessführungsbefugnis und die Prozessstandschaft ist zu erwähnen.

Uni NE: La procédure applicable en cas de défaut de capacité d'ester devrait être réglementé dans ce chapitre. Par ailleurs, l'article 58 n'indique absolument pas ce qu'il en est en cas de capacité restreinte ou d'incapacité restreinte. Ce domaine pourrait être réglementé, du moins dans les grandes lignes.

#### Art. 59

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Nell'art. 59 mancano a tale proposito le fattispecie dove è esclusa la rappresentanza legale, ossia in presenza di diritti della *personalità assoluti* (ad es. divorzio, adozione, ecc.).

Sugeriamo pertanto di aggiungere in coda al cpv. 1: "...riservati i diritti assoluti della personalità".

In questi casi la persona *incapace di discernimento* viene privata dall'esercizio di tali diritti malgrado che per principio e nei limiti della legge ognuno gode di tali diritti civili, ragion per cui il carattere assoluto di un diritto deve essere ammesso solo restrittivamente.

Ai minori, agli interdetti e agli inabilitati, *capaci di discernimento* giusta l'art 38 cpv. 3 CPC-Ti spetta la capacità processuale per la tutela dei diritti di cui possono liberamente disporre. L'AP aggiunge a questa facoltà (che deriva dal diritto materiale) anche quella di agire per quanto necessario e "*in caso di pericolo di ritardo*".

ZG: Wir fragen uns, ob diese Bestimmungen mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht (heute Vormundschaftsrecht) des ZGB übereinstimmt.

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

Uni NE: A notre sens, la situation décrite à l'article 59 al. 2 vaut dans tous les cas, puisqu'une ratification est toujours possible. Si l'on devait lire cette disposition comme exclusive, la réglementation proposée devrait être considérée comme trop sévère.

Il convient également de relever que la représentation des personnes morales n'est absolument pas réglementée. L'avant-projet est lacunaire sur ce point.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Soweit das Gesetz nicht persönliches Erscheinen vorschreibt, können sich die Parteien im Prozess vertreten oder verbeiständen lassen. Zwischen Vertretung und Verbeiständung sollte unterschieden werden. Wir schlagen daher eine Ergänzung von Absatz 1 wie folgt vor: "Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten *oder verbeiständen* lassen; ...".

Die vertragliche Vertretung sollte zusätzlich auch zu Protokoll erklärt werden können. Weiter sollte festgehalten werden, dass eine Vertretung "*durch jede handlungsfähige natürliche Person*" möglich ist.

BE: In dieser Bestimmung fehlen die Konsequenzen, falls sich ein Vertreter oder eine Vertreterin nicht durch eine schriftliche Vollmacht ausweist. Der VE könnte im Sinne von Art. 87 ZPO BE ergänzt werden, z.B. mit folgendem Wortlaut:

*Der Richter hat von Amtes wegen oder auf Antrag einer beteiligten Partei Verhandlungen, welche von einem nicht bevollmächtigten Vertreter oder einer nicht bevollmächtigten Vertreterin geführt wurden, nichtig zu erklären.*

Analog der bernischen Vorschrift wird zudem vorgeschlagen, die Kosten des Verfahrens dem Vertreter oder der Vertreterin aufzuerlegen. Dies rechtfertigt sich auch mit Blick auf die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 156 Abs. 6 OG.

LU: Die Formulierung der berufsmässigen Vertretung führt zu Unklarheiten, da diese Berufsmässigkeit nicht näher definiert ist. Wir schlagen vor, an das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) anzuknüpfen, welches vorsieht, dass zur berufsmässigen Vertretung vor Gerichten nur in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte zugelassen sind.

TI: Il cpv. 3 sancisce la facoltà per il tribunale di ordinare la comparsa personale delle parti, senza però specificare la sanzione in caso di non comparsa.

Sarebbe opportuno prevedere, quale sanzione quella applicabile ai testimoni che non si presentano: multa + traduzione forzata.

Il cpv. 4 conferisce ai cantoni la facoltà di prevedere il monopolio degli avvocati o ammettere anche altri rappresentanti professionali. Attualmente in Ticino vige il principio del monopolio degli avvocati ad eccezione dei casi previsti agli artt. 64 e 64a CPC-Ti. Quindi occorre decidere se si vuole mantenere detto monopolio.

Questa facoltà conferita ai cantoni, accanto a quella di determinare l'organizzazione giudiziaria (ed ev. anche la tariffa giudiziaria applicabile) farà sì che - contrariamente allo scopo principale di questa legge, ossia quella di unificare la procedura - vi saranno grandi differenze da un cantone all'altro, su delle componenti importanti della procedura civile. Ciò, naturalmente, non è auspicabile.

Per le cause in assistenza giudiziaria occorre inoltre valutare l'opportunità o meno di introdurre delle tariffe: in altre parole, il patrocinatore remunerato dallo Stato, poiché il cliente è al beneficio dell'assistenza giudiziaria gratuita, dovrà in tal caso attenersi a determinate tariffe, allo scopo di contenere i costi.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir finden es problematisch, dass den Kantonen die Möglichkeit belassen wird, auf ihrem Gebiet ein Anwaltsmonopol (wieder) einzuführen (vgl. die Ausführungen zu Absatz 4 im Erläuternden Bericht). Zumindest für den Sozialprozess (m.a.W. für einen Teil der vereinfachten Verfahren gemäss Art. 237 ff.) sollten alternative Vertretungsmöglichkeiten von Bundesrechts wegen vorgeschrieben werden, so z.B. für die Arbeitnehmerin ihr Berufskollege oder eine Gewerkschaftsvertreterin, für den Arbeitgeber eine leitende Angestellte, für den Mieter eine Mitarbeiterin des MieterInnenverbandes, für die Vermieterin ihr Liegenschaftsverwalter, für die Konsumentin ein Mitarbeiter einer KonsumentInnenenschutzorganisation (vgl. auch Art. 198 Abs. 3 und Art. 296 der geltenden ZPO-BE).

Analog zu Art. 11a Verwaltungsverfahrensgesetz resp. zu Art. 43 Abs. 2 Kartellgesetz könnte sodann den Gerichten die Arbeit mit einer zusätzlichen Bestimmung erleichtert werden, worin ihnen die Kompetenz eingeräumt wird, bei einer grossen Anzahl Klägerinnen und Kläger bzw. Beklagter eine gemeinsame Rechtsvertretung zu verlangen.

LPS: L'article 60 PCS traite de la représentation conventionnelle d'une partie en justice. L'alinéa 4 de cet article émet une réserve en faveur du droit fédéral ainsi que du droit cantonal relatif à la matière à propos de la représentation professionnelle en justice.

Le rapport accompagnant l'avant-projet précise que pour ce qui est du droit fédéral, cette réserve concerne avant tout la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). Or, LLCA n'a pas pour fonction de supprimer la compétence des cantons de déterminer l'étendue et le cercle des bénéficiaires du monopole en matière de représentation en justice (FF 1999, 533). En principe, le PLS est d'avis que le monopole des avocats pour la représentation d'une partie devant les tribunaux est dans l'intérêt de la justice comme dans celui du citoyen, eu égard aux règles professionnelles strictes qui encadrent l'activité de l'avocat et à son indépendance. Pour être reconnu sur le plan fédéral, ce monopole pourrait ainsi être facilement ancré à l'art. 60 PCS. Une telle proposition de modification de l'art. 60 PCS pourrait cependant être perçue comme une immixtion excessive dans l'organisation judiciaire des rares cantons qui ne connaissent pas encore ce système, de sorte que le PLS est favorable au texte présenté.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Al. 4: Nous proposons d'introduire dans la loi fédérale le droit pour les parties dans les litiges sociaux de se faire représenter par les organisations de locataires, de travailleurs ou d'associations de consommateurs, "par des mandataires professionnellement qualifiés".

AVGE: La représentation conventionnelle est prévue à l'art. 60 AP, lequel réserve les dispositions du droit fédéral et des droits cantonaux sur la représentation professionnelle en justice. Il faut comprendre par là que les actuelles dispositions (fédérales) de la LLCA et (cantonales) de la LPAv ne sont pas touchées.

AVLU: Gemäss der vorgeschlagenen Regelung sollen die Kantone weiterhin eigenständig bestimmen können, wer vor ihren Gerichten zur berufsmässigen Ver-

vertretung zugelassen ist. Auch die berufsmässige Vertretung vor den Gerichten sollte jedoch in der neuen ZPO gesamtschweizerisch verbindlich geregelt werden. Dabei wäre an das erst kürzlich in Kraft getretene Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) anzuknüpfen. Zur berufsmässigen Vertretung vor Gerichten sind daher nur Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, zuzulassen.

FRC: La FRC regrette que le projet laisse la question de la représentation des parties entièrement à la compétence des cantons. En effet, dans un tel projet d'unification, il serait opportun de prévoir que la partie faible, dans un litige de consommation, peut être assistée par une association de consommateurs. A ce titre, il convient de rappeler que ce projet a pour ligne directrice, entre autres, l'intégration du "procès civil social" au nouveau droit.

FSA: La représentation conventionnelle devant les tribunaux doit être réservée à des mandataires professionnels sous réserve de dispositions contraires de droit fédéral, cantonal ou résultant de traités internationaux.

Texte proposé:

*Article 60: Représentation conventionnelle*

*al. 1 Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès, par un avocat de son choix, autorisé à pratiquer la représentation en justice en Suisse.*

*al. 2 Le mandataire doit justifier de ses pouvoirs par une procuration écrite.*

*al. 3 La révocation de la procuration ou la renonciation au mandat est portée sans délai à la connaissance du tribunal et de la partie adverse.*

*al. 4 Le tribunal peut ordonner la comparution personnelle des parties.*

*al. 5 Les dispositions contraires de droit fédéral ou cantonal sont réservées.*

GGD ZH: Abs. 1: Auch für eine nicht prozessfähige Partei kann eine vertragliche Vertretung bestehen; "prozessfähige" ist deshalb zu streichen. Aus VE 59 ist hinreichend klar, dass bei nicht handlungsfähigen Personen die gesetzliche Vertretung über die Bestellung einer vertraglichen Vertretung entscheidet. Ferner sollten die beiden Gedanken von Abs. 1 in zwei Absätzen gefasst werden. Indikativform im neuen Abs. 2.

Art. 60 Vertragliche Vertretung

<sup>1</sup> Jede ~~prozessfähige~~ Partei kann sich im Prozess vertreten lassen.

<sup>2</sup> Die Vertreterin oder der Vertreter weist sich gegenüber dem Gericht durch eine schriftliche Vollmacht aus.

OAFRI: Al. 1<sup>er</sup> et al. 4: La formulation de la disposition est ambiguë. Interprétée de manière purement littérale, la règle pourrait signifier que les cantons ne peuvent réglementer que la représentation professionnelle et que donc la représentation non professionnelle est libre. Or, les cantons doivent pouvoir imposer le monopole de la représentation en justice.

santésuisse: Die Kantone können nach wie vor bezüglich berufliche Vertretungsbefugnis legisferieren (kantonale Anwaltsgesetze).

SVC: Art. 60 Abs. 4: Antrag: Ersatzlos streichen.

Es ist festzuhalten, dass die Revisionsvorlage insbesondere betreffend der Parteivertretung wiederum den Ball den einzelnen Kantonen zuschieben will und damit eine resp. die angestrebte Vereinheitlichung weiterhin verhindert

würde. Dies widerspricht klar dem Ziel, die Kantone unter dem Dach einer einheitlichen Zivilprozessordnung zu einen. Durch die Inkassotätigkeit sind die Kreisbüros wie auch die Verbandsmitglieder direkt konfrontiert mit einer beabsichtigten gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung. Immerhin ist es Inkassoinstituten in Kantonen teilweise erlaubt, ihre Kunden in Summarverfahren vor Gericht zu vertreten, das heisst Rechtsöffnungs- und weitere Gesuche im Namen der Kunden zu stellen und diese im weiteren Summarverfahren zu vertreten. Dies ist insoweit auch sinnvoll, als Inkassoinstitute im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz profunde Kenntnisse haben, die auch in allfälligen – das SchKG betreffende – Gerichtsverfahren wichtig und nützlich sind.

In keiner Weise geht es darum, das Anwaltsmonopol in der Schweiz zu stürzen; die Kreisbüros des SVC pflegen bei der Gläubigervertretung üblicherweise einen engen Kontakt mit praktizierenden Anwälten, um diese bei Problemfällen beizuziehen resp. zwecks Rechtsvertretung in ordentlichen Gerichtsverfahren ihre Kunden betreuen zu lassen.

Insbesondere werden von Kantonen Grundsätze des SchKG's teilweise unterschiedlich oder sogar gegensätzlich ausgelegt; teilweise finden sich solche Divergenzen mehrfach im gleichen Kanton. Gerade eben auch die Kreisbüros des SVC sind in der Vergangenheit mit solchen Problemen konfrontiert worden, welche die kantonalen Einzellösungen mit sich brachten, sodass eine Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung in der Schweiz durchaus auch im Interesse des Vollstreckungsrechts der Schweiz liegt.

Bereits Art. 27 SchKG überliess die Regelung der vertraglichen Vertretung im Vollstreckungsverfahren den Kantonen mit dem Ergebnis, dass einzelne Kantone die Vertretung von Gläubigerinteressen in Betreibungs- und Konkursverfahren durch Inkassoinstitute zulassen, einzelne wenige Kantone indessen ihre Kantonsgrenzen teilweise vollständig für ausserkantonale Inkassoinstitute geschlossen halten. Dies dürfte es allein aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit nicht geben.

Mit der Beibehaltung des Abs. 4 Art. 60 ZPO würde erneut Tür und Tor, für unterschiedliche Regelungen in einzelnen Kantonen geöffnet, was der Rechtssicherheit abträglich wäre.

Eventualiter folgender Formulierungsvorschlag:

*Einschub eines weiteren Absatzes in Art. 60:*

*<sup>2</sup>Jeder kann sich in Gerichtsverfahren gemäss Art. 25 SchKG i. V. m. Art. 258 ZPO durch ein von ihm gewähltes Inkassoinstitut als Gläubigervertreter vertreten lassen.*

Uni BE: Marginale: Gewillkürte (nicht "vertragliche") Vertretung.

Abs. 3: "... einer vertretenen Partei".

Uni NE: L'article 60, qui régleme la régleme conventionnelle, est discutable. Il indique en effet à son alinéa 1 que seules les personnes capables d'ester en justice peuvent se faire représenter au procès. Ceci n'est pas exact. Une personne incapable peut se faire représenter, par le biais de son représentant.

Concernant la procuration, un système plus souple pourrait être mis en place: il suffirait que le tribunal puisse exiger la présentation d'une procuration écrite. Le dépôt n'a de sens qu'en cas de doute.

VSI: Art. 60 Abs. 4: Antrag: Ersatzlos streichen.

Begründung: Durch den vorgeschlagenen Abs. 4 des Art. 60 wird der Ball betreffend vertraglicher Vertretung im Zivilprozess erneut den Kantonen zugespielt. Ist indessen eine gesamtschweizerische Lösung angestrebt, sollte dies auch konsequent durchgezogen und nicht einzelne Bereiche wiederum den Kantonen übertragen werden. Bereits Art. 27 SchKG überliess die Regelung der vertraglichen Vertretung im Vollstreckungsverfahren den Kantonen mit dem Ergebnis, dass einzelne Kantone die Vertretung von Gläubigerinteressen in Betreibung- und Konkursverfahren durch Inkassoinstitute zulassen, einzelne wenige Kantone indessen ihre Kantonsgrenzen teilweise vollständig für ausserkantonale Inkassoinstitute geschlossen halten. Dies dürfte es allein aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit nicht geben.

Mit der Beibehaltung des Abs. 4 Art. 60 ZPO würde erneut Tür und Tor, für unterschiedliche Regelungen in einzelnen Kantonen geöffnet, was der Rechtssicherheit abträglich wäre.

Eventualiter folgender Formulierungsvorschlag:

*Einschub eines weiteren Absatzes in Art. 60:*

<sup>2</sup> *Jeder kann sich in Gerichtsverfahren gemäss Art. 25 SchKG i. V. m. Art. 258 ZPO durch ein von ihm gewähltes Inkassoinstitut als Gläubigervertreter vertreten lassen.*

Art. 61

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Möglichkeit der zwangsweisen Beiordnung eines Vertreters sollte vorgesehen werden für den Fall, dass die betreffende Partei der Aufforderung nicht folgt, und das Gericht vormundschaftliche Massnahmen nicht für geboten hält.

Sollte es aber bei einer blossen Aufforderung ohne Konsequenzen bei Erfolglosigkeit bleiben, so kann sich das Gesetz nur mit "Hinweis" "Aufklärung" begnügen.

SH: Die Möglichkeit der zwangsweisen Beiordnung eines Vertreters sollte vorgesehen werden für den Fall, dass die betreffende Partei der Aufforderung nicht folgt und das Gericht vormundschaftliche Massnahmen nicht für geboten hält.

Sollte es aber bei einer blossen Aufforderung ohne Konsequenzen bei Erfolglosigkeit bleiben, so kann sich das Gesetz nur mit "Hinweis" oder "Aufklärung" begnügen.

SO: Aus Sicht der Praxis zeigt es sich, dass bei Querulanten und andern schwierigen Parteien die zwangsweise Beiordnung eines Anwaltes im Sinne eines Anwaltszwanges der in Absatz 3 vorgeschlagenen Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde vorzuziehen wäre.

TG: Die Möglichkeit der zwangsweisen Beiordnung einer Vertreterin oder eines Vertreters sollte vorgesehen werden für den Fall, dass die betreffende Partei der Aufforderung nach Abs. 1 nicht folgt und das Gericht vormundschaftliche Massnahmen nicht für geboten hält.

TI: Giusta l'art. 39 cpv. 2 CPC-Ti il giudice diffida, non invita solamente (vedi art. 61 cpv. 1 AP), la parte che non è capace di proporre e di discutere con la necessa-

ria chiarezza la propria causa a munirsi di un patrocinatore, con la comminatoria della nomina di un avvocato d'ufficio. Quest'ultima conseguenza non è prevista dall'AP.

Da una parte si vuole così evitare una sorta di tutela giudiziaria, insita nel nostro sistema ticinese. Dall'altra però, quelle parti che sottovalutano la complicazione del diritto (materiale e procedurale) e ritengono di procedere da sole, sono quasi infallibilmente destinate a compiere errori fatali per la loro causa.

E' allora auspicabile che il giudice, oltre ad informare la parte del suo eventuale diritto all'assistenza giudiziaria gratuita, la informi pure sui rischi e le incertezze legate alla scelta di procedere da sé, con atti proprio e senza un rappresentante.

ZG: Wenn eine Partei trotz Aufforderung keine Parteivertretung beauftragt, sollte das Gericht die Möglichkeit haben, selber eine Parteivertretung zu bestellen (vgl. § 29 Abs. 2 ZPO ZH: "... Aus zureichenden Gründen kann es [das Gericht] statt dessen selbst den Vertreter bezeichnen. ..."). Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: La commission suggère que le terme "gratuite" soit supprimé, puisque l'assistance judiciaire est remboursable (art. 112 du projet). Cette remarque s'applique aussi plus bas dans le texte, notamment à l'intitulé du titre 4 et du titre 7.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

KassZH: Nebst dem in Absatz 1 geregelten Vorgehen sollte das Gericht auch die Möglichkeit haben, bei Weigerung der Partei, einen Vertreter zu beauftragen, dieser selbst einen solchen zu bestellen. Diese Möglichkeit - welche auch in Art. 39 BGG vorgesehen ist - hat sich in der zürcherischen Praxis (§ 29 Abs. 2 Satz 2 ZPO/ZH) bewährt und zu keinen Unzukömmlichkeiten geführt. Eine solche Zwischenlösung vermeidet auch ein zu rasches Vorgehen nach Absatz 3 (Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde).

OGZH: Abs. 3: wir finden es richtig, dass die quasi-Verbeiständung durch das Gericht fallen gelassen wird. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass E-BGG 38 Abs. 2 genau das festschreibt; das sollte harmonisiert werden.

Uni NE: L'article 61, qui concerne l'incapacité de procéder, ne dit rien sur la procédure à suivre lorsqu'une partie incapable de procéder ne suit pas l'invitation du tribunal. Par ailleurs, l'alinéa 2 ne concerne en rien l'incapacité de procéder (droit à l'assistance judiciaire gratuite) et ne devrait pas figurer à cette disposition.

#### Art. 62

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Vorbemerkungen zu den Art. 62 - 68: Im Vorentwurf wird nur die unselbstständige Streithilfe geregelt, welche "Intervention" genannt wird (vgl. Art. 65 VE ZPO). Die selbstständige, unabhängige Streithilfe (= streitgenössische Nebenintervention) wird offenbar bewusst weggelassen, mit dem Hinweis, dass für die Regelung kein Bedürfnis bestehe (vgl. Bericht zum Vorentwurf ZPO, S. 37 unten). Wir erachten jedoch auch die Regelung der selbstständigen, unab-

hängigen Streithilfe als erforderlich. Diese Regelung braucht es für all jene Fälle, in denen ein Urteil kraft Zivilrecht unmittelbar auch für Dritte verbindlich ist. Der Titel des 4. Kapitels sollte auf jeden Fall aus Gründen der Klarheit wie folgt erweitert werden: "*Intervention (unselbstständige Streithilfe)*".

JU: Dans la mesure où cela ne serait pas compris à l'alinéa 2, il conviendrait de préciser que si l'un des conjoints est défaillant, notamment à l'audience, il est censé être représenté par les autres.

En outre, l'article 62 AP ne dit rien, ni d'ailleurs le commentaire, sur la possibilité d'un des conjoints de fournir des moyens particuliers d'attaque ou de défense dans un mémoire séparé. Cette question devrait être éclaircie.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Einschränkung bezüglich des Ergreifens von Rechtsmitteln kann gerade bei kurzen Fristen sehr problematisch sein und einem effektiven Rechtsschutz unnötig entgegen stehen.

Formulierungsvorschlag Art. 62

Rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen wirken auch für säumige Streitgenossen. ~~Ausgenommen ist das Ergreifen von Rechtsmitteln.~~ *Unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung gilt die Ergreifung von Rechtsmitteln auch für die Streitgenossen.*

Uni BE: Es sind klar die Voraussetzungen für die *Zulässigkeit* einer Streitgenossenschaft aufzustellen (vgl. Art. 24 BZP); ob dann einfache oder notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, braucht dann nicht geregelt zu werden. So aber werden zwei Dinge (irreführend) miteinander vermischt.

Uni LA: Al. 2: La consorité imposée par le droit matériel reçoit ici une réglementation inadaptée au système du droit matériel, que la procédure ne peut que servir. En effet, il y a de nombreux actes de procédure de l'un des conjoints nécessaires, autres que la seule déclaration de recours, qui ne peuvent être imputés aux autres: ainsi, l'adhésion aux conclusions de la demande d'un seul des conjoints nécessaires face au refus d'y adhérer des autres conjoints ne peut être imputée à ces derniers. Au surplus, si seul l'un des conjoints recourt, pourquoi la partie adverse ne pourrait-elle pas attirer les autres conjoints en appel joint ? L'art. 62 al. 2 AP en vient dans ce cas à condamner l'exercice d'un appel joint, sans que cela puisse s'imputer à l'acte de procédure de la partie qui voudrait l'exercer.

Uni NE: La définition de la consorité nécessaire est dangereuse: elle inclut les cas de consorité formelle, pour lesquels une décision unique s'impose, mais qui ne nécessite pas une action conjointe, par exemple une procédure en annulation d'une décision d'une assemblée générale de société anonyme ou une demande en désaveu.

L'article 62 al. 2 implique-t-il malgré tout une ratification par les conjoints non encore partie à la procédure ? Pourquoi par ailleurs réserver un sort différent aux déclarations de recours ? Selon l'avant-projet, une demande de libération de dette intentée par un seul conjoint serait recevable, mais non un recours contre une décision de mainlevée provisoire. On comprend mal la justification du régime proposé.

Uni ZH: Auch die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft scheinen unausgereift, so wird nicht zwischen den Fällen einer notwendigen Streitgenos-

senschaft aus materiell-rechtlichen und jenen aus prozessualen Gründen differenziert.

Art. 63

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Es besteht ein Widerspruch zwischen dem Gesetzestext und dem Bericht zum Vorentwurf. Klarzustellen ist, ob für das Vorliegen einer einfachen Streitgenossenschaft die gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründe kumulativ oder alternativ vorausgesetzt werden ("oder" im Gesetzestext, "und" im Expertenbericht).

Weiter sollen die Zweckmässigkeit der gemeinsamen Beurteilung und die Zuständigkeit des gleichen Gerichts Voraussetzungen für eine einfache Streitgenossenschaft sein. Wir schlagen eine Bestimmung analog § 50 Absatz 1 ZPO/LU und folgenden Wortlaut vor:

*Mehrere Personen können gemeinsam klagen oder eingeklagt werden, wenn das gleiche Gericht zuständig, die gleiche Verfahrensart anwendbar und die gemeinsame Beurteilung der Streitigkeiten zweckmässig ist.*

Der Klarheit halber sollte ein neuer Absatz 2 eingefügt werden:

*Jede einfache Streitgenossin oder jeder einfache Streitgenosse kann den Prozess unabhängig von den andern führen.*

TI: Rispetto all'art. 42 CPC-Ti la norma dell'AP *non* sembra più distinguere tra il litisconsorzio facoltativo proprio da quello improprio. La nozione di litisconsorzio facoltativo viene definita in modo ampio *fatti e cause giuridiche sostanzialmente simili* (nella versione tedesca: *gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen*) che sembra appunto includere sia il litisconsorzio proprio che quello improprio.

Il *litisconsorzio proprio* esige l'esistenza di più cause legate fra di loro da un *vincolo di connessione* per l'oggetto o per il titolo. Mentre per *litisconsorzio improprio* si intende la riunione di più cause aventi per oggetto contestazioni derivanti da rapporti contrattuali fra loro *indipendenti e diversificati*, anche se promosse contro uno stesso convenuto ed identiche per quanto attiene al fatto ed il diritto.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni LA: Pour définir la consorité simple dans cette disposition, la commission d'experts n'a pas recouru à la notion de connexité, telle qu'elle est notamment utilisée dans l'hypothèse, très voisine, de l'art. 13 al. 2 AP. Y-a-t-il une raison valable à ce traitement différent ? Par ailleurs, l'exigence que, dans tous les cas, les causes à réunir relèvent de procédures différentes est excessive. Il est faux d'écrire, comme le fait le commentaire, que tel serait partout la solution actuelle dans les procédures cantonales. Il existe au contraire des cas où une attraction, par exemple au profit de la procédure ordinaire, est possible et judicieuse, même si les prétentions d'un des consorts relèveraient en elles-mêmes d'une procédure simplifiée ou sommaire. Il serait opportun de prévoir ici la possibilité d'une telle attraction.

Cela vaut d'ailleurs aussi pour les hypothèses voisines de l'appel en cause, de la demande reconventionnelle et du cumul objectif d'actions (art. 71, 80 et 81 AP).

Uni NE: L'article 63 parle de "*faits et de fondement juridique semblables*" pour la consorité simple. A notre sens, il faudrait parler de faits *ou* de fondement juridique semblables, afin de permettre un règlement rapide et conjoint d'un nombre important de causes. La consorité simple formelle devrait être couverte par cette disposition, ce que le message devrait préciser. Par ailleurs, il conviendrait que le rapport indique précisément si la notion de consorité de l'article 63 est identique à celle résultant de l'article 13 al. 1. Cette précision est nécessaire puisque dans le régime actuel la notion de consorité en matière de for ne se recoupe pas avec celle découlant des codes cantonaux. Elle s'impose d'autant plus que l'article 63 al. 1 admet la consorité active, alors que le for de la consorité n'est donné d'après l'avant-projet, qu'en cas de consorité passive. A relever toutefois qu'une modification des dispositions sur le for serait souhaitable afin de permettre par exemple à deux personnes victimes d'un acte illicite d'agir de consort au domicile de l'une d'elle.

L'avant-projet exclut la consorité simple lorsque les causes relèvent de procédures différentes. A notre sens, la valeur litigieuse, et donc la procédure applicable, devrait être déterminée par les conclusions prises dans leur ensemble, et ce qu'elles soient dirigées contre plusieurs personnes ou par plusieurs personnes. A ce stade, il faut relever que l'avant-projet donne des possibilités intéressantes d'invoquer des faits à proprement parler nouveaux, ou dont on avait pas connaissance jusque là, dans le cours de la procédure. Il devrait, de la même manière, faciliter les possibilités d'agir contre plusieurs personnes et de déposer des demandes reconventionnelles. Il l'empêche souvent en exigeant que la procédure applicable soit la même.

Art. 64

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Sofern der neu vorgeschlagene Artikel 63 Absatz 2 in die ZPO aufgenommen wird, ist Artikel 64 VE-ZPO zu streichen.

TG: Die Möglichkeit der Hauptintervention sollte unseres Erachtens kurz erwähnt werden.

ZG: Dem Gericht sollte die Möglichkeit offen stehen, den Streitgenossen eine gemeinsame Vertretung zu bestimmen (vgl. § 20 Abs. 1 ZPO ZG: "Die Streitgenossen haben in der ersten Rechtsschrift einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen. Im Unterlassungsfall bezeichnet der Gerichtspräsident ihn aus der Zahl der Streitgenossen."). Insbesondere bei Streitigkeiten, in denen die Parteien keinen Wohnsitz in der Schweiz haben, könnten dadurch aufwändige und zeitraubende Zustellprobleme vermieden werden.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

OGZH: Wir fragen uns, ob die Bestimmung nicht etwas Selbstverständliches ausdrückt. Wir würden andererseits begrüßen, wenn das Gericht einen gemeinsamen Zustellungsempfänger bezeichnen könnte, was sich nach unserer Praxis bewährt hat.

Vorschlag

*Das Gericht kann einen Streitgenossen als gemeinsamen Zustellungsempfänger bezeichnen. An ihn ergehen die weiteren Zustellungen, bis die*

*Streitgenossen einen anderen gemeinsamen Zustellungsempfänger bezeichnen, einen gemeinsamen Vertreter bestellen oder ausdrücklich gesonderte Zustellung verlangen.*

Art. 65

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Möglichkeit der Hauptintervention sollte kurz erwähnt werden.

GE: Articles 65 à 68 PCS: Ces dispositions ne règlent de façon expresse que l'intervention *accessoire*, soit l'intervention par laquelle l'intervenant ne fait que soutenir la position de l'une des parties. En application de l'art. 67 al. 1 PCS, l'intervenant *accessoire* ne peut pas prendre des conclusions différentes qui vont au-delà des conclusions de la partie en faveur de laquelle il intervient.

En revanche, l'intervention *principale* par laquelle l'intervenant fait valoir des droits propres en prenant des conclusions personnelles qui peuvent s'écarter de celles des parties principales, n'est pas expressément prévue par l'avant-projet. Le rapport explicatif est sibyllin à cet égard, puisqu'il se contente de relever l'absence de mention de l'intervention principale "*ne signifie pas qu'elle n'est pas admise*". Ce silence paraît source de complications: ne devrait-on pas prévoir explicitement cette institution et en décrire les modalités (à l'instar de ce que fait la loi de procédure civile genevoise - ci-après LPC GE - en ses art. 109 et suivants) ? La simple référence faite à cet égard par le rapport aux art. 116 PCS (suspension de la procédure dans l'attente du sort d'un autre procès) et 117 PCS (transmission d'une procédure connexe au tribunal saisi en premier lieu) ne suffit pas à réglementer une institution qui répond aux postulats d'efficacité et d'économie de procédure qui doivent inspirer toute législation moderne de procédure. Il faut en conséquence prévoir expressément la possibilité de l'intervention principale, non sans donner la possibilité au juge de la rejeter lorsqu'elle aboutit à des fins contraires aux buts poursuivis par cette institution.

De même, le parti pris de ne prévoir que l'intervention *accessoire dépendante* (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie qu'il soutient) à l'exclusion de l'intervention *accessoire indépendante* (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie adverse à la partie soutenue) est discutable.

A la lecture du rapport, il semble que l'intervenant à titre principal doive agir en introduisant une action contre les deux parties principales, faisant naître ainsi une deuxième procédure. Suite au dépôt de cette demande, l'action principale peut être suspendue afin d'éviter des jugements contradictoires (art. 116 PCS), ou la demande déposée par l'intervenant principal peut être renvoyée devant le tribunal saisi précédemment et être traitée en priorité (art. 117 PCS). Vraisemblablement, si la demande de l'intervenant à titre principal est acheminée au tribunal saisi de la procédure entre les parties principales, celui-ci devrait pouvoir joindre les causes s'il l'estime nécessaire (art. 115 PCS).

Les art. 109 et suivants de la LPC GE prévoient expressément la possibilité de l'intervention principale et accessoire. L'intervenant joint en quelque sorte les parties principales à un procès, sans devoir ouvrir une procédure distincte.

La nouvelle loi de procédure civile fédérale pourrait reprendre le système "genevois". En effet, le système de procédure unique en cas d'intervention principale présente l'avantage de ne pas multiplier inutilement les actions pen-

dantes devant les tribunaux, en réglant la situation juridique entre trois ou plusieurs parties en une seule fois. Ce système semble être beaucoup plus efficace du point de vue de l'économie de procédure.

Il faudrait donc prévoir expressément la possibilité de l'intervention principale dans la nouvelle loi de procédure fédérale, en spécifiant que l'intervenant participera à la procédure pendante entre les parties principales.

Il faudrait également donner la possibilité au juge de disjoindre la cause de l'intervenant principal, s'il l'estime nécessaire, pour garantir un procès équitable et le respect des droits des parties (en principe cette possibilité est déjà garantie par l'art. 115 PCS).

TI: Intervento principale (art. 50 CPC-Ti)

Non è espressamente previsto dal nuovo CPCF ma le spiegazioni dell'avamprogetto lo ammettono, esattamente nei medesimi termini di cui all'art. 50 CPC-Ti.

Si propone pertanto di esplicitare questa possibilità nella legge, inserendo un articolo del seguente tenore:

*Il terzo interviene in via principale quando fa valere, verso tutte le parti o alcune di esse, un diritto proprio sull'oggetto della controversia o dipendente dal titolo dedotto nel processo.*

*Tale intervento si propone mediante azione ordinaria in contraddittorio con le parti in lite.*

*Il giudice può disporre la sospensione della prima causa fino a decisione della seconda, oppure la loro congiunzione secondo la natura dei casi.*

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'intervention est régie par les art. 65 à 68 AP. Ces articles règlent de façon expresse uniquement l'intervention *accessoire*, soit l'intervention dans laquelle l'intervenant ne fait que soutenir la position de l'une des parties (Cf. p. 38 du rapport).

FSA: L'avant-projet ne traite pas expressément de *l'intervention principale* (ou agressive, qui permet à un tiers d'intervenir spontanément dans le procès et de prendre des conclusions pour lui-même contre l'une ou l'autre partie). Le Rapport indique que ce type d'intervention est néanmoins possible. Il nous paraît nécessaire de le dire clairement et de consacrer les deux institutions: *l'intervention accessoire* (qui permet uniquement au tiers de soutenir la cause de l'une des parties au procès) et *l'intervention principale* (ou agressive).

La FSA propose l'adoption du texte suivant:

*Article 65: Principe*

*Quiconque rend vraisemblable un intérêt juridique suffisant peut en tout temps intervenir à titre accessoire ou à titre principal et présenter au tribunal une requête à cet effet.*

Uni GE: L'intervention est régie par les articles 65 à 68 PCS. Ces dispositions ne règlent de façon expresse que l'intervention *accessoire*, soit l'intervention par laquelle l'intervenant ne fait que soutenir la position de l'une des parties (cf. p. 38 du Rapport). En application de l'article 67 I PCS, l'intervenant accessoire ne

peut pas prendre des conclusions différentes ou qui vont au-delà des conclusions de la partie en faveur de laquelle il intervient.

En revanche, l'intervention *principale*, par laquelle l'intervenant fait valoir des droits propres, en prenant des conclusions personnelles qui peuvent s'écarter de celles des parties principales (Rapport p. 38, note 76), n'est pas expressément prévue par l'AP. Le Rapport explicatif est sibyllin à cet égard, puisqu'il se contente de relever que l'absence de mention de l'intervention principale "*ne signifie pas qu'elle n'est pas admise*" (le Rapport justifie cette omission par la considération selon laquelle l'intervention principale résulte du droit matériel (p. 38), ce qui ne convainc pas. A agit en paiement contre B; C – qui se prévaut de sa qualité de cessionnaire de la créance - souhaite intervenir à la fois contre A pour faire constater sa qualité de titulaire de la créance et contre B pour obtenir une condamnation au paiement. Le droit matériel autorise certes C à faire valoir ses droits, mais ne prévoit nullement la possibilité d'intervenir dans le litige pendant entre A et B.). Ce silence paraît source de complications: ne devrait-on pas prévoir explicitement cette institution et en décrire les modalités (à l'instar de ce que fait la Loi de procédure civile genevoise [ci-après LPC GE] en ses articles 109 et suivants) ? La simple référence faite à cet égard par le Rapport aux articles 116 PCS (suspension de la procédure dans l'attente du sort d'un autre procès) et 117 PCS (transmission d'une procédure connexe au tribunal saisi en premier lieu) ne suffit pas à réglementer une institution qui répond aux postulats d'efficacité et d'économie de procédure qui doivent inspirer toute législation moderne de procédure. Il faut en conséquence prévoir expressément la possibilité de l'intervention principale, non sans donner la possibilité au juge de la rejeter lorsqu'elle aboutit à des fins contraires aux buts poursuivis par cette institution (ainsi l'article 110 III LPC GE prévoit le rejet de l'intervention lorsqu'elle ne répond pas à un intérêt reconnu ou qu'elle survient dans le seul but d'éloigner le jugement dans la cause opposant les parties principales).

De même, le parti pris (Rapport, p. 38) de ne prévoir que l'intervention accessoire *dépendante* (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie qu'il soutient) à l'exclusion de l'intervention accessoire *indépendante* (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie adverse à la partie soutenue) est discutable (exemple de l'actionnaire venant soutenir le demandeur à une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale de la SA au sens de l'article 706 CO).

Uni LA: Ces dispositions ne prévoient que l'intervention accessoire. Selon le commentaire, l'intervention principale reste possible, mais, si l'on comprend bien, seulement sous la forme d'un procès séparé, avec la possibilité de suspendre une des causes, de manière à éviter le risque de jugements contradictoires. L'unité de juridiction ne pourrait être établie que par le biais de l'application de l'article 117 AP, qui n'oblige ni le second tribunal saisi à transmettre son dossier, ni le premier à l'accepter.

Autant dire qu'en réalité l'intervention principale ne serait pas possible selon l'AP, ce qui apparaît regrettable.

Uni ZH: Im Abschnitt über die Intervention fehlt deutlich eine Bestimmung über die selbstständige oder streitgenössische Intervention; entgegen der insofern unrichtigen Aussage des Berichts steht es nicht im Gutdünken des Gesetzgebers, diese Beteiligungsform zuzulassen oder nicht, vielmehr erfolgt aus dem materiellen Recht, wie stark die Stellung des Intervenienten ist.

Die Regelung von Nebenintervention und Streitverkündung weist verschiedene gravierende Mängel auf, die eine umfassende Überarbeitung unerlässlich machen. Weitergehend vgl. *Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 87 ff.*

Art. 66

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Laut Bericht kann der Entscheid über das Interventionsgesuch mit Beschwerde angefochten werden. Dies erscheint richtig, sollte jedoch ausdrücklich im Gesetzestext festgehalten werden, zumal Dritte laut den Art. 310 ff. VE nicht zur Beschwerde legitimiert sind. Für die Einführung einer Bestimmung über die Beschwerde Dritter (analog Art. 307 VE betreffend das Rekursverfahren) wird auf die Bemerkungen "Allgemeines zu Art. 310 ff. (Beschwerde)" verwiesen.

SZ: Über ein unbestrittenes Interventionsgesuch sollte nicht formell entschieden werden müssen.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: In Abs. 2 ist statt "Anhörung", was eine mündliche Verhandlung impliziert, besser von Einholung einer Stellungnahme zu sprechen.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FER: Les règles à respecter en matière d'intervention, mais surtout d'appel en cause devraient être plus précises en ce qui concerne notamment la forme que les actes des parties doivent respecter pour que leur requête ou demande soit admise par le tribunal, eu égard notamment aux différentes pratiques connues des cantons (plus particulièrement pour ce qui est de l'appel en cause). Une procédure rapide et efficace ne doit en effet pas intervenir au détriment d'une bonne et saine administration de la justice. La référence à d'autres règles de l'avant-projet (notamment l'art. 210 AP) pourrait toutefois suffire en l'occurrence.

FSA: *Article 66: Requête*

*La requête en intervention indique:*

*a) le motif de l'intervention;*

*b) la partie en faveur de laquelle elle a lieu si l'intervention est accessoire;*

*c) les conclusions de l'intervenant si l'intervention est principale.*

OGZH: Der abgewiesene Intervenient scheint uns schutzlos (denn der Rekurs ist nur in den ausdrücklich genannten Fällen zulässig, VE 307). Je nach Instanz sollte der Intervenient sich wehren können, aber nicht mit besserer Kognition der Rechtsmittel-Instanz, als sie den Parteien in der Hauptsache zur Verfügung steht.

Vorschlag VE 66 Abs. 3:

*Lässt das Gericht die Intervention nicht zu, kann der Intervenient dagegen das Rechtsmittel ergreifen, welches den Parteien in der Hauptsache offen steht.*

Uni BE: Abs. 1 in einen Satz zusammenfassen und einfügen: "... Angaben über den Grund..."

Art. 67

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Absatz 2 dieses Artikels sollte wie folgt lauten: "*Die Prozesshandlungen der Intervenientin oder des Intervenienten sind im Prozess unbeachtlich, sofern sie mit den Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen.*" Der unselbstständige Streithelfer, um den es hier geht, ist an den Willen der unterstützten Partei gebunden und kann sich nicht zu ihr in Widerspruch setzen. Die Formulierung im Vorentwurf erweckt den Anschein, dass die Prozesshandlung des Intervenienten, die mit der Hauptpartei in Widerspruch steht, nur für die Hauptpartei unwirksam ist, für den Intervenienten selber aber eine Bedeutung haben könnte.

TG: In Abs. 3 dieser Bestimmung werden nur "Verfügungen" erwähnt, was nach der Terminologie des Vorentwurfs offenbar prozessleitende Entscheide sind. Die Intervenientin oder der Intervenient muss aber wohl auch die Entscheide erhalten, zumal ihr oder ihm auch entsprechende Rechtsmittel offen stehen.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: En application de l'art. 67 al. 1 AP, l'intervenant accessoire ne peut pas prendre des conclusions différentes ou qui vont au-delà des conclusions de la partie en faveur de laquelle il intervient.

En revanche, l'intervention *principale*, dans laquelle l'intervenant fait valoir des droits propres, en prenant des conclusions personnelles qui peuvent s'écarter de celles des parties principales (rapport p. 38, note 76), n'est pas expressément prévue par l'AP. Le Rapport explicatif est sibyllin à cet égard, puisqu'il se contente de relever que l'absence de mention de l'intervention principale "*ne signifie pas qu'elle n'est pas admise*". Ce silence paraît source de complication; ne devrait-on pas prévoir explicitement cette institution et en profiter pour en décrire les modalités (à l'instar de ce que fait la Loi de procédure civile genevoise, ci-après "LPCGE", en ses art. 109 ss) ? De même, le parti pris (rapport, p. 38) de ne prévoir que l'intervention accessoire dépendante (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie qu'il soutient) à l'exclusion de l'intervention accessoire indépendante (résultant du rapport de droit entre l'intervenant et la partie adverse à la partie soutenue) est discutable (exemple de l'actionnaire venant soutenir le demandeur à une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale de la SA).

A la lecture du Rapport, il semble que l'intervenant à titre principal doive agir en introduisant une action contre les deux parties principales, faisant naître ainsi une deuxième procédure. Suite au dépôt de cette demande, l'action principale peut être suspendue afin d'éviter des jugements contradictoires (art. 116 AP), ou la demande déposée par l'intervenant principal peut être renvoyée devant le tribunal saisi précédemment et être traitée en priorité (art. 117 AP). Vraisemblablement, si la demande de l'intervenant à titre principal est acheminée au tribunal saisi de la procédure entre les parties principales, celui-ci devrait pouvoir joindre les causes s'il l'estime nécessaire (art. 115 AP).

Les art. 109 ss de la LPCGE prévoient expressément la possibilité de l'intervention principale et accessoire. L'intervenant joint en quelque sorte les parties principales à un procès, sans devoir ouvrir une procédure distincte

(BERTOSSA B./GAILLARD L./GUYET J./SCHMIDT A., *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, Genève 2003, § 1 ad art. 109 LPCGE).

Il serait souhaitable que la nouvelle loi de procédure civile fédérale reprenne le système "genevois". En effet, le système de la procédure unique en cas d'intervention principale présente l'avantage de ne pas multiplier inutilement les actions pendantes devant les tribunaux, en réglant la situation juridique entre trois ou plusieurs parties en une seule fois. Ce système semble être beaucoup plus efficace du point de vue de l'économie de procédure.

Il faudrait donc prévoir expressément la possibilité de l'intervention principale dans la nouvelle loi de procédure fédérale, en spécifiant que l'intervenant participera à la procédure pendante entre les parties principales.

Toutefois, il faudra donner la possibilité au juge de disjoindre la cause de l'intervenant principal, s'il l'estime nécessaire, pour garantir un procès équitable et le respect des droits des parties (en principe cette possibilité est déjà garantie par l'art. 115 AP).

AVZH: Der Begriff "Verfügung" ist nicht präzise und vollständig genug. Es müssen insbesondere auch die Urkunden gemäss Art. 128 erfasst sein.

Formulierungsvorschlag Art. 67:

~~Das Gericht stellt seine Verfügungen auch der Intervenientin oder dem Intervenienten zu. Gerichtliche Zustellungen erfolgen auch an Intervenient und Intervenientin.~~

FSA: Droits de l'intervenant *accessoire*: La note marginale est précisée par le qualificatif "accessoire"; le reste de l'article est inchangé.

OGZH: In Abs. 3 werden nur "Verfügungen" genannt, was nach der Terminologie des VE offenbar prozessleitende Entscheide sind. Der Intervenient (der ja auch ein Rechtsmittel ergreifen kann, Abs. 1) muss aber wohl auch die Entscheide erhalten.

Vorschlag Abs. 3:

*Das Gericht stellt seine Verfügungen und Entscheide ...*

Art. 68

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Lit. a ist zu streichen, da es in Art. 68 nur um die abhängige Streithilfe geht. Bei der abhängigen Streithilfe kann sich die Rechtskraft eines Urteils jedoch nicht auf den Streithelfer erstrecken, dies ist nur bei der selbstständigen Streithilfe der Fall. Bei der abhängigen Streithilfe kann der Intervenient beispielsweise kein Rechtsmittel gegen das Urteil einlegen, wenn er damit nicht einverstanden ist. Daher muss er später auch einwenden können, dass das Gericht die Sache unrichtig entschieden habe. An dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass die unabhängige Intervention in der Schweizerischen Zivilprozessordnung ausdrücklich geregelt werden sollte, etwa wie folgt: *Ist das Urteil kraft Zivilrecht unmittelbar auch für die Rechtsbeziehungen des Streithelfers zur Gegenpartei wirksam, ist er in seinen Prozesshandlungen von der unterstützten Partei unabhängig.*

BE: Zu bemerken ist, dass der Folgeprozess auch vom Intervenienten eingeleitet werden kann, was aus dem Gesetzestext hervorgehen sollte. Vorgeschlagen wird daher, statt von "Regressprozess" von "Folgeprozess" zu sprechen, was beide Möglichkeiten beinhalten würde (vgl. MEIER, a.a.O, S. 40).

TI: La lett. b corrisponde a quanto previsto all'art. 55 CPC-Ti, mentre l'eccezione che il tribunale abbia statuito erroneamente (lett. a) non è prevista dal CPC-Ti.

Il CPC-Ti si basa sul fatto che l'interveniente non ha qualità di parte vera e propria (il suo ruolo è di aiutare la parte accanto alla quale è intervenuto) subisce però eventuali conseguenze negative, non necessariamente nell'integralità, degli accertamenti e giudizi emessi nei confronti della parte che assiste, che di principio quindi non può più mettere in discussione nel successivo processo che lo vedrà eventualmente coinvolto in prima persona, in regresso o garanzia (res iudicata imperfetta: DTF 125 III 8 cons, 3a). Da qui il suo interesse ad intervenire nella lite.

Il testo letterale dell'AP sembra andare ben oltre. Anche le spiegazioni dell'avamprogetto sono sibilline e si legge che quella sentenza cresce in giudicato anche nei confronti dell'interveniente, che deve lasciarsela imputare, senza la possibilità di eccepire - nel processo di rivalsa - che il Tribunale abbia statuito erroneamente. Per contro, applicandosi il sistema della res iudicata imperfetta, l'interveniente deve lasciarsi imputare unicamente quanto riguarda la parte che assiste ma non quanto riguarda sé stesso.

Ma se così è, ci si chiede allora quale è il senso dell'art. 67 cpv. 1 CPCF dove si parla di atti "a sostegno della parte principale": Visto che la sentenza cresce in giudicato anche nei suoi confronti, l'interveniente ha certo di proporre anche atti a sostegno di sé stesso, non appena venga direttamente coinvolto nel litigio.

Crediamo in definitiva che, in realtà, il progetto non voglia stravolgere il sistema e che si tratti meramente di un difetto letterale, il quale va però assolutamente corretto nei seguenti termini: "a. il tribunale abbia statuito erroneamente, limitatamente agli accertamenti che riguardano la parte principale, al sostegno della quale è intervenuto".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Gemäss der Regelung von Unterabs. a wären im Regressprozess zwar die Intervenientin oder der Intervenient, nicht aber das urteilende Gericht selbst an das vorhergehende Urteil gebunden. Dies ist inkonsequent und lässt sich sachlich nicht begründen. Statt die Regelung jedoch auf das Gericht des Regressprozesses auszuweiten, sollte Unterabs. a gestrichen werden. Diese Regelung erscheint wenig sinnvoll, wird sie doch dazu führen, dass eine Intervention nur noch in den seltensten Fällen überhaupt stattfindet.

FSA: Effets de l'intervention *accessoire* sur le procès récursoire: La note marginale est précisée par le qualificatif "accessoire"; le reste de l'article est inchangé.

Nouvel article:

*Article 68 bis: Droits de l'intervenant principal et effets de son intervention*

*L'intervenant principal devient partie au procès; il assume la position d'un demandeur.*

OGZH: Achtung: es gibt nicht nur den Regressprozess des im Erstprozess Beklagten, sondern auch andere Folgeprozesse, für welche der Erstprozess präjudiziell ist. Wir möchten daher offener formulieren:

- in der Regeste *"Auswirkungen der Intervention auf den Regressprozess"*
- im ersten Satz *im späteren Prozess gegen die Hauptpartei*

SBV: Bisher haben Zivilprozessordnungen die Frage nicht geklärt inwieweit jemand, der im Hauptprozess lediglich intervenient war, im Regressprozess nun beklagte Partei wird, die Richtigkeit des Urteils des Erstprozesses in Frage stellen darf. Die daraufhin entwickelte und bewährte Praxis wurde übernommen. Die Rechtskraft des Urteils muss der intervenient de facto gegen sich gelten lassen. Er kann immerhin noch bestimmte Einwände erheben, die ihm genügenden Rechtsschutz bieten. Ist diese Einrede begründet, kann die Regresspflicht ermässigt oder gänzlich vereint werden. Diese Regelung löst ein Problem, welches in bisherigen Prozessordnungen einfach noch nicht gelöst worden war. Die Übernahme solcher praktischer Lösungen in ein Jahrhundertwerk ist begrüssenswert.

suisa: Die konkrete Ausgestaltung des Einwands der mangelhaften Prozessführung durch die unterstützte Partei (lit. b) vermag nicht vollumfänglich zu befriedigen. Zunächst geht es nicht um "den Stand des Verfahrens zur Zeit der Intervention", sondern wie der Bericht (S. 39) richtig festhält darum, dass der Streit zu spät verkündet wurde. Ausserdem erscheint uns die Beschränkung des Einwands auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit als fragwürdige Privilegierung der regressberechtigten Partei.

Unzutreffend ist die Feststellung im Bericht (S. 39), die Rechtskraft des Urteils im Hauptprozess erstreckte sich auf den Regressprozess.

Uni ZH: Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Bestimmung über die Auswirkung der Intervention auf den Regressprozess (Art. 68) nunmehr eine prozessrechtliche Regelung dieser Frage enthält, während die Wirkungen der unterlassenen Interventionen (mithin die Streitverkündungswirkung) weiterhin Gegenstand einer privatrechtlichen Regelung bleibt. Dies ist inkonsistent. Mit Schaffung einer bundesrechtlichen Zivilprozesskodifikation müsste konsequenterweise beides im Prozessrecht geregelt werden (dies entspräche auch den Regelungen von §§ 68, 74 der deutschen Zivilprozessordnung, welche mit dem vorliegenden Vorentwurf in Art. 68 nur "halb rezipiert werden").

Art. 69

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Vorbemerkung zu den Art. 69 - 72: Sowohl bei der einfachen Streitverkündung als auch bei der Streitverkündung mit Klage sollten im Gesetz deren Wirkungen - wie in Art. 68 für die Intervention - explizit festgehalten werden.

BE: Der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst - im Gegensatz zum Bericht - nur einen der beiden Fälle der Streitverkündung: die Partei glaubt, für den Fall des Unterliegens im Prozess einen Anspruch gegen eine Drittperson zu haben. Nicht erwähnt wird der Fall, in welchem die Partei einer Drittperson den Streit verkünden will, weil sie deren Regressansprüche zu befürchten hat. Es wird ange-regt, den Gesetzestext entsprechend zu modifizieren.

Laut Art. 69 Abs. 2 VE kann die streitberufene Person den Streit weiter verkünden. Eine Begrenzung dieser Möglichkeit sehen weder Gesetzestext noch Bericht vor. Abgesehen davon, dass das praktische Bedürfnis nach einer solchen "Ketten-Streitverkündung" relativ gering sein dürfte, stellen sich im Hinblick auf Art. 70 VE einige Fragen. Nicht ganz klar wird, welche Personen letztlich in welcher Art und Weise am Prozess beteiligt sind. Zu klären wäre zudem beispielsweise, ob die vierte Person, welcher der Streit verkündet worden ist, intervenieren oder gar den Prozess führen kann, wenn die dritte Person nicht interveniert hat.

LU: Gemäss Bericht der Expertenkommission ist die Streitverkündung auch zulässig, wenn eine Partei Regressansprüche einer Drittperson befürchtet. Der Gesetzestext sollte entsprechend ergänzt werden.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Streitverkündung ist nach einhelliger Lehrmeinung und Rechtsprechung nicht nur bei einem behaupteten Anspruch zulässig, sondern auch im umgekehrten Fall, wenn also jemand befürchtet, im Falle des Prozessverlustes selbst mit einem Drittanspruch belangt zu werden (BGE 90 II 404 ff.; Staehelin/Sutter, ZPO, S. 95). Mit einer solchen Streitverkündung kann der Streitverkünder anspruchshindernde Einwendungen gegen den Drittanspruch auf den Folgeprozess bindend erstrecken. Die meisten Kantone tragen dem genannten Umstand dadurch Rechnung, dass sie beide Varianten der Streitverkündung in ihren ZPOs ausdrücklich erwähnen (z.B. § 46 ZPO ZH). Wo dies – wie etwa in Basel-Stadt und -Land – nicht der Fall ist, wird die Streitverkündung praxisgemäss dennoch in beiden Fällen zugelassen (Staehelin/Sutter, ZPO, S. 95). Dies soll gemäss dem Bericht zum VE ZPO auch inskünftig nicht anders sein: Die Streitverkündung im Falle des befürchteten Anspruches soll vielmehr nach wie vor zulässig sein (Erläuterung zu Art. 69 VE ZPO, S. 40 des Berichtes zur VE ZPO).

Der Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 VE ZPO berücksichtigt dies nicht, sollte daher geändert werden und beide Varianten ausdrücklich nennen. Die Norm könnte dann z.B. folgendermassen lauten:

*Jede Partei kann eine Drittperson, gegen die sie für den Fall des Unterliegens im Prozess einen Anspruch zu haben glaubt, oder von der sie befürchtet, diesfalls selbst mit einem Anspruch belangt zu werden, auffordern, sie im Prozess zu unterstützen.*

Wortlaut erscheint widersinnig: Steht die Streitverkündung unverändert/erforderlich "Neben" der Klage oder ist die Klage "Statt" der Streitverkündung, d.h. direkt zu erheben.

Und: Die Erklärungsadressaten sind klarer zu bestimmen, wann muss man sich an das Gericht, wann direkt an die Gegenpartei wenden

AVLU: Wie im Bericht zum Vorentwurf richtig ausgeführt, wird durch die einfache Streitverkündung ein Dritter von einer Partei oder einer Nebenpartei aufgefordert, sie im Prozess zu unterstützen, weil sie gegen diesen Dritten im Falle des Unterliegens regressieren will oder ihrerseits Regressansprüche dieses Dritten befürchtet. Dies kommt jedoch im Gesetzestext nur unvollständig zum Ausdruck. Der Fall, in dem der Streit verkündet wird, weil eine Partei Regressansprüche des Dritten befürchtet, ist im Gesetzestext nicht erwähnt. Dieser ist entsprechend zu ergänzen.

FSA: La FSA approuve la mise en œuvre des deux institutions, l'une d'inspiration germanique – la dénonciation d'instance – et celle d'inspiration française – l'appel en cause – que l'on retrouve, comme indiqué dans le Rapport dans les cantons de Vaud et Genève, mais aussi en Valais. Ce canton a, au demeurant, consacré dans son code de 1998, à l'instar de l'avant-projet, les deux institutions: la dénonciation d'instance aux art. 51 et 52 CPC VS et l'appel en cause aux art. 53 à 56 CPC VS.

L'avant-projet contient une lacune en tant qu'il ne dit rien sur les effets d'une dénonciation d'instance (cf. par exemple l'art. 50 CPC BE). Nous proposons de prévoir un renvoi à l'art. 68 AP.

Nouvel article:

*Article 70 bis Effets de la dénonciation d'instance*

*La dénonciation a les mêmes effets que l'intervention accessoire (art. 68).*

suisa: Zu Art. 69 / 70 + Anhang: Art. 193 OR – Wirkungen der einfachen Streitverkündung: An der vorgeschlagenen Regelung der einfachen Streitverkündung ist – soweit sie reicht – nichts zu beanstanden, jedoch ist wohl irrtümlich eine bedeutsame Lücke offengelassen worden: Welche Wirkungen entfaltet das Urteil des Hauptprozesses, wenn der Streit verkündet wurde, die streitberufene Partei jedoch nicht interveniert? Durch den vorgeschlagenen Wegfall von Art. 193 Abs. 2 OR besteht keine gesetzliche Regelung mehr, obwohl gerade in diesem Fall der Streitverkünder am meisten darauf angewiesen ist, dass er sich im Regressprozess auf das Urteil des Hauptprozesses berufen kann.

Überhaupt zeigt Art. 193 OR, dass die Bindungswirkung des Urteils in einem Hauptprozess auf den Regressprozess nicht eine Folge der Nebenintervention, sondern der (rechtzeitigen) Streitverkündung ist. Art. 68 ist daher in den 1. Abschnitt des 5. Kapitels zu verschieben und entsprechend anzupassen. Wollte man hingegen die Auffassung, dass es sich dabei um eine Frage des materiellen Rechts handelt, konsequent umsetzen, wären stattdessen im OR und weiteren privatrechtlichen Erlassen die entsprechenden, schon heute bestehenden Bestimmungen der künftigen ZPO des Bundes anzupassen und allenfalls neue zu schaffen.

SVR: De même, l'institution de l'appel en cause à côté de la dénonciation d'instance (art. 69 à 72) constitue un progrès appréciable. Toutefois, il y aurait lieu de prévoir des règles plus strictes tendant à empêcher que l'appel en cause ne soit utilisé à des fins dilatoires ou contraires à l'économie de procédure qu'il est censé favoriser.

Uni LA: Il convient de saluer la reprise par l'AP de l'institution de l'appel en cause, qui n'est connue que de quelques cantons en Suisse mais qui est pratiquée à satisfaction dans maint pays voisin. L'exclusion des appels en cause en chaîne, avec en corollaire le maintien de la dénonciation d'instance comme alternative, sont des compromis acceptables. Tout au plus regrettera-t-on que, là aussi par parti pris de brièveté, la procédure d'appel en cause ne soit pas réglée de façon plus précise. En particulier, il paraît certain que l'admission ou non de l'appel en cause doit être tranchée dans une procédure séparée et liminaire (encore moins que pour les conditions de recevabilité de la demande, il n'est pas concevable que cette question soit jugée avec le fond). Il conviendrait donc soit de préciser qu'une décision incidente selon l'article 229 AP est dans ce cas obligatoire, soit de prévoir une procédure incidente propre, soit éventuellement de

renvoyer à la procédure sommaire, en réglant la question d'une éventuelle participation à ce stade de l'appelé.

Uni NE: *L'article 69 est trop étroit.* L'instance doit pouvoir également être dénoncée lorsqu'une partie craint que le tiers à laquelle elle entend dénoncer l'instance fasse valoir une prestation contre elle.

Uni ZH: Die Regelung von Nebenintervention und Streitverkündung weist verschiedene gravierende Mängel auf, die eine umfassende Überarbeitung unerlässlich machen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 87 ff.*

Art. 70

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In Art. 70 Abs. 2 VE sollte korrekterweise statt "Beitritt" das Wort "*Eintritt*" verwendet werden.

BS: Gemäss Abs. 1 lit. b soll der Litisdenunziat an Stelle des Litisdenunzianten den Prozess führen können, wenn dieser damit einverstanden ist. Liegt das Einverständnis vor, so kommt es zu einem Parteiwechsel, der gemäss Art. 73 der Zustimmung der Gegenpartei bedarf. Die Expertenkommission ist in ihrem Bericht zum Vorentwurf allerdings der Auffassung, dass in diesem besonderen Fall diese Zustimmung nicht erforderlich sei. Sollte sich der Gesetzgeber dieser Auffassung anschliessen, so empfiehlt sich im Interesse der Klarheit dringend, ausdrücklich zu erwähnen, dass es der Zustimmung der Gegenpartei nicht bedarf.

TI: A tal proposito si nota che sarebbe opportuno introdurre un art. 70a nel quale vengono elencati gli effetti di una denuncia della lite, rispettivamente introdurre il rinvio all'art. 68 AP.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

suisa: Vgl. die Ausführungen zu Art. 69.

Uni NE: L'article 70 n'indique pas quelles sont les conséquences lorsque le dénoncé refuse d'intervenir. L'article 68 s'applique-t-il par analogie ? A l'article 71, il serait plus simple de mentionner, à la place de "*le demandeur ou le défendeur*", : "*une partie*". L'article 72, qui règle la procédure en cas d'appel en cause, indique que celui-ci doit être introduit au plus tard par le demandeur, dans la réplique. Ceci est problématique puisque la réplique n'existe qu'en procédure ordinaire. Cette section étant une section générale, il conviendrait de mentionner un acte qui existe dans toutes les procédures. L'article 70 n'indique pas non plus sous quelle forme est introduit l'appel en cause. Doit-on procéder par requête, ou selon les formes de la procédure applicable pour le principal ? Doit-on passer par la procédure de conciliation ? Là également les dispositions de l'avant-projet sont trop lacunaires, ce d'autant que l'appel en cause n'est connu que dans quelques cantons.

## Art. 71

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Der Wortlaut von Abs. 1 ist unklar. Die Formulierung "statt der Drittperson den Streit zu verkünden kann ...." und die später folgende Formulierung "neben der Streitverkündung" ergibt keinen Sinn.

Weiter schlagen wir die Streichung von Abs. 2 vor. Unseres Erachtens gibt es keinen sachlichen Grund, weitere Streitverkündungen auszuschliessen. Aus ökonomischen Gründen und um in einer komplexen Angelegenheit übereinstimmende Urteile zu erhalten, sollten Streitigkeiten mit einem sachlichen Zusammenhang in einem einzigen Verfahren am gleichen Ort möglich sein. Wir regen jedoch an, dem Richter in Art. 71 Abs. 2 die Möglichkeit einzuräumen, die Prozesse gegebenenfalls zu trennen.

AR: Die Möglichkeit der Streitverkündung mit Klage ist abzulehnen. Die Klage müsste in einem Zeitpunkt erhoben werden (Klageantwort beziehungsweise Replik), bevor feststeht, ob überhaupt Regressansprüche entstehen. Das Rechtsschutzinteresse besteht (noch) nicht. In der Regel würde der Regressprozess wohl sofort sistiert bis zur Erledigung des Erstverfahrens. Der Hauptzweck der Streitverkündung, die Unterstützung der streitverkündenden Partei im Hauptverfahren, würde kaum mehr erfüllt, wenn diese bereits Regressklage erhoben hat. Der streitberufenen Partei ist aber nichts anderes gestattet, als zu Gunsten der streitverkündenden Partei zu intervenieren oder den Streit an deren Stelle zu führen (Art. 70 VE). Es müsste auch eine Ausweitung der Verfahren befürchtet werden, da sehr vorsichtige Anwälte in vielen Fällen nicht nur den Streit verkünden, sondern gleich noch Klage erheben werden. Für das Gericht würde es sich nicht mehr um das klassische Zweiparteienverfahren handeln, sondern es wären drei Parteien mit verschiedenen Interessen gleichzeitig im Verfahren, wobei der Anspruch gegen die dritte Partei erst entsteht, wenn das erste Verfahren entschieden ist. Das Gericht kann die Verfahren gemäss Art. 115 lit. c VE auch trennen (Bericht, zu Art. 71, S. 41). Was kann dann diese verfrüht erhobene Klage noch für einen Sinn haben? Die Institute der Intervention und der Streitverkündung genügen für die Beteiligung von Dritten am Prozess.

GE: Articles 71 et 72 PCS: Il convient de saluer la consécration de l'appel en cause (parfois désigné sous le vocable d'action en garantie) aux art. 71 et 72 PCS, une institution consacrées par quelques cantons romands (dont Genève), mais inconnue en Suisse alémanique. Il serait toutefois souhaitable que l'avant-projet règle quelques questions importantes de façon à éviter la survenance de pratiques trop disparates entre tribunaux, ce qui ne serait pas souhaitable sous l'angle de l'uniformisation de la procédure.

On pourrait préciser notamment que:

- la demande d'appel en cause peut être formée soit par requête écrite, soit oralement à l'audience;
- en cas de refus de la partie (principale) adverse, la cause est remise à plaider sur cet objet entre les parties principales et ce afin de respecter le droit d'être entendu et les exigences du débat contradictoire;

- la recevabilité de l'appel en cause doit être offerte ou déniée par un jugement, lequel indique cas échéant le délai dans lequel l'appel en cause doit cas échéant intervenir sous peine d'irrecevabilité;
- le délai est respecté si l'assignation dirigée contre l'appelé en cause est déposée avant son échéance; dans ce cas, le tiers devient partie à la procédure principale dès l'introduction de l'instance d'appel en cause, sans qu'il y ait lieu à proprement parler de "joindre" les deux causes;
- si le délai n'est pas respecté, la procédure d'appel en cause suit sa propre voie, distincte de la procédure principale;
- l'appelant en cause n'est pas tenu de chiffrer ses conclusions et doit pouvoir se limiter à conclure au paiement à hauteur des montants mis à sa charge dans le cadre de l'action principale.

Enfin, un pouvoir d'appréciation devrait être donné au juge quant à la recevabilité d'un appel en cause qui émanerait d'un appelé en cause, sans aller jusqu'à prévoir l'irrecevabilité de principe d'un appel en cause en cascade (art. 71 al. 2 PCS).

JU: Le Gouvernement est favorable, pour les motifs exposés dans le rapport explicatif, à l'institution de l'appel en cause d'un tiers dans le procès.

NW: Das Institut der Streitverkündungsklage ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Die Regelung ist indessen doch sehr verkürzt dargestellt, woraus sich bezüglich des konkreten Vorgehens Unklarheiten ergeben:

- Muss eine ausformulierte Klage eingereicht werden? (Die Formulierung "Geltendmachen" der Streitverkündung mit Klage gibt diesbezüglich wenig her.)
- Ist eine separate Rechtsschrift erforderlich? (Formulierung "in der Klageantwort" [Art. 72 lit. a] legt dies nicht nahe.
- Ist ein vorgängiges Schlichtungsverfahren erforderlich? Gemäss Art. 193 des Entwurfes besteht diesbezüglich kein Ausschluss, was bei diesem Institut nicht sinnvoll erscheint. Bei Art. 213 Abs. 2 (Widerklage) dagegen ist der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens ausdrücklich erwähnt.

Unklar ist auch die Formulierung in Art. 71, wonach "statt" der Streitverkündung "neben" der Streitverkündung Klage gegen die Drittperson erhoben werden kann.

OW: Das Institut der Streitverkündungsklage ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Die knappe Regelung in Art. 72 lässt jedoch bezüglich des konkreten Vorgehens verschiedene Fragen offen:

- Muss eine ausformulierte Klage eingereicht werden?
- Ist eine separate Rechtsschrift erforderlich?
- Ist ein vorgängiges Schlichtungsverfahren erforderlich? Gemäss Art. 193 besteht diesbezüglich kein Ausschluss. Bei Art. 213 Abs. 2 (Widerklage) dagegen ist der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens ausdrücklich erwähnt.

Unklar ist auch die Formulierung in Art. 71, wonach "statt" der Streitverkündung "neben" der Streitverkündung Klage gegen die Drittperson erhoben werden kann.

SH: Diese Klagemöglichkeit ist abzulehnen. Die Klage müsste in einem Zeitpunkt erhoben werden (Klageantwort beziehungsweise Replik), bevor feststeht, ob überhaupt Regressansprüche entstehen. Das Rechtsschutzinteresse besteht (noch) nicht. In der Regel würde der Regressprozess wohl sofort sistiert bis zur Erledigung des Erstverfahrens. Der Hauptzweck der Streitverkündung, die Unterstützung der streitverkündenden Partei im Hauptverfahren, würde kaum mehr erfüllt, wenn diese bereits Regressklage erhoben hat. Der streitberufenen Partei ist aber nichts anderes gestattet, als zugunsten der streitverkündenden Partei zu intervenieren oder den Streit an deren Stelle zu führen (Art. 70 VE). Es müsste auch eine Ausweitung der Verfahren befürchtet werden, da sehr vorsichtige Anwälte in vielen Fällen nicht nur den Streit verkünden, sondern gleich noch Klage erheben werden. Für das Gericht würde es sich nicht mehr um das klassische Zweiparteienverfahren handeln, sondern es wären drei Parteien mit verschiedenen Interessen gleichzeitig im Verfahren, wobei der Anspruch gegen die dritte Partei erst entsteht, wenn das erste Verfahren entschieden ist. Das Gericht kann die Verfahren gemäss Art. 115 lit. c VE auch trennen (Bericht, zu Art. 71, S. 41). Was kann dann diese verfrüht erhobene Klage noch für einen Sinn haben? Die Institute der Intervention und der Streitverkündung genügen für die Beteiligung von Dritten am Prozess.

SO: Wir unterstützen die Einführung der Streitverkündungsklage. Damit kann im Sinne der Effizienz vermieden werden, dass sich verschiedene Gerichte unnötigerweise in denselben Fall einarbeiten müssen.

TI: Il CPC-Ti non conosce l'azione di chiamata in causa.

Questa azione consente di coinvolgere come parte in causa in un processo già pendente un terzo contro cui una parte intende promuovere un'azione di regresso in caso di soccombenza. Ad es. se l'acquirente prodotto difettoso promuove un'azione estimatoria contro il venditore (azione principale); quest'ultimo intende rivalersi direttamente (regresso) sul produttore qualora l'azione del compratore venisse accolta.

Il CPC-Ti prevede la possibilità di denunciare la lite al terzo, questo si limita tuttavia solo ad *assistere* il convenuto senza diventare parte nel procedimento principale. L'azione di regresso va poi fatta valere mediante un'azione indipendente.

La possibilità di promuovere la cosiddetta azione di chiamata in causa presso il giudice investito della controversia principale consente di concentrare sia l'azione principale che quella di regresso davanti al medesimo tribunale, evitando il cambiamento del foro e in particolare impedendo che la causa sia deferita a un tribunale che non conosce l'incartamento del primo processo.

TG: Die Formulierung in Abs. 1 scheint uns nicht ganz klar. Gemäss dem Titel zu diesem Abschnitt und den Ausführungen im Bericht handelt es sich bei diesem Rechtsinstitut um eine mit der Streitverkündung verbundene Klage. Deshalb ist es nicht ganz richtig auszuführen: "Statt der Drittperson den Streit zu verkünden, ...". Offenbar ist die Meinung, dass die Partei ergänzend zur Streitverkündung den Dritten auch beklagen kann, wie dies der Vorentwurf im zweiten Satzteil mit der Wendung "neben der Streitverkündung ..." bestimmt. Art. 71 könnte besser wie folgt gefasst werden:

<sup>1</sup> *Die streitverkündende Partei kann gegen die streitberufene Person beim bereits befassten Gericht zusätzlich Klage erheben. (Satz 2 unverändert).*

<sup>2</sup> *Die streitberufene Person kann keine weitere Streitverkündung mit Klage erheben.*

VS: Atricles 71 et 72: Les premières expériences portant sur l'appel en cause, instituée lors de la modification du code de procédure civile (CPCNS, RSNS 251) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999, ne sont pas du tout concluantes, en sorte que nous proposons de biffer ces deux dispositions.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Art. 71 f.: Aufnahme der Streitverkündung mit Klage ist als Konzession an die Kantone Waadt und Genf zu sehen. Die CVP begrüsst die Einsetzung dieses Rechtsinstituts.

Grüne Partei: Dieser "qualifizierten" Streitverkündung stehen wir zurückhaltend gegenüber:

- Zunächst fragt sich, ob die durch die Einführung der Streitverkündungsklage angestrebten Ziele (vgl. Erläuternder Bericht S. 41 oben) nicht auch einfach dadurch erreicht werden können, dass anstelle einer Streitverkündungsklage eine "gewöhnliche" Klage beim zuständigen Gericht angehoben und die ältere Klage danach an dieses Gericht überwiesen wird (vgl. Art. 117).
- Indem die Möglichkeit einer Streitverkündungsklage auch für die klagende Partei geschaffen wird, würde zudem ein Grundprinzip des Zivilprozessrechts, die Legitimation der beklagten Partei zur Sache, ausgehöhlt: Jede Klägerin, die aus Nachlässigkeit die falsche Beklagte ins Recht fasst (z.B. die Geschäftsführerin statt deren Arbeitgeberin, den Zessionar statt den Zessionar), könnte diesen Fehler künftig noch im selben Verfahren korrigieren. Dies mag unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie zwar als sinnvoll erscheinen, könnte aber zur Folge haben, dass künftig relativ "sorglos" und ohne vertiefte Recherchen Klagen gegen irgend jemanden eingereicht werden, der bzw. die mit einer Streitsache allenfalls zu tun haben könnte, und man es dann dem Beweisverfahren überlässt, den oder die richtige(n) Beklagte(n) zu ermitteln.
- Die Einführung der Streitverkündungsklage dürfte dazu führen, dass der Gerichtsstand für Klagen aus Vertrag (Art. 27) stark an Bedeutung verliert. Gerade für kleine Gewerbetreibende würde sich dies sehr nachteilig auswirken: Beispielsweise müsste ein(e) Reparatuer(in) von Velos und Motorrädern künftig damit rechnen, überall in der Schweiz gerichtlich belangt zu werden.

Schliesslich müssen noch etliche Einzelfragen geklärt werden, z.B. ob der Gerichtsstand gemäss Art. 14 resp. 71 ein ausschliesslicher ist und somit einer allfälligen Gerichtsstandsvereinbarung mit dem Litisdenunziaten vorgeht, oder wie vorzugehen ist, wenn das Gerichtsorganisationsrecht der betroffenen Kantone je unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten für denselben Streitwert vorsehen. Wir verweisen im übrigen auf die entsprechenden Bemerkungen in der Vernehmlassung der Juristes Progressistes Vaudois zu Art. 71 und 72 (vgl. oben, Einleitende Bemerkungen, Lit. D).

LPS: L'appel en cause doit pouvoir être rejeté par le juge, lorsqu'il en résulte une complication excessive du procès, à l'instar de ce que prévoit le CPC vaudois (art. 83 al. 2 CPC VD).

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: Die vorgeschlagene Durchführung der qualifizierten Streitverkündung kann zu einer Verästelung des ursprünglichen Rechtsstreites zwischen den ersten Parteien führen. So sieht sich die mit dem Streitverkünder uneinige Partei plötzlich mit einer dritten Person im Verfahren konfrontiert, mit welcher sie zu keinem Zeitpunkt in einem Rechtsverhältnis stand. Besser wäre es, wenn die Klage des Streitverkünders an den Streitberufenen in einer separaten Eingabe erfolgen und dadurch parallel zum "Hauptprozess" ein "Nebenprozess" zwischen diesen Parteien stattfinden würde.

AVGE: Il faut également saluer la consécration de l'appel en cause (art. 71 ss AP), institution genevoise inconnue en Suisse alémanique, mais déplorer l'absence de réglementation précise de ses modalités.

En effet, l'AP ne règle que partiellement la manière dont l'appel en cause doit être requis et comment sa recevabilité doit être instruite et jugée. Il n'indique, en particulier, pas le moment à partir duquel l'appelé en cause est admis à la procédure. Le législateur laisserait ainsi une trop grande marge d'interprétation aux tribunaux cantonaux. Cette situation conduirait à des pratiques disparates qui ne sont pas souhaitables sous l'angle de l'uniformisation de la procédure.

Aussi conviendrait-il d'être plus précis dans la rédaction de cet article. Voici quelques pistes dont pourrait s'inspirer le législateur:

- a) La demande d'appel en cause peut être formée soit par requête écrite, soit oralement à l'audience.
- b) Le respect du droit d'être entendu et les exigences du débat contradictoire impliquent qu'en cas de désaccord de l'autre partie, la cause soit au moins fixée à plaider sur cet objet. A ce stade, l'appelé en cause n'a pas "voix au chapitre".
- c) La possibilité d'appeler en cause un tiers doit être offerte ou déniée par un jugement, lequel indiquera le délai dans lequel cet appel devra intervenir, s'il est admis.
- d) Le délai est respecté si l'assignation dirigée contre l'appelé en cause est déposée avant son échéance. Dans ce cas, le tiers deviendra partie à la procédure principale dès l'introduction de l'instance d'appel en cause, sans qu'il y ait lieu à proprement parler de "*joindre*" les deux causes.
- e) Si le délai n'est pas respecté, la procédure d'appel en cause suivra sa propre voie, distincte de la procédure principale.
- f) On ne voit pas pourquoi l'appelé en cause ne pourrait tenter à son tour un appel en cause (art. 71 al. 2 AP): un pouvoir d'appréciation devrait être donné au juge sur ce point, compte tenu du risque d'allongement excessif de la procédure en cas d'appels en cause en cascade.
- g) L'AP devrait contenir des précisions sur le contenu des conclusions prises à l'égard de l'appelé en cause. L'appelant en cause ne devrait pas être tenu de chiffrer ses conclusions envers l'appelé: il devrait pouvoir se limiter à conclure au paiement de tout ou partie des montants qui pourraient être mis à sa charge par l'action principale.

AVLU: Die vorgeschlagene Regelung der Streitverkündung mit Klage ist sinnvoll und wird ausdrücklich begrüsst.

AVZH: Formulierungsvorschlag Art. 71:

~~Statt der Drittperson den Streit zu verkünden, kann die klagende oder die beklagte Partei gegen diese Drittperson beim bereits befassen Gericht neben der Streitverkündung Klage erheben. Das Gericht muss für die betreffenden Ansprüche sachlich zuständig und die Ansprüche müssen in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein. Die klagende oder beklagte Partei kann neben der Streitverkündung Klage gegen diese Drittperson beim bereits befassen Gericht erheben.~~

Diese Neuformulierung widerspiegelt besser den Gedanken, dass die Partei, die den Streit verkündet, dies mit einer Klage gegen die Drittperson verbindet.

Weder aus dem Gesetzestext noch aus dem Bericht zum VE ergeht, ob die Interventions- oder Gewährleistungsklage zwingende Gerichtsstände ausheben kann. Dieser Punkt wäre zu regeln.

DJS: Cette disposition ne précise pas les conditions matérielles de l'appel en cause (connexité, action récursoire, etc..). Il faudrait que la loi définisse clairement les critères matériels de l'appel en cause. Par son libellé, l'article 71 semble se référer aux critères de la dénonciation d'instance. Ce renvoi n'est pas suffisant. La dénonciation d'instance est en effet une toute autre institution juridique qui, en particulier, n'oblige pas le dénoncé à prendre part au procès. Il en va différemment de l'appel en cause, ce qui justifie que les critères matériels de l'appel en cause figurent dans la loi. Une partie ne saurait appeler valablement en cause une autre partie (en dérogeant cas échéant aux règles habituelles de for (cf. notre prise de position sur l'art. 14 de l'avant-projet) si elle estime simplement pouvoir faire valoir des prétentions récursoires (cf. article 69 al. 1<sup>er</sup> de l'avant-projet). Il faut prévoir des critères plus objectifs et précis, de même qu'une procédure permettant à l'appelé en cause de contester d'entrée de cause son attrait à la procédure.

En outre, l'appel en cause ne devrait pas pouvoir créer un for spécial dérogeant aux règles générale (cf remarques ad article 14 de l'avant-projet).

Enfin, le fait d'interdire à l'appelé en cause d'appeler à son tour un tiers au procès est une limitation qui se comprend sur un plan pratique, mais qui limite sensiblement les droits de l'appelé en cause. Ce dernier est ainsi fortement désavantagé dans le cadre d'une procédure: il peut devoir être amené à procéder devant un for spécial (article 14) et ne peut faire pleinement valoir ses droits éventuels contre d'autres tiers. Les JDS s'opposent à cette limitation. Ils seraient plus favorable à une limitation du droit d'appeler en cause basée sur des questions de for, plutôt que de limiter les droits procéduraux de l'appelé en cause.

DJZ: Die Streitverkündung mit Klage ist problematisch, weil sie der Drittperson den ordentlichen Gerichtsstand entzieht. Sie ist für die *klagende Partei* auch keineswegs prozessökonomisch, weil der Erstprozess mit den Weiterungen der Auseinandersetzung zwischen beklagter Partei und Drittperson belastet wird.

FSA: La FSA propose de reformuler l'article 71 et d'ajouter une restriction pour le cas où l'appel en cause conduirait à une complication excessive du procès (al. 4).

*Article 71 Conditions*

*al. 1 Une partie peut appeler un tiers en cause lorsqu'elle entend prendre des conclusions à son encontre dans l'hypothèse où elle devrait succomber.*

*al. 2 L'appel en cause est recevable aux conditions cumulatives suivantes:*

- *si l'appelant rend vraisemblable la demande éventuelle qu'il entend introduire;*
- *si le tribunal est compétent pour en connaître à raison de la matière;*
- *si la même procédure est applicable.*

*al. 3 L'appelé en cause ne peut pas tenter à son tour un appel en cause.*

*al. 4 S'il en résulte une complication excessive du procès, le tribunal refuse l'appel en cause.*

Dans tous les cas la première phrase de l'art. 71 al. 1, dans sa version en langue allemande devrait être corrigée par la suppression de "...neben der Streitverkündung...".

OAFRI: Aucune exigence matérielle n'est posée pour l'appel en cause. L'appelant devrait au moins rendre vraisemblable qu'il a une prétention récursoire à faire valoir contre l'appelé.

Des appels en cause en chaîne doivent pouvoir être admis si le lien de connexité est donné (par exemple, action en responsabilité contre un organe de révision, lequel appelle en cause l'administrateur, lequel devrait pouvoir aussi appeler en cause un directeur).

Aucune procédure n'est prévue pour statuer sur l'admissibilité de l'appel en cause. La réglementation des conséquences procédurales de l'appel en cause est quasi inexistante.

OGZH: Abs. 1: Die Formulierung scheint uns nicht ganz klar. Nach der Regeste und dem Bericht handelt es sich um eine mit der Streitverkündung verbundene Klage. Dann ist es aber wohl nicht richtig zu sagen, "*statt* der Drittperson den Streit zu verkünden, ...". Offenbar ist die Meinung, dass die Partei ergänzend zur Streitverkündung den Dritten auch beklagen kann. - so sagt der VE ja im zweiten Satzteil: "*neben* der Streitverkündung ...".

Vorschlag:

<sup>1</sup>*Die streitverkündende Partei kann gegen die streitberufene Person beim bereits befassten Gericht zusätzlich Klage erheben. (Satz 2 unverändert)*

<sup>2</sup>*Die streitberufene Person kann keine weitere Streitverkündung mit Klage erheben.*

suisa: Dieses für alle Kantone ausser VD, GE und VS neue prozessuale Institut ist zu begrüßen.

SVV: Die Privatversicherer sind der Ansicht, dass sich die ZPO - entsprechend der Regelung im Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess und den meisten kantonalen Zivilprozessordnungen - auf die Einrichtung der einfachen Streitverkündung beschränken und auf die Einführung der Streitverkündung mit Klage verzichten soll. VE ZPO 71 ist ersatzlos zu streichen.

Uni GE: Il convient de saluer la consécration de l'appel en cause (parfois désigné sous le vocable d'action en garantie) aux articles 71 et 72 PCS, une institution consacrées par quelques cantons romands (dont Genève) mais inconnue en Suisse alémanique (seuls les cantons de Genève, Valais et Vaud connaissent l'appel en cause). Il serait toutefois souhaitable que l'AP règle quelques questions importantes de façon à éviter la survenance de pratiques trop disparates entre tribunaux, ce qui ne serait pas souhaitables sous l'angle de

l'uniformisation de la procédure (voir *infra* s'agissant de la problématique de la compétence *ratione materiae*).

On pourrait préciser notamment que la demande d'appel en cause peut être formée soit par requête écrite, soit oralement à l'audience, qu'en cas de refus de la partie (principale) adverse, la cause sera remise à plaider sur cet objet entre les parties principales, que la recevabilité de l'appel en cause devra être offerte ou déniée par un jugement, lequel indiquera cas échéant le délai dans lequel l'appel en cause devra cas échéant intervenir sous peine d'irrecevabilité, ou encore que l'appelant en cause n'est pas tenu de chiffrer ses conclusions et devrait pouvoir se limiter à conclure au paiement à hauteur des montants mis à sa charge dans le cadre de l'action principale.

Enfin, un pouvoir d'appréciation devrait être donné au juge quant à la recevabilité d'un appel en cause qui émanerait d'un appelé en cause, sans aller jusqu'à prévoir l'irrecevabilité de principe d'un appel en cause en cascade (article 71 II PCS), (un pouvoir d'appréciation devrait être donné au juge à cet égard de façon à éviter un allongement excessif de la procédure).

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Die beiden Artikel 71 und 72 sind wegzulassen. Hier kollidieren die gegenteiligen Interessen des Streitverkünders und des Streitberufenen mit denen, die sie verbinden. Dass die Institution im Bericht der Expertenkommission zu Art. 71 VE (S. 40) als "scharfe Alternative" bezeichnet wird, kommt nicht von ungefähr. Die dabei in Aussicht genommenen "Synergien" könnten für die Beklagten des Erst- wie des Zweitprozesses geradezu verheerend sein. - Wenn die Einrichtung durch das GestG den Kantonen als Option zur Verfügung gestellt worden ist (Bericht der Expertenkommission zu Art 71 VE S. 41 oben), so ist das Eines, wenn sie jetzt dem Zivilprozess der Schweiz generell einverleibt werden soll, so ist das etwas Anderes. Die angeführte Vermeidung widersprechender Urteile jedenfalls kann kein Grund dafür sein: Wird die Erstklage abgewiesen, so entfällt die Zweitklage ohnehin, wird sie ganz oder teilweise geschützt, so kommt Art. 68 VE zum Zuge (vgl. dazu im Einzelnen MAX GULDENER, Über die materiellen Wirkungen der Streitverkündung, ZSR NF 1949 S. 235 ff.).

### Art. 72

#### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Cet article est très incomplet. La loi devrait définir la procédure à suivre pour l'appel en cause, la nature du jugement à intervenir, les droits que peut faire valoir l'appelé avant de devenir formellement partie au procès, les voies de recours contre un jugement admettant l'appel en cause etc... Les JDS relèveront dans ce cadre que d'une manière générale, l'avant-projet est très imprécis sur la procédure à suivre en cas d'incident en cours d'instruction (p. ex. déclatoire, appel en cause, restitution de délai, production de pièces nouvelles, etc.). Bien plus, la nature des décisions à rendre par le tribunal suite à des incidents de procédure et les possibilités de recours sont réglées de façon peu claire dans l'avant-projet.

FER: Les règles à respecter en matière d'intervention, mais surtout d'appel en cause devraient être plus précises en ce qui concerne notamment la forme que les actes des parties doivent respecter pour que leur requête ou demande soit

admise par le tribunal, eu égard notamment aux différentes pratiques connues des cantons (plus particulièrement pour ce qui est de l'appel en cause). Une procédure rapide et efficace ne doit en effet pas intervenir au détriment d'une bonne et saine administration de la justice. La référence à d'autres règles de l'avant-projet (notamment l'art. 210 AP) pourrait toutefois suffire en l'occurrence.

Uni BE: Ein Satz aus dem Ganzen.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Vgl. die Ausführungen zu Art. 71.

Art. 73

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Folgen, welche das Ausbleiben einer Partei nach sich zieht (Klageabweisung unter Kostenfolge), sollten im Gesetz klar zum Ausdruck gebracht werden. Wir schlagen folgende Formulierung für eine selbstständige Bestimmung mit der Marginalie "Ausbleiben des Eintritts des Erwerbers" vor: *"Tritt der Erwerber nicht in den Prozess ein und ermächtigt er auch nicht den Veräusserer, ihn im eigenen Namen weiterzuführen, wird die Klage abgewiesen (Absatz 1); und: "Hat der Beklagte den Streitgegenstand veräussert, werden ihm die Kosten auferlegt, wenn sich die Klage nicht als offenbar ungerechtfertigt erweist (Absatz 2)."*

Ausserdem sollte hier oder in einer separaten Bestimmung die Möglichkeit der Berichtigung von Parteibezeichnungen explizit geregelt werden. Im ersten Stadium der Klage macht eine Berichtigung der Personalien von Amts wegen Sinn, wenn aus den Akten klar ersichtlich ist, wer gemeint ist, die Partei aber falsch bezeichnet wurde. Beispiel: Die Klage richtet sich nicht gegen den Vater, sondern den Sohn gleichen Namens oder beklagt wird eine Einzelfirma "Fritz Meier", es geht aber um die "Fritz Meier AG". Hier sollte es möglich sein, die Parteibezeichnung zu berichtigen, ohne dass der erste Prozess abgeschlossen und ein zweiter eröffnet werden muss.

GE: Il faut saluer l'art. 73 al. 2 PCS qui prévoit que la substitution de parties peut avoir lieu indépendamment du consentement de la partie adverse en cas d'aliénation de l'objet litigieux pendant le procès (avec possibilité toutefois d'exiger du reprenant la constitution de sûretés en garantie de l'exécution de la décision). C'est ici une bonne occasion de régler une question traitée très diversement à l'heure actuelle au gré des procédures cantonales (à titre d'exemple, la LPC GE ne dit rien à ce sujet).

LU: Gemäss Vorentwurf haftet die ausscheidende Partei für die aufgelaufenen Prozesskosten solidarisch mit der eintretenden. Diese Regelung ist zu eng. Wir regen an, eine Lösung analog § 122 Absatz 3 ZPO/LU zu wählen, welche dem Richter mehr Spielraum lässt, und schlagen folgenden Wortlaut vor:

*Bei Parteiwechsel bestimmt der Richter den Anteil an den Prozesskosten und die Art der Haftung für die eingetretene und die ausgetretene Partei nach Ermessen.*

TG: Aus Sicht der eintretenden Partei drängt sich folgende Präzisierung auf: "Die eintretende Partei haftet für die gesamten Prozesskosten. Für die bis zum Par-

teiwechsel aufgelaufenen Prozesskosten haftet die ausscheidende Partei solidarisch mit."

TI: In sintesi il contenuto della norma corrisponde a quanto previsto negli artt. 102-110 CPC-Ti. La differenza sussiste nel fatto che di norma nell'AP la sostituzione di parte può avvenire solo con il consenso della controparte, ad eccezione nel caso che l'oggetto litigioso viene alienato durante il processo. Nel CPC-Ti invece la sostituzione avviene senza la necessità del consenso della controparte.

Il TF (DTF 118 la 129, consid. 2) ha stabilito che ammettere una *sostituzione volontaria* della parte attrice senza l'accordo di quella convenuta è arbitrario.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Il faut saluer l'art. 73 al. 2 AP qui prévoit que la substitution de partie peut avoir lieu indépendamment du consentement de la partie adverse en cas d'aliénation de l'objet litigieux pendant le procès (avec possibilité toutefois d'exiger du reprenant la constitution de sûretés en garantie de l'exécution de la décision). C'est ici une bonne occasion de régler une question traitée très diversement à l'heure actuelle au gré des procédures cantonales (la LPCGE ne dit rien à ce sujet...).

OGZH: Zum besseren Verständnis schlagen wir vor, Abs. 1 und 2 umzustellen:

<sup>1</sup> *Wenn der Streitgegenstand während des Prozesses veräussert wird, kann die Erwerberin oder der Erwerber in den Prozess eintreten.*

<sup>2</sup> *Im Übrigen ist ein Parteiwechsel nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig.*

Die "Sicherstellung der Vollstreckung" hat ihren Ursprung in verschiedenen kantonalen Prozessordnungen, unter anderem in BE-ZPO 41. Wir erkennen aber nicht, wo die innere Begründung für diese Sicherstellungspflicht liegt (und bspw. geben auch Leuch/Marbach et al. BE-ZPO 5. Aufl. dazu keinen Aufschluss). Wir würden daher den entsprechenden zweiten Satz in VE 73 Abs. 2 *streichen*.

Uni GE: Il faut saluer l'article 73 II PCS qui prévoit que la substitution de parties peut avoir lieu indépendamment du consentement de la partie adverse en cas d'aliénation de l'objet litigieux pendant le procès (avec possibilité toutefois d'exiger du reprenant la constitution de sûretés en garantie de l'exécution de la décision). C'est ici une bonne occasion de régler une question traitée très diversement à l'heure actuelle au gré des procédures cantonales (à titre d'exemple, la LPC GE ne dit rien à ce sujet...).

Uni NE: Selon l'article 73 al. 2, le consentement de la partie adverse n'est pas requis lorsque l'objet du litige est aliéné pendant le procès et que le requérant reprend le procès. Toutefois, cet alinéa indique que la partie adverse peut exiger du reprenant la constitution de sûretés en garantie de l'exécution de la décision. Qu'en est-il si les sûretés ne sont pas constituées ? Le juge se prononce-t-il sur le principe ?

Par ailleurs, il conviendrait que le rapport indique clairement à quel régime est soumis le transfert de patrimoine selon la nouvelle loi sur les fusions et la reprise d'actifs et passifs au sens de l'article 181 CO.

Ne faut-il pas prévoir une suspension d'office en cas de décision de faillite ?

Uni ZH: In den Bestimmungen über den Parteiwechsel findet sich in Art. 73 Abs. 2 Satz 1 eine rudimentäre Erfassung des Problems der Veräußerung des Streitgegenstandes im Prozess. Diese Frage ist bis dato im schweizerischen Recht noch nicht ausreichend geklärt; der Vorentwurf spricht diese Frage zwar an, trägt aber zu ihrer Klärung fast nichts bei.

Bei der Regelung des Parteiwechsels sollte seine Zulässigkeit bei der Rechtsnachfolge und nicht die Unzulässigkeit in anderen Fällen in den Vordergrund gestellt werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 87 ff.*

## Art. 74

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Unseres Erachtens ist unklar, ob die Erhebung von Eventualbegehren als Ergänzung zum Hauptbegehren zulässig sein sollen. Sie sind weder im Entwurf noch im Kommentar genannt.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni BE: Ganz beseitigen, da überflüssig und vor allem unvollständig: die wichtigsten (dare, praestare) sind vergessen.

Uni NE: Les dispositions de ce titre sont pour la plupart exclusivement scolaires et sans utilité. Ainsi, la définition de l'action condamnatoire, de l'action formatrice et de l'action en constatation de droit peuvent être supprimées. Ces définitions auraient d'ailleurs tendance à figer des concepts qui relèvent principalement de la doctrine.

Uni ZH: Die Regelung der Klagearten bedarf der umfassenden Überarbeitung. Die unbezifferte Forderungs- und Feststellungsklage sind unvollständig geregelt. Mit der Regelung der Gestaltungsklage wird in unangebrachter Weise in das Privatrecht eingegriffen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 93 ff.*

## Art. 75

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Nach Abs. 2 ist der Prozess nach Abschluss des Beweisverfahrens an das andere zuständige Gericht weiterzuleiten, falls der Streitwert die Zuständigkeit des ersten Gerichts übersteigt. Im Zusammenhang mit der Regelung des Beweisverfahrens, das zum Teil oder ganz vorgängig der Hauptverhandlung erfolgen kann, erscheint diese Regelung eher unpraktisch und führt zu un gerechtfertigtem Aufwand. Eine bestimmte Zuständigkeitsregel hat diesen Nachteil nicht.

BE: Der VE sieht vor, dass der Prozess nach Abschluss des Beweisverfahrens an das zuständige Gericht überwiesen wird, falls der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des bisher mit der Sache befassten Gerichts übersteigt (Art. 75 Abs. 2 VE). Das ist im Grundsatz richtig, weil das Gericht nur dort urteilen soll, wo es sachlich zuständig ist. Die erwähnte Bestimmung widerspricht jedoch dem Grundsatz der Prozessökonomie und auch Art. 208 Abs. 1 lit. b VE, gemäss welchem offenbar die sachliche Zuständigkeit auch bei einer Erhöhung

des Streitwerts erhalten bleiben soll (vgl. die Bemerkungen zu Art. 208 VE). Vorzuziehen wäre für Art. 75 Abs. 2 VE daher die gegenteilige Lösung, wonach das Gericht, welches mit der Sache befasst ist und bereits das gesamte Beweisverfahren durchgeführt hat, ausnahmsweise weiterhin mit der Sache befasst bleibt. Diesfalls wäre der 2. Satz von Abs. 2 sinngemäss wie folgt zu ändern: "Übersteigt der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, so bleibt das angerufene Gericht zuständig."

BS: Anstelle der neuen unbezifferten Forderungsklage schlagen wir vor, weiterhin die bewährte Stufenklage anzuwenden, die sich an den von Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Kriterien orientiert (vgl. Oscar Vogel, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, in: recht 1992 Heft 2 S. 58ff).

SH: Nach Abs. 2 ist der Prozess nach Abschluss des Beweisverfahrens an das andere zuständige Gericht weiterzuleiten, falls der Streitwert die Zuständigkeit des ersten Gerichts übersteigt. Im Zusammenhang mit der Regelung des Beweisverfahrens, das zum Teil oder ganz vorgängig der Hauptverhandlung erfolgen kann, erscheint diese Regelung eher unpraktisch und führt zu ungerechtfertigtem Aufwand. Eine bestimmte Zuständigkeitsregel hat diesen Nachteil nicht (Beispiel: Art. 73a Abs. 2 ZPO SH).

TG: Gemäss Satz 2 dieser Bestimmung ist der Prozess nach Abschluss des Beweisverfahrens an das andere zuständige Gericht weiterzuleiten, falls der Streitwert die Zuständigkeit des ersten Gerichts übersteigt. Im Zusammenhang mit der Regelung des Beweisverfahrens, das zum Teil oder ganz vorgängig der Hauptverhandlung erfolgen kann, erscheint diese Regelung als unpraktisch und führt zu ungerechtfertigtem Aufwand. Aus diesem Grunde sollte die sachliche Zuständigkeit unverändert bestehen bleiben.

TI: Cpv. 1: la necessità dell'indicazione di un valore minimo è una necessità che si giustifica per la determinazione dell'autorità competente.

Cpv. 2: l'ammontare della pretesa oltre a dipendere dalle risultanze delle prove può dipendere anche dal diritto materiale. Ad esempio, l'art. 42 cpv. 2 CO rinvia al Giudice l'apprezzamento dell'ammontare del danno.

E' legittimo chiedersi se anche in quest'ultima ipotesi non bisogna che la parte, ad istruttoria conclusa, esponga finalmente - in ogni caso - la cifra che chiede. Il contrario, ossia mantenere ad libitum l'incertezza sul valore, crea senz'altro un problema in sede di ricorso, dove diventa impossibile argomentare che il giudice non ha concesso a sufficienza alla parte attrice, quando ella non ha specificato il valore di quanto chiede.

Per quanto riguarda poi la conseguenza prevista al cpv. 2 seconda frase, occorre chiedersi quale è la sorte dell'istruttoria esperita dinanzi al giudice incompetente *ratione materiae*. Se, come crediamo, dev'essere tenuta per buona, occorrerà metterlo nella norma, con la possibile aggiunta che alle parti va data la possibilità di completare le adduzioni di fatto e addurre anche eventuali nuove prove.

Se non lo si vuole, occorre cambiare la conseguenza: Il giudice che ha istruito la causa decide nei limiti della sua competenza, e per il resto l'attore dovrà incoare un nuovo processo. Soluzione che però rischia di creare un problema a livello di *res iudicata* (a meno d'interpretarla quale azione parziale) e a livello di potenziale contraddittorietà dei due giudizi.

ZG: Wo die klagende Partei zur Bezifferung ihrer Forderung auf die Rechnungslegung oder Auskunfterteilung durch die Gegenpartei angewiesen ist (sog. Stufenklage), ist eine unbezifferte Forderungsklage ebenfalls zulässig. Dies geht zwar aus dem Bericht zum Vorentwurf, nicht aber - oder zu wenig klar - aus der Formulierung von Abs. 2 hervor. Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen, z.B.: "Hängt die Höhe der Forderung vom Beweisergebnis oder von einer Vorleistung der beklagten Partei ab, so ...".

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die unbezifferte Forderungsklage ist durch die bewährte Stufenklage zu ersetzen, die sich an den von Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Kriterien orientiert.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJZ: Es ist zu begrüßen, dass der Vorentwurf eine Definition der unbezifferten Forderungsklage enthält.

FSA: Formulation: les termes français "prétention" et "demande" sont mieux adaptés que "créance" et "action".

OGZH: Dem Bericht S. 43 ist insofern zu widersprechen, als ein dem Richter übertragenes Ermessen nicht bedeutet, dass der Kläger von der Bezifferung befreit ist. Bspw. werden die Genugtuung für Körperverletzung, oder die Pönale für ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Ermessen festgesetzt, aber der Kläger muss dennoch sagen, was er will. Das gleiche gilt für die Schätzung des Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR: das ist eine materielle Norm, die nichts mit der prozessualen Pflicht des Klägers zur Bezifferung zu tun hat. Etwa anderes gilt nur, wenn dem Kläger *noch nicht alle Elemente bekannt* sind, welche bei der Fixierung des nach Ermessen festzusetzenden Betrages eine Rolle spielen werden: etwa, wenn die Auswirkungen seiner Verletzung noch nicht feststehen, oder wenn auch ausserhalb einer Stufenklage das Beweisverfahren zuerst Interna vom Beklagten erheben muss (bspw. im Fall einer Patentverletzung der vom Verletzer erzielte Gewinn) - dann (und nur dann) darf der Kläger die Bezifferung *aufschieben* (nicht weglassen: spätestens nach dem Beweisverfahren ist er zur Bezifferung verpflichtet). Der Aufschieben steht ja im Konflikt mit legitimen Interessen des Beklagten, im Grunde mit dessen Gehörs-Anspruch: Vgl. dazu Vogel/Spühler, § 7 N. 5b ff. - Wenn man mit Bezug auf das richterliche Ermessen von der Bezifferung absähe, wäre nicht einzusehen, an welchem Punkt des Verfahrens der Kläger dann die Bezifferung nachholen sollte oder auch nur könnte: die Unsicherheit, wie das Gericht entscheiden wird, bleibt ja bis zum Urteil bestehen. Dann ist es aber weder möglich, dem Dispositionsgrundsatz nachzukommen (VE 53 Abs. 1), noch lässt sich ermitteln, ob der Kläger appellieren kann (VE 290 Abs. 2)!

Abs. 2: Das fokussiert nur auf den Haftpflichtprozess und lässt ausser Acht, dass die spätere Bezifferung auch (und gerade) bei der Stufenklage vorkommt, Bsp.: Arbeitnehmer auf Provisionsbasis klagt [1] auf Offenlegung der Verkäufe und [2] auf Zahlung der daraus abgeleiteten Provision.

Vorschlag

<sup>2</sup>Das Gericht fordert die Partei auf, die Forderung zu beziffern, so bald das möglich oder zumutbar ist. (2. Satz unverändert)

Uni BE: Abs. 1: "... ihre Forderung bereits..."

Uni LA: Al. 2 in fine: Lorsque l'incompétence *ratione valoris* du tribunal découle d'une précision chiffrée des conclusions en paiement en cours d'instance, pas plus d'ailleurs que lorsque cette incompétence découle d'une augmentation de conclusions (cf. remarque ad art. 216 AP), il n'y a pas forcément lieu de prononcer le déclinaoire d'office. Comme indiqué ad art. 54 AP, il appartient en effet au droit cantonal de déterminer si la limite de valeur litigieuse qu'il fixe a un caractère dispositif ou impératif. Dans le premier cas, il faut réserver la possibilité d'une acceptation tacite par le défendeur. Dans le cadre de l'art. 75 al. 2 AP, celle-ci pourrait résulter du fait que ledit défendeur se détermine au sujet de la prétention chiffrée, voir simplement qu'il participe à la poursuite des débats sur le fond sans se prévaloir de l'incompétence.

Uni NE: A l'article 75, il conviendrait plutôt de parler de "*demande en paiement non chiffrée*". Aux alinéas 1 et 2 de cette disposition, il conviendrait également de remplacer "*créance*" par "*prétention*". Quelle procédure doit donc suivre le demandeur ? Celle prévue pour la valeur minimale indiquée ?

Selon l'alinéa 2, lorsque la valeur litigieuse dépasse la compétence du tribunal, le procès est déferé d'office au tribunal compétent. Cette disposition devrait indiquer le sort réservé aux actes déjà accomplis.

Art. 76

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Laut dieser Bestimmung kann auch bloss ein Teil eines Anspruches eingeklagt werden, sofern dieser teilbar ist. Vorbehalten bleiben muss der Rechtsmissbrauch. Es wird angeregt, die künftige Botschaft entsprechend zu ergänzen.

FR: Cette disposition est de nature à rendre sans effet la fixation d'une limite à la gratuité en matière de contrat de travail (art. 104 AP).

OW: Teilklagen sind bisher auch im Kanton Obwalden möglich. Es kommt jedoch oft vor, dass eine Partei in einem besonders komplexen und aufwändigen Fall lediglich eine kleine Summe einklagt, um – zufolge des geringen Streitwerts – die Prozesskosten tief zu halten. Trotzdem ist in solchen Fällen der Aufwand des Gerichts in der Regel nicht wesentlich kleiner, als wenn die ganze Forderung eingeklagt würde. Es wäre deshalb zu überlegen, die Möglichkeit der Teilklage entweder ganz auszuschliessen oder dann unter Art. 94 ff. die Möglichkeit zu schaffen, im Falle von Teilklagen die Prozesskosten nach dem ganzen wirtschaftlichen Interesse zu bemessen. Mit einer solchen Lösung könnten kostengünstige "Probegalopps" auf Kosten der Steuerzahler vermieden werden.

TI: Con l'azione parziale è data la facoltà di far valere solo una parte delle pretese senza che, nei confronti di domande diverse successive, fondate sullo stesso rapporto di diritto, possa essere sollevata l'eccezione di cosa giudicata. Tale possibilità non è però ammissibile in presenza di un abuso di diritto.

Viene fatto uso di questa facoltà ad esempio nelle pretese di risarcimento danni, dove parte del danno è provato mentre il danno totale è difficilmente quantificabile.

La giurisprudenza ha ammesso questa possibilità già sotto l'egida dell'attuale CPC.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir anerkennen das praktische Bedürfnis für eine Teilklage, sind jedoch der Ansicht, dass dabei dieselbe Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit wie bei einer Klage auf den gesamten Anspruch gewahrt bleiben muss: Es geht nicht an, eine komplexe Streitfrage, von deren Beantwortung eine Forderung in Millionenhöhe abhängt, zwecks Kostenersparnis durch Erhebung einer Teilklage von CHF 19'999.- im vereinfachten Verfahren beurteilen zu lassen (vgl. Art. 237 lit. g). Ebenso müsste die Zuständigkeit des Handelsgerichts – gibt es ein solches – gewahrt bleiben (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJZ: Es ist zu begrüßen, dass die Teilklage geregelt wird.

Uni BE: Die Aussage als solche ist selbstverständlich/überflüssig, steht im übrigen für Probleme, ohne ein einziges zu lösen. Festzustellen wäre, dass Restforderung nicht verwirkt ist u. dgl. Das Wort "bloss" ist Umgangssprache und wäre z.B. durch "lediglich" zu ersetzen.

### Art. 77

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die Absätze 2 und 3 sollten aus den folgenden Überlegungen gestrichen werden: Mit Abs. 2 werden neue Gestaltungsklagen geschaffen resp. näher bestimmt, was sich jedoch ausschliesslich aus dem materiellen Privatrecht ergeben kann. Aus dem gleichen Grund gehört die Bestimmung von Abs. 3 nicht in die Zivilprozessordnung. Die Beantwortung der Frage, ob eine Gestaltungsklage Rückwirkung hat oder nicht, muss dem materiellen Privatrecht obliegen.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Antrag: Absätze 2 und 3 als unnötig bzw. verwirrend streichen.

Abs. 2: Die Beschränkung der Durchsetzung der genannten Ansprüche aus dem Immaterialgüterrecht auf das Mittel der Gestaltungsklage ist zu eng; es sind auch Konstellationen denkbar, die mittels Leistungsklage durchzusetzen sind. Im Übrigen ergibt sich die Möglichkeit der Gestaltungsklage bereits aus dem materiellen Recht.

Abs. 3: Eine allfällige Rückwirkung von Gestaltungsrechten ergibt sich aus dem materiellen Recht. Dieser Vorbehalt ist damit überflüssig.

MV: Abs. 3: Im Verfahren um Anfechtung einer Kündigung und bei Erstreckungen kommt es gelegentlich vor, dass nach längerer Verfahrensdauer der Entscheid ein Mietverhältnis rückwirkend auflöst. Man behalt sich in diesen Fällen bisher mit der Konstruktion eines faktischen Mietverhältnisses. Diese Frage wird nun durch den VE geklärt, was wir begrüßen.

OGZH: Abs. 2 regelt ohne erkennbaren Grund nur einen ganz spezifischen Teilbereich. Es ist eigentlich eine Frage des materiellen Rechts. --> *streichen!*

Abs. 3 handelt ebenfalls vom materiellen Recht. Es ist auch durchaus fraglich, ob hier alle möglichen Fälle erkannt worden sind (angesichts der Unübersichtlichkeit der Gesetzgebung ist es ja kaum möglich!) --> *streichen!*

Uni ZH: Dass die Grenzziehung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht auch in anderer Hinsicht misslungen ist, zeigt etwa Art. 77 Abs. 2: Der Umstand, dass eine Gestaltungsklage möglich ist, bedarf eigentlich nicht unbedingt einer Regelung in einer zivilprozessualen Qualifikation, da es sich dabei ja im Grundsatz um eine Frage des materiellen Rechts handelt. Besonders deutlich ist die verfehlte Grenzziehung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht aber in dem erwähnten Art. 77 Abs. 2, wo angeordnet wird, die Übertragung und die Gebrauchsüberlassung von Immaterialgüterrechten sei mit Gestaltungsklage geltend zu machen. Hier wird im Rahmen "allgemeiner Bestimmungen" des Zivilprozessrechts plötzlich und systematisch unpassend ein Spezialproblem des Immaterialgüterrechts behandelt, welches in einer prozessrechtlichen Kodifikation eigentlich nichts verloren hat.

Art. 78

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Al presente articolo occorre aggiungere un capoverso che esclude l'ammissione di misure provvisionali nell'ambito dell'azione di accertamento (es: *cpv. 2: Non sono ammissibili misure provvisionali*). Ciò in ossequio alla più recente giurisprudenza del TF (DTF del 6 agosto 2003, 5P.242/2003).

Inoltre sarebbe buona cosa di:

(a) specificare che l'interesse sufficiente dev'essere giuridico o di fatto (secondo una terminologia ormai in uso corrente da anni)

(b) specificare la sussidiarietà dell'azione di accertamento rispetto a quella condannatoria, quale "regola" (secondo i dettami della recente giurisprudenza del TF). Ad esempio, introducendo un secondo paragrafo del seguente tenore: "*Di regola l'azione di accertamento è sussidiaria a quella condannatoria.*"

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Feststellungsklage: Aus der Bestimmung ist m.E. nicht erkennbar, dass die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage übernommen werden soll.

Anstelle von "hinreichendem Interesse" sollte deshalb von "rechtserheblichem Interesse" oder "Rechtsschutzinteresse" die Rede sein. Ferner sollte ein Vorbehalt zu Gunsten der anderen Bestimmungen des Bundesrechtes über Feststellungsklagen eingefügt werden.

AVZH: Antrag: den zweiten Satz als unnötig bzw. irreführend streichen. Bei jeder Klage ist ein Rechtsschutzinteresse erforderlich. Ein Feststellungsinteresse als besonderes Rechtsschutzinteresse muss also nicht zusätzlich verlangt werden. Im Übrigen sind im Gesetz teilweise explizit Feststellungsklagen ohne zusätzliche Hürde vorgesehen (ZGB 28a etc.).

GGD ZH: Abs. 1: Mit der Feststellungsklage *lässt* der Kläger nicht feststellen, sondern er *verlangt* die Feststellung. – Ferner: Gemäss den Erläuterungen (S. 45) soll "hinreichend" eine strengere Voraussetzung sein als "schützenswert" i.S.v. Art. 46. Nach üblichem Sprachgebrauch besteht diese Differenzierung nicht. Im übrigen kann die Praxis des Bundesgerichts, die offenbar zur Anwendung gebracht werden soll, auch unter den Ausdruck "schützenswert" subsumiert werden. Hinzu kommt, dass das Gesetz eine Anzahl von Feststellungsklagen

enthält, die ohne qualifiziertes Interesse geltend gemacht werden können (vgl. Stellungnahme des OG und des ZAV zu Art. 78) – Hingegen fehlt eine Bestimmung über die grundsätzliche *Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage*. Dieser nur den Juristen bekannte Grundsatz sollte aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich normiert werden.

#### *Art. 78 Feststellungsklage*

<sup>1</sup> *Mit der Feststellungsklage lässt die klagende Partei gerichtlich feststellen, dass ein Recht oder ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Sie muss ein hinreichendes Interesse an der Feststellung nachweisen.*

<sup>2</sup> *Ist in der Angelegenheit eine Leistungsklage möglich, so ist die Feststellungsklage in der Regel unzulässig.*

OGZH: Nach der Formulierung gälte die Voraussetzung des nachzuweisenden Interesses für die Feststellungsklage schlechthin. Das kann kaum richtig sein, wo es um gesetzlich speziell zur Verfügung gestellte Klagen geht (SchKG 83, 85a, ZGB 28a, 29). Man mag das als selbstverständlich ansehen und eine klärende Bemerkung in der Botschaft, allenfalls durch die spätere Praxis genügen lassen. Wenn man es schon im Gesetz klären will, schlagen wir folgende Formulierung vor:

*(2. Satz) Wenn sie sich nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung stützen kann, muss sie ein hinreichendes Interesse an der Feststellung nachweisen.*

Uni NE: L'article 78, qui concerne l'action en constatation de droit, outre qu'il est superflu, engendre des difficultés. Dans sa deuxième phrase, il indique en effet que le demandeur doit prouver qu'il a un intérêt suffisant à la constatation. N'y a-t-il pas répétition de la condition posée à l'article 54 al. 1 lettre a) ? Le principe ne découle-t-il pas non plus déjà de l'article 148 sur le fardeau de la preuve des droits de procédure ?

Uni ZH: Es erübrigt sich, ein Feststellungsinteresse als besonderes Rechtsschutzinteresse zu verlangen, da bei jeder Klage ein Rechtsschutzinteresse erforderlich ist. Im Übrigen sind im Gesetz bereits heute teilweise explizit Feststellungsklagen ohne zusätzliche Schwelle vorgesehen (Art. 28a ZGB etc.).

#### Art. 79

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Verbandsklage lehnen wir ab. Sie ist systemwidrig und in ihren Auswirkungen unberechenbar.

AR: Die Verbandsklage ist in dieser Ausgestaltung neu. Sie erscheint so wie vorgesehen aber als sinnvoll.

BE: Das Institut der Verbandsklage entspricht nicht bernischer Rechtstradition, ist dem schweizerischen Recht jedoch auch nicht gänzlich unbekannt. Der Entscheid darüber, ob an dieser Neuerung festzuhalten ist, muss den politischen Behörden obliegen. An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass die Einführung der Verbandsklage in prozessrechtlicher Hinsicht einige Probleme aufwerfen wird (z.B. Fragen nach dem Gerichtsstand, der Parteistellung, dem Streitwert und den Rechtskraftwirkungen, v.a. in subjektiver Hinsicht).

BL: Antrag: Streichung der Verbandsklage.

Begründung des Antrags: Es besteht kein zwingender Grund, die Verbandsklage einzuführen. Der Zivilprozess ist auf die Geltendmachung von Rechtsansprüchen durch deren alleinige Träger/-innen angelegt. Eine Durchbrechung dieses Prinzips führt nicht nur zu Unklarheiten, sie ist auch rechtsstaatlich nicht erforderlich, weil das gut ausgebaute Sozialprozess-System in der Schweiz auch rechtlich unerfahrenen und finanziell schwachen Personen ermöglicht, ihre Rechtsansprüche gerichtlich durchzusetzen.

Für den Fall, dass dennoch an der Verbandsklage festgehalten wird, wären folgende Punkte zu beachten:

- Der Begriff "andere Organisationen" ist zu unbestimmt und bereitet Abgrenzungsprobleme. Daher sollte er präzisiert werden. Welche Gruppierungen sind gemeint? Wenn auch - wie im Bericht zum Vorentwurf angemerkt - Konsumentenschutzorganisationen ohne Mitglieder unter den Begriff "andere Organisationen" fallen, bedeutet dies, dass auch Einzelpersonen als "andere Organisationen" klagen können?
- Es sollte klargestellt werden, dass keine ad hoc-Gruppierungen unter den Begriff "andere Organisationen" fallen. Eine Einschränkung in dem Sinne, dass nur seit mindestens einem Jahr bestehende Organisationen zur Klage legitimiert sind, würde dies gewährleisten.
- Zu unscharf ist auch der Begriff "Betroffene", weshalb die Gefahr besteht, dass er Rechtsanwendungsprobleme verursachen wird.
- Während in Art. 79 steht, dass die Vereine und anderen Organisationen in eigenem Namen klagen können, wird im Begleitbericht wiederum festgehalten, dass im Namen von Opfern durch die Vereine resp. Organisationen gehandelt wird (S. 46, vierter Abschnitt, letzter Satz). Dieser Widerspruch zwischen Gesetzeswortlaut und Erläuterungen ist aufzulösen.

BS: Wir begrüßen es sehr, dass auf die Einführung des Instituts der Sammelklage verzichtet worden ist.

GE: L'art. 79 PCS réglemente l'action des organisations (action sociale), jusqu'ici prévue par certaines lois spéciales (que réserve l'art. 79 al. 2 PCS) et par la jurisprudence. La réglementation proposée a le mérite d'élargir l'action sociale – actuellement prévue pour les seules associations professionnelles agissant pour la sauvegarde des intérêts économiques de leurs membres (même si la jurisprudence retient une notion large de l'intérêt économique) – à des situations faisant intervenir la défense des intérêts idéaux. Cette extension résulte du fait que l'art. 79 PCS ne fait référence qu'aux "*intérêts*", sans autre précision, des membres de l'association ou de l'organisation. En revanche, il faudrait prendre la précaution d'exiger de façon explicite un intérêt collectif, de sorte que l'atteinte visée concerne indistinctement plusieurs personnes: l'action sociale doit avoir pour enjeu un phénomène de portée suffisamment générale pour que l'appareil judiciaire ne s'y intéresse que par le cumul de demandes individuelles.

LU: Diese Bestimmung ist zu offen formuliert. Wir schlagen vor, sie durch folgende Variante zu ersetzen: "Die Verbandsklage ist zulässig, soweit sie vom Bundesrecht vorgesehen ist."

JU: Nous approuvons la possibilité offerte aux associations et aux organisations d'agir en leur propre nom dans la défense des intérêts de leurs membres. Cet instrument pallie dans une certaine mesure la renonciation à prévoir l'action collective à laquelle nous ne sommes pas favorables.

Il est à noter que l'action des organisations ne peut être condamnatoire et viser, par exemple, l'octroi de dommages et intérêts. Ceux-ci pourraient en revanche être demandés au moyen d'une action collective.

SH: Die Verbandsklage ist in dieser Ausgestaltung neu. Sie erscheint so wie vorgesehen aber als sinnvoll.

SO: Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Expertenkommission darauf verzichtet, das Institut der Sammelklage neu ins Schweizerische Recht aufzunehmen.

Jedoch lehnen wir die Verbandsklage in der vorgeschlagenen allzu offenen Form ab. Für den Fall, dass eine solche Klage Eingang in die neue Zivilprozessordnung findet, sind die einzelnen klageberechtigten Verbände zu bezeichnen.

TG: Die allgemeinen Formulierungen in dieser Bestimmung sind insofern nicht ganz unproblematisch, als sie auch Vereinen und Organisationen Tür und Tor für allerlei mögliche und unmögliche Prozesse öffnen könnten, die sich speziell der Prozessführung verschrieben haben.

TI: Il modello classico della procedura civile è che l'azione dev'essere proposta, individualmente, dal titolare della pretesa.

Il progetto respinge il sistema delle class actions americane ma ammette invece l'eccezione legata all'azione collettiva, che è conosciuta da tempo nel nostro sistema.

Giusta la giurisprudenza del TF (DTF 114 II 345; DTF 125 III 82) le associazioni professionali possono agire per difendere un interesse collettivo che comprende, oltre l'interesse dei loro membri anche quello di persone che esercitano la professione. Tuttavia anche in questa ipotesi la qualità per agire è subordinata alla condizione che la stessa sia prevista dagli statuti. La loro qualità è inoltre limitata alla difesa degli interessi comuni di una professione, non possono però chiedere il risarcimento del danno subito a nome dei membri, trattandosi di una pretesa individuale in capo a ciascun membro.

Crediamo che sia un'innovazione utile e conforme alla filosofia di tutto il progetto, ossia quella di concentrare il più possibile delle pretese multiple, in un solo processo e dinanzi al medesimo giudice.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die fortschrittliche Regelung der Aktivlegitimation von Verbänden (keine Beschränkung auf Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder) begrüßen wir sehr; sie trägt den Anforderungen eines modernen KonsumentInnen- und haftpflichtrechtlichen Geschädigtenschutzes Rechnung. Angesichts des eingangs erwähnten Leitsatzes der vorberatenden Expertenkommission, zivilprozessuale Bestimmungen aus den materiellen Bundesgesetzen soweit wie möglich zu entfernen, ist jedoch schwer verständlich, wieso ausgerechnet beim Verbandsklagerecht eine Ausnahme gemacht werden soll, indem hier andere Bundesgesetze eine Erweiterung, aber auch eine Einengung dieses Rechts

vorsehen können (vgl. Art. 79 Abs. 2). Wir beantragen deshalb, diesen Absatz zu streichen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: L'ACSI approva tale articolo che consente alle associazioni, nel loro campo di attività, di tutelare giudizialmente in nome proprio gli interessi dei singoli.

AKBS: Verbandsklage: Keine Generalisierung der Verbandsklage notwendig (im Privatrecht), die schon vorhandenen Sondertatbestände reichen.

AVGE: L'art. 79 AP réglemente l'action des organisations (action sociale), jusqu'ici prévue par certaines lois spéciales (que réserve l'art. 79 al. 2 AP) et par la jurisprudence. La réglementation proposée a le mérite d'élargir l'action sociale – actuellement prévue pour les seules associations professionnelles agissant pour la sauvegarde des intérêts économiques de leurs membres (même si la jurisprudence retient une notion large de l'intérêt économique) – à des situations faisant intervenir la défense des intérêts idéaux. Cette extension résulte du fait que l'art. 79 AP ne fait référence qu'aux "*intérêts*", sans autre précision, des membres de l'association ou de l'organisation. En revanche, il faudrait prendre la précaution d'exiger de façon explicite un intérêt collectif, de sorte que l'atteinte visée concerne indistinctement plusieurs personnes: l'action sociale doit avoir pour enjeu un phénomène de portée suffisamment générale pour que l'appareil judiciaire ne s'y intéresse autrement que par le cumul de demandes individuelles (JEANDIN N., *Parties au procès...*, p. 108. Il est exclu d'admettre l'action sociale en faveur d'un groupe d'employés qui se plaindrait de harcèlement de la part d'un patron).

Les experts le relèvent: ils renoncent à prévoir le règlement des litiges de masse (action de groupe, connue sous le vocable de *class action*), estimant suffisantes les possibilités de regroupement d'actions "*par les instruments classiques*", allusion étant faite à la consorité ou à la jonction de causes (Rapport, p. 45 ss.).

Or force est d'admettre que des litiges pourront survenir dans lesquels les instruments classiques auxquels se réfère le législateur menacent d'être inopérants. Pense-t-on sérieusement que la jonction des causes permettrait de gérer le cumul de demandes issues de dizaines de milliers de victimes d'une catastrophe (grave pollution d'un cours d'eau par une entreprise par exemple) ? On peut regretter que les experts n'aient pas profité de l'occasion pour introduire l'action de groupe telle que la connaît le droit anglo-américain notamment (*class action*) (Le litige de masse résulte de la somme des contestations émises ou susceptibles de l'être par un grand nombre de personnes contre un ou plusieurs responsables d'un préjudice résultant d'un même complexe de faits ou de faits similaires: JEANDIN, *op. cit.*, p. 111).

La Suisse pourrait se profiler comme pionnière en la matière au sein d'une Europe judiciaire actuellement confrontée au même vide procédural. Il ne s'agit certes pas de minimiser les difficultés de l'exercice, que relève à juste titre le Rapport (p. 46): il en va ainsi de l'extension de la force jugée d'un jugement à l'égard de tiers non-parties à la procédure, de l'organisation du procès et de la nécessité reconnue de contrecarrer certains effets pervers de ce type d'institutions (ainsi, comme constaté aux Etats-Unis: prime aux attitudes procédurières, façon de contraindre une entreprise à entrer en négociations, frais judiciaires énormes, rôle des avocats). Il n'en demeure pas moins que ces

obstacles sont surmontables, et qu'une codification en termes généraux serait souhaitable en cette matière, de façon à offrir la possibilité aux tribunaux institués à ces fins de préciser par voie jurisprudentielle les contours d'une institution procédurale que la Suisse ne pourra ignorer indéfiniment.

AVZH: Art. 79 geht über die bisherige Praxis, welche lediglich Berufsverbänden ein entsprechendes Klagerecht einräumte, klar und ohne besonderen Bedürfnisnachweis hinaus. Unklar erscheint zudem, ob dieses Klagerecht auch Verbänden zukommt, die eigens im Hinblick auf die Anstrengung einer entsprechenden Klage ins Leben gerufen oder deren Statuten im Hinblick auf eine Klageerhebung angepasst worden sind. Nach dem Wortlaut der neuen Regelung könnten beliebige Personen einen Verein zur Geltendmachung von beliebigen Ansprüchen (ausser Schadenersatzansprüchen) irgendwelcher *anderer* Interessengruppen gründen, z.B. drei Genfer einen Verein zur Verhinderung des Baus einer Seilbahnstation in St. Moritz im Namen der betroffenen Nachbarschaft. Damit wird eine umfassende Populärbeschwerde eingeführt, die zu Missbräuchen einlädt. Die allgemeine Verbandsklage ist deshalb auf die Durchsetzung von Ansprüchen *der Mitglieder* zu beschränken. Eine Ausdehnung auf die Interessen Dritter sollte nur durch Spezialgesetze gemäss Abs. 2 erfolgen.

Formulierungsvorschlag Art. 79:

~~[...] zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder der Interessen von Angehörigen bestimmter Interessengruppen befugt sind, [...]~~

DJZ: Es ist positiv, dass die Verbandsklage eine ausdrückliche Regelung gefunden hat.

economiesuisse: Wir begrüßen auch den Verzicht, das fremde Element der Sammelklage ins Schweizer Recht aufnehmen zu wollen. Es ist immer problematisch, isoliert einzelne Rechtsinstitute aus fremden Rechtsordnungen in unser Recht zu übernehmen. Dies würde eine fundamentale Überarbeitung auch anderer Rechtsgebiete notwendig machen, neben den im Begleitbericht erwähnten prozessualrechtlichen Fakten auch solche im materiellen Recht.

Die vorgeschlagene generelle Einführung der Verbandsklage im Zivilprozess lehnen wir entschieden ab. Eine solche ist auf Sondertatbestände zu beschränken und daher weiterhin im entsprechenden materiellen Recht zu regeln. Der Gesetzgeber lässt denn auch die Verbandsklage - unseres Erachtens bereits in zu extensiver Form! - in verschiedenen Bereichen zu, insbesondere im Natur- und Heimatschutzrecht oder dem Umweltschutzrecht. Durch letztere Bestimmungen würden auch die begründungsweise im Begleitbericht angeführten Beispiele abgedeckt. Die vorgeschlagenen Änderungen gehen weit über die heutige Rechtsprechung hinaus und würden - wie die angeführten Beispiele klar aufzeigen - zu einer verfehlten Politisierung des Zivilprozesses führen. Die heutige Rechtslage geht im Verbandsklagerecht bereits sehr weit, wenn nicht zu weit. Artikel 79 VE ist daher ersatzlos zu streichen.

FRC: La FRC salue cette disposition qui consacre le droit d'action des organisations. La FRC se réjouit également du fait que cette disposition permette l'exercice de ce droit non seulement pour la défense d'intérêts économiques, mais aussi pour la défense de buts idéaux.

En revanche, la FRC regrette que la Commission ait renoncé à l'introduction de l'action de groupe (*class action*). Certes, la FRC comprend la retenue de la Commission quant à la reprise de cette institution juridique étrangère. Cepen-

dant, il convient de souligner, d'une part, que cette unification de la procédure civile est une opportunité pour faire preuve d'innovation et, d'autre part, que les risques de "dérives" peuvent être évités par un cadre législatif clair.

La *class action* a pour mérite, d'une part, de porter en justice des prétentions qui ne pourraient pas l'être autrement parce qu'elles sont trop peu élevées, et d'autre part, de simplifier les procès et d'éviter des jugements contradictoires.

Enfin, le risque que l'efficacité de l'action de groupe soit atténuée du fait que les membres du groupe peuvent s'exclure du groupe et intenter des actions individuelles est faible. En effet, les valeurs litigieuses très basses, ainsi que l'inexpérience et la faiblesse financière des demandeurs potentiels sont des facteurs dissuadant les personnes concernées à demander la réalisation de leurs droits.

FSA: La FSA, à la suite de sa commission unanime, rejette l'article 79 AP qui étend notablement la qualité pour agir des associations et organisations par rapport au droit actuel. Il convient de s'en tenir à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. Jeandin Nicolas, *Partie au procès. Mouvement et (r)évolution*, Zurich 2003, p. 97 à 99; voir également les propositions de codification faites par cet auteur, p. 103 ss, sp. p.109) et, partant, de supprimer cette disposition.

MV: Wir unterstützen die Verbandsklage aus den im Bericht erwähnten Gründen. Gerade im Mietrecht gibt es zahlreiche Fragen, die gesamthaft gesehen zwar bedeutsam sind, jedoch wegen des niedrigen Streitwerts unter dem bisherigen Recht nicht beurteilt wurden. Man denke z.B. an die Höhe der Verwaltungskosten zur Erstellung der Heizkostenabrechnung (Art. 5 Abs. 3 VMWG) oder an die Frage des Maximalbetrages für sogenannte kleine Reparaturen nach Art. 259 OR.

Einem allfälligen Missbrauch der Verbandsklage könnte vorgebeugt werden, wenn nur Organisationen zugelassen werden, deren Zweck hauptsächlich in der Wahrung der entsprechenden Interessen liegt. Zudem könnte verlangt werden, dass die Organisation schon eine gewisse Zeit besteht, z.B. seit drei Jahren.

OAFRI: Il apparaît prématuré de généraliser l'action des organisations. Une telle action ne doit être introduite qu'au cas par cas, pour des domaines particuliers.

Roche: Zwar befürwortet Roche die Verankerung der Verbandsklage im Vorentwurf (Art. 79 VE), jedoch sind die Voraussetzungen des Verbandsklagerechts u.E. zu wenig streng formuliert und bergen die Gefahr des Missbrauches.

SchKG-Vereinigung: Die Möglichkeit der Verbandsklage ist zu streichen. Sie gehört in das öffentliche Recht, wo öffentliche Interessen wahrzunehmen sind.

SVAMV: Wir begrüssen die Möglichkeit der Verbandsklage.

SVV: Es wird ein privatrechtliches Verbandsbeschwerderecht eingeführt, welches wir in dieser allgemeinen und undifferenzierten Form entschieden ablehnen. Das Institut der Verbandsklage ist aus dem öffentlichen Recht (siehe insb. USG 55, Bundesgesetz über Natur- und Heimatschutz 12) und - was das Privatrecht betrifft - aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Aktivlegitimation von Berufsverbänden (siehe z.13. BGE 114 II 345) bekannt.

Die im Begleitbericht erwähnten Gründe für diese Neuerung (praktische Schwierigkeiten, Verbraucherschutz) rechtfertigen nicht eine derart umfassende

und undifferenzierte Regelung der Verbandsklage im Privatrecht. Die vorgeschlagene Änderung geht weit über die heutige Rechtsprechung des Bundesgerichts hinaus und führt zu einer verfehlten Politisierung des Zivilprozesses.

Wie im öffentlichen Recht ist auch im Privatrecht nur eine Aktivlegitimation von Verbänden gerechtfertigt, falls ein entsprechender gesetzgeberischer Handlungsbedarf im materiellen Recht ausgewiesen ist.

Das geltende Zivilprozessrecht und die künftige ZPO verfügen bereits über zahlreiche Institute zum Schutz der Verbraucher in Zivilverfahren, insbesondere Gerichtsstände am Ort des Verbrauchers, Kostenlosigkeit einzelner Verfahren sowie Aufklärungs- und Fragepflicht des Richters.

VE ZPO 79 ist ersatzlos zu streichen. Falls wider Erwarten in der künftigen ZPO ein allgemeines Verbandsklagerecht eingeführt werden sollte, ist der Anwendungsbereich dieses Rechts einzuschränken bzw. sind wesentlich strengere Kriterien - entsprechend der Regelung im öffentlichen Recht - für die Aktivlegitimation der Verbände aufzustellen.

SwissBanking: Nach unserer Auffassung bedarf es der Verbandsklage im Zivilprozess nicht, jedenfalls nicht in der vorgeschlagenen, allgemeinen Form. Schon heute bestehen die Möglichkeiten der Zusammenfassung mehrerer Personen in einer Partei, die sodann einen gemeinsamen, mit den Besonderheiten der Prozessführung betrauten Vertreter bestimmen können. Sodann ist die Verbandsbeschwerde im öffentlichen Recht insbesondere dort zulässig, wo es der Gesetzgeber konkret vorsieht (bspw. im Natur- und Heimatschutz- oder Umweltschutzrecht). Die damit bestehenden Möglichkeiten genügen unseres Erachtens vollumfänglich. Aus diesem Grund beantragen wir, davon abzusehen, die Verbandsklage in die neue Zivilprozessordnung aufzunehmen. Sollte man die Verbandsklage gleichwohl im Zivilprozess vorsehen wollen, wäre ihr Anwendungsbereich einzuschränken. Analog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wären Verbände zur Klage nur dann zuzulassen, soweit sie die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder vertreten. Ferner sollte ein Verband nur dann zur Verbandsklage legitimiert sein, wenn er zur beklagten Partei in einer hinreichend engen Beziehung steht. Schliesslich möchten wir auf die im öffentlichen Recht bewährten Einschränkungen hinsichtlich der Bedeutung des Verbandes, der Dauer seines Bestehens und seiner Beziehung zu den Mitgliedern gemäss UWG, MSchG, GIG und MWG verweisen.

swissmem: Der Verbandsklage stehen wir skeptisch gegenüber (siehe Greina-Stiftung vs. Hardturm ...). Im privatrechtlichen Bereich scheint uns die generelle Einführung der Verbandsklage nicht notwendig. Angesichts der unscharfen Formulierung ist kaum abzusehen, welche Risiken sich für die Wirtschaft stellen. Zu befürchten sind beispielsweise Klagen aus dem Arbeitsrecht, wo genügend finanzstarke Verbände existieren, welche sich berufen fühlen, gegen Unternehmen vorzugehen. Die Verbandsklage gehört nicht ins Zivilrecht, wo Rechtsverhältnisse zwischen einzelnen Parteien bestehen und keine "Massenrechte" wie im öffentlichen Recht. Verbandsklagen könnten Mühen und Kosten bewirken, welche die Unternehmen in ihrer eigentlichen Tätigkeit behindern könnten.

Im Minimum sollte die Verbandsklage mittels abschliessender Aufzählung auf einzelne Anwendungsbereiche limitiert werden.

Uni GE: L'article 79 PCS régleme l'action des organisations (action sociale), jusqu'ici prévue par certaines lois spéciales (que réserve l'article 79 al. 2 PCS) et par la jurisprudence. La réglementation proposée a le mérite d'élargir l'action sociale – actuellement prévue pour les seules associations professionnelles agissant pour la sauvegarde des intérêts économiques de leurs membres (même si la jurisprudence retient une notion large de l'intérêt économique) – à des situations faisant intervenir la défense des intérêts idéaux. Cette extension résulte du fait que l'article 79 PCS ne fait référence qu'aux "intérêts", sans autre précision, des membres de l'association ou de l'organisation. En revanche, il faudrait prendre la précaution d'exiger de façon explicite un intérêt collectif, de sorte que l'atteinte visée concerne indistinctement plusieurs personnes: l'action sociale doit avoir pour enjeu un phénomène de portée suffisamment générale pour que l'appareil judiciaire ne s'y intéresse autrement que par le cumul de demandes individuelles (JEANDIN N., Parties au procès: Mouvement et (r)évolution, Genève, 2003, p. 108. Il est exclu d'admettre l'action sociale en faveur d'un groupe d'employés qui se plaindrait de harcèlement de la part d'un patron.).

Uni LA: Comme on l'a dit sous "appréciation d'ensemble", il faut saluer ici la retenue de la commission d'experts, qui n'a à juste titre pas cédé aux sirènes chantant les mérites fallacieux de l'action de groupe. Les dispositions prévues sur l'action des organisations n'ont quant à elles rien de révolutionnaire: on en trouve déjà l'équivalent dans certaines lois spéciales aujourd'hui et la jurisprudence du Tribunal fédéral avait admis la possibilité d'action d'associations dès les années 1948-1949.

Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une entorse sérieuse au principe qui veut que la procédure civile soit faite pour régler les litiges individuels. Comme l'expérience des recours d'associations en procédure administrative l'a montré, le risque d'une instrumentalisation à des fins politiques existe. De même, on ne saurait exclure des abus, consistant par exemple à faire endosser les risques du procès par une association sans aucune surface financière, voire créée pour l'occasion. On peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas d'apporter des restrictions à l'art. 79 AP en exigeant un caractère suffisamment représentatif de l'association ou du groupement concerné, voir une certaine ancienneté de celle-ci (p. ex. en n'admettant la qualité pour agir que d'associations fondées au moins trois ans avant l'ouverture de l'action considérée).

Uni NE: L'article 79 parle d'associations et "*autres organisations*". Quelles peuvent donc être ces autres organisations ? Le rapport est trouble sur ce point.

Uni ZH: Gemäss Entwurf kommt der Verbandsklage ein erheblich erweiterter Anwendungsbereich zu als bisher. Sie kann als Popularbeschwerde verstanden werden, da kein Konnex zwischen dem Verband und den betroffenen Angehörigen von Interessengruppen erforderlich ist. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist die Verbandsklage auf die Wahrung der Interessen der Verbandsmitglieder zu beschränken.

Art. 80

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Entgegen dem Bericht zum Vorentwurf sollte die Widerklage klar geregelt werden. Insbesondere sind ihre Voraussetzungen abschliessend festzulegen.

BE: Der VE nennt zwei der drei klassischen Voraussetzungen, welche an die Zulässigkeit einer Widerklage gestellt werden (sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage, gleiche Verfahrensart). Nicht verlangt wird, dass für die Widerklage auch die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben sein muss. Gemäss dem Bericht (S. 47) soll das jedoch nicht heissen, dass dieses Kriterium nicht mehr spielen würde, vielmehr soll dafür das kantonale Recht zur Anwendung kommen. Die Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit gehört jedoch fraglos in den Gesetzestext, selbst wenn die weitere Regelung den Kantonen überlassen bliebe. Indessen wäre es vorzuziehen, wenn der Bundesgesetzgeber selbst eine Regelung treffen würde, ähnlich wie er dies in Art. 75 Abs. 2 VE für die unbezifferte Forderungsklage getan hat. Anders als dort (vgl. Bemerkungen zu Art. 75 VE) rechtfertigt es sich jedoch bei der Widerklage, die Pflicht zur Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit vorzusehen, zumal das Beweisverfahren noch nicht stattgefunden hat. Im Weiteren sei zur Widerklage auf die nachstehenden Ausführungen zu Art. 85 VE verwiesen.

FR: Cf. ad art. 242 ss

GE: L'art. 80 al. 1 PCS prévoit que la recevabilité d'une demande reconventionnelle implique notamment qu'elle soit soumise à la même procédure que l'action principale. Le rapport admet explicitement qu'il incombe au législateur cantonal de décider d'ajouter au nombre des conditions de la recevabilité de la demande reconventionnelle celle relative à la compétence *ratione materiae*: le tribunal compétent *ratione materiae* pour la demande principale doit aussi l'être pour la demande reconventionnelle. Les experts partent du principe que la compétence *ratione materiae* ressort de l'organisation judiciaire, ce qui explique que cet aspect soit laissé à l'appréciation des cantons.

Il y a toutefois une incohérence à vouloir imposer une unité de compétence à raison de la matière s'agissant de la recevabilité d'un appel en cause (art. 71 al. 1 PCS) et à ne pas le faire en relation avec la demande reconventionnelle. Soit le législateur fédéral observe la retenue affichée à l'art. 80 al. 1 PCS, soit il opte pour la formule contraignante de l'art. 71 al. 1 PCS; les deux solutions ne sauraient en revanche coexister.

L'art. 80 al. 2 PCS interdit la reconvention sur reconvention (*Wider-Widerklage*). Une telle interdiction systématique ne convainc pas. Certains tribunaux cantonaux admettent la reconvention sur reconvention, se fondant sur les principes d'économie de procédure et d'égalité des parties. Ainsi la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois de retenir qu'en cas de connexité, les conclusions nouvelles sur reconvention doivent être considérées comme recevables puisqu'elles contribuent à l'économie de la procédure. Les tribunaux zurichois admettent également la *Wider-Widerklage* notamment en matière de procédures relatives à des créances. L'admissibilité d'une reconvention sur reconvention devrait être laissée à l'appréciation du juge en charge des demandes principales et reconventionnelles, qui tranchera en fonction de critères similaires à ceux de l'art. 80 al. 1 PCS tout en veillant à éviter un allongement excessif de la procédure.

TG: Entgegen den Ausführungen im Bericht auf S. 47f. sollte die Widerklage klar geregelt werden. Insbesondere sind ihre Voraussetzungen abschliessend festzulegen.

TI: Questa norma ripropone le caratteristiche tradizionali dell'azione riconvenzionale, in particolare quella della connessione materiale con l'azione principale.

Questo presupposto non è invece previsto all'art. 367 cpv. 2 CPCF. Il criterio, in quel caso, è che essa si riferisca ad una "lite che ricade in un patto d'arbitrato concordante".

La differenza appare comunque giustificata, stante le differenze tra i due ambiti e la necessità di avere una "clausola arbitrale", che ovviamente difetta per i procedimenti dedotti dinanzi al giudice statale.

ZG: Dass für die Widerklage auch die gleiche sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage gegeben sein muss, verlangt der Vorentwurf in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 VE nicht. Es erscheint uns prüfenswert, ob in diesem Punkt nicht ein Eingriff in die kantonale Zuständigkeit zugunsten der Einheitlichkeit und damit zugunsten der Rechtssicherheit gerechtfertigt wäre.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es ist nicht einzusehen, wieso es dem kantonalen Recht überlassen bleiben soll, das Vorgehen festzulegen, wenn eine Widerklage zwar den Kriterien von Art. 80 Abs. 1 genügt, jedoch wegen des Streitwertes die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts übersteigt. Wir beantragen deshalb, die dem Geist des Vorentwurfs am besten Rechnung tragende Überweisung von Haupt- und Widerklage an das Gericht mit höherer Sachkompetenz (vgl. Erläuternder Bericht S. 47 unten) in der ZPO-CH zu verankern. Erst recht drängt sich eine solche Regelung in der ZPO-CH im Fall der dringlichen Streit-sachen bzw. des beschleunigten Verfahrens auf (Art. 118; vgl. dazu auch Art. 299 Abs. 2 Satz 2 der geltenden ZPO-BE).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Widerklage: nicht geregelt wird in der ZPO die Folgen einer Widerklage für die sachlichen Zuständigkeit(en), die weiter allein dem kantonalen Recht unterliegen soll. Es soll ausdrücklich möglich bleiben, das gem. kantonalem Recht eine Widerklage nicht vom gleichen Gericht entschieden wird wie die Klage. Insbesondere bei der negativen Feststellungswiderklage gegen eine Teilklage erscheint dies widersinnig, zumal die ZPO neben dem sachlichen Zusammenhang die gleiche Verfahrensart für die Zulässigkeit der Widerklage voraussetzt.

Es sollte den Kantonen daher von Bundesrechts wegen vorgeschrieben werden, festzulegen, ob das Gericht mit der höheren Spruchkompetenz oder das bereits befassete Gericht zuständig ist. Dieser Eingriff in die kantonale Gerichtsorganisation dient der Durchsetzung eines einheitlichen Verfahrensrechtes (Sicherstellung einer einheitlichen richterlichen Beurteilung des einen Sachverhaltes), vgl. auch Bericht S. 10 Ziffer 3.

AVGE: Al. 2: A propos de la demande reconventionnelle, l'art. 80 al. 2 AP interdit la reconvention sur reconvention (*Wider-Widerklage*). C'est regrettable pour les parties car, en vue de purger intégralement un litige, le demandeur devrait pouvoir former, si nécessaire, une reconvention sur la demande reconventionnelle formée par le défendeur, s'il existe une connexité entre les causes.

De *lege lata*, certains tribunaux cantonaux admettent cette reconvention sur reconvention (A Genève, la LPC ne contient pas de disposition particulière sur la reconvention sur reconvention, soit pour l'autoriser, soit pour l'interdire). Plu-

sieurs tribunaux d'autres cantons ont eu à en décider dans des jurisprudences qui vont dans le sens d'une admission, fondée sur les principes d'économie de procédure et d'égalité des parties.

Ainsi, comme l'a jugé le Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours, dans un arrêt du 3 mars 1988 (JT 1989 III 2), à partir du moment où il y a connexité, les conclusions nouvelles sur reconvention doivent être considérées comme recevables puisqu'elles contribuent à l'économie de la procédure, permettant de purger devant un seul et même tribunal toutes les prétentions des parties l'une envers l'autre résultant de ce complexe de faits donné.

C'est surtout le principe d'égalité des parties qui impose cette solution:

"Dès lors que le défendeur et intimé a choisi d'étendre la contestation sur un nouveau terrain, il serait inéquitable d'interdire à la demanderesse toute défense par des conclusions reconventionnelles destinées à faire échec aux prétentions de [ce défendeur]" (arrêt cité, p. 7).

Ce raisonnement d'économie de procédure et d'égalité des parties est également mentionné par les tribunaux zurichoises qui admettent la *Wider-Widerklage* notamment en matière de procédures relatives à des créances (Arrêt de l'Obergericht du 16 janvier 1968, ZR 67-53 B, p. 188-189; voir aussi FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Ergänzungsband, 3ème éd., 1997, Francfort 2000, § 60 Widerklage N° 14).

Nous proposons ainsi de modifier l'art. 80 al. 2 AP de la manière suivante:

<sup>2</sup> *Des conclusions reconventionnelles du demandeur principal sur demande reconventionnelle du défendeur sont possibles aux mêmes conditions, soit s'il y a connexité entre ces prétentions et si elles sont sujettes à la même procédure.*

FSA: Formulation: les termes "a une connexité avec l'action principale" doivent être remplacés par "est connexe à la demande principale".

suisa: Bei der Widerklage wird die Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit fallengelassen. Nach den Erläuterungen sollen jedoch die Kantone die Möglichkeit haben, diese Voraussetzung zu verlangen, weil die Regelung der sachlichen Zuständigkeit nach dem VE Sache der Kantone bleibt. Diese Begründung überzeugt nicht. Wenn es um die bundesstaatliche Vereinheitlichung eines prozessualen Instituts geht, sollen dessen sämtliche Voraussetzungen (und Wirkungen) einheitlich geregelt werden. Zudem ist nicht einzusehen, warum für die Klagenhäufung (Art. 81) die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für alle eingeklagten Ansprüche doch wieder zur Bedingung gemacht wird.

Uni GE: L'article 80 I PCS prévoit que la recevabilité d'une demande reconventionnelle implique notamment qu'elle soit soumise à la même procédure que l'action principale. Le Rapport admet explicitement qu'il incombe au législateur cantonal de décider d'ajouter au nombre des conditions de la recevabilité de la demande reconventionnelle celle relative à la compétence *ratione materiae*: le tribunal compétent *ratione materiae* pour la demande principale doit aussi l'être pour la demande reconventionnelle. Les experts partent du principe que la compétence *ratione materiae* ressort de l'organisation judiciaire, ce qui explique que cet aspect soit laissé à l'appréciation des cantons (Rapport, p. 47ss.). Il y a toutefois une incohérence à vouloir imposer une unité de compétence à raison de la matière s'agissant de la recevabilité d'un appel en cause (article 71 I PCS), et à ne pas le faire en relation avec la demande reconventionnelle. Soit le législateur

fédéral observe la retenue affichée à l'article 80 I PCS, soit il opte pour la formule contraignante de l'article 71 I PCS; les deux solutions ne sauraient en revanche coexister.

L'article 80 II PCS interdit la reconvention sur reconvention (*Wider-Widerklage*). Une telle interdiction systématique ne convainc pas. Certains tribunaux cantonaux admettent la reconvention sur reconvention, se fondant sur les principes d'économie de procédure et d'égalité des parties. Ainsi la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois de retenir qu'en cas de connexité, les conclusions nouvelles sur reconvention doivent être considérées comme recevables puisqu'elles contribuent à l'économie de la procédure (arrêt du 3 mars 1988, in: JT 1989 III 2, qui retient en outre que cette solution est imposée par le principe de l'égalité des parties: il serait inéquitable d'interdire à la demanderesse principale toute défense par des conclusions reconventionnelles destinées à faire échec aux prétentions du défendeur.). Les tribunaux zurichoïses admettent également la *Wider-Widerklage* notamment en matière de procédures relatives à des créances (Arrêt de l'Obergericht du 16 janvier 1968, in: ZR 67-53 B, p. 188-189; voir aussi FRANK R. / STRÄULI H. / MESSMER G., Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3ème éd., Ergänzungsband, Francfort 2000, § 60 N 14). L'admissibilité d'une reconvention sur reconvention devrait être laissée à l'appréciation du juge en charge des demandes principales et reconventionnelles, qui tranchera en fonction de critères similaires à ceux de l'article 80 I PCS tout en veillant à éviter un allongement excessif de la procédure.

Uni LA: Comme on l'a dit (rem. ad art. 63 AP), exiger dans tous les cas que les conclusions reconventionnelles soient soumises à la même procédure que les conclusions principales est excessif. On peut concevoir des cas où une attraction serait justifiée, et il faut à tout le moins laisser à l'organisation judiciaire cantonale la possibilité de le prévoir.

Uni NE: La formulation de l'article 80, qui concerne la demande reconventionnelle, pourrait être améliorée: à la lettre a), on pourrait indiquer: "*Si la prétention qu'il invoque est connexe à la demande principale*".

Afin de favoriser le traitement conjoint de prétentions connexes, on pourrait prévoir que la demande reconventionnelle soit admise même lorsque la demande principale n'est pas soumise à la même procédure, avec un mécanisme immédiat de conversion. Par ailleurs, il convient de relever que la lettre b) n'exclut pas la reconvention lorsque la compétence à raison de la matière n'est pas identique, ce qui en réalité est plus problématique, puisqu'un mécanisme est nécessaire pour transférer la cause à un autre tribunal. Sur le modèle neuchâtelois, on pourrait imaginer que le demandeur reconventionnel devrait, dans un délai donné, se porter demandeur principal devant le tribunal supérieur, à défaut de quoi la demande reconventionnelle ne serait pas traitée.

Art. 81

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il cumulo oggettivo di azioni è una facoltà concessa all'attore nel caso in cui se:

- l'autorità giudiziaria adita è competente per materia per ciascuna azione e
- per ciascuna delle azioni è applicabile la stessa procedura.

Se sono adempiuti i citati requisiti l'AP all'art. 13 (art. 7 LForo) attribuisce la competenza territoriale al tribunale competente per una di esse.

In entrambi questi articoli (art. 80, 81) manca un riferimento esplicito alla sanzione, in caso di mancata realizzazione dei loro presupposti, ossia la disgiunzione delle due azioni, rispettivamente dell'azione riconvenzionale.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

suissa: Vgl. Ausführungen zu Art. 80.

Uni NE: L'article 81, qui concerne le cumul d'action, prévoit que le demandeur peut réunir plusieurs prétentions contre le même défendeur pour autant que le même tribunal soit compétent en raison de la matière pour en connaître et quelles doivent être jugées sur la même procédure. Pour que cette possibilité ne soit pas illusoire, il convient bien évidemment de considérer que l'examen de la compétence se détermine selon l'article 84, qui indique qu'en cas de cumul d'action, les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent. S'il fallait en effet déterminer la valeur litigieuse de chaque prétention séparément pour déterminer la possibilité d'agir conjointement, les possibilités de cumul d'actions seraient extrêmement restreintes.

### Art. 82

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Die Art der Streitwertberechnung für den Instanzenzug wird als sinnvoll erachtet. In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung sollte jedoch klargestellt werden, dass der Streitwert nicht unbedingt für die Festlegung der Prozesskosten massgebend sein muss.

Antrag: Eventualiter wird vorgeschlagen, dies in einem besonderen Absatz wie folgt festzuhalten:

*Der Streitwert kann für die Bestimmung der Prozesskosten herangezogen werden.*

Begründung des Antrags: Bei Streitigkeiten betreffend Anfechtung der Kündigung eines Miet- oder Pachtverhältnisses entspricht der Streitwert gemäss herrschender Lehre dem Bruttomietzins bis zur nächstmöglichen Kündigung, wobei diese bei angefochtenen Vermieterkündigungen erst nach Ablauf der dreijährigen Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 Buchstabe e OR erfolgen darf (vgl. Higi, Kommentar zum Mietrecht, Zürich 1996, Art. 273 N 27 ff., Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 1999, Kap. 5, 4.3.1, S. 82). Diese Berechnungsweise kann gerade bei höheren Mietzinsen zu recht hohen Streitwerten und – bei einer Koppelung an die Kostenberechnung – zu hohen Prozesskosten führen.

LU: In einem zusätzlichen Absatz 3 sollte festgehalten werden, dass das wirtschaftliche Interesse der Parteien als Streitwert massgebend ist, wenn es sich nicht mit dem nach den sonstigen Kriterien von Artikel 82 ff. VE-ZPO ermittelten Streitwert deckt. Sonst gehen insbesondere Teilurteile, die im Hinblick auf Streitfragen von grosser wirtschaftlicher Tragweite erwirkt werden sollen, kostenmässig weitgehend zu Lasten des Gemeinwesens.

Bei einer Klage auf eine Geldleistung sollten bei der Bestimmung der Höhe des Streitwerts neben den Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens auch die Eventualbegehren nicht berücksichtigt werden (vgl. § 18 Abs. 1 ZPO/LU).

TI: Al cpv. 1 la frase "il valore litigioso è determinato dalle conclusioni" deve essere modificata nei seguenti termini: "il valore litigioso è determinato dalle richieste di giudizio" (oppure: dalle domande). La versione tedesca infatti usa il termine "Rechtsbegehren". Art. 5 CPC-Ti.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: En matière patrimoniale, la détermination des valeurs litigieuses a une influence décisive sur le type de procédure qu'appliquera le juge (ordinaire: art. 191 ss PCS; simplifiée: art. 237 ss PCS), ainsi que sur le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel (pouvoir plein et entier: art. 291 PCS; pouvoir limité au droit: art. 311 PCS). Cette distinction existe déjà dans les différents droits de procédure, car elle permet de traiter plus rapidement des litiges dont la valeur litigieuse est faible. Dans le cas du canton de Genève par exemple, le seuil fixé par le législateur est de 8'000 fr. (art. 22 al. 1 LOJ gen.), à l'instar de la valeur arrêtée pour l'examen des recours en réforme par le Tribunal fédéral (art. 46 OJ féd.).

L'avant-projet fixe à 20'000 fr. le seuil de la valeur litigieuse à partir duquel la procédure ordinaire s'applique (art. 237 litt. g PCS), les autres litiges étant réglés par la procédure simplifiée. En matière d'appel, celui-ci est limité au droit (violation du droit; constatation arbitraire des faits; retard injustifié: art. 311 PCS), si la différence entre le dernier état des conclusions et le dispositif du jugement attaqué est inférieure à 10'000 fr. (art. 290 al. 2 PCS *a contrario*). La différence la plus sensible avec le système actuel réside dans la détermination de la valeur litigieuse dans le domaine des appels: les tribunaux d'appel devraient ainsi plus souvent voir leur activité limitée à un examen du droit. Le PLS est favorable à ce choix, qui tend à décharger la justice de "petits" litiges et à la rendre ainsi plus efficace. Lors de l'adoption du projet final, il faudra veiller à conserver le parallélisme avec les valeurs litigieuses prévues dans la Loi sur le Tribunal fédéral (art. 47 LTF).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: Nous proposons de remplacer l'article 82 par l'article 36 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ), soit par le texte suivant:

##### *Article 82 En général*

<sup>1</sup> *La valeur de l'objet litigieux est déterminée par les conclusions de la demande.*

<sup>2</sup> *Lorsque la demande ne conclut pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal fixe d'office, au préalable, la valeur litigieuse en la forme sommaire et selon sa libre appréciation, au besoin après avoir consulté un expert.*

<sup>3</sup> *N'entrent pas en ligne de compte pour la détermination de la valeur litigieuse les intérêts, les fruits, les frais judiciaires et les dépens qui sont réclamés comme droits accessoires, ni les droits réservés et la publication du jugement.*

<sup>4</sup> *Les revenus et les prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent.*

<sup>5</sup> *Si leur durée est indéterminée ou illimitée, le capital est formé par le montant annuel du revenu ou de la prestation, multiplié par vingt, ou, s'il s'agit de rentes viagères, par la valeur actuelle du capital correspondant à la rente.*

Au surplus les règles sur le calcul de la valeur litigieuse doivent correspondre aux dispositions de la future loi sur le tribunal fédéral.

Uni NE: A notre sens la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions du demandeur. En effet, si le défendeur acquiesce partiellement à la demande, la valeur litigieuse, qui détermine la compétence est celle de la demande. Par ailleurs, en cas de demande reconventionnelle, l'article 85 indique expressément que la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle n'est pas additionnée à celle de l'action principale.

A notre sens, l'article 82 devrait rappeler le principe général qui est que la valeur litigieuse correspond à celle de l'objet demandé, exprimé en somme d'argent. Il ne ressort pas expressément de l'alinéa 2 de cette disposition.

Art. 83

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir fragen uns, ob die vorgesehene Regelung für Rechtsverhältnisse von ungewisser und unbeschränkter Dauer, welche kündbar sind (z.B. Mietverhältnisse), tatsächlich richtig ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt beispielsweise bei Streitigkeiten über den Bestand oder die Erstreckung von Mietverhältnissen eine andere Berechnung vor (vgl. BGE 119 II 149 E.1; BGE 113 II 407 E.1).

BS: Bei streitigen Miet- und Pachtzinsen aufgrund von unbefristeten Verträgen sind wir der Ansicht, dass aus sozialen Gründen, zur Vermeidung hoher Prozesskosten, welche die Durchsetzung des Rechts übermässig erschweren, der fünf-fache Jahreszins, auch wenn für solche Klagen die Berufungssumme für die Anrufung des Bundesgerichts gemäss Art. 36 Abs. 5 OG den zwanzigfachen Betrag des Jahreszinses ausmacht, gewählt werden sollte.

LU: Bei Miet- und Pachtzinsen sowie bei Unterhaltsbeiträgen kann die Berechnung des Streitwerts nach diesen Vorschriften zu ungerechtfertigt hohen Beträgen und damit zu entsprechenden Prozesskosten führen. In solchen Fällen ist der Vorbehalt einer Streitwertbestimmung nach Ermessen erforderlich, oder eine abweichende Regelung, wie sie der Kanton Luzern für Miet- und Pachtzinsen kennt (vgl. § 20 Abs. 2 ZPO/LU). Wir schlagen folgenden Wortlaut vor: *Bei ungewisser Dauer gilt als Kapitalwert in der Regel der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung, in Miet- und Pachtverhältnissen der doppelte Betrag des Jahreszinses, bei Leibrenten der Barwert.*

TI: Il problema si pone nelle divergenze nei contratti di locazione, nei quali il valore di causa diventa spesso elevato in contrasto con il carattere sociale della procedura. Infatti, se la lite è relativa all'ammontare della pigione, il valore litigioso è pari alla pigione annua contestata moltiplicata per venti se il contratto è di durata indeterminata, mentre se è di durata determinata il valore litigioso ammonta alla pigione contestata fino alla fine della locazione.

Proponiamo quindi di aggiungere un nuovo cpv. 3 del seguente tenore: *"Il capoverso 2 non si applica ai procedimenti a carattere sociale, per i quali il giu-*

*dice può fissare quale tetto massimo 1 anno di pigione, rispettivamente di salario lordo, o prestazioni analoghe.*

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die Streitwertberechnung erscheint gerade bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen als willkürlich und führt zu überhöhten Streitwerten.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen sowie solchen von ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Streitwert der 20fache Betrag der einjährigen Nutzung. Diese Bestimmung führt bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen (wie z.B. der Miete) zu überhöhten Streitwerten. Diejenige Partei, für die das Urteil ungünstig ausgefallen ist, wird jedenfalls kaum 20 Jahre mit einer Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zuwarten. Es sollte deshalb für diese Fälle ein kleinerer Multiplikator gewählt werden.

DJZ: Abs. 2: Bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen sowie solchen von ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Streitwert der 20fache Betrag der einjährigen Nutzung. Diese Bestimmung führt bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen (wie z.B. der Miete) zu überhöhten Streitwerten. Diejenige Partei, für die das Urteil ungünstig ausgefallen ist, wird jedenfalls kaum 20 Jahre mit einer Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zuwarten. Es sollte deshalb ein kleinerer Multiplikator gewählt werden.

MV: Bei der Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten ist zu beachten, dass die Regelung von Art. 83 VE bei Mietzinsanfechtungen zu derart hohen Gerichts- und Anwaltskosten führen kann, dass eine Klage verhindert wird. Verschiedene Kantone sind daher dazu übergegangen, auf dem Wege der Gesetzgebung (Baselland) oder der Rechtsprechung (z.B. AG, BS) den Streitwert nach der maximal möglichen Erstreckungsdauer von vier Jahren bei Wohnungen und sechs Jahren bei Geschäften zu bemessen. In anderen Kantonen (ZH, BL, LU) kann das Anwaltshonorar bei periodisch wiederkehrenden Leistungen generell gekürzt werden (vgl. zur Praxis der Kantone Entscheid und Hinweise in Mietrechtspraxis/mp 2002 S. 230 ff.).

Zu unserem Antrag, das mietrechtliche Verfahren auch im Gerichtsstadium unentgeltlich auszugestalten, verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 104 VE.

swissmem: Abs. 2: Der Streitwert bei wiederkehrenden Leistungen und Nutzungen dürfte in Fällen vorhandener Kündigungsmöglichkeit zu hoch ausfallen. Eine entsprechende Klarstellung wäre wünschenswert.

Uni LA: Al. 2 in fine: La notion de valeur "actualisée" n'est pas claire et ne peut être comprise que grâce au commentaire. Il vaudrait mieux dire "à la valeur actuelle du capital correspondant à la rente", comme l'actuel art. 36 al. 5 OJF, ou parler de "valeur capitalisée en fonction de l'espérance de vie".

Art. 84

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Un caso di applicazione di "esclusione vicendevole" potrebbe senz'altro essere quello delle domande alternative indirizzate nei confronti di un medesimo convenuto.

Sarebbe forse opportuno inserirlo, a mo' di esempio, nella norma.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Unter Umständen sollte vorgesehen werden, dass bei der Kostenbemessung eine Zusammenführung von Prozessen als Aufwandsminderung berücksichtigt wird.

Art. 85

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Laut Bericht wird das Verfahren vor demjenigen Gericht durchgeführt, welches für die Klage mit dem höheren Streitwert zuständig ist. Dies steht in gewisser Hinsicht im Widerspruch zum Bericht zu Art. 80 VE (S. 47), wonach es Sache der Kantone sei, darüber zu bestimmen, was mit einer Widerklage geschehe, welche an sich zulässig wäre, die aber die sachliche Zuständigkeit des befassten kantonalen Gerichts übersteige. Wie zu Art. 80 VE ausgeführt, wird eine Überweisungspflicht vorgeschlagen.

Grundsätzlich werden die Streitwerte von Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet. Für die Bestimmung der Prozesskosten ist eine Ausnahme vorgesehen, welche ausdrücklich zu begrüssen ist, weil sie der Regelung für die Anwaltshonorare entspricht. Im Übrigen dürfte Art. 85 VE - im Gegensatz zu diversen anderen Bestimmungen des VE - nicht zu Mehrausgaben, sondern Mehreinnahmen für den Kanton führen.

TI: La seconda parte della norma ("... è eccezzuata la determinazione delle spese giudiziarie") non convince.

Azione e domanda riconvenzionale sono due procedimenti separati l'uno dall'altro, che vanno decisi con dispositivi separati, ivi compresi quelli inerenti le spese di causa e le ripetibili. Appare dunque logico che il dispositivo sulle spese dell'azione principale si basi sul valore di causa della stessa e che altrettanto sia fatto per la riconvenzionale. Insomma, non si giustifica alcun cumulo dei due.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die im Bericht zum VE (S. 50) vertretene Auffassung, dass eine Zusammenrechnung der Streitwerte von Klage und Widerklage bei der Bestimmung der Prozesskosten dann nicht gerechtfertigt sei, wenn sie sich gegenseitig ausschliessen, ist zutreffend weil sich in diesem Fall der wirtschaftliche Wert des Verfahrens nicht erhöht. Diese Ausnahmeregel sollte der Klarheit halber allerdings ausdrücklich im Gesetz enthalten sein.

Formulierungsvorschlag Art. 85:

"Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden nicht zusammengerechnet, ~~ausgenommen bei der Bestimmung der Prozesskosten.~~

*Bei der Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen.*

GGD ZH: Die in den Erläuterungen dargelegte Auffassung, wonach es für die Bestimmung der Zuständigkeit auf den höheren Streitwert von Klage oder Widerklage ankommt, kommt im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck.

Nicht zum Ausdruck kommt ferner die Gegen Ausnahme zur Regel der Zusammenrechnung zwecks Bestimmung der Prozesskosten, wonach eine Zusammenrechnung nicht erfolgt, wenn sich die Ansprüche gegenseitig ausschliessen.

*Art. 85 Widerklage*

<sup>1</sup> *Wird Widerklage erhoben, bestimmt sich der Streitwert nach der Klage oder, wenn höher liegend, nach der Widerklage.*

<sup>2</sup> *Bei der Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen.*

Uni LA: Cette disposition n'a pas repris les exceptions précisant en droit actuel que la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions de la demande sans égard aux conclusions reconventionnelles (art. 343 al. 2 in fine CO; art. 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale). Même si elles ne s'imposent pas forcément, la transposition de ces dispositions dans le futur CPC suisse ne devrait pas être écartée sans au moins une discussion de leurs avantages et inconvénients, en particulier si, comme on le propose, les conclusions reconventionnelles ne sont plus limitées par l'exigence qu'elles soient soumises à la même procédure que la procédure principale (voir remarques ad art. 80 AP). Mais même avec la règle prévue par l'art. 80 al. 1<sup>er</sup> let. b AP, le problème pourrait se poser, en relation par exemple avec l'art. 240 let. b AP.

Art. 86

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Abs. 2 lit. b sollte wie folgt lauten: "die Pauschalen für den Endentscheid (Entscheidgebühr)".

Wir lehnen die Variante zu Abs. 4 ab. Da die Kantone die Kosten der Justiz selber tragen müssen, sollen sie auch die Gebühren - im Rahmen des Äquivalenzprinzips - bestimmen können. Nur so ist eine gewisse Flexibilität und Kostenkontrolle für die Kantone möglich.

AR: In Abs. 4 ist im Interesse der Einheitlichkeit und der zuverlässigen Abschätzbarkeit der Prozesskosten die Variante der Festsetzung der Tarife durch den Bundesrat gegenüber kantonal unterschiedlichen Regelungen vorzuziehen. Im Uebrigen erscheint der Titel "Begriff" etwas eng, zumal eine Rechtssetzungskompetenz zugeordnet wird.

BE: Da die Gerichtsorganisation Sache der Kantone ist (Art. 1 Abs. 3 VE) und dementsprechend sehr unterschiedlich ausgestaltet werden wird, erscheint es nur logisch, dass die Kantone auch die Tarife für Gerichts- und Anwaltskosten

sowie für die Vorschüsse selbst erlassen. Daher ist die auch von der Expertenkommission primär vorgeschlagene Variante von Art. 86 Abs. 4 VE, welche eine kantonale Regelung vorsieht, vorzuziehen.

BL: Abs. 2: Zur Klarstellung wird vorgeschlagen, in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ausdrücklich festzuhalten, dass die Dolmetscherkosten in der Pauschale für den Entscheid enthalten sind, die dementsprechend festzusetzen ist.

Abs. 3: Der Begriff "angemessene Auslagen der Parteien" ist restriktiv auszulegen; darunter sind ausschliesslich die effektiven Auslagen wie Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten und Kopien zu subsumieren. Keine Entschädigung ist hingegen für den eigenen Arbeitsaufwand der Partei zu gewähren.

Antrag: Die Erläuterungen zu dieser Bestimmung sind entsprechend zu präzisieren.

Abs. 4: Das föderalistische System wird vorgezogen, damit die Kantone bei der Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigen können (z.B. Kostenstruktur der Justiz).

BS: Bei Abs. 4 ist die Variante vorzuziehen, dass die Kantone die Tarife für die Prozesskosten und Vorschüsse festsetzen.

FR: La compétence pour fixer un tarif est politique et ne doit pas être confiée au Tribunal cantonal. Quant à la variante de l'alinéa 4 de ces dispositions, elle doit être biffée car ce domaine est du ressort des cantons et non de la Confédération.

GE: Les définitions sont claires. La notion de "*tarif des frais judiciaires*", qui seraient fixés soit par les cantons, soit par le Conseil fédéral (variante) appelle cependant quelques remarques.

Une tarification des "*frais de tribunal*", soit essentiellement des frais de décision, n'est pas une notion très éloignée de ce que la plupart des cantons connaissent aujourd'hui déjà sous l'étiquette "droits de greffe" ou toute autre désignation analogue (tarifs des greffes en matière civile, frais d'introduction, etc.). Ce qui paraît délicat dans l'avant-projet, c'est que le demandeur, par la juxtaposition des art. 86 al. 1 et 2 (lit. c) et 87 PCS, est également appelé à faire l'avance de la moitié des frais d'administration des preuves. Alors que, selon le principe énoncé à l'art. 91 PCS, chaque partie doit avancer les frais d'administration des preuves qu'elle requiert. Il y a apparemment une contradiction entre les trois normes, qu'il convient de régler. Le rapport ne fournit aucune piste qui permette de résoudre l'ambiguïté.

A relever que l'avant-projet prévoit qu'une indemnité équitable est due aux tiers qui ont l'obligation de collaborer, ce qui surviendra non seulement par le témoignage mais aussi par la production de documents (art. 152 al. 1 et 3 PCS). Ces frais pourront ne pas être négligeables dans certains cas: on peut penser à la banque à laquelle on demande de réunir un certain nombre de pièces qui devraient être recherchées puis triées dans ses archives. Cette indemnité entrera dans les frais d'administration des preuves (art. 86 al. 2 lit. c PCS) et sera comprise dans les frais judiciaires à répartir (art. 94ss PCS).

L'avant-projet mentionne également une tarification des dépens, soit essentiellement de l'indemnité versée à la partie qui obtient gain de cause (art. 86 al. 1

et 3 PCS). L'idée d'un canevas, permettant le calcul de l'indemnité de procédure due au vainqueur, n'est pas mauvaise. Cela étant, afin d'être le reflet juste de ce que le vainqueur aura dû déboursier en frais de conseil et de ce qui peut lui être rétrocédé au titre des dépens, ce tarif-canevas ne devrait pas taxer les actes de procédure de façon forfaitaire mais se borner à donner une indication du taux horaire applicable à l'activité du conseil du vainqueur: ainsi, le tarif ne devrait pas définir un prix standard d'une demande en paiement ou en divorce mais exclusivement la valeur de l'heure d'avocat. Chaque cause étant particulière, il appartiendra au juge, lors de la fixation des dépens (art. 96 PCS), d'évaluer, notamment sur la base d'une note de frais que les parties peuvent déposer (art. 96, 2<sup>ème</sup> phrase PCS), le volume de travail qui était nécessaire à une présentation efficace de la cause devant le tribunal. Une fois ce volume établi, le juge lui appliquera le tarif horaire (ou le taux horaire) prévu par le tarif. Ce serait contredire le droit du vainqueur d'obtenir la pleine indemnisation de ses dépens que de décréter à la façon d'un forfait, par la voie d'un tarif standard et uniforme, que tel type d'acte judiciaire (par exemple une demande en divorce, une demande en paiement, une action en paternité, une opposition à séquestre, etc.) vaut tel montant.

Il est dès lors proposé que le tarif dont il est question aux art. 86 et 96 PCS soit limité, en ce qui concerne les frais de défense de la partie qui obtient gain de cause à un taux horaire. Il serait faux, en revanche, de tarifier chaque acte de procédure de façon forfaitaire.

En outre, le rapport des experts le rappelle, le tarif des frais doit respecter le principe de la couverture et celui de l'équivalence (l'émolument ne doit pas dépasser le montant des frais totaux, et doit rester en adéquation à la valeur objective de la prestation). Or, il saute aux yeux que le coût réel de la justice est une question relevant de l'organisation judiciaire, laquelle est laissée aux cantons sauf dispositions contraires de la loi (art. 1 al. 3 PCS). Dans cet ordre d'idée, la variante proposée à l'art. 86 al. 4 PCS, selon laquelle c'est le Conseil fédéral qui *fixe le tarif des frais judiciaires et des avances de frais dans les limites de la présente loi*, doit être écartée faute de pouvoir uniformiser une telle question (on imagine aisément que le coût de l'organisation judiciaire dans le canton de Schwytz n'est pas le même qu'à Genève). Il en va de même à l'égard des honoraires d'avocat (qui entrent en ligne de compte s'agissant de fixer l'indemnité comprise dans les dépens - art. 86 al. 3 lit. a PCS), qui ne s'apprécient pas uniformément en Suisse.

- GL: Wir halten dafür, dass weiterhin die Kantone die Prozesskosten festsetzen sollen (E Art. 86 Abs. 4); sollten die Prozesskosten bundesweit festgesetzt werden (Variante bei E Art. 86 Abs. 4), so wäre zu prüfen, inwieweit der Bund sich an den Kosten der Rechtspflege beteiligt.
- GR: Bezüglich der Prozesskosten (Art. 86 VE) bevorzugt die Regierung jene Lösung, wonach den Kantonen die Kompetenz zur Festsetzung der Tarife verbleibt. Ein einheitlicher Tarif für die ganze Schweiz würde den unterschiedlichen Gegebenheiten der verschiedenen kantonalen Gerichtsorganisationen nicht gerecht werden.
- JU: Al. 4: Nous sommes défavorables à la variante proposée, même si elle présenterait l'intérêt d'une uniformisation. Il convient en effet, d'une part, de tenir compte du niveau de vie des justiciables qui n'est pas le même d'un canton à l'autre et, d'autre part, du fait que la fixation du tarif des frais judiciaires doit

rester de la compétence des cantons que ceux-ci peuvent revendiquer en vertu de leur autonomie en matière d'organisation judiciaire. Le rapport de la commission d'experts fait d'ailleurs le lien entre la fixation des tarifs judiciaires et l'autonomie organisationnelle des cantons en matière judiciaire.

LU: Abs. 2: Bei den aufgeführten Gerichtskosten fehlen die Kosten für die Übersetzung und für die Beistandschaft der Kinder im Scheidungsprozess. Wir beantragen, diese in einer neu eingefügten Litera d aufzunehmen.

Abs. 4: Wir lehnen die vorgeschlagene Variante zu Absatz 4 dezidiert ab, da diese einen Eingriff in die kantonale Hoheit und die kantonale Finanzierung der Gerichte darstellt. Ein einheitlicher Tarif nimmt ausserdem zu wenig Rücksicht auf die lokalen Verhältnisse, die wegen der Kompetenz der Kantone zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit (Gerichtsorganisation) auch Auswirkungen auf die Kosten haben.

NE: A la variante qui prévoit la fixation du tarif par le Conseil fédéral nous préférons sans hésitation la solution de l'alinéa 4 de l'article 86 qui donne cette compétence aux cantons.

NW: Abs. 2: Es sind verschiedene Spruchpauschalen für Dispositive und begründete Urteile vorzusehen.

Begründung: Damit würde man dem verschiedenen Aufwand der beiden verschiedenen Urteilsformen gerecht, besonders wenn sich ein begründetes Urteil über sehr viele Seiten erstreckt. Eventuell ist eine neue Ziff. einzuführen d) *ausnahmsweise Auslagen*. Es ist uns aber bewusst, dass die administrativen Auslagen in den seltensten Fällen sehr hoch sein werden.

Abs. 4: Wir optieren für die vorgeschlagene Variante, gemäss welcher der Bundesrat die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse festsetzt.

Begründung: Wir sind der Meinung, dass der Vorteil von einheitlichen und transparenten Kostenansätzen für die ganze Schweiz den Nachteil der unterschiedlichen kantonalen Kostenniveaus überwiegt.

OW: In Abs. 4 ist der Regelung der Tarife durch den Kanton den Vorzug zu geben. Unterschiede in der kantonalen Gerichtsorganisation führen zu unterschiedlichen Kosten, was bei der Festsetzung der Tarife durch den Bundesrat nicht berücksichtigt werden kann.

SH: In Abs. 4 ist im Interesse der Einheitlichkeit und der zuverlässigen Abschätzbarkeit der Prozesskosten die Variante der Festsetzung der Tarife durch den Bundesrat gegenüber kantonal unterschiedlichen Regelungen vorzuziehen.

Im Übrigen erscheint der Titel "Begriff" etwas eng, zumal eine Rechtssetzungskompetenz zugeordnet wird.

SO: Auf Grund der doch recht unterschiedlichen Kostenstruktur von Anwaltschaft und Gerichten in den verschiedenen Kantonen sind wir dafür, dass die Kantone eigene Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse festsetzen.

Wir sprechen uns klar dafür aus, dass die Tarife für die Prozesskosten sowie namentlich für die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeistände weiterhin kantonal erlassen werden können.

SZ: Der Erlass der Prozesskostentarife sollte den Kantonen überlassen werden. Der Tarif für die Gerichtskosten hat unter anderem das Kostendeckungsprinzip zu beachten. Demnach dürfen die Gesamteinnahmen einer Gebühr die

Gesamtkosten der betreffenden Amtshandlung nicht oder höchstens geringfügig übersteigen. Da die Gerichtsorganisation Sache der Kantone ist (Art. 2 VE-ZPO), dürften die Kostenstrukturen der Gerichte der verschiedenen Kantone völlig unterschiedlich ausfallen. Dem könnte ein vom Bundesrat erlassener Tarif nur beschränkt Rechnung tragen. Zudem hängen die Tarife für die Prozesskosten eng mit der Gerichtsorganisation zusammen, womit auch aus diesem Grund der kantonalen Zuständigkeit Vorzug zu geben ist.

TG: Wir bevorzugen eine Zuständigkeit der Kantone, die auch für die entsprechenden Kosten der Justiz aufkommen müssen. Konsequenz aus den vorgängigen Erwägungen ist auch, dass den Kantonen das Recht belassen wird, die Gebühren für die gerichtlichen Aufwendungen selber festzulegen. Die Variante für einen Abs. 4 zu Art. 86 ZPO, der diese Kompetenz dem Bundesrat überbinden möchte, können wir daher nicht unterstützen.

TI: Cpv. 3 lett. a: (sono spese delle parti) le ripetibili, tralasciando "indennità", oppure le "spese di patrocinio".

Cpv. 3 lett. b: la nozione di "adeguati disborsi delle parti" non ci sembra corretta, poiché quanto va ritenuto sono le spese effettive delle parti (trasferte, spese postali, fotocopie, ecc.)

Cpv. 4: per evitare un frazionamento ("Zersplitterung") dei sistemi si ritiene più appropriata la variante del cpv. 4.

Tuttavia, la maggioranza della Commissione ritiene che al Consiglio federale debba essere conferita solo la competenza di stabilire le tariffe per le spese processuali e per le anticipazioni, ma non per le spese delle parti. Non è possibile unificare tale tipo di spese in quanto vi sono differenze notevoli nei diversi cantoni, dettate dai diversi costi di patrocinio. L'unificazione avrebbe come conseguenza un aumento sproporzionato ingiustificato dei costi nei Cantoni in cui le spese sono attualmente inferiori rispetto ad altri Cantoni.

UR: Nach unserem Dafürhalten sollten weiterhin die Kantone die Tarife für die Prozesskosten und Vorschüsse festlegen können (Art. 86 Abs. 4 EZPO). So können kantonale Prozesskostentarife Rücksicht auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen der Gerichte nehmen und kantonale Anwaltshonorarordnungen können auf unterschiedliche Kostenniveaus in den Kantonen reagieren.

ZG: Abs. 4: Kantonale Prozesskostentarife können Rücksicht nehmen auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen der Gerichte und die unterschiedlichen Kostenniveaus in den einzelnen Kantonen. Es ist daher gerechtfertigt, die Zuständigkeit zur Festsetzung der entsprechenden Tarife den Kantonen zu überbinden.

ZH: Der Vorentwurf überträgt den Kantonen die Kompetenz, die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse selbst festzusetzen (Art. 86 Abs. 4). Wir ziehen diese Regelung der Variante zu Abs. 4 vor, wonach die Tarife durch den Bundesrat festgesetzt werden. Nur so kann der unterschiedlichen Kostenstruktur der kantonalen Rechtspflege Rechnung getragen werden, und nur so lässt sich die volle Entscheidungsfreiheit der Kantone bei der Ausgestaltung der Gerichtsorganisation sicherstellen (vgl. Stellungnahme des OG zu Art. 86).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Ausdrücklich begrüsst wird die Einführung einer pauschalen Entscheidgebühr ohne Ausscheidung von Schreibgebühr, Zustellungskosten etc.

Bei Abs. 4 begrüsst die CSP die kantonale Variante um den regionalen Unterschieden genügend Rechnung zu tragen.

CVP: Um entscheiden zu können, ob in Abs. 4 die Kantone oder der Bundesrat die Tarife für die Prozesskosten festsetzen sollen, braucht es weitere Informationen; insbesondere eine Übersicht über die Tarife, wie sie in den Kantonen festgesetzt wurden.

Grüne Partei: Wir bevorzugen diejenige Fassung von Absatz 4, welche die Kompetenz zur Festsetzung der Kostentarife bei den Kantonen belässt. Die Festsetzung von Kostentarifen der Gerichte und der Anwaltschaft ist – wie das gesamte Steuer- und Gebührenrecht – eine politische Frage, die von demjenigen Gemeinwesen entschieden werden soll, welches direkt mit der Gerichtsorganisation befasst ist. Den im Erläuternden Bericht S. 52 für diesen Fall befürchtete Prozesstourismus dürfte es ohnehin geben, jedoch wohl weniger wegen unterschiedlich hoher Gerichtskosten in den einzelnen Kantonen, sondern eher wegen der erfahrungsgemäss ebenfalls unterschiedlichen Speditivität und Qualität der Arbeit der jeweiligen Gerichte.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Umstellung auf ein System von Pauschalen ist zu begrüßen. Da die Gerichtsorganisation nicht vereinheitlicht wird, ist es angebracht, dass die Kantone die Tarife festlegen. Wünschbar (und praxisnah zugleich) wäre, dass bundesrechtlich der Zwangstarif im Verhältnis zum eigenen Klienten untersagt wird.

ASLOCA: Nous sommes opposés à la proposition de variante, soit à l'unification des frais judiciaires. Comme l'organisation judiciaire, la fixation des frais doit rester de la compétence des cantons d'autant plus qu'elle est réglée différemment selon les cantons, en particulier certains cantons prévoient la gratuité de certaines procédures (droit du travail, droit du bail).

AVGE: Les définitions sont claires. La notion de "*tarif des frais judiciaires*", qui seraient fixés soit par les cantons, soit (variante) par le Conseil fédéral, (art. 86 al. 4 AP), appelle cependant quelques remarques.

Une tarification des "*frais de tribunal*", soit essentiellement des frais de décision, n'est pas une notion très éloignée de ce que la plupart des cantons connaissent aujourd'hui déjà sous l'étiquette "*droits de greffe*" ou toute autre désignation analogue (tarifs des greffes en matière civile, frais d'introduction, etc.). Ce qui paraît délicat dans l'AP, c'est que le demandeur, par la juxtaposition des art. 86 al. 1 et 2 (litt. c) et 87 AP, est également appelé à faire l'avance de la moitié des frais d'administration des preuves. Alors que, selon le principe énoncé à l'art. 91 AP, chaque partie doit avancer les frais d'administration des preuves qu'elle requiert. Il y a apparemment une contradiction entre les trois normes, qu'il convient de régler. Le Rapport ne fournit aucune piste qui permette de résoudre l'ambiguïté.

A relever que l'AP prévoit qu'une indemnité équitable est due aux tiers qui ont l'obligation de collaborer, ce qui surviendra non seulement par le témoignage mais aussi par la production de documents (art. 152 al. 1 et 3 AP). Ces frais pourront ne pas être négligeables dans certains cas: on peut penser à la banque à laquelle on demande de réunir un certains nombres de pièces qui devraient être recherchées puis triées dans ses archives. Cette indemnité

entrera dans les frais d'administration des preuves (art. 86 al. 2 litt. c AP) et sera comprise dans les frais judiciaires à répartir (art. 94 ss AP).

L'AP mentionne également une tarification des dépens, soit essentiellement de l'indemnité versée à la partie qui obtient gain de cause (art. 86 al. 1 et 3 AP). L'idée d'un canevas, permettant le calcul de l'indemnité de procédure due au vainqueur, n'est pas mauvaise. Cela étant, afin d'être le reflet juste de ce que le vainqueur aura dû déboursier en frais de conseil et de ce qui peut lui être rétro-cédé au titre des dépens, ce tarif-canevas ne devrait pas taxer les actes de procédure de façon forfaitaire mais se borner à donner une indication du taux horaire applicable à l'activité du conseil du vainqueur: ainsi, le tarif ne devrait pas définir un prix standard d'une demande en paiement ou en divorce mais exclusivement la valeur de l'heure d'avocat. Chaque cause étant particulière (La longue pratique judiciaire de la Suisse a montré que, à de rares exceptions près, aucune cause n'est pareille à une autre. Chaque acte judiciaire est un ouvrage sur mesure, taillé aux exigences du cas qu'il est censé présenter), il appartiendra au juge, lors de la fixation des dépens (art. 96 AP), d'évaluer, notamment sur la base d'une note de frais que les parties peuvent déposer (art. 96, 2<sup>ème</sup> phrase AP), le volume de travail qui était nécessaire à une présentation efficace de la cause devant le tribunal. Une fois ce volume établi, le juge lui appliquera le tarif horaire (ou le taux horaire) prévu par le tarif. Ce serait contredire le droit du vainqueur d'obtenir la pleine indemnisation de ses dépens que de décréter à la façon d'un forfait, par la voie d'un tarif standard et uniforme, que tel type d'acte judiciaire (p. ex. une demande en divorce, ou une demande en paiement, ou une action en paternité, une opposition à séquestre, etc.) vaut tant.

Il est dès lors proposé que le tarif dont il est question aux art. 86 et 96 AP soit limité, en ce qui concerne les frais de défense de la partie qui obtient gain de cause, à un taux horaire. Il serait faux, en revanche, de tarifier chaque acte de procédure de façon forfaitaire.

Dans le prolongement de cette première remarque, il est également souhaitable que cette tarification, notamment la fixation du taux horaire de la défense des parties, soit fixée par les cantons et non par la Confédération, pour tenir compte des différences de coût de la vie et de revenus entre les cantons. La variante proposée devrait donc être rejetée. La crainte d'un tourisme judiciaire, exprimée dans le Rapport à l'appui d'une tarification fédérale, est très vraisemblablement plus théorique que pratique.

AVLU: Eine Regelung, wonach die Kantone die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse im Rahmen dieses Gesetzes festlegen können, ist einer gesamtschweizerischen Regelung vorzuziehen. Gemäss Vorentwurf soll die Gerichtsorganisation weiterhin den Kantonen überlassen werden. Die Kosten sind jedoch auch von der gewählten Organisation abhängig. Es ist daher sinnvoll, den Kantonen ebenfalls die Kompetenz zur Festsetzung der Tarife zu übertragen. Die vorgeschlagene Variante wird daher ausdrücklich abgelehnt.

AVZH: Abs. 2 lit. a und b: Zu begrüßen ist, dass die Gebühren der Gerichte und Schlichtungsbehörden gemäss Abs. 2 lit. a und b in Form einer Pauschale festgesetzt werden, welche *alle gerichtlichen Leistungen* abgilt (Bericht zum VE S. 51). Dadurch ist nicht nur eine grosse administrative Vereinfachung für die Arbeit der Gerichte zu erwarten, sondern wird auch eine bessere Abschätzung des in einem bevorstehenden Verfahrens zu erwartenden Kostenrisikos

erreicht. Der Höhe der letztlich verrechneten Barauslagen haftet oft etwas Zufälliges an (z.B. Anzahl der benötigten Zustellversuche an die Gegenpartei).

Abs. 4: Die vorgeschlagene Lösung, welche die Befugnis zur Festsetzung der Tarife für Prozesskosten und Vorschüsse den Kantonen belässt, ist der Variante, bei welcher diese Befugnis dem Bundesrat zukommt, vorzuziehen. Die kantonale Lösung ist konsequent, nachdem der VE die Organisation der Gerichte ebenfalls ausdrücklich den Kantonen belässt.

economiesuisse: Abs. 4: Wir begrüßen, aus den im Begleitbericht angeführten Überlegungen, die Variante, welche die Tarifhoheit bei den Kantonen belässt. Die Verhältnisse sind zu unterschiedlich, als dass sich eine Vereinheitlichung rechtfertigen liesse.

FER: Al. 4 (variante): L'organisation judiciaire ayant été laissée à la compétence des cantons, la Fédération peine également à comprendre les raisons qui amènent la commission d'experts à vouloir proposer une variante prévoyant la fixation par le Conseil fédéral du tarif des frais judiciaires et autres avances de frais (art. 86 al. 4 AP). Fixés par les cantons, ces tarifs permettent en effet de tenir compte des différences de coûts engendrés par les systèmes judiciaires propres à chacun d'entre eux, ce que le Conseil fédéral n'est pas en mesure de garantir.

La commission explique cette proposition par le fait qu'un risque existerait que les justiciables choisissent le tribunal auprès duquel une procédure sera engagée en fonction des coûts engrangés. A son avis, la fixation d'un tarif uniforme applicable à l'ensemble des cantons permettrait d'éviter ce qu'elle appelle un tourisme judiciaire.

La Fédération ne peut partager cet avis. Elle reste, au contraire, convaincue que ce risque demeurera limité, la grande majorité des justiciables n'ayant en effet pas les moyens financiers nécessaires pour s'adonner à ce genre de pratique.

FRC: La FRC soutient la variante selon laquelle il appartient aux cantons de fixer le tarif des frais judiciaires et des avances de frais. La fixation des tarifs par les cantons permet, notamment, de mieux tenir compte des différences entre les cantons et entre leurs organisations judiciaires respectives, ainsi que des différences de niveau de vie. Le risque de se voir développer un "tourisme judiciaire" est assez faible, et ne justifie pas, à lui seul, la fixation des tarifs par le Conseil fédéral.

FSA: Au terme d'un débat nourri de sa commission, la FSA estime opportun qu'un tarif soit établi plutôt que de laisser le juge apprécier librement le montant des dépens. Elle opte pour la variante proposée par l'avant-projet à l'article 86 al. 4: c'est au Conseil fédéral de fixer le tarif, ceci afin d'assurer un accès égal à la justice dans l'ensemble de la Suisse.

KassZH: Abs. 4: Der Erlass der Tarife ist sinnvollerweise den Kantonen zu überlassen; dies auch im Hinblick auf die nicht unerheblichen kantonalen Unterschiede hinsichtlich der anwaltlichen Betriebskosten.

MV: Im Interesse der Mieterinnen und Mieter muss der Bund die Gerichts- und Parteikosten einheitlich regeln. Es ist nicht einzusehen, warum die Vereinheitlichung gerade an diesem wichtigen Punkt, wo es ans Portemonnaie geht, halt machen soll. Freilich trägt ein einheitlicher Tarif den unterschiedlichen Kosten-

strukturen verschiedener Gerichtsorganisationen nicht Rechnung, wie der Bericht zu Recht festhält. Ein gewisser Druck auf die Kantone zur Vereinheitlichung ist aber durchaus erwünscht.

Auch die verschiedenen Anwaltstarife sind nicht gerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, warum eine Basler Anwältin bei einem Streitwert von Fr. 8'000.— ein Grundhonorar von Fr. 1'100.— zu gut hat, während ihre Aargauer Kollegin Fr. 2'830.— verlangen darf.

OAFRI: Le tarif devrait être cantonal. Le coût de la justice varie d'un canton à l'autre. Il en va de même pour le coût de la défense (importante variation des frais généraux d'un canton à l'autre).

OGZH: Abs. 4: wir befürworten die erste Variante. Wenn die Kantone die Freiheit der Organisation behalten sollen, muss ihnen auch die Kostenhoheit gelassen werden. Andernfalls sind sie im Entscheid etwa zwischen einem Einzelrichter oder einem Dreiergericht gar nicht mehr frei.

Unklar (und unnötig) scheint uns das "und für die Vorschüsse". Dazu gibt wohl keinen eigenen Tarif - und dass in gewissen Fällen die halben, in anderen die ganzen Kosten vorzuschüssen sind, ergibt sich aus den jeweiligen speziellen Bestimmungen.

Vorschlag:

*... und für die Vorschüsse streichen.*

Roche: Abs. 4 VE: Roche ist der Ansicht, dass die Tarifhoheit bei den Kantonen verbleiben sollte; die Verhältnisse sind zu unterschiedlich, als dass sich eine Vereinheitlichung rechtfertigen liesse.

SGB: Ad. art. 86 al. 4:

- a) Le canton de Genève connaît la gratuité complète des frais judiciaires de première instance, pour ce qui concerne les litiges de *droit du travail*, tant pour ce qui concerne les frais de tribunal que pour ce qui concerne les dépens.
- b) S'agissant des litiges de *droit du bail*, le canton de Genève connaît la gratuité complète tant pour la première instance que pour l'instance d'appel, à l'exception d'un émolument d'appel maximal de Fr. 300.--.
- c) Il serait malvenu qu'une procédure civile nationale vienne amoindrir les droits des travailleurs et des locataires, étant précisé que la gratuité existe depuis les années 1970 pour ce qui concerne le Tribunal des baux et loyers ainsi que, également, depuis plusieurs décennies devant le Tribunal de première instance des Prud'hommes.

Il est donc nécessaire de laisser aux cantons le droit de préserver la gratuité de l'accès aux tribunaux dans les domaines où elle existe déjà, voire de s'inspirer de la réglementation genevoise au plan fédéral.

SVAMV: Art. 86 Abs. 4: Wir sprechen uns für die Variante aus, dass der Bundesrat die Tarife für die Prozesskosten und für die Vorschüsse im Rahmen dieses Gesetzes festsetzt. Die heute bestehenden Unterschiede zwischen den Kantonen sind stossend und führen zu Diskriminierungen für die Rechtsuchenden.

SVR: Pour ce qui est des frais judiciaires, nous nous rallions à la variante d'une réglementation par la Confédération (art. 86 al. 4) pour les motifs invoqués par la commission d'experts. A l'heure d'une plus grande mobilité et de la libre cir-

culat ion des avocats, il convient en effet d'éviter de trop grandes disparités d'un canton à l'autre.

SwissBanking: Abs. 4: Im Rahmen der Festlegung des Tarifs der Gerichts- und Anwaltskosten favorisieren wir die Variante der Festlegung durch die Kantone. Dadurch können die kantonalen Unterschiede und Gerichtsorganisationen gebührend berücksichtigt werden. Dem Risiko des "Prozesstourismus" messen wir aufgrund der Notwendigkeit, mit den örtlichen Gegebenheiten einer Gerichtsorganisation vertaut zu sein, eine eher untergeordnete Bedeutung bei.

swissmem: Abs. 4: Wir tendieren im Sinne der Vereinheitlichung zur Variant enlösung.

Uni BE: Abs. 3 lit. b: ... *Auslagen der Parteien soweit angemessen.*

Regelung der Kosten durch kantonales oder durch Bundesrecht (Abs. 4). Kostenrecht muss durch Bundesrecht geregelt werden.

Uni GE: Le thème est vaste, et justifierait de longs développements. L'article 86 reprend la distinction entre les frais de tribunal et les dépens, tout en prévoyant à son alinéa IV que les cantons fixent le tarif des frais judiciaires et des avances de frais. Le Rapport des experts le rappelle, le tarif des frais doit respecter le principe de la couverture et celui de l'équivalence (l'émolument ne doit pas dépasser le montant des frais totaux, et doit rester en adéquation à la valeur objective de la prestation; Rapport, p. 51.. Or, il saute aux yeux que le coût réel de la justice est une question relevant de l'organisation judiciaire, laquelle est laissée aux cantons sauf disposition contraire de la loi (article 1 III PCS); (voir à ce sujet le Rapport, p. 52). Dans cet ordre d'idée, la variante proposée à l'article 86 IV PCS, selon laquelle c'est le Conseil fédéral qui "*fixe le tarif des frais judiciaires et des avances de frais dans les limites de la présente loi*", doit être écartée, faute de pouvoir uniformiser une telle question (on imagine aisément que le coût de l'organisation judiciaire dans le Canton de Schwytz n'est pas le même qu'à Genève). Il en va de même à l'égard des honoraires d'avocat (qui entrent en ligne de compte s'agissant de fixer l'indemnité comprise dans les dépens [article 86 III lit a PCS]), qui ne s'apprécient pas uniformément en Suisse.

A relever que la PCS prévoit qu'une indemnité équitable est due aux tiers qui ont l'obligation de collaborer, ce qui surviendra non seulement par le témoignage mais aussi par la production de documents (article 152 I & III PCS). Ces frais pourront ne pas être négligeable dans certains cas: on peut penser à la banque à laquelle on demande de réunir un certains nombres de pièces qui devraient être recherchées puis triées dans ses archives. Cette indemnité entrera dans les frais d'administration des preuves (article 86 II lit c PCS) et sera comprise dans les frais judiciaires à répartir (articles 94ss PCS).

A propos des frais, on notera également la possibilité pour la partie qui succombe de renoncer à recourir dans les dix jours qui suivent la communication du dispositif de la décision, ce qui a pour conséquence de dispenser le juge de motiver sa décision par écrit et s'accompagne d'une réduction de l'émolument de décision "*du tiers au moins*" (article 231 PCS). C'est un peu la bouteille à moitié vide et à moitié pleine: toujours est-il que les esprits chagrins ne manqueront pas de relever que la partie qui succombe doit en réalité payer pour qu'on respecte son droit d'être entendu (la question n'est pas aussi innocente

qu'il n'y paraît, ce d'autant que dans bien des cas, la motivation du jugement joue un rôle dans la décision du plaideur de faire ou non appel, à commencer pour son avocat en charge de le conseiller.) ...

Uni LA: Il convient de défendre fermement le système proposé à titre principal, soit la liberté pour les cantons d'arrêter le tarif des frais judiciaires. En effet, les coûts de la justice dépendent de l'organisation judiciaire, tant il est vrai qu'une justice rendue collectivement par plusieurs professionnels est par exemple plus chère qu'une justice rendue par un professionnel et des assesseurs laïcs, voire par un magistrat unique. La variante selon laquelle le tarif serait fixé par le Conseil fédéral risquerait en outre de voir celui-ci négliger les intérêts financiers des cantons, qui supporteront et continueront à supporter les coûts effectifs de la justice civile, coûts dont on peut prédire sans grand risque qu'ils seront assez fortement accrus par l'introduction du CPC suisse. A l'inverse, la liberté politique de prévoir une gratuité au-delà de ce qu'impose le législateur fédéral doit rester aux cantons qui le voudraient (p. ex. Genève, qui prévoit actuellement une procédure gratuite en droit du travail sans limite de valeur litigieuse, alors même que le droit fédéral ne l'impose que jusqu'à 30'000 francs, devrait pouvoir continuer à le faire).

Uni ZH: Ein vereinheitlichtes Zivilprozessrecht verlangt auch eine Vereinheitlichung des Kostenrechts. In Art. 86 IV ist daher der als Alternative vorgeschlagenen Nebenvariante zuzustimmen, in der eine entsprechende Kompetenz dem Bundesrat zugeteilt wird. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 17 ff.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: a) Zu den Parteikosten (Art. 86 Abs. 3 VE) gehören nicht allein die Prozessentschädigung und die angemessenen Auslagen der Parteien, sondern auch die eigenen Anwaltskosten jeder Partei.

b) Bei der Variante zu Art. 86 Abs. 4 VE und bei Art. 87 - 93 VE stellt sich generell die Frage nach der finanziellen Zuständigkeit im vereinheitlichten Zivil- und später auch Strafprozessrecht. Der Vorentwurf regelt die Kostenfragen ohne Ansehung des kantonalen Finanzhaushaltes. Alsdann wäre es eigentlich konsequent, wenn die gesamten Justizkosten vom Bund getragen würden, der ja auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Rechtsprechung hergestellt hat. Daran ist aber angesichts der besorgniserregenden Finanzlage des Bundes und der bei den Kantonen verbleibenden Einsetzung der Gerichte nicht zu denken. Somit ist es auch nicht angezeigt, die Erhebung von Kostenvorschüssen im vorliegenden Gesetz (Art. 87 und 91) zu regeln (ebenso mit anderer Begründung ISAAK MEIER/DIANA MÜRNER, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 99/2003 S. 599).

#### Art. 87

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir begrüßen die generelle Vorschusspflicht für Gerichtskosten. Zusätzlich schlagen wir vor, dass die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten auch bei aussichtslosen Klagen vorzuschüssen sind (zusätzlich als lit. d).

AR: Ausser im Summar-, im Schlichtungs- und im Rechtsmittelverfahren soll die Vorschusspflicht nur die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten betragen. Im

Sinn einer wirksamen Appellwirkung an die klagende Partei sollte diese Begrenzung wegfallen.

Als "klagende Partei" wird auch die "widerklagende" Partei verstanden.

Wird Art. 74 in der vorgeschlagenen Form beibehalten, so rechtfertigt sich auch die Möglichkeit, von der beklagten Partei einen Vorschuss erheben zu können. Das gebietet sich im Fall der Klageprovokation, wo die beklagte Partei die klagende in ein Verfahren zwingt.

BE: Unter geltendem Recht wird in einigen Kantonen, zu denen der Kanton Bern zählt, von beiden Parteien ein Vorschuss bezogen, während andere gänzlich darauf verzichten. Das System der beidseitigen Vorschusspflicht hat durchaus seine Vorteile. Häufig haben beide Parteien zum Rechtsstreit beigetragen, so dass es gerecht erscheint, von beiden einen Vorschuss zu verlangen. Die bernische Regelung wurde vom Bundesgericht auch als verfassungskonform bezeichnet (BGE 124 I 241 ff.). Die beidseitige Vorschusspflicht reduziert ferner das Kostenrisiko des Kantons. Und schliesslich ermöglichen die Bestimmungen über die Vorschusssäumnis eine rasche Erledigung von Verfahren. Aus bernischer Sicht wäre es daher wünschenswert, eine Regelung zu finden, welche ein Festhalten an der bisherigen bernischen Lösung ermöglichen würde.

Sollte es dennoch bei der im VE vorgeschlagenen Kompromisslösung bleiben, so sind für den Kanton Bern beträchtliche finanzielle Konsequenzen zu erwarten, weil das Eintreibungsrisiko nunmehr hauptsächlich beim Kanton liegt (vgl. auch Art. 101 VE und die dortigen Bemerkungen).

Abs. 1 dürfte dahin gehend zu verstehen sein, dass auch die Person, die eine Widerklage erhebt, "klagende Partei" im Sinne des Gesetzes ist und daher einen Vorschuss zu leisten hat. Diese Möglichkeit stände im Einklang mit der Bestimmung von Art. 85 VE, der das Zusammenzählen der Streitwerte von Klage und Widerklage für die Bestimmung der Prozesskosten vorsieht. Es wird angeregt, dies in der künftigen Botschaft klarzustellen.

Abs. 2 ist im Zusammenhang mit lit. c unklar redigiert. Es darf jedoch davon ausgegangen werden, dass mit der Formulierung, wonach "die klagende Partei" im Rechtsmittelverfahren die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten vorzuschliessen hat, die Partei gemeint ist, die das Rechtsmittel einlegt, und nicht die Partei, die in erster Instanz die Klägerrolle inne hatte. Zumindest in der künftigen Botschaft wäre dies zu präzisieren, wenn auch wünschenswert wäre, dass für den Gesetzestext eine weniger zu Missverständnissen Anlass gebende Formulierung gefunden werden könnte. Eine Interpretation von Art. 87 Abs. 2 lit. c VE aufgrund des Wortlautes würde zu äusserst stossenden Ergebnissen führen.

BL: Mit der vorgeschlagenen Regelung, wonach die Gerichte bloss einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen dürfen, wird das Inkassorisiko des Kantons ungerechtfertigt erhöht. Auch ein Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten führt zu keiner Erschwerung des Zugangs der Rechtssuchenden zu den Gerichten. In der Regel werden die Kostenvorschüsse entsprechend dem Prozessfortschritt erhoben. Ob die letzte Zahlung kurz vor oder nach dem Endurteil erfolgt, bedeutet für die klagende Partei keinen grossen Unterschied.

Antrag: Neuformulierung dieser Bestimmung wie folgt:

*Die klagende Partei hat einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen.*

BS: Allgemein

Ein weiterer kritischer Punkt der neu vorgesehenen Regelung, welcher für viele Kantone wohl erhebliche finanzielle Konsequenzen hätte, liegt darin, dass der in erster Instanz von der Klagpartei zu bezahlende Kostenvorschuss mit gewissen Ausnahmen jeweils nur die Hälfte der mutmasslichen Prozesskosten abdecken muss und dass die Gerichte im Falle einer Gutheissung der Klage bzw. des Rechtsmittels die geleisteten Kostenvorschüsse in jedem Fall zurückzuerstatten und die Kosten bei der unterliegenden Partei einzufordern haben (Art. 87 Abs. 1, 101 des Vorentwurfs). Hat die klagende Partei, wie dies heute in Basel-Stadt der Fall ist, zu Beginn des Verfahrens die ganzen zu erwartenden Prozesskosten vorzuschüssen, so liegt hierin zwar zunächst eine gewisse Belastung, jedoch hat dies den Vorteil, dass sie sich dadurch des gesamten Kostenrisikos bewusst wird und den Entscheid über die Führung des Prozesses in Kenntnis darüber treffen kann. Darüber hinaus ist klar, dass die vorgesehene eingeschränkte Kostenvorschusspflicht zu finanziellen Ausfällen bei den Gerichten führen würde, da (auch abgesehen von Kostenerlass-Fällen) nicht in allen Verfahren mit einem Zahlungseingang gerechnet werden könnte. Dies gilt erst recht im Hinblick auf jene Fälle, in denen der geleistete Kostenvorschuss nach Gutheissung der Klage oder des Rechtsmittels rückvergütet werden muss und die gesamten Gerichtskosten von der unterlegenen Partei eingefordert werden müssen. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Inkasso der Kosten nach ergangenen Urteil ganz oder mindestens teilweise von den Gerichten übernommen werden soll, zumal dies nebst den erwähnten Einnahmeausfällen auch noch zu einem grösseren Inkassoaufwand mit entsprechend erhöhtem Personalbedarf führen wird. Man mag einwenden, dass nach der heute in Basel-Stadt geltenden Rechtslage, wonach sich das Gericht unabhängig vom Ausgang des Prozesses aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezahlt macht und den Parteien den internen Ausgleich überlässt, die klagende Partei auch ein solches Inkassorisiko tragen muss, doch steht dieser immerhin frei, im Hinblick auf die finanzielle Lage der Gegenpartei auf die Einleitung des Prozesses zu verzichten, während die staatlichen Gerichte keine Prozesse ablehnen können. Es zeigt sich hier der auch in anderen Zusammenhängen erkennbare Widerspruch, indem einerseits die sich in grossen finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Staatswesen saniert werden sollten und grundsätzlich Konsens über die Notwendigkeit von entsprechenden Sparanstrengungen besteht, aber gleichzeitig immer mehr staatliche Leistungen, wie hier jene der Justiz, ausgebaut und letztlich unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Bezüger ganz oder teilweise unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden sollen. Eine Kann-Vorschrift, welche die Höhe des einzufordernden Kostenvorschusses ins Ermessen des Gerichts stellt und somit im Einzelfall eine nur teilweise Kostenvorschusspflicht zulassen würde, sowie die Ermächtigung der Gerichte, sich aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezahlt zu machen, wären daher nach Auffassung der Basler Justiz vorzuziehen.

Zu Art. 87:

Der Vorentwurf sieht vor, dass die klagende Partei einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen hat. Für diese

Beschränkung ist kein Grund ersichtlich. Mit Einreichung der Klage begründet die klagende Partei ein Prozessrechtsverhältnis mit dem Staat und verlangt von diesem eine Leistung. Es ist nicht einzusehen, weshalb sie für die Erbringung dieser Leistung anfallenden Kosten nicht vollumfänglich haften soll. Besteht eine solche Haftung, so ist dem Staat zu ermöglichen, zur Minimierung des Inkassorisikos die vollen mutmasslichen Gerichtskosten von der klagenden Partei vorschliessen zu lassen. Damit soll der Klagpartei auch bewusst gemacht werden, auf welches finanzielle Risiko sie sich mit ihrem Klagbegehren einlässt. Dem Grundsatz, dass der Zugang zu den Gerichten nicht übermässig erschwert werden soll, tragen die nicht kostendeckenden, sozial gestalteten Gerichtsgebühren sowie das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege Rechnung. Will man, wie im Bericht der Expertenkommission ausgeführt, die verschiedenen kantonalen Regelungen berücksichtigen, so empfiehlt sich statt der Verfolgung einer mittleren Linie eher, den Kantonen die Kompetenz zur Regelung der Kostenhaftung und der Vorschusspflicht zu übertragen. Zumindest sollte die Bestimmung als Kann-Vorschrift formuliert werden, wonach das Gericht von der Klagpartei einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen kann.

FR: L'avance de la totalité des frais est préférable.

GE: Le système de l'avance de frais qui découle de l'art. 87 PCS revient à prévoir – sur le plan du principe – une sorte de crédit octroyé par l'Etat à raison de la moitié de ceux-ci, puisque c'est au seul demandeur qu'incombe l'avance des frais présumés, mais à concurrence de la moitié au plus (art. 87 al. 1 PCS). Cela implique un coût pour l'Etat. On peut se demander si cette question ne devrait pas, elle aussi, être laissée à l'appréciation du législateur cantonal, puisqu'elle est de nature politique, les cantons étant bien entendu limités dans leur marge d'appréciation par les principes que retient la jurisprudence fédérale en la matière.

GL: Die klagende Partei soll in erster Instanz die vollen Kosten vorschliessen müssen und nicht bloss maximal die Hälfte der mutmasslichen Kosten. Darüber hinaus ist auch eine Kostenvorschusspflicht der beklagten Partei ins Auge zu fassen, wie sie andere Kantone kennen.

GR: Die klagende Partei hat einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten. Mit dieser Lösung erhöht sich nach Meinung der Regierung das Kostenrisiko und entsprechend der Inkassoaufwand für den Staat erheblich, weil der Kostenvorschuss nur noch von der klagenden Partei verlangt werden kann und der Vorschuss auf die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten beschränkt werden. Ob dies gerechtfertigt ist, ist fraglich. Die Bündner Regierung lehnt diese Beschränkung ab. Zumindest müsste aber die Möglichkeit bestehen, dass der Gerichtspräsident nach einer Einschätzung der Prozessaussichten auch von der beklagten Partei einen Gerichtskostenvorschuss verlangen kann. Nicht einzusehen ist, weshalb nur maximal die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu bevorschussen ist, da im Endeffekt die gesamten Kosten beglichen werden müssen. Der Zugang zu den Gerichten wird durch eine Bevorschussung des vollen Betrages nicht erschwert, da bei Mittellosigkeit ohnehin die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege besteht.

JU: A l'alinéa 1, nous proposons que les frais soient avancés par chacune des parties à raison de la moitié, donc également par le défendeur, afin d'éviter les procédures de recouvrement.

A l'alinéa 2, nous proposons d'ajouter la procédure simplifiée.

LU: Dem Gericht ist die Möglichkeit einzuräumen, Kostenvorschüsse in Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten beim Kläger einzufordern. Es besteht kein sachlicher Grund, auf Vorschüsse zu verzichten, die den vollen mutmasslichen Gerichtskosten entsprechen, und so das nicht am Streit beteiligte Gemeinwesen das Risiko des Kostenausfalls tragen zu lassen sowie bei der nicht prozessrechtskundigen klagewilligen Person den Eindruck zu erwecken, bei diesen Kosten habe es sein Bewenden. Das Mass des Kostenvorschusses soll den Kantonen überlassen werden, die letztlich auch die aus teilweiser Vorschusspflicht entstehenden Debitorenverluste tragen müssen. Einer klagewilligen Person, die den vollen Kostenvorschuss nicht leisten kann, entsteht kein Nachteil, da sie um die unentgeltliche Rechtspflege ersuchen kann.

NW: Abs. 1: "Die klagende Partei hat einen Vorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen." Als Alternative Lösung könnte auch eine dem Art. 94 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden analoge Formulierung verwendet werden: *Jede Partei ist verpflichtet, für die gesamten von ihr beantragten Prozesshandlungen die Gerichtskosten vorzuschüssen.*

Begründung: Es ist ein Anliegen, dass generell die vollen Gerichtskosten als Vorschuss eingefordert werden dürfen. Der Zugang zu den Gerichten wird nicht dadurch erleichtert, dass nur die halben Gerichtskosten vorgeschossen werden müssen. Das Verfahren der unentgeltlichen Prozessführung garantiert den Zugang zu den Gerichten genügend. Deshalb wäre eine ähnliche Bestimmung wie § 8 Abs. 2 der Prozesskostenverordnung des Kantons Nidwalden angebracht: "Kläger, Widerkläger, Gesuchsteller, Beschwerdeführer in gerichtlichen Verfahren sowie jene Partei, die im Zivilrechtsverfahren ein Rechtsmittel einlegt, sind zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses verpflichtet, dessen Höhe vom Vorsitzenden bestimmt wird [...]."

OW: Der Vorentwurf sieht in Abs. 1 vor, dass die klagende Partei einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen hat. Diese Regelung hätte zur Folge, dass das Gemeinwesen des öfters einen erheblichen Aufwand mit der Eintreibung der Gerichtskosten hätte. Gelegentlich dürfte das Gemeinwesen dann am Schluss leer ausgehen, zum Beispiel, weil bei juristischen Personen am Schluss ein Verlustschein ausgestellt würde. Diese "Sozialisation der Kosten" ist abzulehnen. Die klagende Partei soll sich schon bei Einleitung des Prozesses bewusst werden, welche Kosten der Prozess für sie zur Folge haben kann. Wie nach Art. 87 Abs. 2 soll die klagende Partei daher schon vor der ersten Instanz die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten vorschüssen müssen. Bekanntlich sind schon heute die Gerichtsgebühren bei weitem nicht kostendeckend. Würde Art. 87 Abs. 1 zum Gesetz, so würden die Aufwendungen der Gemeinwesen für die Justiz noch weiter ansteigen. Dies hätte auch Auswirkungen für den Kanton Obwalden, sind hier doch heute die Kostenvorschüsse in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten festzusetzen.

SH: Ausser im Summar-, im Schlichtungs- und im Rechtsmittelverfahren soll die Vorschusspflicht nur die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten betragen. Im Sinn einer wirksamen Appellwirkung an die klagende Partei sollte diese Begrenzung wegfallen.

Als "klagende Partei" wird auch die "widerklagende" Partei verstanden.

Wird Art. 274 in der vorgeschlagenen Form beibehalten, so rechtfertigt sich auch die Möglichkeit, von der *beklagten* Partei einen Vorschuss erheben zu können. Das gebietet, sich im Fall der Klageprovokation, wo die beklagte Partei die klagende in ein Verfahren zwingt.

SO: Die Parteien müssen im Sinne einer Aufklärungspflicht darüber orientiert sein, wieviel der von ihnen geführte Prozess voraussichtlich kostet. Die bewährte Praxis des Solothurnischen Obergerichts geht deshalb dahin, von den appellierenden Parteien die vollen mutmasslichen Gerichtskosten vorschussweise zu verlangen. Diese Praxis hat zudem den nicht zu unterschätzenden Vorteil, dass dem Gericht bzw. der Gerichtskasse nach Abschluss des Prozesses langwierige und oft vergebliche Inkassobemühungen erspart bleiben. Wir schlagen deshalb vor, Absatz 1 in dem Sinne zu ändern, dass die klagende Partei einen Vorschuss von höchstens den gesamten mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten hat. Im Einzelfall soll das Gericht aber auch die Möglichkeit haben, auf einen Vorschuss zu verzichten, wenn sonst die Durchsetzung von Rechten zu sehr erschwert würde. Wir sind aus diesem Grund für die Ausgestaltung als "Kann-Bestimmung."

SZ: Die klagende Partei soll auch in erster Instanz die vollen Kosten und nicht nur maximal die Hälfte der mutmasslichen Kosten vorschüssen müssen. Damit kann der Kläger einerseits das ganze Kostenrisiko abschätzen. Im Falle einer Abweisung der Klage erleichtert dies andererseits zudem das Inkasso des Gerichts und trägt damit zu einer Vereinfachung des administrativen Aufwandes bei.

TG: Ein Kostenvorschuss von lediglich der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten erscheint uns gerade für aufwendige Prozesse als unangebracht. Abgesehen davon rechtfertigt es sich nicht, in jedem Fall eine Kostenvorschusspflicht vorzusehen. Nach unserer Auffassung ist eine flexiblere Lösung z.B. entsprechend derjenigen in § 76 der Zivilprozessordnung des Kantons Thurgau (ZPO TG; RB 271) zweckmässiger.

TI: Il cpv. 1 scritto in questi termini lascia un ampio margine di apprezzamento al Giudice per la determinazione dell'ammontare dell'importo da anticipare per le spese processuali (da 0 al 50% delle presumibili spese). Occorre quindi introdurre elementi per ridurre tale margine, e far dipendere anche da altri requisiti l'ammontare dell'anticipo come ad esempio il domicilio, la solvibilità delle parti, carattere sociale della procedura, ecc. In caso contrario le prassi diverrebbero assai variabili, non solo da un Cantone all'altro, ma da un giudice all'altro.

Come minimo si dovrebbe introdurre la seguente precisazione in coda al cpv. 1: *..., a dipendenza delle concrete circostanze.*

Il Cantone Zurigo non conosce un obbligo generale di anticipo delle spese processuali, per questo motivo ha aumentato l'elenco dei casi in cui si può chiedere la prestazione della cauzione all'attore e anche al convenuto. Ad es. se una parte rifiuta di comunicare il proprio domicilio al tribunale, con l'inoltro di un ricorso per cassazione o di revisione, ecc.

Cpv. 2: La regola merita una riflessione per quanto riguarda la conciliazione. Appare infatti auspicabile di "premiare" le parti che hanno raggiunto una conciliazione (evitando in tal modo di presentare causa) mandandole esenti da spese, rispettivamente di applicare tariffe moderata.

Si propone allora la seguente formulazione: "a. di conciliazione, posto che il giudice applica una tariffa modica e, a dipendenza delle circostanze, può mandare esente le parti da qualsiasi spesa processuale".

ZG: Abs. 1: Die Höhe des zu leistenden Vorschusses soll höchstens die ganzen mutmasslichen Kosten betragen.

ZH: Andererseits lehnen wir die allgemeine Pflicht der klagenden Partei, die halben oder sogar die ganzen Gerichtskosten vorzuschüssen, entschieden ab (Art. 87). Eine Kautonierung sollte nur bei besonderen Umständen, wie sie etwa in Art. 88 umschrieben sind, zulässig sein. Die allgemeine Kostenvorschusspflicht begünstigt die wirtschaftlich stärkere Partei und erschwert den wirtschaftlich Schwächeren den Zugang zum Recht. Das Institut der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 105ff.) kann diese Nachteile nur zum Teil beseitigen, da insbesondere Personen, die knapp über dem Existenzminimum leben, oft nicht in der Lage sind, einen Kostenvorschuss in der Höhe von unter Umständen mehreren tausend Franken zu leisten. Allenfalls könnte eine "Einschreibegebühr" vorgesehen werden, wie sie heute offenbar einige Kantone bei der Einleitung eines Prozesses erheben. Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der DJZ zu Art. 87 ff.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Eine generelle Vorschusspflicht des Klägers für das erstinstanzliche Verfahren lehnt die CSP ab.

CVP: Art. 87 i.V.m. Art. 101: Es ist nicht einzusehen, warum die Staatskasse das Inkassorisiko tragen sollte. Aus diesem Grund sollte der Vorschuss für die ganzen mutmasslichen Gerichtskosten erhoben werden.

Grüne Partei: Die Bestimmung, wonach die klagende Partei "einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten" zu bezahlen hat, erscheint sehr zu deren Gunsten: Das Gericht (und damit das Gemeinwesen) läuft damit Gefahr, im Falle späterer Insolvenz der klagenden und später im Prozess unterliegenden Partei einen beträchtlichen Teil der Gerichtskosten nicht mehr eintreiben zu können. Zumindest sollte deshalb ergänzend festgehalten werden, dass der Vorschuss im Laufe des Verfahrens erhöht werden kann, wie es auch in Art. 89 Abs. 3 für die Prozesskostensicherheit vorgesehen ist.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Aus Sicht des potentiellen Klägers ist die Begrenzung der Vorschusspflicht auf höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu begrüssen. Aus Sicht des potentiellen Beklagten und der Staatsfinanzen ist diese Begrenzung abzulehnen.

AVGE: Le système de l'avance de frais qui découle de l'art. 87 AP revient à prévoir – sur le plan du principe - une sorte de crédit octroyé par l'Etat à raison de la moitié de ceux-ci, puisque c'est au seul demandeur qu'incombe l'avance des frais présumés, mais à concurrence de la moitié au plus (art. 87 al. 1 AP, avec des exceptions prévues à l'art. 87 al. 2 AP (conciliation, procédure sommaire et recours) qui prévoit l'avance de la totalité des frais de tribunal présumés).

Le système prévu à l'alinéa premier correspond très largement à la pratique de plusieurs cantons. Il n'appelle aucun commentaire particulier.

L'alinéa second, en revanche, est plus contestable, dans la mesure où il met à la charge du demandeur l'avance de tous les frais d'un éventuel recours (litt. c). On devine bien en filigrane l'idée que, dans l'esprit des rédacteurs de l'AP, le jugement de première instance a déjà une certaine autorité et qu'il convient dès lors, en quelque sorte, de "*faire payer le prix fort*" à celui qui entend la contester. Cela étant, lorsque l'on voit le nombre non négligeable de décisions de première instance réformées intégralement ou partiellement en appel ou sur recours, cette approche n'a aucune raison d'être. C'est, en principe, la même proportion des frais prévisibles qui doit être avancée en première instance et en appel/recours. A Genève, par exemple, l'avance à fournir en première instance et en appel est en principe la même. Dès lors, si la nouvelle loi décide d'ériger en principe l'avance de la moitié des frais de tribunal prévisibles, ce principe devrait également valoir pour les procédures d'appel. Des conditions financières plus sévères pour accéder à la voie du recours auraient évidemment un effet dissuasif, ce qui reviendrait à ébrécher de façon non négligeable et injustifiée le principe du libre accès à la justice par un triple degré de juridiction.

Idéalement, l'art. 87 al. 2 litt. c) AP devrait donc être supprimé.

AVLU: Es ist zu begrüßen, dass der Vorentwurf nicht die Regelung einiger Kantone, die auch den Beklagten zur Bezahlung von Gerichtskostenvorschüssen anhalten, übernommen hat, sondern die Vorschusspflicht dem Kläger überbindet.

DJS: Die allgemeine Vorschusspflicht für die Hälfte (bzw. sogar die vollen) Gerichtskosten ist abzulehnen. Akzeptabel sind nur besondere Kautionsgründe, wie sie z.B. in Art. 88 (oder in § 73 u. 76 ZH-ZPO) formuliert sind. Stossend ist zudem, dass nicht einmal eine Sicherheitsleistung genügt.

Besonders gravierend sind die Auswirkungen bei eherechtlichen, mietrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Klagen, aber auch bei arbeitsrechtlichen Klagen mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.--. Vorschüsse, zumal wenn hohe Beträge eingefordert werden, können eine prohibitive Wirkung haben. Dies ist - z.B. bei haftpflichtrechtlichen Schadenersatzklagen - einmal mehr zum Vorteil der beklagten Partei (Versicherung), die heute schon eine relativ komfortable prozessuale Situation hat. Sie kann darauf spekulieren, dass wegen der hohen Klagehindernisse auf eine Klage verzichtet wird, bzw. dass vorprozessual sachlich nicht gebotene Konzessionen erwirkt werden können. Die allgemeine Vorschusspflicht begünstigt in der Regel die wirtschaftlich stärkere Partei und vermindert die Chancen für finanziell Schwächere, Zugang zum Recht zu finden.

Der Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege ist kein Ausweg, weil diese nur den ganz mittellosen Prozessparteien zur Verfügung steht, nicht aber dem unteren Mittelstand, welcher ohnehin und im allgemeinen unter der Last stetig steigender Gebühren und Abgaben am meisten zu leiden hat.

Es ist zwar richtig, dass der klagenden Partei bewusst gemacht werden soll, auf welches finanzielle Risiko sie sich einlässt. Das gleiche Argument würde aber auch für die beklagte Partei gelten. Es gehört zu den Standespflichten der AnwältInnen, ihre KlientInnen auf das Kostenrisiko aufmerksam zu machen. Für nicht anwaltlich vertretene Parteien liessen sich ohne weiteres Mittel und Wege finden, wie das Gericht diese auf das Kostenrisiko aufmerksam machen könnte, z.B. gerade mit den vom Vorentwurf vorgesehenen Klageformularen (ohne Hinweis auf die Kostenrisiken wären solche Formulare hingegen geradezu "gefährlich" für die Rechtssuchenden, weil das Ausfüllen eines Formulars schon

genügt, um das Risiko hoher Gerichtskosten und Parteientschädigungen auszulösen). In der Praxis sind sich die meisten (potentiellen) Kläger des Kostenrisikos sehr wohl bewusst. Nicht selten wird aus Kostengründen auf eine Klage verzichtet, obwohl der Rechtsstandpunkt aussichtsreich wäre.

Akzeptabel wäre allenfalls eine mässige "Einschreibegebühr", wie sie heute einige Kantone kennen. Man könnte es auch den Kantonen überlassen, ob sie eine allgemeine Vorschusspflicht einführen wollen. Dies stünde im Einklang mit der kantonalen Kompetenz, die Gerichtskosten festzusetzen. Es kann nämlich nicht übersehen werden, dass es sehr grosse kantonale Unterschiede bei den Gerichtskosten gibt. In einzelnen Kantonen würde sich die allgemeine Vorschusspflicht prohibitiv auswirken, während dies in anderen Kantonen nicht der Fall wäre.

Nicht gerechtfertigt ist es ferner, dass beim summarischen Verfahren und beim Rechtsmittelverfahren die *gesamten* Gerichtskosten vorgeschossen werden müssen.

DJZ: Art. 87ff.: Die allgemeine Vorschusspflicht für die Hälfte (bzw. sogar die vollen) Gerichtskosten ist abzulehnen. Akzeptabel sind nur besondere Kautionsgründe, wie sie z.B. in Art. 88 (oder in § 73 u. 76 ZH-ZPO) formuliert sind. Stossend ist zudem, dass nicht einmal eine Sicherheitsleistung genügt, und dass keine Verzinsung stattfindet (selbst wenn die betroffene Partei am Schluss mit keinerlei Kosten belastet wird).

Besonders gravierend sind die Auswirkungen bei eherechtlichen, mietrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Klagen, aber auch bei arbeitsrechtlichen Klagen mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.--. Vorschüsse, zumal wenn hohe Beträge eingefordert werden, können eine prohibitive Wirkung haben. Dies ist - z.B. bei haftpflichtrechtlichen Schadenersatzklagen - einmal mehr zum Vorteil der beklagten Partei (Versicherung), die heute schon eine relativ komfortable prozessuale Situation hat. Sie kann darauf spekulieren, dass wegen der hohen Klagehindernisse auf eine Klage verzichtet wird, bzw. dass vorprozessual sachlich nicht gebotene Konzessionen erwirkt werden können. Die allgemeine Vorschusspflicht begünstigt in der Regel einmal mehr die wirtschaftlich stärkere Partei und vermindert die Chancen für finanziell Schwächere, Zugang zum Recht zu finden.

Der Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege ist kein Ausweg, weil diese nur den ganz mittellosen Prozessparteien zur Verfügung steht, nicht aber dem unteren Mittelstand, welcher ohnehin und im allgemeinen unter der Last stetig steigender Gebühren und Abgaben am meisten zu leiden hat.

Es ist zwar richtig, dass es der klagenden Partei bewusst gemacht werden soll, auf welches finanzielles Risiko sie sich einlässt. Das gleiche Argument würde aber auch für die beklagte Partei gelten. Es gehört zu den Standespflichten der Anwälte, ihre Klienten auf das Kostenrisiko aufmerksam zu machen. Für nicht anwaltlich vertretene Parteien liessen sich ohne weiteres Mittel und Wege finden, wie das Gericht diese auf das Kostenrisiko aufmerksam machen könnte. In der Praxis sind sich die meisten (potentiellen) Kläger des Kostenrisikos sehr wohl bewusst. Nicht selten wird aus diesem Grund auf eine Klage verzichtet, obwohl der Rechtsstandpunkt aussichtsreich wäre.

Akzeptabel wäre allenfalls eine mässige "Einschreibegebühr", wie sie heute einige Kantone kennen. Man könnte es auch den Kantonen überlassen, ob sie

eine allgemeine Vorschusspflicht einführen wollen. Dies stünde im Einklang mit der kantonalen Kompetenz, die Gerichtskosten festzusetzen. Es kann nämlich nicht übersehen werden, dass es sehr grosse kantonale Unterschiede bei den Gerichtskosten gibt. In einzelnen Kantonen würde sich die allgemeine Vorschusspflicht prohibitiv auswirken, während dies in anderen Kantonen nicht der Fall wäre.

Nicht gerechtfertigt ist es ferner, dass beim summarischen Verfahren und beim Rechtsmittelverfahren die gesamten Gerichtskosten vorgeschossen werden müssen. Falls die Kautionspflicht auf die Fälle von Art. 88 Abs. 1 beschränkt würde, wäre der Ausnahmekatalog auch auf Streitigkeiten nach Art. 237 g (vermögensrechtliche Streitigkeiten bis Fr. 20'000.--) anzuwenden.

GGD ZH: Art. 87 und 91

Beim Vorschuss für Beweiserhebungen handelt es sich ebenfalls um Gerichtskosten. Demzufolge sollte Art. 91 in Art. 87 integriert werden.

*Art. 87. Vorschuss für die Gerichtskosten*

<sup>3</sup> *Jede Partei schießt die Auslagen des Gerichts für Beweiserhebungen vor, die von ihr beantragt worden sind.*

<sup>4</sup> *Beantragen die Parteien dasselbe Beweismittel, so kann das Gericht anordnen, dass jede Partei vollen Vorschuss zu leisten hat.*

KassZH: Soweit der Vorentwurf eine allgemeine Vorschusspflicht der klagenden Partei (in der maximalen Höhe der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten) vorsieht, ist er abzulehnen. Eine solche generelle Vorschusspflicht dürfte tendenziell zu einer Vermehrung der Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 105 ff. (und entsprechender Rechtsmittel, vgl. Art. 110) und damit letztlich zu einem nicht unerheblichen Mehraufwand führen. Überdies erscheint es auch rechtspolitisch fragwürdig, die Inanspruchnahme der staatlichen Zivilrechtspflege generell von der Leistung eines Vorschusses abhängig zu machen.

Richtig erscheint es hingegen, für das Rechtsmittelverfahren eine allgemeine Kautions- bzw. Vorschusspflicht zu statuieren.

kvs: Die Kostenvorschusspflicht stellt unser Erachtens ein Erschwernis für die Rechtsdurchsetzung dar, welches wir ablehnen. Es steht nicht in Einklang mit der Zielsetzung, den sozialen Zivilprozess zu fördern. Wirtschaftlich schwächere Parteien, werden dadurch gehindert, ihren Anspruch gerichtlich durchsetzen zu können, wenn sie (nebst allfälligen Anwaltskosten) auch eine Kautionspflicht für die Gerichtskosten leisten müssen, die sie unter Umständen erst nach jahrelanger Prozessdauer wieder zurückerhalten. Wir beantragen die Streichung dieser Bestimmung.

OAFRI: Al. 2 lit c: Il n'y a aucune raison pour que l'avance des frais de la procédure de recours soit à la charge du demandeur lorsque le recours est déposé par le défendeur. L'avance des frais de recours doit être à la charge du recourant, ce selon le principe de causalité.

OGZH: Wie weit die Parteien die Kosten vorschüssen müssen, ist eine vorwiegend politische Frage. Vermutlich wird die vorgeschlagene Regelung mehr Begehren um unentgeltliche Rechtspflege nach sich ziehen. Alles in allem kann sie aber doch zu einer Entlastung führen und erlauben, offenkundig unbegründete Klagen im Interesse der betroffenen Beklagten einfacher zu behandeln. Im Übrigen

mag darauf hingewiesen werden, dass auch die nicht generell kautionspflichtige Partei Beweiserhebung (namentlich teure Gutachten) ohnehin bevorschussen muss.

Als Variante gegenüber der allgemeinen Vorschusspflicht käme es in Frage, VE Art. 87 auf die Fälle des vorgeschlagenen Abs. 2 zu beschränken.

Variante:

*Die klagende Partei hat die mutmasslichen Gerichtskosten vorzuschüssen für*

*a. das Schlichtungsverfahren;*

*b. das summarische Verfahren;*

*c. das Rechtsmittelverfahren.*

Roche: Roche stimmt dem Vorschlag zu, wonach die klagende Partei einen Vorschuss an die Gerichtskosten zu leisten hat (Art. 87 VE). U.E. wäre auch ein Vorschuss in Höhe der gesamten mutmasslichen Kosten denkbar gewesen, der getroffene Kompromiss ist jedoch akzeptabel.

SchKG-Vereinigung: Der Kläger soll einen Vorschuss für das gesamte Verfahren leisten müssen.

SGB: Art. 87 ss: L'USS refuse l'introduction d'une obligation généralisée d'avance des frais.

Celle-ci ne devrait être prescrite qu'en des cas particuliers, tels qu'ils sont prévus par exemple à l'art. 88 de l'avant-projet.

L'obligation d'avancer les frais peut avoir un effet dissuasif en matière de droit du travail, pour les valeurs litigieuses au-delà de Fr. 30'000.-- ainsi que, en particulier, dans des litiges concernant la responsabilité civile, où les assureurs seraient une fois de plus avantagés; les assurés se verraient ainsi soumis à une pression considérable afin qu'ils acceptent des transactions, même défavorables à leurs intérêts.

Uni GE: Le système de l'avance de frais qui découle de l'article 87 PCS revient à prévoir – sur le plan du principe - une sorte de crédit octroyé par l'Etat à raison de la moitié de ceux-ci, puisque c'est au seul demandeur qu'incombe l'avance des frais présumés, mais à concurrence de la moitié au plus (article 87 I PCS; avec des exceptions prévues à l'article 87 II PCS (conciliation, procédure sommaire et recours) qui prévoit l'avance de la totalité des frais de tribunal présumés). Cela implique un coût pour l'Etat. On peut se demander si cette question ne devrait pas, elle aussi, être laissée à l'appréciation du législateur cantonal, puisqu'elle est de nature politique, les cantons étant bien entendu limités dans leur marge d'appréciation par les principes que retient la jurisprudence fédérale en la matière.

Uni LA: Le canton de Vaud, qui connaît un système où les deux parties sont astreintes à des avances couvrant en principe la totalité des émoluments prévisibles, serait perdant dans le système proposé, où le défendeur n'aurait plus à faire d'avances pour les frais du tribunal. Il faudrait s'attendre à d'importantes démarches administratives de recouvrement, voire à l'impossibilité de recouvrer des montants non négligeables.

Encore plus grave serait pour les finances cantonales la règle de l'art. 101 AP: selon le commentaire, cette disposition a notamment pour but d'empêcher les cantons de couvrir leurs émoluments au moyen des avances faites, en ren-

voyant la partie ayant obtenu gain de cause à récupérer lesdites avances auprès de son adversaire dans le cadre des dépens. Autant dire qu'il faudrait s'attendre à d'importantes pertes pour cause d'insolvabilité du défendeur condamné. Ce transfert de charges ne se justifie nullement, et la solution qui prévaut actuellement dans de nombreux cantons, selon laquelle celui qui plaide, fût-ce à bon droit, contre un impécunieux supporte, à la décharge de l'Etat, s'agissant des émoluments provoqués par ses démarches, le risque d'insolvabilité de la partie qu'il a choisi d'attaquer, mérite d'être préféré (ou doit au moins rester une possibilité si, comme on le propose, les cantons gardent la possibilité de régler les frais judiciaires dans certaines limites).

Uni ZH: Entgegen dem Vorschlag in Art. 87 ist auf eine generelle Pflicht zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten, bei Einleitung eines Gerichtsverfahrens zu verzichten. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 84 ff.*

VbernGerichtsschreiber: Dass der Kostenvorschuss nur beim Kläger eingefordert werden soll, wird begrüsst, ebenso die Möglichkeit, die Klage ohne Weiteres (und jederzeit) zurückzuweisen, wenn der Kostenvorschuss nicht geleistet wird.

Art. 88

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In Art. 88 sollte ein expliziter Vorbehalt zugunsten von abweichenden Staatsverträgen stehen, da drei Haager Übereinkommen aus den Jahren 1905, 1954 und 1980 über den internationalen Zugang zur Rechtspflege existieren. Weil diese Staatsverträge in vielen Fällen Art. 88 vorgehen und somit von grosser Bedeutung sind, reicht unseres Erachtens der allgemeine Vorbehalt in Art. 1 VE ZPO nicht.

Im Weiteren sollte Absatz 1 präziser wie folgt lauten:

*Die klagende Partei hat für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten, wenn sie:*

*a. keinen Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hat;*

*c. Gerichtskosten aus früheren Verfahren schuldet.*

Die in lit. c vorgeschlagene Formulierung "Prozesskosten aus früheren Verfahren" ist problematisch, weil damit Personen, welche Anwaltskosten aus früheren Verfahren nicht bezahlt haben, der Klageweg abgeschnitten würde.

Abs. 2 sollte der Klarheit halber umformuliert werden: *Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist nur dann Sicherheit zu leisten, wenn bei allen Streitgenossen eine der Voraussetzungen gegeben ist.*

BL: Abs. 1: Gemäss Buchstabe c hat die klagende Partei für die Prozesskosten des aktuellen Verfahrens Sicherheit zu leisten, wenn sie noch aus früheren Verfahren Prozesskosten schuldet. Es wird vorgeschlagen, den Wortlaut dieser Bestimmung dahingehend zu präzisieren, dass sie sich lediglich auf offene Prozesskosten in schweizerischen Zivilverfahren bezieht.

BS: Gemäss Art. 89 soll die Sicherheit auch die mutmasslichen Parteikosten der beklagten Partei umfassen, soweit diese einen entsprechenden Antrag stellt. Mit dieser Regelung könnte denjenigen Parteien, die gemäss Art. 105 Abs. 2 von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen sind, der Zugang zur Rechtsprechung unter Umständen übermässig erschwert werden, können doch die

Parteikosten einen erheblichen Umfang annehmen. Es fragt sich deshalb, ob nebst den in Art. 88 Abs. 1 aufgezählten Kriterien nicht noch das weitere Kriterium der Aussichtslosigkeit der Klage eingeführt werden sollte.

GE: Le chapitre des sûretés (*cautio judicatum solvi*) est dans l'ensemble bien pensé. Quelques brèves remarques cependant.

L'art. 88 PCS est soumis à la réserve générale des traités internationaux prévue par l'art. 1 al. 2 PCS. Cela vise notamment les traités dispensant les plaideurs de fournir des sûretés ou cautions pour les frais de justice. Cela étant, l'al. 1 de l'art. 88 PCS devrait également rappeler ou consacrer la dispense de fournir des sûretés en faveur du demandeur domicilié dans un Etat qui renonce, en l'absence de traité, à exiger de telles sûretés du plaideur domicilié en Suisse appelé à procéder devant ses tribunaux. Un tel principe est actuellement prévu à l'art. 103 LPC GE.

Ensuite, dans la logique de l'avant-projet, il est sain que la *cautio judicatum solvi* vise tous les frais judiciaires tels qu'ils sont définis à l'art. 86 PCS, ainsi que cela résulte de la juxtaposition des art. 86 et 88 PCS. Cette solution répond de façon efficace à une préoccupation assez générale du Barreau, soucieux que l'ensemble des frais et dépens, auxquels un défendeur peut être exposé par le fait d'un plaideur étranger susceptible de s'évaporer en cas de défaite, soit préalablement "sécurisé" sous une forme ou une autre.

On notera, néanmoins, une légère ambiguïté: une lecture parallèle des art. 86 et 88 PCS donne clairement l'impression que la *cautio* vaut automatiquement pour tous les frais et dépens (les "*frais judiciaires*" au sens de l'art. 86 al. 1 PCS), alors que l'art. 89 PCS souligne que les dépens ne peuvent faire l'objet d'une sûreté qu'à la demande expresse du défendeur. Le hiatus n'est pas grave, mais il serait bon, puisque le problème est identifié, d'aligner l'art. 88 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, sur l'art. 89 PCS: "*le demandeur doit fournir des sûretés en garantie des frais de tribunal et, si le défendeur en fait la demande, en garantie des dépens: (a) lorsque... (b) lorsqu'il...*".

A noter dans ce contexte que la *cautio* peut également être réclamée en procédure de recours. Cela ne ressort pas expressément de l'avant-projet, mais de sa systématique. Peut-être serait-il bon d'ancrer ce principe - en soi tout à fait sain - dans le corps du texte de l'art. 88 PCS.

Il est également juste que les sûretés puissent être ultérieurement modifiées dans un sens ou un autre, voire supprimées (art. 89 al. 3 PCS). Dans le même ordre d'idée, il serait équitable que des sûretés puissent être demandées à n'importe quel stade de la procédure, dès que les conditions de l'art. 88 al. 1 lit. a ou b PCS sont remplies. La non-fourniture des sûretés serait alors interprétée comme un retrait de la demande par le demandeur, ce qui aurait pour conséquence l'arrêt immédiat de la procédure et la délivrance d'un jugement final et exécutoire déboutant le demandeur de ses conclusions au fond. Ce point devrait être clarifié dans l'avant-projet.

LU: Der Katalog der Sicherheitsleistungsgründe ist unvollständig. Wir regen an, die Regelung analog § 125 Absatz 2 ZPO/LU mit folgendem Wortlaut zu ergänzen: *Wer ein Rechtsmittel einlegt und nach dem erstinstanzlichen Entscheid Prozesskosten zu tragen hat, soll auch diese sicherstellen, sofern die Voraussetzungen der Sicherheitsleistung erfüllt sind, namentlich bei (...)*

- SO: Abs. 3: Auch summarische Verfahren können sehr aufwändig sein. Es rechtfertigt sich daher nicht, diese Verfahren generell von der Pflicht zur Sicherheitsleistung auszunehmen.
- SZ: Es ist nicht einzusehen, dass nicht auch die beklagte Partei unter den besonderen Voraussetzungen kautioniert werden können soll.
- TI: L'AP prevede più situazioni dove il convenuto può chiedere la prestazione della cauzione all'attore, rispetto all'art. 153 CPC-Ti.
- Cpv. b: il concetto di insolvenza è corretto. Il progetto comprende però in questo stato anche la procedura concordataria in corso, che invece la giurisprudenza sul CPC-Ti esclude, argomentando che esso fa stato unicamente di "temporanee difficoltà di natura finanziaria".

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die Prozesskostensicherheit darf nicht dazu führen, dass einer klagenden Partei der Zugang zu den Gerichten verschlossen bleibt. Wir begrüßen es deshalb, dass mit dem Instrument der unentgeltlichen Prozessführung als "Korrektiv" in Art. 106 Abs. 2 lit. a die Möglichkeit einer Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen ausdrücklich vorgesehen wird. Problematisch erscheint dabei jedoch, dass für juristische Personen kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung besteht (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 105 Abs. 2 lit. a).

Auf der anderen Seite regen wir an, die Möglichkeit einer Prozesskostensicherheit auch in den Fällen der betreibungsrechtlichen Aberkennungs- und Rückforderungsklage (Art. 83 Abs. 2 und 86 resp. 187 SchKG) vorzusehen (vgl. Art. 70 Abs. 1 Ziff. 3 der geltenden ZPO-BE): Wer eine Forderung schuldet, für die bereits die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde bzw. wer gestützt auf die Betreuung die Schuld bereits bezahlt hat, soll seinen Gläubiger, seine Gläubigerin nicht ohne weiteres mit zusätzlichen Umtrieben belasten können.

LPS: L'obligation faite au demandeur, à certaines conditions, de verser des sûretés en garantie des éventuels dépens de sa partie adverse ("*cautio judicatum solvi*") est connue de plusieurs codes de procédure cantonaux (notamment: 102 et 103 LPC GE, 95 et ss. CPC VD, 262 et ss. CPC VS) comme du droit fédéral (150 II OJF).

Par rapport aux législations précitées, l'article 88 PCS élargit le concept et vise désormais la fourniture de sûretés pour garantir le paiement des frais judiciaires tels que décrit par l'article 86 PCS, soit les dépens de la partie adverse et les frais du Tribunal. Le PLS est favorable à cette proposition.

Le PLS observe une autre innovation par rapport aux droits cantonaux précités: l'article 88 litt. b PCS étend l'obligation de fournir des sûretés au demandeur qui paraît insolvable. Le PLS s'interroge sur l'opportunité de cette extension, reprise du droit fédéral (150 II OJF). En effet, même si ladite extension reste dans la logique de l'institution, elle limite de façon non négligeable l'accès à la justice pour les indigents, ce qui n'est pas souhaitable dans ce cas. Au surplus, l'article 88 litt. b PCS paraît être en contradiction avec les principes régissant l'Assistance juridique qui dispensent le bénéficiaire de fournir des sûretés. Le groupe de travail suggère ainsi de supprimer cette extension-là.

Concernant le cas du demandeur étranger domicilié à l'étranger, le groupe de travail estime qu'il faudrait ajouter, en plus de la réserve des traités internationaux faite à l'article 1 II PCS, le principe de la dispense de sûretés pour le demandeur étranger domicilié dans un Etat qui, sans être partie à une convention bi- ou multilatérale, renoncerait à exiger de telles garanties du plaideur suisse qui serait appelé à procéder devant ses tribunaux. En favorisant la réciprocité de la dispense de sûretés, l'accès à la justice en est facilité d'autant.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Näher zu definieren wäre wohl, welche früheren Verfahren (auch ausländische?) für die Beurteilung der Frage relevant sind, ob Prozesskosten geschuldet werden.

AVGE: Le chapitre des sûretés (*cautio judicatum solvi*) est, dans l'ensemble, bien pensé.

Quelques brèves remarques cependant:

L'art. 88 AP est soumis à la réserve générale des traités internationaux prévue par l'art. 1 al. 2 AP. Cela vise notamment les traités dispensant les plaideurs de fournir des sûretés ou cautions pour les frais de justice. Cela étant, l'alinéa premier de l'art. 88 AP devrait également rappeler ou consacrer la dispense de fournir des sûretés en faveur du demandeur domicilié dans un Etat qui renonce, en l'absence de traité, à exiger de telles sûretés du plaideur domicilié en Suisse appelé à procéder devant ses tribunaux. Un tel principe est actuellement prévu à l'art. 103 LPCGE.

Ensuite, dans la logique de l'AP, il est sain que la *cautio judicatum solvi* vise tous les frais judiciaires tels qu'ils sont définis à l'art. 86 AP, ainsi que cela résulte de la juxtaposition des art. 86 et 88 AP. Cette solution répond de façon efficace à une préoccupation assez générale du Barreau, soucieux que l'ensemble des frais et dépens, auxquels un défendeur peut être exposé par le fait d'un plaideur étranger susceptible de s'évaporer en cas de défaite, soit préalablement "sécurisé" sous une forme ou une autre.

On notera, néanmoins, une légère ambiguïté: une lecture parallèle des art. 86 et 88 AP donne clairement l'impression que la *cautio* vaut automatiquement pour tous les frais et dépens (les "*frais judiciaires*" au sens de l'art. 86 al. 1 AP), alors que l'art. 89 AP souligne que les dépens ne peuvent faire l'objet d'une sûreté qu'à la demande expresse du défendeur. Le hiatus n'est pas grave, mais il serait peut-être bon, puisque le problème est identifié, d'aligner l'art. 88 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, sur l'art. 89 al. 1 AP: "*le demandeur doit fournir des sûretés en garantie des frais de tribunal et, si le défendeur en fait la demande, en garantie des dépens: (a) lorsque..... (b) lorsqu'il...*".

A noter dans ce contexte que la *cautio* peut également être réclamée en procédure de recours. Cela ne ressort pas expressément de l'AP, mais de sa systématique. Peut-être serait-il bon d'ancrer ce principe - en soi tout à fait sain - dans le corps du texte de l'art. 88 AP. Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant.

Il est également juste que les sûretés puissent être ultérieurement modifiées dans un sens ou un autre ou supprimées (art. 89 al. 3 AP). Cela étant, dans le même ordre d'idées, il serait équitable que des sûretés puissent être demandées à n'importe quel stade de la procédure, dès que les conditions de l'art. 88

al. 1, litt. a ou b AP, sont remplies. La non-fourniture des sûretés serait alors interprétée comme un retrait de la demande par le demandeur, ce qui aurait pour conséquence l'arrêt immédiat de la procédure et la délivrance d'un jugement final et exécutoire déboutant le demandeur de ses conclusions au fond. Ce point devrait être clarifié dans l'AP (cela permettrait également de combattre un abus qui devient de plus en plus fréquent. Il arrive en effet qu'un demandeur, domicilié en Suisse lors du dépôt de la demande, s'expatrie par la suite sous des latitudes où il sait que, en cas de défaite, il ne pourra que très difficilement être recherché pour les frais judiciaires. On trouve aussi, dans une moindre mesure, des demandeurs qui organisent sciemment leur insolvabilité en cours d'instance).

AVZH: Dass nach dem Wortlaut des VE neu auch ausstehende Prozessentschädigungen an die Gegenpartei einen Kautionsgrund darstellen, ist aus unserer Sicht begrüssenswert.

KassZH: Zwischen Art. 88 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 1 besteht zunächst eine Unklarheit: Gemäss der ersten Bestimmung wird die Sicherheit - sofern ein Kautionsgrund gegeben ist - sowohl für die Gerichts- wie für die Parteikosten von Amtes wegen festgelegt; nach der zweiten Bestimmung wird jedoch Sicherheit für die mutmasslichen Parteikosten nur auf Antrag der beklagten Partei verlangt.

Nach hier vertretener Auffassung macht es wenig Sinn und führt zu unnötigen Weiterungen, die Sicherheitsleistung für die mutmasslichen Parteikosten von einem entsprechenden Antrag abhängig zu machen, zumal die beklagte Partei zu Beginn des Verfahrens in aller Regel nicht wissen kann, ob ein Kautionsgrund (namentlich i.S. von Art. 88 lit. c) vorliegt.

Vorschlag: Art. 89 Abs. 1 streichen.

OAFRI: Al. 2: Il convient de régler le cas des sûretés à fournir par des consorts simples.

OGZH: Abs. 1 lit. c: nach der Terminologie bilden also auch ausstehende Prozessentschädigungen an die Gegenpartei einen Kautionsgrund. Das ist vertretbar.

SVAMV: Abs. 1: Die klagende Partei muss über ihren Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung informiert werden. Der Artikel ist entsprechend zu ergänzen.

Abs. 3 Bst a: Ersetzen durch: *in allen Verfahren, von denen unmündige Kinder betroffen sind.*"

Uni BE: Kautionspflicht: Die Partei, welche weder Wohnsitz noch Sitz in der Schweiz hat noch Schweizer Bürger ist und als Kläger oder Widerkläger auftritt oder gegen einen erstinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel ergreift, hat gemäss Art. 11b IPRG, welcher durch den Vorentwurf neu geschaffen wird, für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung Kautions zu leisten. Diese Verpflichtung besteht nicht, wenn der Staat, in dem die Partei Wohnsitz oder Sitz hat, staatsvertraglich Gegenrecht hält. Neu werden also Auslandschweizer und -schweizerinnen in Zukunft — entgegen der heutigen Praxis in einigen Kantonen — immer von der Kautionspflicht befreit sein. Wir begrüssen diese Bestimmung.

Das Verhältnis der Bestimmungen in Art. 88 und 99 VE ZPO zu den Bestimmungen in Art. 11b IPRG ist unklar. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VE ZPO werden die Bestimmungen des IPRG vorbehalten, was dafür sprechen würde, dass die

Bestimmungen in der ZPO eigentlich gar nicht notwendig sind, liegt doch in entsprechenden Fällen *per se* immer ein internationales Verhältnis vor, welches zur Anwendung der Bestimmungen des IPRG und zum Ausschluss derjenigen des VE ZPO führt. Leider enthält auch der Begleitbericht zu dieser Frage keine Stellungnahme, weshalb dieser Punkt bei der Ausarbeitung der Botschaft geklärt werden muss.

Marginale besser: Sicherstellung der Prozesskosten.

Uni NE: L'article 88, qui concerne les sûretés pour les frais judiciaires, est contestable puisque les hypothèses des lettres d) et c) ne peuvent apparemment être appliqués qu'au demandeur domicilié en Suisse, de nombreuses conventions excluant le versement d'une caution lorsque le demandeur est domicilié à l'étranger.

Art. 89

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Gemäss dem VE kann die Sicherheit für die Prozesskosten auch durch Hinterlegung solider Wertschriften geleistet werden. Offen bleibt, was solid heisst, resp. welche Wertschriften als solid gelten und wer darüber entscheidet, ob einer Wertschrift diese Qualität zukommt. Des weiteren muss die Frage gestellt werden, wer sich der - unter Umständen aufwändigen - Verwaltung der hinterlegten Wertschriften annimmt und was bei Wertverminderungen geschieht (Verantwortlichkeit des Kantons?).

BL: Die Hinterlegung solider Wertschriften erscheint im Lichte der anhaltenden Turbulenzen an der Börse nicht unbedingt geeignet, die Prozesskosten sicherzustellen.

Antrag: Die Sicherheit ist nur in bar oder durch Garantie einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder Versicherung zuzulassen.

LU: Dieser Absatz sollte ergänzt werden, indem bereits geleistete Gerichtskostenvorschüsse abgezogen werden können.

TI: La formulazione del cpv. 1 non è chiara. Il TF (DTF 118 II 27) ha più volte ribadito che questo istituto diviene caduco quando al giorno della domanda le spese in questione si sono già prodotte.

Sarebbe allora opportuno riformulare il cpv. 1 nei seguenti termini: "La cauzione copre tutte le spese processuali future previste e, su richiesta del convenuto, anche le sue presumibili spese di parte".

E' altresì auspicabile fissare nella norma i parametri di calcolo della cauzione, ad es., in coda al cpv. 1: ....*Il suo ammontare è determinato a dipendenza del valore di causa (se esiste).*

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Que recouvre la notion de "titre solide"?

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der Begriff "solide Wertschriften" ist wohl eine Neuschöpfung.

AVZH: Abs. 1: Es ist richtig, dass die Kautionsleistung auch die mutmasslichen Parteikosten umfassen soll. Dies sollte jedoch auch ohne entsprechenden Parteiantrag der Fall sein. Das Weglassen dieses Erfordernisses erlaubt es, den Absatz stark zu kürzen.

Formulierungsvorschlag Art. 89 Abs. 1:

*Die Sicherheit umfasst die gesamten voraussichtlichen ~~Gerichtskosten~~ Prozesskosten. ~~und auf Antrag der beklagten Partei auch deren mutmasslichen Parteikosten.~~*

GGD ZH: Abs. 1: Sicherheit ist wohl nur insoweit zu leisten, als kein Vorschuss geleistet worden ist. Im Wortlaut sollte das zum Ausdruck kommen.

Auch für die Gerichtskosten sollen die in Abs. 2 erwähnten Arten (Wertschriften; Garantie) zugelassen werden. Deshalb sollte der Regelungsgehalt von Abs. 2 in Art. 90 integriert werden.

*Art. 89. Umfang der Sicherheit*

<sup>1</sup> *Die Sicherheit umfasst die gesamten voraussichtlichen Gerichtskosten, soweit für sie kein Vorschuss geleistet worden ist, sowie auf Antrag der beklagten Partei deren mutmasslichen Parteikosten.*

<sup>32</sup> *Sie kann nachträglich erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden.*

OGZH: Abs. 1: wir befürchten, dass das Antragserfordernis den Gang des Verfahrens unnötig kompliziert. Wenn man davon absieht, ist der ganze Abs. 1 entbehrlich, denn dass die Gerichtskosten ganz vorzuschüssen sind, ergibt sich aus der Systematik (in VE Art. 88 Abs. 1 heisst es entgegen VE Art. 87 Abs. 1 nichts von der Hälfte).

Abs. 2: wir meinen, dass auch die Sicherheit im Sinne von VE Art. 87 bei Bedarf anders als in bar sollte geleistet werden können - es kann sich ja auch durchaus um bedeutende Beträge handeln.

Vorschlag:

(Regeste:) *Art von Vorschuss und Sicherheit*

(Abs. 1:) *(streichen).*

Uni NE: L'article 89, qui prévoit que le défendeur doit faire une demande pour les dépens présumés, n'indique pas à quel moment cet élément doit être formulé. Quelle est la procédure applicable ?

Art. 90

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Nicht geregelt ist, in welchen Fällen das Gericht die Sicherheit ohne Anhörung der klagenden Partei anordnen kann. Unseres Erachtens sollte generell eine kurze Anhörung stattfinden. Weiter sollte präzisiert werden, innert welchen Fristen die klagende Partei Stellung nehmen kann und der Entscheid zu fällen ist.

AR: Eine Nachfristansetzung widerspricht den Grundsätzen über die Verfahrensbeschleunigung. Notwendig ist allerdings, dass auf die Säumnisfolgen in der massgeblichen Verfügung hingewiesen wird.

BE: Unter gewissen Voraussetzungen kann die klagende Partei dazu angehalten werden, für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten (Art. 88 VE). Wird die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein. Insbesondere gestützt auf Art. 88 Abs. 1 lit. b VE ist davon auszugehen, dass die Leistung einer Prozesskostensicherheit in jedem Verfahrensstadium verlangt werden kann, da auch die Voraussetzungen erst im Verlaufe des Verfahrens eintreten können (z.B. Zahlungsunfähigkeit). Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 90 Abs. 4 VE in diesem Fall ebenfalls Anwendung findet. Dies könnte dazu führen, dass unter Umständen noch nach Durchführung von Beweissmassnahmen auf die Klage nicht eingetreten würde. Die künftige Botschaft sollte für Klärung sorgen, resp. der Gesetzestext die Konsequenzen regeln, falls in einem späteren Verfahrensstadium eine andere Lösung anzustreben wäre.

Gemäss Bericht kann nicht nur die klagende Partei, sondern auch die das Rechtsmittel einlegende Partei zur Leistung einer Prozesskostensicherheit aufgefordert werden. Es ist davon auszugehen, dass die Regelung von Art. 90 Abs. 4 VE in diesem Fall entsprechend Anwendung findet und bei Nichtleistung der Sicherheit (und übrigens auch des Kostenvorschusses für das oberinstanzliche Verfahren) auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Es wäre wünschenswert, wenn für den Gesetzestext eine Formulierung gefunden werden könnte, welche auch diese Konstellation erfasst.

GE: L'institution d'un délai de grâce (al. 4) est nouvelle. Si l'on peut comprendre la philosophie d'une telle innovation, on peut - voire on doit - douter de son utilité. En réalité, on doit craindre qu'une telle formulation vague - "*un bref délai de grâce*" - soit davantage la cause de malentendus et d'interminables tergiversations, éventuellement abusives, qu'un moyen efficace et rapide de régler le paiement des sûretés. D'expérience, le plaideur étranger exposé à devoir fournir des sûretés connaît cette obligation et son étendue dès les premiers instants où il envisage avec son conseil suisse l'ouverture d'une procédure judiciaire. Il peut donc, dès les premiers pas de l'affaire, prendre ses dispositions.

Si, objectivement et malgré ses meilleurs efforts, un demandeur (ou un recourant) ne parvient pas à mettre sur pied la garantie demandée dans le délai imparti, il serait préférable de lui donner la faculté de requérir du juge, sur brève citation, une prolongation du délai. L'acte est alors formel; il indique clairement les causes de la prolongation si elle accordée et comporte une limite claire dans le temps. Autant d'avantages, notamment judiciaires, que le "*bref délai de grâce*" de l'art. 90 al. 4 PCS n'offre pas.

LU: Wir beantragen, die vorgesehene Nachfristansetzung für die Leistung des Vorschusses und der Sicherheit ersatzlos zu streichen. Sie führt zu einer Verfahrensverzögerung, fördert nachlässiges Prozessieren und bewirkt unnötigen Mehraufwand (Abs. 4, 91 Abs. 3 und 212 Abs. 1).

OW: Art. 90 Abs. 4 und Art. 91 Abs. 3 sehen vor, dass bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses eine gerichtliche Nachfrist zu setzen ist; erst bei deren Nichteinhaltung tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (auch Art. 212 Abs. 1). Es leuchtet nicht ein, weshalb die Nichtbeachtung einer gerichtlich gesetzten Frist ohne Folgen bleiben soll. Wie bei allen andern Fristansetzungen muss es einer Partei bewusst sein, dass die Nichteinhaltung der Frist Folgen zeitigt. Die

Verpflichtung, in jedem Fall eine Nachfrist für die Bezahlung des Kostenvorschusses anzusetzen, fördert unsorgfältiges Prozessieren. Für diese Lockerung besteht denn auch kein Grund, da bei einem Versäumnis der Frist in jedem Fall die Möglichkeit besteht, ein Gesuch um Wiederherstellung nach Art. 143 zu stellen. Diese Möglichkeit der Wiedereinsetzung verhindert in genügendem Masse, dass eine Partei zu Unrecht einen Nachteil erleidet.

TG: Eine Nachfristansetzung widerspricht den Grundsätzen über die Verfahrensbeschleunigung. Notwendig ist allerdings, auf die Säumnisfolgen in der massgeblichen Verfügung hinzuweisen.

TI: Cpv. 2: l'art. 153 cpv. 2 CPC-Ti obbliga sempre il giudice a sentire l'attore prima di prendere la decisione relativa alla cauzione, salvo in caso di una domanda supercautelare. Nell'AP non vi è più questa limitazione, per cui quale regola il giudice potrebbe anche decidere sulla cauzione senza preventivamente dare alla controparte il diritto di esprimersi.

E' dubbio chiedersi quale è la compatibilità di questa soluzione con il diritto di essere sentiti. Sugeriamo pertanto di inserire l'obbligo preventivo del giudice di sentire le parti, oralmente o per iscritto.

Cpv. 4: presupposto processuale, è un caso d'applicazione dell'art. 54 cpv. 2 lett. f.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'institution d'un délai de grâce (al. 4) est nouvelle. Si l'on peut comprendre la philosophie d'une telle innovation, on peut - voire on doit - douter de son utilité. En réalité, on doit craindre qu'une telle formulation vague - "*un bref délai de grâce*" - soit davantage la cause de malentendus et d'interminables tergiversations, éventuellement abusives, qu'un moyen efficace et rapide de régler le paiement des sûretés. D'expérience, le plaideur étranger exposé à devoir fournir des sûretés connaît cette obligation et son étendue dès les premiers instants où il envisage avec son conseil suisse l'ouverture d'une procédure judiciaire. Il peut donc, dès les premiers pas de l'affaire, prendre ses dispositions. Si, objectivement et malgré ses meilleurs efforts, un demandeur (ou un recourant) ne parvient pas à mettre sur pied la garantie demandée dans le délai imparti, il serait préférable de lui donner la faculté de requérir du juge, sur brève citation, une prolongation du délai. L'acte est alors formel; il indique clairement les causes de la prolongation si elle est accordée, et comporte une limite claire dans le temps. Autant d'avantages, notamment judiciaires, que le "*bref délai de grâce*" de l'art. 90 al. 4 AP n'offre pas.

GGD ZH: Abs. 1 ist selbstverständlich und kann weggelassen werden. In Art. 90 Abs. 4 muss es "oder" statt "und" heissen.

#### *Art. 90. Leistung von Vorschuss und Sicherheit*

<sup>1</sup> *Vorschuss und Sicherheit können in bar, durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch Garantie einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder Versicherung geleistet werden (= 89 II).*

<sup>4</sup> *Wird der Vorschuss oder die Sicherheit auch innert einer kurzen gerichtlichen Nachfrist nicht geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein oder verzichtet auf die Beweiserhebung. Vorbehalten bleiben Beweiserhebungen in Kinderbelangen.*

OAFRI: Al. 4: On doit prévoir que la règle s'applique par analogie aux demandes de compléments d'avances.

Uni LA: Ad al 1 et 91 al 3: L'octroi d'un bref délai de grâce pour le paiement des avances requises ne se justifie pas. Les règles sur la restitution de délai sont parfaitement suffisantes pour régler les cas de retard excusable. Il s'agit d'une remarque générale, qui vaut à l'égard de tous les délais de grâce multipliés sans raison par les auteurs de l'AP (p. ex. encore à l'art. 212 AP).

Art. 91

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Eine Nachfristansetzung widerspricht den Grundsätzen über die Verfahrensbeschleunigung. Notwendig ist allerdings, dass auf die Säumnisfolgen in der massgeblichen Verfügung hingewiesen wird.

BS: Allein die Beantragung eines Beweismittels sollte nicht zur Vorschusspflicht führen. Entscheidend muss vielmehr sein, ob die Partei für die zu beweisende Behauptung auch die Beweislast trägt. Es kommt immer wieder vor, dass beide Parteien das gleiche Beweismittel beantragen, obgleich nur eine von ihnen für die umstrittene Tatsache beweispflichtig ist. Die vorgeschlagene Regelung sagt nun nicht, was passiert, wenn eine Partei den vollen Vorschuss leistet, die andere, die das gleiche Beweismittel beantragt hatte, jedoch nicht. Will man an der Vorschusspflicht für beide Parteien festhalten, so muss es für die Durchführung der beantragten Beweismassnahme genügen, wenn eine Partei den vollen Vorschuss leistet. Zumindest jedoch ist derjenigen Partei, die ihren Vorschuss geleistet hat, noch Gelegenheit zu geben, den der anderen Partei auferlegten Vorschuss auch zu leisten (analog zu Art. 368 Abs. 2). Andernfalls hätte die nicht beweisbelastete Partei es durch Nichtleisten des Vorschusses in der Hand, die Beweisabnahme zu hintertreiben.

GE: La contradiction avec l'art. 87 al. 1 PCS, conjugué avec l'art. 86 al. 2 lit. c PCS, a déjà été soulignée. Il semble en effet incohérent d'affirmer tout à la fois:

- que le demandeur avance la moitié des frais de tribunal présumés, y compris les frais (présumés) d'administration des preuves (art. 86 al. 2 lit. c PCS en combinaison avec l'art. 87 al. 1 PCS) et
- que chaque partie avance l'intégralité des frais d'administration des preuves qu'elle requiert (art. 91 al. 1 PCS).

On peut également s'interroger sur l'opportunité de l'art. 91 al. 2 PCS, prévoyant que, si les deux parties requièrent la même mesure probatoire, le tribunal peut mettre à la charge de chacune d'elles la totalité des coûts de l'administration des preuves, afin d'assurer la couverture des frais. Selon le rapport, la préoccupation dominante à l'origine de cette norme était que les frais d'administration des preuves fussent également couverts en cas de défaut d'une des parties. Ne devrait-on pas plutôt suggérer, à l'image de ce qui se fait dans d'autres branches de la pratique du droit, que l'avance des coûts de l'administration des preuves soit demandée aux deux parties par parts égales ? Si l'une d'elles refuse de verser sa part, l'autre est alors invitée à en faire l'avance. Si elle refuse à son tour, la mesure probatoire en question n'est pas ordonnée.

Quant au "*bref délai de grâce*" évoqué à l'art. 91 al. 3 PCS, il est proposé d'y renoncer purement et simplement, pour les motifs déjà exposés ci-dessus en relation avec l'art. 90 al. 4 PCS.

LU: Es wird auf das zu Artikel 90 VE-ZPO Gesagte verwiesen.

TG: Eine Nachfristansetzung widerspricht den Grundsätzen über die Verfahrensbeschleunigung. Notwendig ist allerdings, auf die Säumnisfolgen in der massgeblichen Verfügung hinzuweisen.

TI: Cpv. 2: Questa norma permette - in eccezione al cpv. 1 - di chiedere ad entrambe la totalità dell'anticipo (così da parare la mora di una delle due), ma soltanto quando la prova è stata chiesta da entrambe. Ergo, in caso di opposizione questa norma non si applica.

Cpv. 3: La norma cita come eccezione solo l'assunzione delle prove nelle questioni concernenti i figli. Dovrebbero invece essere comprese tutte le procedure rette dal principio inquisitorio (ad es. art. 122 CC sulla ripartizione dell'avere previdenziale).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Le projet poursuit l'ambition légitime de raccourcir les procès, mais prévoit, à plusieurs endroits dans le texte, l'instauration de délais de grâce, ce qui est manifestement contradictoire.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Offensichtlich sind für Beweiserhebungen im Gegensatz zur allgemeinen Regel die vollen Kosten vorzuschüssen. Statt der Regelung in Absatz 2 wäre wohl sachgerechter, dass zuerst jeder Partei der halbe Vorschuss auferlegt wird und bei Nichtbezahlen dieses halben Vorschusses durch eine Partei der anderen Partei die Möglichkeit gegeben wird, die zweite Hälfte auch noch vorzuschüssen, ansonsten auf die Beweiserhebung verzichtet würde. (vgl. auch Art. 112, Nachzahlung bei URP)

AVGE: La contradiction avec l'art. 87 al. 1 AP, conjugué avec l'art. 86 al. 2 litt. c AP, a déjà été soulignée. Il semble en effet incohérent d'affirmer tout à la fois:

- a) que le demandeur avance la moitié des frais de tribunal présumés, y compris les frais (présumés) d'administration des preuves (art. 86 al. 2 litt. c AP en combinaison avec l'art. 87 al. 1 AP); et
- b) que chaque partie avance l'intégralité des frais d'administration des preuves qu'elle requiert (art. 91 al. 1 AP).

On peut également s'interroger sur l'opportunité de l'art. 91 al. 2 AP, prévoyant que, si les deux parties requièrent la même mesure probatoire, le tribunal peut mettre à la charge de chacune d'elles la totalité des coûts de l'administration des preuves, afin d'assurer la couverture des frais. Selon le Rapport, la préoccupation dominante à l'origine de cette norme était que les frais d'administration des preuves fussent également couverts en cas de défaut d'une des parties. Ne devrait-on pas plutôt suggérer, à l'image de ce qui se fait dans d'autres branches de la pratique du droit, que l'avance des coûts de l'administration des preuves soit demandée aux deux parties par parts égales ? Si l'une d'elles refuse de verser sa part, l'autre est alors invitée à en faire l'avance. Si elle refuse à son tour, la mesure probatoire en question n'est pas ordonnée.

Quant au "*bref délai de grâce*" évoqué à l'art. 91 al. 3 AP, il est proposé d'y renoncer purement et simplement, pour les motifs déjà exposés ci-dessus en rapport avec l'art. 90 al. 4 AP.

AVLU: Auch diese Regelung wird in der vorgeschlagenen, ausführlichen Formulierung begrüsst.

GGD ZH: Vgl. die Ausführungen zu Art. 87.

FSA: L'intérêt public postule seulement que l'Etat soit couvert par rapport au risque financier découlant de la mise en œuvre des preuves (p. ex. lorsque le tribunal désigne un expert). Aller au-delà, comme le permet l'article 91 al. 2 AP n'est pas justifié. Il convient de supprimer cette disposition.

L'article 91 al. 3 AP, seconde phrase, ne traite que d'un cas où la maxime inquisitoire est applicable. Il convient de mentionner les autres cas relevant de cette maxime.

Texte proposé:

*Art. 91 Avance des frais de la procédure probatoire*

*al. 1 [selon l'avant-projet]*

*al. 2 Lorsque plusieurs parties requièrent l'administration de la même preuve, le tribunal répartit le montant de l'avance entre elles.*

*al. 3 Si l'avance n'est pas fournie dans un bref délai de grâce, les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires relevant de la maxime inquisitoire est réservée.*

Uni BE: Abs. 2 besser: "Beantragen beide Parteien..."

Uni NE: L'article 91 al. 2 indique que le tribunal peut ordonner à chacune des parties d'avancer la totalité des frais même si elle requiert les mêmes moyens de preuves. Ceci paraît illogique, seule une avance par moitié se justifie.

Quant à l'alinéa 3, ne devrait-il pas plutôt réserver toutes les affaires où la maxime d'office s'applique ?

Art. 92

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Antrag: Als Rechtsmittel gegen Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten ist lediglich die Beschwerde vorzusehen.

LU: Der Rekurs sollte nur bei Sicherheitsleistungen möglich sein. Ein Rekursrecht gegen Entscheide über Kostenvorschüsse könnte zu Verfahrensverzögerungen führen und würde insbesondere im Bereich des SchKG zahlungsunwilligen Schuldner eine weitere Möglichkeit zum Zeitgewinn bieten. Die Beibehaltung des Rekursrechts hätte zur Folge, dass gegen die Anordnung eines Kostenvorschusses im Rechtsöffnungsverfahren der Rekurs, gegen den Endentscheid nur die Beschwerde zur Verfügung stünde.

*Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Il est bien d'avoir prévu la possibilité de recourir, par appel simplifié, contre les décisions relatives aux avances de frais et de sûretés.

Uni BE: Korrekt: "Entscheide über die Auferlegung von Vorschüssen..."

Uni LA: Les décisions sur les avances de frais et les sûretés, qui en règle générale n'exposent les parties à aucun préjudice irréparable, ne devraient pas être susceptibles d'un recours, même limité au droit et encore moins d'un appel, simplifié ou non.

Uni NE: L'article 92 indique que les décisions relatives aux avances de frais ou sûretés sont attaquées par appel simplifié. Apparemment, cette voie de droit n'est pas ouverte pour les autres cas qualifiés de conditions de recevabilité par l'avant-projet. On comprend mal pourquoi la même voie de recours ne s'applique pas dans tous les cas. L'article 63, qui concerne un sursis pour l'avance des frais n'indique pas clairement si le tribunal est entièrement libre d'accorder ou non un sursis. Il n'indique pas non plus à quelle condition le sursis peut être accordé.

A notre sens, le projet devrait prévoir une disposition permettant aux parties de faire l'avance des frais par acomptes, comme la pratique le veut dans différents cantons. L'accès à la justice ne devrait pas être rendue par trop difficile en raison de l'avance des frais. Ceci peut être en particulier le cas lorsque les frais sont élevés en raison d'une capitalisation des prétentions.

Par ailleurs, l'alinéa 2, qui prévoit que les créances de frais se prescrivent par 5 ans à compter de la fin du procès ne précise pas s'il s'agit de la fin de l'instance ou la décision par laquelle il est prononcé définitivement sur les frais.

Art. 93

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Der Zeitpunkt "Abschluss des Verfahrens" in Absatz 2 ist unpräzis. Bedeutet dies "Eintritt der Rechtskraft" oder "Entscheideröffnung"? In Absatz 3 ist festzuhalten, ab wann genau der Verzugszins zu laufen beginnt.

AR: In Absatz 1 ist die Bezeichnung "vom Gericht" zu streichen. Wo das Inkasso durch eine andere Stelle durchgeführt wird, soll diese in eigener Kompetenz über Stundung oder Erlass der Gerichtskosten entscheiden können.

BE: Beim Erlass können praktische Probleme entstehen. Es stellen sich in der Tat heikle Fragen wie etwa diejenige, ob bei zu grosszügigem nachträglichem Erlass von Verfahrenskosten nicht die (gegenüber den heutigen Bestimmungen über den Gebührenerlass zusätzlichen) Kriterien für die Gewährung von unentgeltlicher Prozessführung, insbesondere das Erfordernis der Nicht-Aussichtslosigkeit, umgangen werden. Auch müsste dabei wohl mitberücksichtigt werden, ob die Mittellosigkeit nie eingetreten ist oder während der Rechtshängigkeit des Verfahrens bereits bestanden hat. Es wäre wünschenswert, wenn zumindest in der zukünftigen Botschaft diesbezüglich etwas detaillierter e Ausführungen gemacht würden.

GL: Die Verjährungsfrist für Gerichtskosten ist auf zehn Jahre und nicht auf bloss fünf Jahre anzusetzen (E Art. 93 Abs. 2).

JU: Al. 1: Dans le canton du Jura, la compétence d'accorder un sursis ou de renoncer aux créances en frais n'est pas de la compétence d'un tribunal, mais de l'administration. Cette question organisationnelle devrait continuer à être réglée par le droit cantonal.

- SH: In Abs. 1 ist die Bezeichnung "vom Gericht" zu streichen. Wo das Inkasso durch eine andere Stelle durchgeführt wird, soll diese in eigener Kompetenz über Stundung oder Erlass der Gerichtskosten entscheiden können.
- SO: Die Aufgabe, über Stundung oder Erlass von Forderungen aus Gerichtskosten zu entscheiden, sollte nicht generell dem Gericht zukommen. Die Kantone sollten dafür auch eine Verwaltungsbehörde als zuständig bezeichnen können. Wir schlagen daher vor, in Absatz 1 nicht das Gericht, sondern die "durch die Kantone bezeichnete Behörde" für Stundungs- und Erlassentscheide zuständig zu erklären.
- SZ: Die Verjährungsfrist für Gerichtskosten ist auf zehn und nicht bloss auf fünf Jahre anzusetzen.
- TG: Die Bezeichnung "vom Gericht" ist zu streichen. Wo das Inkasso durch eine andere Stelle durchgeführt wird, soll diese in eigener Kompetenz über Stundung oder Erlass der Gerichtskosten entscheiden können.
- TI: Interessante è l'introduzione del concetto di "indigenza duratura" che invece non compare all'art. 88 CPCF. Dal che bisogna dedurre che la cauzione va prestata anche in caso di indigenza non duratura o meramente passeggera.
- VS: Le sursis ou la remise ne doivent pas être nécessairement accordés par le tribunal, en sorte que nous proposons de remplacer "Le Tribunal" par "L'autorité cantonale compétente".
- ZG: Im Vorentwurf fehlen Bestimmungen zu Hinderung, Stillstand und Unterbrechung der Verjährung. Eine entsprechende Ergänzung ist wünschenswert, entweder direkt im Vorentwurf selber oder durch einen Verweis auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 134 ff. OR).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Vgl. dazu unsere Bemerkungen zu Art. 112.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es kann die Frage gestellt werden, ob an die Seite der Regelungen betreffend unentgeltlicher Prozessführung noch eine Stundungs- oder Erlassmöglichkeit treten soll (wie wird dabei die Rechtsgleichheit sichergestellt?). Aus Sicht der Staatsfinanzen ist eine Verjährung schon in fünf Jahren nicht sinnvoll, die allg. Verjährung in 10 Jahren erscheint richtig.

Geregelt werden sollte auch die Verjährung der Forderungen auf Entschädigung der Parteikosten, und zwar in gleicher Weise innert 10 Jahren.

AVZH: Dass Forderungen aus Gerichtskosten bei dauernder Mittellosigkeit erlassen werden können, sollte nicht als blosser Kann-Vorschrift formuliert sein. Ist die Voraussetzung der dauernden Mittellosigkeit tatsächlich erfüllt, ist nicht einzusehen, weshalb kein Anspruch auf Erlass bestehen sollte.

Formulierungsvorschlag Art. 93 Abs. 1:

*Forderungen aus Gerichtskosten können vom Gericht gestundet oder bei dauernder Mittellosigkeit erlassen werden.; bei dauernder Mittellosigkeit sind sie zu erlassen.*

SchKG-Vereinigung: Der Vorschuss soll dem Kläger nicht zurückerstattet werden, sondern es soll diesem obliegen, den Anteil, den der Beklagte auf Grund des Urteils zu bezahlen hat, einzufordern.

Uni BE: Abs. 1: "Forderungen der (oder: von) Gerichtskosten...", aber nicht "aus"!

Art. 94

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: L'art. 94 al. 3 PCS prévoit la possibilité que le juge renvoie à la décision finale la décision sur les frais d'éventuelles mesures provisionnelles. Le rapport précise à ce propos que cette possibilité ne vaudra, en pratique, que dans les cas où la mesure provisionnelle a été ordonnée par le tribunal chargé de la cause principale. En réalité, il semble qu'il faille être encore plus restrictif. Seul le juge (et non le tribunal) devant lequel les mesures provisionnelles ont été plaidées et obtenues est à même d'évaluer le travail accompli par les conseils des parties.

Lui seul peut donc, en appliquant le tarif visé à l'art. 86 al. 4 PCS, taxer les dépens dus au vainqueur. Si, au sein du même tribunal, un autre juge est appelé à connaître du fond, il n'aura pas la connaissance nécessaire pour ce faire. La possibilité évoquée à l'art. 94 al. 3 PCS doit donc rester très exceptionnelle. En fait, elle ne peut donner satisfaction que dans les (rares) cas où le même juge (ou collège de juges) siège sur mesure provisionnelle et sur le fond.

TI: Cpv. 3: questa disposizione suscita dei dubbi, ed è contraria alla prassi ticinese. Difatti, la procedura provvisoria è una procedura indipendente (con un numero d'incarto diverso, procedura diversa) da quella di merito. A volte coinvolge persino delle terze parti non convenute nel merito (ad es. la banca in caso di blocco di conti bancari) ed è naturalmente impugnabile separatamente al merito. A volte le parti rinunciano persino ad introdurre una successiva causa di merito.

Non si vede allora la ragione per rinviare al merito questo "pezzo" di provvisoria inerente le spese giudiziarie.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'art. 94 al. 3 AP prévoit la possibilité que le juge renvoie à la décision finale la décision sur les frais d'éventuelles mesures provisionnelles. Le Rapport précise à ce propos que cette possibilité ne vaudra, en pratique, que dans les cas où la mesure provisionnelle a été ordonnée par le tribunal chargé de la cause principale. En réalité, il semble qu'il faille être encore plus restrictif. Seul le juge (et non le Tribunal) devant lequel les mesures provisionnelles ont été plaidées et obtenues est à même d'évaluer le travail accompli par les conseils des parties. Lui seul peut donc, en appliquant le tarif visé à l'art. 86 al. 4 AP, taxer les dépens dus au vainqueur. Si, au sein du même Tribunal, un autre juge est appelé à connaître du fond, il n'aura pas la connaissance nécessaire pour ce faire. La possibilité évoquée à l'art. 94 al. 3 AP doit donc rester très exceptionnelle. En fait, elle ne peut donner satisfaction que dans les (rares) cas où le même juge (ou collège de juges) siège sur mesure provisionnelle et sur le fond.

Uni NE: L'article 94 parle de décision finale. Cette notion étant souvent interprétée de manière diverse, il conviendrait de la préciser dans le rapport, ou d'indiquer à l'article 94: "*Dans la décision mettant fin à l'instance*".

Uni ZH: Die Prozesskosten sind vom Bundesrat und nicht durch die Kantone festzusetzen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 84 ff.*

Art. 95

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Diese Bestimmung enthält die Möglichkeit, Gerichtskosten, die keine Partei veranlasst hat, dem Staat zu überbinden. Sie sollte jedoch auf Fälle beschränkt werden, in welchen es die Billigkeit gebietet. Es wird daher vorgeschlagen, die Bestimmung etwa wie folgt zu modifizieren:

*<sup>2</sup>Gerichtskosten, die keine Partei veranlasst hat, können aus Billigkeitsgründen vom Staat übernommen werden.*

Anzumerken ist, dass das im Bericht zu Art. 95 VE genannte Beispiel (ein Gericht hat eine Expertise in Auftrag gegeben, weist die Klage in der Folge jedoch wegen Verjährung ab) gerade keinen Anwendungsfall dieser Norm darstellt.

In der französischen Version von Abs. 2 ist der Accent aigu auf "Etat" zu streichen.

BL: In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ist zu präzisieren, dass die Parteien aufgrund dieser Bestimmung keinen besonderen Anspruch auf die Übernahme der Gerichtskosten durch den Staat haben. Weiter ist festzuhalten, dass beispielsweise für den Entscheid über die Kostentragung bei einem von Amtes wegen angeordneten Augenschein, der sich erst nachträglich als überflüssig erweist, auf den Zeitpunkt der Anordnung des Augenscheins abzustellen ist und nicht die nachträgliche Sicht massgebend sein darf.

GR: Abs. 2: Hinsichtlich der Verteilung der Prozesskosten sollte die Möglichkeit vorgesehen werden, der Vorinstanz Gerichtskosten oder aussergerichtliche Entschädigungen zu überbinden, wenn deren Entscheid als offensichtlich falsch zu qualifizieren ist. Der Begriff Staat bedeutet dabei für den Kanton Graubünden nicht, dass nicht auf die Parteien überwälzbare Kosten immer vom Kanton zu tragen sind.

LU: Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, auch Dritten Prozesskosten überbinden zu können (vgl. Artikel 99 VE-ZPO). Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung vor: *Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, können vom Staat übernommen werden.*

TG: Diese Regelung erscheint als ungerecht und ist daher zu streichen.

TI: Il cpv. 2 è formulato troppo genericamente poiché a carico dello Stato vanno posti soltanto i costi che il Giudice ha causato in modo manifestamente errato. In questo caso, accollarli alle parti sarebbe contrario al principio della buona fede.

Non deve invece rientrare in questa norma ad esempio la perizia che il giudice ha assunto d'ufficio in una tematica legata al principio inquisitorio (es. sul diritto

di visita dei figli) oppure in applicazione del principio *iura novit curia* (ad es. per determinare se la comproprietà possa o meno essere suddivisa in natura).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'alinéa 2 est une solution bienvenue.

SwissBanking: Die Expertenkommission hat sich dafür entschieden, dass jene Gerichtskosten, die keine Partei veranlasst hat, vom Staat zu übernehmen sind. Dieser Grundsatz sollte unseres Erachtens in Abs. 2 deutlicher und unmissverständlich hervorgehoben werden.

Uni BE: Abs. 1: "... von Amtes wegen auferlegt".

Abs. 2: "... keine der Parteien..."

Art. 96

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im Unterschied zu den Gerichtskosten, die von Amtes wegen verteilt werden, werden Parteikosten nur auf Antrag zugesprochen. Der Bericht enthält einen Hinweis auf diese Tatsache, während sich dem Gesetzestext diesbezüglich jedoch nichts entnehmen lässt. Es ist zu wünschen, dass die Bestimmung entsprechend ergänzt wird.

BS: Gemäss Bericht werden die Parteikosten nur "auf Antrag" hin zugesprochen. Dieser Grundsatz sollte unseres Erachtens, obwohl er sich bereits aus dem Dispositionsgrundsatz ergibt, ausdrücklich festgehalten werden.

Zudem erscheint es uns als problematisch, wenn das Gericht selbst die Parteikosten nach den Tarifen zu berechnen hat. Dies gilt insbesondere in komplizierten ordentlichen Verfahren. Hier sollte eine Mitwirkungspflicht der Parteien statuiert werden: Im ordentlichen Verfahren ist nur dann eine bezifferte Parteientschädigung zuzusprechen, wenn die berechnete Partei ihre detaillierte Kostennote spätestens bis 10 Tage vor dem Verhandlungstermin einreicht, unter gleichzeitiger Zustellung einer Kopie an die Gegenpartei. Andernfalls werden die Parteikosten nur dem Grundsatz nach verlegt und erfolgt deren Bezifferung im allfälligen späteren Moderations- oder Tarifierungsverfahren.

FR: selon le commentaire, l'attribution des dépens n'a pas lieu d'office. Cela ne paraît pas justifié, dans la mesure où l'une des lignes directrices de l'AP est la garantie de la paix sociale et le respect de l'égalité devant la loi. Le Tribunal fédéral admet cette possibilité (ATF 111 Ia 154) et elle paraît normale dans une procédure où n'est pas obligatoire l'assistance d'un avocat qui pourrait utilement renseigner le justiciable à cet égard. Il faut rappeler qu'une partie à un procès encourt un certain nombre de frais et des pertes financières.

GE: Il est renvoyé à ce qui a été dit à propos de l'art. 86 PCS.

Ainsi que cela a déjà été souligné, il serait faux de vouloir tarifier les actes judiciaires de l'avocat. Une requête de séquestre, une demande en exécution, en paiement, en divorce, une audience d'enquêtes, etc. n'ont pas une valeur forfaitaire. Leur coût dépend notamment de la nature de l'affaire et de sa complexité, du temps consacré et du temps à disposition, de l'urgence, des questions juridiques, etc. Raison pour laquelle il faut soutenir l'idée que les parties présentent leurs états de frais à l'issue de la procédure, avec toute justifica-

tion utile des honoraires réclamés. A la lecture du rapport, c'est apparemment l'approche suivie par les auteurs de l'avant-projet et elle convient d'être suivie.

LU: Da in den Kantonen bisher unterschiedliche Regelungen darüber bestanden, wann das Gericht eine Sache als spruchreif befindet, erachten wir eine Vereinheitlichung der Praxis auf Bundesebene sinnvoll. Wir schlagen folgende Änderung bzw. Ergänzung vor: *Das Gericht spricht die Parteikosten auf Antrag und nach den Tarifen zu. Den Parteien ist in der Regel eine angemessene Frist zum Einreichen einer Kostennote anzusetzen.*

TI: Si rinvia a quanto detto all'art. 86 cpv. 4 AP.

La seconda frase della norma "le parti possono presentare una nota delle loro spese" crea un problema di motivazione per il giudice. Difatti se questi si scosta da quanto indicato in quella nota spese, potrebbe essere chiamato a motivarne le ragioni" (cfr. DTF 9.10.2003 - 1P.354/2003).

Sarebbe allora auspicabile risolvere questo problema ad esempio nei seguenti termini: "Il Tribunale, con decisione succintamente motivata, assegna le spese alle parti secondo le tariffe (art. 86); le parti possono presentare una nota delle loro spese."

ZG: Die Parteikosten sollen ausdrücklich "nur auf Antrag der Parteien" zugesprochen werden. Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

#### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: In Zukunft können nicht mehr unbeziffert die ausserordentlichen Kosten zugesprochen werden. Dies ist zu begrüßen.

AVGE: Il est renvoyé à ce qui a été écrit à propos de l'art. 86 AP.

Ainsi que cela a déjà été souligné, il serait faux, en revanche, de vouloir tarifier les actes judiciaires de l'avocat. Une requête de séquestre, une demande en exécution, en paiement, en divorce, une audience d'enquêtes, etc. n'ont pas une valeur forfaitaire. Leur coût dépend notamment de la nature de l'affaire et de sa complexité, du temps consacré et du temps à disposition, de l'urgence, des questions juridiques, etc. Raison pour laquelle il faut soutenir l'idée que les parties présentent leurs états de frais à l'issue de la procédure, avec toute justification utile des honoraires réclamés. A la lecture du Rapport, c'est apparemment l'approche suivie par les auteurs de l'AP, et elle convient d'être suivie.

AVLU: Nach der vorgeschlagenen Regelung können zwar die Parteien eine Kostennote einreichen. Allerdings ist oft nicht ohne weiteres erkennbar, wann das Gericht eine Sache als spruchreif erachtet. Diesbezüglich bestehen in den Kantonen unterschiedliche Regelungen. Nach der Regelung der Luzerner Zivilprozessordnung wird den Parteien der Schluss des Beweisverfahrens mitgeteilt (§ 147 ZPO). Gleichzeitig werden die Parteien zur Einreichung einer Kostennote aufgefordert. Eine entsprechende Regelung wäre im Sinne einer Vereinheitlichung der Praxis auch auf Bundesebene wünschbar. Wir schlagen daher vor, Art. 96 wie folgt zu formulieren:

*Das Gericht spricht die Parteikosten nach den Tarifen (Art. 86) zu. Den Parteien ist eine angemessene Frist zum Einreichen einer Kostennote anzusetzen.*

AVZH: Dass Parteientschädigungen nur auf Antrag zugesprochen werden sollen - was nicht im VE selber, aber im Bericht zu lesen ist -, ist deshalb richtig, weil Parteientschädigungen der Dispositionsmaxime unterstehen und auf sie etwa

auch gänzlich sollte verzichtet werden können. Sind die Parteien Laien, die nichts von der Antragsmöglichkeit auf Parteientschädigung wissen, hat das Gericht die Parteien darauf hinzuweisen und entsprechend zu befragen. Dies gehört zweifellos zur Ausübung des gerichtlichen Fragerechts gemäss Art. 51 und führte in der Vergangenheit in der Praxis auch nicht zu Schwierigkeiten.

OGZH: Es scheint uns nicht richtig, dass eine Parteientschädigung nur auf Antrag zugesprochen werden soll (so aber der Bericht). Gerade Laien-Parteien werden dadurch benachteiligt.

Vorschlag:

*Das Gericht spricht die Parteientschädigung von Amtes wegen zu. Es bemisst sie nach den Tarifen (Art. 86). Die Parteien können eine Kostennote einreichen.*

SwissBanking: Wir sind der klaren Ansicht, dass Aufwendungen von Unternehmensjuristen für Abklärungen, die aufgrund einer Zivilstreitigkeit angefallen sind, ebenfalls als Parteikosten sollten geltend gemacht werden können.

Uni NE: L'article 96, qui concerne les dépens, indique que les parties peuvent produire une note de frais. Celle-ci concerne-t-elle exclusivement les débours, en partant du principe que le juge va fixer les dépens en fonction des honoraires de l'avocat ? A notre sens, les dépens doivent être conçus comme une participation aux frais d'avocat de la partie adverse, et non comme une prise en charge complète de ses honoraires.

Art. 97

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Aus dieser Bestimmung geht nicht deutlich hervor, ob auch einem Nebenintervenienten oder Streitberufenen Prozesskosten auferlegt werden können. Aufgrund des jetzigen Wortlauts wäre dies vermutlich zu verneinen. Dieser Punkt sollte klar geregelt werden.

GE: La répartition "proportionnelle" des frais lorsque les deux plaideurs succombent partiellement est source tant d'insatisfactions que d'insécurité. Dans bon nombre de cas, il est en effet délicat, voire impossible de quantifier la proportion de la victoire ou de la défaite de chacun. Il est néanmoins difficile d'imaginer et de proposer un autre mode de répartition.

Cette insécurité/insatisfaction pouvant être une source importante de contestations, c'est avec sagesse que l'avant-projet prévoit une voie de recours (art. 102 PCS), en imposant néanmoins la formule du recours limité au droit. Il semble donc, mais cela n'est clair ni dans l'avant-projet, ni dans le rapport que seules les répartitions grossièrement arbitraires seraient sanctionnées. Ce point mériterait d'être éclairci.

LU: Auch bei einfachen Streitgenossen ist die Möglichkeit der Solidarhaftung für Prozesskosten vorzusehen. Zu regeln ist zudem die Kostentragung von Haupt- und Nebenparteien. Wir schlagen eine Lösung analog § 122 Absätze 1 und 2 ZPO/LU und folgenden Wortlaut vor: *Sind am Prozess mehrere Parteien als Streitgenossen oder als Haupt- und Nebenpartei beteiligt, bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf subsidiäre oder solidarische Haftung erkennen.*

TI: Si propone di modificare il cpv. 1 come segue: *Le spese giudiziarie sono poste a carico della parte soccombente, riservati i casi previsti all'art. 98.*

La soluzione del progetto è infatti troppo generica ("di regola") a scapito di una minima sicurezza del diritto. Meglio allora prevedere un sistema che abbia un principio chiaro, ossia soccombenza = accollo degli oneri, e delle eccezioni, ossia quelle previste all'art. 98 CPCF.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Festlegung, dass in der Regel die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden, ist nicht vollständig klar. Sind Abweichungen von dieser Regel nur möglich, wenn ein Fall von Art. 98 oder 99 vorliegt oder gibt es auch weitere Gründe, die eine Regelabweichung zulassen.

AVGE: Depuis la nuit des temps, la répartition "*proportionnelle*" des frais lorsque les deux plaideurs succombent partiellement (cf. Rapport ad art. 97 al. 2 AP, p. 56) est source d'insatisfactions et aussi d'insécurité. Dans bon nombre de cas, il est en effet délicat, voire impossible de quantifier la proportion de la victoire ou de la défaite de chacun. Il est néanmoins difficile d'imaginer et proposer un autre mode de répartition.

Cette insécurité/insatisfaction peut donc être une source importante de contestations. Avec sagesse, l'AP prévoit donc une voie de recours (art. 102 AP), en imposant néanmoins la formule du recours limité au droit. Ce qui semble signifier, mais cela n'est clair ni dans l'AP ni dans le Rapport, que seules les répartitions grossièrement arbitraires seraient sanctionnées. Ce point mériterait d'être éclairci.

GGD ZH: Soweit in der Sache selbst entschieden wird, können die Regelungen von Abs. 1 und 2 zusammengefasst werden: Jede Partei trägt die Prozesskosten nach dem Mass ihres Unterliegens.

Die Formulierung in Abs. 2 wonach bei nicht vollständigem Obsiegen die Kosten "nach dem Ausgang des Verfahrens" verteilt werden, ist für einen Laien nicht klar. Die drei Hauptfälle – Nichteintreten, Klagerückzug und Klageanerkennung – sollten ausdrücklich normiert werden.

#### *Art. 97 Verteilung im Allgemeinen*

<sup>1</sup> *Jede Partei trägt in der Regel die Prozesskosten nach dem Mass ihres Unterliegens.*

<sup>2</sup> *Bei Nichteintreten oder Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Klageanerkennung die beklagte Partei als unterliegend.*

<sup>3</sup> [...]

OAFRI: Al. 3: Le rapport indique qu'en cas de consorité simple, les frais doivent être répartis proportionnellement (p. 56). Cela ne ressort pas du texte légal et doit être précisé.

Art. 98

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Hier sollte es im Sinne einer Stärkung der klaren Grundsätze von Art. 97 VE bei einer blossen Kann-Vorschrift sein Bewenden haben (*Die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden, wenn: ...*).

BE: Der erste Satz dieser Bestimmung enthält ein "werden" zuviel. Dasjenige vor dem Komma kann gestrichen werden.

Laut Art. 98 Abs. 1 lit. c VE können Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden, wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lässt. Das geltende bernische Recht sieht vor, dass insbesondere in familienrechtlichen Streitigkeiten eine verhältnismässige Teilung oder Wettschlagung der Kosten verfügt werden kann (Art. 58 Abs. 3 ZPO BE). Von dieser Möglichkeit macht die Praxis vor allem in Eheschutz- und Scheidungsverfahren häufig Gebrauch, so dass sie unbedingt aufrecht erhalten werden sollte. Es wäre daher in der künftigen Botschaft zu Art. 98 Abs. 1 lit. c VE zu präzisieren, dass diese Bestimmung im erwähnten Sinne gehandhabt werden kann.

BL: Das Verb "werden" ist versehentlich doppelt aufgeführt und daher am Satzende zu streichen.

JU: Al. 1: La lettre c devrait être conçue comme une clause générale et donc ajoutée à la phrase introductive, les autres lettres figurant à titre d'exemple.

Il est proposé au demeurant de compléter la liste des exemples en permettant au juge de partager les frais dans les litiges qui opposent les membres d'une même famille, ainsi que dans les contestations du droit des successions ou du droit de la famille.

LU: Bei der Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung handelt. Wir schlagen folgende Ergänzung vor: *Die Prozesskosten werden nach Ermessen verteilt, namentlich wenn: (...)*

NW: Abs. 1 lit. c: Unter lit. c sollten die familienrechtlichen Prozesse speziell Erwähnung finden: "[...] insbesondere bei familienrechtlichen Prozessen".

Begründung: Familienrechtliche Prozesse sind sehr zahlreich im Gerichtsalltag und sollten deshalb speziell in irgendeiner Form erwähnt werden. Die Billigkeitsregel kommt sehr oft in diesem Verfahren zur Anwendung.

SG: Es muss im Sinne einer Stärkung der Grundsätze von Art. 97 bei einer blossen Kannvorschrift sein Bewenden haben (*Die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden, wenn: ...*).

TG: In der Praxis der thurgauischen Gerichte hat sich bezüglich der Kostentragung die Regelung gemäss § 75 Abs. 3 ZPO TG (inkl. Konkubinats) ausserordentlich bewährt. Die Bestimmung lautet wie folgt: "In Streitigkeiten aus Familienrecht oder unter nahen Verwandten kann das Gericht die Kosten anders verlegen". Ein entsprechendes Instrument bei Prozessen zwischen nahestehenden Personen sollte auch in die eidgenössische ZPO aufgenommen werden.

TI: cpv 1: lett. a: il caso di una pretesa il cui valore non era quantificabile ed è stato fissato solo a seguito dell'istruttoria (art. 75 AP) apre un potere di apprezzamento molto vasto da parte del giudice.

Let. b: lo stesso dicasi per questo capo, in quanto nella maggioranza dei casi i processi sono intentati in buona fede o, per lo meno, non vi sono elementi agli atti che permettono al giudice di capovolgere la relativa presunzione. Idem per quanto riguarda la lett. c.

Proprio per evitare che questa ripartizione in equità diventi la regola e la ripartizione per soccombenza l'eccezione, sarebbe in definitiva:

(a) opportuno chiarirlo nella norma. Ad es.: "Le spese giudiziarie possono essere *eccezionalmente* ripartite secondo equità se: ..."

(b) togliere del tutto le lett b) + c) e lasciare unicamente le a) + d)

cpv 2: Questa norma riprende il sistema dell'art. 77 cpv. 3 CPC-Ti ma, contrariamente al nostro codice, evoca una sola delle possibilità in cui il processo termina senza sentenza, ossia perché divenuto *privo di oggetto*. Vi sono, oltre a questo, almeno due altri scenari, ossia la *desistenza e l'acquiescenza*, per i quali la ripartizione delle spese dovrebbe pure seguire dei criteri di equità.

Inoltre, ci sembra chiaro che, prima di decidere, le parti vadano *sentite*.

Proponiamo pertanto di aggiungere in coda al cpv. 2: ..., *dopo avere sentito le parti*.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: In Fällen, in denen das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird (vgl. Art. 98 Abs. 2), darf das Gericht erst nach Anhörung der Parteien über die Prozesskosten entscheiden. Dies ergibt sich zwar bereits aus dem in Art. 48 festgehaltenen Grundsatz des rechtlichen Gehörs, sollte aber u.E. an dieser Stelle nochmals verdeutlicht werden.

Ferner sind wir der Auffassung, dass entsprechend Art. 207 Abs. 2 der geltenden ZPO-BE auch das Vorgehen geregelt werden sollte, wenn eine Partei unter Vorbehalt der Kostenverteilung den Abstand erklärt, d.h. als Klägerin die Klage zurückzieht oder als Beklagte sich den klägerischen Rechtsbegehren unterzieht (vgl. auch unsere Bemerkungen zu Art. 325).

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: La répartition en équité mérite, dans son principe, une pleine approbation. Les remarques faites ci-dessus (ad art. 98) en matière de recours peuvent néanmoins être reprises ici *mutatis mutandis*.

DJS: Es ist zu begrüßen, dass die Möglichkeit, die Prozesskosten in bestimmten Fällen nicht strikte nach Obsiegen/Unterliegen zu verteilen, genauer umschrieben wird.

DJZ: Abs. 1: Es ist zu begrüßen, dass die Möglichkeit, die Prozesskosten in bestimmten Fällen nicht strikte nach Obsiegen/Unterliegen, genauer umschrieben wird.

OAFRI: Al. 1<sup>er</sup> lit b et c: Plusieurs systèmes de répartition des dépens sont concevables: la responsabilité à raison de la simple causalité (système généralement admis en Suisse) et la responsabilité pour faute (système français, pour les frais de représentation). Il faut toutefois choisir, ce que ne fait pas le projet, en posant le principe de la responsabilité à raison du risque (art. 97) mais en le vidant pratiquement de sa portée (art. 98). On propose dès lors de remplacer les lettres b et c par une référence à des "motifs d'équité clairement établis".

Al. 2: Il convient de préciser que l'un des éléments fondamentaux de l'appréciation est l'état de la cause au moment où elle est devenue sans objet.

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 98 Abs. 1 lit. d: *wenn eine Partei die vom Gericht empfohlene Mediation ablehnt* [bisher d = e]

Vgl. die Ausführungen zu Art. 119.

Die compliance über die pekuniäre Empfindlichkeit der Parteien zu fördern (Art.119 Abs. 3) ist weder neu noch unangebracht. Die gleiche Idee hatte bereits schon die Expertenkommission in Art. 99 Satz 2. Der Vorschlag der Kommission geht jedoch etwas zu weit und erhöht den Vergleichsdruck auf eine, nach unserer Ansicht aus rechtsstaatlicher Sicht gefährliche Ebene (vgl. Isaak Meier in SJZ 99 (1.12.03) S. 599 f.; ders., Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 51). Wir schlagen deshalb vor, dass eine Weigerung, die vom Richter empfohlene Mediation überhaupt aufzunehmen, dann mit einer vom Richter anzuwendenden Kostenzuweisung belastet werden kann (Art. 98 Abs. 1 lit. d), wenn einer Partei im Urteil weniger zugesprochen wird, als sie vor dem richterlichen Mediationsvorschlag zugestanden oder beantragt hat (ein Instrument, das sich in zahlreichen amerikanischen Bundesstaaten und seit kurzem in England bereits bewährt hat). Damit wird der Zwang zum Vergleich durch einen Druck zum Verhandeln im Rahmen einer Mediation ersetzt.

SVAMV: Art. 98 Abs. 1 Bst d: Ergänzen: Dabei ist das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen.

SVV:VE ZPO 98 enthält eine Liste von Gründen für eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen. Die Privatversicherer bestehen auf der Feststellung, dass die Gewährung der Deckung durch eine Versicherung zur Abwehr unberechtigter Ansprüche in keinem Fall dazu führen darf, dass dies auf die Verteilung der Prozesskosten Einfluss hat.

Art. 99

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Bestimmung sollte in Art. 98 integriert und Satz 2 als Kann-Vorschrift formuliert werden.

BE: Gemäss dem deutschen Gesetzestext hat offensichtlich unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Laut dem französischen Gesetzestext und dem deutschen Bericht können sie derjenigen *Partei* auferlegt werden, welche sie verursacht hat. Das ist ein Widerspruch. Die Meinung müsste an sich sein, dass analog der Rechtsprechung zu Art. 156 Abs. 6 OG auch dem mutwillig prozessierenden Anwalt oder einer Drittperson (z.B. dem Zeugen, der nicht zur Verhandlung erschienen ist) Prozesskosten auferlegt werden können. Der französische Gesetzestext muss entsprechend umformuliert werden. Es wäre wünschenswert, wenn auch die künftige Botschaft in beiden Sprachen geändert werden könnte.

BL: Antrag: Der zweite Satz dieser Bestimmung ist wie folgt zu präzisieren:

*Namentlich hat sie zu bezahlen, wer durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als im Lauf des Prozesses zum Vergleich angeboten wurde.*

Begründung des Antrags: Damit wird bezweckt, dass die Parteien allfällige vorprozessuale Vergleichsangebote bei Beginn der Verhandlung insbesondere zu Händen des Gerichts nochmals vorbringen. In den Erläuterungen zu dieser

Bestimmung ist sodann festzuhalten, dass auch Parteivertreter/innen Prozesskosten auferlegt werden können.

BS: Gemäss Satz 2 dieser Bestimmung hat diejenige Partei unnötige Prozesskosten zu bezahlen, die durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde. Diese Bestimmung erscheint zwar prozessökonomisch sinnvoll, lässt aber in ihrer Ausgestaltung noch mehrere Fragen offen: Bezieht sich "unnötige Kosten" auf die Kosten des ganzen Prozesses, oder nur auf diejenigen, die seit dem Vergleichsvorschlag entstanden sind? Ist mit Vergleichsvorschlag auch ein aussergerichtlicher Vergleichsvorschlag gemeint? Wenn ja, wie verhält sich diese Bestimmung zur Regel, dass aussergerichtliche Vergleichsvorschläge unpräjudiziell erfolgen und durch die AnwältInnen im Prozess nicht verwendet werden dürfen?

GE: Cette disposition soulève deux difficultés.

Il y a tout d'abord un obstacle d'ordre déontologique à sa mise en œuvre. Pour condamner le plaideur aux frais inutiles, au motif que la décision de justice lui alloue, à peu de choses près, ce que son adversaire lui avait offert à titre transactionnel, il faut avoir accès à l'offre transactionnelle.

Or, la quasi-totalité des règles déontologiques des avocats en Suisse consacrent le principe que, sauf accord complet ou décision contraire des parties, les propositions faites entre avocats à titre transactionnel sont couvertes par les réserves d'usage, ce qui empêche ou devrait empêcher la divulgation de telles propositions en justice. Dans tous les cas où les tentatives de règlement extrajudiciaire sont l'œuvre des avocats - ce qui doit représenter une grande majorité des cas -, on voit donc mal comment ce contenu transactionnel pourra parvenir à la connaissance du juge, pour conduire ensuite à l'application de la sanction prévue à l'art. 99 PCS. La disposition conserve donc une utilité limitée aux offres transactionnelles entre parties.

La seconde difficulté tient aux termes "*à peu de choses près*". Il s'agit d'une formulation imprécise qui ouvrira la porte à une certaine insécurité. Dans les affaires où les conclusions sont chiffrées, la pratique pourra définir peu à peu la proportion ou le pourcentage en-deçà duquel le résultat est "*à peu de choses près*" celui de l'offre transactionnelle. En revanche, pour les conclusions "en nature", par exemple dans le cadre d'actions en livraison, en garantie, en interdiction de faire ou en condamnation à faire, etc., il sera sensiblement plus difficile de quantifier de façon satisfaisante la marge à l'intérieur de laquelle le jugement est encore "*à peu de choses près*" équivalent à l'offre transactionnelle. Cette disposition devrait donc être précisée.

LU: Wir schlagen eine Lösung analog § 120 ZPO/LU vor, wonach der Verursacherin oder dem Verursacher alle unnötigen Kosten überbunden werden können, nicht nur die offensichtlich unnötigen. Das Verursacherprinzip sollte – wenigstens in krassen Fällen - auch auf Dritte anwendbar sein. Wir regen an, einen neuen Absatz 2 mit folgendem Wortlaut zu schaffen: *Dritte haben Prozesskosten zu tragen, die sie im Prozess durch grobes Verschulden verursachen. Sie sind vor dem Entscheid anzuhören.*

SO: Diese Bestimmung sieht vor, dass u.a. derjenige unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, welcher durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als ihm vergleichsweise angeboten wurde. Eine zeitliche Beschränkung des Vergleichsangebotes schliesst der Vorentwurf bewusst aus. Wir halten aber in

Anlehnung an die Solothurnische Praxis den Vorschlag für prüfenswert, dass der im Sinne dieser Norm für den Kostenentscheid zu beachtende Vergleichsvorschlag nur bis zum Behauptungsverfahren und mit ausdrücklicher Protokollgabe vorgebracht werden kann.

- SZ: Dass eine Partei, die durch den Entscheid nur wenig mehr erhält als ihr "zum Vergleich" angeboten wurde, zusätzliche Prozesskosten unter dem Titel "unnötige Prozesskosten" zu tragen hat, ist stossend. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass jede Partei grundsätzlich Anspruch auf eine richterliche Entscheidung und nicht nur auf einen Vergleich hat. Zudem ist auf Grund dieser Bestimmung unklar, ob es sich bei dem in Relation zum richterlichen Entscheid gesetzten Vergleich um einen gerichtlichen Vergleich handeln muss oder ob auch aussergerichtliche Vergleichsvorschläge erfasst werden. Unbestimmt ist auch, auf welchen Vergleichsvorschlag abzustellen wäre, wenn es im Verlaufe des Verfahrens mehrere gegeben hat.
- TG: Diese Bestimmung sollte in Art. 98 integriert und Satz 2 als Kann-Vorschrift formuliert werden.
- TI: Problematica è la formulazione della seconda parte della disposizione: "..., segnatamente di colui che con la decisione non ha ottenuto molto più di quanto gli era stato offerto in sede transattiva."

Si deve distinguere le trattative private tra le parti e quelle proposte dal Giudice. Le prime non hanno infatti portata giuridica e non devono essere sottoposte al Giudice siccome, per loro natura, vanno ritenute inoperanti e come non avvenute in caso di mancata accettazione. Inoltre, non va dimenticato che, se una parte avvia delle trattative, ciò non implica ammissione di un obbligo giuridico.

Semmai una simile sanzione potrebbe applicarsi alle sole proposte transattive formulate dal giudice o dalla controparte dinanzi al giudice e in corso di causa. Ma anche se così fosse, è ipotizzabile che un rifiuto fosse legittimo a quel momento e che solo una volta compiuta l'istruttoria la parte si rende conto (ex post) che la proposta transattiva non era poi così sfavorevole.

Ergo, si tratta di una questione da valutare di caso in caso, per cui la formulazione della norma è troppo rigida e si propone ad esempio di modificarla nei seguenti termini: "... segnatamente, *ma a dipendenza delle circostanze* concrete, di colui che con la decisione non ha ottenuto molto più di quanto gli era stato offerto in sede transattiva."

Oppure, meglio ancora, di abolire la seconda parte (da "segnatamente..." in avanti).

- VS: Pour les motifs exposés par Meier/Mürner\_(Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in RSJ 2003 p. 599), nous sommes d'avis qu'il convient de biffer la deuxième phrase de la disposition.
- ZH: Nach Art. 99 Satz 2 hat jene Partei die Prozesskosten zu tragen, die durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, "als zum Vergleich angeboten wurde". Auch diese Vorschrift kann die materielle Wahrheitsfindung zu stark einschränken, denn der ohnehin grosse Druck auf die Parteien, gerichtliche Vergleichsvorschläge anzunehmen, wird dadurch weiter verstärkt. Offen bleibt sodann, ob auch aussergerichtliche angebotene Vergleiche mit berücksichtigt werden müssten. Mit den Anwaltsverbänden und dem Obergericht sprechen wir uns dafür aus, Satz 2 von Art. 99 zu streichen.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Il convient de préciser que cet article ne couvre que les offres transactionnelles offertes en procédure, et non les offres faites hors procès, ceci afin de préserver la confidentialité à laquelle les avocats sont soumis.

#### *Art. 99 Frais judiciaires inutiles*

<sup>1</sup>*[La première phrase reste inchangée]. [Suppression de la deuxième phrase et adoption d'un alinéa 2].*

<sup>2</sup>*La partie à laquelle la décision alloue à peu de chose près ce que la partie adverse lui avait offert à titre transactionnel doit s'acquitter des frais judiciaires subséquents à cette offre.*

Commentaires:

L'art. 99 1<sup>ère</sup> phrase PCS traite de manière générale la répartition des frais lorsque ceux-ci sont inutilement occasionnés par l'une des parties. Si le caractère général de cette disposition se justifie afin de permettre une plus grande souplesse dans son application, une disposition plus précise devrait en revanche traiter de l'effet d'une offre transactionnelle sur la répartition des frais judiciaires. C'est la raison pour laquelle, le PLS propose la suppression de la deuxième phrase de l'art. 99 PCS, laquelle serait reformulée dans un nouvel alinéa 2.

Nouvel alinéa 2:

De l'avis du PLS, les frais judiciaires occasionnés par des actes de procédure qui se sont déroulés avant une offre transactionnelle ne nous paraissent pas forcément injustifiés. En effet, ce sera souvent grâce à cela qu'une partie consentira à faire une offre à sa partie adverse, afin de tenter de mettre un terme à leur litige.

En revanche, à supposer que l'on soit dans l'hypothèse visée par l'art. 99 al. 2 PCS, tous les frais judiciaires subséquents au refus de la partie adverse de donner suite à une telle offre nous apparaissent inutiles et devrait, en conséquence, être assumés par cette dernière. Cela paraît plus équitable et plus à même d'inciter la partie qui reçoit une offre d'évaluer ses chances réelles d'obtenir davantage que ce qui lui est proposé à l'issue d'une procédure.

Le rapport traitant de l'art. 99 PCS semble également aller dans ce sens, ce qui paraît être une raison de plus pour que ce qui précède soit précisé dans la loi.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: L'associazione chiede la soppressione di questo articolo, in quanto può indurre una parte ad accettare una transazione sebbene non sia convinta di compiere il passo giusto. L'associazione reputa sufficiente riferirsi al riparto delle spese secondo il grado di soccombenza, come prevede l'art. 97, e secondo equità, come prevede l'art. 98.

AKBS: Standesrechtlich wird sicherzustellen zu sein, dass Vergleichskorrespondenzen soweit in den Prozess eingeführt werden dürfen, als dies für die Anrufung von Art. 99 notwendig ist. Als zu unbestimmt könnte unter Umständen der Begriff "wesentlich mehr" angesehen werden.

AVGE: Cette disposition, intéressante en soi, soulève deux difficultés.

Il y a tout d'abord un obstacle d'ordre déontologique à sa mise en oeuvre. Pour condamner le plaideur aux frais inutiles, au motif que la décision de justice lui

alloue, à peu de choses près, ce que son adversaire lui avait offert à titre transactionnel, il faut avoir accès à l'offre transactionnelle. Or, la quasi-totalité des règles déontologiques des avocats en Suisse consacrent le principe que, sauf accord complet ou décision contraire des parties, les propositions faites entre avocats à titre transactionnel sont couvertes par les réserves d'usage, ce qui empêche/devrait empêcher la divulgation de telles propositions en justice. Dans tous les cas où les tentatives de règlement extra-judiciaires sont l'œuvre des avocats - ce qui doit représenter une grande majorité des cas -, on voit donc mal comment ce contenu transactionnel pourra parvenir à la connaissance du juge, pour conduire ensuite à l'application de la sanction prévue à l'art. 99 AP. La disposition conserve donc une utilité limitée aux offres transactionnelles entre parties.

Pour être efficace, il faudrait mentionner que les propositions transactionnelles seront celles qui résultent des conclusions prises par les parties ou qui ont été formulées d'une façon qui permet de les porter à la connaissance du Juge.

La deuxième difficulté tient aux termes "*à peu de choses près*". Il s'agit à nouveau d'une formulation imprécise, qui ouvrira la porte à une certaine insécurité. Dans les affaires où les conclusions sont chiffrées, la pratique pourra définir peu à peu la proportion ou le pourcentage en deçà duquel le résultat est "*à peu de choses près*" celui de l'offre transactionnelle. En revanche, pour les conclusions "*en nature*", par exemple dans le cadre d'actions en livraison, en garantie, en interdiction de faire ou en condamnation à faire, etc., il sera sensiblement plus difficile de quantifier de façon satisfaisante la marge à l'intérieur de laquelle le jugement est encore "*à peu de choses près*" équivalent à l'offre transactionnelle. Cette disposition devrait donc être précisée.

AVZH: Dem ersten Satz dieser Bestimmung, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen habe, wer diese verursacht hat, ist beizupflichten. Allzu problematisch und deshalb zu streichen ist indessen der zweite Satz, der besagt, dass namentlich die Prozesskosten zu bezahlen hat, wer durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde. Die damit offensichtlich verfolgte Absicht, die Parteien zu zwingen, Vergleichsangebote ernsthaft zu prüfen, ist wohl lobenswert.

Der zweite Satz des Art. 99 ist bereits deshalb zu streichen, weil unklar ist, ob mit dem darin erwähnten Begriff "Vergleich" nur die von der Gegenpartei oder auch die vom Gericht unterbreiteten Vergleichsvorschläge gemeint sind. Auch sachliche Gründe sprechen jedoch für die beantragte Streichung: Bereits unter dem geltenden Recht, in dem eine vergleichbare Regelung fehlt, ist der Druck auf die Parteien, die den in einer Referentenaudienz gerichtlich vorgeschlagenen Vergleich nicht anzunehmen gewillt sind, zuweilen gross. Oft wird in der Praxis die ablehnende Partei darauf hingewiesen, dass sie im Urteilsfall mit keinem oder einem höchst unwesentlich besseren Ergebnis rechnen könne. Es ist nun zu befürchten, dass der Druck auf eine den gerichtlichen Vergleichsvorschlag ablehnende Partei durch die drohende Kostenaufgabe steigt, weil in faktisch allen Fällen mit solchen Kostenaufgaben zu rechnen sein wird. Die betreffende Regelung enthält sodann ein pönales Element; es ist damit zu rechnen, dass das mit Mehrarbeit belastete Gericht, das die ablehnende Partei im Entscheid mit der vollen Kostenaufgabe belasten will, nur wenig Bereitschaft zeigen wird, seine für die Vergleichsverhandlung meist bloss summarische Prüfung des Falles nötigenfalls einer Überprüfung zu unterziehen.

Formulierungsvorschlag Art. 99:

*Offensichtlich unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat.  
~~Namentlich hat sie zu bezahlen, wer durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde.~~*

DJS: Die Bestimmung, dass die Prozesskosten zu bezahlen hat, wer durch einen Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als für den Vergleichsfall angeboten wurde, ist sehr problematisch. Einerseits wird dadurch der schon bestehende hohe Vergleichsdruck nochmals erhöht.

Andererseits ist nicht definiert, welche Prozesskosten der Partei, die den Vergleich abgelehnt hat, auferlegt werden (falls die zusätzlichen Kosten gemeint sind, ist unklar, wie diese bestimmt werden sollen). De facto würde diese Bestimmung dazu führen, dass eine Partei einen Vergleichsvorschlag nicht mehr ablehnen könnte, weil das daraus entstehende Kostenrisiko unabsehbar hoch wäre. Immerhin wird damit diejenige Partei bestraft, die in der Sache Recht bekommt (denn wenn sie nicht Recht bekommt, wird sie ohnehin mit den Kosten belastet).

Der Vorschlag bedeutet auch, dass die bisher geltende Usanz aufgegeben würde, dass Vergleichsvorschläge nicht öffentlich gemacht werden, insbesondere auch dem Gericht nicht bekanntgegeben werden dürfen. Dies stellt eine Erschwerung von Vergleichsverhandlungen mit noch unabsehbaren Konsequenzen dar.

In krassen Fällen könnten die unnötig verursachten Kosten auch nach dem 1. Satz von Art. 99 auferlegt werden.

DJZ: Die Bestimmung, dass die Prozesskosten zu bezahlen hat, wer durch einen Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde, ist sehr problematisch. Einerseits wird dadurch der schon bestehende hohe Vergleichsdruck nochmals erhöht. Andererseits ist nicht definiert, welche Prozesskosten der den Vergleich ablehnenden Partei auferlegt werden (falls die zusätzlichen Kosten gemeint sind, ist unklar, wie diese bestimmt werden sollen). De facto würde diese Bestimmung dazu führen, dass eine Partei einen Vergleichsvorschlag nicht mehr ablehnen könnte, weil das daraus entstehende Kostenrisiko unabsehbar hoch wäre. Wohlgedenkt wird damit diejenige Partei bestraft, die in der Sache Recht bekommt (denn wenn sie nicht Recht bekommt, wird sie ohnehin mit den Kosten belastet).

Der Vorschlag bedeutet auch, dass die bisher geltende Usanz aufgegeben würde, dass Vergleichsvorschläge nicht öffentlich gemacht werden dürfen, insbesondere auch dem Gericht nicht bekanntgegeben werden dürfen. Dies stellt eine Erschwerung von Vergleichsverhandlungen mit noch unabsehbaren Konsequenzen dar.

In krassen Fällen könnten die unnötig verursachten Kosten auch nach dem 1. Satz von Art. 99 auferlegt werden.

economiesuisse: Satz 2: Dieser Passus sollte gestrichen werden, da daraus eine unfaire Kostenverteilung resultieren könnte, wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Ablehnung des Vergleichsangebotes gezwungen sah. Die Kostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 98 lässt dem Gericht genügend Spielraum. Ob ein Vergleich abgeschlossen wird oder nicht, sollte Teil der Vertragsfreiheit sein, welche durch eine zwingende zusätzliche Kostenauflegung beschränkt würde.

FRC: La FRC demande la suppression de cette disposition. En effet, elle constitue un frein à l'accès à la justice et revient à inciter la partie lésée à brader ses prétentions financières. Cette disposition est particulièrement mal venue dans les litiges à gros enjeux financiers, comme les affaires de responsabilité civile. Dans de tels cas, même si la partie adverse se déclare prête à payer, la partie lésée est en droit de refuser une offre de paiement qu'elle considère insuffisante et de poursuivre le procès sans être sanctionnée à la fin de la procédure pour avoir cherché à obtenir l'indemnisation équitable de son dommage.

FSA: La FSA propose la suppression de la seconde phrase de l'article 99 AP.

kvs: Satz 2: Bereits heute wird in der Gerichtspraxis ein unterschiedlicher Druck ausgeübt, wenn Gerichte Parteien zum Abschluss eines Vergleichs motivieren wollen. Gerichtliche Vergleichsvorschläge basieren bekanntlich auf einer ersten, vorläufigen Einschätzung und dementsprechend auf einer mehr oder weniger sorgfältigen Analyse. Mit der Möglichkeit dieses zusätzlichen Druckmittels wird eine Vergleichsjustiz gefördert und der rechtsstaatliche Anspruch auf eine materielle gerichtliche Entscheidung in Frage gestellt. Wir lehnen diese Bestimmung ab.

OAFRI: L'offre transactionnelle permettant de modifier la répartition des dépens doit avoir été formulée en justice.

OGZH: Ein interessanter Versuch, die Parteien zu seriöser(er) Prüfung von Vergleichsangeboten zu zwingen, aber auch problematisch. Wie effizient er sich auswirken würde, ist kaum vorherzusehen. Wir zögen vor, den zweiten Satz wegzulassen. In krassen Fällen kann das Ablehnen eines Vergleichsangebotes auch unter die (richtigerweise restriktive) Formulierung von Satz 1 subsumiert werden.

*Vorschlag: (Satz 2:) streichen.*

Klarstellen möchten wir (was im Bericht nicht zum Ausdruck kommt), dass nach dieser Vorschrift auch eine Kostenaufgabe an Dritte möglich sein soll.

SDM-FSM: Art. 99: Satz 2 streichen.

SwissBanking: Unseres Erachtens darf das Erledigungsprinzip nicht vor das Rechtsschutzinteresse gestellt werden. Offensichtlich unnötige Kosten sind gemäss Art. 99 durch die sie verursachende Person zu tragen. Der 2. Satz (er ist nur aus Klägersicht formuliert, gilt nach unserem Dafürhalten umgekehrt wohl analog) widerspricht dem 1. Sogar wenn die Partei durch den Entscheid (nicht wesentlich) mehr erhält als ihr angeboten wurde, werden mit dieser Regelung die Prozesskosten ab Vergleichsangebot offensichtlich als unnötig angesehen. Diese rein retrospektive auf dem Verursacherprinzip fussende Betrachtungsweise ist unseres Erachtens nicht verhältnismässig, zumal der 2. Satz so formuliert ist, dass er gar keinen Spielraum offen lässt ("hat sie zu bezahlen"). Aus diesem Grund wäre der 2. Satz ersatzlos zu streichen. Sollte der Satz 2 nicht gestrichen werden, wäre eine Klarstellung notwendig in Bezug auf den Anwendungsbereich der Bestimmung, der sich ausschliesslich auf gerichtliche Vergleiche beschränken sollte und nicht auf aussergerichtliche Vergleiche ausgedehnt werden darf.

swissmem: Satz 2: Dieser Passus sollte gestrichen werden, da daraus eine unfaire Kostenverteilung resultieren könnte, wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Ablehnung des Vergleichsangebots gezwungen sah. Die Kostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 98 lässt dem Gericht genügend Spielraum. Ob ein Ver-

gleich abgeschlossen wird oder nicht, sollte Teil der Vertragsfreiheit sein, welche durch eine zwingende zusätzliche Kostenauflegung beschränkt würde.

Uni BE: Nota: Prozesskosten sind nie unnötig, sondern allein ev. die sie veranlasst habenden Parteivorkehren.

Uni NE: L'article 99 indique que la partie à laquelle la décision accorde à peu de chose ce que la partie adverse lui avait offert à titre transactionnel doit s'acquitter des frais. Il devrait s'agir des frais depuis le moment de l'offre, et non de l'ensemble des frais, à défaut de quoi cette disposition devrait être considérée comme excessive.

Uni ZH: Nach Art. 99 Vorentwurf hat namentlich derjenige Prozesskosten als von ihm unnötig verursacht zu bezahlen, der durch den Entscheid nicht mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde. Diese Bestimmung ist insofern bedenklich, als sie dem Gericht ein zu starkes Instrumentarium zur Ausübung von Vergleichsdruck an die Hand gibt. Es ist ohnedies immer möglich, das Verhalten einer treuwidrig agierenden Partei im Rahmen der Kostenverteilung nach Ermessen (Art. 98 Vorentwurf) zu berücksichtigen; die darüber hinausgehende Möglichkeit des Art. 99 Satz 2 ist als Ausdruck eines autoritär-etatistischen Prozessverständnisses abzulehnen.

Der zweite Satz ist bedenklich und zu streichen. Er gefährdet zum einen die bewährte Praxis unpräjudizieller Vergleichsangebote. Zum anderen steigt der ohnehin schon hohe Vergleichsdruck bei Referentenaudienzen. Satz 2 kann deshalb rechtsstaatlich fragwürdige Wirkungen zeitigen.

Unvollständige Regelung des gerichtlichen Vergleichs: *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 51 f.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 99 Satz 2 VE betreffend früheres Vergleichsangebot ist zu streichen aus folgenden Gründen (ebenso mit zusätzlichen Gründen ISAAK MEIER/DIANA MÜRNER, S. 599 f.):

- Die Regelung widerspricht dem Grundsatz, dass jede Vergleichsofferte bezüglich des eingenommenen Prozessstandpunktes unverbindlich ist. Demnach ist es auch die Ablehnung einer solchen. Vgl. auch Art. 199 VE.
- Der Vergleich eines Vergleichsangebotes mit dem Wortlaut des Urteils kann je nach Prozessthema Schwierigkeiten verursachen.
- Unklar bleibt sodann, welches die nach abgelehntem Vergleich erwachsenen "unnötigen" Prozesskosten sind. Möglicherweise handelt es sich um den Aufwand für die Fällung des Urteils, es kann aber auch ein ganzes Beweisverfahren darunter fallen.

Auch wenn das Urteil dem seinerzeitigen Vergleichsangebot entspricht, kann eine Partei durchaus daran interessiert sein, dafür eine gerichtliche Begründung zu erhalten, so etwa wenn es sich um einen Fall mit präjudizieller Bedeutung handelt oder im Hinblick auf Art. 68 VE.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- AG: Diese Bestimmung sollte wie folgt geändert werden: "Das Gericht hat die Kosten den Parteien grundsätzlich nach dem Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens aufzuerlegen, sofern der Vergleich keine Vereinbarung über die Kostentragung enthält." Weiter beantragen wir die Aufnahme einer Bestimmung, dass Parteivereinbarungen über die Kostentragung, durch die der Staat offensichtlich benachteiligt wird, für das Gericht nicht verbindlich sein sollen. Beispiel: Die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, übernimmt sämtliche Gerichtskosten, obwohl sie materiell gewonnen hat.
- FR: Cette règle qui institue la compensation des dépens en cas de transaction si les parties ne conviennent pas d'une autre répartition est une simplification indéniabie. Elle n'est toutefois pas toujours équitable ou elle risque de conduire à l'échec de certaine transaction. En pratique la règle qui permet au juge de trancher ne conduit pas toujours à une compensation.
- SO: Bezüglich Vereinbarungen über die Verteilung der Prozesskosten bei Vergleich wäre eine Einschränkung zu prüfen, wie § 103 Abs. 2 der Solothurnischen ZPO sie kennt: "Vereinbarungen über die Verteilung der Kosten zum Nachteil des Staates sind für das Gericht unverbindlich."
- TI: Questa norma omette di regolare la questione degli acconti. Per evitare che lo Stato debba rincorrere la parte convenuta per la sua quota di metà delle spese processuali, la maggioranza della Commissione ritiene che bisogna prevedere che gli acconti versati dall'attrice restano - ad ogni modo - acquisiti alle casse dello Stato (naturalmente nella misura in cui non eccedano l'ammontare finale dei costi di causa). I conguagli si faranno dunque internamente tra parte attrice e convenuta.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: *Art. 100 Répartition des frais en cas de transaction*

*[La première phrase reste inchangée]. L'art. 101 est réservé.*

Commentaires: L'ajout de la deuxième phrase se justifierait en cas d'adoption de l'art. 101 ci-dessous.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Da in aller Regel bei einem Vergleich die Kostenfrage von den Parteien geklärt wird, ist die Bedeutung dieser Bestimmung gering. Sie kann aber stossend empfunden werden, wenn in einem Vergleich die eine Partei fast vollständig obsiegt. Daher ist die Einschränkung "in der Regel" denkbar.

suisa: Die Regelung des VE mag häufig anzutreffen sein, sie weist jedoch zwei gravierende Nachteile auf: Erstens ist sie ungerecht, weil sie eine Partei mit erheblichen Kosten belasten kann, obwohl die vergleichsweise Einigung nur wenig von ihren Rechtsbegehren abweicht. Zweitens setzt sie – aus dem erstgenannten Grund – die Vergleichsbereitschaft herab. Vorzuziehen ist die Verteilung der Kosten nach Massgabe des Vergleichs oder unter Berücksichtigung des Standes des Prozesses unmittelbar vor Abschluss des Vergleichs.

SVM: *100 a (nouveau) Répartition en cas de convention de médiation*

*En cas de conventions de médiation ratifiées par le juge, la répartition des frais judiciaires suit la même répartition que les coûts de médiation négociés par les parties, à moins d'un accord contraire de leur part.*

Uni BE: Marginale: "*Verteilung der Kosten ...*"

Art. 101

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Wir halten die Lösung nicht für sachgerecht, da sie zu einer neuen Risikoverteilung führt.

BE: Diese Bestimmung ist aus den folgenden Überlegungen ersatzlos zu streichen: Durch sie wird in vielen Fällen das gesamte Inkassorisiko dem Staat überbunden, zumal der Bericht ausdrücklich festhält, geleistete Vorschüsse und Sicherheitsleistungen dürften nicht an die Gerichtskosten der anderen Partei angerechnet werden, auch nicht mit allfälligem Rückgriffsrecht der Parteien. Dies bedeutet beispielsweise, dass der von der klagenden Partei geleistete Vorschuss nicht verwendet werden darf, wenn diese mit ihrer Klage durchdringt, sondern dass der Staat die gesamten Kosten bei der beklagten Partei einzutreiben hat. Womöglich würde der Staat so gar gezwungen, das Inkasso im Ausland vorzunehmen, worauf aus Kostengründen in den meisten Fällen verzichtet werden müsste. Auch im Rechtsmittelverfahren wäre der Vorschuss, welcher an sich die gesamten Kosten decken würde (Art. 87 Abs. 2 VE), unantastbar, sofern die Partei, die das Rechtsmittel eingelegt und somit den Vorschuss geleistet hat, obsiegt. Damit ginge in vielen Fällen die gesamte Vorschusswirkung verloren, was für die Kantonsfinanzen wie erwähnt erhebliche Konsequenzen haben könnte.

Wenn der VE im Sinne einer Kompromisslösung vorsieht, dass nur von der klagenden Partei ein Vorschuss verlangt werden kann und dieser zudem auf höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten begrenzt ist (Art. 87 Abs. 1 VE), so sollte zumindest die klagende oder die das Rechtsmittel einlegende Partei, die den Prozess ja gewollt hat, am Eintreibungsrisiko beteiligt werden.

BL: Antrag: Diese Bestimmung ist zu streichen.

Begründung des Antrags: Mit dieser Bestimmung wird den Gerichten ohne zwingenden Grund das Inkasso-Risiko für die Gerichtskosten übertragen. Deren Streichung drängt sich umso mehr auf, sollte es – entgegen unserem Antrag – bei der Regelung von Art. 87 Abs. 1 des Vernehmlassungsentwurfs bleiben, wonach der Kostenvorschuss höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten betragen darf. Für den Fall, dass diese Regelung wider Erwarten bestehen bleibt, weisen wir darauf hin, dass den Kantonen daraus zusätzliche Kosten entstehen.

BS: An dieser Stelle seien die Bemerkungen zu Art. 87 mit Nachdruck wiederholt, wonach nicht einzusehen ist, weshalb derjenige, der das Prozessverfahren in Gang gesetzt hat, nicht für die damit verursachten Kosten haften soll. Die Expertenkommission hält in ihrem Bericht wohl fest, dass der Staat sein Inkassorisiko nicht auf die vorschliessende, aber nachträglich 'kostenbefreite' Partei überwälzen darf. Sie begründet ihre These jedoch mit keinem Wort. Soweit eine Partei nach dem allgemein geltenden Verursacherprinzip für die durch ihre An-

träge verursachten Kosten haftet, sollen die von ihr geleisteten Vorschüsse zur Deckung dieser Kosten verwendet werden können, wie auch immer das Gericht schlussendlich die Kosten unter den Parteien verteilt. Will ein Kanton eine mildere Lösung einführen, so sei ihm hiezu die Möglichkeit einzuräumen.

LU: Die vorgeschlagene Regelung überzeugt nicht. Da im Zivilprozess private Streitigkeiten ausgetragen werden, ist es gerechtfertigt, das Inkassorisiko den Parteien und nicht dem Staat zu überbinden. Vor allem die Klägerschaft hat bei ihrem Entscheid, ob sie klagen will, auch das Inkassorisiko einzukalkulieren. Der Staat sollte daher in jedem Fall berechtigt sein, die Gerichtskosten mit den einbezahlten Kostenvorschüssen zu verrechnen. Der vorschliessenden Partei ist das Rückgriffsrecht auf die kostenpflichtige Partei einzuräumen.

NE: L'article 101 prévoit un système de restitution des sûretés qui place les cantons devant une situation très claire de devoir seuls assumer le risque de la procédure. Il faut à tout prix modifier ce système et le remplacer par celui dans lequel le demandeur assume ce risque et notamment le fait que sa partie adverse n'est pas en mesure de payer les frais du procès.

NW: Analog § 9 Prozesskostenverordnung des Kantons Nidwalden: *Für die Gerichtskosten haftet nur die Prozesspartei, der sie auferlegt worden sind (Abs. 1); Streitgenossen haften solidarisch für die Kosten (Abs. 2); Die geleisteten Vorschüsse werden mit den Gerichtskosten verrechnet; die kostenpflichtige Partei hat der Gegenpartei ihre Vorschüsse zu ersetzen, ausgenommen in den Fällen, in denen die kostenpflichtige Partei die unentgeltliche Rechtspflege genießt (Abs. 3).*

Begründung: Es ist wünschenswert, dass nicht der Kanton das Inkassorisiko trägt, sondern dass dieses nach dem Verursacherprinzip den Parteien überbunden wird.

SG: Antrag neuer Art. 101a: Kosten bei einem ausländischen Schuldner einzutreiben ist äusserst schwierig. Wir beantragen daher, dass einer Partei, die gegen eine Partei im Ausland Klage oder Widerklage führt oder ein Rechtsmittel einlegt, die Kosten auch auferlegt werden können, wenn sie obsiegt, unter Einräumung des Rückgriffs auf die unterliegende Partei. Dasselbe sollte gelten, wenn eine Partei wegen unbekanntem Aufenthaltes der Gegenpartei ein Säumnisurteil erwirkt.

SO: Eine volle Kostenhaftung analog der Regelung im SchKG ist einzuführen oder mindestens zu prüfen. Der Staat soll nicht das Inkassorisiko übernehmen, namentlich nicht im ordentlichen Verfahren. Für bedürftige Parteien besteht das Institut der unentgeltlichen Prozessführung.

TG: Wir halten diese Lösung nicht für sachgerecht, da sie zu einer neuen Risikoverteilung führt. Unseres Erachtens sollte es bei der Regelung gemäss § 73 Satz 1 ZPO TG bleiben, wonach die amtlichen Kosten in der Regel bei der Klägerin oder beim Kläger erhoben werden.

TI: Vgl. bei Art. 100.

ZG: Es ist nicht gerechtfertigt, den Kanton in jedem Fall das Inkassorisiko tragen zu lassen. Vielmehr soll anstelle der Rückzahlung ein Rückgriffsrecht auf die kostenpflichtige Gegenpartei eingeräumt werden.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Art. 101 Restitution des émoluments

*Lorsqu'une demande taxée en conformité de l'art. 86 al. 2, lettres a et b, est retirée, transigée, jointe à une autre demande ou déclarée irrecevable, ou qu'une instance se périmé, le juge peut, sur requête, au plus tard à la clôture de l'instance, respectivement dans le mois suivant sa péremption, ordonner la restitution des émoluments perçus, au maximum à concurrence des  $\frac{3}{4}$ , mais non en deçà d'un solde de CHF 1'000.-.*

Commentaires: Il semblerait opportun d'adopter la disposition ci-dessus tirée de l'article 23 du Règlement fixant le tarif des greffes à Genève. Les diverses hypothèses mentionnées ont toutes pour conséquence de décharger, d'une manière ou d'une autre, les tribunaux. Il se justifierait donc d'en tenir compte.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Bestimmung, dass der Staat sein Inkassorisiko nicht auf die vorschliessende Partei überwälzt, ist zu begrüssen. Ob nicht doch eine zinsbringende Anlage von Sicherheitsleistungen gestattet werden sollte, wäre zu prüfen.

Statt "Kosten" sollte es "*Prozesskosten*" heissen.

AVLU: Die vorgeschlagene Regelung wird ausdrücklich begrüsst. Es ist denn auch in der Tat nicht einzusehen, weshalb das Gericht das bei einer Partei bestehende Insolvenzrisiko auf die Klägerpartei soll überwälzen können.

OGZH: Nach unserer Erfahrung ist es für die Gerichtskasse faktisch unmöglich, Kosten eines ausländischen Schuldners einzutreiben, und das gilt (leider) auch für die meisten Staaten der EU. Unser kantonales Prozessrecht sieht daher eine Kautionspflicht für die Partei vor, welche gegen einen Ausländer klagt oder ein Rechtsmittel ergreift (ZH-ZPO 67 Abs. 3 und 76). Eine gewisse Vorschusspflicht des Klägers und Rechtsmittelklägers ist nach dem VE sichergestellt, doch greift sie in den hier interessierenden Fällen nicht, weil der Vorschuss der obsiegenden Partei (im Grundsatz selbstverständlich zu Recht) zurückerstattet werden muss, VE Art. 101. Wir regen daher eine der ZH-ZPO analoge Regelung an.

Vorschlag:

*Art. 101a      Schwer einbringliche Kosten*

*<sup>1</sup>Einer Partei, welche gegen eine Partei im Ausland Klage oder Widerklage führt oder ein Rechtsmittel einlegt, können die Kosten auch auferlegt werden, wenn sie obsiegt, unter Einräumung des Rückgriffs auf die unterliegende Partei.*

*<sup>2</sup>Das gleiche gilt, wenn eine Partei wegen unbekanntes Aufenthaltes der Gegenpartei ein Säumnisurteil erwirkte.*

SchKG-Vereinigung: Vgl. zu Art. 93.

Uni LA: Voir rem. ad art. 87.

## Art. 102

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die selbständige Anfechtung des erstinstanzlichen Kostenentscheids nur mit (Nichtigkeits-) Beschwerde wird ausdrücklich begrüsst.

BE: In der französischen Version sind die folgenden zwei Präzisierungen vorzunehmen: "La décision de première instance sur les frais *judiciaires* peut être attaquée séparément uniquement par *le recours limité au droit*."

GE: Le principe d'un recours contre les décisions sur frais, sûreté etc. est bon.

On peut se demander si le pouvoir (limité) de cognition et de sanction de l'autorité de recours (cf. art. 310ss PCS) est judicieux. Dans les commentaires qui précèdent, quelques réflexions ont été lancées qui ne seront pas reprises ici. Cela dit, il semble être généralement admis en droit suisse que, lorsque l'autorité de décision jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ce qui serait le cas du tribunal de première instance sur les questions de frais, sûretés et dépens évoquées ici), l'autorité de recours n'a corrélativement qu'un pouvoir de cognition et de sanction limité.

SH: Die selbständige Anfechtung des erstinstanzlichen Kostenentscheids nur mit (Nichtigkeits-)Beschwerde wird ausdrücklich begrüsst.

TG: Das richtige Rechtsmittel ist nach unserer Meinung der Rekurs und nicht die Beschwerde.

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Le principe d'un recours contre les décisions sur frais, sûretés etc. est bon.

On peut se demander si le pouvoir (limité) de cognition et de sanction de l'autorité de recours (cf. art. 310 ss AP) est judicieux. Dans les commentaires qui précèdent, quelques réflexions ont été lancées, qui ne seront pas reprises ici. Cela dit, il semble être généralement admis en droit suisse que, lorsque l'autorité de décision jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ce qui serait le cas du tribunal de première instance sur les questions de frais, sûretés et dépens évoquées ici), l'autorité de recours n'a corrélativement qu'un pouvoir de cognition et de sanction limité.

DJS: Im Gegensatz zu Art. 92 und 110 soll beim Kostenentscheid gemäss dem Vorentwurf nur das eingeschränkte Rechtsmittel der Beschwerde zulässig sein. Der Kostenentscheid kann sehr grosse praktische Bedeutung haben, weshalb diese Einschränkung nicht gerechtfertigt ist.

DJZ: Im Gegensatz zu Art. 92 und 110 soll beim Kostenentscheid nur das eingeschränkte Rechtsmittel der Beschwerde zulässig sein. Der Kostenentscheid kann sehr grosse praktische Bedeutung haben, weshalb diese Einschränkung nicht gerechtfertigt ist.

SGB: Contrairement à ce qui est prévu aux articles 92 et 110, les décisions concernant les frais ne peuvent être attaquées que par le moyen restreint du recours.

La décision concernant les frais peut avoir une grande importance pratique, de telle sorte que cette restriction n'est pas justifiée.

Uni NE: La note marginale de l'article 102 parle de "*recours*". Il conviendrait que l'avant-projet soit unifié sur ce point, on voit parfois apparaître la notion de "*voie de recours*" (par exemple art. 92).

Une disposition ne devrait-elle pas prévoir la prise en charge complète des frais d'avocat de la partie adverse en cas de témérité ? Une telle solution s'impose à notre avis si l'on décide de ne pas couvrir entièrement les frais d'avocat avec les dépens.

Art. 103

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In Übereinstimmung mit dem Bericht sollte aus dem Gesetzestext hervorgehen, dass sich die Kostenlosigkeit auch auf die Parteikosten (Art. 86 Abs. 3 VE) bezieht. Vorgeschlagen wird die folgende Formulierung:

*In folgenden Schlichtungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteikosten gesprochen:*

*a. Streitigkeiten betreffend...*

Der Bericht zu Art. 103 VE führt aus, Parteikosten würden im Schlichtungsverfahren generell nicht zugesprochen (Art. 203 VE). Dies geht jedoch weder aus dem Gesetzestext noch dem Bericht zu Art. 203 VE mit der notwendigen Klarheit hervor, was korrigiert werden sollte.

BS: Wenn die Expertenkommission in ihrem Bericht erläutert, dass sich die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens nach dem geltenden Recht bzw. der Kostenregelung für das Entscheidungsverfahren richten soll, so ist nur folgerichtig, das Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.— für kostenlos zu erklären. Es ist nicht einzusehen, warum das Schlichtungsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten mit einem höheren Streitwert kostenlos sein soll.

SH: Art. 103 f.: Für den schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 266 ff.) wäre es zweckmässig, eine Regelung wie im Schaffhauser Recht einzuführen (Art. 301 ZPO SH). Danach sind die Kosten in jedem Fall vom Kläger zu beziehen, und gegebenenfalls ist der Beklagte zur Rückzahlung an den Kläger zu verpflichten.

SO: Die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens sollte bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (lit. b) nur bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken vorgesehen werden. Bei höheren Streitwerten kann dies nicht mehr mit dem sozialen Zivilprozess begründet werden.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die Kantone haben mit ihrer Gerichtsorganisation darauf hinzuwirken, dass möglichst viele Streitigkeiten von den Schlichtungsstellen erledigt werden können.

Grüne Partei: Entsprechend unserem Antrag, auch für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag das vereinfachte Verfahren vorzusehen (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 237), sollte das Schlichtungsverfahren für diese Streitigkeiten ebenfalls kostenlos sein. Wir beantragen deshalb die Aufnahme einer entsprechenden zusätzlichen lit. d in Art. 103.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: Questo articolo è chiaramente incompleto. L'ACSI chiede che sia istituita una procedura di conciliazione *gratuita* in tutte le controversie (indipendentemente cioè dal valore litigioso) inerenti contratti conclusi con consumatori. La gratuità favorisce il ricorso alla conciliazione, a tutto beneficio di un'evasione celere delle vertenze (soprattutto laddove la funzione di conciliatore è svolta da persone specificatamente formate e provviste di senso della mediazione).

L'associazione chiede pertanto l'introduzione di una lettera "d)" dal tenore seguente:

*"d) nelle controversie derivanti da contratti conclusi con consumatori indipendentemente dal valore litigioso."*

FRC: Aux yeux de la FRC, cet article doit être complété, en ce sens qu'il doit prévoir une procédure de conciliation gratuite aussi pour les litiges de consommation.

GGD ZH: Lit. c: Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz und nach Mitwirkungsgesetz betreffen völlig unterschiedliche Themenbereiche. Eine Zusammenfassung in die gleiche litera rechtfertigt sich deshalb nicht. Dieser Einwand gilt auch für die Art. 194 Abs. 2 lit. c, 103 lit. c, 237 lit. c und 240 Abs. 1 lit. c.

MietZG: lit. a: Der bisherige Art. 274d Abs. 2 OR sah die Möglichkeit vor, bei trölerischem Verhalten Kosten und Entschädigungen aufzuerlegen. Zwar wurde von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht. Sie hat sich jedoch als präventiv wirkend bewährt. Aus diesem Grunde wäre die Beibehaltung dieser Möglichkeit zu begrüssen (im Sinne von Art. 104 Abs. 2 des Vorentwurfs).

MV: Abs. 1 lit. a: Wir begrüssen die vorgeschlagene Regelung. Sie hat sich seit mehr als 30 Jahren bewährt.

OGZH: Zur Klarstellung ist es sinnvoll, die Tragung der Parteikosten zu regeln.

Vorschlag:

*(Abs. 2:) Im Schlichtungsverfahren trägt jede Partei ihre Kosten selbst.*

Uni BE: Plural: "Schlichtungsverfahren sind ..."

Uni NE: A notre sens, la conciliation devrait toujours être gratuite et être limitée aux domaines sociaux du bail et du travail. Dans les autres domaines, il conviendrait que le juge tente la conciliation à la première audience. Prévoir une conciliation dans tous les domaines, avec un émolument à la clé entraînera des longueurs et des frais inutiles.

Art. 104

## *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir regen an, die Kostenlosigkeit auf die Parteikosten auszudehnen (vgl. § 67 Abs. 1 des Luzerner Gesetzes über das Arbeitsgericht vom 8. März 1977, AGG).

TI: Cpv. 1 lett. b: la Legge federale sull'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese, RS 822.14 (Legge sulla partecipazione) si applica a tutte le imprese private che, in Svizzera, occupano abitualmente lavoratori.

ZH: Nach Art. 104 dürfen bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis Fr. 30 000 und bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und dem Mitwirkungs-

gesetz keine Gerichtskosten auferlegt werden. Diese aus der geltenden Rechtsordnung übernommenen Regelungen sollen das strukturelle Ungleichgewicht der Parteien mildern und sind dem Grundsatz nach auch durchaus gerechtfertigt. Indessen setzt die vollständige Befreiung von den Gerichtskosten falsche Signale, indem jeder Anreiz zur aussergerichtlichen Streiterledigung entfällt. Unseres Erachtens sollte die unterliegende Partei verpflichtet sein, einen kleinen Anteil der Gerichtskosten zu übernehmen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die Grenze von CHF 30'000.- für die Kostenlosigkeit von Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und dem Arbeitsvermittlungsgesetz (Art. 104 Abs. 1 lit. a) sollte auf CHF 50'000.- erhöht werden: Es sind nämlich auch bei vergleichsweise bescheidenen Monatseinkommen von unter CHF 6'000.- Streitwerte von über CHF 30'000.- möglich (vgl. Art. 337c Abs. 3 OR, wonach für eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung eine Entschädigung von maximal 6 Monatslöhnen gerichtlich zugesprochen werden kann).

Sodann sind wir der Ansicht, dass auch im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus Miete von Wohnräumen (nicht jedoch von Geschäftsräumen) sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (nicht jedoch aus Pacht von Geschäftsräumen) keine Gerichtskosten gesprochen werden sollten, wie dies heute in den Kantonen Genf und Waadt vorgesehen ist. Wir verlangen deshalb die Aufnahme einer entsprechenden zusätzlichen lit. c in Art. 104 Abs. 1.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Bei bös- und mutwilliger Prozessführung sollte die Möglichkeit bestehen, auch Parteikosten zuzusprechen.

ASI: Etes-vous d'avis que nous devons exiger la gratuité de la procédure de décision également pour les litiges relatifs au droit de bail (ou au baux à loyer uniquement) par l'ajout d'une nouvelle lit. c à l'article 104 al. 1 de l'avant-projet ?

Sì. In particolare ci sembra che, in applicazione dell'art. 204 del nuovo progetto di legge (proposta di giudizio) in caso di mancata conciliazione si arriverebbe sempre ad una situazione in cui l'U.C. ha un potere decisionale (cfr. cpv. 3 di tale articolo). Ricordiamo che il (nuovo) art. 274a cpv. 1 CO assegnerebbe una competenza decisionale generalizzata agli U.C. per tutte le cause con un valore litigioso "limitato".

Ci sembra che, nella forma attuale, i principi e le idee espresse negli artt. 103, 104 e 204 dell'avamprogetto non combacino perfettamente tra do loro.

ASLOCA: La procédure doit être gratuite en matière de litiges découlant du droit du bail. A tout le moins, il faut laisser aux cantons la compétence de maintenir la gratuité.

CBL-GE: Proposition: nouvelle let. c.

*c. pour les litiges relatifs aux contrats de baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux.*

Motifs: A l'instar de la procédure de conciliation (art. 103), la procédure de décision doit aussi être gratuite pour les litiges en matière de droit du bail, comme c'est le cas en droit actuel dans certains cantons.

MV: Nach unserer Ansicht soll im Interesse der Mieterinnen und Mieter bei miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten auch das erstinstanzliche Entscheidungsverfahren kostenlos sein, mindestens bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.— und unabhängig vom Streitwert bei Kündigungen. Der Verlust der Wohnung oder des Geschäftsraums ist eine absolut existenzielle Frage. Dieser Ansicht war auch die Expertenkommission. Sie hält auf Seite 50 des Berichtes fest, der Entwurf befreie in bestimmten existenziellen Materien wie Arbeit und Miete generell von Gerichts- und Schlichtungskosten. Das kommt allerdings in Art. 104 VE nicht zum Ausdruck. Jedenfalls ist nicht einzusehen, warum Streitigkeiten aus Miete und Pacht anders zu behandeln sind als arbeitsrechtliche Streitigkeiten. Die gemietete Wohnung und der gemietete Geschäftsraum ist ein mindestens so existenzielles Bedürfnis wie die Arbeit.

Kommt dazu, dass viele Kantone bereits ein unentgeltliches mietgerichtliches Verfahren kennen. Die Vereinheitlichung der ZPO soll selbstverständlich nicht zu einer Verschlechterung in diesen Kantonen führen.

TS: Im Bereich der Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis übernimmt der Vorentwurf weitgehend die Bestimmungen des geltenden Art. 343 OR, allerdings ergänzt durch die aus der näheren Umschreibung des vereinfachten Verfahrens sich ergebenden Konkretisierungen. Hier schreibt das heutige Bundesrecht die Ermittlung des Sachverhalts für Streitigkeiten bis 30'000 Franken Streitwert fest. Gleichzeitig werden für diese Verfahren heute keine Gerichtskosten erhoben. Diese Streitwertgrenze soll für die beiden angeschnittenen Punkte weiterhin gelten (Art. 104 Abs. 1 Bst. a VE für die Kosten, Art. 240 Abs. 1 Bst. b VE für die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen).

Art. 105

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Wie der Bericht zu Art. 105 Abs. 1 VE zutreffend ausführt, ist Voraussetzung der unentgeltlichen Prozessführung, dass die betreffende Person nicht über die notwendigen Mittel verfügt, *um für die Prozesskosten aufzukommen ohne erhebliche Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts*. Diese Ergänzung sollte auch im Gesetzestext vorgenommen werden, da ansonsten die Bestimmung unvollständig erscheint.

In der französischen Version von Abs. 1 sollte es heissen "... à moins que sa cause *ne* paraisse...". Ausserdem sollte im gleichen Satz "... *de toute* chance de succès..." "toute" gestrichen werden, da die unentgeltliche Prozessführung nicht nur dann zu verweigern ist, wenn die gestellten Rechtsbegehren *absolut* aussichtslos sind. Es genügt, dass sie aussichtslos sind, d.h. die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahr.

Zu Abs. 2 dieses Artikels ist festzustellen, dass er strenger ist als die aktuelle Rechtsprechung. Es fragt sich, ob z.B. die Beurteilung eines geltend gemachten Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung für eine juristische Person nicht weiterhin der Rechtsprechung zu überlassen ist.

FR: Outre la condition d'indigence, l'AP mentionne comme condition pour l'assistance judiciaire uniquement le fait que la cause ne doit pas être dépourvue de toute chance de succès. Certes le commentaire indique qu'il faut comprendre qu'il s'agit de la situation des risques d'échec supérieurs aux chan-

ces de succès, mais il serait préférable que la règle soit formulée de cette manière.

- GE: Articles 105 à 112 PCS: Les art. 105 et suivants PCS traitent de l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, dont on rappellera qu'il est de nature constitutionnelle (art. 29 al. 3 Constitution fédérale). Etant donné le principe acquis, on peut se demander si, pour partie au moins, le sujet ne relève pas de l'organisation judiciaire. On peut songer notamment aux art. 108 et 110 PCS qui règlent la procédure à suivre en vue de l'octroi de l'assistance judiciaire.
- GR: In Graubünden bestand bis anhin die Regelung, dass nicht nur der Kanton, sondern auch die Gemeinden über die Bezirke oder Kreise Träger von Kosten, die zu Lasten des Staates gehen, sein können. Unklar ist, ob die Kantone mit der neuen Regelung die Kostenträger weiterhin noch frei bestimmen können.
- LU: Nach der vorgeschlagenen Regelung soll für juristische Personen kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung bestehen. Da eine juristische Person aber allenfalls erst durch einen Prozess die Möglichkeit erhält, sich die notwendigen Mittel zur Verhinderung einer Zahlungsunfähigkeit zu verschaffen, sollte die Möglichkeit eines Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung für juristische Personen unter bestimmten Voraussetzungen geprüft werden.
- NE: Il n'y a pas lieu de transférer la compétence sur l'assistance judiciaire à la Confédération. (art.105ss). Si ce devait devenir le cas, il y aurait alors sur le même objet des dispositions fédérales pour la procédure civile et des dispositions cantonales pour les procédures pénales et administratives. La coexistence de ces systèmes n'est pas judicieuse.

En tout état de cause, l'adjectif "gratuit" devrait être biffé dans toutes les dispositions ou titres où il est utilisé parce que trompeur: l'assistance n'est pas gratuite puisque le bénéficiaire doit rembourser lorsque sa situation le permet.

D'autre part l'indication selon laquelle le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif laisse prévoir une augmentation du coût de l'assistance judiciaire. Et qui fixera ce tarif? Au demeurant, la notion de plein tarif n'est pas claire, faute de point de référence uniforme. Il vaudrait mieux parler de rétribution équivalente à celle d'un mandataire ordinaire mais, sur le fond, nous considérons qu'un certain sacrifice, de la part des mandataires professionnels, se justifie en contrepartie de leur monopole de représentation et qu'il ne porte pas atteinte à la qualité de défense des justiciables. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs développé à ce sujet une jurisprudence à laquelle il serait utile de se référer.

- NW: Es stellt sich ganz allgemein die Frage, ob das Kapitel "Unentgeltliche Prozessführung" im VE ZPO so ausführlich behandelt werden muss. Es handelt sich schliesslich um ein Administrativverfahren.

Begründung: Im Verfahren betreffend unentgeltliche Prozessführung wird über die Gewährung einer staatlichen Fürsorgeleistung entschieden. Zwar hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, gemäss Art. 29 Abs. 3 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist. Es fragt sich, wie weit der Bundesgesetzgeber in diesem Bereich legisferieren darf. Die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege trägt auch weiterhin der Kanton resp. das betreffende Gericht.

- TI: Per la miglior comprensione del cpv. 1 si propone la seguente formulazione:  
*Ha diritto all'assistenza giudiziaria gratuita chiunque:*

- a) *non disponga dei mezzi necessari per far fronte alle spese giudiziarie, senza compromettere in modo rilevante il suo necessario sostentamento o quello della sua famiglia; e*
- b) *se le sue conclusioni non appaiano prive di probabilità di successo.*

La norma non regola poi la questione temporale: ossia quando la parte non deve disporre dei mezzi necessari? Dopo lunghi tentennamenti la giurisprudenza ha fissato questo momento al giorno della presentazione della domanda (DTF 6.8.2003 - 5P.113/2003). Sarebbe allora opportuno precisarlo nella norma.

Cpv. 2: L'AP esclude la possibilità per le persone giuridiche al diritto dell'assistenza giudiziaria gratuita, facendo riferimento agli ordinamenti processuali cantonali, mentre il TF non ha ancora statuito in merito (DTF 124 I 241, cons. 4d).

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Dass es für juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geben soll (Art. 105 Abs. 2 lit. a), halten wir für problematisch:

Beispielsweise könnte ein auf wirtschaftlich schwachen Füßen stehendes kleines oder mittelgrosses Unternehmen ("KMU") von einer grossen multinationalen Gesellschaft, welche dem KMU einen Betrag in Millionenhöhe schuldet, durch Einreichung eines Antrags auf Leistung einer Prozesskostensicherheit erfolgreich davon abgehalten werden, diese Schuld gerichtlich einzuklagen, was möglicherweise zum Untergang des KMU und damit zum Verlust von Arbeitsplätzen führen würde. Wir schlagen deshalb vor, auch für juristische Personen einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung vorzusehen, zumindest im Umfang von Art. 106 Abs. 2 lit. a (Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen). Selbstverständlich müssen dabei die Voraussetzungen von Art. 105 Abs. 1 (Prozessarmut, keine Aussichtslosigkeit) erfüllt sein. Um Missbräuchen vorzubeugen, könnte der Anspruch ferner beschränkt werden auf Unternehmen, deren Umsatz im letzten Geschäftsjahr eine bestimmte Grösse nicht erreicht hat (analog zu Art. 9 Abs. 1 und 2 Kartellgesetz).

LPS: Plus que de la procédure proprement dite, l'assistance judiciaire nous paraît relever du domaine de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire d'un domaine qui est encore du ressort des cantons (art. 122 al. 2 Cst.féd.). Aussi la réglementation proposée aux articles 105 à 112 de l'avant-projet n'a-t-elle pas sa place dans la future loi fédérale de procédure civile. Il est vrai que l'assistance judiciaire constitue un complément essentiel de la procédure, dans la mesure où, en permettant aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes de participer néanmoins au procès, elle contribue aussi à une bonne application du droit matériel. Mais l'assistance judiciaire ne concerne pas seulement le procès civil et, dans ce domaine, la coexistence de deux réglementations – l'une fédérale pour ce qui concerne la procédure civile, l'autre cantonale pour ce qui concerne les procédures pénale et administrative – n'est certainement pas souhaitable. Au demeurant, les dispositions de l'article 29, alinéa 3, de la Constitution fédérale, ainsi que les principes développés par la jurisprudence dans le domaine de l'assistance judiciaire, nous paraissent de nature à garantir que les cantons adoptent une réglementation équitable et suffisante en la matière.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die im Bericht angeführte Begründung, warum juristischen Personen keine unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden kann, ist nicht überzeugend. Wenn juristische Personen bei Zahlungsunfähigkeit aufzulösen sind, dann bedeutet dies, dass es ihnen verwehrt sein kann, erfolgreich einen an sich bestehenden Anspruch durchzusetzen. Aus fiskalischen Gründen ist es aber aussichtslos, unentgeltliche Prozessführung auch für juristische Personen zu fordern.

AVLU: Nach der vorgeschlagenen Regelung soll für juristische Personen kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung bestehen. Die Expertenkommission begründet dies damit, dass die unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen kaum von praktischer Bedeutung wäre, weil juristische Personen bei Zahlungsunfähigkeit letztlich aufzulösen seien. Diese Begründung überzeugt nicht. Gerade ein Prozess kann einer juristischen Person die notwendigen Mittel zur Verhinderung einer Zahlungsunfähigkeit verschaffen. Ein rigoroser Ausschluss der juristischen Personen von der unentgeltlichen Prozessführung ist daher fragwürdig. Vielmehr sollte ein solcher Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. fehlende Möglichkeit, die benötigten Mittel von den Aktionären/Gesellschaftern zu erhalten) gegeben sein.

economiesuisse: Abs. 2: Juristische Personen werden von der unentgeltlichen Rechtspflege generell ausgeschlossen. In einzelnen Fällen könnte dies jedoch dazu führen, dass eine an sich solide, aber wenig liquide juristische Person von einem finanzkräftigen Kläger eingeklagt wird und zu einer Kautionsleistung verpflichtet werden kann, die sie nicht aufbringen kann. Als Konsequenz müsste sie die Klage zum vornherein anerkennen, den Konkurs erklären oder beides tun.

Des Weiteren stellt sich mit dem Ausschluss juristischer Personen von der unentgeltlichen Rechtspflege die Frage, wie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zu behandeln sind. Bekanntlich ist deren Rechtspersönlichkeit umstritten (auch wenn die überwiegende Lehre deren Rechtspersönlichkeit verneint).

KassZH: In Absatz 1 des Vorentwurfes fehlt eine nähere Umschreibung der "erforderlichen Mittel".

Vorschlag: *Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, haben Anspruch auf ...*

In Absatz 2 sollte bei lit. a der Hinweis auf Kollektiv- und Kommanditgesellschaften bzw. deren unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht nur im Bericht (S. 60), sondern im Gesetzestext Eingang finden.

OGZH: Abs. 2 lit a: Die Klarstellung, dass juristische Personen keine u. P. beanspruchen können, ist zu begrüßen. Die entsprechenden Versuche für Differenzierungen waren unbefriedigend (dazu bspw. ZR 101/2002 Nr. 93, den Stand der Diskussion referierend).

Abs. 2 lit. c: Unklar scheint uns, ob auch die Verfahren vor staatlichen Gerichten von der u. P. ausgenommen sein sollen (bspw. Ernennung von Schiedsrichtern, Beweisabnahmen); wir halten das für richtig und für konsequent, weil ja die u. P. im Verfahren vor dem Schiedsgericht nicht in Frage kommt. Man mag das der Praxis überlassen, vielleicht wäre es aber sinnvoll, es mindestens in der Botschaft klarzustellen.

swissmem: Abs. 2: Juristische Personen werden von der unentgeltlichen Rechtspflege generell ausgeschlossen. In einzelnen Fällen könnte dies jedoch dazu führen, dass eine an sich solide, aber wenig liquide juristische Person von einem finanzkräftigen Kläger eingeklagt wird und zu einer Kautionsleistung verpflichtet werden kann, die sie nicht aufbringen kann. Als Konsequenz müsste sie die Klage zum vornherein anerkennen, den Konkurs erklären oder beides tun.

Des Weiteren stellt sich mit dem Ausschluss juristischer Personen von der unentgeltlichen Rechtspflege die Frage, wie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zu behandeln sind. Bekanntlich ist deren Rechtspersönlichkeit umstritten (auch wenn die überwiegende Lehre deren Rechtspersönlichkeit verneint).

Uni BE: Personen mit Wohnsitz im Ausland wird die unentgeltliche Rechtspflege unter den gleichen Voraussetzungen gewährt wie den Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, wenn der ausländische Wohnsitzstaat staatsvertraglich *Gegenrecht* hält (Art. 11c IPRG). Im Lichte von BGE 120 Ia 217 ff. muss diese Bestimmung als klar verfassungswidrig bezeichnet werden und ist deswegen entsprechend anzupassen.

Uni GE: Les articles 105 et suivants PCS traitent de l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, dont on rappellera qu'il est de nature constitutionnelle (article 29 III Cst). Etant donné le principe acquis, on peut se demander si, pour partie au moins, le sujet ne relève pas de l'organisation judiciaire. On peut songer notamment aux articles 108 et 110 PCS qui règlent la procédure à suivre en vue de l'octroi de l'assistance judiciaire. L'audition de la partie adverse dans ce cadre (prévue dans certains cas à l'article 108 IV PCS; le Rapport, p. 62ss, va plus loin que la lettre du texte légal, puisqu'il prévoit la possibilité élargie d'entendre la partie adverse "*fréquemment en mesure de participer à l'établissement de l'état de fortune et des revenus ainsi que des chances de succès*". Il y aurait ainsi une sorte de procès avant le procès...) pose problème, puisque la voilà d'entrée de cause informée, lorsque celui qui requiert l'assistance juridique est le demandeur, de ce qu'une action judiciaire s'apprête à être introduite à son encontre... Une telle mesure semble inopportune et susceptible de placer le justiciable désireux d'obtenir l'assistance judiciaire dans une position procédurale délicate. Elle devrait être combattue.

Uni LA: Le droit à l'assistance judiciaire gratuite et sa réglementation formelle ne relève pas des règles de la procédure civile au sens de l'art. 122 al. 1 nCst; le seul fait que ce droit constitue une liberté constitutionnelle prévue à l'art. 29 al. 3 Cst ne donne nullement à la Confédération une compétence législative sur ce sujet (*idem* P.-R. GILLIERON, in JdT 2003 II 22-23). Les dispositions de l'AP sur ce point doivent être purement et simplement retirées faute de constitutionnalité.

En admettant même qu'il soit admissible de réglementer dans le futur CPC suisse l'assistance judiciaire (vu l'art. 112 AP, le mot "gratuite" peut être trompeur et ne devrait pas figurer), la réglementation proposée n'est que partiellement satisfaisante. On se réjouira d'abord que la commission d'experts s'entienne fermement au principe selon lequel l'assistance judiciaire ne peut être accordée aux personnes morales. Les nombreuses voix qui se sont élevées en sens contraire n'ont en effet pas d'arguments convaincants en faveur d'une innovation qui pourrait s'avérer ruineuse pour les finances publiques.

Le type de procédure prévu n'est cependant pas judiciaire. Vu la nature de l'assistance judiciaire, qui s'apparente à une prestation sociale de droit public, une procédure administrative, telle qu'elle est actuellement suivie dans le canton de Vaud pour l'assistance judiciaire civile, serait plus appropriée. A tout le moins faudrait-il laisser les cantons libres d'opter pour une procédure judiciaire ou une procédure administrative.

En outre, l'octroi de l'assistance judiciaire implique un pronostic sur les chances de succès de la cause. Il est peu heureux que ce pronostic provienne de la juridiction elle-même chargée de juger au fond. Si l'assistance judiciaire est refusée au motif que la cause paraît dénuée de toute chance de succès et que le demandeur persiste néanmoins à plaider à ses frais, pourra-t-il récuser le tribunal ?

Tout aussi critiquable est la disposition (art. 107 al. 3 AP) prévoyant que le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif. Alors que la Constitution fédérale n'impose nullement cette solution, cela aurait pour effet d'augmenter considérablement les coûts à la charge de l'Etat, mais aussi à la charge des parties tenues à remboursement selon l'art. 112 AP. En réalité, dans les limites du droit constitutionnel, le montant de la rémunération versée à l'avocat d'office, comme d'ailleurs son éventuelle obligation d'accepter sa mission ainsi que le point de savoir s'il a droit à un paiement dès la fin du procès ou s'il doit, avant de s'adresser à l'Etat, d'abord avoir vainement tenté de recouvrer des éventuels dépens alloués (cf. art. 107 al. 2 AP), doivent rester du domaine de la législation cantonale, de même que d'autres règles en relation avec l'activité des avocats et non réglée par la LLCA, comme la distraction des dépens ou la procédure de modération (cf. commentaire, ad art. 96 AP).

Enfin, on comprend mal le sens de l'art. 112 al. 2 AP. Selon le commentaire, il instituerait un délai de péremption qui ne serait susceptible ni d'être suspendu ni d'être interrompu. Mais le propre des délais de péremption est de pouvoir être sauvegardé moyennant l'ouverture d'une procédure avant l'échéance dudit délai. De quelle procédure s'agit-il ici ? D'une poursuite en recouvrement ? on ne saurait en tout cas imaginer que tout recouvrement soit exclu, quelque soit la diligence faite par l'Etat, passé ce délai de cinq ans, car ce serait une prime aux attermoissements des mauvais payeurs. Il serait beaucoup plus naturel de faire de ce délai un délai de prescription susceptible d'interruption, comme celui qui est prévu à l'art. 93 al. 2 AP.

SVAMV: Angesichts ihrer prekären finanziellen Situation sind die Bestimmungen im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Prozessführung für Einelternfamilien entscheidend. Bei den heute geltenden kantonalen Regelungen ist der Rechtsschutz weitgehend von den finanziellen Mitteln der Rechtssuchenden abhängig:

- Die Einkommensgrenzen, die zur unentgeltlichen Prozessführung berechtigen, sind sehr niedrig. Die Gerichtskosten sind für Personen, die am oder wenig über dem Existenzminimum leben, aber auch für viele durchschnittlich Verdienende unbezahlbar.
- Vorprozessuale Kosten werden kaum übernommen. Dies ist auch für diejenigen von grossem Nachteil, die Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung haben. In vielen Fällen wird die Unterstützung einer Anwältin oder eines Anwalts vor einem Prozess gebraucht, nicht zuletzt zum Beispiel um gar kein Verfahren eröffnen zu müssen.

- Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung liegt im Ermessen des Richters.
- Gerade in Ehescheidungsprozessen fällt der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung oft erst nach dem Prozess. Wird der Antrag abgelehnt, muss die oder der Gesuchstellende die angelaufenen Anwaltskosten selbst bezahlen. Dies ist eine zusätzliche schwere Belastung, die zu den mit einer Scheidung ohnehin verbundenen finanziellen Lasten hinzukommt.
- Beim Entscheid spielt die Anrechnung von Alimenten eine entscheidende Rolle. Diese kann willkürlich erfolgen. Beispiele sind einerseits die Anrechnung von Alimenten als Einkommen einer Alleinerziehenden, obwohl die Unterhaltsbeiträge wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht ausbezahlt werden, andererseits aber auch Alimentenzahlungen, die bei der Berechnung des Einkommens eines Alimentenpflichtigen nicht abgezogen werden.

Soll die gesamtschweizerische ZPO dem Anspruch genügen, Rechtssuchenden einen raschen und wirksamen Rechtsschutz zu garantieren, ist es unabdingbar, dass

- der Bund eine Einkommensgrenze für unentgeltliche Prozessführung festlegt, die es auch durchschnittlich Verdienden erlaubt, Rechtshilfe in Anspruch zu nehmen und Ansprüche vor Gericht zu verteidigen, und die verhindert, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtshilfe vom Ermessen des Richters abhängt. Dies drängt sich umso mehr auf, als es sich bei der unentgeltlichen Rechtshilfe um eine Vorschusszahlung und nicht um ein Geschenk des Staates handelt. Allenfalls kann ein von den Rechtssuchenden zu bezahlender maximaler Selbstbehalt in tragbarer Höhe vorgesehen werden;
- die unentgeltliche Rechtshilfe auch vorprozessuale Kosten deckt.

Art. 105 Abs. 1: *Kinder* müssen hier explizit genannt werden.

Uni NE: L'adjectif "gratuit" devrait être biffé parce que trompeur: l'assistance n'est pas gratuite puisque le bénéficiaire doit rembourser en cas de retour à meilleure fortune.

L'article 105, qui parle de "*toute chance de succès*" implique-t-il un élargissement de l'assistance judiciaire par rapport à la pratique actuelle ? En effet, la formule consacrée parle de "*chance de succès*", ce qu'on considère être le cas lorsque les risques de perdre le procès sont notablement plus importants que les chances de le gagner.

A notre sens, le titre 7 ne s'applique pas à la procédure arbitrale. La réserve de l'article 105 al. 2 lettre c) est donc inutile.

Uni ZH: Statt dem traditionellen "Armenrecht" in Art. 105 ff. ist eine moderne Prozesskostenhilfe ähnlich dem deutschen Recht vorzusehen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schult-hess, 2003, S. 84 ff.*

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der Ausschluss der unentgeltlichen Prozessführung für juristische Personen sowie für Konkurs- und Nachlassmassen (Art. 105 Abs. 2 lit. a und b) ist zu

überdenken. Wie bei den Kostenvorschüssen kann diese Frage den finanziell davon allein betroffenen Kantonen überlassen bleiben.

Art. 106

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Nach dieser Bestimmung kann "ausnahmsweise" schon vorprozessual ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden. Gedacht wird dabei zwar zutreffend an die Vorbereitung einer Konventionalscheidung. Das genügt aber nicht. Das gesetzliche Leitbild der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung (Art. 111 ZGB) setzt die Möglichkeit einer unentgeltlichen Hilfe vor Verfahrensbeginn zwingend voraus. Gefordert wäre allerdings nicht eine parteiische, sondern in der Regel eine gemeinsame Beratung.
- BE: Im Bericht wird bezüglich Artikel 106 Absatz 2 Bst. c VE zutreffend ausgeführt, die Bestellung eines Rechtsbeistandes hänge von der sachlichen Notwendigkeit ab. Diese richtige und heute in der bernischen ZPO klar enthaltene Einschränkung ist aus dem vorliegenden Gesetzestext indessen nicht ersichtlich. Hier tut Ergänzung not. Art. 106 Abs. 3 VE ist gegenüber dem bisher im Kanton Bern geltenden Gesetzesrecht neu. Im Sinne der besseren Verständlichkeit müsste mindestens in der künftigen Botschaft erläutert werden, in welchen Fällen diese Bestimmung zum Zug kommen könnte. Vorstellbar ist beispielsweise, dass es um die bereits heute (auch) im Kanton Bern tolerierte Praxis geht, den Parteien für Konventionsverhandlungen in Eheschutzverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihnen amtliche Anwälte/Anwältinnen beizuzuordnen.
- BS: Der Entwurf trifft keine Regelung für den Fall, dass die Partei, die nicht im Kostenerlass prozessiert, obsiegt. Der Bericht führt aus, dass von der unentgeltlichen Prozessführung - "wie in den kantonalen Prozessordnungen" - allfällige Parteikosten, welche der Gegenpartei gleichwohl zu leisten sind, nicht erfasst sind. Soll der Zugang zum Recht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege wirklich gewährleistet werden, so darf eine bedürftige Partei aber nicht der Gefahr konfrontiert bleiben, je nach Ausgang des Verfahrens die gesamten Vertretungskosten tragen zu müssen. Dies gilt um so mehr, als sie ja nicht steuern kann, ob die Gegenpartei eine Vertretung beiziehen wird. Wie im baselstädtischen Prozessrecht üblich, insofern trifft also die Bemerkung im Bericht bezüglich der kantonalen Prozessordnungen nicht zu, sollte eine im Kostenerlass prozessierende Partei daher grundsätzlich auch von der Tragung der Vertretungskosten befreit werden. Das damit verbundene Risiko der Gegenpartei, im Falle des Obsiegens ihre Vertretungskosten selber tragen zu müssen, sollte durch eine Bestimmung entsprechend dem geltenden § 174 Abs. 2 Basler ZPO gemildert werden. Danach wird dieser Partei eine angemessene Parteientschädigung aus der Gerichtskasse zugesprochen, wenn ihre finanziellen Verhältnisse nicht dagegen sprechen. Diese Bestimmung hat sich sehr bewährt, ohne dass daraus unverhältnismässige Kosten für den Staat entstehen.
- FR: Le canton de Fribourg a expérimenté le système d'une contribution mensuelle de la part du bénéficiaire lorsque les ressources disponibles le permettent (art. 8 al. 2 LAJ). Nous constatons qu'il responsabilise les justiciables. A notre avis un tel système doit être proposé.

- GR: Abs. 3 sieht vor, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand ausnahmsweise schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden kann. Dadurch entsteht die Gefahr, dass eine Vielzahl derartiger Gesuche gestellt werden und so mit dieser neuen unklaren Abgrenzung grosser Aufwand und hohe Kosten entstehen. Auch erscheint es nicht zweckmässig, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif entschädigt werden soll. Dadurch entsteht eine Erhöhung der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege um mindestens 25%, da in Graubünden der unentgeltliche Rechtsbeistand nur 75% des normalen Stundenansatzes in Rechnung stellen kann. Auch das Bundesgericht hat diesen reduzierten Tarif bis anhin geschützt. Mit einer Erhöhung kann für den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Anreiz entstehen, ein Verfahren unnötig zu verlängern.
- JU: Al. 3: Nous sommes défavorables à cet avant-projet de norme. D'une part, l'assistance judiciaire n'est pas garantie par la Constitution fédérale dans une telle hypothèse, ainsi que le relève le commentaire, ni d'ailleurs par le droit cantonal jurassien. D'autre part, l'application de la norme engendrerait des difficultés dans la fixation des limites d'une telle assistance, à tout le moins si cette large formulation, qui ne permet pas d'en déterminer précisément les conditions, était maintenue en l'état.
- SG: Abs. 3: Nach dieser Bestimmung kann "ausnahmsweise" schon vorprozessual ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden. Gedacht wird dabei zwar zutreffend an die Vorbereitung einer Konventionalscheidung. Das genügt aber nicht. Das gesetzliche Leitbild der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung (Art. 111 ZGB) setzt die Möglichkeit einer unentgeltlichen Hilfe vor Verfahrensbeginn zwingend voraus. Gefordert ist allerdings nicht eine partiische, sondern nach st.gallischem Muster (Art. 3 der st.gallischen Verordnung über das Scheidungsverfahren vom 13. Mai 2003, sGS 961.22) in der Regel eine gemeinsame Beratung.
- SO: Die ausnahmsweise Möglichkeit der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes schon im Vorfeld des Prozesses lehnen wir ab, da zu jenem Zeitpunkt noch nicht feststeht, ob es überhaupt zu einem Prozess kommen wird. Es ist zu befürchten, dass sonst finanzielle Mehraufwendungen auf die Kantone zukommen, die nicht berechenbar sind.
- TI: Cpv. 2 let. c: Il sistema è differente rispetto a quello attualmente in vigore in Ticino dove la parte si sceglie liberamente l'avvocato e questi chiede (in seconda battuta) di essere ammessa al beneficio dell'AG, il quale è riconosciuto a condizione che vi sia indigenza e fumus boni iuris.
- L'AP non conferisce invece alcun diritto formale ad essere patrocinato da un legale, anche se quei due presupposti fossero adempiuti. Dipenderà dalla necessità di avere un avvocato (difficoltà del processo, se la controparte ha un avvocato o meno, ecc.).
- Cpv. 3: l'AP introduce la possibilità di concedere l'assistenza giudiziaria gratuita eccezionalmente già nella fase *precedente* al processo.
- Il TF ha sempre negato tale diritto (DTF 121 321, consid. 2b) mentre parte della dottrina proponeva l'estensione del diritto all'assistenza giudiziaria gratuita anche nella fase pre-processuale e extra processuale. Essi motivano le proposte con il fatto che, in questi casi, spesso la consulenza giuridica è contenuta e soprattutto la mediazione extra giudiziaria delle divergenze evita le spesso costose spese processuali.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Es wird vorgeschlagen, diesen Artikel so zu modifizieren, dass es möglich ist, einer Partei, welcher nur knapp keine unentgeltliche Prozessführung zugestanden wurde, einen Teil der Anwaltskosten zurückzuerstatten, sofern sie gegen eine Partei gewonnen hat, welcher die unentgeltliche Prozessführung zugestanden wurde.

Grüne Partei: Wir sind nicht einverstanden damit, dass die unentgeltliche Prozessführung nur "ausnahmsweise" schon im Vorfeld des Prozesses bestellt (Art. 106 Abs. 3) bzw. rückwirkend bewilligt werden kann (Art. 108 Abs. 4): Vielmehr muss sichergestellt werden, dass sämtlicher Aufwand, den eine Rechtsvertreterin, ein Rechtsvertreter im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Prozesses üblicherweise hat, von der unentgeltlichen Prozessführung abgedeckt wird. Dazu gehört auch der Aufwand, der mit der Erarbeitung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung verbunden ist (insbes. Zusammenstellung und Auswertung der Unterlagen). Wir geben zu bedenken, dass anwaltlicher Rat im Vorfeld des Prozesses den Gerichten häufig viel Arbeit erspart (vgl. das im Erläuternden Bericht S. 61 erwähnte Beispiel der Ehescheidungskonvention). Dabei erscheint die rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (i.S. von Art. 108 Abs. 4) in der Regel die sinnvollere Lösung als die vorgängige separate Einreichung eines entsprechenden Gesuchs (i.S. von Art. 106 Abs. 3), da das Gericht im zweiten Fall denselben Sachverhalt (einmal Gesuchsunterlagen, einmal Klage) zweimal aufarbeiten muss.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Gemäss der vorgeschlagenen Regelung umfasst die unentgeltliche Prozessführung die Befreiung von den Gerichtskosten und die Bestellung eines Rechtsbeistandes. Der Staat ermöglicht somit einer bedürftigen Partei die Durchführung eines Prozesses auf seine Kosten, was als prozessuales Grundrecht unbestritten ist. Für die Gegenpartei einer in unentgeltlicher Prozessführung prozessierenden Partei ist es jedoch, insbesondere wenn sie Beklagte ist, stossend, dass sie in solchen Fällen riskiert, im Falle des (vollständigen oder teilweisen) Obsiegens eine ihr zugesprochene Parteientschädigung nicht zu erhalten und somit letztlich ihre eigenen Parteikosten selbst tragen zu müssen, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine Sicherstellung der Prozesskosten erfüllt sind. Richtigerweise müsste daher der Staat, zumindest in den Fällen, in denen die in unentgeltlicher Prozessführung prozessierende Partei Klägerin ist, auch verpflichtet werden, die einer in unentgeltlicher Prozessführung prozessierenden Partei überbundene Parteientschädigung an die Gegenpartei zu bezahlen.

AVZH: Abs. 3: Es ist nicht verständlich und deshalb abzulehnen, dass ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur ausnahmsweise schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden kann. Gerade in den in der Praxis zahlenmässig wichtigen eherechtlichen Verfahren wird von den Rechtsvertretern der grösste Teil der Arbeit vor Einleitung des Gerichtsverfahrens geleistet. Durch die vor kurzem erfolgte Revision des Scheidungsrechtes hat sich die Tätigkeit des Scheidungsanwaltes grundlegend gewandelt; bevor das passende formelle Verfahren überhaupt eingeleitet werden kann, sind verschiedene Abklärungen, bis hin zum Abschluss einer vollständigen Konvention über die Scheidungsfolgen vorzunehmen. Zu Recht werden nach zürcherischer Praxis in derartigen Verfahren auch vorpro-

zessuale Aufwendungen vollumfänglich entschädigt. Nichts anderes muss gelten bezüglich der übrigen familien- und eherechtlichen, ja generell aller anderen Verfahren, in denen vor Einleitung eines Verfahrens Vorarbeiten eines allenfalls zugezogenen Rechtsvertreters notwendig sind. Es ist nicht einzusehen, weshalb in solchen Fällen auf Gesuch hin nicht schon im Vorfeld des Prozesses ein unentgeltlicher Rechtsbeistand sollte bestellt werden können.

Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes vor Einleitung des Prozesses sollte dennoch *nicht Bedingung* dafür sein, dass solche vorprozessualen Bemühungen überhaupt entschädigt werden. Durch eine entsprechende Anpassung des Art. 108 Abs. 3 soll sichergestellt werden, dass die unentgeltliche Prozessführung immer auch rückwirkend bewilligt werden kann. Es kann indessen durchaus dem Bedürfnis sowohl einer Partei als auch des zu bestellenden Vertreters entsprechen, dass über die Bestellung des Rechtsbeistandes schon vor Einleitung des Verfahrens Klarheit geschaffen wird, so etwa, wenn die allgemeinen Voraussetzungen nicht eindeutig erfüllt sein könnten, was durch eine Änderung von Art. 106 Abs. 3 zu erreichen ist.

Formulierungsvorschlag Art. 106 Abs. 3:

*Der unentgeltliche Rechtsbeistand kann ausnahmsweise auf Gesuch hin schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden.*

GGD ZH: Gemäss Abs. 3 kann der unentgeltliche Rechtsbeistand ausnahmsweise schon "im Vorfeld des Prozesses" bestellt werden. Dieser untechnische Ausdruck sollte ersetzt werden durch "vor Rechtshängigkeit der Klage oder vor Eröffnung des Entscheidverfahrens".

FSA: La médiation est un procédé de liquidation des litiges qui est appelé à se développer. Il est justifié de la prendre en compte dans la loi de procédure civile. Il s'impose, dès lors, d'ajouter à l'article 106 al. 3 AP la phrase suivante:

... précédant la préparation du procès ou pour la mise en œuvre d'une médiation recommandée par le juge.

SDM-FSM: Abs. 4: *Die Kantone können die unentgeltliche Bestellung einer Mediationsperson auch für in Art. 236b nicht vorgesehene Verfahren vorsehen.*

Vgl. die Ausführungen zu Art. 236.

SVAMV: Abs. 3: Änderung: "ausnahmsweise" und "kann"-Formulierung streichen: *Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird schon im Vorfeld des Prozesses bestellt.*

SVM: Al. 4 (nouveau): L'assistance gratuite d'un médiateur ou d'une médiatrice agréé-e peut être accordée pour le processus de médiation, y compris s'il précède une procédure judiciaire.

Uni BE: Abs. 1 und Abs. 2 nur ein Satz, beginnend mit: *Unentgeltliche Prozessführung...*

Art. 107

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Da die Kantone die Kosten ihrer Justiz tragen, sollen sie auch die Höhe der Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreter selber regeln dürfen. Absatz 3 ist ersatzlos zu streichen.

BE: Gemäss VE ist der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif zu entschädigen. Hierzu besteht jedoch auch aufgrund der im Bericht zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Anlass. Die Höhe der Entschädigung ist daher - ebenso wie die Festsetzung des Tarifs selbst - den Kantonen zu überlassen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wird weiterhin die Grenzen des Zulässigen ziehen.

Es fehlt eine Bestimmung, wonach der amtliche Anwalt, der Staat sowie die betroffene Partei selbst ein Rechtsmittel gegen die Festsetzung der Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes ergreifen können. Dabei erschiene es nach der Natur des Verfahrens und den bisher unterschiedlichen Regelungen in den Kantonen am zweckmässigsten, die Wahl des zulässigen Rechtsmittels und der zuständigen Instanz den Kantonen zu überlassen.

BL Abs. 3: Antrag: Diese Bestimmung ist zu streichen.

Begründung des Antrags: Zumindest in unserem Kanton wird diese Regelung enorme Kosten verursachen. Wir plädieren dafür, es den Kantonen zu überlassen, wie die unentgeltlichen Rechtsbeistände – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts – entschädigt werden. Sollte unserem Antrag nicht statt gegeben werden, ist Abs. 3 unbedingt dahingehend zu ergänzen, dass bei hohen Streitwerten eine Reduktion der Entschädigung möglich ist.

BS: Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung soll der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif entschädigt werden. Dieser Grundsatz kann bei hohen Streitwerten die Staatskasse erheblich belasten. Berücksichtigt man, dass die Pflicht zur Übernahme unentgeltlicher Prozessführungen einen Dienst für die Öffentlichkeit darstellt, erscheint es gerechtfertigt, Abs. 3 der vorgeschlagenen Bestimmung dahingehend zu ergänzen, dass das tarifkonforme Honorar bei hohen Streitwerten reduziert werden kann.

FR: Al. 3: instaurer la rémunération à plein tarif pour l'avocat d'office paraît inadmissible. Mis à part son incidence financière, une telle règle est de nature à intensifier le nombre de requêtes d'assistance judiciaire, l'avocat de la partie "tentée" par cette assistance, même lorsqu'elle n'est pas justifiée, n'ayant aucune raison de la freiner.

GE: L'idée sous-jacente à l'art. 107 al. 3 PCS est bonne, en ce sens que le défenseur d'office ne doit pas se contenter d'une indemnité forfaitaire réduite pour son intervention, comme cela est souvent le cas aujourd'hui. A la lumière du rapport, on comprend - et c'est logique - que le "*plein*" tarif auquel ses services seraient rémunérés serait donc celui (de préférence cantonal) dont il a été déjà question ci-dessus. Peut-être serait-il bon de le spécifier dans la loi. En tout état de cause, il est correct que le travail du défenseur d'office soit mesuré à la même aune que celui des avocats agissant hors assistance judiciaire.

A relever encore que l'art. 107 al. 3 PCS prévoit que le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif, ce qui impliquerait une modification de la réglementation actuellement en vigueur à Genève.

JU: Al. 3: Nous ne sommes pas favorables à la proposition de l'avant-projet qui va dans le sens d'une rémunération complète. Une réduction des honoraires de l'avocat d'office se justifie en raison du monopole ou du quasi monopole de représentation en justice dont bénéficie l'avocat.

Dans le canton du Jura, la note d'honoraires fixée sur la base du tarif étatique est réduite d'un tiers.

LU: Abs. 1: Wir schlagen vor, den unentgeltlichen Rechtsbeistand zu verpflichten, sein Mandat grundsätzlich zu Ende zu führen (Entbindung nur aus wichtigen Gründen).

Abs. 3: Die vorgeschlagene Regelung ist lückenhaft. Gemäss Artikel 106 Absatz 3 VE-ZPO kann der unentgeltliche Rechtsbeistand ausnahmsweise schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden. Wenn nun (z.B. wegen eines Vergleichs) keine Klage eingereicht wird, so ist es nicht möglich, auf einen Tarif abzustellen. Wir schlagen deshalb analog § 136 Absatz 2a ZPO/LU folgende Ergänzung vor: *Er ist zum vollen Tarif zu entschädigen. Wird nach Erteilen der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Klageeinreichung verzichtet, hat er Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen und Auslagen.*

SO: Abs. 2: Unklar bleibt, wie lange der Staat dem unentgeltlichen Rechtsbeistand als Garant haftet, wenn die ihm zugesprochene Parteientschädigung von der Gegenpartei nicht einbringlich ist. Hier wären 2 Jahre angemessen. Weiter ist unklar, ab welchem Zeitpunkt eine Entschädigung bei der Gegenpartei als "uneinbringlich" gelten soll. Wir gehen davon aus, dass dies bei der Betreibung auf Pfändung mit Erhalt des Verlustscheines der Fall ist. Bei einer Konkursbetreibung hingegen kann nicht in jedem Fall verlangt werden, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand das Konkursverfahren durchläuft. Hier ist abzuwägen, ob es ihm zumutbar ist, einen allfälligen Vorschuss für die Durchführung des Konkurses zu leisten. Die genauen Kriterien der Uneinbringlichkeit sind, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu fördern, in der Botschaft noch aufzuführen.

Abs. 3: Eine Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes "zum vollen Tarif" kann in keiner Art und Weise akzeptiert werden. Die Entschädigung muss nach dem Stundenansatz erfolgen, welcher von den Kantonen für den unentgeltlichen Rechtsbeistand festgelegt wird.

SZ: Der Erlass von Gebührentarifen für Rechtsanwälte fällt in die Zuständigkeit der Kantone. Entsprechend richtet sich die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes nach kantonalem Recht. Indem Art. 107 Abs. 3 VE-ZPO vorgibt, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand "zum vollen Tarif" und nicht beispielsweise zu einem (reduzierten) Sozialtarif zu entschädigen ist, wird unnötigerweise in die Souveränität der Kantone eingegriffen. Die gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts bedarf keiner Vorschrift, die den Kantonen vorschreibt, nach welchen Tarifansätzen sie einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu entschädigen haben. Ebenso wenig wie die Gerichtsgebühren (vgl. Art. 86 Abs. 4 VE-ZPO) müssen die Entschädigungen des unentgeltlichen Rechtsbeistandes schweizweit einheitlich geregelt werden. Wird beispielsweise ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nach einem kantonalen Gebührentarif entschädigt, der einen Stundenansatz von Fr. 200.-- vorsieht, so erhält er gleich viel wie wenn er in einem andern Kanton nach einem Tarif entschädigt wird, der ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. 250.-- eine Entschädigung von 80 % des ordentlichen Honorars vorsieht. Abs. 3 von Art. 107 erweist sich daher als unnötig und kann gestrichen werden.

TI: Cpv.1: si propone la seguente precisazione: Il patrocinatore d'ufficio è nominato dal tribunale, *riservato il principio della libera scelta del patrocinatore.*

Cpv. 2: il principio secondo cui lo Stato interviene solo nel caso in cui l'onorario non è ottenibile dalla controparte è problematico poiché pone a carico del patrocinatore l'onere (e i costi) di rincorrere la controparte. Si crea così una disparità di trattamento tra avvocati di clienti in AG e gli altri avvocati, che sono privilegiati, vista la possibilità di chiedere acconti al patrocinato.

Questa prima è la soluzione proposta nell'AP (v. spiegazioni), malgrado l'infelice formulazione della norma. Si propone quindi l'obbligo dello Stato di coprire l'onorario dell'avvocato d'ufficio con la conseguente cessione della titolarità della pretesa per ripetibili verso la controparte e ciò quale meccanismo automatico valido in tutte le situazioni.

Cpv. 3: L'art. 6 cpv. Lag fissa la percentuale spettante di diritto al patrocinatore al 70% dell'onorario previsto dalla TOA e ciò nello spirito di contenimento delle spese statali. Inoltre per le prestazioni nei casi di assistenza giudiziaria dovrà essere applicato, di regola, il minimo tariffale.

Questi fattori di contenimento non sono previsti nell'avamprogetto.

Una possibilità per raggiungere, in altro modo, questo obiettivo di contenimento dei costi potrebbe essere l'emanazione di un Tariffario ad hoc, specifico per le prestazioni del patrocinatore in assistenza giudiziaria, che preveda delle tariffe per ogni singolo atto processuale.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Abs. 3 ist dahingehend zu ergänzen, dass das tarifkonforme Honorar bei hohen Streitwerten reduziert werden kann, um die Staatskasse bei hohen Streitwerten nicht übermässig zu belasten.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Zu begrüssen ist grundsätzlich, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif entschädigt wird. Diese Entschädigungspflicht wird aber zur Folge haben, dass die Tarife resp. Tarifierhöhungen vor allem unter dem Gesichtswinkel der Kostenfolgen für den Staat diskutiert werden.

AVGE: L'idée sous-jacente à l'art, 107 al. 3 AP est bonne, en ce sens que le défenseur d'office ne doit pas se contenter d'une indemnité forfaitaire réduite pour son intervention, comme cela est souvent le cas aujourd'hui. A la lumière du Rapport, on comprend - et c'est logique - que le "*plein*" tarif auquel ses services seraient rémunérés serait donc celui (de préférence cantonal) dont il a déjà été question ci-dessus. Peut-être serait-il bon de le spécifier dans la loi. En tout état de cause, il est bon que le travail du défenseur d'office soit mesuré à la même aune que celui des avocats agissant hors assistance judiciaire.

A relever enfin que l'art. 107 al. 3 AP prévoit que le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif, ce qui impliquerait une modification de la réglementation actuellement en vigueur à Genève (rapport, p. 62).

AVLU: Die Regelung, wonach der unentgeltliche Rechtsbeistand zum vollen Tarif entschädigt wird, ist zu begrüssen. Es ist denn auch in der Tat nicht einzu-sehen, weshalb der Rechtsbeistand für diese Arbeit nur teilweise honoriert werden soll.

Die vorgeschlagene Regelung von Abs. 3 ist allerdings lückenhaft. Gemäss Art. 106 Abs. 3 des Vorentwurfs kann der unentgeltliche Rechtsbeistand aus-

nahmsweise schon im Vorfeld des Prozesses bestellt werden. Es ist durchaus möglich, dass in der Folge (z.B. wegen eines Vergleichs) keine Klage eingereicht wird. Diese Fälle regelt Abs. 3 nicht, kann doch hier nicht auf einen Tarif abgestellt werden. Abs. 3 ist daher entsprechend zu ergänzen, wobei auf die geltende Regelung von § 136 Abs. 2 lit. a der Luzerner ZPO zurückgegriffen werden könnte. Wir schlagen folgende Regelung vor:

<sup>3</sup> *Er ist zum vollen Tarif zu entschädigen. Wird nach Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Klageeinreichung verzichtet, hat er Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen und Auslagen.*

AVZH: Abs. 1: Schon der Wortlaut dieses Absatzes sollte sicherstellen, dass einem Wunsch der Partei hinsichtlich der Person des unentgeltlichen Rechtsbeistandes nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist. Eine entsprechende Wendung fehlt im VE.

Abs. 2 Satz 1: Die Bestimmung, dass der Rechtsbeistand vom Staat bezahlt wird, soweit die Entschädigung der Gegenpartei *nicht einbringlich* ist, bedarf der Präzisierung. Es ist festzuhalten, dass nicht immer die Ergreifung von Zwangsvollstreckungsmassnahmen, allenfalls bis hin zum Verlustschein, verlangt wird. Das Gericht soll auch dann die Auszahlung an den unentgeltlichen Rechtsbeistand vornehmen können, wenn *wahrscheinlich* ist, dass die Entschädigung bei der Gegenpartei nicht einbringlich sein wird.

Formulierungsvorschlag Art. 107 Abs. 1 und 2:

*"Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird vom Gericht ernannt. Das Gericht nimmt, soweit möglich, Rücksicht auf den Wunsch der Partei zur Person des unentgeltlichen Rechtsbeistandes.*

~~Er~~ *Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird für seine Bemühungen und Auslagen vom Staat bezahlt, soweit die Entschädigung bei der Gegenpartei nicht einbringlich ist oder aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einbringlich sein wird. Mit der Zahlung geht der Anspruch gegen die kostenpflichtige Gegenpartei auf den Staat über. "*

Abs. 3: Zu begrüssen ist, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand inskünftig zum vollen Tarif entschädigt werden muss.

FSA: Nous suggérons une rédaction différente de l'article 107 al. 2 AP, seconde phrase:

*al. 2, seconde phrase: Si la créance de dépens ne peut être recouvrée, le découvert est payé par l'Etat qui est subrogé à la partie assistée.*

SchKG-Vereinigung: Abs. 3: Der volle Tarif, zu welchem der unentgeltliche Rechtsbeistand zu entschädigen ist, ist problematisch bei hohen Streitwerten.

Uni GE: A relever enfin que l'article 107 III PCS prévoit que le défenseur d'office est rémunéré à plein tarif, ce qui impliquerait une modification de la réglementation actuellement en vigueur à Genève (Rapport, p. 62).

Uni NE: L'article 107 qui prévoit que le défenseur doit être rémunéré à plein tarif renvoie-t-il au tarif fixé par le Conseil fédéral ? Si celui-ci ne prévoit qu'une prise en charge partielle des frais de l'avocat, cette réglementation devrait être modifiée.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: In Art. 107 Abs. 2 VE ist mit "Staat" doch wohl der Kanton gemeint. Präzisierend wäre dann zu sagen: "vom Kanton des Prozessgerichts" (das ist nicht

unbedingt selbstverständlich, weil die Sozialleistungen an sich vom Wohnsitzkanton zu erbringen sind) und nachher kurz "auf den Kanton". In Art. 112 Abs. 2 VE hiesse es dementsprechend "Der Anspruch des Kantons".

Art. 108

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Bestimmung, wonach ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Vertretung schon vor Rechtshängigkeit eingereicht werden kann, ergibt keinen Sinn. Es ist nicht klar, wo ein solches Gesuch deponiert werden soll und wer wann darüber entscheidet. Sinnvoller wäre eine Regelung des Inhalts "ab Rechtshängigkeit der Klage". Sobald ein Verfahren hängig ist, sind der Gerichtsstand, die Parteien und die Streitsache bekannt.

BE: Wenn im uP-Gesuchsverfahren - ausser bei Bös- und Mutwilligkeit - keine Gerichtskosten erhoben werden, so ist das gegenüber der geltenden bernischen Regelung grosszügiger und wird vom Kanton Bern aus Kostengründen abgelehnt. Die Parteikosten hingegen sollten bei Gutheissung des Gesuches zur Hauptsache geschlagen werden, denn der unentgeltliche Rechtsbeistand hat Aufwand erbracht, der ihm zu entschädigen ist. Vorgeschlagen wird deshalb folgende Änderung: "...ausser bei Bös- und Mutwilligkeit werden keine *Gerichtskosten* (frz. "*frais de tribunal*") erhoben." Zumindest in der künftigen Botschaft wäre sodann zu präzisieren, dass bei Gutheissung des Gesuches (oder des Rekurses) die Parteikosten zur Hauptsache geschlagen werden.

Abs. 4 dieses Artikels bestimmt, dass die Gegenpartei anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Prozessführung von der Leistung der Sicherheit für die Parteikosten befreit. An sich zu Recht weist der Bericht darauf hin, dass die Gegenpartei des Hauptprozesses im Verfahren betreffend die unentgeltliche Prozessführung nicht Partei ist. Indessen hat die Praxis gezeigt, dass sie vor allem in familienrechtlichen Streitigkeiten in der Lage ist, die Angaben der gesuchstellenden Partei zu deren finanzieller Situation zu präzisieren oder gar zu korrigieren. Ohne die Anhörung der Gegenpartei im Hauptprozess wäre dies in vielen Fällen nicht möglich. Schon alleine das Bestehen der Möglichkeit, dass das Gericht die Gegenpartei des Hauptprozesses im Gesuchsverfahren anhört, hat zudem in vielen Fällen einen Präventiveffekt auf die Angaben der gesuchstellenden Partei, den es nicht zu unterschätzen gilt. Es wird deshalb angeregt, Art. 108 VE entsprechend anzupassen. Der neue Abs. 4 könnte wie folgt lauten:  
*<sup>4</sup>Die Gegenpartei kann angehört werden; die Anhörung ist obligatorisch, wenn die unentgeltliche Prozessführung von der Leistung der Sicherheit für die Parteikosten befreit.*

GE: L'assistance n'est accordée que si la cause n'est pas dépourvue de chances de succès. Ce principe, repris du droit à l'assistance judiciaire devant le Tribunal fédéral, est difficilement contestable en soi. Cependant, il faut souligner, en rapport avec l'art. 108 al. 2 PCS, que l'on ne doit pas exiger du requérant que sa demande d'assistance judiciaire expose l'affaire de façon détaillée sur le plan du droit. A défaut, cela reviendrait à contraindre le justiciable à consulter un avocat pour procéder à un premier examen du cas et, éventuellement, rédiger sa demande d'assistance judiciaire.

L'audition de la partie adverse dans ce cadre (prévue dans certains cas à l'art. 108 al. 4 PCS) pose problème, puisque la voilà d'entrée de cause infor-

mée, lorsque celui qui requiert l'assistance juridique est le demandeur, de ce qu'une action judiciaire s'apprête à être introduite à son encontre. Une telle mesure semble inopportune et susceptible de placer le justiciable désireux d'obtenir l'assistance judiciaire dans une position procédurale délicate. Elle devrait être combattue.

GR: Abs. 1: Der Verzicht auf die Erhebung von Prozesskosten für das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege rechtfertigt sich nur bei der Gutheissung des Gesuchs. Bei Abweisung des Gesuchs – sei es wegen fehlender finanzieller Voraussetzungen, sei es wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens – ist kein Grund ersichtlich, die entsprechenden Kosten beim Staate zu belassen.

LU: Nach bewährter Luzerner Regelung führt die Gerichtsperson, die über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung entscheidet, vorgängig mit beiden Parteien einen Schlichtungsversuch durch. Beide Parteien sind grundsätzlich verpflichtet, an diesem Schlichtungsversuch teilzunehmen und sie können nicht darauf verzichten (vgl. § 133 ZPO/LU). Erfahrungsgemäss können auf diese Weise zahlreiche Prozesse auf Staatskosten vermieden werden. Es erscheint daher sinnvoll, die Möglichkeit eines Schlichtungsversuches mit beiden Parteien im Rahmen des Verfahrens um unentgeltliche Prozessführung in der ZPO vorzusehen. Dies gilt speziell auch in Fällen mit hohem Streitwert und dementsprechend hohem Kostenrisiko für den Staat.

SH: Die Bestimmung wonach ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Vertretung schon vor Rechtshängigkeit eingereicht werden kann, ergibt keinen Sinn. Es ist nicht klar, wo ein solches Gesuch deponiert werden soll und wer wann darüber entscheidet. Sinnvoller wäre eine Regelung des Inhalts "ab Rechtshängigkeit der Klage". Sobald ein Verfahren hängig ist, sind der Gerichtsstand, die Parteien und die Streitsache bekannt.

Eine gewisse Abfederung für den vorprozessualen Aufwand lässt sich dadurch erreichen, dass eine massvolle Rückwirkung anerkannt wird, wie dies die Schaffhauser Gerichte heute schon praktizieren.

SO: Hier sei der Hinweis erlaubt, dass die Solothurnische Justiz mit dem vierseitigen Formular "Gesuch und Zeugnis zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege", worin die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vom Gesuchsteller detailliert angegeben und belegt werden müssen, sehr gute Erfahrungen gemacht hat.

Abs. 3: Unklar ist, wie ein Gesuch zur Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung bereits vor Rechtshängigkeit gestellt werden kann. Dies erscheint uns unpraktikabel. Vielmehr soll das Gesuch nicht vor der Rechtshängigkeit der Streitsache gestellt werden können. Zudem ist bei Bewilligung die Rückwirkung strikte auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu beschränken. Eine weitergehende, auch ausnahmsweise, Rückwirkung der unentgeltlichen Prozessführung lehnen wir ab.

TG: Die in Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit, wonach ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Vertretung schon vor Rechtshängigkeit eingereicht werden kann, ergibt keinen Sinn. Es ist nicht klar, wo ein solches Gesuch deponiert werden soll und wer wann darüber entscheidet. Sinnvoller wäre eine Regelung des Inhalts "ab Rechtshängigkeit der Klage". Sobald ein Verfahren hängig ist, sind der Gerichtsstand, die Parteien und die Streitsache bekannt. Eine gewisse

Abfederung für den vorprozessualen Aufwand lässt sich auch dadurch erreichen, dass eine massvolle Rückwirkung anerkannt wird.

TI: Cpv. 1: per le questioni relative all'assistenza giudiziaria gratuita l'AP prevede la procedura sommaria ed è retta dal principio inquisitorio limitato.

Il problema del presente capoverso è l'assenza dell'indicazione relativa al momento in cui il giudice deve decidere. Evidentemente, questa decisione dev'essere adottata il prima possibile, per cui la prima frase dovrebbe essere modificata in tal senso: *Il tribunale decide sull'istanza di assistenza giudiziaria gratuita preliminarmente e in procedura sommaria;....*

Cpv. 2: alla luce dell'art. 50 cpv. 2 dell'AP sarebbe opportuno che la legge indicasse esplicitamente che vige il principio inquisitorio limitato. Si propone quindi di aggiungere alla fine del capoverso: *in queste procedure vale la massima inquisitoria attenuata.*

Per quanto riguarda la frase: "Può pure indicare il nome di un eventuale patrocinatore a lui gradito" ci si chiede se - in ultima battuta - ciò voglia dire che la decisione sul nominativo compete o meno al giudice. Se così fosse vi sarebbe un rischio di ledere il principio della libera scelta dell'avvocato.

Sarebbe meglio questa nuova formulazione: "...può pure indicare il nome di un eventuale patrocinatore d'ufficio da lui scelto."

Cpv. 3: si introduce una novità, in quanto la domanda di assistenza giudiziaria può essere formulata prima della litispendenza, mentre adesso questa possibilità è esclusa in Ticino (art. 4 cpv. Lag).

E' la conseguenza di quanto previsto all'art. 106 cpv. 3 CPCF.

Cpv. 4: il giudice non ha più l'obbligo di sentire la controparte nell'ambito della procedura relativa all'assistenza giudiziaria gratuita.

Anche in Ti con l'introduzione dell'art. 5 Lag è stato abolito l'obbligo di dare la possibilità alla controparte di esprimersi sulla domanda di assistenza giudiziaria che era invece sancito all'art. 156 cpv. 2 CPC. (vedi messaggio del 22 maggio 2001 n. 5123).

ZG: Mit dem Bericht zum Vorentwurf ist zu betonen, dass das kantonale Recht festzulegen hat, ob das in der Sache entscheidende Gericht, dessen Präsident/deren Präsidentin oder ein anderes Gericht zuständig ist (Art. 2 VE). Wir fragen uns, weshalb bei Gesuchen um unentgeltliche Prozessführung nur bei Bös- und Mutwilligkeit Prozesskosten zu erheben seien. Vielmehr ist bei jedem ablehnenden Entscheid die Kosten der gesuchstellenden Person zu überbinden. Das entspricht der heutigen Situation im Kanton Zug.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Zu fordern ist, dass die Gegenpartei bei jedem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung anzuhören ist.

AVGE: L'assistance n'est accordée que si la cause n'est pas dépourvue de chances de succès. Ce principe, repris du droit à l'assistance judiciaire devant le Tribunal fédéral, est difficilement contestable en soi. Cependant, il faut souligner, en rapport avec l'art. 108 al. 2 AP, que l'on ne doit pas exiger du requérant que sa demande d'assistance judiciaire expose l'affaire de façon détaillée sur le plan du droit. A défaut, cela reviendrait à contraindre le justiciable à consulter un

avocat pour procéder à un premier examen du cas et, éventuellement, rédiger sa demande d'assistance judiciaire.

Les art. 105 ss AP traitent de l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, dont on rappellera qu'il est de nature constitutionnelle (art. 29 al. 3 Cst.). Etant donné le principe acquis, on peut se demander si, pour partie au moins, le sujet ne relève pas de l'organisation judiciaire. On peut songer notamment aux art. 108 et 110 AP qui règlent la procédure à suivre en vue de l'octroi de l'assistance judiciaire. L'audition de la partie adverse dans ce cadre (prévue dans certains cas à l'art. 108 al. 4 AP; le Rapport (p. 62 ss) va plus loin que la lettre du texte légal, puisqu'il prévoit la possibilité élargie d'entendre la partie adverse "fréquemment en mesure de participer à l'établissement de l'état de fortune et des revenus ainsi que des chances de succès". Il y aurait ainsi une sorte de procès avant le procès...) pose problème, puisque la voilà d'entrée de cause informée, lorsque celui qui requiert l'assistance juridique est le demandeur, de ce qu'une action judiciaire s'apprête à être introduite à son encontre... Une telle mesure semble inopportune et susceptible de placer le justiciable désireux d'obtenir l'assistance judiciaire dans une position procédurale délicate. Elle devrait être combattue.

AVLU: Die Kostenlosigkeit des Verfahrens um unentgeltliche Prozessführung ist zu begrüssen, ebenso die Regelung, wonach die Gegenpartei anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Prozessführung von der Sicherheitsleistung für die Parteikosten befreit.

AVZH: Abs. 3: Dass der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden soll, wurde schon zu Art. 106 dargelegt (vgl. oben Randziffern 91 und 92). Dieser Absatz ist entsprechend abzuändern.

Formulierungsvorschlag Art. 108 Abs. 3:

*Das Gesuch kann schon vor Rechtshängigkeit und auch später im Laufe des Verfahrens gestellt werden, doch wird die unentgeltliche Prozessführung nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt. Sofern erforderlich, wird die unentgeltliche Prozessführung auch rückwirkend bewilligt.*

DJS: Die Gegenpartei sollte auf jeden Fall zur Frage der unentgeltlichen Prozessführung angehört werden, denn die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung kann die Waffengleichheit tangieren.

DJZ: Abs. 4: Die Gegenpartei sollte auf jeden Fall zur Frage der unentgeltlichen Prozessführung angehört werden, denn die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung kann die Waffengleichheit tangieren.

GGD ZH: Dieser Artikel lässt sich wesentlich besser gliedern, wenn der Chronologie gefolgt wird.

Art. 108 Gesuch und Verfahren

<sup>1</sup> *Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung kann vor oder nach Rechtshängigkeit gestellt werden.*

<sup>3</sup> *~~Das Gericht entscheidet über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung im summarischen Verfahren. Wenn die gesuchstellende Person von der Leistung von Sicherheit für die Prozesskosten der Gegenpartei befreit werden soll, hört es die Gegenpartei vorgängig an.~~*

<sup>4</sup> *Die unentgeltliche Prozessführung wird nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt.*

<sup>5</sup> *Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit erhebt das Gericht keine Gerichtskosten.*

FSA: La FSA suit la majorité de sa commission qui se prononce en faveur de l'al. 2 de cette disposition: il se justifie que le requérant expose, à l'appui de sa demande d'assistance judiciaire gratuite, les moyens de preuve qu'il entend invoquer.

Au surplus, la partie adverse doit toujours être entendue dans la procédure d'octroi de l'assistance judiciaire gratuite. Il y a donc lieu de reformuler l'art. 108 al. 4 de la manière suivante:

*al. 4 La partie adverse est entendue.*

MietZG: Abs. 1: Ergänzung: "Das Gericht oder die Schlichtungsbehörde entscheidet über das Gesuch..."

Es dürfte sinnvoll sein, dass die Schlichtungsbehörde selbst über Gesuche um unentgeltliche Prozessführung entscheiden kann.

SchKG-Vereinigung: Abs. 4: Die Gegenpartei sollte immer angehört werden. Neue Formulierung: <sup>4</sup> *Die Gegenpartei ist anzuhören.* ~~„wenn die unentgeltliche Prozessführung von der Leistung der Sicherheit für die Parteikosten befreit.~~

SVAMV: Abs. 3: Änderung: "ausnahmsweise" streichen. Änderung: "(...) *Die unentgeltliche Prozessführung wird ausser bei Bös- und Mutwilligkeit rückwirkend bewilligt.*

SVM: Al. 5 (nouveau): En cas de demande visant une médiation, les requérant-e-s indiquent le nom du médiateur ou de la médiatrice qu'ils/elles ont choisi-e et qui est agréé-e.

Il est primordial que les personnes qui ne disposent pas de moyens suffisants aient droit à une prise en charge des frais de médiation lorsque leur cause ne semble pas dépourvue de toute chance de succès. Il appartiendra à l'autorité compétente de déterminer le nombre de séances qui semblent raisonnables de cas en cas, en veillant à ne pas obliger les parties ou le médiateur ou la médiatrice à donner des informations qui seraient contraires au principe de confidentialité. Il importe également que les médiateurs-trices dont les honoraires seront pris en charge par l'assistance juridique soient ceux-celles agréé-e-s par le Conseil fédéral (liste des médiateurs-trices).

Uni BE: Abs. 1: "ausser bei deren Bös- oder Mutwilligkeit..." Nota: Dieser Abs. 1 gehört an den Schluss des Artikels 108.

Uni NE: L'article 108 parle de demande d'assistance judiciaire. Ne s'agit-il pas plutôt d'une requête ? A nouveau, les termes de demande et de requête devraient être précisés.

L'alinéa 2 de l'article 108, qui prévoit que le requérant doit exposer les moyens de preuve qu'il entend invoquer va trop loin. Un exposé de la cause doit suffire.

Concernant l'effet rétroactif, il convient à tout le moins que, lorsque l'assistance judiciaire est demandée avant que soit déposée la demande, elle couvre l'intervention nécessaire pour l'établissement de celle-ci.

## Art. 109

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Es sollte verdeutlicht werden, dass die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Vertretung auch rückwirkend entzogen werden können.

BE: Es sollte aus dem Gesetzestext oder zumindest aus dem Bericht hervorgehen, dass die unentgeltliche Prozessführung rückwirkend nur entzogen werden kann, wenn die betreffende Person das Gericht über ihre finanziellen Verhältnisse getäuscht hat.

Die Formulierung im französischen Text ("... que le droit à l'assistance n'existe plus.") ist etwas unglücklich. Treffender könnte die Bestimmung "... que le bénéficiaire n'y a plus droit" oder "... que les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire ne sont plus remplies" lauten.

NW: Dem bestehenden Artikel den Satz zufügen: "Der Entzug hat rückwirkend zu erfolgen, wenn die Bewilligung auf Grund von unwahren Angaben erteilt wurde" (vgl. Art. 55 Abs. 1 Gerichtsgesetz des Kantons Nidwalden).

Begründung: Es macht Sinn, dies hier explizit zu erwähnen, anstatt solche Situationen ohne spezielle Erwähnung unter Art. 112 des VE ZPO zu subsumieren, wie es gemäss dem Bericht zum Vorentwurf vorgesehen wäre.

SH: Es sollte verdeutlicht werden, dass die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Vertretung auch rückwirkend entzogen werden können.

TG: Es sollte verdeutlicht werden, dass die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Vertretung auch rückwirkend entzogen werden können.

TI: La norma è silente sulla retroattività o meno della revoca. Le spiegazioni degli esperti descrivono, a giusto titolo, che non lo è e che al più si applica l'art. 112 cpv. 1 CPCF, se le condizioni economiche dell'interessato glielo permettono.

ZG: Ein Anspruch kann nicht nur im Laufe des Verfahrens wegfallen, sondern es kann sich herausstellen, dass er von Anfang an nicht gegeben war. Die Bestimmung ist deshalb wie folgt zu ergänzen: "..., wenn sich im Laufe des Prozesses ergibt, dass der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder von Anfang an nicht gerechtfertigt war."

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni BE: "... Anspruch *auf diese* (statt *darauf*) nicht mehr..."

## Art. 110

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im Gegensatz zu Art. 108 Abs. 4 VE wäre hier zu präzisieren, dass die Gegenpartei des Hauptprozesses im Rekursverfahren generell nicht anzuhören ist. Als Ausnahme wäre der gleiche Fall zu erwähnen, der auch in Art. 108 Abs. 4 VE genannt wird.

Entgegen den Ausführungen im Bericht sollte bestimmt werden, dass auch die Gegenpartei, die in ihren Rechten unmittelbar betroffen ist, Rekurs einlegen kann. Idealerweise wäre bei den Rechtsmitteln generell vorzusehen, dass auch

der in seinen Rechten betroffene Dritte das der Partei zur Verfügung stehende Rechtsmittel ergreifen kann (für die durch die Bejahung der Rechtsmittellegitimation Dritter entstehenden Probleme vgl. die Bemerkungen zu "Allgemeines zu Art. 286 – 289 (Rechtsmittel)", unten).

FR: Il paraît nécessaire de proposer que l'Etat cantonal (qui finance l'assistance judiciaire) ait un droit de recours, comme cela se pratique actuellement dans notre canton.

Art. 111

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Eine Regelung, wonach die Bewilligung für das erstinstanzliche Verfahren für das Rechtsmittelverfahren nicht gilt, ist vorzuziehen. Sowohl die Frage des Bedarfs als auch die der Prozessaussichten stellt sich im Rechtsmittelverfahren bzw. unter Berücksichtigung des Ergebnisses des erstinstanzlichen Verfahrens grundlegend neu. Die Möglichkeit der oberen Instanz, anders zu verfügen, genügt nicht, weil dann in der Regel der ganze Aufwand schon entstanden ist. Hinzu kommt, dass Zivilverfahren häufig lange dauern, weshalb sich in den finanziellen Verhältnissen der Parteien durchaus Veränderungen ergeben können.

GR: Gemäss Wortlaut ist die Rechtsmittelinstanz nicht verpflichtet, die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zu prüfen. Es besteht die Gefahr, dass der Entscheid der Vorinstanz ohne weitere Abklärungen übernommen wird, obwohl sich die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers in der Zwischenzeit verändert haben. Um dies zu verhindern, sollte eine summarische Überprüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz statuiert werden. Weiter ist die Verwirkungsfrist von fünf Jahren für den Rückforderungsanspruch des Staates zu kurz bemessen. Da normalerweise die wirtschaftliche Erholung des Anspruchsberechtigten länger als fünf Jahre dauert, wird der Rückforderungsanspruch des Staates mit dieser kurzen Frist auf ein noch schwächeres Fundament gestellt.

SG: Wir beantragen die Regelung, wonach die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren für das Rechtsmittelverfahren nicht automatisch weiter gilt (vgl. Art. 79 Abs. 2 der st.gallischen Gerichtsordnung, SGS 941.21). Sowohl die Frage des Bedarfs als auch die der Prozessaussichten stellt sich im Rechtsmittelverfahren bzw. unter Berücksichtigung des Ergebnisses des erstinstanzlichen Verfahrens grundlegend neu. Die Möglichkeit der oberen Instanz, anders zu verfügen, genügt nicht, weil dann in der Regel der ganze Aufwand schon entstanden ist. Hinzu kommt, dass Zivilverfahren häufig lange dauern, weshalb sich in den finanziellen Verhältnissen der Parteien durchaus Veränderungen ergeben können.

SH: Die automatische Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung im Rechtsmittelverfahren zwingt die Rechtsmittelinstanz, in jedem Fall mindestens der Frage der Aussichtslosigkeit des Verfahrens die erforderliche Beachtung zu schenken. Der Partei wird jedenfalls zu Lasten des Gerichts Verantwortung abgenommen. Das ist klar abzulehnen.

SO: Wir sind gegen den Grundsatz, dass die einmal bewilligte unentgeltliche Prozessführung im Rechtsmittelverfahren ohne neue Prüfung weiter gilt. Nach Vor-

liegen des erstinstanzlichen Urteils wird wohl in vielen Fällen die Aussichtslosigkeit des Prozesses neu beurteilt werden müssen. Ebenfalls eine Verbesserung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Partei im Laufe des Verfahrens ist denkbar. Aus diesen Gründen sollen die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung im Rechtsmittelverfahren erneut geprüft werden.

TG: Sowohl die Frage des Bedarfs als auch die der Prozessaussichten stellt sich im Rechtsmittelverfahren für die unentgeltliche Prozessführung neu. Es handelt sich mithin um eine neue Ausgangslage, weshalb die vor erster Instanz gewährte Rechtswohltat nicht einfach weiter Gültigkeit haben soll. Die vorgeschlagene Regelung ist daher abzulehnen.

TI: Contrariamente alla situazione attuale in Ticino, non occorre più introdurre una nuova domanda di AG in appello. Vale dunque quella concessa in primo grado, a meno che in appello si disponga diversamente (in vista soprattutto, del requisito del *fumus boni iuris* dell'impugnazione).

Ci sembra corretto, a condizione che - anche per il secondo grado - si precisi che questa diversa disposizione intervenga preliminarmente e non si decida la decisione sul ricorso.

Art. 112

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im ersten Absatz sollte die "Kann-Vorschrift" durch eine Bestimmung ersetzt werden, welche festhält, dass die Partei zur Nachzahlung verpflichtet werden *muss*, sofern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse entsprechend verbessert haben.

BL: Abs. 2: Antrag: Festsetzung der Verwirkungsfrist auf *10 Jahre*

Begründung des Antrags: Bei Eheschutz- und Scheidungsverfahren, die oft im Armenrecht geführt werden, erscheint die vorgesehene Frist von 5 Jahren zu kurz, weil es gerade in diesen Fällen meist länger dauert, bis sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien gebessert haben.

FR: Al. 2: la durée (5 ans) paraît trop courte pour un délai de péremption; un délai de 10 ans semble mieux adapté.

GL: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Nachzahlungsanspruch des Staates bei bewilligter unentgeltlicher Prozessführung schon nach fünf Jahren *verwirken* soll.

LU: Wer in den Genuss unentgeltlicher Prozessführung kommt, sollte die ihm erbrachte staatliche Leistung zurückerstatten, sobald er wirtschaftlich dazu in der Lage ist, das heisst die Schuld sollte grundsätzlich unbefristet bestehen bleiben. Aus Gründen der Rechtssicherheit beantragen wir eine Verjährungsfrist von zehn Jahren. Wird entgegen unserem Antrag an einer Verwirkungsfrist festgehalten, so beantragen wir, diese auf zehn Jahre zu erhöhen.

SG: Das Gericht wird in der Regel erst nach einer gewissen Zeit Abklärungen über die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse tätigen. Namentlich bei Scheidungen brauchen beide Seiten mindestens fünf Jahre, um sich wirtschaftlich zu erholen. Wenn die Frist als Verwirkungsfrist ausgestaltet und so kurz ist wie im Entwurf, müssten faktisch nach spätestens drei Jahren mit Abklärungen

und der Nachforderung begonnen werden, was oft einen Leerlauf bedeutete. Die Frist ist daher zu verlängern. Wir schlagen eine solche von 15 Jahren vor.

SO: Der Anspruch des Staates auf Nachzahlung der vorgeschossenen Prozesskosten sollte, in Anlehnung an die ordentliche Verjährungsfrist, in 10 Jahren nach Abschluss des Verfahrens verjähren.

SZ: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Anspruch des Staates auf Nachzahlung bei bewilligter unentgeltlicher Prozessführung innerhalb einer kurzen Frist von nur fünf Jahren *verwirken* soll.

TI: Questa norma ha una portata pratica molto importante, visti i margini di recupero che esistono verso le parti in AG. Inoltre costituisce un sicuro elemento di moderazione nel fare ricorso a questo strumento, visto che le parti debbono sapere che potrebbero (fino a 5 anni dalla conclusione del processo) essere chiamate alla rifusione.

La norma è silente su quale autorità si occupi di queste rifusioni. Sarebbe auspicabile aggiungere un terzo capoverso *che demandi ai cantoni* la definizione dei meccanismi e delle autorità di applicazione di questo principio della rifusione.

Infine, le spiegazioni degli esperti parlano di "nachträglich", ciò che significherebbe la necessità di interpretare la norma nel senso che la rifusione è possibile solo se le condizioni economiche successive alla domanda AG lo permettono.

Non ci sembra calzante: lo stesso deve valere anche se al momento di presentare l'istanza la parte ha sottaciuto dei suoi averi e ha così ottenuto indebitamente quel beneficio.

ZG: Abs. 2: Die Verwirkungsfrist von 5 Jahren ist zu kurz und sollte auf 10 Jahre verlängert werden.

ZH: Gemäss Art. 112 kann eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet werden, wenn es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Allerdings verwirkt dieser Anspruch des Staates innert fünf Jahren nach Abschluss des Verfahrens. Wir regen hier dringend an, die Frist auf zehn oder fünfzehn Jahre zu verlängern und eine unterbrechbare Verjährungs- statt eine Verwirkungsfrist vorzusehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Staat hier schlechter gestellt werden soll als ein der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist unterstehender Schuldner gemäss Obligationenrecht. Die Höhe der Nachforderungen sind nicht zu unterschätzen. Sie beliefen sich im Jahr 2002 für das Obergericht auf 360 000 Franken. Wir verweisen auf die Stellungnahme des OG zu Art. 112.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Der Nachzahlungsanspruch sollte nach Ansicht der CSP Schweiz nicht schon nach 5 sondern erst nach 10 Jahren verwirken.

CVP: Die Verwirkungsfrist in Abs. 2 ist auf zehn Jahre zu erhöhen.

Grüne Partei: Im Gegenzug zu einer grosszügigen Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (wozu auch die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zum vollen Tarif gehört; vgl. Art. 107 Abs. 3) sind wir der Meinung, dass die Verwirkungsfrist für Nachzahlungsansprüche nicht bloss wie vorgeschlagen 5, sondern 10 Jahre dauern sollte, was der üblichen Verjährungsfrist gemäss Obligationenrecht entspricht. Es ist nicht einzusehen, wieso der Staat

die Kosten der unentgeltlichen Prozessführung nicht soll zurückverlangen können, wenn eine Partei z.B. 6 Jahre nach Abschluss des Verfahrens ein Erbe in Millionenhöhe antritt.

Entsprechend fänden wir es angebracht, auch die Verjährungsfrist für Gerichtskosten (vgl. Art. 93 Abs. 2) von 5 auf 10 Jahre heraufzusetzen.

LPS: Le délai de prescription devrait être de 10 ans, comme le veut la règle pour les prestations qui ne sont pas périodiques. La disposition proposée par l'avant-projet limite en outre les chances des cantons de se faire rembourser.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Anstelle der Verwirkungsfrist sollte es eine Verjährungsfrist sein, zudem eine solche von zehn Jahren.

AVZH: Abs. 2: Begrüssenswert ist, dass mit Bezug auf den Rückforderungsanspruch des Staates eine einheitliche und kurze Verwirkungsfrist eingeführt wird. Dies erhöht die Rechtssicherheit und bewahrt die Parteien davor, auch noch lange Zeit nach Abschluss des Verfahrens mit Nachzahlungsforderungen behelligt zu werden.

OGZH: Das ist unbefriedigend. In der Praxis warten die Gerichtskassen zur Schonung der Parteien mehrere Jahre zu, bevor sie Abklärungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse einleiten. Namentlich bei Scheidungen (auf welche bei uns der grösste Teil der unentgeltlichen Verfahren entfällt) brauchen beide Seiten erfahrungsgemäss mindestens fünf Jahre, um sich wirtschaftlich zu erholen - das ist die minimale Frist, für welche etwa ein Mann Unterhaltszahlungen leisten muss, oder inner welcher sich eine Frau beruflich wieder etablieren kann. Nach unserer Erfahrung nicht selten sind auch die Fälle, in denen eine Partei durch Erbschaft zu Vermögen kommt. Wenn die Frist als Verwirkungsfrist ausgestaltet und erst noch so kurz wäre wie nach dem VE, müsste man faktisch nach spätestens drei Jahren mit dem Einleiten der Abklärungen und der Nachforderung beginnen, was aber einen Leerlauf bedeutete. Die Frist ist deutlich zu verlängern.

Ein Hinweis zur finanziellen Tragweite: Im Kanton Zürich sind erfolgreiche Nachforderungen ein gewichtiger Faktor - im Jahr 2002 machte das Inkasso des Obergerichtes unter diesem Titel immerhin Fr. 360'000.-- erhältlich, und das ausnahmslos in Fällen, bei welchen seit dem Prozess *mehr als sieben Jahre* verstrichen waren.

Eine absolute Verwirkung ist zudem unzweckmässig: so kann sich eine betroffene Person durch Obstruktion und Verfahrensverzögerung in die Verwirkung "retten". Wir glauben, dass ein innert Frist zu Recht eingeleitetes Verfahren auf Nachforderung genügen sollte.

Vorschlag:

*(Abs. 2:) Der Anspruch des Staates verwirkt, wenn er nicht innert 15 Jahren nach Abschluss des Verfahrens entsteht und geltend gemacht wird.*

SVAMV: Abs. 1: Ergänzen: (...) und ihre Unterhaltspflichten gegenüber minderjährigen Kindern erlauben.

Abs. 2: Wir begrüssen die Verjährung des Anspruchs des Staates nach 5 Jahren

Uni NE: Le chapitre sur l'assistance judiciaire n'indique pas à quel moment l'avocat doit déposer son mémoire de frais et honoraires. Par ailleurs, l'article 112, qui indique que la prétention de l'Etat s'éteint après 5 ans à compter de la fin du procès, n'est pas suffisamment précis. Vise-t-on par là la dernière instance cantonale de recours ?

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW:Vgl. die Ausführungen zu Art. 107.

Art. 113

*Kantone / Cantons / Cantoni*

FR: Le principe de la conduite du procès par le *tribunal* est trop lourd et il est difficile de déceler l'amélioration qui peut en être attendue. Par ailleurs il ne tient pas compte du système des juges assesseurs "laïcs". Il faut prévoir le système de la conduite par le président du tribunal.

LU: Das übermässig ausgedehnte Unmittelbarkeitsprinzip macht den Prozess sehr schwerfällig und widerspricht dem eine höhere Bedeutung zuzumessenden Beschleunigungsgebot. Wir beantragen, die Prozessleitung analog den §§ 15 und 16 ZPO/LU grundsätzlich der Präsidentin oder dem Präsidenten beziehungsweise der Instruktionsrichterin oder dem Instruktionsrichter zu übertragen.

UR: Zu bedauern ist, dass der Vorentwurf nicht vermehrt die Mediation als Alternative zu einem gerichtlichen Verfahren fördert.

ZG: Art. 113 / 114: Als Grundsatz sollte gelten, dass die Prozessleitung - wie bis anhin im Kanton Zug - beim/bei der Referenten/in bzw. Instruktionsrichter/in liege und nur ausnahmsweise beim Kollegialgericht. Die Zuständigkeit der/des Referentin/en soll sich dabei aber nicht nur auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung beschränken. Ihr bzw. ihm solle die uneingeschränkte Prozessleitung (inkl. Beweisabnahmen, Durchführung von Vergleichsverhandlungen etc.) obliegen. Eine vermehrte Zuständigkeit des Kollegialgerichts würde zu einer unnötigen zeitlichen Mehrbelastung der einzelnen Richterinnen/Richter, zu einer Verkomplizierung der Verfahren und höheren Kosten für den Kanton führen. Zudem würde eine (zu) enge Auslegung des Art. 113 VE einen unberechtigten Eingriff in die sachliche Zuständigkeit der Kantone (vgl. Art. 2 Abs. 1 VE) bedeuten.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Es sollte eingefügt werden: "... Es kann die Prozessleitung auf den Instruktionsrichter übertragen."

Abs. 2: "... der Parteien ...." sollte mit "... zwischen den Parteien ..." ersetzt werden.

AVZH: Formulierungsvorschlag 8. Titel: Prozessleitung, *Amtssprache*, prozessuales Handeln und Fristen

DJS: Prozessrecht dient bekanntlich der Durchsetzung des materiellen Rechts. Entsprechend ist es auch auszugestalten. Prozessuale Regeln dürfen aber nicht die Durchsetzung des materiellen Rechts im Einzelfall verhindern oder über Gebühr erschweren. Wo prozessuale Bestimmungen der Bündelung des Ver-

fahrens und der Gewährleistung eines voraussehbaren und geordneten Verfahrensablauf dienen, ist deren Verletzung primär nicht durch Rechtsverlust sondern mit der Auferlegung der dadurch verursachten Kosten zu ahnden.

FSA: La FSA propose de modifier l'article 113 al. 2 qui aurait la teneur suivante:

*al. 2 Es kann jederzeit versuchen eine Einigung der Parteien, allenfalls im Rahmen einer Mediation, herbeizuführen.*

KassZH: Im Zusammenhang mit der richterlichen Prozessleitung sollte auch der Grundsatz der beförderlichen Prozess erledigung Erwähnung finden.

SDM-FSM: Vorschlag: Art.113 Grundsätze

<sup>1</sup> ...

<sup>1a</sup> *Das Gericht trifft die geeigneten Massnahmen und erteilt Weisungen um die rasche und wirkungsvolle Prozess erledigung zu fördern*

<sup>1b</sup> *Das Gericht hält die Parteien zu kooperativem Verhalten im Verfahren an.*

<sup>2</sup> ...

<sup>3</sup> *Das Gericht empfiehlt den Parteien die Aufnahme einer Mediation, wenn eine solche aufgrund der Verhältnisse angezeigt erscheint (Art. 116)*

Die bisherigen kantonalen Prozessgesetze geben dem Richter lediglich die Möglichkeit, krasse Verstösse gegen gewisse prozessuale Regeln mit Ordnungsbussen zu ahnden. Der Vorschlag geht davon aus, dass der Richter gestützt auf die gesetzliche Verfahrensgrundlage zunächst eine Partei ermahnen kann, den Lauf des Prozesses zu fördern anstatt zu behindern bzw. zu verzögern (Art. 113). Als Sanktion steht die Überbindung eines Teils der Verfahrenskosten zur Verfügung (Art. 119). Die Rechtfertigung liegt in der Tatsache, dass Prozessverzögerungen regelmässig Kosten verursachen, die oft direkt gar nicht erfassbar sind (z.B. Wiedereinarbeitung in das verzögerte Verfahren, nicht in Zahlen messbare Verluste der Parteien infolge langer Prozessdauer). Damit zulasten der Gegenpartei "legale Prozessverschleppung zur Förderungen der Vergleichswilligkeit" zu betreiben, ist – ohne in Geheimnisse einzugreifen - anwaltlicher Strategie bekanntlich nicht fremd. Beachtet eine Partei die vom Richter zu konkretisierende Ermahnung nicht, kann der Anteil der Kostenaufgabe zuungunsten der prozessbehindernden Partei verschoben werden. Die Erfahrungen von Gerichten, die dank prozessualen Vorgaben Druck auf die compliance machen können, sollen positiv sein, da den Parteien in aller Regel die damit geahndeten Verstösse durchaus bewusst waren. Dieser Vorschlag stellt im Grunde genommen eine Fortsetzung der Ermahnung an die Anwälte zur korrekten Prozessführung dar, wie sie in den meisten Anwaltsgesetzen ohne Biss verankert ist.

Die Durchsetzung der in der Anwaltsgesetzgebung überwiegend verankerten Verbote der mutwilligen oder trölerischen Prozessführung erfährt nach unserem Vorschlag ein prozessuales Gegenstück, das den Richter direkt zur Einflussnahme ermächtigt, ihn aber auch diskret verpflichtet, seinerseits zur Prozessbeförderung beizutragen.

Die Mediation ist als freiwilliges Konfliktbereinigungs-Instrument mit einem besonderen Handicap behaftet: In den Jahren der Einführung der Mediation tendieren zahlreiche, mit dem Instrument nicht direkt vertraute Parteien und deren Vertreter dazu, sich nicht auf die Mediation einzulassen, aus Angst, eine Initiative werde als Schwäche ausgelegt (vgl. Jean Timsit, Mediation, An Alter-

native to Judgement, not an Alternative Judgement, in The Journal of the Institute of Chartered Arbitrators, V69 N3 Seite 159 ff). Hier soll der Richter spannend und fördernd eingreifen können. Er kann die Mediation direkt empfehlen (Art. 113 Abs. 4). Er kann aber auch dank dem zur Einführung empfohlenen Prozessmanagement die Parteien darauf hinweisen, dass sich die Aufnahme einer Mediation aufdränge, um die zu erwartende Prozessdauer oder voraussehbare Wartezeiten zu verkürzen. Das entkräftet erfahrungsgemäss das befürchtete Argument (vgl. Jean Timsit, a.a.O. S. 164).

Bei der Empfehlung dürfte sich der Richter in der Regel entweder an ihm bekannte Mediationspersonen halten oder die Parteien an die Mediationsverbände verweisen, die regelmässig Standards erstellen, um Gewähr für Fachkunde zu bieten (vgl. SDM Schweizerischer Dachverband für Mediation, Ausbildungsstandards; Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation, Akkreditierungs-Reglement). Zum neuen Deutschen Zivilprozessrecht wird bezüglich der dort ausdrücklich eingeführten Mediation auch seitens von Kommentatoren auf diesen Weg verwiesen, da der Mediationsberuf auch in Deutschland noch kein anerkannter Beruf ist (vgl. Hans-Georg Monssen, Bringt die ZPO-Reform den Durchbruch für die Mediation?, in ZKM Zeitschrift für Konfliktmanagement 3/2003 S. 116 ff.).

SVM: Al. 3 (nouveau): Il peut, dans toutes les causes qui, d'une manière générale, lui paraissent de nature à faire l'objet d'une médiation, proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige par la voie de la médiation. A cet effet, il informe les parties sur la médiation, leur remet la liste des médiateurs et médiatrices agréé-e-s et leur impartit si besoin un délai de 30 jours au plus pour réfléchir et lui faire part de leur éventuel engagement en médiation. En cas de silence des parties à l'issue du délai, la procédure suit son cours.

Al. 4 (nouveau): La liste prévue à l'al. 3 est établie par le Conseil fédéral, sur propositions des cantons, qui vérifie la formation adéquate, l'expérience, les qualifications et les aptitudes particulières des médiateurs et médiatrices à la médiation.

Al. 5 (nouveau): Les cantons peuvent aménager des bureaux de médiation publics.

Les alinéas 3 et 4 s'inspirent du projet de loi genevois sur la médiation civile, notamment des art. 71 A, B et C (nouveaux) LPC.

L'alinéa 4 sur la tenue des listes par le Conseil fédéral, en lieu et place des cantons par exemple, pose la question d'une uniformisation de la professionnalisation des médiateurs-trices et pourrait limiter des divergences d'appréciation au niveau des cantons. Une liste fédérale garantirait une égalité de traitement et une reconnaissance des médiateurs-trices d'autres cantons.

L'alinéa 5 reprend une proposition du groupe de travail réunissant le CSMC, l'ASM et l'IFM (figurant sous l'art. 194 al. 3 de ses propositions). Sa localisation sous "Dispositions générales" permet ici de la mettre en évidence pour tous les stades du procès et toutes les procédures.

Uni BE: Abs. 2: Vergleich statt Einigung.

Uni NE: La notion de "procès" n'est pas claire. Ainsi, lorsqu'il y est fait référence par exemple à l'article 93, il semble qu'elle concerne l'ensemble des instances,

alors que le chapitre 1 du titre 8, se réfère apparemment à une instance spécifique. Peut-être vaudrait-il mieux parler de "procédure".

Uni ZH: Die Regelung des gerichtlichen Vergleichs weist erhebliche Lücken auf:

*Zunächst fehlt eine allgemeine Bestimmung, wonach das Gericht den Vergleich auf Zulässigkeit, Vollständigkeit und Klarheit zu prüfen hat (vgl. z.B. ZH ZPO 188 III: "Auf Grund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleichs, wird der Prozess erst erledigt, wenn die Erklärung zulässig und klar ist.).* In Art. 245 II wird lediglich für die Genehmigung der Scheidungskonvention die bisherige Bestimmung aus dem Scheidungsrecht (Art. 140 ZGB) übernommen. M.E. hat das Gericht das Recht und die Pflicht einen Vergleich auch in den Belangen zu prüfen, in denen die Parteien über die Ansprüche frei verfügen können.

Unklar ist auch die Frage der *Rechtskraft und Form der Verfahrenserledigung* bei Vergleich, Anerkennung und Verzicht. Im bisherigen kantonalen Recht existieren bekanntlich zwei Modelle, das Zürcher-Modell und das Berner-Modell (hierzu MEIER, Privatrecht und Prozessrecht S. 57 f.). Nach der im Kanton Zürich und anderen Kantonen vorgesehenen Regelung beenden die genannten Rechtsgeschäfte nicht den Prozess. Vielmehr erfolgt dies erst mit dem Abschreibungsbeschluss durch das Gericht. Typisch für diese Lösung ist sodann, dass dieser Beschluss bezüglich der Rechtskraft einem Sachentscheid gleichgestellt ist (vgl. ZH ZPO 191 II). Nach der Berner ZPO erfolgt demgegenüber die Erledigung direkt durch das (privatrechtliche) Rechtsgeschäft. Die davon erfassten privatrechtlichen Ansprüche gelten sodann nicht als rechtskräftig erledigt.

Wie es sich aus verschiedenen Bestimmungen ergibt, ist die Expertenkommission offensichtlich von der Zürcher Lösung ausgegangen. Nach Art. 319 lit. c müssen Willensmängel bei Vergleich, Klageanerkennung und Klagerückzug im Rechtsmittelverfahren, d.h. auf dem Wege der Revision, geltend gemacht werden. Dies spricht gegen die Berner Lösung, für die es an sich typisch ist, dass bei Willensmängeln ein neuer Prozess eingeleitet werden muss. In Art. 319 heisst es im Weiteren, dass die Revision gegen "rechtskräftige Entscheide", worunter auch Prozesserledigungen gestützt auf ein privatrechtliches Rechtsgeschäft fallen, zulässig ist. Schliesslich wird in Art. 201 ausdrücklich gesagt, dass Vergleich, Klageanerkennung und Verzicht vor der Schlichtungsbehörde in Rechtskraft erwachsen. Gerade in dieser Bestimmung wird jedoch inkonsequenterweise festgehalten, dass diese Rechtsgeschäfte das Verfahren selber erledigen, ohne dass es noch einer richterlichen Entscheidung bedarf. Die Schlichtungsstelle muss die Rechtsgeschäfte zur Erledigung des Verfahrens lediglich "zu Protokoll" nehmen und von den Parteien unterzeichnen lassen.

Diese Fragen sollten für den gerichtlichen Vergleich unbedingt für alle Streit-sachen – etwa im 4. Kapitel mit dem Titel: "Entscheid" im 1. Abschnitt unter "Allgemeine Bestimmungen" – klar geregelt werden. ZH ZPO 188 III und 191 II könnten hier als Vorbild dienen (188 III: "Auf Grund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleichs, wird der Prozess erst erledigt, wenn die Erklärung zulässig und klar ist." 191 II: "Die nämliche Rechtskraft kommt den Erledigungsentscheiden zu, welche auf Grund eines Klagerückzuges, einer Klageanerkennung oder eines Vergleichs ergehen. Der Klagerückzug im Sühnverfahren und der Rückzug wegen fehlerhafter Klageeinleitung zur Verbesserung sind davon ausgenommen.")

## Art. 114

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Der Instruktionsrichter soll generell bestimmt werden können, nicht nur im Einzelfall mittels separater prozessleitender Verfügung.

BE: Laut Art. 114 Abs. 2 VE kann das Gericht die prozessleitenden Verfügungen des mit der Prozessleitung beauftragten Mitglieds des Gerichts jederzeit abändern oder aufheben, soweit sie nicht rekursfähig sind. Man kann sich fragen, ob es effektiv auf die *Rekursfähigkeit* einer prozessleitenden Verfügung ankommt oder ob nicht vielmehr das tatsächliche *Erheben und Beurteilen* eines Rekurses das Rückkommen auf die Verfügung ausschliesst. Der Sinn der Bestimmung spricht eher für die zweite Variante. Es wäre wünschenswert, wenn eine Formulierung gefunden werden könnte, welche dies besser ausdrückt als der im VE gewählte Wortlaut.

Die französische Version von Art. 114 Abs. 2 VE ist korrekturbedürftig. Die deutsche Version sieht eine Abänderung oder Aufhebung prozessleitender Verfügungen vor, soweit sie nicht *rekursfähig* sind. Es müsste daher auch in der französischen Version von "*appel simplifié*" und nicht von "*recours*" gesprochen werden.

BL: Abs. 1: Antrag: Prüfung, ob auch Gerichtsschreiber/innen mit Aufgaben der Prozessleitung betraut werden können.

Begründung des Antrags: Wir verweisen auf § 6 Absatz 3 des basellandschaftlichen Gerichtsorganisationsgesetzes, der sich bewährt hat (Systematische Gesetzessammlung BL, SGS 170; Wortlaut: "Das Präsidium kann Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber mit der stellvertretenden Wahrnehmung von Instruktionsaufgaben und der Durchführung von Vergleichsverhandlungen beauftragen.").

LU: Die Einschränkung der Instruktionsrichtertätigkeit auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung ist unzweckmässig. Das Recht der Parteien, die Beweisabnahme vor dem ganzen Spruchkörper zu verlangen (Artikel 149 Absatz 2 VE-ZPO), verringert die Delegationsmöglichkeit an den Instruktionsrichter zusätzlich.

SO: Abs. 2: Diese Bestimmung darf nicht dazu führen, dass Parteien die Überprüfung sämtlicher prozessleitender Verfügungen des Instruktionsrichters durch das Gesamtgericht verlangen können. Es ist klarzustellen, dass die Überprüfungsmöglichkeit nicht im Sinne eines "kleinen Rechtsmittels" zu verstehen ist, da sonst der Verzögerung des Verfahrens Vorschub geleistet würde.

TI: La commissione non concorda con il tenore del cpv. 2, che rappresenta una sorta di messa sotto tutela del giudice delegato e di mortificazione del suo operato.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Anstatt "zur Vorbereitung der Hauptverhandlung" sollte eingefügt werden: "*Zur Vorbereitung des Prozesses*". Der Wortlaut dieser Bestimmung (und nach dem Bericht der Expertenkommission soll mit dem Begriff "Hauptverhandlung" nur die Sitzung des Gerichts gemeint sein), wonach eine Übertragung der Prozessleitung beschränkt ist auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung, ist zu einschränkend. Die Begleitung des gesamten Prozessverfah-

rens muss dem Instruktionsrichter ev. einem Gerichtsschreiber übertragen werden können. Alles andere widerspricht der Prozess- wie auch der Kostenökonomie.

FSA: La FSA est d'avis qu'il faut élargir le champ d'application de cette disposition et propose en conséquence la nouvelle formulation suivante:

*<sup>1</sup> Le tribunal peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres tout ou partie de l'instruction de la cause, en particulier les décisions relatives au déroulement de l'instance, l'administration des preuves et les mesures provisoires.*

*<sup>2</sup> Il peut en tout temps modifier, d'office ou sur requête les décisions prises en vertu de la délégation, dans la mesure où elles ne sont pas sujettes à recours.*

En revanche, la FSA rejette une proposition d'introduire une procédure de recours (*Kammerrekurs*) contre les décisions prises par le juge délégué sur le modèle bâlois.

SVR: Les dispositions sur la conduite du procès nous inspirent certains doutes. Les pouvoirs donnés au tribunal d'intervenir en tout temps dans la marche de la procédure (art. 114 al. 2), sans compter les innombrables possibilités offertes aux parties de remettre en cause les décisions prises en cours d'instruction, sont de nature à ralentir le procès, ce qui paraît contraire à l'esprit de l'avant-projet.

Uni LA: Il y a lieu d'accueillir favorablement cette disposition, tant et en ce qu'elle permet l'institution, bien connue dans de nombreux cantons, du juge instructeur, qu'en ce qu'elle préserve la possibilité que l'entier de l'instruction soit menée devant le tribunal en corps, ce qui est la pratique actuelle par exemple devant les prud'hommes. On peut se demander cependant s'il ne s'agit pas d'une règle d'organisation judiciaire et s'il ne conviendrait pas, plutôt que de laisser au tribunal la latitude de choisir entre ces deux solutions, de permettre à la législation cantonale de préférer l'une ou l'autre, le cas échéant en fonction de la juridiction concernée.

La faculté laissée par l'al. 2 au tribunal de modifier ou d'annuler en tout temps les décisions d'instruction du juge délégué est plus inquiétante. On conçoit mal d'autoriser ainsi les parties à remettre continuellement en cause devant l'autorité collective les décisions du juge délégué. Ce serait de nature à perturber et retarder le bon déroulement de la procédure. Si la possibilité de remettre en cause devant le tribunal en corps les décisions d'instruction du juge délégué devait être jugée indispensable, ce qui est discutable, il faudrait au moins en limiter le cadre, comme le font par exemple les art. 291 et 299 du Code de procédure civile vaudois.

Uni NE: A l'article 114 al. 2, la notion de décision préparatoire du juge délégué n'est pas claire. Selon l'article 217, lors des débats préparatoires, le tribunal peut simplifier la procédure et administrer des preuves. Le tribunal pourrait-il annuler la décision d'un juge d'entendre un témoin lors de débats préparatoires ? La portée des débats préparatoires devrait être précisée.

Il convient de préciser quelles décisions peut prendre le juge délégué. Les incidents de procédure sont-ils jugés par lui ?

## Art. 115

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Lit. d: Von der geltenden Gerichtspraxis wird aus verfahrensökonomischen Gründen die "Prozessverbindung" zugelassen. So werden z.B. Schadenersatzprozesse mit Klagen mehrerer Geschädigter aus dem gleichen Schadenereignis in der Weise verbunden, dass die Hauptverhandlung mit den Zeugenbefragungen und den Parteivorträgen gemeinsam durchgeführt wird. Dies sollte aber nur unter den einschränkenden Voraussetzungen zulässig sein, dass sich die Klagen im wesentlichen auf den gleichen Sachverhalt stützen und die schützenswerten Interessen der Parteien, namentlich das Geheimhaltungsinteresse, nicht beeinträchtigt werden.

TI: Cpv. 1: lett. a + b: la disposizione va oltre a quanto previsto nel CPC-Ti, dove la disgiunzione si limita ai presupposti ed eccezioni processuali e di merito, ed è un caso di applicazione dell'art. 229 CPCF.

Essa si avvicina invece alla filosofia del lodo parziale in tema di arbitrato e può essere senz'altro uno strumento per accelerare il processo di prima istanza. Specularmente questa soluzione rischia di comportare tempi più lunghi qualora la decisione parziale sia dedotta in secondo grado e l'appello sia accolto.

Sarebbe opportuno adottare una soluzione mediana del seguente tenore: "Per semplificare il processo il tribunale, con l'accordo delle parti, può segnatamente a. b. c. d. e. .... Sono fatti salvi i presupposti e le eccezioni processuali e di merito, per le quali l'accordo delle parti non necessita."

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es sollte eingefügt werden: *unter Anhörung der Parteien*. Dies ergibt sich zwar aufgrund des Grundsatzes der Wahrung des rechtlichen Gehörs zwar von selbst, wird aber zum Beispiel bei Art. 144 Abs. 1 (Wiederherstellung) auch explizit erwähnt.

AVZH: Lit. a und lit. b können zusammengelegt werden.

Formulierungsvorschlag Art. 115:

*Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht insbesondere:*

*a. das Verfahren auf einzelne Fragen oder einzelne Rechtsbegehren beschränken;*

~~*b. das Verfahren auf einzelne Rechtsbegehren beschränken;*~~

~~*b. e. [...]*~~

GGD ZH: Lit. a und b können zusammengefasst werden, sind im übrigen aber zu offen formuliert: Das Gericht kann den Prozess nur vorläufig auf die ausgewählten Fragen oder Rechtsbegehren beschränken.

Art. 115 Vereinfachung *des Verfahrens*

*Zur Vereinfachung des Verfahrens kann das Gericht insbesondere:*

*a. das Verfahren vorerst auf einzelne Fragen oder einzelne Rechtsbegehren beschränken;*

*b. gemeinsam eingereichte (...)*

FSA: Terminologie: l'expression "limiter la procédure" à l'article 115 lit. a et b. n'est pas très heureuse. Il faudrait réunir les deux lettres de la façon suivante:

*let. a et b examiner préalablement des questions ou des conclusions déterminées.*

Il y a lieu en outre de noter qu'à nos yeux un examen préalable ne peut être entrepris que s'il peut déboucher sur une décision incidente "art. 229 AP" et que cet examen préalable requiert l'accord des parties.

Uni BE: Eine Beschränkung des Verfahrens auf einzelne Fragen oder Rechtsbegehren kann nur vorübergehend, aber nicht definitiv sein. Der Artikel könnte u.E. etwa kurz so lauten: "Das Gericht kann zur Vereinfachung des Verfahrens die Behandlung mehrerer Klagen vereinigen oder einzelner Klagen aufteilen und ebenso das Verfahren vorerst auf einzelne Rechtsfragen oder Rechtsbegehren beschränken.

Die Regel von lit. e betreffend Widerklagen gehört zu Art. 12.

Uni NE: L'article 115, qui concerne la simplification du procès, utilise des expressions trompeuses. En tant que tel, le tribunal ne limite pas la procédure, qui doit concerner l'ensemble des conclusions soumise par les parties. Il devrait être question d'"examen préalable de questions déterminées". Le texte de l'article 115 devrait être modifié dans ce sens.

Art. 116

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Das Problem der identischen Klagen wird unseres Erachtens ungenügend geregelt. Werden bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht, so muss jedes später angerufene Gericht heute gemäss Art. 35 GestG das Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat. Gemäss Art. 116 VE ZPO mit der blossen Kann-Formulierung könnte das Gericht selber entscheiden, ob es das Verfahren sistieren will oder nicht. Wir sehen keinen Grund für eine abweichende Regelung und schlagen daher vor, anstelle von Art. 116 und 117 VE ZPO die Art. 35 und 36 GestG zu übernehmen und die Sistierung für die übrigen Fälle (z.B. Art. 567 ff, 588 ZGB, Art. 207 SchKG, Zweckmässigkeit) separat zu regeln.

BE: In der französischen Fassung von Abs. 2 sollte es heissen "... peut être attaquée *par appel* simplifié" und nicht "... peut être attaquée *par appel* simplifié".

BL: Abs. 2: Antrag: Gegen den Sistierungsentscheid ist ausschliesslich die Beschwerde zuzulassen.

BS: Nicht explizit erwähnt wird die Wirkung einer Sistierung bzw. welche Fristen stillstehen. Während einer Sistierung stehen alle *richterlichen* Fristen still. Eventuell könnte hierzu auf die Bestimmungen zum Stillstand der Fristen (Art. 138 ff.) verwiesen werden.

LU: Um ungerechtfertigte Prozessverzögerungen zu vermeiden schlagen wir vor, dass im Falle der Abweisung des Sistierungsantrags der Entscheid nicht mit Rekurs (aber mit Beschwerde) angefochten werden kann.

NW: Abs. 1: *Das Verfahren kann namentlich [...] im Einverständnis der Parteien sistiert werden* (vgl. Art. 57 Abs. 1 Ziff. 3 Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden).

Begründung: Obwohl dies auf den ersten Blick klar scheint, sollte dieser in der Praxis wichtige Punkt in der beispielhaften Aufzählung von Sistierungsgründen ausdrücklich erwähnt werden.

TG: Diese Bestimmung ist nach unserer Auffassung unnötig und kann gestrichen werden.

TI: Questa norma concede la facoltà al giudice di sospendere il procedimento ogni volta che lo ritiene opportuno. Anche questa è una norma che va oltre il CPC-TI (art. 107).

Visto che ancora di recente il TF (DTF 16.9.2003 - 4P.143/2003) ha ribadito che la sospensione dev'essere concessa con rigore ed eccezionalmente, sarebbe buona cosa introdurlo nella legge.

*Ad esempio: Il tribunale può eccezionalmente sospendere il procedimento fintanto che lo ritenga opportuno....*

Inoltre, nell'elenco esemplificativo del cpv. 1 va comunque aggiunto che il procedimento può essere sospeso anche quando tra le parti sono in corso le trattative.

*Cpv. 1 seconda frase: Il procedimento può essere in particolare sospeso quando la decisione dipende dall'esito di un altro procedimento, quando tra le parti sono in corso delle trattative oppure quando le parti si sono accordate di sottoporre la loro controversia a una mediazione.*

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Auch hier sollte noch eingefügt werden: "... *unter Anhörung der Parteien ...*". Der Terminus "Mediation" ist m. E. zu eng, da die Parteien auch ohne die Hilfe eines Mediators eine Einigung suchen können. Evtl. ersetzen mit "Vergleichsverhandlungen". Zusätzlich sollte noch eingefügt werden: "... *oder wenn die Parteien mit einer Sistierung einverstanden sind*". Variante: Zweiter Halbsatz streichen und im ersten Satz einfügen: ... *oder die Parteien mit einer Sistierung einverstanden sind*.

ASLOCA: Nous proposons d'ajouter un alinéa stipulant que la procédure doit être suspendue si les deux parties le demandent.

AVZH: In Abs. 2 geht es eher um eine "Verfügung" als um einen "Entscheid" (vgl. Art. 287 lit. c sowie den Bericht der Expertenkommission zu Art. 228, S. 111). Da gegen eine Verfügung aber an sich der Rekurs nicht zur Verfügung steht, erscheint die Nomenklatur der gerichtlichen Anordnungen im Entwurf noch nicht völlig kohärent und muss wohl nochmals überdacht werden.

FER: En matière de suspension de l'instance, cet avant-projet devrait, comme cela se fait dans certaines lois cantonales de procédure civile, non seulement prévoir les causes qui l'autorisent, mais également la forme que devra respecter sa reprise, ainsi que la possibilité pour les parties de voir se périmier l'instance qui ne serait pas reconduite dans un certain délai.

Ne pas prévoir de péremption d'instance en cas de suspension serait, de l'avis de la Fédération, contraire à l'objectif de rapidité et d'efficacité que la commis-

sion d'experts a voulu respecter en édictant cet avant-projet. Elle confronterait également les parties à une certaine insécurité juridique.

Outre ces quelques lacunes, d'autres règles de procédure méritent également, pour diverses raisons, que la Fédération s'y attarde brièvement. Elles seront reprises ci-dessous dans un ordre systématique.

OAFRI: Al. 1<sup>er</sup>: Le texte français est mal formulé. Il ne suffit pas que la suspension de la procédure s'avère opportune; cette suspension doit être "commandée" par des motifs d'opportunité.

SDM-FSM: Vorschlag: Abs.1: *Das Gericht kann das Verfahren solange sistieren, als es die Zweckmässigkeit gebietet. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist oder wenn die Durchführung einer Mediation angezeigt ist.*

Wir unterstützen die von der Expertenkommission geplante Einführung der Sistierung zur Förderung der alternativen Konfliktbeilegung. Wir empfinden die Sistierung als in direktem Zusammenhang zum Prozessmanagement stehend, weshalb wir dieses Instrument als für den Richter wichtig erachten.

SVCL: Ergänzungs-vorschlag zu Art. 116 Abs. 1 des ZPO-Entwurfes:

*[...] Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist oder wenn sich die Parteien auf die Durchführung einer Mediation, eines Collaborative Law Verfahrens oder eine andere Form von aussergerichtlichen Streitbeilegung geeinigt haben.*

Zurzeit ist eine Arbeitsgruppe daran, die letzten Vorarbeiten zur Implementierung des Collaborative Law Verfahrens in der Schweiz abzuschliessen. Voraussichtlich wird eine Gruppe von Anwälten bereits im Verlaufe des kommenden Jahres ihre Tätigkeit als Collaborative Law Anwälte aufnehmen. Es ist uns deshalb ein Anliegen, dass als Sistierungsgrund für ein laufendes Verfahren nicht nur die Mediation sondern auch das Collaborative Law Verfahren explizit in der neuen eidg. ZPO aufgeführt wird.

SVM: Al. 1 (modifié): Suppression de la dernière partie de la dernière phrase à savoir: *ou que les parties ont convenu d'engager une procédure de médiation.*

Voir la proposition de l'alinéa 2 ci-dessous.

Al. 2 (nouveau): A l'issue du délai de l'art. 113 al. 3, les parties qui se sont engagées dans la voie de la médiation en informent ensemble le juge par écrit, qui suspend la procédure. Pendant cette suspension, le médiateur n'intervient pas dans la procédure civile et le juge n'intervient pas dans le processus de médiation. Les parties reprennent la procédure lorsqu'elles l'estiment nécessaires. Le juge reste cependant compétent pour prendre les mesures requises par l'ordre public et le droit impératif, notamment dans le domaine de la protection des mineurs.

Cette nouvelle proposition implique que l'annonce commune de l'engagement en médiation transmise par écrit au juge provoque la suspension. Le juge ne pourrait la refuser. Cette proposition s'inspire en partie du projet genevois et notamment de l'art. 71 G.

SVR: Quant aux motifs de suspension (art. 116), si nous souscrivons au souci des auteurs de l'avant-projet de permettre autant que possible aux parties de régler leur litige d'une manière extra-judiciaire, nous préconisons un pas de plus par

l'incorporation dans la loi de procédure civile de dispositions en matière de médiation (cf. le récent projet de la Chambre suisse de médiation commerciale et du Groupement Pro Médiation, ainsi que les rapports de M. Jean Mirimanoff et Madame Isabelle Bieri).

Uni NE: A l'article 116, qui concerne la suspension de la procédure, il conviendrait plutôt de parler de jugement que de décision. Il conviendrait également de prévoir que les parties peuvent, à discrétion, convenir d'une suspension de la procédure, lorsque la procédure est régie par la maxime de disposition. Le délai maximum de suspension devrait être fixé dans ce cas, ce qui en cas de non-respect malgré l'octroi d'un délai de grâce, entraînerait l'abandon de la cause.

Art. 117

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Vgl. die Bemerkung zu Art. 116 VE.

BL: Abs. 2: Antrag: Gegen den Entscheid betreffend Überweisung ist ausschliesslich die Beschwerde zuzulassen.

TI: Riprende l'art. 36 cpv. 2 LForo ed è quindi una norma di competenza territoriale che, in rispetto della sistematica dell'AP andava posizionata nel capitolo sulle competenze.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 117 VE lässt Einiges offen. Gemeint sind wohl auch Verfahren, die nicht von ein und denselben Parteien bestritten werden. Selbst wenn aber eine der Parteien des Zweitprozesses mit einer solchen des Erstprozesses identisch ist, wird die Überweisungsfrage zum Gegenstand einer Stellungnahme derselben zu machen sein und darf sie nicht auch den Rechtsmittelweg mit Kostenvorschusspflicht (Art. 87 Abs. 2 lit.c VE) verwiesen werden.

Art. 118

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Auch in dringlichen Sachen kann es u.U. sinnvoll sein, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen (aufwändige Kollokationsprozesse). Wir schlagen daher vor, lit. b von Abs. 3 zu streichen. Ebenso geht das Verbot der Gewährung von Fristerstreckungen zu weit. Es genügt, wenn in der Regel keine Fristerstreckungen gewährt werden (Abs. 3 lit. c).

BE: Dringliche Sachen hat das Gericht gemäss Art. 118 Abs. 1 VE als solche zu bezeichnen. Es ist davon auszugehen, dass sich die Dringlichkeit einer Streitsache auch erst im Verlaufe eines Verfahrens ergeben kann und in diesem Fall die Bezeichnung der Sache als dringlich *so bald als möglich* erfolgen muss. Es wird angeregt, dies zumindest in der künftigen Botschaft zu präzisieren. Sinnvoll erschiene gar, den Gesetzestext entsprechend zu ergänzen, z.B. mit "*unverzüglich*" oder "*bei erster Gelegenheit*".

Die Regelung von Art. 118 Abs. 3 lit. c VE, wonach in dringlichen Fällen generell keine Fristerstreckungen gewährt werden, erscheint zudem als zu strikt. Auch in dringlichen Fällen kann ein wichtiger Grund für eine (kurze) Fristerstreckung vorliegen. Vorgeschlagen wird deshalb, die Bestimmung insofern

zu ergänzen, als "*in der Regel*" keine Fristerstreckungen gewährt werden, resp. Fristerstreckungen "*nur in Ausnahmefällen*" gewährt werden.

GR: Streitsachen werden als dringlich qualifiziert, wenn ihre nicht dringliche Behandlung zu einer Vergrößerung des Schadens führt. Diese Bestimmung sollte dahingehend ergänzt werden, als dies nur aufgrund eines Antrags einer Partei geschehen kann.

LU: Abs. 1 und 2: Mit der Bestimmung, wonach das Gericht dringliche Sachen als solche zu bezeichnen und ausser der Reihe möglichst rasch zu behandeln hat, wird faktisch eine neue Verfahrensart geschaffen. Dies ist nicht notwendig. Die Fälle von Artikel 118 Absatz 1 und 2 VE-ZPO können ohne weiteres dem vereinfachten Verfahren (Artikel 237 ff. VE-ZPO) zugewiesen werden und die superprovisorischen Massnahmen (Artikel 280 VE-ZPO) genügen.

Systematisch gehört die Dringlichkeitsregelung zudem nicht in den ersten Teil, sondern zu den Verfahrensbestimmungen des zweiten Teils der ZPO.

Abs. 3: Gemäss dem Bericht der Expertenkommission wird dem Gericht die Entscheidung überlassen, welche Massnahmen zur Beschleunigung des Verfahrens zu ergreifen sind. Dies ist sachgerecht. Der Gesetzestext deckt sich aber nicht mit dieser Absicht, da er zwingend formuliert und deshalb zu restriktiv ist. Wir schlagen folgende Ergänzung vor: *Das Gericht trifft die notwendigen Verfügungen. Es kann insbesondere: (.....).*

SZ: Die Aufzählung ist unvollständig. Dringlich sollten auch Arrest-, Eheschutz- und Baueinspracheverfahren behandelt werden.

TG: Abs. 2 lit. b ist unseres Erachtens zu wenig präzise.

TI: Si tratta di una disposizione completamente nuova in quanto è il tribunale che decide se una procedura è urgente o meno. Mentre vengono considerate procedure urgenti ex lege le procedure della LEF che attualmente sottostanno alla procedura accelerata.

Nella procedura urgente verrà inclusa anche la procedura accelerata prevista dagli artt. 389 ss.CPC-Ti, la quale diviene pertanto una procedura ordinaria, accelerata con gli strumenti del cpv. 3 della norma.

Il cpv. 3 conferisce un potere enorme al tribunale. Oltre a decidere se una controversia sottostà alla procedura urgente o meno il tribunale decide anche se adottare misure necessarie, in particolare l'assegnazione dei termini, l'esclusione di un secondo scambio di scritti e il rifiuto di concedere proroghe di termini.

E' un cambiamento di filosofia radicale rispetto al sistema vigente, dove è la legge a prevedere il contenuto di una procedura urgente (v. ad es. gli art. 389 seg. CPC). Secondo il CPC, invece, questo compito è nelle mani del giudice.

Una delle tentazioni del giudice sarà quella di non ammettere determinati mezzi istruttori lenti, ad esempio la perizia o dei testimoni all'estero, creando così un'inammissibile "Beweisstrenge". Il rapporto esplicativo contiene questo riferimento (p. 66) ma, vista l'importanza, sarebbe buona cosa che lo contenesse anche la legge.

Ad esempio: cpv. 1 "senza che ciò precluda però il completo accertamento dei fatti soggiacenti".

Infine, per essere conseguenti fino in fondo occorrerebbe, al cpv. 3, inserire anche un termine perentorio di (ad .es) 90 giorni per emanare la sentenza finale, pena la nullità della stessa.

ZH: Mit Art. 118 wird neben den Typen des ordentlichen und des beschleunigten Verfahrens das so genannte dringliche Verfahren eingeführt. Diese Verfahrensart soll im Wesentlichen Ersatz sein für das heute vom Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vorgesehene beschleunigte Verfahren (Bericht, S. 66). Wir erachten diese zusätzliche Verfahrensart als entbehrlich und die damit verbundene Differenzierung als schwer handhabbar. Die Gerichte haben es auch ohne die besonderen Vorschriften von Art. 118 in der Hand, dringlich erscheinende Fälle rasch zu erledigen. Umgekehrt stellt die Qualifizierung einer Streitsache als dringlich im Sinne von Art. 118 keineswegs sicher, dass auch rasch ein Urteil ergehen wird. In diesem Sinne regen wir an, auf den Typus des dringlichen Verfahrens zu verzichten und die für diese Verfahrensart vorgesehenen Fälle stattdessen den Regeln über das vereinfachte Verfahren (Art. 237 ff.) zu unterstellen. Wir verweisen hier auf die Stellungnahme des OG zu Art. 118. Sollte am dringlichen Verfahren festgehalten werden, ist den berechtigten Anliegen des AVZH, wie er sie in der Stellungnahme zu Art. 118 dargelegt hat, gebührend Beachtung zu schenken.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Im Hinblick auf künftige Gesetze und Gesetzesänderungen regen wir an, in einer zusätzlichen lit. c von Absatz 2 alle Streitsachen als dringlich zu bezeichnen, für die das Bundesrecht ein "beschleunigtes Verfahren" vorschreibt. Entsprechend wäre auch Art. 237 des Vorentwurfs um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach alle Streitsachen dem vereinfachten Verfahren i.S. von Art. 237 ff. unterliegen, für die das Bundesrecht ein "einfaches und rasches Verfahren" vorsieht. Damit kann terminologisch Klarheit geschaffen werden.

Betreffend Widerklage im beschleunigten Verfahren verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 80.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Gemäss dem Bericht der Expertenkommission wird es dem Gericht überlassen, zu entscheiden, welche Massnahmen zur Beschleunigung des Verfahrens zu ergreifen sind. Dies erscheint sachgerecht. Der vorgeschlagene Gesetzestext deckt sich aber nicht mit dieser Absicht, ist er doch zwingend formuliert. Danach hätte das Gericht in jeder als dringlich erklärten Streitsache kurze Fristen anzusetzen, den zweiten Schriftenwechsel auszuschliessen, und Fristerstreckungen wären in jedem Fall ausgeschlossen. Diese Regelung ist zu restriktiv. Abs. 3 ist daher als Kann-Bestimmung zu formulieren. Wir schlagen folgende Regelung vor:

<sup>3</sup> *Das Gericht trifft die notwendigen Verfügungen. Es kann insbesondere:*

- a. kurze Fristen ansetzen;*
- b. den zweiten Schriftenwechsel ausschliessen;*
- c. keine Fristerstreckungen gewähren.*

AVZH: Art. 118 ist problematisch und kann zu Rechtsunsicherheit und – entgegen seinem Zweck – zu Weiterungen führen. Wenn die Bestimmung überhaupt beibehalten werden soll, müsste sie neu formuliert werden.

Da die Fälle der Dringlichkeit nur teilweise genau bestimmt sind, besteht eine Rechtsunsicherheit bis zur entsprechenden Verfügung durch das Gericht. Die Verfügung muss deshalb rechtzeitig erfolgen, so dass die Parteien nicht ungerne überrascht werden (z.B. Ausschluss der Replik nach Einreichung einer noch nicht umfassenden Klageschrift).

Die Folgen müssen flexibler geregelt werden, da sonst eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs droht. Z.B. bei komplexen Widerspruchs- oder Kollokationsklagen in bedeutenden Konkurs- oder Nachlassverfahren (Omni/Rey, Swissair, etc.) gemäss Art. 193 Abs. 2 können der zweite Schriftenwechsel oder Fristerstreckungen nicht ausgeschlossen sein.

Formulierungsvorschlag Art. 118:

*Das Gericht behandelt dringliche Klagen und Gesuche ohne Rücksicht auf die Reihenfolge ihres Eingangs möglichst rasch. Es trifft die notwendigen Verfügungen. Es kann insbesondere*

- a. kurze Fristen ansetzen;*
- b. den zweiten Schriftenwechsel ausschliessen;*
- c. nur in zwingenden Fällen Fristerstreckungen gewähren.*

*Dringlich sind insbesondere Streitsachen:*

- a. nach Art. 193 Absatz 2;*
- b. die zu einer Vergrösserung des Schadens führen, wenn sie nicht dringlich behandelt werden.*

*Das Gericht gibt den Parteien unter Hinweis auf diesen Artikel rechtzeitig bekannt, wenn es eine Streitsache als dringlich erachtet.*

DJS: Abs. 3 Bst. b und c: Diese Bestimmungen sind zu streichen. Es genügt, kurze Fristen anzusetzen, um das Verfahren zu beschleunigen. Gerade bei den Klagen nach Art. 193 Abs. 2 kann es sich um komplexe Verfahren handeln, wo der Ausschluss eines zweiten Schriftenwechsels und der generelle Ausschluss von Fristerstreckungen nicht adäquat wäre. Abgesehen davon, sind die vorgesehenen Massnahmen, die allesamt nur die Parteien betreffen, noch längst keine Gewähr für ein schnelles Urteil. Wenn schon, müssten auch Behandlungsfristen für die Gerichte vorgesehen werden.

DJZ: Abs. 3 lit. b und c: Diese Bestimmungen sind zu streichen. Es genügt, kurze Fristen anzusetzen, um das Verfahren zu beschleunigen. Gerade bei den Klagen nach Art. 193 Abs. 2 kann es sich um komplexe Verfahren handeln, wo der Ausschluss eines zweiten Schriftenwechsels und der generelle Ausschluss von Fristerstreckungen nicht adäquat wäre. Abgesehen davon, sind die vorgesehenen Massnahmen, die allesamt nur die Parteien betreffen, noch längst keine Gewähr für ein schnelles Urteil. Wenn schon, müssten auch Behandlungsfristen für die Gerichte vorgesehen werden.

FER: Par l'adoption de cette règle de procédure, la commission d'experts a voulu laisser la possibilité aux tribunaux de désigner, préalablement à l'ouverture de l'instruction, les affaires urgentes nécessitant un traitement rapide. La Fédération doute toutefois, en raison de la surcharge à laquelle ces derniers sont déjà confrontés, que ce système puisse être mis en place avec succès. La question se pose d'ailleurs de savoir si cette règle est d'une nécessité absolue, sachant que les parties bénéficient de la possibilité de déposer, le cas échéant, une requête en mesures provisionnelles, voire superprovisionnelles.

Il semblerait en effet plus sage de laisser aux parties le soin de déterminer les affaires qu'elles considèrent comme étant urgentes. Seule cette voie pourrait effectivement, de l'avis de la Fédération, permettre à cette procédure d'atteindre l'objectif que la commission d'experts s'est imposé. Rien ne s'oppose, en revanche, à ce qu'une règle autorise le tribunal à fixer, dans le cours de la procédure, des délais plus brefs (ou de les abréger) pour le cas où il devrait se rendre compte qu'il y a urgence.

FSA: L'article 118 AP tel que proposé contient le risque d'une "justice à deux vitesses" selon une appréciation subjective des juges. Cela n'est pas acceptable. Les affaires considérées comme urgentes doivent être désignées dans la loi.

GGD ZH: Zur grundsätzlichen Problematik der dringlichen Verfahren wird auf die Stellungnahme des OG verwiesen. Falls entgegen der dort geäußerten Auffassung an Art. 118 festgehalten werden sollte, sind folgende redaktionellen Bemerkungen anzubringen:

- Der Ausdruck "zu bezeichnen" in Abs. 1 bringt zuwenig klar zum Ausdruck, dass – insbesondere mit Blick auf Abs. 3 lit. b und c – auch die Parteien über eine entsprechende Qualifikation des Prozesses durch das Gericht in Kenntnis gesetzt werden sollten. Neben Abs. 1 befasst sich auch Abs. 3 mit den Rechtsfolgen der Dringlichkeit. Diese Regelungsinhalte sollten zusammen genommen werden. Damit kann auch gleich der Ausdruck "Verfügungen" vermieden werden (vgl. Bemerkungen zu Art. 217).
- Abs. 2 lit. b lässt offen, ob Replik und Duplik ganz ausgeschlossen sind oder ob sie i.S.v. Art. 220 in der Hauptverhandlung erfolgen. Bei Art. 220 aber ist von einer entsprechenden Anordnung des Gerichts die Rede. Mit einem obligatorischen Ausschluss einer mündlichen Replik und Duplik würde die materielle Wahrheitsfindung indessen zu stark eingeschränkt.
- Abs. 3 spricht von den notwendigen verfahrensbeschleunigenden Verfügungen. Indessen sind hier wohl nicht nur die formellen prozessleitenden Entscheide gemeint, sondern auch andere prozessuale Anordnungen, die den Parteien nicht formell eröffnet werden. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, den untechnischen Begriff "Vorkehrungen" zu verwenden.

#### *Art. 118 Dringlichkeit*

*<sup>1</sup> Dringliche Klagen und Gesuche behandelt das Gericht ausser der Reihe möglichst rasch. Insbesondere:*

- a. setzt es kurze Fristen an;*
- b. kann es den zweiten Schriftenwechsel sowie mündliche Replik und Duplik (?) ausschliessen;*
- c. gewährt es keine Fristerstreckungen.*

*<sup>2</sup> Dringlich sind insbesondere Streitsachen:*

- a. nach Artikel 193 Absatz 2;*
- b. die zu einer Vergrösserung des Schadens führen, wenn sie nicht dringlich behandelt würden.*

*<sup>3</sup> Das Gericht gibt den Parteien bekannt, wenn es eine Streitsache als dringlich erachtet.*

OAFRI: La notion d'urgence est imprécise et un essai de définition doit être entrepris. Les conséquences prévues à l'alinéa 3 sont trop rigides, des causes urgentes pouvant être extrêmement complexes.

Aucune conséquence n'est attachée à l'urgence, pour le tribunal. D'une manière générale, le souci de célérité de la procédure est absent du projet. Des pistes devraient être explorées, notamment l'unité de la procédure probatoire, tous les moyens de preuve devant être administrés lors de la même audience; à tout le moins, les réassignations devraient se faire à bref délai.

OGZH: Die Vorschrift hat ein beherzigenwertes Ziel, scheint uns aber missglückt. Dass gerichtliche Verfahren mit möglicher Beschleunigung zu führen sind, ist ein Gemeinplatz (nicht erst seit der EMRK). Der Vorschlag wird aber zu endlosen Streitigkeiten über die Vor-Vor-Frage der Dringlichkeit führen (die Parteien sind wohl immer gegensätzlicher Meinung), möglicherweise auch zu Rechtsmittelverfahren. Am Ende eröffnet man ein Feld für einen "Prozess im Prozess", ohne dass im Übrigen mit einer "Dringlicherklärung" wirklich sehr viel gewonnen wäre - das Verfahrensrecht des VE ist so flexibel, dass es weitgehende Beschleunigungen gestattet.

Vorschlag: Art. 118 ersatzlos streichen.

Wenn und soweit mit dem vorgeschlagenen Art. 118 das beschleunigte Verfahren des SchKG übernommen werden sollte, würde es sich wohl empfehlen, für jene Fälle das vereinfachte Verfahren des VE anwendbar zu erklären (vgl. auch den Hinweis zum Anhang, Änderungen im SchKG).

SVAMV: Abs. 2: Als dringliche Streitsachen zu ergänzen sind Verfahren, von denen unmündige Kinder betroffen sind.

Uni NE: L'article 118, en matière d'urgence, est d'une application peu aisée. En particulier, la lettre b) du second alinéa énonce une hypothèse problématique. Les causes dans lesquelles les dommages vont en s'aggravant peuvent être compliquées et nécessiter un travail important des mandataires. Il ne se justifie pas dans de tels cas de fixer des délais brefs, d'exclure le second échange d'écriture et de n'accorder aucune prolongation. Les mesures nécessaires doivent être prises, le cas échéant, par le biais de mesures provisoires. D'une manière générale, on peut d'ailleurs se demander comment le juge doit déterminer si l'affaire est urgente ou non, et quelles sont les possibilités des parties de recourir contre cette décision. Il nous paraîtrait plus praticable de prévoir une véritable procédure accélérée dans des cas spécifiques dont l'appréciation ne serait pas réservée au tribunal. Il convient au surplus de relever que c'est surtout du côté des parties qu'on met la "*pression*" en cas d'urgence, puisque aucun délai n'est fixé au juge pour rendre ses décisions. Or il ne sert à rien de fixer des délais brefs si, de son côté, le tribunal peut mettre des mois avant chacune de ses décisions.

Uni ZH: Das Dringlichkeitsverfahren nach Art. 118 ist zu wenig durchdacht und in der vorgesehenen Form nicht praktikabel bzw. rechtsstaatlich problematisch. Dadurch, dass Art. 118 selbst Konfliktpotential mit entsprechenden Verfahren und Rechtsmitteln schafft, können Zeitgewinne durch Straffung des Verfahrens zunichte gemacht werden. Eine Streichung ist vorzuziehen. Das Prozessrecht sieht genügend Flexibilität vor, um dringende Fälle zügig zu behandeln. Die Dauer des Prozesses hängt erfahrungsgemäss vor allem von der Organisation und Effizienz der Gerichte ab.

In jedem Fall muss garantiert sein, dass einer Partei durch eine Dringlicherklärung nicht das rechtliche Gehör verweigert wird. Soweit der Schriftenwechsel in diesem Zeitpunkt nicht bereits abgeschlossen war, muss jeder Partei, die auf die Gewährung mindestens eines weiteren Parteivortrages vertraut hat, ein Parteivortrag gewährt werden.

Das Verfahren bei "dringlichen Sachen" gemäss Art. 118 hat einen unbestimmten Anwendungsbereich und kann eine problematische Einschränkung der Parteirechte mit sich bringen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 21 ff.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 118 VE ist zu streichen (vgl. dazu ISAAK MEIER, S. 30 f.). Soweit nicht das summarische Verfahren Platz greift, gibt es keine Prozesse, die so dringlich sind, dass sie nicht auf dem üblichen Weg bewältigt werden könnten. Die Behandlung einzelner Prozesse "ausser der Reihe" wirkt sich notwendigerweise auf die übrigen Prozesse aus, was mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) sich nicht vereinbaren lässt.

Besonders gilt dies im Falle von Art. 118 Abs. 2 lit. a. VE. Dort sind jene Prozesse aufgeführt, für welche das SchKG das beschleunigte Verfahren vorsieht. Dieses Verfahren hat sich seit 1889 bewährt und es sind während der grossen Revision des SchKG hierüber weder innerhalb noch ausserhalb der Expertenkommission (welcher der Unterzeichnete angehörte) irgendwelche Klagen laut geworden. Die im beschleunigten Verfahren zu behandelnden Fälle sind zudem vielfach zu kompliziert als dass generell ein zweiter Schriftenwechsel ausgeschlossen (Art. 118 Abs. 3 lit. b VE) oder Fristerstreckungen verweigert (Art. 118 Abs. 3 lit. c VE) werden dürften oder dass überhaupt das Verfahren in ein derartiges Korsett zu zwingen wäre (die Kantone haben in Nachachtung von Art. 25 Abs. 1 SchKG längst die ihrer Gerichtsorganisation entsprechenden Lösungen getroffen. Das Bezirksgericht Zürich beispielsweise hat seit Menschengedenken seinen Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, bei welchem sich die Frage der Behandlung eines Prozesses "ausserhalb der Reihe" überhaupt nicht stellt, der aber zufolge seiner durch Erfahrung gewonnenen Spezialkenntnis der Materie besser für beförderlichen Ablauf seiner Prozesse zu sorgen in der Lage ist als es jede Fristverkürzung gegenüber den Parteien zu tun vermöchte.).

Art. 118 Abs. 2 lit. b VE spricht von einer "Vergrösserung des Schadens" und setzt damit die Existenz eines Schadens voraus, bevor ein solcher überhaupt unter Wahrung der normalen Verfahrensformen festgestellt ist. Rechtliches Gehör im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VE müsste gerade auch beim Entscheid über die "Dringlichkeit" gewährleistet sein.

#### Art. 119

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir sehen keinen sachlichen Grund für eine anders lautende Regelung dieser Vorschrift in der ZPO und im BGG. Zudem erachten wir die Formulierung im BGG als besser, da auch Verletzungen des Anstands explizit erwähnt werden. Wir schlagen daher vor, Art. 30 BGG wörtlich zu übernehmen.

- AR: Diese Regelung der Verfahrensdisziplin ist zu nachsichtig; Grund für eine Massnahme sollte nicht erst eine eigentliche Gefährdung des Gangs des Verfahrens bilden. Insbesondere in Verhandlungen sollte schon eine blosser Störung geahndet werden können. Zudem ist das Verfahren zu rudimentär geregelt. Zumindest sollte eine Widerrufsmöglichkeit vorgesehen werden.
- BE: Es wird vorgeschlagen, das Wort "*gefährden*" im ersten Satz dieser Bestimmung durch "*beeinträchtigen*" zu ersetzen, was nicht nur dem Sinn der Bestimmung, sondern auch der französischen Version besser entspricht.
- Zur Präzisierung der Bestimmung könnte zudem in der künftigen Botschaft festgehalten werden, dass sie einer weiten Interpretation zugänglich ist. So kann beispielsweise nicht nur das mutwillige Einlegen von Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen den Gang des Verfahrens gefährden, sondern ebenso die absichtliche Verdrehung der Wahrheit, das mutwillige Leugnen oder die Beleidigung des Gegners, Dritter oder von Gerichtspersonen.
- LU: Der Begriff "Gefährdung" ist zu eng. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine konkrete Gefährdung für den Gang des Verfahrens zwar nicht vorliegt, eine Person aber ein Verhalten an den Tag legt, welches nach einer Sanktion im Sinne von Artikel 119 VE-ZPO ruft. In den Erläuterungen wird denn auch von "Beeinträchtigung" gesprochen, was der Sache sicher näher kommt. Wir regen an, den Gesetzestext entsprechend anzupassen.
- SG: Diese Regelung der Verfahrensdisziplin ist zu nachsichtig; Grund für eine Massnahme sollte nicht erst eine eigentliche Gefährdung des Gangs des Verfahrens bilden. Insbesondere in Verhandlungen muss schon eine blosser Störung geahndet werden können. Zudem ist das Verfahren näher zu regeln (Rechtsbehelfe/Rechtsmittel). Sodann ist eine Widerrufsmöglichkeit vorzusehen (vgl. Art. 69 des st.gallischen Gerichtsgesetzes [sGS 941.1; GerG]).
- ZG: Zur "Gefährdung des Verfahrensganges" gehören ungebührliches Verhalten, trölerhafte Prozessführung, Beleidigung durch Anzüglichkeiten etc. Vgl. § 59 ZPO ZG ("<sup>1</sup> Die Parteien und Rechtsanwälte sollen wissentlich keine ungerichteten Prozesse anheben und sich der absichtlichen Verdrehung der Wahrheit, des mutwilligen Leugnens und unredlicher Prozessverzögerungen enthalten. Dem Richter gegenüber sind sie zur Wahrheit verpflichtet. <sup>2</sup> Es ist den Parteien untersagt, den Gegner oder dritte Personen durch Anzüglichkeiten, die nicht zur Sache gehören, zu beleidigen. <sup>3</sup> Gegen Nichtbeachtung dieser Vorschriften, ungebührliches Verhalten, trölerhafte Prozessführung usw. schreitet der Richter mit Verwarnung oder Ordnungsbusse ein. Die strafrechtliche Verfolgung wegen Ehrverletzung bleibt vorbehalten.") bzw. § 58 GOG ZG ("<sup>1</sup> Bei den Gerichtsverhandlungen sorgt der Präsident für Ruhe und Ordnung. Zu diesem Zwecke steht ihm die Befugnis zu, Personen, welche bei dem Verfahren nicht mitzuwirken haben, einzeln oder gesamthaft wegzuweisen. Personen, die sich seinen Anordnungen widersetzen, kann er bis zu 3 Tagen in Haft setzen lassen. <sup>2</sup> Wegen trölerhafter, leichtfertiger oder ungebührlicher Eingaben, pflicht- oder ordnungswidrigen Verhaltens kann die Behörde Ordnungsbussen bis auf Fr. 500.-- ausfällen. <sup>3</sup> Die Bussbeträge fallen in die Gerichtskasse."). Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Art. 122 gehört vor den Abschnitt über die Eingaben der Parteien, da die Sprache das gesamte Verfahren, nicht bloss schriftliche Eingaben betrifft.

Inhaltlich sollte die Eingabe von Dokumenten in anderen Landessprachen geregelt werden. Die Übersetzung von Dokumenten aus Deutsch in Französisch und umgekehrt sollte nicht mehr verlangt werden können. Vor Handelsgerichten sollten grundsätzlich auch englische Dokumente zulässig sein. Übersetzungen sind sehr kostspielig und zeitraubend. Ihr Nutzen ist oft beschränkt oder gar fraglich, da Übersetzungen wegen ihrer naturgemässen Unvollkommenheit nicht immer das Original ersetzen können und oft nur kleine Auszüge aus längeren Dokumenten prozessrelevant sind.

*Formulierungsvorschlag Art. 119a:*

*1. Kapitel<sup>bis</sup>*

*Art. 119a Amtssprache*

*Eingaben und mündliche Vorträge der Parteien erfolgen in der Amtssprache des betreffenden Kantons. Bei mehreren Amtssprachen regeln die Kantone den Gebrauch der Sprache.*

*Mit Zustimmung des Gerichts und der Gegenpartei kann auch eine andere Sprache benützt werden.*

*Beweisdokumente können in jeder Landessprache eingereicht werden. Vor Handelsgerichten sind auch englische Beweisdokumente zulässig.*

OGZH: Es besteht eine analoge Regelung in E BGG 30, auf welche der E CH-ZPO abgestimmt werden sollte.

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 119 Abs. 3: *Das Gericht kann einer Partei, die eine Teilnahme an einer vom Gericht empfohlenen Mediation verweigert, die ermessensweise Erhöhung des Kostenanteiles im Falle des Unterliegens androhen.*

Vgl. die Ausführungen zu Art. 98.

Der Formulierungsvorschlag in Art. 119 Abs. 3 soll die in Art 98 vorgesehene Sanktion ergänzen und die Prozessleitung (Art.113) unterstützen. Um die Wirkung zu optimieren, erlässt der Richter nach Bedarf eine Warnung (Art. 119 Abs. 3). So wird vermieden, dass erst bei der Urteilsfällung eine überraschende Bestrafung für mangelnde compliance erfolgt.

Der Vorteil liegt in der Einführungsphase darin, dass eine Ablehnung aus blosser Unkenntnis der Mediation reduziert wird. Ist die Mediation als Teil der Konfliktbereinigung (wie in weiten Teilen des Auslandes) breit bekannt und anerkannt, kann im Zusammenhang mit der richterlichen Prozessförderung erheblich mehr compliance erreicht werden. Die Parteien sollen angehalten werden können, wenigstens den Versuch zu unternehmen, wenn die äusseren Anzeichen positiv sind. Erfahrungsgemäss kann eine einmal aufgenommene Mediation eben tatsächlich auch weitergeführt werden.

Eine "Ablehnung ohne Versuch" (Art. 98 Abs. 1 lit. d "vom Gericht empfohlene Mediation ablehnt"; Art. 119 Abs. 3 "eine Teilnahme ablehnt") versteht sich bezüglich der ersten Mediationssitzung. Für die weiteren Sitzungen muss die Freiwilligkeit der Mediation im Vordergrund stehen. Soll der Richter das Verfahren unterbrechen können für eine Mediation, sollen die Parteien dieses weiterführen oder abbrechen können, ohne mit Sanktionen bedroht zu sein. Andern-

falls müssten die Internas einer Mediation ausgebreitet werden, was wiederum einer effizienten Mediation hinderlich wäre (vgl. ebenso Issak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 52).

suva: Die Bussenmöglichkeit ist auf Fr. 10'000.—zu erhöhen.

Uni NE: A l'article 119, en matière de discipline, il conviendrait d'indiquer quelle voie de recours est à disposition des parties et des tiers contre la décision du juge.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 119 VE ist zu streichen. Die Verfahrensdisziplin gehört, wie die Ausstandsfragen, zur Gerichtsorganisation und ist daher, solange es in den Kantonen keine eidgenössischen Gerichte gibt, den Kantonen zu überlassen.

Der Tatbestand der Gefährdung des Gangs des Verfahrens wiederum nicht in die ZPO sondern allenfalls in das Gerichtsverfassungsrecht und damit in die Kompetenz der Kantone. Zudem ist er in Art. 119 VE zu allgemein gehalten und dient höchstens dazu, die Betroffenen einzuschüchtern.

#### Art. 120

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es fällt auf, dass der Entwurf für das neue Bundesgerichtsgesetz (fortan BGG genannt) bezüglich Form der Eingaben und insbesondere der elektronischen Übermittlung in Art. 39 bereits eine Regelung enthält, welche jedoch nicht mit der vorliegenden Bestimmung übereinstimmt. Es wird daher vorgeschlagen, Art. 120 VE mit dem neuen BGG in Einklang zu bringen oder in der ZPO auf das BGG zu verweisen.

Unklar bleibt nach dem VE, in welcher Form die Beilagen zu einer elektronischen Eingabe dem Gericht zuzustellen sind. Liegen sie in elektronischer Form vor, kann davon ausgegangen werden, dass sie - gleich, wie Art. 39 Abs. 4 BGG es vorsieht - ebenfalls auf elektronischem Weg übermittelt werden können. Diejenigen Beilagen, welche nur in Papierform vorliegen, müssten wohl separat per Post eingereicht werden, wobei zu bestimmen wäre, wie es diesbezüglich mit der Fristwahrung aussieht.

BS: Der Vorentwurf sieht vor, dass eine Eingabe an das Gericht sowohl in Papierform als auch elektronisch erfolgen kann. Solange jedoch die Kommunikation auf elektronischem Wege gesetzlich noch nicht geregelt ist, sollte darauf verzichtet werden, diese im zivilprozessualen Verfahren einzuführen. Im übrigen hält die Expertenkommission in ihrem Bericht zu Recht fest, dass die Gerichte nicht dazu gezwungen werden können, eine der elektronischen Kommunikation dienende Infrastruktur einzurichten. In der vorgeschlagenen Bestimmung sollte deshalb zumindest zum Ausdruck kommen, dass die Eingaben grundsätzlich in Papierform zu erfolgen haben, dass sie jedoch auch auf elektronischem Wege übermittelt werden können, soweit das Gericht entsprechend ausgerüstet ist.

GE: Articles 120, 131 et 136 PCS: Les problèmes techniques liés aux notifications par voie électronique ainsi qu'à l'insécurité qui existe à ce jour suggéreraient, qu'en tout état, ce type de notifications/communications soient réservées aux situations où les deux parties et le tribunal s'accordent, d'entrée de cause ou en cours de procédure, en vue de leur utilisation.

- LU: Bezüglich der elektronischen Übermittlung sind noch etliche Fragen offen. Im Gesetzestext muss verdeutlicht werden, dass den Kantonen die Kompetenz zusteht, die elektronische Übermittlung zuzulassen.
- OW: Der Vorentwurf sieht in Abs. 1 vor, dass eine Eingabe an das Gericht auch elektronisch erfolgen kann. Im Bericht zum Vorentwurf (S. 67) wird dazu vermerkt, damit überhaupt eine Kommunikation auf elektronischem Weg möglich sei, müsse das Gericht über die entsprechende Infrastruktur verfügen. Dies stelle wiederum eine Investition dar, welche dem Gericht nicht aufgezwungen werden dürfe. Diese Ausführungen im Bericht stehen im Widerspruch zum Gesetzestext. Wenn Art. 120 die Möglichkeit der elektronischen Eingabe vorsieht, so haben die Kantone keine Möglichkeit mehr, diese Möglichkeit nicht zuzulassen. Sie wären also verpflichtet, die fragliche Investition zu tätigen und das Gericht entsprechend auszurüsten. Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber tatsächlich so weit gehen will.
- SO: Abs. 2: Dass elektronische Eingaben an das Gericht nur mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders zulässig ist wird im Sinne des Datenschutzes und der Datensicherheit ausdrücklich begrüsst. Allerdings wird dies erst möglich sein, wenn das Bundesgesetz über die elektronische Signatur in Kraft ist.
- Abs. 3: Bei elektronischer Übermittlung ist zwingend vorzuschreiben, dass die Eingabe in Papierform nachgereicht wird.
- TI: Cpv. 1 è stato completato alla luce della nuova legge federale sui servizi di certificazione nel campo delle firma elettronica (SCFel).
- ZH: Nach Art. 120 kann die Eingabe an ein Gericht in Papierform oder elektronisch erfolgen. Die damit bewirkte und andernorts durchaus erwünschte Senkung förmlicher Hürden halten wir im Geschäftsverkehr mit den Gerichten für fragwürdig. Es ist allgemein bekannt, dass die Sorgfalt bei der Abfassung eines E-Mails beträchtlich tiefer ist als im Briefverkehr. Schwierigkeiten ergeben sich auch beim Nachweis der Rechtzeitigkeit der Eingabe. Angesichts der Rechtsfolgen von Eingaben an die Gerichte kann das auch für die Parteien durchaus unerwünschte Folgen haben. Ein Zwischenlösung bestünde darin, einer Partei den elektronischen Geschäftsverkehr nur auf begründetes Gesuch hin zu bewilligen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Cet article comporte une faute d'orthographe et doit être lu *Lorsqu'il est transmis par voie électronique, (...)*.

La précision de l'"acte sur papier" ne permet pas de dire quel sort doit être réservé aux actes passés par fax. Le projet devrait régler ce cas. Une solution serait de ne pas en parler pour pas l'inciter.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Positiv: Einführung der elektronischen Übermittlung. Die sich daraus ergebenden Beweisfragen hinsichtlich der rechtzeitig erfolgten Zustellung müssten bis zur Einführung der BZPO noch geklärt werden (allenfalls müsste die BZPO vorerst ohne diese Bestimmung in Kraft gesetzt werden). (Problematisch ist allerdings, dass nach dem Bericht der Expertenkommission keine Verpflichtung

der Gerichte bestehen wird, die entsprechenden Infrastruktur seitens der Gerichte zur Verfügung zu stellen.)

Wortlaut zu ergänzen: ... *zu unterzeichnen respektive elektronisch zu signieren.*

AVGE: Les problèmes techniques liés aux notifications par voie électronique ainsi qu'à l'insécurité qui existe à ce jour suggéreraient, qu'en tout état, ce type de notifications/communications soient réservées aux situations où les deux parties et le Tribunal s'accordent, d'entrée de cause ou en cours de procédure, en vue de leur utilisation.

AVZH: Die Systematik dieser Bestimmungen (Art. 120 - 123) befriedigt nicht. Die Bestimmung über ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Eingaben gehört zu Art. 120 über die Form. Art. 122 über die Amtssprache gehört in einen eigenen Abschnitt vor Art. 120 (vgl. vorne Vorschlag zu Art. 119a).

Eingaben sollten auch per Telefax eingereicht werden können. Das Gericht sollte aber verlangen können, dass die Eingabe im Papierform nachgereicht wird.

Art. 123 Abs. 2 gehört zur Form und kann in etwas anderer Formulierung als Abs. 4 eingefügt werden.

Formulierungsvorschlag Art. 120:

<sup>1</sup> *Eine Eingabe an das Gericht kann in Papierform, per Telefax oder elektronisch erfolgen; sie ist zu unterzeichnen.*

<sup>2</sup> *Bei ~~elektronischer~~ Übermittlung durch Telefax oder auf elektronischem Weg kann das Gericht verlangen, dass die Eingabe in Papierform nachgereicht wird.*

<sup>3</sup> *Eingaben dürfen weder einen ungebührlichen oder unverständlichen Inhalt aufweisen noch schwer lesbar oder weitschweifig sein.*

economiesuisse: Die Zulässigkeit von Eingaben in elektronischer Form wird ausdrücklich begrüsst.

OAFRI: Articles 120 et ss: On rappelle que la réglementation du procès-verbal est insuffisante (cf supra lit. A) et qu'aucune réglementation n'est prévue pour le dossier judiciaire.

Article 120 al. 2: On signale que la clé électronique peut être rendue accessible à une personne qui n'est pas avocat. La garantie de la signature par le mandataire professionnel qualifié n'est donc plus assurée.

OGZH: Vor VE Art. 120 ff. Eingaben der Parteien: (auch hier ist die Abstimmung auf E BGG 39 sicher zu stellen).

Roche: Roche begrüsst den Vorschlag, die Eingabe an das Gericht auch in elektronischer Form zuzulassen (Art. 120 VE). Die elektronische Übermittlung ist im modernen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: "Nachreichen" einer Eingabe in Papierform (Art. 120 Abs. 3 VE) halte ich für unpraktikabel. Es müsste dafür eine Nachfrist mit Androhung für den Unterlassungsfall angesetzt werden. Dann ist es aber sinnlos, elektronische Eingaben zuzulassen. Zudem bliebe unklar, welcher Text gelten soll, wenn der elektronische Text und der Papierformtext von einander abweichen. Mit den heutigen Hilfsmitteln ist es jeder Partei und vor allem jedem Parteivertreter zuzumu-

ten, die Eingaben wie bisher in der nötigen Anzahl Exemplare samt Beilagen dem Gericht einzureichen.

#### Art. 121

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Es fehlt eine klare Regelung darüber, welche Anzahl Exemplare genügend ist. Die Auffassungen darüber sind sehr unterschiedlich.

SO: Die genaue Anzahl der beim Gericht einzureichenden Kopien ist analog § 70 der Solothurnischen Zivilprozessordnung bereits im Gesetz festzulegen.

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Evtl. genauer: "... grundsätzlich in dreifacher Ausfertigung, bei jeder weiteren Partei mit einer zusätzlichen Ausfertigung erfolgen".

AVLU: Der Entwurf sieht vor, dass Eingaben in Papierform in genügender Anzahl erfolgen müssen. Hier wäre eine klare Regelung wünschbar, sind doch die Auffassungen darüber, welche Anzahl genügend ist, sehr unterschiedlich. Sinnvoll erscheint eine Regelung, wonach eine Eingabe in je einem Exemplar für das Gericht und jede Partei einzureichen ist. Art. 121 wäre daher wie folgt zu ändern:

Eingaben in Papierform müssen *in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei* erfolgen; andernfalls kann das Gericht eine Nachfrist ansetzen oder die notwendigen Kopien auf Kosten der Partei erstellen.

swissmem: Wir stellen uns die Frage, ob die Anzahl der Eingaben nicht festgelegt werden könnte (z.B. ein Exemplar pro Partei und eines für das Gericht).

Uni NE: L'article 121, qui fixe le nombre d'exemplaires nécessaires, ne s'accorde pas avec l'article 120 qui prévoit que les actes peuvent être adressés au tribunal sous forme électronique. Au surplus, à l'article 120, on ne sait pas si le fax entre dans la définition des actes sur papier signés. Or il paraît surprenant que l'E-mail soit admis et non pas le fax qui semble pourtant une forme plus sûre de prime à bord.

#### Art. 122

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Namentlich für die zweisprachigen Kantone stellt sich die Frage, wie die Verfahrenssprache (Gerichtssprache) zu bestimmen ist. Vorgeschlagen wird, diesbezüglich einen Vorbehalt zugunsten der Kantone vorzusehen, da der Vorentwurf nur die Frage regelt, in welcher Sprache die Parteien sich an das Gericht wenden, hingegen nicht die Frage, in welcher Sprache das Gericht seinen Entscheid zu fällen hat.

TI: Il cpv. 2 pone un problema se contro la decisione del tribunale viene interposto appello e i giudici d'appello non comprendono la lingua utilizzata in primo grado (ad es. l'inglese). In tal caso è immaginabile che l'autorità di ricorso possa chiedere la traduzione dell'intero fascicolo.

Difatti, il capoverso citato *non limita* la scelta della lingua a quelle nazionali ma si potrà scegliere anche una lingua straniera oppure più lingue nella stessa procedura.

Questa ampia libertà non sembra - alla maggioranza della commissione - consona con la natura di "Statale" dei procedimenti retti da questa norma. Questo tenuto conto anche dei problemi che può generare dinanzi all'autorità di appello, se i giudici di secondo grado non conoscono la lingua scelta dalle parti.

Pertanto, nell'ottica di comunque mantenere una certa elasticità linguistica, si propone di limitare la scelta prevista all'art 122 cpv. 2 CPCF alle lingue nazionali.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Die CSP Schweiz erachtet es nicht als angezeigt, dass an schweizerischen Gerichten in jeder Sprache verhandelt werden kann, wenn das Gericht und die Gegenpartei zustimmen. Verhandlungssprache sollte neben der offiziellen Amtssprache des Kantons allenfalls eine andere schweizerische Amtssprache sein.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Positiv: Einführung einer weiteren Gerichtssprache (insb. Englisch).

Uni LA: Al. 2: Cette disposition, de prime abord anodine puisqu'elle ne permet de déroger à la langue officielle qu'avec l'accord des parties et du juge, mérite une réflexion approfondie. Il ne faut pas perdre de vue que l'activité juridictionnelle est une activité étatique, pour lequel des dispositions constitutionnelles imposent une limitation dans les langues qui peuvent être utilisées. Serait-il opportun que dans notre pays un nombre croissant d'affaires, par exemple en droit commercial, soient instruites et jugées en anglais ?

Les compétences linguistiques de tel juge particulier sont par ailleurs contingentes, alors que la procédure doit tenir compte d'une continuité institutionnelle. Que se passera-t-il si un président de tribunal maîtrisant par exemple l'espagnol ou le néerlandais accepte de mener dans cette langue un procès en divorce et qu'il doit être remplacé en cours de procédure (décès, retraite, promotion, etc.) ? Même en dehors de ces hypothèses, cela ne serait-il pas de nature à gêner les autorités de recours qui devront s'occuper ultérieurement dudit dossier et y trouveraient par ex. des auditions de parties dans ces langues ? Si l'on tient vraiment à ce que les parties puissent déroger à la langue officielle du procès, avec l'accord du tribunal, il serait préférable de limiter au moins le choix aux langues officielles suisses.

Uni ZH: Da die Kenntnis der praktisch verwendeten Landessprachen vorausgesetzt werden kann, sollte die Eingabe von Dokumenten in anderen Landessprachen zulässig sein, zumindest die Einreichung von französischen und deutschen Dokumenten. Vor Handelsgerichten sollten grundsätzlich auch englische Dokumente zulässig sein. Dadurch werden die Prozesse effizienter und kostengünstiger.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Entgegen Art. 122 VE sollten die Parteien generell in ihrer Landessprache plädieren dürfen, wie es auch im aussergerichtlichen Verkehr unter Rechts-

anwälten üblich ist. Alsdann bliebe es dem Prozessgegner überlassen, sich die Texte, die er nicht versteht, übersetzen zu lassen. Die ubersetzungspflicht einer Partei bezüglich der von ihr eingereichten Urkunden (Art. 173 Abs.3 VE) wäre auf Sprachen ausserhalb der Landessprachen und des Englischen zu beschränken (es darf darauf hingewiesen werden, dass etwa am Handelsgericht des Kantons Zürich bereits heute auch auf englisch plädiert wird).

Art. 123

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Folgen von mangelhaften Eingaben sollten präzise geregelt werden. Beim jetzigen Wortlaut ist unklar, ob ein formeller Abschreibungsbeschluss erforderlich ist.

BE: Werden die in Art. 123 Abs. 1 VE aufgelisteten Mängel innert der gesetzten Nachfrist nicht verbessert, so gilt die Eingabe laut dem deutschen Gesetzestext als "nicht erfolgt". Die französische Fassung sieht vor: "... l'acte n'est pas pris en considération", was am besten mit "wird nicht berücksichtigt" übersetzt werden könnte. Es ist diesbezüglich eine Bereinigung vorzunehmen. Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang, eine Formulierung zu wählen, welche umschreibt, was konkret mit der Eingabe zu geschehen hat. So könnte etwa bestimmt werden:

*Andernfalls wird auf die Eingabe nicht eingetreten oder diese aus den Akten gewiesen.*

Im gleichen Zusammenhang ist zu bedauern, dass der VE nirgend regelt, wie das Gericht mit unverlangten Eingaben der Parteien zu verfahren hat.

LU: Wir schlagen vor, hier oder in Artikel 210 VE-ZPO zu ergänzen, dass bei fehlender oder ungültiger Klagebewilligung ebenfalls eine Nachfrist zur Verbesserung dieses Mangels anzusetzen ist.

Ti: Questo articolo prevede, come l'art. 99 cpv. 3 CPC-Ti la possibilità di sanare un difetto formale per evitare il formalismo eccessivo.

Cpv. 1: occorre precisare che l'introduzione di un simile atto processuale crea litispendenza (a condizione, naturalmente, che il difetto venga poi sanato nel termine assegnato dal giudice).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Hier muss noch geklärt werden, ob bei Nachholung des Mangels innert Frist eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit erfolgt oder nicht (vgl. dazu Art. 163 Abs. 1 der geltenden ZPO-BE).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Formulierungsvorschlag

*Genügt die Eingabe den Anforderungen von Art. 119a-122 nicht, setzt das Gericht Frist zur Verbesserung an. Bei Säumnis gilt die Eingabe als nicht erfolgt.*

OAFRI: Il y a lieu de préciser que la norme s'applique à la non-conformité aux règles de rédaction, lesquelles doivent d'ailleurs être précisées.

OGZH: Abs. 2: behebbare Mängel sollen (selbstverständlich) behoben werden können. Es gibt allerdings auch Eingaben, welche nach der Terminologie von E BGG 39 Abs. 7 "unzulässig", weil querulatorisch oder rechtsmissbräuchlich sind. Hier ist Frist zur Verbesserung augenscheinlich nicht am Platz, weil das ja gerade im Sinne des Querulanten oder der rechtsmissbräuchlich prozessierenden Partei wäre. Solche Eingaben sollen nicht beachtet werden. Aus Gründen der Transparenz, und damit sich der Betreffende dagegen wehren kann, muss ihm ein solcher Entscheid mitgeteilt werden.

Vorschlag: (Abs. 3)

*Querulatorische und rechtsmissbräuchliche Eingaben werden unter Mitteilung an den Absender zu den Akten gelegt und für die Behandlung der Sache nicht weiter beachtet.*

Uni NE: Les vices de forme sont réglementés à l'article 123, alors que le principe doit figurer dans les conditions de recevabilité, lorsqu'il concerne la demande. A nouveau, rien n'est indiqué concernant la procédure lorsque c'est la partie adverse qui invoque le vice.

Art. 124

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In lit. f ist zu prüfen, ob auf das Erfordernis der Unterschrift nicht verzichtet werden kann. Falls nicht, sollte wenigstens festgehalten werden, dass ein Stempel genügt. Zusätzlich ist klarzustellen, wessen Unterschrift nötig ist (Gerichtspräsident/Gerichtsschreiber/Kanzleipersonal).

BE: In Art. 124 lit. e der französischen Version ist das Wort "la" zu streichen.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es sollte noch eingefügt werden: "... erfolgt schriftlich ..."

Sinnvollerweise sollte Art. 124 ergänzt werden um die Vorschrift, dass auf den Vorladungen die teilnehmenden Gerichtspersonen mitzuteilen sind, damit die Parteien frühzeitiger Ausstandsgründe geltend machen können/müssen.

AVZH: Es sollte aus Effizienzgründen möglich sein, die Vorladung in dringenden Fällen telefonisch und/oder per Telefax zu erlassen. Ferner gehören zum notwendigen Inhalt die Angabe der Prozessparteien und der Prozesssache.

Formulierungsvorschlag Art. 124:

*Form und Inhalt*

*Vorladungen werden schriftlich oder, in dringenden Fällen, mündlich, telefonisch oder per Telefax, mit schriftlicher Bestätigung, erlassen. Sie können bei Verhandlungen den anwesenden Parteien auch nur mündlich eröffnet werden.*

Eine Vorladung enthält:

a. Name und Adresse der vorgeladenen Person;  
a.<sup>bis</sup> *die Prozessparteien und die Prozesssache;*

FSA: Même si cette question relève de la compétence des cantons, l'article 124 lit. f AP devrait être complété comme il suit:

... et la signature *du juge ou du greffier.*

En outre, la citation devrait indiquer la désignation et la composition du tribunal, comme il est dit à l'art. 127 AP.

KassZH: Die Vorladung hat zusätzlich auch das Betreffnis (Streitgegenstand) zu nennen.

Uni BE: Der Artikel würde einfach und besser lauten: "*Vorladungen sind datiert und unterzeichnet, enthaltend folgende Angaben: ...*"

Uni NE: Bien que l'article 124 ne l'indique pas, la citation devrait également mentionner l'objet de l'audience, en tout cas pour la citation destinée aux parties.

Art. 125

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il termine di 10 giorni appare troppo brevi e creare innumerevoli richieste di rinvio, soprattutto da parte dei testimoni. Si propone pertanto che il termine sia portato a 20 giorni.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Zu kurze Frist. Es sollte "versandt" mit "eingetroffen" ersetzt werden. Es sollte zudem der Zusatz eingefügt werden: "... nach Möglichkeit spricht die Gerichtskanzlei den Termin mit den Parteien bzw. der betroffenen Person ab."

10 Tage als allgemeiner Grundsatz erscheinen nicht sinnvoll. Bei VV-Verfahren eher zu lange, bei HV in einem Grossprozess eindeutig zu kurz. Wenn es einer Festlegung bedarf, dann 20 Tage vorbehaltlich Dringlichkeit resp. Einverständnis der Parteien.

ASLOCA: Le délai d'expédition de 10 jours avant l'audience est trop court. Nous proposons que la citation soit notifiée 20 jours au moins avant l'audience.

AVLU: Die vorgesehene Frist von zehn Tagen ist zu kurz. Es besteht keine sachliche Notwendigkeit, eine so kurze Frist anzusetzen.

DJS: Der *Versand* einer Vorladung nur 10 Tage vor der Verhandlung ist viel zu knapp (Es gibt ja auch keine Garantie, dass die Vorladung zumindest 9 Tage vor der Verhandlung beim Adressaten eintrifft). Zu denken ist auch an die Situation, dass ein Vorladungsadressat abwesend ist und sich die Post nicht nachsenden lässt. Eine Frist von weniger als 10 Tagen kann sich auch bei nur kurzer Abwesenheit negativ auswirken, bei Prozessparteien bis hin zu Säumnisfolgen. Es gibt keine stichhaltigen Gründe, weshalb Vorladungen nicht früher versandt werden können.

Es muss also zumindest klar gemacht werden, dass ein so kurzfristig erfolgter Versand die Ausnahme sein muss. Die Frist sollte aber andererseits in dringlichen Fällen auch verkürzt werden können, z.B. wenn für die Bestätigung einer superprovisorischen Verfügung nach erfolgter Einsprache (Art. 280) oder im Eheschutzverfahren eine Verhandlung durchgeführt werden soll (Beispiel Ausweisungen in Fällen häuslicher Gewalt).

DJZ: Der *Versand* einer Vorladung nur 10 Tage vor der Verhandlung ist viel zu knapp (Es gibt ja auch keine Garantie, dass die Vorladung zumindest 9 Tage vor der Verhandlung beim Adressaten eintrifft). Zu denken ist auch an die Situation, dass ein Vorladungsadressat abwesend ist und sich die Post nicht nachsenden

lässt. Eine Frist von weniger als 10 Tagen kann sich auch bei nur kurzer Abwesenheit negativ auswirken, bei Prozessparteien bis hin zu Säumnisfolgen. Es gibt keine stichhaltigen Gründe, weshalb Vorladungen nicht früher versandt werden können.

FSA: La formulation de l'article 125 devrait être modifiée de la façon suivante:

*En règle générale et sauf disposition contraire de la présente loi, la citation doit être notifiée dix jours au moins avant l'audience.*

Nous comprendrions que, pour des questions d'organisation, le délai commence à courir dès l'expédition de la citation. Ce dernier devrait être alors allongé (vingt jours, par ex.), sauf cas d'urgence que la citation devrait indiquer.

santésuisse: Zeitpunkt der gerichtlichen Vorladung: Versand mind. 10 Tage vor Erscheinungstermin. Vorladungsfrist auf 20 Tage verlängern. Der *Versand* der Vorladung lediglich 10 Tage vor Termin ist vielfach zu knapp. Eine derart kurze Frist führt lediglich zu häufigeren Terminverschiebungsgesuchen.

SGB: Le délai de 10 jours est insuffisant.

Il n'y a par ailleurs pas de garantie que la citation atteigne son destinataire au moins 9 jours avant l'audience.

Il n'y a pas d'obstacle objectif à ce que les convocations ou citations soient envoyées plus tôt.

Du moins, des délais aussi courts devraient constituer l'exception.

En revanche, dans des cas particuliers (cf par exemple l'art. 280 de l'avant-projet), des délais plus courts devraient pouvoir être admis.

Uni NE: Le délai de l'article 125 paraît problématique, parce qu'une partie pourrait fort bien recevoir la citation un ou deux jours avant l'audience, si l'on tient compte du délai de garde. Ce délai devrait être de 20 jours, sauf urgence. La jurisprudence va d'ailleurs dans ce sens: ATF 104 Ia 465, JT 1980 II 150; ATF 86 I 1.

Art. 126

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der VE unterscheidet in dieser Norm zwischen "zureichenden" Gründen für eine erste Terminverschiebung und "wichtigen" Gründen für weitere Terminverschiebungen. Der Unterschied zwischen den beiden verwendeten Begriffen erscheint jedoch graduell und die Abgrenzung kaum praktikabel. Hinzu kommt, dass es nicht nur seitens des Gerichts mit einigem Aufwand verbunden ist, einen Termin für eine Hauptverhandlung mit allen Beteiligten zu koordinieren, sondern dass auch alle Beteiligten (Parteien, Zeugen etc.) den einmal fixierten Termin freizuhalten und entsprechende Vorkehrungen zu treffen haben (Arbeitgeber informieren etc.). Ein Grund, weswegen trotz all dieser Umstände beim ersten Gesuch um Verschiebung eines Termins mehr Grosszügigkeit angebracht sein sollte als bei später folgenden, ist nicht erkennbar. Vorgeschlagen wird deshalb, für die Gutheissung eines Verschiebungsgesuches nur wichtige Gründe zuzulassen. Bei Verwendung dieses Begriffs besteht ein genügend grosser Interpretationsspielraum für das Gericht. Auch die Möglichkeit, mit Zustimmung der Gegenpartei eine Verschiebung des Termins ohne Prüfung der Gründe zuzulassen, sollte aus dem gleichen Grund gestrichen werden.

BL: Antrag: In einem zusätzlichen Absatz sind die Kosten der Verschiebung wie folgt zu regeln:

<sup>2</sup> *Bei Verschiebung des Erscheinungstermins trägt in der Regel die betreffende Partei die zusätzlich entstandenen Kosten.*

BS: Nach dieser Bestimmung kann der Erscheinungstermin nur einmal verschoben werden, sofern hierfür zureichende Gründe geltend gemacht werden. Weitere Verschiebungen sollen nur noch aus wichtigen Gründen oder mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig sein. Die Formulierung dieser Bestimmung lässt offen, ob diese Regelung generell gelten soll, d.h. ob die Gegenpartei eine Verschiebung nur aus wichtigen Gründen oder mit Zustimmung der anderen Partei verlangen kann, wenn dieser bereits eine Verschiebung aus zureichenden Gründen bewilligt worden ist. Unseres Erachtens sollte präzisiert werden, dass nur weitere Verschiebungen auf Antrag der gleichen Partei verschärften Voraussetzungen unterliegen.

TI: Per rendere conforme l'articolo alla versione tedesca e francese si deve sostituire *pertinenti motivi* con *sufficienti motivi*.

ZG: Die graduelle Unterscheidung zwischen "zureichenden Gründen" und "wichtigen Gründen" ist gerechtfertigt.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Evtl. "aus zureichenden Gründen" streichen. (dies allerdings nur, soweit hier höhere Anforderungen an die zureichenden Gründe gestellt werden als es dies nach dem Bericht der Expertenkommission bei Art. 137 Abs. 2 der Fall ist)

FSA: La commission propose de simplifier cette disposition et de la formuler de la manière suivante:

*Le tribunal peut renvoyer l'audience en cas de justes motifs.*

Uni NE: L'article 126 n'est pas formulé de manière claire. Les raisons suffisantes indiquées dans cette disposition renvoient-elles à des motifs invoqués par les parties ? Les restrictions de la deuxième phrase ne devraient s'appliquer que lorsque les premiers motifs avaient été invoqués par l'autre partie. A défaut, le principe d'égalité ne serait pas respecté.

#### Art. 127

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In lit. i ist klarzustellen, wessen Unterschrift verlangt wird.

BE: Es wird zur Kenntnis genommen, dass die Rechtsbegehren und die Angabe des Streitwertes gemäss Art. 127 Abs. 1 lit. d VE auch dann im Entscheid enthalten sein müssen, wenn die Parteien auf das Rechtsmittel verzichten und daher keine schriftliche Begründung zu verfassen ist. Diese Lösung erscheint insbesondere im Hinblick auf sich möglicherweise später stellende Fragen der materiellen Rechtskraft als sinnvoll.

In der französischen Fassung von Art. 127 Abs. 1 lit. h VE sollte es heissen: "l'indication des voies de recours, soit de l'appel, de l'appel simplifié ou du recours *limité au droit* si...".

Zu Absatz 2 dieser Norm ist vorab zu bemerken, dass es nicht im Ermessen des Gerichts liegen sollte, ob Minderheitsmeinungen im Entscheid dargestellt oder zu den Akten genommen werden können. Vielmehr sollte sich der künftigen ZPO oder der kantonalen Gesetzgebung hierzu eine klare Regelung entnehmen lassen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist von dieser Möglichkeit abzusehen. Wie der Bericht zu dieser Bestimmung selbst einräumt, wird der Rechtssuchende hierdurch verunsichert, wenn nicht geradezu dazu ermutigt, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Ob die Darstellung einer Minderheitsmeinung hingegen die Akzeptanz eines Urteils zu fördern vermag, muss als fraglich bezeichnet werden. Die Möglichkeit, Minderheitsmeinungen darzustellen, mag eher für das Bundesgericht angemessen erscheinen, indessen enthält der Entwurf zum BGG keine Art. 127 Abs. 2 VE entsprechende Bestimmung.

BL Abs. 1: Antrag 1: Diese Bestimmung ist erst im 4. Kapitel "Entscheid", 1. Abschnitt "Allgemeine Bestimmungen" gleich nach Art. 227 einzuordnen.

Begründung des Antrags 1: Die Eingliederung dieser Regelung gemäss Vernehmlassungsentwurf ist sachlich nicht überzeugend.

Antrag 2: Streichung von Buchstabe d.

Begründung des Antrags 2: Die Wiedergabe der Rechtsbegehren der Parteien stellt unseres Erachtens eine reine Fleissarbeit dar, die keineswegs nötig ist, zumal sich die Rechtsbegehren in der Regel ohne weiteres aus den Akten ergeben. Zudem wird mit der vorgeschriebenen Abschrift der Rechtsbegehren eine unnötige Fehlerquelle geschaffen. Obwohl in unserem Kanton keine entsprechende Vorschrift existiert, entstanden diesbezüglich nie Probleme in der Gerichtspraxis.

Antrag 3: Der vorgeschlagene Wortlaut von Buchstabe g ist zu streichen und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

*g. in appellierten Fällen, in Fällen, in denen keine mündliche Urteilsbegründung stattgefunden hat sowie auf Begehren einer Partei, die Entscheidungsgründe mit Darstellung der behaupteten Tatsachen und des Beweisergebnisses;*

Begründung des Antrags 3: Gemäss Buchstabe g des Vernehmlassungsentwurfs müssten neu in unserem Kanton sämtliche Entscheide schriftlich begründet werden, ausser wenn die Parteien auf das Rechtsmittel verzichten. Eine solche Vorschrift ist unseres Erachtens sachlich nicht notwendig, da der Entscheid mit dessen mündlicher Eröffnung auch direkt begründet wird. Wir weisen darauf hin, dass mit der Einführung dieser Neuregelung für unseren Kanton erhebliche Mehrkosten in personeller und räumlicher Hinsicht entstehen würden. Dieser finanzielle Mehraufwand ist unnötig und wird von uns entschieden abgelehnt.

Dem Begleitbericht lässt sich keinerlei Begründung entnehmen, warum eine derart umfassende Pflicht zur Urteilsbegründung vorgeschrieben werden soll, obschon sie – wohl nicht allein für unseren Kanton – erhebliche finanzielle Konsequenzen hätte. Abgesehen davon genügt aus rechtsstaatlicher Sicht die schriftliche Begründung eines Zivilgerichtsurteils vollauf, wenn eine Partei ein Rechtsmittel ergreift, oder wenn keine mündliche Urteilsbegründung stattgefunden hat, oder aber wenn eine Partei die schriftliche Urteilsbegründung verlangt. Eine entsprechende Regelung gilt seit einigen Jahren für die Zivilgerichtsbarkeit in unserem Kanton, wo sie sich – auch zu Gunsten der Parteien – sehr bewährt hat. Seit Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung von 1999 gilt in unserem

Kanton auch im Bereich der Strafgerichtsbarkeit nur noch eine eingeschränkte Pflicht zur schriftlichen Begründung von Strafurteilen. Weder im einen noch im anderen Rechtsbereich haben sich daraus Probleme ergeben. Demzufolge würde die unterbreitete Vernehmlassungsfassung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung in diesem Punkt einen gravierenden Rückschritt für unseren Kanton bedeuten. Sie werden verstehen, dass wir das so nicht akzeptieren können, zumal keinerlei Notwendigkeit dafür ersichtlich ist und auch die Vernehmlassungsvorlage diesbezüglich jegliche Begründung vermissen lässt. Daher ersuchen wir sie, insbesondere in diesem Punkt die Gesetzesvorlage zu ändern und die Begründungspflicht auf das rechtsstaatlich erforderliche Mass zu beschränken.

Antrag 4: In den Erläuterungen zu Buchstabe i ist zu konkretisieren, wer den Entscheid zu unterschreiben hat. Wir schlagen vor, diese Aufgabe dem mit dem konkreten Fall befassten Gerichtspräsidium und dem respektive der dafür zuständige/n Gerichtsschreiber/in zu übertragen.

Schliesslich halten wir fest, dass wir die Regelung in Buchstabe h als sehr sinnvoll erachten.

BS: Allgemein

Problematisch ist aus Sicht der Basler Gerichte vor allem die mit dem Gesetzesvorhaben hier neu einzuführende Regelung, dass sämtliche gerichtlichen Entscheidungen – vorbehältlich eines ausdrücklich erklärten Rechtsmittelverzichts durch die Parteien – schriftlich begründet werden müssen (Art. 232, 265 Abs. 2 des Vorentwurfs). Dies ist in Basel nach der geltenden kantonalen Zivilprozessordnung erstinstanzlich nur in einem kleinen Teil der Prozesse der Fall, da die weit überwiegende Mehrheit derselben (im Jahre 2002 rund 80%), insbesondere bei Forderungsklagen mit einem Streitwert von bis zu CHF 8'000.-, arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 343 OR sowie Mietstreitigkeiten betr. Missbräuchlichkeit von Mietzinserhöhungen und Kündigungen sowie betr. Erstreckungen, in aller Regel in einem mündlichen Verfahren entschieden wird, bei welchem das (bloss beschwerdefähige) Urteil ebenfalls nur mündlich eröffnet wird (§§ 213, 214, 215 ZPO BS). Auch in den übrigen, im schriftlichen Verfahren durchzuführenden Fällen kann das Urteil nach dem Ermessen des Gerichts bloss mündlich eröffnet und begründet werden und sind jedenfalls nur dann zwingend schriftliche Motive anzufertigen, wenn gegen den Entscheid die Appellation erklärt worden ist (§ 163 ZPO BS). Die vorgesehene Neuerung würde die Funktionsfähigkeit des Basler Zivilgerichts ernsthaft in Frage stellen, da der zu erwartende Mehraufwand mit dem bisherigen Personalbestand auf keinen Fall zu bewältigen wäre. Ob die erforderlichen zusätzlichen Stellen, insbesondere im juristischen Bereich, welche bezüglich der Gerichtspräsidien nur durch Anpassungen des kantonalen Rechts und damit unter Umständen mittels Volksabstimmung geschaffen werden könnten, angesichts der notorisch schlechten Finanzlage des Kantons Basel-Stadt erhältlich gemacht werden könnten, ist fraglich. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis stets schriftlicher Urteilsbegründungen auch für die Prozessparteien nicht bloss Vorteile hätte. Vor allem in den obgenannten alltäglichen Streitigkeiten sind oftmals Personen beteiligt, die mit Schriftlichem generell und juristischen Formulierungen im Besonderen nicht vertraut sind und denen der Prozessausgang durch eine mündliche Begründung besser verständlich gemacht werden kann. Hinzu kommt, dass die Prozesse durch den Verzicht auf eine schriftliche Formulierung der Urteils motive erheblich schneller

und günstiger abgewickelt werden können, was gerade in sog. kleineren Fällen für die Prozessparteien von grosser Bedeutung ist. Die Basler Gerichte möchten aus diesen Gründen dringend die Schaffung einer Vorschrift anregen, nach der in erster Instanz nur dann eine schriftliche Urteilsbegründung angefertigt werden muss, wenn eine Partei es innert einer bestimmten Frist nach der mündlichen Eröffnung verlangt, und dass in allen übrigen Fällen das urteilende Gericht über die Anfertigung von schriftlichen Urteilsmotiven befindet. Im Falle der Erhebung eines Rekurses oder einer Beschwerde müsste sich die erste Instanz im Rahmen einer Vernehmlassung äussern. Durch eine solche Lösung könnte der Vergrösserung des Arbeitsaufwands für die Gerichte, welche die Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung in Basel wohl ohnehin mit sich bringen wird, und damit verbunden der Kostensteigerung zu Lasten der Staatskasse etwas entgegen gewirkt werden.

Für das Appellationsverfahren bestimmt die geltende Basler Zivilprozessordnung in § 240 Abs. 1 letzter Satz, dass jeder ein erstinstanzliches Urteil abändernde Entscheid zu motivieren sei. Aufgrund dieser Bestimmung kann das Appellationsgericht nach der Verhandlung und mündlichen Begründung des Urteils (zumeist in Form einer öffentlichen Beratung) darauf verzichten, die als zutreffend und vollständig beurteilten schriftlichen Erwägungen der Vorinstanz – in andere Formulierungen gefasst – inhaltlich zu wiederholen. Auf diese Weise macht das Appellationsgericht die schriftliche Urteilsbegründung der ersten Instanz zu seiner eigenen. Dies wäre nach dem Vorentwurf zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ohne Rechtsmittelverzicht durch die Parteien) wohl nicht zulässig, wobei aber der Entwurf in dieser Hinsicht nicht restlos klar ist. Es wäre daher sehr zu begrüssen, wenn in diesem Sinne eine ausdrückliche Regelung formuliert würde, nach der die Rechtsmittelinstanz bei Bestätigung eines Entscheids im Appellationsverfahren auf die Verfassung neuer schriftlicher Motive verzichten und vollumfänglich auf die erstinstanzliche Urteilsbegründung verweisen kann. Dem verminderten Aufwand könnte zu Gunsten der Parteien durch eine entsprechende Reduktion der Gerichtsgebühr Rechnung getragen werden.

Die vorgeschlagenen flexiblen Lösungen hätten den Vorteil, dass die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte in jenen Kantonen, welche heute in allen Fällen die Formulierung von schriftlichen Urteilsmotiven vorschreiben, ihre bisherige Handhabung als Praxis fortführen könnten. Es scheint allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Vorteile einer bloss mündlichen Eröffnung und Begründung von Urteilen mit zunehmender Geschäftslast auch dort erkannt würden.

Zu Art. 127

Gemäss Abs. 1 lit. g dieser Bestimmung muss jeder Entscheid schriftlich begründet werden, sofern nicht beide Parteien innert zehn Tagen seit Eröffnung des Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten (vgl. Art. 231). In den meisten Fällen dürfte jedoch die unterliegende Partei kein Interesse an einer schnellen Erledigung des Verfahrens haben und wird somit kaum eine entsprechende Verzichtserklärung abgeben. Dies trifft insbesondere auf die beklagte Partei zu. Ist somit davon auszugehen, dass nur selten beide Parteien auf das Rechtsmittel verzichten werden, wird die vorgeschlagene Regelung darauf hinaus laufen, dass praktisch jeder Entscheid schriftlich zu begründen ist. Dies würde beim Zivilgericht Basel-Stadt zu einem erheblichen Mehraufwand führen, da nach der hier geltenden Regelung die in mündlichen Verfahren ergangenen Urteile immer mündlich begründet und die in den schriftlichen Kammerprozessen

ergangenen Urteile nach Ermessen des Gerichts und zwingend nur dann schriftlich begründet werden, wenn von einer Partei appelliert worden ist. Der abzusehende Mehraufwand könnte ohne massive Aufstockung des Gerichtspersonals nicht bewältigt werden. Angesichts der knappen finanziellen Ressourcen unseres Kantons empfehlen wir dringend, die vorgeschlagene Regelung dahingehend abzuändern, dass ein Urteil nur dann zwingend schriftlich begründet werden muss, wenn eine Partei ein Rechtsmittel ergreift und eine Gebühr für die schriftliche Motivierung vorschiesst. Bei der Ausgestaltung der Rechtsmittel muss selbstverständlich dem Umstand, dass die schriftliche Begründung erst nach der Ergreifung des Rechtsmittels erfolgt, Rechnung getragen und die Möglichkeit zur ergänzenden Begründung nach Vorliegen des schriftlichen Urteils eingeräumt werden.

Unter dem Gesichtspunkt der "Kundenfreundlichkeit" bleibt schliesslich aufgrund langjähriger Erfahrung anzumerken, dass jedenfalls in kleineren Fällen die Parteien eine sofortige und kostengünstigere mündliche Urteilseröffnung dem längeren Warten auf ein schriftliches Urteil vorziehen.

Angesichts der Tatsache, dass in den Kantonen die Ressourcen der Justizapparate unterschiedlich ausgebaut sind, liesse sich auch überlegen, ob die Regelung der Pflicht zur schriftlichen Urteilsbegründung nicht den Kantonen überlassen werden soll.

Sollte am Erfordernis der generellen schriftlichen Begründung festgehalten werden, so muss aber in jedem Fall darauf verzichtet werden, dass die schriftliche Begründung auch eine "gedrängte Darstellung der behaupteten Tatsachen und des Beweisergebnisses" enthalten muss. Aus der Begründung muss sich einzig ergeben, worauf das Gericht seinen Entscheid gestützt hat. Dies genügt für eine sachgerechte Überprüfung der Richtigkeit des Entscheides durch die Parteien. Ihre Begründungen ihrer Rechtsbegehren kennen sie (vgl. auch BGE 98 Ia 460 ff zum Begründungszwang).

Art. 127 Abs. 1 lit. g impliziert, dass auf Rechtsmittel verzichtet werden kann. Der Entwurf schweigt sich aber über die Voraussetzungen für einen solchen Rechtsmittelverzicht aus. Insbesondere wird nicht geregelt, ob auch schon vor einem Prozess oder sogar bereits mit einem Vertragsschluss ein Rechtsmittelverzicht vereinbart werden kann. Diese Frage sollte vom Gesetz entschieden werden. Dies gilt um so mehr, als bei Streitsachen mit grossem Streitwert gemäss Art. 6 mit einer direkten Klage an die obere Instanz bereits vor dem Prozess im Ergebnis ein Rechtsmittelverzicht erklärt werden kann. Eine entsprechende vorgängige Verfahrenskonzentration sollte auch in Streitsachen mit kleineren Streitwerten durch den Verzicht auf einen Weiterzug eines Entscheides der unteren Instanz möglich sein. Zu klären wäre auch, ob selbst bei einem Rechtsmittelverzicht das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde zulässig bleibt.

Abs. 1 lit. h verlangt, dass der Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung über Appellation, Rekurs und Beschwerde zu versehen ist. Zur Vermeidung einer massiven Zunahme von Urteilsanfechtungen sollte jedoch weiterhin der bewährten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt und die Pflicht zu Rechtsmittelbelehrung nur für ordentliche Rechtsmittel, insbesondere die Appellation, vorgesehen werden.

FR: Al. 1 let. i: la signature de qui ? De tous les membres du tribunal ? Il convient de prescrire la signature du président et du greffier.

JU: Al. 1 let. g: Voir les remarques ad art. 230 à 232.

LU: Abs. 1b: Unseres Erachtens erübrigt sich die Ortsangabe, da das urteilende Gericht bezeichnet ist.

Abs. 1e: Die Bezeichnung "Dispositiv" ist für den Durchschnittsbürger und juristischen Laien wenig verständlich. Stattdessen schlagen wir die Bezeichnung "Rechtsspruch" vor, allenfalls ergänzt durch die Angabe "Dispositiv" in Klammern (gilt für die gesamte ZPO).

Abs. 1i: Es ist unklar, wer den Entscheid zu unterzeichnen hat. Sinnvoll wäre eine Regelung, wonach in Abteilungsfällen die oder der Vorsitzende und die Gerichtsschreiberperson unterzeichnen, in Einzelrichterfällen die Richterin oder der Richter und die Gerichtsschreiberperson.

SO: Abs. 2: Wir wenden uns aus folgenden Gründen entschieden gegen den Vorschlag, Minderheitsmeinungen im Entscheid oder in den Akten transparent zu machen:

- Die Akzeptanz der Entscheide würde verringert.
- Das Potential an Frustrationen bei den unterliegenden Parteien würde unnötig erhöht.
- Die Parteien fühlten sich darin bestärkt, Rechtsmittel zu erheben, ohne dass ihre Chancen durchzudringen dadurch erhöht würden.

TI: Cpv 1: l'introduzione dell'indicazione dei mezzi di impugnazione nella decisione civile è una novità corretta. Attualmente vi è questo obbligo solo nell'ambito delle procedure amministrative.

Cpv. 2: è previsto in questo capoverso un istituto assai noto in common law, ossia la "dissenting opinion". E' sicuramente un'innovazione molto interessante, anche per apprezzare il valore di una determinata giurisprudenza e la possibilità o meno di attaccarla nel seguito, postulandone la modifica.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die in lit. g Abs. 1 verlangten Entscheidungsgründe mit gedrängter Darstellung der behaupteten Tatsachen und des Beweisergebnisses sollen nur aufgeführt werden müssen, wenn eine Partei ein Rechtsmittel ergreift und eine Gebühr vor-schiesst. Dies, um die Gerichte nicht mit übermässiger Geschäftslast einzu-decken.

LPS: Le PLS est d'avis que la motivation d'une décision, qui est destinée à en justifier le dispositif, ne saurait en principe contenir des avis de minorité.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Es sollte auch der Inhalt von Verfügungen geregelt werden.

Formulierungsvorschlag 3. Abschnitt

#### *Entscheide und Verfügungen*

Das Recht der Richter, Minderheitsmeinungen zu Protokoll zu geben, sollte gewahrt bleiben. Die Parteien haben ein Recht, über die Existenz solcher Minderheitsmeinungen informiert zu werden. Abs. 2 sollte entsprechend präzi-siert werden:

Formulierungsvorschlag Art. 127:

~~Minderheitsmeinungen können nach Ermessen des Gerichts im Entscheid dargestellt oder zu den Akten genommen werden. Die Minderheit des Gerichts ist berechtigt, ihre abweichende Auffassung mit Begründung zu den Akten oder zu Protokoll zu geben. Den Parteien ist davon Kenntnis zu geben. Das Gericht kann nach seinem Ermessen bestimmen, dass die Minderheitsmeinung im Entscheid dargestellt wird.~~

An den Inhalt von Verfügungen können teilweise geringere Anforderungen gestellt werden.

Formulierungsvorschlag 127a:

*Verfügungen*

*Eine Verfügung enthält die Angaben gemäss Buchstaben a-c, e, f, h und i sowie eine Begründung, falls gegen sie ein Rekurs zulässig ist.*

DJS: Nach dieser Bestimmung muss jeder Entscheid eines Gerichts schriftlich begründet werden. Die Begründung muss dabei nicht nur die wesentlichen Entscheidgründe, sondern darüber hinaus auch eine gedrängte Darstellung der behaupteten Tatsachen und des Beweisergebnisses enthalten. Diese allgemeine Bestimmung gilt sowohl für das ordentliche wie für die besonderen Verfahren. Viele Kantone kennen heute insbesondere für die besonderen Verfahren, zum Teil aber selbst für die ordentlichen Verfahren die Möglichkeit der mündlichen Begründung von Entscheiden, welche nur im Falle der Ergreifung eines Rechtsmittels schriftlich begründet werden.

Auch wenn schriftlich begründete Urteil für die Parteien gewisse Vorteile aufweisen (Nachvollziehbarkeit des Entscheides für Dritte, z.B. nachträglich beigezogene VertreterInnen, Sicherheit auch nach Jahren, z.B. bei Abänderungen nach Art. 129, 134, 179 oder 286 ZGB), so befürchten wir durch die Einführung der Pflicht zur durchgehenden schriftlichen Begründung von Urteilen in Kantonen, welche diese bisher nicht kennen, erhebliche Probleme für die Justiz. Die Umsetzung von Art. 127 Abs. 1 lit. g erfordert in einigen Kantonen erhebliche Budgetaufstockungen, welche zumindest im heutigen finanzpolitischen Umfeld illusorisch erscheinen. Fehlen aber zusätzliche Mittel, so ist nicht ersichtlich, wie die Mehrarbeit ohne anderweitigen Qualitätsverlust in der Justiz bewerkstelligt werden kann. Zu befürchten ist zudem, dass die Gerichte in Zeiten von Globalbudgets zu restriktiveren Praxen bei der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der Festsetzung der entsprechenden Entschädigungen oder zur Erhebung höherer Gebühren innerhalb des jeweiligen Rahmens Zuflucht nehmen werden. Dies alles ist unerwünscht.

Zudem geht mit der schriftlichen Begründung auch ein Teil an Unmittelbarkeit verloren, müssen die Parteien doch auch in den besonderen Verfahren (z.B. Eheschutz, Rechtsöffnungen etc.) nach der Verhandlung bis zu drei Monate (Art. 232 ZGB) auf das Urteil warten.

Wir empfehlen daher, es weiterhin den Kantonen zu überlassen, ob deren Gerichte ihre Urteile schriftlich oder mündlich begründen wollen und nicht die durchgehende schriftliche Begründung vorzusehen. Entsprechend wären dann auch die Auswirkungen einer mündlichen Begründung auf die Rechtsmittelverfahren zu regeln (Anmeldung des Rechtsmittels innert Frist nach der münd-

lichen Begründung, Begründung des Rechtsmittels nach Vorliegen der schriftlichen Begründung).

FSA: Il faut compléter l'article 127 al. 1 lit. i de la façon suivante:

let. i ... la signature *du juge ou du greffier*.

Quant au second alinéa de cette disposition, il doit être formulé comme il suit:

*al. 2 La décision peut contenir des avis de minorité.*

GGD ZH: Es fehlen Vorschriften über den Inhalt von prozessleitenden Entscheidungen; Art. 127 passt nur für die Zwischen- und die Endentscheide (vgl. Bemerkungen des OG zu Art. 127). In diesem Sinne wird vorgeschlagen:

*3. Abschnitt: Entscheide*

*Art. 127 Zwischen- und Endentscheide*

*[...]*

*Art. 127a Prozessleitende Entscheide*

*[...]*

KassZH: Abs. 2: Äusserst fragwürdig erscheint die vorgeschlagene Regelung, wonach Minderheitsmeinungen nach Ermessen des Gerichts im Entscheid dargestellt oder zu den Akten genommen werden. Zunächst ist zu unterscheiden zwischen formellen Minderheitsmeinungen, welche zu Protokoll gegeben werden, und Minderheitsmeinungen, bei welchen eine Minderheit des Gerichts zwar überstimmt wird, ohne aber ihre abweichende Auffassung zu Protokoll zu geben; in diesem Fall besteht grundsätzlich kein Anlass auf Bekanntgabe nach aussen.

Im Falle der formellen Minderheitsmeinung darf es nicht vom "Ermessen des Gerichts" abhängen, ob diese zu den Akten genommen bzw. im Entscheid dargestellt wird oder nicht; damit hätte es die Mehrheit in der Hand, die Minderheit mundtot zu machen, was nicht der Sinn eines Anspruchs auf formelle Minderheitsmeinung sein kann. Wird eine Minderheitsmeinung formell zu Protokoll gegeben, so hat die Minderheit daher einen Anspruch (und liegt es zudem im berechtigten Interesse der Parteien), dass diese Meinung nach aussen bekannt gegeben wird, sei es durch integrale Aufnahme in den Entscheid, sei es durch entsprechenden Hinweis im Entscheid. Dies steht zudem in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der öffentlichen Urteilsberatung.

OGZH: Vor Art. 127: Es sollten nicht nur die (End-)Entscheide, sondern auch die verfahrensleitenden Verfügungen erwähnt werden. Das gibt übrigens auch Gelegenheit, die Terminologie zu klären: "Entscheide" sind End-Entscheide (eingeschlossen Teil-Entscheide) mit oder ohne Anspruchsprüfung.

Die verfahrensleitenden Verfügungen sind sehr vielgestaltig, von der Sache und von der Form her. Beispielsweise gehört dazu das Nicht-Zulassen einer Ergänzungsfrage: in der Regel mündlich im Rahmen der Zeugeneinvernahme. Fristansetzung oder -erstreckung ist eine verfahrensleitende Verfügung: in der Regel schriftlich, aber formell sehr einfach, z. B. mittels eines Stempels und dem Visum des Richters oder des Gerichtsschreibers. Die Bezeichnung der abzunehmenden Beweismittel ist ebenfalls verfahrensleitend; in einem mündlichen Verfahren kann das Bedürfnis bestehen, sie mündlich zu eröffnen. Wo (nach spezieller Vorschrift) ein Rekurs möglich ist, soll die Verfügung aber schriftlich mitgeteilt werden, begründet und mit der Rechtsmittelbelehrung versehen werden müssen.

Art. 127 Abs. 1 lit. c: wenn man schon so detailliert ist, sollte auch klar geregelt sein, wie die Parteien zu bezeichnen sind.

Art. 127 Abs. 2: wir stimmen dem Bericht nicht zu, wenn er es dem Gericht überlassen will, ob es eine formelle Minderheitsmeinung überhaupt den Parteien zur Kenntnis bringen will. Der Spielraum soll sich nach unserer Auffassung auf die Form beschränken.

Vorschlag:

(Titel vor VE Art. 127:) *3. Abschnitt: Entscheide und Verfügungen*

*(VE Art. 127 lit. c:) die Bezeichnung der Parteien mit Name und Adresse (bei natürlichen Personen zudem mit Geburtsdatum, Beruf und Heimatort) und ihrer Vertretung;*

*(VE Art. 127 Abs. 2:) Eine Minderheitsmeinung ist den Parteien bekannt zu geben, wenn die betreffende Gerichtsperson es verlangt. Nach Ermessen des Gerichtes wird sie im Entscheid dargestellt oder unter Mitteilung an die Parteien zu den Akten genommen.*

*(VE Art. 127a:) Verfahrensleitende Verfügungen müssen nur dann zwingend schriftlich abgefasst und zugestellt werden, wenn sie mit Rekurs anfechtbar sind. In diesem Fall müssen sie eine Begründung und die Rechtsmittelbelehrung enthalten.*

SVR: S'agissant des avis de minorité (art. 127 al. 2), nous n'y sommes pas favorables dans les jugements rendus par des juridictions de première instance. Ceux-ci devraient être réservés uniquement aux décisions des autorités d'appel ou de recours.

Uni LA: Al. 2: Cette disposition, qui n'est pas très claire, semble indiquer que dans tous les cas, les opinions dissidentes seront admises, le tribunal pouvant simplement décider si elles apparaîtront dans la décision ou seront portées au dossier. Si tel devait bien être le cas, cette règle n'est pas acceptable. D'une part en effet, il s'agit d'un empiètement injustifié, car sans incidence pour l'application uniforme du droit matériel, sur la liberté des cantons de déterminer leur organisation judiciaire. D'autre part, sur le fond, les opinions dissidentes peuvent être éventuellement intéressantes lorsqu'elles émanent des autorités supérieures. On ne voit aucune justification à les autoriser devant les tribunaux inférieurs, où il serait d'ailleurs à craindre qu'elles deviennent une sorte d'exercice de style obligé, notamment devant les juridictions à composition paritaire.

Uni NE: L'article 127, qui concerne le contenu de la décision, n'indique pas de qui l'acte doit porter la signature.

A notre sens, mentionner un rapport de minorité ne correspond pas à la conception suisse, et on comprend mal pour quelle raison il faudrait introduire cette nouveauté, avant tout connue dans le système anglo-saxon. Cette spécificité devrait être réservée à l'arbitrage. Il ne nous paraît pas plus souhaitable que chaque tribunal ait une pratique différente dans ce domaine, ce qui sera probablement le cas, à tout le moins par région.

Art. 128

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir schlagen vor, aufgrund ihrer Bedeutung auch die prozessleitenden Verfügungen und die Verfahrensprotokolle ausdrücklich zu erwähnen.

TI: Si tratta di una norma esemplificativa emanata alla luce del diritto di essere sentiti.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es sollte eine lit. d eingefügt werden: *Verfügungen des Gerichts*".

AVLU: Nebst den bereits erwähnten Urkunden sollten aufgrund ihrer Bedeutung auch die prozessleitenden Verfügungen und die Verfahrensprotokolle ausdrücklich erwähnt werden. Wir schlagen daher vor, Art. 128 wie folgt zu ergänzen:

Das Gericht stellt den betroffenen Personen insbesondere zu:

- d. *prozessleitende Verfügungen;*
- e. *Verfahrensprotokolle.*

AVZH: In lit. c ist die Zustellung von Verfügungen zu erwähnen. Zusätzlich sollten die Protokolle von Verhandlungen, insb. Zeugeneinvernahme, zugestellt werden. Blosser Einsichtsrechte beim Gericht genügen angesichts der Bedeutung dieser Protokolle und der oft interkantonalen Verfahren mit grösseren Distanzen nicht. Die derzeit übliche Zustellung der Akten an die Anwälte auf Wunsch ist weder für das Gericht noch die Anwaltschaft effizient.

Formulierungsvorschlag Art. 128:

- c. *Verfügungen und Entscheide;*
- d. *Verhandlungsprotokolle.*

GGD ZH: Der Inhalt von Art. 128 ist selbstverständlich; die Bestimmung ist entbehrlich. Gleiches gilt für den Vorbehalt in Art. 129 Abs. 2 zweiter Halbsatz. Damit lassen sich die beiden Normen vereinen.

*Art. 128 Empfänger und Empfängerinnen*

<sup>1</sup> *Die gerichtlichen Urkunden werden den betroffenen Personen zugestellt.*

<sup>2</sup> *Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung.*

<sup>3</sup> *Eine Vorladung zum persönlichen Erscheinen wird der betroffenen Person und ihrer Vertretung zugestellt.*

Uni NE: Il n'est nulle part indiqué dans les articles 128 ss le lieu où doit intervenir la notification. Il doit s'agir du domicile, ou, à défaut le domicile connu, le lieu de résidence. Une disposition spécifique devrait le déterminer, y compris pour les cas où l'acte à notifier doit l'être à une personne morale ou une personne de droit public.

Art. 129

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Abs. 2 ist ersatzlos zu streichen. Die Orientierung seiner Mandantschaft darf dem Rechtsvertreter durchaus zugemutet werden. Bei der vorgeschlagenen Regelung ist zudem unklar, was bei Unzustellbarkeit zu geschehen hat. So wird dem Gericht ein Problem überbunden, das auf der Seite der betreffenden Partei liegt und dessen Lösung auch von ihr und ihrem Vertreter erwartet werden darf.
- BE: Aufgrund der Vorschrift von Art. 129 Abs. 2 VE, wonach eine Vorladung zum persönlichen Erscheinen neben dem Vertreter oder der Vertreterin auch der Partei selbst zuzustellen ist, ist für die Gerichte ein gewisser Mehraufwand zu erwarten.
- BL: Abs. 2: Antrag: Diese Bestimmung ist zu streichen.  
Begründung des Antrags: Es kann der Parteivertretung überlassen werden, Vorladungen auch dann an die Klientschaft weiterzuleiten, wenn diese persönlich zu erscheinen hat.
- FR: Al. 2: à biffer car inutile, lourd et onéreux. Il paraît superflu, en procédure civile, de notifier les citations à la partie et à son représentant. Le système actuel qui prévaut, soit la notification à l'avocat, n'a jamais fait l'objet de problèmes particuliers et doit être maintenu.
- SG: Abs. 2: Diese Bestimmung ist ersatzlos zu streichen. Die Orientierung seiner Mandatschaft darf dem Rechtsvertreter durchaus zugemutet werden. Bei der vorgeschlagenen Regelung ist zudem unklar, was bei Unzustellbarkeit zu geschehen hat.
- SH: Abs. 2 ist ersatzlos zu streichen. Die Orientierung seiner Mandantschaft darf dem Rechtsvertreter durchaus zugemutet werden. Bei der vorgeschlagenen Regelung ist zudem unklar, was bei Unzustellbarkeit zu geschehen hat. So wird dem Gericht ein Problem überbunden, das auf der Seite der betreffenden Partei liegt und dessen Lösung auch von ihr und ihrem Vertreter erwartet werden darf.
- TG: Abs. 2 ist ersatzlos zu streichen. Die Orientierung seiner Mandantschaft darf der Rechtsvertreterin oder dem Rechtsvertreter durchaus zugemutet werden. Bei der vorgeschlagenen Regelung ist zudem unklar, was bei Unzustellbarkeit zu geschehen hat. So wird dem Gericht ein Problem überbunden, das auf der Seite der betreffenden Partei liegt und dessen Lösung auch von ihr und ihrer Vertretung erwartet werden darf.

*Organisations / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Vgl. die Ausführungen zu Art. 128.

Uni NE: L'article 129, qui concerne les notifications à une personne représentée, concerne-t-il tant la représentation légale que conventionnelle ?

Art. 130

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die Vorschrift von Art. 130 Abs. 3 lit. c VE erscheint übermässig streng. Sie verpflichtet die Partei dazu, dem Gericht von ihrer neuen Wohnadresse Mitteilung zu machen, wobei das Unterlassen erhebliche Konsequenzen nach sich zieht, was vor allem für Laien ohne Rechtsvertreter stossend sein kann. Indessen würde seitens des Gerichts oft ein einfacher Telefonanruf bei der Einwohnerkontrolle oder bei der Polizei genügen, um die gewünschte Information zu erhalten. Vorgeschlagen wird daher, die Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

"c. wenn die Person während des Verfahrens ihre Adresse ohne Mitteilung an das Gericht gewechselt hat *und trotz einfacher Nachforschung nicht ausfindig gemacht werden kann*; ..."

BL: Abs. 1: Antrag: Diese Bestimmung ist wie folgt zu ergänzen:

*Die Zustellung von Vorladungen sowie von fristauslösenden Entscheiden und dergleichen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, wie durch Boten oder Polizei. Ansonsten erfolgt die Zustellung mit normaler Post.*

Begründung des Antrags: Aufgrund des entworfenen Wortlauts dieser Bestimmung müssten sämtliche zuzustellenden Urkunden auf die vorgeschriebene, kostspielige Art zugestellt werden. Das ist unseres Erachtens sachlich keineswegs erforderlich und verursacht den Kantonen unnötige Mehrkosten.

Abs. 2: Antrag: In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ist festzuhalten, dass die Zustellung wiederholt wird bei mutwilliger Nichtaushändigung der Urkunde an den Adressaten durch die in Abs. 2 erwähnten Personen.

GE: L'art. 130 PCS décrit d'une façon appropriée la forme des notifications.

A son al. 3, il précise les cas où la notification est "*réputée*" avoir été valablement reçue.

Les lit. b et c sont bienvenues pour résoudre les questions immanquablement soulevées et exploitées des parties de mauvaise foi.

Quant à la lit. a, elle codifie la jurisprudence en la matière. Il n'y a cependant aucune raison de la limiter au cas où le "*destinataire devait s'attendre à recevoir la notification*".

Il serait donc souhaitable de supprimer cette dernière condition.

En effet, les art. 142 et suivants PCS sont amplement suffisants pour tenir compte des situations où de bonne foi une partie n'aurait pas été en mesure de retirer la notification.

LU: Wir beantragen, die Worte "eingeschriebene" und "gegen Empfangsbestätigung" zu streichen. Andernfalls wären Zustellungen mit nichteingeschriebener Post (die vielfach genügen) nicht mehr möglich. Es sollte dem Gericht überlassen werden, wie es den Nachweis der Zustellung erbringen will.

TI: Cpv. 3: lit. a: Perfettamente corretta è la precisazione "...sempre che il destinatario dovesse aspettarsi una notificazione."

Recentemente il TF (DTF 14.11.2000 - 4P.169/2000) ha pronunciato che se il mittente non può far calcolo che il destinatario ritira la raccomandata, non subentra la finzione della ricezione. Questo è il caso ad esempio, se il datore di lavoro sa che il dipendente è in vacanza. Essendo usuale che durante le vacanze il dipendente si assenti dal suo domicilio si può senz'altro ritenere (salvo prova del contrario) che è venuto a conoscenza delle disdetta soltanto al suo ritorno, così che il termine di disdetta decorre a partire da quel momento (SARB 2000, 1036).

L'introduzione nella legge di questo elemento soggettivo "sempre che il destinatario dovesse aspettarsi una notificazione", è sicuramente fattore di incertezza e, come tale, va evitato.

Sarebbe più opportuno ritenere invece che, in un caso siffatto, vi potrebbe essere motivo per chiedere e ottenere una restituzione in intero del termine, ma che la notifica rimane però valida.

lit. c) Questa norma ci sembra troppo severa ed è contraria alla prassi attuale. Difatti, se una parte cambia domicilio, il Tribunale viene a saperlo dalla posta (la raccomandata ritorna con questa menzione). Riteniamo che sia allora suo compito (che la parte l'abbia informato o meno) di rifare la notificazione all'indirizzo corretto.

La commissione propone di abolirla.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: La mention "LSI" devrait remplacer la lettre recommandée.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Evtl. ändern ... *mindestens sechzehn Jahre alten Person*. Im Bericht der Expertenkommission ist als Beispiel die Aushändigung der Urkunde an ein volljähriges Kind aufgeführt. Ist die Meinung, die Aushändigung (und damit die rechtsgültige Zustellung) kann nur an eine volljährige Person erfolgen, so muss der Gesetzestext entsprechend angepasst werden. Ansonsten könnte man diskutieren, das Alter des Kindes auf z. B. 14 Jahre zu senken.

AVGE: L'article 130 AP décrit d'une façon appropriée la forme des notifications.

A son alinéa 3, il précise les cas où la notification est "*réputée*" avoir été valablement reçue.

Les lettres b) et c) sont bienvenues pour résoudre les questions inmanquablement soulevées et exploitées des parties de mauvaise foi.

Quant à la lettre a), elle codifie la jurisprudence en la matière. Il n'y a cependant aucune raison de la limiter au cas où "le destinataire devrait s'attendre à recevoir la notification".

Il serait donc souhaitable de supprimer cette dernière condition.

En effet, les articles 142ss AP sont amplement suffisants pour tenir compte des situations où de bonne foi une partie n'aurait pas été en mesure de retirer la notification.

DJS: Abs. 2: Es ist ein Zusatz nötig: Wenn die im gleichen Haushalt lebende Person selbst Prozesspartei ist, hat die Zustellung an den Adressaten persönlich zu erfolgen. Diese Situation ist häufig in eherechtlichen Verfahren, wenn die Ehe-

gatten trotz hängigem Verfahren noch zusammen wohnen. Es kann wohl nicht sein, dass der eine Ehegatte gerichtliche Zustellungen für den andern gültig entgegennehmen kann.

DJZ: Abs. 2: Es ist ein Zusatz nötig, dass wenn die im gleichen Haushalt lebende Person selbst Prozesspartei ist, die Zustellung an den Adressaten persönlich zu erfolgen hat. Diese Situation ist häufig in eherechtlichen Verfahren, wo die Ehegatten trotz hängigem Verfahren noch zusammen wohnen. Es kann wohl nicht sein, dass der eine Ehegatte gerichtliche Zustellungen für den andern gültig entgegennehmen kann.

FSA: Il s'impose d'ajouter "*au moins*" après seize ans révolus à l'article 130 al. 2.

KassZH: Diese Bestimmung trägt in der vorliegenden Form wesentlichen Problemen keine oder nicht genügend Rechnung und sollte in grundsätzlicher Hinsicht überarbeitet und in den wesentlichen Punkten konkretisiert werden. Zu berücksichtigen ist insbesondere die Tatsache der Privatisierung der Post (Abstimmen auf die dortigen AGB; vgl. dazu etwa die problematischen Fälle BGE 127 I 34 E. 2a; ZR 101 Nr. 86); ferner stellt sich die Frage nach der sachgerechten Regelung der sog. Zustellungsfiktion (Abs. 3 lit. a) und hier insbesondere die Frage des rechtsgenügenden Nachweises der Zustellung der Abholungseinladung: Auch im Falle eines schon hängigen Prozesses muss jedenfalls nachgewiesen sein, dass die Abholungseinladung tatsächlich in den Briefkasten des Adressaten gelangt ist.

swissmem: Abs. 3 lit. b: Im Sinne der sprachlichen Einheit schlagen wir folgende Ergänzung vor: *als Zustellungsdatum gilt der Tag der Weigerung*.

Uni LA: Depuis les réformes de la Poste, les recommandés n'existent plus et la terminologie officielle est "lettre-signature".

Uni NE: L'article 130 prescrit la forme recommandée pour les notifications. Les actes adressés sous pli simple sont-ils radicalement nuls ou la preuve de leur réception revient-elle simplement à l'autorité ? Le rapport, ou un alinéa spécifique de l'article 130, devrait le mentionner.

Quelle est la relation entre l'hypothèse de l'article 130 al. 3 lettre a), et la requête en restitution ? Si une décision est par exemple rendue en procédure sommaire, alors que la notification est viciée au sens de l'article 130, cette décision est-elle radicalement nulle ou l'article 143 s'applique-t-il ?

Art. 131

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Come l'art. 120 AP anche questa norma è conseguente alla nuova legge federale sui servizi di certificazione nel campo della firma elettronica (SCFel).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: An sich auch hier positiv die Einführung der elektronischen Zustellung. Die sich daraus ergebenden Beweisfragen hinsichtlich der Zustellung müssten aber auch hier bis zur Einführung der BZPO noch geklärt werden. Es gilt das Gleiche wie zu Art. 120 Gesagte.

AVZH: Das Gericht sollte Verfügungen (namentlich Arreste oder superprovisorische, sofort wirksame Verfügungen) auch per Telefax oder telefonisch eröffnen kön-

nen. Allerdings sollten aus Gründen der Rechtssicherheit die Rechtsmittelfristen erst ab der nachfolgenden ordentlichen Zustellung zu laufen beginnen.

Formulierungsvorschlag Art. 131:

*~~Elektronische Zustellung~~ Besondere Zustellungsformen*

Die Zustellung kann mit Einverständnis der betroffenen Person elektronisch erfolgen. *Die elektronische Signatur ersetzt die Unterschrift. Im Übrigen bestimmt der Bundesrat die Einzelheiten.*

*In dringenden Fällen können Verfügungen oder Entscheide per Telefax oder Telefon eröffnet werden. In solchen Fällen ist die Verfügung oder der Entscheid nachfolgend gemäss Art. 130 oder Art. 131 Abs. 1 zuzustellen. Die Rechtsmittelfristen laufen ab Zustellung des Entscheides oder der Verfügung.*

santésuisse: Elektronische Zustellung von Gerichtsurkunden: Mit Einverständnis der Parteien ist die elektronische Zustellung zulässig. Der Bundesrat hat die Einzelheiten zu regeln; keine Verpflichtung der Gerichte, sich technisch einzurichten.

Art. 132

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Zustellungen in Staaten, die nicht dem Haager-Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen beigetreten sind, erweisen sich häufig als schwierig und langsam. Mit einer Fristsetzung sollte unter Androhung, weitere Zustellungen zu unterlassen, die Nennung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz verlangt werden können. Auch in Art. 36 Abs. 3 BGG verlangt das Bundesgericht ein Zustelldomizil. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich für eine abweichende Regelung in der Eidg. ZPO.

AR: Abs. 2 erlaubt den Gerichten nicht, eine im Ausland lebende Person zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils zu verpflichten. Das ist ein Mangel. Dem Gericht ist diese Befugnis als grosse Erleichterung und wesentliche Vereinfachung einzuräumen.

BS: Zustellungen ins Ausland erweisen sich oft als aufwändig und zeitraubend. Dem Gericht sollte deshalb die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Klagpartei die Bezeichnung eines Zustelldomizils in der Schweiz zu verlangen, widrigenfalls Zustellungen unterbleiben können (vgl. analoge Regelung in Art. 67 Abs. 1 Ziff 1 SchKG). Für Zustellungen an die im Ausland wohnende beklagte Partei könnte die Möglichkeit der öffentlichen Bekanntmachung vorgesehen werden, sollte die Zustellung innert angemessener Frist nicht möglich sein (vgl. Art. 66 Abs. 4 Ziff. 3 SchKG). Vorbehalten bleiben selbstverständlich anderslautende Vorschriften des internationalen Rechts.

LU: Ein fehlendes Zustelldomizil in der Schweiz kann einen Prozess ungebührlich verzögern. Eine im Ausland wohnende Partei sollte deshalb verpflichtet werden können, in der Schweiz eine Zustellungsbevollmächtigte oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen. Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, sollte die Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachung vollzogen werden können. Analog § 75 Absatz 2 ZPO/LU schlagen wir folgende Regelung vor: *Eine im Ausland lebende Person kann verpflichtet werden, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Kommt sie dieser Aufforderung nicht*

nach, können Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachung nach Artikel 133 vollzogen werden.

NW: Absatz 2 ermöglicht es einer im Ausland lebenden Person, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Unseres Erachtens wäre eine ähnliche wie in Art. 70 der Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden statuierte Lösung in die Schweizerische ZPO aufzunehmen: *Eine Partei, an die im Inland keine Zustellungen möglich sind, kann verpflichtet werden, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen (Abs. 1). Kommt sie der gerichtlichen Aufforderung nicht nach, kann die Zustellung durch Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgen (Abs. 2).*

Begründung: Es sollte dem Gericht ermöglicht sein, wie bisher eine Partei verpflichten zu können, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, wenn abzusehen ist, dass das Verfahren für Zustellungen ins Ausland äusserst zeitraubend und damit auch prozessverschleppend sein wird. Kommt die dazu aufgeforderte Person dieser Aufforderung nicht nach, ist die Zustellung durch Veröffentlichung zu ermöglichen. Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens liegen auf der Hand.

OW: Der Vorentwurf sieht in Abs. 2 vor, dass, wenn eine im Ausland lebende Person ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichne, die Zustellung dorthin erfolge. Diese Regelung ist ungenügend. Gemäss Art. 64 Abs. 2 ZPO Obwalden kann eine am Verfahren beteiligte Person, die nicht in der Schweiz wohnt, verpflichtet werden, in der Schweiz eine zustellungsbevollmächtigte Person zu bezeichnen. Diese Regelung hat sich bewährt. Sie ermöglicht es in gewissen Fällen, das aufwendige und zeitraubende Zustellungsverfahren nach den staatsvertraglichen Vereinbarungen oder durch Vermittlung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zu vermeiden. Die Verpflichtung zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils ist für die Partei auch zumutbar, da der damit verbundene Eingriff in ihre Rechte nur sehr gering ist.

SG: Fehlen staatsvertragliche Vereinbarungen, soll eine im Ausland lebende Person angehalten werden können, eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen. Wir beantragen eine Regelung wie in Art. 74 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 i.V.m. Art. 73 Abs. 2 GerG, die sich sehr gut bewährt hat.

SH: Abs. 2 erlaubt den Gerichten nicht, eine im Ausland lebende Person zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils zu verpflichten. Das ist ein Mangel. Dem Gericht ist diese Befugnis als grosse Erleichterung und wesentliche Vereinfachung einzuräumen (Beispiel: Art. 45 Abs. 3 ZPO SH).

SZ: Unter Vorbehalt staatsvertraglicher Bestimmungen über die direkte Zustellung sollten Personen im Ausland zur Bezeichnung eines schweizerischen Zustellungsdomizils verhalten werden können.

TG: Fehlen staatsvertragliche Vereinbarungen, sollte eine im Ausland lebende Person angehalten werden können, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

TI: L'AP rinvia ai trattati internazionali, in particolare alla Convenzione dell'Aia relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero degli atti giudiziari e extragiudiziari in materia civile o commerciale.

Il cpv. 2 facilita le notificazioni alle persone residenti all'estero nel caso in cui abbiano eletto domicilio in Svizzera.

L'elezione di domicilio, soprattutto da parte di persone fisiche, è fonte di probabili contestazioni in pratica. Sarebbe opportuno che le parti interessate forniscano al giudice (in primo luogo) la prova dell'accordo di entrambe le persone coinvolte (domiciliante e domiciliatario).

Inoltre, dal punto di vista terminologico, sarebbe più opportuno parlare di "eleggere recapito in Svizzera", piuttosto che di domicilio in Svizzera (cfr. la versione tedesca: Zustellungsdomizil).

ZG: Abs. 2: Eine im Ausland lebende Partei sollte dazu verpflichtet werden können, eine zustellungsbevollmächtigte Person in der Schweiz zu bezeichnen (vgl. § 93 Abs. 2 ZPO AG: Eine im Ausland wohnende Partei kann verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen. Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, können Zustellungen unterbleiben oder durch Veröffentlichung vollzogen werden.).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Es sollte eingefügt werden: "*... Im zweiten Fall wirken die Behörden daraufhin, dass die Zustellung beförderlich erfolgt.*

AVLU: Gemäss der vorgeschlagenen Regelung wird eine im Ausland lebende Person nicht verpflichtet, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Ein fehlendes Zustellungsdomizil in der Schweiz kann jedoch einen Prozess ungebührlich verzögern, da insbesondere Zustellungen auf diplomatischem Weg sehr viel Zeit beanspruchen. Die Regelung von § 75 Abs. 2 der Luzerner ZPO hat sich bewährt. Danach kann eine im Ausland wohnende Partei verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen, und, falls sie dieser Aufforderung nicht nachkommt, die Zustellung durch Publikation erfolgen. Art. 132 Abs. 2 des Entwurfs ist daher entsprechend zu ändern. Wir schlagen folgende Formulierung vor:

<sup>2</sup> *Eine im Ausland lebende Person kann verpflichtet werden, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, können Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachung nach Art. 133 vollzogen werden.*

AVZH: Das Gericht muss von einer Partei verlangen können, dass sie in der Schweiz einen Zustellungsempfänger bezeichnet, sonst können Prozesse durch Personen im Ausland allzu leicht sabotiert werden (jede einzelne Zustellung ins Ausland kann gemäss Statistik des Bundesamtes für Justiz je nach Land ein oder mehrere Jahre dauern oder gänzlich erfolglos bleiben).

Formulierungsvorschlag Art. 132, neuer Abs. 4:

*Eine Partei, an die im Inland keine Zustellungen möglich sind, kann verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen. Wenn sie der gerichtlichen Aufforderung nicht nachkommt, können die Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder mit der gleichen Wirkung unterbleiben.*

DJS: Soweit dies nicht die Vollstreckbarkeit des Urteils im Ausland tangiert, muss eine im Ausland lebende Prozesspartei verpflichtet werden können, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

Zur Erleichterung der Zustellungen im internationalen Verhältnis regen wir die Aufgabe des Vorbehalts der Schweiz zu Art. 5 des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Aus-

land in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.1965 (SR 0.274.131) gegenüber Staaten an, welche Gegenseitigkeit gewähren vor. Es sollte damit die Übersetzung von umfangreichen Akten für eine gültige Zustellung im Ausland vermieden werden.

DJZ: Abs. 2: Die im Ausland lebende Prozesspartei sollte *verpflichtet* werden können, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

OGZH: Es ist nicht praktikabel, alle (unter Umständen zahlreichen) Zustellungen in einem Verfahren nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe abzuwickeln. Auch in Europa dauern einfache Zustellungen zum Teil immer noch Monate und Jahre (!), und es scheint mitunter, dass ausländische Parteien auf die (nicht-) Zustellung von amtlichen Sendungen bei ihren heimischen Behörden Einfluss nehmen können. Die Schweizer Instanzen müssen die Möglichkeit haben, einer ausländischen Partei (natürlich auf dem Weg der Rechtshilfe!) zur Bezeichnung eines Zustelldomizils in der Schweiz Frist anzusetzen - wie das übrigens auch zahlreiche europäische Staaten tun (der geltende OG Art. 29 Abs. 4 kennt die Bestimmung, ebenfalls der E BGG 36 Abs. 3).

Die vorgeschlagene Fassung von Abs. 2 scheint uns eine Selbstverständlichkeit auszudrücken und entbehrlich zu sein.

Vorschlag:

*<sup>2</sup> Eine Partei, an die im Inland keine Zustellungen möglich sind, kann verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen. Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, werden die für sie bestimmten Mitteilungen zu den Akten gelegt und gelten als mit dem Datum der Ablage zugestellt.*

SwissBanking: Abs. 2: Im Rechtshilfeverfahren werden Banken gestützt auf Art. 80m Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen von den Behörden oft als Zustellungsdomizil benutzt, dies auch wenn die ausländische Adresse des Betroffenen, dessen Geschäftsbeziehung Gegenstand des Verfahrens ist, den Behörden bekannt ist. Es sollte unbedingt klargestellt werden, dass die Bank nur mit ihrem Einverständnis Zustellungsdomizil sein kann - dass Art. 132 Abs. 2 des Vorentwurfes mithin nicht als allgemeiner Auffangtatbestand dient.

Uni LA: Pour simplifier les notifications à l'étranger, il conviendrait d'ajouter la règle, existant actuellement dans de nombreux codes cantonaux, selon laquelle la partie qui n'est pas domiciliée en Suisse est tenue d'y faire élection de domicile après avoir reçu la première notification.

Uni NE: L'article 132, qui prévoit l'élection de domicile en Suisse, peut être d'application délicate. Suffit-il qu'un contrat prévoie expressément qu'une partie fait élection de domicile à un lieu déterminé pour qu'une notification puisse être effectuée à ce lieu ? Qu'en est-il lorsque, comme c'est souvent le cas, l'élection de domicile mentionne un lieu, mais non une adresse ? Par ailleurs, pour quelle raison cette règle ne doit pas être retenue également lorsqu'une partie, domiciliée en Suisse, fait élection de domicile en un autre lieu dans notre pays ? Ces divers points devraient être précisés, si ce n'est dans la loi, au moins dans le rapport.

Uni ZH: Angesichts der notorischen Dauer und Schwierigkeit von Zustellungen ins Ausland muss das Gericht ermächtigt werden, von einer Partei die Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz verlangen zu können.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Abs. 1 lit. c VE ZPO ist zu streichen. Die Regelung in Art. 130 Abs. 3 lit. a VE ZPO ist ausreichend. Diese Regelung entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

BE: In Abs. 3 des französischen Gesetzestextes hat sich ein grammatikalischer Fehler eingeschlichen. Es sollte heissen "L'acte est réputé" und nicht "réputée".

BL: Abs. 2: Die Möglichkeit, die Publikation in anderer Weise vorzunehmen, erachten wir als sinnvoll.

LU: Abs. 1: Wir regen an, die öffentliche Bekanntmachung - statt alternativ im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) - wie folgt zu regeln: Die Veröffentlichung erfolgt immer im kantonalen Amtsblatt und nur soweit erforderlich auch im SHAB.

Abs. 3: Anstelle der vorgeschlagenen Regelung, wonach die Zustellung als am Tag der Bekanntmachung erfolgt gilt, bevorzugen wir eine Regelung analog § 76 ZPO/LU und schlagen deshalb folgende Formulierung vor: *Ist der Aufenthaltsort des Empfängers unbekannt, so wird er im kantonalen Amtsblatt aufgefördert, die zuzustellenden Urkunden auf der Gerichtskanzlei abzuholen. Kommt er dieser Aufforderung innert gesetzter Frist nicht nach, gilt die Zustellung als am letzten Tag der Frist vollzogen.*

TG: Die Voraussetzung des "beharrlich (sich) der Zustellung entzieht", erscheint als zu eng. In den meisten praktischen Fällen verweigert die Adressatin oder der Adressat weder direkt die Annahme noch muss sie oder er mit einer Zustellung rechnen. Die betreffende Person hat auch sehr wohl eine bekannte Adresse, ist aber nie zu Hause und holt keine avisierten Sendungen ab. Dies kann nicht ohne Strapazierung des Wortlautes als "beharrliches Entziehen" verstanden werden. Es muss in solchen Fällen genügen, dass zwei (korrekte) Zustellversuche erfolglos geblieben sind.

TI: Cpv. 1: Lett. a: *alfine di chiarire chi avrebbe dovuto eseguire le "appropriate ricerche" si deve completare come segue: "il luogo di dimora del destinatario non è conosciuto e non ha potuto essere individuato nonostante appropriate ricerche da eseguirsi dalla controparte".*

Lett. b: *nella sentenza del 26 agosto 2003 (7B.143/2003) il TF ha specificato che la possibilità di una notifica edittale può essere eseguita solo a titolo eccezionale, basandosi sulla difficoltà relativa all'esito della notifica e al tempo necessario per la stessa. Per evitare che venga applicato il sistema della sentenza citata (che è nostro avviso è estremamente insoddisfacente), si propone di modificare nei seguenti termini la lett. b: la notificazione all'estero è impossibile, comporta difficoltà straordinarie, oppure particolare lungaggine tenuto conto del tipo di procedura.*

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

KBK: Art. 133 VE setzt sich in Widerspruch zu Art. 35 Abs. 1 SchKG, der die öffentliche Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt *und* im betreffenden kantonalen Amtsblatt zwingend vorschreibt. Dies zu recht, denn z.B. eine Konkurseröffnung ist kein "lokales" Ereignis. Auch wenn das SchKG als *lex specialis* seine eigene Regelung beibehalten würde, würde es der Rechts-

sicherheit dienen, wenn die Vorschriften für die Publikation im Prozess- und Vollstreckungsrecht die gleichen wären.

OGZH: Die Voraussetzung des "beharrlich (sich) der Zustellung entzieht" erscheint zu eng. In den meisten praktischen Fällen verweigert der Adressat weder direkt die Annahme (VE Art. 130 Abs. 3 lit b) noch muss er mit einer Zustellung rechnen (VE Art. 130 Abs. 3 lit. a). Er hat auch sehr wohl eine bekannte Adresse (VA Art. 133 Abs. 1 lit. a) - aber er ist nie zu Hause und holt keine avisierten Sendungen ab. Das kann nicht ohne Strapazierung des Wortlautes als "beharrliches Entziehen" verstanden werden (was ja ein irgendwie aktives Tun impliziert). Es muss in diesen Fällen genügen, dass zwei (korrekte) Zustellversuche erfolglos geblieben sind.

Vorschlag:

*(Abs. 1) lit. c wenn zwei Zustellversuche erfolglos geblieben sind.*

Uni NE: L'article 113, qui concerne la notification par voie édictale, devrait préciser à son alinéa 1, lettre a), que les recherches doivent être entreprises par la partie qui requiert la notification.

Art. 134

*Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: L'art. 134 al. 1 PCS serait plus clair en substituant le terme "*communication*" par "*notification*".

JU: Al. 1: Le terme de "communication" est ambigu. Il vaudrait mieux parler de "réception", ou alors reprendre la formulation de l'article 32 al. 1 OJ en l'adaptant, par exemple de la manière suivante: "Lorsque le délai est fixé en jours, celui duquel il court n'est pas compté".

LU: Da gesetzliche Fristen nicht immer mitgeteilt werden, sollte festgehalten werden, dass sie vom gesetzlich festgelegten Zeitpunkt an zu laufen beginnen.

TI: Dal punto di vista terminologico, sarebbe più corretto parlare di "notificazione" del termine, piuttosto che di "comunicazione".

OW: Der Vorentwurf sieht in Abs. 3 vor, dass Fristen an Samstagen, Sonntagen oder gesetzlichen Feiertagen nicht enden. Der Entwurf scheint in diesem Zusammenhang das europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen zu übersehen. Dieses sieht neben den gesetzlichen Feiertagen auch Tage vor, welche das kantonale Recht einem gesetzlichen Feiertag gleichstellt (Praxis 87/1998 Nr. 151; BGE 124 II 527). Mit dem letzten Nachtrag zum GOG Obwalden vom 15. Oktober 1999 hat deshalb der Kanton Obwalden den 2. Januar, den Ostermontag, den Pfingstmontag, den 26. Dezember sowie den 1. August bezüglich des Fristenlaufs den für den ganzen Kanton geltenden Feiertagen gleichgestellt (vgl. zum Ganzen auch SJZ 98/2002 S. 619 f.).

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es erscheint wenig sinnvoll und alles andere als benutzerInnenfreundlich, die Berechnung der nach Tagen oder Monaten angegebenen Fristen hier zu regeln, für die Berechnung einer nach Jahren angegebenen Frist jedoch auf Art. 77 OR zu verweisen. Die entsprechende Regelung im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Art. 31 SchKG) tut dies jedenfalls auch nicht.

Ohnehin wäre zu wünschen, dass sämtliche Fristberechnungsregeln (zumindest) des Bundesprivatrechts nicht nur von ihrer Tragweite her, sondern auch im Wortlaut einander angeglichen würden.

LPS: Le PLS se demande si le calcul des délais, en particulier le départ du dies a quo, respecte la PCF actuelle. Si ce n'est pas le cas, il conviendrait de respecter la concordance entre ces deux lois.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'article 134 al 1 AP serait plus clair en substituant le terme "Communication" par "Notification".

OAFRI: Articles 134ss: On peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de reprendre simplement les règles de la Convention européenne sur la computation des délais.

Uni NE: La section 1 s'applique exclusivement aux délais. Il conviendrait que la loi précise exactement quel est le statut des termes, à savoir les "délais" fixés non en jours, semaines ou mois, mais en fonction d'une date d'échéance. Qu'en est-il si la date fixée est un samedi et un dimanche ou un jour férié ? Quels sont les effets des vacances sur de tels délais ?

Par ailleurs, l'article 134 n'indique pas le calcul à effectuer lorsque le délai est fixé non pas en jours ou en mois, mais en semaines.

#### Art. 135

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: die elektronische Übermittlung zugelassen werden soll (Art. 136 VE), sollte auch eine Aufgabe bei einer ausländischen Poststelle möglich sein. Die ausländischen Postdienste funktionieren in der Regel nicht schlechter als die Schweizer Post. Art. 135 Abs. 2 ist dahingehend zu ergänzen, dass die Partei den Nachweis der Fristeinholung für die Zahlung erbringen muss. Es kann nicht Aufgabe der Gerichte sein, bei den Banken und der Post diesbezügliche Nachforschungen anzustellen.

BL: Abs. 1: Antrag: In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung sollte konkretisiert werden, dass der Poststempel massgebend ist.

Abs. 2: Antrag: Wir schlagen vor, diese Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

*Eine Zahlung an das Gericht ist rechtzeitig erfolgt, wenn*

*a) der Auftrag zur Zahlung innert Frist und zu sofortiger Ausführung einer Bank mit Niederlassung in der Schweiz oder der Schweizerischen Post erteilt wurde, und*

*b) das zu belastende Konto im Zeitpunkt der Auftragserteilung eine genügende Deckung aufweist.*

BS: Die vorgeschlagene Regelung verlangt, dass Eingaben der Parteien u.a. spätestens am letzten Tag der Frist zu Händen des Gerichts der schweizerischen Post übergeben werden müssen. Im Interesse der Beweisklarheit sollte präzisiert werden, dass für den Zeitpunkt der Übergabe der Poststempel massgebend ist.

LU: Wir begrüßen die Regelung, wonach eine Zahlung an das Gericht rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Zahlungsauftrag innert der Frist abgeschickt wurde. Damit wird eine für Laien verhängnisvolle Prozessfalle beseitigt. Wir beantragen, zusätzlich die Möglichkeiten der Zahlung am Postschalter und beim Gericht aufzunehmen.

NE: Le système imaginé à l'article 135, alinéa 2 est susceptible d'engendrer une insécurité juridique et il aura dans tous les cas pour conséquence un rallongement des procédures.

SO: Abs. 2: Wir lehnen den Vorschlag ab, dass es zur Wahrung der Zahlungsfrist genügen soll, rechtzeitig den Zahlungsauftrag abzuschicken. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der Fristwahrung bei der Zahlung von Vorschüssen mittels Zahlungsauftrag erscheint uns sinnvoll: Das Risiko der rechtzeitigen Zahlung muss in jedem Fall bei der vorschusspflichtigen Partei liegen, auch wenn sie sich einer Bank als Hilfsperson bedient. In einem solchen Fall hat sie dafür besorgt zu sein, dass der Zahlungsauftrag nicht erst am letzten Tag der Frist an die Hilfsperson abgeschickt wird, sondern dieser noch ausreichend Zeit für die rechtzeitige Ausführung bleibt. Die als bürgerfreundlich gemeinte Lösung dieser Bestimmung verkehrt sich bei genauerer Betrachtung leicht in ihr Gegenteil: Soll von der vorschusspflichtigen Partei in Zukunft verlangt werden, dass sie Zahlungsaufträge an ihre Bank mit eingeschriebener Post versendet, um die rechtzeitige Absendung beweisen zu können?

TI: Cpv. 2: giusta la prassi attuale l'anticipo si considera tempestivo se è stato versato presso un *ufficio postale* l'ultimo giorno del termine, rispettivamente in caso di pagamento dell'anticipo a mezzo banca, determinante è l'ordine della banca alla posta e non quello dell'appellante alla banca.

L'AP *estende* la possibilità di effettuare il pagamento tempestivamente anche alla parte in questione che ha spedito l'ordine di pagamento a una *banca* con succursale in Svizzera entro il termine. Inoltre con l'AP il momento determinante è il giorno dell'ordine di pagamento non più il giorno in cui l'importo viene accreditato.

La modifica è ben venuta e risolve molti problemi ancora oggi esistenti al riguardo.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Im Interesse der Beweisklarheit sollte präzisiert werden, dass für den Zeitpunkt der Übergabe der Poststempel massgebend ist.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2 positiv: Der Zahlungsauftrag kann am letzten Tag der Frist aufgegeben werden (Klientenfreundlich im Falle der direkten Überweisung des Kostenvorschusses durch den Klienten).

AVLU: Die Regelung von Abs. 2, wonach eine Zahlung an das Gericht rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Zahlungsauftrag innert der Frist abgeschickt wurde, ist zu begrüßen, wird doch damit eine für Laien verhängnisvolle Prozessfalle beseitigt.

Bger: In Abs. 2 wird vorgeschlagen, eine Zahlung an das Gericht als rechtzeitig erfolgt zu erachten, wenn der Zahlungsauftrag innert der Frist und zur

sofortigen Ausführung einer Bank mit Niederlassung in der Schweiz oder der Schweizerischen Post abgeschickt wurde.

Dies kann nur dann richtig sein, wenn die angeschriebene Bank oder Post auch gehalten ist, den Auftrag auszuführen. Die Frist kann wohl kaum dadurch gewahrt werden, dass beispielsweise eine nicht kontoführende Bank der Partei rechtsgrundlos angewiesen wird, einen Kostenvorschuss zu leisten.

Besser scheint insoweit Art. 44 Abs. 4 E-BGG formuliert zu sein, der mit geringen redaktionellen Anpassungen übernommen werden könnte:

*Die Frist für die Zahlung eines Kostenvorschusses oder für eine Sicherstellung ist gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten des Bundesgerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.*

Roche: Roche befürwortet die von der Expertenkommission getroffene Entscheidung, wonach für den Fristenlauf bei Zahlungen an das Gericht der Versand des Zahlungsauftrages zu sofortiger Ausführung an Bank oder Post massgeblich sein soll. Hiermit wird eine praxisgerechte Lösung getroffen, welche transparent ist und der Rechtssicherheit dient. Ausserdem ist dieses Modell in Analogie zu den Eingaben an das Gericht ausgestaltet.

SchKG-Vereinigung: Abs. 2: Niederlassung einer Bank in der Schweiz, nicht Bank mit Niederlassung in der Schweiz.

Uni NE: A l'article 135, une terminologie unique pourrait être utilisée à l'alinéa 1 et à l'alinéa 2 ("*au plus tard le dernier jour du délai*" plutôt que: "*avant l'expiration du délai*").

Art. 136

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Diese Bestimmung ist unklar. Es ist ausdrücklich zu bestimmen, welches Informatiksystem den Empfang bestätigen muss, jenes des Gerichts, der Parteien oder des Providers.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es gilt auch hier das Gleiche wie schon unter den Artikeln 120 und 131 Gesagte.

KassZH: Es sollte auch die Möglichkeit der Übermittlung durch *Fax* erwähnt werden (vgl. auch Art. 120 Abs. 1).

Art. 137

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Wie in Art. 126 VE vermag auch in dieser Vorschrift die Unterscheidung zwischen zureichenden und wichtigen Gründen nicht zu überzeugen. Zudem ist festzustellen, dass mit der getroffenen Regelung - zumindest theoretisch - der Anzahl der Fristerstreckungen keine Grenze gesetzt wird. Die Möglichkeit, mit Zustimmung der Gegenpartei weitere Fristerstreckungen zu erhalten, übersieht vor allem, dass es Sache des Gerichts ist, das Verfahren voranzutreiben. Vorgeschlagen wird daher eine Lösung, wonach eine gerichtlich bestimmte Frist

*aus wichtigen Gründen zweimal* angemessen erstreckt werden kann. Die Möglichkeit, mit Zustimmung der Gegenpartei weitere Fristverlängerungen zu erhalten, ist ersatzlos zu streichen.

BS: Abs. 2 dieser Bestimmung ermöglicht mit Zustimmung der Gegenpartei weitere Fristverlängerungen. Die Zustimmung der Gegenpartei sollte jedoch nicht massgebend sein. Vielmehr soll das Gericht über Fristerstreckungen nach pflichtgemäßem Ermessen frei entscheiden können. Die Bestimmung ist deshalb dahingehend zu ändern, dass mit Zustimmung der Gegenpartei weitere Fristerstreckungen bewilligt werden *können*.

Zudem sollte um der Klarheit willen allenfalls noch erwähnt werden, dass Fristerstreckungsgesuche *vor* Ablauf der Frist einzureichen sind.

JU: Al. 2: N'autoriser qu'une seule prolongation pour des raisons suffisantes paraît sévère. D'autre part, la possibilité d'octroyer d'autres prolongations, c'est-à-dire une au minimum, avec l'accord de la partie adverse est trop large. Une seule devrait être possible dans ces circonstances. Enfin, il est bien clair qu'en présence de justes motifs, des prolongations extraordinaires peuvent être accordées.

LU: Die vorgeschlagene Regelung sieht vor, dass eine gerichtlich bestimmte Frist aus zureichenden Gründen einmal erstreckt werden kann; weitere Fristverlängerungen sind nur aus wichtigen Gründen oder mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig. Diese Regelung trägt den Bedürfnissen der Praxis zu wenig Rechnung. Dem Gericht sollte ein grösseres Ermessen eingeräumt werden, damit es flexibel und der jeweiligen Prozesssituation angepasst reagieren kann. Das Ziel, Prozessverschleppungen zu vermeiden, lässt sich auch mit einer flexibleren Regelung erreichen.

NW: Die vorgesehene Regelung trägt den Bedürfnissen der Praxis zu wenig Rechnung. Insbesondere ist die starre gesetzliche Limitierung auf eine einmalige Erstreckungsmöglichkeit nicht sachgerecht. Die verschiedenen Fälle und Prozesssituationen erfordern eine gewisse Flexibilität, weshalb dem Gericht ein grösseres Ermessen einzuräumen ist. Es gibt verschiedenste Gründe, weshalb eine Frist im Einzelfall nicht ausreicht resp. eine Fristerstreckung nötig ist. Nachdem die Gerichte ihrerseits nicht an bestimmte Erledigungsfristen gebunden sind, erweist sich die restriktive Regelung als nicht sachgerecht.

TI: Per rendere conforme il cpv. 2 (prima frase) alla versione tedesca e francese occorre sostituire *pertinenti motivi* con *sufficienti motivi*.

Il progetto liquida la questione della durata del nuovo termine con l'indicazione di: "adeguatamente prorogato", lasciando in mano al giudice la questione.

Sarebbe interessante inserire al riguardo una direttiva del tipo: "Di regola, la proroga non può avere una durata superiore al termine originario" (sul modello dell'art. 130 cpv. 2 CPC).

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Im Sinne einer Dienstleistung für die Parteien und des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 47) sollte eine letztmalige Fristverlängerung vom Gericht stets als solche gekennzeichnet werden.

Ferner regen wir an, zumindest eine Minimal- und Maximaldauer der gerichtlich zu bestimmenden Fristen in der ZPO-CH zu verankern.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: Abs. 2: Es sollte das Wort "einmal" gestrichen werden. Zudem sollte allgemein geregelt werden, wie lange eine Fristerstreckung vom Gericht gewährt wird. Ansonsten werden bei einigen Gerichten grosszügigere bzw. restriktivere Fristerstreckungen gewährt. Dies ist der Rechtsvereinheitlichung, zu dessen Zweck die BZPO eingeführt wird, abträglich. "Aus zureichenden Gründen" sollte durch "auf Begehren" werden, denn: Gemäss Bericht der Expertenkommission gelten die Gründe Abwesenheit, Arbeitsbelastung, Weitläufigkeit der Sache und Auslandsaufenthalt als "zureichende" im Sinne des Gesetzes. Da insbesondere aus Sicht der Anwaltschaft der Grund der Arbeitsbelastung ohnehin meistens vorliegen dürfte, kommt dem Terminus "zureichend" lediglich eine Alibi-Funktion zu. Nach Bericht der Expertenkommission muss der Gesuchsteller die geltend gemachten Gründe glaubhaft machen, das Gericht soll dann die Umstände nach Recht und Billigkeit würden. Wie soll das Gericht beispielsweise über den geltend gemachten Grund der Arbeitsbelastung anders als mit der Bewilligung des Gesuchs entscheiden? Eine genauere Überprüfung ist ja wohl schlecht möglich!

Es fehlt die Regelung der Folgen der Verweigerung der Fristerstreckung.

AVLU: Die für die Erstreckung gerichtlich bestimmter Fristen vorgesehene Regelung trägt den Bedürfnissen der Praxis zu wenig Rechnung. Hier ist dem Gericht ein grösseres Ermessen einzuräumen; es soll flexibel und der jeweiligen Prozesssituation angepasst reagieren können. Das Ziel, Prozessverschleppungen zu vermeiden, lässt sich auch mit einer flexibleren Regelung erreichen. Im Hinblick darauf, dass die Gerichte ihrerseits faktisch nicht an Erledigungsfristen gebunden sind, erweist sich die vorgeschlagene restriktive Erstreckungsregelung als nicht sachgerecht.

FSA: Une majorité de la commission a considéré que cette disposition (selon laquelle une première prolongation de délai peut être accordée en présence de raisons suffisantes, mais qu'une deuxième prolongation exige de justes motifs) était inutilement restrictive. Pour laisser au juge plus de liberté dans l'appréciation des circonstances, la FSA propose de simplifier l'al. 2 de cette disposition de la manière suivante:

*Les délais fixés par le juge peuvent être prolongés en cas de motifs suffisants [zureichend / pertinenti].*

KassZH: Abs. 2: Die Möglichkeit der bloss einmaligen Fristerstreckung stösst auf Bedenken. Zumindest müsste Gewähr dafür bestehen, dass in diesem Fall in komplexen Verfahren die ursprüngliche Frist hinreichend lang bemessen wurde.

Es stellt sich auch die Frage, ob nicht vorab die Bemessung von Fristen zu regeln ist (Minimal-, allenfalls auch Maximalfristen).

OAFRI: Le droit fribourgeois prévoit que si le juge refuse de prolonger un délai, le requérant dispose d'un délai supplémentaire de trois jours, à compter de la communication du refus, pour procéder à l'acte (art. 35 al. 4 CPC). Bien évidemment, il faut que la requête de prolongation ait été déposée avant l'expiration du délai. Cette règle a fait ses preuves et n'a pas conduit à des abus, compte tenu de l'extrême brièveté du délai de grâce. Elle permet au plaideur de ne pas avoir à supputer la diligence plus ou moins grande du juge dans le traitement de la requête de prolongation.

Il y aurait lieu de préciser la computation des délais prolongés, fixés en jours, semaines ou mois: s'agit-il d'un nouveau délai, qui court à compter de sa notification, ou la durée de la prolongation doit-elle être jointe à l'expiration du délai précédent ?

SchKG-Vereinigung: Abs. 2: Es sollten mindestens zwei Fristerstreckungen möglich sein.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Die Frage der Erstreckung einer Frist ist in Art. 137 Abs. 2 VE zu starr geregelt. Die Notwendigkeit von Fristerstreckungen hängt vom Umfang der zu leistenden Arbeit und vom momentanen Arbeitsanfall der mit der Aufgabe belasteten Person ab. Die Prozessdauer ist kaum je von der Anzahl der einer Partei gewährten Fristerstreckungen abhängig.

Art. 138

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 2: Antrag: Diese Bestimmung ist mit einem zusätzlichen Buchstaben – etwa als neuer Buchstabe b mit nachfolgender Neunummerierung - wie folgt zu ergänzen:

*b. das vereinfachte Verfahren (Art. 237 ff.).*

BS: Die Streitigkeiten, die im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 237 behandelt werden können, machen eine stattliche Zahl aus. Damit sich die Erledigung dieser Fälle gleichmässig übers Jahr verteilt, empfiehlt sich, auch das vereinfachte Verfahren vom Fristenstillstand auszunehmen.

TG: Abs. 3: Diese Bestimmung ist zu streichen.

TI: Cpv. 1: lett. b: benché riprende quanto già previsto dal CPC-Ti (art. 133 cpv. 1 lett. b), non si vede il motivo di far terminare le ferie giudiziarie al 15 agosto visto che fino al 31 agosto non si muove niente / è un periodo morto.

Inoltre è costume radicato che l'attività giudiziaria riprenda con l'inizio dell'anno scolastico e non prima.

Cpv. 3 rispecchia il principio della buona fede.

ZG: Abs. 3: Diese Bestimmung sollte gestrichen werden, da diejenige Person, die den Rechtsstillstand kennt, auch die entsprechenden Ausnahmen kennen sollte. Zudem geht aus dem Gesetzestext nicht hervor, welche Folgen es hätte, wenn ein solcher Hinweis fehlen würde.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Positiv, dass der Fristenstillstand mit demjenigen des BGG übereingestimmt werden soll.

ASI: Acceptez-vous que les dispositions sur la suspension des délais ne s'appliquent pas à la procédure de conciliation ainsi que proposé à l'art. 138 al. 2 lit.a de l'avant-projet ?

Sì. Di primo acchito non pensiamo che l'art. 138 al. 2 let. a del nuovo progetto di legge possa creare grossi problemi agli inquilini.

AVZH: Der Fristenstillstand nach dem Jahreswechsel (... bis und mit 2. Januar) ist zu kurz ausgefallen. Am Berchtoldstag (2. Januar) arbeitet in der ganzen Schweiz praktisch niemand. Läuft eine Frist am 3. Januar ab, müsste die Angelegenheit bereits über die Feiertage bearbeitet werden. Sodann machen je nach Lage der Feiertage immer mehr Verwaltungen, Gerichts- und Anwaltskanzleien sog. "Brücken" bis zum nachfolgenden Wochenende.

Formulierungsvorschlag Art. 138 Abs. 1 lit. c:

"vom 18. Dezember bis *zum* 5. Januar

OAFRI: Article 138 al. 1<sup>er</sup>: La rédaction doit être précisée et le texte légal doit indiquer clairement ce qui est inclus et ce qui ne l'est pas.

OGZH: Abs. 2: Wir verweisen auf die Bedenken bezüglich der vom Gericht als "dringlich" bezeichneten Sachen (vorn, zu VE Art. 118). Von der Natur der Sache her einigermaßen dringlich ist das vereinfachte Verfahren (bisher hiess es ja nicht zufällig "einfaches und rasches Verfahren"). Gerade in Mietsachen zeigt die Praxis, dass ein Friststillstand trölerische Prozessführung unterstützen kann. Wir möchten daher die Ausnahmen vom Stillstand wie folgt definieren:

Vorschlag Abs. 2:

Diese Vorschriften gelten nicht für:

a. *das Schlichtungsverfahren;*

b. *das summarische Verfahren;*

c. *das vereinfachte Verfahren.*

SVR: Nous ne sommes pas non plus favorables à ce que le tribunal doive rendre attentives les parties au sujet des exceptions aux suspensions légales de délais judiciaires (art. 138 al. 3). Une telle règle, outre qu'elle est source d'insécurité, ne trouve aucune justification tirée de la pratique.

Uni LA: Al. 3: Il faut résolument s'opposer à une telle disposition de nature à déresponsabiliser les parties. Si l'on conçoit comment un tel avertissement pourrait être donné lors de la fixation de délais judiciaires (encore qu'il prendrait probablement la forme de formules reproduisant les dispositions légales sans grande valeur informative), il serait d'ailleurs en pratique difficilement possible de l'appliquer à des délais légaux.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 138 Abs. 2 lit. c VE schliesst den Stillstand der Frist für als dringlich bezeichnete Sachen aus. Wollte daran festgehalten werde, so wäre das in Art. 118 VE zu regeln. Es ist aber durchaus unnötig.

#### Art. 139

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni NE: Si l'on comprend bien l'article 139, le premier jour qui suit la fin des suspensions des délais n'est pas compté lorsque l'acte a été notifié pendant celles-ci. C'est du reste la solution qui a été finalement retenue par le Tribunal fédéral lors de l'application de l'article 32 OJF. Le rapport devrait le préciser.

## Art. 140

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die französische Fassung sollte korrekterweise wie folgt lauten: "... à moins que les parties *ne* donnent leur accord à ...".

LU: Der Bericht der Expertenkommission führt unter anderem aus, dass auch Klage und Klageantwort als Gerichtsverhandlung verstanden werden. Einerseits handelt es sich dabei um Prozesshandlungen, nicht um Gerichtsverhandlungen. Andererseits darf es nicht sein, dass während der gesamten Gerichtsferien ohne Einverständnis der Parteien keine Prozesshandlungen erfolgen dürfen, würde doch der Gerichtsbetrieb dadurch erheblich erschwert bis verunmöglicht bzw. die Prozesserledigung verlangsamt. Wird der Begriff "Gerichtsverhandlungen" richtig verstanden (beschränkt auf Instruktionsverhandlungen, Hauptverhandlungen), ist gegen Artikel 140 VE-ZPO nichts einzuwenden.

### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Evtl. sollte zur Klarheit eingefügt werden: "Vorbehalten bleiben Verhandlungen gemäss Art. 138 Abs. 2".

Uni LA: La formulation proposée est particulièrement disgracieuse et il conviendrait d'écrire:

*sauf avec l'accord des parties, le tribunal ne tient pas d'audience durant les suspensions des délais.*

## Art. 141

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Laut dem Bericht zu Art. 141 VE ist der Vorbehalt der besonderen Fristenregelungen des SchKG restriktiv auszulegen: Er soll nur für die eigentlichen SchKG-Verfahren gelten (betreibungsrechtliche Summarsachen und Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern), während für die materiellrechtlichen Klagen und für die betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung das Fristenrecht der ZPO gilt. Um der Bestimmung zur nötigen Klarheit zu verhelfen wird ange-regt, diese Präzisierung in den Gesetzestext einfliessen zu lassen.

SZ: Statt bei der Regelung des Fristenrechts einzig einen Vorbehalt zu Gunsten der Bestimmungen des SchKG zu statuieren, wäre es wünschenswert, wenn die beiden Erlasse ZPO und SchKG diesbezüglich aufeinander abgestimmt würden.

### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Evtl. sollte auch hier zur Klarheit eingefügt werden: ... *soweit sie betreibungsrechtliche Streitigkeiten betreffen ....*

OGZH: Entgegen dem Bericht, welcher den Vorbehalt nur auf gewisse Verfahren beziehen will, verstehen wir die Bestimmung entsprechend ihrem Wortlaut: die im SchKG aufgestellten Regelungen zu Fristen gehen der CH-ZPO vor.

Uni BE: Die Fristen des SchKG und des VE ZPO sind aufeinander abzustimmen.

## Art. 142

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: In Abs. 2 ist die Säumnisfolge unglücklich formuliert, wonach das Verfahren "unbesehen davon" seinen Fortgang nehme, wenn das Gesetz nichts anderes bestimme. Vor allem bei Nichteinhaltung der Auflage zur Leistung eines Kostenvorschusses kann das Verfahren wohl nicht "unbesehen davon" seinen Fortgang nehmen.
- SH: In Abs. 2 ist die Säumnisfolge unglücklich formuliert, wonach das Verfahren "unbesehen davon" seinen Fortgang nehme, wenn das Gesetz nichts anderes bestimme. Vor allem bei Nichteinhaltung der Auflage zur Leistung eines Kostenvorschusses kann das Verfahren wohl nicht "unbesehen davon" seinen Fortgang nehmen.
- TG: Die Säumnisfolge in dieser Bestimmung, wonach das Verfahren "unbesehen davon" seinen Fortgang nehme, wenn das Gesetz nichts anderes bestimme, ist unglücklich formuliert. Vor allem bei Nichteinhaltung der Auflage zur Leistung eines Kostenvorschusses kann das Verfahren nicht "unbesehen davon" seinen Fortgang nehmen.
- TI: Il cpv. 3 è stato emanato in ottemperanza del principio della buona fede.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- AKBS: Abs. 2: positiv, dass das Verfahren trotz Versäumnis seinen Lauf nimmt (Besondere Säumnisfolgen werden explizit geregelt, wie z.B. Versäumnis betr. Leistung des Kostenvorschusses in Art. 90 Abs. 4).
- AVZH: Im Entwurf ist das Nichterscheinen zu einer mündlichen Verhandlung nicht erwähnt. Diese Auslassung ist zu beheben. Das Abwarten einer Respektstunde ist aber nicht in das Gesetz aufzunehmen. Kein Richter wird eine Partei, welche 10-15 Minuten zu spät erscheint, als säumig erklären.
- Formulierungsvorschlag Art. 142 Abs. 1:  
"Säumnis liegt vor, wenn eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgemäss vornimmt *oder zu einer Verhandlung nicht erscheint*."
- DJS: Abs. 1: Es müsste definiert werden, wann die Säumnis bei Nichterscheinen zu einer mündlichen Verhandlung eintritt, z.B. nach Abwarten einer Respektstunde.
- DJZ: Abs. 1: Es müsste definiert werden, wann die Säumnis bei Nichterscheinen zu einer mündlichen Verhandlung eintritt, z.B. nach Abwarten einer Respektstunde.
- FSA: Articles 142 à 144

Terminologie: à l'article 142 al. 2, il faut remplacer, dans le texte français, "défaillance" par "défaut".

Par ailleurs, la comparaison des termes utilisés dans les différentes langues fait douter de la portée exacte de ces dispositions: visent-elles le défaut d'une partie (par exemple à une audience) ou seulement les conséquences de l'inobservation d'un délai ? Pour lever cette ambiguïté, la commission propose d'intituler la section 2 "Défaut et restitution d'un délai ou d'un autre acte de procédure".

Enfin, il faut traiter de la même manière l'inobservation d'un délai qu'il soit fixé par le juge ou par la loi: dans les deux cas, il doit pouvoir être restitué si son inobservation ne résulte que d'une faute légère. Dans les autres cas, autrement dit, si la faute n'est pas légère, la restitution peut être accordée moyennant consentement de la partie adverse et demande sans retard.

En conséquence de quoi, la FSA propose le nouvel art. 143 suivant:

*Article 143 Restitution*

*al. 1 La partie défaillante peut demander la restitution d'un délai, légal ou judiciaire, ou obtenir le droit d'accomplir l'acte qu'elle n'a pas effectué ou auquel elle n'a pas participé en rendant vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère.*

*al. 2 Il peut également accorder la restitution si la partie adverse y donne son accord et pour autant que la restitution ait été demandée dans les vingt jours dès l'échéance du délai.*

OAFRI: Article 142 al. 2: La disposition n'est pas claire et, à la limite, exprime le contraire de ce qui est voulu. Il faut préciser que la procédure suit son cours mais que l'on fait abstraction du contenu qu'aurait pu avoir l'acte omis.

SVR: Les dispositions sur le défaut et la restitution (art. 142 ss.) souffrent quant à elles d'ambiguïté et d'imprécision. Elles semblent mélanger la notion de défaut proprement dit avec celle de déchéance d'un droit procédural. L'avis que devrait donner le tribunal quant aux conséquences du défaut engendrerait insécurité et problèmes pratiques. Quant au délai de relief d'une année après l'entrée en force de la décision (art. 143 al. 3), il paraît là également source d'insécurité juridique et va à l'encontre de l'esprit de célérité qui anime l'ensemble de l'avant-projet.

Uni LA: Ces dispositions sont parmi les moins satisfaisantes de la réglementation proposée en matière de procédure contentieuse. Sur le plan de la systématique et de la terminologie d'une part, il est peu judicieux d'utiliser le même terme pour l'inexécution d'un acte de procédure dans un délai prescrit (non-paiement d'une avance de frais, non-dépôt d'une écriture, etc.), et pour la non-comparution lors d'une audience. Une réglementation et une désignation séparée des deux situations s'imposent.

La réglementation proposée pour la restitution paraît adaptée à la première de ces hypothèses. Tout au plus peut-on se demander s'il faut véritablement admettre la restitution en cas de faute légère, notion susceptible d'interprétations divergentes, ou s'il ne faudrait pas plutôt se référer à d'autres notions, comme l'existence de motifs légitimes ou l'empêchement dû à une faute majeure. En outre, il conviendrait de supprimer l'art. 142 al. 3 AP, prévoyant l'obligation pour le tribunal d'informer les parties des conséquences du défaut, pour les mêmes motifs qui conduisent à préconiser la suppression de l'art. 138 al. 3 AP (voir rem. ci-dessus).

En revanche, les art. 142 à 144 AP ne paraissent guère adaptés à la situation, qui doit nécessairement être envisagée et réglementée en détail, où une partie, ayant ou non procédé, ne comparaît pas en justice et doit être jugée en son absence. Compte tenu de la terminologie usuelle en français, c'est à cette situation uniquement qu'il conviendrait de réserver le terme de défaut.

En cas de jugement par défaut, le résultat est presque toujours favorable à la partie présente. Cela est vrai, que le droit de procédure conduise à un tel résultat (p. ex. en réputant vrai, comme le fait le code de procédure vaudois, les affirmations de la partie présente) ou que le tribunal ait en principe à instruire comme en contradictoire. En effet, même dans ce cas, les moyens que pourrait faire valoir la partie absente ne sont, soit en raison de la maxime des débats, soit par la force des choses, (même dans une maxime inquisitoire, le tribunal ne peut pas deviner tous les éléments susceptibles d'être invoqués en faveur du défaillant...) pas examinés de manière approfondie.

Il en résulte qu'un grand nombre de procédures, en Suisse comme à l'étranger, considèrent comme indispensable de donner une seconde chance au défaillant. Pour cela, la restitution au sens de l'art. 143 AP paraît insuffisante. En effet, elle ne pourrait être accordée qu'en cas de faute légère, ce qui n'est généralement pas le cas d'une partie qui a délibérément négligé de déférer à une convocation mais ne se rend compte des conséquences de cette attitude qu'en recevant le jugement par défaut. On préconise dès lors l'introduction d'un droit de relief absolu, indépendamment de toute faute, mais le cas échéant assorti d'une obligation de payer des frais et dépens frustraires au tribunal et à la partie présente.

Naturellement, ce droit ne doit pas conduire à des manœuvres dilatoires et doit être mis en rapport avec les impératifs d'économie de la procédure. Il conviendrait par conséquent de réglementer plus sévèrement l'hypothèse d'un second défaut (par exemple en limitant alors le relief au cas d'absence pour force majeure), voire de limiter de même le premier relief dans certaines procédures où ces impératifs sont particulièrement prépondérants (p. ex. lorsque la valeur litigieuse est faible ou en procédure sommaire).

Enfin, le relief devrait être sollicité dans un délai relativement court (dix, vingt ou trente jours) dès la notification du jugement par défaut, de façon à permettre à celui-ci d'entrer définitivement en force à l'échéance d'un tel délai. La règle de l'art. 143 al. 3 AP, laissant en quelque sorte incertaines les décisions rendues par défaut pendant un an, ne paraît à cet égard pas adaptées aux impératifs nécessaires de sécurité du droit. Il conviendrait également de réglementer les relations entre le relief et le recours, en décidant notamment si la partie jugée par défaut peut interjeter un appel ou un recours plutôt que demander le relief.

En résumé, les articles 142 et 144 devraient être remaniés, pour se limiter à l'inobservation d'un délai, et être complétés par des dispositions nouvelles (qui pourraient prendre place à cet endroit, mais peut-être aussi être plutôt insérées dans le chapitre relatif au jugement) sur les conditions d'un jugement par défaut et le relief d'un tel jugement.

Uni NE: L'article 142 définit le défaut comme l'inaccomplissement par une partie d'un acte dans le délai prescrit. A notre sens, il y a également défaut lorsqu'une partie dûment citée n'est pas présente ou représentée à l'audience, ou ne procède pas. Il est difficile de considérer que la présence à l'audience est un acte de procédure au sens exact du terme. Le texte devrait donc le préciser. L'alinéa 2 réglemente de manière convaincante le défaut. Il est toutefois nécessaire de se référer à l'article 145 al. 3 pour constater que les faits non contestés en cas de défaut sont réputés constants. Il serait sans doute plus judicieux de faire figurer le principe dans la section 2 et de faire un renvoi dans le titre consacré à la preuve, à l'article 145.

## Art. 143

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Es sollte im Gesetz festgehalten werden, was bezüglich Fehlern von Hilfspersonen der Parteien oder Anwälte gelten soll. Mit der jetzigen Regelung ist unklar, ob und wie weit Fehler von Hilfspersonen den Parteien angerechnet werden.

In Art. 46 BGG beträgt die Frist für die Wiederherstellung 30 Tage. Für eine unterschiedliche Regelung in der ZPO ist kein sachlicher Grund ersichtlich. Wir schlagen eine Frist von 10 Tagen in beiden Gesetzen vor.

AR: Die vorgeschlagene Regelung ist milder als jene Bundesprozessgesetze, die ein unverschuldetes Hindernis voraussetzen (Art. 35 Abs. 1 OG, Art. 13 Abs. 1 BZP). Auf jeden Fall aber sollte vermieden werden, dass mit dem "leichten Verschulden" die oft nur vorgeschobenen (und kaum überprüfbaren) sogenannten Sekretärinnen-Versehen praktisch pauschal sanktioniert werden. Deren Folgen hat der für die Büroorganisation verantwortliche Anwalt zu tragen.

BE: Die Bestimmung von Art. 143 Abs. 1 VE, wonach eine säumige Partei auch dann Wiederherstellung verlangen kann, wenn sie glaubhaft macht, dass sie nur ein *leichtes* Verschulden trifft, steht in gewissem Widerspruch zur prozessualen Strenge des VE und vor allem zum strikten Formalismus im Novenrecht. Der Entwurf zum BGG sieht in Art. 46 vor, dass eine Frist nur wieder hergestellt werden kann, wenn die Partei *unverschuldeterweise* davon abgehalten worden ist, diese zu wahren. Ein Grund, weswegen die künftige ZPO diesbezüglich toleranter sein sollte, ist nicht ersichtlich. Andererseits ist es auch nicht verständlich, weshalb die Gesuchsfrist mit 10 Tagen deutlich kürzer sein soll als im BGG (30 Tage). Vorgeschlagen wird, die Passage "... oder nur ein leichtes ..." ersatzlos zu streichen, eventuell die Gesuchsfrist grosszügiger zu gestalten.

Da im Kanton Bern - und vielleicht auch in anderen Kantonen - die Wiederherstellung von gesetzlichen Fristen (v.a. Rechtsmittelfristen) nach geltendem Recht nicht zulässig ist, wird zudem angeregt, schon in der künftigen Botschaft klarzustellen, dass dies unter dem neuen Art. 143 ZPO möglich sein wird.

Die Formulierung der französischen Fassung des zweiten Satzes von Art. 143 Abs. 2 VE erscheint etwas unglücklich. Vorgeschlagen wird, sie wie folgt zu ändern: "... les actes de procédure omis sont *simultanément accomplis*."

BL: Antrag: Streichung des Passus "..., dass sie kein ~~oder nur ein leichtes~~ Verschulden trifft."

Begründung des Antrags: Die Wiederherstellung sollte nur möglich sein, wenn die Partei ohne jedes Verschulden unverschuldet säumig wird.

BS: Bei der Wiederherstellung sollte allenfalls noch berücksichtigt werden, dass eine solche nur zu gewähren ist, wenn sie für den Ausgang des Verfahrens nicht offensichtlich unerheblich ist (z.B. wenn sich der Ungrund der Klage bereits aus dieser ergibt und die Klagbeantwortung versäumt worden ist). Dies im Sinne der Prozessökonomie.

In Absatz 3 erscheint uns die Frist für eine Wiederherstellung nach Erlass eines Urteils (1 Jahr) sehr lang.

- FR: Al. 3: cette disposition concerne les demandes de relief de jugements par défaut (commentaire p. 74). Un délai d'un an malmène exagérément la sécurité du droit et la "paix sociale" recherchée par les auteurs de l'AP (il suffit déjà de songer aux actions d'état), d'autant qu'une faute légère suffit à faire admettre la requête. Un délai de 30 jours est suffisant.
- LU: Im Gegensatz zur vorgeschlagenen Regelung, wonach beim Gesuch um Wiederherstellung schon ein nur leichtes Verschulden genügt, verlangt die Luzerner ZPO ein entschuldbares Verschulden (vgl. § 90 Abs. 1 ZPO/LU) und die Praxis dazu ist eher restriktiv. Wir beantragen die Übernahme dieser strengeren Regelung.
- OW: Nach Abs. 1 des Vorentwurfs ist die Wiederherstellung nur bei grobem Verschulden ausgeschlossen. Die dadurch errichtete Schranke gegen liederliches Prozessieren ist ungenügend. Wie im bisherigen Bundesrecht und im Recht des Kantons Obwalden (Art. 31 GOG) sollte nur ein unverschuldetes Hindernis zur Wiederherstellung berechtigen. Andernfalls wird unsorgfältiges Prozessieren gefördert. Hinzu kommt, dass die Abgrenzung zwischen grobem und leichtem Verschulden nicht immer einfach ist und zu zahlreichen Gesuchen und Rechtsmittelverfahren führen dürfte.
- SG: Nach Art. 87 Abs. 1 GerG beginnt die Wiederherstellungsfrist alternativ nach Wegfall des Hindernisses oder nach Eröffnung des Säumnisentscheidendes zu laufen. Danach hat der – sich der Säumnis oft nicht bewusste – Rechtsuchende nach Erhalt der Mitteilung, seine Prozesshandlung sei verspätet oder ausgeblieben, die Möglichkeit, ein Wiederherstellungsgesuch zu stellen, auch wenn das Hindernis schon längere Zeit nicht mehr besteht. Das wäre neu nicht mehr möglich. Wir schlagen eine Art. 87 Abs. 1 GerG analoge Regelung vor.
- SH: Die vorgeschlagene Regelung ist milder als jene der Bundesprozessgesetze, die ein *unverschuldetes Hindernis* voraussetzen (Art. 35 Abs. 1 OG, Art. 13 Abs. 1 BZP). Auf jeden Fall aber sollte vermieden werden, dass mit dem "leichten Verschulden" die oft nur vorgeschobenen (und kaum überprüfbaren) sogenannten Sekretärinnen-Versehen praktisch pauschal sanktioniert werden. Deren Folgen hat der für die Büroorganisation verantwortliche Anwalt zu tragen.
- SO: Als Wiederherstellungsgrund sollte unseres Erachtens einzig vorgebracht werden können, dass den Gesuchsteller "kein Verschulden" an der Säumnis trifft. Mit dem Passus "oder nur ein leichtes Verschulden" sind wir nicht einverstanden. Hingegen erachten wir die in Abs. 3 vorgesehene einjährige Verwirkungsfrist, nachdem ein Entscheid ergangen ist, als zu kurz. Hier wäre eine fünfjährige Frist angemessen.
- TG: Der Begriff "leichtes Verschulden" in dieser Bestimmung wird zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Eine Präzisierung wäre daher wünschenswert.
- TI: Cpv. 1: L'art. 137 CPC-Ti concede la restituzione di un termine se il richiedente o il suo difensore è stato impedito di agire entro il termine fissato senza che gli sia imputabile alcuna colpa significativa (RDAT 1994 II, n. 18). La giurisprudenza del TF invece è molto più rigida e impone che alla parte richiedente non sia imputabile colpa alcuna, neppure di entità lieve (DTF 6.6.2003; 4P.46/2003).  
Il Progetto ritorna ad una versione più morbida (che è quella attuale in Ticino) e che crediamo sia più corretta.

cpv. 2: L'obbligo di inoltrare contemporaneamente gli atti processuali omessi è in contrasto con il principio dell'economia processuale nella misura in cui la domanda di restituzione dovesse esser accolta.

Benché sia comprensibile la preoccupazione di celerità alla base di questo disposto, sarebbe più logico che il giudice, accogliendo l'istanza di restituzione, assegni alla parte 10 giorni per recuperare l'atto omissso.

Si propone pertanto di abolire l'ultima frase del capoverso 2 e di introdurre un nuovo cpv. 3 all'art. 144, del seguente tenore: "*In caso di accoglimento della domanda di restituzione, il Tribunale assegna alla parte un termine di 10 giorni per recuperare l'atto omissso*".

Cpv. 3: Il CPC-TI regola la restituzione in intero contro le sentenze all'art. 346.

VS: La restitution d'un délai en cas de faute légère n'est pas opportune; l'empêchement doit être non fautif, en sorte que nous proposons de biffer: "ou n'est imputable qu'à une faute légère".

ZG: Abs. 3: Diese Bestimmung ist zu streichen. Im Kanton Zug existiert heute eine solche Regelung nicht. Für solche Fälle gibt es die Revision.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Die Frist von 10 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes erscheint zu kurz insbesondere was die Einreichung von Rechtsschriften in komplexen Fällen anbelangt.

Es sollte vorgesehen werden, dass das Gesuch um Wiederherstellung innert 10 Tagen einzureichen sei, die unterlassende Prozesshandlung aber innert der verpassten Frist (ob länger oder kürzer).

AVZH: Gemäss Entwurf ist eine Wiederherstellung nur möglich, wenn die säumige Partei kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Dies ist zu restriktiv. Die Zürcher Regelung (§ 199 GVG), wonach erst bei grobem Verschulden für die Wiederherstellung die Einwilligung der Gegenpartei vorausgesetzt wird, ist viel praxisnäher. Die Zahl der Fristversäumnisse ist nicht gross und eine strenge Regelung der Wiederherstellung hat sicher keine erzieherische, abschreckende Wirkung. Der prozessrechtliche Formalismus soll einen möglichst kleinen Einfluss auf die materielle Wahrheitsfindung haben.

Formulierungsvorschlag: Art. 143 Abs. 1

*Eine säumige Partei kann Wiederherstellung verlangen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie kein grobes Verschulden trifft.*

DJS: Positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass die Voraussetzungen der Wiederherstellung relativ grosszügig umschrieben werden.

DJZ: Positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass die Voraussetzungen der Wiederherstellung relativ grosszügig umschrieben werden.

KassZH: Im Einverständnis mit der Gegenseite sollte im Zivilverfahren die Wiederherstellung einer Frist auch bei grobem Verschulden bewilligt werden können. Mitunter kann die Gegenseite sogar ein legitimes Interesse daran haben, dass die Wiederherstellung bewilligt wird und der Entscheid unter nachträglicher Anhörung der säumigen Partei ergeht, z.B. zwecks Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Vollstreckung von Säumnisurteilen im internationalen Verhältnis.

SwissBanking: Mit Blick auf die Relevanz der Prozessökonomie und zur Vermeidung unnötigen Aufwands sollte die Frist für das Einreichen des Wiederherstellungsgesuchs und das Nachholen unterlassener Prozesshandlungen nicht identisch sein. Sinnvollerweise ist die Frist für nachzuholende Prozesshandlungen erst anzusetzen, wenn das Wiederherstellungsgesuch bewilligt wurde.

FER AI.3: En vertu du droit qui est généralement reconnu aux parties d'être entendu, la Fédération s'étonne de constater que la commission d'experts n'ait pas prévu la possibilité pour une partie défaillante de pouvoir relever son défaut en faisant, le cas échéant, opposition au jugement.

La question se pose d'ailleurs de savoir si une telle solution correspond à une bonne et saine administration de la justice, dans la mesure où le tribunal pourrait notamment ne pas avoir connaissance de tous les éléments indispensables à la résolution du litige.

Cette solution semble, en tous les cas, ne pas correspondre à ce que de nombreuses lois de procédure civile cantonale prévoient. Sa légitimité risque dès lors d'être fortement contestée.

Le renvoi - fait dans le commentaire, mais pas dans la loi - à l'art. 143 al. 3 AP n'apparaît, pour le surplus, pas être des plus compréhensibles.

Uni NE: L'article 143 admet largement les cas de restitution en précisant qu'une partie défaillante peut solliciter la restitution en rendant vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable, ou imputable que pour une faute légère. A l'heure actuelle, la jurisprudence du Tribunal fédéral est stricte quant aux conditions de restitution. On peut se demander si cette nouveauté est souhaitable, vu l'insécurité qu'elle entraîne, en particulier en matière de délais de recours. A notre sens, la possibilité laissée à une partie n'ayant pas déposé une réponse dans le délai de pouvoir malgré tout déposer son acte doit être plus large que la possibilité d'obtenir une restitution du délai de recours, et dès lors être traitée spécifiquement, ce qui est le cas à l'art. 212. On se trouve en effet dans le premier cas au début de la procédure, et si la possibilité de déposer une réponse n'est pas donnée, il faudra probablement considérer, avec l'article 145 al. 3, que les faits sont incontestés, à moins de considérer que la contestation pourrait être orale à l'audience, ce qui n'est nulle part retenu dans le code.

Par ailleurs, comme mentionné plus haut, les liens entre le défaut et une éventuelle notification viciée du fait de l'absence pendant une période donnée, ne ressort pas clairement. Se trouve-t-on dans un cas de défaut non imputable à la partie défaillante ? Est-ce que la décision est matériellement nulle si bien qu'il n'est pas nécessaire de demander une restitution dans l'année qui suit l'entrée en force de celle-ci ?

Art. 144

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Da dies im hier anwendbaren Summarverfahren nicht vorgesehen ist, sollte dem Richter die Möglichkeit eingeräumt werden, die – wenn auch glaubhaft geltend gemachten – Wiederherstellungsgründe gegebenenfalls noch näher abzuklären, insbesondere einen eigentlichen Nachweis zu verlangen, wo dies von der Natur der Sache her möglich ist.

- BE: Es erstaunt, dass Abs. 2 dieser Norm die Wiederherstellung an sich in die freie Dispositionsbefugnis der Parteien stellt, während es unter Umständen der Streitgegenstand selbst nicht ist. Zutreffend ist, dass die Gegenpartei zum Wiederherstellungsgesuch anzuhören ist. Indessen ist es Sache des Richters darüber zu entscheiden, ob die betreffende Partei an ihrer Säumigkeit schuldlos und das Gesuch daher gutzuheissen ist. Nicht zuletzt sei erwähnt, dass die Bestimmung auch Raum für Missbrauch bietet - gegen Einräumung eines Vorteils erklärt sich die Gegenpartei mit der Wiederherstellung einverstanden. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte Abs. 2 von Art. 144 VE daher ersatzlos gestrichen werden.
- JU: Nous proposons de prévoir expressément ici l'appel simplifié, contre la décision statuant sur la requête en restitution (cf. art. 299 al. 1 litt. b AP).
- SG: Da dies im hier anwendbaren Summarverfahren nicht vorgesehen ist, sollte dem Richter die Möglichkeit eingeräumt werden, die – wenn auch glaubhaft geltend gemachten – Wiederherstellungsgründe gegebenenfalls noch näher abzuklären, insbesondere einen eigentlichen Nachweis zu verlangen, wo dies von der Natur der Sache her möglich ist (vgl. Art. 88 Abs. 2 GerG).
- TI: Il cpv. 2 introduce un novità rispetto al sistema attuale in Ticino e, a ben vedere, un nuovo motivo di restituzione in intero: l'accordo della controparte.  
E' una conseguenza, crediamo corretta, del principio dispositivo assoluto vigente in questo progetto.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- Uni NE: L'article 144 indique que le tribunal statue sur la restitution en procédure sommaire sans débats. Il s'agit spécifiquement d'un cas dans lequel il conviendrait d'appliquer une procédure incidente, comme pour les diverses difficultés pouvant survenir en cours d'instance (requête en sûretés, en suspension, vice de forme, etc.).

#### Art. 145

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Vorbemerkung zur Regelung des Beweises: Die Voranstellung des Beweises im Allgemeinen Teil anstatt der Behandlung im Rahmen des Beweisverfahrens ist nicht sehr praktisch, da dadurch immer hin- und hergeblättert werden muss, z.B. betreffend rechtliches Gehör, Würdigung der Beweismittel und dergleichen.
- BS: Der Bericht erwähnt zu Recht auf Seite 76 oben, dass unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime das Zugeständnis den Beweis nicht zwingend ersetzt. Dies sollte unseres Erachtens ebenfalls in den Wortlaut von Art. 145 Eingang finden.
- LU: Abs. 1: Es sollte ein Vorbehalt zu Gunsten der Officialmaxime angebracht werden.  
Abs. 2: Gemäss vorgeschlagener Regelung gilt als streitige Tatsache, was vor Gericht nicht zugestanden wird. Wir lehnen diese Verminderung der Bestreitungslast ab. Die behauptungs- und beweisbelastete Partei ist prozessual in einer erschwerten Position. Der Gegenpartei kann daher ohne weiteres zugemutet werden, abweichende Ansichten klar zu deklarieren und ihre Bestrei-

tungen vorzubringen. Die Pflicht zur ausdrücklichen Bestreitung bewirkt keine Umkehr der Beweislast. Wir beantragen, die Formulierung von Artikel 142 Absatz 2 VE-ZPO durch eine Regelung zu ersetzen, wonach als streitige Tatsache gilt, was vor Gericht bestritten wird.

Abs. 3: Diese Bestimmung läuft der Verhandlungsmaxime zuwider.

NE: La rédaction de l'article 145, alinéa 4, donne le sentiment que c'est le tribunal qui d'office peut ordonner la preuve de l'usage, des usages locaux et du droit étranger. Or la question du prononcé d'office des preuves ne doit pas être réglémentée à l'article 145. Celui-ci concerne uniquement l'objet de la preuve. Ainsi, l'alinéa 4 devrait être formulé de la manière suivante: "*La preuve peut porter sur l'usage, les usages locaux et le contenu du droit étranger.*"

SH: Vorbemerkung zur Regelung des Beweises: Die Voranstellung des Beweises im Allgemeinen Teil anstatt der Behandlung im Rahmen des Beweisverfahrens ist nicht sehr praktisch, da dadurch immer hin- und hergeblättert werden muss, z.B. betreffend rechtliches Gehör, Würdigung der Beweismittel und dergleichen.

TI: Cpv.1: nel cpv. 1 si deve introdurre una riserva per le procedure nelle quali il giudice deve accertare d'ufficio i fatti (massima inquisitoria illimitata).

Si propone la seguente aggiunta: "Oggetto di prova sono i fatti giuridicamente rilevanti, se contestati, *riservato il caso in cui i fatti devono essere accertati d'ufficio dal giudice.*"

Cpv. 3: l'art. 184 cpv. 2 CPC-Ti prevede il principio secondo cui la parte ha l'obbligo di provare l'esistenza della propria pretesa anche qualora i fatti non siano contestati dalla controparte, riservati i procedimenti retti dal principio inquisitorio o indagatorio.

Con l'AP c'è un cambiamento del nostro sistema nel senso che la parte deve provare una circostanza di fatto rimasta incontestata solo se vi è motivo di dubbio.

La novità è intelligente e corretta.

VS: La solution de l'article 102 al. 1 CPCNS nous semble préférable à celle de l'article 145 al. 3 PCS.

ZG: Abs. 2: Mit dem Obergericht erachten wir die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung für richtig, zumal aus Art. 8 ZGB die gleiche Folgerung zu ziehen ist.

ZH: Gemäss Art. 145 Abs. 3 kann das Gericht, wenn es an nicht bestrittenen Tatsachenbehauptungen zweifelt, nur dann Beweis führen lassen, wenn die belastete Partei die Bestreitung versäumt hatte. Unseres Erachtens sollte ein Gericht unter gewissen Umständen aber auch dann Beweis führen lassen können, wenn die belastete Partei die Behauptung stillschweigend oder ausdrücklich anerkennt. Denn einem Gericht kann auch bei Streitigkeiten, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, nicht zugemutet werden, Entscheide zu fällen, die auf einer offensichtlich unzutreffenden Sachverhaltsdarstellung beruhen (vgl. Stellungnahmen des KassG und des AVZH zu Art. 145). Ferner wäre die Regelung in dem Sinne zu erweitern, dass das Gericht Beweis stets dann erheben kann, wenn es den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss oder wenn die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können. Für einen entsprechenden Formulierungsvorschlag verweisen wir auf die Stellungnahme des OG zu Art. 145.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: In Abs. 3 sollte noch auf Prozesse hingewiesen werden, die der Officialmaxime unterstehen. Einfügen eines Zusatzes: "... oder soweit von Bundesrechts wegen die Officialmaxime gilt.

AVGE: Le Titre 9 de la Partie 1 (art. 145-186 AP) est dans l'ensemble une réglementation satisfaisante. Sa systématique est précise, les dispositions sont claires et complètes. Les explications de la Commission d'experts sont également généralement claires et convaincantes (voir cependant les remarques ad art. 147, 149, 157, 186).

AVZH: Art. 145 Abs. 3 bestimmt, dass bei Säumnis einer Partei auch über unbestrittene Tatsachen Beweis abgenommen werden kann, wenn Gründe vorliegen, an der Richtigkeit der Behauptung zu zweifeln. Mit einer Ergänzung des Wortlautes ist klarzustellen, dass eine Beweisabnahme nur dann angeordnet werden darf, sofern starke Zweifel an der Richtigkeit der Behauptung vorliegen. Die säumige Partei hat grundsätzlich die Nachteile ihrer Säumnis zu tragen und soll nicht auf einfache Weise mit Unterstützung eines Richters, welcher als "Untersuchungs"-Richter wirkt, doch noch zu einer Beweisabnahme kommen.

Formulierungsvorschlag Art. 145 Abs. 3:

*Sind wegen Säumnis einer Partei Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei unbestritten geblieben, so wird trotzdem darüber Beweis geführt, wenn Gründe vorliegen, an der Richtigkeit der Behauptungen erheblich zu zweifeln.*

Gemäss Art. 145 Abs. 4 soll neben Übung und Ortsgebrauch auch das ausländische Recht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden können. Die vorgeschlagene Formulierung geht weiter als Art. 16 Abs. 1 IPRG, wonach der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen ist, die Mitwirkung der Parteien aber verlangt werden kann und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen den Parteien sogar der Nachweis des ausländischen Rechts überbunden werden kann. Es besteht kein Anlass, in der ZPO hinsichtlich des ausländischen Rechts die Bestimmung von Art. 16 Abs. 1 IPRG weiter auszudehnen, bzw. sich damit in Widerspruch zu setzen.

Formulierungsvorschlag Art. 145 Abs. 4:

Das Gericht kann Übung, Ortsgebrauch und *bei vermögensrechtlichen Ansprüchen gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG auch* ausländisches Recht zum Gegenstand des Beweises machen.

FSA: Cette disposition doit être formulée différemment pour que la preuve concernée ne dépende pas du bon vouloir du juge:

al. 1 Sans changement.

*al. 2 Sont réputés contestés les faits, l'usage ou les usages locaux qui ne sont pas admis en procédure*

al. 3 Sans changement.

*al. 4 La preuve peut porter sur le contenu du droit étranger.*

KassZH: Vor Art. 145: Beweisabnahme von Amtes wegen?

Im Gesetz sollte im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach das Gericht ausnahmsweise Beweise auch von Amtes wegen abnehmen kann, wenn es Zweifel an der Richtigkeit unbestrittener Parteivorbringen hat. Dies ist zwar nach Art. 174 Abs. 1 VE für den

Augenschein (und im Rahmen von Art. 240 VE für bestimmte Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren) so vorgesehen, kann aber generell und für jedes in Frage kommende Beweismittel (insbes. Zeugen) von Bedeutung sein.

Abs. 4: Hier stellt sich die Frage, ob Ausführungen der Parteien zum Inhalt des ausländischen Rechts als Tat- oder Rechtsbehauptungen zu betrachten sind; dies namentlich auch im Hinblick auf die Zulässigkeit derartiger Vorbringen erst im Rechtsmittelverfahren (Novenverbot). Richtigerweise sind aber auch Vorbringen zum Inhalt des ausländischen Rechts als rechtliche Ausführungen zu betrachten und dürften insofern nicht den Einschränkungen von Art. 297 bzw. 306 und 317 unterliegen. Auf diese Thematik wäre gegebenenfalls an dieser Stelle noch einzugehen.

OGZH: Abs. 2: Im Grundsatz ist der Regelung zuzustimmen. Es muss aber klar gestellt werden, dass Behauptungen auch stillschweigend anerkannt werden können.

Beispiel: der Kläger behauptet einen Werkvertrag und dessen grundsätzliche Erfüllung, und er will mit der Klage Mängelrechte durchsetzen - der Beklagte bestreitet nur das Vorliegen von Mängeln (oder sogar nur, er habe den Bauherrn abgemahnt, und dieser habe - wiewohl vom Architekten fachlich beraten - auf der gewählten Ausführungen bestanden) - dann würde ein wörtliches Verständnis der Vorschrift verlangen, dass man zum Zustandekommen des Vertrages und zur Erfüllung Beweis erhebe, was weder heutiger Praxis entspricht noch sinnvoll scheint.

Oder: der Kläger behauptet einen Darlehensvertrag, die Hingabe des Geldes und die Kündigung, der Beklagte ruft einzig die Tilgung an - auch hier muss davon ausgegangen werden, dass er die Behauptungen, welche zu seiner Verpflichtung führten, stillschweigend anerkennt.

Dass die Vorschrift in dem soeben skizzierten Sinn zu verstehen ist, ergibt sich auch aus dem vorgeschlagenen Abs. 3, wonach ja gerade nicht alle (erheblichen) Behauptungen des Klägers beweismässig zu erhärten sind.

Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zur Fragepflicht (VE 51).

Nach dem vorgeschlagenen Abs. 3 soll (nur) bei Säumnis des Beklagten von Amtes wegen Beweis erhoben werden können. Müsste das nicht auch dann möglich sein, wenn ein nicht säumiger Beklagter eine Behauptung des Klägers nicht bestritt oder sogar ausdrücklich anerkannte, an welcher das Gericht zweifelt? Es soll ja vermieden werden, dass das Gericht wegen der Verhandlungsmaxime ein offensichtlich oder höchst wahrscheinlich materiell falsches Urteil fällen muss. Im Übrigen könnte sich rechtfertigen, VE Art. 50 Abs. 2 hier zu konkretisieren.

Vorschlag:

<sup>2</sup> *Das Gericht kann auch über nicht streitige Tatsachen Beweis erheben, wenn*

- a. die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können,*
- b. der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist,*
- c. das Gericht ernsthafte Gründe hat, an der Richtigkeit einer behaupteten Tatsache zu zweifeln.*

Uni GE: Le titre 9 (articles 145 à 186) est dans l'ensemble une réglementation satisfaisante. Sa systématique est précise, les dispositions d'une façon générale

claires. On retient le système du *numerus clausus* des moyens de preuve (article 159 PCS), parmi lesquels sont désormais incluses les dépositions des parties elles-mêmes, ce qui répond à une conception moderne du droit procédural. Quelques réserves peuvent être formulées (voir les remarques ad articles 149II, 160, 163 et 164, 168, 170, 178 et 182).

Uni LA: Al. 4: Cette disposition, telle qu'elle est formulée, va plus loin que l'art. 16 LDIP, que l'AP ne propose pourtant pas de modifier. Comme on l'a déjà indiqué ad art. 52 AP, il conviendrait dès lors de renvoyer ici à cette disposition, qui permet en matière de droit étranger de demander la collaboration des parties, mais de mettre la preuve du droit étranger à la charge de celles-ci seulement en matière patrimoniale.

Uni NE: Concernant l'objet de la preuve, réglementé à l'article 145, il convient, comme mentionné plus haut, d'intégrer l'alinéa 3, qui concerne la preuve des faits restés incontestés par le fait du défaut au chapitre sur le défaut. Un simple renvoi devrait figurer à l'article 145.

Par ailleurs, l'alinéa 4 n'est pas bien formulé, puisqu'il donne le sentiment que c'est le tribunal qui d'office peut ordonner la preuve de l'usage, des usages locaux et du droit étranger. Or la question du prononcé d'office des preuves ne doit pas être réglementée à l'article 145. Celui-ci concerne uniquement l'objet de la preuve. Ainsi, l'alinéa 4 devrait être formulé de la manière suivante: "*La preuve peut porter sur l'usage, les usages locaux et le contenu du droit étranger.*"

Uni ZH: Eine schwerwiegende Fehlleistung stellt Art 145 Abs. 2 Vorentwurf dar. Diese Bestimmung beseitigt mit der Substantiierungslast des nicht Beweisbelasteten ein praktisch überaus wichtiges Instrument, nämlich die Möglichkeit des Gerichts, bei einer bloss unsubstantiierten Bestreitung vom Vorbringen des Beweisführers auszugehen. Die geplante Neuregelung bringt daher nicht nur einen sinnlos vergrösserten Verfahrensaufwand, sondern verteilt auch die prozessualen Lasten zwischen den Parteien unsachgerecht. Auch hierin stellt sich der Entwurf ganz gegen die internationale rechtspolitische Diskussion, in welcher die Stärkung der Mitwirkungslasten der nicht beweisbelasteten Partei zum Zweck der Verbesserung der Sachaufklärung im Prozess eine wesentliche Rolle spielt.

Abs. 4 bezüglich des Beweises ausländischen Rechts widerspricht dem Regelungsgehalt von Art. 16 Abs. 1 IPRG. Er ist deshalb auf Art. 16 IPRG abzustimmen.

Art. 146

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Stante la delicatezza di questi concetti, sarebbe opportuno di meglio precisare nella legge cosa si intende per "fatti di pubblica notorietà" e per "fatti noti al tribunale".

## Art. 147

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Art. 147 Abs. 3 VE ZPO ist zu strikte formuliert. Bei der Zulassung von rechtswidrig beschafften Beweismitteln sollte generell eine Rechtsgüterabwägung stattfinden zwischen dem Interesse der einen Partei, die den Beweis auf andere Weise möglicherweise nicht erbringen kann und den Persönlichkeitsrechten der anderen Partei oder betroffener Dritter.

GE: L'al. 3 de l'art. 147 PCS, qui laisse ouverte la possibilité de prendre en considération des preuves obtenues illicitement, n'a pas sa place dans un code de procédure civile.

S'il est vrai qu'en procédure pénale une pesée des intérêts peut, dans des cas exceptionnels, permettre de retenir des preuves obtenues illicitement, ce mécanisme ne saurait être admis en droit civil.

Une preuve illégale ne devrait en aucun cas figurer dans un dossier civil.

TI: Cpv. 3: l'AP mantiene la prassi vigente in Ticino e non impone un divieto assoluto di mezzi di prova ottenuti illecitamente, ma conferisce la competenza al tribunale di ponderare in ogni singolo caso concreto l'interesse all'accertamento della verità e l'interesse giuridico che la prova riveste per la parte che se ne prevale, da un lato, e la gravità dell'infrazione dall'altro.

ZH: Art. 147 Abs. 2 regelt die so genannte antizipierte Beweiswürdigung. Danach kann das Gericht Beweismittel ablehnen, wenn es auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses seine Überzeugung schon gebildet hat. Zur Sicherstellung der materiellen Wahrheitsfindung empfehlen wir eine Formulierung, die sich näher an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage anlehnt. Wir verweisen auf die Stellungnahme des KassG zu Art. 147.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die Voraussetzungen, unter denen das Gericht rechtswidrig beschaffte Beweismittel trotzdem berücksichtigen darf (Art. 147 Abs. 3), sollten in der ZPO-CH klar geregelt werden. Denkbar ist auch, diese Ausnahme vom Beweisverwertungsverbot erst ab einer bestimmten Streitwerthöhe zuzulassen und/oder sie für gewisse Verfahren (insbes. das vereinfachte Verfahren, Art. 237 ff.) auszuschliessen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2, antizipierte Beweiswürdigung: Abs. 2 ersatzlos streichen (damit wäre dieses Thema der Rechtsprechung überlassen) oder dann textlich so überarbeiten, dass die Formulierung nicht nach Ausstandsgrund riecht (jede Parteilichkeit besteht ja darin, dass sich ein Richter die Überzeugung schon gebildet hat!).

AVGE: L'alinéa 3 de l'article 147 AP, qui laisse ouverte la possibilité de prendre en considération des preuves obtenues illicitement, n'a pas sa place dans un code de procédure civile.

S'il est vrai qu'en procédure pénale une pesée des intérêts peut, dans des cas exceptionnels, permettre de retenir des preuves obtenues illicitement, ce mécanisme ne saurait être admis en droit civil.

Une preuve illégale ne devrait en aucun cas figurer dans un dossier civil.

KassZH: Hier sollte zunächst im Titel nebst dem Recht auf den Beweis auch das Recht auf den Gegenbeweis erwähnt werden.

Absatz 2: Die Formulierung der Voraussetzungen, unter denen in antizipierter Beweiswürdigung das Beweisverfahren geschlossen werden darf, eröffnet dem Richter zu viel Ermessensspielraum. Vorzuziehen ist demgegenüber die - auch der bundesgerichtlichen Praxis entsprechende - präzisere Formulierung gemäss S. 76/77 des Berichts: "...wenn es sie entweder zum vornherein nicht für geeignet hält oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweismitteln gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermögen." Richtigerweise ist die vorweggenommene Beweiswürdigung (nur) dann zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass die Abnahme des Beweismittels auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (Wahrunterstellung).

Absatz 3: Der Vorentwurf überzeugt nicht, wenn er festhält, es würden "in der Regel" keine rechtswidrig beschafften Beweismittel berücksichtigt. Zunächst erscheint es als fragwürdig, dass ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel eher berücksichtigt werden soll, wenn es sich dabei um das einzige und prozessentscheidende Beweismittel handelt (vgl. Bericht S. 77). Hier lässt sich mit guten Gründen auch umgekehrt argumentieren; zudem erscheint es schon im Ansatz als fragwürdig, die Verwertbarkeit eines Beweismittels von dessen Stellung im gesamten Beweisgefüge abhängig zu machen (zumal es die betreffende Partei damit in der Hand hat, durch Nichtanrufung weiterer Beweismittel die Verwertbarkeit zu erzwingen).

Grundsätzlich ist die Berücksichtigung rechtswidrig beschaffter Beweismittel unzulässig, denn es widerspricht dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung, einerseits ein bestimmtes Verhalten (nämlich die Beschaffung) als rechtswidrig (u.U. sogar strafbar) zu qualifizieren und gleichzeitig das Resultat dieses Handelns im Rahmen des Zivilprozesses dennoch als zulässig zu behandeln. Die Problematik wird jedoch insofern entschärft, als Rechtswidrigkeit begrifflich die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen impliziert. Wurde ein Beweismittel z.B. auf strafrechtlich zwar tatbestandsmässige Weise (beispielsweise durch Sachentziehung oder Geheimnisbruch) erlangt, liegt aber gleichzeitig ein gesetzlicher (Art. 32 ff. StGB) oder übergestzlicher Rechtfertigungsgrund (z.B. Wahrung höher Interessen) vor, so ist Rechtswidrigkeit nicht gegeben und das Beweismittel daher rechtmässig beschafft und demgemäss verwertbar. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, die Verwertung rechtswidrig beschaffter Beweismittel ausnahmslos auszuschliessen.

Vorschlag: *Es berücksichtigt keine rechtswidrig beschafften Beweismittel.*

OGZH: Abs. 2: Die Klarstellung ist zu begrüessen, dass das Gericht unter Umständen seinen Entscheid in antizipierter Beweiswürdigung treffen darf - wenn das auch die bisherige und gewiss auch die künftige Praxis nur zurückhaltend zulassen.

Abs. 3: Auch diese Klarstellung ist begrüßenswert, nicht zuletzt wegen der Ausnahmeklausel, welche einen allzu rigiden Ausschluss vermeidet (namentlich ist daran zu denken, dass die beweisführende Partei das für eine zentrale Frage entscheidendes Beweismittel mittels einer vergleichsweise wenig gravierenden Unkorrektheit beschafft hat, oder dass diese Unkorrektheit sogar nur einem Dritten zur Last fällt.

SchKG-Vereinigung: Abs. 3: Der allgemeine Ausschluss rechtswidrig beschaffter Beweismittel geht zu weit. Es sollte wie bis anhin eine Interessenabwägung im Einzelfall stattfinden.

SwissBanking: Abs. 3: Im Rahmen der Beweisbeschaffung stellt sich die Frage, welche Rechtsordnungen bzw. Kriterien für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit entscheidend sind. Aufgrund anderer (ausländischer) Rechtsordnungen, unter deren Geltung ein Beweis beschafft wurde, kann es durchaus sein, dass die Beschaffung zulässig war, in der Schweiz jedoch gegen materielles Recht (z.B. Datenschutzrecht) verstossen hätte. Eine Klarstellung wäre hier angezeigt (z.B. im Begeleitbericht).

Uni ZH: Scharf abzulehnen ist die vorgesehene Bestimmung des Art. 147 Abs. 2: in dieser Bestimmung wird dem Gericht das Recht eingeräumt, Beweismittel abzulehnen, wenn es aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses seine Überzeugung schon gebildet hat. Im Bericht wird dazu auf eine Reihe von Entscheidungen verwiesen, welche belegen sollen, dass ein solches Recht zur antizipierten Beweiswürdigung schon nach heutiger bundesgerichtlicher Praxis zum Bestand des geltenden Rechts gehört. Dies ist nicht der Fall, die zitierten Entscheidungen haben jeweils andere Sachverhalte zum Gegenstand. Eine antizipierte Beweiswürdigung in dem von Art. 147 Abs. 2 zugelassenen Sinne wird zu einer bundesgerichtlicher Praxis in einer Reihe von obiter dicta als zulässig erklärt, tatsächlich aber nur sehr selten und mit größter Zurückhaltung angewandt. Tatsächlich handelt es sich hierbei um ein Instrumentarium, welches allenfalls für Fälle angemessen sein kann, in welchem eine Partei das Gericht mit willkürlichen Beweisanträgen überhäuft. Solche Fälle kann das Gericht auch unter Hinweis auf Art. 47 des Vorentwurfs (Treu und Glauben im Prozess) bewältigen.

Es trifft also nicht zu, dass Art. 147 Abs. 2 die bisherige Rechtstradition fort schreibt. Vielmehr schafft diese Bestimmung eine – grenzenlose – Ermächtigung für das Gericht, im Rahmen des Beweisverfahrens Willkür zu üben. Auf dieser Grundlage kann das Gericht nämlich das Beweisverfahren willkürlich abbrechen und das Urteil aufgrund eines im Beweisverfahren erreichten "Zwischenstandes" fällen; jene Partei, deren relevante und objektiv taugliche Beweismittel vom Gericht abgelehnt wurden, könnte sich dann nicht über einen etwaigen Verfahrensmangel beschweren, da das Gericht ja im Rahmen der weiten Ermächtigung nach Art. 147 Abs. 2 geblieben ist. Die geringe Relevanz von solchen Fällen vorgreifender Beweiswürdigung in der bundesgerichtlichen Praxis und nicht zuletzt der Umstand, dass die Unzulässigkeit einer solcher antizipierten Beweiswürdigung in anderen Rechtsordnungen (etwa Deutschland, Österreich, Italien) keineswegs zu Problemen führt, zeigt deutlich wie verfehlt Art. 147 Abs. 2 des Vorentwurfs ist. Es ist mit Deutlichkeit festzuhalten: In einem rechtsstaatlichen Zivilprozess hat eine solche Bestimmung nichts verloren.

Die Einschränkung des Rechts auf Beweis in Art. 147 II ist missverständlich formuliert. Dem Gericht sollte lediglich die Befugnis gegeben werden, offensichtlich untaugliche Beweismittel abzulehnen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 147 Abs. 3 VE ist unglücklich formuliert. Es kann einem Gericht nicht überlassen bleiben, ob es rechtswidrig beschaffte Beweismittel berücksichtigen will (vgl. FRANZ HASENBÖHLER, Beweisrecht, vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich 2003, S. 28, will darauf abstellen, ob es sich beim betreffenden Beweismittel um das einzige handelt bzw. ob ein Beweisnotstand vorliegt. Das ist aber gefährlich. Wenn die Justiz sich wirklich nicht auf Unrecht abstützen soll, wie es dort gesagt ist, dann darf sie es auch nicht in Ausnahmefällen tun. Vgl. zum Thema im Übrigen HANS ULRICH WALDER, Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter Beweismittel, SJZ 89/1993 S. 153-156.). Der Satzteil "in der Regel" ist daher zu streichen.

#### Art. 148

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Zu begrüssen ist, dass die Beweislast für prozessuale Rechte ausdrücklich geregelt wird.

SH: Zu begrüssen ist, dass die Beweislast für prozessuale Rechte ausdrücklich geregelt wird.

TI: Questo articolo sancisce le conseguenze della mancata prova per dedurre un diritto processuale ed è quindi una norma parallela all'art. 8 CC, relativo all'onere probatorio per il diritto materiale.

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Was heisst "prozessuale Rechte"? Besser streichen. Beschränkung auf "dieses Gesetz" nicht nur unnötig den Gesetzgeber behindernd, sondern auch entwicklungshemmend. Vorschlag: *Soweit es der Bundesgesetzgeber nicht anders bestimmt, hat ....* (verhindert Statuierung der Beweislastumkehr durch Rechtsprechung)

Bger: Die Unterscheidung einer prozessualen (Art. 148 VE-ZPO) und einer materiellen Beweislast (Art. 8 ZGB) ist wohl fraglich und stiftet Verwirrung. Die materiellrechtliche Vorschrift genügt, zumal daraus auch die prozessualen Obliegenheiten ohne weiteres abzuleiten sind.

FSA: La FSA saisit cette occasion pour souligner que le principe consacré par l'art. 8 CC (et dont le projet prévoit de modifier le texte) devrait être intégré dans la LPC, bien que son appartenance au droit matériel ou à la procédure soit controversée (voir Poudret J.-Fr., Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990, vol. II, rem. 4.2.2 ad art. 43).

Uni ZH: Für die Umschreibung der Beweislast für prozessuale Fragen ist nicht auf ZGB 8 abzustellen, sondern nach einer eigenständigen Lösung zu suchen.

Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.

Art. 149

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Aus dieser Vorschrift geht nicht oder zu wenig hervor, dass beziehungsweise ob die Beweisabnahme im Grundsatz durch das urteilende Gericht zu erfolgen hat. Es besteht die Gefahr, dass sich in den verschiedenen Kantonen – entsprechend dem bisherigen kantonalen Recht – eine sehr unterschiedliche Praxis darüber bildet, ob grundsätzlich eine mittelbare oder unmittelbare Beweisabnahme stattfindet. Der Grundsatz, dass die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht zu erfolgen hat, sollte klar festgehalten werden. In Ausnahmefällen beziehungsweise bei Vorliegen wichtiger Gründe soll die Beweisabnahme an eines oder mehrere Mitglieder delegiert werden können. Im Übrigen erscheint das Verhältnis von Art. 149 VE zu Art. 222 VE nicht ganz klar zu sein.

GE: La formulation de l'art. 149 al. 2 PCS devrait être revue. On conçoit mal que l'administration des preuves ne puisse avoir lieu devant le tribunal qui juge de l'affaire seulement lorsqu'une partie le requiert et qu'aucun motif ne s'y oppose. Il y a ici une mise à mal du principe de l'immédiateté des preuves que rien ne justifie. Le principe doit être posé comme tel, et non ravalé au rang d'une exception, ce vers quoi tend l'art. 149 al. 2 PCS. A ce propos la notion d'administration directe et indirecte des preuves à laquelle la Commission d'experts se réfère reste floue.

LU: Beweisabnahmen vor dem Kollegialgericht bzw. an der Hauptverhandlung führen zu einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte und damit zu längeren Verfahrensdauern. Wir beantragen, dass die Beweisabnahme vor dem Kollegialgericht nur dann zu erfolgen hat, wenn es das Gericht - auf Parteienantrag oder von sich aus - anordnet.

NE: On peut craindre que le principe de l'administration des preuves devant le tribunal in corpore (art. 149) alourdisse sensiblement la procédure. Nous pensons que le principe inverse (pas de délégation à l'un des membres du tribunal, si des motifs sérieux imposent l'administration des preuves devant tous les juges) serait suffisant pour tenir compte de circonstances particulières.

OW: Gemäss Abs. 2 des Vorentwurfs geschieht die Beweisaufnahme durch das urteilende Gericht, wenn eine Partei es verlangt und keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Diese Lösung erscheint als unzweckmässig. Es genügt in jedem Fall, wenn die Beweise durch den Instruktionsrichter abgenommen werden und anschliessend durch das Gericht zur Kenntnis genommen werden können. Art. 149 Abs. 2 in der heute vorliegenden Fassung könnte dazu führen, dass zahlreiche Zeugeneinvernahmen vor drei oder fünf Richtern durchgeführt werden müssten, was einen unverhältnismässigen Aufwand bedeutete. Art. 149 Abs. 2 ist entweder ersatzlos zu streichen oder dann so auszugestalten, dass nur aus wichtigen Gründen eine Partei verlangen kann, dass die Beweisaufnahme durch das urteilende Gericht erfolgen muss.

Sodann stellt sich die Frage, ob in Art. 149 nicht auch die Möglichkeit vorgesehen werden sollte, die Beweisaufnahme an einen Gerichtsschreiber oder eine

Gerichtsschreiberin zu delegieren. Art. 34 Abs. 3 GOG Obwalden enthält folgende Regelung: "Es (das Kantonsgerichtspräsidium) kann die Erledigung von Rechtshilfegesuchen, die Erhebung von Beweisen, den Versuch der gütlichen Beilegung des Prozesses sowie die Durchführung der Anhörung der Parteien in Scheidungen und Trennungen auf gemeinsames Begehren an den Gerichtsschreiber und die Gerichtsschreiberin delegieren." Die Bestimmung wurde in der Überlegung in das GOG aufgenommen, dass es sich bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern um Profis (in der Regel ausgebildete Rechtsanwälte) handelt, die nach einigen Jahren Erfahrung beim Gericht diese Aufgaben ohne weiteres übernehmen können. Da im Kanton Obwalden Laienrichterinnen und Laienrichter als Mitglieder des Gerichts wirken, konnte mit dieser Regelung eine gewisse Entlastung des Gerichtspräsidiums erwirkt werden. Da der Entwurf die Laiengerichte als solche nicht in Frage stellt, wäre es zu begrüssen, wenn auch eine Delegationsmöglichkeit der Beweisaufnahmen an die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber ermöglicht würde.

SH: Aus dieser Vorschrift geht nicht oder zu wenig hervor, dass beziehungsweise ob die Beweisabnahme im Grundsatz durch das urteilende Gericht zu erfolgen hat. Es besteht die Gefahr, dass sich in den verschiedenen Kantonen - entsprechend dem bisherigen kantonalen Recht - eine sehr unterschiedliche Praxis darüber bildet, ob grundsätzlich eine mittelbare oder unmittelbare Beweisabnahme stattfindet. Der Grundsatz, dass die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht zu erfolgen hat, sollte klar festgehalten werden. In Ausnahmefällen beziehungsweise bei Vorliegen wichtiger Gründe soll die Beweisabnahme an eines oder mehrere Mitglieder delegiert werden können.

Im Übrigen erscheint das Verhältnis von Art. 149 VE zu Art. 222 VE nicht ganz klar zu sein.

TI: Cpv. 3: il diritto di partecipare all'assunzione delle prove deriva dal principio del diritto di essere sentiti.

Il problema si pone qualora si realizzi una fattispecie di allontanamento prevista dall'art. 119 cpv. 1 CPCF. In tal caso bisognerebbe chiedersi se: A) riservare questa ipotesi all'art. 149 cpv. 3; B) oppure riconoscere che la prova dovrà essere ripetuta, al limite anche ad libitum, e ricercare una sanzione - in caso estremi - facendo ricorso all'abuso di diritto.

ZG: Abs. 1: Grundsätzlich soll die Beweisabnahme durch den/die Referenten/in erfolgen. Das soll durch eine entsprechende generelle Regelung festgehalten werden.

Abs. 2: Diese Bestimmung ist mit dem verfassungsmässigen Gebot des effektiven Rechtsschutzes kaum zu vereinbaren und daher zu überarbeiten. Es wird einer Partei die Möglichkeit eröffnet, das Verfahren ohne Nachweis eines besonderen Rechtsschutzinteresses zu verschleppen. Unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Gebots der Effektivität des Rechtsschutzes kann ein unbedingter Anspruch einer Partei auf Abnahme eines Beweises (bzw. auf Wiederholung einer Beweisabnahme) vor dem urteilenden Gericht höchstens dann gegeben sein, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Das Obergericht erachtet eine Gefahr der Prozessverzögerung ebenfalls als gegeben, weshalb eine Partei nur aus wichtigen Gründen sollte verlangen können, dass die Beweisabnahme durch ein Kollegialgericht vorgenommen werde.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir fänden es sinnvoll, den Inhalt von Art. 222 (Beweisabnahme im ordentlichen Verfahren) in Art. 149 zu integrieren, so dass sämtliche Vorschriften über die Beweisabnahme an einer Stelle im Gesetz zu finden sind.

*Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: La formulation de cette disposition devrait être revue, en particulier son alinéa 2. On comprend mal que l'administration des preuves ne puisse avoir lieu devant le tribunal qui juge de l'affaire seulement lorsqu'une partie le requiert et aucun motif ne s'y oppose. La notion d'administration directe et indirecte des preuves à laquelle la Commission d'experts se réfère reste floue (Rapport, p. 77). On peut également se demander s'il est nécessaire de préciser que "*les parties ont le droit de participer à l'administration des preuves*".

DJS: Abs. 3: Der Ausdruck "Mitwirkung" ist unklar; es müsste heissen, *an der Beweisabnahme teilzunehmen und zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen*.

DJZ: Abs. 3: Der Ausdruck "Mitwirkung" ist unklar; es müsste heissen, *an der Beweisabnahme teilzunehmen und zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen*.

FSA: Il y aurait lieu de supprimer le premier alinéa de cette disposition qui fait double emploi avec l'art. 114 al. 1er AP tel que proposé ci-dessus; les alinéas 2 et 3 subsistent.

Nous pensons en outre que devrait être souligné le droit des parties à ce que les preuves déterminantes soient administrées devant le tribunal au complet et proposons en conséquence que l'art. 149 soit complété par la disposition suivante:

*Pour de justes motifs, l'administration d'une preuve peut être répétée devant le tribunal.*

GGD ZH: Der Ausdruck "mitwirken" in Abs. 3 ist unklar; er sollte näher umschrieben werden, beispielsweise im Sinne des Berichts, S. 77.

Art. 149 Beweisabnahme

<sup>3</sup> Die Parteien haben das Recht, an der Beweisabnahme *teilzunehmen und zur Beweisführung Stellung zu nehmen*.

SVR: On peut adresser une semblable critique à la disposition selon laquelle l'administration des preuves devrait, sur requête, avoir lieu devant le tribunal in corpore (art. 149 al. 2). Une telle possibilité laissée aux parties peut être source de ralentissement du procès.

Uni BE: Abgeschwächte unmittelbare Beweisabnahme. Gerade umgekehrt formulieren: Die Beweisabnahme hat grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht zu erfolgen, und darf nur ausnahmsweise an ein Mitglied des Gerichts delegiert werden.

Uni GE: La formulation de l'article 149 II PCS devrait être revue. On conçoit mal que l'administration des preuves ne puisse avoir lieu devant le tribunal qui juge de l'affaire seulement lorsqu'une partie le requiert et qu'aucun motif ne s'y oppose. Il y a ici une mise à mal du principe de l'immédiateté des preuves que rien ne justifie. Le principe doit être posé comme tel, et non ravalé au rang d'une exception, ce vers quoi tend l'article 149 II PCS. A ce propos, la notion

d'administration directe et indirecte des preuves à laquelle la Commission d'experts se réfère reste floue (Rapport, p. 77).

Uni LA: Al. 2: On propose la suppression de cette disposition, susceptible d'alourdir inutilement la marche du procès et de ruiner en fait en grande partie la possibilité, opportune, de délégation prévue par l'al. 1.

Uni NE: L'article 149, en matière d'administration des preuves, indique à son alinéa 2 que lorsque qu'une partie le requiert et qu'aucun motif important ne s'y oppose, les preuves sont administrées devant le tribunal qui juge de l'affaire. Ceci peut se révéler problématique et coûteux dans les cantons qui, à l'heure actuelle, connaissent l'administration des preuves par un juge délégué, sans réserve. A notre sens, l'alinéa 2 devrait être purement et simplement biffé.

A l'alinéa 3, qui pose le principe du droit des parties de participer à l'administration des preuves, il conviendrait de mentionner l'article 153 qui réserve les intérêts dignes de protection.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Es ist nicht einsehbar, was für "wichtige Gründe" gegen die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht sprechen sollen (Art. 149 Abs. 2 VE).

Art. 150

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Cpv. 2: Si tratta di una mezza novità rispetto al nostro sistema attuale che prevede delle prove negative (es art. 210 CPC sulla mancata produzione a seguito di edizione di documenti).

Qui il potere di apprezzamento del giudice è molto più vasto, anche in quest'ottica di "prova negativa". Un caso di applicazione è rappresentata, ad es., dall'art. 142 cpv. 2 CPCF.

Da notare che, in virtù del codice di procedura civile zurighese la presa in considerazione del comportamento delle parti non permette di rovesciare completamente le risultanze probatorie, bensì permette di completarle e di colmare eventuali lacune.

La Commissione ritiene che il potere conferito al giudice da questa norma sia troppo ampio, a scapito della sicurezza del diritto. Si propone pertanto l'abolizione dell'intero cpv. 2, anche perché il Progetto già prevede il principio di cui all'art. 155 cpv. 2 CPCF.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Das Gericht sollte das Verhalten der Parteien im Prozess nicht zwingend berücksichtigen müssen; eine "kann"-Formulierung wäre sachgerechter (Absatz 2).

Ferner sollte das Gericht in seinem Urteil ggf. begründen müssen, wieso es zu anderen Schlüssen gelangt als ein von ihm eingeholtes Gutachten (Art. 176 ff.).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2 ersatzlos streichen und damit die Problematik der Berücksichtigung des Verhaltens der Parteien im Prozess der Rechtsprechung überlassen und den Grundsatz der freien Beweiswürdigung deutlich betonen.

FSA: L'art. 150 al. 2 est formulé de manière trop générale. Le tribunal ne doit pouvoir prendre en considération que la violation des obligations de collaborer (art. 152 AP), la destruction de preuves, le refus de déposer (art. 186 AP) ou la rétention de preuves.

L'art. 150 doit être complété dans ce sens.

GGD ZH: Im Gesetzesentwurf fehlt eine Bestimmung über das Beweismass. Das Argument, hierbei handle es sich um eine Frage des materiellen Rechts, greift nicht. Zwar enthalten einige Bundesgesetze Sondervorschriften über das Beweismass (vgl. die Zusammenstellung bei MARTIN KAUFMANN, Bewiesen?, AJP 10/2003 S. 1203 f.). Eine Umschreibung des allgemeinen Beweismasses im Sinne eines "Regel-Beweismasses" fehlt aber hier wie dort. Zudem ist die Qualifikation als Institut des materiellen Rechts ohnehin fragwürdig und wohl einzig damit zu erklären, dass sich das Bundesgericht damit die Möglichkeit des Entscheidens über entsprechende Fälle sicherte. Von der Sache her handelt es sich beim Beweismass doch eher um ein prozessrechtliches Thema. Jedes Lehrbuch über das Zivilprozessrecht, kaum aber ein solches über das materielle Recht äussert sich dazu. Im Sinne der Verbesserung der Laienverständlichkeit des Gesetzes sollte das Regel-Beweismass normiert werden.

#### *Art. 150 Beweiswürdigung*

<sup>1</sup> [...]

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> *In der Regel gilt eine Tatsache als bewiesen, wenn das Gericht keine erheblichen Zweifel an ihrem Bestand hat.*

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Das Verhalten der Parteien im Prozess (Art. 150 Abs. 2 VE) kann nicht generell das Beweisergebnis beeinflussen. Die Bestimmung ist wegzulassen, denn Art. 155 Abs. 2 VE genügt.

Art. 151

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Wenn in Abs. 3 mit der gerichtlichen Zustellung lediglich die Publikation gemeint ist, und das Gericht – wie im Bericht erwähnt – keine eigenen Zustellungsversuche unternehmen muss, sollte dies – mit Hinweis auf Art. 133 ZPO – auch ausdrücklich so gesagt werden.

BE: Abs. 3 von Art. 151 VE hat mit dem gerichtlichen Verfahren nichts zu tun und gehört daher nicht in die künftige ZPO. Es kann den Kantonen überlassen werden, ob sie in derartigen Fällen staatliche Hilfe anbieten wollen.

BL: Abs. 3: Antrag: Streichung dieser Bestimmung.

Begründung des Antrags: Es sollte nicht Aufgabe der Gerichte sein, zivilrechtliche Willenserklärungen zuzustellen. Wegen der Zustellfiktionen besteht dafür ohnehin kein Bedarf.

BS: Wohl dient die vorsorgliche Beweisabnahme der Sicherung gefährdeter Beweise, wenn etwa ein Zeuge unheilbar erkrankt oder ein umstrittener Werkmangel zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden muss. Nach der Praxis von Basel-Stadt dient die vorsorgliche Beweisabnahme jedoch auch der Vermeidung oder Vereinfachung eines künftigen Prozesses und wird daher auch ohne Gefährdung des Beweises zugelassen. Im Sinne dieser Prozessökonomie sollte auf Voraussetzungen zur Anordnung einer Beweissicherung verzichtet und überdies präzisiert werden, dass die Beweissicherung auch vor Anhebung des Prozesses zulässig ist und angeordnet werden kann.

LU: Unseres Erachtens sollte präzisiert werden, dass die Beweisabnahme vor oder nach Einleitung eines Prozesses erfolgen kann.

SH: Wenn in Abs. 3 mit der gerichtlichen Zustellung lediglich die Publikation gemeint ist und das Gericht - wie im Bericht erwähnt - keine eigenen Zustellungsversuche unternehmen muss, sollte dies - mit Hinweis auf Art. 133 ZPO - auch ausdrücklich so gesagt werden.

TI: Cpv. 1: lett. b: per la migliore comprensione si propone una modifica (prendendo spunto dall'art. 446 CPC-Ti):

*lett. b: è reso verosimile che esse siano esposte a pericolo, rispettivamente vi è ragionevole timore che venga a mancare la possibilità di assumerle posteriormente.*

Cpv. 2: Questo semplice rinvio alla procedura provvisoria è sibillino. Ad es. in presenza di un testimone in punto di morte come si deve procedere? La norma non lo spiega e invece lo dovrebbe. E' concepibile ad esempio che il giudice ammetta l'audizione del teste con provvedimento supercautelare, ma che ammetta la partecipazione di entrambe le parti alla sua escussione, oppure della sola parte richiedente, ecc.

Cpv. 3: l'AP introduce la possibilità di notificare in forma ufficiale anche degli atti privati, permettendo così di facilitare la notifica e la prova della notifica stessa senza far perdere all'atto il suo carattere privato.

ZH: Art. 151 regelt die Beweissicherung durch das Gericht. Wir verstehen die Bestimmung so, dass damit die im Kanton Zürich häufig und erfolgreich eingesetzten Instrumente des amtlichen Befundes und der amtlichen Zustellung von Erklärungen durch den Gemeindeammann gemäss den §§ 234–237 der Zürcher ZPO weiterhin zulässig sein werden.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die in Art. 151 Abs. 1 lit. a genannte Voraussetzung für eine Beweissicherung halten wir für zu einschränkend (vgl. dazu unsere Bemerkungen zu Art. 275).

Zudem wird hier lediglich ein Anspruch auf vorsorgliche Beweissicherung vorgesehen, nicht jedoch ein solcher auf vorsorgliche Beweisführung (d.h. vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses). Wir regen deshalb an, auch die Mög-

lichkeit einer vorsorglichen Beweisführung i.S. von Art. 222 ff. der geltenden ZPO-BE vorzusehen; dies würde es einer Partei ermöglichen, die Beweislage und damit ihre Prozessaussichten ohne grossen Aufwand zu klären (d.h. ohne eine Klageschrift erarbeiten zu müssen).

### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: "Die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen sind entsprechend anwendbar".

FSA: Il convient de relever que le principe consacré par l'art. 151 al. 3 relève plutôt de la juridiction gracieuse\_ et devrait donc être intégré aux dispositions régissant celle-ci.

#### Expertise hors procès

Il est indispensable que la LPC consacre l'institution de l'expertise hors procès. Celle-ci pourrait avoir la teneur suivante, combinaison des art. 249 du CPC VD et 226 CPC BE:

#### *Art. 151 bis Expertise hors procès*

*Hors procès, une expertise peut être requise pour faire constater ou apprécier un état de fait de quelque nature qu'il soit, si le requérant rend vraisemblable qu'il y a un intérêt légitime.*

#### Enregistrement d'opérations d'instruction

Nous suggérons d'intercaler ici un nouvel article permettant, par exemple, d'enregistrer l'administration d'une preuve\_(témoignage ou inspection locale). Son texte pourrait être le suivant:

#### *Article 151 ter Enregistrement d'opérations de l'instruction*

*al. 1 Le tribunal peut faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel de tout ou partie des opérations d'instruction auxquelles il procède.*

*al. 2 Chaque partie peut demander qu'il lui en soit remis, à ses frais, un exemplaire, une copie ou une transcription.*

KassZH: Abs. 3: Diese Bestimmung ist jedenfalls an dieser Stelle unangebracht, handelt es sich doch um keinen Fall von Beweissicherung. Gemäss Bericht (S. 78) soll durch die gerichtliche Zustellung der Zugang der betreffenden Erklärung fingiert werden; insoweit müsste die Bestimmung - wenn überhaupt - Eingang ins materielle Recht (OR) finden.

Vorschlag: Absatz 3 streichen.

Uni LA: Al. 3: La disposition proposée paraît judiciaire, mais sa place dans une disposition relative à la conservation des preuves est discutable. Fondamentalement, il s'agit plutôt d'une règle de procédure gracieuse, dont le principe devrait être ancré dans une disposition de droit matériel (par exemple dans la partie générale du CO) et la mise en œuvre organisée par une disposition séparée du futur CPC suisse.

Uni NE: En matière de conservation des preuves (art. 151), il nous paraît que l'alinéa 3 qui concerne une méconnaissance du lieu de résidence du destinataire d'une déclaration de volonté, n'a pas sa place dans cette disposition. Il devrait figurer dans les cas de juridiction gracieuse.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Allgemein ist zu begrüssen, dass die Umschreibung der Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte der Parteien und Dritter im Beweisverfahren in einem Allgemeinen Teil erfolgt. Dadurch werden Lücken und Ungleichheiten im System vermieden.
- BE: Der erste Satz der französischen Version dieser Bestimmung weist einen grammatikalischen Fehler auf und sollte wie folgt lauten: "Les parties et les tiers sont *tenus*..." (statt "*tenues*").
- NW: Nach Art. 152 Abs. 1 lit. a des Entwurfes sind unter anderem die Parteien verpflichtet, als Partei auszusagen. Somit scheint die Parteibefragung als Beweismittel zulässig zu sein. In Art. 159 indessen, in welchem die Beweismittel aufgezählt sind, werden bezüglich der Aussagen nur das Zeugnis und die Beweis-aussage erwähnt, die Parteibefragung fehlt.
- SH: Zu begrüssen ist die Umschreibung der Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte der Parteien und Dritter im Beweisverfahren in einem Allgemeinen Teil. Dadurch werden Lücken und Ungleichheiten im System vermieden.
- TI: Cpv. 1: Trattasi di una disposizione nuova rispetto al CPC-Ti. Nel CPC-Ti l'obbligo di collaborazione è formulato in varie norme (ad es. art. 210, art. 243, art. 276 cpv. 2 , ecc.) e prevede, nel caso d'inadempienza dell'onere, delle sanzioni negative (finzioni).

In altre parole, la logica del CPC-Ti è la seguente: se la parte non collabora all'assunzione della prova di interrogatorio formale, di ispezione o di edizione di documenti, allora si riterrà vero il fatto che con quel mezzo di prova di voleva provare.

Questa sanzione è sparita nel progetto, e la mancata collaborazione della parte costituisce unicamente un fattore di apprezzamento al momento di emettere la sentenza (art. 155 cpv. 2)

In estrema sintesi, per la controparte non si tratta più di un "obbligo processuale" bensì di un mero "onere processuale" (prozessuale Last).

La maggioranza della Commissione deplora la sparizione di queste finzioni e chiede che simili sanzioni siano previste anche nel nuovo CPCF.

Cpv. 2: Il Progetto (per evitare schematismi) rinuncia ad introdurre un'età minima, demandando il tutto al prudente apprezzamento del giudice. Il CPC-Ti prevede invece per i testimoni, l'età minima di 12 anni, regola che - naturalmente - ha il pregio della chiarezza.

Cpv. 3: Il principio dell'adeguato indennizzo ai terzi comprende, secondo le spiegazioni degli esperti, non soltanto le spese vive ma anche la remunerazione per il tempo perso.

Si tratta di una novità che capovolge il sistema attuale dove (almeno in Ticino) l'obbligo del terzo di cooperare alla ricerca della verità materiale è inteso come un obbligo civico al pari del diritto / obbligo di votare. Ergo, vengono semmai risarcite le spese vive, ma di certo non il tempo impiegato.

La maggioranza della Commissione ritiene che ammettere questo tipo di risarcimento significherebbe correre il rischio di aumentare, e di molto, i costi di un processo, senza giustificazione plausibile.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SVAMV: Art. 152 Abs. 2: Ergänzen: "(... das Kindeswohl) *vorrangig*".

SwissBanking: Abs. 3: Wir begrüßen den Anspruch auf Entschädigung sehr, zumal eine Mitwirkung regelmässige Zeit und Ressourcen in Anspruch nimmt.

Uni LA: Dans l'ensemble, les dispositions proposées sur l'obligation des parties et des tiers de collaborer paraissent judicieuses. On relèvera cependant que les dispositions prévues réglementent le droit de refuser de collaborer, mais non d'éventuelles causes de rejet absolu du témoignage, que le tribunal devrait respecter d'office. Ainsi, aucune règle ne semble prévoir qu'un incapable de discernement, pour un motif temporaire ou durable, ne peut être entendu comme témoin ou comme partie. De même, les médiateurs familiaux n'ont plus qu'un simple droit de refuser de témoigner, alors que selon l'art. 139 al. 3 CC actuel ils ne peuvent avoir qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements. S'agit-il de modifications délibérées par rapport au droit existant et si oui quels en sont les motifs ?

Al. 3: On ne contestera pas que des tiers tenus de collaborer, en particulier les témoins, puissent avoir droit à une indemnité équitable. Le commentaire fait cependant naître des inquiétudes à ce sujet en suggérant notamment que cette indemnité doit couvrir systématiquement le temps consacré à la collaboration. On voit à cet égard déjà certains tiers, en particulier des banques, prétendre facturer au prix fort le temps, invérifiable, consacré à la recherche par exemple de pièces requises. Il conviendrait de rappeler fortement qu'en principe la collaboration des tiers à la justice civile, que ce soit en consacrant du temps à rechercher des pièces ou en venant témoigner, est un devoir civique dont on peut attendre l'accomplissement sans rémunération. Ce sont plutôt les pertes et dépenses effectives (manque à gagner d'indépendants, frais de déplacement) qui devraient être indemnisés.

UniNE: A notre sens, les alinéas 2 et 3 de l'article 152 qui pose le principe de l'obligation de collaborer devrait être reformulé. Selon nous, le devoir de collaborer des mineurs ne requiert une autorisation que lorsqu'il concerne le devoir de déposer en qualité de témoin. Quant à l'alinéa 3, il pourrait entraîner des conséquences fâcheuses si des tiers exigeaient une indemnité lorsqu'ils doivent produire des documents. L'indemnité ne devrait être prévue qu'en cas de déposition comme témoin.

### Art. 153

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es stellt sich die Frage, ob die in Art. 153 VE vorgesehenen Schutzmassnahmen vom Gericht nur auf Antrag oder von Amtes wegen zu treffen sind. Zumindest wenn es um die schutzwürdigen Interessen einer Partei geht, sollte das Gericht lediglich auf entsprechenden Antrag hin tätig werden. Eine andere Regelung könnte zu Problemen führen, wenn das Gericht nicht tätig wird und der betroffenen Partei daraus ein Schaden entsteht, was allenfalls gar eine Staatshaftung auslösen könnte. Anders kann es womöglich aussehen, wenn es

um die Interessen Dritter geht, die ja nicht am Verfahren beteiligt sind und auch über keinen Rechtsbeistand verfügen. Die künftige Botschaft und - falls nötig - der Gesetzestext sollten hier für Klärung sorgen.

LU: Wir schlagen eine Ergänzung mit der Erwähnung des Kindeswohls und mit einem Absatz 2 vor, welcher folgenden Wortlaut hat (vgl. § 142 Abs. 3 ZPO/LU): *Das Gericht wägt das Interesse an der Tatsachenfeststellung gegen die zu schützenden Interessen ab.*

TI: L'AP prevede una formulazione *generale* riguardo la facoltà del tribunale ad adottare le misure atte e necessarie per non pregiudicare interessi degni di protezione con l'assunzione delle prove, ampliando quanto espresso dall'art. 185 cpv. 2 CPC-Ti. Quest'ultimo infatti prevede tale facoltà solo per garantire *segreti industriali o commerciali* e nelle *cause di stato*.

La norma ci sembra corretta anche alla luce della giurisprudenza (II CCA 3.11.2003 P. c. S. SA) dove chiaramente sono tutelati i segreti dei terzi (ad es. anche quelli organizzativi di una SA).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Ergänzung: *Namentlich kann das Gericht die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausschliessen, Zeugenerkennung für Dritte verunmöglichen etc.*

OGZH: Art. 52 E BGG enthält eine verwandte Regelung, hält aber ausdrücklich die Rechte der Partei fest, zu deren Nachteil auf ein nicht oder nicht vollständig offengelegtes Beweismittel abgestellt werden soll. Wir regen an, diese Bestimmung grundsätzlich zu übernehmen. Auf ein speziell auf diese Situation zugeschnittenes ausdrückliches Recht, Gegenbeweismittel zu nennen, würden wir allerdings entgegen E BGG 52 verzichten - es ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des VE zum Beweisrecht, dass die Beweismittel schon vor der Beweisabnahme abschliessend zu bezeichnen sind, dass aber die nachträgliche Bezeichnung eines Beweismittels zulässig bleibt, wenn sie vorher nicht möglich war (VE Art. 215 Abs. 2 lit. a).

(Vorschlag für einen Abs. 2:)

*Will das Gericht in einem solchen Fall auf ein Beweismittel zum Nachteil einer Partei abstellen, so muss es dieser den für die Sache wesentlichen Inhalt des Beweismittels mitteilen und ihr Gelegenheit geben, sich dazu zu äussern.*

Art. 154

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Es ist unbestritten, dass Parteien und Dritte unter bestimmten Voraussetzungen jede aktive Mitwirkung bei Beweiserhebungen verweigern dürfen. Im Vordergrund steht die Aussageverweigerung. Es ist unseres Erachtens indes nicht angezeigt, diese Verweigerungsrechte auch auf Beweise auszudehnen, welche eine blosser Duldung (oder passive Mitwirkung) voraussetzen (z.B. Duldung eines Augenscheins oder einer Expertise). Eine solche Ausweitung ist aus ethischen Gründen nicht geboten, kann aber die materielle Wahrheitsfindung empfindlich behindern. Ein Beispiel zur Illustration: Die beklagte Partei wird auf Schadenersatz verklagt, weil sie die Klägerschaft auf dem Privatgrundstück, das der beklagten Partei gehört, verletzt hat. Soll nun die Ehefrau Abklärungen

zum Unfallhergang (Augenschein oder Abklärungen des Gutachters) auf dem Grundstück verweigern dürfen?

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 3 Satz 2 darf nicht dazu führen, dass Abs. 2 umgangen wird

Uni NE: L'alinéa 3 de l'article 154, qui concerne le droit de refuser de collaborer est formulé trop largement. A notre sens, le tribunal ne peut tenir compte des preuves administrées que si les parties ou les tiers n'ont pas été informés de leur droit de refuser de collaborer et que, en l'occurrence, ils avaient un tel droit. On cède sinon le pas au formalisme, ce que le projet se refuse en général.

Art. 155

*Kantone / Cantons / Cantoni*

NE: Vu la réglementation assez abondante du droit de refuser de collaborer à la procédure (art. 155 à 157), la sanction implacable prévue à l'art. 154 conduirait à des rappels interminables, si le juge veut être prudent. Une formulation plus souple nous paraît préférable.

SO: Nach Abs. 1 lit. a dieser Bestimmung soll eine Partei ein Mitwirkungsverweigerungsrecht haben, wenn sie sich oder eine ihr nahe stehende Person der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde. Ein solches, dem Zivilprozess bis anhin fremdes Recht, lehnen wir entschieden ab. Es wäre wohl auch kaum von praktischer Bedeutung, da eine Berufung darauf in jedem Fall faktisch einer strafrechtlichen Selbstanzeige gleichkommen würde, indem die Gegenpartei geradezu zur Einreichung einer Strafanzeige gedrängt würde.

TI: Come già sottolineato, la sanzione prevista dal cpv. 2 rimanda all'apprezzamento delle prove. Non è dunque possibile neppure costringere la controparte renitente a collaborare, per la via dell'art. 292 CPS.

ZH: Art. 155 regelt das Recht der Parteien, die Mitwirkung bei der Beweiserhebung zu verweigern. Die Art. 156 f. befassen sich mit dem entsprechenden Recht Dritter, insbesondere jenem der Ärzte und Anwälte (Art. 157 Abs. 1 lit. b). Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass das Berufsgeheimnis der Anwälte und Ärzte zu wenig geschützt ist. Die Korrespondenz zwischen einem Anwalt oder Arzt einerseits und dem Klienten andererseits kann zwar nicht bei Ersterem, wohl aber beim Klienten oder bei einem Dritten ediert werden. Wir empfehlen, diese Lücke zu schliessen, und verweisen für einen entsprechenden Formulierungsvorschlag auf die Bemerkungen des AVZH zu Art. 155.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Auch hier ist u.E. eine "kann"-Formulierung sachgerechter (Absatz 2). Analog zu Art. 237 der geltenden ZPO-BE könnte auch die Formulierung gewählt werden, dass das Gericht in diesem Fall die Tatsache, zwecks deren Abklärung die Mitwirkung der Partei angestrebt wurde, als erwahrt ansehen kann.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: Abs. 2 ersatzlos streichen (und damit der Rechtsprechung überlassen).

ASLOCA: Al. 1 lit. a: Cette disposition ne doit pas conduire à une paralysie de l'instruction et à l'impossibilité pour le locataire de faire valoir ses droits lorsque les preuves sont détenues par le bailleur. Par exemple, un bailleur pourrait, selon la formulation proposée, dans le cadre d'une procédure en contestation du loyer initial, refuser de produire l'acte de vente en raison de paiement de dessous-de-table. En conséquence, principalement, nous proposons de biffer la lit. a. Subsidiairement, nous proposons l'ajout suivant: ...à une poursuite pénale. *En l'espèce, le tribunal peut retenir les faits allégués par la partie adverse comme établis.*

AVZH: Art. 157 räumt Ärzten und Anwälten ein Verweigerungsrecht ein und knüpft damit an der Person des Geheimnisträgers und nicht am gesamten Vertrauensverhältnis zwischen Arzt/Patient und Anwalt/Klient an. Dies hat zur Folge, dass Informationen/Urkunden, welche aus dem Vertrauensverhältnis stammen (z.B. Aktennotizen über Prozessaussichten, interne Sachverhaltsabklärungen, etc.), dann nicht geschützt sind, wenn sie sich bei der Partei selbst befinden. Diesem schweren Mangel kann durch eine Ergänzung von Art. 155 begegnet werden.

Formulierungsvorschlag Art. 155 Abs. 1 lit. c:

*Eine Partei kann die Mitwirkung verweigern, wenn*

*c. die Informationen / Urkunden aus einem gemäss Art. 157 Abs. 1 lit. b und lit. c geschützten Vertrauensverhältnis stammen.*

DJS: Es mag im Sinne einer Notstandsüberlegung berechtigt sein, dass eine Partei die Mitwirkung dann verweigern kann, wenn sie sich damit der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde. Entsprechende Regelungen sind in den kantonalen Zivilprozessrechten denn auch schon heute bekannt. Warum aber nicht auch die in diesem Falle berechtigte Verweigerung der Mitwirkungspflicht vom Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden soll, erscheint nicht einleuchtend. Eine Partei kann sich somit zu ihrem eigenen prozessualen Vorteil auf ihr eigenes Unrecht stützen. Während eine Partei, die sich nur zivilrechtlich unrechtmässig verhalten hat, aufgrund der Mitwirkungspflicht sich selber belasten und ihre Prozesschancen kompromittieren muss, kann sich eine Partei, die sich darüber hinaus strafrechtlich verfehlt hat, jeder Mitwirkung enthalten und damit auch die Prozesschancen der Gegenpartei verringern. Dem muss dadurch begegnet werden, dass in den Fällen einer nach Art. 155 Abs. 1 lit. a berechtigten Mitwirkungsverweigerung dies bei der Beweiswürdigung ebenfalls berücksichtigt werden darf.

Abs. 1 Bst. a: Diese Bestimmung ist zu streichen. Sie würde bedeuten, dass eine Partei sich auf eigenes Unrecht stützen könnte, um die Mitwirkung zu verweigern (beispielsweise die Herausgabe von Urkunden) und dadurch Vorteile im Beweisverfahren zu erlangen. Da es sich um eine "berechtigte Weigerung" handeln würde, dürfte das Verhalten dieser Partei nach Art. 154 Abs. 2 bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden, und dies ausgerechnet bei den schwerwiegendsten Fällen (einer Partei, die sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzt). Parteien und Dritte dürfen bzw. sollten unterschiedlich behandelt werden. Im Zivilprozess sind andere Gewichtungen vorzunehmen als im Strafprozess.

DJZ: Abs. 2 lit. a: Diese Bestimmung ist zu streichen. Sie würde bedeuten, dass eine Partei sich auf eigenes Unrecht stützen könnte, um die Mitwirkung zu verweigern (beispielsweise die Herausgabe von Urkunden) und dadurch Vorteile im Beweisverfahren erlangte. Da es sich um eine "berechtigte Weigerung" handeln würde, dürfte das Verhalten der Partei nach Art. 154 Abs. 2 bei der Beweiswürdigung nicht berücksichtigt werden, und dies ausgerechnet bei den schwerwiegendsten Fällen (eine Partei, die sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzt). Parteien und Dritte dürfen bzw. sollten unterschiedlich behandelt werden. Im Zivilprozess sind andere Gewichtungen vorzunehmen als im Strafprozess.

OAFRI: Al. 1<sup>er</sup> lit. a: La solution n'est pas satisfaisante, notamment lorsque l'infraction pénale est en relation claire avec l'objet même du procès. Ainsi, une partie pourrait refuser tout renseignement sur les contrefaçons à raison desquelles elle est actionnée et le juge ne pourrait rien inférer de ce refus, considéré comme légitime. On peut également imaginer les cas dans lesquels une pension doit être fixée; le débirentier pourrait refuser tous renseignements, ces derniers l'exposant à une poursuite pour falsification de comptabilité.

Une partie peut toujours refuser de répondre mais le juge doit être autorisé à interpréter ce silence.

La disposition doit être repensée.

SwissBanking: Durch die Entwicklung immer anspruchsvollerer "Know-your-Customer Rules" in den Bereichen der Finanzmarktaufsicht und der Bekämpfung der Geldwäscherei über das vergangene Vierteljahrhundert, liegen bei den Finanzintermediären heute wesentlich mehr Kundendaten als zur Zeit früherer Gesetzgebungen über den Zivilprozess. Wir möchten hier nur das Geldwäschereigesetz, die Geldwäschereiverordnung der Eidgenössischen Bankkommission und die soeben erneuerte Sorgfaltspflichtvereinbarung unserer Vereinigung erwähnen. So ist z.B. eine Bank oder ein Effektenhändler verpflichtet, einerseits die Identität aller Vertragspartner und andererseits vielfach die dahinter stehenden "wirtschaftlich Berechtigten" ("Beneficial Owners") festzuhalten. Es drängt sich deshalb im Sinn eines entsprechenden Datenschutzes auf, das Kundengeheimnis der Banken (Art. 47 Bankengesetz) und Effektenhändler (Art. 43 Börsengesetz) den Berufsgeheimnissen gemäss Art. 321 StGB hier gleichzustellen; dies nicht zuletzt mit Blick auf das internationale Umfeld (z.B. OECD, Bilaterale Verhandlungen II). Nachstehend unterbreiten wir Ihnen deshalb Vorschläge, wie das im Detail geschehen könnte.

Ad Art. 155 (Verweigerungsrecht der Parteien) und Art. 157 (Verweigerungsrecht Dritter)

Sowohl in Art. 155 Abs. 1 lit. b als auch in Art. 157 Abs. 1 lit. b ist die Rede von der "Verletzung eines Geheimnisses". Wir gehen davon aus, dass die Geheimnisverletzung in beiden Bestimmungen den gleichen Umfang hat. Der Begleitbericht äussert sich nicht im Einzelnen dazu, welche Berufsgeheimnisse hier gemeint seien. Die Erläuterungen legen aber den Schluss nahe, dass nur die klassischen Berufsgeheimnisse des Arztes, Rechtsanwaltes, Geistlichen u.a. (Art. 321 StGB) darunter zu verstehen seien. Demgegenüber müssen unseres Erachtens die Kundengeheimnisse nach Art. 47 Bankengesetz und Art. 43 Börsengesetz hier einbezogen werden, damit eine Bank bzw. ein Effektenhändler das Mitwirkungsverweigerungsrecht geltend machen kann, sofern die

entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine Bank in einem Verfahren als Partei oder als Dritte auf tritt:

Ad Art. 155 insbesondere (Verweigerungsrecht der Parteien)

Sofern eine Bank in einem Zivilprozess Partei ist und im Rahmen ihrer Parteilstellung ausnahmsweise Informationen über am Verfahren nicht beteiligte Kunden herausgeben müsste, ohne durch diese vom Bankkundengeheimnis befreit worden zu sein, benötigt auch sie ein Verweigerungsrecht gemäss Abs. 1 lit. b. Würde das Bankkundengeheimnis nicht unter Abs. 1 lit. b subsumiert, könnte diese Bestimmung zum Einfallstor für eine Aushebelung des Bankkundengeheimnisses auf dem Weg des Zivilprozesses führen. Nachdem es unseres Erachtens keine Argumente gibt, eine solche Politik einzuleiten, erscheint uns diese Lücke im Text von Art. 155 Abs. 1 lit. b und Art. 157 Abs. 1 lit. b vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussionen als äusserst problematisch.

Aus diesem Grund beantragen wir, in Art. 155 Abs. 1 lit. b die Kundengeheimnisse der Banken (Art. 47 Bankengesetz) und Effektenhändler (Art. 43 BEHG) ausdrücklich zu erwähnen.

Des Weiteren bedarf das gesetzliche Anwaltsgeheimnis einer ergänzenden Regelung, die verhindert, dass ein Gericht das Anwaltsgeheimnis über die Mitwirkungspflicht der vertretenen Partei aushebeln kann:

1. Ein Unternehmen soll nicht verpflichtet werden können, die Korrespondenz mit seinem externen Anwalt ins Recht zu legen. Sowohl das amerikanische Recht als auch der EuGH gewährleisten einen entsprechenden Schutz der Anwaltskorrespondenz. Es wäre inkonsequent und nicht im Sinne des Anwaltsgeheimnisses, wenn dem Anwalt ein Mitwirkungsverweigerungsrecht zugestanden würde, dieselben Unterlagen aber gleichzeitig vom Klienten eingefordert werden könnten. Aber auch prinzipiell erfordert das zwischen Bank und Anwalt bestehende Vertrauensverhältnis einen umfassenden Geheimhaltungsschutz. Eine entsprechende Regelung wäre mit der schweizerischen Rechtstradition vereinbar, nachdem zumindest einige Kantone (z.B. Waadt) bereits heute ein entsprechendes Editionsverweigerungsrecht kennen. Konsequenterweise wäre diese Regelung auf Akten der Revision und des Sicherheitsdienstes zu erstrecken. Es stellt sich nämlich zu Recht die Frage, inwieweit interne Willensbildungen eines Unternehmens aktenkundig gemacht werden sollen, wenn dem Unternehmen so die eigenen Anstrengungen zur Aufklärung von Vorfällen oder zur Effizienzsteigerung zum Nachteil gereichen könnten.

Deshalb sollte dem Unternehmen ein angemessenes Verweigerungsrecht in Bezug auf den internen Beratungs- und Revisionsprozess eingeräumt werden. Entsprechend wünschenswert wäre eine Regelung, wonach ein Unternehmen im Zivilprozess nicht verpflichtet werden kann, Beurteilungen und Empfehlungen des Rechtsdienstes, der internen Revision etc. zu editieren.

2. Sodann erscheint es uns sinnvoll, auch den angestellten Rechtsanwälten eines Unternehmens (Rechtskonsulenten) die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis zu ermöglichen. Könnten sich diese nämlich nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen und wollte ein Unternehmen das "attorney-client privilege" beanspruchen, müsste das Unternehmen zwangsläufig einen externen Rechtsanwalt mandatieren. Im Ergebnis bedeutete dies, dass ein Unternehmen zwar über interne Fachspezialisten verfügen würde, diese aber insbesondere auch in heiklen Situationen nicht beiziehen könnte, weil das Vertrauensverhältnis zum

(spezialisierten) internen Rechtsanwalt nicht denselben Schutz genießt wie dasjenige zum externen Rechtsvertreter. Damit stellt sich die Frage, weshalb ein Unternehmen Rechtsanwälte als Unternehmensjuristen einstellen sollte, wenn diese bei auftretenden Problemen nicht konsultiert werden können. Das zuweilen gehörte Argument, weshalb sich ein Unternehmensjurist nicht auf das Anwaltsgeheimnis sollte berufen können: seine "fehlende Unabhängigkeit" kann die unterschiedliche Handhabung nicht ausreichend erklären, zumal er sich - im Sinne des Unternehmens - seine eigene Meinung bilden müssen, wenn er das Management erfolgreich beraten und auf bestehende Risiken wie gesetzliche oder regulatorische Rahmenbedingungen hinweisen soll. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in den USA und in verschiedenen Staaten Europas, wobei die Tendenz in Richtung Schutz der dem Unternehmensjuristen anvertrauten Informationen geht. So hat auch der Europäische Gerichtshof in erster Instanz das "attorney-client privilege" des internen Anwalts anerkannt (Beschluss T-125/03 und T-253/03 vom 30. Oktober 2003).

Wir schlagen deshalb vor, die bestehende Ordnung der Berufsgeheimnisse durch ein "attorney-client privilege" auch für angestellte Unternehmensjuristen zu ergänzen.

Uni LA: L'art. 254 ch. 2 CC, dont l'abrogation est prévue, prévoit actuellement que le défaut de collaboration des parties peut être justifié par "un danger pour la santé" résultant de mesures médicales.

Cette réserve disparaît en revanche de l'art. 155 AP sans que cette disparition soit justifiée. Il convient de rappeler à cet égard qu'il s'agit de dispositions qui portent atteinte à la liberté personnelle (ATF 112 Ia 248, JdT 1988 I 41), soit de dispositions qui, pour être imposées, doivent reposer sur une base légale précise. Même si elles ne peuvent donner lieu en principe à une contrainte directe, l'absence de motif justificatif légal pourrait justifier des conséquences défavorables à la partie au sens de l'art. 155 al. 2 AP, ou encore constituer un acte illicite civile. Il se justifie dès lors de réintroduire cette réserve dans le texte de la disposition en question.

Uni NE: Concernant le droit de refuser de collaborer des parties, inscrit à l'article 155, le principe posé est à notre avis trop large, puisqu'il pourrait empêcher l'autre partie de faire la preuve de faits dont il a le fardeau en raison de risques potentiels pour la partie adverse. Qu'une partie refuse de collaborer sans ou avec motif valable, il convient d'en tenir compte lors de l'appréciation des preuves.

Uni ZH: Das Recht der Parteien, ihre Mitwirkung am Beweisverfahren zu verweigern, falls sie sich oder ihnen nahe stehende Personen der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen, ist zu streichen (Art. 155 I lit. a). *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.*

Art. 156

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir schlagen vor, bei der Auflistung derjenigen Personen, welchen ein umfassendes Verweigerungsrecht zusteht, zusätzlich die Betreuungspersonen (Vormund, Beiständin, Beirätin und Kinderbeistand) aufzuführen.

TI: La soluzione del Progetto contrasta con il regime previsto attualmente dagli art. 228 e 229 CPC-Ti.

In primo luogo, l'AP prevede un *rifiuto generale* ad ogni cooperazione nell'assunzione delle prove, mentre giusta gli artt. 228 e 229 CPC-Ti i terzi che si trovano in un certo grado di parentela o in un altro stretto rapporto personale non possono essere sentiti come *testimoni*, rispettivamente senza delazione di giuramento e in virtù dell'art. 244 CPC-Ti i terzi hanno l'obbligo di consentire le *ispezioni* sulle cose in loro possesso e sulla loro persona solo nella misura in cui possono essere tenuti a testimoniare.

In secondo luogo l'art. 228 CPC prevede un divieto assoluto: "Non possono essere sentiti come testimoni". Il progetto prevede invece che quelle persone "possono rifiutare ogni cooperazione nell'assunzione della prova". Esse hanno pertanto il diritto (potestativo) di rifiutare la cooperazione, ma possono anche rinunciare e partecipare dunque all'istruttoria, ad esempio nella veste di testimoni.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: positiv: Einbezug von "Lebenspartner".

FER: Estimant que, pour certaines personnes, les liens de parenté et autres liens étroits entretenus avec une partie risqueraient de les exposer à un conflit d'intérêts, la commission d'experts propose de leur octroyer un droit absolu de refuser de collaborer.

Si cette proposition apparaît sur le fond être légitime, la Fédération considère cependant qu'accepter cette solution serait, au niveau de l'administration des preuves, excessif, le tribunal n'ayant plus l'occasion d'entendre ces personnes à titre de renseignements comme cela se fait déjà couramment dans certains cantons.

Même si la Fédération est consciente du fait que ce moyen de preuves n'a qu'une valeur probante limitée, elle estime toutefois qu'il permettrait éventuellement au tribunal de collecter un certain nombre d'indices utiles à la résolution du litige. Dès lors, plutôt que de permettre à ces personnes de refuser toute collaboration, l'avant-projet devrait, à son avis, laisser la possibilité au tribunal de se prononcer sur la nécessité de leur audition à titre de renseignements.

OAFRI: Article 156 lit c: Il y a lieu de tenir compte du droit de l'adoption, qui assimile les frères et sœurs adoptifs aux frères et sœurs de sang.

Uni NE: Il convient de relever que la liste des personnes ayant un droit absolu de refuser de collaborer est large, ce qui se justifie pleinement, vu l'évolution des structures familiales dans notre société.

Art. 157

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Art. 157 VE sieht nur für diejenigen Geheimnisträger ein Verweigerungsrecht vor, welche sich nach Art. 321 StGB strafbar machen würden. Zudem können nur gerade die Ärztinnen und Ärzte, Anwältinnen und Anwälte sowie die Geistlichen auch bei vorliegender Entbindung die Aussage verweigern. Für andere

einer Schweigepflicht unterstehenden Berufspersonen sieht Art. 157 Abs. 2 VE lediglich vor, dass sie auf Grund eines Entscheides des Gerichtes von der Mitwirkung entbunden werden können. Damit wird der Kreis der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen wesentlich enger gezogen als in der ZPO des Kantons Bern. Auch der Entwurf einer schweizerischen Strafprozessordnung sieht in den Artikeln 178 und 180 ein differenzierteres Zeugnisverweigerungsrecht vor als der Vorentwurf einer schweizerischen ZPO. Es sind keine Gründe ersichtlich, um in Zivilprozessen das Zeugnisverweigerungsrecht eingeschränkter zu regeln als im Strafprozessrecht. Vielmehr wäre eine einheitliche Lösung im Bereich der schweizerischen Verfahrensrechte anzustreben.

BL: Abs. 1: Antrag: Streichung des zweiten Satz von Buchstabe b.

Begründung des Antrags: Im Interesse der Rechtsfindung sollen auch Ärztinnen und Ärzte, Anwältinnen und Anwälte sowie Geistliche zur Mitwirkung verpflichtet sein, sofern sie von der Geheimhaltungspflicht entbunden wurden. Die Einräumung eines Verweigerungsrechts trotz Entbindung ist unseres Erachtens nicht nötig.

BS: In Abs. 1 lit. b sieht der Vorentwurf vor, dass Ärztinnen, Ärzte, Anwältinnen, Anwälte und Geistliche auch dann nicht zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet sind, wenn sie von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden sind. Diese Bestimmung erscheint problematisch. Es steht zu befürchten, dass die Angehörigen dieser von der Mitwirkungspflicht generell entbundenen Berufsgruppen aus Vorsicht wohl nie eine Aussage machen werden. Diese Ausnahme von der Mitwirkungspflicht sollte deshalb gestrichen werden. Die neuere Psychologie ist auf dem Stand, dass in der Regel dem Patienten die Wahrheit zugemutet werden kann und soll. Daran orientiert sich auch die Gerichtspraxis zum "Arztgeheimnis" im Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Es besteht kein Grund für andere Kriterien beim Aussageverweigerungsrecht. Sollte eine Angehörige oder ein Angehöriger dieser Berufsgruppen Anlass zur Befürchtung haben, dass seine/ihre Aussage sich z.B. negativ auf den psychischen Zustand seines/ihrer Mandanten auswirken könnte, könnte die Aussage allenfalls gestützt auf einen Notstand verweigert werden.

GE: Le texte clair de l'art. 157 al. 1 lit. b PCS dispense complètement et automatiquement les médecins, avocats et ecclésiastiques du devoir de collaborer, ce qu'il convient de saluer. Cependant, le commentaire de cette disposition est moins clair, en ce qu'il permet leur citation à titre de témoin *"tout en faisant preuve de la retenue nécessaire"*.

Le secret professionnel est une institution qui ne doit souffrir d'aucune exception. Le médecin, l'avocat et l'ecclésiastique doivent rester libres, même déliés par leurs mandants, voire par leurs autorités de surveillance, de divulguer ou non le secret qui leur est confié.

Le commentaire de l'art. 157 al. 1 lit. b PCS doit être modifié afin non seulement d'assurer la cohérence entre le texte de la disposition et l'interprétation qui en est faite, mais aussi et surtout de manière à assurer la préservation pleine et inconditionnelle du secret légal auquel sont soumis médecins, avocat et ecclésiastiques.

GR: Der Entwurf verpflichtet Parteien und Dritte, bei der Beweiserhebung durch Aussagen oder Aktenherausgaben mitzuwirken. Für gewisse in Art. 157 Abs. 1 lit. b VE genannte Berufsgruppen löst die Entbindung vom Berufsgeheimnis

nicht ausnahmslos eine Mitwirkungspflicht aus, da der Geheimnisherr erfahrungsgemäss die Konsequenzen einer Entbindung oftmals nicht restlos zu überblicken vermag. In der Aufzählung von Art. 157 Abs. 1 lit. b VE nicht erwähnt ist der Notar. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es auch beim Notar Fälle gibt, in denen trotz Befreiungspflicht ein Festhalten am Berufsgeheimnis aus höherem Interesse begründet sein kann (z.B. Aussagen über das Motiv eines Rechtsgeschäfts oder über Dritte, welche durch eine öffentliche Urkunde begünstigt oder belastet wurden). Es wäre daher sinnvoll, Notariatspersonen ebenfalls in Art. 157 Abs. 1 lit. b VE zu nennen.

LU: Wir regen an, bei der Auflistung derjenigen Personen, welchen ein beschränktes Verweigerungsrecht zusteht, zusätzlich die Notarinnen und Notare aufzuführen.

Gemäss Bericht der Expertenkommission soll den Angehörigen jener Berufe, die der Strafnorm von Artikel 321 StGB unterstehen, ein Verweigerungsrecht zugestanden werden. Die vorgeschlagene Regelung geht allerdings über diese Absicht hinaus. Neben dem Strafgesetzbuch enthalten auch andere Gesetze wie z.B. das Bankengesetz (Art. 47 BankG) oder das Börsengesetz (Art. 43 BEHG) Strafbestimmungen für Geheimnisverletzungen. Personen die dem Bankgeheimnis oder dem Berufsgeheimnis für Effekthändler unterstehen, könnten daher gestützt auf Artikel 157 Absatz 1b VE-ZPO die Mitwirkung verweigern, wenn sie von der Geheimhaltungspflicht nicht schriftlich entbunden worden sind. Dies scheint von der Expertenkommission nicht gewollt zu sein, geht sie doch in ihrem Bericht davon aus, dass für Personen, die dem Bankgeheimnis unterstehen, Artikel 157 Absatz 2 VE-ZPO zur Anwendung kommt und demnach das Gericht über das Vorliegen eines Verweigerungsrechts entscheiden kann. Wir schlagen deshalb folgende Präzisierung vor: *soweit sie sich wegen Verletzung eines Berufsgeheimnisses im Sinne von Artikel 321 StGB strafbar machen. (...)*

TI: Cpv. 1: *Determinate persone hanno la facoltà di rifiutare di cooperare limitatamente a determinate tematiche.*

Cpv. 2: *Attribuisce la facoltà al tribunale di dispensare il terzo dall'obbligo di collaborare effettuando una ponderazione degli interessi. L'AP in determinate circostanze include quindi anche il segreto bancario e ciò costituisce un grosso cambiamento rispetto al sistema ticinese che non prevede l'eccezione del segreto bancario davanti al giudice civile.*

VS: *Il convient d'ajouter à l'alinéa<sup>1er</sup> let. d, l'ex-partenaire d'une partie Sur les faits qui se sont produits durant la vie commune.*

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die gewählte Lösung (insbes. Art. 157 Abs. 1 lit. b) ist überzeugend und wird im Erläuternden Bericht sorgfältig begründet. Hingegen vermissen wir ein Mitwirkungsverweigerungsrecht für Medienschaffende: Es erscheint fraglich, ob die journalistische Tätigkeit unter die in Absatz 2 genannten "anderen beruflichen Tätigkeiten, die mit einer gesetzlichen Schweigepflicht verbunden sind oder die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen, subsumiert werden kann. Wir verlangen deshalb, dass das Mitwirkungsverweigerungsrecht für Medienschaffende ausdrücklich in der ZPO-CH geregelt wird; als Vorbild dazu könnte Art. 246a der geltenden ZPO-BE dienen.

Analog zu Art. 156 lit. b muss in Art. 157 Abs. 1 lit. d zudem auch der/die ehemalige Lebenspartner(in) aufgeführt werden.

LPS: Le texte clair de l'article 157 alinéa 1 lettre b PCS dispense complètement et automatiquement les médecins, avocats et ecclésiastiques du devoir de collaborer. Cependant, le commentaire dudit article, figurant au cinquième paragraphe de la page 82, permet néanmoins leur citation à titre de témoin "*tout en faisant preuve de la retenue nécessaire*".

Le PLS est d'avis que le secret professionnel est une institution qui ne souffre d'aucune exception, le médecin, l'avocat et l'ecclésiastique devant rester libre, même délié par son mandant, voire par ses autorités de surveillance, de divulguer ou non le secret qui lui est confié. Le PLS suggère donc que le commentaire de l'article 157 alinéa 1 lettre b PCS soit modifié afin non seulement d'assurer la cohérence entre le texte de la disposition et l'interprétation qui en est faite mais surtout de manière à assurer la préservation pleine et entière du secret légal auquel sont soumis médecins, avocats et ecclésiastiques.

Dans cet esprit, le cinquième paragraphe du commentaire figurant à la page 82 (version française) devrait être supprimé et remplacé par le texte suivant: "*le médecin, l'avocat et l'ecclésiastique ne pourront être appelés à témoigner, en tant que de besoin, que sur des faits non couverts par le secret professionnel.*"

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1 lit. b: Pflicht zur Aussage bei Entbindung von der Geheimhaltungspflicht sinnvoll.

Abs. 2: Guter Kompromiss, evtl. diverse heikle Punkte explizit auführen wie z. B. Bankgeheimnis, Amtsgeheimnis, ärztliches/medizinisches Forschungsgeheimnis

ASLOCA: Al. 1 lit. a: Le droit de refuser de collaborer d'un tiers est trop large et devrait être limité. Par exemple, selon la formulation proposée, un bailleur pourrait refuser de collaborer dans une procédure en réparation des défauts car cela pourrait causer un dommage direct à son patrimoine en cas de succès du locataire dans la procédure. Cette formulation protège par ailleurs également le locataire qui sous-louerait de manière usuaire.

AVGE: Le texte clair de l'art. 157 al. 1 litt. b AP dispense complètement et automatiquement les médecins, avocats et ecclésiastiques du devoir de collaborer, ce qu'il convient de saluer. Cependant, le commentaire de cette disposition (Rapport, p. 82) est moins clair, en ce qu'il permet leur citation à titre de témoin "*tout en faisant preuve de la retenue nécessaire*".

Le secret professionnel est une institution qui ne doit souffrir d'aucune exception. Le médecin, l'avocat et l'ecclésiastique doivent rester libres, même déliés par leurs mandants, voire par leurs autorités de surveillance, de divulguer ou non le secret qui leur est confié.

Le commentaire de l'art. 157 al. 1 litt. b AP doit être modifié afin non seulement d'assurer la cohérence entre le texte de la disposition et l'interprétation qui en est faite mais aussi et surtout de manière à assurer la préservation pleine et inconditionnelle du secret légal auquel sont soumis médecins, avocats et ecclésiastiques.

AVLU: Nach Art. 157 Abs. 1 lit. b des Entwurfs darf eine Person die Mitwirkung verweigern, soweit sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses strafbar machen würde. Gemäss Bericht der Expertenkommission soll damit den Angehörigen jener Berufe, die der Strafnorm von Art. 321 StGB unterstehen, ein Verweigerungsrecht zugestanden werden. Die vorgeschlagene Formulierung des Gesetzestextes geht allerdings über diese Absicht hinaus. Neben dem Strafgesetzbuch enthalten auch andere Gesetze wie z.B. das Bankengesetz (Art. 47 BankG) oder das Börsengesetz (Art. 43 BEHG) Strafbestimmungen für Geheimnisverletzungen. Personen, die dem Bankgeheimnis oder dem Berufsgeheimnis des Effekthändlers unterstehen, könnten daher gestützt auf Art. 157 Abs. 1 lit. b die Mitwirkung verweigern, wenn sie von der Geheimhaltungspflicht nicht schriftlich entbunden worden sind. Dies entspricht nicht der heutigen Praxis in der Mehrzahl der Kantone und scheint auch von der Expertenkommission nicht gewollt zu sein, geht sie doch in ihrem Bericht davon aus, dass für Personen, die dem Bankgeheimnis unterstehen, Art. 157 Abs. 2 zur Anwendung kommt und demnach das Gericht über das Bestehen eines Verweigerungsrechts entscheiden kann. Art. 157 Abs. 1 lit. b ist daher wie folgt zu präzisieren:

b. soweit sie sich wegen Verletzung eines *Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 321 StGB* strafbar machen ...

FSA: La situation des concubins séparés devrait également être mentionnée à l'art. 157 al. 1er lit.d AP.

economiesuisse: Die Gewährleistung des Anwaltsgeheimnisses muss noch durch ein Editionsverweigerungsrecht ergänzt werden, soll es nicht durch die Mitwirkungspflichten der vertretenen Parteien ausgehebelt werden können. Vor allem muss es sich auch auf die beim Klienten verbleibende Korrespondenz mit dem Anwalt erstrecken. Sonst wäre der notwendige offene Verkehr zwischen Anwalt und Klient nicht mehr gewährleistet. Es wäre ja nicht einsichtig, wieso der Anwalt ein Schreiben vertraulich behalten könnte, während der Klient die Kopie des gleichen Schreibens editieren müsste!

Das Anwaltsgeheimnis wird mit dem Systemschutz begründet - ohne ein Anwaltsgeheimnis wäre eine Beratung der Klienten im Sinne eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht gewährleistet. Aus den gleichen Gründen muss das Verweigerungsrecht im Zivilprozess auch auf die Revision und die unternehmensinternen Rechtsdienste ausgedehnt werden. Nur so können diese Dienste eine objektive Beratung in den Unternehmen erfüllen. Sie unterstehen auch entsprechenden Standesregeln, welche eine eigenständige, offene und objektive Äusserung gegenüber den Unternehmen gebieten. Mit Grund anerkennen auch ausländische Rechtsordnungen einen solchen Geheimnisschutz.

Für den Schutz des Bankgeheimnisses verweisen wir auf die Ihnen direkt zugegangene Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung, deren entsprechenden Forderungen wir mit Nachdruck unterstützen.

KassZH: Abs. 1 lit. b: Im Gesetzestext sollte im Sinne der Klarheit gesagt werden, dass die Entbindung entweder durch den Geheimnisherrn oder durch die zuständige Behörde erfolgen kann.

SDM-FSM: Vorschlag: Abs.1 Eine Person darf die Mitwirkung verweigern:

*lit. c: wenn sie als ... Mediatorin oder Mediator über Tatsachen aussagen müsste, die sie im Rahmen der betreffenden Tätigkeit wahrgenommen hat, selbst wenn die Parteien auf eine Geheimhaltung verzichten;*

SVM: Al. 1 litt. c (ajout): (...) ou en tant que médiateur *ou médiatrice* à faire des déclarations (...).

L'usage du langage épïcène est important et devrait couvrir l'ensemble du projet de loi.

SwissBanking: Vgl. die Ausführungen zu Art. 155.

ad Art. 157 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 insbesondere (beschränktes Verweigerungsrecht Dritter, Bank als Dritte)

Der Bank muss ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht zustehen, soweit sie der Kunde nicht von ihrer Schweigepflicht entbindet (im Sinne von Art. 157 Abs. 1 lit. b erster Satz). Dies entspräche der z.B. in Bern und Genf, aber auch anderen Kantonen geltenden Regelung. Der Entwurf subsumiert das Bankkundengeheimnis jedoch unter Abs. 2, wonach eine richterliche Interessenabwägung stattzufinden hat. Über die Beweggründe dieses unbefriedigenden Vorschlags äussert sich der Begleitbericht nicht. Uns erscheint es wichtig, das Kundengeheimnis der Bank (Art. 47 Bankengesetz) bzw. des Effektenhändlers (Art. 43 BEHG) gleich jenem der Anwälte, Ärzte und Geistlichen zu schützen. Die in lit. b vorgeschlagene Beschränkung auf die Fälle von Art. 321 StGB erscheint uns nicht gerechtfertigt. Aus diesem Grund beantragen wir, Art. 157 Abs. 1 lit. b erster Satz durch den Einbezug der Berufsgeheimnisse der Banken und Effektenhändler zu ergänzen, eventualiter durch eine entsprechende Kommentierung in der Botschaft zu präzisieren. Der Text des Begleitberichts zu Abs. 2 wäre folglich anzupassen. Schliesslich erfordert das Verhältnis von Art. 157 zu Art. 170 ZGB eine Klärung. Art. 170 behält nur die Berufsgeheimnisse nach Art. 321 StGB vor. Im Kontext mit den von uns angeregten Präzisierungen der Art. 155 und 157 wäre der geltende Art. 179 Abs. 3 ZGB wohl beizubehalten. Denn es besteht unseres Erachtens kein Grund, die Bankauskünfte im Ehescheidungsverfahren rest riktiver als derzeit zu handhaben.

Uni LA: Tout d'abord, l'on répètera ici la remarque faite plus haut à propos de l'art. 155, s'agissant de tiers exposés à une atteinte à la santé; cette restriction supplémentaire devrait ressortir de la let. a de l'al. 1.

Ensuite, pour l'al. 1 let. b, on observera que dans certains cantons, les avocats sont nécessairement d'autres personnes que les notaires. Dans d'autres cantons encore, il faudrait distinguer, pour l'art. 157 al. 1 let. b, ce qui relèverait de l'activité d'avocat (le secret pouvant y être absolu) de ce qui relèverait que de l'activité de notaire (le secret alors ne pouvant plus avoir de caractère absolu *a contrario* selon l'art. 157 al. 1 lit. b). Enfin, dans d'autres cantons suisses, les notaires fonctionnaires seraient visés par l'art. 157 al. 1 lit. c AP.

Plus encore que pour le métier d'avocat, le notaire dit être absolument protégé par un secret de nature absolue, et ne peut être obligé de révéler le secret même s'il en est délié par l'ayant-droit. Un traitement uniforme des personnes exerçant des fonctions notariales en Suisse doit obliger à rajouter les mots "des médecins, des avocats, des notaires et des ecclésiastiques" à l'art. 157 al. 1 let. b AP.

Enfin, l'on relève que jusqu'ici les personnes des professions soumises à l'art. 321 CP ne pouvaient être dispensées de témoigner ou de produire des documents qu'une fois déliées par l'autorité de surveillance, mais jamais par le juge civil ou pénal lui-même (Cf. parmi de nombreux auteurs, G. PIQUEREZ, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, n° 2175 p. 455 et p. ex. JdT 1960 III 122). L'al. 2 de l'art. 157 AP crée une forme de dispense de collaboration qui vient se superposer, dans le même spectre de situations, aux cas soumis à l'art. 321 ch. 2 CP.

Cette double situation est nuisible: le juge civil n'a pas de compétence matérielle en matière de surveillance des professions en cause, et ne dispose pas des paramètres généraux pour apprécier l'étendue de la dispense qui est sollicitée, même s'il maîtrise par contre un dossier précis qui lui a été soumis. Le risque de décisions contradictoires et d'une atomisation des levées du secret professionnel affaiblira considérablement la portée de ce dernier dans la pratique. L'art. 321 CP doit être expressément réservé comme dérogeant au système de l'art. 157 al. 2 AP.

On peut enfin se demander si les agents d'affaires ne pourraient pas être également mentionnés à l'art. 157 al. 1<sup>er</sup> let. b AP, au même titre que les médecins, avocats, ecclésiastiques et notaires.

Uni NE: Quant au droit de refuser de collaborer des tiers, inscrit à la section 3, il ne devrait concerner à notre sens que le témoignage et non la production de documents ou l'examen de la personne ou de ses biens. L'article 157 al. 1 lettres c) et d) n'est pas clair à cet égard, puisqu'il parle de déclaration, ce qui semble limiter quoiqu'il en soit la portée de ces lettres au témoignage. Une réserve doit être faite pour la révélation de secret, si les indications mentionnées dans une correspondance sont couvertes par celui-ci.

La lettre d) de l'article 157 qui prévoit le droit de refuser de collaborer pour des faits qui se sont produits avant le divorce devrait concerner que la période du mariage. La même réserve pourrait être faite pour la période de vie en union libre puisque le principe a été inscrit à l'article 156 lettre b). Par ailleurs, il est bien possible que l'article 157 al. 2 couvre le secret bancaire, ce qui devrait faire l'objet de réflexions plus approfondies.

Art. 158

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Dalle spiegazioni degli esperti si legge che questa norma è applicabile soltanto in caso di mancata cooperazione di terzi all'assunzione della prova.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Nicht die Mitwirkung wird bestritten, sondern die Mitwirkungspflicht.

OAFRI: Al. 2 lit. c: Des mesures de contrainte devraient pouvoir être ordonnées également pour assurer la conservation des preuves (par exemple en matière de contrefaçons).

Uni NE: L'article 158, qui réglemente les contestations à l'obligation de collaborer, ne précise pas si le tiers peut attaquer la décision par lequel le tribunal lui ordonne de collaborer ou uniquement la décision par laquelle le tribunal ordonne des

sanctions et l'exécution de la mesure décidée. Ce point devrait être précisé, au moins dans le rapport.

Par ailleurs, il conviendrait de régler spécifiquement l'exécution de la preuve dans le domaine de la filiation, où une partie ne devrait pas pouvoir refuser de se prêter à une expertise. Réserver le pouvoir d'appréciation du tribunal est insuffisant dans ce domaine, puisqu'il est nécessaire que l'enfant soit clairement fixé sur la paternité. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de procéder à une expertise que le recours devrait être fait au pouvoir d'appréciation du juge en matière probatoire.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 158 Abs. 2 VE schafft eine Konkurrenz zwischen Ordnungsbusse (lit. a) und Androhung der Ungehorsamsstrafe (lit. b). Die Ordnungsbusse, welche als solche zur Mitwirkung der betreffenden Person nicht verhilft, kann ohne Schaden weggelassen werden.

Art. 159

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Art. 159 Abs. 2 VE ZPO ist unglücklich formuliert, da die Bestimmungen, auf die verwiesen wird, unseres Erachtens nicht existieren. Wir gehen davon aus, dass damit auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen werden soll, die den Freibeweis in Streitsachen, in denen Kindesinteressen betroffen sind, akzeptiert.

BE: Die - abschliessende - Aufzählung der zulässigen Beweismittel ist sinnvoll und wird begrüsst. Aus bernischer Sicht fehlt jedoch die gewöhnliche Parteibefragung als Beweismittel. Es wird hierzu auf die Ausführungen zu Art. 186 VE (Beweisaussage) verwiesen, in deren Rahmen auch ein Vorschlag für eine neue Bestimmung, welche die Parteibefragung mitumfasst, präsentiert wird. Wird der dort vertretenen Ansicht gefolgt, muss Art. 159 Abs. 1 lit. f VE wie folgt ergänzt werden: "*Parteibefragung und Beweisaussage*".

BL: Abs. 1: Antrag: In Buchstabe a. sind statt des Zeugnisses die Zeuginnen und Zeugen zu nennen (ebenso im Titel des nachfolgenden 1. Abschnitts), desgleichen in Buchstabe e. die Auskunftspersonen. Buchstabe f. ist zu streichen.

LU: Wir beantragen, die Liste der zulässigen Beweismittel mit der schriftlichen Zeugenbescheinigung im summarischen Verfahren zu ergänzen.

NW: Siehe die Ausführungen zu Art. 52.

TG: Abs. 1: Diese Aufzählung darf nach unserer Auffassung nicht abschliessend sein.

TI: Cpv. 3: Non si comprende perché l'ispezione debba essere limitata a quella "oculare", quando invece esiste quella uditiva, olfattiva, tattile, gustativa.

Sarebbe allora più corretto parlare di ispezione sensoriale (che comprende appunto tutti e cinque i sensi).

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir empfehlen, neben der in Art. 159 Abs. 1 lit. f bzw. in Art. 186 aufgeführten, unter strengen formellen Voraussetzungen stehenden Beweisaussage einerseits sowie dem in Art. 51 vorgesehenen informellen gerichtlichen Fragerecht andererseits auch noch das Parteiverhör als weiteres Beweismittel vorzusehen: Mittels eines solchen Parteiverhörs als mildere Form der Beweisaussage (es erfolgt kein formeller Verweis auf die Strafandrohungen bei falscher oder verweigerter Aussage; die Aussage wird jedoch protokolliert) kann nämlich häufig bereits zu Beginn einer Verhandlung der wesentliche Sachverhalt weitgehend geklärt werden und den Parteien danach, noch vor Abnahme weiterer Beweise (insbes. Zeugenbefragungen), bereits ein Vergleichsvorschlag unterbreitet werden. Viele Verfahren lassen sich so auf effiziente Weise erledigen (vgl. dazu Art. 273 ff. resp. Art. 279 der geltenden ZPO-BE).

LPS: Articles 159 al. 1 litt. f et 186 PCS: A notre sens, l'interrogatoire des parties n'est pas à proprement parler un moyen de preuve, comme le sont le témoignage, les titres, l'inspection ou l'expertise. Il doit permettre au juge de déterminer quels faits sont admis et quels faits ne le sont pas, de manière à limiter l'administration des preuves à ces derniers (art. 145 al. 1).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Numerus clausus abzulehnen, führt ggf. nur zum Kampf um Definitionen resp. um die Wahl der richtigen Form des Beweises (vgl. Urkundenbeweis bei Noven). Steht auch nicht im Einklang mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

FSA: Le principe du numerus clausus des moyens de preuves a fait l'objet d'après discussions. Au final, la FSA se prononce contre le principe du numerus clausus et propose en conséquence de reformuler l'art. 159 al. 1 AP de la manière suivante:

*al. 1 Sont notamment admissibles comme moyens de preuve: ...*

SchKG-Vereinigung: Abs. 1: Nach Bst. a neuer Bst.: Auskunftsperson.

swissmem: In die Liste der Beweismittel könnte das Affidavit explizit aufgenommen werden, da es nicht ohne weiteres dem Urkundenbegriff unterstellt werden kann.

Uni BE: Numerus clausus der zulässigen Beweismittel: Art. 159 Abs. 2 ist zu streichen, denn: 1. Was sind "die Bestimmungen über Kinderbelange"? 2. Die Beweismittel von Abs. 2 passen durchaus in Abs. 1.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Die schriftliche Auskunft gemäss Art. 159 Abs. 1 lit. e VE ist zu streichen.

Art. 160

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: Article 160 et suivants PCS: Une différence nette est maintenue entre les déclarations d'une partie et les déclarations d'un témoin, défini comme "*toute personne qui n'a pas la qualité de partie*". Quand bien même cette distinction a

tendance à s'estomper dans d'autres domaines de la procédure, en particulier en arbitrage (notamment pour des parties personnes morales où il peut être artificiel de tracer une limite rigide entre la catégorie des employés à considérer comme témoins et la catégorie des cadres à considérer comme la partie elle-même, partie qui s'exprime par ses organes), ce choix est probablement judicieux dans la mesure où l'on attend que la future loi fédérale reste une forme de dénominateur commun entre les 26 codes cantonaux existants.

Cela étant, la distinction entre parties (ou leurs représentants dans le cas de personnes morales) et témoins pose d'autres problèmes, notamment celui des contacts qui peuvent ou non intervenir entre les parties, leurs conseil et les témoins, par exemple avant une audience. L'avant-projet est muet sur ce point. La question de savoir si un témoin peut être approché par une partie et/ou son conseil, s'il peut être interrogé en dehors d'une audience par la partie et/ou son conseil (dans l'optique de savoir si le témoin doit ou non être cité) ou même s'il peut être d'une certaine manière "préparé" pour une audience (selon le système pratiqué notamment aux Etats-Unis) mérite en tout état de cause une réponse. Il est possible cependant que l'on souhaite laisser aux règles de déontologie professionnelle des avocats le soin de régler ces questions, mais un tel choix pourrait représenter l'inconvénient d'une solution incomplète puisqu'il se limiterait aux conseils des parties et n'aborderait pas la questions des relations directes entre parties et témoins. Peut-être le silence de l'avant-projet est-il un silence qualifié qui signifie que tous ces contacts ne posent pas de problèmes (sauf bien entendu la subornation de témoin); le rapport devrait alors le dire.

Article 160 PCS: L'art. 160 semble limiter l'admissibilité d'un témoignage à la connaissance directe de faits (interdiction du *hearsay*), alors que le rapport indique que cela n'exclut pas *a priori* le témoignage indirect. Cette contradiction apparente devrait être clarifiée, de façon à ce que le statut du *hearsay* soit réglé.

- LU: Diese Bestimmung ist unseres Erachtens zu eng formuliert. Eine Person kann nicht nur über eigene Wahrnehmungen zur Sache Zeugnis ablegen. Auch Zeugnissen vom Hörensagen kann eine - wenn auch beschränkte - Beweiskraft zukommen.
- SO: Die Folgen des Ausbleibens eines Zeugen sind im Vorentwurf nicht geregelt. Eine Regelung wie in § 176 der Solothurnischen ZPO wäre wünschenswert.
- TG: Der Zeuge vom Hörensagen hat nach wie vor Bedeutung.
- TI: Ammettendo a testimoniare solo i terzi ed escludendo così gli azionisti minoritari oppure gli organi di una persona giuridica che è parte in un processo si effettua una restrizione delle persone abilitate a testimoniare. Tuttavia questa restrizione viene compensata con l'introduzione dell'art. 186 AP riguardo le deposizioni delle parti.
- ZG: Art. 160 ff.: Der Vorentwurf enthält keine Bestimmungen über die Zeugnis(un)fähigkeit. Eine entsprechende Ergänzung ist wünschenswert (vgl. z.B. § 166 ZPO ZG: <sup>1</sup>Als unfähiger Zeuge darf nicht gehört werden, wer die zur Wahrnehmung eines Vorganges oder Gegenstandes erforderlichen Sinnes- und Geisteskräfte im Zeitpunkt, da die Wahrnehmung gemacht worden sein muss, nicht besass oder der Fähigkeit ermangelt, früher gemachte Wahrnehmungen richtig wiederzugeben. <sup>2</sup> In Ehesachen kann weder Zeugnis ablegen noch Aus-

*kunftsperson sein, wer bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Stelle für Familienmediation für die Ehegatten tätig gewesen ist.*)

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Zur Klärung einer in der Praxis häufig umstrittenen Frage sollte festgehalten werden, dass Organe juristischer Personen nicht Zeugnis ablegen können, sondern als Partei befragt werden müssen.

LPS: L'institution du témoin amené mériterait d'être reprise de façon générale, car elle est commode et économique.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Une différence nette est maintenue entre les déclarations d'une partie et les déclarations d'un témoin, défini comme "*toute personne qui n'a pas la qualité de partie*". Quand bien même cette distinction a tendance à s'estomper dans d'autres domaines de la procédure, en particulier en arbitrage (notamment pour des parties personnes morales où il peut être artificiel de tracer une limite rigide entre la catégorie des employés à considérer comme des témoins et la catégorie des cadres à considérer comme la partie elle-même, partie qui s'exprime par ses organes), ce choix est probablement judicieux dans la mesure où l'on attend que la future loi fédérale de procédure civile suisse reste une forme de dénominateur commun entre les 26 codes cantonaux existants.

Cela étant, la distinction entre parties (ou leurs représentants dans le cas de personnes morales) et témoins pose d'autres problèmes, notamment celui des contacts qui peuvent ou non intervenir entre les parties, leurs conseils et les témoins, par exemple avant une audience. L'AP est muet sur ce point. La question de savoir si un témoin peut être approché par une partie et/ou son conseil, s'il peut-être interrogé en dehors d'une audience par la partie et/ou son conseil (dans l'optique de savoir si le témoin doit ou non être cité) ou même s'il peut être d'une certaine manière "*préparé*" pour une audience (selon le système pratiqué notamment aux Etats-Unis) mérite en tout état de cause une réponse. Il est possible cependant que l'on souhaite laisser aux règles de déontologie professionnelle des avocats le soin de régler ces questions, mais un tel choix pourrait représenter l'inconvénient d'une solution incomplète puisqu'il se limiterait aux conseils des parties et n'aborderait pas la question des relations directes entre parties et témoins. Peut-être le silence de l'AP est-il un silence qualifié, qui signifie que tous ces contacts ne posent pas de problèmes (sauf bien entendu la subornation de témoin); le Rapport devrait alors le dire.

L'art. 160 AP semble limiter l'admissibilité d'un témoignage à la connaissance directe de faits (interdiction du *hearsay*), alors que le Rapport indique que cela n'exclut pas a priori le témoignage indirect (rapport, p. 83). Cette contradiction apparente devrait être clarifiée, de façon à ce que le statut du *hearsay* soit réglementé d'une façon suffisamment précise.

DJS: Der Klarheit halber sollte ergänzt werden, dass die Organe einer juristischen Person nicht Zeugen sein können. Dies geht e contrario aus Art. 186 hervor.

DJZ: Der Klarheit halber sollte ergänzt werden, dass die Organe einer juristischen Person nicht Zeugen sein können. Dies geht e contrario aus Art. 186 hervor.

FRC: Pour la FRC, il serait utile de préciser que les organes d'une personne morale ne peuvent déposer comme témoin.

FSA: Il y a lieu de supprimer la seconde partie de l'art. 160 AP: "... sur des faits dont elle a eu une perception directe": cette condition mise à la faculté d'être entendu comme témoin est de nature à entraîner des problèmes d'interprétation et des discussions stériles sur ce qu'il faut entendre par "perception directe". Selon le principe général, le juge apprécie la valeur du témoignage "indirect".

swissmem: In die Liste wäre auch die Sicherstellung bzw. Bevorschussung von Nachbesserungskosten im Falle der Gewährleistung aufzunehmen, nachdem das Bundesgericht in BGE 126 II 230 den Nachbesserungspflichtigen dazu verpflichtet hat.

Uni GE: L'art. 160 semble limiter l'admissibilité d'un témoignage à la connaissance directe de faits (interdiction du *hearsay*), alors que le Rapport indique que cela n'exclut pas *a priori* le témoignage indirect (Rapport, p. 83). Cette contradiction apparente devrait être clarifiée, de façon à ce que le statut du *hearsay* soit réglé.

Uni NE: A notre sens, il convient de supprimer la référence à la perception directe. Le rapport est d'ailleurs contradictoire à égard, puisqu'il indique que le juge peut malgré tout tenir compte d'un témoignage portant sur des faits dont une personne n'a pas eu de connaissance directe, selon sa libre appréciation. Il est dangereux d'introduire dans notre procédure un concept typiquement anglo-saxon, d'application extrêmement délicate qui, aux Etats-Unis en tout cas, fait l'objet de développements sans fin. La disposition devrait dès lors être formulée de la manière suivante "*Peut témoigner toute personne qui n'a pas la qualité de partie*".

Art. 161

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: In Abs. 3 sollte die rogatorische Zeugeneinvernahme ausdrücklich im Wortlaut erwähnt werden und nicht mit Verhinderungsgründen des Zeugen vermischt werden. Die zweckmässige Anwendung der rogatorischen Zeugeneinvernahme soll möglichst dem Gericht überlassen bleiben und als eines der verfahrensersleichternden Mittel nicht unnötig erschwert werden.

LU: Die Möglichkeit, wonach das Gericht den Parteien in denjenigen Fällen, in denen die Vorladung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, ausnahmsweise gestatten kann, Zeuginnen oder Zeugen ohne Vorladung mitzubringen, sollte nur dann zulässig sein, wenn das Gericht und - via Gericht - die Gegenpartei vorgängig darüber orientiert werden.

SH: In Abs. 3 sollte die rogatorische Zeugeneinvernahme ausdrücklich im Wortlaut erwähnt werden und nicht mit Verhinderungsgründen des Zeugen vermischt werden. Die zweckmässige Anwendung der rogatorischen Zeugeneinvernahme soll möglichst dem Gericht überlassen bleiben und als eines der verfahrensersleichternden Mittel nicht unnötig erschwert werden. Es soll im Ermessen des Gerichtes liegen, einen Zeugen (insbesondere einen weniger bedeutenden) rogatorisch einvernehmen zu lassen, und zwar unabhängig von "wichtigen Gründen".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni LA: Al. 2: La possibilité pour les parties d'amener des témoins à l'audience devrait être prévue sans limitation, même si la citation ne présente pas de difficulté majeure, aux avantages et risques de la partie qui choisit d'agir ainsi.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 161 Abs. 2 VE ist zu streichen. Das *Mitbringen eines Zeugen* ist kein rechtlich fassbarer Tatbestand. Der "mitgebrachte" Zeuge hat seitens der Partei offensichtlich vom Stattfinden der Verhandlung erfahren. Dazu braucht es keine Bewilligung, doch ist ein solcher Zeuge über die Umstände der Kontaktnahme im Hinblick auf eine denkbare Beeinflussung zu befragen (Art. 163 lit. b VE).

Art. 162

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Damit der Zeuge seine Pflichten und Rechte umfassend versteht, sollte in Art. 162 Abs. 1 erwähnt werden, dass der Zeuge vor der Einvernahme nebst dem Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen *gleichzeitig* auf ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen wird. Die Regelung des Zeugnisverweigerungsrechts in Art. 154 VE ZPO allein reicht unseres Erachtens nicht.

TI: Con l'AP i testimoni non sottostanno più al giuramento.

Cpv. 3: D'un canto, il progetto è più restrittivo rispetto al CPC-Ti, dove il teste non ha bisogno di alcuna autorizzazione del tribunale per consultare dei suoi conteggi, cifre, date o simili particolari.

D'altro canto è più permissivo, visto che il tribunale può autorizzare la consultano anche di altre note scritte, mentre ciò non può essere secondo la lettera del CPC-Ti.

La maggioranza della Commissione approva la soluzione proposta dal Progetto.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'AP ne prévoit que la forme orale de l'audition de témoin lors de l'audience. Il serait judicieux et souhaitable de laisser aux parties la possibilité de produire des déclarations écrites de témoins d'un commun accord (selon des modalités de forme à définir), ceci dans le but de permettre des témoignages complets tout en allégeant la durée d'une audience, ce qui peut être utile dans le cas de procédures complexes. Telle pratique des déclarations écrites a fait ses preuves en arbitrage commercial et l'on voit mal l'argument qui s'opposerait à l'admissibilité de tels modes de preuve lorsque les deux parties souhaitent recourir à des déclarations écrites de témoins.

L'on pourrait simplement ajouter un alinéa 5 dont la teneur pourrait être:

*Les parties peuvent également produire des déclarations écrites des témoins qui peuvent dispenser de leur audition si l'autre partie y consent.*

FSA: Terminologie: pour lever toute ambiguïté, l'art. 162 al. 2 AP doit être reformulé. Le témoin n'est évidemment pas entendu tout seul lorsqu'il témoigne.

*al. 2 Chaque témoin est interrogé hors la présence des autres témoins; la confrontation est réservée.*

OAFRI: Article 162 et 163: L'assermentation du témoin n'est plus prévue. On se demande si cette omission est volontaire ou s'il s'agit d'un oubli.

Art. 163

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: Articles 163 et 164 PCS: Les dispositions en relation avec le contenu de l'audition des témoins (art. 163 et 164 PCS) sont problématiques.

L'art. 163 lit. c PCS pourrait être source de flou procédural en pratique, dans la mesure où il prévoit simplement que le témoin doit "*exposer les faits de la cause qu'il a constaté*", sans autre précision et délimitation entre déclaration spontanée du témoin et les questions que le tribunal ou les parties souhaitent poser au témoin.

En outre, à en croire la lettre de cette disposition, le rôle du tribunal se limiterait à écouter la narration du témoin sur les faits de la cause, puis à offrir la possibilité aux parties de leur poser des questions complémentaires (art. 164 PCS), ce qui procède d'une conception étroite de la maxime des débats (qui réserve au juge la possibilité de poser spontanément des questions au témoin). L'avant-projet devrait clairement définir les responsabilités du juge en lui "imposant" un rôle actif lors de l'audience: le risque étant que certains magistrats, sous prétexte d'appliquer la maxime des débats, arrivent aux audiences d'enquêtes non préparés et se limitent à dicter un procès-verbal d'audience.

Quant à l'art. 164 PCS, il est regrettable que le droit des parties soit cantonné aux seules "*questions complémentaires*" et que celles-ci soient principalement posées par le tribunal pour le compte de la partie concernée (selon le rapport, les parties et leurs représentants n'ont en principe par le droit d'interroger directement les témoins car l'on craint que ces questions soient "*insidieuses*"; les questions complémentaires devraient généralement être soumises au tribunal préalablement).

TI: L'AP ha tuttavia un approccio differente in quanto le generalità del teste (lit a); le sue relazioni personali con le parti e altre circostanze che influiscono sulla sua credibilità (lit. b) vengono chieste nel merito dell'interrogatorio e non sono confinate a quella fase preliminare e formale che oggi esiste nel CPC-Ti. Si tratta di un sistema più elastico e sicuramente più interessante di quello odierno, siccome è atto a fornire tutti gli elementi utili per meglio apprezzare la portata della deposizione.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Ces dispositions sont problématiques dans l'optique de la maxime des débats et du rôle des conseils des parties. La réglementation proposée et les explications du Rapport sont inutilement strictes à l'égard du droit des parties de poser des questions aux témoins. La formulation devrait être revue pour assurer suffisamment de souplesse, tout en maintenant le rôle primordial du tribunal dans l'interrogation des témoins.

En particulier, l'art. 163 litt. c AP pourrait être source de flou procédural en pratique, dans la mesure où il prévoit simplement que le témoin doit "*exposer les faits de la cause qu'il a constatés*", sans autre précision et délimitation entre une

déclaration spontanée du témoin et les questions que le tribunal ou les parties souhaitent poser au témoin.

Quant à l'art. 164 AP, il est regrettable que le droit des parties soit cantonné aux seules "*questions complémentaires*" et que celles-ci soient principalement posées par le tribunal pour le compte de la partie concernée (selon le Rapport, les parties et leurs représentants n'ont en principe pas le droit d'interroger directement les témoins car l'on craint que ces questions soient "*insidieuses*"; les questions complémentaires devraient généralement être soumises au tribunal préalablement; rapport, p. 84).

KassZH: Zu prüfen ist die Aufnahme eines *Verbots von Suggestivfragen* bzw. des Grundsatzes, wonach die zu klärenden Umstände nicht schon in der Frage enthalten sein sollen.

Uni GE: Les dispositions en relation avec le contenu de l'audition des témoins (articles 163 et 164 PCS) sont problématiques. A en croire la lettre de l'article 163 lit c PCS, le rôle du tribunal se limiterait à écouter la narration du témoin sur les faits de la cause, puis à offrir la possibilité aux parties de leur poser des questions complémentaires (article 164 PCS), ce qui procède d'une conception étroite de la maxime des débats (qui réserve au juge la possibilité de poser spontanément des questions au témoin...). La PCS devrait clairement mettre le juge devant ses responsabilités en lui "imposant" un rôle actif lors de l'audience: la pratique démontre en effet que certains magistrats, sous prétexte d'appliquer la maxime des débats, arrivent aux audiences d'enquêtes non préparés et se limitent à dicter un procès-verbal d'audience...

Art. 164

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der Inhalt des deutschen und des französischen Berichts zu Art. 164 VE ist nicht deckungsgleich. Die französische Version kann so verstanden werden, dass gegen die Ablehnung von Ergänzungsfragen sofort - das heisst während der Verhandlung - ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Der deutsche Text sieht - zu Recht - lediglich vor, dass die zu Unrecht erfolgte Ablehnung beantragter Ergänzungsfragen einen Rügegrund darstellen kann, der im Rechtsmittelverfahren gegen den Entscheid in der Hauptsache geltend gemacht werden kann. Es ist daher in der (französischsprachigen) Botschaft unbedingt klarzustellen, dass kein sofortiges Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Ergänzungsfragen ergriffen werden kann.

TI: Anche nel CPCF è il giudice che pone le domande al testimone, mentre (almeno in teoria) le parti possono porre al teste delle domande aggiuntive soltanto con il consenso del giudice.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Einfügen eines zweiten Absatzes: Hinweis bzw. Statuierung der richterlichen Fragepflicht bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien.

Art. 165

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Novità rispetto al CPC-Ti che prevede solo il confronto tra i testimoni (art. 234) ma non quello con le parti.

Art. 166

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TG: Diese Vorschrift ist unnötig und daher zu streichen.

TI: Questo mezzo di prova non esiste nel CPC-Ti, ma è stato giustamente introdotto nell'AP. La testimonianza peritale, oltre a riferire sui fatti in qualità di teste oppure riferire su questioni di fatto basandosi su conoscenze speciali in qualità di perito, permette la combinazione tra le due forme citate. In altre parole una persona può testimoniare su fatti e allo stesso tempo effettuare delle conclusioni specialistiche ("fachkundige Schlussfolgerungen") nella forma prevista per le testimonianze.

E' uno strumento utile e che permette di accelerare i processi, evitando (a dipendenza delle circostanze concrete) di ricorrere alla prova peritale formale, che notoriamente è una prova lenta.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni LA: La règle proposée est judicieuse si elle signifie, comme on croit le comprendre, que le tribunal peut aussi entendre sur des questions techniques un spécialiste qui comparaît comme témoin car il a eu une perception directe des faits litigieux au sens de l'art. 160 AP (p. ex.: le médecin traitant d'une partie ou l'architecte qui a dirigé le chantier litigieux). Il faut cependant être conscient d'un risque de dérive, les parties pouvant tenter de faire entendre selon l'art. 166 AP des spécialistes de leur choix, sans aucune connaissance directe des faits de la cause, soit pour épargner les frais et les lenteurs d'une expertise, soit pour tenter de mettre en cause les appréciations du ou des experts judiciaires. Peut-être un deuxième alinéa excluant expressément ces hypothèses serait-il opportun.

Uni NE: L'article 166, sur le témoignage-expertise, devrait préciser que ce type d'audition n'est possible que lorsqu'une expertise ne l'est pas. A défaut, les parties risquent souvent de tenter d'avoir recours à des expertises déguisées, ce qui ne se justifie aucunement. Le témoignage-expertise peut par exemple se justifier lorsqu'un médecin a constaté des faits au lieu de l'accident, ou lorsqu'une personne a constaté certains faits dans l'exercice de ses fonctions et que l'objet à expertiser n'existe plus.

Art. 167

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die laut Bericht vorgesehene Beschwerdemöglichkeit gegen den Entscheid des Gerichts über das Gesuch um Protokollberichtigung ist abzulehnen, weil sie sich als nutzlos erweisen würde. Die oberinstanzlich mit der Angelegenheit

befassten Personen waren an der Verhandlung, an welcher die umstrittenen Äusserungen gefallen sind, nicht dabei und können daher nicht besser als das mit der Sache befasste Gericht darüber befinden. Auch die Befragung der beteiligten Personen bringt die obere Instanz nicht weiter, weswegen das vorgesehene Rechtsmittel nur Zeit und Geld kostet.

Es ist jedoch zu begrüßen, dass neben - der im Kanton Bern üblichen - Protokollierung der Zeugenaussage mit anschliessender Unterzeichnung des Protokolls durch den Zeugen auch die Möglichkeit anderer Aufzeichnungsarten (z.B. mit Tonband) vorgesehen ist. Es wird an den Kantonen sein, sich für die eine oder andere Lösung zu entscheiden.

FR: Cette disposition (comme les autres consacrées aux procès-verbaux: art. 175, 201 et 226) ne dit rien quant à la /aux signature/s de cet acte par l'autorité judiciaire: qui doit le signer. Il paraît judicieux de préciser, dans cette disposition, que pour des motifs de célérité, les procès-verbaux ne doivent pas être signés par les personnes entendues puisque le procès-verbal est dicté par le Président en présence de la personne concernée.

LU: Wir schlagen vor, dass abgelehnte Ergänzungsfragen der Parteien nur auf Antrag einer Partei protokolliert werden.

NE: Nous n'approuvons pas la verbalisation systématique des témoignages (art. 167), lorsqu'il s'agit d'une procédure simplifiée. Les art. 237ss ne prévoient rien de tel. Il paraît suffisant qu'une des parties puisse demander la verbalisation, si nécessaire.

NW: Anstatt generell ein Wortprotokoll zu führen, sollte es den Gerichten freistehen, ein solches nur bei Bedarf vorzunehmen. Unter diesem Aspekt könnte eine Bestimmung analog zu Art. 160 Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden zur Anwendung kommen: *Die Zeugenaussagen sind in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll zu nehmen, der Zeugin oder dem Zeugen vorzulegen oder vorzulesen und von ihr beziehungsweise ihm zu unterzeichnen (Abs. 1). Im Einverständnis der anwesenden Parteien und der Zeugin oder des Zeugen kann eine andere Art der Protokollierung angewendet werden (Abs. 2).*

Begründung: Administrative Erleichterung und Entlastung der/des Gerichtsschreiber/Personals.

TI: Cpv. 1: per chiarezza è opportuno aggiungere che la verbalizzazione avviene a cura del Tribunale: "*Le deposizioni sono verbalizzate o registrate a cura del Tribunale*".

La possibilità prevista al cpv. 2 di richiedere delle successive rettifiche del verbale è nuova e poco convincente.

Un verbale è, per definizione, dettato (dal giudice o dalle parti) alla presenza di tutte le parti coinvolte. Firmando il verbale le parti, rispettivamente il teste, ne attestano la correttezza materiale.

Ergo, delle rettifiche successive non devono essere ammesse, se non per degli errori di stampa o delle sviste manifeste, che vanno sollevati immediatamente (ossia *seduta stante*).

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Aus Beweisgründen im Falle einer späteren Strafuntersuchung wegen falschen Zeugnisses (Art. 307 StGB) halten wir es für unumgänglich, dass die Zeugin bzw. der Zeuge das Protokoll unterzeichnet. Sollte er bzw. sie dies verweigern, sind die Gründe dafür zu protokollieren.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Formulierung "... werden zu Protokoll genommen oder aufgezeichnet ..." lässt zu viel Spielraum offen. Gelangt ein Prozess bis ins Beweisverfahren, dann rechtfertigt es sich, ein wörtliches Protokoll zu verlangen. Ein wörtliches Protokoll ist für eine fundierte Beweiswürdigung und für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren sehr wichtig. Da immer weniger Gerichtsschreiber Stenographie beherrschen, die Protokolle immer summarischer und ungenauer werden und nicht alle Einvernahmen aufgezeichnet werden, muss der Gesetzgeber die Anordnungen aufstellen, welche ein gutes Protokoll sicherstellen.

Formulierungsvorschlag Art. 167 Abs. 1:

*Die Aussagen der Zeuginnen und Zeugen werden wörtlich zu Protokoll genommen oder aufgezeichnet. Zu Protokoll genommen werden auch abgelehnte Ergänzungsfragen der Parteien.*

KassZH: Abs. 1: Lückenhaft und unbestimmt ist die hier vorgeschlagene einzige Bestimmung über die Protokollierung. Insbesondere fällt auf, dass der Vorentwurf (anders als etwa derjenige zur BStPO, vgl. dort Art. 83-90) *keine allgemeinen Bestimmungen über die Protokollierung* enthält. Selbstverständlich müssen *alle Prozesshandlungen*, d.h. solche des Gerichts, der Parteien sowie auch solche betreffend andere Beweise als Zeugeneinvernahmen, in geeigneter Form verkündet werden. Dazu gehört des weiteren insbesondere auch die Regelung der (qualifizierten) Beweiskraft des gerichtlichen Protokolls sowie die Frage der Aufbewahrung (Archivierung) von Protokollen und anderweitigen Aufzeichnungen.

Die Protokollierung von Zeugenaussagen ist in Prozessen, bei denen der Sachverhalt umstritten ist, in den meisten Fällen von entscheidender Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens, und es muss Gewähr dafür bestehen, dass die Zeugenaussagen möglichst unverfälscht protokolliert werden. Wesentlich ist dabei u.a., dass die Befragung im Protokoll weitestgehend in Form von *Frage und Antwort* wiedergegeben wird und dass eine Partei Anspruch darauf hat, gegebenenfalls eine *wörtliche Protokollierung bestimmter Aussagen* zu verlangen; in Betracht zu ziehen sind auch *anderweitige technische Formen der Aufzeichnung*. Sodann hat der Zeuge das Protokoll zu unterzeichnen bzw. dessen Richtigkeit ausdrücklich zu bestätigen. Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf kantonale Unterschiede (Bericht S. 84/85), denn in einem derart sensiblen Bereich kann es im Rahmen der angestrebten Vereinheitlichung des Prozessrechts nicht Sache der jeweiligen kantonalen Praxis bleiben, die massgeblichen Standards zu bestimmen.

Abs. 2: Betreffend *Protokollberichtigungsbegehren* stellt sich die Frage nach einer entsprechenden *Befristung* (so z.B. auch Art. 89 Abs. 1 VE BStPO).

OAFRI: Les règles sur la tenue du procès-verbal sont insuffisantes et ne peuvent être simplement abandonnées à la pratique locale, comme le prévoit le Rapport. Il n'y a pas véritable unification de la procédure.

OGZH: Wir begrüßen die flexible Regelung und stimmen den Überlegungen im Bericht zu. Immerhin wird der Entwurf mit den Vorschlägen zur CH-StPO abzustimmen sein, welchen in der Vernehmlassung offenbar keine nennenswerte Kritik erwachsen ist (VE CH-StPO Art. 83 - 90; die Bestimmungen könnten praktisch wörtlich übernommen werden, mit Ausnahme der Art. 86 und 87, welche leicht angepasst werden müssten). Wichtig ist uns, dass die Aufzeichnung mittels technischer Hilfsmittel möglich bleibt.

VbernGerichtsschreiber: Im Sinne einer Vereinfachung erscheint es sinnvoll, die Pflicht, abgewiesene Ergänzungsfragen zu Protokoll zu nehmen, auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen dies von der betroffenen Partei verlangt wird.

Uni LA: Al. 2: Les parties ne peuvent faire rectifier le procès-verbal d'audition s'il correspond véritablement aux dires du témoin. En revanche, le tribunal doit statuer sur cette rectification s'il résulte d'une procédure pénale que le témoignage est un faux. Une procédure formelle doit être ici réservée, sur le modèle de l'inscription en faux des procédures latines.

Uni NE: L'article 167 prévoit que la déposition des témoins est enregistrée ou consignée au procès-verbal. A notre sens, pour que la procédure puisse être véritablement simple et rapide, dans les procédures simplifiées, il faudrait prévoir que les dépositions des témoins soient exclusivement orales dans cette procédure, à moins que l'une des parties ou le tribunal juge nécessaire de procéder à une verbalisation. A défaut, l'exigence de la verbalisation risque d'entraîner des coûts importants dans les cantons où elle n'est pas connue pour les procédures simples et rapides. De plus, à partir du moment où on permet à une partie d'exiger la verbalisation, il n'existe aucun risque d'une violation de ses droits procéduraux.

L'article 167, en matière de procès-verbal, ne précise pas de quelle manière et à quel moment les parties doivent requérir une rectification de celui-ci. Une demande postérieure à l'audience était-elle encore possible ? La décision du tribunal est-elle sujette à recours ? Sous quelle forme doit-elle être rendue ?

Art. 168

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Antrag: Aufnahme einer zusätzlichen Bestimmung unter dem Titel "2. Abschnitt: Auskunftspersonen", die wie folgt lautet (Art. 168a):

<sup>1</sup> *Als Auskunftspersonen können Personen befragt werden, die sich auf ein Verweigerungsrecht (Art. 156 und 157) berufen können.*

<sup>2</sup> *Die Auskunftspersonen werden darauf hingewiesen, dass ihre Aussagen der Wahrheit entsprechen sollen. Sie sind nicht zur Aussage verpflichtet.*

AR: Der Inhalt dieser Vorschrift ist unklar. Grundsätzlich sollten Zeuginnen und Zeugen von der Verhandlung ausgeschlossen sein, insbesondere vor ihrer eigenen Einvernahme. Das Gericht sollte sie nicht im Einzelfall ausschliessen müssen, sondern gegebenenfalls zulassen können.

- GE: Tout témoin devrait être empêché d'assister aux actes de la procédure autres que sa propre audition, ce que l'art. 168 PCS laisse pourtant à l'appréciation du tribunal. L'interdiction devrait être absolue, en tous les cas pour les actes de procédure précédant sa propre audition, sous peine de discréditer d'emblée la portée d'une telle audition. A relever que l'art. 162 al. 2 PCS réserve la confrontation entre témoins, ce qui est parfaitement compatible avec ce qui précède.
- SH: Der Inhalt dieser Vorschrift ist unklar. Grundsätzlich sollten Zeuginnen und Zeugen von der Verhandlung ausgeschlossen sein, insbesondere vor ihrer eigenen Einvernahme. Das Gericht sollte sie nicht im Einzelfall ausschliessen müssen, sondern gegebenenfalls *zulassen können*.
- TG: Der Inhalt dieser Vorschrift ist unklar. Entscheidend ist, dass die Zeugenbefragung "im Abstand" der übrigen Zeuginnen und Zeugen erfolgt.
- TI: Si tratta ancora una volta di una novità. Attualmente ciò non è possibile nel nostro Cantone in difetto di base legale (cfr. DTF 27.5.2003 (4P.267-270/2002, consid. 5, non pubblicato in DTF 129 III 445).

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Festgehalten werden sollte an dieser Stelle auch, dass Zeuginnen und Zeugen vor ihrer Einvernahme von der Verhandlung ausgeschlossen sind.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: On saisit mal la délimitation entre l'art. 168 AP (exclusion des débats: "le tribunal peut interdire aux témoins d'assister aux autres actes de la procédure") et l'art. 162 al. 2 AP ("le témoin est interrogé seul et hors la présence des autres témoins").

AVZH: Art. 168 ist unverständlicherweise nur als Kann-Vorschrift formuliert. Zeuginnen und Zeugen sind von den Verhandlungen fernzuhalten. Sie sollen möglichst unbeeinflusst über ihre Wahrnehmungen aussagen.

Formulierungsvorschlag Art. 168:

*Das Gericht schliesst in der Regel Zeuginnen und Zeugen von der übrigen Verhandlung aus.*

SchKG-Vereinigung: Neuer Artikel 168a:

- <sup>1</sup> *Eine dritte Person kann statt als Zeuge als Auskunftsperson angehört werden.*
- <sup>2</sup> *Mit Ausnahme der strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses gelten für die Einvernahme und die Protokollierung die Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme.*

Neuer Artikel 168b:

- <sup>1</sup> *Das Gericht entscheidet, ob eine Person als Zeuge oder Auskunftsperson angehört wird.*
- <sup>2</sup> *Eine Einvernahme als Auskunftsperson statt als Zeuge kann insbesondere bei Personen erfolgen, denen ein umfassendes Verweigerungsrecht gemäss Art. 165 VEZPO zusteht oder wenn sonst eine starke persönliche Verbindung zwischen der angerufenen Person und einer Partei besteht.*

<sup>3</sup> *Organe einer juristischen Person werden üblicherweise als Auskunftsperson angehört, wenn sie in Belangen der juristischen Person auszusagen haben.*

Uni GE: Tout témoin devrait être empêché d'assister aux actes de la procédure autres que sa propre audition, ce que l'article 168 PCS laisse pourtant à l'appréciation du tribunal. L'interdiction devrait être absolue, en tous cas pour les actes de procédure précédant sa propre audition, sous peine de discréditer d'emblée la portée d'une telle audition. A relever que l'article 162 II PCS réserve la confrontation entre témoins, ce qui est parfaitement compatible avec ce qui précède.

Uni NE: L'exclusion aux débats des témoins devrait être la règle à notre sens et non pas sujette à décision du tribunal. Le tribunal ne devrait se prononcer que s'il entend faire une exception au principe.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der Ausschluss der Zeugen von den übrigen Verhandlungen gemäss Art. 168 VE muss zwingend vorgesehen werden, solange die Möglichkeit einer (allenfalls erneuten) Befragung besteht.

Art. 169

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: La formulation devrait être améliorée sur le plan linguistique: "*comme des*" est une expression peu heureuse en français. Elle pourrait simplement être remplacée par "*tel*". Il conviendrait en tout état de cause de mieux mettre en évidence le caractère exemplatif de la liste des documents concernés.

TI: E' auspicabile di allargare il più possibile la lista esemplificativa contenuta nella norma, aggiungendo (fra l'altro) anche gli oggetti corporei (ad es. pistola) e le perizie di parte.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: La formulation devrait être améliorée sur le plan linguistique: "*comme des*" est une expression peu heureuse en français. Elle pourrait simplement être remplacée par "*tel*". Il conviendrait en tout état de cause de mieux mettre en évidence le caractère exemplatif de la liste des documents concernés.

santésuisse: Auch elektronische Dateien können nun explizit unter den Urkundenbegriff fallen. Beweiseignung genügt, Beweisbestimmung ist nicht notwendig

SVM: *Al. 2 (nouveau): Les tribunaux ne sont pas autorisés à ordonner l'apport du dossier du médiateur ou de la médiatrice.*

Cette précision reprend les normes genevoises en la matière et nous estimons qu'une telle disposition renforce le caractère confidentiel de la médiation.

Uni LA: Les dispositions sur les titres et leur production ne comportent pas de procédure spéciale lorsqu'une partie requise de produire un titre à la demande de la partie adverse prétend ne pas le détenir. Il conviendrait de prévoir une dénégation solennelle de possession, susceptible si elle est mensongère d'exposer son auteur aux sanctions pénales de l'art. 306 CP.

Uni NE: A notre sens, la notion de fait *pertinent* n'a pas à figurer dans la définition du titre. Un titre est un document, etc., propre à prouver un fait. Que celui-ci soit

pertinent ou non dépend des circonstances de la cause, et non pas de la qualité de titre du document, etc., en question.

VSGV: Art. 169 bis 173 VE ZPO: Leider werden in der Gerichtspraxis in puncto Beweiskraft die öffentlichen Urkunden vermehrt den privaten Urkunden gleichgesetzt. Die Stärkung des Urkundenbeweises durch öffentliche Urkunden und Register ist deshalb ein zentrales Anliegen unsererseits. Wir würden uns deshalb wünschen, dass zwischen Gegenbeweis und Gegenteilsbeweis klar unterschieden wird und sich diese Gewichtung für die Beweiswürdigung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Im Übrigen begrüßen wir die namentliche Erwähnung der öffentlichen Register in Art. 172 VE ZPO.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 122.

Art. 170

*Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: La définition du titre privé de l'art. 170 al. 2 PCS est critiquable, puisqu'elle se réfère à un document "*établi par un particulier*". Il serait plus adéquat de se limiter à la définition du titre authentique prévue à l'art. 170 al. 1 PCS.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Abs. 2: La définition du titre privé peut être critiquable en tant qu'elle se réfère au concept curieux de l'établissement par un "*particulier*". Il serait plus adéquat d'adopter une définition négative: constituerait un titre privé tout ce qui ne correspond pas à la définition d'un titre authentique selon l'art. 170 al. 1 AP.

Uni GE: La définition du titre privé de l'article 170 II PCS est critiquable, puisqu'elle se réfère à un document "*établi par un particulier*". Il serait plus adéquat de se limiter à la définition du titre authentique prévue à l'article 170 I PCS.

Uni NE: L'article 170 définit les espèces de titre. Cette disposition n'amène rien ou peut même avoir un contenu trompeur. En effet, la lettre rédigée par une autorité n'est pas un titre authentique au sens de l'alinéa 1, et ne semble pas tomber dans la définition de l'alinéa 2 puisqu'elle n'est pas établie par un particulier, mais par un fonctionnaire. Or une telle lettre ne peut être considérée comme revêtue d'une force probante particulière, telle que décrite à l'article 172. A notre sens, il conviendrait dès lors de biffer purement et simplement l'article 170.

Art. 171

*Kantone / Cantons / Cantoni*

Ti: La norma non regola *in quale momento* la controparte deve eccepire la falsità e *in che modo, rispettivamente con quale grado di verosimiglianza* la parte che si prevale di un documento deve provarne l'autenticità.

Sarebbe auspicabile di meglio dettagliare la procedura da seguire, ad esempio sul modello degli art. 216 et seg. CPC-Ti.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

OAFRI: L'art. 9 CC ne règle certes que la force probante de l'acte authentique quant à son contenu. S'agissant de l'authenticité de l'acte, la question relève du droit de procédure. L'expérience montre néanmoins que l'authenticité est la règle et la contrefaçon, l'exception (art. 232 CPC BE, art. 238 CPC FR).

La procédure d'inscription en faux n'est pas réglée.

Uni NE: L'article 171, qui concerne l'authenticité du titre, n'indique pas à quel moment une partie doit soulever le moyen tiré de l'inauthenticité, ni quelle est la procédure applicable à l'examen du moyen. La même remarque peut être faite à l'article 173 qui ne précise pas jusqu'à quel moment une partie doit exiger la production l'original d'une copie certifiée conforme, et quelle procédure s'applique en cas de contestation de la partie adverse. Cette remarque vaut également pour l'alinéa 3 de l'article 173 qui prévoit la traduction d'un titre établi en langue étrangère.

### Art. 172

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Gesetzestext ergänzen um den Text von Art. 9 Abs. 2 ZGB.

Uni LA: La Confédération n'est pas compétente pour fixer le caractère authentique d'un titre qui ne ressortit pas à son droit matériel (malgré ce que pense la commission d'experts, Rapport, p. 86). Il est contradictoire en effet qu'un titre matériel de droit cantonal, ayant des effets qui ne relèvent que de ce seul droit cantonal, puisse voir une force probante (soit sur une question de droit cantonal matériel) relever du droit fédéral !

Ainsi, un procès-verbal de vente aux enchères volontaires ne peut jouir de la force probante selon l'art. 172 AP que si cela est bien la portée que le législateur cantonal a voulu lui attribuer (art. 236 CO). Il est illogique d'admettre une force probante fédérale dans des domaines qui échappent au droit fédéral: de surcroît, la nature probatoire (170 AP) ou solennelle de l'acte ne peut ressortir dans ces cas que du droit cantonal (actuel art. 10 CC *a contrario*).

Les mêmes remarques s'appliquent *mutatis mutandis* au titre authentique étranger. Une fois en vigueur, le CPC suisse s'appliquera, à titre de *lex fori*, à des litiges soumis au droit d'autres pays, ou dans le cadre desquels des titres authentiques d'autres pays seront invoqués. La commission d'experts estime-t-elle réellement que la force probante de ces titres pourraient être régie par l'art. 172 AP ?

### Art. 173

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

GE: Une requête de production de pièces par une partie à l'encontre de l'autre partie ou d'un tiers n'est aucunement envisagée. Ce silence de l'avant-projet est regrettable car il s'agit d'une question qui doit absolument être réglée de façon suffisamment complète, notamment si l'on se réfère à la situation en droit comparé (cas de la *discovery/dislosure* dans les Etats de *common law*) ou en arbitrage.

TI: Cpv. 2: Questa regola costituisce una novità rispetto alla lettera del CPC-Ti, ma non lo è rispetto alla giurisprudenza del TF e del TA, che da tempo hanno sentenziato che non compete al giudice di rintracciare all'interno di un coacervo di voluminosa documentazione, dove stia l'elemento probatorio in favore della parte che l'ha prodotto.

Naturalmente, allorquando quella specificazione avvenga in corso di causa, la controparte avrà diritto di formulare le proprie osservazioni al riguardo.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte in Absatz 3 geklärt werden, dass mit "fremdsprachigen Urkunden" solche gemeint sind, die in einer anderen Sprache als der oder den Amtssprachen des betreffenden Kantons gemeint sind (vgl. Art. 122 Abs. 1 VE-ZPO-CH).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 3: bezügl. Parteiantrag als Kann-Vorschrift ausgestalten, z.B. Nichtberücksichtigung des Parteiantrages auf Übersetzung, wenn die Korrespondenz in dieser Fremdsprache geführt wurde.

AVGE: Une requête de production de pièces par une partie à l'encontre de l'autre partie ou d'un tiers n'est aucunement envisagée. Ce silence de l'AP est regrettable car il s'agit d'une question qui doit absolument être réglée de façon suffisamment complète, notamment si l'on se réfère à la situation en droit comparé (cas de la *discovery* / *disclosure* dans les Etats de *common law*) ou en arbitrage.

OAFRI: La loi ne règle pas les modalités de l'obligation de produire des titres, notamment les cas de contestation de détention ainsi que les mesures à prendre en vue de la sauvegarde de la confidentialité de certaines pièces.

SNV: Im französischen Text sollte nicht von "production", sondern von "*présentation*" die Rede sein. Denn der Ausdruck "production" impliziert, dass die Urschrift herausgegeben wird, was in den Kantonen mit dem System der Urschrift (vgl. vorne, Bemerkungen zu Art. 339 Abs. 1) untersagt ist. Der Ausdruck "*présentation*" ist hingegen gleichwertig mit "vorweisen", was nicht voraussetzt, dass das Dokument herausgegeben wird.

#### Art. 174

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il titolo della Sezione va modificato in: *Ispezione sensoriale*.

Cpv. 1: Come già ricordato più sopra, quella del sopralluogo costituisce l'unica prova che il giudice può disporre d'ufficio.

Cpv. 2: Codifica la giurisprudenza attuale secondo la quale in casi eccezionali si può derogare dal diritto di essere sentiti e l'ispezione è eseguita ad esclusione della/e parte/i (per esempio se vi è particolare urgenza, se per raggiungere lo scopo l'ispezione deve avvenire senza preavviso oppure vi ostano interessi degni di protezione di un terzo).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Einfügen von "ausnahmsweise" in Satz, um zu verdeutlichen, dass die Parteien normalerweise an Augenscheinen dabei sein dürfen, namentlich in Übereinstimmung mit dem Mitwirkungsrecht in Art. 149 Abs. 3 VE

Uni NE: Comme déjà indiqué plus haut, il ne se justifie aucunement que le tribunal puisse exclusivement, en cas de maxime de débats, ordonner d'office des inspections. Deux solutions sont envisageables: soit le tribunal ne peut en aucun cas ordonner les preuves d'office en cas de maxime des débats, soit il peut ordonner, avec une certaine retenue, n'importe quel type de preuves. C'est cette solution qui nous paraît la plus raisonnable.

Pour le reste, l'article 174 définit à satisfaction l'inspection, et son alinéa 4 prend en compte les objets à inspecter qui peuvent être transportés au tribunal sans difficulté.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der zweite Satz von Art. 174 Abs. 2 VE ist zu allgemein formuliert. Es ist nicht ersichtlich, was *wichtige Gründe* sind. Diese müssten zum Gegenstand einer Stellungnahme der Parteien gemacht werden können (Art. 48 VE). Der unangemeldete Augenschein ist eine Ungehörigkeit (Bericht S. 86).

Art. 175

Art. 176

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir erachten es als notwendig, dass der Richter auch Vorschläge der Parteien in Bezug auf die sachverständigen Personen einholen kann. Weiter sollte erwähnt sein, dass die Parteien gegen vorgeschlagene sachverständige Personen sachgerechte Einwände erheben können.

BE: Es ist festzustellen, dass der deutsche und der französischsprachige Text von Art. 176 Abs. 3 VE dem Sinn nach nicht übereinstimmen. Die Bestimmung betrifft nach dem deutschen Wortlaut die Frage, wie das urteilende Gericht Fachwissen von einzelnen Gerichtspersonen in das Verfahren einzubringen hat. Die französische Formulierung könnte so verstanden werden, dass es primär um die Ablehnung der betroffenen Gerichtsperson - z.B. wegen mangelnder Fachkenntnis - geht. Von der Sache her geht es - entsprechend dem deutschen Text - darum, wie das Einbringen von Fachwissen von Gerichtspersonen in das Verfahren zu geschehen hat, damit den Parteien das rechtliche Gehör gewährt werden kann. Insbesondere die französische Version ist also anzupassen. Auch der deutsche Text könnte prägnanter formuliert werden, indem etwa ergänzt würde:

<sup>3</sup> *Eigenes Fachwissen hat das Gericht so in das Verfahren einzubringen, dass die Parteien vor Fällung des Urteils dazu Stellung nehmen können.*

BS: Kann das Gericht von Amtes wegen ein Obergutachten anordnen, wenn die eingeholten Gutachten nicht überzeugen?

FR: Cf. ad art. 167

GE: On relève une contradiction apparente entre l'avant-projet et le rapport s'agissant de savoir qui peut demander une expertise. Alors que le rapport précise qu'en vertu de la maxime des débats, une expertise ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie, l'art. 176 al. 1 PCS ne se réfère aucunement à une telle demande et prévoit simplement que le "*tribunal peut ordonner une expertise (...). Il entend préalablement les parties*". Une telle teneur laisse entendre qu'un tribunal pourrait ordonner une expertise d'office.

JU: Selon le rapport explicatif, l'expertise ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie. Si tel est bien l'idée contenue dans cette disposition, les termes utilisés font plutôt penser le contraire ("le tribunal peut ordonner...").

Sur le fond, nous sommes d'avis que le juge doit pouvoir ordonner d'office une expertise lorsque les connaissances spéciales nécessaires pour apprécier le fait allégué lui font défaut. Si la partie qui a la charge de la preuve refuse le recours à l'expert, le juge peut passer outre et ordonner l'expertise; il peut aussi renoncer à l'expertise avec la conséquence que la partie qui en a la charge aura échoué à rapporter la preuve du fait qu'elle allègue.

De manière plus générale, il conviendrait, dans le domaine de la preuve, de tempérer la maxime des débats et de prévoir un article 147<sup>bis</sup> intitulé "Administration d'office" dont la teneur pourrait être la suivante: *Le tribunal peut administrer d'office les preuves qui lui paraissent nécessaires* (cf. art. 50 al. 2 AP).

LU: Abs. 1: Wir beantragen, dass auch unter der Geltung der Verhandlungsmaxime Gutachten von Amtes wegen angeordnet werden können. Fehlt einem Gericht nämlich das nötige Fachwissen, ist ein ohne Beizug einer sachverständigen Person gefällttes Urteil fragwürdig. Wir schlagen eine Regelung analog § 178 ZPO/LU-ZPO mit folgendem Wortlaut vor: *Das Gericht zieht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen oder mehrere Sachverständige bei, wenn ihm die erforderliche Fachkenntnisse zur Feststellung von Tatsachen oder zur Würdigung des Sachverhalts fehlen. Es hört vorgängig die Parteien an.*

Hinsichtlich der Person der Gutachterin oder des Gutachters regen wir an zu ergänzen, dass das Gericht die Parteien auffordern kann, Vorschläge zu unterbreiten.

Abs. 3: Wir begrüßen die Neuerung, wonach das Gericht das eigene Fachwissen so offen zu legen hat, dass die Parteien dazu Stellung nehmen können. Diese Offenlegung ist aus Gründen der Transparenz wichtig. Zudem beantragen wir, dass die Meinungen der sachverständigen Richterinnen und Richter zu protokollieren sind (vgl. Art. 51 Abs. 1c OG).

TI: Cpv. 1: nella norma occorre specificare che la perizia può essere allestita solo su istanza di parte, escludendo così esplicitamente la possibilità del tribunale di ordinarla d'ufficio.

In sintesi, nel Progetto la portata dell'art. 88 lett. a) CPC-Ti viene modificata nel senso che solo le ispezioni potranno essere ordinate d'ufficio, mentre il giudice non avrà più questa facoltà per le perizie.

La maggioranza della Commissione dissente da questa soluzione, poiché la perizia - come l'ispezione - è necessaria per potere comprendere delle tematiche che sfuggono alla cognizione del giudice. In quei casi, senza la perizia l'intera causa perde di senso. Si propone pertanto che il giudice possa disporla d'ufficio.

Cpv. 3: Nel caso del giudice con conoscenze peritali alle parti deve essere data la possibilità di esprimersi altrimenti tale procedere violerebbe il diritto di essere sentito.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die vorgesehene Pflicht zur Offenlegung gerichtlichen Fachwissens, die bei Fachgerichten wie dem Handelsgericht eine grosse Rolle spielen kann, ist sehr zu begrüßen. Es sollte jedoch klargestellt werden, dass diese Offenlegung stets (d.h. sofern nicht beide Parteien darauf verzichten) schriftlich zu erfolgen hat und die Parteien ihrerseits schriftlich dazu Stellung nehmen können; dies ergibt sich auch aus Art. 51 Abs. 1 lit. c zweiter Satz des geltenden Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG).

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: On relève une contradiction apparente entre l'AP et le Rapport s'agissant de savoir qui peut demander une expertise. Alors que le Rapport précise qu'en vertu de la maxime des débats, une expertise ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie (rapport, p. 87), l'art. 176 al. 1 AP ne se réfère aucunement à une telle demande et prévoit simplement que le "*tribunal peut ordonner une expertise [...] Il entend préalablement les parties*". Une telle teneur laisse entendre qu'un tribunal pourrait ordonner une expertise d'office.

KassZH: Der Vorentwurf lässt eine einleitende Umschreibung der Voraussetzungen, unter welchen *die Parteien Anspruch auf Einholung eines Gutachtens* haben, vermissen. Dies ist dann der Fall, wenn es zur Beweiserhebung *besonderer Kenntnisse bedarf, über welche das Gericht nicht verfügt*. Unklar ist sodann, ob ein Gutachten *nur auf Parteiantrag* hin eingeholt werden darf; der Bericht (S. 87) bejaht dies zutreffenderweise, der Wortlaut des Vorentwurfes ist diesbezüglich unklar.

OGZH: Abs. 3: Diese Klarstellung ist nützlich vor allem im Hinblick auf die Fachgerichte in Handelssachen. Sie entspricht der bisher im Kanton Zürich geltenden Regelung (ZH-GVG 145 Abs. 2), wobei der VE das (bei uns selbstverständlich auch praktisch so gehandhabte) rechtliche Gehör der Parteien besser zum Ausdruck bringt.

Uni LA: Alors même que, dans l'ensemble, la réglementation proposée pour l'expertise est satisfaisante, il est dommage que la commission d'experts n'ait pas saisi l'occasion de la rédaction d'un nouveau code pour trancher la question, controversée, de la possibilité de désigner comme expert une personne morale. Il paraîtrait préférable de ne pas autoriser une telle pratique, notamment parce que l'application des sanctions pénales prévues pour faux rapport (art. 307 CP) serait difficilement applicable à une personne morale, malgré la punissabilité de celle-ci prévue par la nouvelle partie générale du CP...

On saluera en outre l'introduction d'une disposition à l'al. 3 destinée à sauvegarder le droit d'être entendu des parties (qui ne doit cependant pas équivaloir à un droit de refuser cette solution) lorsque le tribunal choisit de ne pas mettre en œuvre une expertise mais de faire appel aux connaissances spéciales d'un ou plusieurs de ces membres. Peut-être se justifierait-il d'introduire encore d'autres dispositions réglementant cette hypothèse, notamment en déterminant dans quelle mesure les constatations du membre spécialiste du tribunal doivent

être alors portées avant la clôture des débats à la connaissance des parties, afin là aussi de leur permettre de se déterminer ?

Uni NE: Même si le rapport retient le principe inverse, l'article 176 al. 1 semble indiquer que le tribunal peut ordonner d'office une expertise. A cet égard, il convient de renvoyer aux remarques concernant l'article précédent. L'alinéa 3 n'indique pas si les parties ont un droit à refuser que le tribunal fasse appel aux connaissances spéciales de l'un de ses membres. A notre sens, tel devrait être le cas puisqu'un juge ne devrait sauf exception pas intervenir en qualité d'expert (voir les règles sur la récusation).

Art. 177

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Entschädigung des Gutachters gehört zu den Gerichtskosten (Art. 86 Abs. 2 lit. c VE). Soll der Entscheid über die Entschädigung rekursfähig sein und muss über die Prozesskosten zudem spätestens im Endentscheid befunden werden (und nicht etwa in einer nachträglichen, separaten Verfügung; Bericht, S. 54 zu Art. 94 VE), so empfiehlt sich eine Vorschrift, dass der Entscheid über die Gutachterentschädigung vor dem Endentscheid zu treffen ist.

Sodann ist die Meinung doch wohl die, dass die Bestandteil der Gerichtskosten bildende Gutachterentschädigung von den Parteien später nicht mehr – sei es im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittels oder über eine Kostenbeschwerde (Art. 102 VE) – soll angefochten werden können. Dann ist es aber fragwürdig, den Parteien die Möglichkeit, gegen den Entscheid über die letztlich von ihnen zu tragende Entschädigung zu rekurrieren, abzuschneiden. Es wird vorgeschlagen, dass auch die Parteien gegen den Entscheid rekurrieren können.

BE: Im Titel der französischen Version ist das "s" in "experts" zu streichen.

SG: Die Entschädigung des Gutachters gehört zu den Gerichtskosten (Art. 86 Abs. 2 Bst. c). Soll der Entscheid über die Entschädigung rekursfähig sein und muss über die Prozesskosten zudem spätestens im Endentscheid befunden werden (und nicht etwa in einer nachträglichen, separaten Verfügung; Bericht, S. 54 zu Art. 94), so empfiehlt sich eine Vorschrift, wonach der Entscheid über die Gutachterentschädigung vor dem Endentscheid zu treffen ist.

Sodann ist die Meinung wohl die, dass die Bestandteil der Gerichtskosten bildende Gutachterentschädigung von den Parteien später nicht mehr – sei es im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittels oder über eine Kostenbeschwerde (Art. 102) – soll angefochten werden können. Dann ist es aber fragwürdig, den Parteien die Möglichkeit, gegen den Entscheid über die letztlich von ihnen zu tragende Entschädigung zu rekurrieren, abzuschneiden. Wir beantragen, dass auch die Parteien gegen den Entscheid rekurrieren können.

TI: Cpv. 2: A differenza dell'AP l'art. 33 LTG prevede che il giudice decide sull'indennità del perito *inappellabilmente*. La Commissione concorda con la soluzione dell'AP, a condizione che questa possibilità di impugnativa sia estesa anche alle *parti*.

La norma è silente circa l'eventuale obbligo del perito di accettare l'incarico, che va invece inserito (quale nuovo cpv. 3).

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

DJS: Wir gehen davon aus, dass die Parteien die Höhe der an sachverständige Personen ausgerichteten Entschädigungen als Teil der ihnen mit der Urteilsgebühr auferlegten Auslagen mit einem Rechtsmittel gegen den Kostenentscheid anfechten können. Sollte dies nicht die Meinung sein, so müssten auch die Parteien zum Rekurs gegen den gerichtlichen Entscheid über die Entschädigung berechtigt sein. Auf jeden Fall sollte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zur Rechnung der sachverständigen Person gewährt werden.

OGZH: Wir würden auch den Hinweis auf das Amtsgeheimnis ausdrücklich aufnehmen.

Vorschlag:

*(Abs. 1:) ... gemäss Artikel 307 und der Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 des Strafgesetzbuches ...*

Uni LA: Al. 2: Il paraît surprenant que les parties ne puissent pas attaquer la décision relative à la rémunération de l'expert, nécessairement incluse par la suite dans les frais judiciaires.

Uni NE: L'article 177 précise que l'expert peut attaquer la décision relative à sa nomination par l'appel simplifié. Qu'en est-il de la décision sur sa rémunération ? Les parties ont-elles le même droit ?

Art. 178

## Kantone / Cantons / Cantoni

AR: Dass das Gericht nach Abs. 2 den Parteien in jedem Fall Gelegenheit zur Äusserung zur Fragestellung zu geben hat, ist umständlich und durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht geboten. Es führt zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens. Abs. 2 sollte ersatzlos gestrichen werden.

Die in Abs. 3 vorgeschriebene Ansetzung einer Frist an den Experten wird oft von der Sache her weder möglich noch sinnvoll sein. Die Fristansetzung sollte als Kann-Vorschrift formuliert werden. Dementsprechend müsste Art. 181 Abs. 1 sprachlich leicht angepasst werden.

GE: La fixation de la mission (l'expression "*mandat*" est malheureuse puisqu'elle se réfère à une figure juridique issue du droit privé) de l'expert devrait s'inscrire dans un cadre plus respectueux du droit des parties de se prononcer à cet égard. En particulier, la possibilité donnée au tribunal de soumettre à l'expert les questions "*de vive voix*" (art. 178 al. 1 PCS) est susceptible de remettre en cause le droit des parties de "*s'exprimer sur les questions soumises à expertise et d'en proposer des modifications ou de les compléter*" (art. 178 al. 2 PCS). L'oralité en la matière devrait demeurer l'exception, et être soumise à l'accord préalable des parties. De plus, l'art. 180 PCS entrevoit la possibilité pour l'expert de rendre ses conclusions oralement seulement, ce qui n'est pas souhaitable dans l'hypothèse - qui n'est pas rare en pratique - où le rapport est contesté, voire doit être complété. Cela vaut *a fortiori* lorsqu'une instance de recours est amenée à se prononcer sur ce point.

LU: Wir schlagen vor, den zweiten Teilsatz zu streichen. Gutachterinnen und Gutachter wollen sich in der Regel keiner Frist unterziehen und es ist oft schwierig,

geeignete Gutachterpersonen zu finden. Es ist Aufgabe des Gerichts, dafür besorgt zu sein, dass die Verfahren speditiv ablaufen.

SH: Dass das Gericht nach Abs. 2 den Parteien in jedem Fall Gelegenheit zur Äusserung zur Fragestellung zu geben hat, ist umständlich und durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht geboten. Es führt zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens. Abs. 2 sollte ersatzlos gestrichen werden.

Die in Abs. 3 vorgeschriebene Ansetzung einer Frist an den Experten wird oft von der Sache her weder möglich noch sinnvoll sein. Die Fristansetzung sollte als Kann-Vorschrift formuliert werden. Dementsprechend müsste Art. 181 Abs. 1 sprachlich leicht angepasst werden.

TG: Dass das Gericht nach Abs. 2 den Parteien in jedem Fall Gelegenheit zur Äusserung zur Fragestellung zu geben hat, ist umständlich und durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht geboten. Es führt zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens. Abs. 2 sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

Die in Abs. 3 zudem vorgeschriebene Ansetzung einer Frist an die Expertin oder den Experten wird oft von der Sache her weder möglich noch sinnvoll sein. Die Fristansetzung sollte folglich als Kann-Vorschrift formuliert werden. Dem entsprechend müsste auch Art. 181 Abs. 1 sprachlich leicht angepasst werden.

TI: Cpv. 1: questa regola è molto utile e interessante e sicuramente permetterà di evitare molti problemi nell'allestimento delle perizie (che oggi giorno a volte conducono persino alla nullità delle stesse).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Einfügen des Wortes "*rechtzeitig*" in Satz 2.

AVGE: La mission de l'expert manque de formalisme. Il conviendrait de reformuler l'alinéa 1 comme suit:

*Le Tribunal pose à l'expert, par écrit ou de vive voix, les questions soumises à expertise.*

OAFRI: Le tribunal doit demander à l'expert un devis ou une estimation des frais.

OGZH: Abs. 1: die Formulierung ist uns zu eng. Das Gericht soll nicht nur die Fragen stellen, sondern dem Experten seine Aufgabe erläutern. Ein besonderes Problem ist dabei der Sachverhalt. Häufig werden im Beweisverfahren parallel streitige Sachverhaltsbehauptungen und Fachfragen abgeklärt, nicht selten lässt sich das auch gar nicht sauber auseinander halten. Das Gericht muss dem Sachverständigen also so weit als möglich den Sachverhalt vorgeben, oder aber ihm zur Pflicht machen, seine Antwort in Varianten zu gliedern. Das abstrakt zu formulieren, ist kaum möglich; der Gesetzestext sollte aber mindestens darauf hinweisen.

In einfachen Fällen erscheint es unnötig kompliziert, wenn das Gericht die Parteien zur Fragestellung anhören muss - ihr Äusserungsrecht und damit verbunden das Recht, nach Vorliegen der Expertise die notwendigen Ergänzungsfragen zu stellen, wird dadurch nicht tangiert.

Vorschlag:

<sup>1</sup> *Das Gericht instruiert die sachverständige Person und stellt ihr die zu beantwortenden Fragen schriftlich oder in mündlicher Verhandlung.*

<sup>2</sup> *Es kann den Parteien Gelegenheit geben, ....*

<sup>3</sup> *(unverändert)*

Uni GE: La fixation de la mission (l'expression "mandat" est malheureuse puisqu'elle se réfère à une figure juridique issue du droit privé) de l'expert devrait s'inscrire dans un cadre plus respectueux du droit des parties de se prononcer à cet égard. En particulier, la possibilité donnée au tribunal de soumettre à l'expert les questions "de vive voix" (article 178 I PCS) est susceptible de remettre en cause le droit des parties de "s'exprimer sur les questions soumises à expertise et d'en proposer des modifications ou de les compléter" (article 178 II PCS). L'oralité en la matière devrait demeurer l'exception, et être soumise à l'accord préalable des parties. De plus, l'article 180 PCS entrevoit la possibilité pour l'expert de rendre ses conclusions oralement seulement, ce qui n'est pas souhaitable dans l'hypothèse – qui n'est pas rare en pratique ! – où le rapport est contesté, voire doit être complété. Cela vaut *a fortiori* lorsqu'une instance de recours est amenée à se prononcer sur ce point.

Art. 179

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Cpv. 1: Attribuendo al tribunale la competenza di autorizzare il perito ad eseguire accertamenti propri, senza dare alle parti la possibilità di esprimersi, si pone il problema della nullità della perizia per violazione del diritto di essere sentito.

Ma, fatta questa riserva (risolta con la formulazione: "*Il perito può, con l'accordo preventivo del Tribunale e delle parti....*"), si tratta di una possibilità interessante: ossia permettere al perito di andare oltre quelli che sono gli atti di causa.

Sulle modalità di svolgere questi accertamenti peritali, il cpv. 3 prevede la possibilità per il tribunale di fare rientrare gli stessi nel quadro dei meccanismi tradizionali dell'assunzione delle prove (ad es. sentire una persona come teste, secondo le regole degli art. 160 et seq. CPCF).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1 darf nicht dazu führen, dass die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte der Parteien gemäss Art. 149 Abs. 3 VE in Frage gestellt werden. Dies muss in Art. 179 Abs. 1 VE noch besser formuliert werden.

FSA: La FSA considère qu'en principe l'expert n'a pas à procéder à des investigations personnelles. Si le tribunal considère que de telles investigations sont toutefois nécessaires, celles-ci doivent dans tous les cas intervenir selon les règles de l'administration des preuves, sauf si les parties admettent expressément une délégation à l'expert ou que cette délégation soit dans l'intérêt de tiers (par ex. lors d'expertises psychiatriques).

KassZH: Abs. 1: Dass der Gutachter - mit Zustimmung des Gerichts - eigene Erhebungen durchführen kann, erweckt Bedenken. Im Hinblick auf die Wahrung der Parteirechte sollten insbesondere Befragungen von Dritten in aller Regel durch das Gericht erfolgen.

OAFRI: Article 179 al. 1<sup>er</sup>: Le droit d'être entendu des parties doit être respecté et elles doivent assister aux investigations de l'expert, sauf renonciation ou impossibilité.

Des règles doivent être prévues sur la manière, pour l'expert, de procéder à l'égard des parties.

Article 179 al. 2: Si les investigations sont de nature à pouvoir être exécutées par le tribunal, chaque partie doit pouvoir l'exiger.

Art. 180

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: +/- = art. 252 CPC-Ti, con l'aggiunta (pure interessante) che il giudice può fare obbligo al perito di illustrare il suo referto scritto in occasione di un'udienza.

E' opportuno precisare nella legge che la richiesta di delucidazione scritta non deve precludere una successiva richiesta di delucidazione orale (che comprenda anche quanto delucidato per iscritto).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Les exigences relatives au rapport d'expertise manquent également de formalisme. Si l'on peut bien évidemment concevoir que l'expert présente oralement ses conclusions, il convient que le rapport d'expertise soit dans tous les cas déposé également par écrit (sauf peut-être renonciation expresse de toutes les parties). L'absence d'écrit pourrait être source d'incertitudes et de difficultés si une partie conteste l'expertise et souhaite s'y référer avec précision, notamment devant les juridictions d'appel.

Art. 181

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 2: Antrag: In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung sollte erwähnt werden, dass sie auch bei widersprüchlichen Gutachten gilt.

LU: Wir schlagen vor, diesen Absatz zu streichen, da sonst das Finden von Gutachterpersonen noch schwieriger wird. Zudem erlaubt bereits Artikel 99 VE-ZPO (in der von uns vorgeschlagenen Fassung), die Kosten, die aus Säumnis oder Mangel entstehen, zu Lasten der sachverständigen Person, die sie verursacht hat, zu überbinden.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni LA: Cette disposition est la seule à envisager la possibilité d'une seconde expertise. Peut-être conviendrait-il d'arrêter davantage de règles au sujet de cette dernière, notamment en tentant de déterminer dans quel cas elle peut être requise et en précisant qu'une troisième expertise est en principe exclue.

Art. 182

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Diese Vorschrift ist ersatzlos zu streichen. Dass das Einreichen von Privatgutachten wie übriger Urkunden zulässig sein muss, ist eine Selbstverständlichkeit, die sich aus der Behauptungs- und Beweislast der Parteien ergibt. Die systematische Stellung der Privatgutachten unter den Gutachten könnte indessen dazu verleiten, diesen einen Beweiswert zuzuerkennen, was nicht die Absicht

der Expertenkommission ist und auch nicht sein darf. Prozessuale Zwitter dieser Art sind klar abzulehnen.

BE: Das private Gutachten ist kein Beweismittel, sondern stellt lediglich eine Parteibehauptung dar. Man muss sich daher fragen, ob es systematisch am richtigen Ort ist.

Jedenfalls aber sollte auch aus dem Gesetzestext - wie sinngemäss aus dem Bericht - hervorgehen, dass es wie andere Parteivorbringen zu würdigen ist. Der Gesetzestext könnte beispielsweise wie folgt ergänzt werden:

*Jede Partei kann ein privates Gutachten einreichen. Dieses ist im Rahmen der Beweiswürdigung als Parteibehauptung zu berücksichtigen.*

GE: L'art. 182 PCS permet le dépôt d'une expertise privée sans en préciser la portée juridique. Doit-on assimiler un tel document à l'expertise, moyen de preuve prévu à l'art. 159 al. 1 lit. d PCS, ou le considérer comme une simple pièce ? Il ne serait pas souhaitable de procéder à une telle assimilation, ce que le législateur fédéral doit préciser.

NW: Nach heute herrschender Auffassung stellen Privatgutachten, welche die Parteien einholen und dem Gericht vorlegen, grundsätzlich bloss Parteibehauptungen dar und sind keine Beweismittel, sofern sie nicht im Auftrage beider Parteien erstattet werden.

Systematisch wird das Privatgutachten nun im 3. Kapitel unter dem Titel "Beweismittel", nämlich im 4. Abschnitt unter der Überschrift "Gutachten" aufgeführt. Es gehört somit zu den Gutachten im Sinne von Art. 159 Abs. 1 lit. d des Vorentwurfes.

Dies gibt dem Privatgutachten ein Gewicht, das ihm gemäss der heutigen Rechtsprechung nicht zukommt. Die Einschränkung bezüglich des Beweiswerts erscheint alsdann nur in den Erläuterungen.

OW: Praxisgemäss stellen Privatgutachten, welche die Parteien einholen und dem Gericht vorlegen, grundsätzlich bloss Parteibehauptungen dar (vgl. z.B. Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2001, Kap. 10. N. 152; BGE 105 II 3; 104 V 212). Das Gesetz lässt offen, ob das Privatgutachten nach Art. 182 auf Grund seiner systematischen Stellung im Vorentwurf zu den Gutachten im Sinne von Art. 159 Abs. 1 lit. d des Vorentwurfs zu zählen ist. Dies würde dem Privatgutachten einen Beweiswert zumessen, der ihm gemäss der heutigen Praxis nicht zukommt. Im erläuternden Bericht wird ihm dieser Beweiswert abgesprochen bzw. der Praxis überlassen, ob und inwiefern einem Privatgutachten ein gewisser Beweiswert zukommt oder nicht. Man kann sich daher fragen, ob der Gesetzestext entsprechend zu ergänzen ist.

SH: Diese Vorschrift ist ersatzlos zu streichen. Dass das Einreichen von Privatgutachten wie übriger Urkunden zulässig sein muss, ist eine Selbstverständlichkeit, die sich aus der Behauptungs- und Beweislast der Parteien ergibt. Die systematische Stellung der Privatgutachten unter den Gutachten könnte indes dazu verleiten, diesen einen Beweiswert zuzuerkennen, was nicht die Absicht der Expertenkommission ist und auch nicht sein darf. Prozessuale Zwitter dieser Art sind klar abzulehnen.

TG: Diese Vorschrift ist ersatzlos zu streichen. Dass das Einreichen von Privatgutachten wie auch übriger Urkunden zulässig sein muss, ist eine Selbstverständlichkeit, die sich aus der Behauptungs- und Beweislast der Parteien ergibt. Die

systematische Stellung der Privatgutachten unter den Gutachten könnte indes-  
sen dazu verleiten, diesen einen Beweiswert zuzuerkennen, was nicht die  
Absicht sein kann.

TI: La presente disposizione non è - di per sé - una novità, soprattutto rispetto al  
nostro CPC.

Ciò che va sottolineato è però il fatto che una simile perizia non è nient'altro che  
un documento e, come tale, andava trattato con quella prova e - soprattutto -  
non vi era bisogno di introdurre l'art. 182 CPC, visto che le parti possono pro-  
durre tutti i documenti che ritengono utili (perizie di parte incluse, ovviamente).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Dieser Artikel sollte gestrichen werden, da die Praxis private Gutachten als  
Beweismittel zulässt.

Grüne Partei: Diese Bestimmung erscheint ergänzungsbedürftig:

- Zunächst muss geklärt werden, ob ein Privatgutachten ein Beweismittel i.S.  
von Art. 159 Abs. 1 ist, welches im ordentlichen Verfahren grundsätzlich nur  
bis zum Abschluss des Behauptungsstadiums geltend gemacht werden kann  
(vgl. Art. 215), oder aber ob es sich dabei um eine (schriftlich unterlegte) Par-  
teibehauptung handelt, die noch mit den Schlussvorträgen eingebracht wer-  
den kann (vgl. Art. 223).
- Weiter ist das Vorgehen zu regeln, falls das Privatgutachten als Beweismittel  
(und nicht als Parteibehauptung) bezeichnet wird: Liegt zum Zeitpunkt, in dem  
dieses eingereicht wird, bereits ein gerichtlich eingeholtes Gutachten vor, ist  
es sachgerecht, das Privatgutachten dem oder der gerichtlich eingesetzten  
Sachverständigen zur Stellungnahme vorzulegen. Das Gleiche muss  
selbstverständlich auch dann erfolgen, falls ein gerichtliches Gutachten erst  
eingeholt wird, nachdem das Privatgutachten bereits vorliegt.
- Schliesslich muss auch noch entschieden werden, ob das Gericht eine Be-  
gründungspflicht hat, wenn es in seinem Urteil den Schlüssen des oder der  
Privatgutachten(s) nicht folgt (analog zu unserer Bemerkung zu Art. 150) oder  
es ablehnt, dieses als Beweismittel entgegen zu nehmen (antizipierte Beweis-  
würdigung; vgl. Art. 147 Abs. 2).

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: L'AP permet le dépôt d'une expertise privée, mais ne précise pas la valeur  
juridique d'un tel document. S'agit-il d'un simple allégué d'une partie ou d'un  
véritable moyen de preuve, dans la mesure où l'art. 182 AP se trouve dans le  
chapitre sur la preuve? Le Rapport manque ici de rigueur.

AVZH: Es ist völlig klar, dass jede Partei ein Privatgutachten in den Prozess ein-  
bringen kann. Ein Privatgutachten ist aber nie ein Beweismittel, sondern eine  
Parteibehauptung. Auf die Bestimmung kann verzichtet werden, sie ist entbeh-  
lich und passt nicht in den Abschnitt "Beweise".

Vorschlag Art. 182: streichen.

FER: L'expertise privée étant généralement mandatée par l'une des parties à la pro-  
cédure, il serait douteux, de l'avis de la Fédération, que de l'admettre comme  
moyen de preuves à part entière. L'expert privé étant rémunéré pour son acti-

tivité, il y a en effet un risque que son impartialité, voire son indépendance soit remise en cause par l'autre partie.

Pour respecter l'objectif de rapidité et d'efficacité que la commission d'experts s'est imposée, il semblerait, en réalité, plus judicieux de se contenter de la possibilité pour les parties de faire appel, le cas échéant, à un expert arbitre comme l'art. 183 AP le prévoit d'ailleurs expressément.

FSA: Nous préconisons la suppression de cette disposition. Le dépôt d'une expertise privée n'appartient pas à la procédure probatoire mais à l'allégation des faits.

KassZH: Engegen der im Bericht geäusserten Auffassung sind Privatgutachten der Sache nach *immer als Bestandteil der Parteivorbringen* zu verstehen (vgl. etwa Pra 2002 Nr. 1 E. 2c), und zwar sowohl hinsichtlich des Beweiskraftes wie auch unter dem zeitlichen Aspekt im Prozess. Dies bedeutet, dass ein Partei- bzw. Privatgutachten im Rahmen (und innert der zeitlichen Grenzen) des *Behauptungsverfahren* einzureichen ist. Da es sich nach dem Gesagten beim Privatgutachten nicht um ein Beweismittel handelt, sollte es in diesem Zusammenhang zwecks Vermeidung von Unklarheiten nicht erwähnt werden.

Vorschlag: streichen.

OAFRI: Il est étonnant que le projet de code admette un "moyen de preuve" sans préciser d'aucune manière si ce moyen a une valeur probante et, si oui, dans quelle mesure.

santésuisse: Private Gutachten sind erlaubt. Über deren Beweiskraft wird bewusst keine Regel aufgestellt.

Uni GE: L'article 182 PCS permet le dépôt d'une expertise privée, sans en préciser la portée juridique. Doit-on assimiler un tel document à l'expertise, moyen de preuve prévu à l'article 159 I lit d PCS, ou le considérer comme une simple pièce. Il ne serait pas souhaitable de procéder à une telle assimilation, ce que le législateur fédéral doit préciser.

Uni NE: L'article 182 mentionne l'expertise privée. A notre sens, cette référence n'a pas à figurer dans la section consacrée aux expertises. Elle donne le sentiment que l'expertise privée pourrait avoir un poids identique à celle de l'expertise. Aucune référence ne devrait être faite dans le code à l'expertise privée. Celle-ci est à traiter comme un titre et doit être appréciée librement par le tribunal.

Uni ZH: Die Einführung des Parteigutachtens als "quasi" Beweismittel in Art. 182 ist abzulehnen. Weitergehend vgl. *Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 182 ist zu streichen, da dem *privaten Gutachten* offensichtlich kein Beweiskraft beigemessen werden kann und will.

#### Art. 183

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es ist zu befürchten, dass Streit über die Frage entsteht, welches die "angemessene Frist" i.S. von Art. 183 Abs. 3 lit. b ist. Wir regen deshalb an, dass diese Frist, innert der das Schiedsgutachten abzuliefern ist, bereits in der

Parteivereinbarung festgelegt werden muss, ansonsten die Vereinbarung gar nicht erst gültig zustande kommt.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Streichen, da überflüssig. Schiedsgutachten werden regelmässig vor Prozessbeginn erstellt.

AVLU: Die im Vorentwurf vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung von Schiedsgutachten wird ausdrücklich begrüsst.

Uni LA: Il convient de saluer l'introduction de règles sur l'expertise-arbitrage, institution qui joue un certain rôle dans la pratique. La règle de l'art. 183 al. 3 AP paraît cependant trop favorable à la partie qui refuse de collaborer après avoir convenu d'une telle procédure: si la seule sanction est la caducité de la convention, autant dire que celle-ci ne lie en définitive pas véritablement les parties... Il conviendrait plutôt de prévoir la possibilité de mettre en œuvre l'expertise-arbitrage contre le gré du récalcitrant, par exemple en recourant à un juge d'appui un peu comme en matière arbitrale, voire d'interpréter son attitude comme un aveu des allégations de la partie adverse.

#### Art. 184

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Diese Regelung ist unseres Erachtens zu einschränkend. Es ist ohne weiteres denkbar, dass sich die Parteien erst nach der Einleitung eines Prozesses auf ein Schiedsgutachten verständigen können. Die Einreichung eines Schiedsgutachtens sollte daher bis zum Abschluss des Beweisverfahrens möglich sein.

TG: Abs. 1: Die Bestimmung kann als unnötig gestrichen werden.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Ebenso sollte klar festgelegt werden, in welchen Fällen von der Regel gemäss Absatz 1 abgewichen werden kann, d.h. das Schiedsgutachten nicht bereits mit den Rechtsschriften eingereicht werden muss.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die Regelung von Abs. 1 des Entwurfs, wonach das Schiedsgutachten in der Regel mit der Klage, der Klageantwort oder der Widerklage einzureichen ist, ist zu einschränkend. Es ist ohne weiteres denkbar, dass sich die Parteien erst nach der Einleitung eines Prozesses auf ein Schiedsgutachten verständigen können. Die Einreichung eines Schiedsgutachtens sollte daher bis zum Abschluss des Beweisverfahrens möglich sein. Die entsprechende Regelung wäre sinnvollerweise in Art. 183 Abs. 1 zu integrieren und dort festzuhalten, dass die Parteien bis zum Abschluss des Beweisverfahrens vereinbaren können, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Art. 184 Abs. 1 wäre dementsprechend zu streichen.

Uni NE: L'article 184 indique que le rapport de l'expert arbitre est, en principe, produit avec la demande, la réponse ou la demande reconventionnelle. A notre sens, l'expertise-arbitrage devrait pouvoir être produite également avec la réplique ou la duplique, les parties pouvant alléguer des faits et des moyens de preuves jusqu'à ce stade.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Diese Vorschrift gehört systematisch in die Nähe der Zeugeneinvernahme. Abs. 3 ist entbehrlich. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist selbstverständlich und ergibt sich, wie für die Würdigung anderer Beweismittel, z.B. Urkunden, auch aus Art. 48, 149 Abs. 3 und 223 Abs. 1 VE.

LU: Wir schlagen vor, diesen Absatz zu streichen, da der Anspruch auf rechtliches Gehör bereits in Artikel 48 Absatz 1 VE-ZPO enthalten ist.

SH: Diese Vorschrift gehört systematisch in die Nähe der Zeugeneinvernahme.

Abs. 3 ist entbehrlich. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist selbstverständlich und ergibt sich, wie für die Würdigung anderer Beweismittel, z.B. Urkunden, auch aus Art. 48, 149 Abs. 3 und 223 Abs. 1 VE.

TI: Cpv. 1: Si ritiene opportuno specificare che la possibilità di richiamare informazioni scritte presso uffici e autorità deve essere subordinata alla richiesta della parte.

*Il tribunale, su richiesta delle parti, può raccogliere informazioni scritte presso uffici e autorità.*

Cpv. 2: Novità rispetto al CPC. Si tratta, detto in altre parole, delle cosiddette dichiarazioni testimoniali scritte, che la nostra giurisprudenza invero già conosce.

La norma è intelligente e risponde ad un bisogno di speditezza della causa, tanto che oggi si è spesso obbligati a sentire dei testi perfettamente inutili, che si limitano a confermare quanto già agli atti.

Per contro, con questo nuovo sistema il tribunale richiede informazioni da terze persone, le quali rispondono in forma scritta. Se nessuna delle parti chiede in seguito l'audizione del teste, la testimonianza scritta vale come prova (cpv. 4).

Sarebbe auspicabile prevedere nel progetto anche un'altra possibilità per l'assunzione di informazioni e, più precisamente, per l'audizione dei testimoni, ossia nella forma della *videoconferenza*.

Questa novità è già stata introdotta nella procedura civile tedesca e permette notoriamente maggiore celerità nell'assunzione della prova, garantendo per altro verso il principio dell'oralità.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Um den Beweiswert einer schriftlichen Auskunft zu steigern, sollte eine Privatperson gleich wie eine Zeugin bzw. ein Zeuge (vgl. Art. 162 Abs. 1) auf die strafrechtlichen Folgen vorsätzlicher Fehlinformation aufmerksam gemacht werden.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FER:Al. 2: Il paraît douteux à la Fédération que d'admettre à la procédure un document dans lequel une tierce personne pourrait se prononcer par écrit. N'ayant pas la possibilité de questionner (ou de contre interroger) la personne auteur de cette déposition écrite, le droit des parties d'être entendu risque en effet de ne pas être respecté.

FSA: La FSA a examiné la possibilité de produire des witness statements. Aucune majorité claire ne s'est dégagée pour ou contre cette introduction. Finalement, la proposition suivante est faite:

*Article 185 bis Déclarations écrites tenant lieu de témoignage*

<sup>1</sup> *Les déclarations écrites rédigées à la demande d'une partie par une personne pouvant être entendue comme témoin sont admises comme moyen de preuve sauf opposition d'une autre partie.*

<sup>2</sup> *En cas d'opposition, le tribunal entend son auteur comme témoin.*

OGZH: Wir begrüßen die Klarstellung. Die schriftliche Auskunft spielt in unserer Praxis schon heute eine recht bedeutende Rolle.

SchKG-Vereinigung: Es kann von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung *oder* eine Befragung *als Auskunftsperson* unverhältnismässig erscheint.

Uni NE: L'alinéa 2 de l'article 185 prévoit que le tribunal peut requérir des renseignements écrits de personnes dont la coopération à titre de témoin serait disproportionnée. A notre sens, ces personnes devraient dans cette hypothèse, être renseignées sur les conséquences d'un faux témoignage et soumises aux dispositions pénales y relatives, puisque, dans les faits, ces renseignements pourraient avoir un poids identique au témoignage.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der ganze, aus Art. 185 VE bestehende Abschnitt ist zu streichen. Die Einholung des Berichts einer Amtsstelle liegt im Rahmen der richterlichen Befugnis und kann nicht der freien Beweiswürdigung unterliegen. Wer den Bericht bestreiten oder in Zweifel ziehen will, hat bei der betreffenden Behörde zu intervenieren. Auskünfte einer Privatperson dagegen können dann, wenn sie nicht in der Form des Zeugnisses erfolgen, so wenig Beweiswert haben wie ein Privatgutachten. Unverhältnismässige Zeugenaussagen gibt es nur ausnahmsweise, vielleicht etwa im Bereich des Arztzeugnisses (weitere Beispiele bei FRANZ HASENBÖHLER, S. 37). Dann kann aber abgeklärt werden, ob die Gegenpartei des Beweisführers dessen Inhalt bestreiten will.

Art. 186

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Aus bernischer Sicht fehlt, wie zu Art. 159 VE bereits ausgeführt, die gewöhnliche Parteibefragung als Beweismittel (vgl. Art. 212 Ziffer 5 und Art. 273 ff. ZPO BE, dort als Parteiverhör bezeichnet). Neben der informellen Parteibefragung, die sich aus dem richterlichen Fragerecht gemäss Art. 51 VE ergibt, aber kein eigentliches Beweismittel ist, erwähnt Art. 159 Abs. 1 lit. f VE lediglich die mit der Strafdrohung gemäss Art. 306 StGB behaftete Beweisaussage, welche wohl gesamtschweizerisch als Notbehelf verstanden wird. Damit macht der VE die Ausnahme ohne Grund zur Regel, was nicht sinnvoll erscheint. Vielmehr sollten auch in der Eidgenössischen ZPO alle drei verbreiteten Varianten der Parteibefragung enthalten sein: die informelle auf Grund des richterlichen Fragerechts (Art. 51 VE), die noch nicht aufgeführte (gewöhnliche) Parteibefragung und die Beweisaussage (Art. 186 VE).

Über den Charakter der gewöhnlichen Parteibefragung, v.a. derjenigen in eigener Sache, und deren Nutzen kann man unterschiedlicher Meinung sein. Das Parteiverhör hat sich als Beweismittel sehr bewährt, sowohl zur Ermittlung des Sachverhaltes wie auch aus verhandlungspsychologischer Sicht. In der Praxis lässt sich nach durchgeführtem Parteiverhör, in welchem die Streitenden gleichmässig zu Wort gekommen sind und einander zugehört haben, meist ein Vergleich abschliessen. Im übrigen steht fest, dass die Parteibefragung vom Bundesgericht als taugliches Beweismittel anerkannt und auch der vom VE vertretenen freien Beweiswürdigung zugänglich erklärt wurde (vgl. z.B. BGE 80 II 294 ff.). Dieselbe Auffassung liegt diversen Erlassen im Bereich des Verwaltungs- und Strafverfahrens zu Grunde, welche die Parteibefragung regelmässig als Beweismittel vorsehen. Weshalb es im Eidgenössischen Zivilprozess anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Eine andere Frage ist, welcher Beweiswert dem Ergebnis der gewöhnlichen Parteibefragung beigemessen wird. Diese ist jedoch vom jeweiligen urteilenden Gericht zu beantworten und zwar im Rahmen der freien Beweiswürdigung, genau gleich wie bei der Beweisaussage. Es ist keineswegs nur so, dass die Parteien in der gewöhnlichen Parteibefragung lediglich den Inhalt der Rechtschriften wiederholen. Nach den positiven Erfahrungen bernischer Gerichte verschaffen die mündlichen Ausführungen der Parteien einen unmittelbaren Eindruck vom Geschehen als Rechtschriften und eignen sich durchaus zur Würdigung, wenn sie einander gegenseitig oder den ebenfalls mündlich eingeholten Zeugenaussagen gegenüber gestellt werden.

Würde es bei der jetzigen Lösung im VE bleiben, könnte neben der informellen Befragung nur die Beweisaussage durchgeführt werden. Dies verlangt jedoch die Androhung der Strafe für die Falschaussage (Art. 186 Abs. 2 VE). Wo die eingeholte Beweisaussage im Widerspruch zur Aussage eines Zeugen/einer Zeugin stände, wäre das bernische Gericht wegen Verdachts einer falschen Beweisaussage (Art. 306 StGB) oder einer falschen Zeugenaussage (Art. 307 StGB) sogar zur Mitteilung an die Untersuchungsbehörde verpflichtet, was einen denkbar schlechten Abschluss für einen Zivilprozess darstellen würde und kaum zur beförderlichen Erledigung desselben beitragen dürfte.

Es wird deshalb vorgeschlagen, Art. 159 Abs. 1 lit. f VE wie dort vorgeschlagen und den Titel für den 6. Abschnitt sowie Art. 186 VE wie folgt neu zu formulieren:

#### *6. Abschnitt: Parteibefragung und Beweisaussage*

##### *Art. 186*

- <sup>1</sup> *Die Parteibefragung besteht in der Anhörung einer oder beider Parteien bzw. deren Organe oder Vertreter zur Sache.*
- <sup>2</sup> *Vor der Befragung ist die betroffene Person zur Wahrheit zu ermahnen sowie auf die Folgen der Aussageverweigerung gemäss Art. 155 Abs. 2 und absichtlich wahrheitswidriger Aussagen gemäss Art. 119 Abs. 1 aufmerksam zu machen.*
- <sup>3</sup> *Für die Einvernahme und die Protokollierung gelten die Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme.*
- <sup>4</sup> *Das Gericht kann eine oder beide Parteien bzw. deren Organe oder Vertreter zur Beweisaussage anhalten.*

<sup>5</sup> *Vor der Beweisaussage ist die betroffene Person zusätzlich auf die Folgen einer Falschaussage gemäss Art. 306 StGB aufmerksam zu machen.*

Die vorgeschlagene Lösung überlässt die Handhabung der drei Formen den Gerichten in den Kantonen. Diese werden mit der Zeit zweifellos zu einer Annäherung ihrer Praxis finden, umso mehr, als der VE den vorab durchzuführenden Schriftenwechsel stark vereinheitlicht hat.

Eine Alternative dazu wäre, die Strafdrohung bei der Beweisaussage zu streichen. Damit würde aber die eigentliche Beweisaussage als Notbehelf wegfallen. Auch dies spricht für die Beibehaltung und Erwähnung aller drei Formen der Parteibefragung.

BL: Antrag: Verzicht auf das Beweismittel der Beweisaussage durch Streichung dieser Bestimmung.

Begründung des Antrags: Problematisch erscheint in erster Linie die unklare (Straf-)Rechtslage bei widersprüchlichen Beweisaussagen der Parteien. Wenn kein anderes Beweismittel die eine oder die andere Aussage unterstützt, liegt ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vor. Allerdings bringt eine Anzeige dieses Verhaltens auch keine Klarheit. Die Strafverfolgungsbehörden ständen vor der gleichen Situation "Aussage gegen Aussage". Weiter wird in den Erläuterungen auf die naturgemässe Befangenheit der Parteien hingewiesen. Diese soll bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Schwierig respektive flüssend ist hier vor allem die Abgrenzung zwischen einer subjektiv als richtig empfundenen Beweisaussage einer Partei und einer strafrechtlich zu ahnenden Falschaussage. Wir sind der Auffassung, dass in Einzelfällen eher die Beweislosigkeit in Kauf zu nehmen ist, als auf ein unsicheres Beweismittel abzustellen.

Falls unserem Hauptantrag auf Streichung dieser Bestimmung nicht gefolgt wird, beantragen wir, die Beweisaussage auf Fälle des Beweisnotstands zu beschränken.

LU: Nützlich wären Präzisierungen betreffend die Befragung am Aufenthaltsort (vgl. § 158 Abs. 2 ZPO/LU), die Befragung von urteilsfähigen Prozessunfähigen und die Befragung der Vertretung der juristischen Person (vgl. § 157 Abs. 1 und 2 ZPO/LU).

Abs. 1: Wir bevorzugen eine Regelung analog § 156 Absatz 1a ZPO/LU, wonach lediglich die Parteibefragung mit der Gegenpartei beantragt werden kann. Eine Parteibefragung mit der eigenen Partei würde wohl regelmässig beantragt und damit zu einem erheblichen Mehraufwand führen. Zudem wäre der Beweiswert dieser Aussagen regelmässig gering. Vielmehr würden falsche Parteiaussagen, welche im Hinblick auf den "lockenden" Prozesserfolg gemacht werden würden, auch eine Gefährdung der materiellen Wahrheitssuche darstellen.

NW: Die Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden kennt bereits das Institut der Beweisaussage (Art. 177 ZPO Nidwalden). Nach diesen Bestimmungen wird zuerst eine Parteibefragung durchgeführt, dann kann der Richter eine oder beide Parteien zur Beweisaussage über bestimmte Beweissätze anhalten, unter Hinweis auf die Straffolgen nach Art. 306 StGB. Die Würdigung der Beweisaussage erfolgt alsdann nach freiem resp. pflichtgemäßem Ermessen. In diesem Sinne erhöht das Institut den Druck auf die Parteien zur Wahrheit bei ihren

Parteiaussagen, indem sie damit rechnen müssen, dass sie unter Strafandrohung bei Falschaussage noch einmal befragt werden können.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung nähert sich dagegen eher dem Eid an, indem offenbar auf Antrag einer Partei die Beweisaussage zu ihren eigenen Gunsten als vollwertiges Beweismittel zuzulassen sei. Inwiefern ein modernes Beweisrecht den Anspruch der Parteien auf Beweisführung mittels Beweisaussage impliziert, wie in den Erläuterungen ausgeführt, ist nicht nachvollziehbar. Im Endeffekt kann sich eine skrupellose und risikofreudige Partei mit diesem Beweismittel gegenüber einer ehrlichen, unbedarften Partei einen wesentlichen Beweisvorteil verschaffen.

Nachdem die Beweisaussage im Kanton Nidwalden - und vermutlich auch in den anderen Kantonen, die das Institut kennen - praktisch keine Rolle spielt, kann darauf verzichtet werden. Eventuell könnte sie in der abgewandelten Form, wie sie die Zivilprozessordnung Nidwalden kennt, aufgenommen werden.

SO: Die Solothurnische ZPO kennt die Parteibefragung als vollwertiges, d.h. den andern Beweismitteln gleichgestelltes und nicht subsidiäres Beweismittel (§ 155 ff. ZPO SO). Die Parteien werden vor der Aussage zur Wahrheit ermahnt; eine Strafandrohung wird nicht damit verbunden. Das Beweismittel der Parteibefragung hat sich in langjähriger Praxis sehr gut bewährt. Wir schlagen deshalb vor, anstelle der "Beweisaussage" das Beweismittel der "Parteibefragung" in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufzunehmen.

Wir sind überzeugt, dass aus rein prozesstaktischen Gründen zahlreiche Strafanzeigen eingeleitet würden und das ganze zivilprozessuale Verfahren ohne Not verzögert und aufgebläht würde.

TI: A differenza dell'interrogatorio formale previsto dal CPC-Ti (art. 270ss) con l'introduzione della deposizione delle parti, una delle parti può chiedere sia la deposizione della controparte che la *propria deposizione* (Zeugnis in eigener Sache).

Inoltre giusta l'AP non si applica il sistema delle domande della controparte (art. 271 cpv. 1 CPC-Ti) ma la stessa parte può autoformularsi domande.

La maggioranza della Commissione ritiene che debbano essere esclusi dalla prova testimoniale (sia quale deposizione testimoniale, che della parte) gli avvocati che patrocinano le parti al processo.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die informelle Beweisaussage ist zuzulassen, da sie sich in der Praxis bewährte.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Wir begrüßen die Aufnahme der Beweisaussage insbesondere auch für Organe einer Partei.

DJZ: Positiv zu werten ist die Aufnahme der Beweisaussage als Beweismittel, und insbesondere auch die Bestimmung, dass Organe juristischer Personen zur Beweisaussage zugelassen werden, jedoch nicht Zeugen sein können.

KassZH: Vom Beweismittel der Beweisaussage der Parteien sollte nur unter zurückhaltenden Voraussetzungen Gebrauch gemacht werden; es stellt nach herrschender Auffassung die ultima ratio dar, wie auch der Bericht (S. 91) aus-

drücklich einräumt. Insofern kann der im Bericht in der Folge vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden, wonach die Beweisaussage nunmehr als vollwertiges und nicht subsidiäres Beweismittel in den Katalog aufzunehmen sei, in dem Sinne, dass es nicht der vorgängigen Ausschöpfung anderer Beweismittel bedarf. Dass eine Partei gewissermassen für sich selbst Zeugnis ablegt und allenfalls mit dieser Aussage entscheidenden Einfluss auf den Prozessausgang ausübt, ist nach wie vor nur dann und insofern zu akzeptieren, als es sich dabei um ein das übrige Beweisverfahren ergänzendes Beweismittel handelt.

In diesem Zusammenhang wäre auch zu prüfen, ob nicht als weiteres Beweismittel neben der Beweisaussage die - informelle - Parteibefragung bzw. persönliche Befragung (wie sie z.B. der Kanton Zürich in § 149 ZPO kennt) vorzusehen wäre. Insbesondere in der Form der Befragung der Gegenpartei entfaltet dieses Beweismittel im summarischen Verfahren erhebliche praktische Bedeutung, indem auf diese Art Zugeständnisse erreicht werden können, welche in der Folge ein weiteres Beweisverfahren erübrigen. In diesem Kontext wäre konsequenterweise eine Bestimmung vorzusehen, wonach die Parteien zum persönlichen Erscheinen vor Gericht verpflichtet werden können.

OAFRI: L'interrogatoire des parties devrait être la règle, sauf les cas où les parties ne peuvent déposer sur les faits de la cause.

Le juge, puis les mandataires des parties par l'interrogatoire croisé, doivent pouvoir vérifier la véracité des allégations et s'assurer de la cohérence et de la crédibilité des déclarations qui peuvent être faites.

Dans un second temps seulement, les parties doivent pouvoir être appelées à confirmer tout ou partie de leurs déclarations sous la menace des peines de droit, voire sous serment.

OGZH: Wir begrüßen die Neuerung, obschon (oder gerade weil) sie die im Kanton Zürich geltende Regelung abändert. Die Beschränkung auf nur eine der Parteien führte mitunter zu erheblichen Schwierigkeiten. Die Pflicht des Gerichtes nach dem heutigen ZH-ZPO 150, vor der Beweisaussage alle anderen Beweismittel abzunehmen, die Partei persönlich zu befragen und zu entscheiden, ob die Partei der Beweisaussage sozusagen "würdig" sei, richtet faktisch eine formelle Beweisvorschrift auf, welche der modernen Auffassung möglichst liberaler Zulassung von Beweismitteln und freier richterlicher Beweiswürdigung in einem gewissen Mass widerspricht.

Nicht zu überzeugen vermag uns die Ausweitung der Beweisaussage auf Organe und (gesetzliche) Vertreter. Wer (faktisches) Organ ist, kann durchaus umstritten sein, und wir befürchten unfruchtbare Streitigkeiten zu diesem Punkt. Wir befürworten die klare und einfache Regelung, dass einer Partei die Beweisaussage, allen anderen Personen das Zeugnis abgenommen wird (der VE geht übrigens in Abs. 2 von Art. 186 genau davon aus...). Selbstverständlich gibt es "gute" und befangene Zeugen. Die Trenn-Linie geht aber nicht immer zwischen Organen/gesetzlichen Vertretern und anderen Personen durch - und das ist ein selbstverständlicher Bestandteil der Beweiswürdigung. Bei der Definition der Art der Befragung scheint uns die Differenzierung nicht am Platz.

Vorschlag:

<sup>1</sup> *Das Gericht kann eine oder mehrere Parteien zur Beweisaussage zulassen.*

Roche: Roche ist gegenüber der Beweisaussage (Art. 186 VE) als Beweismittel skeptisch eingestellt: wir zweifeln an der hinreichenden Objektivität einer Parteiaussage in eigener Sache, um als vollwertiges Beweismittel dienen zu können. Wir begrüßen jedoch ausdrücklich den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 150 VE) und hoffen, dass die Gerichte eine Beweisaussage im Einzelfall richtig interpretieren werden, sollte das Institut der Beweisaussage Eingang in das vereinheitlichte Zivilprozessrecht finden.

SchKG-Vereinigung: Ganzer Artikel streichen.

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Wenn, wie offenbar beabsichtigt, die Beweisaussage gemäss Art. 186 VE als *volles Beweismittel* erhoben werden soll, so sind daran gewisse Voraussetzungen zu knüpfen.

Organe und gesetzliche Vertreter sind als Zeugen zu befragen (a.M. FRANZ HASENBÖHLER, S. 29). Gegenüber der juristischen Person sind aber ihre Organe nicht weniger Dritte im Sinne von Art. 160 VE als andere natürliche Personen. Jedenfalls werden sie im 1. Abschnitt als solche nicht ausgeschlossen.

Art. 187

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

SO: Hier wäre zu prüfen, ob nicht im Sinne einer Vereinfachung die direkten Prozesshandlungen der Gerichte in anderen Kantonen als Regel und Rechtshilfegesuche als Ausnahme zu bezeichnen wären.

TI: Con queste norme è stata ripreso il Concordato sull'assistenza giudiziaria in materia civile (RS 274).

Art. 188

Art. 189

Art. 190

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Eine Mitteilung an das obere kantonale Gericht bei Prozesshandlungen in anderen Kantonen ist weder erforderlich noch zeitgemäss. Die Vorschrift kann ersatzlos gestrichen werden.

LU: Eine vorgängige Information des fremden oberen Kantonsgerichts über Ort und Zeit der Prozesshandlung ist unseres Erachtens nicht notwendig.

SH: Eine Mitteilung an das obere kantonale Gericht bei Prozesshandlungen in anderen Kantonen ist weder erforderlich noch zeitgemäss: Die Vorschrift kann ersatzlos gestrichen werden.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

VSGV: Bei einer vereinheitlichten ZPO muss es den Gerichten ohne Weiteres möglich sein auf dem Gebiet der gesamten Schweiz Prozesshandlungen vorzunehmen. Die vorgesehene Information eines anderen Gerichtes macht deshalb kaum grossen Sinn und ist als unnötiger Aufwand abzulehnen.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Basel-Stadt kennt das obligatorische Schlichtungsverfahren. Die Schlichtungsstelle für Diskriminierungsstreitigkeiten BS ist allerdings keine "gerichtliche" Schlichtungsbehörde. Die praktische Konsequenz einer solchen Bestimmung wäre wohl die Auflösung der existierenden Schlichtungsbehörde. Dies wäre angesichts der gleichstellungsrechtlichen Erfahrung und 'erfolgreichen' Schlichtungsbilanz der Schlichtungsstelle BS äusserst bedauerlich und keineswegs sachdienlich, würde doch durch die Delegation der Schlichtung an die Gerichte die vom GIG vorgesehene niederschwellige, vorgelagerte Schlichtungsfunktion in Frage gestellt.

GE: Articles 191 à 205 PCS: De manière générale, la place donnée à la procédure de conciliation (art. 191 à 205 PCS) doit être saluée, même si on peut déplorer que les experts aient délibérément omis de saisir l'occasion pour aborder la thématique de la médiation - un projet de loi tendant à introduire cette institution dans l'ordre juridique genevois est actuellement à l'étude devant le Grand Conseil genevois.

L'avant-projet reprend toutefois une institution dont l'expérience a démontré le manque d'efficacité dans sa forme actuelle: nombre de tentatives de conciliation intervenant en début de procédure échouent. On peut se demander s'il ne serait pas préférable de revoir les fondements de cette institution et de prévoir, par exemple, une tentative de conciliation survenant à un stade avancé de la procédure, qui permette au juge et aux parties de procéder à une évaluation plus précise de l'opportunité de concilier.

En outre, la conciliation paritaire - ou tripartite -, en particulier en matière de baux et loyers, qui constitue de par son efficacité une grande réussite "conci-liatoire", pourrait également servir de piste de réflexion.

Une autre possibilité consisterait à laisser aux cantons, puisque leur compétence en matière d'organisation judiciaire est maintenue, la possibilité de recourir à des expériences pilotes à tous les degrés de juridiction, suivies d'évaluations de satisfaction et d'analyses statistiques.

Cela étant précisé, la souplesse prévue à l'art. 192 al. 1 PCS (caractère facultatif de la conciliation) se justifie dans la mesure où elle permet d'éviter d'encombrer les tribunaux avec des tentatives de conciliation vouées à l'échec. En revanche, permettre au demandeur de renoncer unilatéralement à utiliser la procédure de conciliation dans les litiges patrimoniaux (art. 192 al. 2 lit. a PCS) va trop loin, puisque cela englobe la majorité des litiges. De même certains cas d'exclusion de la conciliation (art. 193 PCS) ne se justifient pas: ainsi en est-il de l'art. 193 al. 2 PCS qui exclut la conciliation pour toute une série d'actions tirées de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Or, il n'est pas impensable qu'une action en contestation de l'état de collocation (art. 148 et 150 LP) ou une action en revendication (art. 106 LP) soit réglée au stade de la conciliation (l'art. 66 al. 1 de l'Ordonnance du Tribunal fédéral sur l'administration des offices de faillite - OAOFF - prévoit la possibilité pour l'administration de la faillite de concilier en cas de contestation de l'état de collocation).

Enfin, le système choisi consistant à se contenter d'une requête indiquant l'identité de la partie adverse, l'objet du litige ainsi que les conclusions (art. 196 PCS), se distingue de ce qui prévaut à l'heure actuelle dans certains cantons à l'instar de Genève: la LPC GE prévoit en effet que, sous réserve d'exceptions, le mémoire déposé en conciliation est identique à celui qui, le cas échéant, sera introduit après l'absence de conciliation (art. 50ss LPC GE).

On peut certes comprendre le but du législateur qui consiste à faciliter l'accès par les parties aux bons offices du juge conciliateur (voir à ce sujet l'art. 196 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase), mais douter aussi de l'opportunité, sous l'angle de l'économie de procédure, du dépôt d'une requête de conciliation qui constitue un mémoire différent de la demande à déposer ultérieurement. Cette multiplication des écritures peut s'avérer coûteuse pour les parties, sans compter que le dépôt d'une assignation complète dès le départ présente le mérite de permettre au juge conciliateur d'avoir une connaissance plus approfondie du litige.

GL: Wir befürworten die Regelung des Schlichtungsverfahrens.

JU: Sous réserve d'une exception fondamentale formulée ci-après, nous sommes favorables au système proposé par l'avant-projet qui prévoit que le procès est introduit par une requête de conciliation. Nous sommes également favorables à la procédure de conciliation telle qu'il est proposé de la régler. Cela étant, nous admettons que la requête de conciliation soit introductive d'instance et crée la litispendance (art. 206 AP).

Dans le cadre de la réforme de la justice entrée en vigueur au début de l'année 2001, le canton du Jura a renoncé à la procédure de conciliation préalable dans les affaires portées devant le juge civil de première instance; celui-ci est compétent pour juger les litiges dont la valeur est inférieure à Fr 20'000.-. Les affaires dont la valeur litigieuse est de Fr 20'000.- et plus sont de la compétence de la Cour civile et l'introduction du procès doit être précédée d'une tentative de conciliation devant le président d'icelle.

Devant le juge de première instance, une procédure originale a été instaurée (art. 293 ss CPCJU). Cette procédure est essentiellement orale. Elle est simple et rapide, le procès étant introduit par une requête à fin de citation qui contient les conclusions de la demande (sur les particularités et le déroulement de cette procédure, cf. MORITZ, op. cit., p. 48 ss). De l'avis des juges de première instance, cette nouvelle procédure a tenu toutes ses promesses. Les expériences qui ont été faites sont concluantes. La conciliation est tentée à l'audience principale après les premières plaidoiries (art. 296 al. 1 CPCJU). En cas d'échec, l'audience se poursuit et peut prendre une tournure écrite lorsque l'affaire est complexe. Cette procédure est souple et convient particulièrement bien aux litiges d'une valeur relativement peu importante. On doit en outre constater qu'il est très rarement fait appel des décisions du juge civil.

Afin de ne pas perdre le bénéfice de cette expérience, nous formulons la proposition suivante pour permettre d'intégrer cette procédure dans l'avant-projet de PCS. Nous préconisons d'étendre l'application de la procédure prévue à l'article 205 AP aux litiges qui n'excèdent pas Fr 20'000.-. Ainsi, l'autorité de conciliation pourrait statuer au fond si le demandeur le requiert. Selon l'article 205 al. 2 AP, la procédure a lieu oralement et la procédure simplifiée s'applique au surplus. Il est bien clair que si l'affaire est complexe et nécessite un échange d'écritures, le juge aurait la possibilité d'ordonner les mesures adéquates.

LU: Wir begrüßen den Grundsatz, wonach dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsverfahren vor einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde vorausgeht, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Hingegen wird mit den nachfolgenden Bestimmungen dieser Grundsatz zu stark ausgehöhlt. Die hohe Erfolgsquote der Vermittler zeigt auf, dass den Vermittlungsverfahren nach wie vor ein hoher Stellenwert einzuräumen ist und daher nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden sollte. Dank dem Vermittlungsverfahren lassen sich unnötige Prozesse und damit verbundene Kosten vermeiden. Das Vermittlungsverfahren trägt damit wesentlich zur Entlastung der Gerichte bei.

Zusätzlich schlagen wir vor, dass der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde die Durchführung eines Mediationsverfahrens (z.B. bei einer vom Schweizerischen Dachverband für Mediation, SDM, anerkannten Mediatorin oder Mediator) gleichgestellt wird. Allerdings sollte auch festgehalten werden, unter welchen Bedingungen bzw. in welchem Umfang die Kosten des Mediationsverfahrens im nachfolgenden Prozess als Parteikosten geltend gemacht werden können.

NE: La conciliation, quels qu'en soient les avantages, devrait être réglée de manière moins lourde et contraignante. Il est en effet indiscutable qu'envisagée sous cette forme relativement compliquée, elle risque en particulier de prolonger de manière importante la durée de la procédure et de requérir de nombreuses forces de travail supplémentaires. N'aurait-elle pas pu être simplement envisagée davantage comme une première étape – nécessaire – de la procédure? A tout le moins, nous considérons comme indispensable le maintien de la possibilité de renonciation unilatérale à la conciliation, dans les litiges patrimoniaux (art. 192 al. 2 litt. b), qui fait de l'institution davantage une faculté qu'une obligation, et il ne nous paraît pas logique d'exclure une telle renonciation lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas 20'000 francs (art. 192 al. 3 et 237 litt. g), ce qui peut entraîner des frais et longueurs supplémentaires là où ils sont le plus disproportionnés. On rappellera en outre que le tribunal peut tenter la conciliation des parties, en tout état de cause (article 113, alinéa 2). Il nous paraîtrait donc logique de réserver la procédure de conciliation aux litiges dont la nature le justifie vraiment comme le domaine du bail et du contrat de travail.

TI: L'AP introduce la procedura di conciliazione obbligatoria, riservata i casi previsti dalla legge, lasciando tuttavia ai Cantoni la regolamentazione dell'organizzazione e la competenza dei tribunali.

Sarebbe auspicabile introdurre nella legge federale perlomeno dei capisaldi, ossia:

*>L'autorità di conciliazione non dev'essere quella che decide.*

*>Il conciliatore dev'essere un giurista con formazione specifica di gestione del conflitto.*

*>I Cantoni vanno invitati a prevedere che alla procedura di conciliazione sia affiancata una procedura di mediazione, secondo principi che verranno stabiliti da una legge o un regolamento federale.*

La legge è silente su di 1 punto legato alla conciliazione: di comune accordo le parti possono chiedere una conciliazione anche per le materie dove - giusta l'art. 193 CPCF - essa è esclusa ?

ZG: Diese Bestimmung verlangt, dass die Schlichtungsbehörde eine gerichtliche Behörde sein muss. Diese Bestimmungen gewährleisten die Unabhängigkeit von

der kantonalen Verwaltung. Eine solche Regelung ist hingegen nicht zwingend notwendig. Die Mitglieder der Schlichtungsstellen für die landwirtschaftliche Pacht und für die Gleichstellung von Frau und Mann werden heute durch den Regierungsrat bzw. die Volkswirtschaftsdirektion gewählt und unterstehen deren Aufsicht. Zudem stellt die Volkswirtschaftsdirektion die dazugehörigen Sekretariate. Diese Regelung hat sich für den Kanton Zug, insbesondere als kleinen Kanton mit wenig Schlichtungsfällen, in der Praxis bewährt und sollte auch für die Zukunft beibehalten werden können. Die Exekutive kann durch die Wahl der Mitglieder und die paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsstellen die Unabhängigkeit gewährleisten und damit den notwendigen Rechtsschutz garantieren. Die heutige verwaltungsinterne Organisation stellt eine unabhängige und unparteiische Behandlung der Streitfälle sicher. Eine Verlagerung der Schlichtungsstellen auf die Gewalt der Judikative ist daher unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt nicht zwingend notwendig und würde nur einen administrativen Akt bedeuten, welcher schliesslich nur zusätzliche Kosten verursachen und den Rechtsschutz nicht verbessern würde.

ZH: Nach dem Vorentwurf beginnen die meisten Zivilprozesse mit einem Schlichtungsverfahren gemäss den Art. 191–205. Im Schlichtungsgesuch nennt die klagende Partei das Rechtsbegehren und den Streitgegenstand. Dieses Gesuch wird der Gegenpartei zugestellt, und es wird gleichzeitig zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen (Art. 196). In der Schlichtungsverhandlung versucht die Schlichtungsbehörde, eine Einigung unter den Parteien zu erzielen. Sie lässt sich Urkunden vorlegen und führt mit Zustimmung der Parteien einen Augenschein durch (Art. 197 Abs. 2 und 3). Diesen Verfahrensablauf halten wir für den Grossteil aller Rechtsstreitigkeiten für sinnvoll und angemessen; er entspricht ungefähr den Regelungen, wie sie uns aus dem kantonalen Recht bekannt sind. Einzig für eine besondere Gruppe von Streitigkeiten möchten wir Folgendes zu bedenken geben. Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz ist das Kräfteungleichgewicht unter den Parteien besonders stark ausgeprägt: Die Arbeitnehmerinnen haben regelmässig eine schwächere Position als die Arbeitgebenden. Dieses strukturelle Ungleichgewicht sollte bei der Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens berücksichtigt werden. Wir regen insbesondere folgende Änderungen an:

- Die Schlichtungsbehörde sollte die Möglichkeit haben, einen einfachen Schriftenwechsel durchzuführen. Nur so erhält sie die nötigen Informationen, um auch in komplexen Fällen einen fundierten Vergleichsvorschlag ausarbeiten zu können. Das Argument, dass dies, wenn es der Schlichtungsbehörde nicht gelingt, später durch das Gericht nachgeholt werden kann, greift nicht. Denn in der Praxis ist es sehr oft so, dass die Arbeitnehmenden nicht bereit sind, eine Klage einzureichen, wenn es nicht gelingt, den Rechtsstreit bereits im Schlichtungsverfahren zu bereinigen.
- Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz darf die Beratung durch die Schlichtungsbehörde (Art. 195) – entgegen dem Bericht, S. 97 – nicht so weit gehen, dass damit ein Ausstandsgrund geschaffen wird. Da es in der Regel die Arbeitnehmenden sind, die das Beratungsangebot in Anspruch nehmen, würde so die allgemeine Neutralität der Schlichtungsbehörde beeinträchtigt, was sich wiederum negativ auf die Bereitschaft der Arbeitgebenden, Vergleichsvorschläge der Schlichtungsbehörde anzunehmen, auswirken würde.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Dans le système proposé, le procès est en principe introduit par une requête de conciliation (art. 191), mais, selon l'art. 192, les parties peuvent convenir par écrit de renoncer à la procédure de conciliation (al. 1) et, dans certains cas, le demandeur peut même y renoncer unilatéralement (al. 2), notamment dans les litiges patrimoniaux (litt.a); la procédure de conciliation est toutefois obligatoire dans la procédure simplifiée (al. 3). Elle est en revanche exclue, selon l'art. 193, dans les procès d'état civil, les procès en annulation de mariage et en divorce sur requête commune, ainsi qu'en procédure sommaire (al. 1); elle est également exclue dans les actions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (al. 2). Ce système nous paraît inutilement compliqué, et l'on peut raisonnablement envisager, compte tenu des cas d'exclusion (art. 193) et des possibilités de renonciation (art. 192), que la procédure de conciliation, qui devrait pourtant constituer la règle (art. 191), ne devienne en réalité l'exception. Ne serait-il pas plus simple et plus logique, dans ces conditions, de réserver la procédure de conciliation aux litiges dont la nature la justifie vraiment ? Autrement dit, la procédure de conciliation ne devrait être obligatoire que dans les cas expressément prévus par la loi. Il convient d'ailleurs de considérer que, selon l'art. 113 al. 2, le tribunal "peut en tout état de la cause tenter une conciliation des parties".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Das Schlichtungsverfahren wird nur dann eine Entlastung für die Gerichte bringen, wenn sich die Schlichtungspersonen mit den Fällen inhaltlich befassen können. Dazu bedarf es regelmässig einer zusammenfassenden Darstellung im Schlichtungsgesuch; eine Minimaleingabe gem. Art. 196 wird nur ganz selten eine Basis für sinnvolle Vergleichsbemühungen darstellen können (vgl. Vermittlungsverfahren gem. ZPO-BL vs. Friedensrichterverfahren gem. ZPO-BL oder ZPO-LU).

ASI: Acceptez-vous la suppression des articles 274 à 274g CO lesquels seraient essentiellement remplacés 191 ss. de l'avant-projet ?

La domanda è molto ampia. Lo svantaggio maggiore – comunque di poco conto – è che tutti i principi che prima erano presentati in maniera compatta negli artt. 274 ss. CO ora si trovano sparsi nel nuovo progetto di legge.

In particolare si vuol segnalare come manchi un articolo che sostituisca integralmente e chiaramente quanto stabilito dall'attuale art. 274d cpv. 3 CO.

Lo stesso discorso vale anche per l'art. 274f cpv. 2 CO. L'art. 274f CO viene ripreso dall'art. 204 del nuovo progetto di legge, il capoverso di cui sopra però non è stato più inserito nel nuovo testo di legge. Per la verità vi è l'art. 151 del nuovo progetto di legge, ma a nostro avviso sarebbe utile riprendere tale concetto anche nell'art. 204 PCS, *soprattutto in considerazione del fatto che non è per niente chiaro se gli Uffici di Conciliazione sono da considerare un\_tribunale (soggetto a cui l'art. 151 del nuovo progetto di legge fa riferimento) o meno.*

ASLOCA: Nous sommes satisfaits de la précision selon laquelle les autorités de conciliation doivent être des autorités judiciaires. A notre sens, il est déterminant qu'elles soit présidées par un magistrat de l'ordre judiciaire et non par un juge de paix. Les autorités de conciliation régionales, communales devraient donc

être supprimées. Pour ce faire, il faudrait introduire l'obligation pour les cantons de désigner des autorités judiciaires, si nécessaire itinérantes.

En outre, ainsi que d'ores et déjà mentionné à l'article 43, la composition de ces autorités judiciaires devrait être différentes selon si elles ont des compétences uniquement de conseils ou si elles ont des compétences décisionnelles.

#### CBL-GE: 1. Remarques liminaires

Il est un constat auquel on ne saurait cependant se soustraire: le lent déclin de la conciliation civile ordinaire dans plusieurs cantons. A Genève, elle a dégénéré en un rôle croupion, celui de "passeport" ou de "filtre", rôle initiant les plus jeunes magistrats à la délicate opération d'apposer, par dizaines, des timbres humides tous les quart d'heure... Une telle situation (déjà déplorée par P.F. Bellot il y a bientôt deux siècles, in Exposé des motifs de la LPC du 29.9.1819, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, p. 33) a profondément entamé la crédibilité de l'institution, et affecté la dignité des magistrats qui en ont la charge.

Faut-il, comme en France, il y a des décennies, achever le malade ? Pour le déterrer, un peu plus tard ? (cf. Encyclopédie Dalloz, Procédure, Tome II, 2<sup>ème</sup> édition, Le conciliateur).

A une telle extrémité s'opposent de manière convaincante deux grandes réussites conciliatoires:

- a) sur le plan national, il conviendrait enfin de reconnaître, de prendre en considération, l'efficacité de la conciliation paritaire, en particulier en matière de baux et loyers où elle enregistre, pour la moyenne suisse, 42,67% de réussites (DFE, Office fédéral du logement, Communiqué de presse, Septembre 2003, Statistiques du 1<sup>er</sup> semestre 2003);
- b) sur le plan international, il serait profitable de s'intéresser de près, pour en dégager les enseignements valables pour la Suisse, aux expériences pilotes menées avec un succès prometteur dans maints Etats de droit (cf. Conseil de l'Europe, Conférence européenne des juges, "Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges", Strasbourg, 24-25.11.2003, en particulier le rapport de Justice Louise OTIS, Cour d'appel, Québec, sur "Les modes alternatifs des litiges". Cette remarquable magistrate, novatrice et entreprenante, a introduit, au Québec puis dans l'ensemble du Canada, une conciliation renforcée (y compris en appel, avec 80 % de taux de réussite au Québec); son concept offre aux parties au litige une véritable option leur permettant de résoudre autrement, consensuellement, sans frais, leur litige sous l'égide d'un magistrat conciliateur. Cf. Louise OTIS, La justice conciliatoire, Rapport pour la Conférence des juges sur "Le Règlement précoce des litiges et le rôle des juges", Strasbourg, 24/25.11.03).

Ainsi, deux pistes de réflexion se dégagent, consistant à:

- a) introduire dans la PCS les ingrédients à l'origine du succès de la conciliation tripartite: les compétences, les outils et les principes conciliatoires (y compris l'incontournable confidentialité);
- b) laisser aux cantons, puisque leur compétence en matière d'organisation judiciaire est maintenue, la possibilité, dans le texte retenu, de recourir à des expériences pilotes à tous les degrés de juridiction, suivies d'évaluations de satisfaction et d'analyses statistiques, à l'instar d'autres pays européens qui,

tel le Danemark, ont prévu ce nouveau mode conciliatoire (y compris en appel), en s'inspirant directement de la réussite québécoise.

On ne saurait trop insister sur la nécessité de renforcer la capacité conciliatoire des magistrats dans le bon déroulement de la conciliation par une formation appropriée. En effet, il n'y aura guère de garantie de sérieux et d'efficacité du processus sans des magistrats formés, expérimentés, motivés et bénéficiant du temps nécessaire (plusieurs journées d'audiences en conciliation coûtent moins à l'Etat et aux particuliers que plusieurs années en procédure), et les propositions d'amendements énoncées dans ce document demeureront, à elles seules, de faible portée.

Les propositions figurant ci-dessous aux art. 195 (Compétences), 195a (Mesures) et 199 (Confidentialité), avec la suppression de l'art. 204 (Proposition de jugement) sont, à cet égard, les plus significatives. Elles émanent de la concertation de plusieurs ACBL de Suisse romande: l'ARC de Neuchâtel et de La-Chaux-de-Fonds, la CCBL de Genève et l'ACBL du District de la Sarine à Fribourg.

2. Amendements et exposé des motifs (voir les articles correspondants)

3. Conclusions

La conciliation, thème en apparence mineur, n'a pas fait l'objet de l'examen et de la réflexion qu'elle mérite. Les solutions proposées par l'avant-projet ne s'ancrent pas suffisamment dans la pratique et la tradition conciliatrices, et porteraient de sérieuses, voire de mortelles atteintes à son fonctionnement.

3.1. La conciliation diminuée

3.1.1. Alors que la majorité des législations cantonales connaissent la *conciliation obligatoire* (O. Vogel et K. Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Stämpfli, 2001, p. 306), l'avant-projet retient la conciliation facultative, sans motiver son choix ! (rapport, p. 94). Or, le caractère facultatif, en soi, n'est pas un gage de réussite, loin s'en faut. La démonstration contraire en est d'ailleurs fournie par le succès de la conciliation obligatoire en matière de baux et loyers.

3.1.2. Le phénomène s'accroît encore avec la renonciation des parties (art. 192), système qui tempérerait en revanche avec profit une conciliation "relativement obligatoire".

3.1.3. Enfin, s'il faut saluer le texte de l'art. 193 al. 1 et 2, l'exclusion de la conciliation de l'art. 193 al. 3 aurait pour effet de surcharger les tribunaux, ce qui va à l'encontre du but recherché (cf. commentaire ci-dessus).

3.2 La conciliation anémiée

Sans compétences suffisamment définies et sans véritables outils de travail, les autorités de conciliation resteraient dépourvues d'efficacité. Il faut, par exemple, consacrer dans la loi la légitimité des solutions inédites:

"La conciliation autorise l'adoption de solutions beaucoup plus souples que ne le permet le jugement: le [conciliateur] peut s'écarter de la stricte application du droit et proposer toute une série de modalités constructives dans l'intérêt des parties " (F. Hohl, *Procédure civile*, II, Stämpfli, 2002, p. 163).

Un élément important de la conciliation n'apparaît pas dans le rapport: "le maintien des bonnes relations entre les parties" (F. Hohl, *op. cit.*, p. 163), élément devant conduire à renforcer, dans ce sens, la conciliation en tant que telle.

### 3.3 La conciliation dénaturée

La confusion des genres, introduite aux art. 204 et 205, ne respecte pas la nécessaire "séparation de la phase de conciliation de celle du jugement" et la "séparation des juges et des conciliateurs" (W. Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, Georg, 1981, pp. 235 et 236). Ce problème est étroitement lié à:

### 3.4 L'élimination de la confidentialité et du principe de non préjudice

"Pour que la conciliation ait quelque chance de réussir, il est nécessaire que les parties puissent s'exprimer librement, sans crainte ni arrière-pensées; notamment elles doivent être sûres que l'on ne pourra ensuite leur opposer ce qu'elles auront dit au cours de la procédure en conciliation. Le droit suisse applique très fermement le principe que la conciliation ne doit pas porter ombrage à la suite des débats (principe de non-préjudice de la conciliation) (W. Habscheid, *op. cit.*, p. 235; dans le même sens F. Hohl, *op. cit.*, p. 165).

Inversement, on pourrait compléter en affirmant que la perspective d'un procès ne doit pas non plus paralyser la liberté d'expression des parties et du conciliateur.

Or, dans le rapport de la commission d'experts, rien ne motive l'élimination du principe que "le droit suisse applique très fermement". Pourquoi ce silence, pourquoi ce meurtre ?

Bref, les ingrédients proposés à l'avant-projet transformeraient en "justice au rabais" une conciliation à la fois diminuée, anémiée et dénaturée, menacée d'un rapide déclin dans l'ensemble de notre pays.

### 3.5 Réaffirmer et développer la conciliation

Plusieurs ACBL de Suisse romande se sont concertées pour examiner ensemble les répercussions de l'avant-projet sur leur fonctionnement.

Dans une proposition conjointe, reproduite aux art. 195 (Compétence), 195a (Mesures), 199 (Confidentialité) et la suppression de l'art. 204 (Proposition de jugement), elles ont visé à l'essentiel. Faute de temps, elles n'ont pu construire ensemble un nouveau chapitre I.

On n'échappera cependant pas à cet exercice de refonte totale, tout au moins si l'on a encore la volonté politique de maintenir en vie un mode de résolution des litiges qui a fait ses preuves: en Suisse (en matière de baux et loyers), en Europe (travaux du Conseil de l'Europe en matière d'ADR) et dans le monde. Bien sûr, il faudra (re)poser le diagnostic, avant de prescrire les remèdes.

Dans ce contexte, il sera réaliste et nécessaire de tenir compte à la fois d'une part des pratiques et principes généraux retenus dans la plupart des législations cantonales, consacrés par la doctrine et recommandés par les Règlements de nombreuses organisations internationales en matière de conciliation commerciale (ICC, UNCITRAL, OMPI, etc.), et d'autre part des expériences pilotes effectuées de manière prometteuse au Québec et en Europe. Par ailleurs, on ne saurait faire abstraction de ce que la conciliation est déjà une culture, ou a vocation à le devenir. Outre une bonne compréhension de son fonctionnement, outre la recherche de nouvelles approches de négociation raisonnée par tous les acteurs (avocats et magistrats), outre une meilleure maîtrise de la communication non violente et de l'écoute active, outre une connaissance approfondie des domaines juridiques où elle s'exerce, une culture conciliatrice implique,

surtout, chez les magistrats conciliateurs, une disponibilité, une motivation et un esprit créatif sans lesquels la conciliation serait réduite à une formalité. La paix sociale demeure l'objectif, stimulant, du conciliateur:

"Lorsque le maintien des bonnes relations entre les parties est plus important qu'un résultat conforme au droit, la procédure de conciliation permet de rechercher et de trouver une solution qui n'est pas aussi dramatique psychologiquement que l'adjudication; la transaction a d'autant plus de valeur qu'elle intervient très tôt, voire même avant l'introduction du procès proprement dit (frais, ressentiments, etc.)" (F. Hohl, op. cit., p. 163).

Centre Patronal: Alors qu'une procédure de conciliation préalable et obligatoire existe déjà en matière de bail à loyer (pour habitation et pour locaux commerciaux), cette procédure serait désormais rendue obligatoire aussi pour ce qui est des relations de travail. En outre, dans les deux cas, si la conciliation n'aboutit pas, il incomberait aux autorités de conciliation de soumettre alors aux parties une proposition de jugement, la partie qui succombe devant impérativement saisir le juge pour que cette proposition n'entre pas en force.

Ce n'est pas l'idée d'une procédure de conciliation préalable en tant que telle qui pose ici problème. Il est vrai qu'en matière de baux à loyer, les conciliations sont assez fréquentes et déchargent à n'en pas douter les tribunaux compétents dans cette matière du droit. Il est vraisemblable que ce même effet se produise aussi dans les litiges relatifs à des rapports de travail. Sous cet angle, nous ne sommes donc pas opposés à une procédure de conciliation préalable et obligatoire dans ce domaine. Mais il faut être conscient que ces autorités, qui doivent être composées paritairement, seront passablement sollicitées, et qu'il faudra les doter en nombre suffisant de présidents et d'assesseurs. Or, sans parler des coûts supplémentaires à charge des finances cantonales, certains cantons connaissent déjà des difficultés de recrutement d'assesseurs pour leurs propres juridictions du travail et la situation pourrait devenir critique s'il en fallait de nouveaux.

Nous sommes par contre tout à fait opposés à ce que les autorités de conciliation soient contraintes de faire systématiquement une proposition de jugement aux parties. Premièrement, il n'est nullement prouvé que ce mode de faire déchargera les tribunaux concernés. Deuxièmement, il n'est pas souhaitable d'accroître les tâches d'instruction d'une autorité de conciliation, notamment sur la qualité et la quantité des pièces dont elle demandera la production. Troisièmement, il paraît difficile que l'autorité de conciliation puisse faire des propositions de jugement, alors qu'elle n'est pas habilitée – heureusement – à entendre des témoins. A notre avis, soit la conciliation aboutit et l'autorité la consigne, soit elle n'aboutit pas et l'autorité invite la partie concernée à saisir le juge. Nous ferons toutefois une exception pour les décisions que les autorités de conciliation doivent déjà rendre en vertu du droit du bail actuel.

CVAM: Alors qu'une procédure de conciliation préalable et obligatoire existe déjà en matière de bail à loyer (pour habitation et pour locaux commerciaux), cette procédure serait désormais rendue obligatoire aussi pour ce qui est des relations de travail. En outre, dans les deux cas, si la conciliation n'aboutit pas, il incomberait aux autorités de conciliation de soumettre alors aux parties une proposition de jugement, la partie qui succombe devant impérativement saisir le juge pour que cette proposition n'entre pas en force.

Ce n'est pas l'idée d'une procédure de conciliation préalable en tant que telle qui pose ici problème. Il est vrai qu'en matière de baux à loyer, les conciliations sont assez fréquentes et déchargent à n'en pas douter les tribunaux compétents dans cette matière du droit. Il est vraisemblable que ce même effet se produise aussi dans les litiges relatifs à des rapports de travail. Sous cet angle, nous ne sommes donc pas opposés à une procédure de conciliation préalable et obligatoire dans ce domaine. Mais il faut être conscient que ces autorités, qui doivent être composées paritairement, seront passablement sollicitées, et qu'il faudra les doter en nombre suffisant de présidents et d'assesseurs. Or, sans parler des coûts supplémentaires à charge des finances cantonales, certains cantons connaissent déjà des difficultés de recrutement d'assesseurs pour leurs propres juridictions du travail et la situation pourrait devenir critique s'il en fallait de nouveaux.

Nous sommes par contre tout à fait opposés à ce que les autorités de conciliation soient contraintes de faire systématiquement une proposition de jugement aux parties. Premièrement, il n'est nullement prouvé que ce mode de faire déchargera les tribunaux concernés. Deuxièmement, il n'est pas souhaitable d'accroître les tâches d'instruction d'une autorité de conciliation, notamment sur la qualité et la quantité des pièces dont elle demandera la production. Troisièmement, il paraît difficile que l'autorité de conciliation puisse faire des propositions de jugement, alors qu'elle n'est pas habilitée – heureusement – à entendre des témoins. A notre avis, soit la conciliation aboutit et l'autorité la consigne, soit elle n'aboutit pas et l'autorité invite la partie concernée à saisir le juge. Nous ferons toutefois une exception pour les décisions que les autorités de conciliation doivent déjà rendre en vertu du droit du bail actuel.

cvci: Pour les litiges relevant du droit du travail, la procédure de conciliation est capitale. Il est donc positif que l'avant-projet rende obligatoire la procédure de conciliation pour les litiges découlant d'un contrat de travail, de la loi sur la participation et de la loi sur le service de l'emploi et la location de service. De plus, toute renonciation relevant des lois susmentionnées et du contrat de travail, même d'un commun accord, serait irrecevable.

De plus, l'avant-projet instaure que le dépôt de la requête de conciliation correspond au dépôt de l'action judiciaire. Ce qui permet, dans tous les cantons, de débiter immédiatement la procédure par le biais de la procédure de conciliation.

Selon l'avant-projet, en matière d'arbitrage national, l'ouverture de l'action judiciaire est également déclenchée par l'introduction de la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties. Il s'agit là d'une disposition nouvelle et appréciable.

FRI: Nous ne sommes de loin pas convaincus par la procédure de conciliation telle que décrite aux articles 191 à 205 du projet, dont nous voyons bien qu'elle a été inspirée par l'article 274 a al. 1 CO du contre-projet des Chambres fédérales, soumis au peuple le 8 février prochain.

Nous pensons que l'accroissement des compétences décisionnelles des commissions de conciliation, notamment en matière de bail à loyer, dénature le système actuel qui donne satisfaction. Les statistiques relatives aux autorités de conciliation sont là pour le prouver.

Si le projet devait être accepté en l'état, la conciliation perdrait – selon nous – en utilité et en efficacité, dès lors qu'elle ne serait plus considérée par les parties comme un lieu de médiation et de propositions, mais comme une instance judiciaire supplémentaire. La possibilité de se rendre auprès de l'autorité de conciliation sans conseil professionnel nous paraît, de surcroît, largement réduite, ce qui est préjudiciable pour les parties.

Le système proposé nous paraît également contraire à l'article 43 litt. c du projet. L'autorité de conciliation ayant donné son avis en tant que médiateur ne pourrait, selon nous, émettre une proposition de décision.

Compte tenu de ce qui précède, nous demandons:

le maintien des compétences décisionnelles actuelles s'agissant de litiges portant sur les baux immobiliers,

la réaffirmation du principe de confidentialité, véritable clé de voûte de la conciliation.

FRStZH: Die seit 200 Jahren im Kanton Zürich im Volk verankerte Berufsbezeichnung "*Friedensrichter*" bzw. "*Friedensrichteramt*", erklärt, dass versucht wird, die vorgebrachten Streitigkeiten auf *friedliche* Art, in einem Aussöhnungsverfahren (Sühnverhandlung) zu regeln. Bei tiefen Streitwerten werden die Verfahren letztinstanzlich, als erkennender *Richter* abgeschlossen.

Die Bezeichnung "Friedensrichter" bzw. "Friedensrichteramt" der für die Schlichtung vorgesehenen Instanz, ist zweifelsfrei eine würdige Bezeichnung. Die jetzige, sachlich begründete Bezeichnung "Friedensrichter" bzw. "Friedensrichteramt" darf keinesfalls durch eine schlechtere Namensgebung, ersetzt werden.

Grundsätzlicher Antrag:

Die 1. gerichtliche Instanz sei mit "Friedensrichter" / "Friedensrichteramt" zu bezeichnen.

Die gesamtschweizerische Einführung von Schlichtungsbehörden für *grundsätzlich alle Zivilklagen wird sehr begrüsst*.

FSA: Consciente du rôle croissant que cette institution est appelée à jouer et pour donner la possibilité aux parties d'opter pour une médiation d'entrée de cause, la FSA propose d'ajouter la disposition suivante:

*Article 191 bis*

*Mediation*

*Abs. 1 Auf gemeinsames Begehren der Parteien tritt an die Stelle der Schlichtungsverhandlung eine Mediation.*

*Abs. 2 Das Begehren ist mit dem ordentlichen Schlichtungsgesuch oder anlässlich der Verhandlung der Schlichtungsbehörde zu stellen. Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien die Aufnahme einer Mediation empfehlen.*

*Abs. 3 Die Organisation und die Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien.*

*Abs. 4 Das Schlichtungsverfahren ist bis zum Widerruf des Begehrens durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation durch alle Parteien sistiert. Die Schlichtungsbehörde erlässt die notwendigen Verfügungen.*

*Abs. 5 Der Fortgang des Schlichtungsverfahrens nach Aufhebung der Sistierung richtet sich ausgehend von den Ergebnissen der Mediation nach vorliegendem Gesetz.*

*Abs. 6 Die Gerichtskosten sind entsprechend zu reduzieren.*

*Abs. 7 Der Bundesrat kann Ausführungsbestimmungen erlassen.*

HEV: Die einverständliche Streitbeilegung ist im Zivilprozess die am häufigsten gewählte Form. Der Entwurf sieht diese Form der Prozessbeendigung an verschiedenen Stellen vor. So ist grundsätzlich vorgesehen, dass jedem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer gerichtlichen Stelle vorausgeht. Diese Stelle wird von den Kantonen bezeichnet (Art. 191 VE). Ein obligatorisches Schlichtungsverfahren ist für das vereinfachte Verfahren vorgesehen (Miet- und Pachtrecht, Arbeitsrecht etc). In ordentlichen Verfahren jedoch, d.h. bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ab einem Streitwert von CHF 20'000.- findet kein Schlichtungsverfahren statt, wenn die klagende Partei einseitig darauf verzichtet (Art. 192 Abs. 2 lit.a). U.E. sollte das Schlichtungsverfahren unabhängig von der Höhe des Streitwertes eingesetzt werden. Mit Ausnahme einiger familien- und persönlichkeitsrechtlicher Streitigkeiten sind fast alle Prozesse vermögensrechtlicher Natur. Eine Freiwilligkeit könnte dazu führen, dass die Parteien oft darauf verzichten, was die Bedeutung der Schlichtungsbehörden schmälern würde. Das wäre sehr bedauerlich, denn die Schlichtungsbehörden haben in der Vergangenheit eine effiziente Form der Streitbeilegung geboten.

*Antrag:* Das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 191 VE sei für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten obligatorisch vorzusehen.

Im Zusammenhang mit den Schlichtungsbehörden stellt sich auch die Frage bezüglich deren Zusammensetzung. Es gibt Autoren, welche die Ansicht vertreten, dass die Vergleichsverhandlungen zuerst allein vom Präsidenten der Schlichtungsbehörde in einer Art Vorschlichtungsverfahren geführt werden sollten. Das wird heute bereits in einigen Kantonen so gehandhabt. Wir lehnen diese Zusatzstufe ab. Eine paritätische Schlichtungsbehörde trägt unseres Erachtens zu einer ausgewogenen und gerechteren Beurteilung der Streitsache bei. Würde man ein Vorschlichtungsverfahren einführen, müsste die Rolle der Schlichtungsbehörden ernsthaft hinterfragt werden und das angestrebte Ziel, die Verfahrensbeschleunigung, würde damit kaum erreicht.

MietZG: Aus verschiedenen Gründen erscheint es uns unbedingt notwendig, die bisherige bewährte Regelung, wonach die Schlichtungsbehörden keine gerichtlichen Behörden, sondern Rechtsanwendungsinstanzen eigener Art sind (Higi, Art. 274a OR, N 27ff.), beizubehalten.

Im Vorentwurf selbst kommt bereits zum Ausdruck, dass man den Schlichtungsbehörden nicht alle Kompetenzen einer gerichtlichen Behörde zugestehen will (Bsp. Beweismittelerhebung ist sehr eingeschränkt, Art. 197 und Art. 199, siehe auch Bericht zum Vorentwurf Art. 197 III ). Insofern zieht der Vorentwurf nicht die Konsequenzen aus dem Begriff "gerichtlich".

Dies ist gut so, soll es sich doch beim Schlichtungsverfahren um ein einfaches, schnelles Verfahren handeln, welches in erster Linie einen Vergleich zwischen den Parteien im Auge hat. Die Schwelle zur Schlichtung sollte möglichst niedrig sein. Mit einer gerichtlichen Behörde wird diese unnötigerweise erhöht. Viele Parteien scheuen den Gang vor ein "Gericht".

Ebenfalls ist zu erwähnen, dass sich beispielsweise im Kanton Zug die Einbindung in das Amt für Wohnungswesen sehr bewährt hat. Gerade auch im Hinblick auf ein mögliches künftiges Mietrecht, welches auf Daten des Amtes für Wohnungswesen (Vergleichsmieten) abstützt, sollte diese Regelung beibehalten werden können. Die paritätische Zusammensetzung garantiert zudem verwaltungsunabhängiges Handeln der Behörde.

Für uns ist dies der wichtigste Punkt, den es im Vorentwurf zu korrigieren gibt: Der Begriff "gerichtlich" ist in Bezug auf Miete und Pacht unbedingt zu streichen.

MV: Diese Regelung enthält für die mietrechtlichen Schlichtungsbehörden eine Neuerung. Die Schlichtungsbehörden sind bisher soweit ersichtlich in allen Kantonen der Verwaltung angegliedert. Nach Art. 191 VE wird nun eine unabhängige gerichtliche Schlichtungsbehörde Vorschrift. Wir begrüßen diese Neuerung. Viele Gemeinwesen verfügen bekanntlich selber über Mietliegenschaften und eine Ausgliederung der Schlichtungsbehörde aus dem Verwaltungsapparat ist daher wünschenswert.

Wie der Vorentwurf zu Recht festhält, greift der Bund im Mietrecht ohnehin schon in die kantonale Organisationshoheit ein. Wir beantragen daher, die Kantone anzuhalten, die Schlichtungsbehörden in Zukunft kantonal oder zumindest bezirksweise einzurichten. Die nach bisherigem Recht (Art. 274a Abs. 1 OR) und nach dem VE mögliche Einsetzung von Schlichtungsbehörden auf kommunaler Ebene, wie sie in den Kantonen Thurgau und Bern existiert, ist untauglich. Eine Art "Dorfjustiz" für ein komplexes und existenzielles Rechtsgebiet wie das Mietrecht ist ein offensichtliches Ärgernis. Vgl. im übrigen hiezu auch unsere Bemerkungen zu Art. 43 lit. c VE.

OAFRI: Le projet est fondé sur l'idée d'une conciliation préalable obligatoire, avec des exceptions non négligeables. L'intention est certes louable mais il convient d'éviter que la tentative préalable de conciliation ne devienne une formalité vide de sens ou ne permette à une partie d'allonger sans nécessité la procédure. Si l'on veut imposer la tentative préalable de conciliation et lui conférer une utilité réelle, il faut mettre en œuvre les moyens nécessaires:

Le magistrat conciliateur doit être un magistrat professionnel, capable de conseiller utilement les parties en leur présentant les difficultés et les risques de leur cause.

A cet effet, le magistrat conciliateur doit être saisi d'une requête suffisamment précise, qui ne se limite pas aux seules conclusions et contienne, même de manière peu formelle, un exposé des faits généraux de la cause et des divergences entre parties.

Pour que le magistrat conciliateur conserve une certaine liberté d'action, il ne doit pas être le même que celui qui tranchera la cause, comme président ou membre du tribunal civil ou comme juge unique.

Roche: Roche anerkennt zwar, dass ein vorgelagertes Schlichtungsverfahren in vielen Fällen die frühzeitige Beilegung von Streitigkeiten unterstützt und damit der Sicherung des Rechtsfriedens dienlich sein kann. In komplizierten Sachverhalten mit hohem Streitwert erfüllt ein Schlichtungsverfahren diese Funktion jedoch häufig nicht. Haben sich die Parteien erst einmal zum Prozess entschlossen, wünschen sie in der Regel, dass ihr Fall möglichst rasch in allen Einzelheiten im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens beurteilt wird. Ein Schlichtungsverfah-

ren stellt vor diesem Hintergrund oft eine unnötige Verzögerung dar und wird von den Parteien als zusätzliche Prozesshürde empfunden. In der Praxis zeigen sich Schlichtungsbehörden zudem durch komplizierte und spezielle Sachverhalte, wie Sie in der Grossindustrie häufig anzutreffen sind, oft überfordert.

Positiv zu werten sind immerhin die vorgesehenen kurzen und klaren Fristen des Schlichtungsverfahrens sowie die klare Regelung der Rechtshängigkeit und der Fortführungslast.

SBV: Das Schlichtungsverfahren ist ein Kernpunkt des Vorentwurfs. Nicht alle Punkte werden hier vereinheitlicht. Es erfolgt aber eine Aufwertung, die von erheblicher Bedeutung ist. Sowohl für die Parteien wie auch für das Gericht birgt das Schlichtungsverfahren Vorteile.

Wichtig ist, dass das Schlichtungsverfahren auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten ausgedehnt wird. Die Schlichtungsbehörde besteht also in Zukunft bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten aus einem paritätisch zusammengesetzten Gremium. Ausserdem kann die Schlichtungsbehörde, in einem weiteren Umfang als bisher, Urteilsvorschläge erlassen.

Da sich Schlichtungsstellen bisher sehr gut bewährt haben, ist dieser Ausbau der Schlichtungsarbeit zu begrüssen. Auch der Einsatz von paritätisch zusammengesetzten Gremien gewährleistet eine erhöhte Objektivität in Streitangelegenheiten, die für Personen existentiell sein können. Das Arbeitsrecht ist als Arbeitnehmerschutz ausgestaltet. Wir wollen sicherstellen, dass die Bestimmungen so formuliert werden, dass der Position des Arbeitgebers auch genügend Beachtung geschenkt wird. Wir unterstützen also diese Ausdehnung des Schlichtungsverfahrens auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten.

Zu begrüssen ist auch die Einführung des obligatorischen Schlichtungsversuches bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu Fr. 20'000.--. Bei diesen Streitwerten lohnt sich das Durchziehen eines Verfahrens finanziell kaum. Die Parteien verlieren jedoch eventuell diese Tatsache aus den Augen, weil Sie zu sehr im Fall verbissen sind. Durch das obligatorische Schlichtungsverfahren kann dadurch die Behörde korrigierend und mahnend eingreifen, ohne sich selbst zu schaden. Denn eine Einigung erspart auch dem Gericht einen kaum zu rechtfertigenden Aufwand. Manchmal reicht es schon, wenn sich eine Drittperson in einen verfahrenen Kampf zwischen zwei Parteien einschaltet, um eine neue Verhandlungs- und Einigungsbereitschaft zu erlangen. Es geht darum, einen Fall abzuschliessen, bevor weit höhere und nicht mehr rechtfertigbare Kosten die Folge sind.

Die gewählte Behörde muss eine gerichtliche Schlichtungsbehörde sein. Die Kantone sind frei, ein erstinstanzliches Gericht mit den Aufgaben der Schlichtungsbehörde zu betrauen. Ob dann dieses später auch das zum Entscheid zuständige Gericht ist, bleibt ebenfalls kantonaler Regelung vorbehalten. Diese Freiheit ist nicht ganz verständlich. Einerseits stimmt es zwar, dass die Schlichtungsbehörde, die nach erfolgloser Schlichtung zur Entscheidungsbehörde wird, grosse Kenntnisse über den Fall hat, doch ist hier die Unabhängigkeit bereits nicht mehr ganz gewährleistet. Ausserdem ist es doch kaum vermeidbar bereits Gehörtes und Bekanntes in die Urteilsfindung einzubauen auch wenn das, was während der Schlichtungsverhandlung gesagt wurde, theoretisch gar nicht verwertet werden darf. Sicher ist es kurzfristig gedacht, einfacher und kostengünstiger, diese Schlichtungsstelle innerhalb der ersten gerichtlichen Instanz einzubauen. Doch wären mittel- oder längerfristig hohe

Kosten die Folge. Irgendwann werden Stimmen laut, dieses Geflecht auf formeller Ebene wieder zu beseitigen. Deswegen beantragen wir, dass die ZPO festhält, die Schlichtungsbehörde dürfe nicht die gleiche sein, wie die erstinstanzlich urteilende Behörde.

SchAG: Das Erfordernis einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde ist zur Zeit im Kanton Aargau nicht erfüllt. Diesem nachzukommen bedeutete jedoch kein unverhältnismässiger Aufwand. Aufgrund der gemachten Erfahrungen viel entscheidender ist jedoch der Umstand, dass das Schlichtungsverfahren nach Gleichstellungsgesetz (GIG) von einer einheitlichen gesamtkantonalen Instanz wahrgenommen wird. Damit kann eine Konzentration des materiell- und formellrechtlichen Know-hows erreicht werden. Die Möglichkeit einer Delegation an einzelne Bezirks- bzw. Arbeitsgerichte, wie sie das Gesetz vorsieht, erscheint wenig sinnvoll und sollte für das Schlichtungsverfahren nach GIG ausgeschlossen werden.

Antrag: Keine Delegationsmöglichkeit der Schlichtungsinstanz an verschiedene Gerichte.

SchKG-Vereinigung: Das Obligatorium des Schlichtungsverfahrens sollte gestrichen werden. Bei Streitwerten über CHF 20'000.– kann der Kläger auf das Schlichtungsverfahren verzichten (Art. 192 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 192 Abs. 3 und Art. 237 lit. g VEZPO). Das vereinfachte Verfahren sollte indes richtigerweise im mündlichen Verfahren stattfinden und dort ist es Aufgabe des Richters, zu schlichten. Gerade in diesen einfachen Verfahren ist es nicht gerechtfertigt, die Parteien obligatorisch zu zwei Instanzen zu schicken.

SchZH: Gemäss Vorentwurf soll das Schlichtungsverfahren für sämtliche Schlichtungsbehörden vereinheitlicht werden. Die Bestimmung und Organisation der Schlichtungsstellen ist grundsätzlich nach wie vor Sache der Kantone, verlangt ist aber eine gerichtliche, von der Verwaltung unabhängige Behörde (Art. 191), welche je nach Funktion paritätisch zusammengesetzt sein muss, so insbesondere bei Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz (Art. 194 Abs. 2 lit. c).

Die Schlichtungsstelle nach dem Zürcher Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz vom 29. Oktober 2001 (EG zum GIG) genügt diesen organisatorischen Anforderungen: Sie ist als zentrale Behörde mit doppelt paritätischer Besetzung (Vertretung beider Geschlechter sowie der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite) gleichermassen für privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse im Kanton zuständig. Ganz in der Zielrichtung des GIG hat sich dieses Konzept einer einzigen, den Gerichten vorgelagerten und damit niederschweligen Schlichtungsstelle bewährt. Es ermöglicht eine einheitliche, effiziente Schlichtungspraxis auf Grund konzentrierter Fachkompetenz, was bei den Parteien Vertrauen schafft und sich positiv auf die Akzeptanz der Einigungsvorschläge auswirkt. Damit ist eine bestmögliche Unterstützung der Rechtsuchenden gewährleistet. Die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle für alle Arbeitsverhältnisse bietet Betroffenen zudem eine einfache, leicht verständliche Lösung. Sie begünstigt, dass die Dienste der Schlichtungsstelle tatsächlich in Anspruch genommen werden und diese die im GIG verankerte Beratungs- und Vermittlungsfunktion effektiv wahrnehmen kann.

Aufgrund der positiven Erfahrungen im Kanton Zürich hinsichtlich Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes durch eine zentrale niederschwellige Schlichtungsbehörde ergeht die Anregung an die Expertenkommission, für GIG-Angelegenheiten die Übernahme des Zürcher Modells in die Schweizerische ZPO zu

prüfen. Von Vorteil wäre wohl jedenfalls, für den definitiven Entscheid in dieser Frage das Ergebnis der vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebenen Evaluation der Wirksamkeit des GIG abzuwarten, welche Untersuchung sich auch zum Einfluss der organisatorischen Struktur der Schlichtungsstellen auf die Umsetzung des GIG äussern wird.

Wenig sinnvoll erscheint die nach dem Vorentwurf ebenfalls mögliche Delegation der Schlichtungsfunktion an die einzelnen Bezirks- bzw. Arbeitsgerichte.

Eine einheitliche, auf konzentriertem Fachwissen basierende Schlichtungspraxis würde entfallen und das Kriterium des vom GIG anvisierten niederschweligen Verfahrens wäre nicht mehr erfüllt. Dass diesem bei der Umsetzung des GIG ein zentraler Stellenwert zukommt, wird in der Botschaft zur Revision des Gleichstellungsgesetzes vom 5. November 2003 zwecks Schaffung einer Schlichtungsinstanz für das Bundespersonal mehrfach angesprochen. Ausdrücklich wird dort auch festgehalten, das Konzept der kantonalen Schlichtungsstellen habe sich bewährt, das entsprechende Verfahren sei niederschwellig und effizient.

Fazit: Die Delegation der Schlichtung an die Gerichte stellt die vom GIG anvisierte niederschwellige, vorgelagerte Schlichtungsfunktion in Frage. Im Gesetzesentwurf sollte daher von der Delegationsmöglichkeit abgesehen und im Interesse einer einheitlichen, fachkundigen und effizienten Schlichtungspraxis eine zentrale Schlichtungsstelle für GIG-Angelegenheiten vorgesehen werden.

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 191 [beibehalten als Art. 191 Abs. 1].

Abs. 2 Anstelle einer Schlichtung vor einer gerichtlichen Schlichtungsbehörde können sich die Parteien schriftlich darauf einigen, ein Mediationsverfahren durchzuführen.

SVM: Nous proposons, au travers des articles sur la conciliation qui vont suivre, un aménagement pour la médiation devant l'autorité de conciliation, en partie inspiré du projet genevois. Il nous semble répondre aux enjeux posés, notamment en prévoyant l'introduction d'une voie d'homologation des conventions de médiation négociées avant toute procédure judiciaire, par les art. 195a, 196a et 204a, devant l'autorité de conciliation qui devient autorité d'homologation. Pour *les médiations initiées en cours de procédure de conciliation*, nous proposons les art. 197 al. 5 et 6, et 204a. La litispendance pour ces deux voies est précisée à l'art. 206 al. 1.

Uni GE: De manière générale, la place donnée à la procédure de conciliation (articles 191 à 205) doit être saluée, même si on peut déplorer que les experts aient délibérément omis de saisir l'occasion pour aborder la thématique de la médiation (Rapport, p. 15 [la médiation est toutefois évoquée aux articles 116 I et 157 I lit c PCS]). L'AP reprend toutefois une institution dont l'expérience a démontré le manque d'efficacité dans sa forme actuelle: nombre de tentatives de conciliation intervenant en début de procédure échouent. On peut se demander s'il ne serait pas préférable de revoir les fondements de cette institution et de prévoir, par exemple, une tentative de conciliation survenant à un stade plus avancé de la procédure, qui permette au juge et aux parties de procéder à une évaluation plus précise de l'opportunité de concilier.

Cela étant précisé, la souplesse prévue à l'article 192 I PCS (caractère facultatif de la conciliation) se justifie dans la mesure où elle permet d'éviter d'encombrer

les tribunaux avec des tentatives de conciliation vouées à l'échec. En revanche, permettre au demandeur de renoncer unilatéralement à utiliser la procédure de conciliation dans les litiges patrimoniaux (article 192 II lit a PCS) va trop loin, puisque cela englobe la majorité des litiges. De même certains cas d'exclusion de la conciliation (article 193 PCS) ne se justifient pas: ainsi en est-il de l'article 193 II PCS qui exclut la conciliation pour toute une série d'actions tirées de la LP. Or, il n'est pas impensable qu'une action en contestation de l'état de collocation (art. 148 et 150 LP) ou une action en revendication (article 106 LP) soit réglée au stade de la conciliation (l'article 66 I OAOF prévoit la possibilité pour l'administration de la faillite de concilier en cas de contestation de l'état de collocation).

Enfin, le système choisi consistant à se contenter d'une requête indiquant l'identité de la partie adverse, l'objet du litige ainsi que les conclusions (article 196 PCS), se distingue de ce qui prévaut à l'heure actuelle dans certains cantons à l'instar de Genève: la LPC GE prévoit en effet que, sous réserve d'exceptions, le mémoire déposé en conciliation est identique à celui qui, le cas échéant, sera introduit après l'absence de conciliation (articles 50ss LPC GE). On peut certes comprendre le but du législateur qui consiste à faciliter l'accès par les parties aux bons offices du juge conciliateur (voir à ce sujet l'article 196 I 2<sup>e</sup> phrase), mais douter aussi de l'opportunité, sous l'angle de l'économie de procédure, du dépôt d'une requête de conciliation qui constitue un mémoire différent de la demande à déposer ultérieurement. Cette multiplication des écritures peut s'avérer coûteuse pour les parties, sans compter que le dépôt d'une assignation complète dès le départ présente le mérite de permettre au juge conciliateur d'avoir une connaissance plus approfondie du litige.

Uni LA: Dans l'ensemble, la réglementation de la procédure de conciliation, assez fidèle à ce qui existe dans de nombreuses législations cantonales, est satisfaisante. La possibilité pour les parties d'y renoncer dans de nombreux cas tient compte de manière opportune des traditions différentes qui existent à cet égard selon les cantons.

Le fait de rendre cette procédure de conciliation dans tous les cas obligatoire si la cause relève de la procédure simplifiée apparaît cependant comme un non-sens. C'est précisément dans les litiges qui doivent être rapidement tranchés, souvent pour de petites valeurs litigieuses, que cette procédure paraît un alourdissement excessif. Le fait que la conciliation préalable pourra semble-t-il être alors confiée à l'autorité de jugement elle-même n'y change rien: les parties se verraient en effet néanmoins astreintes à une comparution supplémentaire avant l'échange des écritures, alors que la conciliation pourrait être tentée tout aussi bien lors des débats préparatoires. Le fait que l'autorité de conciliation préalable soit le tribunal qui jugera au fond à défaut d'arrangement prive d'ailleurs cette institution d'une partie de sa justification, qui est de permettre aux parties et au juge de s'exprimer en toute liberté.

La généralisation au droit du travail du système de conciliation par une autorité paritaire, que le droit du bail connaît déjà actuellement, n'est pas non plus opportune. Du moins fait-elle double emploi avec la composition paritaire des tribunaux de prud'hommes que connaissent de nombreux cantons. Peut-être pourrait-on imaginer un système laissant (en matière de bail également) aux cantons le choix de prévoir dans ces domaines soit une autorité de conciliation, soit une autorité de jugement paritaires ....

Comme on l'a vu plus haut (remarques ad art. 55 AP), l'AP ne précise pas clairement si l'autorité de conciliation peut devoir rendre des décisions d'irrecevabilité, notamment pour défaut de compétence, et le cas échéant selon quelle procédure. On propose que tel ne soit pas le cas. Il conviendrait alors de régler spécialement, sous forme d'un incident devant le tribunal saisi du fond, l'hypothèse où la conciliation a été tentée devant une autorité incompétente. La sanction ne devrait pas forcément consister à invalider à ce stade l'instance. En effet, dans de nombreux cas (p. ex. lorsque l'autorité de conciliation était incompétente *ratione loci*, mais que le tribunal saisi au fond est le bon, par exemple parce qu'on a tenté la conciliation devant le juge de paix d'Aigle alors qu'il fallait s'adresser à celui de Vevey, mais que la cause relèvera finalement de toute façon du tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois) une sanction du type de celle que prévoit actuellement l'art. 140 du Code de procédure civile vaudois (renvoi devant la bonne autorité pour qu'elle tente à nouveau la conciliation) paraîtrait indiquée. Il conviendrait en outre que ce moyen ne puisse pas être soulevé d'office et que les parties aient la possibilité de renoncer, expressément tacitement, à s'en prévaloir.

Uni NE: A notre sens, *la requête en conciliation devrait être réservée aux domaines spécifiquement sociaux*, à savoir le droit du travail et le droit du bail, pour lesquels une représentation paritaire doit être prévue au sein de l'autorité. On relèvera que la conciliation obligatoire porte avant tout ses fruits en droit du bail, où les parties doivent souvent envisager un maintien de leur relations contractuelles, pour un certain temps en tout cas. Prévoir une requête de conciliation de manière générale, même si une renonciation est possible dans certains cas, paraît excessivement lourd. Dans tous les cas, il ne paraît pas judicieux d'imposer la procédure de conciliation pour toute procédure simplifiée. Au pire, il faudrait en tout cas, les domaines du droit du travail et du droit de bail réservés, que le demandeur puisse renoncer à la procédure de conciliation. On ne peut en effet l'obliger à déposer tout d'abord une requête en conciliation puis, en cas de non conciliation, une véritable demande. Cela complique sans nécessité la procédure.

Par ailleurs, *le préalable de conciliation peut se révéler un piège procédural*, dans la mesure où il peut s'avérer difficile de déterminer quels éléments doivent nécessairement figurer déjà dans cette procédure préalable. Quel degré de précision doit avoir la requête en conciliation ? L'objet de la procédure peut-il varier au moment du dépôt de la demande au fond ? De plus, le fait que les parties doivent nécessairement comparaître en personne à l'audience de conciliation peut compliquer sans raison la procédure. Et il suffira au défendeur de ne pas être présent à l'audience de conciliation pour que la tentative soit réputée avoir échoué, d'où une perte de temps inutile pour le demandeur. Lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 20'000.--, la nécessité d'introduire une requête en conciliation préalable a également des conséquences non négligeables d'un point de vue financier, en particulier lorsque les parties ont recours à des avocats. On ne peut pas raisonnablement soutenir qu'il suffit aux parties d'aller seules à l'audience de conciliation. Le contenu de la requête peut être déterminant pour la suite de la procédure. C'est à notre sens un leurre que de croire que les parties peuvent agir facilement sans passer par des avocats. Il n'est pas rare d'ailleurs que les particuliers ne puissent faire valoir correctement leurs droits parce qu'ils ont recours trop tard dans le cours d'une procédure à un représentant professionnel. Le recours au formulaire comme le prévoit

l'avant-projet à l'article 236, notamment pour simplifier la procédure, n'améliore généralement pas les choses, en tout cas lorsque la procédure est soumise à la maxime des débats.

Les domaines du droit du bail et des prud'hommes mis à part, il nous paraît que la meilleure solution consisterait en un mandat donné au tribunal de tenter la conciliation à la première audience de comparution. Cette solution, connue dans de nombreux cantons, permet aux parties de discuter alors que l'échange des écritures est déjà intervenu et que la situation est dès lors passablement éclaircie.

Art. 192

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Abs. 2 sollte mit einer lit. f wie folgt ergänzt werden "in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995".

Art. 192 Abs. 3 ist problematisch. Beispielsweise müsste bei selbstständigen Klagen aus der Unterhaltspflicht der Eltern für ihr Kind gemäss Art. 237 lit. f VE ZPO immer ein Schlichtungsversuch stattfinden. Eine Schlichtungsverhandlung macht jedoch keinen Sinn, da die Parteien sich ja gar nicht selber einigen können, d.h. nicht selber über den Prozessgegenstand verfügen können.

AR: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten können soll (Abs. 2 lit. a). Gerade bei diesen Streitigkeiten ist die Erledigungsquote der Friedensrichter relativ hoch, was die ordentlichen Gerichte enorm entlastet.

BE: In der französischen Version von Abs. 1 ist die folgende Ergänzung vorzunehmen: ... *de renoncer à la procédure de conciliation.*

Wenn die Durchführung des Schlichtungsverfahrens in Streitigkeiten mit einem Streitwert bis Fr. 20'000.-- obligatorisch ist (Art. 192 Abs. 3 und Art. 237 lit. g VE), dann leuchtet die in Art. 192 Abs. 2 lit. a VE vorgesehene Möglichkeit, dass eine Partei bei einem höheren Streitwert einseitig darauf verzichten kann, nicht ein. Bei solchen Streitigkeiten besteht erst recht ein Interesse an einem grundsätzlich obligatorischen Schlichtungsverfahren. Abs. 2 lit. a sollte daher gestrichen werden. Den Parteien bleibt es gemäss Abs. 1 unbenommen, gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens zu verzichten.

Gemäss Art. 192 Abs. 3 VE in Verbindung mit Art. 237 Bst. c VE sollen Schlichtungsverfahren bei Fällen von Diskriminierung am Arbeitsplatz obligatorisch sein. Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) hält demgegenüber fest, dass Schlichtungsverfahren grundsätzlich freiwillig sind. Die Kantone können vorsehen, dass gerichtliche Klagen erst nach der Durchführung des Schlichtungsverfahrens angehoben werden können. Im Kanton Bern ist das Schlichtungsverfahren für die Parteien freiwillig (Art. 10 EG GIG). Sollte die Regelung gemäss Vorentwurf beibehalten und das Schlichtungsverfahren (mit Wirkung für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse) obligatorisch ausgestaltet werden, würde die Geschäftslast der kantonalen Schlichtungskommission gegen Diskriminierung im Erwerbsleben (SKDE) erheblich zunehmen. Die Zahl der Mitglieder müsste erhöht und das Sekretariat aufgestockt werden, was mit

finanziellen Mehraufwand verbunden wäre. Der Kanton Bern lehnt deshalb den Vorentwurf in diesem Punkt ab.

BS: Die Regelung von Absatz 1 ist unseres Erachtens nicht opportun, da mit dem Schlichtungsverfahren nach GIG erstens zahlreiche Vergleiche abgeschlossen werden konnten, die zweitens zum Teil inhaltlich über das GIG hinausgingen. Eine solche Bestimmung wird, insbesondere bei anwaltlicher Vertretung, zu einem häufigen Verzicht auf die Schlichtungsverhandlung führen. Das wäre umso bedauerlicher als das Schlichtungsverfahren nach GIG den Parteien eine wichtige Kommunikationsplattform bietet. Diese Funktion kann und soll ein Gericht nicht übernehmen.

Auch in Bezug auf Absatz 2 gilt grundsätzlich, dass jede Konstellation vermieden werden sollte, in der die beklagte Partei – idR die Arbeitgeberin - Druck auf die klägerische Partei – in der Regel auf Frauen (und Männer), die eine Diskriminierung geltend machen - ausüben kann; sei es auch nur in Bezug auf einen Instanzenverzicht.

LU: Wir sehen nicht ein, weshalb nur bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten über 20'000 Franken einseitig verzichtet werden kann, bei unter diesem Betrag liegenden Streitigkeiten aber nicht (Art. 192 Abs. 3 VE-ZPO in Verbindung mit Art. 237g VE-ZPO).

Bei Scheidungsklagen (streitige Scheidungen nach Art. 114 f. ZGB) ist gemäss dem vorliegenden Vorentwurf ein einseitiger Verzicht unzulässig. Die Parteien können aber einvernehmlich auf das Schlichtungsverfahren verzichten. Diese Regelung lehnen wir ab, weil auch hier erfahrungsgemäss die Vergleichsquote, d.h. der Abschluss eines Konveniums hoch ist.

NW: Abs. 2 lit. a: Lit. a ist folgendermassen zu ergänzen: *a. bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten über Fr. 20'000.00.*

Begründung: Dass es um vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 20'000.00 geht, ist nicht ausdrücklich erwähnt. Damit dies direkt klar und das Gesetz somit auch einfacher lesbar wird, würde eine entsprechende Ergänzung bei Art. 192 Abs. 2 lit. a VE ZPO genügen.

OW: Art. 192 Abs. 2 überlässt es bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 20 000.– dem Belieben der klagenden Partei, ob sie auf das Schlichtungsverfahren verzichten will. Dem kann nicht gefolgt werden. Auch wenn vor allem bei kleinen Forderungsstreitigkeiten die Vergleichschancen sehr hoch sind, ist nicht zu verkennen, dass oft auch bei Streitigkeiten mit einem höhern Streitwert das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde erledigt werden kann. Der Streitwert ist nicht der allein massgebende Gesichtspunkt für die Beurteilung der Vergleichschancen in einem Prozess. Da die Durchführung des Schlichtungsverfahrens mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, wäre die Versuchung für die klagende Partei gross, darauf von vornherein zu verzichten. Entsprechend wäre damit zu rechnen, dass die Zahl der vor den Zivilgerichten zu führenden Zivilprozesse zunehmen würde.

SH: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten können soll (Abs. 2 lit. a). Gerade bei diesen Streitigkeiten ist die Erledigungsquote der Friedensrichter relativ hoch, was die ordentlichen Gerichte enorm entlastet.

SO: Abs. 2: Hier sollte in lit. a klargestellt werden, dass die klagende Partei bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten *mit einem Streitwert über 20'000 Franken (bzw. 30'000 Franken gemäss unseren Ausführungen zu Art. 237 ff.)* einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten kann.

SZ: Ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren darf unter Vorbehalt zulässiger Pro-rogationen nicht zulässig sein, vor allem nicht einseitig (Abs. 2). Die vorgesehenen Möglichkeiten würden zu einer massiven Mehrbelastung der Gerichte führen. Die sehr grosse Bedeutung der Filterwirkung des Schlichtungsverfahrens darf nicht unterschätzt werden.

TG: Abs. 2 lit. a und b sowie Abs. 3 sind zu streichen. Gerade im Bereich der vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Erledigungsquote der Friedensrichterinnen und Friedensrichter relativ hoch, was die ordentlichen Gerichte enorm entlastet.

In Art. 192 Abs. 1 genügt es zudem nicht, wenn die Parteivertretung schriftlich verzichtet. Der schriftliche Verzicht muss von den Parteien persönlich erfolgen.

Ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren im Sinne von Art. 192 Abs. 2 sollte zusätzlich in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten möglich sein.

TI: Cpv. 1: Malgrado le spiegazioni degli esperti definiscano la conciliazione come l'elemento centrale del Progetto, l'art. 192 CPCF conferisce ampie possibilità di rinuncia. Essa è possibile senza condizioni se entrambe le parti vi consentono. Ma anche unilateralmente l'attore può rinunciarvi, segnatamente nelle cause patrimoniali di valore superiore ai fr. 20'000.-.

La maggioranza della commissione propone di abolire questa possibilità delle parti di rinunciare alla conciliazione, che è dunque resa *obbligatoria* in ogni caso (fatti salvi i casi di cui all'art. 192 cpv. 2 lit. b) e c)).

Vanno pertanto *aboliti*: l'art. 192 cpv. 1 e l'art. 192 cpv. 2 lit. a).

Cpv. 3: In particolare, nelle procedura di carattere sociale (locazione, lavoro, LPar non si può rinunciare alla procedura di conciliazione, la quale è organizzata su basi paritetiche (art. 194 cpv. 2 CPC).

Per rendere conforme il presente capoverso alla versione tedesca ("vereinfachte Verfahren") e alla versione francese ("procédure simplifiée) occorre sostituire "procedura sommaria" con *procedura semplificata*.

ZH: Art. 192 Abs. 3 nennt jene Streitigkeiten, bei denen zwingend ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen ist, bevor die Klage vor Gericht gebracht werden kann. Abgesehen davon haben die Parteien oder auch nur die klagende Partei aber das Recht, auf ein Schlichtungsverfahren zu verzichten (Abs. 1 und 2). Wir möchten zu bedenken geben, dass die Parteien zu Beginn eines Zivilprozesses sehr oft keinen Weg mehr sehen, sich gütlich zu einigen und deshalb ein Schlichtungsverfahren als unnötig betrachten. Indessen zeigt die Praxis, dass es einem besonnen und fundiert handelnden Friedensrichter oft auch in aussichtslos scheinenden Fällen gelingt, eine Einigung zu erzielen. Dies gilt selbst für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert über 20 000 Franken, bei denen das Schlichtungsverfahren nicht obligatorisch ist. Aus der Stadt Zürich wird für das Jahr 2002 berichtet, dass die Erledigungsquote der Friedensrichter in solchen Fällen immer noch zwischen 25 und 43 Prozent beträgt. Es wäre nicht sinnvoll, wenn der Gesetzgeber dieses Schlichtungspotenzial nicht konsequent nutzte, sondern es bei hohen Streitwerten dem Belieben der

Parteien bzw. der klagenden Partei anheim stellte, auf eine Schlichtungsverhandlung zu verzichten. In diesem Sinne regen wir an, Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. a von Art. 192 zu streichen.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die Möglichkeit, bei (Wohn-)Sitz der beklagten Partei im Ausland sowie generell bei allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die nicht ins vereinfachte Verfahren fallen, auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten (Art. 192 Abs. 2 lit. a und b), halten wir für problematisch: Häufig – insbesondere bei geltend gemachten Schutzrechtsverletzungen im Immaterialgüterrecht – ist am Ende eines Verfahrens nämlich umstritten, ob die obsiegende klagende Partei die Gegenseite überhaupt hinreichend abgemahnt hat, um so selber nicht i.S. von Art. 99 kostenpflichtig zu werden. Im Unterschied zu ausländischen Gesetzen sieht das Schweizer Recht kein sog. Widerspruchsverfahren vor, womit eine (vermeintliche) Verletzung einer Marke oder eines Erfindungspatents vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens abgemahnt werden muss. Das Problem wäre jedoch in der ZPO-CH auf einfache Art lösbar, indem die klagende Partei in solchen Fällen nicht einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, sondern im Schlichtungsgesuch lediglich einen entsprechenden Antrag stellen kann. Wenn dieses Gesuch anschliessend vom Gericht zusammen mit der Vorladung der Gegenpartei zugestellt wird (vgl. Art. 196 Abs. 2), ist jene zusätzlich aufzufordern, mitzuteilen, ob sie die Schlichtungsverhandlung überhaupt wünscht oder ob sie gleich wie die klagende Partei davon absehen möchte. Im zweiten Fall kann sodann nach Art. 202 vorgegangen werden.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Einseitiger Verzicht auf Schlichtungsverfahren bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten; der Klarheit zuliebe ergänzen um .. *über CHF 40'000*, denn gem. Abs. 3 i.V.m. Art. 237 lit. g ist das Schlichtungsverfahren obligatorisch bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten unter CHF 40'000, die im vereinfachten Verfahren entschieden werden.

ACSI: Affinché la procedura di conciliazione sia esperita nel maggiore numero di liti a vantaggio di una rapida risoluzione delle vertenze 1'ACSI chiede che:

- il cpv. 1 preveda la possibilità di rinunciare alla procedura di conciliazione in maniera consensuale, ma solo nel caso in cui le parti vi rinuncino per iscritto *dopo l'insorgere della lite*. In questo modo si evita la stipulazione di una rinuncia preventiva, segnatamente mediante condizioni generali preformulate dalla parte forte ed imposte alla parte debole (ad esempio il consumatore);
- la lett. a del cpv. 2 sia abolita.

Il cpv. 3 contiene un presumibile errore di scrittura: va corretto da "procedura sommaria" in "procedura semplificata". Secondo 1'avamprogetto, nelle controverse in materia di contratti conclusi con consumatori sottoposti alla procedura semplificata (vale a dire fino ad un valore di lite di fr. 20'000.-) non è possibile rinunciare alla conciliazione preventiva, nemmeno in modo consensuale. In altri termini: la conciliazione è obbligatoria.

Tale impostazione è sicuramente da approvare.

Per consentire una lettura più agevole del cpv. 3 sarebbe tuttavia auspicabile una sua riformulazione in questo modo: "Nelle controversie nelle quali è applicabile 1a procedura semplificata (art. 237) 1a conciliazione è obbligatoria e 1e parti *non possono rinunciarvi*."

Come anticipato in entrata l'ACSI auspica che sia aumentato in fr. 30'000.- il valore di lite "*discriminante*" e chiede pertanto che:

- nelle controversie in materia di consumo sino ad un valore di fr. 30'000.- la conciliazione sia obbligatoria e gratuita;
- nelle controversie in materia di consumo di oltre fr. 30'000.- la conciliazione sia obbligatoria, salvo rinuncia consensuale posteriore l'insorgere della lite, e comunque sempre gratuita (art. 103 predetto).

L'ACSI ricorda che la possibilità di sottoporre la propria causa all'esame di un conciliatore costituisce un modo per tutelare concretamente la posizione del consumatore, donde la necessità di prevedere un'obbligatorietà, più ampia possibile, ed una gratuità, sistematica.

AVGE: De manière générale, le renforcement de la procédure de conciliation doit être salué. On remarquera toutefois que l'AP reprend une institution dont l'expérience a démontré le manque d'efficacité. En effet, la quasi-totalité des tentatives de conciliation intervenant *au début* de la procédure in limine litis échouent. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas souhaitable de revoir les fondements de cette institution et de prévoir, par exemple, des pouvoirs accrus du Juge conciliateur.

Cela étant précisé, la souplesse prévue à l'art. 192 AP (caractère facultatif de la conciliation) se justifie car elle permet au demandeur et/ou aux parties d'éviter d'encombrer les tribunaux avec des tentatives de conciliation dont ils savent qu'elles sont vouées à l'échec.

Les cas d'exclusion de la procédure de collocation (art. 193 AP) ne sont pas tous justifiés. En guise d'illustration, il n'est pas inimaginable qu'une action en contestation de l'état de collocation (art. 148 et 150 LP) ou une action en revendication (art. 106 LP) puissent être réglée au stade de la conciliation. L'énumération des cas d'exclusion présente donc un caractère arbitraire.

Enfin, on peut douter de l'opportunité, sous l'angle de l'économie de procédure, du dépôt d'une requête de conciliation, en sus de la demande à déposer ultérieurement. D'une part, cette multiplication des écritures est coûteuse pour les parties. D'autre part, elle est encombrante du point de vue administratif pour les tribunaux. La conciliation pourrait être tenue à la lumière du contenu de la demande elle-même. Une telle solution aurait simultanément le mérite de permettre au juge conciliateur d'avoir une connaissance plus approfondie du litige.

AVZH: Die vorgeschlagene Regelung, wonach bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten die klagende Partei auf das Schlichtungsverfahren verzichten kann, wird begrüsst. Bei geringen Streitwerten besteht jedoch regelmässig die Aussicht, dass aus Kostengründen bereits im Schlichtungsverfahren eine Einigung erzielt werden kann. Auch der Vorbehalt bzw. Verweis auf das vereinfachte Verfahren (Abs. 3) ist deshalb angebracht.

DJS: Wir begrüssen die vorgesehene Möglichkeit des Verzichts auf das Schlichtungsverfahren. Der in Abs. 3 vorgesehene Ausschluss des Verzichts bei Streitigkeiten, die im vereinfachten Verfahren beurteilt werden, geht zu weit. Auch im

vereinfachten Verfahren ist bei unbekanntem Aufenthaltsort der Gegenpartei ein Schlichtungsverfahren sinnlos, bei ausländischem Wohnsitz meist unverhältnismässig. Wir schlagen daher folgende Modifikation von Abs. 3 vor:

*Bei Streitigkeiten, auf die das vereinfachte Verfahren anwendbar ist (Art. 237), kann nur in den Fällen von Abs. 2 lit. b. und c auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werden.*

DJZ: Die Möglichkeit eines Verzichts ist prozessökonomisch, denn es macht keinen Sinn, (z.B.) nach bereits gescheiterten aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen noch ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Dies wirkt sich auch als Entlastung bei den Gerichtskosten aus.

Bei Abs. 3 wäre folgende Formulierung vorzuziehen: *Bei Streitigkeiten, auf die das vereinfachte Verfahren anwendbar ist (Artikel 237), kann nur in den Fällen von Abs. 2 lit. b und c auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werden.*

Bei unbekanntem Aufenthaltsort der beklagten Partei macht ein Schlichtungsverfahren auch im vereinfachten Verfahren keinen Sinn, bei Wohnsitz im Ausland ist es unverhältnismässig.

GGD ZH: Nach Abs. 2 lit. a kann die klagende Partei einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, gestützt auf die Einschränkung gemäss Abs. 3 i.V.m. Art. 237 lit. g indessen nur bei Streitwerten über 20'000 Franken. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit sollte diese Einschränkung im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommen.

Art. 192 Verzicht der Parteien

<sup>2</sup> Die klagende Partei kann zudem einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten:

*a. bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert über 20'000 Franken;*

FRC: La FRC regrette la possibilité unilatérale pour le demandeur de renoncer à la procédure de conciliation dans les litiges patrimoniaux, sans autre précision. Une procédure de conciliation est imposées notamment par le droit du bail et doit être maintenue.

Pour la FRC, il est indispensable d'imposer une procédure de conciliation dans les litiges sociaux dans leur ensemble, en particulier en matière de droit de la consommation.

FRStZH: Absatz 1:Antrag: *Das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn beide Parteien zum voraus schriftlich darauf verzichten.*

Begründung: Es sollte präzisiert werden, dass ein allfälliger Verzicht auf das Schlichtungsverfahren vor der Klageeinleitung bei der Schlichtungsbehörde vereinbart werden muss. Eine Anerkennung nachträglich eingereichter Verzichts-erklärungen würde keinen Sinn machen, und die Kompetenz entscheidend einschränken.

Absatz 2, lit. a.: Antrag: lit. a. ersatzlos streichen.

Begründung: Das Schlichtungsverfahren ist grundsätzlich auch bei Klagen über Fr. 30'000 sinnvoll. Im Durchschnitt ist die "Erfolgsquote" bei sehr hohem Streitwert zwar tiefer, die Ersparnis an Aufwand und Kosten für jeden geschlichteten Streit dafür umso höher. Ausserdem werden auch bei erfolg-

losen Schlichtungsverfahren oftmals weitere Gespräche, Mediations- oder Schiedsverfahren angeregt, die später zum Erfolg führen.

FR-Verband: Abs. 1: ersatzlos streichen.

Begründung: Da der Verfahrensausgang von den Parteien keineswegs voraussehbar ist, erachten wir ein Schlichtungsverfahren keineswegs als nutzlos, gibt es doch den direktbetroffenen Parteien die Möglichkeit eine unmittelbare, kostengünstige Konfliktlösung zu erreichen.

Abs. 2 lit. a: ersatzlos streichen.

Begründung: Im Kanton Zürich erreichen die FriedensrichterInnen zur Zeit eine durchschnittliche Erfolgsquote von nahezu 50 %. Wir erachten das Schlichtungsverfahren auch bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten über Fr. 20'000.00 als sehr sinnvoll. Für die Parteien ist eine vergleichsweise Einigung in diesem frühen Stadium von Vorteil, weil eine einvernehmliche Lösung kostengünstig ist und rasch erledigt werden kann. Die Kompromissbereitschaft der Parteien ist nicht abhängig von der Höhe des Streitwertes.

HEV: Gemäss Art. 192 Abs. 3 i.V.m. Art. 237 VE sind Schlichtungsverfahren vor der paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtangelegenheiten von Wohn- und Geschäftsräumen obligatorisch. Art. 195 Abs. 2 VE sieht sodann vor, dass bei Streitigkeiten aus Miete von Wohnräumen ausschliesslich Schlichtungsbehörden als Schiedsgericht amten können. Für Geschäftsraum-mieten ist offenbar keine derartige Beschränkung vorgesehen. Es stellt sich die Frage des Verhältnisses von Art. 192 Abs. 3 zu Art. 195 Abs. 3 VE. Wenn die Parteien ein Schiedsgericht als entscheidende Instanz festgelegt haben, ist dann ein vorangehendes Schlichtungsverfahren trotzdem zwingend, d.h. würde diesfalls eine zweite Instanz eingeschaltet? Oder ist die Bestimmung dahingehend auszulegen, dass das Schiedsgericht (anstelle) der Schlichtungsbehörde zuständig ist? Wir würden der zweiten Lösung klar den Vorzug geben. Es kommt nämlich durchaus vor, dass die Mietparteien ein Interesse daran haben, allfällige Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis von Beginn weg einem selbstbestimmten Schiedsgericht zu unterwerfen, weil solche Streitigkeiten häufig nicht nur mietrechtlicher Natur sind, sondern in engem Zusammenhang zu weiteren geschäftlichen (z.B. arbeitsrechtlichen) Beziehungen der Parteien stehen. Die Schlichtungsbehörde ist von ihrer rein mietrechtlichen Sachkompetenz her ohnehin nicht die ideale Instanz zur Beurteilung solcher komplexen gebietsübergreifenden Rechtsfragen. Kommt dazu, dass die vom Parlament beschlossene Mietrechtsrevision den Bereich der Geschäftsraum-miete weitergehend liberalisieren will, indem Mietverhältnisse von Grossunternehmen von den Vorschriften über missbräuchliche Mietzinse ausgenommen werden können. Auch unter diesem Aspekt liesse sich eine "Bevormundung" der Geschäftsmietparteien im Bereich der Schiedsgerichtsvereinbarungen nicht rechtfertigen.

Antrag: Art. 193 Abs. 1 VE sei wie folgt zu ergänzen:

*f. wenn die Parteien die Einsetzung eines Schiedsgerichtes vereinbart haben.*

KassZH: Absatz 2: Beim einseitigen Verzicht der klagenden Partei in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (Absatz 2 lit. a) sollte zum Ausdruck kommen, dass der Verzicht nur bei einem über Fr. 20'000.-- liegenden Streitwert möglich ist.

Vorschlag: ... bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Fr. 20'000.-- übersteigenden Streitwert.

Absatz 3: Hinsichtlich des Ausschluss eines Verzichts im vereinfachten Verfahren ist ein Vorbehalt zugunsten der in Absatz 2 lit. b und c genannten Fälle anzubringen: Bei Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei im Ausland oder unbekanntem Aufenthaltsort der beklagten Partei macht ein zwingendes Schlichtungsverfahren wenig Sinn.

MV: Abs. 1: Diese Neuerung ist sinnvoll.

OAFRI: Article 192 al. 2 lit. a: Dans les litiges patrimoniaux dépassant 20'000 francs, le demandeur peut renoncer à la tentative de conciliation, alors que la procédure de conciliation est obligatoire dans la procédure simplifiée applicable aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse n'excède pas 20'000 francs (art. 192 al. 3 et art. 237 lit. g). On ignore les raisons de cette différence de traitement, qui conduit à rendre la procédure simplifiée plus lourde que la procédure ordinaire.

Article 192 al. 2 lit. b: La conciliation est-elle obligatoire si un seul des codéfendeurs a son domicile ou son siège à l'étranger ?

Roche: Roche anerkennt zwar, dass nach dem Vorentwurf entweder beide Parteien gemeinsam oder aber unter bestimmten Voraussetzungen nur die klagende Partei allein im ordentlichen Verfahren auf das Schlichtungsverfahren verzichten können (Art. 192 Abs. 1 und 2 VE), ist jedoch der Ansicht, dass das Schlichtungsverfahren im ordentlichen Verfahren entweder gar nicht vorgesehen oder zumindest nur fakultativ erklärt werden sollte. Mit einer derartigen Regelung könnte der Aufblähung des kantonalen Justizapparates begegnet werden; ausserdem würde der Verzicht auf die Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens dem Gedanken des Vorentwurfes, nicht in die kantonale Gerichtshoheit einzugreifen, besser entsprechen.

SchAG: i.V.m. Art. 237: Dass das Schlichtungsverfahren grundsätzlich obligatorisch ist, wird begrüsst. Mit dem grundsätzlichen Obligatorium wird der Institution das nötige Gewicht gegeben. Die Parteien können sich dadurch der Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Anliegen nicht unbegründet verschliessen.

Gleichzeitig muss aber die Möglichkeit bestehen, dass die Parteien auf das Schlichtungsverfahren verzichten können, wenn sich ein Schlichtungsversuch von Anfang an als erfolglos erweist, beispielsweise weil schon im Vorfeld umfassende Einigungsversuche stattgefunden haben oder weil es sich um Verbandsbeschwerden handelt, welche eine Breitenwirkung haben und erfahrungsgemäss erst mittels eines Gerichtsurteils geregelt werden. In solchen Fällen würde ein Schlichtungsverfahren nur unnötigen Zeit- und Geldaufwand bedeuten.

Diese Verzichtsmöglichkeit ist im Entwurf nicht vorgesehen. Sie sollte jedoch im Interesse der Prozessökonomie für Schlichtungsverfahren nach GIG aufgenommen werden.

Antrag: Die Parteien sollen die Möglichkeit haben, auf das Schlichtungsverfahren nach GIG verzichten zu können.

SchZH: Nach Art. 192 III in Verbindung mit Art. 237 lit. c des Vorentwurfs soll das Schlichtungsverfahren in Gleichstellungsangelegenheiten *obligatorisch* sein, dies im Gegensatz zu GIG Art. 11 Abs. 2, erster Satz, wonach das Schlich-

tungsverfahren für die Parteien freiwillig ist, wenn es nicht vom Kanton zur Klagevoraussetzung erklärt wird.

Nach bisheriger Regelung im Kanton Zürich (§ 7 EG GIG) ist das Schlichtungsverfahren freiwillig. Im Antrag des Regierungsrates vom 17. Mai 2000, S. 13, wird dazu ausgeführt: "Ein freiwilliges Verfahren erscheint zweckmässig, lassen sich doch Einigungsverhandlungen nicht erzwingen. Bei der Freiwilligkeit des Verfahrens sind die Parteien eher geneigt, die Beratung der Schlichtungsstelle anzunehmen und ihren Beitrag zu einer gütlichen Einigung zu leisten. Die Schlichtungsstelle kann effektivere Arbeit verrichten. Sind die Parteien nämlich nicht bereit, eine gütliche Einigung anzustreben, so verkäme die obligatorische Durchführung zu einer reinen Formalität. Es würde die Schlichtungsstellen auch unnötig belasten, wenn sämtliche Diskriminierungsstreitigkeiten zuerst der Schlichtungsstelle unterbreitet werden müssten, dies insbesondere bei komplexen Streitigkeiten (z.B. bei Lohnklagen ganzer Berufsgruppen)".

Für die Freiwilligkeit bzw. die Möglichkeit des Verzichts auf das Schlichtungsverfahren, wenn beide Parteien zustimmen, sprechen also gute Argumente. Aus prozessökonomischen Gründen und um Betroffene nicht unnötig zu belasten, wäre sowohl im Interesse der klagenden Partei wie auch der Schlichtungsbehörde eine Verzichtsmöglichkeit zumindest in denjenigen Fällen vorzusehen, in welchen sich bereits im Vorfeld klar abzeichnet, dass mit einer gütlichen Einigung nicht zu rechnen ist und das Schlichtungsverfahren Betroffene nur unnötig belasten und die Durchsetzung ihrer Ansprüche verzögern würde.

Fazit: Der Gesetzesentwurf sollte in dem Sinne überarbeitet werden, dass für das Schlichtungsverfahren nach GIG Freiwilligkeit bzw. zumindest eine Verzichtsmöglichkeit vorgesehen wird.

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 192 Abs. 1: ersatzlos streichen.

Abs. 2 [neu: einziger Absatz] *Die klagende Partei kann einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn der Aufenthaltsort der beklagten Partei unbekannt ist.*

Abs. 3: ersatzlos streichen

Wir betrachten die Überlegungen der Expertenkommission zur weitgehenden Verzichtbarkeit der Schlichtungsverfahren als unzutreffend. Sie geht zwar einleitend von der grossen Bedeutung des Schlichtungsverfahrens aus (S. 94, Vorbemerkungen), antizipiert aber in der Folge, dass ein Schlichtungsverfahren allein schon dann voraussichtlich nutzlos sei, wenn die Parteien sie als nutzlos betrachten (S.97 zu Art. 194).

Der Entwurf sieht sodann unter dem vereinfachten Verfahren vor, die Verfahrenseinleitung so einfach wie möglich zu gestalten (Bericht S. 116) und insbesondere die Eingaben (mit oder ohne Formular; S. 116, zu Art. 236 Abs. 3) sollen auch vom Laien erstellt bzw. ausgefüllt werden können. Für die vereinfachten Verfahren ist sodann vorgesehen, dass das Schlichtungsverfahren zwingend sei (Art. 192 und S. 116, Vorbemerkungen).

In der Praxis wird das Hauptproblem vermutlich darin bestehen, dass die im Bericht angesprochenen Laien kaum in der Lage sein dürften, die Zuständigkeit der Gerichte zu überblicken, oder eben vereinfachte und ordentliche Verfahren zu unterscheiden. Behält man die Pflicht zur Schlichtung generell bei, erübrigen sich komplizierte Erläuterungen. Es genügt, wenn die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung ausstellt und das Gericht bei der Zuteilung des Prozesses das

Verfahren bestimmt. Das trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass auch für die Schlichtungsbehörden nicht immer klar feststehen dürfte, welcher Weg einzuschlagen sein wird.

Unseres Erachtens sollte die *Schlichtungsverhandlung Pflicht* bleiben, allerdings unter der Bedingung, dass die Mediation daneben ihren Platz erhält (vgl. nachstehend Ziff. 8.3). Nach unseren Kenntnissen ergibt die Statistik der Schlichtungsverfahren eine 50% weit übersteigende Erfolgsquote. Ähnlich sind die ausländischen Erfahrungen mit richterlich angeordneten Mediationen und die hiesigen Erfahrungen mit Parteien, die sich aufgrund einer vertraglichen Mediationsklausel einlassen, wo ebenfalls weit über 50% der Fälle gelöst werden können. Der im Entwurf vorgesehene Verzicht durch die Parteien müsste somit unweigerlich zu einem ganz erheblichen Ansteigen der Geschäftslast der Gerichte und damit indirekt zur Kosteneffizienz führen. Das widerspricht aber den lobenswerten Intentionen der Expertenkommission (Bericht S.16 Ziff.3.2.6).

SKDE: Gemäss Artikel 192 Absatz 3 i.V.m. Artikel 237 Buchstabe c VE sollen Schlichtungsverfahren bei Fällen von Diskriminierungen am Arbeitsplatz obligatorisch sein. Artikel 11 Absatz 2 des Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) hält demgegenüber fest, dass Schlichtungsverfahren grundsätzlich freiwillig sind. Freiwillig ist denn auch das Verfahren vor der SKDE (Art. 10 EG GIG).

Die SKDE hat gute Erfahrungen mit der Freiwilligkeit des Verfahrens gemacht. Nur wenige Verfahren wurden in den letzten Jahren mit dem Hinweis auf fehlende Zwangsmittel abgelehnt. Schlichtungsverfahren setzen voraus, dass betroffene Parteien gewillt sind, ihren Beitrag für eine gütliche Einigung zu leisten. Die Möglichkeit eines formlosen da freiwilligen Verfahrens vor einer Kommission mit themenspezifischer Fachkompetenz half in vielen Fällen, ein anschliessendes gerichtliches Verfahren zu verhindern. Weiter spricht auch die zu erwartende, starke zeitliche Belastung eines Fachgremiums gegen ein obligatorisches Verfahren. Wir bitten Sie, in Artikel 192 die Freiwilligkeit der Schlichtungsverfahren gemäss GIG vorzusehen.

SK der Gleichstellungsbeauftragten: Gemäss Vorentwurf soll das Schlichtungsverfahren für sämtliche Schlichtungsbehörden vereinheitlicht werden.

1. Zur bisherigen Konzeption der Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz

Die jetzige Regelung in den Kantonen zeigt, dass viele Kantone besondere Schlichtungsstellen für Gleichstellungsfragen geschaffen haben. In den meisten Kantonen ist eine zentrale Schlichtungsstelle pro Kanton örtlich zuständig. In gut der Hälfte der Kantone ist die Schlichtungsstelle auch für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse zuständig. Ganz in der Zielsetzung des Gleichstellungsgesetzes, nämlich ein niederschwelliges und rasches Verfahren zu schaffen, das dem verfassungsmässigen Lohngleichheitsanspruch und den anderen Ansprüchen auf Nichtdiskriminierung zum Durchbruch verhilft, hat sich diese Konzeption einer einzigen, den Gerichten vorgelagerten Schlichtungsstelle bewährt. Sie ermöglicht den Stellen, die nötige Fachkompetenz und Erfahrung in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes zu erwerben. Dies wiederum schafft bei den Parteien Vertrauen und wirkt sich positiv auf die Akzeptanz der Einigungsvorschläge aus. Damit ist eine bestmögliche Unterstützung der Rechtsuchenden gewährleistet.

Die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle für alle Arbeitsverhältnisse, also privatrechtliche und öffentlichrechtliche, bietet Betroffenen zudem eine einfache, leicht verständliche Lösung. Sie begünstigt, dass die Dienste der Schlichtungsstelle tatsächlich in Anspruch genommen werden und diese die im Gleichstellungsgesetz verankerte Beratungs- und Vermittlungsfunktion effektiv wahrnehmen kann. Der Bundesgesetzgeber hat sich in seiner Botschaft zur Änderung des Gleichstellungsgesetzes klar dafür ausgesprochen, öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse in Bezug auf das Schlichtungsverfahren gleich zu behandeln wie privatrechtliche. Es ist deshalb auch in einer künftigen Bundeszivilprozessordnung mindestens Raum dafür zu lassen, dass die Kantone dies ebenso tun können.

## 2. Zur Frage der Freiwilligkeit des Verfahrens

Das geltende Recht sieht in Art. 11 Abs. 1 GIG die Freiwilligkeit des Verfahrens vor. Zehn Kantone haben sich nach geltendem Recht entschieden, das Schlichtungsverfahren freiwillig auszugestalten, die anderen Kantone haben ein obligatorisches Schlichtungsverfahren eingerichtet. Einige Gründe sprechen für die Freiwilligkeit:

Das Obligatorium ist dann ein Nachteil, wenn die von Diskriminierung betroffenen Personen gar kein Interesse haben, eine Vermittlungsbehörde beizuziehen und dadurch das Verfahren zu verlängern, weil bereits längere Diskussionen und Vergleichsverhandlungen unter den Parteien stattgefunden haben und beide das Bedürfnis haben, dass nun unabhängige Dritte entscheiden. Die Beratungspraxis zeigt, dass von Diskriminierung betroffene Frauen häufig sehr lange, d.h. über mehrere Monate oder gar Jahre hinweg versuchen, informell eine Lösung herbeizuführen. Wenn sie sich dann entschliessen, den Rechtsweg zu beschreiten, bedeutet es für diese Betroffenen nur eine unnötige Verzögerung, ein Vermittlungsverfahren einleiten zu müssen.

Insbesondere bei Verbänden, die aufgrund von Art. 7 GIG Verbandsklagen oder –beschwerden führen und ohnehin aufgrund dieser Bestimmung der Arbeitgeberschaft Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, bevor sie das Verfahren einleiten, kann ein obligatorisches Schlichtungsverfahren für alle Beteiligten zu einer unergiebigem Pflichtübung verkommen (vgl. Sabine Steiger-Sackmann, Rz. 45 zu Art. 11 GIG, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt am Main 1997. Dies insbesondere deshalb, weil den Verbandsklagen in der Regel komplexe Sachverhalte zu Grunde liegen, welche ohnehin kaum in einem Schlichtungsverfahren gütlich geregelt werden können.

Der Vorentwurf sieht nun vor, das Schlichtungsverfahren nach Gleichstellungsgesetz obligatorisch zu erklären. Dies wird aber überhaupt nicht begründet, erklärt wird nur, dass schon bisher die Kantone befugt waren, das Verfahren für obligatorisch zu erklären. Uns erscheint nicht einleuchtend, weshalb eine bewährte Regelung ohne Begründung geändert werden soll. Unseres Erachtens müsste deshalb mindestens die vom Bundesamt für Justiz geplante Evaluation des Gleichstellungsgesetzes abgewartet werden, um zu entscheiden, ob es der Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann dienlich ist, wenn das Schlichtungsverfahren von Bundesrechts wegen obligatorisch erklärt wird. Im übrigen erhoffen wir uns aus dieser Evaluation auch weitere Ergebnisse in Bezug auf den Einfluss der organisatorischen Struktur der Schlichtungsstellen auf die Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes. Diese Erkenntnisse müssten

unseres Erachtens bei der weiteren Ausarbeitung des vorliegenden Entwurfs mitberücksichtigt werden.

Für die Freiwilligkeit bzw. die Möglichkeit des Verzichts auf das Schlichtungsverfahren, wenn beide Parteien zustimmen, sprechen gute Argumente. Aus prozessökonomischen Gründen und um Betroffene nicht unnötig zu belasten, wäre sowohl im Interesse der klagenden Partei wie auch der Schlichtungsbehörde eine Verzichtsmöglichkeit zumindest in denjenigen Fällen vorzusehen, in welchen sich bereits im Vorfeld klar abzeichnet, dass nicht mit einer gütlichen Einigung zu rechnen ist und das Schlichtungsverfahren Betroffene nur unnötig belasten und die Durchsetzung ihrer Ansprüche verzögern würde.

suisa: In Absatz 1 lit. a ist sinnvollerweise vorgesehen, das Schlichtungsverfahren bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ins Ermessen des Klägers zu stellen. Dieses Wahlrecht wird durch Absatz 3 – den Vorbehalt des vereinfachten Verfahrens – bei Streitwerten unter CHF 20'000.- wieder entzogen. Zumindes in bezug auf Handelsstreitigkeiten (Art. 5) und die Zuständigkeiten der einzigen kantonalen Instanz (Art. 4) erscheint uns dies nicht sinnvoll (siehe auch unsere Bemerkungen zu Art. 237).

Uni BE: Abs. 3: Die Ungleichbehandlung wird als stossend empfunden. Wir empfehlen ein obligatorisches Schlichtungsverfahren für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten.

Uni ZH: Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden nach Art. 237 lit. b ZPO im vereinfachten Verfahren beurteilt. Diesem geht zwingend ein Schlichtungsverfahren voraus (Art. 191 und 192 Abs. 3 ZPO). Dazu ist folgendes zu bemerken:

Nach geltendem Recht wird im Arbeitsbereich öfters auf ein *vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren* verzichtet, um Zeit zu gewinnen. Die Verfahrensbeschleunigung ist ja gerade ein wesentliches Element des vereinfachten Verfahrens. Ein Schlichtungsversuch ist trotzdem – innerhalb des Entscheidverfahrens – möglich. Das zwingend vorgeschaltete Schlichtungsverfahren widerspricht der Grundidee des vereinfachten Verfahrens.

Dies gilt um so mehr, da die neue *Schlichtungsbehörde* im Arbeitsbereich als schwerfälliges Organ konzipiert ist. Nach Art. 194 Abs. 2 ZPO besteht sie aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung. Es liegt auf der Hand, dass es durch die Terminkoordination und Diskussionen zwischen drei (oder womöglich noch mehr) Personen zu massiven zeitlichen Verzögerungen kommen wird. Der Begleitbericht geht davon aus, die paritätische Schlichtungsbehörde habe sich in Miet- und Pachtsachen bewährt. Wie es sich damit verhält, muss hier offenbleiben. Für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ist die vorgeschaltete Schlichtung durch ein paritätisches Organ jedenfalls entschieden abzulehnen. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen ihre Forderungen, bei denen es sich in vielen Fällen um Lohnansprüche handelt, rasch durchsetzen können, da sie zu ihrer Existenzsicherung darauf angewiesen sind. Nach geltendem Recht wird sogar das Entscheidungsverfahren oft vor einem Einzelrichter oder einer Einzelrichterin durchgeführt. Demzufolge muss die Schlichtung erst recht durch eine Einzelperson bewältigt werden können.

Nicht unbedenklich ist ferner der *Urteilsvorschlag* nach Art. 204 Abs. 1 lit. b ZPO, zu dem es in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken zwingend kommen muss. Auf der sozial schwächeren Partei wird ein erheblicher faktischer Druck lasten, einen ganz oder teilweise zu

ihren Ungunsten ausgefallenen Urteilsvorschlag zu akzeptieren. Dies gilt verstärkt in Fällen, wo sie an sich die beklagte Partei wäre, aber durch den Urteilsvorschlag in die Klägerrolle gedrängt wird (Art. 204 Abs. 3 ZPO).

*Fazit:* Auf ein zwingend vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren ist bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zu verzichten und stattdessen ein Schlichtungsversuch durch das Gericht innerhalb des Entscheidungsverfahrens vorzusehen. Sofern diesem Vorschlag nicht gefolgt wird, ist die besondere Schlichtungsinstanz nur mit einer Person zu besetzen. Auch in diesem Fall ist auf einen Urteilsvorschlag zu verzichten.

Statt dem fakultativen Schlichtungsverfahren, wie im Entwurf vorgesehen (Art. 192 II lit. a), sollte auch für vermögensrechtliche Streitigkeiten unabhängig vom Streitwert ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vorgesehen werden. Abgesehen von den Familienrechtssachen und den wenigen Fällen aus dem Persönlichkeitsrecht handelt es sich beim Zivilprozess praktisch ausnahmslos um vermögensrechtliche Streitigkeiten. Hierzu gehören etwa auch Klagen aus Erbrecht und Nachbarrecht, bei denen die Vermittlung besonders wichtig und aussichtsreich erscheint.

*Die Freiwilligkeit wird voraussichtlich dazu führen, dass nur in der Minderzahl der Fälle, in denen diese vorgesehen ist, ein Schlichtungsverfahren stattfinden wird.* Es besteht damit die Gefahr, dass das Schlichtungsverfahren und die Schlichtungsstellen wesentlich an Bedeutung und damit auch an Ansehen verlieren. Dies wäre bedauerlich, denn Schlichtungsstellen bieten eine sehr effiziente Form der Streitbeilegung. Wie vor allem ausländische Studien belegen, ist die Auffassung nicht zutreffend, dass eine erfolgreiche Schlichtung von der Freiwilligkeit abhängt.

VSGV: Abs. 3: Wir sehen nicht ein, weshalb die Parteien nicht generell auf das Schlichtungsverfahren verzichten können. Damit bleibt es den Gerichten ja unbenommen, einen Vergleich anzustreben. Damit könnte die Prozessökonomie zusätzlich erhöht werden.

Art. 193

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In Art. 193 Abs. 1 lit. c VE ZPO sollte der Zusatz "auf gemeinsames Begehren" gestrichen werden. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Schlichtungsverhandlung bei allen Ehescheidungsprozessen kaum je eine Versöhnung bewirken kann.

BE: Grundsätzlich geht dem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsverfahren voraus. Dies ist zu begrüßen. Art. 193 Abs. 2 VE ZPO sieht nun aber den Ausschluss des Schlichtungsverfahrens vor für die Fälle des SchKG, die gemäss Art 118 Abs. 2 lit. a VE ZPO im beschleunigten Verfahren zu behandeln sind. Es fragt sich, ob der Vorteil der Schnelligkeit den Nachteil aufwiegt, dass sogleich der Schriftenwechsel aufgenommen werden muss, was zu grossem Aufwand führen kann. Anders verhält es sich hingegen bezüglich der Schlichtungsfälle gemäss GIG. Das Fachwissen der Mitglieder der SKDE ist für die gütliche Einigung von juristisch oft schwierigen Fragestellungen von zentraler Bedeutung. Zudem garantiert eine kantonale Schlichtungsstelle eine einheitliche Schlich-

tungspraxis. Es sollte deshalb eine Delegationsmöglichkeit für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz abgesehen werden.

BL: Abs. 1: Antrag: Änderung respektive Ergänzung dieser Bestimmung wie folgt:

c. *bei Klagen auf Scheidung und Trennung;*

e. wenn über den gleichen *Gegenstand ein Schlichtungs- oder Mediationsverfahren* durchgeführt worden ist.

LU: Wir regen an zu überlegen, ob das Schlichtungsverfahren nicht generell auszuschliessen ist, wenn das Gericht oder das Gesetz eine Klagefrist an- bzw. festgesetzt hat.

Abs. 1e: Wohl unbeabsichtigt führt die vorgesehene Regelung zu einer Änderung des im OR geregelten materiellen Verjährungsrechts, hat sie doch zur Folge, dass die Verjährung nur ein einziges Mal mittels Einleitung des Schlichtungsverfahrens unterbrochen werden kann. Anschliessend müsste entweder Klage eingereicht oder Betreuung eingeleitet werden. Der Betreuungsweg steht zur Verjährungsunterbrechung allerdings nur offen, wenn es sich um eine Geldforderung handelt. In den übrigen Fällen (z.B. bei einem Anspruch auf Rechenschaftsablegung) müsste – vorausgesetzt, das Schlichtungsverfahren ist bereits einmal durchgeführt worden – stets Klage eingereicht werden. Die Verjährung könnte nicht mehr gemäss Artikel 135 Ziffer 2 OR durch Vorladung zu einem Sühneversuch unterbrochen werden.

Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens sollte daher nicht zwingend ausgeschlossen werden, wenn bereits ein solches stattgefunden hat. Dies nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens auch bei Geldforderungen für die Schuldnerin oder den Schuldner schonender ist als eine Betreuung, welche im Betreibungsregister ersichtlich wird. Die Regelung von Artikel 193 Absatz 1e VE-ZPO müsste demnach unter Artikel 192 Absatz 2 VE-ZPO aufgeführt werden.

Abs. 3: Wir beantragen die Streichung dieses Absatzes. Im Gegensatz zur heutigen Regelung, wonach die Ausweisungsrichterin oder der Ausweisungsrichter auch über die Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung befindet (Artikel 274g OR), soll die Kompetenzattraktion neu für alle Kündigungsanfechtungen gelten. Unseres Erachtens ist dies vor allem aus Gründen des Mieterschutzes nicht gerechtfertigt. Die Ausweitung auf sämtliche Kündigungsanfechtungen bewirkt, dass das (kostenlose) Schlichtungsverfahren umgangen wird. Die Vermieterschaft kann die im OR als obligatorisch erklärte Vermittlung mit einem Ausweisungsgesuch umgehen. Kommt hinzu, dass der Vermieterschaft im Ausweisungsverfahren (welches gleichzeitig ein Kündigungsanfechtungsverfahren ist) kostenpflichtig wird! Die Kompetenzattraktion führt schliesslich auch dazu, dass der Vermieterschaft nur noch der Rekurs zur Verfügung steht (vgl. Art. 299 Abs. 1b VE-ZPO).

OW: Abs. 1 Bst e und Art. 202: Der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens, wenn über den gleichen Gegenstand schon ein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, schränkt die Möglichkeit der Unterbrechung der Verjährung, welche in Art. 135 Ziff. 2 OR explizit gewährt wird, ein. Demnach wäre – soweit ersichtlich – nur noch eine einmalige Unterbrechung mittels "Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch" möglich. In der Folge stünden als die Verjährung unterbrechende Handlungen lediglich noch Schuldbetreibung, Klage oder Einrede

vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie Eingabe im Konkurs zur Verfügung (Art. 135 Ziff. 2 OR).

Art. 193 Abs. 1 lit. e des Vorentwurfs führt zu einer weiteren Konsequenz: Kommt es zu keiner Einigung, so erteilt die Schlichtungsbehörde der gesuchstellenden Person die Klagebewilligung (Art. 202 Abs. 1). Diese läuft nach zwei Monaten ab (Abs. 2). Nachdem diese eine Prozessvoraussetzung bildet (vgl. Erläuterungen zu Art. 191) und über den gleichen Gegenstand alsdann kein zweites Schlichtungsverfahren durchgeführt werden kann, hat dies zumindest in den Fällen, in denen das Schlichtungsverfahren zwingend ist (Art. 192 Abs. 3), den Verlust des Klagerechts zur Folge. Einerseits stellt dies ein erhebliche Verschärfung der bisherigen Regelung dar, wonach der Verfall des Weisungsscheins in der Regel keine Konsequenzen bezüglich des Klagerechts hatte. Andererseits ist damit eine zügige und straffe Prozessführung sowie eine gewisse Rechtssicherheit bezüglich der Einklagbarkeit von Ansprüchen gewährleistet.

TG: Abs. 1 lit. c: Hier sind unseres Erachtens alle Ehescheidungen aufzunehmen.

TI: La procedura di conciliazione è esclusa per esigenze di rapidità (cpv. 1 lett. d) e cpv. 2) oppure nei casi in cui il diritto federale non lo prevede (cpv. 1).

In applicazione del principio attitatorio vigente in questo progetto è senz'altro opportuno riformulare la prima frase dell'articolo, nei seguenti termini: "<sup>1</sup> La procedura di conciliazione è esclusa, salvo accordo contrario delle parti.

Va altresì aggiunto che, anche in questo tipo di procedure, il giudice deve sempre accertare l'eventuale possibilità di conciliazione, anche in corso di causa. In caso vi sia, il giudice rinvia le parti all'autorità di conciliazione (oppure vi procede egli stesso).

ZH: Gemäss Art. 193 Abs. 1 lit. e ist das Schlichtungsverfahren ausgeschlossen, wenn über den gleichen Streitgegenstand schon ein solches durchgeführt worden ist. Unseres Erachtens sollte ein zweites Schlichtungsverfahren nur dann ausgeschlossen sein, wenn im Rahmen des Schlichtungsverfahrens bereits eine Verhandlung stattgefunden hat. Gemäss der Stellungnahme des Friedensrichterverbandes kommt es nicht selten vor, dass eine Partei kurz vor der Schlichtungsverhandlung ein Vergleichsangebot der Gegenpartei erhält und deshalb das Schlichtungsgesuch zurückzieht. Nimmt sie das Angebot nicht an, müsste sie nach der Regelung des Vorentwurfs direkt an das Gericht gelangen – ein Schlichtungsverfahren wurde ja durchgeführt –, obwohl an sich ein Einigungspotenzial vorhanden wäre. In diesem Sinne regen wir folgende Formulierung an: "e. wenn über den gleichen Streitgegenstand schon eine Schlichtungsverhandlung stattgefunden hat."

Nach Art. 193 Abs. 2 lit. a soll das Schlichtungsverfahren bei Feststellungsklagen nach Art. 85a SchKG ausgeschlossen sein. Bei solchen Klagen vermuten wir ein hohes Einigungspotenzial für das Schlichtungsverfahren. Wir regen an, lit. a zu streichen.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Der in Absatz 3 vorgesehene Ausschluss des Schlichtungsverfahrens bei hängigem Ausweisungsverfahren i.S. von Art. 260 Ziff. 8 (infolge Zahlungsrückstand der Mieterin oder des Pächters) geht zu weit; das Schlichtungsverfahren sollte u.E. lediglich in den Fällen ausgeschlossen sein, wo die Ausweisung aufgrund von Zahlungsrückständen des Mieters bzw. der Pächterin

angestrebt wird (vgl. Art. 257d und 282 OR resp. Art. 274g Abs. 1 lit. a und 301 OR). In allen anderen Fällen (vgl. Art. 274g Abs. 1 lit. b – d OR) sollte ein Schlichtungsverfahren möglich sein und die Kompetenzattraktion zu Gunsten der Schlichtungsbehörde bzw. des Gerichts im Entscheidungsverfahren (vgl. Art. 237 lit. a VE-ZPO-CH) erfolgen.

LPS: Art. 193 al. 1 lit. e:

*[La première partie de la phrase reste inchangée] ou lorsque les parties conviennent, par écrit, avoir déjà recouru à une médiation dans le cadre de ce litige.*

Commentaires:

Une procédure de conciliation qui interviendrait suite à l'échec d'une médiation ayant trait au même litige apparaît inutile et devrait dès lors faire partie des exclusions prévues à l'art. 193 PCS.

En raison des diverses formes que peut revêtir la médiation, il convient d'éviter qu'un procès ne puisse être introduit rapidement en raison d'un désaccord entre les parties portant sur le fait de savoir si une médiation a ou non eu lieu. Il semblerait dès lors utile qu'une conciliation ayant trait à un litige opposant les parties ne soit exclue qu'en cas d'accord écrit de ces dernières portant sur ce point.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASI: Acceptez-vous l'extension de l'exclusion de la procédure de conciliation aux congés ordinaires ainsi que proposé à l'art. 193 al. 3 de l'avant-projet, d'autant que la procédure sommaire sera applicable au sens de l'art. 260 de l'avant-projet ? (selon le droit actuel, attraction de compétence au tribunal uniquement lors de congés extraordinaires)

No e Sì. Per esperienza pratica possiamo affermare che in molti casi che hanno per oggetto le disdette ordinarie si riesce a trovare una soluzione positiva per l'inquilino durante l'udienza davanti all'U.C. Non possiamo affermare – a priori – che questa possibilità di mediazione venga esclusa per il semplice fatto che le parti si ritrovino subito davanti ad un tribunale. Le conseguenze pratiche di un tale articolo sono a nostro avviso difficilmente prevedibili, poiché tanto dipenderà dalla sensibilità e dall'interesse che avranno i tribunali di prima istanza a indurre le parti ad una conciliazione.

Vantaggi del No: mantenimento di uno status quo soddisfacente per gli inquilini.

Vantaggi del Sì: snellimento della procedura, meno costi per lo Stato. Rimane aperta la questione se – tralasciando gli Uffici di Conciliazione – viene a mancare un foro e una possibilità pratica di trovare una soluzione bonale.

ASLOCA: Al. 3: Nous sommes opposés à l'exclusion de la procédure de conciliation aux congés ordinaires. La résiliation de bail est un acte grave et important dont on doit pouvoir discuter librement devant la Commission de conciliation en matière de Baux et Loyers et éviter que la situation ne se crispe d'emblée devant le tribunal des Baux et Loyers.

AVLU: Wohl unbeabsichtigt führt Abs. 1 lit. e zu einer Änderung des im OR geregelten materiellen Verjährungsrechts, hat die vorgesehene Regelung doch zur Folge, dass die Verjährung nur ein einziges Mal mittels Einleitung des Schlichtungsverfahrens unterbrochen werden kann. Anschliessend müsste entweder

Klage eingereicht oder Betreuung eingeleitet werden. Der Betreuungsweg steht zur Verjährungsunterbrechung allerdings nur offen, wenn es sich um eine Geldforderung handelt. In den übrigen Fällen, z.B. bei einem Anspruch auf Rechenschaftsablegung, wäre, wenn das Schlichtungsverfahren schon einmal durchgeführt wurde, stets Klage einzureichen, da die Verjährung nicht mehr gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR durch Vorladung zu einem Sühneversuch unterbrochen werden könnte. Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens sollte daher nicht zwingend ausgeschlossen werden, wenn bereits ein solches stattgefunden hat; dies nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass die Einleitung des Schlichtungsverfahrens auch bei Geldforderungen für den Schuldner der schonendere Weg ist als die Betreuung, welche nachher im Betreibungsregister ersichtlich ist. Die Regelung von Art. 193 Abs. 1 lit. e wäre daher unter Art. 192 Abs. 2 anzuführen.

AVZH: Gemäss den Erläuterungen der Expertenkommission (Seite 104) soll die klagende Partei unseres Erachtens berechtigterweise die Möglichkeit haben, ihr Begehren während des Schlichtungsverfahrens ohne Rechtskraftwirkung zurückzuziehen. Wir stimmen diesem Anliegen insbesondere im Lichte der Verjährungsunterbrechungsproblematik zu. Die klagende Partei muss unter Umständen zweimal oder mehrmals verjährungsunterbrechende Schritte einleiten (wenn keine Verjährungsverzichtserklärung erhältlich ist), bevor die eigentliche Klage begründet und substantiiert werden kann. Der Ausschluss des Schlichtungsverfahrens darf deshalb erst eintreten, wenn über den gleichen Streitgegenstand bereits einmal eine Schlichtungsverhandlung stattgefunden hat. Die Bestimmung ist insofern zu präzisieren.

Formulierungsvorschlag Art. 193 Abs. 1 lit. e:

e) wenn über den gleichen Streitgegenstand schon ein Schlichtungsverfahren durchgeführt *und eine Klagebewilligung erteilt* worden ist."

CBL-GE: Supprimer l'al. 3.

Motifs: Le texte de l'APL étend la portée de l'art. 274g CO aux congés ordinaires. Or, en matière de congé, ordinaire ou extraordinaire, sans ou avec requête parallèle en évacuation, les taux de conciliation atteignent souvent 50 % ou plus, selon les cantons. En outre, en matière de congé, moins de la moitié des décisions sont frappées de recours.

Ainsi, une très grande majorité des litiges sont liquidés en conciliation aujourd'hui.

Alors, pourquoi détraquer ce qui fonctionne ? Pour obstruer davantage les tribunaux, pour encourager la querulence ?

De plus, il est contraire à la sécurité du droit (et à la bonne organisation des audiences) de faire dépendre la compétence pour une procédure de la virtualité d'une autre...

economiesuisse: Bei komplizierten Sachverhalten mit hohen Streitwerten soll auf ein Schlichtungsverfahren verzichtet werden können. Als Abgrenzungskriterien können die Bestimmungen über die Einführung der Handelsgerichtsbarkeit beigezogen werden.

FRStZH: Absatz 1 lit. a.: Antrag: Das Schlichtungsverfahren ist ausgeschlossen:  
a. bei Klagen über den Personenstand, *mit Ausnahme strittiger Scheidungsklagen*;

Begründung: Zu Klagen über den Personenstand gehören auch Scheidungsklagen. Bei strittigen Scheidungsklagen ist ein Schlichtungsverfahren grundsätzlich sinnvoll. Oft können sich die vorher zerstrittenen Ehepartner auf die Konsultation einer Eheberatungs- oder Mediationsstelle einigen, oder sie lassen bei einer unvermeidlichen Scheidung eine Konvention ausarbeiten. In jedem Fall können dadurch für alle Beteiligten Kosten und Umtriebe gespart werden.

Absatz 1 lit. e.: Antrag: lit. e. ersatzlos streichen.

Begründung: Auch wenn über die gleiche Sache schon früher ein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist, kann ein neues Verfahren sinnvoll sein. Zum Beispiel wenn keine Verhandlung stattgefunden hat, weil die Klage vorher zurückgezogen wurde. Oder bei einer Scheidungsklage, die nach Jahren mit neuen Begründungen wieder erhoben wird. Das Schlichtungsverfahren sollte deshalb nicht ausgeschlossen werden. Eventuell kann die klagende Partei darauf verzichten.

Eventualantrag: Artikel 192 Absatz 2 ergänzen:

*d. wenn über den gleichen Streitgegenstand schon ein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist.*

Absatz 2 lit. a.: Antrag: lit. a: streichen.

Begründung: Diese Streitigkeiten werden durch das Schlichtungsverfahren kaum spürbar verlängert und weisen überdies eine hohe Erledigungsquote auf.

FR-Verband: Abs. 1 lit. e: ersatzlos streichen.

Begründung: Auch wenn über die gleiche Sache schon früher ein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist, kann ein neues Verfahren sinnvoll sein. Zum Beispiel wenn keine Verhandlung stattgefunden hat, weil die Klage vorher (z.B. aufgrund eines aussergerichtlichen, kurzfristigen Zahlungsverprechen durch die Gegenpartei und anschliessendem Nichteinhalten) zurückgezogen wurde. Oder bei einer Scheidungsklage, wenn die minimale Trennungszeit (4 Jahre eventuell neu 2 Jahre) noch nicht erfüllt ist und die Klage dadurch zu einem späteren Zeitpunkt neu eingereicht werden muss.

FSA: Il conviendrait de limiter dans le temps (par ex. une année) l'exclusion de la conciliation prévue à la lettre e du premier alinéa.

GGD ZH: Nach Abs. 1 lit. a ist das Schlichtungsverfahren ausgeschlossen bei Klagen über den Personenstand. Auch die Frage, ob eine Person verheiratet oder geschieden ist, betrifft ihren Personenstand. Durch Umkehrschluss aus Art. 193 Abs. 1 lit. b, wonach Klagen auf Eheungültigkeit vom Schlichtungsverfahren ausgeschlossen sind, käme man zwar unweigerlich zum Schluss, dass bei *Scheidungsklagen* die Schlichtung erforderlich ist. Gleichwohl drängt sich eine Klarstellung auf.

Art. 193 Ausschluss

<sup>1</sup> Das Schlichtungsverfahren ist ausgeschlossen:

a. bei Klagen über den Personenstand, *ausgenommen Scheidungs- und Trennungsklagen*;

HEV: Vgl. Ausführungen zu Art. 192.

Weigert sich ein Mieter, trotz gültiger Kündigung das Mietobjekt auf den Kündigungstermin hin zu verlassen, muss der Vermieter oft ungebührlich lange auf einen Ausweisungsentscheid warten. Dies ist insbesondere auch im Hinblick auf die Weitervermietung des Mietobjektes unzumutbar. Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie, ist die in Art. 193 Abs. 3 VE vorgesehene Erweiterung der Kompetenzattraktion bei der Ausweisungsbehörde äusserst begrüssenswert. Die Ausdehnung der Kompetenzattraktion auf ordentliche Kündigungen im Sinne der Gleichbehandlung der Fälle von ordentlichen und ausserordentlichen Kündigungen ist auch insofern sinnvoll, als diese Abgrenzung nicht immer zum vornherein klar feststeht.

MV: Dieser Absatz ist in dreierlei Hinsicht missglückt. Zum einen ist – wenn der Vorentwurf von der Bewährtheit der Schlichtungsbehörde überzeugt ist – nicht einzusehen, warum gerade auf dem Gebiet der Kündigung und der Erstreckung kein Schlichtungsverfahren stattfinden soll. Die Auflösung des Mietverhältnisses trifft die Mieterin und den Mieter existenziell.

Unhaltbar ist die Überweisung an den Ausweisungsrichter. Das Ausweisungsverfahren soll gemäss Art. 260 Ziff. 8 VE im summarischen Verfahren mit den entsprechenden Beweismittelbeschränkungen (Art. 264 VE) durchgeführt werden. Das führt dazu, dass - wie im bisherigen Recht - gewisse Ausweisungsentscheide nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht materiell rechtskräftig werden können, so dass anschliessend an das Ausweisungsverfahren doch noch ein materieller Prozess durchgeführt werden muss. Das wurde im Vorentwurf durch den Hinweis auf BGE 122 III 92 ff. in Fussnote 170 auch erkannt, weshalb im Ausweisungsverfahren wie bisher keine Beweismittelbeschränkungen gelten sollen. Damit wird jedoch das heute unbefriedigende Recht nicht verbessert (vgl. hierzu Fabienne Hohl, Die Ausweisung von Wohnungs- und Geschäftsmietern, in Mietrechtspraxis/mp 1997 S. 1 ff.). Der Richter muss aufgrund eines Bundesgerichtsentscheides im summarischen Verfahren mit voller Kognition urteilen, obwohl sich aus der gesetzlichen Vorschrift gerade das Gegenteil ergibt.

Dazu kommt ein drittes Problem: Wenn der Vorentwurf die "Anfechtung einer Kündigung" speziell regeln will, wird vernachlässigt, dass es nicht nur anfechtbare (gegen Treu und Glauben verstossende, Art. 271 ff. OR), sondern auch nichtige (z.B. ohne amtliches Formular mitgeteilte, Art. 266 n OR) und schliesslich ungültige (z.B. nur von einem Vermieter einer einfachen Vermietergesellschaft ausgesprochene) Kündigungen gibt. Für die ungültigen und für die nichtigen Kündigungen sieht der Vorentwurf keine spezielle Regelung vor, so dass der Rechtsweg unter Umständen in verschiedene Verfahren mündet.

Dem ganzen gesetzgeberischen Wirrwarr kann nur begegnet werden, indem Abs. 3 von Art. 193 ersatzlos gestrichen wird.

Dem Bedürfnis nach einer raschen Vollstreckung kann im übrigen durch die neue Vorschrift von 228 Abs. 2 VE (Vollstreckungsmassnahmen bereits im Endentscheid) Rechnung getragen werden.

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 193 Abs. 1 lit. e: wenn über den gleichen Streitgegenstand vor der Schlichtungsstelle schon ein Schlichtungsverfahren *oder eine Mediation* durchgeführt worden ist.

Wird die Klagebewilligung befristet (Art. 202 Abs. 3), fehlt faktisch jegliche Sanktion, wenn die Parteien die Klage auch später noch direkt anhängig machen können, ohne den Schlichtungsversuch wiederholen zu müssen (Art 193 Abs. 1 lit. e; Bericht S. 96).

Entweder ist die Frist aufzuheben oder die Klagebewilligung soll vollständig verfallen, sodass eine neue beschafft werden muss. Es würde sich andernfalls systemwidrig um die einzige Frist handeln, deren Verpassen keine Rolle spielt. Da die Frist nur den Zweck haben kann zu verhindern, dass die beklagte Partei stets im Ungewissen bleibt, ob nun nicht doch noch nach Jahr und Tag ein Prozess durchgeführt wird, macht der Verfall mit dem Zwang der Wiederholung durchaus Sinn, insbesondere als einer späteren Fortführung des Verfahrens mit grosser Wahrscheinlichkeit sogar veränderte Verhältnisse zugrunde liegen. Im Bericht selbst findet sich für die Motivation zum beleuchteten Problem keine ausreichende Begründung.

Uni LA: Abs. 1 Bst. b: L'exclusion de la procédure de conciliation préalable en matière d'annulation de mariage n'est pas justifiée s'il s'agit d'une annulation pour une cause relative.

Uni NE: Art. 193 al. 3: Pour quelle raison a-t-on élargi la compétence du tribunal chargé de se prononcer sur l'expulsion ? La solution du droit actuel, qui prévoit cette compétence uniquement en cas de congé extraordinaire devrait être maintenue. On notera du reste que la notion de validité n'est pas claire (congé annulable, nul, inefficace ?). Quid si seule une prolongation est requise ?

Art. 194

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Abs. 2 schreibt paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsstellen vor. Diese haben sich nicht bewährt, sondern als schwerfällige und unbewegliche Institutionen erwiesen, die praktisch zwingend Verfahrensverzögerung mit sich bringen und erst noch teuer sind. Sinnvoll, rationell und erst noch billiger wäre eine aus einer qualifizierten Person (Jurist oder Juristin) bestehende Schlichtungsbehörde für alle Verfahren, mit Ausnahme der in Art. 193 genannten. Dieser Person wäre ein genügend grosses Gebiet (Bezirk oder kleiner Kanton) zuzuteilen, so dass sie sich mit einem möglichst vollen Arbeitspensum auch eine solide Praxis für diese anspruchsvolle Aufgabe erwerben könnte. Die paritätische Vertretung hat häufig wenig Gewicht oder hebt sich gegenseitig auf, so dass ohne Nachteil darauf verzichtet werden kann.

BE: Der Kanton Bern hat bisher gute Erfahrungen gemacht mit den paritätisch zusammengesetzten Mietämtern und Arbeitsgerichten, die in der Bevölkerung eine grosse Akzeptanz geniessen. Die Lösung in Abs. 2 von Art. 194 VE ist daher zu unterstützen.

Weil das Präsidium am Mietamt und am Arbeitsgericht und der Aussöhnungsrichter/die Aussöhnungsrichterin im Kanton Bern schon heute eine juristische Ausbildung haben müssen (Art. 5 Abs. 1 und 2 GOG), sind bisweilen geäusserte Bedenken im Hinblick auf die rechtliche Qualität der Urteilsvorschläge und Urteile der Schlichtungsbehörden gemäss Art. 204 und 205 VE nicht angebracht.

BL: Antrag: Streichung von Buchstabe b.

Die in unserem Kanton übliche Vermittlung durch eine Gerichtsperson hat sich bestens bewährt. Eine paritätische Vertretung ist unseres Erachtens nicht erforderlich und zudem aufwändig und kostspielig.

BS: Die vorgeschlagene Bestimmung verlangt auch für die Schlichtung von Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz eine paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörde. Damit der Sinn der Parität, nämlich das Nutzen von Erfahrung und Spezialkenntnissen in der Arbeits- und Berufswelt zum Tragen kommen, muss die paritätische Vertretung im Einzelfall branchenbezogen sein. Die Bildung und die Organisation des Einsatzes einer solchen Schlichtungsstelle sind jedoch recht aufwändig. In Basel wird seit Jahren die Vermittlung in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten durch eine einzelne Gerichtsperson vorgenommen, was sich ausserordentlich bewährt hat. Auf das Erfordernis der paritätischen Zusammensetzung kann deshalb verzichtet werden

LU: Gemäss vorgeschlagener Regelung soll eine Schlichtungsbehörde mit Fachrichterpersonen für arbeitsrechtliche Streitigkeiten geschaffen werden. Dies verunmöglicht infolge der Ausstandsbestimmung von Artikel 43c VE-ZPO, dass das - ebenfalls paritätisch zusammengesetzte - Arbeitsgericht den Schlichtungsversuch durchführen kann, obwohl sich diese Regelung im Kanton Luzern sehr bewährt hat. Es müssten zwei Fachgremien geschaffen werden: eines für das Schlichtungsverfahren und eines für das Arbeitsgericht. Dies ist mit erheblichen zusätzlichen Kosten verbunden und deshalb abzulehnen.

SH: Abs. 2 schreibt paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsstellen vor. Diese haben sich nicht bewährt, sondern als schwerfällige und unbewegliche - Institutionen erwiesen, die praktisch zwingend Verfahrensverzögerung mit sich bringen und erst noch teuer sind. Sinnvoll, rationell und erst noch billiger wäre eine aus einer qualifizierten Person (Jurist oder Juristin) bestehende Schlichtungsbehörde für alle Verfahren, mit Ausnahme der in Art. 193 genannten. Dieser Person wäre ein genügend grosses Gebiet (Bezirk oder kleiner Kanton) zuzuteilen, sodass sie sich mit einem möglichst vollen Arbeitspensum auch eine solide Praxis für diese anspruchsvolle Aufgabe erwerben könnte. Die paritätische Vertretung hat häufig wenig Gewicht oder hebt sich gegenseitig auf, sodass ohne Nachteil darauf verzichtet werden kann.

SO: Die Einsetzung einer neuen paritätisch zusammengesetzten Schlichtungsbehörde für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, welche einen Urteilsvorschlag machen muss (Art. 204 VE), lehnen wir ab. Das heutige Verfahren in arbeitsrechtlichen Prozessen hat sich bewährt: das Verfahren ist einfach und rasch. Es eignet sich besonders auch für Parteien ohne Rechtsbeistand. Zunächst versucht der Präsident des Arbeitsgerichts, mit den Parteien an der ersten Verhandlung eine gütliche Lösung zu erarbeiten, was in vielen Fällen auch gelingt. Misslingt eine Schlichtung, so kommt es zur Verhandlung vor dem Arbeitsgericht, welches schon heute paritätisch zusammengesetzt ist. Somit erscheint ein vorangehendes Verfahren vor einer paritätisch zusammengesetzten Schlichtungsbehörde als unnötig, da diese Funktion durch den Präsidenten des Arbeitsgerichts bereits im Gerichtsverfahren wahrgenommen wird. Würde die Aufgabe der arbeitsrechtlichen Schlichtungsstelle (Erarbeitung eines Urteilsvorschlags) dem heute bestehenden, paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgericht übertragen, so stellte sich das Problem der Vorbefassung. Das nach

Ablehnung des Urteilsvorschlages durch eine Partei zum Entscheid angerufene Gericht müsste neu besetzt werden, was für alle Beteiligten zu einer unhaltbaren Verzögerung des Verfahrens führen würde. Zusammenfassend würde im Gebiet der Streitigkeiten aus Arbeitsvertrag mit der Einführung einer zusätzlichen Schlichtungsbehörde das beabsichtigte Ziel in sein Gegenteil verkehrt und der Anspruch auf ein rasches und einfaches Verfahren weit weniger als im heutigen Verfahren vor Arbeitsgericht erfüllt. Im Übrigen scheint uns prüfungswert, ob nicht auch auf die paritätisch zusammengesetzten Schlichtungsbehörden in lit. b und c verzichtet werden sollte.

Der Vorschlag des Vorentwurfs würde nach unserer Ansicht zu einem schwerfälligeren arbeitsgerichtlichen Verfahren führen.

TG: Nachdem gemäss Art. 122 Abs. 2 BV grundsätzlich die Kantone für die Organisation der Gerichte zuständig sind und auch deren Kosten zu tragen haben, legen wir Wert darauf, dass die Kantone bezüglich Ausgestaltung ihrer Gerichtsorganisation möglichst wenig durch von diesem Grundsatz abweichendes Bundesrecht eingeschränkt werden. Aus diesem Grunde können wir Art. 194 ZPO nicht zustimmen, der für Mietstreitigkeiten, für Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz und neu auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörden verlangt. Während sich die entsprechenden Schlichtungsinstanzen in Mietsachen zwischenzeitlich einigermaßen etabliert haben, hatte unsere kantonale Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz im Jahre 2002 nur gerade einen einzigen Fall zu behandeln, was die bundesrechtlich vorgeschriebene Schaffung einer solchen Behörde zumindest für unseren Kanton doch sehr in Frage stellt. Wir halten folglich auch wenig davon, nun für arbeitsrechtliche Streitigkeiten noch zusätzliche Sonderschlichtungsbehörden zu schaffen. Die fraglichen Aufgaben können im Kanton Thurgau problemlos von den mit den übrigen Schlichtungsverhandlungen betrauten Friedensrichterinnen und Friedensrichtern bewältigt werden.

Abs. 2: streichen.

TI: Cpv 2: Va specificato che il Presidente dev'essere un giurista, formato nella gestione del conflitto.

VS: Al. 2: Le principe d'une autorité de conciliation se composant d'un président et d'une représentation paritaire est contesté: La procédure actuelle devant le Tribunal du travail du canton (compétent jusqu'à une valeur litigieuse de fr.30'000.-) prévoit également une procédure de conciliation et une procédure au fond. La procédure de conciliation est assumée par une seule personne du Tribunal du travail (secrétaire). En cas de non-conciliation, la procédure au fond est engagée et le Tribunal du travail, composé de manière paritaire, rend un jugement. 80% des litiges sont liquides lors de la séance de conciliation par la conclusion d'une transaction. Cela s'explique également par le fait que l'autorité de conciliation ne se présente pas sous la forme d'un collège, mais d'un médiateur unique, qui en tant que tel, n'est pas le représentant d'une des parties au litige.

Le canton du Valais est donc d'avis que l'article 194 alinéa 2 PCS doit être supprimé et que l'article 194 alinéa 1<sup>er</sup> PCF doit être formulé différemment, laissant la compétence aux cantons d'organiser l'autorité de conciliation.

ZG: Abs. 2 Bst. b: Der Kanton Zug hat mit der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten gute Erfahrungen gemacht. Das Schlichtungsverfahren wird

dabei nicht von einem paritätischen Kollegium, sondern von einer Einzelperson geführt. Von einer paritätischen Vertretung innerhalb der Schlichtungsbehörde kann zugunsten der Effizienz und Verfahrensökonomie abgesehen werden.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Auf das Erfordernis einer paritätischen Zusammensetzung ist zu verzichten, da eine solche in ländlichen Gegenden nicht garantiert werden kann und eine Schlichtungsperson ausreicht.

Grüne Partei: Entsprechend unseren Ausführungen zu unten, Art. 237, sollte an dieser Stelle eine paritätische Vertretung auch für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag vorgesehen werden, entsprechend der Definition dieses Vertragstyps in Art. 28 Abs. 2 (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 237).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: Il cpv. 2 dev'essere completato nel senso di prevedere un'autorità di conciliazione composta di rappresentanze paritetiche anche nelle controversie in materia di contratti conclusi con consumatori.

CBL-GE: Proposition

<sup>1</sup> *Le droit cantonal désigne l'autorité de conciliation. Lorsque le droit cantonal a instauré des tribunaux spécialisés pour les litiges visés à l'art. 237, il décide si, dans quelle mesure et de quelle manière l'autorité de conciliation peut – ou non – rendre une décision.*

<sup>2</sup> *L'autorité de conciliation se compose d'un président, et de deux membres issus respectivement de leurs milieux intéressés et siégeant paritairement dans les litiges relatifs: ...*

Motifs:

Alinéa 1: La deuxième phrase reprend et rappelle la décision des Chambres fédérales au sujet de l'art. 274 al. 1 let. c<sup>bis</sup> CO (du 13 décembre 2002).

Alinéa 2: Que ce soit en conciliation ou au stade ultérieur, les assesseurs sont soumis, dans tout Etat de droit, aux principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance. Ils ne sauraient donc "représenter les parties"!

DJS: Der Entwurf sieht neu auch zwingend paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörden in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor. Damit kommt der Grundsatz zum Ausdruck, dass in Sozialprozessen die Schlichtungsbehörde paritätisch zusammengesetzt werden soll. Es fragt sich daher, wieso man die paritätische Zusammensetzung nicht auch in Konsumentenstreitigkeiten vorgesehen hat.

FER: La Fédération s'étonne toutefois de constater que certaines règles de compétence *ratione materiae* aient été insérées dans l'avant-projet de loi fédérale de procédure civile, ce d'autant plus que ces prescriptions, en plus d'être peu utiles, apparaissent être nettement plus restrictives que ce que les lois cantonales de procédure civile - régissant ce type de juridiction - ne prévoient en règle générale (notamment art. 5 et 194 AP). La commission d'experts voudrait notamment imposer, pour tous les litiges relevant du droit du travail, une autorité de conciliation qui soit, dans une large mesure, composée de représentants des partenaires sociaux. La pratique - notamment genevoise - a pourtant démontré qu'une telle représentation paritaire n'était pas forcément satisfaisante.

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il y a quelques années, le canton de Genève a décidé d'opter pour un système prévoyant l'intervention d'un seul conciliateur "professionnel". Ce système, en plus d'être économique et fonctionnel, a donné, au niveau de la conciliation, d'excellents résultats. L'organisation judiciaire étant de la compétence des cantons, la Fédération est ainsi d'avis qu'il serait préférable de laisser à ces derniers le choix de ses institutions, non seulement en fonction des succès rencontrés dans la pratique, mais aussi des moyens financiers dont ils disposent.

FRC: Pour la FRC, il est indispensable de compléter cet article en prévoyant une conciliation gratuite pour les litiges de consommation.

FRStZH: Antrag: *Bei den folgenden Streitigkeiten mit unbestimmtem, oder 1000 Franken übersteigendem Streitwert, besteht die Schlichtungsbehörde aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung:*

Begründung: Eine paritätische Vertretung hat sich bei Miet- und Arbeitsstreitigkeiten bewährt. Sie sollte allerdings nur bei einem Streitwert über 1000 Franken, entsprechend Art. 205, einberufen werden; für Bagatellforderungen unter dieser Grenze wäre die ordentliche Schlichtungsbehörde zuständig.

*(lit. a. bis c. unverändert).*

FR-Verband: Ganzer Abs.2 ersatzlos streichen (auf Wunsch und Antrag der nebenamtlichen FriedensrichterInnen).

MV: Abs. 2: Wie bereits erwähnt begrüßen wir die paritätische Zusammensetzung der Behörde, da dadurch das Fachwissen der Interessenverbände auf beiden Seiten eingebracht werden kann.

OAFRI: Article 194 al. 1<sup>er</sup>: Comme indiqué ci-dessus, le magistrat conciliateur doit être un juge professionnel, distinct de celui qui tranchera au fond.

SchAG: Bei Streitigkeiten nach GIG sollte eine doppelte Parität sowohl nach Arbeitgeber- resp. Arbeitnehmervertretung als auch nach Geschlecht vorausgesetzt werden.

Antrag: Bei Schlichtungsverfahren nach GIG ist eine doppelte Parität zu statuieren.

SchZH: Vgl. bei Art. 191

Abs. 2 Bst. c: Streitigkeiten nach GIG und dem Mitwirkungsgesetz werden hier zusammen erwähnt, obschon sie je ganz verschiedene Materien betreffen und für die Schlichtung verschiedene Behörden zuständig sind. Aus gesetzes-systematischen Gründen sind sie getrennt zu erfassen.

(Das Gleiche gilt mit Bezug auf Art. 237 lit. c und 240 lit. c).

SDM-FSM: Vorschlag: Abs. 3: *Die Kantone können öffentliche Mediationsstellen einrichten*

SKDE: Gemäss Vortrag zu Artikel 194 sind die Kantone frei, ein erstinstanzliches Gericht mit den Aufgaben der Schlichtungsbehörde zu betrauen. Unklar scheint, wie ein erstinstanzliches Gericht das Erfordernis einer paritätisch zusammengesetzten Schlichtungsbehörde erfüllen soll. Wir bitten Sie, diese Delegationsmöglichkeit für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz nicht vorzusehen.

SK der Gleichstellungsbeauftragten: Wenig sinnvoll erscheint die nach dem Vorentwurf mögliche Übertragung der Schlichtungsfunktion an das erstinstanzliche

Gericht. Eine einheitliche, auf konzentriertem Fachwissen basierende Schlichtungspraxis, wie es verschiedene Kantone heute kennen, würde entfallen, und das Kriterium des vom Gleichstellungsgesetz anvisierten niederschweligen Verfahrens wäre nicht mehr erfüllt.

Die Übertragung der Schlichtungsfunktion stellt das vom Gleichstellungsgesetz anvisierte Konzept der niederschweligen, vorgelagerte Schlichtung in Frage. Es sollte daher davon abgesehen werden und im Interesse einer einheitlichen, fachkundigen und effizienten Schlichtungspraxis eine zentrale Schlichtungsstelle für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz vorgesehen werden.

Abs. 2: Wir fordern, dass mindestens für die Schlichtungsstelle für Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz (Ar. 194 Abs. 2 lit. b), besser noch aber für alle Schlichtungsbehörden eine doppelte paritätische Vertretung verankert wird, nämlich paritätisch bezüglich der VertragspartnerInnen und bezüglich der Geschlechter (siehe auch Botschaft zur Änderung des GIG, S. 7813, wo dies für das Schlichtungsverfahren für das Bundespersonal vorgesehen ist).

In lit. c werden Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz und dem Mitwirkungsgesetz zusammen erwähnt, obschon sie je ganz verschiedene Materien betreffen und für die Schlichtung verschiedene Behörden zuständig sind. Aus gesetzessystematischen Gründen sind sie deshalb getrennt zu erfassen (das Gleiche gilt auch für Art. 237 lit. c und Art. 240 lit. c).

Uni LA: On se réfère à ce qui a été dit plus haut sur le double emploi que ces autorités de conciliation paritaires peuvent faire avec des autorités de jugement constituées paritairement. Les indications dans le commentaire selon lesquelles le système aurait donné de très bons résultats en matière de bail doivent pour le moins être nuancées si l'on songe à la lenteur du traitement des causes de cette nature que l'on constate dans le canton de Vaud. Il est vrai que cette lenteur n'est que pour une petite part imputable à la procédure de conciliation préalable obligatoire.

Uni ZH: Die Verpflichtung der Kantone, für Arbeitsstreitigkeiten eine paritätische Schlichtungsstelle einzuführen, ist fragwürdig. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 56 f.*

## Art. 195

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Konsequenterweise müsste die beratende Funktion der Schlichtungsbehörde nicht nur in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz, sondern in allen arbeitsrechtlichen Fällen gegeben sein, wie dies z.B. in Art. 33 Abs. 1 des bernischen Dekrets über die Arbeitsgerichte vorgesehen ist. Es wird deshalb vorgeschlagen, Art. 195 Abs. 1 VE um eine Bestimmung entsprechend Art. 194 Abs. 2 lit. b VE zu ergänzen (neue lit. c).

TI: Alle due fattispecie previste sub lit. a) + b) ne va aggiunta una terza, ossia la consulenza per questioni di diritto del lavoro.

VS: Il est opportun d'étendre cette activité de conseil au domaine des relations de travail. Le secrétariat et le greffe du Tribunal du travail du canton du Valais mettent depuis plusieurs années un service de renseignement à disposition des citoyens, qui a pour effet de diminuer le dépôt de requêtes.

A ce stade, les requérants ne sont souvent pas encore en conflit avec leur cocontractant, c'est pourquoi il serait indiqué de ne pas utiliser les termes de "parties" et de "litiges" prévus par cet article.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASI: La composition des autorités de conciliation devrait-elle être différente, oui ou non: au stade du conseil, au stade de la tentative de conciliation/de la proposition de jugement, au stade de la décision ?

La domanda non è stata formulata in una maniera particolarmente felice, comunque le risposte sono tre volte "no".

ASLOCA: Nous sommes favorables à la proposition de jugement à la condition seulement que les parties jouissent de certaines garanties de procédure. Nous proposons en conséquence les modifications suivantes:

Article 195 al. 1: Après avoir établi les faits ou procédé à une appréciation anticipée des preuves et analysé la situation juridique, l'autorité de conciliation conseille les parties dans les litiges....

CBL-GE: Proposition

<sup>1</sup> *Les compétences de l'autorité de conciliation sont les suivantes:*

*a. Inviter les parties à entamer ou poursuivre des négociations.*

*b. Conseiller les parties après avoir*

- établi les faits, ou procédé à une appréciation anticipée des preuves;*
- analysé la situation juridique.*

*c. Proposer aux parties des solutions nouvelles.*

<sup>2</sup> Dans les litiges relatifs aux baux à loyer d'habitations, seule l'autorité de conciliation peut agir comme tribunal arbitral. (inchangé)

Motifs: Si l'on veut renforcer la conciliation, il est important de *maintenir une définition des compétences* des autorités de conciliation, de manière à orienter, faciliter et légitimer leurs tâches futures, ceci dans tous les domaines du droit civil et commercial.

L'énumération des trois compétences traduit une priorité:

- a) Il s'agit d'abord de favoriser l'entrée en négociations ou la poursuite de négociations, pour respecter l'autonomie et la responsabilité des parties.
- b) Si les négociations n'aboutissent pas, l'autorité donnera ensuite son avis. Elle ne sera en mesure de le faire que si elle dispose des *outils adéquats* (cf. infra ad art. 195a).
- c) Si l'absence d'une détermination suffisante des faits empêche l'autorité d'émettre un avis ou qu'aucune transaction n'a lieu sur la base d'un avis, l'autorité peut alors formuler une solution nouvelle, ou inédite. Féconde, cette faculté a engendré des milliers d'accords, permettant de combiner et d'équilibrer les intérêts en présence (par exemple: litige portant à l'origine sur le montant du loyer, ce dernier devenant acceptable en tout ou partie moyennant l'exécution de travaux, etc.). Ainsi, la conciliation joue pleinement son *rôle de résolution des différends, d'une autre manière* que la procédure civile, et pas seulement un rôle de prévention des procès.

En dépit du mauvais précédent de l'art. 274a al. 1 lit. c CO (imposé aux ACBL sans étude préalable de leur fonctionnement), on ne saurait ajouter à la liste la compétence de décider (ni sa variante, la "proposition de jugement" de l'art. 204), *sans dénaturer la conciliation*.

En effet, concilier et juger procèdent de démarches différentes, *et par nature incompatibles*:

- la solution issue du déroulement de la conciliation est *librement acceptée* (ou refusée) par les parties, tandis que la décision leur est imposée;
- le déroulement conduisant à la solution conciliatoire est informel, alors que toute décision implique un minimum de règles procédurales contraignantes;
- le *huis-clos* favorise le bon déroulement conciliatoire et sa confidentialité, tandis que l'audience publique permet théoriquement au souverain de contrôler le respect du droit par la justice étatique.

*Art. 195a Mesures (Nouveau)*

*Toute mesure de nature à favoriser la conciliation peut être ordonnée, pour autant qu'elle n'ait pas d'effets dilatoires, soit notamment:*

- a. la comparution personnelle des parties, conformément à l'art. 198;*
- b. l'inspection sur place;*
- c. la production de pièces;*
- d. la production des conclusions de la partie défenderesse;*
- e. la comparution d'un tiers utile à la solution du litige.*

Motifs: Il est vain d'espérer améliorer la conciliation sans *doter ses autorités des outils nécessaires à la réalisation de leurs tâches*. Il s'agit d'outils destinés à favoriser au premier chef la transaction ou la solution nouvelle, et non l'instruction.

La liste est exemplative, et n'appelle pas de commentaires particuliers, sauf à propos du tiers, qui n'est *pas un témoin*, mais une personne (tel un proche, un voisin, un garant, un assureur, un assistant social, etc.) dont *la présence va favoriser l'émergence de solutions*.

Depuis des décennies, cette pratique, utilisée à bon escient, fait aboutir un nombre non négligeable de cas.

DJS: Etliche Gerichte bieten unentgeltliche Rechtsberatung an. Im vorliegenden Entwurf wird die Aufgabe der Rechtsberatung auf die Schlichtungsstellen und auf Miet- und Gleichstellungsfragen beschränkt. Soweit nicht eine allgemeine Pflicht der unteren Zivilgerichte zur Rechtsberatung in den Entwurf aufgenommen werden soll, sollte zumindest eine allgemeine Bestimmung über die Beratungstätigkeit der Gerichte aufgenommen werden, mit der die Beratung in den Fällen nach lit. a und b für obligatorisch erklärt wird.

DJZ: Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beratung nicht auch in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten stattfinden soll. Ein Weglassen könnte im Sinne eines "qualifizierten" Schweigens ausgelegt und dazu benutzt werden, die Rechtsberatung der Arbeitsgerichte abzuschaffen.

FR-Verband: Abs. 1 lit. a und lit. b sowie Abs. 2 ersatzlos streichen (auf Wunsch und Antrag der nebenamtlichen FriedensrichterInnen).

SchZH: Abs. 1: Die Beratungsaufgabe der Schlichtungsstelle ist bereits in GIG Art. 11 Abs. 1 vorgesehen. Allerdings ist sie in dem Sinne einschränkend auszulegen, als die Schlichtungsstelle im Interesse der Wahrung ihrer Neutralität und Unabhängigkeit zwar Rechts- und Verfahrensauskünfte, nicht aber Ratschläge betreffend Vorgehensweise im konkreten Fall erteilen, im Vorfeld eines Schlichtungsverfahrens also keine Rechtsvertretungsfunktion übernehmen sollte. Andernfalls könnte sie durch den Anschein von Befangenheit ihre Glaubwürdigkeit und die Akzeptanz ihrer Einigungsvorschläge auf Arbeitgeberseite unterminieren und ihre Vermittlungsfunktion insgesamt zum Nachteil Betroffener torpedieren. Im Begleitbericht sollte eine entsprechende Erläuterung aufgenommen werden.

SDM-FSM: Vorschlag: *Art. 195a Mediation*

<sup>1</sup> *Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen für die Zulassung der Mediatoren.*

<sup>2</sup> *Die Kantone führen ein Register aller zugelassenen Mediatorinnen und Mediatoren.*

SVM: *Médiation avant conciliation:*

*Art. 195 a (nouveau) Compétence en homologation de convention de médiation*

*L'autorité de conciliation est compétente pour homologuer les conventions de médiation négociées avant toute procédure et qui concernent un objet dont les parties peuvent librement disposer.*

Uni LA: Al. 1: Le mélange entre rôle de conseil aux parties et rôle de juridiction est en soi toujours dangereux. Il devient particulièrement contre-indiqué dans les matières évoquées où, malgré son nom, l'autorité de conciliation pourra être appelée à rendre de véritables décisions.

Art. 196

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Gemäss Art. 196 Abs. 2 VE werden die Parteien direkt nach dem Eingang des schriftlichen Gesuchs zu einer Verhandlung geladen. Die Möglichkeit eines Schriftenwechsels ist nicht vorgesehen. Ein Schriftenwechsel vor einer Schlichtungsverhandlung scheint jedoch sinnvoll. Bereits die Frage der Zuständigkeit, welche bei angeblichen Diskriminierungsfällen gemäss Gleichstellungsgesetz oft nicht zweifelsfrei feststeht, lässt sich anhand einer kurzen Begründung leichter beurteilen. Ist die Schlichtungsstelle nicht zuständig oder kann sie kleinere Fälle im direkten Kontakt mit den Parteien lösen, können so unnötige Schlichtungsverhandlungen vermieden werden. Auch die sorgfältige Vorbereitung auf Schlichtungsverhandlungen wird durch vorgängige Stellungnahmen der Parteien erleichtert. Dies gilt besonders, wenn die SKDE einen angemessenen Vergleichsvorschlag unterbreiten möchte. Wir schlagen deshalb vor, die Möglichkeit eines Schriftenwechsels vorzusehen, eventuell als Ausnahme für Schlichtungen gemäss Gleichstellungsgesetz.

BS: Die Schlichtungsstelle Basel-Stadt lädt die beklagte Partei in der Regel zu einer fakultativen Stellungnahme ein. Diese Praxis hat sich bewährt und ist u.a. bei Lohnklagen gar notwendig, damit die Schlichtungsstelle die Sach- und Rechtslage ausreichend klären und einen angemessenen Vergleichsvorschlag unter-

breiten kann. Absatz 2 ist insofern zu eng formuliert, als dass ein einfacher Schriftenwechsel zulässig sein müsste.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

#### CBL-GE Proposition Art. 196 Requête

<sup>1</sup> *La requête de conciliation indique l'identité de la partie adverse, l'objet du litige et contient les conclusions.*

<sup>2</sup> *Dans les cas visés à l'art. 237 let. a et b, la requête peut consister en une simple demande écrite à laquelle sont jointes toutes les pièces utiles, notamment le contrat de bail ou de travail. Si nécessaire, l'autorité de conciliation peut inviter la partie requérante à compléter sa requête.*

<sup>3</sup> *Le Conseil fédéral met à la disposition de la partie requérante des formules ad hoc, dont l'usage n'est toutefois pas obligatoire dans les cas visés à l'art. 237 let. a et b.*

<sup>4</sup> *L'autorité de conciliation notifie sans retard la requête à la partie adverse en même temps qu'elle cite les parties à l'audience.*

Motifs: Dans les litiges concernant les baux et loyers et les prud'hommes, il faut continuer à permettre aux justiciables de saisir l'autorité de conciliation de manière informelle pour respecter l'exigence de simplicité qui prévaut dans le droit actuel.

economiesuisse: Zu Abs. 1: Eine einfache Einleitung eines Schlichtungsverfahrens ist zweifellos zu begrüßen. Dennoch erstaunt der zweite Satz: Die Ausarbeitung von Formularen bzw. deren Zuverfügungstellung sollte nicht Sache des Bundesrates sein.

FER: Imposer à la partie demanderesse l'obligation d'adresser, dans un premier temps, une requête en conciliation avant de devoir, dans le cadre de la procédure au fond, déposer une demande en justice ne semble pas être, de l'avis de la Fédération, des plus opportuns. Outre le fait que la requête serait en effet, en comparaison avec la demande en justice, lacunaire, ce qui ne permettrait pas à l'autorité de conciliation d'avoir une connaissance globale de la situation litigieuse à concilier, cette procédure n'apparaît pas être non plus des plus économiques, puisqu'elle imposerait à la partie demanderesse une double activité – d'où des coûts plus élevés - pour des actes de procédure de nature similaire.

Le mieux serait ainsi de lui permettre de déposer d'entrée de cause une demande en justice qui, le cas échéant, devrait être redéposée devant le tribunal une fois l'autorisation de procéder obtenue (art. 202 AP). Cette solution serait d'autant plus intéressante - notamment pour ce qui concerne l'établissement des faits – que, dans certains domaines, l'avant-projet laisse à l'autorité de conciliation la compétence de soumettre aux parties une proposition de jugement (art. 204 AP). Rien n'empêcherait ainsi la commission d'experts de prévoir un délai plus court pour porter l'action devant le tribunal, ce qui serait également dans l'intérêt d'une procédure rapide et efficace.

GGD ZH: Abs. 2 lässt offen, ob die Verwendung der Formulare zwingend ist. Mit Blick auf den Bericht zu Art. 236 ist das offenbar nicht beabsichtigt. In der Formulierung ist das klarzustellen.

## Art. 196 Gesuch

<sup>1</sup> Im Schlichtungsgesuch (...) zu bezeichnen. *Die gesuchstellende Partei kann das Formular verwenden, das vom Bundesrat zur Verfügung gestellt wird.*

MietZG: An dieser Stelle könnte noch die Gesuchsantwort gemäss Art. 238 Abs. 1 ZPO erwähnt werden.

OAFRI: Article 196 al. 1<sup>er</sup>: Comme déjà indiqué, la requête devrait être suffisamment développée, à peine de rendre la procédure de conciliation sans intérêt.

Article 196 al. 2: Le magistrat conciliateur devrait avoir la possibilité d'impartir un délai de réponse.

SchAG: Diese Bestimmung erscheint aufgrund der gemachten Erfahrungen für das Schlichtungsverfahren nach GIG als äusserst unbefriedigend und nicht erfolgversprechend. Obwohl nach aargauischem Recht die Durchführung eines Schriftenwechsels fakultativ ist, wurde er ausnahmslos in allen Fällen angeordnet. Die Begehren respektive die ihnen zugrundeliegenden Sachverhalte und die sich daraus ergebenden Rechtsfragen sind in der Regel komplex. Eine Stellungnahme der Gegenpartei sowie die Sichtung der notwendigen Akten zur Vorbereitung der Verhandlung sind unumgänglich, ansonsten der Verhandlung wenig Erfolgchancen eingeräumt werden können. Es sollte somit unbedingt die Möglichkeit geschaffen werden, einen Schriftenwechsel durchführen zu können.

Antrag: Im Schlichtungsverfahren nach GIG muss die Möglichkeit der Durchführung eines Schriftenwechsels zur Verfügung stehen.

SchZH: Hier wird vorgesehen, dass das Schlichtungsgesuch mittels einheitlichem, vom Bundesrat erstelltem Formular anhängig zu machen ist, wobei es genügen soll, Gegenpartei, Rechtsbegehren und Streitgegenstand zu bezeichnen. Die Schlichtungsstelle stellt das Gesuch unverzüglich der Gegenpartei zu und lädt gleichzeitig zur Vermittlung vor. Die Möglichkeit, vor der Verhandlung einen einfachen Schriftenwechsel durchzuführen, wie dies gemäss EG zum GIG § 10 II vorgesehen ist, entfällt somit. Dies kann sich in GIG-Angelegenheiten zum Nachteil der Rechtsuchenden auswirken:

Oft stellen sich - insbesondere bei Lohngleichheitsklagen - komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen und es sind für die Glaubhaftmachung eines Anspruchs oder seine Widerlegung mehr oder weniger umfangreiche Unterlagen einzureichen, die dann zwecks Klärung von Sachverhalt und Rechtslage zu prüfen sind.

Zwischen Betroffenen und Arbeitgebenden besteht regelmässig ein Kräfteungleichgewicht, welches durch die Schlichtungsbehörde nach der Untersuchungsmaxime (GIG Art. 12 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 343 OR) auszugleichen ist. Um ihrer Vermittlungsfunktion nach GIG nachzukommen, muss die Schlichtungsstelle den Sachverhalt so klären, wie dies ohne Durchführung eines Beweisverfahrens möglich ist. Sie soll Betroffene dem Grundgedanken des GIG entsprechend darin unterstützen, die relevanten Fakten einzubringen, und einen fundierten Vergleichsvorschlag unterbreiten, der auch Chancen hat, von der Arbeitgeberseite akzeptiert zu werden. Ohne vorgängigen Schriftenwechsel und die Möglichkeit, sich sorgfältig auf die Schlichtungsverhandlung vorzubereiten sowie allfällige Rechtsfragen vorab zu klären, wäre die Schlichtungsstelle oftmals nicht in der Lage, einen gut begründeten Einigungsvor-

schlag zu unterbreiten, welcher von beiden Parteien nachvollzogen und akzeptiert werden kann. Wenn in der Verhandlung zunächst Stösse von Unterlagen gesichtet werden müssen, ist ein sinnvolles Vermitteln nicht möglich. Als Folge muss die Schlichtungsverhandlung wiederholt bzw. zu einem späteren Zeitpunkt fortgesetzt werden mit entsprechendem zusätzlichen Kosten- und Zeitaufwand. Andernfalls wird die Schlichtungsverhandlung zur reinen Farce und scheitert, weil die Schlichtungsstelle nicht in der Lage ist, einen begründeten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Die Rechtsuchenden sind dadurch beschwert. Sie haben sich die Beilegung der Streitigkeit im niederschweligen Verfahren erhofft und resignieren beim Scheitern der Schlichtung, bzw. schrecken davor zurück, noch ein Gerichtsverfahren anzustrengen. Faktisch verzichten sie damit auf ihren Anspruch, was wiederum die Umsetzung des GIG in Frage stellt.

Diese Gründe sprechen dafür, das Verfahren so auszugestalten, dass die Schlichtungsstelle den Sachverhalt z.B. mittels einfachem Schriftenwechsel (oder durch Augenschein und Befragen von Personen, vgl. nachstehend zu Art. 197 III) ausreichend klären und einen fundierten Einigungsvorschlag unterbreiten kann, der Aussicht hat, von den Parteien akzeptiert zu werden.

Entsprechend EG zum GIG § 10 II sollte daher im Vorentwurf die Möglichkeit der Anordnung eines einfachen Schriftenwechsels (allenfalls beschränkt auf GIG Angelegenheiten) vorgesehen werden.

SDM-FSM: Vorschlag: *Abs. 3: Verbinden die Parteien das Schlichtungsgesuch mit einem Gesuch um Mediation oder liegt eine vertragliche Mediationsklausel vor, so findet keine Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde statt. Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle bleibt für 2 Monate hängig. Die Frist wird auf Gesuch einer Partei erstreckt.*

Angesichts der den Schlichtungsstellen ähnlichen Aufgabe der Mediationsstellen, nämlich eine Einigung der Parteien ohne Prozess herbeizuführen, ist die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung nach ganz oder teilweise gescheiterter Mediation wenig sinnvoll und wäre eine unnötige zeitliche und wirtschaftliche Belastung für die Parteien und die Schlichtungsstellen.

Wir empfehlen daher, im Gesuch an die Schlichtungsbehörde eine Rubrik einzufügen, in welcher die Wahl einer Mediation angemerkt werden kann (Art. 196 Abs. 3). Die vorgängig bereits vertraglich vereinbarte *Mediationsklausel* wäre konsequenterweise als bereits erfolgte Wahl aufzufassen womit sich im Rahmen der Anwendbarkeit dieser Regel die in weiten Kreisen diskutierte Frage der Durchsetzbarkeit der Mediationklausel nicht mehr stellt.

Damit treten auch für die Mediation alle Wirkungen eines Schlichtungsbegehrens ein. Das Aussetzen des Schlichtungsverfahrens (Art. 196 Abs. 3 Satz 2) bis feststeht, ob die Mediation ganz, teilweise oder gar nicht erfolgreich war, rechtfertigt sich angesichts der Einigungs-Chance, die den Parteien damit zur Verfügung steht ebenso wie für die Durchsetzung eines einmal vereinbarten Verfahrensweges. Ist ein gerichtliches Verfahren notwendig, kann ohne weiteres die Klagebewilligung ausgestellt werden und im Falle einer Einigung haben die Parteien den nicht zu unterschätzenden Vorteil eines, dem Abschluss der Schlichtungsstelle (Art. 201 Abs. 2) ebenbürtigen Dokuments. Die Qualität einer Einigung der Parteien im Rahmen einer Mediation dürfte im praktischen Alltag dem Vergleich im Schlichtungsverfahren (Art. 201) der Schlichtungsstelle in nichts nachstehen. Dieses Vorgehen ergibt keinen relevanten Arbeitsaufwand

für die Schlichtungsbehörde, welche das eigene Verfahren kostengünstig erledigen kann.

Ein weiterer Vorteil dieses Vorgehens liegt darin, dass die Parteien sich auf einen ihrer Auffassung nach für den beizulegenden Konflikt geeigneten Mediatoren einigen können; dieser also nicht willkürlich durch den Gesetzgeber vorgeschrieben wird.

Ein weiterer Vorteil des Vorschlages liegt darin, dass der Mediator in der Regel privat entschädigt wird und daher die Staatskasse nicht belastet. Die Mediatoren haben eine interdisziplinäre Ausbildung vorzuweisen. Dadurch, dass die MediatorInnen eine private Dienstleistung erbringen, unterliegen sie auch dem Druck der privaten Konkurrenz und müssen eine qualitativ hochstehende Leistung erbringen, wenn sie in diesem Markt bestehen wollen.

Das Einbringen der Mediation über die Schlichtungsbehörde bewirkt sodann die Rechtshängigkeit (Art. 206) und damit allenfalls auch eine Verjährungsunterbrechung (Art. 135 OR). Das ermöglicht das ungestörte Verhandeln im Rahmen der Mediation im gleichen Masse, wie im Rahmen des Schlichtungsverfahrens.

Könnte während pendenter Mediation die Verjährung eintreten, wären die Mediationsparteien unter Umständen gezwungen, mitten im Einigungsprozess eine Schlichtungsstelle anzurufen oder eine Betreuung einzuleiten, nur um die Verjährung zu unterbrechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es Verjährungsfristen gibt, die nicht mit einer blossen Verzichtserklärung unterlaufen werden können. Mehrere parallel anzuwendende Rechtsbehelfe würden aber der Absicht der Einfachheit und Klarheit der neuen ZPO zuwiderlaufen. Kann aber die Mediation über das Schlichtungsverfahren eingeleitet werden, tritt grundsätzlich auch dieselbe Wirkung ein und der Gesetzgeber erspart sich komplizierte Regelungen der Mediation in diesem Frühstadium, während er sich andererseits mit dieser Ausweitung nichts vergibt.

Es erscheint uns sodann gerechtfertigt, eine Mediationsvereinbarung mit den selben Rechtswirkungen auszustatten, wie sie dem von den Parteien vor der Schlichtungsbehörde erlangten Vergleich zukommen. Da die Ausgestaltung der Schlichtungsbehörden den Kantonen überlassen bleibt, ist als Vergleichsbasis der zu erwartende Minimalstandard in Betracht zu ziehen. Das wäre im vorliegenden Fall der bisherige Sühnbeamte oder Friedensrichter usw., der in der Regel ein juristischer Laie ist. Da die Technik der Mediation eine spezifische Ausbildung erfordert, gibt es keine Bedenken gegen diese Regelung.

SKDE: Gemäss Artikel 196 Absatz 2 werden die Parteien direkt nach dem Eingang des schriftlichen Gesuchs zu einer Verhandlung geladen. Für die Arbeit der Schlichtungsbehörde ist es wichtig, vor einer Verhandlung die Stellungnahmen beider Parteien zu erhalten. Nur so ist eine sorgfältige Vorbereitung auf die Verhandlung und die Erarbeitung eines allfälligen Vergleichsvorschlages möglich. Oft können im Kontakt mit den Parteien kleinere Fragen und Probleme gelöst werden und unnötige Verhandlungen vermieden werden. Auch Fragen der Zuständigkeit der SKDE lassen sich oft erst nach Vorliegen zweier Stellungnahmen beurteilen. Wir bitten Sie daher, die Möglichkeit eines Schriftenswechsels im VE vorzusehen.

SK der Gleichstellungsbeauftragten: Wir bedauern, dass mit der vorgeschlagenen Regelung keine Möglichkeit besteht, vor der Verhandlung einen einfachen

Schriftenwechsel durchzuführen. Dies kann sich in Streitigkeiten gemäss Gleichstellungsgesetz zum Nachteil für die Rechtsuchenden auswirken:

Oft stellen sich – gerade bei Lohngleichheitsklagen – komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen und es sind für die Glaubhaftmachung eines Anspruchs oder seine Widerlegung mehr oder weniger umfangreiche Unterlagen einzureichen, die dann zwecks Klärung von Sachverhalt und Rechtslage zu prüfen sind.

Zwischen Betroffenen und Arbeitgebenden besteht regelmässig ein Kräfteungleichgewicht, welches durch die Schlichtungsbehörde nach der Untersuchungsmaxime (Art. 12 Abs. 2 GIG i.V. mit Art. 343 OR) auszugleichen ist. Um ihrer Vermittlungsfunktion gemäss Gleichstellungsgesetz nachzukommen, muss die Schlichtungsbehörde den Sachverhalt so klären, wie dies ohne Durchführung eines Beweisverfahrens möglich ist, und einen fundierten Vergleichsvorschlag unterbreiten, der auch Chancen hat, von der Arbeitgeberseite akzeptiert zu werden. Ohne vorgängigen Schriftenwechsel und die Möglichkeit, sich sorgfältig auf die Schlichtungsverhandlung vorzubereiten sowie allfällige Rechtsfragen vorab zu klären, wäre die Schlichtungsbehörde oftmals nicht in der Lage, einen gut begründeten Einigungsvorschlag zu unterbreiten, welcher von beiden Parteien nachvollzogen und akzeptiert werden kann. Wenn in der Verhandlung zunächst eine grosse Anzahl von Unterlagen gesichtet werden müssen, ist ein wirkungsvolles Vermitteln nicht möglich. Als Folge muss die Schlichtungsverhandlung wiederholt bzw. zu einem späteren Zeitpunkt fortgesetzt werden mit entsprechendem zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand. Andernfalls wird die Schlichtung zur reinen Farce und scheitert, weil die Schlichtungsbehörde nicht in der Lage ist, einen begründeten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten.

Aus diesen Gründen ist das Verfahren so auszugestalten, dass die Schlichtungsbehörde den Sachverhalt z.B. mittels einfachem Schriftenwechsel (oder durch Augenschein und Befragen von Personen) ausreichend klären und einen fundierten Einigungsvorschlag unterbreiten kann, der Aussicht hat, von den Parteien akzeptiert zu werden.

SVM: Art. 196 a (nouveau) Procédure en homologation de convention de médiation

*Al. 1 (nouveau): Les parties peuvent déposer devant l'autorité de conciliation et d'homologation une requête commune visant l'homologation de la convention qu'ils ont préalablement négociée en médiation. La convention est annexée.*

*Al. 2 (nouveau): L'autorité de conciliation et d'homologation cite les parties à l'audience qui a lieu dans le mois qui suit la réception de la requête commune.*

*Al. 3: Les parties doivent comparaître en personne et peuvent se faire assister d'un avocat ou d'une personne de confiance à l'exception du médiateur ou de la médiatrice. L'audience n'est pas publique.*

*Al. 4: En cas de défaut d'une des parties, la requête est considérée comme retirée.*

swissmem: Abs. 1: Ob gerade der Bundesrat Formulare ausarbeiten oder absegnen soll, scheint uns fraglich. Auch wenn in den letzten Jahren mehr verwaltet als regiert wurde, sollten derartige Aufgaben anderweitig erledigt werden.

Uni ZH: Statt der Statuierung der Pflicht, für Klageschrift und Klageantwort in den Verfahren nach Art. 191 ff. und für das Schlichtungsverfahren Formulare zu schaffen, ist eine generelle Befugnis des Bundesrates vorzusehen, einen ganzen Formularsatz für das Zivilverfahren zu erstellen. *Weitergehend vgl. Isaak*

Art. 197

Kantone / Cantons / Cantoni

BE: Die vorgesehene Frist von einem Monat scheint für Verfahren vor der kantonalen Schlichtungskommission gegen Diskriminierung im Erwerbsleben zu kurz.

BL: Abs. 5: In den Erläuterungen zu diesen Bestimmungen sollte präzisiert werden, ab wann die Sechs-Monate-Frist zu laufen beginnt. Ist das ab Einreichung des Schlichtungsgesuchs oder ab der ersten Verhandlung?

BS: Gemäss Vorschlag der Expertenkommission hat die Schlichtungsverhandlung innert einem Monat seit Eingang des Gesuches stattzufinden. Die Einhaltung dieser Maximalfrist ist unrealistisch. Schon heute sind in Basel die Sitzungen des Einzelrichters bis auf zwei Monate ausgebucht. Auch können Schwierigkeiten in der Zustellung der Vorladung die Einhaltung der Maximalfrist verunmöglichen. Schliesslich ist es oft auch schwierig, mit den Anwälten einen rechtzeitigen Termin zu finden, da diese oft auch auf mehr als einen Monat ausgebucht sind. Da es für die Gerichte eine Selbstverständlichkeit darstellt, dass die Verfahren beförderlich behandelt werden, ist die Setzung einer Maximalfrist überflüssig.

Absatz 5: Die Beschränkung von sechs Monaten für eine Sistierung erscheint unnötig und willkürlich. In aller Regel sind die Parteien auch mit einer längeren sachimmanenten Sistierung einverstanden.

LU: Es sollte klargestellt werden, dass die Schlichtungsbehörde auch bei umstrittener Zuständigkeit den Aussöhnungsversuch durchzuführen hat, wenn dies von der klagenden Partei verlangt wird.

Gegen die Prozessbeschleunigung haben wir nichts einzuwenden. Wir beantragen jedoch, die starre Frist von einem Monat durch die Formulierung "möglichst bald" zu ersetzen.

TI: Cpv. 1: Il termine di un mese è un *termine d'ordine*.

Cpv. 2: Concretamente il problema si porrà in quei cantoni che demandano allo stesso giudice del merito anche questo compito conciliativo. In questi casi vi è infatti lo spettro della "ricusazione" che è sempre presente e che de facto già oggi blocca spesso dei tentativi di conciliazione, per così dire "engagiati" da parte del giudice.

Cpv. 3: Il progetto introduce la novità, rispetto al CPC-Ti, di potere svolgere un'ispezione oculare (recte: *ispezione sensoriale*).

Proprio per rispettare la natura della conciliazione, la dicitura "con l'accordo delle parti (cpv. 3 e 5) va sostituito con: *su richiesta delle parti*.

ZH: Gemäss Art. 197 Abs. 1 hat die Schlichtungsverhandlung innert eines Monats seit Eingang des Schlichtungsgesuchs stattzufinden. Im Sinne eines Regelfalls ist die Monatsfrist gerechtfertigt. Indessen kommt es oft vor, dass Vorladungen zweimal zugestellt werden müssen oder dass wegen Krankheit oder anderweitiger Termine der Parteien oder ihrer Vertretungen innert Monatsfrist kein Termin gefunden werden kann. Wir empfehlen deshalb folgende offenere Formulierung:

zung: "Die Verhandlung findet in der Regel innert eines Monats seit Eingang des Gesuchs statt."

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die Frist von einem Monat ist viel zu kurz.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 5: *Begrenzung der möglichen Sistierung auf maximal 6 Monate*: keine Begründung für diese maximale Frist zu erkennen. Insbesondere angesichts der Voraussetzung der Zustimmung der Parteien sind längere Sistierungen nicht von vornherein zu unterbinden. Beispiel: Prozess zwischen Zivilparteien, der von einer in einem anderen Verfahren zu klärenden Vorfrage abhängt / beeinflusst wird.

ASI: *Acceptez-vous l'absence de compétences probatoires des autorités de conciliation ainsi que proposé à l'art. 197 al. 3 de l'avant-projet ? (à analyser également sous l'angle de l'introduction de "la proposition de jugement")*

No. Vale l'osservazione fatta al punto 5. (mancanza di una norma nel nuovo progetto di legge che riprende il contenuto dell'attuale art. 274d cpv. 3 CO).

ASLOCA: *Nous sommes favorables à la proposition de jugement à la condition seulement que les parties jouissent de certaines garanties de procédure. Nous proposons en conséquence les modifications suivantes:*

Article 197 al. 4: *L'audience est publique, sauf exceptions.*

*Lorsque plusieurs locataires d'un immeuble sont convoqués lors d'audiences qui se suivent, il peut être utile pour les locataires concernés d'assister aux discussions précédentes. Quant aux exceptions, il pourrait par exemple s'agir de congés donnés pour de justes motifs en raison de problèmes sociaux.*

AVZH: Vom Grundsatz, wonach die Verhandlung innert einem Monat stattzufinden hat, soll mit Zustimmung beider Parteien abgewichen werden können. Bei der vorgeschlagenen Formulierung müsste die Verhandlung in jedem Fall durchgeführt werden, was unter Umständen unnötig sein kann. Es sind Fälle bzw. Konstellationen denkbar, bei denen die Verhandlung schon aufgrund der erforderlichen Zustellung der Vorladung an die beklagte Partei nicht innert einem Monat seit Eingang des Gesuches stattfinden kann (insbesondere Zustellungen ins Ausland). Wir schlagen deshalb vor, das Wort "grundsätzlich" einzufügen. Die Dauer des Schlichtungsverfahrens ist im Übrigen durch Abs. 5 begrenzt.

Formulierungsvorschlag Art. 197 Abs. 1:

*Die Verhandlung hat grundsätzlich innert einem Monat seit Eingang des Gesuches stattzufinden, wenn nicht beide Parteien einer späteren Ansetzung des Verhandlungstermins zustimmen.*

Der Klarheit halber ist Abs. 5 insofern zu ergänzen, als eine zweite Verhandlung nur Sinn macht, wenn die Parteien damit einverstanden sind.

Formulierungsvorschlag Art. 197 Abs. 5:

*... offen halten; unter den gleichen Voraussetzungen kann sie eine zweite Verhandlung durchführen.*

CBL-GE: Proposition

<sup>1</sup> L'audience a lieu dans le mois qui suit la réception de la requête. (inchangé)

<sup>2</sup> L'audience est tenue de manière informelle. (al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase du texte actuel)

<sup>3</sup> Supprimer. (il s'agit d'une mesure prévue à l'art. 195 a)

<sup>4</sup> L'audience n'est pas publique. (inchangé)

<sup>5</sup> L'autorité de conciliation peut tenir une deuxième audience et, à titre exceptionnel, une troisième, sauf si l'une des parties s'y oppose.

<sup>6</sup> Elle peut suspendre la procédure d'accord entre toutes les parties.

Motifs: Le texte actuel mélange les questions de compétence et d'organisation.

A la troisième audience (qui n'est pas la règle), la majorité des cas aboutit à un accord, actuellement dans certains cantons. Il serait donc dommageable de l'exclure.

FRC: Pour la FRC, le 3<sup>e</sup> alinéa de cet article doit être complété, en ce sens que l'autorité de conciliation doit pouvoir instruire librement les faits et procéder à toute mesure probatoire dans le cadre de son audience.

FRStZH: Absatz 1: Antrag: *Die Verhandlung hat wenn möglich innert einem Monat seit Eingang des Gesuches stattzufinden.*

Eventualantrag: *Die Verhandlung hat innert sechs Wochen seit Eingang des Gesuches stattzufinden.*

Begründung: Die Verhandlung soll möglichst rasch stattfinden. Trotzdem ist die Einhaltung der Monatsfrist oft nicht möglich. Zum Beispiel bei Ferienabwesenheit einer Partei oder bei Terminverschiebungen aus wichtigen Gründen (Art. 198 Abs. 3 lit. b). Die festgelegte Frist sollte also Ausnahmen zulassen oder für notwendige Verschiebungen Raum lassen.

FR-Verband: Abs. 1 ergänzen um: Die Verhandlung hat, wenn möglich, innert einem Monat seit Eingang des Gesuchs stattzufinden.

Begründung: Oftmals sind die Zustellungsmöglichkeiten erschwert, da die Parteien ferien- oder orts- abwesend sind, demzufolge eine zweite Zustellung angeordnet werden muss, oder die Parteien wegen krankheits- oder anderen wichtigen Gründen nicht innerhalb von einem Monat zur Verhandlung erscheinen können. In solchen Fällen ist eine einmonatige Frist unrealistisch.

Abs. 5 ersetzen um: *Die Schlichtungsbehörde kann das Verfahren mit Zustimmung der Parteien während längstens zwölf Monaten offen halten; sie kann eine zweite Verhandlung durchführen.*

Begründung: Weitaus die meisten Verfahren können in der Zeit von sechs Monaten abgeschlossen werden. Jedoch gibt es Ausnahmen, oft auf Gesuch hin, welches durch die Parteien oder deren Vertreter eingereicht werden, wenn die Parteien z.B. in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen stehen oder eine Klage vorsorglich, um die Wahrung von Fristen einzuhalten, eingereicht wird. Erfahrungsgemäss brauchen oft die Parteien mehr Zeit als die vorgeschlagenen sechs Monate. Mit einer Ausdehnung auf zwölf Monate, haben auch diejenigen Verfahren welche eine längere Aussetzungsfrist benötigen die Möglichkeit, einen positiven Abschluss während dem Sühnverfahren anzustreben.

HEV: Die Fristansetzung für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens (Art. 197 Abs. 1 VE) ist zur Verwirklichung des Beschleunigungsgebotes im raschen Verfahren äusserst sinnvoll. Art. 197 Abs. 5 VE sieht jedoch vor, dass das Verfahren mit Zustimmung der Parteien während längstens sechs Monaten offen gehalten werden kann. Die Durchführung einer zweiten Schlichtungsverhandlung ist möglich. Diese beiden Möglichkeiten widersprechen dem Beschleunigungsgebot des raschen Verfahrens der Schlichtung. U.E. ist zumindest das Einverständnis beider Parteien für die Ansetzung einer zweiten Schlichtungsverhandlung unabdingbar.

Antrag: Art. 197 Abs. 5 VE sei wie folgt zu ändern:

Die Schlichtungsbehörde kann das Verfahren mit Zustimmung der Parteien während längstens sechs Monaten offen halten; sie kann, *das Einverständnis der Parteien vorausgesetzt*, eine zweite Schlichtungsverhandlung durchführen.

MietZG: Abs. 1: Gemäss Art. 238 Abs. 1 ZPO beträgt bereits die Frist für die Klageantwort normalerweise 1 Monat. Dem ist bei der Einberufung der Verhandlung Rechnung zu tragen. Zudem ist es gerade bei Erstreckungsgesuchen sinnvoll, noch eine gewisse Zeit zuzuwarten, so dass die Mieter die Möglichkeit haben, noch vor einer Verhandlung eine Wohnung zu finden." Abs. 1 müsste daher folgendermassen abgeändert werden: "Die Verhandlung *hat in der Regel zwei Monate* seit Eingang des Gesuchs stattzufinden."

Abs. 3: Der Augenschein ist mit grossem finanziellem und personellem Aufwand verbunden. Die bisherige Regelung ohne Möglichkeit des Augenscheins kam dem schnellen einfachen Verfahren zugute.

MV: Abs. 1 bis 3: Die Beschränkung der Beweismittel ist zu rigoros, vor allem wenn die Schlichtungsbehörde gemäss VE Entscheidkompetenz in allen Belangen erhalten soll. So lassen sich z.B. Mietzinsherabsetzungsbegehren wegen Lärm oder Streitigkeiten wegen Störungen des Hausfriedens ohne Zeugenaussagen nicht seriös beurteilen. Um Verfahrensverzögerungen wegen Zeugeneinvernahmen zu vermeiden, könnte vorgesehen werden, dass die Parteien in der Vorladung zur Verhandlung darauf hingewiesen werden, dass sie allfällige Zeugen mitzubringen haben (Lösung in Baselland). Auch auf Augenscheine kann nicht immer verzichtet werden. Man denke z.B. an die in der Praxis recht häufigen Verfahren wegen Schimmelbildung in einer Wohnung. Verfehlt scheint uns der Vorschlag, die Durchführung von Augenscheinen von einem gemeinsamen Antrag der Parteien abhängig machen zu wollen. Eine Kompromisslösung bestünde darin, dass die Schlichtungsbehörde Augenscheine durchführen kann, jedoch nicht dazu verpflichtet ist.

Abs. 4: Die Verhandlung soll auch in diesem Stadium öffentlich sein. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Parteien wegen anwesendem Publikum ihre Anliegen nur eingeschränkt vorbringen sollten. Sollte eine derartige Situation ausnahmsweise doch einmal eintreffen, genügt die Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit in Art. 49 Abs. 2 VE. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung kann auch durch den Hinweis auf ein nachfolgendes Gerichtsverfahren im Begleitbericht nicht gewahrt werden, findet doch in vielen Fällen anschliessend gerade kein Gerichtsverfahren statt, was ja der Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens ist.

SchAG: Wenn die Möglichkeit der Anordnung eines Schriftenwechsels zur Verfügung steht, muss die Frist gemäss Abs. 1 entsprechend angepasst werden, auch

wenn es sich "nur" um eine Ordnungsfrist und nicht um eine gesetzliche Frist handelt. Es macht keinen Sinn, Ordnungsfristen zu erlassen, die in der Mehrheit der Fälle nicht eingehalten werden (können). Eine Regelung könnte insofern getroffen werden, als dass innert eines Monats nach Eingang des Begehrens respektive nach Abschluss des Schriftenwechsels die Verhandlung stattfinden soll.

Im weiteren sollte die Möglichkeit der Beweisabnahme durch formlose Befragung von Personen und Einholen schriftlicher Auskünfte zur Verfügung stehen.

Antrag: Adäquate Verlängerung der Frist bis zur Verhandlung, Möglichkeit weiterer Beweismittel.

SchZH: Abs. 1: Die Durchführung der Verhandlung innert einem Monat seit Eingang des Gesuchs dürfte in vielen Fällen unrealistisch sein, einerseits aus terminlichen Gründen, insbesondere wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind, aber auch im Hinblick darauf, dass allenfalls zusätzliche Auskünfte einzuholen sind.

Falls - wie vorstehend bei Art. 196 beantragt - ein Schriftenwechsel angeordnet werden kann, sollte auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden, etwa mit der Formulierung:

"Die Verhandlung hat innert einem Monat seit Eingang des Gesuchs *bzw. Abschluss des Schriftenwechsels* stattzufinden".

Abs. 3: Im Interesse der Durchsetzung der Untersuchungsmaxime in Gleichstellungs-Angelegenheiten, wie sie in Art. 12 Abs. 2 GIG unter Verweis auf Art. 343 OR vorgesehen wird, sollte die Vornahme eines *Augenscheins stets möglich sein*, wo dies als adaequate Massnahme zur Sachverhaltsklärung erscheint, unabhängig von der Zustimmung der beklagten Partei (analog EG zum GIG § 12 I). Auch sollte die *Befragung von Personen und Einholung schriftlicher Auskünfte ermöglicht werden*, wie dies in §12 I EG zum GIG vorgesehen ist. Der Gesetzesentwurf ist entsprechend zu ergänzen.

SKDE: Insbesondere wenn die Parteien eine schriftliche Stellungnahme abgeben können und die SKDE in komplexen Fällen weitere Informationen einholen muss, ist die im VE vorgesehene Frist von einem Monat zu kurz. Wir schlagen eine Verlängerung auf mindestens drei Monate vor.

SVAMV: Wie oben erwähnt, muss das Kindeswohl gemäss Art. 3 KRK bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, vorrangig berücksichtigt werden, insbesondere auch bei Art. 197 Abs. 5.

SVM: Al. 5 (nouveau): L'autorité de conciliation peut proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige par la voie de la médiation. Conformément à l'art. 113 al. 3, il informe les parties sur la médiation, leur remet la liste des médiateurs et médiatrices agréé-e-s et leur impartit si nécessaire un délai de 30 jours au plus pour réfléchir et lui faire part de leur éventuel engagement en médiation. En cas de silence des parties à l'issue du délai, la procédure suit son cours.

Al. 5 (complément): L'autorité de conciliation peut, avec l'accord des parties, suspendre la procédure durant six mois au plus, *notamment en cas de médiation*; elle peut tenir une deuxième audience.

Permettre au juge conciliateur de proposer aux parties une médiation est de première importance avant que le procès ne devienne davantage conflictuel, ce

qui ne remet pas en cause la nécessité de prévoir l'accès à la médiation à tous les stades de la procédure.

Uni LA: Al. 2: S'il va de soi que l'autorité de conciliation doit jouir d'une grande liberté dans la manière de mener ses tentatives pour concilier les parties, l'informalité ne doit pas être érigée en règle de procédure.

Art. 198

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Abs. 2: Es fehlt eine Regelung darüber, wer zur Vertretung einer Partei an der Schlichtungsverhandlung berechtigt ist, falls diese nicht persönlich zu erscheinen hat. Eine ausserhalb des betreffenden Kantons wohnhafte Partei sollte nicht zum persönlichen Erscheinen verpflichtet werden. Diese Regelung wird im Hinblick auf den ordentlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes der beklagten Partei in der Regel für die Klägerschaft von Bedeutung sein. Diese wird dann persönlich erscheinen, wenn sie dies im Hinblick auf eine gütliche Einigung als förderlich erachtet. Sofern sie jedoch davon ausgehen muss, dass die Schlichtungsverhandlung erfolglos bleibt oder womöglich die beklagte Partei nicht einmal erscheinen wird, soll sie die Möglichkeit haben, sich durch eine andere Person vertreten zu lassen.

Abs. 2b: Wir lehnen das Alter als Verhinderungsgrund ab. Krankheit und andere wichtige Gründe decken die Verhinderungsgründe genügend umfassend ab.

TG: Abs. 2: Diese Bestimmung sollte folgendermassen lauten: "Aus zureichenden Gründen kann die Friedensrichterin oder der Friedensrichter eine Partei vom persönlichen Erscheinen dispensieren oder ihr die Verbeiständung gestatten."

TI: Cpv. 2: Davanti all'autorità di conciliazione non vige il principio dell'*Anwaltzwang*, le parti possono farsi assistere anche da altre persone, che possono intervenire attivamente alla conciliazione.

ZH: Nach Art. 198 Abs. 2 können sich die Parteien in der Schlichtungsverhandlung von einer Anwältin, einem Anwalt oder einer Vertrauensperson begleiten lassen. Im Zürcher Recht ist diese so genannte Verbeiständung nur dann zulässig, wenn sich eine Partei in der Schlichtungsverhandlung auch vertreten lassen kann (Kommentar zur Zürcher ZPO, N. 2 zu § 31). Wir haben mit dieser Regelung gute Erfahrungen gemacht. Die Chancen einer gütlichen Einigung sind oft besser, wenn nur die Parteien an der Sühnverhandlung teilnehmen. Wir regen an, diese Regelung in die schweizerische Zivilprozessordnung zu übernehmen.

Nach Art. 198 Abs. 3 lit. b müssen die Parteien zur Schlichtungsverhandlung nicht persönlich erscheinen, wenn sie wegen Krankheit, Alter oder andern wichtigen Gründen verhindert sind. Der Bericht erwähnt hier zu Recht auch einen langen Reiseweg. Aus dem Wortlaut ergibt sich das indessen nicht; auch bei einem langen Reiseweg kann nicht von einer Verhinderung gesprochen werden. Wir regen an, lit. b wie folgt zu ergänzen: "... wichtigen Gründen verhindert ist oder einen unverhältnismässig langen Reiseweg auf sich nehmen müsste."

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Soll die Schlichtungsverhandlung Sinn machen, ist das persönliche Erscheinen der Parteien grundsätzlich unabdingbar und wird in Absatz 1 auch richtigerweise vorgeschrieben. Wir finden jedoch, dass die in Absatz 3 vorge-

sehenen Ausnahmen, zumindest was die Vertretung des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin anbelangt, zu weit gehen. Eine solche Vertretung (durch eine angestellte Person) sollte nur möglich sein, wenn die Gegenpartei (d.h. der oder die Arbeitnehmer/in) zustimmt. Es verhält sich hier eben anders als beim Entscheidungsverfahren, wo eine solche Vertretung (auch ohne Zustimmung der Gegenpartei) durchaus Sinn macht (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 60).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 3: Pflicht zum persönlichen Erscheinen/Dispens: Ergänzung des Dispenses für Beklagte mit ausserkantonalem oder ausländischem Wohnsitz, wenn schon der Kläger aus diesem Grund auf das Schlichtungsverfahren verzichten kann (Art. 192 Abs. 2 lit. b).

Soll in Fällen des Dispenses das Erscheinen des Vertreters Pflicht sein – so der Bericht, S. 98 –, wäre dies im Gesetz ausdrücklich anzuordnen. Es reicht aber ein Hinweis in der Vorladung, dass die Schlichtungsbehörde im Fall der Säumnis der Dispens-berechtigten Partei nach Art. 202 ff. vorgehen wird, wie wenn keine Einigung erzielt worden wäre, unter Einschluss des Erlassens eines Urteilsvorschlages oder eines Urteils gem. Art. 205 (Streitwert bis CHF 1'000, sofern nach kantonalem Recht vorgesehen).

ASLOCA: Nous proposons de modifier l'alinéa 1 comme suit:

*La comparution personnelle des parties peut être exigée.*

Nous proposons de biffer la lit. a de l'alinéa 3. La comparution personnelle de l'employeur ou du bailleur doit pouvoir être exigée.

AVLU: Es fehlt eine Regelung darüber, wer zur Vertretung einer Partei an der Schlichtungsverhandlung berechtigt ist, falls diese nicht persönlich zu erscheinen hat.

Im Weiteren sollte auch eine ausserhalb des betreffenden Kantons wohnhafte Partei nicht zum persönlichen Erscheinen verpflichtet werden. Diese Regelung wird im Hinblick auf den ordentlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten in der Regel für den Kläger von Bedeutung sein. Dieser wird dann persönlich erscheinen, wenn er dies einer gütlichen Einigung als förderlich erachtet. Sofern er jedoch davon ausgehen muss, dass die Schlichtungsverhandlung erfolglos bleibt oder womöglich der Beklagte nicht einmal erscheinen wird, soll er die Möglichkeit haben, sich durch einen vor Ort Ansässigen vertreten zu lassen.

AVZH: Bei Wohnsitz ausserhalb des Kantons muss das persönliche Erscheinen der betreffenden Partei freigestellt bleiben, insbesondere aus Kostengründen und im Lichte der Verhältnismässigkeit. Es ist hier unter anderem an vermögensrechtliche Streitigkeiten mit geringem Streitwert zu denken, für welche das Schlichtungsverfahren obligatorisch ist.

Formulierungsvorschlag Art. 198 Abs. 2:

*Sie können sich von einer Anwältin, einem Anwalt oder einer Vertrauensperson begleiten und in den Fällen von Abs. 3 vertreten lassen. Lässt sich eine Partei vertreten, ist auch die andere dazu berechtigt.*

Formulierungsvorschlag Art. 198 Abs. 3, neue lit. c:

*c) wer ausserhalb des Kantons wohnt, in welchem die Schlichtungsverhandlung stattfindet.*

CBL-GE: Proposition

<sup>1</sup> *Les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation. (inchangé)*

<sup>2</sup> *Elles peuvent se faire assister d'un avocat ou d'une personne de confiance. (inchangé)*

<sup>3</sup> *Dans les litiges relatifs à l'art. 237, al. 1, let. a et b, l'autorité de conciliation peut, en outre, autoriser:*

*a. l'employeur à se faire représenter par un employé,*

*b. le bailleur à se faire représenter par le gérant de l'immeuble,*

*c. le locataire à se faire représenter par son conjoint, par un ascendant ou un descendant majeur, à la condition que le représentant soit habilité, par écrit, à transiger.*

<sup>4</sup> *Est dispensée de comparaître personnellement la personne empêchée pour cause de maladie, d'âge ou en raison d'autres circonstances importantes.*

Motifs: Il paraît opportun que les facilités procédurales accordées par l'APL soient étendues dans un esprit paritaire.

DJS: Vom persönlichen Erscheinen im Schlichtungsverfahren sollten allgemein auch Personen dispensiert werden, welche in grosser Entfernung vom Gericht wohnen. Immerhin kann in diesen Fällen wie in Abs. 3 lit. a verlangt werden, dass ihre Vertretung ebenfalls schriftlich zum Abschluss eines Vergleichs zu ermächtigen ist.

DJZ: Abs. 3: Auch eine grosse Entfernung zwischen Wohnort und Ort der Schlichtungsverhandlung sollte vom persönlichen Erscheinen entbinden (wird zwar im Bericht erwähnt, nicht aber im Gesetzestext aufgeführt).

Mögliche Formulierung einer lit. c: "*wer ausserhalb des Kantons wohnhaft ist*".

Im Sinne der Waffengleichheit muss bei Vertretung der einen Partei auch die Vertretung der andern Partei gestattet werden.

FRC: Il faudrait prévoir la possibilité pour les consommateurs de se faire représenter par un proche ou un mandataire professionnellement qualifié. La FRC demande que cet article 198 soit complété dans ce sens.

FRStZH: Absatz 3: Antrag: Absatz 2 ersatzlos streichen.

Begründung: Bei der generellen Zulassung von Rechtsanwälten fühlt sich eine Person ohne juristischen Beistand im Nachteil. Ausserdem werden die Verfahren infolge der notorischen Terminprobleme von Anwaltspersonen unnötig verzögert. Die anwaltliche Begleitung sollte deshalb nur ausnahmsweise, auf begründetes Gesuch hin (Abs. 3 lit. b), erlaubt sein.

Absatz 3, lit. b.: Antrag: *Nicht persönlich erscheinen muss: b. auf begründetes Gesuch hin, wer wegen Krankheit, Alter, einem langen Reiseweg oder anderen wichtigen Gründen verhindert ist.*

Begründung: Eine gerichtsunerfahrene Person weiss nicht, dass auch ein weiterer Weg als wichtiger Grund gelten kann. Dies sollte deshalb ausdrücklich erwähnt werden.

FR-Verband: Abs. 2: ersatzlos streichen.

Begründung: Die jetzige Situation mit den direkt betroffenen Parteien bewährt sich bestens, handelt es sich doch oft um sehr persönliche Angelegenheiten,

welche nicht im nützlichen Mass durch Drittpersonen (Vertreter jeglicher Art) erläutert werden können.

Anwälte im Schlichtungsverfahren sind oft nicht an einer einfachen und raschen Lösungsfindung interessiert. Zudem könnten einseitige Parteivertretungen zu ungleicher Rechtskenntnis führen und die Gegenpartei dadurch verunsichern.

Abs. 3 lit. b. ergänzen um: auf *rechtzeitig* begründetes Gesuch hin, wer wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen verhindert ist.

Begründung: Um genügend Zeit zu haben das Gesuch zu prüfen und die Gegenpartei davon in Kenntnis zu setzen muss das Gesuch so rechtzeitig eingereicht werden, dass die Antwort auf postalischem Weg den Parteien vor dem Verhandlungstermin zugestellt werden kann.

FSA: La FSA estime que les parties domiciliées hors du canton ou à l'étranger doivent également être dispensées de l'obligation de comparaître à l'audience de conciliation. Elle propose d'ajouter une lettre c à l'alinéa 3 dont la teneur serait la suivante:

*lit. c les personnes qui ne sont pas domiciliées ou qui n'ont ni siège, ni succursale dans le canton où l'audience de conciliation a lieu.*

En outre, la loi est muette sur les conséquences de la dispense, notamment celle prévue à l'alinéa 3 litt. b.

La représentation, par un avocat notamment, est-elle admissible ? Une détermination écrite est-elle possible ? Le demandeur est-il renvoyé à s'adresser directement au Tribunal ?

MietZG: Sinnvolle Regelung: Grundsatz des persönlichen Erscheinens und Ausnahmen.

SchKG-Vereinigung: Abs. 3: Ausländischer und ausserkantonaler Wohnsitz sollte ausdrücklich davon dispensieren, persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen.

Art. 199

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: An sich versteht es sich von selbst, dass sich die Parteien an einer Schlichtungsverhandlung frei äussern können sollen und später nicht für signalisierte Zugeständnisse büssen müssen.

Soll nun aber nach Art. 204 Abs. 2 VE ein Urteilsvorschlag mit kurzer Begründung versehen werden können, so fragt es sich, ob beim totalen Berücksichtigungs- und Protokollierungsverbot die Schlichtungsbehörde ihrer allenfalls gegebenen Begründungspflicht überhaupt nachkommen könne.

BE: Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Aussagen der Parteien im Schlichtungsverfahren weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren berücksichtigt werden sollen. Soweit es jedoch um Urteilsvorschläge und Urteile der Schlichtungsbehörden gemäss Art. 204 und 205 VE geht, weckt diese Vorschrift Bedenken: In diesen Fällen muss ein Minimum an Beweis geführt werden können. Namentlich sollte die Möglichkeit bestehen, eine Parteibefragung durchzuführen. Es wird daher vorgeschlagen, in Art. 199 VE einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen.

- LU: Die den Vergleich ablehnende Partei kann im nachfolgenden Prozess unter Umständen mit Kosten belegt werden, wenn sie im Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als ihr von der Gegenpartei vor der Schlichtungsbehörde vergleichsweise offeriert worden ist (Art. 99 VE-ZPO). Wir beantragen deshalb, dass auf Verlangen einer Partei ein der Gegenpartei unterbreiteter Vergleichsvorschlag protokolliert werden muss und schlagen folgenden Wortlaut vor: "Aussagen der Parteien dürfen weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren berücksichtigt werden. Ausgenommen sind Vergleichsvorschläge, deren Protokollierung eine Partei verlangt."
- SH: An sich versteht es sich von selbst, dass sich die Parteien an einer Schlichtungsverhandlung frei äussern können sollen und später nicht für signalisierte Zugeständnisse büssen müssen.
- Soll nun aber nach Art. 204 Abs. 2 VE ein Urteilsvorschlag mit kurzer Begründung versehen werden können, so fragt es sich, ob beim totalen Berücksichtigungs- und Protokollierungsverbot die Schlichtungsbehörde ihrer allenfalls gegebenen Begründungspflicht überhaupt nachkommen könne.
- TG: An sich versteht es sich von selbst, dass sich die Parteien an einer Schlichtungsverhandlung frei äussern können sollen und später nicht für signalisierte Zugeständnisse büssen müssen.
- Soll nun aber nach Art. 204 Abs. 2 des Vorentwurfs ein Urteilsvorschlag mit kurzer Begründung versehen werden können, fragt sich, ob bei totalem Berücksichtigungs- und Protokollierungsverbot die Schlichtungsbehörde ihrer allenfalls gegebenen Begründungspflicht überhaupt nachkommen kann.
- TI: *Alfine di non pregiudicare la posizione di una parte, è ora chiaro che il giudice di conciliazione dovrebbe essere diverso da quello che statuisce in sede decisionale davanti al tribunale.*

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- AVLU: Die Regelung von § 193 Abs. 1 lit. e der Luzerner ZPO, wonach ein Vergleichsvorschlag auf Verlangen einer Partei zu protokollieren ist, hat sich bewährt. Eine entsprechende Regelung ist auch im Hinblick auf Art. 99 des Vorentwurfs, wonach eine Partei die Prozesskosten zu bezahlen hat, wenn sie durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde, sinnvoll. Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:
- Aussagen der Parteien dürfen weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren berücksichtigt werden. Ausgenommen sind Vergleichsvorschläge, deren Protokollierung eine Partei verlangt.*
- AVZH: Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst. Es ist auch richtig, dass die Parteien die Protokollierung von Vergleichsvorschlägen nicht verlangen können. Im Schlichtungsverfahren sollen die Parteien unpräjudiziell über Vergleichsmöglichkeiten diskutieren können.
- CBL-GE: Proposition Art. 199 Confidentialité
- <sup>1</sup> *En cas de non conciliation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans une procédure ultérieure, de ce qui a été déclaré à l'audience par l'autorité de conciliation ou par les parties.*
- <sup>2</sup> *Ne peuvent être invoqués comme preuves dans une procédure ultérieure:*

- a. toute opinion ou suggestion émanant de l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige;
- b. tout aveu fait par l'une des parties au cours de la conciliation;
- c. tout conseil ou toute proposition formulée par l'autorité de conciliation conformément à l'art. 195 lettre b et c;
- d. le fait qu'une partie se soit déclarée, ou non, prête à accepter une proposition de règlement émanant de l'autre partie, d'un tiers présent en conciliation, ou formulée par l'autorité de conciliation conformément à l'art. 195 lettre b et c.

Motifs:

Alinéa 1: La confidentialité est la clé de voûte de la conciliation. Sans elle, les parties ne s'exprimeraient pas librement!

Or, il est essentiel, pour arriver à une transaction, que les parties puissent faire des déclarations et énoncer des propositions sans craindre qu'elles ne se retournent contre elles.

Ainsi, la confidentialité donne aux parties confiance et garantie dans le bon déroulement de la conciliation; confiance et garantie sur lesquelles repose la liberté de s'exprimer, tant pour elles que pour les membres de l'autorité de conciliation.

Le mélange des genres, consistant à transformer le conciliateur en juge, tue le principe bien connu dit du non-préjudice de la conciliation.

Quelle partie ferait-elle des déclarations ou des propositions au conciliateur, sachant qu'il deviendrait son juge ? Et quel juge pourrait-il effacer de sa mémoire des déclarations ou des propositions des parties qu'il aurait recueillies comme conciliateur ?

Il est vain de prétendre à la fois renforcer la conciliation et la dénaturer!

Ces questions se posent déjà, en filigrane, à propos des art. 43 let. c et 157 al. 1 let. c de l'APL.

Alinéa 2: Le principe dit du non-préjudice de la conciliation est ici exprimé par des exemples qui pourraient figurer aussi en art. 147a ou 159a de l'APL.

Art. 199a Indépendance, neutralité et impartialité (Nouveau)

<sup>1</sup> *L'autorité de conciliation exerce ses fonctions en toute indépendance, neutralité et impartialité, sans exercer sur les personnes en litige une quelconque pression destinée à obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement consentie.*

<sup>2</sup> *Le membre de l'autorité de conciliation doit se récuser dans les cas prévus à l'art. 43.*

Motifs: Les trois principes énoncés renforcent ce qui a été exposé ci-dessus à l'art. 194 al. 2.

GGD ZH: Gemäss Bericht wird das Verbot der Protokollierung der Parteiaussagen in Fällen, wo die Schlichtungsbehörde nachher einen Urteilsvorschlag erstellen muss, zu Recht eingeschränkt. Dieser Vorbehalt sollte im Wortlaut von Art. 199 zum Ausdruck kommen.

### *Art. 199 Aussagen der Parteien*

*Aussagen der Parteien dürfen weder protokolliert noch im späteren Entscheidungsverfahren berücksichtigt werden. Vorbehalten ist die Verwertung der Aussagen in Fällen nach Art. 204.*

MietZG: Siehe oben zu Art. 191 ZPO = Indiz für nichtgerichtliche Behörde

### Art. 200

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im französischen Bericht zu Art. 200 VE ist die Wendung "frais judiciaires" durch "frais de tribunal" zu ersetzen.

Gemäss Art. 103 Buchstabe c VE und Art. 11 Abs. 4 GIG sind Schlichtungsverfahren kostenlos. In Art. 200 VE sollte demzufolge ein entsprechender Vorbehalt eingefügt werden: "... die klagende Partei zur Zahlung der Gerichtskosten verurteilt, sofern das Verfahren nicht kostenlos ist".

LU: Abs. 1: Die Begriffe "Gerichtskosten" und "verurteilt" sind unglücklich, da es im Falle der Säumnis der klagenden Partei gar nicht zu einem Gerichtsverfahren kommt. Vorzuziehen wäre "Kosten des Schlichtungsverfahrens" und "auferlegen".

Abs. 2: Nicht geregelt sind die Kostenfolgen bei Säumnis der beklagten Partei bzw. die Frage der Parteientschädigung, wenn eine Partei der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt fernbleibt. Eine Sanktionierung durch Kostenbelastung drängt sich auf, andernfalls die Erscheinungspflicht der Parteien und damit die Schlichtungsverhandlung selber zum hohlen Wort werden. Wir schlagen eine Regelung analog § 192 Absatz 2 ZPO/LU mit folgendem Wortlaut vor: "Der unentschuldigt fernbleibenden Partei wird eine Parteientschädigung an die Gegenpartei auferlegt."

TI: Cpv. 1: Nel caso di mancata comparsa dell'attore manca un *presupposto processuale* che fa decadere la procedura.

Cpv 2: In caso di mancata comparsa della parte convenuta, senza giustificazione, sarebbe stata possibile una seconda soluzione: ricitare una *seconda udienza di conciliazione*. La Commissione concorda con la soluzione del Progetto: ossia un'udienza unica.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Nous proposons de supprimer l'alinéa 1 et de modifier l'alinéa 2 (qui devient l'alinéa 1) comme suit: *Lorsque le défendeur et/ou le demandeur fait défaut sans s'être expliqué, l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord. Elle peut condamner la partie défaillante aux frais.*

AVLU: Nicht geregelt ist die Frage der Parteientschädigung, wenn eine Partei der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt fernbleibt. Für diesen Fall ist es gerechtfertigt, dass die unentschuldigt fernbleibende Partei der anderen eine Entschädigung für deren Aufwand zu bezahlen hat, wie dies § 192 Abs. 2 der Luzerner ZPO vorsieht. Wir schlagen daher vor, Art. 200 mit folgendem dritten Absatz zu ergänzen:

<sup>3</sup> *Der unentschuldigt fernbleibenden Partei wird eine Parteientschädigung an die Gegenpartei auferlegt.*

AVZH: Neben den Gerichtskosten soll die säumige Partei der erschienenen Gegenpartei eine Entschädigung entrichten.

Formulierungsvorschlag Art. 200, neuer Abs. 3:

*Die unentschuldigt fernbleibende Partei wird auf entsprechenden Antrag verpflichtet, der zur Verhandlung erschienenen Gegenpartei eine angemessene Entschädigung zu bezahlen.*

FER: En vertu du droit qui est généralement reconnu aux parties d'être entendu, la Fédération s'étonne de constater que la commission d'experts n'ait pas prévu la possibilité pour une partie défaillante de pouvoir relever son défaut en faisant, le cas échéant, opposition au jugement.

La question se pose d'ailleurs de savoir si une telle solution correspond à une bonne et saine administration de la justice, dans la mesure où le tribunal pourrait notamment ne pas avoir connaissance de tous les éléments indispensables à la résolution du litige.

Cette solution semble, en tous les cas, ne pas correspondre à ce que de nombreuses lois de procédure civile cantonale prévoient. Sa légitimité risque dès lors d'être fortement contestée.

Le renvoi - fait dans le commentaire, mais pas dans la loi - à l'art. 143 al. 3 AP n'apparaît, pour le surplus, pas être des plus compréhensibles.

FRC: La FRC demande que la question des frais soit réglementée de la même manière, quelle que soit la partie qui fait défaut. Cette dernière est chargée des frais du tribunal.

FSA: Il convient d'ajouter un alinéa 3 à cette disposition afin de renvoyer à la disposition que nous proposons sur les conséquences du défaut.

*al. 3 L'art. 143 est applicable par analogie.*

SKDE: Gemäss Artikel 103 Buchstabe c VE und Artikel 11 Absatz 4 GIG sind Schlichtungsverfahren kostenlos. Wir bitten Sie, in Artikel 200 VE einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen.

<sup>1</sup> (...) *die klagende Partei zur Zahlung der Gerichtskosten verurteilt, sofern das Verfahren nicht kostenlos ist.*

Uni NE: Art. 200: La notion de défaut non excusable nous paraît difficile à cerner. Ne devrait-on pas plutôt autoriser le défaillant à se faire relever (sans motif à invoquer) dans un délai donné, faute de quoi l'affaire serait rayée du rôle ? A l'al. 2, quid si le défendeur fait défaut après s'être expliqué, par lettre par exemple. La procédure est-elle différente ? Cette disposition n'est pas claire.

Art. 201

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Unklar ist, was mit "Klageverzicht" gemeint ist. Wir schlagen deshalb die Ersetzung von "Klageverzicht" durch die Formulierung "Klagerückzug" vor.

TI: L'accordo avvenuto durante la procedura di conciliazione equivale ad una *transazione giudiziale*. Quel verbale comprenderà, naturalmente, anche la questione dei costi della procedura.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Le PLS est favorable à l'introduction d'une procédure de clôture spéciale de la conciliation sous forme de proposition de jugement aux parties pour les litiges relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs. Cette innovation a pour but de décharger les tribunaux.

Le PLS relève, cependant, que si la légitimité de l'autorité amenée à rendre ces propositions de jugement est indiscutable en matières de baux et loyer au vu de sa composition paritaire, tel n'est pas le cas actuellement au sein de la juridiction des prud'hommes. Des aménagements au plan cantonal seront donc nécessaires pour permettre l'adhésion des justiciables aux solutions préconisées nécessairement par ses pairs.

Pour les litiges d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000.-, le PLS est opposé à l'instauration d'un délai de deux mois, contraire au principe de célérité, pour l'introduction en justice suite à la conciliation. Il suggère de modifier le troisième alinéa de l'article 202 PCS, instaurant un délai identique à celui prévu à l'article 204 alinéa 3, à savoir un mois.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

MietZG: Es ist nicht ganz klar, ob dieser Artikel für das Schlichtungsverfahren in Mietsachen zum Tragen kommt. Dies wäre unbedingt zu begrüßen, da ja wie gesagt, das Schlichten und der Vergleich zwischen den Parteien im Vordergrund stehen sollten. Hiezu muss wiederum auf die bisherige bewährte Praxis und die hohe Einigungsquote vor den Schlichtungsbehörden in Mietsachen verwiesen werden (siehe Statistik der Schlichtungsbehörden auf Website des Bundesamtes für Wohnungswesen: 1. Halbjahr 2003: lediglich 24,42 % Nicht-einigungen).

SBV: Wir befürworten, dass die erfolgreiche Schlichtung zu einem rechtskräftigen Entscheid erwächst. Insbesondere ist zu begrüßen, dass dieser als definitiver Rechtsöffnungstitel gewertet wird. So muss zur Durchsetzung eines solchen Entscheides nicht noch ein zusätzliches Verfahren angestrebt werden.

SchZH: Die hier getroffene Regelung, wonach ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klageverzicht zu Protokoll genommen und dieses von den Parteien auch gleich zu unterzeichnen und ihnen mitgegeben werden soll, kann nicht befriedigen und ist in GIG-Angelegenheiten wenig praktikabel. Das Protokoll, einschliesslich Verhandlungsergebnis wird normalerweise handschriftlich aufgenommen, ein Vergleichstext wird den Parteien nochmals verlesen, damit sie die Richtigkeit bestätigen können. Oft wird ein Vergleich unter Widerrufsvorbehalt abgeschlossen, was je nachdem, ob schliesslich ein Widerruf erfolgt oder ausbleibt, zu einem unterschiedlichen Verhandlungsergebnis führt. Es macht daher Sinn, dass im Nachgang zur Verhandlung und nach Ablauf einer allfälligen Widerrufsfrist der entsprechende Abschreibungsbeschluss mit Vergleichstext ausgefertigt und den Parteien zugestellt wird. Im Abschreibungsbeschluss wird auch auf allfällige Fristen und Rechtsmittel hingewiesen. (vgl. auch die Lösung gemäss § 13 lit. f i.V.m. § 18 EG zum GIG, wonach das

Ergebnis der Verhandlung zu protokollieren und den Parteien unverzüglich schriftlich mitzuteilen ist unter Hinweis auf allfällige Fristen und Rechtsmittel).

Dementsprechend sollte dem Abschreibungsbeschluss und nicht dem Protokoll die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides zu kommen.

Art. 201 sollte demnach wie folgt abgefasst werden:

"Die Schlichtungsbehörde nimmt einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen Klageverzicht zu Protokoll und *schreibt das Verfahren entsprechend unter Mitteilung an die Parteien ab*".

Die Abschreibungsverfügung bzw. der Abschreibungsbeschluss hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids."

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 201

*Abs. 1: Die Schlichtungsbehörde nimmt einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen Klageverzicht zu Protokoll und lässt die Parteien dieses unterzeichnen.*

*Abs. 2: Die von den Parteien und der Mediationsperson unterzeichnete Vereinbarung wird von der Schlichtungsbehörde im Protokoll vorgemerkt.*

*Abs. 3: Jede Partei erhält ein Exemplar des Protokolls.*

*Abs. 4: Das Protokoll der Schlichtungsbehörde hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids.*

Art. 202

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Klagebewilligung sollte den Parteien und nicht nur der gesuchstellenden Person erteilt werden, damit auch die beklagte Partei - ohne nochmalige Vermittlung - Klage einreichen kann.

Bei der Unterschrift sollte ein Stempel genügen. Zusätzlich ist zu verdeutlichen, wessen Unterschrift nötig ist.

BE: Aufgrund von Art. 202 Abs. 2 lit. b VE, wonach die Klagebewilligung eine allfällige Widerklage zu enthalten hat, ist davon auszugehen, dass auch der Widerkläger von der erteilten Klagebewilligung profitieren und seine Widerklage als Hauptklage zeitlich vor dem Kläger und eventuell an einem anderen Gerichtsstand einreichen kann. Sollte dem nicht so sein, wäre es in der künftigen Botschaft zu präzisieren.

Abs. 3 statuiert eine zweimonatige Klagefrist. Dabei sollen die regelmässig kürzeren bundesrechtlichen Verwirkungsfristen offenbar nicht aufgehoben werden (vgl. den Anhang II über die Änderung des bisherigen Rechts, z.B. Ziffer 16, in der die 20-tägige Aberkennungsklagefrist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht erwähnt ist). Das Schlichtungsgesuch ist zweifellos innerhalb dieser Verwirkungsfristen einzureichen. Man kann sich jedoch fragen, ob nach Erteilung der Klagebewilligung dieselbe Verwirkungsfrist oder aber die zweimonatige Klagefrist zu laufen beginnt. Nachdem die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit begründet (Art. 206 Abs. 1 VE) und für die Berechnung der gesetzlichen Fristen des Bundeszivilrechts, die auf den Zeitpunkt der Klage, der Klageanhebung oder der Rechtshängigkeit abstellen, der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit massgeblich ist (Art. 208 Abs. 2 VE), wird davon ausgegangen, dass nach Erteilung der Klagebewilligung immer die zweimonatige

Klagefrist massgeblich ist, nicht die (bereits gewährte) Verwirkungsfrist. Dies ist jedoch mindestens in der künftigen Botschaft, wenn nicht sogar im Gesetzestext zu präzisieren.

BS: Es ist durchaus denkbar, dass gewisse Kantone im Interesse der Prozessökonomie das zuständige Gericht auch als Schlichtungsbehörde bestimmen. In diesem Falle sollte die Erteilung einer formellen Klagebewilligung entfallen und der Schlichtungsbehörde bzw. dem Gericht ermöglicht werden, unmittelbar nach Scheitern des Vermittlungsversuches das Entscheidungsverfahren auch ohne Antrag der Klagpartei zu eröffnen.

Absatz 3: Die Verkürzung der Frist von bisher 3 auf 2 Monate wird begrüsst.

LU: Abs. 2: Gemäss unseren Ausführungen zu Artikel 199 VE-ZPO muss der Inhalt der Klagebewilligung ergänzt werden mit "allfällige Vergleichsvorschläge der Parteien."

Abs. 2d: Zum Begriff "Gerichtskosten" verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Artikel 200 Absatz 1 VE-ZPO.

Abs. 3: Wir beantragen die analoge Übernahme der Regelung gemäss § 195 Absatz 2 ZPO/LU, wonach die Frist zur Einreichung der Klage zwei Monate beträgt. Fällt der letzte Tag der Frist in die Gerichtsferien, verlängert sich diese um zehn Tage über das Ferienende hinaus.

TI: Cpv. 2: Secondo le spiegazioni dei periti, questo contenuto è determinante onde potere dimostrare l'intervenuta litispendenza con l'introduzione della domanda di conciliazione.

E' curioso il riferimento alla domanda riconvenzionale (let. b) che sfugge da questa logica di litispendenza e che, tradizionalmente, andava presentata - al più presto - con la risposta di causa.

Per garantire snellezza alla procedura di conciliazione e per evitare la macchinosità del sistema proposto in questa norma, la Commissione propone di abolire lettere b) + d).

Va ricordato inoltre quanto già detto più sopra (ad art. 103), relativamente ai costi della procedura di conciliazione.

Infine, il termine di due mesi previsto all'art. 202 cpv. 3 CPCF è troppo esiguo. Meglio prevedere un termine di 3 mesi.

ZH: Gemäss Art. 202 Abs. 2 lit. a enthält eine Klagebewilligung die Namen und Adressen der Parteien und ihrer allfälligen Vertretungen. Diese Angaben sollten durch das Geburtsdatum, den Heimatort und den Beruf der Parteien ergänzt werden, denn diese Informationen werden auch von den nachfolgenden Gerichtsinstanzen benötigt. Aus dem gleichen Grund sollten auf der Klagebewilligung angegeben werden:

- die Firma bei juristischen Personen (lit. a),
- die Höhe des Streitwertes (lit. b),
- die Angabe, dass gemäss Empfangsschein die beklagte Partei ordentlich zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden ist, sofern sie in der Folge daran nicht teilgenommen hat (vgl. Art. 130 Abs. 3 lit. a und c),
- der Hinweis auf die Fremdsprachigkeit der Parteien,
- Angaben über die vorgelegten oder eingereichten Urkunden.

Nach Art. 202 Abs. 3 berechtigt die Klagebewilligung der Schlichtungsstelle während zweier Monate, die Klage beim Gericht einzureichen. Mit Blick auf Art. 193 Abs. 1 lit. e, wonach ein zweites Sühnverfahren ausgeschlossen ist, wenn ein solches in der gleichen Angelegenheit bereits stattgefunden hat, macht der Wortlaut dieser Bestimmung keinen Sinn. Denn eine Partei kann eine Klage auch nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Klagebewilligung einreichen, diesmal direkt und ohne Beilegung der Klagebewilligung. Dennoch sollte Art. 202 Abs. 3 nicht ersatzlos gestrichen werden. Mit dieser Bestimmung wird die mit Einreichung eines Schlichtungsgesuchs angehobene Rechtshängigkeit des Streites zeitlich befristet. Dies und nur dies ist unseres Erachtens der Sinn von Art. 202 Abs. 3. Eine entsprechende Norm wäre dann aber sinnvoller, als Abs. 3 von Art. 206 (Rechtshängigkeit) in das Gesetz aufzunehmen. Im Übrigen regen wir eine Verlängerung der Frist von zwei auf drei Monate an. Der beklagten Partei kann die während dieser Frist bestehende Rechtsunsicherheit über die Anhebung oder Nichtanhebung einer Klage durchaus zugemutet werden. Andererseits ermöglicht sie den Parteien, auch nach der Schlichtungsverhandlung ohne zu grossen Zeitdruck Vergleichsgespräche zu führen. Für eine mögliche Formulierung verweisen wir auf die Stellungnahme des kantonalen Gesetzgebungsdienstes zu Art. 206.

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 3: Frist zur Klageeinreichung: die Folgen der ungenutzten Frist sollten erwähnt / geregelt werden, v.a. wohl Wegfall der Rechtshängigkeit und Ausschluss eines zweiten Schlichtungsverfahrens, damit Zwang zur direkten Klageeinreichung mit unmittelbar entstehender Fortführungslast, Wegfall der Fristwahrung bei befristet geltend zu machenden Ansprüchen.

Evtl. Abs. 3 zu Art. 208.

ASI: Acceptez-vous l'exigence faite au demandeur de formuler des conclusions, voire au défendeur de formuler des conclusions reconventionnelles, dans le cadre de l'obtention de "l'autorisation de procéder" tel que proposé à l'art, 202 al. 2 lit. b de l'avant-projet ?

Sì. A nostro avviso tale esigenza non cambierebbe minimamente la situazione di fatto attuale, a condizione che si consideri l'art. 204 del nuovo progetto di legge come *lex specialis* dell'art. 202.

In questo caso le condizioni poste dall'art. 202 del nuovo progetto di legge non sarebbero altro che quelle poste attualmente alla parte istante che intende adire la Pretura. Il termine di due mesi proposto al cpv. 3 dell'articolo in causa sarebbe più che sufficiente ma, esso è evidentemente in contrasto con il termine di 30 giorni posto dal cpv. 3 dell'art. 204.

Ci par dunque di poter affermare che per il diritto di locazione – a causa dell'art. 204 del nuovo progetto di legge – l'art. 202 non è di alcuna rilevanza.

AVLU: Abs. 2 wäre wie folgt zu ergänzen (vgl. die Ausführungen zu Art. 199):

<sup>2</sup> *Die Klagebewilligung enthält:*

*b<sup>bis</sup>. allfällige Vergleichsvorschläge der Parteien*

Im Weiteren ist die Frist zur Einreichung der Klage von zwei auf drei Monate zu verlängern. Zudem haben die Bestimmungen über den Fristenstillstand auch für diese Frist zu gelten. Das Argument der Prozessbeschleunigung ist nicht stich-

haltig. Es soll dem Kläger überlassen bleiben, zu entscheiden, wie dringlich für ihn die Einreichung der Klage ist.

AVZH: In Abs. 3 ist die Frist von zwei auf drei Monate zu setzen. Es liegt an der klagenden Partei, die Klageeinreichung voranzutreiben.

Formulierungsvorschlag Art. 202, Abs. 3:

*Die Klagebewilligung berechtigt während ~~zweier Monate~~ drei Monaten nach Eröffnung zur Einreichung der Klage beim Gericht; diese Frist kann nicht stillstehen.*

DJS: Einige Kantone kennen die Friedensrichter nicht und setzen das Zivilgericht selber als Schlichtungsbehörde ein (z.B. Basel-Stadt). In diesen Kantonen sind die Schlichtungs- und die Entscheidungsbehörde identisch. Es sollte in diesen Fällen daher gerade in den vereinfachten Verfahren möglich sein, dass das Gericht nach dem Scheitern der Vermittlungsbemühungen unmittelbar das Entscheidungsverfahren eröffnet und in liquiden Fällen in der gleichen Verhandlung den Entscheid trifft. Dies gilt insbesondere dann, wenn der maximale Streitwert für die Erledigung von Streitigkeit durch die Schlichtungsbehörde gemäss kantonalem Recht nicht erheblich erhöht wird (vgl. Art. 205 unten). Ohne eine solche Regelung würde das neue Recht in vielen Kantonen in Verfahren mit kleineren Streitwerten durch die Addition des Schlichtungs- und des Entscheidungsverfahrens zu einer erheblichen Verfahrensverlängerung führen.

Die Frist von zwei Monaten ist akzeptabel. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb diese (gegenüber beispielsweise der ZH-ZPO kürzere) Frist in den Gerichtsferien nicht stillstehen soll.

DJZ: Abs. 3: Die Frist von zwei Monaten ist akzeptabel. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb diese (gegenüber der ZH-ZPO kürzere) Frist in den Gerichtsferien nicht stillstehen soll.

FER: L'avant-projet confirme, comme cela se fait en règle générale, que lorsque la tentative de conciliation n'a pas abouti, la partie demanderesse doit, dans un délai de deux mois, porter l'action devant le tribunal. Il ne prévoit pas, en revanche, les conséquences du non-respect de ce délai. Faut-il alors considérer qu'il s'agit d'un désistement d'instance ou d'un désistement d'action ?

Afin d'éviter tout problème d'interprétation à ce sujet, la Fédération estime qu'il serait judicieux que les conséquences du non-dépôt de la demande en justice par-devant le tribunal soit prévu dans la loi.

FRStZH: Absatz 1: Im Sinne der Präzisierung und der Klarheit: Anträge:

<sup>1</sup> *Kommt es zu keiner Einigung, so hält die Schlichtungsbehörde das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens im Protokoll fest und erteilt der gesuchstellenden Person die Klagebewilligung an das dafür zuständige Gericht.*

<sup>2</sup> *Die Klagebewilligung enthält:*

*a. Namen und Adressen der Parteien und allfälliger Vertretungen;*

*b. das Rechtsbegehren der klagenden Partei mit Streitgegenstand und eine allfällige Widerklage;*

*c. das Datum der Einleitung des Schlichtungsverfahrens;*

*e. das Datum der Klagebewilligung;.*

*Anträge: Die Klagebewilligung enthält:*

- a. die Bezeichnung der Parteien mit Namen oder Firma und Adresse, bei natürlichen Personen zudem mit Vornamen, Geburtsdatum, Heimatort und Beruf; bei strittigen Scheidungs- und Trennungsprozessen überdies das Heiratsdatum; Namen und Adresse der allfälligen Vertreter.
- b. das Rechtsbegehren der klagenden Partei mit Streitgegenstand, Höhe des Streitwertes und eine allfällige Widerklage.
- c. das Datum der Einleitung des Schlichtungsverfahrens; Angaben bei Nichterschieden der Beklagten, dass dieser gemäss Empfangsschein die Vorladung zugestellt worden ist. Hinweis auf Fremdsprachigkeit der Parteien; Angaben über die Einreichung und über die vorgelegten Urkunden.
- e. das Datum der Klagebewilligung und des Versands an den Kläger.

FR-Verband: lit.a. ergänzen um: Namen und Adressen, Geburtsdatum, Heimatort, Beruf der Parteien und allfälliger Vertretungen.

Begründung: Zur Vervollständigung der Personalien benötigen die FriedensrichterInnen sowie die allfällig weiteren Gerichtsinstanzen, zusätzlich Geburtsdatum, Heimatort sowie Beruf der Parteien.

GGD ZH: Nach Abs. 3 berechtigt die Klagebewilligung während zweier Monate nach ihrer Eröffnung zur Einreichung der Klage beim Gericht. Diese gesetzliche Befristung macht keinen Sinn: Nach Fristende kann der Kläger gleichwohl klagen, diesmal einfach ohne Beilegung der Klagebewilligung. Denn ein Schlichtungsverfahren ist hier nicht mehr nötig (vgl. Art. 193 Abs. 1 lit. e). Der Sinn von Art. 202 Abs. 3 liegt wohl einzig darin, die mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs eingetretene Rechtshängigkeit nach Ablauf von zwei Monaten wieder wegfallen zu lassen. Dies sollte indessen nicht hier, sondern bei Art. 206 normiert werden (vgl. dort). Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte in Art 202 Abs. 2 hingegen festgehalten werden, dass die Schlichtungsstelle die im Schlichtungsverfahren meist vertretungslos agierenden Parteien auf die Rechtsfolgen von Art. 206 Abs. 3 und 209 hinweist.

#### *Art. 202 Klagebewilligung*

<sup>3</sup> Die Schlichtungsbehörde weist die Parteien auf den Wegfall der Rechtshängigkeit gemäss Art. 202 Abs. 3 und den Eintritt der Fortführungslast gemäss Art. 209 hin.

OAFRI: Article 202 al. 3: Le texte français et le texte allemand ne concordent pas; le texte français fait penser à une suspension judiciaire alors que le texte allemand vise une suspension de plein droit.

Par ailleurs, il n'y a strictement aucune raison de ne pas appliquer l'art. 138, relatif à la suspension des délais ou d'imposer le dépôt de la demande en cas de faillite.

SchZH: Eine Frist von zwei Monaten zur *Anhebung der Klage* nach Erteilung der Klagebewilligung ist zu knapp bemessen, dies vor allem in komplexen Fällen, die zusätzlicher Instruktionen und Abklärungen bedürfen. *Eine dreimonatige Frist, wie sie in Art. 11 Abs. 3 GIG und § 15 II EG zum GIG vorgesehen wird, erscheint angemessen.*

SDM-FSM: Vorschlag: Art. 202

Abs. 1a: *Nach Ablauf von 2 Monaten seit Eingang des Schlichtungsgesuches mit Wahl einer Mediation oder nachdem die Schlichtungsbehörde von einer*

*Partei über den Abbruch der Mediation schriftlich informiert wird, verfährt sie gemäss Abs. 1.*

Zu Abs. 3: Vgl. die Ausführungen zu Art. 193.

suisa: Bei allem Verständnis für das Anliegen der Verfahrensbeschleunigung ist zu bedenken, dass die zur Verfügung stehende Zeit von zwei Monaten für die Vorbereitung einer Klage nicht selten zu knapp bemessen ist. Wir treten dafür ein, diese Frist auf mindestens drei Monate zu verlängern.

SK der Gleichstellungsbeauftragten: Eine zweimonatige Frist zur Anhebung der Klage nach Erteilung der Klagebewilligung ist zu knapp bemessen, dies vor allem in komplexen Fällen, die zusätzliche Instruktionen und Abklärungen bedürfen. Eine dreimonatige Frist, wie sie in Art. 11 Abs. 3 GIG vorgesehen ist, erscheint angemessen.

Uni NE: L'alinéa 3 de l'art. 202 indique que l'action doit être portée devant la justice dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'autorisation de procéder. Mis à part la question des frais, *ce délai n'a apparemment pas de conséquence* puisqu'il n'y a désistement d'action qu'en cas de retrait de la demande après l'ouverture de la procédure au fond (art. 209). De plus, une partie peut déposer une demande sans passer par la procédure de conciliation lorsque le litige a déjà fait l'objet d'une telle procédure (art. 193 al. 1 lettre e). Ce délai a-t-il dès lors un sens ?

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der zweite Halbsatz von Art. 202 Abs. 3 VE ist zu streichen. Der *Stillstand der zweimonatigen Frist*, die ebenso gut drei Monate betragen könnte, fällt für die Prozessdauer nicht ins Gewicht. Entsprechend ist lit. a von Art. 138 Abs. 2 VE zu streichen.

#### Art. 203

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Wie bei Art. 103 VE ist auch hier in Anlehnung an den Begleitbericht (S. 103) zu präzisieren, dass keine Parteikosten gesprochen werden. Es wird daher vorgeschlagen, einen Absatz 3 anzufügen, der wie folgt lauten könnte: "Es werden keine Parteikosten gesprochen." Ferner wäre der Titel von Art. 203 VE in "Prozesskosten" zu ändern. In Absatz 1 ist gleich wie in Art. 200 VE der Vorbehalt "sofern das Verfahren nicht kostenlos ist."

LU: Zum Begriff "Gerichtskosten" verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Artikel 200 Absatz 1 VE-ZPO.

NW: Anstelle der Überschrift "Gerichtskosten" ist dieser Artikel mit dem Titel "Schlichtungskosten" zu versehen.

Begründung: Damit werden die Schlichtungskosten nicht mit den eigentlichen Gerichtskosten verwechselt. Systematisch richtige Bezeichnung ist wünschenswert.

SO: Die vorgesehene Konzeption, dass für das Schlichtungsverfahren nur Gerichtskosten, nicht aber Parteikosten bezahlt werden müssen, steht im Widerspruch zur im erläuternden Bericht (Seite 59) angetönten Möglichkeit, einer Partei auch für das Schlichtungsverfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bewilli-

gen. Konsequenterweise müssen dann auch im Schlichtungsverfahren Parteikosten gesprochen werden können.

TI: Nessun commento, salvo quanto detto più sopra circa i costi della procedura di conciliazione.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Im Erläuternden Bericht wird auf S. 58 (zu Art. 103) festgehalten, dass im Schlichtungsverfahren lediglich Gerichts-, jedoch generell keine Parteikosten zugesprochen werden (Verweis auf Art. 203). Dass dem tatsächlich so sein soll, geht jedoch weder aus dem Wortlaut von Art. 203 noch aus den dortigen Bemerkungen im Erläuternden Bericht hervor. Eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext drängt sich auf.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Verlegung der Parteikosten: was und wann sind diese zu verlegen, insb. wenn die Klage nicht eingereicht wird und die Beklagte vertreten war?

FSA: Dans un but de clarté, il convient de parler, tant dans la note marginale que dans le texte lui-même de "frais de la procédure" en lieu et place de "frais de tribunal".

KassZH: Absatz 1: Ergänzend ist im Gesetz auch die Kostenverlegung im Falle bei Vergleich und Anerkennung der Klage zu regeln.

SKDE: Wie Artikel 200 ist Artikel 203 Absatz 1 VE mit dem Vorbehalt "sofern das Verfahren nicht kostenlos ist" zu ergänzen.

## Art. 204

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Unter den Geltungsbereich von Absatz 1 sollten auch Streitigkeiten nach GIG fallen (neue lit. c). Unklar ist, warum in Art. 204 Abs. 3 eine einmonatige Frist und in Art. 202 Abs. 3 VE ZPO eine zweimonatige Frist für die Klageeinreichung vorgeschlagen wird. Unseres Erachtens sollte in beiden Fällen die gleiche Frist gelten, wobei wir eine zweimonatige Frist vorziehen.

AR: Zur Kurzbegründung gemäss Abs. 2: vgl. Bemerkung zu Art. 199 VE.

BE: Bereits im Kommentar zu Art. 199 VE wurde erwähnt, dass für die Unterbreitung eines Urteilsvorschlags, der gegebenenfalls in Rechtskraft erwächst, und für die Ausfällung eines Urteils ein Minimum an Beweis geführt, namentlich eine Parteibefragung abgehalten werden können muss.

Es besteht die Möglichkeit, dass die beklagte Partei zur Schlichtungsverhandlung nicht erscheint und danach ein Urteilsvorschlag unterbreitet oder ein Urteil gefällt wird (vgl. den Verweis in Art. 200 VE auf die Art. 202-205 VE). Das ist sachgerecht, lässt aber mit Blick auf Art. 142 Abs. 3 VE in der Vorladung einen entsprechenden Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens von der Verhandlung als angezeigt erscheinen. Es wird angeregt, dies jedenfalls in der Botschaft zu Art. 142 Abs. 3 VE oder/und Art. 204 f. VE zu präzisieren.

Zu regeln wäre noch, in Fällen wo beide Parteien durch den Urteilsvorschlag beschwert sind und Klage einreichen, welche Partei als Klägerschaft und welche als Beklagtschaft gelten soll. Eine Lösung könnte darin bestehen, dass

die später eingereichte Klage als Widerklage gewertet wird (vgl. Art. 300 Abs. 4 bernische ZPO).

Angesichts des geringen Streitwertes sollte nur eine kurze Begründung vorgesehen werden.

Schliesslich wird in der Formulierung nicht deutlich, ob auch Streitigkeiten gemäss Gleichstellungsgesetz erfasst sind. Zudem ist zu bedenken, dass in komplexen Fällen ein Urteilsvorschlag ohne die Möglichkeit, genauere Abklärungen vorzunehmen oder Akten zu edieren, beträchtliche Schwierigkeiten bereiten kann. Wir schlagen deshalb folgende Formulierung vor:

<sup>1</sup> *Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten bei Streitigkeiten:*

a. *aus Miete und Pacht....,*

b. *aus dem Arbeitsverhältnis .....*

c. *nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995.*

BS: Gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung hat die beschwerte Partei innert eines Monats seit Zustellung des Urteilsvorschlages Klage einzureichen, ansonsten der Urteilsvorschlag als angenommen gilt. Diese 30-tägige Frist steht laut Bericht (S. 101) während den Gerichtsferien still. Dies ergibt sich unseres Erachtens aber nicht aus Art. 138, gemäss dessen Absatz 2 lit. a. die Vorschriften über Gerichtsferien nicht für das Schlichtungsverfahren (Art. 191 ff.) gelten. Diese Unklarheit sollte allenfalls durch einen genaueren Ausschluss in Art. 138 beseitigt werden.

LU: Wir möchten darauf hinweisen, dass der Begriff "Urteilsvorschlag" systemfremd ist, nachdem im Vorentwurf sonst nur der Begriff "Entscheidung" verwendet wird (vgl. Art. 3 VE-ZPO). Wir regen an, den Begriff "Einigungsvorschlag" zu verwenden.

SH: Zur Kurzbegründung gemäss Abs. 2: vgl. Bemerkung zu Art. 199 VE.

SO: Zum vorgesehenen Institut des Urteilsvorschlags verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Art. 194 Abs. 2.

TI: Scopo di questa norma è quello di indicare in quali casi il Tribunale *non* rilascia l'autorizzazione a procedere giusta l'art. 202 CPCF, bensì formula questa proposta di giudizio.

In Ticino questo strumento è già conosciuto nel quadro dell'ufficio di conciliazione sulla parità dei sessi.

La norma è silente su di un punto importante: *entro quanto tempo* l'autorità di conciliazione deve rilasciare questa proposta di giudizio ?

Da un punto di vista generale la commissione ritiene *aberrante e illogico* di porre sulle spalle del conciliatore anche questo onere. Difatti, il conciliatore deve avere quale missione di "conciliare" e basta. E' aberrante che egli, fallita la conciliazione, cambi il cappello e diventi improvvisamente un'autorità giudicante.

Cpv. 1: lett. b: Per quale motivo l'autorità di conciliazione non sottopone una proposta nelle controversie relative alla legge federale sulla parità dei sessi?

Si ritiene comunque che la prassi di sottoporre delle proposte di giudizio è inutile in quanto le stesse sono sempre/quasi sempre state respinte.

Cpv. 3: Alla luce dell'art. 202 cpv. 3 AP che prevede un termine di 2 mesi per inoltrare la causa al tribunale si propone di fissare a 2 mesi anche il termine per promuovere la causa a seguito della proposta di giudizio.

VS: Cet article est à notre avis inopportun. En cas de non-conciliation, la procédure au fond doit immédiatement être introduite. La proposition de jugement est superflue: En effet, l'expérience enseigne que le médiateur expose son point de vue lors de la séance de conciliation, faute de quoi aucune transaction ne pourrait être conclue. Cette proposition du médiateur est de fait une contribution à la discussion et un début de solution pratique. Le fait que le médiateur communique un jugement pourrait être considéré par les parties comme une contrainte. De plus, si les décisions judiciaires ne coïncident pas avec la proposition préalable du médiateur, la confiance en ce dernier et dans la procédure de conciliation peut s'effriter.

ZH: Wir befürworten die massvolle Ausdehnung des Instituts des Urteilsvorschlags, das nach heutigem Recht auf Fälle der Mieterstreckung und Kündigungsanfechtung sowie der Verwendung hinterlegter Mietzinse beschränkt ist. Neu soll bei sämtlichen Miet- und Pachtstreitigkeiten sowie bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ein Urteilsvorschlag ergehen. Für solche Fälle ist die Schlichtungsstelle paritätisch zu besetzen (Art. 194 Abs. 2) und soll dann in aller Regel unter der Leitung einer Juristin oder eines Juristen stehen. Trotz beschränkter prozessualer Möglichkeiten stellt ein so zusammengesetzter Spruchkörper sicher, dass die Urteilsvorschläge eine verhältnismässig hohe Qualität haben werden. Mit dieser Begründung wäre denkbar, das Institut des Urteilsvorschlags auch auf Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und dem Mitwirkungsgesetz auszudehnen, denn auch hier dürften die paritätisch zu besetzenden Schlichtungsstellen in der Regel unter juristischer Leitung stehen. Umgekehrt hielten wir es für verfehlt, das Institut des Urteilsvorschlags auf alle übrigen Streitigkeiten auszudehnen, denn die Besetzung der Schlichtungsbehörde mit einer Juristin oder einem Juristen bildet nach wie vor die Ausnahme. Die Bedeutung des Urteilsvorschlags ist nicht zu unterschätzen, da mit ihm die Parteirollen des nachfolgenden Gerichtsverfahrens verteilt werden (vgl. Art. 204 Abs. 3). Die allgemeine Vorschusspflicht der klagenden Partei für Prozesskosten (Art. 86 ff.) kann eine sich im Recht fühlende Partei von der "Anfechtung" des Urteilsvorschlags abhalten. So gesehen ist von grosser Bedeutung, dass bereits die Urteilsvorschläge nach Art. 204 eine hohe Qualität aufweisen. Der Kanton Zürich kennt eine weitere Position auf der Achse zwischen kleinem Verfahrensaufwand und zunehmender Rechtsgenauigkeit. Es handelt sich um das Institut des provisorischen Befehls gemäss §224 der Zürcher ZPO. Macht die klagende Partei ihre Berechtigung glaubhaft, kann ihrem Begehren auch ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen werden. Der Gegenpartei wird gleichzeitig Frist zu einer kurz begründeten Einsprache angesetzt. Wird Einsprache erhoben, so fällt die provisorische Verfügung dahin, und es wird zur Verhandlung vorgeladen. Dieses Instrument hat sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt. Gerade bei der Ausweisung von Mietern finden sich häufig Situationen, wo der Mieter die Berechtigung der Ausweisung an sich nicht bestreitet, aber passiv bleibt. Mit der Möglichkeit des provisorischen Befehls kann hier rasch und kostengünstig der Rechtsanspruch des Vermieters durchgesetzt werden. Die Nachteile für den Beklagten sind nicht erheblich. Er braucht lediglich Einsprache zu erheben, um den Prozess in die ordentliche Bahn zu bringen. Es wird ihm nicht mehr Aktivität abverlangt als bei der Erhe-

bung des Rechtsvorschlages im Rahmen einer vorprozessualen Schuldbetreibung auf Zahlung von Geld. In diesem Sinne regen wir an, das Instrument des provisorischen Befehls in die schweizerische Zivilprozessordnung aufzunehmen, und zwar sowohl im Erkenntnis- als auch im Vollstreckungsverfahren. Für entsprechende Formulierungsvorschläge verweisen wir auf die Stellungnahme des OGZH zu Art. 267 und zu Art. 325 ff.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Entsprechend unserem Antrag, auch für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag bis zu einem bestimmten Streitwert das vereinfachte Verfahren vorzusehen (vgl. Bemerkungen zu Art. 237), sollte bei diesen Streitigkeiten, soweit deren Streitwert über CHF 1'000.- liegt (vgl. Art. 205), den Parteien ebenfalls ein Urteilsvorschlag unterbreitet werden. Wir beantragen deshalb die Aufnahme einer entsprechenden zusätzlichen lit. c in Art. 204 Abs. 1.

Die in Art. 204 Abs. 2 vorgesehene Monatsfrist könnte zu kurz sein in Fällen, in denen die bis dahin anwaltlich nicht vertretene Partei angesichts von Sachumständen und rechtlichen Fragen, die sich als komplexer erweisen als zuvor erwartet, nun eine Anwältin oder einen Anwalt suchen und sich diese(r) in die Materie zunächst einarbeiten und sodann eine Klage einreichen muss. Wir regen daher an, diese Frist entsprechend derjenigen in Art. 202 Abs. 3 auf zwei Monate zu verlängern.

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Akzeptanz der Urteilsvorschläge alleine aus der Anzahl nicht weitergezo-gener Verfahren abzuleiten, erscheint heikel. Die juristische Qualität der Arbeit der Schlichtungsbehörde ist entscheidend und lässt sich daran messen, wie oft und wie stark Urteilsvorschläge von dem Urteil im gerichtlichen Verfahren abweichen. Das System des Urteilsvorschlages wird nur dann eine Entlastung für die Gerichte bringen, wenn die fachliche Kompetenz der Schlichtungsbehörden hoch ist und dazu führt, dass die Bürger bereits in dieser Stufe des Verfahrens zu ihrem Recht kommen (oder mindestens dieser Ansicht sind).

ASI: Acceptez-vous "l'instrument" de la "proposition de jugement" (qui sera obligatoire pour tous les litiges relevant du droit du bail) proposé à l'art. 204 de l'avant-projet ?

Sì. Tale norma non dovrebbe creare nessun problema di ordine pratico o stravolgere situazioni concrete che già oggi esistono. In ogni caso ci sembrerebbe comunque utile fissare per iscritto che questa "proposta di giudizio" può esser emessa dagli Uffici di Conciliazione solo in caso di mancata conciliazione.

ASLOCA: Nous sommes favorables à la proposition de jugement à la condition seulement que les parties jouissent de certaines garanties de procédure. Nous proposons en conséquence les modifications suivantes:

*Article 204 al. 2: la proposition de jugement doit contenir une brève motivation. Ne peuvent être retenues comme preuves:*

- a. toute opinion ou suggestion émanant de l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige*
- b. tout aveu fait par l'une des parties lors de la conciliation*

*c. le fait qu'une partie se soit déclarée, ou non, prête à accepter une proposition de règlement émanant de l'autre partie, d'un tiers présent en conciliation ou formulée par l'autorité de conciliation*

CBL-GE: Supprimer.

Motifs: Pourquoi dénaturer la conciliation ?

Le système prévu ici serait non seulement totalement contre-productif, mais contraire à l'art. 43 lit. c (récusation), car le membre de l'autorité de conciliation aura donné son avis (à moins de se confiner dans un rôle passif, qui affaiblirait le déroulement de la conciliation...).

Il rendrait aussi impraticable l'art. 199.

Sachant qu'elles peuvent obtenir une décision à portée de main, les parties seraient peu enclines à entrer en conciliation, outre les problèmes déjà signalés ci-dessus aux art. 195 et 199.

DJZ: Das Verfahren mit Urteilsvorschlag kann akzeptiert werden, obwohl es Fälle gibt, wo ein seriöser Urteilsvorschlag an sich gar nicht möglich ist. Dies kann aber in Kauf genommen werden, weil der Urteilsvorschlag nur die Parteirollen als Kläger oder Beklagte bestimmt.

FER: Pour une saine et bonne administration de la justice, il n'apparaît en soi pas choquant que de permettre à l'autorité de conciliation de soumettre aux parties une proposition de jugement. Dans un but d'économie de procédure, la Fédération considère toutefois que cette prérogative ne devrait être offerte à l'autorité de conciliation que lorsque les parties en font expressément la demande.

Est-il en effet utile d'obliger l'autorité de conciliation de proposer aux parties un jugement lorsque ces dernières savent qu'elles ne l'accepteront pas ? Ceci, sans compter que si cette procédure devait être obligatoire, cela n'irait pas sans accroître les coûts (salaires des juges et autre personnel administratif, disponibilité de salles, etc.) auxquels les cantons sont déjà confrontés.

S'agissant du délai imparti par cette disposition pour porter l'affaire devant le tribunal, la Fédération se permet également de relever la contradiction qui existe entre l'art. 204 al. 3 AP qui ne prévoit qu'un délai d'un mois pour agir, alors que l'art. 202 al. 3 AP prévoit, pour sa part, un délai de deux mois.

FRC: La FRC demande l'adjonction d'une lettre c (alinéa 1<sup>er</sup>) relative aux litiges de consommation.

FRI: La compétence nouvelle, prévue à l'article 204 du projet, visant à soumettre aux parties, dans tous les cas, des propositions de jugement, porte atteinte aux principes de simplicité et de rapidité de la procédure de conciliation. Une administration des preuves limitée, telle que pratiquée actuellement, ne serait plus possible. La modification projetée nécessitera un accroissement sensible des pièces requises et un renforcement des structures de conciliation actuelles, sans garantie aucune de décharge pour les tribunaux.

Nous demandons la suppression de l'article 204 tel que proposé.

FRStZH: Antrag: *Die Schlichtungsbehörde unterbreitet den Parteien einen Urteilsvorschlag bei Streitigkeiten:*

*a. aus Miete und Pacht .....*

*b. aus dem Arbeitsverhältnis .....*

*c. aus übrigen Forderungen mit einem Streitwert über 1000 bis zu 30'000 Franken.*

Begründung:

Das Schlichtungsverfahren mit Urteilsvorschlag hat sich, wo es bereits eingeführt wurde, sehr bewährt. Es sollte, wie in einigen Kantonen, auch für die "normalen" Forderungsklagen im vereinfachten Verfahren (Art. 237) angewandt werden.

FR-Verband: Abs. 1 ergänzen um lit. c.: Aus übrigen Forderungen mit einem Streitwert bis Fr. 20'000.00.

Begründung: Das Schlichtungsverfahren mit Urteilsvorschlag hat sich, wo es bereits eingeführt wurde, sehr bewährt. Es sollte, wie in einigen Kantonen, auch für die "normalen" Forderungsklagen im vereinfachten Verfahren (Art. 237) angewandt werden.

FSA: Le système de la proposition de jugement doit être étendu à d'autres causes qui commencent par une procédure de conciliation. Un deuxième alinéa devrait donc être intercalé:

*al. 1bis Dans les autres cas, l'autorité de conciliation peut, à la demande des parties et si l'objet du litige relève de leur autonomie, soumettre une proposition de jugement.*

HEV: Der Vorentwurf sieht eine Ausdehnung des Urteilsvorschlages (Art. 204 VE) vor. Schon im bisherigen Recht wurde der Schlichtungsbehörde in miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten (vgl. Art. 274a Abs. 1 lit.c und Art. 274e Abs. 2 OR) die Möglichkeit eines Urteilsvorschlages eingeräumt. Das betrifft Fälle der Kündigungsanfechtung und der Mieterstreckung oder Fälle der Hinterlegung des Mietzinses. Diese beschränkte Kompetenz entbehrt einer sachlichen Begründung. Der Vorentwurf dehnt diese Entscheidkompetenz nun auf alle Streitigkeiten aus Miete und Pacht (sowie auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten) aus, was eine logische Vereinheitlichung darstellt.

Die Urteilsform bildet im allgemeinen eine effiziente Erledigungsform, doch darf nicht vergessen werden, dass damit eine Verknüpfung des Schlichtens und des Richtens gemacht wird, die nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung von Art. 43 lit.c VE (Ausstandsgründe) problematisch ist. Beim Verfahren des Urteilsvorschlages handelt es sich schliesslich immer noch um ein Schlichtungsverfahren, das als solches nicht mit allen Verfahrensgarantien versehen ist. Die Schlichtungsbehörde könnte zudem dazu neigen, bei der Urteilsfindung Billigkeitserwägungen und taktische Elemente einfließen zu lassen, so wie sie es bei der Ausarbeitung eines Vergleichsvorschlages macht. Die Abgrenzung Urteil/Vergleich verlangt von der Schlichtungsbehörde viel Fingerspitzengefühl. Die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass die meisten Urteilsvorschläge angenommen worden sind. Die Streitigkeiten konnten rasch, kostengünstig und meist auch zufriedenstellend erledigt werden. Das spricht summa summarum für die Erweiterung dieser Kompetenzen.

Für eine Ausdehnung spricht auch die Tatsache, dass die vom Parlament beschlossene Mietrechtsrevision (indirekter Gegenvorschlag) in Art. 274a Abs. 1 lit.c<sup>bis</sup> OR ebenfalls eine erweiterte Entscheidkompetenz der Schlichtungsbehörden vorsieht, indem diese bis zu einem Streitwert von CHF 5'000.- entscheiden können, sofern kein Mietgericht eingesetzt ist. Vor diesem Hintergrund

erachten wir die Angleichung als sinnvoll. Die hier in Art. 204 VE vorgeschlagene Lösung ist sowohl gegenüber der geltenden als auch gegenüber der revidierten Regelung (Art. 274a Abs. 1 lit.c<sup>bis</sup> OR) zu begrüßen.

Unter Berücksichtigung aller vorgenannten – teils auch kritischen – Erwägungen überwiegen die Vorteile der Ausdehnung des Urteilsvorschlages auf alle mietrechtlichen Belange gemäss Art. 204 VE eindeutig. Wir halten die vorgeschlagene Regelung alles in allem für vorteilhaft, und zwar sowohl gegenüber dem bestehenden Recht wie auch gegenüber der Lösung gemäss Mietrechtsrevision.

MietZG: Es muss unbedingt die Übereinstimmung mit dem möglichen neuen Mietrecht gefunden werden, welches den Schlichtungsbehörden eine Entscheidungskompetenz bis zum Streitwert von Fr. 5'000.-- zugestehen würde.

MV: Mit einer Ausdehnung der Entscheidungskompetenz der Schlichtungsbehörde können wir uns nur einverstanden erklären, wenn minimale Verfahrensgarantien (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 197 VE hievor) eingehalten werden.

OAFRI: Article 204 al. 2: La proposition de jugement doit contenir une brève motivation, sans quoi les parties n'ont aucune raison de s'y soumettre. Par ailleurs, cette motivation permet, dans certains cas, d'apprécier s'il y a lieu à révision.

SBV: An dieser Stelle möchten wir noch auf die Konsequenzen der Einführung eines Urteilsvorschlages hinweisen. Wir erachten diese Kompetenzerweiterung zwar als sinnvoll. Zu beachten ist aber, dass vor allem Laienrichter schnell überfordert sein können, wenn Sie einen schriftlichen Urteilsvorschlag ausarbeiten müssen. Es geht nicht an, dass Betroffene der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen solcher Verfahren Nachteilen ausgesetzt werden, weil das Entscheidungsgremium nicht im Stande ist, adäquate Urteilsvorschläge auszuarbeiten. Um diesen Nachteil aufzufangen, wird für die Schlichtungsbehörde wahrscheinlich ein grösserer Verwaltungsapparat vonnöten sein, was höhere Kosten zur Folge haben wird. Wir sind nicht gegen den Ausbau der Schlichtungsbehörde. Die Folgen sollen jedoch nicht in schlechten Urteilsvorschlägen zu finden sein, welche die Parteien ungerechtfertigterweise benachteiligen. *Wir beantragen deshalb, dass im Falle des Urteilsvorschlages in einem Gremium zumindest eine juristisch ausgebildete Person Mitglied sein muss, welche den Urteilsvorschlag ausarbeitet. Diese Klausel soll in Art. 204 ZPO festgehalten werden.*

SchAG: Es stellt sich die Frage, ob Streitigkeiten aus dem Gleichstellungsgesetz auch unter diese Bestimmung fallen. Aufgrund der Systematik, wie sie bspw. in Art. 194 Abs. 2 lit. b besteht, fallen sie wohl eher nicht darunter. Materiell gesehen müssten sie jedoch ebenfalls erfasst sein, stehen doch ausnahmslos Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen, welche eine gleichstellungsrechtliche Relevanz aufweisen, zur Diskussion. Im übrigen gibt es Kantone, welche im Schlichtungsverfahren nach GIG gleichzeitig auch strittige Punkte, welche sich auf das OR abstützen (Arbeitszeugnis, Ferienansprüche, Überzeitemtschädigung etc.) behandeln. Ein Auseinanderdividieren dieser beiden Verfahren ist nicht immer möglich und nicht sachgerecht.

Sollen die Streitigkeiten nach GIG ebenfalls erfasst sein, empfiehlt es sich, dies explizit zu erwähnen. Unter diesen Umständen würde eine Begrenzung auf einen Streitwert von Fr. 30'000.— wenig Sinn machen. Diese Begrenzung begründet sich wohl in der Tatsache, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten nach OR bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.— kostenlos sind, was aber für Strei-

tigkeiten nach GIG nicht gilt. Diese sind in jedem Fall kostenlos (Art. 12 Abs. 2 GIG).

Es ist nicht einsichtig, weshalb nach einem Verfahren, welches mit einer Klagebewilligung endet, eine zweimonatige Frist zur Einreichung der Klage besteht, nach einem Verfahren mit Urteilsvorschlag lediglich eine einmonatige Frist. Diese Fristen sollten vereinheitlicht werden im Sinne einer zweimonatigen Frist.

Antrag: Klarstellung, ob Schlichtungsverfahren nach GIG auch unter Art. 204 fallen. Vereinheitlichung der Klagefristen nach Art. 202 und Art. 204.

SKDE: In Artikel 204 Absatz 1 wird in Buchstabe b von Streitigkeiten "aus dem Arbeitsverhältnis" gesprochen. Es ist damit nicht eindeutig geregelt, ob auch Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz darunter fallen. Wir bitten Sie, den Artikel mit einem Buchstaben c zu vervollständigen.

Zudem schlagen wir vor, dass eine "kann"- Formulierung gewählt wird. Schlichtungsbehörden haben nicht die Aufgabe, Sachverhalte und juristische Fragestellungen im Detail abzuklären. Ihnen fehlen die Instrumente wie die Möglichkeit, Akten zu edieren oder Zeugen zu befragen. In komplexen Fällen ist es deshalb oft schwierig, innert kurzer Zeit und ohne Vorliegen vollständiger Akten einen angemessenen Vergleichsvorschlag zu machen.

Wir schlagen daher folgende Formulierung von Artikel 204 Absatz 1 vor:

*<sup>1</sup> Die Schlichtungsbehörde kann den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten bei Streitigkeiten:*

*a. aus Miete und Pacht (...)*

*b. aus dem Arbeitsverhältnis (...)*

*c. nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995.*

SVM: Art. 204 a (nouveau) homologation de la convention de médiation

Si la convention de médiation, négociée préalablement ou en parallèle de la procédure de conciliation, est conforme à la volonté des parties et ne viole ni l'ordre public ni le droit impératif, l'autorité de conciliation et d'homologation consigne la convention au procès-verbal et soumet celle-ci à la signature des parties: chaque partie reçoit une copie du procès-verbal, qui revêt les effets d'une décision entrée en force.

Cette disposition s'inspire du projet de loi genevoise.

SB-NW: Gestützt auf die Bundesgesetzgebung als auch auf die kantonalen Bestimmungen haben wir die vornehmliche Aufgabe, zwischen den Parteien eine gütliche Einigung herbeizuführen. Nach Anhörung der Parteien erfolgt dies bei uns durch die Unterbreitung eines Vergleichsvorschlages an die Parteien. Sofern die Parteien sich mit diesem Vorschlag einverstanden erklären können, gilt die Einigung als gerichtlicher Vergleich und das Verfahren ist somit definitiv erledigt. Mit diesem Verfahren haben wir als Schlichter sehr gute Erfahrungen gemacht, können doch so die Parteien vor (unnötigen) Prozessen abgehalten werden.

Mit der vorgeschlagenen Verfahrensänderung kann die wichtige Aufgabe des Schlichtens je länger je mehr verlorengehen und wir werden vom Schlichter zum Richter umfunktioniert. Unsere kantonale Schlichtungsbehörde wäre von ihrer Struktur her (der Vorsitz ist mit einem Jurist besetzt) sicherlich jederzeit in der Lage, immer urteilen zu müssen. Wir denken da aber an Schlichtungs-

behörden auf Gemeinde- oder Bezirksstufe, welche vielfach ohne Mitglieder mit juristischer Ausbildung zusammengesetzt sind und mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung durchaus Mühe bekunden könnten.

Uni NE: Le délai de l'art. 204 al. 3 est-il suspendu pendant les vacances judiciaires ?

Uni ZH: Das Hauptproblem des Urteilsvorschlagsverfahrens liegt in der Verknüpfung von Schlichten und Richten. Bei der Ausarbeitung des Vergleichsvorschlags darf und soll die Schlichtungsstelle auch Billigkeitserwägungen und taktische Überlegungen berücksichtigen. Hieraus ergibt sich jedoch die naheliegende Gefahr, dass diese "ausserrechtlichen" Überlegungen später auch in den Urteilsvorschlag einfließen. Die Schlichtungsbehörde wird oft bewusst oder unbewusst danach trachten, ihren Vergleichsvorschlag mit dem Urteilsvorschlag zu bestätigen.

Bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten fällt im Weiteren besonders ins Gewicht, dass durch den Urteilsvorschlag fundierte richterliche Entscheidungen zu diesem wichtigen Rechtsgebiet noch seltener werden, als sie wegen den zahlreichen Vergleichen heute schon sind.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: In Art. 204 Abs. 3 ist nicht ersichtlich, was die mit dem Urteilsvorschlag nicht einverständene beklagte Partei zu unternehmen hat. Sie kann ja nicht irgend eine "Klage einreichen" und für eine negative Feststellungsklage fehlt es an der Voraussetzung des Art. 78 Satz 2 VE. Wenig hilfreich ist die Empfehlung, "das Gericht anzurufen" (Bericht zum Vorentwurf S. 101).

Art. 205

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Wird das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde nicht zu aufwendig, wenn es in ein Schlichtungs- und in ein Entscheidverfahren aufgeteilt wird? Es ist zu befürchten, dass im Entscheidverfahren nochmals dasselbe vorgetragen wird wie im Schlichtungsverfahren, mit dem Unterschied, dass nun Protokoll geführt wird und das Berücksichtigungsverbot wegfällt.

BS: Sollte unserem Vorschlag zu Art. 202 gefolgt werden, so erübrigt sich Abs. 1. Falls unserem Vorschlag nicht gefolgt wird, so empfehlen wir, die Regelung der Spruchkompetenz der Schlichtungsbehörden den Kantonen zu überlassen. Denn dort, wo die Schlichtungsbehörden mit Juristen besetzt werden, lässt sich eine den Betrag von Fr. 1'000.-- übersteigende Spruchkompetenz durchaus rechtfertigen.

GL: Wir begrüßen es, dass es dem kantonalen Recht überlassen bleibt, ob die Schlichtungsbehörde bei Streitwerten unter Fr. 1'000.— einen Entscheid fällen kann.

LU: Die Regelung, wonach die Schlichtungsbehörde Bagatellfälle mit einem Streitwert von nicht mehr als 1'000 Franken entscheiden kann, ist sinnvoll. Sie sollte daher zwingend formuliert und der Entscheid darüber nicht den Kantonen überlassen werden.

SH: Wird das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde nicht zu aufwendig, wenn es in ein Schlichtungs- und in ein Entscheidverfahren aufgeteilt wird? Es ist zu

befürchten, dass im Entscheidverfahren nochmals dasselbe vorgetragen wird wie im Schlichtungsverfahren, mit dem Unterschied, dass nun Protokoll geführt wird und das Berücksichtigungsverbot wegfällt.

SZ: Der Streitwert sollte auf mindestens Fr. 2 000.-- angesetzt werden.

TG: Nach unserer Auffassung wird das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde zu aufwendig, wenn es in ein Schlichtungs- und in ein Entscheidverfahren aufgeteilt wird. Es ist zu befürchten, dass im Entscheidverfahren nochmals dasselbe vorgetragen wird wie im Schlichtungsverfahren, mit dem Unterschied, dass nun Protokoll geführt wird und das Berücksichtigungsverbot entfällt.

TI: In conformità a quanto detto più sopra con riferimento all'art. 204 CPCF, si propone di abrogare l'intero art. 205 CPCF.

VS: Lors de l'exercice "Justice 2000", les praticiens du canton ont sollicité la mise sur pied d'une procédure simple et rapide sur le modèle de l'ordonnance pénale, hormis pour les causes relevant du contrat de bail ou de travail, qui déboucherait sur un jugement en équité entrant en force, faute d'opposition, dans les 30 jours.

A ce titre, l'article 205 PCS doit être salué sur le principe. Toutefois, nous suggérons que les points suivants soient examinés et éventuellement repris:

1. Sauf disposition légale contraire, l'autorité de conciliation juge d'office, sous réserve d'opposition, les contestations pécuniaires lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 5'000 francs, ainsi que toutes les décisions incidentes qui s'y rattachent. Elle statue en équité et ne rend qu'un *judicatum*;
2. En principe, les preuves sont administrées séance tenante. Lorsque la nature et la portée de la décision à prendre l'exigent impérativement et qu'il n'en résulte pas un retard important, l'autorité de conciliation peut ordonner et prendre en considération d'autres moyens de preuve.
3. L'opposition est formée par écrit auprès de l'autorité de conciliation qui a statue, dans les 30 jours de la notification de la décision; chaque partie a qualité pour former opposition;
4. En cas d'opposition, la décision de l'autorité de conciliation est caduque et la cause transmise à l'autorité de jugement;
5. A défaut d'opposition régulièrement formée, la décision de l'autorité de conciliation est assimilée à un jugement exécutoire.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es erscheint wenig sinnvoll, es den Kantonen zu überlassen, ob sie ihren Schlichtungsbehörden die Kompetenz geben wollen, über Streitwerte bis zu CHF 1'000.- selbständig zu entscheiden: Zum einen dürfte das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag für eine Partei kaum je stimmen, wenn sich zwei verschiedene gerichtliche Instanzen (Schlichtungs- und Urteilsbehörde) mit einer Streitsache befassen, die einen Wert von unter CHF 1'000.- aufweist; zum anderen finden wir, dass es den Parteien, die bei einem Streitwert von unter CHF 1'000.- kaum eine Anwältin oder einen Anwalt beauftragen dürften, nicht zuzumuten ist, sich noch mit den Besonderheiten der jeweiligen kantonalen Regelung auseinander zu setzen. Wir beantragen deshalb, in Art. 205 Abs. 1 vom geplanten Vorbehalt des kantonalen Rechts abzusehen.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Eine Regelung, wonach die Schlichtungsbehörde Bagatellfälle mit einem Streitwert von nicht mehr als CHF 1'000.– entscheiden kann, ist sinnvoll. Sie sollte daher zwingend formuliert und der Entscheid darüber nicht den Kantonen überlassen werden.

AVZH: Die vorgeschlagene Regelung mit einer Entscheidkompetenz des Schlichters bis zu einem Streitwert von CHF 1'000.– wird begrüsst. Diese Regelung sollte gesamtschweizerisch gelten und nicht dem Ermessen der Kantone überlassen bleiben. Wir schlagen vor, den letzten Satzteil (... *und die Schlichtungsbehörde* ...) zu streichen.

DJS: Sollte es beim Grundsatz der Schriftlichkeit im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 235 i.V.m. 210 (vgl. dazu unten 235) bleiben, so könnte die Streitwertgrenze für Fälle, bei welchen nach kantonalem Recht eine Gerichtsinstanz selber als Schlichtungsbehörde entscheiden kann, erheblich auf maximal Fr. 8000.— erhöht werden. Die Streitwert von maximal 1000 Franken sollte dort aber beibehalten werden, wo die Zuständigkeit nicht bei Gerichten sondern anderweitigen Schlichtungsbehörden (z.B. Friedensrichter) liegt.

FR-Verband: Abs. 1 abändern um: *Nach Misslingen des Schlichtungsversuches eröffnet die Schlichtungsbehörde* unmittelbar nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens das Entscheidverfahren und entscheidet es, wenn der Streitwert nicht höher als 1000 Franken ist und die Schlichtungsbehörde nach kantonalem Recht für einen solchen Entscheid zuständig ist.

Begründung: Um bei niedrigen Streitwerten (bis Fr. 1'000.00) prozessökonomisch und kostengünstig ein Verfahren abzuschliessen, muss die Schlichtungsbehörde (mit Ausnahme eines Klagerückzuges durch den Kläger) die Kompetenz haben, den misslungenen Schlichtungsversuch unmittelbar durch ein Entscheidverfahren abzuschliessen.

Im Übrigen hat der Entwurf der Eidgenössischen Zivilprozessordnung das Ziel, die Kantonalen ZPO's zu vereinheitlichen. Nach diesem Artikel könnte wiederum jeder Kanton seine eigene Kompetenzhöhe und Verfahrensmöglichkeit selber bestimmen.

OAFRI: Si l'autorité fait une proposition de jugement, elle a une prévention, ce qui la disqualifie automatiquement pour le jugement au fond. L'art. 205 ne peut donc s'appliquer qu'au cas dans lesquels il n'y a pas eu de proposition de jugement. Par ailleurs, l'union entre le magistrat conciliateur et le magistrat chargé de trancher est critiquable, pour les mêmes motifs.

Uni NE: L'article 205, qui prévoit que le demandeur peut requérir que l'on passe immédiatement à la procédure au fond à l'échéance de la tentative de conciliation retient cette possibilité pour un montant litigieux clairement insuffisant. Pour que cette disposition ait un sens, il faudrait à tout le moins porter ce montant à CHF 8'000.--. A nouveau, cette procédure devrait être à notre sens réservée pour les litiges relevant du droit du bail et du droit du travail.

Uni ZH: Die Ermächtigung an die Kantone, der Schlichtungsbehörde bis zu einem Streitwert von Fr. 1'000.- eine Entscheidbefugnis zu geben, ist abzulehnen. Solche sog. "Kompetenzverfahren" sind höchstens dann gerechtfertigt, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vor-*

*entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 17 ff.*

Art. 206

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In Abs. 1 ist die Wendung "das gemeinsame Scheidungsbegehren" durch "das Verfahren betreffend Scheidung auf gemeinsames Begehren" zu ersetzen - hängig wird das Verfahren und nicht das Begehren.

Weiter kann man sich fragen, ob die in Abs. 2 erwähnte Bestätigung nicht automatisch von Amtes wegen erstellt werden sollte, wie es z.T. schon Praxis ist.

LU: Wir begrüßen ausdrücklich, dass für den Beginn der Rechtshängigkeit die bewährte Regelung der Luzerner ZPO übernommen wird (vgl. § 197 ZPO/LU).

TI: Giusta la Convenzione di Lugano (artt. 21ss CL) la procedura di conciliazione non crea litispendenza. Si deve quindi riservare la differenza della definizione di litispendenza nei trattati internazionali, in particolare della CL (DTF 25.1.2001 - 4C.207/2000).

Va aggiunto, tra gli atti che creano litispendenza, anche la comunicazione dell'inizio di una mediazione, a condizione che entro 3 mesi sia poi introdotta la petizione.

ZG: Gemäss dieser Bestimmung begründet die gesuchstellende Person mit ihrer Eingabe die Rechtshängigkeit. Nach Art. 196 Vorentwurf hat sie dabei die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und den Streitgegenstand zu bezeichnen. Selbst wenn der gesuchstellenden Person dazu Formulare zur Verfügung gestellt werden, ist die Volkswirtschaftsdirektion der Auffassung, dass den meist nicht rechtsverbeiständeten Rechtsuchenden mit der heutigen Regelung im Kanton Zug, wo die Rechtshängigkeit erst am Gericht begründet wird (§ 81 ZG ZPO), mehr geholfen ist. Wir vertreten die Auffassung, dass eine dem gerichtlichen Verfahren vorangehende Schlichtung mehr genutzt wird und daher eher zum gewünschten Erfolg führt, wenn die Gesuchstellenden ihr inhaltliches Anliegen grundsätzlich anbringen können, ohne sich um verfahrensrechtliche Erfordernisse für ihre Rechteingabe kümmern zu müssen. Die Hemmschwelle an die staatliche Institution der Schlichtungsstelle heranzutreten bleibt niedriger. Die Rechtsuchenden sind nicht der Gefahr ausgesetzt, dass ein Gesuchsanliegen wegen Unvollständigkeit nicht (sogleich) behandelt werden kann. In diesem Sinn sind wir der Auffassung, dass die heutige Regelung über den Eintritt der Rechtshängigkeit eher die Beilegung eines Streits gewährleistet, indem fast formlos an die Schlichtungsstelle gelangt werden kann. Die gewünschte Regelung würde aus formalrechtlichen Gründen die Schwelle erhöhen und den rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürgern den Rechtsweg faktisch erschweren.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der genaue Zeitpunkt der Rechtshängigkeit: die analoge Anwendung von Art. 135 f. sollte klargestellt werden, auch angesichts der zentralen Funktion dieses Zeitpunktes, vgl. Art. 208 Abs. 2.

AVLU: Es wird ausdrücklich begrüsst, dass die bewährte Regelung der Luzerner ZPO übernommen wird. Zudem ist es in internationalen Fällen von Vorteil, die Rechtshängigkeit möglichst früh begründen zu können.

AVZH: Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst, insbesondere im Lichte der eurointernationalen Sachverhalte. Dort entsteht bei vorgängigem Schlichtungsverfahren eine Schwebefrist bis zur Einreichung der Klage, die in Kauf zu nehmen ist. Tritt die Rechtshängigkeit durch Einreichung des Schlichtungsgesuches ein, muss diese Wirkung im Einklang mit Art. 202 Abs. 3 (Befristung der Klagebewilligung) terminiert sein.

Formulierungsvorschlag Art. 206, neuer Abs. 3:

*Ist die Rechtshängigkeit durch Einreichung des Schlichtungsgesuches eingetreten, fällt diese dahin, wenn innert drei Monaten nach Erteilung der Klagebewilligung keine Klage eingereicht wird. Diese Frist kann nicht stillstehen. Die Rechtshängigkeit fällt auch dahin, wenn das Schlichtungsgesuch vor der Erteilung der Klagebewilligung zurückgezogen wird.*

GGD ZH: Die Formulierung in Abs. 1 lässt offen, ob die Rechtshängigkeit bereits mit der Übergabe an die schweizerische Post oder eine schweizerische Vertretung eintritt.

In einem neuen Abs. 3 wäre sodann der Wegfall der Rechtshängigkeit zufolge Rückzug des Schlichtungsgesuchs oder Fristablaufs zu normieren.

*Art. 206 Beginn der Rechtshängigkeit*

<sup>1</sup> *Die Rechtshängigkeit tritt mit Eingang des Schlichtungsgesuchs, der Klage oder des gemeinsamen Scheidungsbegehrens ein.*

<sup>3</sup> *Ist die Rechtshängigkeit durch Einreichung eines Schlichtungsgesuchs eingetreten, fällt sie dahin, wenn*

*a. das Schlichtungsgesuch vor Erteilung der Klagebewilligung zurückgezogen wird,*

*b. die klagende Partei innert drei Monaten nach Erteilung der Klagebewilligung keine Klage einreicht. Diese Frist kann nicht stillstehen.*

FSA: Pour lever toute ambiguïté quant au début de la litispendance (dépôt de la requête de conciliation à la poste ou réception par l'autorité) nous estimons nécessaire de renvoyer à l'art. 135 al. 1er AP dans un troisième alinéa rédigé comme il suit:

*al. 3 Pour déterminer le moment de la création de l'instance, l'art. 135 al. 1er s'applique par analogie.*

KassZH: Entsprechend der Terminologie von Art. 261 VE ("Gesuch") sollte hier neben der Einreichung des Schlichtungsgesuches und der Klage auch das Gesuch erwähnt werden.

Uni BE: Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit: Wir begrüssen die Regelung im Hinblick auf Art. 21 LugÜ und eine mögliche Benachteiligung hiesiger Verfahren durch z.B. italienische Verfahren.

SBV: Wichtig ist, dass bei Einreichung des Gesuches die Rechtshängigkeit begründet wird, unabhängig davon, ob der Schlichtungsversuch freiwillig ist oder nicht. Möglich sind aber Beweisschwierigkeiten betreffend Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit. Diesem Problem soll Rechnung getragen werden, indem auf Anfrage hin (Art. 206 Abs. 2 ZPO) der Eingang des Schlichtungsgesuches oder

der Klageschriften bestätigt wird. Das können wir nicht verstehen. Von den Parteien kann doch nicht verlangt werden, dass Sie an derartige Beweisschwierigkeit denken, vor allem wenn sie gerade nicht anwaltlich vertreten werden. *Deshalb beantragen wird, dass das Gericht jeweils automatisch und unaufgefordert den Parteien den Eingang des Schlichtungsgesuches oder der Klageschrift bestätigt. Dies soll in Art. 206 Abs. 2 ZPO denn auch so festgehalten werden.*

SVM: Al. 1 (complément): L'instance est introduite par le dépôt de la requête en conciliation, en homologation de la convention de médiation, ...(reste est inchangé).

Uni NE: L'article 206 al. 1 indique que l'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande en justice ou de la requête commune en divorce. La formulation proposée est problématique. En effet, l'article 120 indique que les actes des parties sont adressés au tribunal sur papier ou sous forme électronique. L'article 135 précise que les actes des parties doivent être expédiés au plus tard le dernier jour du délai, soit au tribunal, soit à son intention, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Il conviendrait d'opter pour la même solution pour l'introduction de l'instance. A défaut, une partie devrait obligatoirement déposer l'acte au tribunal pour être sûr de l'introduction de l'instance, le jour de réception d'un envoi, même recommandé, ne pouvant être garanti.

Art. 207

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Vorlage bringt in Bezug auf die Rechtshängigkeit eine einheitliche Regelung. Vermisst wird jedoch eine Prozessüberweisung durch die unzuständige Behörde direkt an das zuständige Gericht. Insbesondere in unklaren Fällen ist es sowohl prozessökonomischer als auch bürgerfreundlicher, wenn sich die richterlichen Behörden über eine Überweisung direkt einigen können. Weiter sollte Abs. 2 gestrichen und der Titel gekürzt werden in "Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit", da das Gericht von Amtes wegen die Verfahrensart bestimmen muss. Es kann nicht Aufgabe der Parteien sein, die richtige Verfahrensart zu kennen oder gar zu bezeichnen.

FR: Al. 1: en cas d'irrecevabilité pour cause d'incompétence, le système fribourgeois de la *reprise de cause en l'état où elle se trouve* devrait être préconisé s'il y a réintroduction dans le délai. Il est simple et procure un gain de temps.

LU: Unseres Erachtens ist unklar, ob die Regelung betreffend Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart auch gleichermassen für Fälle gilt, bei welchen das Schlichtungsgesuch bei der unzuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht wurde.

TI: Il cpv. 1 riprende l'attuale art. 34 cpv. 2 LForo e il cpv. 2 ne permette un ampliamento della portata.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Entgegen dem Bericht wird Art. 34 Abs. 2 GestG nicht wörtlich wiederholt. Dort ist nur von der örtlichen Zuständigkeit die Rede. Damit könnte der Eindruck entstehen, dass Abs. 1 für Fälle der sachlichen Unzuständigkeit nicht gilt. Diese

Lösung wäre nicht sinnvoll. In der Botschaft sollte die Unklarheit beseitigt werden.

Uni NE: L'article 207 indique qu'une demande est considérée comme correctement introduite lorsqu'elle a été redéposée alors qu'elle l'avait été la première fois selon une fausse procédure. Quel est donc le lien entre cette disposition, l'article 123 concernant les vices de forme et l'article 51 qui indique que le tribunal peut interpellier les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs ? Sans que le projet ne le dise, il semble bien clair que certaines formalités sont considérées comme des conditions de recevabilité au sens de l'article 54.

Art. 208

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Gemäss dem Begleitbericht (S. 103, zweites Lemma zu Art. 208 Abs. 1 lit. b) bleibt die sachliche Zuständigkeit bestehen, wenn sich der Streitwert im Laufe des Verfahrens ändert. Diese Formulierung schliesst die Veränderung des Streitwerts nach unten wie nach oben ein. In die gleiche Richtung zielt Art. 216 lit. b VE, wonach die Klageänderung nur zulässig ist, wenn sie vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen ist. Hingegen besteht ein Widerspruch zu Art. 75 Abs. 2 VE, der eine Prozessüberweisung vorsieht, wenn sich bei der unbezifferten Forderungsklage nach Durchführung des Beweisverfahrens ergibt, dass die sachliche Zuständigkeit nicht mehr gegeben ist. Es wird diesbezüglich auf die Bemerkungen zu Art. 75 VE verwiesen. Generell wird angeregt, sämtliche Bestimmungen, welche mit der Fixierung der sachlichen Zuständigkeit im Zusammenhang stehen, mit Art. 208 VE zu harmonisieren, so namentlich den erwähnten Art. 75 (unbezifferte Forderungsklage), Art. 80 (Widerklage) und Art. 215/216 (Novenrecht, Klageänderung).

TI: Cpv. 1: lett. c): questa disposizione permette di introdurre una domanda riconvenzionale appena sorta la litispendenza e al più tardi con la risposta. Domanda: come fa il convenuto ad introdurre una riconvenzionale se non sa cosa gli verrà chiesto ? La Commissione non ha una valida risposta a questa domanda e propone dunque lo stralcio della let. c).

Si propone l'introduzione di una nuova let. d), così da fare chiarezza su di un punto assai delicato, qual'è la prescrizione.

Nuova lit. d): "Interrompe la prescrizione".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1 Bst. a: Umschreibung der Ausschlusswirkung: Text ergänzen auf *der Streitgegenstand kann zwischen den gleichen Parteien nicht mehr ...* (wie auch in Art. 209 umschrieben).

FSA: L'al. 2 de cette disposition nous paraît plutôt appartenir à l'art. 206.

GGD ZH: In Abs. 1 lit. c wird die Möglichkeit zur Widerklage als Folge der Rechtshängigkeit normiert. Das ist zumindest ungewöhnlich, denn in dieser "Preisklasse" lassen sich noch viele weitere "Rechtsfolgen" der Rechtshängigkeit finden, z.B. die Möglichkeit, einen Richter abzulehnen. Art. 213 regelt die aufgeworfenen Frage genügend klar.

Hingegen sollte hier die Fixierung des Streitgegenstandes als Rechtsfolge der Rechtshängigkeit normiert werden.

Art. 208 Wirkungen der Rechtshängigkeit

<sup>1</sup> Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

*c. Eine Klageänderung ist nur gemäss Art. 216 zulässig.*

Uni NE: L'article 208, qui précise les effets de la litispendance, indique à son alinéa 1, lettre a), que la cause ne peut *plus* être portée en justice devant une autre autorité. Il vaudrait mieux dire que la cause ne peut *pas* être portée en justice devant une autre autorité, puisqu'elle peut l'être à nouveau si la litispendance prend fin, à défaut d'autorité de la chose jugée. Cette disposition précise que le défendeur peut agir reconventionnellement à partir de la litispendance. On doit apparemment en déduire que si le défendeur fait valoir des conclusions reconventionnelles à l'encontre de la requête en conciliation, il peut continuer la procédure, quelle que soit la position du demandeur. Cette question n'est toutefois pas réglée clairement par l'avant-projet. Que se passe-t-il si le demandeur ne dépose pas de demande dans les 2 mois ? Le défendeur peut-il se porter demandeur principal en reprenant ses conclusions reconventionnelles ?

Art. 209

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Gemäss unseren Erfahrungen entspricht es einem praktischen Bedürfnis, den Klagerückzug nur dann als Abstand gelten zu lassen, wenn die beklagte Partei ihm nicht zustimmt. Dieser Vorbehalt sollte auch in die Eidg. ZPO aufgenommen werden. Unklar ist bei der heutigen Formulierung zudem, wann genau das Entscheidverfahren eröffnet wird. Wir schlagen vor, dass die Klagezustellung massgebend sein soll.

Art. 209 könnte wie folgt lauten: "*Wer die Klage nach Zustellung an den Beklagten zurückzieht, kann gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand keinen zweiten Prozess mehr führen, sofern der Beklagte dem Klagerückzug nicht zugestimmt hat.*"

GE: L'art. 209 PCS prévoit que le retrait d'une demande après l'ouverture de la procédure au fond a pour conséquence que la demande ne pourra plus être réintroduite entre les mêmes parties et sur le même objet. Ce faisant, l'avant-projet se refuse à procéder à la distinction entre le désistement de l'instance et le désistement de l'action (une nuance que connaissent certains cantons comme Genève). La solution prévue par l'avant-projet est trop rigide. On ne voit pas pourquoi cette question ne serait pas laissée à l'appréciation des parties dont l'autonomie doit prévaloir sur toute solution imposée. Le désistement limité à l'instance présuppose en effet l'accord du défendeur, à défaut de quoi le demandeur n'a d'autre choix que de poursuivre l'action, ou alors d'y renoncer (cas dans lequel intervient alors l'autorité de chose jugée matérielle et son corollaire, à savoir le principe *ne bis in idem* exprimé par l'art. 209 PCS). L'art. 209 PCS porte inutilement atteinte à la maxime de disposition et devrait en conséquence être supprimé ou modifié.

OW: Nach Art. 209 tritt die Fortführungslast "nach der Eröffnung des Entscheidverfahrens" ein. Dies freilich unter Vorbehalt des unter Art. 193 Abs. 1 lit. e und Art. 202 bereits Gesagten, wonach – soweit ersichtlich – eine Fortführungslast (weil

der Verlust des Klagerechts droht) unter Umständen bereits vor Eröffnung des Entscheidungsverfahrens besteht.

TI: La disposizione è silente sul fatto se il giudice deve ravvisare la forza di cosa giudicata d'ufficio o solo su eccezione. Sarebbe quindi opportuno introdurre il seguente principio: *il tribunale ravvisa d'ufficio la forza di cosa giudicata*.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wie bereits oben bei Art. 98 aufgeführt, sind wir der Auffassung, dass die Folgen der Streiterledigung ohne Urteil (hier: Klagerückzug, auch "Abstand" genannt) nicht bzw. zu dürftig geregelt sind (vgl. Bemerkungen zu Art. 325).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVGE: Cette disposition prescrit qu'une fois retirée après l'ouverture de la procédure au fond (à savoir le dépôt de la demande), la demande ne peut être réintroduite ultérieurement entre les mêmes parties et sur le même objet.

Certains cantons, notamment Genève, laissent le choix au demandeur de retirer sa demande avec désistement d'instance (l'action peut être réintroduite ultérieurement) ou avec désistement d'action (l'action ne peut plus être réintroduite ultérieurement).

La solution prévue par l'AP est trop rigide. Elle a certes pour mérite d'éviter l'encombrement des tribunaux avec des affaires transigées. Toutefois, l'intérêt général des tribunaux à être définitivement déchargés de causes pendantes est inférieur à celui particulier des parties à faire juger leur différend par la justice.

Il serait donc souhaitable de compléter cette disposition en ajoutant "...à moins que les parties soient d'accord de considérer qu'il ne s'agit que d'un désistement d'instance".

FER: Contrairement à la commission d'experts, la Fédération n'est pas d'avis qu'il faille se limiter à prévoir le désistement d'action en cas de retrait de la demande en justice lorsque la procédure au fond est déjà pendante. La pratique a en effet clairement démontré qu'il n'était pas inhabituel de voir la partie demanderesse retirer sa demande avec désistement d'instance lorsqu'une transaction est sur le point de se finaliser.

Lui retirer cette prérogative aura certainement pour conséquence de limiter la possibilité pour les parties de trouver un d'accord en cours de procédure, ce qui n'est pas sans être contraire aux objectifs poursuivis par la commission, ce d'autant plus que les droits de la partie adverse - notamment à ce qu'elle ne se retrouve pas confrontée à une situation juridique incertaine - pourraient être intégralement sauvegardés.

Il suffirait en effet pour ce faire d'imposer à la partie demanderesse l'obligation d'obtenir préalablement l'accord de son adverse partie, ce qui dans la pratique ne devrait poser aucun problème.

FSA: Cette disposition devrait être supprimée si le nouvel art. 227 al. 3 proposé ci-dessous (et qui prévoit la même solution) est approuvé.

OAFRI: On peut se demander si le moment déterminant doit être celui du dépôt de la demande auprès du tribunal ou celui de la notification de cette dernière à la partie défenderesse.

Uni GE: L'article 209 PCS prévoit que le retrait d'une demande après l'ouverture de la procédure au fond a pour conséquence que la demande ne pourra plus être réintroduite entre les mêmes parties et sur le même objet. Ce faisant, l'Avant projet se refuse à procéder à la distinction entre le désistement de l'instance et le désistement de l'action (une nuance que connaissent certains cantons comme Genève). La solution prévue par l'AP est trop rigide. On ne voit pas pourquoi cette question ne serait pas laissée à l'appréciation des parties dont l'autonomie doit prévaloir sur toute solution imposée. Le désistement limité à l'instance présuppose en effet l'accord du défendeur, à défaut de quoi le demandeur n'a d'autre choix que de poursuivre l'action, ou alors d'y renoncer (cas dans lequel intervient alors l'autorité de chose jugée matérielle et son corollaire, à savoir le principe *ne bis in idem* exprimé par l'article 209 PCS). L'article 209 porte inutilement atteinte à la maxime de disposition et devrait en conséquence être supprimé ou modifié.

Uni NE: Aux termes de l'article 209, la demande retirée après ouverture de la procédure au fond devant le tribunal compétent ne peut être réintroduite entre les mêmes parties et sur le même objet. Qu'en est-il si la demande a été retirée pour vice de forme et qu'elle n'est pas réintroduite dans le délai ? A notre sens, un nouveau dépôt devrait être possible. Le principe de l'article 209 est trop absolu.

## Art. 210

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In der französischen Fassung von Art. 210 Abs. 2 lit. b VE ist die Wendung "projet de décision" durch "proposition de jugement" zu ersetzen.

BS: Gemäss Art. 210 Abs. 2 lit. c. sind die verfügbaren Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, der Klage beizulegen. Wie ist zu verfahren, wenn Urkunden zwar verfügbar sind, aber so umfangreich (z.B. Buchhaltungsunterlagen) oder deren Einreichung sonst umständlich ist, dass sie sinnvollerweise erst im Anschluss an eine allfällige Beweisverfügung (Art. 218) eingereicht werden. Genügt hier eine Editionsofferte in der Klage ?

FR: Al. 3: il n'est pas judicieux de laisser seulement la *faculté* de motiver en droit une demande en justice en procédure ordinaire. Imposer une motivation juridique au moins sommaire incite à mieux réfléchir avant d'agir. Par ailleurs il est normal, lorsque l'on s'en prend judiciairement à quelqu'un, de lui indiquer sur quoi l'on se fonde.

GL: Wir haben grosse Vorbehalte gegen die stets schriftliche Klagebegründung und Klageantwort nach E Art. 210 f. ZPO, auch wenn es dafür im vereinfachten Verfahren Formulare [des Bundesrates] geben soll (E Art. 236). Dass eine rechtsunkundige Person eine vollständige Klage bzw. Klageantwort im Sinne von E Art. 210 f. auf einem Formular verfasst, ist aus der Sicht der Praxis eine Illusion; am ehesten kann die rechtsunkundige klagende Partei noch formulieren, was sie will, mithin die Punkte gemäss E Art. 210 Abs. 1 lit. a – c. Mindestens im vereinfachten Verfahren soll deshalb bereits die Klagebegründung mündlich erstattet werden können.

LU: Die Regelung, wonach zwingend eine Zuordnung der Beweismittel zu den in der Klage angeführten Tatsachen in Form einer separaten Beilage einzureichen

ist, ist überflüssig. Zum einen hat die Klage gemäss Artikel 210 Absatz 1b VE-ZPO die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten. Zum andern kann das Gericht gemäss Artikel 219 Absatz 2c VE-ZPO eine Beweisantrittungsschrift verlangen. Es ist daher dem Gericht zu überlassen, ob es im konkreten Fall eine solche separate Zuordnung der Beweismittel zu den in der Klage angeführten Tatsachen verlangen will.

- TI: La precisazione contenuta al cpv. 3, ossia che la petizione può contenere una motivazione giuridica, rappresenta un'ovvietà tale, che va senz'altro abolita.
- ZH: Unklarheiten bestehen beim Verfahrensablauf in den Phasen der Parteibehauptungen, der Vorbereitung der Hauptverhandlung und der Hauptverhandlung (Art. 210–226). Wenn beispielsweise das Gericht die Replik und Duplik in die Hauptverhandlung verschiebt (Art. 214 Abs. 2), so bleibt offen, ob hinsichtlich des in der Klage und Klageantwort Vorgebrachten gleichwohl vor der Hauptverhandlung ein Beweisverfahren durchzuführen sei (Art. 217–219) oder – was wohl sinnvoll wäre – damit bis zum Abschluss der Parteivorträge zugewartet werden kann.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Generelle Schriftlichkeit der Verfahren: Offensichtlich basiert der Entwurf darauf, dass alle Verfahren schriftlich sind, eine mündliche Klagebegründung soll es nicht mehr geben. Andererseits sollen aber für die Klage im vereinfachten Verfahren Formulare zur Verfügung gestellt werden (vgl. Art. 236), die wohl regelmässig weiterer, dann wohl mündlicher (vgl. Art. 238 Abs. 2) Erläuterungen bedürfen und die bereits als Duplik zu gelten haben (vgl. auch Art. 214 Abs. 2 für das ordentliche Verfahren).

Es ist nicht zu übersehen, dass die Schriftlichkeit des Verfahrens die Nachvollziehbarkeit und die Kontrollierbarkeit der Argumentationen aller Beteiligten wesentlich erhöht. Für Bürger/Laien wird damit aber eine Schwelle errichtet; gerade "Normalbürger" reden sich ihre Sorgen dem Anwalt gegenüber vom Leib, sie schreiben ihm keine Briefe. Und in Verfahren des schnellen oder vorsorglichen Rechtsschutzes wird eine zeitraubende Förmlichkeit festgeschrieben, die dem Zweck dieser Verfahren widerspricht. Die direkte mündliche Darlegung eines Arrestbegehrens beim Tagespräsidenten unter Vorlage aller erforderlichen Beweise mit umgehender mündlicher Entscheidung ergibt einen raschen, kostengünstigen Rechtsschutz, der bei der Schriftlichkeit der Verfahren weitgehend verloren gehen wird.

Vorschlag: generell sollten alle Verfahren auch mündlich durchgeführt werden können, wenn der Sachverhalt dies zulässt. Sinnvollerweise sollte vorgesehen werden, dass das *vereinfachte Verfahren grundsätzlich mündlich* und nur auf Parteienantrag und besondere Anordnung des Gerichts hin schriftlich durchgeführt wird. Und umgekehrt wird das *ordentliche Verfahren grundsätzlich schriftlich* durchgeführt, es sei denn, die Parteien beantragen das mündliche Verfahren und das Gericht stimmt den Anträgen zu. Dabei wird mit dem mündlichen Verfahren sinnvollerweise gleich auch vorgegeben, dass das Urteil mündlich eröffnet werden kann.

Neuer Abs. 4: *Die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung und Beilage der Beweismittel können unterbleiben und erst später im Verfahren vorgebracht werden, wenn mit der Klage das Begehren um Durchführung des mündlichen Verfahrens gestellt wird.*

AVLU: Die Regelung von Abs. 2 lit. b, wonach zwingend eine Zuordnung der Beweismittel zu den in der Klage angeführten Tatsachen in Form einer separaten Beilage einzureichen ist, ist überflüssig. Zum einen hat die Klage gemäss Abs. 1 lit. b die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten. Zum anderen kann das Gericht gemäss Art. 219 Abs. 2 lit. c eine Beweisantrittungsschrift verlangen. Es ist daher dem Gericht zu überlassen, ob es im konkreten Fall eine solche separate Zuordnung der Beweismittel zu den in der Klage angeführten Tatsachen verlangen will. Dies dürfte sich in vielen Fällen als überflüssig erweisen.

AVZH: Die Einreichung eines separaten Beweismittelverzeichnisses gemäss Abs. 2 lit. d dürfte in den meisten Fällen überflüssig sein, da gemäss Abs. 1 lit. e bereits in der Klagebegründung eine entsprechende Beweismittelbezeichnung und -zuordnung anzugeben ist. Zudem hat das Gericht in komplexen Fällen die Möglichkeit, eine qualifizierte Beweisverfügung zu erlassen (Art. 219, insbesondere Absatz 2). Wir schlagen deshalb vor, die Pflicht bei der Klageeinleitung auf die Einreichung eines separaten Beweismittelverzeichnisses zu beschränken und die "Zuordnung" wegzulassen.

Formulierungsvorschlag Art. 210 Abs. 2 lit. d:

*d) ein Verzeichnis der Beweismittel und ihre Zuordnung zu den in der Klage angeführten Tatsachen.*

Im Übrigen fehlt eine klare Regelung zu den Folgen der Säumnis, insbesondere wenn keine den Anforderungen von Art. 210 genügende Klageschrift eingereicht wird.

Formulierungsvorschlag Art. 210, neuer Abs. 5:

*Reicht die klagende Partei die Klagebewilligung, aber keine Klage ein oder genügt die eingereichte Klage den Erfordernissen von Abs. 1 und 2 nicht, wird zur Behebung des Mangels Frist angesetzt, unter der Androhung, dass bei erneuter Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde.*

DJZ: Art. 210 ff.: Bei einem doppelten Schriftenwechsel macht die Hauptverhandlung keinen Sinn, es sei denn, es würden dort die Beweise abgenommen. Es muss unbedingt vermieden werden, dass neben einem doppelten Schriftenwechsel eine Hauptverhandlung, eine (oder mehrere) Beweisverhandlungen und allenfalls zusätzlich auch noch Vergleichsverhandlungen stattfinden. Dies wäre alles andere als Prozessökonomisch (aber im Kanton St. Gallen mit einer ähnlichen Verfahrensordnung durchaus gang und gäbe). Die Möglichkeit des Verzichts auf die Hauptverhandlung nach Art. 224 genügt nicht, weil es dafür einen übereinstimmenden Antrag braucht.

FSA: La FSA se prononce en faveur du système de l'art. 210 al. 3 AP qui prévoit que la partie "en droit" de la demande est facultative.

GGD ZH: Titel vor § 210

Der Titel "1. Abschnitt: Klage, Klageantwort und Widerklage" ist zu eng; die hier ebenfalls geregelte Replik und Duplik werden nicht erfasst. Formulierungsvorschlag: "1. Abschnitt: Erste Parteivorträge".

Art. 210

Gemäss Bericht wird das Entscheidverfahren durch die Einreichung der Klage beim Gericht eröffnet. Aus dem Wortlaut von Art. 209 ergibt sich das nicht;

denkbar wäre auch, dass es hier einen prozessualen Entscheid bräuchte. Andererseits kann in der Formulierung von Art. 209 nicht einfach auf die Klageeinreichung abgestellt werden, denn die Fortführungslast kann ja auch ohne Klageeinreichung eintreten (vgl. Art. 205). Eine Lösung bestünde darin, Art. 210 mit einem vierten Absatz zu ergänzen.

*Art. 210 Klage*

<sup>4</sup> *Mit Einreichung der Klage wird das Entscheidverfahren eröffnet.*

KassZH: Titel: Im Titel des Abschnitts werden Replik und Duplik nicht erwähnt.

Das Gesetz schweigt sich zur Frage der Rechtsfolgen (Sanktionen) der Nichteinhaltung dieser Bestimmungen aus. Es bedarf namentlich einer Bestimmung, wonach - ähnlich wie in Art. 40 Abs. 4 BGG vorgesehen - im Falle verbesserlicher Mängel (z.B. unklare Parteibezeichnungen, fehlende Angabe des Streitwerts, fehlende Unterschrift etc.) Frist zur Behebung des Mangels (unter Androhung des Nichteintretens bei Säumnis) angesetzt wird (analoges gälte auch für die Klageantwort, vgl. Art. 211 Abs. 3).

Zu prüfen wäre in diesem Zusammenhang auch die Aufnahme einer Bestimmung, wonach insbesondere unleserliche, ungebührliche und beleidigende, allenfalls auch weitschweifige Eingaben unter Androhung der Nichtbeachtung zur Verbesserung zurückzuweisen sind (vgl. Art. 40 Abs. 5 BGG).

OAFRI: Il y a lieu d'unifier réellement la procédure civile au niveau fédéral et donc de prescrire des règles précises sur la rédaction judiciaire.

Or, on rencontre, en Suisse, les solutions les plus diverses. Dans le canton de Vaud, et en principe également à Fribourg, les allégations doivent être numérotées et, à chaque fois, limitées à un seul fait, avec interdiction de mélange à des considérations d'ordre juridique. Dans nombre de cantons alémaniques, la demande se présente comme un récit, divisé en chapitres qui peuvent contenir plusieurs pages chacun; elle mêle intimement fait, droit et commentaire. Or, il n'est pas envisageable que la rédaction judiciaire soit laissée au libre choix de l'avocat, en principe l'avocat du demandeur. Les règles de la rédaction judiciaire devraient être celles en vigueur au siège du tribunal. L'absence de règles de ce type sera comblée par les usages et la tradition locale et, sur un point essentiel, la procédure ne sera pas unifiée.

L'obligation de n'alléguer qu'un fait par numéro, avec interdiction de mélanger le fait avec le droit ou le commentaire, a fait ses preuves:

Elle simplifie la détermination de la partie défenderesse, qui peut admettre, contester ou renvoyer à la pièce.

Elle facilite surtout le travail du juge, qui peut très rapidement voir ce qui est admis et ce qui est contesté et peut conduire son instruction en suivant les numérotations et allégations des parties. Par là, elle contribue à accélérer l'instance et à réduire les coûts de la justice.

On peut exiger du mandataire professionnel qu'il connaisse la distinction entre le fait et le droit et la jurisprudence y relative et qu'il s'astreigne à un exposé factuel.

Une motivation juridique au moins succincte devrait être imposée. Le juge et la partie adverse doivent pouvoir à tout le moins identifier la prétention que le demandeur entend exercer.

Le non-respect des règles de rédaction devrait être sanctionné en conformité de l'article 123.

OGZH: Abs. 1: lit. e, Bezeichnung der Beweismittel. Die Bestimmung macht die Prozessführung für die Parteien anspruchsvoller, als wenn die Bezeichnung der Beweismittel einem späteren Stadium des Verfahrens vorbehalten ist. Das Zürcher Recht kennt das System allerdings im einfachen und raschen Verfahren schon heute (ZH-ZPO 137 und 141). Die richterliche Fragepflicht (VE 51) hat nach unserer Erfahrung insbesondere hier einen wichtigen Anwendungsbereich.

Wir stimmen der Neuerung zu. Das System der Beweismittelbezeichnung zusammen mit den Behauptungen ist abgesehen von kantonalen Regelungen auch von BZP 23 her bereits bekannt.

Unklar scheint uns aber, wie bei *Säumnis des Klägers* mit der Klagebegründung verfahren werden soll (der Kläger reicht die Klagebewilligung ein, liefert aber innert Frist dann keine Begründung, oder er reicht direkt eine Klage ein, die er nicht oder nur ungenügend begründet): fehlt es diesfalls an einer Prozessvoraussetzung (-> Nichteintreten)? Der sonst nach VE 142 geltende "Fortgang des Verfahrens" kommt ja kaum in Frage, denn man kann gar keine sinnvolle Klageantwort einholen. Oder soll die Klage ohne weiteres mangels Substanziierung abgewiesen werden? Die bisherige Praxis ist uneinheitlich, und es wäre wertvoll, wenn sich die Botschaft dazu äusserte.

suisa: Der VE folgt grundsätzlich dem Modell, dass das Tatsächliche des Rechtsstreits im ersten, schriftlichen Teil des Prozesses und das Rechtliche in der mündlichen Hauptverhandlung darzulegen und zu begründen ist. Dieses Konzept hält jedoch den Anforderungen der Praxis nicht stand. Die klare Trennung von Tat- und Rechtsfragen ist in vielen Fällen nicht möglich. Beides bedingt sich gegenseitig. Ausführungen zum Tatsächlichen können in komplexeren Verfahren oder auf Gebieten, mit denen ein Gericht kaum vertraut ist (wie z.B. die kollektive Verwertung von Urheberrechten), kaum richtig verstanden und/oder nicht adäquat gewürdigt werden, wenn nicht die rechtlichen Überlegungen der betreffenden Partei von vorneherein bekannt sind. Ebenso wäre die konsequente Durchsetzung des Grundsatzes *iura novit curia* lebensfremd. Vor allem in Prozessen, bei denen das Juristische im Vordergrund steht, haben die Parteien ein eminentes Interesse daran, dem Gericht ihren Rechtsstandpunkt darzulegen. Das ist auf schriftlichem Weg viel besser und effizienter möglich als in mündlichen Verhandlungen. Diese sollen ja nicht im blossen Verlesen von Rechtsschriften bestehen.

Der VE trägt dem immerhin Rechnung, als in Absatz 3 rechtliche Darlegungen in der Klage (bzw. Klageantwort und allfälligen weiteren Rechtsschriften) zulässig erklärt werden. An diesem Minimum ist unbedingt festzuhalten. Wir ziehen allerdings eine Regelung vor, die zumindest eine kurze rechtliche Begründung für die Rechtsschriften vorschreibt.

Uni GE: La section 1 du chapitre 3 consacré à la procédure au fond (articles 210 à 229) traite en particulier de la problématique des échanges d'écritures dans la phase liminaire de la procédure. A cet égard, l'article 214 PCS paraît hautement critiquable puisqu'il prévoit un droit sans restriction des parties à obtenir un deuxième échange d'écritures (réplique et duplique). Une telle faculté n'est pas souhaitable et conduira sans aucun doute à des abus. Le demandeur pourra en effet limiter volontairement sa demande aux fins de "laisser venir" le défendeur,

certain de pouvoir produire une deuxième écriture. Cela nous semble ouvrir la porte à une remise en cause sérieuse de la maxime de concentration qui contraint chaque partie à exposer d'entrée de cause l'ensemble de ses moyens, exceptions et objections. Pour sa part, le défendeur sera contraint de respecter ladite maxime sous peine d'être pénalisé: en effet, on voit mal que le Tribunal ordonne un deuxième échange d'écritures pour le cas où le demandeur ne le souhaite pas. Dans cette même optique, l'article 215 PCS doit être rédigé différemment: appliqué sans restriction, il constitue une atteinte à la maxime de concentration, *a fortiori* précédé de l'article 214 PCS...

A cela s'ajoute qu'on peut se demander dans quelle mesure le tribunal ne devrait pas avoir la faculté de prévoir une procédure qui ne serait pas seulement écrite mais orale, ce qui peut se recommander lorsqu'on se trouve avec une partie inexpérimentée et sans avocat dans certains types de litiges (qui peuvent aussi être du ressort de la procédure ordinaire).

Uni NE: Comme déjà indiqué, on ne sait pas si formellement, la demande est adressée à la partie adverse et ne fait que transiter par le tribunal, ou si elle est adressée à ce tribunal, comme une requête. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'avant-projet ne mentionne pas ce qui distingue formellement une requête d'une demande au sens étroit. Ce point devrait être précisé.

Dans quelle mesure les conclusions peuvent-elles différer de celles prises dans la requête en conciliation ? Les conséquences procédurales de cette question ne sont pas négligeables, en particulier sur la litispendance et les montants pour lesquels une prescription pourrait être interrompue.

Comme déjà également mentionné, il nous paraît que d'exiger dans tous les cas une procuration écrite du représentant est excessif. Il suffit de mentionner que le tribunal peut requérir une procuration écrite, s'il le souhaite. Il convient de préciser qu'une procuration par fax ou e-mail suffit.

Uni ZH: Die Hauptkritik betr. die Regelung des Verfahrensablaufs richtet sich gegen den Vorschlag der Expertenkommission, der Schriftlichkeit den Vorrang vor der Mündlichkeit zu geben.

Im ordentlichen Verfahren findet für Klagebegründung, Klageantwort, Replik und Duplik im *Regelfall* ein schriftliches Verfahren statt. In den meisten Fällen wird sich ein Beweisverfahren vor einem Instruktionsrichter anschliessen. Den Abschluss bildet eine "Hauptverhandlung", die diesen Namen nicht verdient. M.E. ist auch für das ordentliche Verfahren im Grundsatz ein mündliches Verfahren vorzusehen. Die Beschränkung des Novenrechts ist sodann erst nach dem letzten Vortrag an der Hauptverhandlung anzusetzen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 21 ff.*

Art. 211

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Bei der Frist für die Einreichung der schriftlichen Klageantwort gemäss Art. 211 VE handelt es sich um eine richterliche Frist, die verlängert werden kann. Im französischen Begleitbericht (S. 105) wird daher zu Unrecht von "délai légal" (nicht verlängerbare, gesetzliche Frist) gesprochen statt von "délai judiciaire", was in der künftigen Botschaft korrigiert werden sollte.

Um die Aufzählung zu verkürzen, könnte Abs. 2 lit. b wie folgt formuliert werden:

*b. allfällige Einwendungen gegen die Fortführung des Prozesses gemäss Art. 54 ZPO.*

- BS: Gemäss Bericht (S. 105 oben) kann die beklagte Partei zunächst Einwendungen gegen die Fortführung des Prozesses erheben und/oder dem Gericht beantragen, das Verfahren vorerst auf solche Eintretensfragen zu beschränken (Art. 115). Wenn sich die beklagte Partei in der Klageantwort nur zum Eintreten äussert, das Gericht aber eine Beschränkung ablehnt, dann muss ihr eine weitere Frist für die Stellungnahme in der Sache angesetzt werden. Letzteres ergibt sich nicht klar aus den vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen von Art. 211 und 115. Wir schlagen Ihnen vor, in Art. 211 eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen.
- GR: Gemäss Abs. 1 handelt es sich bei der Frist zur Einreichung einer Klageantwort um eine richterliche Frist, die grundsätzlich verlängert werden kann. Trotzdem ist es unüblich, bei Fristen zur Einreichung einer Rechtsschrift bei Versäumnis automatisch eine Nachfrist ansetzen zu müssen. Dies fördert die Nachlässigkeit im Prozessverhalten der Parteien. Hinsichtlich der neuen Tatsachen und Beweismittel ist die Variante in lit. c wegzulassen. Massgebend muss lit. a sein, wonach neue Tatsachen und Beweismittel sofort nach Bekanntwerden vorgebracht werden müssen, damit kein prozesstaktisches Zuwarten möglich wird.
- LU: Bei den Erläuterungen sollte darauf hingewiesen werden, dass sich der Aufbau der Klageantwort an denjenigen der Klage zu halten hat.

Abs. 1: Die zur Abgabe der Klageantwort angesetzte Frist sollte dem Umfang der Klage angemessen sein. Die Regelung des Vorentwurfs wird dazu führen, dass die bisher in den meisten Kantonen praktizierten schematischen Fristansetzungen auch weiterhin Bestand haben, ebenso die gleichermassen schematischen Fristerstreckungsgesuche der Anwältinnen und Anwälte. Dies stellt einen prozessualen Leerlauf dar. Wir beantragen deshalb folgende Ergänzung: *"Das Gericht stellt die Klage der beklagten Partei zu und setzt ihr gleichzeitig eine dem Umfang der Klage angemessene Frist zur schriftlichen Beantwortung."*

Abs. 2c: Diese Bestimmung ist zu allgemein formuliert. Nachdem gemäss Artikel 210 Absatz 1b VE-ZPO in der Klage die einzelnen Tatsachenbehauptungen vorzutragen sind, kann von der beklagten Partei verlangt werden, dass sie zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen konkret Stellung nimmt. Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung vor: *zu jeder Tatsachenbehauptung der klagenden Partei eine Darlegung, ob und inwiefern diese bestritten wird.*

- NW: Abs. 2 lit. b: Wir beantragen eine analoge Lösung wie Art. 122 der Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden: *Die beklagte Partei kann die Rechtsantwort verweigern, wenn sie die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Gerichtes anfechten will, sowie wenn sie die Einrede der Rechtshängigkeit oder der rechtskräftigen Beurteilung des gleichen Streitgegenstandes erheben will (Abs. 1). Das Rechtsbegehren der beklagten Partei geht in diesem Fall dahin, dass auf die Klage nicht einzutreten sei (Abs. 2). Alle andern nichteinlässlichen Einreden gegen die prozessuale Zulässigkeit und wegen Mängeln der Klage und der Parteien sind mit der einlässlichen Rechtsantwort zu verbinden; hierüber*

*erlässt das Gericht vor oder in der Verhandlung die nötigen Anordnungen und Entscheide (Abs. 3).*

Begründung: Der Systematik des Gesetzes wäre es dienlich, das nichteinlässliche Verfahren explizit und an dieser Stelle zu regeln. Die nichteinlässliche Klageantwort sollte im Gesetz auch als solche bezeichnet werden, anstatt sie (nicht einmal ausdrücklich) unter Art. 115 VE ZPO zu subsumieren.

OW: Aus dem Gesetzestext ergibt sich nicht, ob eine sogenannte nichteinlässliche Klageantwort möglich ist. Dieses Institut hat sich in der Praxis bewährt (vgl. Art. 128 ZPO Obwalden; Art. 122 ZPO Nidwalden; § 202 Abs. 2 ZPO Luzern). Es wäre daher wünschenswert, wenn dieses Institut auch weiterhin zur Verfügung stehen würde.

TI: A differenza del CPC-Ti (art. 168) l'AP non fissa un termine minimo e un termine massimo per l'inoltro della risposta.

Sarebbe opportuno introdurre una specifica in questo senso e si propone il termine di *30 giorni prorogabili*.

VS: al. 2 let. b: Les exceptions de procédure doivent être opposées dans le délai de réponse, avant toute défense au fond.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: "Abs. 2 Bst. b: *allfällige Einwendungen gegen die Fortführung des Prozess wegen fehlender Prozessvoraussetzungen wie ..., sowie einen allfälligen Antrag auf vorläufige Beschränkung des Verfahrens auf die Frage des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen;*

*Abs. 4: Lehnt das Gericht die vorläufige Beschränkung des Verfahrens auf die Frage des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen ab, so setzt es der beklagten Partei nötigenfalls eine Frist zur Einreichung der Tatsachenbehauptungen und der diesbezüglichen Beweisanträge in der Sache.*

AVLU: Die zur Abgabe der Klageantwort angesetzte Frist sollte dem Umfang der Klage angemessen sein. Die Regelung des Vorentwurfs wird dazu führen, dass die bisher in den meisten Kantonen praktizierten schematischen Fristansetzungen auch weiterhin Bestand haben, ebenso die gleichermassen schematischen Fristerstreckungsgesuche der Anwälte. Dies stellt einen prozessualen Leerlauf dar. Abs. 1 ist daher wie folgt zu ergänzen:

<sup>1</sup> *Das Gericht stellt die Klage der beklagten Partei zu und setzt ihr gleichzeitig eine dem Umfang der Klage angemessene Frist zur schriftlichen Klageantwort.*

Abs. 2 lit. c ist zu allgemein formuliert. Nachdem gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b in der Klage die einzelnen Tatsachenbehauptungen aufzustellen sind, kann vom Beklagten verlangt werden, dass er zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen konkret Stellung nimmt. Art. 211 Abs. 2 lit. c sollte daher wie folgt formuliert werden:

*c. zu jeder Tatsachenbehauptung der klagenden Partei eine Darlegung, ob und inwiefern diese bestritten wird.*

FSA: Nous considérons qu'il faut donner au juge le pouvoir d'appréciation nécessaire pour permettre au défendeur, si les circonstances le justifient, de limiter sa réponse aux seules questions de recevabilité. Nous renonçons à en faire un droit pour le défendeur afin d'éviter que celui-ci n'en abuse à des fins dilatoires.

La FSA propose donc de supprimer l'art. 211 al. 2 let. b et d'ajouter un quatrième alinéa dont la teneur serait la suivante:

*al. 4 S'il se limite dans sa réponse à se déterminer sur une question de recevabilité ou un moyen de défense au fond, le défendeur l'indique en tête de son acte. Le tribunal peut inviter en tout temps, d'office ou sur requête, le défendeur à se déterminer sur l'ensemble de ses moyens de défense.*

Une durée minimum du délai de trois semaines pour le dépôt de la réponse doit être prévue dans la loi.

KassZH: Absatz 2 lit. b: Es sollte im Gesetz klargestellt werden, ob im Falle der Geltendmachung von Einwendungen gegen die Fortführung des Prozesses (Unzuständigkeit) die beklagte Partei sich in ihrer Klageantwort zunächst auf diesen Punkt beschränken darf und nicht Gefahr läuft, in der Folge - wenn das Gericht diesen Vorbringen nicht folgt - mit der materiellen Klageantwort (lit. c) ausgeschlossen zu werden. Der Bericht (S. 105) hält dazu fest, die beklagte Partei habe gestützt auf § 115 einen entsprechenden Antrag zu stellen; äussere sie sich in der Klageantwort (offenbar ohne vorab einen solchen Antrag zu stellen) nur zum Eintreten und lehne das Gericht in der Folge eine Beschränkung ab, müsse ihr eine weitere Frist zur materiellen Beantwortung der Klage angesetzt werden. Dem ist zuzustimmen; es rechtfertigt sich in jedem Fall, die Frage der strittigen Zuständigkeit plädieren zu lassen und darüber zu entscheiden, bevor weitere Vorträge in der Sache ergehen.

OAFRI: La disposition est insuffisante.

Manquent notamment:

- Les exceptions au fond,
- Les allégations propres du défendeur,
- Les oppositions aux moyens de preuve et les incidents,
- L'exercice des actions récursoires.

Toujours dans le souci d'uniformiser la procédure, il convient de préciser si les déterminations sur les allégations de la demande peuvent ou non contenir les allégations propres du défendeur.

SchKG-Vereinigung: Abs. 2: Das Gericht sollte es dem Beklagten erlauben können, die Prozessvoraussetzungen vorweg zu bestreiten.

Uni LA: Al. 1: Contrairement à ce qu'indique le commentaire, le délai prévu par cette disposition n'est pas un délai légal.

Art. 212

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In gewissen Fällen ist die Sachlage klar, so dass keine Verhandlung nötig ist. Absatz 2 sollte daher wie folgt lauten: "*Nach unbenutzter Nachfrist wird ohne weiteres zur Hauptverhandlung vorgeladen, sofern eine solche für Beweisabnahmen nötig ist*".

AR: Falls alle rechtserheblichen Fragen geklärt und weitere richterliche Abklärungen zum Sachverhalt überflüssig sind, kann auf die Hauptverhandlung verzichtet werden. In diesem Sinn ist Abs. 2 zu ergänzen.

BE: Die in Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit, eine Nachfrist für die Klageantwort zu gewähren, erscheint auf den ersten Blick als Bevorzugung der Beklagten, ist aber ein angemessenes Pendant zu Art. 90 Abs. 4 VE, der für den Kostenvorschuss der klägerischen Partei ebenfalls eine Nachfrist vorsieht. Der sich aus den beiden Bestimmungen ergebende Interessenausgleich muss auch für die Widerklage gelten (Möglichkeit der Nachfrist für den Kostenvorschuss betreffend die Widerklage und für die Widerklageantwort).

Nachdem Art. 142 Abs. 3 VE das Gericht zum Hinweis auf die Säumnisfolgen verpflichtet, wäre es angezeigt, die Folgen der Antwortsäumnis jedenfalls in der künftigen Botschaft, besser aber im Gesetzestext, konkret zu beschreiben. Das Gesagte muss umso mehr gelten, als die aus bernischer Sicht eher restriktive Regelung des Novenrechts gemäss Art. 215 VE der beklagten Partei bei Antwortsäumnis die spätere Geltendmachung von (bekanntem) Sachverhalt und (bekanntem) Beweismitteln verbieten dürfte.

BS: Der Klarheit halber sollte erwähnt werden, dass die kurze Nachfrist unerstreckbar ist. Zudem plädieren wir zur Förderung der Prozessökonomie für eine strengere Linie und schlagen vor, dass die Fristversäumnis für die säumige Partei mindestens Kostenfolgen (z.B. im Sinne einer pauschalen Überbindung eines Teils der ordentlichen Kosten) nach sich zieht.

LU: Abs. 1: Wir beantragen, auf das Ansetzen einer kurzen Nachfrist bei versäumter Klageantwort zu verzichten.

Abs. 2: Im Gegensatz zur vorgeschlagenen Regelung muss es unseres Erachtens möglich sein, nicht nur zu einer Hauptverhandlung, sondern ohne weiteres zu einer Vorbereitungsverhandlung (besser: Instruktionsverhandlung) vorzuladen. Wir regen an, dem Gericht zu überlassen, ob eine Hauptverhandlung oder eine Instruktionsverhandlung angesetzt werden soll. Bei beiden Verhandlungsarten müssen die gleichen Säumnisfolgen angedroht werden können. Hat eine beklagte Partei keine Klageantwort eingereicht, ist erfahrungsgemäss die Wahrscheinlichkeit gross, dass sie auch nicht zur Verhandlung erscheint. Es ist wenig sinnvoll, dass das vollständig besetzte Gericht tagt.

SH: Falls alle rechtserheblichen Fragen geklärt und weitere richterliche Abklärungen zum Sachverhalt überflüssig sind, kann auf die Hauptverhandlung verzichtet werden. In diesem Sinn ist Abs. 2 zu ergänzen.

TG: Abs. 2: Falls alle rechtserheblichen Fragen geklärt und weitere richterliche Abklärungen zum Sachverhalt überflüssig sind, kann auf die Hauptverhandlung verzichtet werden. In diesem Sinne ist Abs. 2 zu ergänzen.

TI: Cpv. 1: La Commissione propone di abolire il sistema del termine di grazia e pertanto va tolto il cpv. 1 dell'art. 212 CPC, che avrà pertanto la seguente nuova formulazione: "*Se il termine per la risposta decade infruttuosamente, le parti vengono senz'altro citate al dibattimento*".

Cpv. 2: l'AP non prevede più la preclusione per mancata presentazione della risposta, entrambe le parti vengono citate al dibattimento e possono notificare le prove, che vengono assunte nei limiti dell'art. 145 cpv.3 CPCF). Giusta il CPC-Ti (art. 169) invece la parte preclusa non è invitata all'udienza preliminare e non può indicare mezzi di prova.

ZG: Auf die Ansetzung einer Nachfrist ist zu verzichten. Diese Bestimmung ist zu streichen.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Le bref délai impartit en cas de défaut de réponse va à l'encontre de la volonté légitime de raccourcir les procès. Cette mesure doit être supprimée, d'autant plus que les parties peuvent demander la restitution de délai.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Die Nachfrist ist in den dringenden Verfahren gemäss Art. 118 auszuschliessen.

OAFRI: Cette disposition apparaît inutile si l'on introduit l'institution du délai de grâce, selon la proposition qui est faite ad art. 137.

OGZH: Das Verfahren scheint uns etwas schwerfällig in den (nach unserer Praxis häufigen) Fällen, wo die beklagte Partei sich nicht äussert, um ganz einfach bis zur Eröffnung des Konkurses noch etwas Zeit zu gewinnen. Die klagende Partei hat Anspruch auf einen Vortrag, und darum kann die Hauptverhandlung nicht ohne weiteres entfallen; wenn die Sache aber bereits spruchreif ist, sollte keine weitere Verhandlung (mit einer der beklagten Partei zuzustellenden Vorladung) erforderlich sein.

Vorschlag:

<sup>2</sup> *Nach unbenutzter Nachfrist fällt das Gericht sofort den Endentscheid, wenn die Sache spruchreif ist; andernfalls wird zur Hauptverhandlung vorgeladen.*

Uni LA: Il ne se justifie pas d'impartir d'office un délai supplémentaire à la partie qui n'a pas procédé dans le délai de réponse fixé, prolongeable et restituable (cf. rem. ad art. 90 AP).

L'al. 2, que le commentaire n'explicite pas, semble impliquer qu'en l'absence de réponse déposée en temps utile, on passe directement à l'audience de jugement. Cela signifie-t-il qu'il n'y a ni débats préparatoires ni ordonnance de preuves ? Cette solution pourrait trouver un appui dans l'art. 145 al. 3 CPC, mais alors comment le tribunal organisera-t-il la preuve des allégués de la demande de la véracité desquels il estimerait avoir des raisons de douter ? Ces problèmes non résolus confirment l'insuffisance de la réglementation proposée en matière de défaut.

Uni NE: L'article 212 indique que le tribunal notifie la demande au défendeur et lui impartit un délai pour déposer sa réponse par écrit. A notre sens, par souci d'unification, il conviendrait que le délai pour le dépôt de la réponse soit mentionné dans la loi. Il pourrait s'agir de 30 jours. A l'article 137, qui prévoit que les délais légaux ne peuvent pas être prolongés, il faudrait, en plus de la possibilité offerte par l'article 212 al. 1, prévoir que les parties peuvent convenir, avant l'échéance du délai, de proroger celui-ci, à tout le moins à 2 reprises.

### Art. 213

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Aus der vorgeschlagenen Formulierung ist nicht eindeutig ersichtlich, ob die Klageantwort und die Widerklage in zwei getrennten Rechtsschriften oder aber in einer einzigen Rechtsschrift einzureichen sind. Wir bevorzugen eine Regelung, wonach Klageantwort und Widerklage in derselben Rechtsschrift zu begründen sind.

TI: Cpv. 2: l'AP concede la possibilità di introdurre la riconvenzionale a partire dalla litispendenza e, al più tardi, con la risposta (dove andrà motivata e sostanziata). Questo a differenza del CPC (art. 173 cpv. 1), giusta il quale la riconvenzionale può essere proposta *solo* con la risposta.

Si propone, in linea a quanto detto più sopra, di abolire questo capoverso, essendo infatti convinzione della Commissione che la riconvenzionale possa essere proposta unicamente con la risposta.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Folgen der nicht eingereichten Widerklage sollten dargelegt werden: Wegfall der Rechtshängigkeit und Ausschluss eines zweiten Schlichtungsverfahrens, damit Zwang zur späteren direkten Klageeinreichung mit unmittelbar entstehender Fortführungslast, Wegfall der Fristwahrung bei befristet geltend zu machenden Ansprüchen.

AVLU: Aus der vorgeschlagenen Formulierung ist nicht eindeutig ersichtlich, ob die Klageantwort und die Widerklage in zwei getrennten Rechtsschriften oder aber in einer einzigen Rechtsschrift einzureichen sind. Eine Regelung, wonach Klageantwort und Widerklage in derselben Rechtsschrift zu begründen sind, wäre vorzuziehen.

OAFRI: La disposition ne précise pas si la demande reconventionnelle est formulée dans la réponse ou dans un mémoire séparé. La première solution paraît préférable.

#### Art. 214

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Ein doppelter Schriftenwechsel verlängert und verteuert das Verfahren erheblich. Ihn als Normalfall vorzusehen, rechtfertigt sich daher nicht. Zusammen mit dem eher restriktiven Novenrecht (Art. 215 VE), das neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur bis zum Abschluss des Schriftenwechsels zulässt, ergibt sich zudem eine Verfahrensstrenge, die insbesondere für Laien, die nicht anwaltlich verbeiständet sind, nachteilig sein kann. Diese Strenge steht zudem in auffälligem Kontrast zur wesentlich mildereren Lösung des vereinfachten Verfahrens, für das Art. 238 Abs. 2 VE den einfachen Schriftenwechsel vorschreibt, Art. 241 Abs. 1 VE aber die Einbringung von Tatsachen und Beweismitteln bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung erlaubt.

Als vermittelnde Lösung wird daher eine Regelung vorgeschlagen, die im Grundsatz einen einfachen Schriftenwechsel und als Ausnahme einen zweiten Schriftenwechsel vorsieht und zwar auch für das vereinfachte Verfahren (Art. 238 Abs. 2 VE). So kann der Entscheid über die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels den Gerichten überlassen und auch die Strenge des Novenrechts gemildert werden (vgl. die Bemerkungen zu Art. 215). Abs. 1 von Art. 214 VE könnte daher wie folgt lauten:

*<sup>1</sup>Hält das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel für erforderlich, so gibt es den Parteien Gelegenheit zur Replik und Duplik; bei Verzicht auf die Replik entfällt die Duplik.*

Abs. 2 kann beibehalten werden.

BS: Gemäss Bericht entfällt die Replik, wenn keine Klagbeantwortung eingereicht worden ist. Dies ist an sich logisch, wird aber im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt. Logisch ist aber auch, dass bei Verzicht auf die Replik die Duplik entfällt, was im Gesetzestext wiederum ausdrücklich erwähnt wird. Unseres Erachtens sollte entweder beide Fälle ausdrücklich erwähnt werden oder dann keiner.

GE: L'art. 214 PCS paraît hautement critiquable puisqu'il prévoit un droit sans restriction des parties à obtenir un deuxième échange d'écritures (réplique et duplique). Une telle faculté n'est pas souhaitable et conduira sans aucun doute à des abus. Le demandeur pourra en effet limiter volontairement sa demande aux fins de "laisser venir" le défendeur, certain de pouvoir produire une deuxième écriture. Cela nous semble ouvrir la porte à une remise en cause sérieuse de la maxime de concentration qui contraint chaque partie à exposer d'entrée de cause l'ensemble de ses moyens, exceptions et objections.

Pour sa part, le défendeur sera contraint de respecter ladite maxime sous peine d'être pénalisé: en effet, on voit mal que le tribunal ordonne un deuxième échange d'écritures pour le cas où le demandeur ne le souhaite pas. Dans cette même optique, l'art. 215 PCS doit être rédigé différemment: appliqué sans restrictions, il constitue une atteinte à la maxime de concentration, *a fortiori* précédé de l'art. 214 PCS.

A cela s'ajoute qu'on peut se demander dans quelle mesure le tribunal ne devrait pas avoir la faculté de prévoir une procédure qui ne serait pas seulement écrite mais orale, ce qui peut se recommander lorsqu'on se trouve avec une partie inexpérimentée et sans avocat dans certains types de litiges (qui peuvent aussi être du ressort de la procédure ordinaire).

JU: La disposition manque de souplesse. Il est préférable de prévoir que le tribunal peut donner aux parties l'occasion de répliquer et de dupliquer (al. 1). Si ce n'est pas le cas, la réplique et la duplique ont lieu au début de l'audience des débats (premières plaidoiries).

En outre, même si un deuxième échange d'écritures a été ordonné, les parties doivent encore pouvoir s'exprimer en premières plaidoiries au début des débats principaux, ce qui implique une modification de l'article 220 AP.

Indépendamment de la problématique des faits et moyens nouveaux et de celle de la modification de la demande, il s'agit de ne pas figer l'objet du procès avant que ne débutent réellement les débats et l'administration des preuves.

LU: Abs. 1: Es soll dem Gericht überlassen werden, einen zweiten - allenfalls bloss auf bestimmte Punkte beschränkten - Rechtsschriftenwechsel anzuordnen. Wir schlagen eine Regelung analog § 205 ZPO/LU und folgenden Wortlaut vor: "Das Gericht kann einer oder mehreren Parteien jederzeit Gelegenheit zur Einreichung einer weiteren Rechtschrift geben, allenfalls beschränkt auf bestimmte Tatsachen oder Streitpunkte. Dabei ist der gleichmässige Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör zu wahren."

Abs. 2: Mündliche Replik und Duplik gehören in erster Linie in eine Instruktion-verhandlung. Es macht unseres Erachtens wenig Sinn, dass die Beweiserhebung an ein Mitglied des Gerichts delegiert werden kann und die mündliche Ergänzung der tatsächlichen Vorbringen immer vor dem Kollegium erfolgen muss.

SO: Eine generelle Einführung von (schriftlicher) Replik und Duplik erachten wir als übertrieben, vor allem wegen der zu erwartenden Mehrkosten für den Rechtsuchenden. Wir würden es vorziehen, wenn im Gesetz statuiert würde, dass Replik und *Duplik in der Regel* mündlich an der Hauptverhandlung vorgebracht werden.

TI: In virtù degli artt. 175 e 176 CPC-Ti le parti hanno *sempre* la possibilità di replicare e duplicare, mentre nell'AP è il tribunale che ne concede la facoltà alle parti.

La Commissione propone di conferire *sempre* alle parti il diritto di replicare e duplicare entro il termine di 30 giorni, senza possibilità di proroga (perentorio). Sarà così salvaguardato il principio della celerità e, d'altra parte, si permetterà così alle parti di debitamente completare il loro onere di allegazione (Substantierungspflicht).

Cpv. 2: Si tratta di una misura di accelerazione da aggiungere a quelle previste all'art. 118 (ma senza che sottostia ai limiti previsti in quella norma), che crea un avvicinamento tra la procedura ordinaria e quella semplificata (art. 239 CPCF).

Vi è in questa possibilità di replica e duplica orale il rischio di penalizzare la parte convenuta, che dovrà duplicare oralmente e seduta stante (mentre l'attrice ha potuto preparare la replica e, verosimilmente, produrrà all'udienza un riassunto scritto della stessa). Per evitare un simile rischio si dovrà allora prevedere la possibilità di assegnare alla convenuta un termine per presentare la duplica per iscritto.

E' allora auspicabile di riformulare il cpv. 2 nei seguenti termini: "Il tribunale può ordinare che la replica e la duplica abbiano luogo oralmente al dibattimento. Ciò non preclude al giudice la possibilità di comunque riassegnare alle parti un termine adeguato per presentare replica e duplica per iscritto."

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Le second échange d'écriture devrait être réservé au cas où il y a une demande reconventionnelle. Une telle solution serait plus légère.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: Cette disposition a fait l'objet d'intenses discussions. La FSA considère qu'il fallait *laisser au juge le soin de décider* si un second échange d'écritures devait avoir lieu (alors que l'avant-projet donne le droit de répliquer et, en principe, de dupliquer). Souvent, le second échange d'écritures n'apporte pas d'éléments nouveaux tout en allongeant sensiblement le procès. La FSA propose donc le nouveau texte suivant:

<sup>1</sup> *Le tribunal peut ordonner un échange supplémentaire d'écritures (réplique et duplique).*

On pourrait en outre préciser que le juge doit ordonner cet échange supplémentaire lorsque le défendeur forme une demande reconventionnelle.

En revanche, deux conceptions se sont opposées et aucune majorité n'a réussi à se former en ce qui concerne *l'alinéa 2* de cette disposition. Les uns ont soutenu l'avant-projet et la faculté pour le juge d'ordonner une réplique et une duplique orale lors des débats principaux alors que les autres, égaux en nombre, sont restés partisans de l'écrit.

KassZH: Der VE geht davon aus, dass eine Partei mit ihrem Vortrag ausgeschlossen ist, soweit die Gegenseite auf ihren vorangehenden Vortrag verzichtet hat (d.h. keine Replik bei Verzicht auf Klageantwort, keine Duplik bei Verzicht auf Replik). Dies ist insoweit berechtigt, als die betreffende Partei in diesem Fall *nicht auch mit neuen Beweismitteln ausgeschlossen ist*. Mit anderen Worten muss unter der hier geltenden Systematik, wonach die Beweismittel spätestens mit Replik bzw. Duplik zu bezeichnen bzw. einzureichen sind (Art. 215), für die Parteien im Falle, dass es zu keiner Replik und/oder Duplik kommt, wenigstens die Möglichkeit bestehen, noch (weitere) Beweise zu ihren bereits mit der Klagebegründung bzw. Klageantwort aufgestellten Behauptungen zu nennen.

OAFRI: Al. 2: Il convient que les "réplique" et "duplique" orales soient verbalisées.

VbernGerichtsschreiber: Den zweiten Schriftenwechsel als Regelfall vorzusehen, geht eindeutig zu weit. Die damit verbundene Verfahrensverzögerung und -verteuerung sowie die offenkundige Gefahr unnötiger Weiterungen und Wiederholungen stehen in keinem Verhältnis zum Nutzen. Es muss genügen, wenn das Gericht auf Antrag einer der Parteien oder von Amtes wegen einen zweiten Schriftenwechsel anordnen kann. Müsste stets ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden, würde dies das Verfahren beträchtlich verzögern, zumal erfahrungsgemäss Fristverlängerungsgesuche häufig gestellt werden - gerade von anwaltlich vertretenen Parteien. Im Jahre 2000 hat die Berner Justiz eine Umfrage unter Verfahrensbeteiligten (Parteien, Anwälte, Zeugen, Auskunftspersonen, Gutachter) über deren Meinung zur Arbeit der Gerichte durchgeführt. Als Hauptkritikpunkt wurde eindeutig die zu lange Verfahrensdauer genannt. Solchen Bedenken gilt es in der neuen schweizerischen ZPO Rechnung zu tragen. Wo immer möglich, ist dem Beschleunigungsgebot zum Durchbruch zu verhelfen.

Einer Klage gehen in der Regel nicht nur ein Schlichtungsverfahren, sondern auch eine aussergerichtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien voraus. Es ist daher der klagenden Partei zumutbar, bereits in der Klageschrift den voraussehbaren Vorbringen der beklagten Partei zu begegnen. Im Übrigen genügt es in den meisten Fällen vollauf, wenn anlässlich der Hauptverhandlung zur Klageantwort Stellung genommen werden kann. Die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels wird sich nur dort aufdrängen, wo die Verhältnisse kompliziert sind.

Nach dem VE kann das Gericht zwar anordnen, dass Replik und Duplik mündlich an der Hauptverhandlung erfolgen; insofern scheint den eingangs geäusserten Bedenken Rechnung getragen. Mit dem zweiten Schriftenwechsel als Regelfall wird aber signalisiert, dass es sich dabei um einen Anspruch handelt, über den nur im Ausnahmefall hinweggegangen werden darf. Regel- und Ausnahmefall sind deshalb auszutauschen: einfacher Schriftenwechsel im Regelfall, zweiter Schriftenwechsel im Ausnahmefall.

Uni NE: Concernant la réplique et la duplique, à nouveau, il nous paraît qu'il devrait s'agir d'un droit absolu des parties. Ces actes devraient dans tous les cas être formulés par écrit. Des réplique et duplique orales pour des procès portant sur des montants importants ne paraissent pas adéquates; il est toujours difficile de déterminer ce qui a été allégué ou non dans ces conditions. De même, il faudrait que le délai de réplique et duplique soit mentionné expressément dans la loi.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Das Fragerecht, wie wir es verstehen, soll kein Einfallstor für eine unbeschränkte Zulassung von Noven sein. Lit. b ist zu streichen, denn er führt de facto zur Abschaffung des Verhandlungsgrundsatzes.

Auch der Vorschlag für eine lit. c wird von uns abgelehnt, weil diese Regelung zu unnötigen Prozessverzögerungen führen würde. Neue Tatsachen und Beweismittel sollen nur dann zulässig sein, wenn ihr Vorbringen vorher nicht möglich war. Die Parteien müssen die Disziplin aufbringen, den Prozessstoff ordentlich und komplett zu sammeln. Weiter kann die Aufnahme von lit. c dazu führen, dass wichtige, durch Urkunden sofort beweisbare Tatsachen aus prozesstaktischen Gründen erst später in den Prozess eingebracht werden.

AR: Der unbestimmte Rechtsbegriff "sofort" ist im Interesse einer rechtsgleichen Anwendung zu vermeiden. Wir schlagen vor, dass neue Tatsachen und Beweismittel "innert zehn Tagen" nach Kenntnisaufnahme vorzubringen sind.

Auf die Bestimmung von Abs. 2 lit. C ist zu verzichten; was bei zumutbarer Sorgfalt bereits früher hätte vorgebracht werden können, soll unter keinen Umständen nachgeholt werden können. Zumindest müsste verlangt werden, dass für später vorgebrachte Tatsachen der Urkundenbeweis früher nicht möglich war.

BE: Neue Tatsachen und Beweismittel sind in der schriftlichen Replik und Duplik uneingeschränkt zulässig (Abs. 1), später nur unter bestimmten Voraussetzungen (Abs. 2). Erfolgt nun aber die Replik und Duplik auf Anordnung des Gerichts mündlich (Art. 214 Abs. 2 VE), dann müssen die Parteien gemäss Art. 215 Abs. 1 VE noch an der Hauptverhandlung uneingeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen können (vgl. den Begleitbericht zu Art. 220 VE, S. 109). Damit fällt der Zeitpunkt, bis zu welchem neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können, bei schriftlicher und mündlicher Replik bzw. Duplik auseinander. Das ist zwar nicht erfreulich, aber hinzunehmen mit Blick auf die höchst unterschiedlichen kantonalen Regelungen zum Novenrecht und zur Klageänderung. Wird Art. 214 VE über den Schriftenwechsel im dort erwähnten Sinne geändert, so kann das Novenrecht gemäss Art. 215 VE beibehalten werden. Ändern müsste hingegen das Novenrecht gemäss Art. 241 VE für das vereinfachte Verfahren.

Ausdrücklich zu begrüssen ist die Zulassung von Noven, die durch das gerichtliche Fragerecht veranlasst worden sind (Abs. 2 lit. b), und solcher, die durch Urkunden sofort beweisbar sind (Variante gemäss Abs. 2 lit. c). Beides mildert die in zeitlicher Hinsicht eher restriktive Regelung des Novenrechts in Art. 215 VE.

Sollte Art. 214 VE über die Replik/Duplik nicht im erwähnten Sinne geändert werden, müsste eine mildere Novenrechtsbestimmung ins Auge gefasst werden, die z.B. wie folgt lauten könnte:

Art. 215 Neue Tatsachen und Beweismittel

*<sup>1</sup>Echte neue Tatsachen und Beweismittel sind stets zulässig, sofern sie sofort vorgebracht werden.*

<sup>2</sup>*In der schriftlichen Replik und Duplik können unechte neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden.*

<sup>3</sup>*Nach dem gerichtlich angeordneten Schriftenwechsel bis zur Hauptverhandlung können unechte neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden, wenn sie dem Gericht und der Gegenpartei so zeitig mitgeteilt werden, dass die Gegenpartei die erforderliche Erkundigung und das Gericht allfällige Beweis-anordnungen auf die Verhandlung hin vornehmen können.*

<sup>4</sup>*Später werden unechte neue Tatsachen und Beweismittel nur berücksichtigt, wenn*

*a. sie sofort vorgebracht werden und ihr Vorbringen auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher möglich war; oder*

*b. sie durch Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind; oder*

*c. die neue Tatsache durch Urkunden sofort beweisbar ist.*

BL: Antrag: Streichung von Buchstabe c.

BS: Auf die von der Expertenkommission vorgeschlagene zusätzliche Bestimmung, wonach neue Tatsachen auch nach Replik und Duplik berücksichtigt werden müssen, wenn sie durch Urkunden sofort beweisbar sind, ist zu verzichten. Damit würde die Eventualmaxime vollständig ausgehöhlt und den Parteien die Möglichkeit für Überraschungscoups eingeräumt. Auch würde die Bestimmung zu einer Ungleichbehandlung der Parteien führen, ist doch nicht einzusehen, weshalb neue Tatsachen, die nicht sofort beweisbar sind, nur beschränkt berücksichtigt werden können, die sofort beweisbaren jedoch ohne Einschränkung Beachtung finden dürfen.

JU: *Compte tenu des remarques qui précèdent ad art. 214, les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être recevables jusqu'aux premières plaidoiries au début des débats principaux.*

Pour le surplus, nous sommes favorables à la réglementation proposée à l'alinéa 2 concernant la production ultérieure des faits et moyens de preuve nouveaux, en particulier à la lettre c portant sur l'allégation de nova.

LU: Die zeitliche Beschränkung des Novenrechts in erster Instanz auf den Rechtschriftenwechsel ist zu restriktiv. Sie zwingt die Parteien dazu, alle auch bloss möglicherweise relevanten Tatsachen und Beweise in den ersten beiden Rechtsschriften anzuführen, was das Prozessieren aufwendiger und kostspieliger macht. Die vorgeschlagene restriktive Regelung steht im Widerspruch zur materiellen Wahrheitsermittlung, die der Vorentwurf (vgl. z.B. Art. 51 VE-ZPO) unterstützen will. Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Als Alternative bietet sich die in mehreren Kantonen bewährte Regelung an, Noven bis zum (vom Gericht erklärten) Schluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens generell zuzulassen, Mehrkosten aber der sie verursachenden Partei zu überbinden (vgl. auch §§ 206 und 207 ZPO/LU). Unsorgfältiges Prozessieren soll nicht mit Rechtsverlust, sondern mit den Mehrkosten sanktioniert werden. Die Erfahrung zeigt, dass Noven selten nach Replik und Duplik vorgebracht werden. Allfällige Verzögerungen, welche durch nachträgliche Beweisanträge entstehen, sind im Vergleich mit den anderweitig beanspruchten Verfahrenszeiten von untergeordneter Bedeutung.

Es macht zudem wenig Sinn, dem Gericht im Rahmen der im Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime grosse Kompetenzen für die eigene Erforschung

der materiellen Wahrheit einzuräumen (vgl. Art. 45 Abs. 2, Art. 51 und Art. 61 VE-ZPO), gleichzeitig aber den Parteien durch ein stark eingeschränktes Novenrecht eigene Beiträge zur Wahrheitsfindung zu versagen.

Abs. 1a: Unklar ist, wie die Formulierung "auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher möglich" zu interpretieren ist. Es stellt sich insbesondere die Frage, welchen Nachforschungsaufwand eine Prozesspartei im Vorfeld eines Prozesses bei Dritten betreiben muss, um Unterlagen oder Informationen in die ersten Rechtsschriften einbauen zu können, damit sie sich bei späterem Vorbringen nicht den Vorwurf der fehlenden Sorgfalt entgegen halten lassen muss. Diese Unklarheiten werden durch die Regelung der Wiederherstellung in Artikel 143 Absatz 1 VE-ZPO noch verstärkt, lässt dieser doch – in der von uns kritisierten Fassung – die Wiederherstellung auch bei "leichtem Verschulden" zu. Es stellt sich die Frage, ob bei leichtem Verschulden die zumutbare Sorgfalt nach Artikel 215 Absatz 2a VE-ZPO noch eingehalten worden ist oder nicht.

Abs. 1b: Durch diese Regelung wird dem Gericht eine seine Unparteilichkeit gefährdende Stellung als Hilfestellerin für die eine oder andere Partei eingeräumt. Ausserdem wird dadurch diejenige Partei, die unklar, unvollständig oder widersprüchlich prozessiert hat, im Vergleich zur korrekt prozessierenden Gegenpartei mit der nachträglichen Zulassung von Noven sogar noch belohnt. Alle diese Probleme stellen sich nicht, wenn das Novenrecht beiden Parteien bis zum Beweisschluss zugestanden wird.

NW: Abs. 2:

1. Das erste Wort des Absatz 2 ("Später") ist durch eine genaue Angabe, bis wann neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden können, zu ersetzen. Der Artikel könnte in Analogie zu Art. 241 Abs. 2 VE ZPO etwa so lauten: *Bis zur Urteilsberatung sind neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, wenn: [...].*

2. Variante c. ersatzlos streichen.

Begründung: Unbestimmte Rechtsbegriffe wie hier das Wort "Später" sind zu vermeiden.

OW: Ausgehend davon, dass im Prozess die materielle Wahrheit ermittelt werden soll, müssen neue Tatsachen und Beweismittel auch in einem spätern Prozessstadium zugelassen werden. Wird ein für den Prozessausgang entscheidendes Beweismittel verspätet, aber noch vor dem Urteil eingereicht, ist dieses unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen. Diesem Bedürfnis kommt der Vorentwurf in Art. 215 nach. Die Variante ohne lit. c ist zu bevorzugen. Die Parteien müssen sich bewusst sein, dass ein Prozess sorgfältig zu führen ist. Sie sollen auch Urkunden so früh wie möglich auflegen. Das Auflegen immer neuer Beweise führt zu einer unnötigen Verzögerung des Prozesses, welche insbesondere der Gegenpartei nicht zumutbar ist. Ein allzu langes Novenrecht widerspricht auch dem Grundsatz, dass Prozessverfahren beförderlich durchzuführen sind. Parteien, die aber aus achtenswerten Gründen nicht in der Lage waren, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, können dies nach Art. 215 Abs. 2 lit. a auch zu einem spätern Zeitpunkt tun.

SG: Abs. 2 Bst. a: Der unbestimmte Rechtsbegriff "sofort" ist im Interesse einer rechtsgleichen Anwendung zu vermeiden. Wir schlagen vor, dass neue Tatsachen und Beweismittel *innert zehn Tagen* nach Kenntnisaufnahme vorzubringen sind.

Abs. 2 Bst. c: Auf diese Bestimmung ist zu verzichten; was bei zumutbarer Sorgfalt bereits früher hätte vorgebracht werden können, soll unter keinen Umständen nachgeholt werden können. Wenigstens müsste verlangt werden, dass für später vorgebrachte Tatsachen der Urkundenbeweis früher nicht möglich war.

SH: Die Variante für eine zusätzliche Bestimmung Abs. 2 lit. c ist vehement abzulehnen. Die einseitige Berücksichtigung des Beweismittels "Urkunde" als Novum unter Voraussetzungen, die auf einer Zufälligkeit beruhen, ist ausgesprochen störend. Zudem wird die Möglichkeit der Manipulation gefördert (taktisches Zurückhalten oder gar rechtswidriges Beschaffen von Urkunden).

SO: Wir stimmen der vorgeschlagenen Novenregelung grundsätzlich zu.

Die als Variante vorgeschlagene zusätzliche Bestimmung in lit. c, wonach neue Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn sie durch Urkunden sofort beweisbar sind, lehnen wir ab. Damit würde man taktischen Spielen von Parteien Vorschub leisten. Es könnten Urkunden zurückbehalten, überfallartig an der Hauptverhandlung eingereicht und damit die Stellung der Gegenpartei verschlechtert werden (Schaffung eines Anreizes für taktische Manöver, welche die Stellung der Gegenpartei verschlechtern). Wir sind daher gegen diesen Vorschlag.

TG: Wir befürworten die Zulassung von Noven gemäss der Variante von Abs. 2 lit. c. Im Interesse einer einigermaßen effizienten Prozessleitung sind Novenbeschränkungen zwar unerlässlich, hingegen ist das Zulassen sofort beweisbildender Urkunden eine vernünftige Konzession im Bestreben nach einem möglichst "richtigen" Entscheid.

TI: Cpv. 1: Si tratta esattamente del sistema oggi in essere in Ticino.

L'altro scenario ipotizzabile sarebbe quello di permettere con la replica unicamente di prendere posizione sulle novità di risposta e idem per quanto concerne la duplica.

La Commissione concorda con la soluzione del progetto.

Cpv. 2: lett. a): +/- = art. 138 CPC-Ti (restituzione in intero). Questa norma vale soltanto per gli *unechte Nova*, ossia fatti e prove che potevano essere addotte già prima della replica e non lo sono state. A contrario, la produzione di *echte Nova*, ossia fatti e prove emersi unicamente dopo lo scambio degli allegati introduttivi è sempre ammessa, senza necessità di alcuna giustificazione.

Let. b): con questa premessa ha un significato unicamente per gli *unechte Nova*, nel senso che è così superata la questione della diligenza richiesta dalla let. a).

Let. c): (Variante) prevede un nuovo motivo legale di "giustificazione" (anche in caso di negligenza della parte), ossia quando il nuovo fatto può essere subito provato con la produzione del nuovo documento. Questo per evitare che il Tribunale debba decidere "entgegen klarer Verhältnisse".

Cpv. 3: Occorre precisare quando la controparte potrà esprimersi in proposito. La Commissione ritiene che, in linea di principio, ciò debba avvenire al Dibattimento.

UR: Bei Artikel 215 EZPO unterstützen wir die Variante. Dies nicht zuletzt mit Blick auf die Leitlinie des Vorentwurfs, den Bedürfnissen der Praxis und dem Zweck des Prozesses zu entsprechen.

ZG: Abs. 2: Auf die Variante (Bst. c) ist zu verzichten.

ZH: Bei der Frage, inwieweit während des Prozesses neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können (Novenrecht), betont der Vorentwurf das Ziel der raschen Prozesserledigung zu stark. So sollen gemäss Art. 215 Abs. 2 neue Tatsachen und Beweismittel nach Durchführung von Replik und Duplik nur zulässig sein, wenn sie auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (lit. a) oder wenn sie durch Ausübung des richterlichen Fragerechts veranlasst worden sind (lit. b). Zwar liegt es auch im Interesse der Parteien, abgeschlossene Verfahrensphasen nicht beliebig zu wiederholen. Indessen sind wir der Ansicht, dass es eines modernen Zivilprozesses nicht würdig ist, wenn das Gericht neue Tatsachenbehauptungen, die sofort durch Urkunden bewiesen werden können, nicht berücksichtigen darf. In diesem Sinne befürworten wir die Ergänzung von Art. 215 Abs. 2 mit dem als Variante vorgeschlagenen Buchstaben c. Die entsprechende Regelung in § 115 Ziffer 2 der Zürcher ZPO bewährt sich seit Jahren: Nach der Stellungnahme des Obergerichts zu Art. 215 führt das höchst selten zu Verzögerungen oder Erschwerungen des Verfahrens. Über die Variante hinaus sollten Noven uneingeschränkt stets dann zugelassen werden, wenn ein Fall der Untersuchungs- oder der Officialmaxime unterliegt (vgl. § 115 Ziffer 4 ZPO). Wenn ein Gericht verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so rechtfertigt es sich auch, dass die Parteien jederzeit neue Behauptungen vorbringen und Beweismittel anbieten können. Für einen Formulierungsvorschlag verweisen wir auf die Stellungnahme des OG zu Art. 215. Einen besonderen Akzent erhält die Novenfrage bei mündlicher Replik und Duplik. Die Überlegungen, wie sie in der Stellungnahme der DJZ zu Art. 215 dargestellt sind, überzeugen uns und sollten berücksichtigt werden.

In ähnlicher Weise stellt sich das Problem der Zulässigkeit von Noven im Rechtsmittelverfahren, hier betont durch die Frage, ob auch solche neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können, die bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können (so genannte unechte Noven). Der Vorentwurf (Art. 297 und 306) schliesst das aus und fällt damit hinter die Neuerung zurück, die kürzlich für das Scheidungsverfahren eingeführt worden ist (vgl. Art. 138 ZGB). Auch hier möchten wir das Gebot der Wahrheitsfindung stärker betonen (vgl. auch Stellungnahme der DJZ zu Art. 297).

Für jede einen Beweisaufgabebeschluss vorbereitende Gerichtsperson ist die Feststellung der für das spätere Urteil bedeutsamen Sachverhaltselemente eine äusserst anspruchsvolle Aufgabe. Um wie viel schwieriger ist es für die Parteien, bereits in der Behauptungsphase vor erster Instanz alles vorzutragen, was später sowohl die erste als auch die zweite Instanz für erheblich betrachten wird! Wenn sich beispielsweise in den Parteivorträgen vor erster Instanz alles um die Frage des Vorliegens von Mängeln aus Werkvertrag dreht und die beklagte Partei nur am Rande das Zustandekommen des Vertrages bestreitet, die erste Instanz die Klage aber gerade deswegen abweist, so sollte der klagenden Partei im Rechtsmittelverfahren ermöglicht werden, neue Beweismittel für den Abschluss des Vertrages zu nennen. Eine zu starke Betonung der Eventualmaxime wird dem Umstand nicht gerecht, dass die rechtserheblichen Sachverhaltselemente nicht von vornherein feststehen, sondern sich durch den geistigen Vorgang der Urteilsfindung erst allmählich ergeben. Eine Überbetonung der Eventualmaxime erhöht sodann den Aufwand der Parteien, indem sie

mit der gleichen Intensität auch jene Sachverhaltselemente beleuchten und Beweismittel zusammentragen müssen, die unbestritten bleiben oder vom Gericht als nicht erheblich betrachtet werden. Der Ausschluss unechter Noven vor der Rechtsmittelinstanz beruht unseres Erachtens auf der falschen Vorstellung, dass die Parteien Sachverhaltsbehauptungen bewusst unterlassen oder ihrer Substanziierungslast unsorgfältig nachkommen. Die Parteien werden aber in aller Regel alles unternehmen, um schon vor erster Instanz ein für sie günstiges Urteil zu erwirken. Das bewusste Zurückhalten bereits verfügbarer Beweismittel oder die Unsorgfalt bei ihrem Zusammentragen dürfte die grosse Ausnahme bilden. Im Vordergrund der Kritik an der Eventualmaxime steht aber der Einwand der Laienfeindlichkeit. Während die rechtskundig vertretenen Parteien mit einer stark betonten Eventualmaxime noch einigermaßen umgehen können, ergeben sich für nicht anwaltlich vertretene Personen fast unüberwindbare Schwierigkeiten. Dieses Problem ist umso grösser, als mit der vorgesehenen Bereitstellung von Formularen für Klage und Klageantwort (vgl. Art. 236) das Signal gesetzt wird, einen Zivilprozess auch ohne rechtskundige Unterstützung bewältigen zu können. In diesem Sinne regen wir an, vor zweiter Instanz auch unechte Noven zuzulassen. Zumindest sollten dort aber solche Noven zulässig sein, die erst durch die Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil veranlasst worden sind.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Die vorgeschlagene Variante, wonach neue Tatsachen, die durch Urkunden sofort beweisbar sind, zu berücksichtigen sind, ist abzulehnen. Sie kann dazu führen, dass Parteien bewusst Urkunden zurückhalten, eine neue Tatsache erst später in den Prozess einführen und die dann mit der zurückgehaltenen Urkunde beweisen können. Solchem Prozessgebaren ist kein Platz einzuräumen.

CVP: In Abs. 2 ist die Variante mit lit. c zu streichen, da sonst die Eventualmaxime ausgehöhlt würde.

Grüne Partei: Neue Tatsachen und Beweismittel sollten nach Abschluss des Behauptungsstadiums (Art. 215 Abs. 1) grundsätzlich nur eingebracht werden können, nachdem zuvor der Gegenpartei Gelegenheit geboten wurde, dazu Stellung zu nehmen (vgl. Art. 93 Abs. 2 der geltenden ZPO-BE).

Was die einzelnen vorgeschlagenen Konstellationen betrifft, bei denen verspätet vorgebrachte neue Tatsachen und Beweismittel ("unechte Nova") noch berücksichtigt werden (Art. 215 Abs. 2), ist lit. b sinnvollerweise noch dahingehend zu ergänzen, dass die neuen Tatsachen bzw. Beweismittel nicht bloss durch die Ausübung des gerichtlichen Fragerechts, sondern auch durch dasjenige der Gegenpartei veranlasst werden können, bzw. – allgemein ausgedrückt – durch die Abnahme eines bisherigen Beweismittels.

Der als Variante vorgesehenen lit. c (sofortige Beweisbarkeit der neuen Tatsache durch Urkunden) stimmen wir grundsätzlich zu; die Gegenpartei sollte dabei jedoch die Möglichkeit haben, den Gegenbeweis zu dieser neuen Tatsache anzutreten, und zwar auch dann, wenn dieser nicht ebenfalls mittels Urkunden erbracht wird, sondern z.B. aus einer Zeugeneinvernahme besteht.

LPS: S'agissant de l'admission de faits et de moyens de preuve nouveaux après la réplique et la duplique (art. 215 al.2), nous ne voyons pas l'intérêt de la disposition additionnelle proposée comme variante (litt. c.). L'admission des faits et

des moyens de preuve en question suppose qu'ils soient invoqués immédiatement et n'aient pas pu l'être antérieurement en dépit de la diligence requise (litt. a), et il n'y a pas de raison de réserver un régime particulier aux "faits nouveaux dont la preuve par titres peut être apportée immédiatement".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Unechte Noven: in Verfahren, in denen es nicht zu einer Replik resp. Duplik kommt (Art. 214) sollten diese bis zur Hauptverhandlung vorgebracht werden können.

Abs. 2 Bst. c: Noven durch Urkundenbeweis: angesichts der Offenheit des Begriffs "Urkunde" nach Art. 169 zu streichen; statt einen Zeugen zu benennen, reicht man dessen schriftliche Aussagen oder ein Tonband ein, statt einen Augenschein zu beantragen, reicht man Fotos ein.

AVLU: Vorerst ist festzuhalten, dass eine klare Regelung, bis zu welchem Zeitpunkt echte Noven vorgebracht werden können, unabdingbar ist. Gerade dieser Anforderung vermag jedoch der vorliegende Vorschlag nicht zu genügen. Aufgrund der Regelung von Art. 215 Abs. 2 lit. b hängt nämlich dieser Zeitpunkt auch davon ab, ob und inwieweit der Richter sein Fragerecht ausübt. Zudem wird damit dem Richter eine seine Unparteilichkeit gefährdende Stellung als Hilfesteller für die eine oder andere Partei eingeräumt. Und schliesslich wird dadurch diejenige Partei, die unklar, unvollständig oder widersprüchlich prozessiert hat, im Vergleich zur korrekt prozessierenden Gegenpartei mit der nachträglichen Zulassung von Noven sogar noch belohnt.

Im Weiteren ist die vorgeschlagene Regelung des Novenrechts zu restriktiv. Sie zwingt die Parteien dazu, alle auch bloss möglicherweise relevanten Tatsachen und Beweise in den ersten beiden Rechtsschriften anzuführen. Zudem ergeben sich unerwünschte Abgrenzungsprobleme, ist doch nicht ohne weiteres klar, wie die Wendung "auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorher möglich" zu interpretieren ist. Hier stellt sich insbesondere die Frage, welchen Nachforschungsaufwand eine Prozesspartei im Vorfeld eines Prozesses bei Dritten betreiben muss, um Unterlagen oder Informationen in die ersten Rechtsschriften einbauen zu können, damit sie sich bei späterem Vorbringen nicht den Vorwurf der fehlenden Sorgfalt entgegen halten lassen muss.

Die vorgeschlagene Regelung wird daher abgelehnt. Sie ist in dieser Strenge unnötig und sachlich nicht gerechtfertigt. Noven sind entsprechend der bewährten Regelung der Luzerner ZPO generell bis zum Schluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens zuzulassen. Die Erfahrung zeigt, dass Noven selten nach Replik bzw. Duplik vorgebracht werden. Es reicht, wenn die dadurch allenfalls entstehenden Mehrkosten der verursachenden Partei überbunden werden. Ebenso wenig ergeben sich aus einer grosszügigeren Regelung des Novenrechts spürbare Prozessverzögerungen. In jedem Fall steht ein dadurch möglicherweise entstandener zusätzlicher Zeitaufwand in keinem Verhältnis zur Dauer eines Prozessverfahrens insgesamt.

Schliesslich sei festgehalten, dass eine dermassen restriktive Novenregelung die materielle Wahrheitsermittlung, die der Vorentwurf mit dem in Art. 51 vorgesehenen gerichtlichen Fragerecht unterstützen will, keineswegs begünstigt.

AVZH: Die vorgeschlagene Regelung, insbesondere der zeitlichen Schranken für die Zulassung von Noven wird grundsätzlich begrüsst. Wir befürworten die Auf-

nahme der im Entwurf vorgesehenen Variante, wonach später vorgebrachte und durch Urkunden sofort beweisbare Tatsachen nachträglich zu berücksichtigen sind.

Der Katalog der Ausnahmen ist zudem durch Tatsachen und Beweismittel zu ergänzen, die erst durch Ausführungen der Gegenpartei oder im Verlauf des Beweisverfahrens veranlasst wurden. Da die Parteien nach wie vor keine Möglichkeit haben, die Beweislage und Beweismittel vorprozessual abschliessend zu berücksichtigen, ist dies unseres Erachtens unumgänglich.

Die Einreichungsfrist gemäss Abs. 2 lit. a ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu beziffern, es werden zwanzig Tage nach Kenntnisnahme der entsprechenden Tatsache bzw. Unterlagen vorgeschlagen.

Im übrigen geht es bei der Behandlung des Novenrechts nicht nur um Tatsachen und Beweismittel, sondern namentlich um Behauptungen, Bestreitungen und Einreden zu Tatsachen (die Tatsachenbehauptungen), der Text ist entsprechend zu präzisieren.

Formulierungsvorschlag Art. 215 Abs. 1:

*In Replik und Duplik sind neue Behauptungen, Bestreitungen und Einreden zu Tatsachen sowie neue Beweismittel zulässig.*

Abs. 2 ...

a) ... sie innert 20 Tagen nach ihrer Kenntnisnahme vorgebracht werden ...

b) ... sie innert 20 Tagen nach ihrer Kenntnisnahme vorgebracht werden und durch Ausübung des gerichtlichen Fragerechts oder durch Ausführungen der Gegenpartei oder durch das Beweisverfahren veranlasst worden sind.

DJS: In den Parteivorträgen sind sämtliche Tatsachenbehauptungen aufzustellen und Beweismittel zu nennen. Nach dem System des Vorentwurfs ist die Nennung weiterer Tatsachen und Beweismittel nach Replik und Duplik nur noch sehr eingeschränkt möglich.

Im schriftlichen Verfahren wirkt sich dies nicht gravierend aus. Werden in der Duplik Noven vorgebracht, muss sich die klagende Partei dazu äussern können (inkl. Nennung neuer Beweismittel). Bei der mündlichen Replik und Duplik an der Hauptverhandlung, wie sie Art. 214 Abs. 2 vorsieht, ist hingegen diejenige Partei, die sich zuletzt äussern kann, im Vorteil. Sie ist in Kenntnis sämtlicher Vorbringen und - nach dem Vorentwurf - auch sämtlicher Beweismittel der Gegenpartei (nicht aber umgekehrt).

Eine Partei hat es in der Hand, wesentliche Behauptungen und Beweismittel erst in der (mündlichen) Replik bzw. Duplik vorzutragen. Dies benachteiligt die andere Partei, die unter Zeitdruck (nicht selten nach nur kurzer Instruktion) diese neue Sachdarstellung kontern und sämtliche Beweismittel zu dieser neuen Sachdarstellung nennen muss (bei Verwirkungsgefahr!). Ein solches Verfahren verstösst gegen das Gebot des "fair trial".

Deshalb schlagen wir für Art. 215 folgende Änderungen vor, womit die Eventualmaxime etwas gemildert und die Waffengleichheit besser gewährleistet würde:

1) ...

2) *Nach Replik und Duplik wird den Parteien eine Frist gesetzt, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Im Einverständnis der Parteien kann die*

*abschliessende Bezeichnung der Beweismittel auch unmittelbar nach Replik und Duplik in der Hauptverhandlung erfolgen.*

*<sup>3)</sup> Nach Replik und Duplik können neue Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn:*

*<sup>4)</sup> Nach der Bezeichnung der Beweismittel im Sinne von Abs.2 können neue Beweismittel nur unter den Voraussetzungen von Abs. 2 lit. a - c berücksichtigt werden.*

Die im VE aufgeführte Variante von lit. c (Urkundenbeweis neuer Tatsachen) ist unbedingt vorzuziehen.

DJZ: In den Parteivorträgen sind sämtliche Tatsachenbehauptungen aufzustellen und Beweismittel zu nennen. Nach dem System des Vorentwurfs ist die Nennung weiterer Tatsachen und Beweismittel nach Replik und Duplik nur noch sehr eingeschränkt möglich.

Im schriftlichen Verfahren wirkt sich dies nicht gravierend aus. Werden in der Duplik Noven vorgebracht, muss sich die klagende Partei dazu äussern können (inkl. Nennung neuer Beweismittel). Bei der mündlichen Replik und Duplik an der Hauptverhandlung, wie sie Art. 214 Abs. 2 vorsieht, ist hingegen diejenige Partei, die sich zuletzt äussern kann, im Vorteil. Sie ist in Kenntnis sämtlicher Vorbringen und - nach dem Vorentwurf - auch sämtlicher Beweismittel der Gegenpartei (nicht aber umgekehrt).

Eine Partei hat es in der Hand, wesentliche Behauptungen und Beweismittel erst in der (mündlichen) Replik bzw. Duplik vorzutragen. Dies benachteiligt die andere Partei, die unter Zeitdruck (nicht selten nach nur kurzer Instruktion) diese neue Sachdarstellung kontern und sämtliche Beweismittel zu dieser neuen Sachdarstellung nennen muss (bei Verwirkungsgefahr!). Ein solches Verfahren verstösst gegen das Gebot des "fair trial".

Deshalb folgender Vorschlag für Art. 215, der die Eventualmaxime etwas mildern und die Waffengleichheit besser gewährleisten würde:

*<sup>1)</sup>*

*<sup>2)</sup> Nach Replik und Duplik wird den Parteien eine Frist gesetzt, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Im Einverständnis der Parteien kann die abschliessende Bezeichnung der Beweismittel auch unmittelbar nach Replik und Duplik in der Hauptverhandlung erfolgen.*

*<sup>3)</sup> Nach Replik und Duplik können neue Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn:*

*<sup>4)</sup> Nach der Bezeichnung der Beweismittel im Sinne von Abs.2 können neue Beweismittel nur unter den Voraussetzungen von Abs. 2 lit. a - c berücksichtigt werden.*

Die Variante von lit. c (Urkundenbeweis neuer Tatsachen) ist unbedingt vorzuziehen.

economiesuisse: Wir begrüssen, dass der schweizerische Zivilprozess nach wie vor durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime geprägt sein soll. Wir sind jedoch der Auffassung, dass der Zivilprozess nach einer gewissen Verfahrensstrenge verlangt, soll unsorgfältigem Prozessieren und prozesstaktischem Geplänkel ein Riegel geschoben werden. Vor diesem Hintergrund ist an sich eine strenge Eventualmaxime zu begrüssen. Damit im Widerspruch steht jedoch oft das Bedürfnis, gerade bei komplexen Sachverhalten noch zu einem

späteren Zeitpunkt neue Tatsachen vorbringen zu können. Der Vorentwurf findet unseres Erachtens einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den geschilderten widerstreitenden Interessen, indem er neue Tatsachen und Beweismittel prinzipiell nur bis zur Replik/Duplik zulässt. Vor diesem Hintergrund ist die in Art. 215 Abs. 2 lit. C VE vorgeschlagene Variante der Zulässigkeit des verspäteten Urkundenbeweises abzulehnen.

FSA: La FSA se prononce contre la variante proposée sous lettre c.

KassZH: Absatz 1: Es ist denkbar, dass unter dem Aspekt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Replik und Duplik *weitere Parteivorträge* zuzulassen sind. In diesem Fall müssen neue Beweismittel auch noch damit genannt werden können. Unter diesem Aspekt erscheint es zweckmässig, den Ausschluss mit neuen Vorbringen auf den letzten Vortrag bzw. die letzte Rechtsschrift zu terminieren (vgl. § 114 ZPO/ZH).

Absatz 2: In lit. a wird vorgeschlagen: "... sie *ohne Verzögerung* vorgebracht werden"; denkbar wäre auch die Nennung einer bestimmten Frist. In lit. b ergibt sich als Folge des zu Art. 51 VE Gesagten die Änderung "... durch Ausübung der gerichtlichen *Fragepflicht* ..." (oder: "... in Anwendung von Art. 51 ...").

Die Variante gemäss Abs. 2 lit. c sollte ebenfalls berücksichtigt werden.

OAFRI: Cette disposition témoigne d'une absence d'expérience des nécessités de la procédure.

La réplique et la duplique ne sont pas obligatoires, sauf s'il y a eu demande reconventionnelle. Le second échange d'écritures doit donc être laissé à l'appréciation du magistrat; il ne s'impose que si l'état de fait est suffisamment complexe et les points de contestation, nombreux.

Il n'est pas réaliste de limiter les dernières allégations de fait à la réponse ou à la duplique. Les moyens qui sont invoqués dans ces écritures doivent de toute manière faire l'objet d'une détermination de la part du demandeur. De plus, les moyens invoqués dans ces derniers actes peuvent être nouveaux et appeler, de la part de la partie adverse, des allégations complémentaires ou des offres de preuve.

Des débats préparatoires oraux sont inhérents à toute procédure civile; peu importe à cet égard qu'ils fassent l'objet d'une audience séparée ou que les "questions préliminaires" soient traitées immédiatement avant l'instruction. Les parties doivent pouvoir compléter et préciser leur moyens durant ces débats préparatoires. La discipline peut être réintroduite par le biais des frais et dépens: si l'ampleur des moyens invoqués lors des débats préparatoires justifie le renvoi de l'audience, notamment l'instruction, les frais frustratoires (frais judiciaires et dépens de la partie adverse) doivent être mis à la charge du plaideur qui les a provoqués (cf. art. 92 al. 2 CPC BE).

La possibilité de produire des moyens nouveaux qui est donnée à l'art. 215 al. 2 lit. b présente un caractère totalement aléatoire: elle dépend du bon vouloir du juge, qui peut interpeller les parties ou ne pas le faire.

L'exception prévue à l'art. 215 al. 2 lit. c ouvre la porte à des manœuvres tactiques qui ne méritent pas la protection de la loi.

La solution la plus pratique est celle qui permet, sous réserve de sanctions pécuniaires, de compléter librement les moyens jusqu'au début de la procédure probatoire.

OGZH: Wir befürworten die Zulassung der Noven nach der Variante (lit. c). Im Interesse einer einigermaßen effizienten Prozessleitung sind Novenbeschränkungen unerlässlich, hingegen ist das Zulassen sofort beweisbildender Urkunden eine vernünftige Konzession im Bestreben nach einem möglichst "richtigen" Entscheid. Die Vorschrift ist der Zürcher ZPO bekannt und hat sich bewährt; sie führt höchst selten zu einer erheblichen Verzögerung oder Erschwerung des Verfahrens, und sie hilft mit, Revisionsprozesse zu vermeiden (VE Art. 319 lit. a).

Von der Beschränkung nicht erfasst können Behauptungen sein, welche das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat, seien das Elemente von Prozessvoraussetzungen (dazu VE Art. 55) oder gehe es um ein Verfahren nach der sozialen Untersuchungs- oder der Offizialmaxime. Vielleicht versteht sich das von selbst, dann würde eine Klarstellung in der Botschaft genügen. Sonst würden wir den Katalog ergänzen.

Vorschlag:

*(lit. d) wenn sie das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat.*

Roche: Roche begrüsst, dass der schweizerische Zivilprozess nach wie vor durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime geprägt sein soll. Wir sind jedoch der Auffassung, dass der Zivilprozess nach einer gewissen Verfahrensstrenge verlangt, soll unsorgfältigem Prozessieren und prozesstaktischem Geplänkel ein Riegel geschoben werden. Vor diesem Hintergrund ist an sich eine strenge Eventualmaxime zu begrüssen. Damit im Widerspruch steht jedoch oft das Bedürfnis auch unseres Unternehmens entgegen, gerade bei komplexen Sachverhalten noch zu einem späteren Zeitpunkt neue Tatsachen vorbringen zu können. Der Vorentwurf findet einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den geschilderten widerstreitenden Interessen, indem er neue Tatsachen und Beweismittel prinzipiell nur bis zur Replik/Duplik zulässt. Vor diesem Hintergrund ist die in Art. 215 Abs. 2 lit. C VE vorgeschlagene Variante der Zulässigkeit des verspäteten Urkundenbeweises jedoch *strikte abzulehnen*.

SBV: Zu Abs. 2 lit. c: Der Vorentwurf erwähnt eine Variante in Art. 215 Abs. 2 lit. c ZPO: Das Novenrecht besteht nach Replik und Duplik, wenn die neue Tatsache durch Urkunde sofort beweisbar ist. Wir stimmen dieser Bestimmung zu. Es geht darum unnötige Formalismen zu beseitigen, um ein gerechtes Urteil fällen zu können. Hier muss einfach Kulanz für menschliche Fehler gegeben sein, auch wenn dies zu einer Verzögerung des Verfahrens führen könnte. *Wir beantragen also die Einfügung von Art. 215 Abs. 2 lit. c ZPO.*

SchKG-Vereinigung: Abs. 2: Die Variante ist zu streichen.

SGB: Ad. art. 215 al. 2: La variante est préférable, par économie de procédure.

suisa: Die vorgeschlagene Variante für eine zusätzliche lit. c ist unseres Erachtens zu begrüssen, da in derartigen Fällen keine wesentliche Verzögerung des Verfahrens zu befürchten ist. Das Novenrecht kann ausserdem gefahrlos auf Tatsachen ausgedehnt werden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt. Offenbar vergessen worden sind Tatsachen, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat.

suva: Wir schlagen folgende neue Formulierung vor:

*Die Parteien haben den für ihren Standpunkt massgebenden Sachverhalt und die entsprechenden Beweismittel in ihren Rechtsschriften vorzubringen.*

*Die Vorbringen können bis zu den Parteivorträgen an der Hauptverhandlung ergänzt werden.*

SVR: Les dispositions sur l'introduction de faits nouveaux et la modification de la demande (art. 215-216 et 221) pèchent, quant à elles, par l'absence de limite fixe (par exemple les débats préparatoires) au-delà de laquelle l'objet du litige ne devrait plus changer. L'invocation ultérieure de faits nouveaux ne peut qu'entraîner des complications procédurales, ne serait-ce que sous l'angle de l'égalité de traitement entre parties.

SwissBanking: Abs. 2 lit. c: Noven sollten unseres Erachtens vor erster Instanz wie auch im Appellations- und Rekursverfahren zugelassen werden. Ein im ordentlichen Prozess auf das Behauptungsverfahren beschränktes Novenrecht kann sich als zu eng erweisen, wird doch oftmals erst im Beweisverfahren oder während der Referentenaudienz die Notwendigkeit weiterer Beweisabnahmen ersichtlich. Die generelle Zulässigkeit unechter Noven, die durch das richterliche Fragerecht veranlasst werden, erachten wir als heikel, wird doch so das Novenrecht grösstenteils und in diesem Fall ausschliesslich in die Hand des Richters gelegt. Unnötige Prozessverzögerungen können auch durch die Auferlegung von Prozesskosten verhindert werden.

swissmem: Wir würden die Aufnahme von litera c begrüssen.

Uni BE: Abs. 2 Variante: Die Variante gemäss Art. 215 Abs. 2 lit. c ist zu streichen, da sie einen unnötigen Verstoss gegen die Eventualmaxime darstellt und die Gefahr der Verlängerung der Verfahren in sich birgt.

Uni LA: Il convient de s'opposer à la disposition additionnelle proposée à titre de variante. L'introduction de faits nouveaux, même prouvés immédiatement par titre, nécessiterait en effet de donner à la partie adverse le droit d'être entendu à leur sujet et d'entreprendre des contre-preuves, de telle sorte que l'on n'échapperait pas au risque d'une réouverture plus ample de la procédure probatoire.

Uni NE: L'article 215 règle à satisfaction la question des nova et des pseudo-nova. Le projet est souple et circonscrit de manière claire les possibilités des parties, ce qui exclut que l'objet du litige prête lieu à des discussions sans fin. Concernant la variante, il nous paraît que la lettre c) n'apporte rien aux lettres a) et b). En revanche, il convient dans tous les cas que la partie adverse puisse se prononcer sur les faits et moyens de preuves nouveaux, en vertu de son droit d'être entendu. Il conviendrait encore de préciser que les faits et moyens de preuves nouveaux doivent être invoqués dans un acte supplémentaire qui, selon les cas, pourra porter le nom de complément à la demande, à la réponse, à la réplique ou à la duplique.

Il conviendrait encore de déterminer jusqu'à quel stade les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis. Apparemment, le code ne prévoit pas explicitement de clôture de l'instruction ou de clôture de débats. C'est à ce stade qu'il faudrait selon nous fixer le moment ultime auquel les faits et moyens de preuves nouveaux sont admissibles.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: In Art. 215 Abs. 2 lit. b VE wäre statt "Fragerecht" wiederum zu sagen "Fragepflicht".

Art. 216

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Zu Art. 216, Klageänderung, und Art. 221, Klageänderung,: Die beiden Bestimmungen sind nicht deckungsgleich. Der Nutzen einer unterschiedlichen Regelung für die Zeit vor und ab der Hauptverhandlung ist nicht klar ersichtlich. Es wird daher einerseits vorgeschlagen, Art. 221 VE zu streichen, und andererseits Art. 216 VE wie folgt neu zu formulieren:

Art. 216 Klageänderung

*<sup>1</sup>Eine Klageänderung ist im Schriftenwechsel und danach zulässig, sofern der neue oder weitere Anspruch:*

*a. mit dem bisherigen in einem sachlichen Zusammenhang steht; und*

*b. vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen ist.*

*<sup>2</sup>Soweit für die Klageänderung neue Tatsachen und Beweismittel erforderlich sind, ist Art. 215 massgeblich.*

Damit wird der in der Praxis massgebliche Bezug der Klageänderung zum Novenrecht geschaffen und derjenige zum Verfahrensstadium gelöst, was durchaus dem Grundsatz der Prozessökonomie entspricht.

Für den Bezug zu Art. 208 VE wird auf die dortigen Bemerkungen verwiesen.

BS: Eine Klageänderung bedeutet einen Eingriff in die Rechtsstellung der beklagten Partei und kann diese beeinträchtigen. Wir schlagen deshalb vor, eine Klageänderung zusätzlich zu den vorgeschlagenen Einschränkungen noch von den Voraussetzungen abhängig zu machen, dass sie aus wichtigen Gründen erfolgt, ein enger Zusammenhang besteht und die Rechtsstellung der beklagten Partei nicht wesentlich beeinträchtigt und das Verfahren nicht ungebührlich verzögert.

JU: La proposition de l'avant-projet ne précise pas jusqu'à quel moment la demande peut être modifiée. Compte tenu de la systématique et de l'article 221 AP, ainsi que du commentaire relatif à celui-ci, il semble qu'une modification de la demande soit possible en réplique et en duplique.

Vu la remarque ad art. 214, nous proposons que la modification de la demande, aux conditions posées par l'article 216, soit possible jusqu'aux premières plaidoiries inclusivement. A l'issue de cette phase, la demande ne peut être modifiée qu'en présence de nova (cf. art. 221 AP) jusqu'aux plaidoiries finales.

LU: Falls nur die allgemeinen Bestimmungen auf das Rechtsmittelverfahren anwendbar sind (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 286 VE-ZPO), sollte Artikel 216a VE-ZPO wie folgt formuliert werden: "Eine Klageänderung in erster Instanz ist zulässig, sofern (...)"

TI: La questione è trattata ora (in modo molto più dettagliato) agli art. 74 e 75 CPC-Ti. Il progetto non distingue invece più tra modifica e mutazione dell'azione e pone invece la condizione materiale della relazione di merito con la precedente azione e quella procedurale che la stessa procedura sia applicabile.

La norma è totalmente silente per quanto riguarda il termine entro il quale l'azione può essere mutata. Il testo dell'art. 221 CPCF chiarisce che fino al dibattimento l'azione può essere mutata, ma successivamente?

La Commissione propone che questa possibilità di mutare l'azione sia possibile soltanto fino al *dibattimento finale*.

Manca anche l'indicazione di come funzioni concretamente la mutazione (istanza? udienza? da formulare immediatamente?)

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Zu den Art. 216 und 221 (Klageänderung): Die in diesen beiden Artikeln festgelegten Voraussetzungen für eine Klageänderung vor (Art. 216) bzw. in der Hauptverhandlung (Art. 221) sind u.E. eindeutig zu eng:

Zunächst sollte eine Klageänderung grundsätzlich jederzeit und unabhängig vom sachlichen Zusammenhang mit den bisherigen Rechtsbegehren möglich sein, sofern die Gegenpartei damit einverstanden ist (vgl. Art. 94 Abs. 1 ZPO-BE).

Weiter sollte es auch aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens möglich sein, eine Klageänderung vorzunehmen (vgl. Art. 267 ZPO-VD).

Ferner finden wir, dass das Gericht in jedem Fall von sich aus eine Klageänderung zulassen können, wenn daraus keine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung des Verfahrens zu erwarten ist (vgl. Art. 94 Abs. 2 ZPO-BE).

Schliesslich erachten wir auch die Einschränkung von Art. 216 lit. b VE-ZPO-CH (Klage auch nach Änderung vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen) nur als teilweise gerechtfertigt: Ergibt sich nämlich aufgrund des geänderten Rechtsbegehrens eine andere sachliche Zuständigkeit, sollte das Verfahren an das nunmehr Gericht überwiesen werden (analog zu unseren Bemerkungen zu Art. 80). Lediglich im Fall, dass die Klageänderung zu einem anderen Verfahren führen würde (z.B. ordentliches statt vereinfachtes Verfahren), sollte die Klageänderung abgelehnt werden.

In allen Fällen muss vor einer Entscheidung über eine beantragte Klageänderung der Gegenseite Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die vorgeschlagene Änderung ist sehr grosszügig und für den Normalfall sicher zu begrüssen. Das Gericht muss jedoch die Möglichkeit haben, die Zulassung einer Klageänderung abzulehnen, wenn dadurch das Verfahren ungebührlich verzögert wird.

Formulierungsvorschlag Art. 216, neuer Abs. 2:

*Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie das Verfahren ungebührlich verzögert wird.*

Im Übrigen ist an dieser Stelle auch die nachträgliche Bezifferung der Klage zu behandeln, obwohl sich schon Art. 75 damit befasst.

Formulierungsvorschlag Art. 216, neuer Abs. 3:

*Als Klageänderung gilt auch die definitive Bezifferung der Klage nach Durchführung des Beweisverfahrens.*

FSA: Une limitation des possibilités de modifications de la demande, après l'échange des écritures et l'administration des preuves nous paraît nécessaire.

Nous proposons donc l'adjonction à l'art. 216 d'un second alinéa, inspiré du § 61 ZPO ZH:

*Abs. 2 Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird.*

GGD ZH: Die Formulierung "der neue oder weitere Anspruch" im Ingress ist mit Blick auf lit. b, wo verlangt wird, dass "der neue oder weitere Anspruch" vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen ist, nicht klar: Muss das Gericht für den neuen *Gesamtanspruch* zuständig sein, oder muss es auch für das *Zusätzliche*, das durch Klageänderung Hinzugekommene, zuständig sein? Gemeint ist wohl das erste. Das sollte klarer ausgedrückt werden. - Ferner: Die zeitliche Begrenzung der Klageänderung nach Art. 216 ergibt sich indirekt aus Art. 221. Auch hier rechtfertigt sich aber eine Klarstellung in der Formulierung von Art. 216:

*Art. 216 Klageänderung*

*In der Replik und Duplik ist eine Klageänderung nur zulässig, wenn der geänderte Anspruch*

*a. mit dem bisherigen in einem sachlichen Zusammenhang steht, und*

*b. vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren zu beurteilen ist.*

OAFRI: Il convient de préciser que la modification de la demande n'est admissible que dans la limite où des moyens nouveaux de fait et de preuve peuvent être invoqués.

Uni LA: Il serait préférable de limiter dans le temps (par exemple jusqu'à la fin des débats préparatoires) la possibilité de modifier la demande.

Uni NE: L'article 216 indique qu'une demande peut être modifiée si la prétention qui est nouvelle ou amplifiée présente un lien de connexité objectif avec elle. Le mot "*objectif*" peut être biffé selon nous, puisqu'il semble apporter une condition supplémentaire à celle de la connexité, ce qui n'est pas le cas. A titre de comparaison, le projet exige un lien de connexité entre la demande et la demande reconventionnelle ou entre les prétentions invoquées contre plusieurs consorts, sans autre précision.

La lettre b) de l'article 216 prévoit que la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou amplifiée relève de la compétence du tribunal saisi et de la même procédure. Cette formulation peut prêter à confusion. Il conviendrait d'indiquer que la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou amplifiée ne modifie pas la compétence du tribunal saisi et la procédure applicable. On pourrait sinon croire que c'est la prétention nouvelle ou amplifiée elle-même qui doit relever de la même procédure et de la même compétence, ce qui n'est pas nécessairement le cas vu les règles sur le calcul de la valeur litigieuse en cas de cumul de prétentions.

Art. 217

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- AR: Dass in der Vorbereitungsverhandlung vom Instruktionsrichter vor dem eigentlichen Beweisverfahren schon Beweise abgenommen werden, ist problematisch, zumal diese Beweise dann vor Gericht nicht einmal mehr abgenommen werden müssen (vgl. Art. 222 VE). Vor Erlass einer Beweisverfügung und eventuell sogar vor Abschluss des Behauptungsverfahrens haftet einer solchen vorgezogenen Beweisabnahme zudem etwas Willkürliches an; solche Möglichkeiten sind nicht sehr zeitgemäss.
- BE: Es fragt sich, ob die Beweisführung im Vorbereitungsverfahren Sinn macht, weil vorher eine Beweisverfügung ergehen muss. Diese kann aber erst erlassen werden, nachdem repliziert und dupliziert worden ist, was in den Fällen von Art. 214 Abs. 2 VE erst an der Hauptverhandlung der Fall ist. Ausserdem tangiert die Beweisführung im Vorbereitungsverfahren das Unmittelbarkeitsprinzip.
- LU: Wir regen an, den Begriff "Vorbereitungsverhandlung" durch "Instruktionsverhandlung" zu ersetzen, zumal eine solche Verhandlung auch nach der Hauptverhandlung möglich ist bzw. möglich sein muss. Die im vorliegenden Entwurf vorgenommene Gewichtung zwischen Vorbereitungs- und Hauptverhandlung gibt einer vom Gericht bestimmten Referentin oder Referenten bzw. Instruktionsrichterin oder Instruktionsrichter zu wenig Kompetenzen. Die Praxis in verschiedenen Kantonen zeigt, dass eine starke Stellung der Instruktionsrichterin oder des Instruktionsrichters einer zügigen Prozesserledigung förderlich ist und prozessuale Leerläufe verhindert (vgl. auch unsere Ausführungen zu Art. 220 VE-ZPO).
- SH: *Vorbemerkungen zu den Bestimmungen über die Vorbereitung der Hauptverhandlung und die Hauptverhandlung (Art. 217 ff.):* Aus den Bestimmungen wird nicht klar, wie das Behauptungs- und Beweisverfahren nach der vorgeschlagenen Zivilprozessordnung nun tatsächlich ablaufen soll. Erschwerend wirkt sich auch aus, dass der Beweis und das Beweisverfahren in unterschiedlichen Titeln des Gesetzes geregelt sind. Das Gesetz hat zudem in diesen verfahrensrechtlichen Bereichen eine ungenügende Regelungsdichte und lässt den Kantonen, Gerichten und Richtern so viele Möglichkeiten einer individuellen Gestaltung (Praxis) offen, dass zu befürchten ist, dass jeder Kanton und jedes Gericht mehr oder weniger so weiterfahren wird, wie bisher. Das ist keine Rechtsvereinheitlichung. Aufgrund der Zivilprozessordnung sollte der Verfahrensablauf so klar und verständlich geregelt sein, dass die Prozesse auch tatsächlich vor allen Gerichten von St. Gallen bis Genf und von Schaffhausen bis Bellinzona gleich ablaufen.

Die Regelung lässt eine klare Trennung zwischen Behauptungs- und Beweisverfahren vermissen, insbesondere bei den Bestimmungen über die Vorbereitungsverhandlung und die Replik und Duplik in der Hauptverhandlung.

Der Einfluss der Parteien auf die Verfahrensleitung ist teilweise zu gross (Verzicht auf Replik, Verzicht auf Hauptverhandlung).

Zu bedauern ist der grundsätzliche Verzicht auf eine Behauptungsverhandlung. Da die Hauptverhandlung in erster Linie Beweisverhandlung ist, wird es meist wenig Sinn machen, Replik und Duplik mündlich durchzuführen. Die Parteien

werden in der Regel erstmals nach doppeltem Schriftenwechsel (und entsprechend verursachten Kosten) den Instruktionsrichter sehen: Einen Anspruch auf Verhandlung haben sie nur zur Beweiswürdigung (Schlussplädoyers).

Viel wichtiger als mündliche Schlussplädoyers wäre, dass sich die Parteien in der Regel bereits in der Behauptungsphase vor einem Gericht mündlich äussern könnten. Eine frühe Verhandlung erleichtert insbesondere die Prozessführung für nicht anwaltlich vertretene Parteien, beschleunigt das Verfahren, reduziert die Kosten und erhöht damit wohl auch die Vergleichsbereitschaft.

Klar abzulehnen ist sodann die Vermischung von Haupt- und Beweisverfahren. Das ist ein Rückschritt gegenüber bewährten Regelungen wie dem geltenden Schaffhauser Recht; dessen klare Abgrenzung sowohl für die Parteien als auch für die Gerichte übersichtlich und damit benutzerfreundlich ist (Art. 163 ff. und Art. 181 ff. ZPO SH).

*Zu Art. 217:* Dass in der Vorbereitungsverhandlung vom Instruktionsrichter vor dem eigentlichen Beweisverfahren schon Beweise abgenommen werden, ist problematisch, zumal diese Beweise dann vor Gericht nicht einmal mehr abgenommen werden müssen (vgl. Art. 222 VE). Vor Erlass einer Beweisverfügung und eventuell sogar vor Abschluss des Behauptungsverfahrens haftet einer solchen vorgezogenen Beweisabnahme zudem etwas Willkürliches an; solche Möglichkeiten sind nicht sehr zeitgemäss.

TG: Art. 217-226: Eine textliche Abkoppelung der Bestimmungen über das Beweisverfahren von den Bestimmungen über die Hauptverhandlung würde die Übersichtlichkeit erhöhen.

Es ist zudem problematisch, dass in der Vorbereitungsverhandlung gemäss Art. 217 von der Instruktionsrichterin oder vom Instruktionsrichter vor dem eigentlichen Beweisverfahren schon Beweise abgenommen werden können, zumal diese Beweise dann vor Gericht nicht einmal mehr abgenommen werden müssen. Vor Erlass einer Beweisverfügung und eventuell sogar vor Abschluss des Behauptungsverfahrens haftet einer solchen vorgezogenen Beweisabnahme zudem etwas Willkürliches an.

TI: Per motivi linguistici si deve modificare come segue:

*Il tribunale, allo scopo: di tentare una conciliazione, di semplificare la procedura o comunque di preparare il dibattimento,...*

Va aggiunta anche la possibilità "di invitare la parti a svolgere una mediazione".

Questa udienza preparatoria serve per chiarire la fattispecie per interrogare le parti ex art. 51 CPCF, per tentare una conciliazione, per organizzare l'istruttoria ecc.

In sé l'istituto è interessante, mentre lascia perplessi la possibilità di potere assumere delle prove in quell'ambito, che appare un corpo avulso rispetto allo scopo descritto qui sopra. La Commissione propone pertanto di abolire l'ultima frase del cpv. 1: "*In tal ambito può anche assumere prove.*"

ZG: Das Gericht soll die Vorbereitungshandlung an eines seiner Mitglieder delegieren können (siehe vorne zu Art. 113 / 114).

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Ist es sinnvoll, Beweisabnahmen vor dem Abschluss des Behauptungsstadiums zuzulassen (vgl. S. 107 f.)? Denn in solchen Fällen kann eine Partei ihr Beweisfundament in der Replik oder Duplik nachbessern (wenn es dazu kommt, was aber wegen des Anspruchs auf Rechtliches Gehör die Regel sein dürfte).

AVLU: Nach dem Vorentwurf kommt der sogenannten Vorbereitungsverhandlung nur ein relativ untergeordneter Stellenwert zu. So müssen z.B. anlässlich einer Vorbereitungsverhandlung erfolgte Beweisabnahmen bei Verlangen einer Partei an der Hauptverhandlung wiederholt werden (vgl. Bericht der Expertenkommission zu Art. 222). Ebenso hat es offenbar keine prozessualen Konsequenzen, wenn eine Partei an der Vorbereitungsverhandlung säumig ist. Diese Gewichtung von Vorbereitungs- und Hauptverhandlung gibt einem vom Gericht bestimmten Referenten bzw. Instruktionsrichter zu wenig Kompetenzen. Die Regelung der Luzerner Zivilprozessordnung, in der der Vorbereitungsverhandlung (Instruktionsverhandlung genannt) ein grosser Stellenwert zukommt, hat sich bewährt. Der Vorbereitungsverhandlung sollte daher die Bedeutung einer vollwertigen Verhandlung zukommen. Die Praxis auch in anderen Kantonen (wie z.B. Zürich) zeigt, dass eine starke Stellung des Instruktionsrichters einer zügigen Prozesserledigung förderlich ist und prozessuale Leerläufe verhindert. Erfahrungsgemäss wird denn auch von den Parteien nur selten die Durchführung einer Hauptverhandlung verlangt.

OAFRI: On ne voit pas l'utilité d'une administration de moyens de preuve lors des débats préparatoires, en tout cas pas si les débats sont conduits par le président, agissant sur délégation, ou par un juge délégué.

Comme indiqué ci-dessus, des débats préparatoires sont inhérents à la procédure, il importe peu qu'ils soient distincts de l'instruction principale ou joints à elle.

Le code omet de prévoir le délai d'ordre dans lequel le tribunal doit assigner les parties à comparaître, après la fin de l'échange des écritures.

SVV: Die Möglichkeit, durch eine Gerichtsdelegation oder einen Referenten in jedem Stadium des Prozesses Vergleichsverhandlungen zu führen, ist ausdrücklich zu begrüssen und gehört ins Gesetz. Viele Kantone kennen dieses Institut bereits unter dem Titel "Referentenaudienzen". Im Lichte der Bestrebungen der EU, Streitigkeiten auch aussergerichtlich beizulegen (vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vom 19. April 2002) und der Tendenz zu Mediationsverfahren - auch für wirtschaftliche Auseinandersetzungen - wird diese Möglichkeit in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen.

Uni LA: Des débats préparatoires, équivalant apparemment à l'audience préliminaire de la procédure vaudoise actuelle, voire à des audiences de conciliation ou d'audition de témoins, seront possibles sans être obligatoires. On peut saluer cette liberté laissée au tribunal. Il conviendrait cependant de régler les conséquences de l'absence de comparution d'une partie à de tels débats s'ils sont ordonnés. La commission d'expert estime-t-elle qu'une telle absence de comparution ne doit entraîner aucun préjudice pour la partie concernée ? C'est une solution concevable, mais qui devrait être expressément précisée (par ex. par

une formule du type "le tribunal ou le juge délégué procède nonobstant l'absence d'une partie aux mesures prévues lors des débats préparatoires").

Uni NE: A notre sens, les débats préparatoires, s'ils doivent avoir lieu, devraient intervenir après l'échange des écritures à savoir, le cas échéant, la réplique et la duplique. Il nous paraîtrait surprenant que cette réplique et duplique puissent intervenir après les débats préparatoires, surtout si des preuves peuvent être administrées dans ces débats. Il nous paraît que l'objet principal de débats préparatoires devrait être l'examen des preuves proposées par les parties et une tentative de conciliation.

Art. 218

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Bestimmung ist terminologisch unklar. Wer erlässt die Beweisverfügung, der Instruktionsrichter oder das erkennende (Kollegial-) Gericht? Die Bestimmung lässt wieder alle Möglichkeiten offen, wobei der Wortlaut eher für den Instruktionsrichter spricht (vgl. aber Art. 219). Sollte nicht besser von Beweissentscheid die Rede sein?

BE: Wann und von wem die Beweisverfügung zu erlassen ist, ist auf Grund des Gesetzestextes unklar und wäre zu präzisieren. Dass die Beweisverfügung jedenfalls in den Fällen von Art. 214 Abs. 2 VE an der Hauptverhandlung ergehen muss, wurde bereits im Rahmen der Bemerkungen zu Art. 217 VE ausgeführt. In den anderen Fällen kann sie auch vor der Hauptverhandlung erstellt und abgegeben werden. An der Hauptverhandlung kann eine allfällige Bereinigung der Beweisverfügung mit den Parteien erfolgen. Diese trägt dazu bei, Beschwerden zu vermeiden. Sollte die erwähnte Auslegung dem Grundgedanken der Bestimmung widersprechen, wäre dies im Gesetzestext oder in der Botschaft zu erläutern.

Gemäss dem Bericht zu Art. 218 Abs. 2 VE (S. 108) soll eine Drittperson, welche in der Beweisverfügung zur Mitwirkung verpflichtet wurde, nach Art. 158 Abs. 3 VE Rekurs gegen die Beweisverfügung erheben können. Das ist verwirrend, denn eine Drittperson kann nur Beweisanordnungen anfechten, die sie beschweren, nicht die eigentliche Beweisverfügung, welche sich an die Parteien richtet. Auch dürften Beweisanordnungen gegen Drittpersonen regelmässig vor der Hauptverhandlung ergehen und daher nicht Teil der Beweisverfügung sein. Die künftige Botschaft zu Art. 218 Abs. 2 VE, allenfalls zu Art. 158 Abs. 3 VE, ist in diesem Sinne zu präzisieren.

FR: Art. 218-9: ce système paraît trop lourd à appliquer. Ces dispositions paraissent transférer sur le juge la responsabilité de déterminer d'emblée qui supporte le fardeau de la preuve. Or, cette incombance doit revenir aux parties, le Tribunal devant ensuite trancher.

JU: L'utilité d'un recours contre l'ordonnance de preuves est des plus discutable. D'abord l'ordonnance de preuves n'est pas une véritable décision; c'est plutôt une proposition à l'adresse des parties permettant d'ordonner les débats. Mais, même si on devait la considérer comme une décision d'instruction au sens de l'article 310 AP, on ne voit pas en quoi elle pourrait entraîner un préjudice irréparable dans l'attente de la décision finale. Il faut laisser suffisamment de souplesse au tribunal afin qu'il puisse éventuellement s'écarter, dans sa décision

finale, des options sous-jacentes à l'ordonnance de preuves, ce d'autant que celle-ci peut être le fait du juge instructeur, alors que la décision finale peut être prise par un tribunal collégial.

Rendre l'ordonnance de preuves susceptible de recours revient à lui donner un caractère formel qui lie non seulement les parties, mais aussi le tribunal pour la suite de la procédure et pour sa décision finale.

LU: Wir beantragen, dass in der Beweisverfügung nur die Beweismittel anzuführen sind. Es würde zu weit gehen, darin auch die zu beweisenden Tatsachen und die beweisführenden Parteien bezeichnen zu müssen. Dies bewirkt lediglich einen unnötigen und verfahrensverzögernden Mehraufwand des Gerichts.

SH: Die Bestimmung ist terminologisch unklar. Es entspricht allgemeinem zivilprozessualen Verständnis, dass Verfügungen von einem einzelnen Richter (Einzelrichter oder Vorsitzender) erlassen werden und Beschlüsse vom Kollegium. Wer erlässt nun, die Beweisverfügung, der Instruktionsrichter oder das erkennende (Kollegial-)Gericht? Die Bestimmung lässt wieder alle Möglichkeiten offen, wobei der Wortlaut eher für den Instruktionsrichter spricht (vgl. aber Art. 219). Sollte nicht besser von Beweisentscheid die Rede sein?

SO: Wir schlagen vor, hier analog der bewährten Bestimmung in der Solothurnischen ZPO (§ 149) einen Absatz 3 mit folgendem Wortlaut einzufügen:

"Die Beweisverfügung kann auf Antrag oder von Amtes wegen jederzeit abgeändert werden."

TG: Der Unterschied zwischen einfacher und qualifizierter Beweisverfügung kommt im Gesetzestext zu wenig zum Ausdruck. Zu prüfen wäre überdies eine Beschränkung auf eine der beiden Bestimmungen.

TI: Anche nel Progetto l'assunzione dei mezzi di prova è disposta con una relativa ordinanza sulle prove (cpv. 1). Nell'attuale sistema ticinese, alla base dell'ordinanza sulle prove vi è, naturalmente, una valutazione anticipata dei mezzi di prova, che tiene conto della pertinenza del mezzo di prova offerto, rispettivamente dell'onere probatorio. In particolare una prova offerta da una parte non sarà ammessa, se difetta dell'uno o dell'altro presupposto.

Il progetto si spinge oltre ed impone al giudice di mettere nero su bianco quale è la parte gravata dall'onere della prova (cpv. 2), rispettivamente quali fatti debbono essere provati e con quali mezzi.

La legge è silente sul quesito a sapere quando il giudice deve emettere questa ordinanza sulle prove.

Secondo la sistematica del Progetto ciò dovrebbe avvenire *prima* del dibattimento, visto che l'art. 218 CPCF è inserito nel capitolo "preparazione al dibattimento".

Ciò crea un problema nel caso in cui al dibattimento avviene replica e duplica, ossia la fase di allegazione e di offerta delle prove non è completata (art. 220 CPCF).

In questo caso, l'ordinanza ex art. 218 CPCF dovrà necessariamente avvenire dopo quel dibattimento.

La legge è silente circa l'obbligo del giudice di citare le parti ad un dibattimento dopo l'emissione dell'ordinanza ex art. 218 CPCF, allo scopo di procedere ad una discussione sulla stessa. Al limite, quella che è oggi la nostra "udienza pre-

liminaire" è del tutto abolita e il passaggio dalla fase dell'allegazione a quella dell'istruttoria avviene in una forma meramente scritta.

Questo privilegio della forma meramente scritta non ci sembra opportuno. Sarebbe meglio che, dopo l'emanazione dell'ordinanza sulle prove (sia semplice, che qualificata ex art. 219 CPCF), il giudice citi le parti per una discussione sulla stessa, allo scopo di organizzare l'istruttoria, tempi, modi, correggere eventuali errori o imprecisioni, ecc. contenute nella sua decisione.

VS: Articles 218 et 219: Les dispositions sur l'ordonnance de preuves doivent être biffées. Les exigences posées par ces règles légales sont trop lourdes et compliquées à mettre en œuvre.

ZG: 218 Abs. 2 und Art. 219: Diese Regelungen tragen zur Transparenz und Klarheit im Beweisverfahren bei.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: In Abs. 2 sind die zu beweisenden Tatsachen zu streichen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: La FSA est d'avis que l'ordonnance de preuves n'a en principe pas à désigner "la partie chargée de la preuve", au motif que cette question relèverait du droit matériel et devrait être tranchée avec le fond du litige. La FSA propose donc que l'art. 218 al. 2 AP soit modifié de la manière suivante:

*al. 2 Les ordonnances de preuves désignent les faits à prouver et les moyens de preuve et fixent les avances de frais y relatives.*

OAFRI: Article 218: La question du fardeau de la preuve touche le fond et n'a pas à être tranchée dans un jugement avant dire droit. On ne sait d'ailleurs pas si cette ordonnance de preuves est une simple mesure d'instruction ou si elle lie le magistrat.

Articles 218 et 219: L'utilité de l'ordonnance de preuves n'est pas démontrée, à tout le moins dans les systèmes de procédure où la rédaction judiciaire est réglée de manière précise et exigeante.

Par ailleurs, il est vain de vouloir régler la préparation et le déroulement des débats sans savoir si le tribunal sera composé d'un juge unique ou d'un collège.

S'il y a un collège, son président est bien obligé, pour la préparation des débats, d'indiquer quels sont les moyens de preuve qu'il entend faire administrer sur les allégations contestées; il peut éliminer d'emblée les allégations dénuées de pertinence ou les moyens de preuve non idoines. Toutefois, les parties doivent pouvoir lier incident devant le tribunal, qui rendra un jugement avant dire droit; même si ce jugement avant dire droit a caractère interlocutoire, puisqu'il laisse transparaître la conception de l'autorité, il ne liera pas le tribunal.

Débats principaux:

La réglementation est insuffisante, notamment sur la répartition du rôle entre le président et le tribunal lui-même.

Le déroulement des débats n'est pas fixé. Le tribunal doit d'abord instruire et statuer sur les conditions de recevabilité.

Les parties doivent pouvoir lier incident sur les conditions de recevabilité ou sur l'instruction. La liquidation de l'incident doit être réglée.

Uni NE: L'article 218, qui règle l'ordonnance de preuves, mais plus encore l'article 219, sur l'ordonnance de preuves qualifiées, ne nous paraissent pas régler à satisfaction la problématique qu'ils traitent. La question du fardeau de la preuve est éminemment complexe, et il ne revient pas au tribunal, le cas échéant au juge délégué, de déterminer quelle partie doit prouver quels faits, surtout lorsque interviennent des inversions du fardeau et des présomptions. Ce serait par ailleurs demander au juge une analyse trop fine du dossier à ce stade. Il est probable que l'article 218 sera une pure règle d'ordre et que le juge indiquera à chaque partie qu'elle doit prouver les faits qu'elle allègue, sans plus, ce qui n'amènerait rien d'intéressant. Dès lors, nous sommes d'avis que l'ordonnance de preuves devrait se limiter à déterminer quelles preuves sont admises, immédiatement ordonnées ou réservées, et qui doit effectuer les avances de frais. L'ordonnance de preuves qualifiée n'est à notre sens pas plus souhaitable. Tout au plus pourrait-on retenir la solution des listes de preuves dans des cas complexes, mais sans que le juge indique quels faits sont à prouver. Il reviendrait aux parties d'indiquer précisément les faits qu'elles entendent prouver à l'aide des moyens de preuves qu'elles invoquent.

Art. 219

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Gemäss diesem Vorentwurf müssen die einzelnen Beweismittel bereits in der Klage bezeichnet und den behaupteten Tatsachen zugeordnet werden (Art. 210 Abs. 1 lit. e VE ZPO). Eine Beweisantrittungsschrift macht demzufolge keinen Sinn. Wir schlagen die ersatzlose Streichung von Art. 219 VE ZPO vor. Unseres Erachtens genügt eine Art von Beweisverfügung für alle Verfahren.

AR: Die Bestimmung ist hinsichtlich der Terminologie sogar widersprüchlich und spricht von qualifizierter Beweisverfügung, die durch das Gericht erlassen werde (Beweisauflagebeschluss). Die Ausdrücke sind zu ersetzen durch qualifizierten Beweisanscheid und Beweisauflageentscheid.

BE: Der Kanton Bern kennt bisher weder den Beweisauflagebeschluss noch die Beweisantrittungsschrift oder die qualifizierte Beweisverfügung. Die Beweisantrittung erfolgt bereits in den Rechtsschriften und zwar durch Anführung der beantragten Beweise zu den behaupteten Sachverhalten. In der Regel an der Hauptverhandlung wird den Parteien sodann die Beweisverfügung eröffnet. Aus bernischer Sicht erübrigen sich daher sowohl der Beweisauflagebeschluss als auch die Beweisantrittungsschrift gemäss Abs. 2. Auch auf die in Abs. 1 erwähnte besondere Regelung einer qualifizierten Beweisverfügung kann verzichtet werden, wenn der Detaillierungsgrad der Beweisverfügung den Gerichten überlassen wird. Das lässt Art. 218 Abs. 1 VE bereits zu. Art. 219 VE kann daher ersatzlos gestrichen werden. Eine solche Lösung erweckt starke Bedenken betreffend Umfang, Zeitbedarf und Kosten.

Sollte Art. 219 VE beibehalten werden, so wäre Abs. 1 lit. b wie folgt zu ändern: "b. die Bestimmung, welcher Partei jeweils der Hauptbeweis obliegt und der Gegenbeweis offen steht". Der Beweis kann nur einer Partei obliegen.

GL: Zu begrüssen ist die flexible Regelung des Beweisverfahrens, insbesondere dass nicht zwingend eine qualifizierte Beweisverfügung zu erlassen ist.

JU: Voir remarques ad art. 218.

- LU: Wir lehnen das komplizierte Beweisauflageverfahren ab. Es ist grundsätzlich Sache der Parteien, die Beweisführungslast und die relevanten Beweisthemen zu erkennen und die Beweismittel zu nennen. Die Richterin oder der Richter kann durch Ausübung des Fragerechts zur Klärung beitragen.
- SH: Die Bestimmung ist hinsichtlich der Terminologie sogar widersprüchlich und spricht von qualifizierter *Beweisverfügung*, die durch das *Gericht* erlassen werde (Beweisauflagebeschluss). Die Ausdrücke sind zu ersetzen durch qualifizierten Beweisanscheid und Beweisauflageentscheid.
- TG: Der Unterschied zwischen einfacher und qualifizierter Beweisverfügung kommt im Gesetzestext zu wenig zum Ausdruck. Zu prüfen wäre überdies eine Beschränkung auf eine der beiden Bestimmungen.
- TI: Questa decisione rappresenta una variante rispetto a quella precedente e sottostà alla medesima logica e ai medesimi principio quo agli aspetti temporali.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

- CSP: Grundsätzlich ist das Beweisverfahren nach abgeschlossenem Behauptungsverfahren durchzuführen. Beweisabnahmen vor Replik und Duplik erscheinen wenig sinnvoll, wenn die Parteien mit den zweiten Parteivorträgen noch weitere Tatsachen und Beweismittel vortragen und bezeichnen können.
- Grüne Partei: Das hier beschriebene Beweisauflageverfahren halten wir nicht für zwingend nötig. Es ist den Parteien vielmehr zuzumuten, bereits in ihren Rechtsschriften (Klage, Klageantwort, Widerklage, ev. schriftliche Replik/Duplik) die zu beweisenden Tatsachen zu nennen (vgl. Art. 219 Abs. 1 lit. a) und ihnen die entsprechenden Beweismittel zuzuordnen (vgl. Art. 219 Abs. 2).

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- FSA: Nuançant ce qui vient d'être dit à propos de l'art. 218 AP et à titre de compromis, la FSA approuve l'art. 219 al. 1 lit. b AP. Cette *Kann-Vorschrift* permettra aux pratiques cantonales qui consacrent cette manière de faire de subsister. D'ailleurs, le système qui force le juge à se poser la question de la répartition du fardeau de la preuve de manière anticipée n'est pas dénué d'avantages.
- SBV: Das Gericht kann bei umfangreichen Prozessstoff eine qualifizierte Beweisverfügung erlassen, den sogenannten Beweisablagebeschluss. Wir sind der Meinung das Gericht müsste sogar in komplexen Fällen eine qualifizierte Beweisverfügung verlangen. Das Gericht muss die richtigen Fragen stellen können um zum richtigen Ergebnis zu kommen. Deshalb sollte es dazu verpflichtet werden, diese Angaben in komplizierten Fällen zu machen. *Wir beantragen, dass Art. 219 ZPO deshalb wie folgt lautet: Das Gericht muss bei umfangreichen Prozessstoff eine qualifizierte Beweisverfügung erlassen...*
- Uni BE: Art. 219 erweist sich im Lichte von Art. 210 und Art. 211 als überflüssig und kann daher ohne weiteres gestrichen werden.
- Uni LA: Même s'il ne sera apparemment jamais fait obligation au tribunal de recourir à une telle ordonnance de preuves qualifiée, la nécessité d'une telle institution, dont la quasi totalité des procédures cantonales se sont passées jusqu'à présent, ne paraît pas établie. En particulier, l'art. 219 al. 1<sup>er</sup> let. b AP paraît susceptible de causer davantage de problèmes que d'en résoudre.

Cette disposition oblige en effet à fixer dans l'ordonnance de preuves qualifiée" la charge de la preuve, qui relève du droit matériel appliqué. En d'autres termes, le tribunal doit déjà connaître de façon certaine les règles matérielles qui vont devoir être appliquées, et les éventuelles présomptions légales qui pourraient entrer en jeu. Cette manière de faire est pratiquement impossible à réaliser car, faute d'instruction de la cause à ce stade, les règles matérielles applicables ne peuvent pas être priori être dégagées avec certitude.

Surtout, cette manière de faire va considérablement alourdir une instruction déjà compliquée pour ce type d'affaires. Influant nécessairement sur l'application du droit matériel, soit étant d'importance décisive pour le jugement au fond à venir, l'ordonnance fixant la charge de la preuve qui se serait trompée sur les règles ou les présomptions applicables donnera nécessairement lieu à un recours à l'autorité supérieure (art. 310 let. b AP), qui sera au demeurant tout aussi empruntée pour établir de telles règles par avance.

Il est en outre à craindre que la répartition du fardeau de la preuve dans l'ordonnance au sens de l'art. 219 AP lie le tribunal lors du jugement au fond; et si tel n'était pas le cas, parce que des éléments nouveaux auraient été dégagés en cours d'instruction, alors il conviendrait de revenir en arrière sur l'instruction mal dirigée par une charge de la preuve erronée, faute de quoi cette instruction paraîtrait viciée et devrait donner lieu à un recours fondé pour ce motif.

Uni ZH: Die qualifizizierte Beweisverfügung nach Art. 219 hat aus der Sicht der Parteien nur einen Sinn, wenn sie innert angesetzter Frist Noven nennen können. Weitergehend vgl. *Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.*

Art. 220

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Unklar ist der Verfahrensablauf, wenn mündliche Replik und Duplik angeordnet wird. Ergeht die Beweisverfügung dann schon nach dem ersten Schriftenwechsel? Wohl kaum. Die Durchführung der Hauptverhandlung macht aber keinen Sinn, wenn mit mündlicher Replik und Duplik zu deren Beginn noch neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können (Art. 215 Abs. 1). Wird die Hauptverhandlung nach Replik und Duplik abgebrochen, dann eine Beweisverfügung erlassen und danach die Hauptverhandlung mit der Beweisabnahme und den Schlussplädoyers fortgeführt?

BE: Auf Grund der angeregten Änderung von Art. 214 VE wird vorgeschlagen, Art. 220 VE wie folgt zu modifizieren:

"Die Parteien haben zu Beginn der Hauptverhandlung Gelegenheit zur Replik und Duplik, sofern das Gericht nicht schon einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hat."

LU: Wir votieren für die Einführung einer vollwertigen Instruktionsverhandlung, in welcher auch repliziert und dupliziert werden kann.

JU: Voir ci-dessus, ad art. 214 et 215.

SG: Unklar ist der Verfahrensablauf, wenn nach Art. 214 Abs. 2 mündliche Replik und Duplik angeordnet werden. Ergeht die Beweisverfügung dann schon nach dem ersten Schriftenwechsel? Wird die Hauptverhandlung nach der Replik und

Duplik abgebrochen, dann eine (neuerliche) Beweisverfügung erlassen und danach die Hauptverhandlung mit der Beweisabnahme und den Schlussplädoyers fortgeführt?

- SH: Unklar ist der Verfahrensablauf, wenn mündliche Replik und Duplik angeordnet wird. Ergeht die Beweisverfügung dann schon nach dem ersten Schriftenwechsel? Wohl kaum. Die Durchführung der Hauptverhandlung macht aber keinen Sinn, wenn mit mündlicher Replik und Duplik zu deren Beginn noch neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können. (Art. 215 Abs. 1). Wird die Hauptverhandlung nach Replik und Duplik abgebrochen, dann eine Beweisverfügung erlassen und danach die Hauptverhandlung mit der Beweisabnahme und den Schlussplädoyers fortgeführt? Der genaue Verfahrensablauf sollte doch im Gesetz stehen. Es besteht auch hier keine klare Trennung zwischen Behauptungs- und Beweisverfahren.
- SZ: In vielen Fällen macht es wenig Sinn, wenn nach schriftlicher Replik/Duplik noch obligatorisch eine Hauptverhandlung stattfinden muss (die dann diesen Namen nicht verdient). Wenn die Parteien darauf bestehen, haben sie ohnehin in den meisten Fällen auf Grund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf eine echte mündliche und öffentliche Verhandlung.
- TI: Si tratta della conseguenza prevista dall'art. 214 cpv. 2 CPCF, ossia la possibilità di presentare replica e duplica oralmente.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Wie ist zu verfahren, wenn in der Replik oder Duplik neue Tatsachen oder Beweismittel geltend gemacht werden? Braucht es dann eine (weitere) Beweisverfügung i.S.v. Art. 218 oder 219? Oder werden Beweisverfügungen erst im Anschluss an die mündliche Replik/Duplik erlassen? Diese Abläufe müssen normativ geklärt werden.

Uni NE: Comme déjà indiqué, il ne nous paraît pas qu'il soit judicieux de prévoir des réplique et duplique orales lors des débats principaux. Non seulement, la réplique et la duplique devraient être écrites, mais en plus elles devraient être déposées au plus tard avant les débats préparatoires, dans les délais prescrits.

Art. 221

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Unseres Erachtens sollte es auch an der Hauptverhandlung noch zulässig sein, gestützt auf den gleichen Sachverhalt mehr oder anderes zu verlangen. Es soll dem Kläger möglich sein, die Klage allfälligen Entwicklungen des Sachverhalts oder durch das Prozessverfahren gewonnenen neuen Erkenntnissen anzupassen. Andernfalls droht ein ungerechtfertigter Rechtsverlust.

AR: Eine Klageänderung (= Änderung des Rechtsbegehrens und/oder des Lebenssachverhalts) aufgrund neuer Tatsachen in der Hauptverhandlung (= Beweisverhandlung) ist reichlich spät. Auch hier findet eine Vermischung von Beweisverfahren und Behauptungsverfahren statt. Der Bericht erklärt allerdings berichtigend, dass eine Klageänderung nur bei mündlicher Replik und Duplik möglich sein soll. Dann sollte die Klageänderung aber als Abs. 2 an Art. 220 VE angehängt werden, damit man die Regelung richtig versteht.

Allerdings erscheint eine Ungleichbehandlung der Klageänderung, je nach dem ob Replik/Duplik mündlich oder schriftlich erfolgen, nicht gerechtfertigt.

Das Verhältnis von Art. 221 zu Art. 216 VE ist zudem unklar. Die Bestimmungen sollten zusammengefasst werden.

BE: Es wird vorgeschlagen, diesen Artikel zu streichen (vgl. die Ausführungen zu Art. 216 VE).

JU: Voir ci-dessus, ad art. 216.

SH: Eine Klageänderung (= Änderung des Rechtsbegehrens und/oder des Lebenssachverhalts) aufgrund neuer Tatsachen in der Hauptverhandlung (= Beweisverfahren und Behauptungsverfahren statt. Der Bericht erklärt allerdings berichtigend, dass eine Klageänderung nur bei mündlicher Replik und Duplik möglich sein soll. Dann sollte die Klageänderung aber als Abs. 2 an Art. 220 VE angehängt werden, damit man die Regelung richtig versteht.

Allerdings erscheint eine Ungleichbehandlung der Klageänderung, je nach dem ob Replik/Duplik mündlich oder schriftlich erfolgen, nicht gerechtfertigt.

Das Verhältnis von Art. 221 zu Art. 216 VE ist zudem unklar. Die Bestimmungen sollten zusammengefasst werden.

TI: Questo articolo è da legge con l'art. 216 CPCF. Ergo, fino al dibattimento l'azione può essere mutata secondo i (generosi) parametri dell'art. 216, mentre una mutazione al dibattimento è giustificata soltanto se vi sono fatti nuovi.

La norma è silente con riferimento al periodo di tempo successivo al dibattimento, ossia: è ammessa la mutazione dell'azione, a quali presupposti e fino a quando? Come già detto a proposito dell'art. 216 CPC la mutazione dev'essere ammessa fino al dibattimento finale.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 216.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Bger: Werden Replik und Duplik auf die Hauptverhandlung verschoben (Art. 214 Abs. 2 und Art. 220 VE-ZPO), muss in der Replik eine Klageänderung wohl auch ohne neue Tatsachen zugelassen werden, beispielsweise aufgrund der Vorbringen in der Klageantwort. Schriftliche und mündliche Replik bzw. Duplik sind wohl bereits verfassungsrechtlich gleich zu behandeln. Vorzuziehen wäre daher unseres Erachtens folgende Formulierung:

*In der Hauptverhandlung ist eine Klageänderung nach Replik und Duplik nur noch zulässig, wenn sie mit neuen Tatsachen begründet werden kann"*

DJZ: Das Verhältnis zu Art. 216 ist unklar. Es müsste wohl heissen: *nach Replik und Duplik* ist eine Klageänderung nur noch zulässig, wenn sie mit neuen Tatsachen begründet werden kann.

Es kann wohl nicht die Meinung sein, dass es in Bezug auf die Klageänderungen einen Unterschied macht, ob Replik und Duplik anlässlich der Hauptverhandlung mündlich erstattet wird oder im schriftlichen Verfahren.

OAFRI: La réglementation de l'art. 216 apparaît suffisante et l'idée de "litis contestatio" est dépassée.

La solution est en outre insatisfaisante et peu pratique: le résultat d'une expertise, par exemple, n'est pas un fait nouveau mais un moyen de preuve; il ne permettrait donc pas une modification de la demande. Des actions en constatation de droit doivent pouvoir être converties en actions condamnatoires.

Uni LA: Si cette règle est introduite, il faut organiser l'administration des preuves complémentaires aux débats et surtout le droit de l'autre partie d'alléguer des faits complémentaires répondant aux nouvelles prétentions de l'autre partie. Cela alourdira considérablement l'instruction, et par là nuira à l'efficacité de la nouvelle procédure unifiée. En tout cas, la règle doit être exclue dans le domaine de l'appel, s'agissant d'un changement des prétentions en seconde instance (297 ss AP).

Uni NE: L'article 221, intitulé *modification de la demande* présente le même intitulé que l'article 216. De plus, il nous paraît qu'il n'amène rien de nouveau par rapport aux articles 215 et 216 combinés.

Art. 222

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Problematisch ist, dass die Beweisabnahmen nicht vor dem erkennenden Gericht stattfinden müssen, sondern vorher stattfinden können und in der Regel durch den Instruktionsrichter (vor einer formellen Beweisverfügung) erfolgen und dann nicht wiederholt werden dürften (vgl. Art. 149 und Art. 217 VE). Damit wird das Kollegialgericht entwertet. Beim Einzelrichter besteht die Gefahr, dass eine Hauptverhandlung gar nie stattfindet.

BE: Es wird vorgeschlagen, den zweiten Halbsatz zu streichen und in Anlehnung an Art. 199 Abs. 2 ZPO BE die Delegation der Beweisführung vorzusehen. Art. 222 VE würde demnach wie folgt lauten:

<sup>1</sup>*Das Gericht nimmt die Beweise ab.*

<sup>2</sup>*Das Kollegialgericht kann die Beweisführung einzelnen Mitgliedern übertragen.*

BS: Dass das urteilende Gericht die Beweisabnahme nur auf Antrag einer Partei und wenn keine wichtigen Gründe dagegen sprechen vornimmt, ergibt sich aus Art. 149 Abs. 2. Aus dem vorgeschlagenen Wortlaut von Art. 222 ist dieser Vorbehalt aber nicht ersichtlich bzw. die Formulierung "Das Gericht nimmt die Beweise ab" spricht gegen das Bestehen eines Vorbehalts.

LU: Wir beantragen, dass die Beweise grundsätzlich nicht vom Gericht, sondern von der Instruktionsrichterin oder vom Instruktionsrichter abgenommen werden. Artikel 222 VE-ZPO ist wie folgt zu formulieren: "Das Gericht kann Beweise abnehmen; es kann eine frühere Beweisabnahme wiederholen."

SH: Problematisch ist, dass die Beweisabnahmen nicht vor dem erkennenden Gericht stattfinden müssen, sondern vorher stattfinden können und in der Regel durch den Instruktionsrichter (vor einer formellen Beweisverfügung) erfolgen und dann nicht wiederholt werden dürften (vgl. Art. 149 und Art. 217 VE). Damit wird das Kollegialgericht entwertet. Beim Einzelrichter besteht die Gefahr, dass eine Hauptverhandlung gar nie stattfindet.

TI: Da notare che le prove non vengono assunte in udienze dibattimentali. Sarebbe auspicabile, per chiarezza, prevedere una Sezione 4: "Istruttoria".

Inoltre, va ricordato che secondo il progetto il giudice può assumere delle prove anche prima di questo momento istruttorio, ossia in sede di udienza preparatoria (art. 127 CPCF, ultima frase).

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 149 und Art. 151.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Beweisabnahme durch das Gericht: Text im Widerspruch zu Art. 149 Abs. 2, wonach eine Partei die Beweisabnahme verlangen muss.

Richtigerweise und entgegen Bericht (S. 109) sollte der Grundsatz der Beweisabnahme durch das urteilende (= Gesamt-)Gericht gelten. Jede Delegation der Beweisabnahme an Instruktionsrichter beinhaltet auch eine faktische Machteinräumung über das Verfahren. Pointiert formuliert: Ist im Gesetz ein 5 er-Gericht vorgesehen, so sollten diese fünf Richter über den Fall urteilen, und nicht vier Richter das vorbereitete Urteil des Instruktionsrichters überprüfen.

FSA: La FSA se rallie au texte de l'avant-projet considérant sur la base des explications fournies par le Rapport que l'administration, une seconde fois, d'une preuve déjà administrée vise le cas où celle-ci l'a été antérieurement sur délégation (art. 149, appelé à disparaître selon la proposition de la commission, et 217 AP).

OAFRI: Comme déjà signalé, rien n'est prévu pour la liquidation des incidents sur preuve.

La loi devrait prévoir, sauf impossibilité, l'unité de la procédure probatoire, ce dans le but d'accélérer la procédure.

VbernGerichtsschreiber: Eine Klageänderung sollte auch noch an der Hauptverhandlung möglich sein, sofern einzig das Rechtsbegehren geändert wird, das Klagefundament im Übrigen aber unverändert bleibt. Oft ist erst nach dem Beweisverfahren abschätzbar, in welchem Umfang die Klage als begründet erscheint. Die klagende Partei sollte die Möglichkeit haben, aufgrund des Beweisergebnisses mehr oder anderes zu fordern (z.B. Erhöhung des geforderten Schadenersatzes; statt Wandelung Minderung des Kaufpreises).

Uni NE: L'article 222 indique que le tribunal administre les preuves aux débats. Selon l'article 114, le tribunal peut déléguer la conduite des débats préparatoires à l'un de ses membres. Cela signifie-t-il que l'administration des preuves doit toujours intervenir devant le tribunal au complet lors des débats principaux ? L'article 149 ne paraît pourtant pas aller dans ce sens, puisqu'il indique que le tribunal peut déléguer l'administration des preuves à un ou plusieurs de ses membres. Pour les cantons qui ne connaissent pas le système de l'avant-projet, cette exigence imposerait une augmentation sensible du nombre de juges, augmenterait le coût de la justice et ralentirait les procès, sans qu'il en résulte une amélioration sensible de la qualité de l'administration de la justice. Il convient dès lors de laisser aux cantons le choix de la procédure applicable à cet égard. Elle relève d'ailleurs essentiellement de l'organisation judiciaire, réservée aux cantons.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird vorgeschlagen, den Parteien obligatorisch die Gelegenheit zu einem zweiten Vortrag zu geben (Abs. 2), da dies dem Gehörsanspruch besser Rechnung trägt und in der Regel wenig Zeit in Anspruch nimmt. Für besondere Fälle wäre jedoch die Möglichkeit einer Redezeitbeschränkung einzuführen (neuer Abs. 3).

In Bezug auf die schriftlichen Parteivorträge gemäss Abs. 3 des Entwurfs (würde bei Einfügung eines neuen Abs. 3 zum Abs. 4) wären Präzisierungen in der Botschaft wünschenswert. Insbesondere ist unklar, wie vorzugehen ist, wenn die Plädoyernotizen vom Vorgetragenen abweichen. Praktikabel wäre eine Lösung, wonach die Änderungen nicht wörtlich protokolliert werden müssen, sondern auf den Notizen selber sinngemäss und stichwortartig festgehalten und so dem Protokoll beigefügt werden können.

FR: Il semble découler du texte de cette disposition et du commentaire (voir aussi commentaire ad 226) que le contenu des plaidoiries devrait figurer au procès-verbal. Si tel est bien le cas, nous nous y opposons.

GE: Articles 223 et 224 PCS: La clôture de l'administration des preuves est une phase primordiale du procès civil. C'est en effet à ce stade de la procédure que les parties ont l'occasion de reprendre leur argumentation à la lumière des preuves rapportées. C'est donc le moment où la position des parties peut être cristallisée et présentée synthétiquement au juge.

L'avant-projet prévoit que cet exposé serait généralement oral, sous la forme de plaidoiries intervenant immédiatement au terme de l'instruction. Subsidiairement, il peut être écrit, si les parties s'entendent pour renoncer à la plaidoirie et déposer en lieu et place des "*plaidoiries écrites*".

En matière civile, l'expérience démontre que la plaidoirie orale n'est pas le moyen le plus adéquat pour développer des arguments de fait et de droit. Le risque qu'un exposé oral ne soit pas reçu de manière optimal par le tribunal est indiscutablement présent. Selon la solution suggérée dans l'avant-projet, la plaidoirie orale peut être corroborée par des notes déposées en début d'audience (art. 223 al. 3 PCS). On voit toutefois mal l'utilité de répéter oralement le contenu des écritures déposées. Par ailleurs, il est illusoire que de penser que les parties pourront déposer des notes de plaidoiries exhaustives immédiatement au terme des débats principaux, sans qu'un délai à cet effet ne leur soit octroyé.

Aussi, il conviendrait d'inverser les principes énoncés aux art. 223 et 224 PCS, en prévoyant, en principe, un échange de conclusions motivées écrite. Celles-ci ne seront appuyées par une plaidoirie orale que si les parties le requièrent, mais uniquement dans la mesure où elles exposent des arguments différents de ceux déjà développés dans leurs écritures. Cette solution correspond d'ailleurs à la pratique genevoise.

A noter encore que l'art. 224 PCS prescrit que les parties peuvent renoncer "*aux débats principaux*", ce qui paraît être une imprécision de langage: les parties peuvent renoncer aux plaidoiries, mais pas aux débats principaux.

JU: Abs. 3: L'avant-projet ne prévoit pas, à juste titre, que l'exposé oral de la plaidoirie soit consigné au procès-verbal. En conséquence, la conformité à l'exposé oral des notes de plaidoiries que les parties sont autorisées à déposer n'a pas à être vérifiée. Les notes écrites ne peuvent pas tenir lieu de procès-verbal des plaidoiries, dans la mesure où l'exposé oral n'a pas à être consigné au procès-verbal. De plus, la vérification des notes écrites par rapport à l'exposé oral est un exercice impraticable pour le greffier.

Nous ne sommes pas opposés, par principe, à ce que les parties aient la possibilité de déposer des notes écrites. Ces notes ne peuvent être considérées que comme un support à l'exposé oral que les parties peuvent utiliser si elles estiment que leur argumentation sera mieux comprise par le tribunal. Les parties assument cependant le risque d'une contradiction qui pourrait survenir entre le contenu de leur exposé oral et celui des notes qu'elles ont déposées, ce d'autant plus que les notes écrites auront été rédigées avant l'audience et ne pourront donc pas tenir compte des événements intervenus aux débats.

La portée que l'avant-projet confère implicitement à ces notes va trop loin.

Aussi, il est proposé soit de biffer purement et simplement l'alinéa 3, soit de laisser la possibilité au tribunal d'autoriser les parties à déposer des notes écrites de plaidoiries sans attacher aucune conséquence au dépôt de ses notes. Dans cette dernière hypothèse, elles serviront uniquement à la compréhension par le tribunal et par la partie adverse de l'argumentation développée par le plaideur. Elles seront versées au dossier vaille que vaille.

NE: La clôture de la procédure ordinaire nous paraît un peu floue. Les débats principaux semblent devoir se terminer par des plaidoiries, en règle générale (art. 223), mais des plaidoiries immédiates sont impossibles si, comme on peut le penser, l'administration des preuves est souvent confiée à l'un des juges (art. 149). En cas de plaidoiries écrites, l'art. 224 n'indique pas si les parties sont encore admises à plaider oralement sur l'un ou l'autre point, ultérieurement.

TI: Lo stesso vale per gli articoli da 223 a 224, che riguardano il "Dibattimento finale". Contrariamente al sistema attuale, decade la regola inerente la presentazione del memoriale conclusivo scritto 5 giorni prima del dibattimento finale (art. 280 CPC-Ti).

Per il resto, il sistema è simile a quanto attualmente codificato all'art. 119a CPC-Ti.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Reichen die Parteien keine "Plädoyer-Notizen" i.S. von Absatz 3 ein, fragt sich, ob deren Ausführungen sinngemäss resp. zumindest die Grundzüge ihrer Argumentation zu protokollieren sind. Der Erläuternde Bericht sieht das vor (vgl. S. 110/111, zu Art. 226). Dies birgt jedoch die Gefahr in sich, dass in einem Rechtsmittelverfahren Differenzen zwischen dem Protokoll und dem, was die Parteien in ihren Plädoyers (vermeintlich oder tatsächlich) vorgetragen haben, gerügt werden. Unseres Erachtens genügt es deshalb, lediglich die Rechtsbegehren sowie allfällige Einreden wie Verjährung und Verrechnung zu protokollieren.

Ferner beantragen wir, die Terminologie in der deutschen Fassung des Vorentwurfs (Art. 223: "Parteivorträge", Art. 241 Abs. 1: "Schlussvorträge") zu vereinheitlichen.

LPS: Selon l'avant-projet, la procédure ordinaire comporterait trois étapes, soit un double échange d'écritures initial, suivi des débats "préparatoires" (préparation des débats principaux) puis les "débats principaux". Les débats principaux comporteraient à leur tour deux phases, soit la phase d'administration des preuves au cours de laquelle le tribunal recueille les preuves prévues à l'art. 159 PCS, puis une phase finale ayant pour objet de permettre aux parties de s'exprimer sur le résultat de l'administration des preuves et sur la cause.

Cette dernière phase est extrêmement importante. C'est en effet à ce stade que les parties ont l'occasion de reprendre leurs arguments de fait comme de droit à la lumière des preuves qui ont été rapportées. C'est donc le moment où la position des parties peut être présentée au juge de la façon la plus complète, claire et précise.

L'avant-projet prévoit que cet exposé serait, dans la règle oral, sous la forme de plaidoiries et exceptionnellement écrit, si les parties s'entendent pour renoncer à la plaidoirie et déposer en lieu et place des mémoires appelés "plaidoiries écrites". Or, le PLS estime qu'en matière civile, l'exposé oral n'est généralement pas le moyen le plus approprié pour développer des arguments de fait et de droit qui peuvent être complexes. Pour pouvoir s'exprimer complètement, les parties devraient plaider longuement, ce qui surchargerait inutilement les tribunaux qui devraient consacrer de longues (et souvent fastidieuses) audiences aux plaidoiries. Le risque que l'attention du tribunal ne soit pas entière pendant toute la durée de la plaidoirie n'est pas à exclure. Certes, selon la PCS, la plaidoirie orale peut être accompagnée d'une plaidoirie écrite, mais dans ce cas l'exposé oral doit alors correspondre à l'écriture déposée ce qui rend l'exercice inutile.

Par conséquent, le PLS propose d'inverser les principes énoncés aux articles 223 et 224 PCS, en prévoyant dans la règle un échange d'exposés écrits, qui ne seront suivis d'une plaidoirie que lorsque les parties le requièrent. Ce système correspond à la pratique genevoise et la rédaction des articles concernés de la PCS pourrait s'en inspirer.

#### *Art. 223*

*<sup>1</sup>Au terme de l'instruction, le Tribunal fixe aux parties un délai pour le dépôt de leurs mémoires finaux, afin qu'elles puissent se prononcer sur les résultats de l'administration des preuves et sur la cause.*

*<sup>2</sup>Le tribunal communique aux parties le mémoire final de la partie adverse en rappelant la teneur de l'art. 224.*

#### *Art. 224*

*<sup>1</sup>Dans un délai de 7 jours dès réception du mémoire final de la partie adverse, chaque partie peut demander au Tribunal la fixation d'une audience de plaidoirie. A défaut, le tribunal statue.*

*<sup>2</sup>Le tribunal fixe la date de l'audience de plaidoirie au cours de laquelle il donne en premier la parole à la partie qui a demandé à plaider, puis à l'autre. Si toutes les parties ont demandé à plaider, le demandeur plaide le premier.*

*<sup>3</sup>Le tribunal peut donner l'occasion de répliquer et dupliquer oralement.*

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Plädoyernotizen & Verhandlungsprotokoll: sicher sinnvoll ist es, die Zulässigkeit der verbreitet üblichen Plädoyernotizen klar zu stellen. Heikel erscheint aber, dass von den Parteien erstellte Schriftstücke das vom Gericht zu führende Protokoll ersetzen sollen. Werden Nuancen oder "Ergänzungen" vom Protokollführer nicht bemerkt, erhalten diese durch die eben ungenaue Prüfung und Bescheinigung einen amtlichen Segen, gegen den im Rahmen eines Protokollberichtigungsverfahrens nur sehr schwer anzukämpfen ist.

Diese ganze Diskussion würde sich erübrigen, wenn eine wortgetreue Protokollierung – sei es durch Stenographie oder technische Hilfsmittel – Standard in der Schweiz wäre.

AVGE: En matière civile, l'expérience démontre que la plaidoirie orale n'est pas le moyen le plus adéquat pour développer des arguments de fait et de droit. Le risque qu'un exposé oral ne soit pas reçu de manière optimale par le tribunal est indiscutablement présent. Selon la solution suggérée dans l'AP, la plaidoirie orale peut être corroborée par des notes déposées en début d'audience (art. 223 al. 3 AP). On voit toutefois mal l'utilité de répéter oralement le contenu des écritures déposées. Par ailleurs, il est illusoire que de penser que les parties pourront déposer des notes de plaidoiries exhaustives immédiatement au terme des débats principaux, sans qu'un délai à cet effet ne leur soit octroyé.

Aussi, il conviendrait d'inverser les principes énoncés aux art. 223 et 224 AP, en prévoyant, en principe, un échange de conclusions motivées écrites. Celles-ci ne seront appuyées par une plaidoirie orale que si les parties le requièrent, mais uniquement dans la mesure où elles exposent des arguments différents de ceux déjà développés dans leurs écritures. Cette solution correspond d'ailleurs à la pratique genevoise.

On remarquera en passant que le fait de permettre aux parties de déposer des écritures après les débats principaux est bien plus important que de donner systématiquement aux parties le droit de répliquer et de dupliquer (art. 214 AP). Dans les causes simples, les répliques/dupliques sont souvent superflues. Le droit de répliquer devrait être laissé à la libre appréciation du juge. Son octroi systématique conduirait le demandeur à ne pas déposer un état de fait complet, dans l'optique de laisser le défendeur sortir du bois pour ensuite compléter son écriture.

A noter encore que l'art. 224 AP prescrit que les parties peuvent renoncer "aux débats principaux", ce qui paraît être une imprécision de langage: les parties peuvent renoncer aux plaidoiries, mais pas aux débats principaux.

GGD ZH: Mit Blick auf die entsprechende Formulierung in Art. 241 Abs. 1 sollte hier "Schlussvorträge" als Marginale gesetzt werden.

OAFRI: Il ne ressort pas clairement de la disposition si le contenu essentiel des plaidoiries fait l'objet d'une inscription au procès-verbal. Une telle solution irait à l'encontre de la tradition latine, qui est garante d'une liberté de parole importante en plaidoirie. Il est d'ailleurs d'usage que le magistrat qui instruit ou préside, prenne des notes, lesquelles ne sont pas versées au dossier judiciaire.

VbernGerichtsschreiber: Nach Abs. 3 dieser Bestimmung können die von einer Partei eingereichten Notizen an die Stelle des Protokolls treten, wenn ihre Überein-

stimmung mit dem Vorgetragenen von der protokollführenden Person geprüft und bescheinigt wird. Das impliziert, dass die protokollführende Person die Ausführungen der Parteien zu Protokoll zu nehmen hat, sofern diese keine Notizen abgeben. Aus Sicht der Praxis erscheint dies als überflüssig. Im Zeitpunkt der Hauptverhandlung sind die Vorbringen und Argumente der Parteien meist aktenkundig. Der Parteivortrag dient einzig dazu, die (aktenkundigen) Beweise zu würdigen und dem Gericht den (ebenfalls aktenkundigen) eigenen Rechtsstandpunkt noch einmal zu verdeutlichen und zusammenzufassen. Er hat somit rein appellatorische Funktion; der Prozessstoff wird damit nicht erweitert. Aus diesem Grund kann auf die Protokollierung der Parteivorträge ohne Weiteres verzichtet werden. Die Möglichkeit, Notizen einzureichen, läuft im Übrigen auf einen weiteren - einen dritten (!) - Schriftenwechsel hinaus. Eine strikt mündliche Ausgestaltung der Parteivorträge würde dazu beitragen, dass die Parteien sich auf das Wesentliche (der ohnehin schon aktenkundigen Tatsachenbehauptungen und Rechtsstandpunkte) beschränken und dem Gericht dadurch die Würdigung und Gewichtung des Prozessstoffes tatsächlich erleichtern würden.

VESPA: Bekanntlich ist gemäss Art. 76 PatG für Zivilklagen bei Patentstreitigkeiten von jedem Kanton als einzige kantonale Instanz eine Gerichtsstelle zu bezeichnen. In solchen Prozessen sind in der Regel Patentanwälte beteiligt, sei dies als technische oder patentrechtliche Berater der Parteien, als Parteienexperten oder aber als Gerichtsexperten. Im schriftlichen Verfahren, z.B. in der Klageschrift, der Replik oder Duplik sind die Patentanwälte der Parteien meist für die technischen und patentrechtlichen Belange verantwortlich und können sich zu den Vorbringen der jeweiligen Gegenpartei äussern.

An den Gerichtsverhandlungen haben jedoch die Patentanwälte (wie auch andere, z.B. wissenschaftliche Berater) kein Recht auf Anhörung, auch wenn dies von der Partei gewünscht wird. In andern europäischen Ländern, z.B. in Deutschland haben die Patentanwälte ein solches Recht. Da der Berufsstand des Patentanwalts in unserem Land gegenwärtig noch über keine eidgenössische Anerkennung verfügt, scheint es uns zweckmässig zu sein, dass anstelle des "Patentanwalts" eine im Rahmen unseres nachstehenden Vorschlags eine allgemeinere Formulierung in die ZPO aufgenommen werden sollte. Dies hätte zur Folge, dass in Gerichtsverhandlungen generell Fachpersonen ein Recht auf Anhörung erhalten würden, wenn eine Frage des entsprechenden Fachgebiets von Bedeutung ist.

Wir schlagen deshalb vor, den Art. 223 des ZPO-Entwurfs wie folgt zu ergänzen:

#### *Art. 223 Parteivorträge*

<sup>1</sup> *Vor dem Entscheid erteilt das Gericht den Parteien das Wort, damit sie zum Beweisergebnis sowie zur Sache Stellung nehmen können; die klagende Partei plädiert zuerst.*

<sup>2</sup> *Das Gericht kann Gelegenheit zu einem zweiten Vortrag geben.*

<sup>3</sup> *In Rechtsstreitigkeiten wo eine Frage in einem speziellen Fachgebiet von Bedeutung ist, ist auf Antrag einer Partei einer sie begleitenden Fachperson das Wort zu gestatten.*

<sup>4</sup> *Reichen die Parteien zu Beginn ihres Vortrages Notizen ein, so können diese an die Stelle des Protokolls treten, wenn ihre Übereinstimmung mit dem Vorgetragenen von der protokollführenden Person geprüft und bescheinigt wird.*

Uni NE: L'article 223 retient le système des plaidoiries en procédure ordinaire. Vu le type de litiges soumis à cette procédure, nous sommes d'avis que la meilleure solution est celle des conclusions en cause ou mémoires après enquête qui permettent aux parties d'indiquer clairement quels sont à leur sens les résultats de l'administration des preuves et l'argumentation juridique de leurs prétentions. On ne voit du reste pas l'intérêt du système des notes de plaidoiries puisque l'exposé oral est purement et simplement repris par écrit, ce qui supprime tout intérêt technique à l'exposé oral qui ne conserve qu'un intérêt décoratif. Certes, l'article 224 indique que les parties peuvent proposer de déposer une plaidoirie écrite, mais il semble que cette possibilité soit réservée aux cas où elles renoncent, d'un commun accord, aux débats principaux. Ce ne sera généralement pas le cas, puisque les preuves doivent, si l'on a bien compris le système, être administrées lors de ces débats. A notre avis, il faudrait dès lors prévoir que le dépôt de conclusions en cause est la règle et que, ensuite de l'échange de cet acte, les parties peuvent demander à plaider brièvement l'affaire. On évite ainsi de devoir déplacer le tribunal à une audience souvent superflue.

#### Art. 224

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Auch das Gericht muss auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten können, wenn eine solche nicht nötig ist. Dies sollte im Gesetz ausdrücklich geregelt werden.

AR: Der Entscheid, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, darf nicht bei den Parteien, sondern muss beim Gericht als Verfahrensleiter liegen. Es sollte klargestellt werden, ob die schriftlichen Parteivorträge gleichzeitig oder nacheinander einzureichen sind. Das eine beschleunigt das Verfahren, das andere entspricht der mündlichen Verhandlung.

BE: Bei grundsätzlich einfachem Schriftenwechsel und Replik/Duplik an der Hauptverhandlung dürften die Fälle, in welchen die Parteien auf die Hauptverhandlung verzichten, die Ausnahme bilden. Gross hingegen dürfte das Bedürfnis danach sein, nach Durchführung des Beweisverfahrens auf den mündlichen Parteivortrag (und die Teilnahme an der Beratung gemäss Art. 227 Abs. 2 VE) zu verzichten. Es wird daher vorgeschlagen, den Titel von Art. 224 wie folgt zu ändern:

##### *Art. 224 Schriftlicher Parteivortrag und Verzicht auf Hauptverhandlung*

Sodann wäre ein neuer Abs. 2 Satz 1 einzufügen, der in etwa wie folgt lauten könnte:

*Sie können auf einen Parteivortrag gemäss Art. 223 verzichten und beantragen, dass schriftliche Parteivorträge eingereicht werden.*

Zu Abs. 2 Satz 2 wird zudem die Ergänzung mit folgender Wendung angeregt: "... eine gleiche Frist zur Einreichung der Parteivorträge", denn das Gericht muss sicherstellen, dass sich keine der Parteien bei der Einreichung einen Vorteil verschaffen kann. Verlangt eine Partei eine Fristverlängerung und wird diese gewährt, so muss sie auch für die Gegenpartei gelten.

BL: Antrag: Abs. 2 dieser Bestimmung ist zu streichen und Abs. 1 ist wie folgt neu zu formulieren:

*Das Gericht kann mit Zustimmung der Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten.*

Begründung des Antrags: Die Möglichkeit zur Einreichung schriftlicher Parteivorträge ist unseres Erachtens nicht nötig.

BS: Aus der Formulierung dieser Bestimmung ist nicht klar, ob das Gericht an den übereinstimmenden Verzicht der Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung gebunden ist. Nach unserer Auffassung sollte das Gericht die Möglichkeit haben, eine Hauptverhandlung trotz Verzichts der Parteien durchzuführen, um eine mündliche Urteilsöffnung zu ermöglichen, die ohne Zweifel der Prozessökonomie dient.

JU: Nous sommes opposés à ce que les parties puissent, d'un commun accord, renoncer aux débats principaux. En effet, dans cette phase de la procédure, les preuves sont administrées et les parties interpellées. En leur donnant la possibilité de renoncer aux débats, la procédure pourrait devenir simplement écrite.

En revanche, lorsque l'affaire est à même d'être jugée sans débats, ou parce que les débats préparatoires ont permis d'établir les faits, le tribunal peut proposer aux parties qu'elles renoncent aux débats principaux, celles-ci ayant alors la possibilité de déposer des plaidoiries écrites, ainsi que le prévoit l'article 224 al. 2 AP.

SG: Es ist klarzustellen, ob die schriftlichen Parteivorträge gleichzeitig oder nacheinander einzureichen sind. Das eine beschleunigt das Verfahren, das andere entspricht der mündlichen Verhandlung.

SH: Der Entscheid, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, darf nicht bei den Parteien, sondern muss beim Gericht als Verfahrensleiter liegen.

SZ: Das schriftliche Verfahren sollte auch von Amtes wegen angeordnet werden können, vorbehaltlich der Verfassungs- und EMRK-Garantien.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Schriftliche Parteivorträge statt Hauptverhandlung: die Parteien sollten es nicht in der Hand haben, die Durchführung einer Hauptverhandlung zu vereiteln. Das Gericht sollte die Möglichkeit haben, ungeachtet des Antrages beider Parteien zur HV zu laden, wenn es dies für die Urteilsqualität als nötig erachtet.

FSA: La FSA propose de modifier de la manière suivante le second alinéa de cette disposition:

*al. 2 Si les deux parties lui en font la proposition, le tribunal fixe un délai pour le dépôt de plaidoiries écrites.*

suisa: In wirtschaftsrechtlichen Prozessen oder Verfahren, in denen Rechtsfragen im Vordergrund stehen oder die Unmittelbarkeit aus anderen Gründen keine erhebliche Rolle spielt, erscheint die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht sinnvoll. Wir treten daher dafür ein, dass das Gericht auch von sich aus oder auf Antrag nur einer Partei darauf verzichten kann. Art. 30 Abs. 3 BV steht dem nicht entgegen.

## Art. 225

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Non è chiaro se questa norma si riferisce al dibattimento iniziale o a quello finale. Sembrerebbe doversi trattare di quello iniziale, visto che si parla di "atti" prodotti dalla "parte comparsa" (in questo senso anche le spiegazioni degli esperti).

Sarebbe auspicabile precisare quale è la regola per ciascuno dei due dibattimenti previsti dalla legge: quello iniziale e quello finale.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FER: En vertu du droit qui est généralement reconnu aux parties d'être entendu, la Fédération s'étonne de constater que la commission d'experts n'ait pas prévu la possibilité pour une partie défaillante de pouvoir relever son défaut en faisant, le cas échéant, opposition au jugement.

La question se pose d'ailleurs de savoir si une telle solution correspond à une bonne et saine administration de la justice, dans la mesure où le tribunal pourrait notamment ne pas avoir connaissance de tous les éléments indispensables à la résolution du litige.

Cette solution semble, en tous les cas, ne pas correspondre à ce que de nombreuses lois de procédure civile cantonale prévoient. Sa légitimité risque dès lors d'être fortement contestée.

Le renvoi - fait dans le commentaire, mais pas dans la loi - à l'art. 143 al. 3 AP n'apparaît, pour le surplus, pas être des plus compréhensibles.

OAFRI: Il y a lieu de préciser que le défaut à l'audience doit pouvoir faire l'objet d'une requête en restitution selon l'art. 143 et que, si cette requête est admise, les débats sont repris à partir du moment où la partie en cause a fait défaut.

Uni LA: Il manque une définition des conditions auxquelles une partie peut être considérée comme défaillante à l'audience des débats principaux. A cet égard, les dispositions que l'on rencontre dans de nombreux codes de procédure cantonaux, selon lesquels une partie n'est réputée défaillante qu'après un certain temps (par ex. une heure) au-delà de l'heure pour laquelle elle a été convoquée et si elle n'est pas empêchée de comparaître pour une cause majeure, à la connaissance du tribunal, etc., pourraient être opportunément reprises. Surtout, l'art. 225 AP ne fait plus allusion à des mesures probatoires que le tribunal pourrait néanmoins juger nécessaires parce qu'il a des doutes sur la véracité des allégations de la partie présente. Il y a là une coordination à parfaire avec l'art. 145 al. 3 AP. On se réfère pour le surplus aux considérations émises plus haut sur la nécessité de régler de manière plus satisfaisante le jugement par défaut.

Uni NE: Quant à l'article 225, qui règle le défaut à l'audience de débats principaux, il est probablement superflu, puisque le défaut est déjà réglementé de manière générale à l'article 142 al. 2: la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut. L'article 225 n'y ajoute rien.

Uni ZH: Die Regelung betr. die Folgen bei Säumnis der beklagten Partei mit der Klageantwort sind unklar: Was beinhaltet eine Entscheidung gestützt auf die Akten

nach Art. 225? In welchen Fällen kann und muss trotz Säumnis ein Beweisverfahren durchgeführt werden? *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 70 ff.*

Art. 226

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wäre wünschenswert, wenn - entsprechend dem Begleitbericht - auch im Gesetzestext präzisiert würde, welche Elemente im Protokoll zu vermerken sind. Ausserdem muss geregelt werden, wie es sich mit den Tonbandaufnahmen verhält; sind sie Teil des Protokolls?

BL: Antrag: Ergänzung dieser Bestimmung mit einem zusätzlichen Absatz 2, der wie folgt lautet:

<sup>2</sup>*Festzuhalten sind insbesondere:*

*a. neue Tatsachen und Beweismittel;*

*b. Klagänderungen;*

*c. Zugeständnisse;*

*d. Verfahrensanträge;*

*e. Grundzüge der Argumentation der Parteien in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.*

BS: Aus dem Bericht ergibt sich nicht explizit, ob die Verwendung eines Aufnahmeapparates zulässig wäre, was unseres Erachtens aber sinnvoll sein kann.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Unseres Erachtens sollte die ZPO-CH den kantonalen Gerichten genaue Vorgaben darüber machen, was alles protokolliert werden muss (vgl. dazu S. 110/111 im Erläuternden Bericht).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Protokollführung: die Möglichkeiten der technischen Hilfsmittel sollten gleich wie in Art. 167 Erwähnung finden (vgl. auch zu 223).

Es fehlen jegliche inhaltliche Vorschriften zur Protokollführung; damit gibt es in diesem insb. für die Rechtsmittel wichtigen Punkt des Verfahrensrechts keine einheitliche Basis. Lösung: bundesrechtliche Vorgabe der wortgetreuen Protokollierung durch Stenographie oder technische Hilfsmittel.

OAFRI: L'AP ne précise pas ce qui est verbalisé et qui tient le procès-verbal (le greffier, le greffier sous la dictée du président ?). Pour le cas où le procès-verbal n'est pas dicté par le président, rien n'est prévu sur sa relecture. La loi ne précise pas non plus si la personne entendue doit signer sa déposition. Les quelques précisions prévues à l'art. 167 ne répondent pas à ces questions. Derechef, les lacunes de la loi seront comblées par les traditions et usages locaux, éminemment variables.

Art. 227

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Parteien können ohnehin auf die Teilnahme an der Beratung verzichten, soweit sie ihnen nach kantonalem Recht überhaupt zugänglich sein wird (Art. 49 Abs. 4 VE). Abs. 2 kann daher ohne Nachteil gestrichen werden.

FR: al. 2: à compléter par: "lorsqu'elles sont publiques".

GR: Gemäss Abs. 2 können die Parteien auf die Teilnahme an der Beratung verzichten. Diese Bestimmung erweckt den Eindruck, dass ein Anspruch auf Teilnahme an der Urteilsberatung besteht. Es fehlt ein Verweis auf Art. 49 VE, wonach das kantonale Recht bestimmt, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet oder nicht. Ausserdem ist der Begriff "Teilnahme" insofern unklar und kann zu Missverständnissen führen, als damit ein aktives Mitwirken verstanden werden kann. Die Meinung des Gesetzgebers kann jedoch wohl nur so verstanden werden, dass die Parteien – sofern das kantonale Recht dies vorsieht – bei der Urteilsberatung anwesend sein dürfen.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass eine öffentliche Urteilsberatung als nicht sinnvoll erscheint. Damit würde ein gewisses Sicherheitsrisiko geschaffen. Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, dass es immer wieder uneinsichtige Personen gibt, die mit der Anwendung von Gewalt drohen (und diese Drohungen sogar umsetzen), da sie sich von den Gerichten und Behörden ungerecht behandelt fühlen. Bis anhin stand jeweils das Gericht als Ganzes hinter einer Entscheidung. Bei einer öffentlichen Urteilsberatung bestünde nun die Gefahr, dass ein Richter, der gegen eine solche Person argumentiert, zur alleinigen Zielscheibe der Kritik würde. Aus diesem Grund erscheint es wichtig, dass die Richter weiterhin die Möglichkeit haben, sich intern offen äussern zu können, ohne dass die Parteien davon Kenntnis erhalten. Eine öffentliche Urteilsberatung ist daher grundsätzlich abzulehnen.

JU: Nous proposons de préciser que les parties peuvent renoncer à assister à la délibération, dans la mesure où celle-ci est publique selon le droit cantonal (cf. art. 49 al. 4 AP).

NW: Abs. 2: Dieser Absatz ist eher verwirrend und müsste weggelassen werden. Wollte man Absatz 2 dennoch beibehalten, wäre dieser wie folgt zu formulieren: *Die Parteien können, sofern die Urteilsberatung nach kantonalem Recht öffentlich ist, auf die Teilnahme verzichten.*

Begründung: Der Absatz ist wohl für grosse Kantone mit öffentlichen Urteilsberatungen massgeschneidert, kann aber für kleine Kantone nicht so unbedenken übernommen werden, da e contrario der Schluss gezogen werden könnte, alle Urteilsberatungen seien für die Parteien öffentlich, was aber gemäss Art. 49 Abs. 4 VE ZPO nach kantonalem Recht zu entscheiden ist.

SH: Die Parteien können ohnehin auf die Teilnahme an der Beratung verzichten, soweit sie ihnen nach kantonalem Recht überhaupt zugänglich sein wird (Art. 49 Abs. 4 VE). Abs. 2 kann daher ohne Nachteil gestrichen werden.

SO: Absatz 2 ist zu streichen. Wie bereits vorne in den Bemerkungen zu Art. 49 Abs. 4 ausgeführt, hat die Urteilsberatung unseres Erachtens immer geheim zu erfolgen.

VS: al. 2: Il n'y a aucune obligation fondée sur la Constitution fédérale ou la CEDH de prévoir des délibérations publiques. Les délibérations publiques nécessitent du temps, dont les tribunaux ne disposent pas. Il n'y a des lors pas lieu de les prévoir. Nous proposons de biffer cette disposition et celle de l'article 49 al. 4 PCS.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir schlagen vor, analog zu Art. 201 der geltenden ZPO-BE festzuhalten, dass das Gericht auch noch im Verlauf der Urteilsberatung Ergänzungen der Beweisführung anordnen kann, im Anschluss daran jedoch den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Schlussvorträge geben muss (vgl. auch unten, zu Art. 241 Abs. 2).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: L'avant-projet ne contient pas de disposition exposant de manière systématique les *actes ou circonstances mettant fin à l'instance*. Il ne contient que quelques dispositions isolées sur la répartition des frais (art. 98 al. 2 et 100 AP), le retrait d'une demande mal introduite (art. 207 AP) ou les effets du désistement (art. 209 AP). Nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de compléter le projet sur ce point et d'y régler le principe du *désistement (Klageverzicht)*, de *l'acquiescement (Klageanerkennung)*, du *procès devenu sans objet*, de la *transaction*, voire de la *péremption de l'instance* par l'écoulement du temps, et cela en harmonie avec le système qu'instituera la future loi sur le Tribunal fédéral.

L'avant-projet pourrait notamment être complété/modifié de la manière suivante:

#### *Chapitre 4 Actes mettant fin à l'instance*

##### *Section 1 Dispositions générales*

##### *Art. 227 Principes*

*al. 1 L'instance prend fin:*

- a) lorsque la cause devient sans objet,*
- b) en cas de désistement,*
- c) en cas d'acquiescement,*
- d) par transaction,*
- e) par jugement.*

*al. 2 La fin de l'instance au sens des lettres c et d de l'alinéa précédent suppose que la cause relève de la maxime de disposition.*

*al. 3 Le désistement, l'acquiescement et la transaction ont les mêmes effets qu'un jugement. L'article 207 est réservé.*

##### *Section 2: Le jugement*

Le texte des articles 227 à 234 AP peut être repris sous réserve de ce qui est dit ci-dessous s'agissant notamment, de la force et de l'autorité de la chose jugée.

##### *Article 227 al. 2*

Pour éviter toute contradiction possible avec l'art. 49 al. 4, nous proposons la rédaction de l'art. 227 al. 2 suivante:

al. 2 *Les parties peuvent renoncer à assister à la délibération si le droit cantonal prévoit des délibérations publiques.*

GGD ZH: Vor Art. 227

Der Vorentwurf verwendet den Begriff "Entscheid" uneinheitlich. Hier und z.B. bei Art. 310 sind damit nur die Zwischen- und Endentscheide gemeint. Andernorts umfasst der Begriff auch die prozessleitenden Entscheide (vgl. z.B. Art. 92). Es bestehen zwei Möglichkeiten zur Klärung: Entweder wird der Ausdruck "Entscheid" auf "Zwischen- und Endentscheide" beschränkt und die prozessleitenden Anordnungen werden konsequent als "Verfügung" bezeichnet, oder es wird der Begriff "Entscheid" als Oberbegriff über Zwischen-, End- und prozessleitendem Entscheid verwendet, wobei bei Bedarf präzisierende Ergänzungen angebracht werden könnten. Der zweite Weg scheint elegantere Lösungen zuzulassen, zumal damit auch vermieden werden kann, dass eine Kollegialgericht prozessleitende *Verfügungen* erlassen muss – ein Ausdruck, der zumindest in Zürich bisher für die Tätigkeit einer einzelnen Gerichtsperson vorbehalten war. Auf den Begriff der Verfügung könnte mithin ganz verzichtet werden. Folgt man diesem Vorschlag, so wären zumindest folgende Anpassungen vorzunehmen:

Art 67 Abs. 3: "Das Gericht stellt seine *Entscheide* auch der [...]"

Art. 114 Abs. 2: "Es kann die prozessleitenden *Entscheide* des beauftragten Mitglieds [...]"

Art. 127: Marginal "Zwischen- und Endentscheide" und neuer Artikel 127a mit Marginal "Prozessleitende Entscheide" (vgl. oben)

Art. 218 f.: "Beweisentscheid" statt "Beweisverfügung"; "entscheidet" statt "verfügt".

Titel vor Art. 227: "*Zwischen- und Endentscheide*"

Art. 279 Abs. 2: "Mit Rechtskraft des *Endentscheides* in der Hauptsache ...."

Art. 287 lit. a und b: "End- oder Zwischenentscheid" statt "Entscheid"

Art. 287 lit. c: "bei anfechtbaren prozessleitenden *Entscheiden*: am Tag nach [...]"

Marginal zu Art. 310: "Anfechtbare Entscheide"

Art. 310 lit. a: "*Zwischen- und Endentscheide* erstinstanzlicher Gericht sind [...]"

Art. 310 lit. b: "Prozessleitende *Entscheide* erstinstanzlicher Gerichte [...]"

Art. 318 Abs. 2 lit. a: "hebt sie den *Entscheid* oder ~~die prozessleitende Verfügung~~ auf und [...]"

OAFRI: La loi ne prévoit aucun délai d'ordre dans lequel le tribunal est tenu de statuer.

SchKG-Vereinigung: Die Urteilsurrogate mit Rechtskraft (Klaganerkennung, Klagrückzug, gerichtlicher Vergleich) sind zu regeln.

Klgrückzug "angebrachtermassen" bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung hat keine materielle Rechtskraft.

suisa: Art. 227 bis 234 – Prozesserledigung ohne Urteil: Der VE regelt nur die Erledigung eines Prozesses durch Sachurteil. Uns scheint es jedoch erforderlich, dass ein Prozessgesetz auch Bestimmungen zu Klagerückzug und –anerkennung, Vergleich sowie Gegenstandslosigkeit enthält. Insbesondere sollten Voraussetzungen und Wirkungen, namentlich Rechtskraft und

Vollstreckbarkeit, des gerichtlichen und auch des aussergerichtlichen Vergleichs eine gesetzliche Verankerung erhalten.

Wünschenswert ist unseres Erachtens ausserdem die Übernahme der Anordnung von Art. 73 Abs. 2 BZP, damit auch Begehren ausserhalb des Prozesses in eine vergleichsweise Einigung einbezogen werden können und so ein Streitverhältnis einer umfassenden Lösung zugeführt werden kann.

Uni BE: Abs. 2: unverständlich: Parteiöffentlichkeit der Gerichtsberatung bedarf besonderer Rechtsgrundlage, bedeutet aber, wenn angeordnet, nirgends Anwesenheitspflicht der Parteien, deshalb derartige Feststellung sinnlos.

Uni LA: al. 2: La publicité des délibérations est en tout cas inadaptée aux décisions de première instance des juridictions inférieures. On se réfère à cet égard aux remarques à propos de l'art. 49 AP.

Art. 228

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Es fehlen Bestimmungen über die Form der Entscheide. Nicht erwähnt wird, wie sie überhaupt auszusehen haben, welches die wesentlichen Elemente sind. Auch der materielle Erledigungsentscheid (Abschreibungsentscheid) wird nicht behandelt; im besondern fehlt die Anweisung, wie mit dem Vergleichstext zu verfahren ist.

BE: Es wird vorgeschlagen, Abs. 2 wie folgt zu ändern:

*<sup>2</sup>Das Gericht kann auf Gesuch hin Vollstreckungsmassnahmen anordnen.*

BL: Abs. 2: Ein Verweis auf Art. 325 ff. wäre hier wünschenswert und angebracht.

SH: Wenn sich die Form der Entscheide nach Art. 127 VE richtet, stellt sich die Frage, ob nicht nur Art. 127 lit. g, sondern auch lit. d mit dem Zusatz "unter Vorbehalt von Art. 231" versehen werden kann. Gar nicht geregelt ist, wie mit einem allfälligen Vergleichstext zu verfahren ist: Gehört er ins Dispositiv, in die Prozessgeschichte oder kann er sogar weggelassen werden?

SZ: Unter bestimmten Voraussetzungen sollte auch die vorläufige Vollstreckung vor Rechtskraft eines eröffneten Urteils ermöglicht werden können (vor allem, um prozessverzögernde Rechtsmitteleinlegungen weniger attraktiv zu machen).

TI: cpv. 2: Novità rispetto al CPC-Ti. La facoltà concessa al tribunale di ordinare misure d'esecuzione ex art. 332 AP permette di rendere più efficiente l'esecuzione della sentenza. Non occorre infatti più presentare un successivo procedimento a carattere esecutivo, visto che la misura d'esecuzione è già incorporata nella sentenza.

Vista l'importanza delle misure di esecuzione, sarebbe auspicabile che (come per le misure provvisoriale, v. art. 281 cpv. 2 CPCF) il Tribunale prenda (Muss-Vorschrift) le misure d'esecuzione necessarie.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen: keine Begründung ersichtlich, wieso hier von der Dispositionsmaxime von Art. 53 abgewichen werden soll. Es ist doch Sache der Parteien, sich um die Vollstreckung zu

kümmern, durch entsprechende Anträge im Hauptprozess oder dann eben erst in einem separaten Vollstreckungsverfahren. Daher: "... auf Antrag ..." einfügen.

AVZH: Der Entwurf kennt keine ausdrückliche Bestimmung über die Erledigung des Verfahrens durch Rückzug, Anerkennung oder Vergleich. Gemäss dem Bericht der Expertenkommission soll der in Art. 228 verwendete Begriff "Sachentscheid" auch diese Erledigungsformen umfassen. Es scheint vertretbar, dies in einem Absatz 2 von Art. 228 klarzustellen.

Formulierungsvorschlag Art. 228, Abs. 2:

*Sachentscheide sind Endentscheide des Gerichtes in der Sache selbst sowie Endentscheide gestützt auf Rückzug, Anerkennung oder Vergleich.*

GGD ZH: Gemäss dem Bericht werden vom Begriff "Sachentscheid" auch Verfahrenserledigungen kraft Klagerückzug, Klageanerkennung oder Vergleich erfasst. Dies entspricht nicht der allgemeinen Vermutung, die mit dem Ausdruck "Sachentscheid" verbunden ist; der Begriff impliziert einen Entscheid *über die Sache*, also eine *materielle Anspruchsprüfung*. Dies sollte im Gesetzeswortlaut klargestellt werden.

*Art. 228 Endentscheid*

*<sup>2</sup> Mit einem Sachentscheid entscheidet das Gericht über die Berechtigung des Rechtsbegehrens, oder es erledigt das Verfahren kraft Rückzug oder Anerkennung der Klage oder kraft Vergleich.*

Uni BE: Abs. 2: Hierzu stellen sich 2 Fragen: 1. Vollstreckungsmassnahmen von Amtes wegen oder nur auf Antrag? 2. Ist das eine Art vorläufige Vollstreckbarkeit? Will man eine derartige vorläufige Vollstreckbarkeit? Die Antwort von Art. 326 Abs. 1 hierauf ist nicht eindeutig. Generell wäre eine vorläufige Vollstreckbarkeit – insbesondere im Hinblick auf das europäische Umfeld – wünschenswert.

Uni NE: L'article 228 indique que lorsque la cause est en état d'être jugée, le tribunal met fin au procès par une décision d'irrecevabilité ou par une décision au fond. *Qu'en est-il des décisions incidentes, par exemple en suspension de la procédure et en fixation de l'avance de frais, etc. ? Ces décisions doivent-elles être prises par le tribunal, ou un juge délégué est-il compétent ?* Il nous paraîtrait excessivement lourd que ces décisions doivent être prises par le tribunal au complet.

Concernant les décisions incidentes, les parties n'ont-elles pas droit à un prononcé immédiat sur la compétence, comme c'était le cas sous l'empire de l'article 59 aCst. ? Certains auteurs interprètent de cette manière l'article 34 LFors.

L'article 228 prévoit que le tribunal peut ordonner des mesures d'exécution. Lorsque la maxime de disposition s'applique, on imagine que le tribunal n'a ce droit que dans l'hypothèse où le demandeur requiert des mesures d'exécution. On peut toutefois se demander si le tribunal est libre de faire droit à cette conclusion ou si le demandeur y a droit, et à quelles conditions. La situation n'est pas clairement définie à cet égard. *On peut se demander s'il n'est pas prématuré d'autoriser le demandeur à requérir des mesures d'exécution dans sa demande.* Cette question devrait être approfondie.

Uni ZH: Es ist klarzustellen, dass unter Sachentscheid auch die Erledigung des Verfahrens durch Rückzug, Anerkennung oder Vergleich verstanden wird.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: L'AP permette al tribunale di emanare decisioni incidentali su *ogni* questione processuale o di diritto materiale mentre in virtù del nostro sistema questa facoltà è limitata alle decisioni relative a *presupposti / eccezioni processuali* e a *presupposti / eccezioni di merito* (ad esempio: decisioni sulla competenza, sulla legittimazione attiva, ecc.).

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Das gewählte Konzept des selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids überzeugt. Hingegen sollte im Gesetzestext selber verdeutlicht werden, dass die im Erläuternden Bericht S. 112 als Teilentscheid bezeichnete Beschränkung resp. Trennung einzelner Verfahren bzw. Rechtsbegehren i.S. von Art. 115 lediglich prozessleitende Verfügungen sind, die nach Massgabe von Art. 310 lit. b mit Beschwerde angefochten werden können. Überhaupt wäre es sinnvoll, im Gesetzestext genau festzulegen, was eine prozessleitende Verfügung ist.

*Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Wir erachten die vorgeschlagene Regelung als zu restriktiv. Das Gericht soll einen Zwischenentscheid auch treffen können, wenn die beiden in lit. a und b erwähnten Voraussetzungen nicht kumulativ erfüllt sind. So ist in vermögensrechtlichen Streitigkeiten oft eine wesentliche Vereinfachung des Verfahrens, namentlich des Beweisthemas möglich, wenn beispielsweise über Verjährungs- und Fälligkeitsfragen vorweg entschieden wird.

Formulierungsvorschlag Art. 229 Abs. 1 lit. a:

*a) durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung ein Endentscheid herbeigeführt; ~~und~~ oder*

FSA: Article 229 al. 2: Cette disposition n'a de sens que si un recours contre la décision peut également être interjeté devant le Tribunal fédéral, ce qui devrait être précisé.

Nous préconisons d'autre part l'introduction des dispositions nouvelles suivantes:

*Section 3: Les autres actes mettant fin à l'instance*

*Article X Cause devenue sans objet*

*al. 1 Une cause devient sans objet si l'intérêt juridique à ce qu'elle soit jugée disparaît.*

*al. 2 Le tribunal le constate dans une décision de classement.*

*Article X' Désistement et acquiescement*

*al. 1 Le demandeur peut se désister.*

*al. 2 Le défendeur peut acquiescer aux conclusions dirigées contre lui.*

*al. 3 Le tribunal en prend acte dans une décision de classement.*

*Article X'' Transaction*

*al. 1 Les parties peuvent transiger.*

*al. 2 La transaction doit être conclue par écrit ou par dictée au procès-verbal.*

*al. 3 Sur requête des parties, le tribunal homologue la transaction pour valoir jugement.*

OAFRI: Les deux conditions prévues à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont cumulatives et cette exigence doit être rendue dans le texte français. La loi devrait poser clairement l'obligation de rendre un jugement incident sur les fins de non-recevoir, notamment l'exception déclinatoire.

Les relations entre l'art. 229 et l'art. 115 lit. a ne sont pas claires, malgré les explications du Rapport (p. 65). La loi doit prévoir l'obligation de disjoindre les questions de recevabilité.

Il y a lieu de permettre la limitation de la réponse aux questions de recevabilité et à certaines questions de fond.

Uni BE: Es gibt noch andere Zwischenentscheide als die aufgeführten! Beispiele: Zwischenentscheid über die Zulässigkeit einer Nebenintervention, Zwischenentscheid über die Zulässigkeit einer Klageänderung. Will man in allen diesen Fällen eine selbständige Anfechtung des Zwischenentscheides zulassen (vgl. Abs. 2)? Die Auswirkungen auf die Verfahrensdauer wären verheerend!

Art. 230

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Nicht einzusehen ist, weshalb die Parteien eine Urteilseröffnung mit schriftlicher Begründung verlangen können, dem Gericht diese Möglichkeit aber nicht offenstehen soll. Es muss auch im Ermessen des Gerichts liegen, den Parteien direkt einen motivierten Entscheid mit entsprechenden (höheren) Kosten zuzustellen. Kostenreduktion oder nachträgliche Begründung je nach Wunsch der Parteien ist insbesondere in komplexeren Fällen nicht möglich, da eine seriöse Urteilseröffnung im Dispositiv das Vorliegen eines ausführlichen Urteilsentwurfs bereits voraussetzt. Die Bestimmung muss deshalb entsprechend ergänzt werden.

BE: Der Wortlaut der französischen Version von Absatz 1 könnte Anlass zu Missverständnissen geben, da nicht ganz eindeutig erscheint, ob sich "une copie écrite" nur auf das Dispositiv oder auch auf die "motivation sommaire" bezieht. Es wird deshalb nachstehende Ergänzung des letzten Halbsatzes von Abs. 1 vorgeschlagen:

<sup>1</sup> (...); *une copie écrite du dispositif est notifiée par écrit aux parties.*

JU: Nous proposons qu'il n'y ait pas de motivation écrite de la décision du tribunal de première instance, non seulement lorsque les parties renoncent à recourir, mais également lorsqu'elles ne recourent pas. Seule une motivation orale est notifiée aux parties après les débats. Il en est de même lorsque les parties ont renoncé aux débats, sachant alors que cette renonciation implique la renonciation à la motivation de la décision, même orale. Ce n'est donc que lorsqu'une partie déclare recourir que la décision doit être motivée par écrit.

Cette proposition a bien entendu des implications s'agissant de la procédure de recours (cf. remarques ci-après ad art. 287 ss AP).

Elle a l'avantage d'alléger les tâches des juridictions de première instance et de réduire les coûts d'intervention de la justice. Au surplus, les parties ne perdent pas leurs droits dès lors qu'il leur suffit de déclarer vouloir recourir pour obtenir

une motivation écrite. Si cette dernière les satisfait, elles ne confirmeront pas leur recours.

Indépendamment de l'utilisation des voies de recours, une partie peut requérir une motivation écrite après le prononcé du jugement pour les besoins d'une exécution à l'étranger (Cf. ATF 127 III 186, cons. 4b, p. 191).

Au cas où cette proposition ne serait pas reprise dans la PCS, nous nous rallions à l'avant-projet. Le délai maximum de 3 mois pour motiver la décision par écrit lorsque les parties ne renoncent pas à recourir ne paraît pas déraisonnable.

LU: Die Eröffnung im Rechtsspruch (Dispositiv) und der Verzicht auf die Begründung und damit auf ein Rechtsmittel sind im allgemeinen Teil (nach Art. 127 VE-ZPO) für alle Verfahren zu regeln.

Der Ausschluss der Eröffnung des Rechtsspruchs (Dispositivs) im summarischen Verfahren (Art. 265 Abs. 2 VE-PO) ist verfehlt. Die Praxis zeigt, dass der weitaus grösste Teil von Begründungsverzichten gerade im summarischen Verfahren erfolgt. Bei Summarentscheiden, welche ohne Begründung erlassen werden, wird in weniger als zehn Prozent der Fälle eine Begründung verlangt. Die generelle Begründungspflicht im Summarverfahren bewirkt deshalb eine unnötige Mehrbelastung der Gerichte. Sinnvoller ist eine Regelung, wonach das Gericht nach eigenem Ermessen bestimmen kann, ob es – mündlich oder schriftlich – nur den Rechtsspruch (Dispositiv) ohne Begründung oder den Rechtsspruch (Dispositiv) mit der Begründung eröffnen will. Was im Einzelfall sinnvoll und ökonomisch ist, kann die Richterin oder der Richter am besten entscheiden. In dringenden Fällen kann sie oder er sofort einen Entscheid mit Begründung erlassen, um weitere zeitliche Verzögerungen zu vermeiden.

Wir schlagen vor, dass in denjenigen Fällen, in welchen das Gericht nur den Rechtsspruch (Dispositiv) ohne Begründung eröffnet, den Parteien im Entscheid eine zehntägige Frist eingeräumt wird, um eine Begründung zu verlangen. Diese Regelung hat sich im Kanton Luzern (vgl. § 110 ZPO/LU) hervorragend bewährt und zu einer spürbaren Entlastung der erstinstanzlichen Gerichte geführt. Es darf den Parteien zugemutet werden, eine Begründung zu verlangen, wobei ein kurzer Satz genügt.

NE: L'articulation des art. 230 al. 3 et 232 ne nous paraît pas claire dans sa formulation et malheureusement le rapport n'apporte pas de lumière suffisante à notre compréhension. L'obligation de motivation écrite des jugements, par principe et quelle que soit la nature de la cause (art. 230), constitue un alourdissement très sensible de notre procédure cantonale, qui donne satisfaction à cet égard. Dans les causes de faible valeur litigieuse, l'expérience nous montre que la réduction d'émolument n'est pas suffisante pour inciter les plaideurs à renoncer à la motivation écrite et, au système proposé qui prévoit une motivation écrite lorsque les parties ne renoncent pas à recourir, nous préférons sans hésitation le système plus simple de la motivation sur requête.

OW: Art. 230 Abs. 2 sieht vor, dass das Dispositiv den Parteien schriftlich zu eröffnen sei. Nur auf Antrag einer Partei wird das Dispositiv zusammen mit der schriftlichen Begründung eröffnet (Abs. 3). Es ist nicht einzusehen, weshalb regelmässig das Dispositiv separat eröffnet werden soll, und davon nur auf Antrag einer Partei abzuweichen ist. Im Kanton Obwalden wird in den meisten Fällen das Urteil mit Dispositiv und schriftlicher Begründung gleichzeitig, also

als ein vollständiges Urteil, eröffnet. Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass die schriftliche Begründung vollumfänglich vorliegt, wenn das Dispositiv versandt wird. Dadurch können Fehler bei der Redaktion des Dispositivs weitgehend vermieden werden. Oft ergeben sich nämlich Nuancen bei der Redaktion des Dispositivs aus Teilen der schriftlichen Begründung des Urteils, z.B. aus der Begründung des Kostenentscheids.

Stattdessen soll es im Ermessen des Gerichts liegen, an Stelle eines vollständig begründeten Urteils samt Dispositiv zunächst lediglich ein Dispositiv zu eröffnen. In diesem Fall kann dann nach Art. 231 die schriftliche Begründung des Entscheids entfallen.

- SH: Nicht einzusehen ist, weshalb die Parteien eine Urteilseröffnung mit schriftlicher Begründung verlangen können, dem Gericht diese Möglichkeit aber *nicht* offen stehen soll. Es muss auch im Ermessen des Gerichts liegen, den Parteien direkt einen motivierten Entscheid mit entsprechenden (höheren) Kosten zuzustellen. Kostenreduktion oder nachträgliche Begründung je nach Wunsch der Parteien ist insbesondere in komplexeren Fällen nicht möglich, da eine seriöse Urteilseröffnung im Dispositiv das Vorliegen eines ausführlichen Urteilsentwurfs bereits voraussetzt. Die Bestimmung muss deshalb entsprechend ergänzt werden (vgl. Bemerkung zu Art. 289 VE).
- VS: Nous proposons de poser la règle de l'alinéa 2 comme principe et, partant, d'inverser les al. 1 et 2.
- ZG: Es soll dem Gericht überlassen bleiben, ob es das Dispositiv einzeln oder zusammen mit der Begründung den Parteien eröffnet. Abs. 3 der Bestimmung könnte beispielsweise wie folgt lauten: Das Gericht kann das Dispositiv zusammen mit der schriftlichen Begründung eröffnen.
- ZH: Nach Art. 231 ist jeder Entscheid zu begründen, es sei denn, beide Parteien verzichten innert zehn Tagen nach Eröffnung des Dispositivs auf das Rechtsmittel. Wir befürchten, dass sich die obsiegende Partei in der Regel die Mühe nicht machen wird, den Verzicht zu erklären, weil sie ohnehin keine Prozesskosten trägt und deshalb auch nicht von einer Gebührenreduktion gemäss Art. 231 Satz 2 profitiert. Wir empfehlen deshalb eine Regelung im Sinne von § 158 des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes. Danach werden die Parteien bei vorerst unbegründeten Entscheiden im Urteilsdispositiv darauf hingewiesen, dass sie innert zehn Tagen eine Begründung verlangen können, ansonst der Entscheid in Rechtskraft erwächst. Verlangt eine Partei die Begründung, beginnt die Rechtsmittelfrist erst ab Eröffnung des begründeten Entscheids zu laufen. Diese Regelung ist insbesondere mit Blick auf die Ehescheidungen auf gemeinsames Begehren angezeigt, auch wenn hier die Begründung in der Regel kurz ausfallen dürfte. Während bei normalen Forderungsprozessen die Parteien nach der Urteilseröffnung über den Verzicht auf das Rechtsmittel befragt werden können, ist das bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht möglich, da die Bestätigung des Scheidungswillens und der Vereinbarung (Art. 111 Abs. 2 ZGB) in der Regel ausserhalb einer Verhandlung erfolgt.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Während der französischsprachige Entwurfstext durchwegs den Begriff "notification" verwendet, unterscheidet der deutsche Text in denselben Bestimmungen (vgl. Art. 230, 231, 287 und 380) zwischen "Eröffnung" und "Zustellung". Um Missverständnissen vorzubeugen, empfehlen wir, auch in der

deutschen Fassung nur entweder den einen oder aber den anderen Begriff zu benützen.

Aufgrund der in den letzten Jahren aufgetretenen Kontroversen über den Umfang und die Form, in bzw. mit der Gerichtsurteile der Öffentlichkeit (insbes. den Medienschaffenden) zugänglich gemacht werden sollen, halten wir es ferner für sinnvoll, diese Fragen nicht dem kantonalen Recht zu überlassen, sondern in der ZPO-CH entsprechende "minimal standards" festzulegen.

LPS: En principe, toute décision doit être motivée par écrit (art. 127 al. 1 litt. g PCS). L'avant-projet propose que la décision n'est pas motivée si les parties, après avoir pris connaissance du dispositif de la décision, déclarent - dans un délai de dix jours - renoncer à recourir (art. 231 PCS). Cette innovation (pour Genève en tout cas: art. 146 al. litt. e LPC) a pour but de décharger les tribunaux sans porter préjudice aux droits des parties d'attaquer les décisions entachées d'erreurs de droit et/ou de fait.

Le PLS est favorable à cette innovation, ce d'autant que l'absence de motivation entraîne une réduction de l'émolument de décision (art. 231 PCS). Il s'interroge cependant sur la mise en pratique du système: difficulté pour le juge de rendre une décision avant motivation écrite; délai strict de rédaction lorsque la motivation doit intervenir (art. 232 PCS); à cet égard, il suggère une précision du texte de l'art. 230 al. 1 in fine PCS (l'envoi de la copie visée dans cette disposition ne vise que le *dispositif* de la décision, mais pas la "motivation sommaire", ce qui rendrait l'exercice encore plus compliqué). Il suppose donc que la motivation des décisions restera la règle et que le nouveau système ne sera pratiqué que pour des procédures simples, de type sommaire.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Urteilseröffnung/-begründung: ggf. anzupassen, wenn ein mündliches ordentliches Verfahren neu möglich wäre (vgl. dazu Art. 210 ff.).

Der Verzicht auf die Möglichkeit der Öffentlichkeit der Beratung nach kantonalem Recht (Art. 49 Abs. 4) würde es ermöglichen, die gleichzeitige Mitteilung des Urteilsdispositivs und der Urteilsbegründung vorzuschreiben, sei es schriftlich beim Normalfall des schriftlich durchgeführten ordentlichen Verfahren oder bloss mündlich beim vom Gericht angeordneten mündlich durchgeführten ordentlichen Verfahren.

FER: Le système de notification de jugement, tel qu'il est proposé par la commission d'experts, n'apparaît pas, de l'avis de la Fédération, être des plus judicieux. Elle voit mal en effet comment il serait possible pour les parties de se déterminer à déposer un recours alors qu'elles ne connaissent que le dispositif du jugement. Il y a ainsi de fortes chances que ces dernières ne se contentent pas de la notification du dispositif et qu'elles demandent au tribunal qu'il leur fasse part d'une motivation écrite du jugement, ce qui reviendrait finalement à mettre en échec le système prévu par la commission.

Ne serait-il dès lors pas possible de se contenter – comme le font déjà certains droits cantonaux de procédure civile - de prévoir la notification du jugement par écrit, tout en laissant la possibilité aux parties de recourir dans les délais prévus par la loi ?

FSA: Il semble y avoir une contradiction entre les solutions prévues par l'art. 230 al. 3 (motivation écrite sur requête) d'une part et 231/232 AP (motivation écrite sauf renonciation à recourir), d'autre part.

Nous estimons par ailleurs plus simple de prévoir que la décision, dont seul le dispositif a été notifié aux parties, ne doit être motivée qu'en cas de requête expresse, respectivement de recours (et non pas chaque fois que les parties ne renoncent pas à recourir). Nous suggérons que le § 158 du *Gerichtsverfassungsgesetz* zurichois soit pris comme modèle.

Nous proposons que la note marginale de l'art. 234 soit modifiée en:

*Force de chose jugée.*

Nous préconisons d'ajouter un nouvel article après l'art. 234 AP dont la teneur serait la suivante:

*Article 234 bis Autorité de la chose jugée*

*al. 1 Le jugement bénéficie de l'autorité de la chose jugée.*

*al. 2 Il empêche qu'une instance portant sur le même objet soit liée à nouveau entre les mêmes parties.*

OAFRI: Articles 230 à 232: L'obligation de motiver doit être la règle et des exceptions ne peuvent être admises que dans la procédure simplifiée.

L'obligation de motiver n'est pas qu'une des expressions du droit d'être entendu. Elle n'est pas destinée simplement à permettre à une partie d'attaquer le jugement en toute connaissance de cause. L'obligation de motiver constitue, au premier chef, la garantie de la qualité du jugement. Devant l'obligation de motiver, toutes les fausses raisons et les préjugés doivent s'effacer et seule l'analyse des faits et des moyens de preuve, à la lumière de la raison et de l'expérience, demeure décisive. Quiconque a œuvré comme greffier sait que l'envoi d'un dispositif avant motivation est une source d'erreurs graves; il arrive fréquemment, en effet, que, lors de la motivation, l'autorité constate avoir commis une erreur ou une inadvertance, dont la correction aurait pu appeler une solution différente. La motivation postérieure au dispositif n'est qu'un décor plaqué sur l'arbitraire.

SchKG-Vereinigung: Abs. 3 streichen.

SVR: Au niveau de la notification et de l'entrée en force du jugement, l'absence de délai pour demander, cas échéant, une motivation accompagnant le dispositif (art. 230 al. 3) n'est pas satisfaisante. De même, il n'est guère conforme à l'esprit de rapidité et de simplicité du projet de motiver d'emblée tous les jugements (art. 127 litt. g), sauf renonciation des parties à recourir (art. 231). Quant au délai de trois mois pour rendre la décision motivée (art. 232), il n'apparaît pas réaliste dans les procès d'une certaine importance.

Uni LA: La notification orale du dispositif accompagné d'une modification sommaire, sur le modèle de ce qui se pratique parfois au pénal, peut être une bonne solution, d'autant qu'en l'espèce l'AP laisse le choix au tribunal d'user ou non de cette forme. En revanche, en cas de notification seulement écrite du dispositif, la portée de l'art. 230 al. 3 AP n'est pas claire. Signifie-t-il, comme paraît le dire le commentaire, que si une des parties l'en requiert le tribunal renonce à communiquer séparément le dispositif, et notifiera seulement la décision motivée au sens de l'art. 232 AP ? Si c'est le cas, cette règle est acceptable, alors que si elle impliquait une motivation écrite sommaire, suivie le cas échéant d'une

motivation plus complète, il en résulterait un double travail pour le tribunal qu'il conviendrait d'éviter.

Le commentaire sur l'art. 230 AP semble vouloir laisser aux cantons le soin d'assurer le respect des règles constitutionnelles et conventionnelles imposant la publicité des décisions judiciaires. Il ne s'agit cependant pas d'un problème d'organisation judiciaire, mais bien de communication du jugement.

Tel qu'il est rédigé, le projet prévoit qu'en réalité cette publicité n'est assurée qu'en cas de communication orale (facultative) du dispositif, ce qui paraît en réalité tout à fait suffisant. La publicité des jugements civils, bien qu'incluse dans les garanties de l'art. 30 Cst. et de l'art. 6 CEDH, présente en réalité beaucoup moins d'intérêts et de justification que la publicité des jugements pénaux. Relevons qu'en matière constitutionnelle, le problème sera de fait résolu par l'entrée en vigueur d'un CPC suisse, puisqu'il n'existe pas de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, alors que les tiers non intéressés au jugement qui souhaiteraient se prévaloir d'une violation de l'art. 6 CEDH ne seraient probablement pas légitimés à agir devant les juridictions européennes des droits de l'homme.

Uni NE: L'article 230 al. 3 indique qu'une motivation écrite est jointe au dispositif, sur requête. Ceci est en contradiction avec l'indication des articles 231, 232 dont il semble découler qu'à moins d'une renonciation à recourir, la décision est toujours motivée. Par ailleurs, l'article 232 qui indique que la décision est motivée dans les 3 mois, ne mentionne pas quel est le dies a quo.

L'avant-projet ne prévoit aucune réglementation de l'abandon de cause, de la transaction, du désistement et de l'acquiescement. Il s'agit de lacunes évidentes.

## Art. 231

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Die Bestimmung muss genau umgekehrt wie folgt lauten: "Wenn keine Partei innert 10 Tagen seit Eröffnung des Dispositivs einen schriftlich begründeten Entscheid verlangt, wird der Entscheid rechtskräftig." Damit muss diejenige Partei aktiv werden, die etwas vom Gericht will. Andernfalls wäre in allen Fällen, in denen Parteien sich nicht um das Verfahren kümmern oder Urteile nicht genau studieren, ein begründetes Urteil auszufertigen, ohne dass die Parteien dies wirklich wünschen. Dies würde zu einem erheblichen und unnötigen Mehraufwand führen.

Die Kosten für ein vollständig begründetes Urteil sind zusätzlich zu verrechnen. Die Kantone sollten die Höhe dieser Gebühren selber bestimmen können, da sie auch die Kosten der Justiz selber tragen und diesbezüglich eine gewisse Autonomie brauchen.

AR: Die Regelung sollte gerade umgekehrt sein: Wer eine Begründung will, soll sich melden müssen. Aus einem Nichttätigwerden der Parteien darf kein automatischer Begründungsaufwand für das Gericht entstehen. Das springt ins Auge, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bei Passivität eine Begründung verfasst werden muss, die womöglich nicht einmal entgegengenommen wird.

BL: Antrag: Streichung dieser Bestimmung.

- BS: Wie schon zu Art. 127 bemerkt, vertreten wir entschieden die Auffassung, dass das Urteil nur dann schriftlich begründet werden muss, wenn ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen worden ist. Für die Begründung sei auf die Bemerkung zu Art. 127 verwiesen.
- GE: On notera la possibilité pour la partie qui succombe de renoncer à recourir dans les dix jours qui suivent la communication du dispositif de la décision, ce qui a pour conséquence de dispenser le juge de motiver sa décision par écrit et s'accompagne d'une réduction d'émolument de décision *du tiers au moins*. C'est un peu la bouteille à moitié vide et à moitié pleine: toujours est-il que les esprits chagrins ne manqueront pas de relever que la partie qui succombe doit en réalité payer pour qu'on respecte son droit d'être entendu.
- GR: Die Regelung befriedigt nicht ganz. Das Interesse der obsiegenden Partei am Verzicht auf eine Begründung wird gering sein, wenn ohnehin sämtliche Kosten des Verfahrens der Gegenpartei auferlegt werden und der fehlende Verzicht im Sinne von Art. 99 VE nicht als Verursachung unnötiger Prozesskosten gewertet wird.
- LU: Vgl. Ausführungen zu Art. 230.
- NW: Von äusserster Wichtigkeit ist für uns die folgende vorgeschlagene Abänderung betreffend "Verzicht auf das Rechtsmittel" und "Schriftlich begründeter Entscheidung": "Die Parteien können binnen 10 Tagen seit Zustellung des Urteilsdispositivs eine vollständige Ausfertigung des Entscheides verlangen" (vgl. Art. 79 Abs. 2 Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden). Die entsprechende Kostenfolge müsste sodann wie folgt lauten: "Die Mehrkosten für die vollständige Ausfertigung des Entscheides werden derjenigen Partei auferlegt, welche die vollständige Ausfertigung verlangt" (vgl. § 8a Abs. 2 Prozesskostenverordnung des Kantons Nidwalden).
- Begründung: Es ist wünschenswert, dass es an den Parteien selbst liegt, innert zehn Tagen seit Eröffnung des Dispositivs die vollständige Ausfertigung des Urteils ausdrücklich zu verlangen, anstatt eine solche immer bereits dann ausfertigen zu müssen, wenn die Parteien nicht ausdrücklich auf das Rechtsmittel verzichten. Es ist Gerichtsalltag, dass viele Parteien, vorab wenn sie nicht anwaltlich vertreten sind, nach Eröffnung des Entscheides (mündlich oder im Dispositiv) sich gar nicht mehr um ihre Gerichtsangelegenheiten kümmern. So liefen die Gerichte Gefahr, in all jenen Fällen, in denen aus Nachlässigkeit der Verzicht auf eine Begründung nicht erklärt wird, die Urteile motivieren zu müssen, ohne dass die Parteien dies auch wirklich gewollt hätten.
- OW: Art. 231 sieht vor, dass der Entscheid nur dann nicht schriftlich begründet werden muss, wenn beide Parteien innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten. Die damit beabsichtigte Vereinfachung des Verfahrens und Entlastung der Gerichte ist zu begrüssen. Hingegen ist darauf hinzuweisen, dass die Regelung nicht vollumfänglich zu überzeugen vermag. Art. 231 setzt nämlich ein Tätigwerden der Parteien innert Frist voraus, was zur Folge haben dürfte, dass in vielen Fällen aus blosser Gleichgültigkeit der Parteien ein Rechtsmittelverzicht nicht ausgesprochen wird, sodass der Entscheid schriftlich zu begründen ist. Sinnvoller wäre eine Lösung, wonach die Parteien innert Frist ein Gesuch um Begründung des Entscheides stellen können. Die Parteien müssten in der Mitteilung des Dispositivs darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Entscheid nur dann mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, wenn innert Frist das Gesuch um Begründung gestellt

wird. Die Mitteilung der schriftlichen Begründung müsste dann die Rechtsmittelbelehrung beinhalten, dass innert Frist gegen den schriftlich begründeten Entscheid ein Rechtsmittel eingelegt werden kann.

- SH: Die Regelung sollte gerade umgekehrt sein: Wer eine Begründung will, soll sich melden müssen. Aus einem Nichttätigwerden der Parteien darf kein automatischer Begründungsaufwand für das Gericht entstehen. Das springt ins Auge, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bei Passivität eine Begründung verfasst werden muss, die womöglich nicht einmal entgegengenommen wird.
- SZ: Es sollte die sog. Verlangenslösung vorgesehen werden, d.h. dass eine Urteilsbegründung innert 10 Tagen ausdrücklich zu verlangen ist.
- TI: Si tratta di un tentativo di accelerare il corso della giustizia e di ridurre i costi.  
Ci si può interrogare sulle chances di successo di questo istituto. Infatti, visto che le parti in causa hanno condotto l'intero litigio, è poco probabile che vogliano rinunciare alla motivazione e, prima ancora (dunque a scatola chiusa e a conoscenza del solo dispositivo) alla possibilità di impugnazione.
- VS: Articles 231 et 232: Il convient de prévoir une solution analogue à celle de l'article 212 CPC/VS. A défaut de disposition impérative contraire, une ou l'autre des parties doivent demander à recevoir une expédition complète du jugement.
- TG: Satz 2 dieser Vorschrift geht nach unserer Auffassung zu weit. Wenn ein Gerichtsverfahren sehr aufwendig war, ist nicht einzusehen, weshalb in jedem Fall die Entscheidgebühr um mindestens einen Drittel reduziert werden muss, nur weil die schriftliche Begründung entfällt. Die Gebührenfestlegung sollte dem Gericht überlassen bleiben.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: In Anlehnung an die Ausführungen zu Art. 127 soll ein Urteil nur dann schriftlich begründet werden, wenn dies von den Parteien verlangt beziehungsweise ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen wird.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Rechtsmittelverzicht ohne Urteilsbegründung: In der Praxis wird die Entlastung der Gerichte wohl nur wenig spürbar eintreten, weil der beidseitige Verzicht Voraussetzung ist. Dieser Verzicht beinhaltet aber gerade für Laien eine nur sehr schwer zu verstehende Situation: er klagt und verliert, oder er wird eingeklagt und die Klage wird nicht abgewiesen, und nun soll er für das Wissen darum, weshalb er konkret (und nicht bloss nach der Einschätzung seines Anwaltes) verloren hat, auch noch höhere Gebühren zahlen. Der Verzicht wird wenn überhaupt nur aus Verdrossenheit oder grundsätzlichem Misstrauen gegen die Justiz (und die Anwälte) abgegeben werden.

Weit effizienter und für das Vertrauen in die Justiz nicht schädlich erscheint es dagegen, den Parteien zur Gebührenermässigung die Möglichkeit zu geben, dass sie (übereinstimmend?) sinnvollerweise in ihrem Parteivortrag die mündliche Urteilsbegründung beantragen können.

AVGE: On notera la possibilité pour la partie qui succombe de renoncer à recourir dans les dix jours qui suivent la communication du dispositif de la décision, ce qui a pour conséquence de dispenser le juge de motiver sa décision par écrit et s'accompagne d'une réduction de l'émolument de décision "du tiers au moins"

(art. 231 AP). C'est un peu la bouteille à moitié vide et à moitié pleine: toujours est-il que les esprits chagrins ne manqueront pas de relever que la partie qui succombe doit en réalité payer pour qu'on respecte son droit d'être entendu.

FER: Le système de notification de jugement, tel qu'il est proposé par la commission d'experts, n'apparaît pas être des plus judicieux. Elle voit mal en effet comment il serait possible pour les parties de se déterminer à déposer un recours alors qu'elles ne connaissent que le dispositif du jugement. Il y a ainsi de fortes chances que ces dernières ne se contentent pas de la notification du dispositif et qu'elles demandent au tribunal qu'il leur fasse part d'une motivation écrite du jugement, ce qui reviendrait finalement à mettre en échec le système prévu par la commission.

Ne serait-il dès lors pas possible de se contenter – comme le font déjà certains droits cantonaux de procédure civile - de prévoir la notification du jugement par écrit, tout en laissant la possibilité aux parties de recourir dans les délais prévus par la loi ?

FRC: Cette disposition prévoit que l'autorité de jugement n'est pas tenue de motiver sa décision par écrit lorsque les parties renoncent à recourir. Elle a le mérite de décharger les tribunaux et de réduire les frais. Il ne faut cependant pas perdre de vue que les parties peuvent avoir intérêt à une décision motivée, comme l'illustre le commentaire relatif à cette disposition. La FRC demande donc que cette disposition comprenne dans sa formulation non seulement un principe, mais aussi une, voire des exceptions.

GGD ZH: Dass die Gebührenreduktion auch greifen soll, wenn beide Parteien auf das Rechtsmittel verzichten, das Gericht aber dennoch begründen will – so S. 113 des Berichts – kommt im Wortlaut nicht zum Ausdruck. Das gilt auch für die dort gemachte Ausführung, wonach eine Partei trotz Rechtsmittelverzichts eine Begründung verlangen kann.

KassZH: Nach dem Bericht (S. 113 f.) hat auch im Falle eines Rechtsmittelverzichts eine Partei u.U. ein rechtlich schützenswertes Interesse an einer Entscheidungsbegründung (z.B. im Hinblick auf Ansprüche gegen eine Versicherung) und kann deshalb eine Begründung verlangen. Mit dieser - zutreffenden - Auffassung steht aber der Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch, wenn es heisst, bei Verzicht auf Rechtsmittel "muss der Entscheid nicht schriftlich begründet werden".

Vorschlag:

<sup>1</sup>*Wenn beide Parteien innert zehn Tagen seit Eröffnung des Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten, muss der Entscheid nur auf ausdrückliches Begehren einer Partei schriftlich begründet werden.*

<sup>2</sup>*Unterbleibt eine Begründung oder ordnet sie das Gericht ohne Parteiantrag an, wird die Entscheidgebühr um mindestens einen Drittel reduziert.*

SchKG-Vereinigung: Wurde ein Entscheid mündlich eröffnet und begründet, so sollte er nur dann schriftlich begründet werden müssen, wenn ein Rechtsmittel eingelegt worden ist (Im Vorentwurf: nur dann, wenn beide Parteien innert 10 Tagen auf das Rechtsmittel verzichten).

SVAMV: Es widerspricht dem Ziel des Gesetzesentwurfs, einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, wenn die schriftliche Begründung eines Entscheids die

Entscheidgebüür erhöht (resp. der Verzicht auf einen schriftlich begründeten Entscheid die Kosten reduziert).

Uni LA: Le système proposé, où la motivation devra être notifiée sauf renonciation expresse de toutes les parties à recourir, réduit beaucoup l'intérêt de la notification séparée du dispositif. Il serait bien préférable d'introduire le système, actuellement connu dans plusieurs cantons, où la motivation n'est rédigée et communiquée que si l'une des parties en fait la demande dans un certain délai.

Art. 232

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Bei einer Änderung von Art. 231 wie oben beantragt, müsste Art. 232 VE ZPO wie folgt lauten: "Wird ein schriftlich begründetes Urteil verlangt, so ist dieses innert 3 Monaten seit Zustellung des Dispositivs zuzustellen."

BL: Antrag: Verzicht auf die Vorschrift zur Begründung sämtlicher Urteile (ausser bei Rechtsmittelverzicht) und statt dessen Neuformulierung dieser Bestimmung wie folgt:

*<sup>1</sup>Innert drei Monaten seit Eröffnung des Dispositivs erfolgt eine schriftliche Begründung des Entscheids, wenn*

*a. eine Partei ein Rechtsmittel ergreift;*

*b. keine mündliche Urteilsbegründung stattgefunden hat; oder*

*c. eine Partei eine schriftliche Begründung verlangt.*

*<sup>2</sup> Die Entscheidgebüür erhöht sich diesfalls um mindestens die Hälfte.*

LU: Wir beantragen, diese Bestimmung zu streichen (vgl. unsere Ausführungen zu Art. 231 VE-ZPO). Zudem sind auch die Folgen der Nichtbeachtung unklar.

NW: Vgl. die Ausführungen zu Art. 231.

TG: Das Vorsehen von Bearbeitungsfristen lehnen wir ab. Es kann immer wieder einmal vorkommen, dass aufgrund einer Anhäufung von Fällen etwas längere Fristen in Anspruch genommen werden müssen.

TI: Verosimilmente il termine di tre mesi è un termine d'ordine (e non perentorio), ma sarebbe comunque buona cosa precisarlo nella legge.

UR: Nach Artikel 232 EZPO kann auf die Begründung eines Entscheides verzichtet werden. Unterbleibt der Verzicht, wird die schriftliche Begründung zugestellt. Die Erfahrung lehrt, dass es vorteilhaft ist, die Anforderungen umzukehren. Danach erfolgte keine schriftliche Motivation des Urteils, sofern nicht eine Partei das schriftlich verlangt. In diesem Sinne hat der Urner Landart kürzlich die urnerische Zivilprozessordnung geändert, nicht zuletzt, um die Gerichte zu entlasten.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Die von der Expertenkommission vorgeschlagene Frist, innert welcher das Gericht den Parteien 3 Monate nach der Hauptverhandlung ein begründetes Urteil zustellen soll, verfehlt ihre Wirkung, führt sie wohl nicht zur angestrebten Prozessbeschleunigung, sondern lediglich dazu, dass die Gerichte erst dann zur Hauptverhandlung vorladen werden, wenn ein ausformulierter Antrag des Referenten vorliegt. Die Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

CVP: Auf die Ordnungsfrist von drei Monaten ist zu verzichten und dafür auf die Beschleunigungsmaxime zu verweisen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Dreimonatsfrist für Urteilsbegründungen: Vorschrift lässt jedes qualitative Element vermissen und geht wohl auch an der Realität vorbei. In einfachen Fällen ist die Vorschrift faktisch als Persilschein für schleppende Bearbeitung tauglich, in grossen Fällen als Persilschein für oberflächliche Bearbeitung.

Sinnvoller erscheint es dagegen, die Dreimonatsfrist als rein statistische Grösse zur Effizienzkontrolle für alle (schriftlichen) Verfahren zu verstehen ohne Anspruch auf das konkrete Verfahren. Denn: Wenn in einem Kanton in 50% aller Fälle die Urteile innert 2 Monate ergehen, in 40 % innert 3 Monate, dann dürfen die Urteile für die 10% der komplexen Fälle der Qualität zuliebe auch länger dauern. Eine hohe Qualität der erstinstanzlichen Urteile entlastet die oberen Instanzen nachhaltig und fördert das Vertrauen in die Justiz mehr, denn eine rein formelle Raschheit, die oft nur unzureichend im Rechtsmittelverfahren mit unnötigem Zusatzaufwand für alle Beteiligten zu korrigieren wäre.

FER: L'effort déployé par la commission d'experts en vue d'obtenir une procédure qui soit rapide et efficace est tout à fait louable.

La Fédération craint toutefois – surtout pour les affaires compliquées - que l'imposition au tribunal d'un délai pour motiver par écrit le jugement rendu ne risque de se faire au détriment d'une bonne et saine administration de la justice. Imposer au tribunal un délai pour motiver sa décision pourrait en effet l'amener à bâcler son travail. Or, un jugement mal motivé a plus de chance d'être attaqué par-devant l'instance supérieure, qu'il faudrait pourtant éviter de surcharger.

KassZH: Vorschlag: "Erfolgt kein Verzicht auf das Rechtsmittel, ist der Entscheid schriftlich zu begründen. *Der begründete Entscheid soll innert drei Monaten zugestellt werden.*"

SBV: Im Falle, dass nicht auf das Rechtsmittel verzichtet wird, muss der Entscheid innerhalb von drei Monaten schriftlich begründet zugestellt werden. In den Erläuterungen steht, dass selbst aufwändige Fälle innerhalb dieser Zeit schriftlich mitgeteilt werden müssen. Dies wiederum erachten wir als eine Überforderung des Gerichts. *Wir beantragen deshalb, dass die personellen Kapazitäten zur Verfügung gestellt werden, damit diese Fristen eingehalten werden können.*

VbernGerichtsschreiber: Der Entscheid sollte im vereinfachten und ordentlichen Verfahren nur dann schriftlich begründet werden müssen, wenn dagegen die Appellation möglich ist. Wo einzig die Beschwerde zur Verfügung steht, muss es genügen, dass eine Urteilsbegründung erstellt wird, wenn auch tatsächlich Beschwerde erhoben wird oder die Parteien die schriftliche Urteilsbegründung speziell verlangen (analog Art. 315 Abs. 1 Bernisches Strafverfahren: "Die schriftliche Begründung entfällt bei Urteilen des Einzelgerichts, wenn keine der Parteien gegen das Urteil ein Rechtsmittel ergreift oder innert zehn Tagen eine schriftliche Begründung ausdrücklich verlangt"). Auch in den übrigen Fällen wäre wünschenswert und der Prozessökonomie dienlich, wenn eine schriftliche Urteilsbegründung allgemein nur dann erstellt werden müsste, wenn nach mündlicher Begründung des Entscheids und Zustellung des Dispositivs tatsäch-

lich ein Rechtsmittel eingelegt wird bzw. eine Partei eine schriftliche Urteilsbegründung speziell verlangt.

Dass die Rechtsmittelfrist im ordentlichen und vereinfachten Verfahren erst mit Zustellung der schriftlich begründeten Entscheids zu laufen beginnt, führt zu einer weiteren Verfahrensverzögerung: Da für die Ausfertigung der schriftlichen Begründung eine Frist von drei Monaten eingeräumt wird, kann eine beklagte Partei, die im Verfahren unterlegen ist, sich aber keine Aussichten auf eine erfolgreiche Appellation ausrechnen kann, durch Nichtverzicht auf das Rechtsmittel den Eintritt der Rechtskraft um ganze 3 Monate verzögern. Die Rechtsmittelfrist sollte daher jedenfalls ab Erhalt des schriftlichen Dispositivs laufen. Wird innert Frist appelliert, ist der Entscheid schriftlich zu begründen. In den anderen Fällen soll die Begründung entfallen.

Uni LA: Le délai de trois mois pour la notification du jugement complètement motivé n'est pas réaliste, au moins pour les causes les plus complexes. Il ne sert à rien de dire, comme le fait le commentaire, qu'il appartient aux cantons de doter leurs autorités judiciaires de moyens suffisants. On relèvera qu'en matière de célérité les autorités judiciaires fédérales ne font pas toujours meilleure figure que leurs homologues cantonales.

Art. 233

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Va precisato che ai terzi interessati va comunicata unicamente quella parte della sentenza che interessa loro, e non l'integralità della stessa.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die Voraussetzungen, unter denen ein Entscheid Dritten mitzuteilen ist, erscheinen in zweifacher Hinsicht als zu eng: Zum einen kann eine solche Mitteilungspflicht gelegentlich auch dann bestehen, wenn sie nicht in einem Gesetz vorgesehen ist, und zum anderen nicht erst dann, wenn ein(e) Dritte(r) am Verfahren beteiligt war bzw. ist. Denkbar sind z.B. folgende Fälle:

Mitteilung an eine private Registrierungsstelle, die keine Registerbehörde i.S. von Art. 276 lit. c VE-ZPO ist (z.B. die Stiftung Switch als Registrierungsstelle für Internet-Domainnamen);

Mitteilung an den oder die Vermieter(in), wenn im Eheschutz- oder Ehescheidungsverfahren die Familienwohnung einem Ehegatten zugesprochen wird (Art. 121 resp. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Falls diese Dritten durch die im Entscheid enthaltenen Vollstreckungsmassnahmen in ihren Rechten betroffen sind, können sie dagegen Rekurs erheben (vgl. Art. 336).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SVZst: Hiermit wollen wir beantragen, dass die Mitteilungspflicht der Gerichte gegenüber den Zivilstandsbehörden verankert wird und dass die Gerichte auch verpflichtet werden, den Zivilstandsbehörden Urteile mit vollständigen Angaben zur betroffenen Person zu liefern.

Gegenwärtig finden sich die Mitteilungspflichten der Gerichte in der Zivilstandsverordnung (Art. 130 ZStV). Wir müssen leider feststellen, dass sie dort sehr wenig Beachtung finden. Mitteilungen unterbleiben, namentlich an den Geburtsort des Kindes (bei Vaterschaften und Aufhebungen von Kindesverhältnissen), oder sind hinsichtlich der Angaben über die beteiligten Personen mangelhaft (vgl. Art. 130 Abs. 2 ZStV).

## Art. 234

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In Abs. 2 soll klar geregelt werden, wo diese Bescheinigung einzuholen ist. Wir erachten es als sinnvoll, wenn die erste Instanz die Rechtskraftbescheinigungen ausstellt. Die zweite Instanz müsste sich dann nur mit Fällen befassen, in denen das Urteil tatsächlich weiter gezogen wird. Dies bedingt, dass Rechtsmittel bei der ersten Instanz eingereicht werden müssen und diese auch den Schriftenwechsel durchführt.

BE: Im Begleitbericht (S. 114 f.) wird zu den in Art. 234 Abs. 1 lit. a - d aufgelisteten Fällen erläutert, an welchem Tag genau die Rechtskraft eintritt (z.B. bei Rückzug des Rechtsmittels am Tag des Eintreffens der Rückzugserklärung beim Gericht). Es wäre wünschenswert, wenn dies auch ausdrücklich im Gesetz stünde.

BS: Trifft es zu, dass nach Art. 234 i.V.m. Art. 230 Abs. 2 im Falle der schriftlichen Eröffnung eines Entscheids, gegen den nur die Beschwerde offen steht, die Rechtskraft vor seiner Eröffnung an die Parteien eintritt? Sollte dies der Fall sein, wäre dies dahingehend zu korrigieren, dass die Rechtskraft erst mit erfolgter Zustellung eintritt.

NW: Abs. 1 lit. b: "Der Entscheid wird rechtskräftig: [lit. b] nach beidseitigem Verzicht auf diese Rechtsmittel" ersetzen durch "Mit der Zustellung des Urteilsdispositivs beginnt die Rechtsmittelfrist noch nicht zu laufen. Wenn keine Partei die vollständige Ausfertigung des Urteils verlangt, wird das Urteilsdispositiv mit Ablauf von 10 Tagen sei der Zustellung rechtskräftig" (vgl. Art. 79 und Art. 87 Abs. 2 Ziff. 3 Zivilprozessordnung des Kantons Nidwalden).

Begründung: Es soll Aufgabe der Parteien sein, die vollständige Ausfertigung zu verlangen, falls sie den Rechtsweg beschreiten wollen. Mit der Abänderung der Art. 231 und 232 VE ZPO ist auch Art. 234 Abs. 1 lit. b VE ZPO entsprechend zu korrigieren.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Der Entwurf kennt keine Bestimmung über die materielle Rechtskraft. Insbesondere genügt Art. 54 Abs. 2 lit. e nicht, da nicht alle Fälle materieller Rechtskraft damit abgedeckt sind, z.B. vorfrageweise Prüfungen. Art. 234 regelt umgekehrt bloss die *formelle* Rechtskraft.

Zum einen sollte insbesondere klargestellt werden, dass auch Endentscheide aufgrund von Rückzug, Anerkennung oder Vergleich grundsätzlich materiell rechtskräftig werden. Andererseits sollte aber den Parteien die Möglichkeit gegeben werden zu vereinbaren, dass ein gestützt auf Rückzug, Anerkennung oder Vergleich ergehender Endentscheid nicht materiell rechtskräftig wird. Ein

solches Bedürfnis kann erfahrungsgemäss insbesondere bei Streitigkeiten über absolute Rechte (wie Patente etc.) bestehen:

Formulierungsvorschlag Art. 234<sup>bis</sup>:

*Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines Sachentscheides gemäss Art. 228 Abs. 1 und 2 binden die Gerichte in einem späteren Prozess zwischen den gleichen Parteien oder ihren Nachfolgern in die beurteilten Rechte oder Pflichten.*

Die Parteien können jedoch vereinbaren, dass Sachentscheide, die aufgrund eines Klagerückzugs, einer Klageanerkennung oder eines Vergleichs ergehen, nicht materiell rechtskräftig werden."

Diese Formulierung lehnt sich jener von §191 ZH-ZPO an.

Konsequenterweise müsste zudem der Randtitel zu Art. 234 neu "Formelle Rechtskraft" heissen.

KassZH: Hier wird allein die formelle Rechtskraft erfasst. Demgegenüber äussert sich der VE mit keinem Wort zur Natur bzw. zum Begriff der materiellen Rechtskraft (zu deren Folgen vgl. immerhin Art. 54 Abs. 2 lit. e). Es sollte zumindest Ausdruck gebracht werden, dass von der materiellen Rechtskraft nur die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv, nicht aber die Entscheidungsgründe erfasst werden.

SchKG-Vereinigung: In Art. 234 werden Rechtskraft (Abs. 1) und Vollstreckbarkeit (Abs. 2) vermischt. Es muss klar festgelegt werden, wann ein Entscheid vollstreckbar ist.

Uni ZH: Einen besonders schwerwiegenden Mangel stellt es dar, dass der Vorentwurf eine Regelung der materiellen Rechtskraft unterlassen hat. Art. 234 enthält die Regelung einer relativ einfachen Frage, nämlich des Zeitpunktes des Eintritts der formellen Rechtskraft. Diese Frage bedürfte kaum der Regelung, da hier dogmatische Selbstverständlichkeiten in belehrender Weise festgehalten werden. Dagegen sind viele Aspekte des Instituts der materiellen Rechtskraft heute in der schweizerischen Praxis nicht ausreichend geklärt. Das Schweigen des Entwurfs ist in diesem Zusammenhang insbesondere bemerkenswert, als etwa die deutsche Zivilprozessordnung schon seit mehr als 125 Jahren Regelungen über die objektiven und subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft enthält, an welchen man sich orientieren hätte können. Bedenkt man, wie unterschiedlich diese Fragen in verschiedenen Rechtskulturen schon auf dem europäischen Kontinent behandelt werden, so ist festzuhalten, dass es dem vorliegenden Vorentwurf nicht einmal gelingt klarzustellen, dass die Rechtskraft sich nur auf das Dispositiv der Entscheidung bezieht – dabei handelt es sich durchaus um keine Selbstverständlichkeit sondern einen Aspekt, welcher der besonderen Anordnung bedürfte. Dass ein so zentraler Aspekt des Zivilprozessrechts übersehen wurde, kann wohl nur damit erklärt werden, dass sich der vorliegende Entwurf ganz stark an den derzeitigen kantonalen Zivilprozessordnungen orientiert und verkennt, dass es zentrale Aufgabe einer bundesrechtlichen Zivilprozessrechtskodifikation sein müsste, den breiten Bestand von ungeschriebenem Bundesrecht, welcher heute das Zivilprozessrecht bestimmt, in Gesetzesform zu giessen. In diesem und einer Reihe von ähnlichen Punkten hätte die Inkraftsetzung des vorliegenden Vorentwurfs die für eine Kodifikation fast absurde Folge, dass ungeschriebenes Recht aus der Zeit vor der Kodifikation auch nach Inkrafttreten der Kodifikation für das Verständnis des Zivilpro-

zessrechts notwendige Grundlage wäre; gerade dies zu verhindern wäre aber das Grundanliegen jeder sorgfältig verfassten Kodifikation.

Im Entwurf fehlt eine Regelung der materiellen Rechtskraft. Art. 234 regelt bloss die formelle Rechtskraft. Wegen der praktischen Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist sie zwingend zu regeln. Eine stillschweigende Verweisung auf die bestehende Rechtsprechung genügt angesichts der fehlenden Klarheit dieser Rechtsprechung nicht. Dabei ist vorzusehen, dass die Parteien vereinbaren können, dass ein gestützt auf Rückzug, Anerkennung oder Vergleich ergehender Endentscheid nicht materiell rechtskräftig wird. Ein solches Bedürfnis kann erfahrungsgemäss insbesondere bei Streitigkeiten über absolute Rechte (wie Patente etc.) bestehen.

## Art. 235

### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Auch in den besonderen Verfahren gilt gemäss Art. 235 der Grundsatz der Schriftlichkeit. Auch wenn die Schriftlichkeit durch Formulare gemildert werden soll, wird damit das in den Kantonen gerade für Streitigkeiten über geringe Streitwerte oder in Eheschutzverfahren verbreitete mündliche Verfahren verdrängt. Dies ist nicht sinnvoll. Die Fähigkeit, sich schriftlich adäquat äussern zu können, geht in unserer Gesellschaft immer mehr zurück. Dies hat nicht zuletzt auch die PISA-Studie deutlich gemacht. Gerade in den besonderen Verfahren sollte es aber den Parteien möglich sein, einen Prozess auch ohne anwaltliche Vertretung zu führen.

Zu beachten ist auch, dass das vorgeschlagene Verfahren mit einem Schlichtungs- und einem Entscheidungsverfahren in den Kantonen, welche bisher für besondere Verfahren das mündliche Verfahren und keine besondere Schlichtungsbehörde gekannt haben, zu einer erheblichen, für die Parteien mehr als unangenehmen Verfahrensverlängerung. Es wird zu prüfen sein, wie dies verhindert werden kann (vgl. oben Art. 202/205).

Aufgrund des Verweises auf das ordentliche Verfahren kommt für die Einleitung der besonderen Verfahren Art. 210 ebenfalls zur Anwendung. Danach muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zudem ist ein Verzeichnis der Beweismittel und ihre Zuordnung zu den in der Klage angeführten Tatsachen einzureichen. Dies ist in den besonderen Verfahren gerade bei nicht vertretenen Parteien nicht sinnvoll. Es muss genügen, wenn eine Klage die Anforderungen gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. a-c und f erfüllt. In der Folge kann der Sachverhalt in der Verhandlung vorgetragen und auf eine vorgängige richterliche Aufforderung hin die bereits bekannten Beweismittel eingebracht werden. Ansonsten ist eine echte Vereinfachung des Verfahrens im vereinfachten Verfahren gegenüber dem ordentlichen Verfahren Illusion.

SVM: Al. 2 (nouveau): Le juge peut en particulier pour les procès en divorce et relatifs aux enfants proposer aux parties la voie de la médiation conformément à l'art. 113 et 116 a.

Uni NE: D'emblée, il convient de souligner que certaines procédures spéciales n'ont pas été réglementées. On pense en particulier à la procédure en matière d'action possessoire (réintégrande) et en matière de partage des successions.

Renvoyer purement et simplement à la procédure ordinaire dans ces cas ne nous paraît pas souhaitable. A cet égard, il est d'ailleurs surprenant de constater que l'avant-projet réserve quatre dispositions à la mise à ban, mais aucune dans les domaines précités. Par ailleurs, la consignation n'est pas non plus réglementée spécifiquement, ce qui est regrettable. On peut encore citer l'absence de dispositions en matière de scellés et d'inventaires.

Uni ZH: Allgemein ist betreffend die Regelung des Verfahrensablaufs vor der erster Instanz und vor der Rechtsmittelinstanz zu kritisieren, dass die einzelnen Verfahrensschritte zuwenig anschaulich geschildert sind. Dies gilt namentlich für das vereinfachte Verfahren, die anderen besonderen Verfahren und für die entsprechenden Rechtsmittelverfahren. Das vereinfachte Verfahren soll ein auf nicht anwaltlich vertretene Personen zugeschnittenes Verfahren sein, das sich ganz erheblich vom ordentlichen Verfahren unterscheidet. Diesem Zweck ist jedoch nicht dienlich, dass in Art. 235 ff. lediglich punktuell die Besonderheiten aufgezählt werden und im Übrigen auf die "sinngemässe" Anwendung des ordentlichen Verfahrens verwiesen wird (Art. 235). Unzulänglich ist m.E. auch das Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide im vereinfachten Verfahren umschrieben. Hier beschränkt sich der Vorentwurf auf die Schilderung der ordentlichen Rechtsmittelverfahren. Für die besonderen Verfahren heisst es lediglich in Art. 286: "Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, gilt vor der Rechtsmittelinstanz dasselbe Verfahren wie vor erster Instanz." Was dies für die einzelnen besonderen Verfahren bedeutet, muss sich der Rechtssuchende selber "zusammenreimen"!

Art. 236

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Von der Möglichkeit zur Stellung des Rechtsbegehrens (Klage) und der Klageantwort mittels Formular sollte man sich nicht zuviel erhoffen. Faktisch wird es so sein, dass der Richter an der Hauptverhandlung die Fakten zusammenzutragen hat.

BS: Sind gemäss Art. 235 die Vorschriften über das ordentliche Verfahren sinngemäss anzuwenden, so ist auch das vereinfachte Verfahren trotz seiner überwiegenden Mündlichkeit grundsätzlich ein schriftliches. Immerhin sind die Anforderungen an die schriftliche Begründung nicht allzu hoch, da auch noch in der Hauptverhandlung neue Vorbringen möglich sind (vgl. Art. 241). Dennoch werden rechtsunkundige Parteien auch bei Verwendung eines vom Bundesrat kreierte Formulars Mühe haben, eine kurze schriftliche Klagbegründung zu formulieren. Wir schlagen deshalb vor, dass die Klagpartei im vereinfachten Verfahren berechtigt ist, die Klage mit blosser Deposition des Rechtsbegehrens und stichwortiger Angabe des Klaggrundes (z.B. Werkvertrag, Schadenersatz etc.) einzureichen. Das Gericht soll alsdann nach Anhörung der Parteien entscheiden, ob eine schriftliche Begründung nachzureichen ist.

Zu bedenken ist zudem, dass auch Formulare von rechtsunkundigen Personen in der Regel nur mit Hilfe ausfüllen können. Diese Möglichkeit besteht heute für das Verfahren beim gewerblichen Schiedsgericht im Kanton Basel-Stadt. Soll dies aber weiter ausgedehnt werden, bedeutet dies eine weitere Belastung der Gerichte.

- LU: Wir unterstützen grundsätzlich das Anliegen, breiten Bevölkerungskreisen eine Prozessführung ohne Anwaltsvertretung zu ermöglichen. Das vorgesehene Formular wird aber in Verbindung mit dem (von uns kritisierten) eingeschränkten Novenrecht zur eigentlichen Prozessfalle: Wer als Laie erst nach der Hauptverhandlung oder gar erst nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils realisiert, dass er bestimmte Tatsachen oder Beweisanträge hätte vortragen müssen, kann dies nicht mehr nachholen, auch nicht ein später beigezogener Rechtsbeistand. Auch die auf die meisten vereinfachten Verfahren anzuwendende Officialmaxime vermag diese stossende Rechtsfolge nur unwesentlich zu mildern, da sie die Parteien gemäss herrschender Lehre und Praxis nicht vom rechtzeitigen Vortragen der anspruchsbegründenden Tatsachen entbindet. Zudem gilt gemäss vorgesehener Fassung von Artikel 237 Absatz 1g VE-ZPO die Officialmaxime gerade nicht für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20'000 Franken.
- NE: L'article 236 prévoit que le Conseil fédéral mette des formulaires de demande et de réponse à disposition, notamment pour la procédure simplifiée. L'alinéa 2 précise que ces formulaires doivent être utilisés par des personnes ne disposant pas de formation juridique. Mis à part les domaines où le tribunal dispose de la maxime inquisitoire, le cas échéant de la maxime d'office, il est par définition difficile à un particulier sans formation juridique de défendre correctement ses droits s'il n'a pas recours aux conseils d'un spécialiste. Mettre à disposition des parties des formulaires donne généralement une illusion qu'elles peuvent défendre à satisfaction leurs droits sans en référer à un avocat. Par ailleurs, on constate en pratique qu'il est souvent difficile pour un avocat de rattraper une procédure mal emmanchée par son client. Nous sommes donc très sceptique sur le bien-fondé de cette disposition.
- SH: Von der Möglichkeit zur Stellung des Rechtsbegehrens (Klage) und der Klageantwort mittels Formular sollte man sich nicht zu viel erhoffen. Faktisch wird es so sein, dass der Richter an der Hauptverhandlung die Fakten zusammenzutragen hat.
- TG: Es dürfte kaum möglich sein, für sämtliche mögliche Streitfälle Formulare zu entwickeln. Wir beantragen daher Streichung dieser Bestimmung.
- ZG: Die Einführung von Formulklagen für Prozesse im vereinfachten Verfahren wird begrüsst. Die Art der Gestaltung der Formulare sollte hingegen nicht im Gesetz verankert sein, da es sich hierbei um eine rein formale Frage handelt. In der Formulierung von Absatz 2 ist lediglich eine verwaltungsorganisatorische Anweisung an den Bundesrat (zuständige Instanz) enthalten, die - sofern überhaupt notwendig - auf Verordnungsebene geregelt werden sollte.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Eine stichwortartige Begründung sollte genügen.

LPS: Le terme "formulaires" devrait être remplacé par le terme "formules", comme dans les autres articles utilisant ce terme.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Kein Vorbehalt des mündlichen Verfahrens: auch ein laientaugliches Formular bleibt eine schriftliche Klage resp. schriftliche Klageantwort mit den entsprechenden Prozessfolgen, wenn widersprüchlich, unvollständig, zu knapp etc. formu-

liert. Jede Form von Schriftlichkeit stellt für Laien eine Hürde dar, vor allem, wenn es um Sachverhaltsdarstellungen geht. Das zeigt doch auch die Instruktion der Anwälte: Die Akten kommen mitunter per Post, jeder Fall eines Laien wird aber mündlich instruiert. Und faktisch wird ein Gericht gerade bei Laieneingaben nicht darum herum kommen, die Klagpartei nach erfolgter Duplik nochmals zur Rede zuzulassen.

Laientauglicher erscheint es, wenn beide Parteien mit dem Gebrauch der Formulare zugleich ein mündliches Verfahren beantragen und sie so die Gelegenheit und Gewissheit erhalten, die eigentliche Klage resp. Klagantwort mündlich vortragen zu können, wo nötig mit Ergänzungen auf die unmittelbaren Fragen des Gerichts. Daraufhin folgt Klagantwort und dann die Replik – und beide Seiten sind nur an ihre mündlichen Aussagen gebunden.

DJS: Wir sind gespannt, wie solche Formulare aussehen könnten. Wir hegen erhebliche Zweifel, ob mit Formularen wirklich für nicht vertretene Parteien Vereinfachung und Standardisierung des Verfahrens ohne Prozessfallen bewirkt werden kann. Zwar sind solche Formulare für spezifische Verfahren (Art. 343 OR; Rechtsöffnungen) schon heute gebräuchlich. Der Entwurf von Formularen für allgemeinere Verfahren dürfte aber erhebliche Anforderungen stellen. Wir fordern das Bundesamt für Justiz auf, bereits mit der Botschaft auch Entwürfe für diese Formulare vorzulegen, so dass die Tauglichkeit dieses Vorschlages überprüft werden kann. Letztlich sind Formulare aber wohl nur sinnvoll, wenn auf eine schriftliche Begründung gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. d und e in den besonderen und insbesondere im vereinfachten Verfahren verzichtet wird.

FRC: La FRC salue l'idée de formulaires pour les actes des parties. En revanche, l'usage qui en est prévu est trop large. En effet, l'utilisation de formulaires pré-établis se justifie devant les tribunaux inférieurs et pour les litiges dont la valeur litigieuse est faible. Dans les autres cas, l'utilisation de tels formulaires présente des risques: la mise à disposition de demandes et de réponse peut être dangereuse pour les justiciables qui s'y fieront, car les plus démunis verront ainsi le moyen d'agir en justice sans l'aide coûteuse d'un avocat, au risque de perdre ou de passer à côté de certains droits de procédure.

FSA: La FSA considère qu'il n'est pas opportun, ni d'ailleurs dans l'intérêt du justiciable d'encourager celui-ci à procéder sans l'assistance d'un mandataire professionnel, en mettant à sa disposition des formulaires de demande et de réponse. Elle est toutefois consciente qu'il s'agit-là d'un sujet éminemment politique et que cette tendance sera sans doute confirmée dans la future loi.

GGD ZH: Dass die Verwendung der vom Bundesrat zur Verfügung gestellten Formulare nur fakultativ ist (so Bericht, S. 116), kommt im Wortlaut nicht zum Ausdruck. Vgl. Bemerkungen zu Art. 196.

*Art. 236 Form der Eingaben*

<sup>1</sup> *Für die Klage und die Klageantwort können Formulare verwendet werden, die der Bundesrat zur Verfügung stellt.*

OAFRI: Le recours à des formules n'est envisageable qu'avec le tempérament que représente l'instruction d'office. Il doit donc être réservé aux cas visés à l'article 240. Dans les domaines où s'applique la "maxime des débats", l'usage de formules constituera un piège qui se refermera sur les parties inexpérimentées ou craignant d'engager les frais nécessaires à la constitution d'un mandataire professionnel.

On se demande si le Conseil fédéral dispose, dans l'administration fédérale, d'avocats et de magistrats suffisamment expérimentés pour préparer des formules de demande. La question de la responsabilité de la Confédération pour erreur dans les formules se pose et n'est apparemment pas résolue.

SDM-FSM: Vorschlag:

*Art. 236 a Mediation*

*Abs. 1 Der Richter empfiehlt in geeigneten Fällen in eherechtlichen Verfahren und in Verfahren über Kinderbelange die Aufnahme einer Mediation.*

*Abs. 2 Der Mediator oder die Mediatorin wird von beiden Parteien bestellt.*

*Art. 236 b Unentgeltliche Mediation*

*Abs. 1 Art. 105 ff. gilt im gleichen Umfang auch für die Erteilung von unentgeltlicher Verfahrensführung bei Mediation im Rahmen der eherechtlichen Verfahren und des Verfahrens betreffend Kinderbelange.*

*Abs. 2 Sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung gegeben, werden die Kosten für registrierte Mediatoren vom Staat getragen. Im Falle unentgeltlicher Mediation kann je Partei zulasten des Staates höchstens die Hälfte des Aufwandes in Rechnung gestellt werden.*

*Abs. 3 Der kantonale Entschädigungstarif für unentgeltliche Rechtsbeistände ist anwendbar.*

*Abs. 4 Die Unentgeltlichkeit für ein vorprozessuales Mediationsverfahren kann auch bei dessen Einleitung mit dem Gesuch gemäss Art. 108 bei dem für das Verfahren nach diesem Titel zuständigen Gericht nachgesucht werden.*

Die Gewährung unentgeltlicher Mediation wird bereits heute in verschiedenen Kantonen eingeführt: die ZPO des Kantons Zürich hat in § 89a die unentgeltliche Mediation vorgesehen; im Kanton Genf hat das Tribunale de Première Instance entschieden, dass die unentgeltliche Prozessführung auch auf die Mediation anwendbar ist. Die Vorteile einer Mediation indessen prinzipiell nur begüterten Parteien vorzubehalten, widerspricht schweizerischem Gleichstellungsdenken. Mangels bestehender Modelle, die sich ohne weiteres auf alle Prozessformen ausdehnen lassen, scheint es uns gerechtfertigt, die Möglichkeit einer Regelung der allgemeinen unentgeltlichen Mediation den Kantonen zu überlassen (Art. 106 Abs. 4), die ja auch für die Kosten aufzukommen haben. Dieses Vorgehen ermöglicht es, unterschiedliche Modelle zu gestalten und auszuprobieren und den Kantonen die Entscheidung darüber, welches Modell zum Einsatz kommen soll, zu überlassen.

Bezüglich der Kostentragung dürfte es sich empfehlen, analog Art. 236 b Abs. 2 vom "Aufwand" zu sprechen, damit für dessen Berechnung auch unterschiedliche Ansätze zulässig sind. Parteien, denen unentgeltliche Mediation zusteht, wird dann der (maximal) halbe Aufwand zum amtlichen Tarif, der anderen Partei zum Normaltarif verrechnet.

(Art. 236 a und b) Aus den für die Mediation ins Feld geführten Gründen rechtfertigt es sich, bezüglich der unentgeltlichen Prozessführung in eherechtlichen und Kinderbelangen eigene Massstäbe anzulegen. Im Prinzip ist davon auszugehen, dass entweder beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen oder einer Partei zugunsten der andern die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses aufzuerlegen ist. Das vereinfacht die Prüfung der respektiven Ansprüche wie der Kostenverteilung und es genügt, im Hinblick auf

die potenzielle Rückforderung, die Belastung je Partei mit maximal der Hälfte der Kosten vorzumerken.

Damit der Staat einen ähnlichen Einfluss geltend machen kann, wie bei der Bestellung von amtlichen Verteidigern und unentgeltlichen Rechtsbeiständen, rechtfertigt es sich unseres Erachtens, ausschliesslich für diesen Zweck auf eine Registrierung von Mediatoren abzustellen, die gewissen Mindestanforderungen genügen. Es wird Sache des Bundesrates sein, in den Ausführungsbestimmungen zur ZPO die Kriterien festzulegen (Art. 195 a Abs. 1).

Den Kantonen fällt zweckmässigerweise die Registerführung zu, analog zu den Anwaltsregistern (Art. 195 a Abs. 2).

Zu denken ist etwa an die Schaffung eines (erweiterten) Registers von Mediatoren und Mediatorinnen, die ähnlich den Pflicht-Verteidigungen und Pflichtvertretungen im Zivilprozess, verpflichtet werden können, als Gegenleistung für den staatlichen Auftrag Mandate zu generellen Ansätzen zu übernehmen. Es können auch Einrichtungen geschaffen werden, wie Mediationsräume, die mit der erforderlichen Infrastruktur ausgestattet sind und den "amtlichen" Mediatoren zur Verfügung gestellt werden, was sich bei geeigneter Ausgestaltung durchaus kostensenkend auswirken kann. Ähnliche Versuchsmodelle werden bereits mit Erfolg erprobt (z.B. am Central London County Court).

Uni BE: Die Schaffung von Formularen wird begrüsst, da sie zu einer Vereinfachung des Verfahrens beitragen. Der doppelte Schriftenwechsel (contra Mündlichkeit) hingegen in Art. 214 ist falsch formuliert. Die Norm muss gerade umgekehrt formuliert werden. Grundsatz: Nur einmaliger Schriftenwechsel, weil Replik und Duplik mündlich in der Verhandlung stattfinden.

Uni LA: Il est permis d'être sceptique sur l'efficacité de la mesure consistant à mettre à la disposition des parties des formules (le terme de formulaire utilisé par l'AP n'a pas ce sens en français) censées faciliter les actions en procédure simplifiée. Il en va de même d'ailleurs des formules de requête de conciliation (art. 196 AP). Il n'y a cependant pas d'inconvénient à tenter l'expérience. On peut se demander en revanche si le Conseil fédéral est bien la bonne autorité pour préparer ces formules et s'il ne serait pas préférable de confier cette tâche au TF, comme en matière de LP.

Uni NE: L'article 236 prévoit que le Conseil fédéral mette des formulaires de demandes et de réponse à disposition, notamment pour la procédure simplifiée. L'alinéa 2 précise que ces formulaires doivent être utilisés par des personnes ne disposant pas de formation juridique. Mis à part les domaines où le tribunal dispose de la maxime inquisitoire, le cas échéant de la maxime d'office, il est par définition difficile à un particulier sans formation juridique de défendre correctement ses droits s'il n'a pas recours aux conseils d'un spécialiste. Mettre à disposition des parties des formulaires donne généralement une illusion qu'elles peuvent défendre à satisfaction leurs droits sans en référer à un avocat. Par ailleurs, on constate en pratique qu'il est souvent difficile pour un avocat de rattraper une procédure mal emmanchée par son client. Les démarches appropriées doivent être faites d'emblée.

Quoiqu'il en soit, la forme des actes en procédure simplifiée est apparemment identique à celle retenue en procédure ordinaire, vu le renvoi de l'article 235. Faut-il vraiment indiquer ses preuves sous chaque allégué (art. 210) ?

Uni ZH: Der Vorentwurf legt grosses Gewicht auf Formulare (insb. Art. 236). Dies wirft allgemein die Frage nach der Tauglichkeit von Formularen als Verfahrenshilfen auf. Formulare nützen nur etwas, wenn rechtsunkundige Personen auch bei ihrer Ausfüllung unterstützt werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 21 ff.*

Statt der Statuierung der Pflicht, für Klageschrift und Klageantwort in den Verfahren nach Art. 191 ff. und für das Schlichtungsverfahren Formulare zu schaffen, ist eine generelle Befugnis des Bundesrates vorzusehen, einen ganzen Formularsatz für das Zivilverfahren zu erstellen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 61.*

#### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Der Bundesrat ist kaum die geeignete Instanz, um die Formulare gemäss Art. 236 VE herzustellen. Eher wäre es das Bundesgericht.

#### Art. 237

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Es ist darauf hinzuweisen, dass die Streitwerte im ganzen Vorentwurf der ZPO zu überprüfen sind. Die Streitwerte in der ZPO selber sowie in anderen Bundesgesetzen (z.B. BGG) sollten aufeinander abgestimmt werden. Unterschiede müssen sachlich begründet sein.

AR: Ungeklärt erscheint die Frage, wie die Bestimmungen über den Beweis auf das Besondere Verfahren einwirken. Mindestens aus dem Wortlaut des Entwurfs geht nicht hervor, dass Beweismassnahmen i.S.v. Art. 217 ff. VE vorgesehen sind. Vielmehr scheint das besondere Verfahren so abzulaufen, dass nach der Hauptverhandlung, welche der Sachverhaltsfeststellung dient (Art. 239 und 240 VE), ein allfälliges Beweisverfahren angehängt werden muss, zumal neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorgebracht werden können.

BS: Die Streitwertgrenze von Fr. 20'000.-- für das vereinfachte Verfahren erscheint als zu tief. Wir empfehlen eine Erhöhung auf Fr. 30'000.-- bis Fr. 40'000.--, ist doch sonst jeder Autokauf, mittlere Werkaufträge o.ä. im ordentlichen (schriftlichen) Verfahren zu behandeln.

JU: Nous sommes favorables à l'institution d'une procédure simplifiée dans les litiges énumérés à l'article 237, ainsi qu'à la réglementation de cette procédure.

Toutefois, nous estimons que, dans les affaires dont la valeur litigieuse n'excède pas Fr 20'000.-, la procédure devrait être encore plus simple (cf. ci-dessus, remarques ad art. 191 ss).

LU: Wir beantragen, beim Geltungsbereich für das vereinfachte Verfahren zusätzlich die dringlichen Sachen gemäss Artikel 118 VE-ZPO aufzulisten. Das ordentliche Verfahren mit Dringlichkeitsbestimmungen gemäss Artikel 118 VE-ZPO stellt eigentlich eine dritte Art des ordentlichen Verfahrens dar. Auch in systematischer Hinsicht ist es besser, alle Verfahrensarten in den ersten beiden Titeln des 2. Teils zu regeln.

In arbeitsrechtlichen Prozessen war bisher das vereinfachte Verfahren (bisher einfaches und rasches Verfahren) nur bei Streitwerten bis 30'000 Franken vorgesehen. Dies hat sich bewährt und sollte nicht geändert werden. Auch bei mietrechtlichen Streitigkeiten ist das vereinfachte Verfahren nicht für alle Prozesse geeignet. Man denke beispielsweise an einen komplexen Haftpflichtprozess aus einem Mietvertrag, der sich im vereinfachten Verfahren, wie es nun vorgesehen ist, kaum bewältigen lässt. Wir schlagen daher vor, in den Fällen von Artikel 237 litera a, b und c VE-ZPO das vereinfachte Verfahren nur bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken vorzusehen.

NE: La procédure dite simplifiée, tout de même applicable à des litiges qui ne sont plus négligeables (20'000 francs, soit largement plus que l'actuel seuil du recours en réforme!), allie les règles d'une procédure écrite très ramassée pour la demande et la réponse, de la procédure écrite ordinaire (faute de dérogation aux art. 167 et 186 al. 3) pour l'administration des preuves et de la procédure orale, apparemment (faute de précision à l'art 241 et par référence à l'art. 238), pour l'allégation de faits ou moyens de preuve nouveaux. Cette combinaison présente de grands risques de chaos procédural et une réglementation de procédure orale, introduite par requête, nous semble clairement préférable.

SH: Ungeklärt erscheint die, Frage, wie die Bestimmungen über den Beweis auf das Besondere Verfahren einwirken. Mindestens aus dem Wortlaut des Entwurfs geht nicht hervor, dass Beweismassnahmen i.S.v. Art. 217 ff. VE vorgesehen sind. Vielmehr scheint das besondere Verfahren so abzulaufen, dass nach der Hauptverhandlung, welche der Sachverhaltsfeststellung dient (Art. 239 und 240 VE), ein allfälliges Beweisverfahren angehängt werden muss; zumal neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorgebracht werden können

SO: Die Streitigkeiten, welche im vereinfachten Verfahren beurteilt werden sollen (vor allem Konsumentensachen mit geringem Streitwert), würden nach unserer Überzeugung ein in der Regel rein mündliches Verfahren rechtfertigen. Auf das Erfordernis eines obligatorischen ersten Schriftenwechsels ist daher zu verzichten. Zudem erscheint uns ein Streitwert von 20'000 Franken für das vereinfachte Verfahren in vermögensrechtlichen Streitigkeiten als zu niedrig (Art. 237 lit. g). Diese Grenze sollte auf (mindestens) 30'000 Franken erhöht und damit der im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltenden Streitwertgrenze angeglichen werden.

Das unter anderem für Streitigkeiten aus Miete, Arbeitsverhältnis und vermögensrechtliche Streitigkeiten mit geringem Streitwert vorgesehene vereinfachte Verfahren muss im Interesse der Einfachheit und Raschheit in der Regel mündlich sein. Zudem sollte es für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken angewendet werden.

SZ: "Das vereinfachte Verfahren" ist nicht für alle davon erfassten Sachbereiche (Miete, Pacht, Arbeitsrecht, Gleichstellungsstreitigkeiten, Datenschutz usw.) einheitlich geregelt. Nur teilweise gilt beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz (Art. 240 VE-ZPO), und nicht für alle Sachbereiche gilt das Urteilsvorschlagsverfahren nach Art. 204 VE-ZPO. Auch haben die Kantone nur für einen Teilbereich ein besonderes Schlichtungsverfahren vor einer paritätisch besetzten Behörde vorzusehen (Art. 194 VE-ZPO) und wiederum nur für einen Teil davon wird eine Beratungspflicht der Schlichtungsbehörde statuiert (Art. 195 VE-ZPO). Eine einheitliche Regelung der dem "vereinfachten Verfahren" unter-

stellten Sachbereiche wäre wünschenswert, namentlich auch hinsichtlich der Kostenregelungen.

- VS: Sur le principe, la procédure simplifiée est souhaitable. Elle supprime en effet les diversités cantonales et définit les notions de simplicité et rapidité de manière uniforme pour toute la Suisse.
- ZG: Bst. b: Das vereinfachte Verfahren für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz soll entsprechend dem heutigen Art. 343 Abs. 2 OR nur bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- Anwendung finden.
- ZH: Wir unterstützen die Einführung einer zweiten, neben dem ordentlichen Verfahren (Art. 191 ff.) stehenden Verfahrensart. Indessen sind wir der Meinung, dass hier das mündliche Element stärker betont werden sollte. Nur so kann die Laientauglichkeit sichergestellt werden, was mit Blick auf den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens – Streitigkeiten aus Miete und Pacht, aus dem Arbeitsverhältnis, andere vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20000 Franken (Art. 237) – umso wichtiger erscheint. Dass die Klage schriftlich anhängig zu machen ist, erachten wir als sinnvoll, auch wenn in der Praxis hier nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden sollten. Hingegen sollte dann in der Regel ohne Einholung einer schriftlichen Klageantwort sogleich in das mündliche Verfahren gewechselt und den Parteien Gelegenheit zu je zwei Vorträgen gegeben werden. Wir verweisen auf den Formulierungsvorschlag des Obergerichts zu Art. 237 f.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die im Erläuternden Bericht S. 118 begründete Begrenzung von CHF 20'000.- für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag halten wir nicht für sinnvoll: Die ZPO-CH sollte auch Leuten, die ihre Rechte ohne Anwältin bzw. ohne Anwalt wahrnehmen wollen, eine möglichst einfache und klar verständliche Anleitung geben, wie im Streitfall vorzugehen ist. Nachdem für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag in Art. 28 (richtigerweise) ein eigener Gerichtsstand vorgesehen wird, erscheint es nichts als logisch, auch das dafür anwendbare Verfahren explizit festzuhalten (als zusätzliche lit. f bis in Art. 237). Vom Verfahren her dürften sich daraus kaum Änderungen ergeben, liegt doch der Streitwert der allermeisten Konsumentenvertrags-Streitigkeiten bei unter CHF 20'000.-, bis zu welchem Betrag der Gesetzesentwurf in lit. f ohnehin das vereinfachte Verfahren vorsieht.

Im Hinblick auf künftige Gesetze und Gesetzesänderungen regen wir ferner an, in einer zusätzlichen lit. h alle Streitsachen dem vereinfachten Verfahren zu unterstellen, für die das Bundesrecht ein "einfaches und rasches Verfahren" vorsieht (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 118).

LPS: Les articles 237 ss PCS prévoient une procédure dite simplifiée pour des domaines à caractère social, tels que le droit de bail, le droit du travail et le droit de la consommation. La nécessité d'instaurer une telle procédure s'explique par la volonté politique de rendre la justice plus abordable aux particuliers dont les moyens économiques sont par définition limités. La volonté de tenir compte des procès civils à caractère social est d'ailleurs constante dans la politique fédérale puisqu'on retrouve cette problématique notamment dans la loi sur les fors du 24 mars 2000 (RS 272: for du domicile du consommateur agissant contre son fournisseur) dans le droit du travail (art. 343 al.2 CO entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin

2001 déterminant la à 30'000 fr. la valeur litigieuse pour une procédure gratuite).

La procédure simplifiée prévue dans l'avant-projet se distingue par la possibilité d'utiliser des formulaires, des débats essentiellement oraux, la diminution des frais et surtout la possibilité effective de mener la procédure sans être représenté par un avocat.

Le PLS constate que la procédure simplifiée telle que proposée par l'avant-projet ressemble à bien des égards à la procédure de la juridiction des prud'hommes, laquelle a fait ses preuves. Par ailleurs, le principe de procès civils à caractère social est un objectif honorable qui doit être défendu et constamment pris en considération. Par conséquent, le PLS est favorable à l'instauration d'une procédure simplifiée pour les procès civils à caractère social.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Bst. g: Streitwertgrenze: CHF 40'000 als einheitliche Grenze

ACSI: Per chiarezza l'associazione chiede l'introduzione di una lettera, da inserire come lettera "g", che indichi in maniera esplicita che le controversie in materia di contratti conclusi con consumatori sino ad un valore di fr. 20'000.- sono sottoposte alla procedura semplificata, formulata in questo modo: "g. nelle controversie in materia di contratti conclusi con consumatori fino ad un valore di fr. 20'000. -". L'attuale lettera "g" diviene pertanto una lettera "h".

Come anticipato sopra l'ACSI auspica tuttavia un aumento in fr. 30'000.- del valore di lite che dia luogo alla procedura semplificata.

ASI: Acceptez-vous que les litiges relatifs au droit du bail soient soumis à la procédure simplifiée tel que proposé à l'art. 237 lit. a de l'avant-projet ?

Sì. Tale procedura è comunque già applicata nel Cantone Ticino.

AVLU: Gemäss lit. b sollen Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz unabhängig vom Streitwert im vereinfachten Verfahren durchgeführt werden. Diese Sonderregelung lässt sich sachlich nicht begründen; das vereinfachte Verfahren ist in grösseren Fällen aus dem Arbeitsvertragsrecht (z.B. hoher Streitwert, umfangreiche Mobbingklagen) nicht angemessen. Es ist deshalb bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz nur bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- vorzusehen.

AVZH: Dass laut lit. b alle arbeitsrechtlichen Streitigkeiten unabhängig von der Höhe des Streitwerts dem vereinfachten Verfahren unterstehen, ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb bei hohen Streitwerten und entsprechend hohem wirtschaftlichen Interesse der Parteien nicht das ordentliche Verfahren durchgeführt werden sollte. Um der Sonderstellung der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten Rechnung zu tragen, soll die Grenze höher gezogen werden als jene für "die übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 20'000 Franken" gemäss lit. g und deshalb auf 30'000 Franken gesetzt werden - in Übereinstimmung etwa mit Art. 240 Abs. 1 lit. b (Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken).

Formulierungsvorschlag Art. 237 lit. b:

*Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken;*

DJS: Häufig werden auch Prozesse über Streitigkeiten aus dem Lebensalltag ohne Anwälte und Anwältinnen geführt, deren Streitwert Fr. 20'000.— übersteigt. Zu denken ist beispielsweise an Handwerkerrechnungen oder ähnliches. Die Streitwertgrenze gem. lit. g sollte daher auf mindestens Fr. 30'000.— wenn nicht sogar auf Fr. 50'000.— erhöht werden.

economiesuisse: Wir lehnen die Ausdehnung des vereinfachten Verfahrens auf alle Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis ungeachtet des Streitwertes ab. Dies würde bedeuten, dass selbst Millionenstreitigkeiten relativ summarisch über die Bühne gingen. Für eine derartige Ausdehnung des "Sozialprozesses" besteht kein Bedarf. Die heute geltenden Streitwertgrenzen sollen beibehalten werden.

FRC: La FRC demande, pour des raisons de clarté, que cette disposition prévoit expressément que la procédure simplifiée est applicables aux litiges découlant des contrats conclu avec les consommateurs.

FSA: La FSA considère que la procédure simplifiée doit s'appliquer à des litiges définis non seulement par leur domaine juridique (bail à loyer, contrat de travail, etc.) mais également par leur valeur litigieuse, fixée de manière identique pour tous.

Nous suggérons donc de modifier le texte de l'art. 237 en ce sens et d'arrêter la valeur litigieuse à CHF 30'000.- pour tous les domaines, y compris les "autres affaires patrimoniales".

MV: Zu lit. a: Wir begrüßen die Verweisung von mietrechtlichen Streitigkeiten in das vereinfachte Verfahren.

SchKG-Vereinigung: Sowohl für das vereinfachte wie auch für das summarische Verfahren verlangt der Vorentwurf eine schriftliche Klage bzw. ein schriftliches Gesuch. Im vereinfachten Verfahren muss auch die Antwort schriftlich erfolgen; nur im summarischen Verfahren "gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen"(Art. 262 VE). Diese weitgehend vorgeschriebene Schriftlichkeit der beiden Verfahren führt dazu, dass die Klagpartei, im vereinfachten Verfahren auch die Gegenpartei, ohne juristische Kenntnisse nicht in der Lage sind, den Prozess selber ohne Beizug eines Advokaten mit dem entsprechenden Kostenrisikos zu führen, was dem von der Expertenkommission gepriesenen Anliegen des "sozialen Zivilprozesses" klar widerspricht.

Wie die Erfahrung des baselstädtischen Gewerblichen Schiedsgerichts, der arbeitsgerichtlichen Abteilung des Basler Zivilgerichts, zeigt, können auch von juristischen Laien ausgefüllte Formulare für die Klage und die Klageantwort, wie sie der Vorentwurf (Art.236) vorsieht, eine Rechtsschrift mit Rechtsbegehren und Begründung nicht ersetzen, sondern dienen nur der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Auch lässt sich das schriftliche Verfahren mit dem Postulat der Vereinfachung und Raschheit des Verfahrens kaum in Einklang bringen. Es wird daher vorgeschlagen, für das vereinfachte und das summarische Verfahren das mündliche Verfahren vorzuschreiben, bei welchem die Klagpartei den Prozess dadurch einleitet, dass sie ihre Klagbegehren samt Bezeichnung der Parteien schriftlich einreicht oder bei der Gerichtskanzlei

mündlich zu Protokoll gibt, worauf beide Parteien zur mündlichen Verhandlung geladen werden. Im summarischen Verfahren, wo der "soziale Zivilprozess" nicht im Vordergrund steht, könnte die Klagpartei auch eine schriftliche Klage einreichen, wozu sich die Gegenpartei gemäss Verfügung des Gerichts mündlich oder schriftlich äussern würde, entsprechend der derzeitigen Regelung des Rechtsöffnungsverfahrens in Art. 84 Abs.2 SchKG, die sich durchaus bewährt hat.

Miet- und arbeitsrechtliche Streitigkeiten sollten nur bis zu einem Streitwert von 30'000 dem vereinfachten Verfahren unterstellt sein.

OAFRI: D'une manière générale, les litiges soumis à la procédure simplifiée peuvent être extrêmement complexes en fait et en droit. Le juge doit avoir la possibilité d'ordonner le renvoi à la procédure ordinaire, dès réception de l'acte introductif d'instance.

Il convient de ne pas oublier que le recours à des procédures simplifiées, avec introduction d'instance sur la base d'une formule, suppose une grande disponibilité des magistrats, outre l'exigence d'une instruction d'office. Si ces simplifications peuvent être bienvenues pour le justiciable, elles sont onéreuses pour la collectivité publique, laquelle doit augmenter les moyens mis à disposition de la justice, pour ne pas prêter les procédures les plus importantes.

OGZH: Das vereinfachte Verfahren sollte laientauglich sein, was nach unserer Überzeugung und Erfahrung in der Regel Mündlichkeit verlangt. Es hat ferner eine grösstmögliche Beschleunigung und Wahrung der Parteirechte zu gewährleisten. Diese zum Teil gegenläufigen Ziele sind nicht leicht zu erreichen. Mit der grossen Flexibilität, welche der VE bietet, lässt sich eine weitgehende Mündlichkeit erreichen; dass die Klagebegründung schriftlich sein soll (wenn auch vielleicht nur rudimentär), scheint uns richtig, da sich so nicht nur das Gericht, sondern namentlich auch die Gegenpartei in vernünftigem Rahmen vorbereiten und auf die Sache einstellen können. Problematisch erscheint uns die Bestimmung, wonach in der Hauptverhandlung (anders als im ordentlichen Verfahren) in jedem Fall Noven vorgetragen werden dürfen. Es ist vorauszu- sehen, dass eine Partei, deren Sache nach den Beweiserhebungen nicht gut aussieht, alles tun wird, um mit neuen Behauptungen doch noch eine Wende herbeizuführen. Mit gutem Grund soll das im ordentlichen Verfahren nur ganz eingeschränkt möglich sein (VE Art. 215). Andererseits wäre es wohl zu wenig, den Parteien nur je einen einzigen Vortrag zur Sache einzuräumen.

Wir schlagen daher vor, dass je zwei Vorträge zur Sache in einer ersten Phase (vor den Beweiserhebungen) konzentriert werden. Dass damit auch ins vereinfachte Verfahren (mündliche!) Replik und Duplik eingeführt werden, wird nach unserer Überzeugung per Saldo keine Verzögerung, sondern eine Beschleunigung bringen.

Damit das Verfahren auch wirklich effizient geführt werden kann, sollte auch auf eine gesonderte Hauptverhandlung verzichtet werden können, wenn keine Beweiserhebungen nötig sind.

Daraus resultieren unsere Vorschläge für modifizierte VE Art. 238/239 und 241:  
*Art. 238 Vorladung zur Verhandlung*

<sup>1</sup> *Das Gericht stellt die Klageschrift der beklagten Partei zu und lädt gleichzeitig zur Hauptverhandlung vor.*

<sup>2</sup> *In der Hauptverhandlung werden die Vorträge zur Sache mündlich erstattet.*

*Art. 239 schriftliche Eingaben*

<sup>1</sup> *Das Gericht kann eine schriftliche Klageantwort einholen. Es setzt dafür eine Frist von höchstens einem Monat, welche nur aus wichtigen Gründen einmal und höchstens um 15 Tage erstreckt werden kann. Bei versäumter Klageantwort wird keine Nachfrist angesetzt.*

<sup>2</sup> *Lässt sich die Sache im mündlichen Verfahren nicht genügend darlegen, kann das Gericht schriftliche Replik und Duplik anordnen.*

*Art. 241 Neue Tatsachen und Beweismittel*

*Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln, so sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu beachten.*

santésuisse: Ergänzung des Katalogs:

h. Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach KVG

Gemäss Art. 47 Abs. 2 und 3 VAG ist für ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Dies wird in Art. 237 VE SZPO nicht aufgeführt. Im Kommentar heisst es, dass der Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens die Streitigkeiten umfasst, für welche das bereits geltende Recht ein einfaches und rasches Verfahren vorsieht. Dies kann nur bedeuten, dass es sich bei dieser Bestimmung nicht um eine abschliessende Aufzählung handeln kann. Eine Präzisierung ist angebracht.

suissa: Das vereinfachte Verfahren ist als eigentlicher sozialer, von den Parteien ohne Beizug von Anwälten zu führender Zivilprozess ausgestaltet. Das erscheint uns richtig und dementsprechend ist auch der Geltungsbereich dieser Verfahrensart in den lit. a bis f festgelegt worden. Zu undifferenziert ist jedoch die Anwendung auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten unter CHF 20'000.- Streitwert in lit. g. Es darf nicht übersehen werden, dass auch bei derartigen Streitfällen komplexe Verhältnisse vorliegen können, welche nur im ordentlichen Verfahren gehörig abgeklärt werden können. Deswegen sollte den Gerichten die Kompetenz gegeben werden, solche Prozesse auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen ins ordentliche Verfahren zu verweisen.

SVV: Das geltende wie auch das künftige Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG 47 Abs. 2 und 3 sowie E-VAG 82 Abs. 2) schreiben für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vor, im dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Diese Regelung des Versicherungsaufsichtsrechts ist im Vorentwurf nicht aufgenommen und bedarf der Korrektur: so in VE ZPO 103 (Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens), insbesondere in VE ZPO 237 (Aufnahme der Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen in den Katalog der vereinfachten Verfahren) sowie in VE ZPO 240 (Feststellung Sachverhalts von Amtes wegen).

Uni BE: (Lockerung Eventualmaxime): entweder auf "Sozialprozesse" reduzieren, d.h. auf echte small claims (dann ist Art. 241 i.O.), oder aber Art. 241 Abs. 1 streichen.

Uni LA: Si l'on comprend bien, le droit du travail serait dans tous les cas soumis à la procédure simplifiée, alors que c'est seulement dans les conflits de travail n'excédant pas 30'000 francs que le tribunal établirait d'office les faits. On peut toutefois douter que la procédure simplifiée soit adaptée aux gros litiges de droit

du travail. En particulier, on voit mal comment une partie plaidant seule sur la base d'une formule au sens de l'art. 236 AP pourrait alléguer les faits de la cause avec la précision nécessaire pour l'application de la maxime des débats. En réalité, rien ne justifie que les procès de droit du travail d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs ne soient pas soumis à la procédure ordinaire, quitte à ce que ces litiges soient ajoutés à la liste des affaires réputées urgentes au sens de l'art. 118 AP.

On relèvera de façon générale que le choix de la procédure applicable est prévu de façon trop rigide par l'AP. Par exemple, le canton de Genève est actuellement l'un des seuls à connaître une juridiction prud'homale compétente sans limite de valeur litigieuse. A supposer que ce canton conserve une telle juridiction après l'entrée en vigueur du CPC suisse, les prud'hommes genevois devront appliquer la maxime inquisitoire jusqu'à 30'000 francs de valeur litigieuse, puis la maxime des débats au-delà, ce qui n'est guère satisfaisant. Les cantons devraient disposer d'une certaine marge de manœuvre leur permettant de soumettre, en fonction de leur organisation judiciaire, à la procédure sommaire ou à la procédure simplifiée des litiges qui ailleurs ne seraient pas nécessairement traités selon ces procédures.

Uni ZH: Der Entwurf enthält an verschiedenen Stellen Sonderbestimmungen für "Streitigkeiten nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989". Zu erwähnen sind:

Art. 103 lit. b ZPO (Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens)

Art. 104 Abs. 1 lit. a ZPO (Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens)

Art. 194 Abs. 2 lit. b ZPO (Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde)

Art. 204 Abs. 1 lit. b ZPO (Urteilstvorschlag)

Art. 237 lit. b ZPO (vereinfachtes Verfahren)

Art. 240 Abs. 1 lit. b ZPO (Untersuchungsmaxime)

Gemäss Begleitbericht, S. 117, sind damit "Streitigkeiten aus privater Arbeitsvermittlung zwischen dem Vermittler und dem Stellensuchenden" gemeint. Diese Intention ist richtig, doch ist sie im geplanten Gesetzeswortlaut unzutreffend zum Ausdruck gebracht worden. Der zu weite Wortlaut umfasst nämlich auch Klagen aus dem Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb nach Art. 22 AVG. Solche Streitigkeiten sollen gewiss nicht den aufgezählten Sonderbestimmungen unterstellt werden. Gleiches gilt für Klagen zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Einsatzbetrieb, da sie ausservertraglicher Natur sind. Demgegenüber müssen Klagen zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Verleiher unbestrittenermassen von den Sonderbestimmungen erfasst werden. Diese Klagen gehören jedoch bereits zu den "Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis", für welche die Sonderbestimmungen ohnehin gelten, denn zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Verleiher besteht ein Arbeitsvertrag. Die Erfassung dieser Klagen mittels Erwähnung des Arbeitsvermittlungsgesetzes ist daher überflüssig. Kurz: Einer besonderen Erwähnung bedarf nur die private Arbeitsvermittlung, nicht aber der Personalverleih.

*Fazit:* In den genannten Bestimmungen ist der Passus "Streitigkeiten nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989" durch "Streitigkeiten aus privater Arbeitsvermittlung zwischen vermittelnder und stellensuchender Partei" zu ersetzen.

Beim vereinfachten Verfahren nach Art. 237 ff. muss statt einem Verfahren mit obligatorischem ersten Schriftenwechsel ein rein mündliches Verfahren diskutiert werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 21 ff.*

Für die Abgrenzung des ordentlichen Verfahrens vom vereinfachten Verfahren muss die Streitwertgrenze auf einen Betrag zwischen Fr. 30'000.- und Fr. 50'000.- erhöht werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 64 ff.*

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: In Art. 237 VE ist lit. g zu streichen. 20'000 Franken sind für viele Leute doch sehr viel Geld.

### Art. 238

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Oft kommt das eigentliche Prozessthema erst mit der Klageantwort zum Vorschein. Bei komplizierten Sachverhalten ist es daher wichtig, dass auch im vereinfachten Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann. Abs. 2 sollte demzufolge wie folgt lauten: "*Es findet in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt.*"

BE: Entsprechend den vorgeschlagenen Änderungen zu Art. 126 und Art. 137 Abs. 2 VE (s.o.), sollen gemäss Abs. 1 von Art. 238 VE nur wichtige Gründe für eine Verlängerung der Klageantwortfrist ausreichen.

Es wurde bereits im Rahmen der Bemerkungen zu Art. 214 und 215 VE vorgeschlagen, auch für das vereinfachte Verfahren die Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels einzuführen, so dass Abs. 2 von Art. 238 VE wie folgt lauten könnte:

<sup>2</sup>*Es findet in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt.*

LU: Abs. 1: Die vorgesehene Regelung ist zu starr. Wir schlagen folgende Formulierung vor: "Die Frist für die Klageantwort beträgt in der Regel einen Monat; aus wichtigen Gründen kann das Gericht die Frist angemessen verlängern."

Abs. 2: Auch Prozesse, die im vereinfachten Verfahren zu führen sind, können hoch komplex sein. Wir beantragen deshalb, dem Richter die Möglichkeit einzuräumen, einen zweiten Rechtsschriftenwechsel anzuordnen.

NW: Abs. 2: Anstatt einen zweiten Schriftenwechsel vollends auszuschliessen sollte ein solcher ausnahmsweise zugelassen werden können: "Sofern es notwendig erscheint, kann der Vorsitzende ausnahmsweise einen weiteren Schriftenwechsel anordnen."

Begründung: Auch im vereinfachten Verfahren sollte ein zweiter Schriftenwechsel möglich sein, falls nötig. Die Schriftlichkeit ermöglicht eine zuverlässigere Darstellung bei umfangreichen und verwickelten Tatbeständen, die auch bei geringen Streitwerten gegeben sein können. Auch vermeidet die Schriftlichkeit, dass der Prozessgegner unvorbereitet zu den anlässlich der Verhandlung vorgebrachten Tatsachen antworten muss.

TI: Contrariamente al CPC-Ti che prevede solo l'istanza scritta mentre la risposta è orale (artt. 291ss e 361ss CPC-Ti), con l'AP l'introduzione della causa avviene

con *petizione* e la risposta è *scritta* (nel termine di un mese). Solo nel caso previsto all'art. 239 cpv. 2 AP la risposta è orale.

Pure la replica e la duplica devono essere fatte oralmente in quanto l'AP esclude un secondo scambio di scritti (art. 238 cpv. 2).

VS: Nous proposons d'ajouter, à l'alinéa 2, la locution "en principe": "Il n'y a, en principe, pas de second échanges d'écritures". Selon la teneur de la réponse, le juge doit, en effet, avoir la faculté d'ordonner un nouvel échange d'écritures.

ZH: Nach Art. 238 Abs. 1 beträgt die Frist für die Klageantwort im vereinfachten Verfahren höchstens einen Monat, wobei sie aus wichtigen Gründen einmal um höchstens 15 Tage verlängert werden kann. Auch Prozesse, die im vereinfachten Verfahren stattfinden, können unter Umständen sehr komplex sein. Unter diesen Umständen sollte dem Gericht ein grösseres Ermessen bei der Fristansetzung eingeräumt werden (vgl. auch Stellungnahmen der DJZ und des AVZH zu Art. 238). Die erstmalige Frist von einem Monat und die Nachfrist von 15 Tagen sollten lediglich als Regelfall normiert werden.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Die Fristansetzung ist dem Gericht zu überlassen. Ebenso der Entscheid, ob eine oder mehrere Verlängerungen gestattet werden.

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: al. 1: Nous proposons la formulation suivante:

Le juge peut, s'il l'estime nécessaire, ordonner un second échange d'écritures.

Les litiges relatifs au droit du bail sont souvent complexes. Par exemple, lorsqu'un locataire conclut à une baisse de loyer fondée sur la baisse du taux hypothécaire et que le bailleur invoque, dans sa réponse, pour s'y opposer, une hausse des charges. Dans ce cas d'espèce, une réplique et une duplique permettent de clarifier l'état de faits et, partant, les conclusions des parties et permettent également au locataire de se prononcer sur les pièces produites par le bailleur.

AVLU: Die vorgeschlagene Fristenregelung ist zu starr. Fixe Fristen sind nur wenn unbedingt nötig in das Gesetz aufzunehmen. Dem Gericht ist eine gewisse Flexibilität einzuräumen, damit es dem Einzelfall gerecht werden kann. Wir schlagen daher folgende Regelung vor:

<sup>1</sup> *Die Frist für die Klageantwort beträgt in der Regel einen Monat; aus wichtigen Gründen kann das Gericht die Frist angemessen verlängern.*

AVZH: Abs. 1: Die vorgesehenen Begrenzungen der Fristen auf höchstens einen Monat für die Klageantwort und auf 15 Tage für deren Erstreckung erscheinen allzu rigide. Dass jedoch nur eine Erstreckung gewährt werden kann, ist im Interesse der Verfahrensbeschleunigung hin zum anschliessenden mündlichen Hauptverfahren hinzunehmen. Dem Richter ist bei der Bemessung der Frist und der Dauer der Erstreckung ein beschränktes Ermessen einzuräumen, damit er gegebenenfalls dem konkreten Einzelfall gerecht werden kann.

Formulierungsvorschlag Art. 238 Abs. 1:

*Die Frist für die Klageantwort beträgt höchstens in der Regel einen Monat; aus wichtigen Gründen kann das Gericht die Frist einmal um ~~höchstens 15 Tage~~ angemessen erstrecken.*

DJS: Gegenstand des vereinfachten Verfahrens können auch sehr komplizierte und aufwändige Prozesse sein, und solche mit einem hohen Streitwert. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, die Parteirechte zu beschneiden. Auch in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine Verkürzung der Parteirechte keineswegs zwingend zu einem schnelleren Urteil führt.

Die (einmalige) Fristerstreckung darf nicht auf 15 Tage limitiert sein, zumal die erste Frist zur Klageantwort nach dem Ermessen des Gerichts auch weniger als einen Monat betragen kann.

In komplexeren Fällen sollten auch längere Fristen für die Klagantwort - gerade auf eine schriftliche Klage - möglich sein.

Wir schlagen daher folgende Flexibilisierung vor:

*Abs. 1 Satz 2:...; aus wichtigen Gründen kann das Gericht die Frist verlängern.*

DJZ: Gegenstand des vereinfachten Verfahrens können auch sehr komplizierte und aufwändige Prozesse sein, und solche mit einem hohen Streitwert. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, die Parteirechte zu beschneiden. Auch in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine Verkürzung der Parteirechte keineswegs zwingend zu einem schnelleren Urteil führt.

Abs. 1: Die (einmalige) Fristerstreckung darf nicht auf 15 Tage limitiert sein, zumal die erste Frist zur Klageantwort nach dem Ermessen des Gerichts auch weniger als einen Monat betragen kann.

Abs. 2 sollte klarer formuliert sein: "Es findet kein zweiter Schriftenwechsel statt. Die weiteren Parteivorträge finden an der Hauptverhandlung statt."

Mit dieser Formulierung wird klargestellt, dass Replik und Duplik stattzufinden haben, wenn auch in mündlicher Form an der Hauptverhandlung.

FSA: Articles 238 et 239: Après le dépôt de la demande, la procédure simplifiée devrait être en principe orale, le défendeur étant invité à se déterminer et à présenter ses arguments à l'audience.

Par souci d'égalité entre les parties, notamment si le mémoire de demande est relativement développé, le défendeur doit avoir la possibilité de déposer une réponse écrite. S'il devait y renoncer mais que la complexité de l'affaire le justifie, le juge doit également avoir la faculté de l'inviter à déposer une réponse écrite, voire d'ordonner la production d'une réplique et d'une duplique.

Texte proposé:

*Art. 238 Vorladung zur Verhandlung*

*Abs. 1 Das Gericht stellt die Klageschrift der beklagten Partei zu und lädt gleichzeitig zur Hauptverhandlung vor.*

*Abs. 2 In der Hauptverhandlung werden die Vorträge zur Sache mündlich erstattet.*

*Art. 238 bis Der Beklagte kann bis Hauptverhandlung eine schriftliche Klageantwort einreichen.*

*Art. 239 Schriftliche Eingaben*

*Abs. 1 Das Gericht kann eine schriftliche Klageantwort einholen. Es setzt dafür eine Frist von höchstens einem Monat, welche nur aus wichtigen Gründen einmal und höchstens um 15 Tage erstreckt werden kann. Bei versäumter Klageantwort wird keine Nachfrist angesetzt.*

*Abs. 2 Lässt sich die Sache im mündlichen Verfahren nicht genügend darlegen, kann das Gericht schriftliche Replik und Duplik anordnen.*

GGD ZH: Der Ausschluss des zweiten Schriftenwechsels lässt offen, ob Replik und Duplik dann in der Hauptverhandlung stattfinden oder ob es keine zweiten Parteivorträge gibt. Die wohl beabsichtigte erste Variante sollte im Wortlaut zum Ausdruck kommen.

*Art. 238 Klageantwort*

<sup>1</sup> [...]

<sup>2</sup> *Die weiteren Parteivorträge finden an der Hauptverhandlung statt.*

santésuisse: Auch im vereinfachten Verfahren soll ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel möglich sein. In Bezug auf Art. 47 VAG ist nicht einzusehen, weshalb hier ein zweiter Schriftenwechsel nicht möglich sein soll. Die Idee der Kommission, dass dadurch in diesem Bericht verstärkt mündlich verhandelt wird, ist in diesem Bereich illusorisch.

Uni NE: Concernant la réponse, réglementée à l'article 238, il serait sans doute plus simple de prévoir que celle-ci peut être déposée au plus tard à l'audience, le juge citant les parties immédiatement dès réception de la demande.

*Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Art. 238 VE ist zu streichen, ebenso Art. 239 Abs. 2 VE. Es handelt sich dabei durchwegs um unnötige und unzumutbare Verkürzungen der prozessualen Rechte.

Art. 239

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Eine Vorbereitungshandlung (bzw. Instruktionsverhandlung), wie sie Artikel 217 VE-ZPO für den ordentlichen Prozess vorsieht, ist offenbar im vereinfachten Verfahren unzulässig. Wir beanstanden dies und beantragen, dass gerade auch im vereinfachten Verfahren Verhandlungen vor dem Instruktionsrichter zugelassen sind.

Die Vorschrift, wonach das Gericht die Parteien gleichzeitig mit der Zustellung der Klageantwort zur Hauptverhandlung vorzuladen hat, lässt unter Umständen zu wenig Zeit zur Vorbereitung (Referat), was eine weitere Verhandlung zur Folge haben kann.

ZG: Der/die Referent/in sollte schon vor der Hauptverhandlung die Möglichkeit haben, Beweise abzunehmen oder eine Referentenaudienz durchzuführen (vgl. auch vorne zu Art. 113 / 114).

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Durchführung des mündlichen Verfahrens: beide Parteien sollten antragsberechtigt sein, dass der Prozess rein mündlich durchgeführt wird.

AVLU: Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien die Möglichkeit, auf die Hauptverhandlung zu verzichten (vgl. Art. 224 Abs. 1 des Vorentwurfs). Demgegenüber scheint dies im vereinfachten Verfahren aufgrund der Formulierung von Abs. 1 nicht möglich zu sein. Gerade hier würde jedoch eine Regelung, wonach

das Gericht eine Vorbereitungsverhandlung durchführen und die Parteien auf eine Hauptverhandlung verzichten können, Sinn machen.

DJZ: Auf die Klageantwort sollte nicht verzichtet werden können. Der Vorentwurf enthält auch keine Kriterien, wann dies der Fall sein darf. Die klagende Partei hat ein Recht zu wissen, welchen Standpunkt die beklagte Partei einnimmt. Sonst kann sie sich nicht adäquat auf die Hauptverhandlung vorbereiten (Dazu gehört auch der Verzicht auf eine Vorbereitung zu unbestrittenen Punkten). Nach dem Vorentwurf ist es möglich, dass sie nicht einmal weiss, welche Anträge die beklagte Partei stellt. Falls lediglich ein Klageformular eingereicht wird, ist der Prozessbeschleunigung Genüge getan, wenn eine kurze Frist zur Klageantwort angesetzt wird.

### *Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti*

HUW: Vgl. die Ausführungen zu Art. 238.

### Art. 240

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: L'AP codifica le eccezioni al principio attitatorio previste dal diritto federale, ossia le procedure rette dal principio indagatorio, rispettivamente inquisitorio.

Nel presente articolo sono state tuttavia dimenticate le "cause indipendenti concernenti l'obbligo di mantenimento dei genitori nei confronti del figlio".

ZG: Abs. 1: Bei der Beschränkung der Untersuchungsmaxime auf diejenigen Bereiche, die diese heute schon kennen, ist zu berücksichtigen, dass durch die gleichzeitige Einführung von Formularklagen vermehrt von Laien formulierte Klagen an die Gerichte gelangen werden. Da Laien oft nicht beurteilen können, welche Fragen rechtlich relevant sind, wäre es sinnvoll, die Untersuchungsmaxime auf sämtliche Bereiche des vereinfachten Verfahrens auszudehnen. Insbesondere im Bereich der Unterhaltsklagen von (erwachsenen) Kindern gegen ihre Eltern, z.B. aufgrund von Art. 277 Abs. 2 ZGB, welcher unter Art. 237 Bst. f des Vorentwurfs ZPO fällt, verfügen die rechtlich unerfahrenen Klagenden meistens nicht über die Möglichkeit die notwendigen Beweise über die finanzielle Situation der Eltern aufzulegen oder geeignete Beweise zu benennen. Dazu kommt, dass die familiären Verhältnisse meistens recht angespannt sind, was die Prozess- bzw. die Beweisführung zusätzlich erschwert. Das Gericht sollte deshalb auch in diesen Fällen unbedingt eine Fragepflicht treffen. Ausserdem ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Bereich der Unterstützungspflicht der Verwandten (Art. 240 Abs. 1 Bst. d) die Untersuchungsmaxime gelten soll, im Bereich der Unterhaltspflicht der Eltern für die Kinder aber nicht, obwohl auch hier ein verwandtschaftliches Verhältnis vorliegt.

Abs. 2: Die Präzisierung in Abs. 2 wird begrüsst.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Aus dem Gesetzestext geht (im Unterschied zum Erläuternden Bericht S. 119) nicht hervor, ob die in Absatz 2 statuierte gerichtliche Fragepflicht lediglich in den Streitigkeiten gemäss Absatz 1 oder aber in sämtlichen vereinfachten Verfahren greift. Dies ist noch zu verdeutlichen, und zwar entgegen der im Erläuternden Bericht vertretenen Auffassung mit Wirkung für sämtliche

vereinfachten Verfahren, allenfalls mit Ausnahme der "übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten" i.S. von Art. 237 lit. g (nicht jedoch der Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag; vgl. dazu unsere Bemerkungen zu Art. 237).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: Al cpv. 1 occorre aggiungere una lettera "e" che preveda l'accertamento d'ufficio dei fatti anche per le controversie relative a contratti conclusi con consumatori sino ad un valore di fr. 20'000.-.

Come anticipato sopra l'ACSI auspica tuttavia un aumento in fr. 30'000.- del valore di lite che dia luogo alla procedura semplificata.

FRC: La FRC demande que soit ajoutée une lettre e (alinéa 1<sup>er</sup>) relative aux litiges de consommation.

KassZH: Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier (neben der Verwandtenunterstützungspflicht) der Fall der selbstständigen Klage aus der Unterhaltspflicht der Eltern für ihr Kind (vgl. Art. 237 lit. f) nicht erwähnt wird.

MV: Zu Abs. 1 lit. a: Wir begrüßen die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes.

suisa: Abs. 2: Nach den Erläuterungen soll die richterliche Fragepflicht einzig bei den Streitigkeiten gemäss Absatz 1 zum Tragen kommen. Dies geht aus dem Wortlaut der Bestimmung allerdings zu wenig klar hervor. Eine diesbezügliche Präzisierung würden wir begrüßen.

TS: Im Bereich der Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis übernimmt der Vorentwurf weitgehend die Bestimmungen des geltenden Art. 343 OR, allerdings ergänzt durch die aus der näheren Umschreibung des vereinfachten Verfahrens sich ergebenden Konkretisierungen. Hier schreibt das heutige Bundesrecht die Ermittlung des Sachverhalts für Streitigkeiten bis 30'000 Franken Streitwert fest. Gleichzeitig werden für diese Verfahren heute keine Gerichtskosten erhoben. Diese Streitwertgrenze soll für die beiden angeschnittenen Punkte weiterhin gelten (Art. 104 Abs. 1 Bst. a VE für die Kosten, Art. 240 Abs. 1 Bst. b VE für die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen).

Positiv am Vorschlag im Vorentwurf ist zu werten, dass alle Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis – unabhängig vom Streitwert – in das vereinfachte Verfahren verwiesen werden, während heute nach den kantonalen Zivilprozessgesetzen solche Streitigkeiten generell in das ordentliche Verfahren verwiesen werden. Angesichts des Umstands, dass das vereinfachte Verfahren im Vorentwurf als "vereinfachter ordentlicher" Zivilprozess ausgestaltet ist, vor allem mit kürzeren Fristen, aber auch weniger Verfahrensstrenge, darf hier effektiv besserer Rechtsschutz erwartet werden. Was aber aus unserer Sicht nicht einleuchtet, ist der Umstand, dass für miet- und pachtrechtliche Streitigkeiten umfassend und unabhängig vom Streitwert die Untersuchungsmaxime gelten soll (Art. 240 Abs. 1 Bst. a VE), wogegen bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ab 30'000 Franken Streitwert die Verhandlungsmaxime gelten soll. Der Grund liegt wohl darin, dass einfach die bisherigen, aber diesbezüglich nicht kohärenten Bestimmungen des OR übernommen worden sind. Es ist nicht einzusehen, weshalb z.B. bei einem Mietprozess über Geschäftsräumlichkeiten zwischen zwei Aktiengesellschaften über mehrere 10'000 oder gar 100'000 Franken der Sachverhalt von Amtes wegen ermittelt werden soll, bei einer Lohnklage auf Zahlung von 6 Monatslöhnen wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung über z.B. 36'000 Franken die Verhandlungsmaxime gelten soll. Letztlich würde die

erwähnte Vorschrift dazu führen, dass Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen regelmässig zu Teilklagen greifen müssten, um unterhalb der Streitwertgrenze von 30'000 Franken zu bleiben. Dies ist aber weder im Interesse der Rechtssuchenden noch der Justiz, die sich nicht in einem einzigen Durchgang über die Streitsache entscheiden kann, sondern es oft zu Folgeprozessen kommen würde. Wir schlagen deshalb vor, in Art. 240 Abs. 1 Bst. b VE *die Streitwertgrenze zu streichen*. Dies würde auch zu einer kohärenten Gesetzgebung führen, da in den übrigen Fällen des Art. 240 VE ebenfalls auf eine Streitwertgrenze für die Ermittlung des Sachverhalts von Amtes wegen verzichtet wird.

Weiter hätte die Streichung der Streitwertgrenze auch den Vorteil, dass für alle arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ein einheitliches Novenrecht gelten würde (vgl. Art. 241 VE).

Uni ZH: Der Vorentwurf trägt dem Schutz der "schwächeren" Partei und damit dem Konsumentenschutz nicht genügend Rechnung. So muss die Untersuchungsmaxime nicht nur für Miet- und Arbeitsstreitigkeiten, sondern auch für andere typische Konsumentenstreitigkeiten (Streitigkeiten aus dem Konsumkreditgesetz etc.) eingeführt werden. Im Weiteren sind die Verfahrenserleichterungen des vereinfachten Verfahrens auch auf summarische Verfahren, die typischerweise Konsumentenstreitigkeiten zum Gegenstand haben, wie insbesondere das Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung, auszudehnen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 64 ff.*

Art. 241

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Neue Tatsachen und Beweismittel sollten vor den Schlussvorträgen vorgebracht werden (d.h. nur bis zur Duplik), da es sonst zu erheblichen Verzögerungen zufolge nochmaliger Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gegenpartei kommen kann. Abs. 1 ist entsprechend zu ändern.

Weiter sollten auch hier neue Tatsachen und Beweismittel nur dann zulässig sein, wenn ihr Vorbringen vorher nicht möglich war. Wir verweisen auf unsere Bemerkungen zu Art. 215 VE ZPO.

BE: Art. 241 VE ist gemäss den Bemerkungen zu Art. 215 VE (vgl. oben) dem Novenrecht dieser Bestimmung anzupassen, soweit nicht die Untersuchungsmaxime zum Zuge kommt. Art. 241 VE könnte daher wie folgt lauten:

<sup>1</sup>*Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu prüfen, so sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsbegründung zu beachten.*

<sup>2</sup>*In den übrigen Fällen gilt das Novenrecht gemäss Art. 215.*

GR: Wenn neue Tatsachen und Beweismittel teilweise bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden müssen, so bedingt dies in solchen Fällen wohl eine Unterbrechung der Beratung und die Einholung von Stellungnahmen der Parteien, ansonsten der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wäre. Dies führt zu einer Verkomplizierung und Verzögerung des Verfahrens und ist deshalb abzulehnen.

LU: Die vorgeschlagene Regelung, wonach die Parteien im vereinfachten Verfahren neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorbringen können, wird begrüsst. Sie steht allerdings in einem

sachlich nicht begründbaren Gegensatz zur von uns kritisierten Regelung im ordentlichen Prozess, bei welchem neue Tatsachen und Beweismittel nach Abschluss des Schriftenwechsels nur noch zulässig sind, wenn sie vorher auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten oder wenn sie durch die Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind.

Ungeregelt ist, bis wann Noven bei Verzicht auf die Hauptverhandlung vorgebracht werden können.

- TI: A differenza di quanto previsto nella procedura ordinaria (art. 215 AP) nella procedura semplificata l'invocazione di fatti e prove nuove è possibile *illimitatamente* (*unbeschränkt*) fino alle arringhe finali (art. 241 cpv. 1 AP), rispettivamente fino alla deliberazione (art. 241 cpv. 2 AP).
- VS: La faculté d'alléguer des faits et des moyens de preuve nouveaux ne doit être possible que "jusqu'à la clôture de l'instruction, qui précède les plaidoiries".
- ZG: Mit dieser Bestimmung könnte die Urteilsfällung mit entsprechenden Eingaben beliebig verschoben werden. Dies widerspricht dem Sinn des einfachen Verfahrens, welches schnell sein soll. Neue Tatsachen und Beweismittel müssten daher spätestens an der Hauptverhandlung oder im Schlusssatz vorgetragen werden.
- ZH: Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung regen wir an, im beschleunigten Verfahren das Novenrecht einzuschränken. Art. 241 Abs. 1 sieht vor, dass die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel "bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung" vorbringen können. Damit sind wohl nicht Replik und Duplik in der Behauptungsphase (Art. 220) gemeint, sondern die Parteivorträge nach der Beweisabnahme (Art. 223). Mit einem so ausgestalteten Novenrecht wird jede Partei, deren Sache im Beweisverfahren ungünstig erscheint, mit neuen Tatsachen und Beweismitteln versuchen, das Steuer doch noch zu ihren Gunsten herumzureissen. Art. 241 Abs. 1 sollte deshalb gestrichen werden. Damit käme kraft Verweises von Art. 235 auf das ordentliche Verfahren die sinnvolle Novenreglung von Art. 215 zum Tragen. Im Übrigen verweisen wir hier auf die Stellungnahme des OG und des AVZH zu Art. 241.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die in Absatz 1 vorgesehene Abschwächung der Eventualmaxime geht uns zu weit: Neue Tatsachen und Beweismittel sollten lediglich bis zum Schluss des Beweisverfahrens vorgebracht werden können. Deren Geltendmachung erst in den Schlussvorträgen hätte nämlich zur Folge, dass das Beweisverfahren erneut eröffnet werden und nach dessen erneuter Schliessung abermals plädiert werden müsste. Damit würde in der Sache nichts gewonnen, das Verfahren jedoch unnötig in die Länge gezogen. Die Trennung der einzelnen Stadien des Entscheidungsverfahrens (Behauptungsstadium – Beweisstadium – Urteilsstadium) sollte nicht ohne zwingenden Grund aufgehoben werden.

Absatz 2 in der gewählten Formulierung verletzt wohl den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 48). Wir empfehlen deshalb, lediglich festzuhalten, dass das Gericht auch noch im Verlauf der Urteilsberatung Ergänzungen der Beweisführung anordnen kann, im Anschluss daran jedoch den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Schlussvorträge geben muss (vgl. dazu Art. 201 der geltenden ZPO-BE). Dies sollte jedoch nicht nur fürs vereinfachte,

sondern auch fürs ordentliche Entscheidverfahren gelten (vgl. Bemerkungen zu Art. 227).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die vorgeschlagene Regelung, wonach die Parteien im vereinfachten Verfahren neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorbringen können, wird begrüßt. Sie steht allerdings in einem sachlich nicht begründbaren Gegensatz zur Regelung im ordentlichen Prozess, wo neue Tatsachen und Beweismittel nach Abschluss des Schriftenswechsels nur noch zulässig sind, wenn sie vorher auch bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten oder wenn sie durch die Ausübung des gerichtlichen Fragerechts veranlasst worden sind.

AVZH: Abs. 1: Die Erleichterung im Bereich des Novenrechts, wonach neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorgebracht werden können, nach unserem Verständnis mithin auch noch nach durchgeführtem Beweisverfahren, geht zu weit. Werden Noven auch in einem solch späten Zeitpunkt noch zugelassen, müssen sie ihrerseits einem allenfalls notwendigen Beweisverfahren ebenfalls zugänglich sein, was zu einer unerwünschten Verzögerung des Verfahrens führen könnte. Abs. 1 ist deshalb zu streichen, womit bezüglich Novenrecht auch im vereinfachten Verfahren kraft Verweises in Art. 235 die differenzierte Regelung des Art. 215 Anwendung findet.

Formulierungsvorschlag Art. 241:

*Die Parteien können neue Tatsachen und Beweismittel bis zu den Schlussvorträgen in der Hauptverhandlung vorbringen.*

*Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu prüfen, so sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu beachten.*

DJZ: Die Lockerung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren ist zu begrüßen.

FSA: Nous proposons d'insérer une nouvelle disposition afin de permettre au juge saisi d'une requête en contestation de congé ou en prolongation de bail de statuer sur les conclusions du bailleur en restitution de la chose louée.

Texte proposé:

*Art. 241 bis Restitution de la chose dans les contestations en matière de bail*  
*Le tribunal saisi d'une procédure en contestation du congé ou en prolongation du bail statue également, à la demande du bailleur, sur la restitution de la chose. Il en fixe la date et les modalités en fonction du jugement qu'il rend sur les conclusions du locataire ou du fermier.*

OAFRI: La possibilité pour des parties d'alléguer en tout temps des faits et moyens de preuve nouveaux ne se conçoit que dans le cadre de l'instruction d'office. Elle doit donc être en principe exclue dans les autres affaires patrimoniales où s'applique la "maxime des débats". Comme pour la procédure ordinaire et selon les propositions formulées ci-dessus, les allégations nouvelles et moyens de preuve nouveaux doivent être recevables jusqu'au début de l'administration des preuves.

Uni BE: Abs. 2 ist überflüssig, streichen.

Uni NE: L'article 241 prévoit que les parties peuvent alléguer des faits et des moyens de preuves nouveaux jusqu'aux plaidoiries clôturant les débats principaux. Si l'on veut véritablement éviter des seconds échanges d'écritures, il faudrait que ces allégations ne puissent intervenir qu'oralement aux débats. Cette question devrait être approfondie.

Il est impératif que la procédure simplifiée soit réglementée précisément dans la loi, puisque si la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral est adoptée dans sa version actuelle plus aucun recours ne sera possible au Tribunal fédéral dans ce type de procédure, la valeur litigieuse étant inférieure à 40'000.- (questions de principe exceptées).

Art. 242

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der von der eidg. ZPO gewählte Ansatz, die mit "Verfahren" überschriebenen Bestimmungen des Scheidungsrechts im ZGB nun in die ZPO zu übernehmen, führt bei der getätigten Auswahl zu einer nicht immer sachgerechten Aufteilung. Der zeitliche Umfang des Anspruchs auf Unterhaltsleistungen beispielsweise (Art. 242 Abs. 4 VE) stellt materielles Recht dar. Zudem erscheinen die "echten" Verfahrensbestimmungen im Scheidungsrecht als unvollständig; so schweigt sich das Gesetz über das Verfahren nach Art. 112 ZGB weitgehend aus.

BL: Antrag: Ergänzung dieser Bestimmung mit einem zusätzlichen Absatz 5, der wie folgt lautet.

*<sup>5</sup>Die Parteien können die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen mit Rekurs anfechten.*

Begründung des Antrags: Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren sollen mit Rekurs anfechtbar sein, da sie für eine längere Zeit (z.B. bei Kampfscheidungen) Geltung haben können und die gleichen Anordnungen im Eheschutzverfahren ebenfalls mit Rekurs und nicht nur mit Beschwerde anfechtbar sind.

BS: Die prozessualen Bestimmungen zum Eheschutz sind im Entwurf verteilt auf verschiedene Abschnitte, nämlich das summarische Verfahren, das Scheidungsverfahren, das Verfahren betreffend Kinderbelange und vorsorgliche Massnahmen.

Ob es besser verständlich wäre, dazu ein Sonderkapitel einzuführen, ist eine redaktionelle Frage, zu der wir uns nicht äussern. Wichtig ist aber für einen wirksamen Eheschutz, dass der Zugang für Rechtsuchende einfach ist und die Entscheide rasch erfolgen. Es hat sich in Basel bewährt, dass Begehren um vorsorgliche Massnahmen – in der Eheaudienz (Sprechstunde des Ehegerichtspräsidiums) oder in dringlichen Fällen jederzeit – vorgebracht werden können und dass Verfügungen umgehend erlassen werden. Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang sind Massnahmen gegen häusliche Gewalt, wie namentlich Wegweisungen, Zutritts- und Annäherungsverbote. Ebenso entspricht es jahrzehntelanger und bewährter Praxis, dass sonstige Anträge um Erlass von Eheschutzmassnahmen durch blosses Begehren um Einberufung einer Verhandlung vorgebracht werden können, auch dies nicht zwingend schriftlich, sondern ebenso in der Eheaudienz. Die Entscheidungen werden nach der Verhandlung sogleich mit rein mündlicher Begründung eröff-

net. Dieses Procedere ermöglicht im Interesse beider Parteien einen einfachen und raschen Zugang zum Gericht und eine rasche Situationsklärung.

FR: Art. 242 ss: (procédure de divorce) Il est nécessaire de préconiser l'introduction d'une règle permettant aux époux ou à l'un d'eux de conclure subsidiairement ou reconventionnellement au prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale en cas de rejet de l'action en divorce. Les art. 80 et 81 AP empêchent cela, vu que pour les mesures protectrices la procédure sommaire est applicable. Or le juge qui a connu de la procédure de divorce a en mains tout ce qu'il faut pour les rendre (il a en principe prononcé des mesures provisionnelles qui y sont semblables; cf. art. 242) et l'on ne voit pas pourquoi les conjoints devraient recommencer une autre procédure.

al. 1: ne semble par avoir sa place dans une disposition consacrée aux mesures provisionnelles et devrait plutôt faire l'objet d'un article spécifique.

LU: In den Bestimmungen über das Scheidungsverfahren finden sich diverse Regelungen mit materiellrechtlichem Inhalt (z.B. Art. 242 Abs. 1 und 4 VE-ZPO). Hingegen fehlen Regelungen zu prozessualen Fragen wie z.B. die Vertretung bei einer Anhörung. Wenig anwenderfreundlich ist, dass via Artikel 275 Absatz 2 VE-ZPO und Artikel 258a VE-ZPO die Regelung hergeleitet werden muss, wonach die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren und bei Kinderbelangen den Bestimmungen des summarischen Verfahrens unterliegen. Familienrechtliche Verfahren bilden einen nicht unbedeutenden Anteil der summarischen Verfahren. Anwenderfreundlicher wäre deshalb eine explizite Erwähnung dieser Verfahren in Artikel 259 VE-ZPO oder ein Verweis in Artikel 242 VE-ZPO beziehungsweise in Artikel 257 VE-ZPO auf die Bestimmungen des summarischen Verfahrens.

Angesichts der grossen Anzahl von familienrechtlichen Summarverfahren wäre auch eine Sondervorschrift (betreffend Beweismittel, Verhandlung und persönliches Erscheinen) zweckmässig. Weiter regen wir an festzuhalten, dass die getrennte Anhörung der Ehegatten in der Regel ohne Beisein der Parteivertretungen geschieht.

Für die zahlreichen familienrechtlichen Summarverfahren wären eingehendere Sondervorschriften gerechtfertigt (vgl. auch 264 Abs. 2 VE-ZPO)

Es stellt sich überdies die Frage, ob es möglicherweise Sinn macht, zwischen den streitigen und den nicht streitigen Scheidungsverfahren zu unterscheiden. Beim unstreitigen Scheidungsverfahren handelt es sich um ein spezielles Verfahren, das durchaus auch separat geregelt werden kann. Demgegenüber wäre für das streitige Verfahren grundsätzlich das ordentliche Verfahren sachgerecht, unter Vorbehalt gewisser sich aus der Natur der Sache ergebender Spezialbestimmungen.

Abs. 2: Gemäss Expertenbericht sollen inhaltlich keine Unterschiede zum geltenden Artikel 137 ZGB bestehen, bei dem das Gericht "die nötigen vorsorglichen Massnahmen" (also kein Numerus clausus der Massnahmen) treffen kann. Artikel 242 Absatz 2 VE-ZPO verweist aber auf die Eheschutzmassnahmen, die gerade einen Numerus clausus der anwendbaren Massnahmen kennen. Der Wortlaut von Artikel 242 Absatz 2 VE-ZPO sollte daher im Sinne des geltenden Artikels 137 ZGB geändert werden.

NE: La procédure matrimoniale est trop peu précise, si ce n'est quant à la prévoyance professionnelle. Le passage de la procédure contentieuse à celle

d'accord partiel (art. 116 CC), comme le passage inverse (dans l'hypothèse, assez fréquente, de non ratification d'une convention au sens de l'art. 111 al. 2 CC), ne s'inscrivent pas sans autre dans le cadre général de l'avant-projet. S'agissant des mesures provisionnelles, très abondantes dans ce domaine, la reprise de l'art. 137 CC à l'art. 242 al. 2 est inutile sur le fond et le renvoi aux règles des mesures protectrices crée un détour peu clair dans sa portée. Il serait plus opportun de définir de façon précise les termes initial (dépôt de la requête en conciliation, selon art. 206?) et final des mesures provisionnelles (sur le second point, l'art. 242 al. 3 ne dit pas expressément sur quel objet de telles mesures peuvent encore être requises après le prononcé du divorce; on peut par ailleurs se demander si la procédure LPP de l'art. 248 autorise encore des mesures provisoires; enfin, si la procédure de divorce prend fin par classement, une conversion en mesures protectrices pourrait être envisagée). Il conviendrait par ailleurs de préciser que les procès en modification des jugements de divorce suivent les mêmes règles de procédure (l'art. 251 ne le fait pas).

La procédure de partage successoral (art 602 et ss CC) requiert, en raison de la multiplicité des parties et des points de litige potentiels, un découpage particulier, qui ne correspond pas nécessairement à celui prévu de façon ordinaire, même avec préparation des débats principaux (art. 217 à 219). Elle devrait être réglée de façon spéciale.

- OW: Mann kann sich fragen, ob die in Abs. 1 und 4 enthaltenen Regelungen – ungeachtet des Randtitels im geltenden ZGB – auf Grund ihres zumindest teilweise materiellen Inhalts tatsächlich in eine Zivilprozessordnung gehören.
- TG: Art. 242 ff.: Das Untersuchungsverfahren nach thurgauischem Recht (vgl. §§ 152 ff. ZPO TG) hat sich in Familiensachen ausgesprochen bewährt, während der Vorentwurf diesbezüglich keine brauchbaren Alternativen zu bieten hat.
- TI: Siccome gli articoli che seguono sono, in larga misura, una semplice ripetizione delle norme contenute nel Codice Civile, la Commissione ritiene che si tratti di un esercizio inutile, per cui andrebbe abolito l'intero Capitolo 3.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Il s'agit là d'une disposition de droit matériel qui n'a rien à faire dans un code de procédure; il a par contre sa place dans le Code civil.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: In den Bestimmungen über das Scheidungsverfahren finden sich diverse Regelungen mit materiellrechtlichem Inhalt (z.B. Art. 242 Abs. 1 und 4). Hingegen fehlen Regelungen zu prozessualen Fragen wie z.B. die Vertretung bei der Anhörung. Der Vorentwurf ist daher entsprechend zu bereinigen.

Im Weiteren müsste sinnvollerweise zwischen den streitigen und den nicht streitigen Scheidungsverfahren unterschieden werden. Beim unstreitigen Scheidungsverfahren handelt es sich um ein spezielles Verfahren, das separat zu regeln ist. Demgegenüber wäre für das Streitige Scheidungsverfahren grundsätzlich das ordentliche Verfahren sachgerecht, unter Vorbehalt gewisser sich aus der Natur der Sache ergebender Spezialbestimmungen.

Insgesamt erscheint die Regelung des Scheidungsverfahrens zu wenig durchdacht. Der Vorentwurf bedarf diesbezüglich einer nochmaligen eingehenden Überarbeitung.

AVZH: Abs. 4: Der Umstand, dass seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts Unterhaltsbeiträge im Rahmen vorsorglicher Massnahmen rückwirkend, bis zu einem Jahr vor Einreichung des Gesuches, mithin auch vor die Zeit der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage gefordert werden können, hat zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht geführt. Die vom Bundesgericht in BGE 129 III 60, 63 getroffene Lösung überzeugt und sollte der Klarheit halber ergänzend in das Gesetz aufgenommen werden.

Formulierungsvorschlag Art. 242 Abs. 4:

*Unterhaltsbeiträge können für die Zukunft und für ein Jahr vor Einreichung des Gesuches gefordert werden; eine Rückwirkung findet jedoch nicht statt, wenn ein Eheschutzverfahren durchgeführt worden oder noch hängig ist.*

FSA: La FSA se réfère expressément aux propositions et remarques faites, en son nom, par Me Vincenzo Amberg, avocat à Berne, lors de son audition par l'Office fédéral de la justice.

Bemerkungen zu den Art. 242 bis 248 (Scheidungsverfahren):

Hier besteht weiterer Regelungsbedarf. Der SAV schlägt folgendes Verfahren vor:

*Art. 111 ZGB (vollständige Einigung, Scheidung auf gemeinsames Begehren)*

Ansetzen einer Frist von einem Monat, einmal verlängerbar; weitere Verlängerungen nur noch mit Zustimmung der Gegenpartei. Wenn die Bestätigung auch innerhalb der Nachfrist nicht beim Richter eintrifft, wird das Verfahren von Amtes wegen abgeschrieben. Das gleiche gilt auch, wenn die Parteien bereits zwei Jahre getrennt sind.

Wenn nur eine *Teilbestätigung* - beinhaltend mindestens den gemeinsamen Scheidungsantrag - erfolgt, kommt für das weitere Verfahren Art. 112 ZGB zur Anwendung. Es kann - wenn beide Parteien dies wünschen - eine zweite Anhörung mit Instruktionsverhandlung stattfinden.

Entweder fallen die Parteien dann ins Verfahren nach Art. 111 ZGB zurück, oder der Richter setzt den Parteien eine nicht verlängerbare Klagefrist (von z.B. einem Monat) an. Wer die Klage zuerst einreicht, ist Kläger/Klägerin, die andere Partei Beklagter/Beklagte. Ab jetzt sind die Parteien im strittigen Verfahren. Wenn keine der Parteien etwas unternimmt, wird das Verfahren abgeschrieben.

*Art. 112 ZGB (Teileinigung)*

Wenn eine Partei den Scheidungswillen nicht bestätigt, wird das Verfahren abgeschrieben.

Wenn über einen Punkt oder mehrere der Nebenfolgen keine Einigung erzielt werden kann, kann - wenn beide Parteien dies wünschen - eine zweite Anhörung mit Instruktionsverhandlung stattfinden. Andernfalls setzt der Richter den Parteien nach Eingang der Scheidungsbestätigungen eine Klagefrist (von einem Monat, nicht verlängerbar) betreffend die noch offenen Punkte an. Ab jetzt sind die Parteien im strittigen Verfahren.

*Art. 114/115 ZGB*

Hier gilt das ordentliche Verfahren, beginnend mit einem Aussöhnungsversuch (Schlichtungsverfahren).

Als Grundsatz ist festzuhalten, dass das Verfahren "strittig" bleibt, wenn es einmal "strittig" war. D.h. es gibt keinen Wechsel wieder ins Verfahren nach Art. 111 oder 112 ZGB.

#### *Art. 116 ZGB*

Art. 116 ZGB muss demzufolge ersatzlos gestrichen werden.

#### *Kostenverteilung*

In der Regel tragen beide Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte.

OGZH: VE Art. 242 ff. Scheidungsverfahren: Der Abschnitt gilt wohl nicht für die Scheidung auf gemeinsames Begehren (dazu Art. 111 ZGB). Das Verfahren ist grundsätzlich schriftlich (VE Art. 235, 210 ff.) - das ist gewollt (Bericht S. 120 / Vorbemerkungen Abs. 2 am Ende).

Zu begrüßen ist die Beschränkung des Novenrechtes in der Berufung gegenüber dem heutigen Art. 138 ZGB. Die weitgehende Zulassung echter Noven (VE Art. 215, nach unserer Auffassung mit der als Variante vorgeschlagenen lit. c) reicht aus. Insbesondere gilt für Kinderbelange ohnehin die *Offizialmaxime*; es ist nicht einzusehen, weshalb für das Güterrecht andere prozessuale Regeln gelten sollten als in einem anderen vermögensrechtlichen Streit.

SDM-FSM: Besondere Berücksichtigung verdient unseres Erachtens die Mediation in Familien-Angelegenheiten (Ehesachen, Kinderbelange usw.). Bei diesen überwiegen die menschlichen Aspekte der Auseinandersetzungen und zwar selbst dann, wenn rein pekuniäre Interessen in den Vordergrund geschoben werden.

Der Richter kann noch so bemüht sein, Kindesinteressen optimal zu wahren, er kann nie die gleiche Wirkung für die Kinder und deren Beziehungen zu den Eltern erzielen, wie sie eine Regelung bieten kann, die von den beteiligten Parteien selbst gefunden wurde. Gerade wenn Kinder zwischen den Eltern stehen, ist einer einvernehmlichen, eigenverantwortlichen Regelung der finanziellen Interessen gegenüber dem Richterspruch der Vorzug zu geben, soll die berüchtigte indirekte Einbeziehung der Kinder durch die Scheidungseltern bestmöglich unterbunden werden.

Es sollte deshalb ein besonderes Anliegen des Richters sein, in allen Fällen, wo sich empfindungsmässig unnötige Auseinandersetzungen auf der zwischenmenschlichen Ebene offenbaren, die entweder ein vernünftiges Handeln der Parteien im Prozess einzuschränken scheinen und ganz besonders dann, wenn offensichtlich die Kinder in irgendeiner Weise in die Auseinandersetzungen einbezogen werden oder involviert zu werden drohen, die Parteien in eine Mediation zu schicken.

Die Mediation bietet eine von derjenigen des Richters verschiedene Neutralität zwischen den Parteien an. Während diese auf der Autorität des Prozessleitenden und jedenfalls schlussendlich Entscheidenden basiert, fehlt jener jegliches Drittbestimmungs-Element, weil es in der Mediation vordergründig um die Regelung einer gemeinsamen und abgestimmten Zukunft geht. Der Richter kann ein noch so versierter Vergleichsmoderator sein – er wird nicht ohne direkte oder suggestive Beratung der Parteien auskommen, weil im Hintergrund stets sein Entscheidmonopol steht, das er von Gesetzes wegen verpflichtet ist, zur Streiterledigung einzusetzen.

Eine verbesserte Kommunikation zwischen den Parteien oder die in kurzen Sequenzen mögliche Verfahrensabfolge der Mediation erleichtert und beschleunigt deshalb automatisch den Prozess. Das wiederum wirkt sich arbeitsentlastend und kostensenkend aus. Entsprechend rufen gemeinsam bestimmte Nebenfolgen im allgemeinen weniger Abänderungsverfahren, als drittbestimmte.

Uni NE: Concernant les mesures provisoires, ne faudrait-il pas prévoir qu'elles soient maintenues jusqu'au prononcé final en matière d'effets du divorce ? A première vue, une telle solution simplifierait nettement la procédure.

Art. 243

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Die vorgeschlagene Regelung lehnt sich an Artikel 138 Absatz 2 ZGB an. Die materielle Neuerung im Sinne der Änderung einer Trennung- in eine Scheidungsklage lehnen wir (zumindest in zweiter Instanz) aus prozessökonomischen Gründen ab.

ZG: Die Möglichkeit der unbeschränkten Zulässigkeit der Klageänderung von der Scheidungsklage in eine Trennungsklage auch in umgekehrter Richtung wird begrüsst, dies insbesondere im Hinblick auf die bereits geplante Herabsetzung der obligatorischen Trennungszeit von vier auf zwei Jahre. Die damit verbundene Änderung, dass die Möglichkeit zur Klageänderung vor Bundesgericht entfällt, erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil das Bundesgericht in diesem Bereich nicht als "erstinstanzliches Gericht" wirken sollte. Jedoch sollte unbedingt die Regelung des Art. 138 Abs. 1 ZGB, wonach vor der Rechtsmittelinstanz neue Rechtsbegehren zugelassen werden müssen, sofern sie durch neue Tatsachen und Beweismittel veranlasst worden sind, beibehalten bzw. in den Vorentwurf aufgenommen werden. Durch die jetzt im Vorentwurf enthaltenen Regelungen ist zwar noch das Vorbringen von Noven und Beweismitteln sichergestellt, nicht aber die Stellung neuer Rechtsbegehren (solche könnten nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 216 des Vorentwurfs (Klageänderung), gestellt werden.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Begrüssenswert ist, dass neu neben der bisher jederzeit möglichen Umwandlung einer Scheidungsklage in eine Trennungsklage (Art. 138 Abs. 2 ZGB) auch umgekehrt die jederzeitige Umwandlung einer Trennungsklage in eine Scheidungsklage möglich wird. Abzulehnen ist, dass nunmehr diese Klageänderungen nur noch vor den kantonalen Instanzen und nicht mehr im Verfahren vor Bundesgericht zulässig sein sollen. Von den im Bericht (S. 121 oben) für diese Einschränkung angeführten Missbrauchsmöglichkeiten wurde in der Praxis in der Vergangenheit nicht dermassen stark Gebrauch gemacht, dass sich die Beschränkung rechtfertigen würde. Um das materielle Recht von der inhaltlich prozessualen Norm des Art. 138 Abs. 2 ZGB zu entlasten, ist Art. 243 VE dennoch in der vorgeschlagenen Fassung beizubehalten; sachgerecht wäre die Aufnahme einer entsprechenden Norm in das neue Bundesgerichtsgesetz.

## Art. 244

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, könnte es sinnvoll sein, in Absatz 2 auch die MediatorInnen aufzuführen, haben diese gemäss Bestimmungen des Allgemeinen Teils (Art. 157 Abs. 1 lit. c) doch lediglich ein Aussageverweigerungsrecht, nicht jedoch eine entsprechende Pflicht.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Abs. 2: Es ist nicht ersichtlich, weshalb in diesem Absatz die in der Familienmediation tätigen Personen neben den bei einer Ehe- und Familienberatung tätigen nicht ebenfalls ausdrücklich von der Fähigkeit, als Zeuge oder Auskunftsperson aufzutreten, ausgenommen werden. Dies steht im Gegensatz zu Art. 139 Abs. 3 ZGB, der Grundlage dieser Bestimmung bildet. Abs. 2 ist deshalb analog Art. 139 Abs. 3 ZGB zu ergänzen.

Formulierungsvorschlag Art. 244 Abs. 2:

*Wer bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Stelle für Familienmediation für die Ehegatten tätig gewesen ist, kann weder Zeugnis ablegen noch Auskunftsperson sein.*

FSA: La personne qui est intervenue en qualité de médiateur doit également être mentionnée: l'art. 244 al. 2 AP doit donc être complété de la manière suivante:

*Al. 2 ... conjugaux ou familiaux ou en qualité de médiateur n'ont pas qualité ...*

SDM-FSM: Vorschlag: *Abs.2 Wer bei einer Ehe- oder Familienberatung oder in einer Mediation für die Ehegatten tätig gewesen ist, kann weder Zeugnis ablegen noch Auskunftsperson sein.*

SVM: Al. 2 (complément): Les personnes qui sont intervenues auprès des conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux *ou dans le cadre d'une médiation* n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements.

Proposition reprise du groupe de travail réunissant le CSMC, l'ASM et l'IFM. Cet ajout est essentiel à la préservation de la confidentialité de la médiation.

## Art. 245

## Art. 246

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Die Ergänzung, dass die Angaben über die finanziellen Verhältnisse und die einzelnen Beiträge auch bei Verzicht auf das Rechtsmittel anzugeben sind, ist zu begrüssen, da diese Regelung es im Falle einer späteren Abänderungsklage erleichtert, die ursprünglichen Verhältnisse bzw. Grundlagen der Berechnung nachzuweisen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SVAMV: *Bst c (Angaben über Unterhaltsbeiträge):* Zu ergänzen ist der Betrag, der fehlt, um den ausgewiesenen Unterhaltsanspruch des Kindes durch den alimentenpflichtigen Elternteil zu decken.

## Art. 247

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Nach diesen Bestimmungen (Art. 247 und 248 VE) (bisher Art. 141/142 ZGB) kann das Scheidungsgericht den Vorsorgeausgleich nur dann abschliessend ordnen, wenn die Ehegatten sich untereinander und mit den Vorsorgeeinrichtungen einig geworden sind. Im Streitfall hat es nur den Verteilungsschlüssel zu bestimmen und die Sache alsdann dem Sozialversicherungsgericht zur Festsetzung des Betrags zu übergeben. Diese Ordnung hat sich offensichtlich nicht bewährt. In praktisch allen Fällen war nur umstritten, ob eine hälftige Teilung angebracht sei oder nicht. Obwohl das Scheidungsgericht gerade diese Auseinandersetzung allein entschied, wurde es dem Sozialversicherungsgericht zugemutet, aus dem bereits feststehenden Teilungsverhältnis noch einen rein arithmetischen Schluss zu ziehen. Diese Gabelung des Rechtswegs ist für die oft schon stark beanspruchten Sozialversicherungsgerichte eine unnötige Zusatzbelastung und für die Ehegatten zumindest eine schikanöse Erschwerung. Die damit verbundene Verfahrensverzögerung kann aber noch erhebliche Komplikationen verursachen, wenn der pflichtige Ehegatte in der Zwischenzeit invalid wird oder stirbt. Es wäre deshalb vernünftig, wieder am früheren Rechtszustand anzuknüpfen. Das Scheidungsgericht konnte nämlich schon nach alt Art. 22 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes Austrittsleistungen übertragen, ohne dass sich daraus nennenswerte Schwierigkeiten ergeben hätten. Ein solcher Forderungsübergang durch Urteil war allerdings nur für die Ehegatten verbindlich. Weigerte sich eine Vorsorgeeinrichtung, den Spruch zu vollziehen – was eben höchst selten geschah –, so blieb es dem berechtigten Ehegatten überlassen, vor dem Versicherungsgericht zu klagen.

SG: Nach diesen Bestimmungen (bisher Art. 141/142 ZGB) kann das Scheidungsgericht den Vorsorgeausgleich nur dann abschliessend ordnen, wenn die Ehegatten sich untereinander und mit den Vorsorgeeinrichtungen einig geworden sind. Im Streitfall hat es nur den Verteilungsschlüssel zu bestimmen und die Sache dem Sozialversicherungsgericht zur Festsetzung des Betrags zu übergeben. Diese Ordnung hat sich offensichtlich nicht bewährt. In praktisch allen Fällen war nur umstritten, ob eine hälftige Teilung angebracht sei oder nicht. Obwohl das Scheidungsgericht gerade diese Auseinandersetzung allein entschied, wurde dem Versicherungsgericht zugemutet, aus dem bereits feststehenden Teilungsverhältnis noch einen rein arithmetischen Schluss zu ziehen. Diese Gabelung des Rechtswegs ist für die oft schon stark beanspruchten Sozialversicherungsgerichte eine unnötige Zusatzbelastung und für die Ehegatten eine schikanöse Erschwerung. Die damit verbundene Verfahrensverzögerung kann aber noch erhebliche Komplikationen verursachen, wenn der pflichtige Ehegatte in der Zwischenzeit invalid wird oder stirbt. Es ist deshalb geboten, wieder am früheren Rechtszustand anzuknüpfen. Das Scheidungsgericht konnte nämlich nach alt Art. 22 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes Austrittsleistungen übertragen, ohne dass sich daraus nennenswerte Schwierigkeiten ergeben hätten.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es wäre sinnvoll, den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, denen ein rechtskräftiger Entscheid bezüglich der sie betreffenden Punkte mitgeteilt wird (vgl. Art. 247 Abs. 2), die Möglichkeit einzuräumen, dagegen zu rekurrieren

(vgl. Art. 307); dies für den (nicht völlig undenkbaren) Fall, dass das Gericht eine Teilung der Vorsorgeguthaben trotz fehlender Durchführbarkeitsbestätigung i.S. von Art. 247 Abs. 1 anordnet oder dies über eine bestehende Bestätigung hinaus tut (vgl. dazu Grütter/Summermatter in FamPra.ch 4/2002, S. 645; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999, S. 79).

Art. 248

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Antrag: Ergänzung von Abs. 1 wie folgt (kursiv):

<sup>1</sup>Kommt keine Vereinbarung zustande, so entscheidet das Gericht nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches (Art. 122, 123 ZGB) über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind *und legt den zu überweisenden Betrag fest. Lässt sich dieser aufgrund der vorhandenen Unterlagen nicht zweifelsfrei ermitteln, so überweist das Gericht die Streitsache den nach dem Freizügigkeitsgesetz zuständigen Gericht.*

Diese Änderung würde auch eine Anpassung von Art. 25a Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes (FGZ) bedingen.

Begründung des Antrags: Das Scheidungsgericht soll nicht bloss das Teilungsverhältnis festlegen, sondern in klaren Fällen auch den zu überweisenden Betrag. Mit dieser Regelung könnten unnötige Prozesse vor dem Sozialversicherungsgericht grösstenteils verhindert werden.

BS: Die Überweisung der Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge hat sich seit der Einführung des neuen Scheidungsrechtes als schwerfällig erwiesen. Nur soweit die Berechnung der Austrittsleistungen strittig sind, sollte das Sozialversicherungsgericht bemüht werden müssen. In allen anderen Fällen kann der Zivilrichter die Teilung auch ziffernmässig vornehmen.

OW: Art. 248 Abs. 2 und 3, welche aus dem geltenden Scheidungsrecht übernommen wurden, vermögen nicht zu überzeugen. Die geltende Regelung ist kompliziert und wenig praktikabel. Sie führt zu offenen prozessrechtlichen Fragen. Diese Lösung sollte deshalb nicht in die ZPO übernommen werden. Richtigerweise sollte das Scheidungsgericht alle Fragen betreffend die Austrittsleistungen in seinem Urteil klären. Die Aufteilung der Zuständigkeiten auf Scheidungsgericht und Kantonales Versicherungsgericht führt zu einer Verzögerung des Verfahrens, welche den Parteien nicht zuzumuten ist.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CVP: Bei nichtstrittigen Scheidungen sollte die Streitsache nicht dem Sozialversicherungsgericht überwiesen werden müssen.

Art. 249

Art. 250

Art. 251

## Art. 252

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Die in Absatz 2 ausdrücklich formulierte Klarstellung betreffend *Offizialmaxime* begrüssen wir.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Für die deutschsprachige Fassung regen wir an, die Formulierung von Art. 252 Abs. 1 an diejenige von Art. 240 Abs. 1 anzupassen ("klärt .... ab" statt "erforscht").

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Die Formulierung von Abs. 1 lässt offen, um welche Klagen es sich genau handelt, wenn von "Verfahren betreffend Kinderbelange" die Rede ist. Dies sollte durch explizite Aufzählung der betreffenden Verfahren verdeutlicht werden. In redaktioneller Hinsicht sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich hier nicht zwingend um selbständige Gerichtsverfahren handeln muss, sondern es auch um Teile innerhalb eines andern, nicht die Kinderbelange betreffenden Prozesses gehen kann.

#### *Art. 252 Untersuchungs- und Offizialgrundsatz*

<sup>1</sup> *Soweit es in einem Verfahren gemäss den Art. ... ZGB um Kinderbelange geht, erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen.*

<sup>2</sup> [...]

## Art. 253

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Da es sich bei diesem Artikel um eine allgemeine Bestimmung handelt, sollten im Absatz 1 neben dem Gericht ausdrücklich auch andere Stellen (z.B. Vormundschafts- bzw. Kinderschutzbehörden) erwähnt werden, welche Anordnungen über ein Kind zu treffen haben. Damit könnte sichergestellt werden, dass z.B. bei Kinderschutzmassnahmen auch die Eltern des Kindes angehört werden müssen, denn aufgrund von Art. 314 Ziff. 1 ZGB ist nur das Anhörungsrecht der Kinder zwingend vorgesehen. Die Einräumung des selbständigen Rekursrechtes für das Kind (Abs. 3) wird begrüsst.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Abs. 2: Die Grenze, ab welchem Alter ein Kind in einem Verfahren betreffend Kinderbelange, von dessen Anordnungen es selber betroffen ist, persönlich angehört werden soll, wird nicht zahlenmässig fixiert. Dies entspricht der bisherigen Gesetzesformulierung seit der Revision des Scheidungsrechts (Art. 144 Abs. 2 ZGB; auch Art. 314 Ziff. 2 ZGB). In der Vergangenheit hat sich jedoch gezeigt, dass in der ganzen Schweiz offenbar höchst unterschiedliche Auffassungen über die angemessene Altersgrenze herrschen. Der Bericht (S. 123) spricht etwa davon, dass gemäss Lehre und Praxis Kinder *ab einem Alter von 5 oder 6 Jahren* angehört werden können, die aktuelle Praxis im Kanton Zürich erachtet demgegenüber ein Kind *ab 11 Jahren* als der Anhörung würdig. Eine Vereinheitlichung durch Angabe einer Altersgrenze von 6 Jahren (vgl. dazu die

Verweise auf Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo im Bericht S. 123) wäre im Interesse der Vereinheitlichung und der Rechtssicherheit zu begrüßen. Indem weiterhin "andere wichtige Gründe" auch bei über 6-jährigen Kindern gegen eine Anhörung sprechen können, bleibt es dem Gericht gestattet, unter gegebenen Umständen auf eine Anhörung zu verzichten und so dem konkreten Einzelfall gerecht zu werden.

Formulierungsvorschlag Art. 253 Abs. 2:

*Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit ~~sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht~~ es das 6. Altersjahr zurückgelegt hat und keine wichtigen Gründe dagegen sprechen.*

SDM-FSM: Vgl. Ausführungen zu Art. 242.

Art. 254

*Kantone / Cantons / Cantoni*

JU: La loi devrait prévoir que les frais d'intervention du curateur font partie des frais judiciaires.

A l'alinéa 4, les exigences relatives à la personne du curateur paraissent trop élevées. Dans la pratique, on rencontre rarement des personnes expérimentées à la fois en matière d'assistance et en matière juridique. Si le curateur éprouve des difficultés au plan juridique, il peut se faire conseiller par un avocat. Dès lors, il suffirait de prévoir que l'autorité tutélaire désigne comme curateur une personne qualifiée à cet effet.

LU: Die ZPO und die Änderungen des ZGB über den Erwachsenenschutz, das Personenrecht und Kindesrecht sowie das Gesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden müssen bezüglich Terminologie und Verfahren koordiniert werden.

ZG: Im Vorentwurf ZPO ist die in Art. 147 Abs. 3 ZGB enthaltene Befreiung des Kindes von Gerichts- und Parteikosten nicht mehr enthalten. An dieser Regelung sollte aber festgehalten werden. Denn mit der in Art. 98 Abs. 1 Bst. d des Vorentwurfs vorgesehenen Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen droht den Eltern oder sogar dem Kind die Kostenaufgabe, sofern die finanziellen Verhältnisse dies erlauben. Da aber die Gerichte selber entscheiden können, wann diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die Regelung dazu führen, dass die Kostenaufgabe in verschiedenen Kantonen oder Gerichten unterschiedlich gehandhabt wird. Dies wiederum kann dazu führen, dass der Entscheid der Einsetzung eines Vertreters für das Kind vermehrt angefochten oder vom Kind überhaupt nicht beantragt wird. Damit wird das sinnvolle Institut der Vertretung des Kindes an sich gefährdet.

*Organisations / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die Verfahrensbestimmungen bezüglich Kinderbelange aus dem Scheidungsrecht in die Zivilprozessordnung übernehmen wird, weil damit die Ungleichbehandlung von Kindern im Scheidungsverfahren mit Kindern im Eheschutzverfahren bzw. Scheidungsabänderungsverfahren beseitigt wird.

Der Gesetzgeber macht es sich jedoch sehr einfach, wenn er lediglich die Bestimmungen aus dem Scheidungsrecht in die ZPO überträgt, ohne die nach nunmehr dreijähriger Anwendung erkennbaren Schwächen, namentlich bei der Vertretung des Kindes, auszumerzen.

Einleitend sei festgehalten, dass zudem sicherzustellen ist, dass auch im Kindesschutzbereich bzw. im vormundschaftlichen Verfahren die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen müssen wie im Zivilprozess.

Das Institut der Vertretung des Kindes konnte sich im neuen Scheidungsrecht bis heute absolut nicht durchsetzen. Dies liegt zum ersten daran, dass der Gesetzgeber zwar dem Richter die Kompetenz gibt, eine Kindesvertretung anzuordnen, danach jedoch die Vormundschaftsbehörde mit der Bezeichnung des Kindesvertreters / der Kindesvertreterin betraut. Jeder Praktiker weiss, dass dies ein äusserst schwerfälliges Verfahren darstellt, welches erst noch zu einer Gabelung des Rechtsweges führt. Die Anordnung der Kindesvertretung kann als verfahrensleitende Verfügung im Zivilverfahren angefochten werden und gegen die Einsetzung einer bestimmten Person als Beistand / Beiständin kann hernach vormundschaftliche Beschwerde erhoben werden. Diese Zweiteilung des Verfahrens erweist sich als äusserst schwerfällig und völlig inadäquat. Die Verfahren können aus prozesstaktischen Gründen über lange Zeit blockiert werden.

Kommt hinzu, dass die Vormundschaftsbehörde ein eigenes Antragsrecht auf Kindesvertretung hat und danach auch noch den Kindesvertreter einsetzen soll. Es ist offensichtlich, dass dabei Interessenkonflikte vorprogrammiert sind.

Einzig sachgerecht wäre es daher, dass das Gericht nicht nur die Vertretung anordnet, sondern desgleichen auch den Kindesvertreter / die Kindesvertreterin einsetzt. Nur so kann sichergestellt werden, dass rasch vom zuständigen Instruktionsrichter / der zuständigen Instruktionsrichterin gehandelt werden kann.

Wir schlagen daher folgende Formulierung vor (Abs. 1):

*Das Gericht ordnet aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes im Prozess an und bezeichnet als Beistand oder Beiständin eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.*

Die Kompetenz der Vormundschaftsbehörde zur Einsetzung (Abs. 4) wäre ersatzlos zu streichen.

Zum zweiten zeigt die Praxis, dass die Kindesvertretung unter der geltenden Formulierung nur mit äusserster Zurückhaltung und viel zu spät angeordnet wird. Das sehr grosse Ermessen des Richters hat sich dabei als klar kontraproduktiv erwiesen. Dabei spielen wohl finanzielle Gründe, namentlich aber das Misstrauen des Richters gegen das Institut, eine zentrale Rolle. So konnte festgestellt werden, dass auch heute noch viele Gerichte nicht wissen, wann die Vertretung angeordnet werden soll bzw. was diese Vertretung hernach bezweckt.

Die gleiche Feststellung wurde auch bereits vor Jahren im Ausland gemacht. Aus diesem Grund wurde das Ermessen des Richters bezüglich klarer Fälle im Ausland eingeschränkt. Nur dies stellt sicher, dass das Kind effektiv als Verfahrensbeteiligter bzw. als Rechtssubjekt im Verfahren ernst genommen wird.

Wenn man das Kind verfahrensrechtlich nicht nur auf dem Papier sondern auch in concreto effektiv besser stellen möchte ist, sind wir bezüglich der Formulierung in Absatz 3 dieses Artikels eher skeptisch.

SchKG-Vereinigung: Zu umständliche Regelung; gehört teilweise in das materielle Recht.

Art. 255

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Entscheide der Vormundschaftsbehörde über den persönlichen Verkehr gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB sind mit Rekurs anfechtbar (Art. 255 VE). Es wird somit ein direkter Rechtsmittelweg an die obere kantonale Instanz geschaffen. Dies bedeutet für den Kanton Bern, dass der Regierungsstatthalter/die Regierungsstatthalterin als ‚Filter‘ wegfällt und die Zivilkammern des Obergerichts darüber zu befinden haben, was dort zu einem gewissen Mehraufwand führen dürfte.

LU: Vgl. Ausführungen zu Art. 254.

Gemäss Artikel 444 des Vorentwurfs zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) ist gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die Beschwerde gegeben. Es stellt sich daher die Frage, ob Anordnungen der gleichen Behörde über den persönlichen Verkehr mit einem andern Rechtsmittel, nämlich dem Rekurs, anzufechten sind, obwohl die angerufene richterliche Behörde vermutlich dieselbe sein wird.

TG: Den Bemerkungen im Bericht auf S. 123 ist zwar zuzustimmen, dass die Beurteilung dieser Fragen durch ein Gericht möglich sein muss. Dies gilt schon aufgrund der EMRK. Allerdings trifft dieses Argument auch für zahlreiche andere Fragen des Kindesrechtes zu. Es leuchtet deshalb nicht ganz ein, nur gerade auf Art. 134 des Zivilgesetzbuches hinzuweisen. Nach unserer Auffassung wäre es besser, auf diese Bestimmung zu verzichten, auf die direkte Geltung der EMRK zu vertrauen und im Übrigen die ebenfalls in Vernehmlassung befindlichen Regelungen im Bereich des Erwachsenen- und Kindesschutzes abzuwarten.

ZG: Die Möglichkeit, Anordnungen vormundschaftlicher Behörden mittels Rekurs bei einem Zivilgericht anfechten zu können, begrüssen wir. Die Bestimmung sollte aber klarer formuliert werden. Denn gemäss Bericht zum Vorentwurf soll die Rekursmöglichkeit auf den Fall von Art. 134 Abs. 4 ZGB beschränkt sein, dies muss ausdrücklich erwähnt werden (anstatt Klammer mit ZGB-Artikel; ausformulieren: "Anordnungen vormundschaftlicher Behörden, die im Rahmen eines Urteilsabänderungsverfahrens vorgenommen werden"). Andernfalls gibt es Kollisionsprobleme mit dem geltenden Art. 420 Abs. 2 ZGB, wonach gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörden die vormundschaftliche Beschwerde geführt werden kann. Der Klarheit halber sollte diese evtl. sogar ausdrücklich ausgeschlossen werden. Es wäre zu prüfen, ob die Rekursmöglichkeit nicht sogar auf alle Anordnungen vormundschaftlicher Behörden, die gegenüber Kindern ausgesprochen werden, ausgedehnt werden sollte. Damit könnten diese vormundschaftlichen Massnahmen schneller durch ein Gericht überprüft werden. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass Zivilgerichte im Bereich Familienrecht

viel erfahrener sind als die Verwaltungsgerichte, die zudem erst nach Absolvierung des verwaltungsinternen Beschwerdeweges entscheiden können.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

OGZH: Den Bemerkungen im Bericht S. 123 ist durchaus zuzustimmen, dass die Beurteilung dieser Fragen durch ein Gericht möglich sein muss. Das gilt schon aufgrund der EMRK. Es trifft allerdings auch für zahlreiche andere Fragen des Kindesrechtes zu, zuerst für die Regelung des persönlichen Verkehrs im Sinne von ZGB 273 / 275, aber auch (und vor allem) für den ganzen Bereich des Kindesschutzes, ZGB 307 ff. Es leuchtet nicht ganz ein, nur gerade auf ZGB 134 hinzuweisen. Möglicherweise wäre es besser, auf die Bestimmung zu verzichten, auf die direkte Geltung der EMRK zu vertrauen und im Übrigen die Regelung des Verfahrens im Erwachsenen- und Kindesschutz abzuwarten.

Vorschlag: (VE Art. 255:) *streichen*

Uni LA: Il est douteux que cette disposition ait sa place dans le projet de CPC suisse, du moins si le législateur fédéral persiste dans son idée de consacrer une loi séparée à la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

Art. 256

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: vgl. bei Art. 242.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

SVAMV: Wir begrüßen die in Art. 256 und Art. 257 vorgesehenen Bestimmungen über die Verbindungsmöglichkeit von Vaterschaftsklage und Unterhaltsklage und über die vorsorglichen Massnahmen bei glaubhafter Vaterschaft.

Art. 257

Art. 258

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die Generalklausel von Art. 258 lit. e VE, welche die Anwendung des Summarverfahrens vorsieht, "wenn es sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt", ist unbefriedigend. Es wäre vorzuziehen, die Anwendung des summarischen Verfahrens nebst den Fällen von Art. 258 lit. b - d nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 258 lit. a VE) vorzusehen und diejenigen Bestimmungen des materiellen Zivilrechts, welche die Anwendung des Summarverfahrens verlangen, explizit mit diesem Hinweis zu ergänzen. Das gilt insbesondere für die Geltendmachung des Gegendarstellungsrechts gemäss Art. 28I Abs. 1 ZGB, der bei dieser Gelegenheit geändert werden kann. Weitere Beispiele nennt der Begleitbericht nicht.

JU: Bst. b: Nous émettons des doutes quant à l'application de la procédure sommaire au traitement du litige en protection rapide.

- LU: Es fehlt eine Regelung der vorsorglichen Beweisabnahme. Wir schlagen deshalb - in analoger Anwendung von § 228 ZPO/LU – vor, folgende Litera f ergänzend einzufügen: *f. für die vorsorgliche Beweisabnahme, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine spätere Beweisabnahme wesentlich erschwert oder unmöglich wäre.*
- SG: Wir vertreten die Ansicht, dass die Generalklausel am Ende mehr Probleme schafft als sie löst. Wir beantragen, die Fälle abschliessend aufzuzählen und auf eine weiter gehende Generalklausel zu verzichten.
- TG: Die in lit. e vorgesehene Generalklausel dürfte am Ende mehr Probleme schaffen als lösen. Da das summarische Verfahren eigenen Regeln folgt, sind Streitigkeiten über seine Anwendbarkeit fast vorprogrammiert. Wir würden es daher vorziehen, die anerkannten Fälle (z.B. die im Bericht erwähnte Gegendarstellung nach Art. 28 I Abs. 3 des Zivilgesetzbuches) ausdrücklich zu erwähnen und auf eine weitergehende Generalklausel zu verzichten.
- ZG: Bst. e: Diese Bestimmung ist zu wenig konkret und wirft mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Sie ist entweder "enger" zu formulieren oder wegzulassen.
- ZH: Nach Art. 258 lit. e sollen die Regeln des summarischen Verfahrens unter anderem dann gelten, wenn sich dies "aus der Natur der Sache zwingend ergibt". Diese Formulierung lässt offen, welches das massgebende Kriterium sein soll. Stellte man auf das Merkmal der Beweismass- oder Beweismittelbeschränkung des summarischen Verfahrens ab, so fragte sich gleichwohl, bei welchen Zivilprozessen diese Beschränkung greifen soll; aus dem materiellen Recht ergäbe sich das jedenfalls nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfehlen wir mit dem Kassationsgericht, dem Obergericht und dem Zürcher Anwaltsverband deshalb dringend, den Katalog der im summarischen Verfahren zu behandelnden Streitigkeiten abschliessend zu fassen und bei den Art. 259 und 260 den Ausdruck "insbesondere" zu streichen.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

- LPS: La lettre e n'est pas claire. Le projet doit être plus précis et mentionner si cette lettre concerne la procédure incidente.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- AKBS: Bst. e: Auffangtatbestand "sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt": systematisch heikel, denn es geht um den Anwendungsbereich eines besonderen, nur ausnahmsweise anwendbaren Verfahrens (vgl. auch Art. 262, Entfall der Stellungnahme des Gesuchsgegners bei Unzulässigkeit des Gesuchs, Bericht 126). Und: jedes Urteil hat fast immer einen Verlierer und dieser wird rasch den Eindruck haben, es sei zu unrecht das Summarverfahren mit den Beweisbeschränkungen angewandt worden und deswegen habe er den Prozess verloren. Er wird daher ein Rechtsmittel ergreifen wollen, um in einem ordentlichen Verfahren zu einem Recht zu kommen.

Sieht man auch für das ordentliche Verfahren die Möglichkeit eines mündlichen Verfahrens vor, kann auf einen Auffangtatbestand leichter verzichtet werden.

- AVLU: Im Vorentwurf fehlt eine Regelung der vorsorglichen Beweisabnahme. Nach der Luzerner ZPO hat diese im summarischen Verfahren zu erfolgen. Diese Regelung hat sich bewährt. Art. 258 ist daher wie folgt zu ergänzen:

f. für die vorsorgliche Beweisabnahme, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine spätere Beweisabnahme wesentlich erschwert oder unmöglich wäre.

AVZH: lit. e: Die Formulierung, wonach das summarische Verfahren (auch) immer dann zur Anwendung gelangt, "wenn es sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt", ist zu wenig klar. Sie gibt Anlass zu grosser Unsicherheit und wird zu unnötigen Streitigkeiten führen. Daran ändert nichts, dass es sich laut Bericht (S. 125) um einen Auffangtatbestand handeln soll, der restriktiv auszulegen ist. Es ist vorzuziehen, einen abschliessenden Katalog aller Summarverfahren festzuschreiben (vgl. nachfolgende Bemerkungen zu Art. 259 und 260).

Formulierungsvorschlag Art. 258:

*Das summarische Verfahren ist anwendbar:*

*a. in den vom Gesetz bestimmten Fällen;*

*b. auf den schnellen Rechtsschutz (Art. 266-267);*

*c. auf die freiwillige Gerichtsbarkeit (Art. 268-270);*

*d. auf den Besitzschutz unter Strafandrohung (Art. 271-274);*

~~*e. wenn es sich aus der Natur der Sache zwingend ergibt.*~~

FSA: La portée de l'art. 258 lit. e AP n'est pas claire. On voit d'autant moins le type d'hypothèses visées que le Rapport donne l'exemple de l'exercice du droit de réponse, alors que celui-ci est déjà mentionné à l'art. 259 ch. 1 AP. Cette disposition doit être supprimée.

KassZH: lit. e: Dieser Auffangtatbestand (Bericht S. 125) erscheint als zu unbestimmt; der im Bericht zitierte Anwendungsfall (Art. 281 ZGB) wird zudem bereits im nachfolgenden Art. 259 Ziff. 1 ausdrücklich erwähnt.

OAFRI: lit. e: L'exigence de la sécurité du droit n'est pas compatible avec le choix d'un type particulier de procédure "lorsque la nature de la cause l'impose". Cela signifie que le choix de la procédure sera fait après l'ouverture de l'instance, notamment en la forme ordinaire. Il convient donc de rectifier la disposition et d'énumérer limitativement, après réflexion approfondie, tous les cas qui devraient être soumis à la procédure sommaire. On indique, à titre d'exemple, la liquidation des incidents au cours de l'instance, sauf lorsqu'ils portent sur une condition de recevabilité de l'action.

OGZH: Wir fragen uns auch hier, ob die Generalklausel nicht am Ende mehr Probleme schafft als sie löst. Da das summarische Verfahren doch eigenen Regeln folgt, sind Streitigkeiten über seine Anwendbarkeit fast programmiert. Wir würden vorziehen, die erkannten Fälle (bspw. die im Bericht erwähnte Gegendarstellung nach ZGB 281 Abs. 3) ausdrücklich zu erwähnen und auf eine weitergehende Generalklausel zu verzichten.

Vorschlag:

(VE Art. 258 lit e:) *streichen*

und entsprechend

(VE Art. 259 und 260:) im ersten Satz das "insbesondere" *streichen*

Uni LA: Il paraît inadmissible, pour fixer à l'avance la procédure applicable, soit dans un domaine où la sécurité du droit doit être la priorité absolue, de faire dépendre l'application d'une procédure de "la nature de la cause" au sens de l'art. 258 lit. e AP.

Sans même évoquer les critiques adressées à cette notion du point de vue juridique (M. GUTZWILLER, Zur Lehre von der "Natur der Sache", in "Die ontologische Begründung des Rechts", 1965, p. 14 ss), l'on peut penser qu'il va s'agir là d'un blanc-seing laissé à l'appréciation du juge saisi, ce qui ne peut être admis. Cette lettre e doit être purement et simplement biffée. Il appartient au législateur d'édicter, notamment aux art. 259 et 260, une liste exhaustive des cas où la procédure sommaire est applicable.

Art. 259

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Auch wenn der Katalog ausdrücklich nicht abschliessend ist, sollten markante Lücken vermieden werden. Daher wird vorgeschlagen, folgende Verfahren, die jedenfalls Sache eines Richters oder einer Richterin sind, nachzutragen:

- die Entgegennahme und Protokollierung letztwilliger Verfügungen. Dies muss zwingend (Art. 507 ZGB) bei einer Gerichtsbehörde erfolgen und vernünftigerweise im summarischen Verfahren;
- die Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Art. 98 OR);
- die Untersagung des Eintrags im Handelsregister (Art. 32 Abs. 2 HregV).

Zu Art. 259 Ziff. 8 VE: Unbegreiflich ist der Umstand, dass auch das Eheschutzverfahren nicht speziell geordnet, sondern zu einer Spielart des gewöhnlichen Summarverfahrens gemacht werden soll. Das hiesse, dass die Ehegatten ein schriftliches Gesuch einzureichen und schriftlich darauf zu antworten hätten (Art. 261 f.) und dass das Gericht alsdann nach seinem Ermessen eine Verhandlung durchführen oder auf Grund der Akten entscheiden könnte (Art. 265 Abs. 1). Der beklagte Ehegatte dürfte nicht einmal eigene Anträge zur Ordnung des Getrenntlebens stellen (Art. 263). Damit erhielte das Eheschutzverfahren einen völlig anderen Charakter. Bisher war es auf Aussöhnung angelegt und das bleibt wichtig, auch wenn der Eheschutz heute oft zu einer "kleinen Scheidung" geworden ist, weil mit einem Schlichtungsversuch in der ersten Stunde oft eine ganze Kette von Prozessen vermieden werden kann. Der Zweck des Eheschutzes ruft deshalb nach einem möglichst informellen Verfahren, in dessen Mittelpunkt der direkte Kontakt mit den Ehegatten stehen muss. Die Kernaufgabe des Vermittelns im ehelichen Konflikt ist mit einer persönlichen Anhörung untrennbar verbunden.

LU: Wir verweisen auf unsere Bemerkungen zu Artikel 242 VE-ZPO. Zudem regen wir an, den Katalog im Sinne der Benutzerfreundlichkeit mit einem Katalog "SchKG" zu ergänzen (allenfalls genügt ein Hinweis auf Art. 25 SchKG, der diese Verfahren auflistet). Ein vollständiger Katalog der Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens müsste zudem auch diejenigen aus den Nebenerrlassen zum ZGB und OR enthalten. Damit liessen sich Unklarheiten vermeiden.

SG: Ziff. 8: Abgelehnt wird die Regelung, wonach auch das Eheschutzverfahren nicht speziell geordnet, sondern zu einer Spielart des gewöhnlichen Summarverfahrens gemacht werden soll. Das hiesse, dass die Ehegatten ein schriftliches Gesuch einzureichen und schriftlich darauf zu antworten hätten (Art. 261 f.) und dass das Gericht alsdann nach seinem Ermessen eine Verhandlung durchführen oder auf Grund der Akten entscheiden könnte (Art. 265 Abs. 1).

Der beklagte Ehegatte dürfte nicht einmal eigene Anträge zur Ordnung des Getrenntlebens stellen (Art. 263). Damit erhielte das Eheschutzverfahren einen völlig anderen Charakter. Bisher war es auf Aussöhnung angelegt und das bleibt wichtig, auch wenn der Eheschutz heute oft zu einer "kleinen Scheidung" geworden ist. Der Zweck des Eheschutzes ruft deshalb nach einem möglichst informellen Verfahren, in dessen Mittelpunkt der direkte Kontakt mit den Ehegatten stehen muss.

SH: Auch wenn der Katalog ausdrücklich nicht abschliessend ist, sollten markante Lücken vermieden werden. Daher wird vorgeschlagen, folgende Verfahren, die jedenfalls Sache eines Richters oder einer Richterin sind, nachzutragen:

- die Entgegennahme und Protokollierung letztwilliger Verfügungen. Dies muss zwingend (Art. 507 ZGB) bei einer Gerichtsbehörde erfolgen und vernünftigerweise im summarischen Verfahren;
- die Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Art. 98 OR);
- die Untersagung des Eintrags im Handelsregister (Art. 32 Abs. 2 HregV).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: "insbesondere": vgl. oben zu Art. 258 lit. e), der Anwendungsbereich der Ausnahme sollte klar und abschliessend geregelt werden (auch bei Art. 260).

AVLU: Es macht wenig Sinn, einen nur beispielhaften Katalog der im summarischen Verfahren zu erledigenden Angelegenheiten, der jedoch den Anschein der Vollständigkeit erweckt, in das Gesetz aufzunehmen. Entweder werden sämtliche Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens angeführt oder es ist auf deren Erwähnung überhaupt zu verzichten. Ein vollständiger Katalog der Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens wäre jedoch wünschbar. Dieser müsste aber auch die in das summarische Verfahren verwiesenen SchKG-Angelegenheiten enthalten, ebenso diejenigen aus den Nebenerlassen zum ZGB und OR. Damit liessen sich bereits heute absehbare Unklarheiten vermeiden.

AVZH: (zugleich zu Art. 260) Ingresse: Da die Aufzählung der Verfahren, auf welche die Regeln des summarischen Verfahrens anwendbar sind, aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit eine abschliessende sein sollte, ist in den Ingressen der Art. 259 und 260 der Begriff "insbesondere" jeweils zu streichen. Die Aufzählungen zu vervollständigen und unter Beachtung der Spezial- und Nebenerlasse des Bundes zu ergänzen - etwa durch Auflistung der durch das SchKG in das summarische Verfahren verwiesenen Streitigkeiten - würde bedeuten, den Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung zu überdehnen.

Formulierungsvorschlag Art. 259 Ingress / Art. 260 Ingress:

*Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten:  
Abschliessende Aufzählung aller in Frage kommenden Verfahren!*

OAFRI: Articles 259 et 260: Pour éviter toute incertitude, il serait peut-être utile de relever que des mesures provisionnelles demeurent possibles, dans l'instance spéciale conduite en procédure sommaire, selon les art. 275 et suivants de l'avant-projet.

La détermination de la valeur réelle des actions (art. 685b al. 5 CO, art. 260 ch. 26) ne se prête pas à une procédure sommaire, car elle implique généralement des expertises.

SDM-FSM: Zu Ziff. 5-14: Vgl. Ausführungen zu Art. 242.

Uni LA: On propose ici, dans le droit-fil de la remarque qui précède, de compléter la liste sous la note marginale "Code civil et lois annexes" comme suit:

*ch. 1bis: exercice d'un droit d'accès (art. 8 ss de la loi fédérale sur la protection des données);*

*ch. 3bis: convocation de l'assemblée générale d'une association (art. 64 CC);*

*ch. 6: autorisation d'un conjoint à restreindre des droits relatifs au logement de la famille (art. 169 al. 2 CC), ou à aliéner une entreprise agricole ou une part de copropriété sur la dite entreprise (art. 40 al. 2 de la loi sur le droit foncier rural);*

*14bis: participation à l'exploitation du gérant dans l'indivision (art. 348 al. 2 CC);*

*14ter: récusation et contestation des droits ou obligations d'un exécuteur testamentaire (art. 518 CC);*

*ch. 24: biffer l'art. 811 CC (... et 809 et 810 CC).*

Uni NE: Bon nombre des procédures visées aux articles 259 et 260 sont des cas de procédures gracieuses. Apparemment, le projet renonce à préciser les choses sur ce point. Ces articles sont également incomplets. Pour citer quelques exemples, on peut prendre le refus d'une copropriété d'accepter des travaux nécessaires pour le maintien de la chose ou l'annulation des décisions d'une association ou, éventuellement, d'une copropriété par étages. *La portée de la section 4 devrait être clairement précisée.*

Art. 260

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Vgl. Ausführungen zu Art. 259.

Ziff. 8: Wir beantragen, diese Ziffer zu streichen. Eine Ausweisung kann bei klaren Fällen im schnellen Rechtsschutz (Art. 266 ff. VE-ZPO) erfolgen. Kommt hinzu, dass je nach Fall die Vermieterschaft sich allein auf Artikel 641 Absatz 2 ZGB stützen kann. Unseres Erachtens ist unklar ist, ob in diesem Fall die Bestimmung von Artikel 260 Ziffer 8 VE-ZPO ebenfalls Anwendung findet.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Betreffend Ziffer 8 (Ausweisung in Miet- und Pachtangelegenheiten) verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 193.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Vgl. die Ausführungen zu Art. 259.

MV: Ziff. 8: Wird gemäss unserem Antrag zu Art. 193 Abs. 3 VE gestrichen, ist hier keine Änderung angebracht. Bleibt es aber gemäss Vorentwurf bei der Kompetenzattraktion an den Ausweisungsrichter, so ist das Ausweisungsverfahren in das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 237 VE ff. zu überweisen, weil sonst Kündigungen und Erstreckungen von keinem Gericht mit voller Kognition überprüft werden könnten (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 193 Abs. 3 VE).

OGZH: (vgl. zum ersten Satz soeben bei VE Art. 258)

#### Ziff. 8 Ausweisung eines Mieters oder Pächters

Die Anwendung des summarischen Verfahrens ist zu begrüssen. Es darf gehofft werden, dass das die unerfreulichen "kalten Mieterstreckungen" verringern hilft (die Fälle, in welchen der Mieter trotz abgelaufenem Mietverhältnis das Verfahren zu verzögern versteht, um das Objekt nicht verlassen zu müssen). Immerhin muss darauf hingewiesen werden, dass auch diese Fälle mitunter rechtlich und tatsächlich äusserst anspruchsvoll sein können. Dass ein summarisches Verfahren besonders einfach sei, trifft also durchaus nicht immer zu.

Uni LA: Dans la ligne des deux remarques qui précèdent, il faudrait compléter, sous la note marginale "CO et lois annexes" le texte de cette disposition de la façon suivante:

*29: Le droit à l'information de l'investisseur dans le fonds de placement (art. 26 al. 1 LFP) et les prétentions non contentieuses de cette même loi (art. 26 al. 2 et 28 al. 3 et 4 LFP).*

Art. 261

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Gesuche können nur schriftlich eingereicht werden. Auch wenn die Entgegennahme zu Protokoll mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, gibt es gute Gründe sie zuzulassen. Gerade für unbeholfene Parteien wäre dies eine grosse Erleichterung.

LU: Es sind nicht nur allfällige Urkunden beizulegen, sondern auch allfällige Beweisanträge sind sofort zu stellen. Wir schlagen vor, den Gesetzestext entsprechend zu ergänzen.

SH: Gesuche können nur schriftlich eingereicht werden. Auch wenn die Entgegennahme zu Protokoll mit einem gewissen Aufwand verbunden ist; gibt es gute Gründe sie zuzulassen. Gerade für unbeholfene Parteien wäre dies eine grosse Erleichterung (Beispiel: Art. 293 ZPO SH vgl. Art. 507 Abs. 2 ZGB).

#### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Keine mündlichen summarischen Verfahren?: gerade für den vorsorglichen, insb. den superprovisorischen Rechtsschutz oder Arrestbewilligungen bewähren sich mündliche Verfahren.

Uni ZH: Art. 261 ff: Der Verfahrensablauf des summarischen Verfahrens ist unbefriedigend geregelt. Als Regelverfahren muss ein mündliches Verfahren vorgeschrieben werden. Der Korrektur bedürfen im Weiteren die Vorschriften betr. die Begründung der Entscheidung und die zulässigen Beweismittel. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 74 ff.*

Art. 262

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: In einem Absatz 2 sollten die Säumnisfolgen für das summarische Verfahren speziell geregelt werden. Wir schlagen folgende Formulierung vor: "*Beantwortet die Gegenpartei das Begehren nicht auf erste Aufforderung hin, wird Anerkennung der Sachdarstellung des Klägers und Verzicht auf Einreden angenommen.*"

TI: Rispetto al nostro sistema ci sono due differenze: giusta il CPC-Ti il giudice da sempre modo alla controparte di formulare delle osservazioni ad un atto processuale. Il Progetto lo dispensa invece da questa incombenza nel caso in cui l'istanza risulta d'acchito inammissibile o infondata.

Inoltre visto che il sistema ticinese prevede - nel quadro delle procedure sommarie - l'udienza in ogni caso, non concede la facoltà di scegliere tra la risposta scritta o orale.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Ausschluss von Replik und Duplik: Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt nach der Möglichkeit von Replik und Duplik, wenn neue Aspekte vorgetragen werden.

Art. 263

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Ein genereller Ausschluss der Widerklage im Summarverfahren ist unlogisch. Art. 263 sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Im Eheschutzverfahren beispielsweise muss es möglich sein, auch von der Gegenpartei nicht beantragte Punkte widerklageweise geltend zu machen. Beispiel: Die Ehefrau klagt auf Auszug des Ehemanns und Unterhaltsbeiträge an sie, der Ehemann klagt widerklageweise auf Zuteilung von gewissem Mobiliar und Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an ihn. Stellte sich gemäss der vorgeschlagenen Regelung beispielsweise im Laufe des Verfahrens heraus, dass die Ehefrau tatsächlich Unterhaltsbeiträge an den Ehemann bezahlen muss, so könnte sie die Klage einfach zurückziehen. Der Ehemann, der vorher zufolge Rechtshängigkeit keine eigene Klage einreichen konnte, müsste dann eine eigene Eheschutzklage auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen einreichen und könnte zufolge der Jahresfrist in ZGB 173 Abs. 3 allenfalls nicht einmal mehr alle Unterhaltsbeiträge seit dem Getrenntleben geltend machen.

BE: Im französischen Text fehlt beim Wort "*reconventionnelle*" ein "*n*".

JU: La procédure ordinaire préconisée ci-dessus permet de liquider avec suffisamment de rapidité les affaires qui peuvent être traitées par la protection rapide (cf. ci-dessus, remarques ad art 191 ss).

Par ailleurs, quand bien même le cas est clair tant du point de vue des faits que de la situation juridique, il se peut que le défendeur ait une prétention à l'encontre du demandeur. Or, en procédure sommaire, la demande reconventionnelle n'est, à raison, pas admise (art. 263 AP).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

KassZH: Der generelle Ausschluss der Widerklage im summarischen Verfahren überzeugt nicht und widerspricht auch geltender Praxis. Sind die Verhältnisse im konkreten Fall zu komplex, kann der Summarrichter die Widerklage ohne weiteres in das ordentliche Verfahren verweisen.

Vorschlag: *streichen*.

### Art. 264

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Auch im summarischen Verfahren sind teilweise andere Beweismittel als Urkunden erforderlich. Wir schlagen daher eine elastischere Formulierung wie folgt vor: "*Die erforderlichen Beweise werden in der Regel sofort erhoben*".

BE: Bei Abs. 2 lit. b ist namentlich auf Grund des Wortes "verwiesen" nicht verständlich, worum es geht. Für die im Begleitbericht (S. 126) als Beispiel erwähnte freiwillige Gerichtsbarkeit gilt gemäss Art. 268 VE ohnehin die Untersuchungsmaxime. Sollte es um Summarverfahren gehen, in denen auf Grund des materiellen Bundesrechts mit voller Beweiskognition zu entscheiden ist, so wäre dies im Gesetzestext zu präzisieren.

LU: Wir schlagen vor, eine neue Litera c einzufügen, wonach andere Beweismittel in familienrechtlichen Streitigkeiten zulässig sind, soweit es der Verfahrenszweck erfordert. In familienrechtlichen Streitigkeiten müssen – in analoger Anwendung der Regelung von § 234 Absatz 1 ZPO/LU - neben Urkunden auch schriftliche Auskünfte, der Augenschein und die Parteibefragung als Beweismittel zulässig sein. Soweit der Verfahrenszweck es erfordert, soll überhaupt keine Beweismittelbeschränkung bestehen. So sollen z.B. bei strittiger Kinderzuteilung ausnahmsweise ein Gutachten eingeholt oder Zeugen befragt werden können.

TI: Questa prova privilegia, per ragioni di celerità, la prova documentale. Gli altri mezzi di prova sono ammessi a titolo eccezionale (cpv. 2) (Beweisstrenge), soltanto se non ritardano il corso del processo (lit. a), oppure "se la causa non può essere rinviata alla procedura ordinaria (lit. b).

Questa lit. b) significa che anche in procedura sommaria decade il concetto di Beweisstrenge quando la decisione è tale da crescere in forza di cosa giudicata materiale (ciò secondo una chiara giurisprudenza del Tribunale federale).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FSA: Le sens de l'art. 264 al. 2 lit. b AP qui ne trouve pas d'éclaircissement dans le Rapport, nous échappe.

GGD ZH: Nach Art. 264 Abs. 2 sind andere Beweismittel (als Urkunden) zulässig, wenn die Sache nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann. Soweit ersichtlich, kann es nur beim schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen zu einem "Verweis" in das ordentliche Verfahren kommen (vgl. Art. 267 Abs. 2); bei allen andern Summar-Angelegenheiten muss das Gericht aber selbst entscheiden. Eine Bestimmung analog zu § 221 ZH ZPO (Illiquidität) ist nicht vorgesehen. Damit kehrt sich das Regel-Ausnahmeverhältnis von Abs. 1 und 2 aber gerade um: Da es in der Regel nicht zu einem Verweis in das ordentliche

Verfahren kommen kann, sind in der Regel alle Beweismittel zulässig. Die einzig ersichtliche Ausnahme – schneller Rechtsschutz in klaren bzw. eben nicht klaren Fällen – sollte im dritten Abschnitt dieses Kapitels (Art. 266 f.) normiert werden.

*Art. 266 Abs. 2:* Mit dem Passus "über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können" ist wohl das Gleiche gemeint wie die Nichtbindung des Gerichts an die Parteianträge gemäss Art. 53 Abs. 2. Diesfalls sollten die Formulierungen vereinheitlicht werden. Jene von Art. 53 Abs. 2 ist bildlicher und deshalb vorzuziehen.

*Art. 264 Beweismittel*

*Streichen.*

*Art. 266 Geltungsbereich*

<sup>2</sup> *Der Beweis ist durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern.*

<sup>3</sup> *Der schnelle Rechtsschutz ist ausgeschlossen, wenn das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist.*

KassZH: Grundsatz unbestritten; der generelle Ausschluss aller Beweise ausser dem Urkundenbeweis geht aber zu weit. Grundsätzlich sollte im Hinblick auf die Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen auch die persönliche Befragung der Gegenseite (vgl. Bemerkung zu Art. 186) zulässig sein, ferner allenfalls schriftliche Auskünfte.

OAFRI: A l'alinéa 1<sup>er</sup> il y a lieu de préciser que la preuve peut être apportée par titre et par interrogatoire des parties.

La formulation de l'art. 264 al. 2 lit. b n'est pas heureuse. Il n'appartient pas au juge de la procédure sommaire de renvoyer ou de ne pas renvoyer à la procédure ordinaire, sous réserve du cas où l'ordonnance de mesures provisionnelles impartit un délai pour ouvrir action au fond. Il serait préférable d'écrire donc "si la cause ne peut faire l'objet d'une procédure ordinaire."

D'une manière générale, on se demande quel est le sens d'une procédure sommaire qui implique une instruction complète et conduit à un jugement définitif. L'essence de la procédure sommaire réside dans la limitation des moyens de preuve qui y sont admis et dans un pouvoir d'examen généralement restreint à la vraisemblance. Lorsque le juge doit, pour des motifs procéduraux ou de droit matériel, instruire complètement et examiner définitivement tous les moyens des parties, le recours à la procédure ordinaire, au besoin simplifiée, s'impose.

Art. 265

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Gemäss Art. 265 Abs. 2 VE ZPO müssen sämtliche Summarentscheide begründet werden. Dies hätte einen erheblichen Mehraufwand mit Mehrkosten zur Folge. Wir beantragen daher die Streichung der generellen Begründungspflicht. Auch hier soll der Entscheid im Dispositiv eröffnet und nur auf Verlangen eine vollständige Begründung ausgefertigt werden, die dann jedoch etwas kürzer ausfallen dürfte als im ordentlichen Verfahren.

Art. 265 Abs. 2 VE ZPO könnte wie folgt lauten: "Es eröffnet das Urteilsdispositiv schriftlich. Wenn keine Partei innert 5 Tagen seit Eröffnung des Dispositivs einen schriftlich begründeten Entscheid verlangt, wird der Entscheid rechtskräftig." Und ein neuer Absatz 3 könnte lauten: "Wird ein schriftlich begründetes Urteil verlangt, ist der begründete Entscheid innert 1 Monat seit Zustellung des Dispositivs zuzustellen."

- BE: Zu Abs. 2 könnte in der künftigen Botschaft ergänzt werden, dass das am Schluss einer durchgeführten Verhandlung eröffnete Urteil zuerst auch mündlich begründet werden kann.
- BL: Abs. 2: Antrag: Ergänzung dieser Bestimmung wie folgt:  
<sup>2</sup>Es eröffnet den Entscheid zusammen mit einer *kurzen mündlichen oder schriftlichen* Begründung.
- BS: Die vorgeschlagene Regelung verlangt die schriftliche Eröffnung des Entscheids mit einer kurzen Begründung. Darauf sollte zumindest dann verzichtet werden können, wenn die Parteien zur Verhandlung erschienen sind. In diesem Falle sollte das Urteil mündlich eröffnet und begründet werden können. Bei Abwesenheit der Parteien sollte eine schriftliche Begründung unterbleiben können, wenn vollumfänglich im Sinne der Klagpartei entschieden worden ist und die beklagte Partei keine Stellung zum Gesuch genommen hat. Die Pflicht zur schriftlichen Begründung eines jeden Entscheides führt zu einem Mehraufwand, der mit dem derzeitigen Personalbestand vom Zivilgericht Basel-Stadt nicht erbracht werden kann. Ausserdem haben die Parteien gerade im summarischen Verfahren mehr Nutzen an einem raschen, mündlich begründeten Urteil als an einem schriftlich begründeten, auf das sie längere Zeit warten müssen. Es sei an dieser Stelle auf die Bemerkung zu Art. 127 verwiesen.
- LU: Es fehlt gerade im Hauptanwendungsfall (summarisches Verfahren) die Möglichkeit der Zustellung des Rechtsspruchs (Dispositivs) mit Verzicht auf Begründung und Rechtsmittel. Wir verweisen dazu auf unsere Ausführungen zu den Artikeln 230 und 231 VE-ZPO.
- TI: La norma è in stretta relazione con l'art. 262 AP. In altre parole dipende dalla scelta fatta dal tribunale sulle modalità di risposta di controparte: orale o scritta.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- AKBS: Abs. 2: Zwingende Schriftlichkeit des Summarentscheides: nicht einleuchtend, dass auch bei einem mündlich durchgeführten Verfahren der Entscheid schriftlich zu ergehen hat. Insbesondere wenn beide Parteien anwesend sind, sollte eine mündliche Eröffnung und Begründung zulässig sein, ebenso wenn die Beklagte abwesend ist (die dann das Dispositiv schriftlich mitgeteilt erhält).
- AVZH: Abs. 1: Dass stets alle Entscheide, die im summarischen Verfahren gefasst werden, auch bloss aufgrund der Akten gefällt werden können - wie der Wortlaut dieses Absatzes auf den ersten Blick vermuten lässt - ginge zu weit. In einigen dem Ehe- und Familienrecht zuzurechnenden Verfahren ist aufgrund der einschneidenden und persönlichen Natur der zu regelnden Fragen ein persönliches Erscheinen der Parteien und allenfalls der betroffenen Kinder vor Gericht unerlässlich. Namentlich betrifft dies das in Art. 259 Ziff. 8 erwähnte praktisch bedeutsame Eheschutzverfahren, in dessen Rahmen häufig Kinderbelange zu regeln sind, wobei den Regelungen im Hinblick auf das erst Jahre später folgende Scheidungsverfahren faktisch eine starke präjudizielle Wirkung

zukommt. Da die Vorschriften im 4. Kapitel (Verfahren betreffend Kinderbelange) jedoch nicht rein scheidungsrechtliche, sondern allgemeine Bedeutung haben (vgl. Bericht S. 123 oben), ist sichergestellt, dass auch in den Eheschutzverfahren, in denen Anordnungen bezüglich der Kinder zu treffen sind, die Eltern und - unter gegebenen Voraussetzungen - die Kinder vom Gericht zwingend persönlich angehört werden müssen. Solche Verfahren werden also nicht aufgrund der Akten allein entschieden werden können.

DJZ: Es müsste beigefügt werden, dass an der Verhandlung das Gesuch zu beantworten ist, falls dies nicht schon schriftlich geschehen ist, und dass die Parteien in der Regel Gelegenheit zu Replik und Duplik erhalten. Nach dem vorgeschlagenen Text könnte man allenfalls meinen, dass i.d.R. keine Replik und Duplik stattfindet, was nicht adäquat wäre (beispielsweise im Eheschutzverfahren oder bei vorsorglichen Massnahmen).

Es fehlt eine Bestimmung, wie und wann die Säumnisfolgen im summarischen Verfahren eintreten (analog ZH-ZPO § 207/208).

FSA: Nous approuvons la solution consacrée par l'art. 265 al. 2 AP et avons écarté une proposition consistant à permettre au juge de rendre sa décision oralement, les parties ayant la faculté de requérir une motivation écrite.

Nous estimons également nécessaire de préciser la portée de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues au terme de la procédure sommaire en s'inspirant du Code de procédure zurichois (§ 212)

OAFRI: L'avant-projet ne prévoit ni le délai d'assignation ni le délai de décision.

Des débats doivent être organisés, à moins que les parties n'y renoncent.

Art. 266

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der schnelle Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein Novum für den Kanton Bern, welches aber zu begrüßen ist, weil davon eine gewisse Entlastung der Gerichte bei den ordentlichen Verfahren zu erwarten ist.

BL: Antrag: Es ist zu prüfen, ob hier ein spezielles Befehlsverfahren für den Schutz der Persönlichkeit (z.B. Annäherungsverbote, Ausweisung von Konkubinatspartnern) vorgesehen werden sollte. Dies sollte unseres Erachtens jedoch eher im materiellen Recht geregelt werden. Wenn nicht, beantragen wir eine entsprechende Regelung in der ZPO.

LU: Im Vorentwurf sind superprovisorische Massnahmen nur für Fälle einer vorsorglichen Massnahme (Art. 275 ff. VE-ZPO) vorgesehen. Es entspricht aber einem Bedürfnis, diese Möglichkeit auch für das Summarverfahren vorzusehen (vgl. auch Art. 329 VE-ZPO). Wir regen an, die Bestimmungen entsprechend zu ergänzen.

TI: Sancisce la procedura sommaria nei casi in cui è chiaro come si sono prodotti i fatti e sarebbe quindi inutile applicare la procedura ordinaria. In sostanza corrisponde a quanto previsto dall'art. 488a CPC-Ti.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Für die Kriterien "sofort beweisbarer Sachverhalt" und "klare Rechtslage" als Voraussetzungen für den Schnellen Rechtsschutz besteht ein grosser Auslegungsspielraum, weshalb dieses Rechtsinstitut – welches durchaus seine Berechtigung haben mag – mit Sicherungen zum Schutz der beklagten Partei versehen werden sollte. Es erscheint insbesondere nicht gerechtfertigt, ihr nur eine "kurze Frist" zur Stellungnahme anzusetzen (Art. 267 Abs. 1, gemäss Erläuternder Bericht S. 127 "3 bis 5, höchstens 10 Tage"): In diesem Fall bestünde die Gefahr, dass eine Partei nach ihrer Rückkehr von einer länger dauernden Abwesenheit vollendete Tatsachen vorfindet (vgl. Art. 130 Abs. 3 lit. a) und sich dagegen nur noch mit einem Gesuch um Wiederherstellung oder einem Rekurs zur Wehr setzen kann – beides mit ungewissem Ausgang. Zu bedenken ist dabei, dass innerhalb der Schranken von Art. 266 Abs. 2 für jede beliebige Materie und jeden beliebigen Streitwert der Schnelle Rechtsschutz verlangt werden kann.

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Verhältnis Schneller Rechtsschutz / ordentliches resp. vereinfachtes Verfahren: das Summarverfahren für den schnellen Rechtsschutz führt nur in liquiden Sachverhalten - und bei entsprechendem Antrag der Klagpartei, was auch eine Mutfrage beinhaltet, denn der Entscheid kann ja materielle Rechtskraft entfalten! - zu einer Entlastung der Gerichte. Illiquide, beweismässig aber nicht komplexe Sachverhalte müssten gem. Vorentwurf zwingend schriftlich beurteilt werden. Die Möglichkeit mündlicher Prozesse schafft eine zusätzliche Flexibilität.

ASI: Acceptez-vous la procédure de "protection rapide" tel que proposé aux artt. 266 et 267 de l'avant-projet ?

Tendenzialmente no. Il campo d'applicazione non risulta essere sufficientemente chiaro e definito. A nostro avviso basterebbe applicare in maniera generalizzata la procedura semplificata, senza prevedere un ulteriore tipo di procedura che in pratica creerebbe solamente difficoltà e confusione sulla procedura da applicare.

FSA: La FSA approuve l'introduction dans la LPC de ce type de procédure, inconnu des codes latins, mais consacré par de nombreuses législations alémaniques. Elle part de l'idée que cette procédure doit permettre non seulement d'obtenir l'exécution d'une *obligation de faire* (remise d'une chose, par exemple de documents, ou expulsion d'un locataire), mais également le *paiement d'une somme d'argent* (la *provision* du référé de droit français) soit d'une dette dont l'existence n'est pas sérieusement contestable (par ex. acompte à verser par l'assureur RC lorsque la responsabilité civile de son assuré est clairement engagée).

La FSA est consciente des limites du système qui en réduisent l'importance pratique, dans le domaine patrimonial particulièrement.

GGD ZH: Vgl. die Ausführungen zu Art. 264.

OAFRI: Articles 266 et 267: La "protection rapide dans les cas clairs" semble le type même de l'institution mort-née.

Les conditions d'application de l'institution sont telles que la partie doit se livrer à une appréciation anticipée non seulement pour savoir si le juge admettra sa

requête mais pour prévoir s'il entrera en matière. La recevabilité de l'action est donc conditionnée par l'appréciation du bien-fondé de la demande.

Si l'on élargit le champ d'application des mesures provisionnelles, à l'instar des dispositions françaises relatives au référé, l'institution de la protection rapide dans les cas clairs deviendra inutile. Certes, la décision rendue par le juge, selon l'art. 267 de l'avant-projet, aura la force de chose jugée. On ne voit néanmoins pas l'utilité, sinon théorique, d'une telle force de chose jugée, par rapport à une ordonnance de référé qui impose l'exécution d'une obligation ou le paiement d'une provision sans impartir de délai au requérant pour agir au fond; dans les cas où la prétention ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse, le défendeur ou intimé ne saisira en général pas le juge du fond.

SchKG-Vereinigung: Schneller Rechtsschutz in klaren Fällen sollte (wie bis anhin in ZH) auf Nichtgeldforderungen beschränkt bleiben, für letztere steht die provisorische Rechtsöffnung als Summarverfahren zur Verfügung.

Uni LA: La protection rapide dans les cas clairs est une institution intéressante, qui présente cependant d'assez sérieux risques de dérapage. Sans s'opposer à l'introduction de ces dispositions, on relèvera qu'elles ne bénéficient pas à ce jour d'une expérience aussi large que le suggère le commentaire, car les institutions analogues qui existent actuellement dans maint canton alémanique ne s'appliquent en règle générale qu'à certaines injonctions (ordre de faire ou de ne pas faire) mais non aux prétentions en paiement. Vouloir généraliser l'institution à toutes les prétentions librement disponibles lui donne évidemment une bien autre portée et implique une coordination sur laquelle le commentaire reste muet avec le système de mainlevée et d'action en libération de dette de la LP.

Uni NE: Alors que cette procédure est inconnue dans de nombreux cantons, le rapport est extrêmement succinct sur la justification de la protection rapide dans les cas clairs. D'une manière générale, on peut se demander si cette procédure ne fait pas double emploi avec la mainlevée provisoire de l'opposition et si, globalement, il n'est pas plus intéressant d'agir dans tous les cas par le biais de la protection rapide lorsqu'on dispose d'un titre. Un cas peut-il ne pas être clair et susceptible de mainlevée provisoire ?

Si la protection rapide dans les cas clairs n'est peut-être pas inintéressante, il conviendrait que son champ d'application et ses conséquences globales soient plus approfondies dans le cadre de l'unification.

Uni ZH: Das Verfahren betr. Rechtsschutz in klaren Fällen ist mit dem Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung zu koordinieren. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 80 f.*

Art. 267

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Nach der Konzeption des Gesetzes soll der "schnelle Rechtsschutz" noch schneller sein als das gewöhnliche summarische Verfahren (Bericht, zu Art. 267, S. 127). Von daher ist fraglich, inwiefern die allgemeinen Vorschriften zum summarischen Verfahren auf den schnellen Rechtsschutz anwendbar sind. Art. 265 VE erlaubt (fakultativ) eine Verhandlung. Davon ist in Art. 267 VE nicht

mehr die Rede. Dadurch werden die Richterinnen und Richter im summarischen Verfahren eingeschränkt. Gerade in Nachbarschaftssachen und bei Baueinsprachen – klassische Fälle des "schnellen Rechtsschutzes" – ist eine Verhandlung (und zwar an Ort und Stelle) meistens unabdingbar. Trotz der Konzeption "schneller als schnell" muss es ausserdem möglich sein, auch innerhalb eines Verfahrens auf schnellen Rechtsschutz vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, ein vorläufiges Bauverbot zum Beispiel.

LU: Die Regelung, wonach beim schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen ein Sachentscheid hinsichtlich der Rechtskraft dieselbe Wirkung hat wie ein Entscheid im ordentlichen Verfahren, erscheint im Falle einer Abweisung des Gesuchs problematisch. Die materielle Rechtskraft sollte daher auf diejenigen Entscheide beschränkt werden, die das Gesuch gutheissen.

SH: Nach der Konzeption des Gesetzes soll der "schnelle Rechtsschutz" noch schneller sein als das gewöhnliche summarische Verfahren (Bericht, zu Art. 267, S. 127). Von daher ist fraglich, inwiefern die allgemeinen Vorschriften zum summarischen Verfahren auf den schnellen Rechtsschutz anwendbar sind. Art. 265 VE erlaubt (fakultativ) eine Verhandlung. Davon ist in Art. 267 VE nicht mehr die Rede, denn die Formulierung von Art. 267 Abs. 1, wonach der beklagten Partei "eine kurze Frist" zur Stellungnahme gesetzt wird, deutet auf 'ein schriftliches Verfahren hin. Bei Art. 262 VE hingegen besteht die Möglichkeit des schriftlichen *oder* mündlichen Verfahrens. Durch das offenbar vorgesehene schriftliche Verfahren von Art. 267 VE werden die Richterinnen und Richter, eingeschränkt. Gerade in Nachbarschaftssachen und bei Baueinsprachen - klassische Fälle des "schnellen Rechtsschutzes" - ist eine Verhandlung (und zwar an Ort und Stelle) meistens unabdingbar.

Trotz der Konzeption "schneller als schnell" muss es ausserdem möglich sein, auch innerhalb eines Verfahrens auf schnellen Rechtsschutz vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, ein vorläufiges Bauverbot zum Beispiel.

TI: In questa procedura non è prevista la citazione delle parti ad un'udienza, ma il tribunale assegna un breve termine alla controparte per esprimersi.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: "Kurze Frist": laut Bericht 3 bis 5 Tage, höchstens 10 Tage. Angesichts der Möglichkeit eines Sachurteils mit voller materieller Rechtskraft ist die Frist unangemessen kurz, und auch nicht "stimmig" zur Frist bei der Säumnisregelung von Art. 142.

Aus dem Gebot der Waffengleichheit muss der beklagten Partei eine dem konkreten Sachverhalt angemessene Frist gesetzt werden, in der ihr der Beweis der Illiquidität zumutbar ist, zumal ja der Beginn des Verfahrens allein durch die Klagpartei bestimmt wurde.

AVLU: Die Regelung von Abs. 3, wonach ein Sachentscheid hinsichtlich der Rechtskraft die gleiche Wirkung hat wie ein Entscheid im ordentlichen Verfahren, erscheint im Fall einer Abweisung des Gesuchs problematisch. Die materielle Rechtskraft sollte daher auf Entscheide, die das Gesuch gutheissen, beschränkt werden.

FSA: La FSA considère que la procédure doit *pouvoir être orale* et propose donc de modifier l'al. 1er de cette disposition de la manière suivante:

*al. 1 Für das Verfahren gelten die Art. 261 bis 265. Das Gericht setzt der beklagten Partei eine kurze Frist zur Stellungnahme bzw. lädt kurzfristig zur mündlichen Verhandlung vor.*

L'al. 3 de cet article peut être supprimé si les précisions que nous souhaitons apporter à l'art. 265 y sont introduites.

OGZH: Wir vermissen hier die Möglichkeit des provisorischen Befehls, wie sie uns aus ZH-ZPO 224 vertraut ist und wie sie sich in unserer Praxis sehr bewährt hat. Gerade bei der Ausweisung von Mietern und Pächtern hat man es häufig mit Beklagten zu tun, welche gar nichts gegen eine Ausweisung unternehmen, die aber einfach völlig passiv bleiben, keine Post abholen und auf reinen Zeitablauf spekulieren. Hier kann mit dem provisorischen Befehl eine wertvolle Beschleunigung erreicht werden, ohne dass der Beklagte in seinen Verteidigungsrechten eingeschränkt wird.

Es ist uns bekannt, dass die Expertenkommission den Punkt diskutierte und verwarf. Wir erlauben uns gleichwohl, ihn noch einmal aufzuwerfen unter Hinweis darauf, dass der provisorische Befehl eigentlich nichts anderes ist als die Zustellung des Zahlungsbefehls. In beiden Fällen kann der Betroffene die Sache mit einer einfachen Erklärung stoppen. Anders als beim Zahlungsbefehl hat aber beim provisorischen Befehl doch ein Gericht das Begehren geprüft und für prima vista ausgewiesen befunden. Im Übrigen kann man darauf hinweisen, dass der VE in Art. 271 ff. mit dem Verbot unter Strafdrohung mit guten Gründen ein ganz ähnliches Prozedere einführt (vgl. namentlich VE Art. 274).

Vorschlag:

*Art. 267a Provisorische Befehle und Verbote*

<sup>1</sup>*Wird die Berechtigung glaubhaft gemacht, kann das Gericht dem Begehren ohne Anhörung der beklagten Partei entsprechen.*

<sup>2</sup>*Gleichzeitig wird der beklagten Partei eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um beim Gericht Einsprache zu erheben, unter der Androhung, dass der Entscheid sonst vollstreckbar werde.*

<sup>3</sup>*Wird Einsprache erhoben, fällt der provisorische Entscheid dahin, und das Gericht verfährt weiter nach Art. 267.*

Art. 268

*Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

VSGV: ad Art. 268 bis 270 VE ZPO: Wir begrüßen die Verfahrensvereinheitlichung bei der nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Die generelle Festlegung der Untersuchungsmaxime ist unseres Erachtens in dieser absoluten Form fragwürdig, muss hier doch die Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers eine erhöhte Bedeutung haben. So ist beispielsweise bei der Kraftloserklärung von Schuldbriefen vom Gesuchsteller dem Gericht glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen des Schuldenerufes gegeben sind. Es ist sicherlich nicht Sache des Gerichtes bei solchen einseitigen Interessen Handlungen von sich aus vorzunehmen.

Uni LA I. *Anticonstitutionnalité de l'application de la PCF à des autorités administratives; les conséquences de l'art 270 AP*

a) Selon l'art. 122 al. 1 nCst., la Confédération dispose d'une compétence législative en matière de procédure civile, alors qu'il a été délibérément renoncé à une unification de la procédure administrative devant les autorités cantonales (FF 1997 I 525-526).

Selon l'opinion dominante, la juridiction gracieuse en matière civile appartient au domaine de la procédure, et non du droit privé matériel (B. KNAPP, Commentaire de la Cst, III, Bâle 1986, n° 64 ss, ad 64, spéc. n. 68; A. DEPRAZ, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Lausanne 2002, n° 89 p. 53 et n° 67 p. 40-41; Ch. LEUENBERGER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich 2002, n. 7 ad 122 p. 1264; K. EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, RDS 1969 II 490; H. MARTI, Notariatsprozess, Berne 1989, p. 34; P.-R. GILLIERON, in JdT 2003 II 3; D. PIOTET, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, thèse Lausanne, Zurich 1981, p. 46 ss et les nombreuses références citées, notamment n. 21 p. 46 ss; *idem*, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, RNRF 2003, p. 137). Cela signifie que la procédure non contentieuse ne peut être uniformisée par la Confédération en vertu du droit matériel que si l'application du droit uniforme matériel l'exige; à ce défaut, la procédure gracieuse civile, soit devant les autorités judiciaires, peut être uniformisée en tant qu'élément de la procédure civile de l'art. 122 Cst, alors que la procédure non contentieuse administrative ne le peut pas.

Cette situation ne nuit nullement au législateur fédéral en matière de droit privé. Si le législateur fédéral entend en effet assurer la procédure applicable, il lui suffit de désigner un juge au sens de l'art. 54 al. 2 Tit. fin. CC pour l'application de la disposition de droit matériel; la seule règle qu'il n'est pas habilité à édicter serait une exclusion de principe des autorités administratives pour l'application du droit privé fédéral (en effet l'art. 122 al. 2 Cst n'autorise pas une intervention générale du législateur fédéral en matière d'organisation judiciaire cantonale, cf. notamment J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003, n° 13 ad 122 p. 983; Ch. LEUENBERGER, *op. cit.*, n° 13 ad 122 p. 1266-1267).

Si en revanche, le législateur fédéral n'impose pas l'autorité d'un "juge", il ne peut alors uniformiser la procédure applicable qu'autant qu'elle apparaisse indispensable, à l'application du droit matériel. C'est ainsi que le législateur fédéral a jugé indispensable l'unification pour une large partie du droit des registres civils, mais qu'il ne pourrait en revanche l'envisager pour le droit de l'acte authentique par exemple.

Dès lors, l'uniformisation de toutes les procédures gracieuses, par principe, et sans égard aux institutions matérielles qui sont en jeu, apparaît certainement anticonstitutionnelle et devrait être à ce titre abandonnée.

b) Les conséquences de l'AP, spécialement de son art. 270 qui prévoit l'application de la procédure unifiée aux autorités administratives cantonales, seraient en outre extrêmement graves.

On relèvera d'abord que l'AP conduirait à anéantir des règles applicables devant l'autorité administrative, aujourd'hui unanimement admises (exemple infra ch. 2. let. c pour l'art. 30 al. 1 CC), sans qu'aucune réflexion sur de tels problèmes n'ait été entamée.

L'application de l'AP pourrait en outre aboutir à des situations inextricables chaque fois que cette autorité est également chargée de trancher une question de droit administratif qui ne relève pas du droit privé matériel, mais bien du droit cantonal de la procédure administrative. Il suffit ici de mentionner comme exemple de cette situation les cas très fréquents dans de nombreux cantons où l'inventaire successoral vaut également inventaire fiscal, ou encore des cas comme celui où la procédure de changement de nom est liée à une constatation de nationalité de l'enfant (exemple publié in RDAF 1981, p. 439 ss, par exemple), etc.: l'on est loin de la simplification annoncée par le commentaire (p. 129) !

Ces inconvénients pratiques sont aggravés par le fait que l'AP se veut exhaustif, et que nombre d'institutions nécessaires à l'application de telle ou telle institution prévue par le CC ou le CO sont touchées par cette option, faute de toute règle qui leur est applicable, de sorte que cela contribue à une paralysie du droit matériel.

c) Le rapport de la commission d'experts est en outre contradictoire sur la question de l'application de l'AP à des autorités non judiciaires. Il soutient ainsi que l'instrumentation des actes authentiques ne relève pas de la juridiction gracieuse selon le projet (Rapport, p. 129) alors que l'art. 1<sup>er</sup> de cet avant-projet prescrit pourtant qu'il doit s'appliquer à toutes les "affaires civiles".

Or, lorsqu'un officier public instrumente mal ou refuse d'instrumenter à tort un acte authentique en violation d'une règle de droit fédéral, par exemple parce qu'il refuse à tort de respecter une forme du droit étranger (art. 11 LDIP), il s'agit bien d'une affaire civile, notamment aujourd'hui susceptible de recours en nullité au TF (cf. D. PIOTET, La qualité pour recourir en matière de juridiction civile non contentieuse, in "Le droit en action", Lausanne 1996, p. 338). Ce point n'a d'ailleurs jamais été contesté ou discuté jusqu'au dépôt du rapport.

Ainsi, la notion d'"affaire civile" de l'art. 1<sup>er</sup> AP ne correspondrait pas à celle l'actuelle OJF, alors qu'elle devrait pourtant apparaître en référence quelque part. Le rapport lui-même ne la définit nulle part, et l'on peut sérieusement douter que la réserve émise par la commission d'experts à propos de l'acte authentique conserve sa pertinence au regard du texte clair de l'art. 1<sup>er</sup> AP.

L'on voit au demeurant à quelles aberrations l'application de l'AP en matière de procédure d'instrumentation d'actes authentiques pourrait aboutir (cf. déjà, pour la LFors, D. PIOTET, La passage des fors cantonaux aux fors fédéraux, l'exemple de la juridiction gracieuse, CEDIDAC, n° 44, Lausanne 2002, p. 71): l'on admettra ainsi la pertinence matérielle de la réserve faite dans le rapport, mais en contestant qu'il puisse ne pas s'agir ici d'une "affaire civile" au sens connu à ce jour en droit fédéral. Ces flottements contribuent largement aux troubles suscités par les dispositions gracieuses de l'AP.

## *II. Inadaptations multiples des règles de l'AP à la procédure gracieuse*

Un intérêt à l'unification des procédures en matière de droit privé confiées aux juridictions administratives cantonales existe d'autant moins en l'espèce que l'AP est largement inadaptée aux particularités de la juridiction gracieuse. Il suffit pour s'en convaincre de l'illustrer par les quelques difficultés ci-dessous, les difficultés recensées n'étant pas exhaustives.

### a) Légitimation au procès gracieux

En procédure contentieuse, la qualité de partie au procès est dictée par les règles de droit matériel, soit par la qualité de partie aux rapports de droit déduites en justice. Il n'en est pas de même en matière gracieuse; c'est une question relevant pour partie du droit de procédure que de savoir qui est légitimé à agir en matière gracieuse, le droit de procédure étant décisif au-delà du cercle des ayants-droits défini par le droit matériel (cf. D. PIOTET, *op. cit.*, 1996, p. 330 ss et les réf.).

A aucun moment l'AP ne fixe cette légitimation et le rapport de la commission d'experts ne la discute pas au-delà des seuls art. 57 et 58 AP qui n'abordent pas au demeurant cette difficulté.

Aujourd'hui par exemple, même en dehors du seul domaine tutélaire, c'est le droit cantonal qui détermine si le créancier successoral peut recourir contre une décision de l'administrateur d'office ou en matière de bénéfice d'inventaire, si l'opposant au changement de nom selon l'art. 30 al. 3 CC a également qualité pour intervenir dans la procédure administrative, si les parents de l'adoptant peuvent recourir contre le prononcé d'adoption, ou encore qui parmi les tiers non légitimés par le titre, mais touchés par la procédure, peut intervenir dans l'annulation d'un papier-valeur (nombreux exemples, D. PIOTET, *op. cit.*, 1996, p. 339 ss, 342 ss).

Sur cette constellation de situations, le silence de l'AP pèse lourdement. Faut-il en conclure que l'on a renvoyé sur cette question à la légitimation pour recourir au TF, en excluant alors une légitimation plus large au niveau cantonal (ce qui appauvrirait considérablement la valeur de la juridiction gracieuse cantonale) ? L'on peut en douter, d'autant que le projet de loi sur le TF renvoie lui-même cette question à la légitimation valant devant l'autorité cantonale (FF 2001, p. 4111): l'on tournerait en rond, et aucune solution ne serait donnée ainsi à la question.

### b) Les règles de fors

L'on reviendra dans la discussion article par article sur l'adaptation complète de l'art. 17 AP (art. 11 LFors) à des questions relevant de la juridiction gracieuse.

Mais force est encore de remarquer que d'innombrables règles de fors posent des questions en matière juridiction gracieuse ou sont inadaptées à elle (art. 7 al. 2, 12, 13, 14, 15 et 16 AP). Une réglementation spécifique, mieux adaptée, serait fondamentalement souhaitable.

### c) Inadaptation d'autres règles de procédure

Il n'est pas possible de recenser dans les quelques lignes qui suivent toutes les dispositions de l'AP qui sont inadaptées aux spécificités de la juridiction gracieuse. On se bornera ici à recenser quelques exemples.

- le premier concerne l'audition du père dans la procédure en changement de nom de l'enfant mineur: cette audition est une formalité préalable à la décision gracieuse, mais ledit père a également un droit de recours contre la décision à rendre, à tout le moins pour violation de cette formalité, et le cas échéant également sur le fond selon le droit cantonal (cf. sur la problématique, ATF 97 I 619, JdT 1972 I 220; ATF 105 Ia 281, JdT 1981 I 2; ATF 124 III 49, JdT 1999 I 181, ainsi que D. Piotet, *op. cit.*, 1996, p. 343).

Comment juger du rôle de ce père au regard de l'AP ? Il n'y a pas en effet d'intervention selon les art. 65 et 66 AP, car il ne s'agit pas d'une intervention volontaire qui devrait être autorisée spécifiquement; il ne s'agit pas non plus d'un simple témoin, qui n'aurait pas de légitimation à intervenir quant à la décision au fond.

La conclusion est claire: la jurisprudence fédérale sur l'audition du père de l'enfant mineur en application de l'art. 30 al. 1 CC, jusque là imposée à la procédure cantonale par la jurisprudence fédérale, devrait être abolie, puisqu'elle ne trouve plus de place dans la future législation fédérale qui reprendrait le texte de l'AP.

– La pluralité de parties à l'instance gracieuse peut également caractériser certaines procédures. Sans même entrer en matière sur des questions controversées, il suffit de songer ici à des cas où la qualification de procédure gracieuse est généralement admise, et où le requérant peut se heurter à un "opposant" par exemple le créancier dans la consignation judiciaire faite par le débiteur; l'entrepreneur dans l'expertise judiciaire sollicitée par le maître de l'ouvrage défectueux; le bailleur s'opposant à la consignation du loyer; le créancier demandant l'admission d'une production tardive dans le bénéfice d'inventaire; les créanciers dans la liquidation officielle de la succession; l'enfant de la personne qui veut rectifier son état civil qui s'oppose à cette rectification, etc.). Là encore, la qualification du rôle de cet "intervenant" ne peut se régler par aucune disposition de l'AP. Il ne peut en effet s'agir d'une partie défenderesse, parce qu'aucun droit subjectif n'est déduit contre lui; une intervention dépendante (art. 65 AP) n'entre pas non plus en ligne de compte, dès lors que, loin de tendre à l'allocation des conclusions des parties requérantes, il s'agit tout au contraire de s'y opposer; enfin, il ne peut s'agir d'une intervention principale (cf. Rapport, p. 38) parce qu'elle ne peut être avancée indépendamment de l'instance en cause devant l'autorité: et pourtant, ces intervenants peuvent généralement recourir contre le jugement gracieux à intervenir (cf. *supra*, lit. a). On ne peut qu'être frappé par l'obscurité complète sur ces questions sans qu'aucune solution puisse être dégagée, ni au regard du texte de l'avant projet, ni même au regard du rapport de la commission.

Mais il y a plus grave: selon le rapport de la commission d'experts, la présence de plusieurs "parties" à l'instance exclurait le caractère "gracieux" de la cause (Rapport, p. 129 2 § *in fine*). L'on a déjà souligné ailleurs à quel point cet élément de la définition de l'affaire gracieuse était erroné (cf. J.-F. POUURET, COJ, II, Berne 1990, p. 5-6). Si l'on entend par là les "parties" ayant qualité pour recourir au fond, soit en particulier les innombrables hypothèses évoquées ci-dessus, ces causes seraient, selon les experts, retirées de la procédure sommaire pour être renvoyées à la procédure ordinaire, et l'on laisse à penser à quelles aberrations l'on parviendrait alors.

Il faut souligner encore l'inadaptation de l'AP lorsqu'une personne légitimée à l'instance non contentieuse confiée à un juge par le droit matériel entend exercer concurremment une action contentieuse. Ainsi, lorsque le débiteur ou le créancier entend faire consigner en justice sa prestation et exercer une créance contre l'autre partie au même contrat, la consignation ne peut être jointe à la cause principale, faute – dans la règle – d'identité des procédures (art. 81 AP); il en serait de même d'ailleurs si la consignation était opposée par voie de réponse à l'action du demandeur (art. 80 AP). Les alourdissements dus au

dédoublément des procédures dans de telles hypothèses pourraient être évités avec des dispositions spécifiques à certaines procédures gracieuses, qui font en l'état défaut dans l'AP.

Enfin on peut relever ici pour mémoire l'inadaptation de l'art. 269 AP (cf. rem. sur cette disposition, ci-après).

### *III. Des pans entiers d'institutions gracieuses ne seraient plus réglementés ce qui reviendrait à paralyser le droit matériel*

L'option de l'AP est d'opérer l'unification de la procédure civile gracieuse de sorte que les cantons ne puissent plus établir aucune règle dans ces domaines, que ce soit face à un juge civil ou à une autorité administrative (dans ce dernier cas, cf. ch. I let. a ci-dessus).

Aujourd'hui, toutes les lois cantonales contiennent des règles sur la procédure à suivre en matière d'inventaire conservatoire, de bénéfice d'inventaire, de liquidation officielle, de partage des biens indivis, de consignation, de déclaration d'absence, sans même parler des domaines expressément confiés au seul droit cantonal (par ex. art. 552 et 553 al. 3 CC). De nombreux cantons disposent également de règles spécifiques sur la procédure d'adoption, le retrait de l'autorité parentale, la reconnaissance de paternité, l'homologation des actes à cause de mort, la prescription acquisitive extraordinaire en matière immobilière, les choses trouvées, etc. etc.

Aucune de ces matières spécifiques n'est réglée spécialement dans l'AP. L'art. 284 AP excepte simplement des mesures provisionnelles le régime des sûretés successorales, mais ne détermine aucune procédure applicable à celles-ci; même l'art. 553 al. 2 CC, pourtant limité au seul inventaire conservatoire de la succession, verrait sa portée mise en cause par le fait que la procédure civile unifiée serait une loi postérieure.

Quelle serait alors la situation ? Comment en effet assurer l'application de l'institution qu'est le bénéfice d'inventaire si l'on ignore de quelle façon les sommations publiques doivent être faites (582 CC), si la forme de la notification d'un acte à des tiers n'est pas spécifiée (583 al. 2 CC), ou encore si l'on ne sait ni si certains éléments actifs doivent être mis en relation avec des éléments passifs ni comment organiser les mesures d'administration entre les héritiers et l'autorité (585 CC) ? Comment peut-on s'assurer de l'efficacité de la procédure de publication en matière d'absence (36 CC) si ce n'est s'adaptant aux institutions cantonales de publicité ? Cette liste de questions peut s'allonger indéfiniment et montrer à quel point les institutions gracieuses précitées dépendent de règles cantonales complémentaires. Supprimer ces règles cantonales sans rien établir de correspondant dans l'AP est de nature à paralyser les institutions du droit matériel

### *IV. Conclusion*

Les remarques qui précèdent laissent à penser qu'une refonte complète des dispositions propres à la juridiction gracieuse de l'AP doit certainement être envisagée.

Au vu de la variété des organisations judiciaires et administratives cantonales, la meilleure solution serait de renoncer à uniformiser le droit de la juridiction gracieuse.

Si l'on devait préférer l'option contraire, l'unification devrait être limitée aux cas relevant des autorités judiciaires, cela tant pour des motifs d'ordre constitutionnel que d'opportunité de la réglementation.

A tout le moins convient-il impérativement de réserver au droit cantonal la possibilité de compléter par des règles de procédure la mise en œuvre des institutions matérielles spécifiques de la juridiction gracieuse.

Uni NE: voir art. 259.

Uni ZH: Der Anwendungsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit muss vom Gesetzgeber näher bestimmt werden. Diese wichtige Frage kann nicht einfach, wie im Vorentwurf vorgeschlagen, Lehre und Praxis überlassen werden. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 82.*

Art. 269

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Codifica la prassi attuale, ossia la possibilità di correggere una decisione senza formalità nei casi in cui non è violata la sicurezza giuridica o una disposizione legale.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Bger: Bereits heute dürfte die Mehrheit der Entscheide auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit in kantonalen Summarverfahren ergehen. Für die Frage der Berufungsfähigkeit ist jedoch nicht massgebend, in welchem Verfahren der angefochtene Entscheid ergangen ist, sondern vielmehr, ob es sich - von den Ausnahmen der Art. 49 und 50 OG abgesehen - um einen Endentscheid handelt (Art. 48 Abs. 1 OG). Art. 269 VE-ZPO mit dem Randtitel "Rechtskraft" sieht nun vor, dass Entscheide, die sich im Nachhinein als unrichtig erweisen, aufgehoben und abgeändert werden können, es sei denn, das Gesetz oder Rechtssicherheit ständen dem entgegen. Es handelt sich damit um eine zusätzliche Korrekturmöglichkeit ausserhalb eines förmlichen Rechtsmittelverfahrens. Weder aus dem Text des Gesetzesentwurfes noch aus dem Bericht (S. 129) folgt, dass Entscheide im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Blick auf diese Korrekturmöglichkeit nicht in Rechtskraft erwachsen würden. Allerdings könnte die Marginalie "Rechtskraft" diesbezüglich zu Zweifeln Anlass geben. Käme solchen Entscheidungen mit Blick auf die Korrekturmöglichkeit nämlich nur eingeschränkte materielle Rechtskraft zu, wäre fraglich, ob sie mit Berufung angefochten werden könnten, was dem Anliegen des Bundesgesetzgebers zuwider liefe, der mit dem Katalog berufungsfähiger Fälle gemäss Art. 44 OG die umfassende bundesgerichtliche Überprüfung wichtiger Entscheide auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sicherstellen wollte.

Uni LA: Il s'agit là encore d'une disposition inadaptée aux particularités de la juridiction gracieuse. Selon la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire (cf. notamment D. PIOTET, *op. cit.*, 2001, p. 61 et les références des notes 33 et 34), la juridiction gracieuse se caractérise par une absence d'autorité matérielle de la chose jugée. Il est tout à fait impossible qu'une pesée des intérêts telle celle évoquée par l'art. 269 AP puisse imposer une autorité de la chose jugée à une institution gracieuse dont le sens l'exclut. Une rédaction correcte de cette disposition devrait être la suivante:

*Les décisions rendues en matière gracieuse n'ont autorité de la chose jugée que si cela résulte du droit matériel.*

Art. 270

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TG: Diese Bestimmung dürfte in der Praxis zu grossen Schwierigkeiten führen. Namentlich ist nicht klar, welche Fälle von freiwilliger Gerichtsbarkeit unter diese Norm fallen. Auf S. 128 des Berichtes werden gewichtige Ausnahmen erwähnt.

Art. 271

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Vorbemerkungen zu den Art. 271 - 274: Anstelle des Titels "Besitzesschutz unter Strafandrohung" schlagen wir den Titel "Allgemeines Verbot" vor, da sonst eine Verwechslung mit dem Besitzesschutz nach ZGB droht. Vorliegend werden jedoch sog. "Allgemeine Verbote" wie das Parkverbot bzw. weitere Verbote, welche sich auf Grundstücke beziehen, geregelt.

Es stellt sich ausserdem die Frage, in welchem Verfahren der Besitzesschutz nach ZGB durchzuführen ist. Unter dem summarischen Verfahren findet sich dazu in Art. 259 ZPO keine ausdrückliche Regelung, ins ordentliche Verfahren gehört der Besitzesschutz jedoch auch nicht. Beim Besitzesschutz handelt es sich aber auch nicht um eine vorsorgliche Massnahme. Der Besitzesschutz gemäss ZGB ist offenbar im VE ZPO nur gestützt auf die Generalklausel in Art. 258 lit. e VE ZPO erfasst. Dies erscheint der Bedeutung des Besitzesschutzes nach ZGB nicht angemessen, weshalb wir eine explizite Regelung des Besitzesschutzes in Art. 259 VE ZPO vorschlagen.

FR: Art. 271-274: revient-il au juge civil de prononcer des condamnations à caractère pénal pour des troubles de la possession dans le cadre d'une mise à ban ?

LU: Wir schlagen vor der Klarheit halber festzuhalten, dass sich der Besitzesschutz auf die Unterlassung *ungerechtfertigter* Besitzesstörungen beschränken muss.

Im Weiteren beantragen wir, den Besitzesschutz unter Strafandrohung auf den Erlass allgemeiner Verbote zu beschränken. Der Rechtsschutz bei Besitzesstörungen durch bestimmte Personen kann über den schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen gewährleistet werden. Es ist nicht sachgerecht, die Adressaten eines Verbotes, welche die Einsprachefrist verpasst haben, auf den Prozessweg zu verweisen, um ein ungerechtfertigtes Verbot zu beseitigen.

Ebenso beantragen wir, die Verbotsdauer zu beschränken. Ansonsten besteht langfristig die Gefahr, dass viele gegenstandslos gewordene Verbote bestehen bleiben. Das Erfordernis eines hinreichend schützenswerten Interesses für den Erlass eines amtlichen Verbotes sollte ausdrücklich im Gesetzestext verankert werden. Das Gericht soll damit ermächtigt werden, auch Verbote vernünftig und verhältnismässig auszugestalten.

SH: Vorbemerkung zum Besitzesschutz unter Strafandrohung: Der Regelung durch die Art. 271 - 274 kann in der hier vorgeschlagenen Form nicht zugestimmt werden.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Convient-il vraiment qu'une institution aussi marginale que la mise à ban fasse l'objet d'une section spéciale du chapitre consacré à la procédure sommaire ?

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Der Besitzerschutz hat sich auf die Unterlassung ungerechtfertigter Besitzesstörungen zu beschränken.

Im Weiteren ist der Besitzerschutz unter Strafandrohung auf den Erlass allgemeiner Verbote zu beschränken. Der Rechtsschutz bei Besitzesstörungen durch bestimmte Personen kann über den schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen gewährleistet werden. Es ist nicht sachgerecht, den Adressaten eines Verbotes, der die Einsprachefrist verpasst hat, auf den Prozessweg zu verweisen, um ein ungerechtfertigtes Verbot zu beseitigen.

DJZ: Die Androhung einer Busse von bis zu 5000 Franken erscheint bei weitem übertrieben.

Uni ZH: Die besonderen Bestimmungen betr. den strafrechtlichen Besitzerschutz gegenüber Einzelpersonen ist zu streichen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 81 f.*

Art. 272

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Abs. 2 ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Nach der Konzeption des Verfahrens haben diese vom Verbot betroffenen "bestimmten Personen" keinerlei Mitwirkungsrecht; der Entscheid muss ihnen gegenüber nicht einmal begründet werden. Das mag im Licht der vorgeschlagenen Art. 273 f. VE zwar noch hingehen. Doch widerstrebt es rechtsstaatlicher Übung, kein Zweiparteienverfahren durchzuführen, wenn bestimmte Personen betroffen sind. Dieses kann durchaus summarisch sein. Abs. 2 ist daher ersatzlos zu streichen.

SH: Abs. 2 ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Nach der Konzeption des Verfahrens haben diese vom Verbot betroffenen "bestimmten Personen" keinerlei Mitwirkungsrecht; der Entscheid muss ihnen gegenüber nicht einmal begründet werden. Das mag im Licht der vorgeschlagenen Art. 273 f. VE zwar noch hingehen. Doch widerstrebt es rechtsstaatlicher Übung, *kein* Zweiparteienverfahren durchzuführen, wenn *bestimmte* Personen betroffen sind. Dieses kann durchaus summarisch sein. Abs. 2 ist daher ersatzlos zu streichen.

SO: Das richterliche Verbot ist gemäss bisheriger Anschauung ein allgemeines Verbot der Besitzesstörung, welches der Besitzer eines Grundstückes erwirken kann und das sich gegen jedermann richtet. Wer dem Verbot zuwiderhandelt wird auf Antrag des Berechtigten mit einer Busse von bis 5'000 Franken bestraft. In der nun vorgesehenen Form könnte sich das Verbot aber auch gegen bestimmte Personen richten. Diese neue Möglichkeit lehnen wir ab. Eine Verlagerung von nachbarrechtlichen Streitigkeiten von den Zivil- auf die Strafgerichte ist unserer Ansicht nach nicht sinnvoll.

## Art. 273

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Art. 273 und 274: Das vorgesehene Einspracheverfahren ist kompliziert und von der Rollenverteilung her verkehrt. Durch eine blossе Einsprache, deren Begründetheit nicht weiter zu prüfen wäre, fielē nach der vorgesehenen Regelung das Verbot einfach dahin. Eine Einsprache gegen ein richterlich ausgesprochenes Verbot sollte jedoch vielmehr im gleichen Verfahren abgehandelt werden können, z.B. mit einer Abweisung der Einsprache, falls diese eindeutig falsch oder sonst unbegründet ist.

Wir schlagen folgende Regelung vor: Hält das Gericht nach vorläufiger Prüfung des Gesuches um Erlass eines Verbots die gesetzlichen Voraussetzungen für erfüllt, wird das Gesuch in einer vorgeschriebenen Weise bekannt gemacht unter Hinweis, dass Einsprache erhoben werden kann. Jedermann, der ein Interesse nachweist, kann innert einer bestimmten Frist beim Gericht bestreiten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Verbots gegeben sind. Wenn keine Einsprache erhoben oder eine solche abgewiesen wird, erlässt das Gericht das Verbot.

AR: Dass eine Einsprache, die nicht einmal begründet zu werden braucht, das Verbot sofort unwirksam macht, öffnet dem Missbrauch Tür und Tor. Das ist unnötiges Öl ins Feuer, gerade im nachbarschaftlichen Verhältnis, wo Animositäten besonders häufig vorkommen.

SH: Dass eine Einsprache, die nicht einmal begründet zu werden braucht, das Verbot sofort unwirksam macht, öffnet dem Missbrauch Tür und Tor. Das ist unnötiges Öl ins Feuer, gerade im nachbarschaftlichen Verhältnis, wo Animositäten besonders häufig vorkommen.

SZ: Es sollte eine Begründungspflicht vorgesehen werden, um unnötige Klagen möglichst zu vermeiden.

## Art. 274

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: In Abs. 1 wird eine neue Klage geschaffen, nämlich die fast obligatorische Anerkennungsklage auf Bestätigung des Verbots. Dafür besteht keine Notwendigkeit. Der Rechtsschutz, wie er schon heute besteht, genügt absolut: Dem angeblich Belasteten – und dieser soll tätig werden – steht die unbefristete zivilrechtliche Feststellungsklage zur Verfügung. Überdies kann er in einem allfälligen Strafverfahren ein "besseres Recht" geltend machen. Allgemeine Bemerkung zur Regelung der vorsorglichen Massnahmen:

Dem Vorschlag von Art. 275 – 284 VE ist als gut durchdachter und gut formulierter Regelung zuzustimmen.

SH: In Abs. 1 wird eine neue Klage geschaffen, nämlich die fast obligatorische Anerkennungsklage auf Bestätigung des Verbots. Dafür besteht keine Notwendigkeit. Der Rechtsschutz, wie er schon heute besteht, genügt absolut: Dem angeblich Belasteten - und dieser soll tätig werden - steht die unbefristete zivilrechtliche Feststellungsklage zur Verfügung. Überdies kann er in einem allfälligen Strafverfahren ein "besseres Recht" geltend machen.

VS: Articles 271 - 274: Pour les motifs exposés par Meier/Mürner\_(op. cit., p. 601), nous sommes d'avis qu'il convient de biffer les dispositions sur la mise à ban.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

OGZH: Wenn wir richtig verstehen, wird das Verbot nur gegenüber der einsprechenden Person unwirksam (auch nur gegen sie kann der Besitzer ja dann klagen). Vielleicht wäre es sinnvoll, das in der Botschaft klarzustellen.

### Art. 275

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Nebst dem nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil müssen auch die Rechtsverletzung und die Dringlichkeit glaubhaft gemacht werden. Dies sollte explizit erwähnt werden.

BE: Bei vorsorglichen Massnahmen sind sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Art. 275 Abs. 1 VE ist daher um den *Verfügungsanspruch zu ergänzen*. Die nicht näher erläuterte Lösung wird deshalb abgelehnt.

In Art. 275 Abs. 1 VE sind die Zuspruchsvoraussetzungen für die verschiedenen vorsorglichen Massnahmen, anders als in Art. 326 ZPO BE, einheitlich geregelt. Dies hat für den Kanton Bern z.B. zur Folge, dass jemand, der ein Exmissions-Gesuch stellt, neu zusätzlich das Drohen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils glaubhaft zu machen hat. Es wäre daher wünschenswert, in der künftigen Botschaft ausdrücklich darzutun, dass dieser Nachteil auch in einer zu erwartenden finanziellen Einbusse wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesuchsgegnerschaft bestehen kann.

Bei Abs. 3 wird die Präzisierung vorgeschlagen, wonach "das *mit der Sache befasste* Gericht" die notwendigen Massnahmen von Amtes wegen treffen kann.

Im französischen Text von Abs. 3 steht "dans les procédures soumises à la maxime *inquisitoire*" statt "dans les procédures soumises à la maxime *officielle*", was korrigiert werden sollte.

In Bezug auf die funktionelle Zuständigkeit zur Beurteilung von Gesuchen um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird auf die Ausführungen "Allgemeines zum 1. Kapitel, sachliche und funktionelle Zuständigkeit, Art. 2 - 6 VE", sowie auf die Bemerkungen zu Art. 4 und 5 VE (vorsorgliche Massnahmen des Handelsgerichts), oben, verwiesen.

BS: Eine grosse Zahl der täglich zu erlassenden vorsorglichen Verfügungen dient dem Schutz von gewaltbetroffenen Partnern auch ausserhalb von ehelichen Beziehungen wie auch dem Schutz von Personen, die belästigt oder beleidigt werden. Es handelt sich dabei um Annäherungsverbote und ähnliche Massnahmen. In diesen Fällen ist eine Prosekution in der Regel nicht verhältnismässig. Dies gilt um so mehr, wenn diese, wie nach dem vorliegenden Entwurf, regelmässig im ordentlichen Verfahren erfolgen müsste. Es sollte daher ein vereinfachtes, dem Befehlsverfahren nachgebildetes Verfahren für solche Verfügungen zum Schutz der Persönlichkeit eingeführt werden. Dabei könnte die superprovisorische Massnahme mit einer Einsprache verbunden werden. Im Falle einer Einsprache sollte eine Bestätigungsverhandlung für den Entscheid

über die Aufrechterhaltung der Massnahme genügen, ohne dass ein aufwändiges schriftliches Prosekutionsverfahren angehängt werden muss.

In Lehre und Rechtsprechung werden als Voraussetzung für die Beantragung von vorsorglichen Massnahmen ein zivilrechtlicher Anspruch, eine Verletzung des Anspruchs durch die gesuchsbeklagte Partei, ein drohender, nicht wieder gutzumachender Nachteil und Dringlichkeit genannt. Im vorliegenden Vorschlag fehlt sowohl die Glaubhaftmachung des zivilrechtlichen Anspruchs als auch der Dringlichkeit durch die gesuchstellende Partei. Letztere ist möglicherweise implizit mitgemeint, ersterer darf unseres Erachtens aber nicht fehlen, verdient doch Rechtsschutz nur, wer auch in seinen Rechten bedroht ist.

JU: Nous sommes d'accord avec la réglementation des mesures provisionnelles proposée par la commission d'experts.

S'agissant de l'objet des mesures provisionnelles, nous constatons qu'il est particulièrement large, qu'il est flexible et non exhaustif. Ces caractéristiques correspondent aux besoins de la pratique et laissent aux tribunaux une grande marge de manoeuvre.

Nous émettons toutefois des doutes sur la nécessité d'obliger le requérant d'introduire l'action au fond lorsque la mesure a été ordonnée avant la litispendance (art. 277 al. 1 AP). Si l'obligation d'agir au principal est effectivement indissociable de l'institution de la mesure provisionnelle, il faut aussi concevoir que dans la pratique, il se peut que l'ordonnance de mesures provisionnelles ait un caractère définitif, notamment lorsqu'elle est prise sur la base de faits incontestables et immédiatement prouvables. Si la prétention du requérant est établie de façon certaine, ce serait une vaine formalité que de l'obliger encore à intenter action au fond.

LU: Bei den vorsorglichen Massnahmen fehlt eine klare Regelung über deren Verhältnis zum SchKG. Zwar wird im Expertenbericht zu Art. 276 VE-ZPO festgehalten, dass die vorsorgliche Sicherung streitiger Geldforderungen auch künftig den Normen und Massnahmen des SchKG unterstehe. Dies lässt sich allerdings dem Gesetzestext nicht entnehmen und kann (nach Erlass einer schweizerischen ZPO) auch nicht mehr aus der derogatorischen Kraft des Bundesrechts abgeleitet werden. Hier müsste deshalb mit einer entsprechenden Regelung Klarheit geschaffen werden.

SH: Allgemeine Bemerkung zur Regelung der vorsorglichen Massnahmen: Dem Vorschlag von Art. 275 - 284 VE ist als gut durchdacht und gut formulierter Regelung zuzustimmen.

SZ: Es fehlt die Voraussetzung der Glaubhaftmachung des Anspruchs.

TI: Per una migliore comprensione si propone di sostituire *altrimenti non facilmente riparabile* con *difficilmente riparabile*.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir gehen davon aus, dass die in Absatz 1 gewählte Formulierung sämtliche Fälle umfasst, bei welchen gemäss Art. 326 ZPO-BE bzw. Art. 101 ZPO-VD der vorsorgliche Rechtsschutz verlangt werden kann (Schutz der Streitsache i.S. einer Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes, Besitzerschutz, vorweggenommene Vollstreckung). Aus dem Erläuternden Bericht geht jedoch nicht hervor, dass Art. 275 Abs. 1 in diesem umfassenden

Sinn zu verstehen ist. Dies sollte in der Botschaft zur ZPO-CH noch nachgeholt oder – noch besser – im Gesetzestext verdeutlicht werden.

Dasselbe gilt für den Anspruch auf Beweissicherung: Dieser ist in einigen Bestimmungen des geltenden Bundesrechts zwar vorgesehen (z.B. Art. 28c Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, Art. 65 Abs. 2 URG, Art. 59 Abs. 2 MSchG, Art. Art. 77 Abs. 1 PatG), doch sollen diese Bestimmungen gemäss Auflistung im Anhang bei Inkrafttreten der ZPO-CH aufgehoben werden (vgl. dazu auch Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die ZPO für den Kanton Bern, 5. Aufl., 2000, S. 700/701). Damit würde der Anspruch auf Beweissicherung in diesen Fällen wegfallen (vgl. nämlich Art. 151 Abs. 1 lit. a VE-ZPO-CH, worin einschränkend verlangt wird, dass das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt).

Sodann regen wir an, auch die Möglichkeit einer vorsorglichen Beweisführung i.S. von Art. 222 ff. ZPO-BE vorzusehen (vgl. unsere Bemerkungen zu Art. 151).

LPS: L'avant-projet consacre un chapitre particulier aux mesures provisionnelles (art. 275 à 284), ce qui est évidemment justifié. Mais il traite également des mesures provisionnelles dans des dispositions éparses, telles que:

- l'article 4, alinéa 2 (compétence de l'instance cantonale unique pour ordonner les mesures provisionnelles requises avant litispendance);
- l'article 11 (compétence à raison du lieu pour ordonner les mesures provisionnelles);
- l'article 33 (dommages-intérêts consécutifs à des mesures provisionnelles injustifiées);
- l'article 94, alinéa 3 (décision sur les frais des mesures provisionnelles).

Ne conviendrait-il pas, dans la systématique de l'avant-projet, que ces dispositions soient intégrées dans le chapitre consacré aux mesures provisionnelles ?

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Hier sollten die Voraussetzungen kurz, aber vollständig zusammengefasst werden. Dazu gehört neben der Glaubhaftmachung des drohenden Nachteils (Verfügungsgrund) auch noch – zuerst! - die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs. z.B.:

*Das Gericht ordnet auf Gesuch hin geeignete und verhältnismässige vorsorgliche Massnahmen an, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass sie einen begründeten Rechtsanspruch hat, dessen Durchsetzung gefährdet ist.*

Abs. 2: Verweist auf die Vorschriften von Art. 258 ff.

Abs. 3: Im Bericht hierzu ist das Gegenstück der Oficialmaxime fälschlicherweise mit "Verhandlungsmaxime", statt "Dispositionsmaxime", bezeichnet. Es sollte klar sein, dass nur in solchen Verfahren vorsorgliche Massnahmen von Amtes wegen ergriffen werden können, in denen das Gericht auch nicht an die Parteianträge gebunden ist.

AVZH: Abs. 1: Obschon es die an erster Stelle zu prüfende Voraussetzung bildet, wird das Glaubhaftmachen des Anspruchs in der Hauptsache (Hauptsachenprognose) nicht ausdrücklich als Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erwähnt. Zwar ist nicht davon auszugehen, dass dies in der Praxis zu Schwierigkeiten führen würde, bildet eine günstige Hauptsachenprognose doch unbestrittenermassen Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Dennoch ist nicht einzusehen, weshalb auf das Anführen

dieser wichtigen Voraussetzung verzichtet werden soll. Der Klarheit halber ist die Bestimmung entsprechend zu ergänzen.

Formulierungsvorschlag Art. 275 Abs. 1:

*Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass das Hauptbegehren begründet ist und ihr sonst ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.*

DJS: Besonders in Fällen ausserehelicher häuslicher Gewalt oder bei der vorsorglichen Durchsetzung anderer persönlichkeitspezifischer Ansprüche ist das vorgesehene Verfahren viel zu schwerfällig. Hier müsste jeweils ein superprovisorisches Verbot auf Einsprache hin zuerst in einem summarischen Verfahren beurteilt und danach im ordentlichen, schriftlichen Verfahren prosequiert werden. Dies ist ein prozessualer Overkill. Zu begrüssen wäre die Einführung eines dem Befehlsverfahren nachgebildeten Schutzverfahren. Solche Verfügungen und Schutzansprüche können und sollen auf Einsprache hin im Bestätigungsverfahren abschliessend beurteilt werden.

FSA: Cette disposition doit préciser que le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite et la FSA propose en conséquence de la compléter comme il suit:

*Abs. 1 Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ihr ein Anspruch zusteht und dass ihr sonst ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.*

L'alinéa 3 devrait se référer non pas à la maxime inquisitoire, mais à la *maxime d'office*; c'est elle qui permet au juge d'allouer autre chose que ce qui est demandé, voire de statuer en l'absence de conclusion parce que les plaideurs n'ont pas la libre disposition de leurs droits (le texte allemand de l'avant-projet est exact: *Offizialgrundsatz*, mais le Rapport est erroné dans les deux langues).

GGD ZH: Abs. 1: Die gesuchstellende Partei muss nicht glaubhaft machen, dass ihr ein Nachteil *droht*, sondern dass ihr ein Nachteil *entsteht*, wenn keine Massnahme getroffen würde. Im übrigen ist auch die allgemein anerkannte Voraussetzung der günstigen Prognose betreffend die Hauptsache in die Formulierung aufzunehmen (vgl. auch Stellungnahme ZAV). Zur Verbesserung der Laienverständlichkeit sollte ferner ein Vorbehalt zugunsten des SchKG für die Sicherung von Geldforderungen angebracht werden.

*Art. 275 Voraussetzungen und Verfahren*

<sup>1</sup> *Das Gericht trifft die notwendigen vorsorgliche Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass das Hauptbegehren begründet ist und dass ihr sonst ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil entsteht.*

<sup>4</sup> *Die Sicherung von Geldforderungen richtet sich nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.*

OAFRI: Mesures provisionnelles: Le titre consacré aux mesures provisionnelles reprend les solutions actuellement en vigueur dans le droit fédéral (cf art. 28c ss CC) et dans la plupart des législations cantonales. Reste à savoir si ces solutions "consacrées" sont satisfaisantes, ou au contraire, n'ont pas contribué à l'inefficacité de la justice civile en Suisse. La réflexion méritait d'être conduite et, si l'on s'en tient au Rapport (p. 131ss), ne l'a pas été. Si l'on observe ce qui se passe en France, on constate que la procédure de référé, avec sa souplesse et son large champ d'application (art. 484ss et art. 808 et 809 du Nouveau

Code de procédure civile), assure une bonne protection rapide du droit, malgré les lenteurs de la procédure ordinaire.

Les questions qui méritent d'être posées sont les suivantes:

- a) Extension des mesures provisionnelles au paiement d'une provision ou à l'exécution d'une obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire (art. 809 al. 2);
- b) Extension des mesures provisionnelles non seulement aux cas d'urgence mais à tous les cas où il n'existe pas de contestation sérieuse (art. 808 et 809 al. 2);
- c) Possibilité, pour le juge des mesures provisionnelles, de ne pas fixer au requérant de délai pour agir au fond, la partie contre laquelle les mesures provisionnelles sont ordonnées étant libre, en tout temps, de saisir le juge du principal; solution qui semble s'imposer pour des mesures provisionnelles ou référés ordonnés en raison de l'absence de contestation sérieuse;
- d) Limitation de la responsabilité de celui qui obtient des mesures provisionnelles au cas de faute, tout manquement au devoir de diligence pouvant être néanmoins être retenu.

L'Ordre des Avocats Fribourgeois renonce à se déterminer article par article estimant qu'il doit y avoir prioritairement une réflexion sur l'avenir et le but de l'institution.

OGZH: Es ist bemängelt worden, dass der VE das Glaubhaftmachen des zu sichernden Anspruchs nicht als Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen nennt. Diese so genannte Hauptsacheproggnose ist zwar seit je her als Voraussetzung vorsorglicher Massnahmen behandelt worden (von Guldener S. 574, bis Zürcher S. 264 und 254), und das geltende Recht des Kantons Zürich nennt sie ebenfalls nicht ausdrücklich (ZH-ZPO §§ 110 und 222 Ziff. 3). Andererseits hat das Bundesrecht bisher darauf verwiesen (ZGB 28c, PatG 77, MSchG 59) - von da her könnte es sich rechtfertigen, eine umfassendere Formulierung zu wählen.

SchKG-Vereinigung: Die in Art. 275 - 284 VE geregelten vorsorgliche Massnahmen beschränken sich entsprechend dem bisherigen Rechtszustand auf Klagen, die nicht eine Geldleistung umfassen. Die vorsorgliche Sicherung streitiger Geldforderungen soll, wie im Begleitbericht auf S. 131 festgehalten wird, auch inskünftig den Normen des SchKG unterstellt bleiben. Es wird vorgeschlagen, diesen Vorbehalt um der Klarheit willen ausdrücklich in Art. 275 VE zu erwähnen. Bei dieser Gelegenheit erscheint es als sinnvoll, die vom SchKG zur Verfügung gestellten Sicherungsmassnahmen (Arrest, Güterverzeichnis, provisorische Pfändung etc.) und deren Anwendungsbereich hinsichtlich ihrer Zweckmässigkeit und Tauglichkeit zu überprüfen. Für den derzeitigen Stand des schweizerischen Rechtsordnung muss festgestellt werden, dass das SchKG dem Gläubiger einer Geldforderung vor und während des Forderungsprozesses bei drohender Insolvenz des Schuldners nur wenig vorsorglichen Rechtsschutz gewährt. Der Arrest ist auf bestimmte Gründe (Schuldnerflucht, ausländischer Wohnsitz des Schuldners u.a.m.) beschränkt; die provisorische Pfändung bedarf eines provisorischen Rechtsöffnungstitels (schriftliche oder öffentlich beurkundete Schuldanererkennung, Verlustschein). Die Aufnahme des Güterverzeichnisses braucht ebenfalls einen provisorischen Rechtsöffnungstitel (Art. 83 SchKG) oder die Zustellung der Konkursandrohung, die ihrerseits nur bei

Unterlassung oder gerichtlicher Aufhebung des Rechtsvorschlages seitens des betriebenen Schuldners verlangt werden kann; dazu kommen noch einige Spezialfälle (Wechselbetreibung, Notstundung). Wohl bietet der im Vorentwurf (Art. 294) vorgesehene Entzug der aufschiebenden Wirkung für erstinstanzliche Urteile, die infolge Appellation nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sind, dem Gläubiger die Befugnis zur vorläufigen Vollstreckung (vgl. oben Ziff. 3). Sie entspricht einer vorsorglichen Leistungsmassnahme, die über die blosser Sicherung der umstrittenen Geldforderung hinausgeht und von der zuständigen Rechtsmittelinstanz wohl nur mit Zurückhaltung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bewilligt würde (BGE 125 III 451 ff.). Da ein erstinstanzliches Leistungsurteil ähnlich wie eine Schuldanerkennung eine erhebliche Gewähr für den Bestand der umstrittenen Forderung bietet, würde es sich rechtfertigen, im Rahmen der gegen den Schuldner geführten Betreibung durch Aenderung von Art. 82 SchKG auch ein erstinstanzliches Leistungsurteil, das noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen ist, als Titel für die provisorische Rechtsöffnung zuzulassen, womit der Gläubiger nach bewilligter Rechtsöffnung die provisorische Pfändung oder die Aufnahme eines Güterverzeichnisses erwirken könnte.

Uni BE: *Voraussetzungen für einstweilige Verfügungen*: Hier fehlt als zweite Voraussetzung (neben dem Verfügungsgrund) der Verfügungsanspruch ("fumus boni iuris").

Uni NE: D'emblée, on peut se demander si les mesures protectrices ne devraient pas être soumises à une procédure spécifique. Se pose en effet la question de savoir si, comme on le propose à l'article 265, de telles mesures protectrices peuvent être ordonnées sans débats. Par ailleurs, à lire l'article 264 al. 2 lettre b), les mesures protectrices ne pouvant être prises en procédure ordinaire, tous les moyens de preuves sont possibles dans ce cadre d'après l'avant-projet, ce qui ne semble pas se justifier (longueurs inutiles en cas de témoignage). De plus, une demande reconventionnelle doit être possible en mesures protectrices.

L'article 275 ne mentionne pas expressément la condition de l'urgence. Certes il est fait référence à celle de menace, mais une menace peut être plus ou moins lointaine. Cela ressort d'ailleurs de l'article 276 où il est question d'une "*menace imminente*". De plus, cette disposition devrait préciser que le requérant doit rendre l'existence de son droit vraisemblable.

L'al. 3 de l'art. 275, version française, fait référence à la maxime inquisitoire, alors qu'il vise manifestement la maxime d'office, comme l'indique la version allemande. Les rapports sont du reste inexacts sur ce point, tant dans leur version allemande que française.

Par souci d'efficacité et de modération des coûts, il faudrait autoriser les cantons à prévoir que les mesures provisoires sont prises par un juge délégué. A défaut, la procédure risque d'être bloquée dans de nombreux cantons.

Uni ZH: Die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen weisen insb. betr. Voraussetzungen, Inhalt und Abänderung empfindliche Regelungslücken auf. Unvertretbar ist der offenbar von der Expertenkommission gewollte Verzicht auf das Glaubhaftmachen des Anspruchs als Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 77 ff.*

## Art. 276

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

FR: Il conviendrait de prévoir expressément que la mesure peut être la réglementation provisoire, pendant le procès, des rapports réciproques des parties.

TI: Con l'AP è stato scelto di non limitare le misure provvisionali possibili ma di ammettere qualsiasi disposizione atta ad evitare un pericolo imminente tranne le pretese creditorie che sono rette esclusivamente dalla LEF, come prevede il sistema attuale.

La Commissione ritiene che si debba oltrepassare questo limite posto dalla LEF e in particolare dagli art. 271 seg. LEF (verkappte Arrest). Questa limitazione ha spesso quale risultato di penalizzare la parte creditrice, che vince sì la causa giudiziaria, ma che non ha potuto (proprio a causa della LEF) garantirsi la sua pretesa creditoria (ad. es. bloccando un conto del debito), salvo in ben determinate e limitate fattispecie.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Entsprechend unseren Ausführungen zu Art. 233 sollte in Art. 276 lit. c die Möglichkeit einer Anweisung nicht nur an Registerbehörden, sondern auch einer solchen an private Dritte geschaffen werden. Diese Dritten sollten ferner die Möglichkeit erhalten, gegen eine solche Anweisung im Sinne von Art. 307 Rekurs zu erheben: Da eine vorsorgliche Massnahme nicht unbedingt mit einem Vollstreckungsentscheid gleichgesetzt werden kann und deshalb fraglich ist, ob Art. 336 Abs. 1 in diesen Fällen zur Anwendung gelangt, muss u.E. die Berechtigung von Dritten zum Rekurs in Art. 276 oder Art. 281 ausdrücklich genannt werden.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Das Problem der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung gegenüber einem Schuldner, der sich ohne grosse Prozessaussicht durch alle Instanzen hindurch zur Wehr setzt, bleibt ungelöst: Der Hinweis der Entwurfsautoren auf die Sicherungsmassnahmen des SchKG hilft in den allermeisten Fällen nicht weiter. Es ist auch nicht zwingend, das Thema nur dem SchKG zu überlassen, nachdem nun auch das Prozessrecht bundesrechtlich geregelt wird. Zwei zivilprozessuale Wege sind denkbar, um das Problem zu lösen:

- a) die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (Hinterlegung der Forderungssumme, ev. Inkl. Zins, soweit glaubhaft gemacht, durch den Beklagten); vgl. die neuere Diss. David Rüetschi.
- b) das erstinstanzliche Gericht könnte die Kompetenz erhalten, ungeachtet von Rechtsmitteln die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils anzuordnen (so in D übliche Praxis). Auch hier kann eine Hinterlegung in Frage kommen, wenn der Kläger keine Gewähr für die eventuelle Rückerstattung bietet. Das SchKG müsste nicht abgeändert werden (Art. 80 SchKG spricht nicht von "rechtskräftigen", sondern nur von "vollstreckbaren" Urteilen).

U. E. geht die Variante a) zu weit. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind zu Recht nicht hoch; wenn nun aber bereits aufgrund einer vorsorglichen Massnahme die Liquidität des Beklagten u.U. existenzgefährdend vermindert

werden könnte, so würden die Gerichte zu einer strengeren Praxis in punkto Glaubhaftmachung verleitet.

Die Variante b) wäre u. E. die geeignete Lösung. Sie würde namentlich auch verhindern, dass der "schnelle Rechtsschutz in klaren Fällen" gemäss den Art. 266 f. ins Leere läuft, weil danach noch Beschwerden vor zwei Instanzen ausgefochten werden müssen. Da die Liquidität des Beklagten erst beeinträchtigt wird, nachdem ein vollständiges Erkenntnisverfahren durchgeführt wurde, trägt die Lösung auch den Bedenken gegenüber der Variante a) Rechnung.

Bst. b: Das Wort "rechtswidrig" scheint uns problematisch. Die Rechtswidrigkeit ist ja regelmässig nur behauptet, nicht aber erstellt, wenn die Massnahme ergriffen werden soll.

Ein neuer Abs. 2 sollte hier klarstellen, dass die Massnahme auch den Befehl an einen am Hauptsacheverfahren nicht als Partei Beteiligten beinhalten kann (z.B. Bank!). Zu erwähnen wäre weiter die Kompetenz des Richters, die Zuwiderhandlung mit Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB zu bedrohen.

AVLU: Es fehlt eine klare Regelung über das Verhältnis zwischen den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen und dem SchKG. Zwar wird im Bericht der Expertenkommission im Kommentar zu Art. 276 festgehalten, dass die vorsorgliche Sicherung streitiger Geldforderungen auch künftig den Normen und Massnahmen des SchKG unterstehe. Dies lässt sich allerdings dem Gesetzestext nicht entnehmen und kann nach Erlass einer Schweizerischen ZPO auch nicht mehr aus der derogatorischen Kraft des Bundesrechts abgeleitet werden. Hier wäre deshalb mit einer entsprechenden Regelung Klarheit zu schaffen.

FSA: Tout en relevant – et en approuvant le fait – que l'énumération des mesures n'est pas limitative, nous suggérons de préciser sous lettre d nouvelle (l'actuelle lettre d devenant e) que la mesure peut également consister en l'obligation de verser une somme d'argent (voir sur cette question: Berti Stephen V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR1997 II p. 208 et Rüetschi David, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, thèse Bâle 2002), par exemple des contributions d'entretien quand la paternité du débiteur est avérée.

Le texte pourrait être le suivant:

*d. die vorläufige Verurteilung zu einer Leistung in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen.*

GGD ZH: In lit. a, b und d ist das Wort "gerichtliche" nicht notwendig. Es ist klar, dass es hier um Massnahmen *eines Gerichts* geht.

Uni LA: L'art. 276 devrait subir plusieurs modifications sur les points suivants:

Tout d'abord, et principalement, un paiement provisionnel de tout ou partie de la créance doit pouvoir être ordonné lorsqu'une créance est exercée en justice, et cela en particulier dans la situation où l'attente du jugement au fond apparaît vraisemblablement comme préjudiciable au créancier qui aura suffisamment rendu vraisemblable son droit. Une étude très complète sur ce point fait des propositions que l'avant projet devrait intégrer, notamment par rapport aux situations statistiques concrètes opérées par l'auteur s'agissant de tels préjudices provisionnels: cf. D. RÜETSCHI, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Dissertation Bâle 2002, sp. p. 197 ss.

Ensuite, l'art. 276 lettre c ne règle pas le problème des blocages des registres publics par décision du juge civil. La portée de cette institution pour le registre foncier et les controverses soulevées dans ce domaine doivent maintenant prendre fin. En réalité, les ordres judiciaires adressés aux préposés à des registres publics divergent fondamentalement: il peut s'agir d'une interdiction d'inscrire (art. 32 ORC) ou soit encore d'une écriture provisoire (art. 960 al. 1 ch. 1 et 961-966 CC). Un blocage civil du registre foncier ne devrait pouvoir être ordonné que lorsqu'une autre mesure moins incisive ne peut satisfaire à protéger les droits allégués du requérant. Le texte devrait ainsi être le suivant:

*c) un ordre à une autorité qui tient un registre, selon les dispositions applicables à ce registre; le blocage d'un registre public ne peut intervenir qu'à défaut d'autres moyens permettant de garantir les droits litigieux du requérant.*

Art. 277

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir stellen uns die Frage, ob die Formulierung in Absatz 2 nicht zu eng ist, wenn der Verzicht auf die Fristsetzung nur bei der Einziehung gemäss Art. 335 VE ZPO möglich ist. Es gibt auch andere Fälle, in denen solche vorsorglichen Massnahmen in Frage kommen (z.B. bei blosser Sicherstellung von gefälschter Ware bzw. Piratengut) und die Gegenpartei möglicherweise nicht bekannt ist. Ausserdem stellt sich die Frage, was mit den eingezogenen Waren passiert. Wir vermissen insgesamt eine weitergehende Regelung. Eine Bestimmung mit reinen Sicherungsmassnahmen reicht unseres Erachtens nicht aus.

BE: Die Ansetzung einer Klagefrist, wie sie in Art. 277 Abs. 1 VE vorgesehen ist, ist nicht immer sinnvoll, so z.B. wenn die vorsorgliche Massnahme eine antizipierte Vollstreckung bewirkt, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, und die betroffene Gesuchsgegnerschaft daher nur noch Schadenersatz fordern kann. Vorgeschlagen wird deshalb, Abs. 1 entsprechend Art. 330 Abs. 1 ZPO BE wie folgt zu formulieren: "...so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei *gegebenenfalls* eine Frist zur Einreichung der Klage".

Abs. 2 erübrigt sich damit und kann gestrichen werden.

FR: al. 1: il y aurait lieu d'ajouter après "le Tribunal impartit..." *le cas échéant*... En effet, dans certains cas, la décision de mesures provisionnelles peut mettre fin au procès.

TI: A differenza dell'AP giusta il CPC-Ti (art. 381) il giudice assegna il termine per introdurre la causa con la decisione sui provvedimenti cautelari. L'art. 277 AP non definisce esattamente in che momento deve essere assegnato il termine, se al momento della decisione o prima.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Besser vollständig formulieren: "Ordnet das Gericht eine vorsorgliche Massnahme an, ohne dass die Klage in der Hauptsache rechtshängig ist, so setzt es ..." – das stellt klar, dass bei Ablehnung des Gesuchs auch keine Prosekutionsfrist angesetzt werden darf.

Abs. 2: U.E. ist eine vorsorgliche "Einziehung" – im Gegensatz zur "Beschlagnahme" – dogmatisch ausgeschlossen. Die Einziehung beinhaltet begrifflich die Aberkennung des Eigentumsrechts und kann daher erst mit einem Haupt-

sacheurteil angeordnet werden. Als vorsorgliche Massnahme kommt nur der Entzug der Verfügungsgewalt, also die Beschlagnahme in Frage. Vgl. z.B. die Regelung in Art. 36 DG bzw. Art. 63 URG. Die Überlegungen im Bericht überzeugen nicht: Es existiert notwendigerweise ein Anspruchsgegner (z.B. Importeur). Leistet dieser keinen Widerstand, so braucht ein Hauptsacheverfahren natürlich nicht durchgeführt werden – auch ohne diesen Abs. 2. Daher: Streichen!

Bger: Absatz 2 scheint unklar. Warum die Einziehung von Gegenständen die Durchführung des Hauptverfahrens überflüssig machen sollen, ist nicht einzu-sehen.

FSA: La FSA est d'avis que l'exception à l'obligation de valider prévue à l'al. 2 de cette disposition n'est pas justifiée: il est douteux qu'une marchandise puisse être confisquée définitivement sur la base de mesures provisionnelles seulement. En revanche, il est vrai que le litige peut *perdre son objet* par ou après l'ordonnance de mesures provisionnelles, par ex. lorsque la requête tendait à participer à une foire-exposition durant quelques semaines. Dans ce cas, il n'y a pas lieu d'obliger le requérant à valider les mesures provisionnelles.

Nous proposons donc de supprimer le second alinéa et de reformuler l'art. 277 AP de la manière suivante:

*Article 277 Mesures avant litispendance*

*Ist die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig, so setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei in der Regel eine Frist zur Einreichung der Klage, unter der Androhung, dass die angeordnete Massnahme sonst ohne weiteres dahinfalle.*

Art. 278

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Namentlich im Hinblick auf den zu Art. 277 Abs. 1 VE erwähnten Fall der antizipierten Vollstreckung wird für Art. 278 Abs. 1 VE die *obligatorische* Einholung einer Sicherheit vorgeschlagen, um allfälligen Haftpflichtansprüchen gegen den Kanton vorzubeugen: "Das Gericht *hat* den Erlass vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit ... abhängig zu machen, wenn ...".

Wird die Klagefrist schon im Massnahmeentscheid selber gesetzt, so kann die in Art. 278 Abs. 3 VE erwähnte Unsicherheit über die Erhebung der Schadenersatzklage gar nicht erst entstehen. Der letzte Halbsatz dieser Bestimmung könnte daher wie folgt formuliert werden: "*zu diesem Zwecke setzt das Gericht eine Frist zur Klage*". Diese Lösung entspricht auch der bisherigen bernischen Praxis, obschon Art. 332 Abs. 2 ZPO BE lediglich die Berechtigung des Gerichts zur Fristansetzung erwähnt.

TI: L'istante della misura provvisoria ingiustificata risponde anche *senza colpa*, tuttavia per ridurre o negare il risarcimento può eccepire la propria buona fede nell'introduzione dell'istanza.

La Commissione propone di introdurre una responsabilità per colpa, per semplificare le cose. Inoltre, giusta l'art. 3 CC la buona fede è presunta, mentre l'art. 278 cpv. 2 CPCF impone la prova della stessa alla parte convenuta, contravvenendo così ad uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: Abs. 1: "Anordnung" wäre besser als "Erlass" – das Gericht ist nicht Gesetzgeber.

Abs. 2: Hier steht der Haftungsmaßstab zur Debatte. Es wird in diesem Zusammenhang oft, m.E. unzutreffend, zwischen "Kausal"- und "Verschuldenshaftung" unterschieden. Das eigentliche Problem ist, ob das Erwirken einer ungerechtfertigten Massnahme für sich gesehen widerrechtlich sein soll. Das ungerechtfertigt erhobene Rechtsmittel wird vom Bger generell offenbar dann als Haftungstatbestand anerkannt, wenn Arglist oder grobe Fahrlässigkeit im Spiel war, – BGE 112 II 34; die grobe Fahrlässigkeit betreffend zweifelhaft angesichts des mangelnden generellen Verbots, ungerechtfertigte Rechtsmittel zu erheben; Arglist bzw. Schädigungsabsicht m.E. unter Art. 41 Abs. 2 OR zu subsumieren. Bisherige Lösungen:

a) Das Massnahmegesuch als Haftungsgrund, ohne Entlastungsmöglichkeit (bisher überall dort, wo die vM bereits bundesrechtlich geregelt sind, sowie auch in BS, § 262 ZPO.);

b) Haftung analog BGE 112 II 34 (eine Art erweiterte Delikts haftung)

Der VE schlägt einen Mittelweg ein: Das Massnahmegesuch ist Haftungsgrund, es kann aber zur Entlastung dargelegt werden, dass es in guten Treuen gestellt wurde. Das ist m.E. eine angemessene Lösung, sie sollte aber nicht nur die Gegenpartei privilegieren, sondern auch allenfalls Dritte, die Adressaten der Massnahme waren. Die Worte "der andern" sollten deshalb gestrichen werden.

Zu bemerken wäre noch, dass die Ungerechtfertigkeit ex post zu beurteilen ist, und dass selbstredend ein Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem spezifischen Fehler bestehen muss, welcher der Massnahme anhaftet (kein Problem, wenn der Verfügungsanspruch fehlte, wohl aber z.B., falls eine Massnahme trotz bestehendem Anspruch unverhältnismässig war!).

Abs. 3: Entsprechend abzuändern: "... freizugeben, wenn feststeht, dass keine Partei eine Schadenersatzklage erheben wird."

Uni NE: L'article 278 prévoit que le requérant répond du préjudice causé à la partie adverse par des mesures provisionnelles injustifiées. Cette disposition ne précise pas s'il s'agit d'une responsabilité objective, sans faute. Ce point devrait être précisé dans la loi et non seulement dans le rapport.

Cette disposition s'applique-t-elle également en cas de dommage résultant de mesures superprovisionnelles ?

Art. 279

## Kantone / Cantons / Cantoni

BE: Es wird vorgeschlagen, Abs. 1 wie folgt zu ändern:

*<sup>1</sup>Vorsorgliche Massnahmen können bei veränderten Verhältnissen nachträglich abgeändert oder aufgehoben werden.*

FR: la loi devrait prévoir expressément qu'une telle modification n'est possible qu'en cas de changement des circonstances.

TI: cpv. 1: Alfine di specificare meglio quanto espresso nel rapporto si propone la seguente aggiunta al cpv. 1: "Le misure provvisoriale possono successivamente

essere modificate o soppresse *dallo stesso tribunale che le ha ordinate, qualora in caso di cambiamento delle circostanze siano divenute inopportune.*

L'AP non si esprime se è l'autorità di prima istanza o quella di seconda istanza che deve modificare le misure provvisionali nel caso in cui la decisione è stata impugnata. In quest'ultimo caso infatti la decisione non è cresciuta in giudicato e quindi le misure adottate non decadono.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Zu *Abs. 2*: Nur bei Rechtskraft eines *Endentscheides* in der Hauptsache fallen die Massnahmen von Gesetzes wegen dahin. Zwischenentscheide, die gemäss Art. 229 ebenfalls in die Kategorie "Entscheide" fallen, lösen diese Rechtsfolge nicht aus.

*Art. 279 Aenderung und Aufhebung*

<sup>2</sup> *Mit Rechtskraft des Endentscheides in der Hauptsache fallen die Massnahmen von Gesetzes wegen dahin.*

Art. 280

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: *Abs. 2*: Antrag: Ergänzung dieser Bestimmung wie folgt:

<sup>2</sup> *Das Gericht setzt der Gegenpartei eine kurze Frist zur Stellungnahme oder lädt die Parteien zu einer Verhandlung ein und entscheidet anschliessend über das Gesuch.*

Begründung des Antrags: Auch in diesen Fällen soll ein mündliches Verfahren möglich sein.

LU: Gemäss Bericht der Expertenkommission hat die Gegenpartei gegen eine superprovisorische Massnahme kein Rechtsmittel. Dies sollte auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

Unseres Erachtens ist sodann die Frage klar zu regeln, wann eine superprovisorische Massnahme dahinfällt. Probleme könnten sich andernfalls insbesondere in Fällen ergeben, in welchen zwar eine superprovisorische Massnahme erlassen, diese jedoch in der Folge im summarischen Verfahren nicht bestätigt und dieser negative Entscheid wiederum mit einem Rechtsmittel angefochten wird. Wir schlagen deshalb eine Regelung vor, wonach eine superprovisorische Massnahme erst mit Rechtskraft des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen dahinfällt.

TI: In una prima fase il Giudice decide sull'istanza di adozione di misure provvisionali. La decisione viene intimata alla controparte, assegnandole nel contempo un termine per esprimersi. In una seconda fase, ricevute le osservazioni della controparte, il giudice si richina sulla sua decisione.

ZG: *Abs. 2*: Der/die Richter/in soll die angeordneten Massnahmen bis zum abschliessenden Entscheid jederzeit aufheben oder ändern können. Es wird eine Regelung entsprechend § 127<sup>bis</sup> ZPO ZG vorgeschlagen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Um allfälligen Missbräuchen vorzubeugen, regen wir an, als weitere Voraussetzung für die vorläufige Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu

verlangen, dass das Gesuch nicht offensichtlich hinausgezögert wurde (vgl. Art. 28d Abs. 2 ZGB).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: keine Bemerkungen (BS wird sich den Gepflogenheiten der meisten Kantone in dieser Hinsicht wohl anpassen können und auf das ungelenke "Einspracheverfahren" verzichten)

AVLU: Klar zu regeln ist die Frage, wann eine superprovisorische Massnahme dahinfällt. Probleme können sich andernfalls insbesondere in Fällen ergeben, wo zwar eine superprovisorische Massnahme erlassen, diese jedoch in der Folge im summarischen Verfahren nicht bestätigt und dieser negative Entscheid wiederum mit einem Rechtsmittel angefochten wird. Es bedarf daher einer klaren Regelung, dass eine superprovisorische Massnahme erst mit Rechtskraft des Entscheides über vorsorgliche Massnahmen dahinfällt.

Bger: Gemäss Art. 280 VE-ZPO kann das Gericht bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitlungsgefahr, die vorsorgliche Massnahme sofort nach Einreichung des Gesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei vorläufig anordnen (Abs. 1). Gleichzeitig setzt das Gericht der Gegenpartei eine kurze Frist zur Stellungnahme und entscheidet anschliessend über das Gesuch (Abs. 2). Ein Rechtsmittel ist gegen eine superprovisorische Massnahme nicht vorgesehen, insbesondere auch keine Einsprache. Die Gegenpartei hat ihre Einwände in ihrer Vernehmlassung vorzutragen. Erst der hierauf zu ergehende Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist mit Rekurs anfechtbar (Art. 281 Abs. 1 VE-ZPO; s. auch Bericht zum Vorentwurf S. 133). Damit steht gegen superprovisorische Massnahmenentscheide im Prinzip allein der Weiterzug ans Bundesgericht offen. Das Fehlen eines kantonalen Rechtsmittel- oder Einspracheverfahrens ist indessen hinzunehmen. Es liegt in der Natur der Sache, dass superprovisorische Verfügungen ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen und in der Regel nicht begründet werden. Der Gegenpartei dürfte in der Regel kaum eine längere Vernehmlassungsfrist angesetzt werden (Art. 280 Abs. 2 VE), als es eine allfällige Rechtsmittelfrist wäre. Mit dem nach Eingang der Vernehmlassung zu treffenden vorsorglichen Massnahmeentscheid fallen die Wirkungen des Superprovisoriums automatisch dahin. Unter diesen Umständen bedeutete ein kantonales Rechtsmittel eine Doppelspurigkeit. Allerdings sollte der Richter nach Vorliegen der Stellungnahme unverzüglich entscheiden. Damit dürften Weiterzüge ans Bundesgericht in aller Regel gegenstandslos werden. Ferner sollte präzisiert werden, dass mit dem vorsorglichen Massnahmeentscheid die Wirkungen des Superprovisoriums "ex tunc" dahinfallen.

DJS: Für die Bestätigung vorsorglicher Verfügungen erweist sich die Durchführung einer Verhandlung, an der beide Parteien gehört werden können, grundsätzlich als geeigneter als ein einfacher Schriftenwechsel, wie ihn Abs. 2 vorsieht. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen keine schriftliche Eingabe der gesuchstellenden Partei sondern ein persönlicher Vortrag vor Gericht am Anfang des Verfahrens steht. Auch hier sollte sich die beklagte Person mündlich äussern können.

Im Falle einer (auch ohne Begründung vorgetragenen) Einsprache im Sinne von Abs. 2 sollte daher nur ausnahmsweise direkt vom Gericht entschieden werden. Die Regel sollte eine Verhandlung sein.

## Art. 281

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 1: Antrag: Gegen diese Entscheide ist nur die Beschwerde zuzulassen.

OW: Nach dieser Bestimmung sind Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Rekurs anfechtbar. Unklar ist, ob dies auch für superprovisorische vorsorgliche Massnahmen gilt. Nach Art. 234 ZPO Obwalden ist dies nicht der Fall. Es sollte klargestellt werden, ob der Rekurs, allenfalls die Beschwerde oder gar kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen bzw. die Abweisung eines Gesuchs um superprovisorische Massnahmen gegeben ist.

TI: cpv. 2: La facoltà concessa al tribunale di adottare, oltre le misure provvisionali, anche le misure d'esecuzione ex artt. 325 ss. AP è una novità interessante che permette un'immediata tutela giuridica.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Nicht geregelt wird die umstrittene Frage, ob der Gesuchsablehnung eine Art "Rechtsbeständigkeit" zukommen kann, oder ob der Gesuchssteller seine superprovisorische Massnahme Tags darauf dem nächsten Richter (am selben Ort oder anderswo) vorlegen kann, ohne dass neue Umstände eingetreten wären. Ein Rekurs kann sich m.E. nur gegen einen im kontroversen Verfahren erlangten Massnahmeentscheid richten; es sollte womöglich deshalb festgehalten werden, dass der Entscheid über eine superprovisorische Massnahme a) nicht Gegenstand eines Rekurses sein kann, b) aber das Gesuch, falls abgelehnt, wiederholt werden kann.

GGD ZH: Dass gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen der Rekurs gegeben ist, ergibt sich schon aus Art. 275 Abs. 2 i.V.m. Art. 299 Abs. 1 lit. b. Abs. 1 kann deshalb gestrichen werden, unter Anpassung des Marginals.

## Art. 282

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die Vorschrift, wonach bei angemessener Sicherheitsleistung und gewährleistetem Interessenausgleich von der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme abgesehen werden kann, könnte verallgemeinert werden, so dass sie nicht nur für Immaterialgüterrechts- und Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten zum Zuge käme.

BS: Denkbar wäre unseres Erachtens die Ausdehnung dieser Möglichkeit auch auf andere Streitigkeiten als immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Was soll dann mit der Sicherheit geschehen? Gerade im Bereich des Immaterialgüterrechts ist ein Schaden oft nur sehr schwer zu beziffern; eine materiellrechtliche Vorschrift, wonach die Sicherheitsleistung als Stipulierung einer Konventionalstrafe verstanden werden könnte, fehlt m.W.

Art. 283

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Applicazione dell'art. 28c cpv. 3 CCS. Quest'ultimo sottostà all'idea di limitare le misure provvisionali possibili nei confronti dei mass media. La Commissione suggerisce di abolire l'art. 283, in quanto il principio è già codificato nel diritto materiale.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: vgl. Art. 28c Abs. 3 ZGB; korrekte Abwägung zu Gunsten der Pressefreiheit.

Art. 284

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Le basi legali per le misure provvisionali in materia di diritto successorio sono sancite nel CCS, tuttavia i presupposti per tali misure sono descritti dal PCS.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Wohl überflüssig, aber nicht schädlich. Die Sicherungsmassregeln der Art. 551 ff. ZGB sind von einer kantonalen Verwaltungsbehörde anzuordnen (in BS Erbschaftsamt) und fallen daher von vorneherein nicht in den Anwendungsbereich der BZPO – und selbst wenn, so sind sie *lex specialis*.

Art. 285

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Ausdrücklich begrüsst wird die zeitliche Begrenzung der Schutzschrift auf 6 Monate, was gegenüber der bisherigen Praxis mehr Klarheit schafft.

AR: Der Gesetzgeber sollte sich äussern zur Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls auf welche Weise der Gegenpartei vom Eingang einer Schutzschrift Kenntnis zu geben ist (Zustellung der Eingabe oder blosser Mitteilung, dass eine solche eingegangen ist).

LU: Abs. 1: Nach der vorgeschlagenen Regelung soll eine Schutzschrift auch möglich sein, wenn jemand Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn eine Vollstreckbarerklärung nach den Artikeln 31 bis 45 des Lugano-Übereinkommens beantragt wird. Gemäss Artikel 34 Absatz 1 dieses Übereinkommens hat jedoch das mit einem Vollstreckungsantrag befasste Gericht seine Entscheidung unverzüglich zu erlassen, ohne dass die Schuldnerin oder der Schuldner in diesem Verfahrensabschnitt die Gelegenheit erhält, eine Erklärung abzugeben. Es stellt sich daher die Frage, ob die Zulassung einer Schutzschrift auch gegen Vollstreckbarerklärungen nach dem Lugano-Übereinkommen nicht staatsvertragswidrig ist.

Abs. 2: Diese Regelung ist unseres Erachtens zu starr. Das Gericht soll festlegen können, dass die Schutzschrift zwischen drei und sechs Monaten nach Einreichung unbeachtlich wird.

SG: Es ist zu regeln, ob überhaupt und gegebenenfalls auf welche Weise der Gegenpartei vom Eingang einer Schutzschrift Kenntnis zu geben ist (Zustellung der Eingabe oder blosser Mitteilung, dass eine solche eingegangen ist).

SH: Die Neuerung ist zweckmässig und verdient Zustimmung.

Allerdings sind im Exequaturverfahren nach Art. 31 ff. LugÜ Schutzschriften nicht zuzulassen. Dieses Verfahren ist gemäss übergeordnetem Recht zwingend einseitig (Art. 34 Abs. 1 LugÜ), und Einwendungen des Schuldners können erst im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden (Art. 36 LugÜ). Dieser Standpunkt deckt sich mit der deutschen Lehre zu dieser Frage.

Ausdrücklich geregelt werden sollte aber auf jeden Fall, ob Schutzschriften dem Prozessgegner zur Kenntnis zu bringen sind. Diese Frage wird in der Schweiz kontrovers beantwortet und der Gesetzgeber sollte dazu Stellung nehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind Schutzschriften nicht zuzustellen. Denn dies könnte nicht nur schlafende Hunde wecken, sondern dem Prozessgegner (dem Gesuchsteller) einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen, indem er sich bereits im Detail mit der Verteidigung der Gegenseite auseinandersetzen (oder sogar ein anderes zuständiges Gericht angehen) kann. Ein blosses Einsichtsrecht dagegen kann dem Prozessgegner nicht verwehrt werden, allerdings erst, wenn er sein Gesuch eingereicht und damit das Verfahren anhängig gemacht hat.

SO: Wir befürworten die Einführung der Schutzschrift, welche dem Rechtssuchenden die Möglichkeit eröffnet, sich gegen zu befürchtende superprovisorische Massnahmen und Arreste sowie Vollstreckbarerklärungen präventiv zur Wehr zu setzen.

ZG: Die Vorschrift ist dahingehend zu ergänzen, dass die gesuchstellende Partei kostenpflichtig ist.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Diese Bestimmung wie auch der Erläuternde Bericht äussern sich nicht darüber, ob das Gericht eine Schutzschrift der (potentiellen) Gegenpartei zustellen darf bzw. muss. Zu dieser Frage besteht heute offenbar keine einheitliche Praxis: Während Schutzschriften im Kanton Zürich der (möglichen) Gegenpartei zugestellt werden (vgl. ZR 96/1997 Nr. 46), ist dies zumindest beim Handelsgericht des Kantons Bern nicht der Fall. Eine Klärung in der ZPO-CH drängt sich auf.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Nach der vorgeschlagenen Regelung soll eine Schutzschrift auch möglich sein, wenn jemand Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn eine Vollstreckbarerklärung nach den Art. 31 bis 45 des Lugano-Übereinkommens beantragt wird. Gemäss Art. 34 Abs. 1 dieses Übereinkommens hat jedoch das mit einem Vollstreckungsantrag befasste Gericht seine Entscheidung unverzüglich zu erlassen, ohne dass der Schuldner in diesem Verfahrensabschnitt die Gelegenheit erhält, eine Erklärung abzugeben. Es stellt sich daher die Frage, ob die Zulassung einer Schutzschrift auch gegen Vollstreckbarerklärungen nach dem Lugano-Übereinkommen nicht staatsvertragswidrig ist.

AVZH: Im Bericht zum VE wird darauf hingewiesen, dass die Schutzschrift gegen sämtliche Massnahmen - auch gegen solche ausserhalb des Vorentwurfs - die

ohne vorgängige Anhörung verfügt werden können, zur Verfügung stehen solle. Der VE bringt dies zuwenig deutlich zum Ausdruck. Art. 285 Abs. 1 sollte in folgendem Sinne ergänzt werden:

Formulierungsvorschlag Art. 285:

*Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn eine Verfügung ohne vorgängige Anhörung, wie eine superprovisorische Massnahme, ein Arrest nach den Artikeln 271-281 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs oder eine Vollstreckbarerklärung nach den Artikeln 31-45 des Lugano-Übereinkommens vom 16. September 1988, beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen.*

economiesuisse: Die Einführung des Instituts der Schutzschrift ist gerade im Zusammenhang mit superprovisorischen Verfügungen sehr zu begrüßen. Wir unterstützen dabei die Überlegungen im Begleitbericht. Das Institut hat sich in vielen europäischen Rechtsordnungen bewährt. Von besonderer Bedeutung ist eine Schutzfrist bei komplexen Sachverhalten im Wirtschaftsleben, etwa bei Immaterialgüterrechten. Solche Streitigkeiten werden oft faktisch bereits in der Phase der vorsorglichen Massnahmen entschieden.

FSA: La FSA approuve l'introduction de cette institution dans la LPC.

OGZH: Wir weisen darauf hin, dass die Schutzschrift nach Zürcherischer Praxis der Gegenpartei zugestellt wird. Das hat sich nach unserer Erfahrung bewährt und soll auch in Zukunft so gehandhabt werden.

Uni NE: Le mémoire préventif est-il notifié à la partie adverse ? Le défendeur peut-il malgré tout déposer un nouveau mémoire après dépôt de la requête de mesures provisoires ? Ces points doivent être précisés.

Roche: Als Unternehmen der Pharmabranche sehen wir uns immer häufiger mit superprovisorischen Massnahmen konfrontiert. Wir begrüßen daher ausdrücklich die schweizweite Einführung des Instituts der Schutzschrift (Art. 285 VE), welches uns ermöglicht, dem Gericht unsere Sicht der Dinge darzulegen, was gerade bei komplexen Fragestellungen von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung ist.

Art. 286

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Vorbemerkungen zu den Art. 286 ff.: Wir sind der Ansicht, dass die Rechtsmittel bei der ersten Instanz einzureichen sind und diese den Schriftenwechsel durchführen soll. Diese Regelung ist effizient und sinnvoll. Die erste Instanz könnte dann für alle Verfahren, die bei ihr enden, auch die Rechtskraftbestätigung ausstellen und die Rechtsmittelinstanz müsste sich mit Fällen, in denen das Urteil nicht weiter gezogen wird, nie befassen.

An dieser Stelle muss nochmals darauf hingewiesen werden, dass die Streitwerte zu harmonisieren sind. Gemäss Vorentwurf laufen beispielsweise vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.– im vereinfachten Verfahren (Art. 237 lit. g VE ZPO). Trotzdem ist auch hier eine Appellation möglich. Es stellt sich die Frage, ob dies Sinn macht. Es erscheint auch eine Abstimmung der Streitwerte mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz nötig.

AR: Mindestens für das Berufungsverfahren sollte das Gericht auch von sich aus auf eine Verhandlung verzichten und statt dessen einen Schriftenwechsel durchführen können. Das scheint bei der Formulierung des Entwurfs nur im Einverständnis der Parteien möglich zu sein (Art. 286 i.V.m. 224 Abs. 2 VE). Dadurch sollen die Berufungsgerichte vermehrt in die Lage versetzt werden, das häufig rationellere schriftliche Verfahren anzuwenden und dazu keinen unnötigen Administrativaufwand für Rückfragen bei den Parteien betreiben müssen.

Diese Forderung dürfte mit der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jedenfalls im Grundsatz vereinbar sein (Übersicht bei Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A., Zürich 1999, N. 447, S. 283 f.). Den Parteien steht es im übrigen ohne weiteres frei, ausdrücklich eine öffentliche Verhandlung zu verlangen, wenn das Berufungsgericht die schriftliche Durchführung des Appellationsverfahrens angeordnet hat. In einem solchen Fall kann das Gericht problemlos auf seine Verfahrensordnung zurückkommen.

Es wird zudem vorgeschlagen, den folgenden Absatz 2 einzufügen: "Findet eine Parteiverhandlung statt, plädiert diejenige Partei zuerst, die das Rechtsmittel eingelegt hat".

BE: Allgemeines zu Art. 286 – 289 (Rechtsmittel): Eine generelle Regelung der Rechtsmittellegitimation wäre wünschenswert. Diese könnte sich auch auf die Rechtsmittellegitimation Dritter beziehen (vgl. Art. 307 VE zum Rekurs Dritter). Bei Rechtsmitteln Dritter, die nicht nur einen Teilaspekt des Verfahrens (z.B. die Mitwirkung der Drittperson bei der Beweisführung, Art. 158 Abs. 3 VE), sondern das Urteil als solches betreffen, würde sich die Frage stellen, ob nicht konsequenterweise im erstinstanzlichen Verfahren die Möglichkeit der Beiladung gegeben sein müsste.

Der französische Text ("la procédure de recours est celle *appliquée* en première instance") könnte den Eindruck erwecken, dass oberinstanzlich das genau gleiche Verfahren durchgeführt werden müsse wie vor erster Instanz (z.B. Verzicht auf die Hauptverhandlung). Es geht aber offensichtlich nur darum, dass oberinstanzlich die gleichen *Verfahrensvorschriften* zur Anwendung kommen wie erstinstanzlich (z.B. diejenigen über das vereinfachte Verfahren). Deshalb wird vorgeschlagen, an Stelle des Wortes "*appliquée*" "*applicable*" zu verwenden.

BS: Der Vorentwurf regelt die Rechtsmittel in den Art. 286 – 324, wozu er ausser den "klassischen" Rechtsmitteln in einem 6. Kapitel auch die Erläuterung und Berichtigung zählt (Art. 324). Auch wenn es sich dabei nicht um ein eigentliches Rechtsmittel, sondern um einen Rechtsbehelf handelt, ist gegen seine systematische Einordnung bei den Rechtsmitteln nichts einzuwenden. Immerhin mag man sich fragen, weshalb die Bestimmungen über die Restitution (Art. 142 ff.) nicht ebenfalls hier Eingang gefunden haben.

Generell sollten hinsichtlich der Rechtsmittelfristen möglichst einheitliche und damit einfache Lösungen vorgesehen werden. Dabei sollten die (allfälligen) Fristen zur Anmeldung des Rechtsmittels stets kurz sein (10 Tage), damit möglichst bald Gewissheit über den Weiterzug besteht, während bei den Begründungsfristen etwas grosszügigere Regelungen vorzusehen wären und allenfalls, im Hinblick auf "Mammutprozesse", ganz auf gesetzliche Maximalfristen verzichtet werden sollte.

- GE: Le Titre 4 de la partie 2 de l'avant-projet (art. 286ss PCS) est consacré aux voies de recours. On peut d'emblée se montrer très sceptique sur la division tripartite adoptée par les experts s'agissant des voies de recours dévolutives (qui excluent la révision, l'interprétation et la rectification). L'avant-projet reprend à raison la distinction entre l'appel ordinaire et l'appel extraordinaire.
- GR: Allgemein zu den Rechtsmitteln ist festzuhalten, dass aus dem Gesetzestext nicht klar hervorgeht, wann eine mündliche Verhandlung stattzufinden hat und wann nicht. Betrachtet man die einzelnen Rechtsmittel, so ist festzustellen, dass sowohl bei Appellation als auch bei Rekurs und Beschwerde begründete Rechtsschriften einzureichen sind. Dies könnte automatisch zum Schluss führen, dass keine mündlichen Verhandlungen vorgesehen sind. Dem steht gemäss Kommentar aber Art. 286 VE entgegen, welcher allgemein auf das Verfahren vor erster Instanz verweist. Dies sollte dazu führen, dass die Appellationsinstanz regelmässig eine mündliche Verhandlung durchführt und darin auch Beweise erhebt. Eine diesbezügliche Präzisierung im Gesetzestext bei den Bestimmungen über die Appellation wäre wünschenswert.
- LU: Wir regen an, unter den allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtsmitteln auch die in den Artikeln 295, 302 und 313 VE-ZPO geregelte Begründungslast anzuführen.
- Wir beantragen, den Verweis auf den ersten Teil zu beschränken. Ohne Beschränkung wäre im Appellationsverfahren regelmässig eine Verhandlung vorgesehen, was indes keinen Sinn macht. Es muss zudem klargestellt werden, dass bei den Rechtsmitteln nur ein einfacher Rechtsschriftenwechsel stattfindet. Zudem ist bei dieser Lösung festzuhalten, dass eine Klageänderung in zweiter Instanz unzulässig ist.
- NE: Le régime tripartite des recours nous paraît excessivement complexe. La procédure d'appel simplifié est certes plus large, dans les motifs de recours qu'elle admet, que celle de recours limité au droit. Toutefois, elle est réservée à des questions (avances de frais et sûretés, art. 92; suspension de la procédure, art. 116; transmission de causes connexes, art. 117; refus de collaboration de tiers, art. 158; rémunération de l'expert, art. 177; décisions des autorités tutélaires concernant les relations personnelles entre parents et enfants, art. 255; mesures provisionnelles, art. 281; décisions rendues en procédure sommaire, art. 299; tiers atteints par une décision d'exécution, art. 336) qui relèvent essentiellement du droit ou (notamment pour les art. 255 et 281) pour lesquelles un contrôle des faits limité à l'arbitraire est tout à fait envisageable. Comme, de surcroît, l'absence de débats oraux, dans le cours ordinaire de l'appel simplifié, réduit sensiblement en pratique le pouvoir d'appréciation de l'autorité de seconde instance, il nous paraît que les avantages d'une telle voie de recours intermédiaire ne compensent pas ses inconvénients (trois régimes de délai différents, avec ici un délai particulièrement court – étonnamment face à celui du recours limité au droit – et une faculté de prolongation, à l'art. 301 al. 2, qui pourrait donner lieu à maintes déconvenues). Nous sommes donc favorable à une extension du champ d'application du recours limité au droit et à la suppression de la voie de l'appel limité.
- SG: Wir beantragen, den folgenden Absatz 2 einzufügen: *Findet eine Parteiverhandlung statt, plädiert diejenige Partei zuerst, die das Rechtsmittel eingelegt hat.*

SH: Mindestens für das Berufungsverfahren sollte das Gericht auch *von sich aus* auf eine Verhandlung verzichten und stattdessen einen Schriftenwechsel durchführen können. Das scheint bei der Formulierung des Entwurfs nur im Einverständnis der Parteien möglich zu sein (Art. 286 i.V.m. 224 Abs. 2 VE). Dadurch sollen die Berufungsgerichte vermehrt in die Lage versetzt werden, das häufig rationellere schriftliche Verfahren anzuwenden und dazu keinen unnötigen Administrativaufwand für Rückfragen bei den Parteien betreiben müssen.

Diese Forderung dürfte mit der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jedenfalls im Grundsatz vereinbar sein (Übersicht bei *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A., Zürich 1999, N. 447, S. 283 f.). Den Parteien steht es im Übrigen ohne weiteres frei, ausdrücklich eine öffentliche Verhandlung zu verlangen, wenn das Berufungsgericht die schriftliche Durchführung des Appellationsverfahrens angeordnet hat. In einem solchen Fall kann das Gericht problemlos auf seine Verfahrensordnung zurückkommen.

SO: Bei den Rechtsmitteln würden wir es begrüßen, wenn die unterschiedlichen Fristen vereinheitlicht würden.

SZ: Ohne weitere Begründung geht die Vorlage davon aus, dass die Rechtsmittel jeweils direkt bei der Rechtsmittelinstanz einzulegen sind (*iudex ad quem*). Man könnte indessen auch diskutieren, ob die ordentlichen Rechtsmittel nicht zweckmässiger beim *iudex a quo* eingereicht werden müssen, wie dies die neue Regelung der Schwyzer ZPO vorsieht. Diese Regelung hat den Vorteil, dass damit der Verfahrensablauf und die Rechtskraftbescheinigungen wesentlich erleichtert werden können, womit die Rechtsmittelinstanz entlastet wird.

Sind die Rechtsmittel der Appellation, des Rekurses und der Beschwerde entsprechend dem Vorentwurf bei der Rechtsmittelinstanz einzulegen, so befürworten wir im Appellationsverfahren die strengere Variante 1.

Mit der vorgesehenen Einführung der Einheitsbeschwerden im Bundesgerichtsgesetz sollte die ZPO unbedingt darauf abgestimmt, d.h. für das kantonale Prozessrecht ebenfalls ein Einheitsrechtsmittel (z.B. "Berufung" an Stelle von Appellation, Rekurs und Beschwerde) vorgesehen werden, wobei in vermögensrechtlichen Streitigkeiten unterhalb eines bestimmten Streitwertes grundsätzlich kein Suspensiveffekt, nur die eingeschränkten Anfechtungsgründe von Art. 311 VE-ZPO und das schriftliche Verfahren gelten würden. Ebenfalls wäre für die Fälle von Art. 299 VE-ZPO das Einheitsrechtsmittel grundsätzlich im schriftlichen Verfahren vorzusehen, bei Vermögenssachen mit Beschränkung der Kognition bei Unterschreitung der Streitwertgrenze.

TG: Im Interesse eines einfachen, fortschrittlichen und bürgerfreundlichen Zivilprozessrechtes würden wir im Weiteren die Schaffung eines Einheitsrechtsmittels begrüßen. Die vorgeschlagene Lösung mit Appellation, Rekurs und Beschwerde als ordentliche Rechtsmittel ist nach unserer Auffassung altmodisch und für die nicht rechtskundigen Bürgerinnen und Bürger zu kompliziert.

Art. 286 ff.: Die Regelung des Verfahrens einschliesslich des allfälligen innerkantonalen Rechtsmittelverfahrens obliegt nach Art. 20a Abs. 3 SchKG nach wie vor den Kantonen. Mit Inkrafttreten einer gesamtschweizerischen ZPO erscheint diese Verfahrenszersplitterung als überholt. Wohl betreffen Betrei-

bungsbeschwerde und allfälliger innerkantonaler Rechtsmittelzug nicht den Zivilprozess, doch sind es verwandte Institute. Der Erlass einer schweizerischen ZPO ist somit der Zeitpunkt, um auch das Verfahren der SchKG-Beschwerde zu regeln. Der Sache nach ist die Beschwerde ein Rekurs, und es drängt sich daher auf, die entsprechenden Bestimmungen der ZPO anzuwenden.

Im Interesse eines einheitlichen Sprachgebrauchs sollten im Zivil- und Strafprozess überdies gleiche Ausdrücke verwendet werden. Im Vernehmlassungsentwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung ist von "Berufung" die Rede, in der vorliegenden ZPO indessen von "Appellation". Welche der beiden Bezeichnungen letztendlich zu bevorzugen ist, kann offen bleiben..

TI: Sistema nuovo rispetto a quello ticinese. La procedura d'appello è retta dalle medesime disposizioni della procedura davanti alla prima istanza. Ad esempio la procedura di assunzione delle prove in appello sarà la stessa che si applica in prima istanza.

Questo rinvio alla procedura applicabile alla prima istanza comporta, tra l'altro, la conseguenza che il tribunale di secondo grado debba quale regola, citare le parti ad un dibattimento.

Si tratta invero di un'esigenza inutile che però contribuirà al ritardo nell'evasione delle pratiche di ricorso. Si propone pertanto di aggiungere un cpv. 2, riprendendo anche qui il contenuto dell'art. 308 CPCF, ossia: "*Di regola non ha luogo alcun dibattimento orale.*"

Secondariamente appare ovvio che questo **non** comprende anche la fase di conciliazione.

ZH: Der Gesetzeswortlaut lässt offen, inwieweit die Rechtsmittelinstanzen den angefochtenen Entscheid auch hinsichtlich der nicht ausdrücklich gerügten Punkte prüfen können und müssen (Rügeprinzip; vgl. Stellungnahmen des KassG zu Art. 286 ff. und des OGZH zu Art. 295, 302 und 313).

Nicht normiert ist sodann die Bindung der Rechtsmittelinstanzen an die Parteianträge. Ein entsprechender Formulierungsvorschlag kann der Stellungnahme des OGZH zu Art. 295, 302 und 313 entnommen werden.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir fragen uns, ob es sinnvoll ist, zuzulassen, dass das gesamte Verfahren vor erster Instanz nochmals wiederholt werden kann. Insbesondere sollte ein Beweisverfahren vor der Rechtsmittelinstanz die Ausnahme und nicht die Regel bilden.

LPS: L'avant-projet institue l'appel comme voie ordinaire de recours contre les décisions finales et incidentes des tribunaux de première instance (art. 290), en prévoyant:

- un appel simplifié (art. 299) dans les cas prévus par la loi (litt.a), en particulier contre les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés (art. 92), à l'assistance judiciaire (art. 110), à la suspension de la procédure (art. 116), au renvoi pour cause de connexité (art. 117), à l'obligation de collaborer (art. 158) et à la rémunération de l'expert (art. 177), ainsi que contre les décisions rendues en procédure sommaire (litt. b), à l'exception toutefois

des décisions relevant de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (al. 2);

- un recours limité au droit (art. 310) contre les décisions des tribunaux de première instance non attaquables par appel ni appel simplifié (litt. a) et contre les décisions d'instruction des tribunaux de première instance qui pourraient causer un préjudice irréparable (litt. b).

Nous sommes en principe d'accord avec l'institution de l'appel comme voie ordinaire de recours contre les jugements des tribunaux de première instance et d'un "recours limité au droit", sorte de recours en cassation, contre les décisions des tribunaux de première instance qui ne sont pas susceptibles d'appel. Nous nous interrogeons en revanche sur la raison d'être de l'appel simplifié proposé. A notre sens, les décisions attaquables pour la voie de l'appel simplifié, selon l'art. 299, pourraient l'être, sans inconvénient majeur, par la voie du recours limité au droit. Sans doute, l'appel simplifié peut-il être formé pour "constatation inexacte des faits" (art. 300 litt. b), alors que le recours limité au droit ne peut l'être que pour "constatation arbitraire des faits" (art. 311 litt. b), ce qui n'est évidemment pas la même chose. Mais, compte tenu de la nature des décisions visées, cela ne nous paraît pas constituer une restriction intolérable des droits des parties.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Rechtsmittel: Die Bestimmungen über die Rechtsmittel finden sich im viertel Titel des besonderen Teils in den Art. 286 bis 324. Daneben finden sich auch anderswo im Gesetz vereinzelte Bestimmungen, die Rechtsmittel-relevant sind: Beispielsweise befasst sich Art. 231 mit der Möglichkeit, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, Art. 232 postuliert die Pflicht, sämtliche Entscheide schriftlich zu begründen, und die Art. 249 f. enthalten ein eigenes Rechtsmittel-Régime für das Scheidungsverfahren (vgl. ferner Art. 94 Abs. 4 u.a.m.).

Der gewählte Aufbau überzeugt grundsätzlich, auch wenn die genannten Bestimmungen über Rechtsmittel bei Scheidung nach hinten hätten gezogen werden sollen.

Da mit der Beschwerde auch eine unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden darf, kann man sich fragen, ob es eines Rekurses bedurft hätte oder ob die Fälle des Rekurses nicht ebenso gut dem Anwendungsgebiet der Beschwerde hätten zugeschlagen werden können. Der vorliegende Vorschlag bietet zumindest auf dem Papier den besseren Rechtsschutz, kompliziert die Verhältnisse aber auch leicht.

Die vorgeschlagene Trias der Rechtsmittel, die sich einzig aufgrund des Anfechtungsobjektes unterscheiden, überzeugt alles in allem.

Der Allgemeine Teil der Rechtsmittel: Es scheint eine nicht auszurottende Macke der Juristen zu sein, auch dann noch Bestimmungen vor die Klammer ziehen zu wollen ("*AT der Rechtsmittel*"), wenn darunter das Verständnis leidet: Beispielsweise hätte man den Beginn des Fristenlaufs besser gleich bei den einzelnen Rechtsmitteln (die ja auch unterschiedliche Fristen kennen!) geregelt (vgl. Art. 287). Auf den AT ist zu verzichten; lieber nimmt man des besseren Verständnisses zu liebe einige Wiederholungen in Kauf.

Wieder so ein Klammerproblem: Es ist wohl nicht anzunehmen, dass ein Berichtigungsbegehren (Art. 324) ein Verfahren in der Art eines Appellations-

verfahren in Gang bringt. Gegenteiliges ist allerdings auch dem Bericht nicht zu entnehmen.

AVGE: Le Titre 4 de la partie 2 de l'AP est consacré aux voies de recours (art. 286-324 AP).

Il y aurait beaucoup à dire sur cette section de l'AP. On peut d'emblée se montrer très sceptique sur la division tripartite adoptée par les experts s'agissant des voies de recours dévolutives (qui excluent la révision, l'interprétation et la rectification). L'AP reprend à raison la distinction entre l'appel ordinaire et l'appel extraordinaire. Le premier se retrouve avec l'appel des art. 290 ss AP, qui peut être formé pour violation du droit et pour constatation inexacte des faits (art. 291 AP), lequel déploie en principe l'effet suspensif (art. 294 AP). Le deuxième se retrouve dans l'institution du "*recours limité au droit*" des art. 310 ss AP, qui ne peut être formé que pour violation du droit, constatation arbitraire des faits et retard injustifié (art. 311 AP) et n'emporte pas d'effet suspensif (art. 316 AP).

Or les experts introduisent une certaine confusion par l'appel simplifié des art. 299 ss AP qui n'est en réalité rien d'autre qu'un appel ordinaire instruit par "*voie accélérée*", alors que les griefs invoqués sont identiques quant à leur nature (comparer art. 291 et 300 AP). Le pouvoir de cognition des juges est dès lors identique que pour l'appel ordinaire, tandis que l'effet suspensif se règle à peu de choses près de façon identique également (comparer art. 294 et 304 AP). En revanche certains délais sont réduits, et le recours joint est exclu. L'institution de l'appel simplifié, au vu de son caractère hybride, ne trouve pas une place claire dans l'AP. Ne devrait-on pas franchir le pas et admettre que les procédures de type accéléré ou sommaire (procédure simplifiée, cf. art. 237 ss AP; procédure sommaire, cf. art. 258 ss AP) prévoient systématiquement une voie de recours extraordinaire (cette distinction prévaut en partie à Genève avec les art. 291 et 292 LPC)? Est-il heureux de distinguer comme le fait l'AP entre certains types de procédure sommaire selon des critères qui n'apparaissent pas très clairement (cf. art. 299 al. 2 AP)? Ne devrait-on pas se contenter d'une dichotomie entre voie d'appel ordinaire et voie d'appel extraordinaire, quitte à régler certaines questions de procédure particulières en fonction du type de procédure en cause?

A cela s'ajoute qu'on peut se demander s'il se justifie de refuser le recours joint (appel incident) en cas d'appel simplifié (art. 305 AP), voire en procédure de recours limité au droit (art. 315 AP). On ne voit pas non plus pour quelle raison le recours limité au droit serait possible en cas de retard injustifié, alors que l'appel ordinaire et l'appel simplifié ne le seraient pas (comparer les art. 291 et 300 AP avec l'art. 311 litt. c AP).

AVLU: Unter den allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtsmitteln wäre auch die im Vorentwurf in den Art. 295, 302 und 313 geregelte Begründungslast anzuführen.

Bger: Die für sämtliche Kantone einheitliche Rechtsmittelordnung, die im VE klar und umfassend geregelt ist, wird einen grossen Fortschritt für das bundesgerichtliche Verfahren bringen. Die Transparenz wird durch die Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung (Art. 127 Abs. 1 lit. h VE-ZPO) erhöht. In Anbetracht der etwas unübersichtlichen, aber der Rechtssicherheit dienenden Aufzählung des jeweils zulässigen Rechtsmittels in einzelnen Gesetzesbestimmungen (z.B. Art.

92, 102, 110, 116 Abs. 2, 117 Abs. 2, 158 Abs. 3, 177 Abs. 2, 253 Abs. 3 VE-ZPO) drängt sich eine solche auf.

Die im geltenden Recht häufig bestehenden Zweifel über die Letztinstanzlichkeit kantonaler Entscheide als Zulässigkeitsvoraussetzung des bundesgerichtlichen Rechtsmittels (Art. 48 Abs. 1, 68 Abs. 1, 86 Abs. 1 OG) werden der Vergangenheit angehören. Dementsprechend wird es nicht mehr nötig sein, vorsorglich, d.h. für den Fall der Unzulässigkeit des kantonalen Rechtsmittels, das Bundesgericht anzurufen und das bundesgerichtliche Verfahren bis zum kantonalen Entscheid auszusetzen. Im Interesse der Einfachheit und Klarheit liegt sodann, dass die einheitliche Rechtsmittelordnung nicht nur für kantonale Endentscheide (Art. 228 Abs. 1 VE-ZPO), sondern umfassend auch für Zwischenentscheide (Art. 229 VE-ZPO) und prozessleitende Verfügungen (Art. 310 lit. b VE-ZPO) gilt.

Im Zusammenhang mit der Anfechtung der verschiedenen Entscheide stellt sich allerdings das Problem der nur teilweisen Übereinstimmung der Anfechtbarkeitsvoraussetzungen der drei Entscheidarten im kantonalen Verfahren einerseits und im bundesgerichtlichen Verfahren andererseits. Beim Endentscheid nach Art. 228 VE-ZPO sind diese Voraussetzungen mit denjenigen des Art. 85 BGG (BBI 2001 IV 4480, 4502) identisch. Beim Zwischenentscheid nach Art. 229 Abs. 2 VE-ZPO stimmen die kumulativen Voraussetzungen der sofortigen Herbeiführung eines Endentscheides sowie der Zeit- oder Kostenersparnis mit denjenigen des Art. 50 Abs. 1 OG ebenfalls praktisch überein. Andererseits gibt es wesentliche Unterschiede in der Anfechtung: Bei den Zwischenentscheiden schliesst die unterbliebene Anfechtung von Zwischenentscheiden nach Art. 229 VE-ZPO eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid aus, während den Parteien bei Zwischenentscheiden nach Art. 50 OG die nachträgliche Anfechtung freigestellt bleibt (Art. 48 Abs. 3 OG). Bei den prozessleitenden Verfügungen nach Art. 310 lit. b VE-ZPO hängt die selbstständige Anfechtbarkeit vom Erfordernis des Drohens eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher oder tatsächlicher Natur ab (Bericht S. 146 oben, vgl. auch Art. 46 Abs. 1 VE-ZPO), wobei die Frage der nachträglichen Anfechtung nicht geregelt wird, während bei Art. 87 Abs. 2 OG nach konstanter Bundesgerichtspraxis nur ein drohender Nachteil rechtlicher Natur genügt (BGE 126 I 207 E. 2 vor a) und die nachträgliche Anfechtung im Belieben der Parteien steht (Art. 87 Abs. 3 OG). Wiederum eine andere Regelung ist in Art. 88 E-BGG vorgesehen: dort wird die selbstständige Anfechtbarkeit neben dem Fall des drohenden Nachteils um eine Alternative erweitert, nämlich die sofortige Herbeiführung eines Endentscheides sowie Zeit- oder Kostenersparnis (Art. 88 Abs. 1 lit. a und b E-BGG), und die nachträgliche Anfechtung ausdrücklich zugelassen (Art. 88 Abs. 2 E-BGG).

Die Voraussetzungen der Anfechtung der verschiedenen Entscheidarten im kantonalen und bundesgerichtlichen Verfahren bedürfen dringend einer besseren Koordination. Dabei kann es aus der Sicht des Bundesgerichts nicht einfach darum gehen, die Vorschriften des kantonalen und des bundesgerichtlichen Verfahrens derart aufeinander abzustimmen, dass jeder im Kanton selbstständig anfechtbare Entscheid auch vor Bundesgericht selbstständig anfechtbar ist (vgl. Bericht S. 112). Vielmehr sollte dem Anliegen der Entlastung des Bundesgerichts Rechnung getragen und der Grundsatz beachtet werden, dass sich das Bundesgericht nach Möglichkeit nur ein Mal mit einer Streitsache zu befassen hat, den Parteien also zuzumuten ist, den kantonalen

Endentscheid abzuwarten, bevor sie das Bundesgericht anrufen. Dies lässt sich um so mehr verantworten, als dank dem Prinzip der doppelten Instanz Gewähr dafür besteht, dass bereits zwei kantonale Gerichte die Streitsache behandelt haben.

FSA: L'avant-projet propose *trois voies de droit*: l'appel en principe ouvert contre les décisions rendues au terme de la procédure ordinaire ou simplifiée, l'appel simplifié contre les jugements rendus en procédure sommaire et le recours limité au droit qui n'est en principe que subsidiaire.

La FSA peut se satisfaire de ce système à plusieurs voies. Elle renonce donc à proposer un seul recours, quels que soient le type de décision attaquée et la nature des motifs invoqués par le recourant.

Nous relevons toutefois que l'appel et l'appel simplifié se ressemblent à tel point que l'on peut douter de l'opportunité de prévoir deux voies de droit séparées. Les différences se limitent en effet au délai de recours (art. 292 et 293 d'une part, 301 AP d'autre part), et dont nous suggérons la suppression (ci-dessous) ainsi qu'à l'exclusion du recours joint (art. 305 AP) et à l'absence, en principe, de débats dans l'appel simplifié (art. 308 AP).

Par ailleurs, il est surprenant de constater que les *délais* proposés sont de 30 jours pour l'appel (art. 292; respectivement 10 + 20 jours selon la variante), de 10 jours, prolongeable, pour l'appel simplifié (art. 301) et de 20 jours pour le recours (art. 312). On voit mal ce qui justifierait cette diversité qui multiplie le risque d'erreur. Il faut prévoir un délai de même durée pour toutes les voies de droit.

Enfin, la FSA estime opportun d'introduire dans le titre traitant des recours une voie de droit destinée à régler les conflits de compétence négatifs intra- et inter-cantonaux. Les premiers seraient résolus par une juridiction cantonale, les seconds par le Tribunal fédéral. Cette disposition pourrait s'inspirer de l'art. 25 al. 1er CPC TI dont le texte dispose que: *Quando un giudice dichiara la sua incompetenza e un altro giudice presso il quale la causa è stata riproposta si dichiara egli pure incompetente, la Camera civile di appello designa, su istanza di parte, il giudice competente.*

KassZH: Nicht hinreichend geklärt ist die Frage, in welchem Umfang bei den einzelnen Rechtsmittel das *Rügeprinzip* zur Anwendung kommen soll. Der Gesetzeswortlaut ist (unter dem Titel "Begründungslast") bei sämtlichen Rechtsmitteln identisch (vgl. Art. 295, 302 und 313). Im Bericht wird ausgeführt, bei der Appellation könne das Gericht auch auf Gesichtspunkte eingehen, die von den Parteien nicht genannt werden; ebenso - sinngemäss - beim Rekurs und auch bei der Beschwerde (hier wird im Bericht - S. 147 - ausdrücklich darauf verwiesen, dass gegenüber den bisher geltenden kantonalen Bestimmungen eine gewisse Erleichterung eintrete). Diese Regelung birgt aber von vornherein die *Gefahr der Unvorhersehbarkeit* bzw. der willkürlichen Rechtsanwendung in sich: Nach welchen objektivierten Kriterien soll z.B. die Beschwerdeinstanz eine von ihr festgestellte Rechtsverletzung, die mit keinem Wort gerügt wird, beheben? Hier liegt es am Gesetzgeber, eine klare Entscheidung zu treffen.

zur SchKG-Aufsichtsbeschwerde.

Die Regelung des Verfahrens einschliesslich des allfälligen innerkantonalen Rechtsmittelverfahrens obliegt nach Art. 20a Abs. 3 SchKG nach wie vor den Kantonen. Mit Inkrafttreten einer gesamtschweizerischen ZPO erscheint diese Verfahrenszersplitterung überholt. Wohl betreffen Beteiligungsbeschwerde und allfälliger innerkantonaler Rechtsmittelzug nicht den Zivilprozess, doch sind es verwandte Institute, und der Erlass einer CH-ZPO ist der Zeitpunkt, um auch das Verfahren der SchK-Beschwerde zu regeln. Der Sache nach ist die Beschwerde ein Rekurs, und es drängt sich daher auf, die entsprechenden Bestimmungen der CH-ZPO anzuwenden. Für einen innerkantonalen Instanzenzug (den nur neun Kantone kennen: Basler Kommentar Cometta, N. 2 zu SchKG 18) ist die Beschwerde im Sinne des VE das geeignete Instrument. Nach E BGG Art. 68 ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht neu auch anwendbar auf Beschwerden nach SchKG, und konsequenterweise soll SchKG 19 nur noch auf das BGG verweisen (E BGG Anhang, Aufhebungen und Änderungen bisherigen Rechtes). Wenn man für das Aufsichtsverfahren in den Kantonen auf den Rekurs resp. gegebenenfalls auf die Beschwerde nach CH-ZPO verweist, ergibt sich also keine geringere Kognition, als sie in letzter Instanz dem Bundesgericht zusteht (dazu E BGG 90/92, gegenüber VE CH-ZPO 311).

Vorschlag:

*SchKG 20a Abs. 3: Wo dieses Gesetz keine Regelung enthält, sind im übrigen für die Beschwerde die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung über den Rekurs (Art. XXX ZPO), und für den Weiterzug an eine obere kantonale Aufsichtsbehörde diejenigen über die Beschwerde (Art. XXX ZPO) anwendbar.*

(Anmerkung: sollte sich der Gesetzgeber zu dieser Harmonisierung nicht entschliessen können, stünde es den Kantonen wohl frei (und würden wir für Zürich erwägen), im EG SchKG für das Verfahren der Aufsicht in SchK-Sachen auf die eidgenössische ZPO zu verweisen.)

Bindung an die Rückweisung.

Die obere Instanz kann die Sache an die untere zurück weisen. Es stellt sich die Frage, welche Bindungswirkung das hat. Die Botschaft zum E BGG (Ziffer 4.1.4.5 am Ende) geht davon aus, dass sich die *Bindung der unteren Instanz* an die der Rückweisung zugrunde liegende Auffassung von selbst verstehe, und dass die Übernahme von OG 66 entbehrlich sei. Das kann man so sehen; vielleicht wäre es immerhin sinnvoll, es in der Botschaft zur CH-ZPO ebenfalls klarzustellen.

Eine andere Frage ist die *Bindung der rückweisenden Instanz*. Sie betrifft mehrere Bereiche: die Bindung an sich, die Zulässigkeit des portionenweisen Rechtsmittels, neuer Sachverhalt und neue Praxis einer oberen Instanz. Zum dritten Punkt mag man die Regelung für entbehrlich halten, weil sich die Nicht-Bindung von selbst verstehe. Das erste kann man analog daraus ableiten, dass ein Gericht seine Entscheide nicht in Wiedererwägung ziehen darf, und dass die Rückweisung quasi einen Vor-Entscheid in der Sache darstellt. Offen und zu regeln bleibt aber die zweite Frage. Wir kennen Beispiele, wo eine Partei nur gewisse Punkte eines Urteils rügt, und sich nach dem neuen Urteil der oberen

Inстанz auf weitere Rügen besinnt - oder aber eine obere Instanz behandelt die erhobenen Rügen nur so weit, bis sie zur Rückweisung kommt und behält sich die Prüfung der weiteren Rügen für ein zweites Rechtsmittelverfahren vor (so regelmässig unser kantonales Kassationsgericht, wenn auch häufiger in Strafsachen als in Zivilsachen). Beides ist einer effizienten Prozessbehandlung abträglich, wenn nicht sogar eigentlich missbräuchlich. Es erscheint uns sinnvoll, den Punkt zu regeln.

Vorschlag:

*Art. 289a Wirkung einer Rückweisung*

<sup>1</sup>Bei einer Rückweisung sind die untere Instanz und (bei erneuter Befassung mit dem Fall) die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche der Rückweisung zu Grunde liegt.

<sup>2</sup>Rügen, welche im ersten Rechtsmittelverfahren erhoben wurden oder erhoben werden konnten, sind in einem späteren Rechtsmittelverfahren nicht mehr zulässig.

<sup>3</sup>Vorbehalten bleiben ein neuer Sachverhalt und die Änderung von Gesetzen oder der Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

Uni GE: Le Titre 4 de la partie 2 de l'AP (articles 286ss PCS) est consacré aux voies de recours. On peut d'emblée se montrer très sceptique sur la division tripartite adoptée par les experts s'agissant des voies de recours dévolutives (qui excluent la révision, l'interprétation et la rectification). L'AP reprend à raison la distinction entre l'appel ordinaire et l'appel extraordinaire. Le premier est prévu aux articles 290 et suivants PCS: il peut être formé pour violation du droit et pour constatation inexacte des faits (article 291 PCS), et déploie en principe l'effet suspensif (article 294 PCS). Le deuxième se retrouve dans l'institution du "recours limité au droit" des articles 310 et suivants PCS: il ne peut être formé que pour violation du droit, constatation arbitraire des faits et retard injustifié (article 311 PCS) et n'emporte pas d'effet suspensif (article 316 PCS).

Uni LA: Bien que la procédure d'appel, telle qu'elle est proposée comme voie de droit principale, soit très profondément contraire à la tradition de la procédure civile vaudoise, elle est connue dans un grand nombre de cantons. On doit donc accepter qu'elle soit introduite avec ses conséquences, soit la tenue régulière de débats oraux en seconde instance.

En revanche, on comprend mal la complexité des voies de droit prévues par l'AP. En particulier, la distinction entre l'appel et l'appel simplifié n'apparaît pas suffisamment importante pour justifier la coexistence de ces deux voies de droit. Un système limité à deux voies différentes seulement, l'appel et le recours limité au droit, serait suffisant.

D'une manière générale, on relève aussi une tendance de l'AP à prévoir dans de trop nombreux cas des recours immédiats contre des décisions d'instruction ou des décisions incidentes. De tels recours avant le jugement final sont de nature à perturber la bonne marche du procès et à entraîner des retards tout en favorisant les manœuvres dilatoires. Il conviendrait d'effectuer un tri soigneux des cas où il se justifie réellement de permettre de saisir l'autorité supérieure en cours de procès.

Uni NE: D'une manière générale, les voies de recours sont réglementées de manière trop compliquée. En particulier, il ne paraît pas nécessaire de prévoir 3 voies différentes, 2 suffiraient manifestement. On se demande du reste pour quelle

raison chaque voie de recours est assortie d'un délai de dépôt différent (un délai unique de 20 jours serait clairement plus approprié), ce qui complique encore la situation. On ne voit pas non plus pour quelle raison l'appel joint est exclu en cas d'appel simplifié. L'avant-projet fait des distinctions là où elles ne sont pas nécessaires.

Il serait sans doute possible de limiter à 2 les voies de recours en se limitant à l'appel et au recours limité au droit. La procédure d'appel pourrait être elle-même simplifiée. Il est en effet inutile dans la plupart des cas de refaire l'ensemble du procès. Ainsi, on pourrait partir du principe que, sauf moyens de preuves nouveaux, ou nécessité de réadministrer des preuves, la procédure ait lieu sur dossier, ce qui permettrait de renoncer aux débats préparatoires et principaux. Dans la plupart des cas tout est dit dans les mémoires de recours et de réponse. Il pourrait aussi être renoncé aux plaidoiries, qui n'interviendrait qu'à la requête des parties.

Art. 287

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Lit. a und b unterscheiden für den Beginn der Rechtsmittelfrist zwischen dem ordentlichen und vereinfachten Verfahren einerseits und dem summarischen Verfahren andererseits. In diesen beiden Fällen ist jedoch nicht der Beginn der Rechtsmittelfrist verschieden, sondern nur die Eröffnung des Dispositivs. Die Rechtsmittelfrist beginnt in beiden Fällen am Tag nach der Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheids zu laufen. Lit. a und b können daher zusammengefasst werden.

BL: Antrag: Streichung und Neuformulierung wie folgt:

*Die Rechtsmittelfrist beginnt am Tag nach der Eröffnung des Dispositivs oder des schon begründeten Entscheids zu laufen.*

JU: Bst. a: Cf. remarques ad art. 292.

LU: Wir schlagen vor, die Litera a und b zusammenzufassen und gleich zu formulieren. Unseres Erachtens muss die Rechtsmittelfrist immer nach Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids zu laufen beginnen. Überdies ist bezüglich Eröffnung der Entscheide im allgemeinen Teil vorzusehen, dass der Rechtspruch (Dispositiv) ohne Begründung eröffnet werden kann, und dass der Entscheid rechtskräftig wird, wenn keine Partei innert 10 Tagen eine Begründung verlangt. Wir verweisen dazu auf unsere Ausführungen zu den Artikeln 230 und 231 VE-ZPO.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: *Lit. a und b* können zusammengefasst werden, da auch Entscheide im summarischen Verfahren stets schriftlich zu begründen sind (vgl. Art. 265 Abs. 2).

Ferner: Die Formulierung lässt offen, was bei Entscheiden gilt, die im Scheidungsverfahren oder im Verfahren betreffend Kinderbelange ergangen sind. Denn anders als das vereinfachte und das summarische Verfahren werden diese beiden Verfahrensarten hier nicht erwähnt. Gesetzessystematisch stehen sie aber auf der gleichen Stufe wie das vereinfachte Verfahren und das Summarverfahren.

*Art. 287 Beginn der Rechtsmittelfrist*

*Die Rechtsmittelfrist beginnt zu laufen:*

- a. bei End- und Zwischenentscheiden: am Tag nach der Zustellung oder Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheides,*
- b. bei anfechtbaren prozessleitenden Entscheiden: am Tag nach ihrer Eröffnung.*

Uni NE: Concernant le début du délai de recours, réglementé à l'article 287, le projet est erroné. En effet, l'article 134 précise que lorsque le délai est fixé en jours, celui de l'acte qui le fait courir n'est pas compté. Dès lors, l'article 287 devrait indiquer que c'est le jour de la notification que le délai commence à courir. A défaut, le premier jour compté serait le surlendemain de la notification de la décision, ce qu'aucun code ne retient.

A l'article 287, en matière de faits et moyens de preuve nouveaux, il convient d'indiquer jusqu'à quel stade de la procédure de recours les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles.

Art. 288

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Novità rispetto al nostro sistema che non prevede la richiesta di osservazioni all'autorità inferiore.

La Commissione è scettica su questa possibilità data al giudice di prima istanza, che ha già avuto modo di pronunciarsi mediante la sentenza.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Für den Fall, dass eine solche Stellungnahme eingeholt wird, muss den Parteien Gelegenheit gegeben werden, sich dazu zu äussern. Dies sollte der Gesetzestext in Verdeutlichung von Art. 48 klarstellen.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Hier empfiehlt sich die Aufnahme eines Abs. 2.

Formulierungsvorschlag Art. 288, neuer Abs. 2:

*Die Vernehmlassung der Vorinstanz ist den Parteien zur Stellungnahme zuzustellen.*

Art. 289

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Die Rechtsmittelinstanz kann nach dieser Vorschrift unabhängig vom Verhalten der Parteien sogleich einen schriftlich begründeten Entscheid erlassen.

Vorbemerkung zum 2. Kapitel "Die Appellation": Im Interesse eines einheitlichen Sprachgebrauchs sollten im Zivil- und im Strafprozess gleiche Ausdrücke verwendet werden. Im Vernehmlassungsentwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung ist von "Berufung" die Rede, hier von "Appellation". Welche der beiden Bezeichnungen zu bevorzugen ist, kann hier offen bleiben.

BS: Die Vorschrift von Art. 289, die unter dem Titel "Eröffnung des Entscheides" steht, ist nicht ohne Weiteres verständlich: Danach kann die Rechtsmittelinstanz "das Dispositiv ihres Entscheides mit der schriftlichen Begründung eröffnen, auch wenn keine Partei dies beantragt". Im Bericht der Expertenkommission liest man dazu, die Bestimmung sei vor allem für die Appellation relevant: Die Rechtsmittelinstanz könne das Dispositiv ihres Entscheides "immer erst gleichzeitig mit der schriftlichen Begründung" eröffnen, auch ohne entsprechenden Parteiantrag (S. 137). Damit wird die Sache noch diffuser: Während der Entwurfstext nach einer "Kann-Vorschrift" klingt, die es ins Ermessen der Behörde stellt, wann sie mit dem Dispositiv heraus will, lesen sich die Erläuterungen so, als könne die Rechtsmittelbehörde das Dispositiv stets nur mit der schriftlichen Urteilsmotivierung eröffnen. Die Bestimmung sollte aus sich selbst verständlich sein, weshalb eine klarere Formulierung Not tut. Gemeint ist wohl Folgendes: Nach dem für das unterinstanzliche Verfahren geltenden Art. 230 Abs. 3 wird auf Antrag einer Partei das Dispositiv (erst) zusammen mit der schriftlichen Begründung eröffnet. Davon abweichend, will offenbar Art. 289 der Rechtsmittelbehörde das Recht geben, auch ohne entsprechenden Antrag das Dispositiv nicht schon unmittelbar nach Urteilsfällung, sondern erst zusammen mit dem schriftlich motivierten Urteil zu eröffnen. Weshalb diese Lösung jedoch vor allem für die Appellation relevant sein soll, leuchtet nicht ein. Denn hier findet ja eine Verhandlung statt. Wohl obliegt es dem kantonalen Recht zu bestimmen, ob die Urteilsberatung öffentlich ist (Art. 49 Abs. 4). Der in Art. 49 Abs. 1 normierte Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen gebietet jedoch auch dort, wo die Beratungen geheim vonstatten gehen, die öffentliche Urteilsverkündung (vgl. auch Art. 30 Abs. 3 BV). Dann ist aber nicht einzusehen, welchen Grund es für die Rechtsmittelinstanz geben könnte, das Dispositiv noch zurückzuhalten. Wenn man die Bestimmung aber gleichwohl beibehalten will, so muss eine Formulierung gefunden werden, die auf Anhieb klar erkennen lässt, was gemeint ist. Diese könnte z.B. wie folgt lauten:

*Der Rechtsmittelinstanz ist anheim gestellt, das Dispositiv ihres Entscheides erst zusammen mit der schriftlichen Begründung zu eröffnen.*

LU: Bei der von uns vorgeschlagenen Verschiebung von Artikel 230 und Artikel 231 VE-ZPO in den allgemeinen Teil wird Artikel 289 überflüssig.

SH: Die Rechtsmittelinstanz kann nach dieser Vorschrift unabhängig vom Verhalten der Parteien sogleich einen schriftlich begründeten Entscheid erlassen (vgl. Bemerkung zu Art. 230 VE).

TI: Nuovo articolo 289a

La presenza di più vie di ricorso (appello, reclamo, ricorso) crea sempre il problema dell'utilizzo di una via di ricorso errata da parte del ricorrente, soprattutto se non è patrocinato. Il principio in questo ambito dovrebbe essere quello "in favor validitatis", ossia evitare nella misura del possibile di dichiarare irricevibile il ricorso. Molti CPC, tra cui quello ticinese, prevedono dunque il principio della conversione d'ufficio di un ricorso erroneo in quello corretto, con relativa trasmissione (se del caso) alla Camera/ Sezione competente all'interno del medesimo tribunale.

Su questo punto il Progetto è silente, quando invece dovrebbe prevedere una norma di questo tipo.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Ein *Highlight* waren und sind die öffentlichen Verhandlungen des Appellationsgerichts in Zivilsachen, bei denen öffentlich beraten und hernach gleich entschieden wird. Solches ist - soweit ersichtlich - nun nicht mehr zwingend.

GGD ZH: Die Norm kann logisch reduziert werden. Wenn es auf betreffende Parteienanträge nicht ankommt, hat das Gericht schlicht die Wahl, das Dispositiv sofort oder erst zusammen mit der Begründung zu eröffnen.

*Art. 289 Eröffnung des Entscheides*

*Die Rechtsmittelinstanz kann das Dispositiv ihres Entscheides vorgängig oder zusammen mit der schriftlichen Begründung eröffnen.*

OAFRI: Le texte français est ambigu et devrait être corrigé pour exprimer, comme le texte allemand, l'idée de simultanéité de la notification du dispositif et de la motivation.

Art. 290

## *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Appellable Zwischenentscheide sind in Art. 229 VE aufgeführt. Eine entsprechende Klarstellung wäre zu begrüssen.

BE: Abs. 2 statuiert, dass Urteile in vermögensrechtlichen Angelegenheiten appellabel sind, "wenn die Differenz zwischen *den* zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem Entscheid mindestens 10'000 Franken beträgt". Es wäre wünschenswert, wenn in der künftigen Botschaft ausdrücklich erklärt würde, dass sich diese Differenz und somit die Appellabilität des Urteils für jede Partei separat berechnet. Gegebenenfalls kann für die Differenzberechnung auf die Botschaft zu Art. 47 Abs. 1 BGG (BBI 2001, S. 4299 f.) verwiesen werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass bei dieser Streitwertberechnung neue prozessuale Probleme auftauchen können. Wie ist beispielsweise vorzugehen, wenn ein Entscheid für eine Partei appellabel, für die andere jedoch nur beschwerdefähig ist? Sind die in einem solchen Fall erhobene Appellation und Beschwerde gemeinsam zu beurteilen oder separat? Wenn sie gemeinsam zu beurteilen sind: Ist das mündliche oder das schriftliche Verfahren massgeblich? Und wie ist das Verhältnis der Anschlussappellation zur Beschwerde, die subsidiär ist zur Appellation und zum Rekurs? Wie verhält es sich mit der Kognition?

Zumindest in der künftigen Botschaft wäre zudem zu präzisieren, dass die Anschlussappellation unabhängig von der Differenzberechnung erhoben werden kann, mit anderen Worten auch diejenige Person die Anschlussappellation erklären kann, die selbst nur zur Beschwerde legitimiert wäre.

BS: a) Anfechtungsobjekt

Zu den anfechtbaren Entscheiden gehören nach Art. 290 Abs. 1 nicht nur End-, sondern auch Zwischenentscheide. Dagegen ist wohl nichts einzuwenden, zumal das geltende baselstädtische Zivilprozessrecht, sei es nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, sei es nach Gerichtsgebrauch, die Anfechtung von Zwischenentscheiden mit Appellation unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie recht weitherzig zulässt.

## b) Einreichung der Appellation

Eine Frist von 30 Tagen, innert welcher die Appellation nicht nur anzumelden, sondern auch zu begründen ist, ist offensichtlich zu kurz. Eine Analogie zur Berufung nach Art. 54 f. OG erscheint nicht als sachgerecht, da im kantonalen Appellationsverfahren die Beweisaufnahme nochmals aufgerollt, das Ringen um den Sachverhalt also fortgesetzt werden kann. Von daher spricht nichts für die Variante 1. Freilich ist auch Variante 2 ziemlich rigide. Es ist daran zu denken, dass mit derart kurzen Fristen nicht nur die Anwälte unter Druck geraten, sondern auch die Gerichte.

Wie bereits erwähnt, sollten hinsichtlich der gesetzlichen Maximalfristen, soweit man nicht überhaupt auf diese verzichten will, flexiblere Lösungen oder jedenfalls längere Fristen vorgesehen werden. Im vorliegenden Zusammenhang könnte daher bei der grundsätzlich vorzuziehenden Variante 2 bestimmt werden, dass die Frist zur Einreichung der Appellationsbegründung einmal um zwei Monate erstreckt werden kann.

Des Weiteren wäre eine Lösung vorzuziehen, nach welcher die Rechtsmittelinstanz nach Eingang der Appellationserklärung nicht selbst Frist zur Appellationsbegründung setzen muss. Vielmehr müsste sich der Beginn der Begründungsfrist aus dem Gesetz selbst ergeben, indem, gleich wie etwa im baselstädtischen Verwaltungsverfahren (vgl. §§ 46 OG und 16 VRPG), die Begründungsfrist ab Beginn des Fristenlaufs für die Anmeldung des Rechtsmittels festgesetzt wird.

## c) Säumnis

Bei Variante 1 sagt der Entwurf nichts darüber aus, was passiert, wenn die Appellation erst nach Ablauf der 30-tägigen Frist eingereicht wird. Auch nach Variante 2 ist nichts explizit vorgesehen für den Fall, dass die Rekursanmeldung nicht innert 10 Tagen erfolgt. Diese zweite Variante sieht immerhin für den Fall der nicht fristgerechten Begründung vor, dass auf die Appellation nicht einzutreten ist. Dass dies auch zu gelten hat, wenn bei dieser Variante die Appellationserklärung bzw. bei Variante 1 die Einreichung der Appellation nicht innert der gesetzlichen Frist erfolgt, ist an sich klar, gehört aber ausdrücklich gesagt.

Es sollte auch klargestellt werden, dass ein Nichteintretensentscheid in diesen Fällen nicht erst im Anschluss an eine mündliche Verhandlung vor der Rechtsmittelinstanz ergehen kann. Ohnehin scheint uns prüfenswert, ob nicht entsprechend der heute im Kanton Basel-Stadt geltenden Regelung die Appellation beim iudex a quo, der das Rechtsmittel im Falle der Verspätung nicht zulässt, eingereicht werden sollte. Dies hätte den Vorteil, dass schon in einem frühen Verfahrensstadium Klarheit über die Zulassung des Rechtsmittels geschaffen wird. Allenfalls könnte auch vorgesehen werden, dass die Kantone in diesem Zusammenhang die Möglichkeit hätten, eine entsprechende Lösung vorzusehen.

Bei Ausbleiben der Appellationsantwort ist unseres Erachtens anzunehmen, die Gegenpartei beantrage die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Dies sollte allenfalls noch aufgenommen werden.

## d) Kosten

Die Bestimmungen über die Appellation sagen nichts über Vorschuss und Sicherheit, die der Appellant für die Gerichts- und die Parteikosten zu leisten hat.

Freilich wird man gestützt auf Art. 286, welche Bestimmung für das Rechtsmittelverfahren generell auf die Vorschriften bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens verweist, die Bestimmungen von Art. 87 ff. anzuwenden haben. Aus der "klagenden Partei", auf deren Klage im Falle von Nichtleistung des Vorschusses und der Sicherheit nicht eingetreten wird (Art. 90 Abs. 4), wird im Falle der Appellation sinngemäss die "appellierende Partei". Dies lässt sich übrigens schon aus Art. 87 Abs. 2 lit. c schliessen, wo bestimmt wird, dass "die klagende Partei" für das Rechtsmittelverfahren die gesamten mutmasslichen Kosten vorzuschliessen hat. Auch wenn es Schlaumeier geben wird, die, weil sie als Beklagte appellieren, glauben, von der Vorschusspflicht befreit zu sein, so ist offensichtlich, dass dies nicht die Meinung der Bestimmung sein kann.

Hingegen fehlt, soweit ersichtlich, eine Bestimmung, welche vorschreibt, dass der Appellant ganz generell die erstinstanzlichen Prozesskosten, d.h. die Gerichts- und die Parteikosten hinterlegen muss. Der Kläger hat nämlich im erstinstanzlichen Verfahren nur einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu bezahlen (Art. 87 Abs. 1). Und Sicherheit für die gesamten Prozesskosten, also auch für die Parteikosten der Gegenseite muss er nur unter einschränkenden Bedingungen leisten (Art. 88 Abs. 1). Wer appelliert, sollte jedoch die erstinstanzlichen Kosten hinterlegen müssen. Das gilt ganz besonders auch für den Beklagten, der ja erstinstanzlich weder einen Vorschuss noch Sicherheiten für die ausserordentlichen Kosten des Klägers hat leisten müssen.

#### e) Suspensiveffekt

Als vollkommenes Rechtsmittel hat die Appellation nach Art. 294 grundsätzlich aufschiebende Wirkung; dies freilich beschränkt auf den Umfang der gestellten Anträge. Das bedeutet, dass Urteile in Teilrechtskraft erwachsen und insoweit vollstreckt werden können, als sie nicht angefochten sind.

Des Weitern will die Bestimmung der Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit geben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise zu entziehen. Das soll offenbar auch von Amtes wegen möglich sein. Diese Möglichkeit gibt es heute nur in wenigen Kantonen, u.a. in Basel-Stadt (§ 224 ZPO), welche Bestimmung in der Praxis jedoch so gut wie keine Rolle spielt. Das mag damit zusammenhängen, dass die Zuständigkeit zur Anordnung der vorläufigen Vollziehung bei der Unterinstanz liegt. Die Möglichkeit, den Suspensiveffekt bei Appellationen, die augenscheinlich dem Zeitgewinn dienen, zu entziehen, ist sinnvoll. Hinsichtlich der funktionalen Zuständigkeit zum Erlass der entsprechenden Verfügung, in welchem Zusammenhang der Entwurf von der "Rechtsmittelinstanz" spricht, ist wohl davon auszugehen, dass für die detaillierte Regelung das kantonale Recht massgeblich ist.

#### f) Verbot der Reformatio in peius

Weder die allgemeinen, für sämtliche Rechtsmittel geltenden Bestimmungen noch jene für die Appellation sagen ausdrücklich etwas darüber, ob mit dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz eine Abänderung zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers zulässig ist. Sicher ist, dass das Verbot der Reformatio in peius für die Appellation gilt: Nicht nur handelt es sich dabei, wie das Bundesgericht in einem neuen Entscheid festgestellt hat, "um einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz" (BGE 129 I 67), sondern der Entwurf lässt die Möglichkeit der Anschlussappellation zu, woraus sich indirekt das Verbot der Reformatio in peius ableiten lässt (BGE 110 II 114). Gleichwohl wäre es zu begrüssen, wenn

klargestellt würde, dass eine Abänderung zu Ungunsten des Appellanten nicht zulässig ist, falls nicht Anschlussappellation erklärt worden ist. Freilich stellt sich die Frage, ob man das Verbot der Reformatio in peius auf die Appellation beschränken will. Nach dem Entwurf sind Anschlussrekurs und Anschlussbeschwerde ausgeschlossen (Art. 305 und 315), womit für diese beiden Rechtsmittel die Frage der Geltung des Verbots nicht mehr so eindeutig beantwortet ist. Von daher wäre wohl bei den allgemeinen Bestimmungen eine Vorschrift vorzusehen, nach welcher der angefochtene Entscheid ganz generell nicht zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers abgeändert werden darf. Offenbar haben die Autoren des Entwurfes die allgemeine Geltung des Verbots für so selbstverständlich erachtet, dass sie glaubten, auf eine ausdrückliche Bestimmung verzichten zu können. Gleichwohl sollte dieser wichtige Grundsatz ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden.

#### g) Novenrecht

Art. 297 Abs. 1 verweist bezüglich neuer Tatsachen und Beweismittel auf die Voraussetzungen von Art. 215 Abs. 2. Dieser Verweis bedarf der Präzisierung, denn die Bestimmung, auf die verwiesen wird, lässt in lit. b Noven auch dann zu, wenn sie durch Ausübung des gerichtlichen Fragerechts (Art. 51) veranlasst worden sind. Und die hier normierte Voraussetzung der unklaren oder widersprüchlichen Vorbringen kann im schriftlichen Appellationsverfahren kaum zutreffen. Der Verweis sollte sich deshalb auf Art. 215 Abs. 2 lit. a beschränken.

#### h) Entscheid

Der Vorentwurf geht wohl davon aus, dass jedes Urteil, ob es den unterinstanzlichen Entscheid abändert, es bestätigt oder die Sache an die Vorinstanz zurückweist, schriftlich begründet werden muss. Wie in den einleitenden Bemerkungen ausgeführt, sollte im Sinne der Verfahrensökonomie und Kostenersparnis vorgesehen werden, dass die Rechtsmittelinstanz bei vollumfänglicher Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils auf eigene schriftliche Motive verzichten kann. Ist nämlich ein unterinstanzlicher Entscheid hervorragend und umfassend begründet, scheint es sinnlos, im zweitinstanzlichen Verfahren ein schriftliches Urteil zu verfassen, das inhaltlich nur Wiederholungen aufweist.

Im Weiteren sollte hier eine analoge Bestimmung zu Art. 231 vorgesehen werden, wonach die Parteien nach Eröffnung des erstinstanzlichen Dispositivs auf das Rechtsmittel verzichten können, in welchem Fall der Entscheid nicht schriftlich begründet werden muss. Man könnte zwar annehmen, dass Art. 231 aufgrund von Art. 286 auch für das Rechtsmittelverfahren gilt, indessen wäre der Klarheit wegen eine ausdrückliche Bestimmung erwünscht.

LU: Wir beantragen, die Appellationssumme auf 20'000 Franken festzusetzen.

NW: Abs. 2: Wir beantragen mit Nachdruck, diesen Absatz 2 wegzulassen.

Begründung: Das System der "Gravamen" führt unweigerlich zu Komplikationen im Rechtsmittelverfahren. Angenommen der Kläger verlangt Fr. 50'000.00 und der Beklagte bestreitet die Forderung vollständig. Das erstinstanzliche Gericht spricht dem Kläger Fr. 45'000.00 zu. Nun kann dieser wegen dem Gravamen-System nicht Appellation (volle Kognition für Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhalts) erheben für den Betrag von Fr. 5'000.00, sondern nur die Beschwerde (bezüglich Feststellung des Sachverhalts nur Willkür-Kognition). Der Beklagte hingegen kann Appellation erheben, da er ja den ganzen Betrag bestreitet und der Streitwert aus seiner Sicht die Gravamen-Grenze von

Fr. 10'000.00 übersteigt. Aufgrund der verschiedenen Kognitionen der beiden Rechtsmittel führt das System zu ungleicher Behandlung der Parteien. Darüber hinaus können die unterschiedlichen Fristen (Appellation, Anschlussappellation und Appellationsantwort 30 Tage, Beschwerde und Beschwerdeantwort 20 Tage) Probleme durch Überschneidung auslösen und eine Koordination der unterschiedlichen Rechtsmittel ist im VE ZPO nicht vorgesehen.

OW: Das in Art. 290 Abs. 2 vorgesehene Erfordernis einer bestimmten formellen Beschwerde, wonach ein Entscheid nur appellabel ist, wenn die Differenz zwischen den vor erster Instanz zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem Entscheid mindestens Fr. 10 000.– beträgt, ist verfahrensökonomisch sinnvoll. Diese Lösung, für welche die Baselstädtische ZPO wegweisend war, ist zu begrüßen. Der Rechtsschutz ist dennoch gewährleistet, da vermögensrechtliche Fälle unterhalb der Streitwertgrenze mit der Beschwerde anfechtbar bleiben.

SH: Vorbemerkung zum 2. Kapitel "Die Appellation": Im Interesse eines einheitlichen Sprachgebrauchs sollten im Zivil- und im Strafprozess gleiche Ausdrücke verwendet werden. Im Vernehmlassungsentwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung ist von "Berufung" die Rede, hier von "Appellation". Welche der beiden Bezeichnungen zu bevorzugen ist, kann hier offen bleiben.

Zu Art. 290: Appellable Zwischenentscheide, sind in Art. 229 VE aufgeführt. Eine entsprechende Klarstellung wäre zu begrüßen.

SO: Bei den Rechtsmitteln sind zu viele unterschiedliche Fristen vorgesehen, was für die Rechtssuchenden zu einer Prozessfalle werden könnte. Eine Vereinheitlichung dieser Fristen ist anzustreben. Wir schlagen vor, dass die Frist generell auf 10 Tage für die Erklärung festgesetzt wird. Für die Begründung soll bei der Appellation eine Frist von 20 Tagen, bei Rekurs und Beschwerde eine Frist von 10 Tagen gelten.

Wir begrüßen die vorgeschlagene Definition des für die Appellation erforderlichen Streitwertes. Sie entspricht der vom Obergericht in Rechtsöffnungsrekursen geübten Praxis.

UR: Artikel 290 nennt als ordentliches Rechtsmittel die "Appellation". Wir empfehlen, hier den deutschen Ausdruck "Berufung" zu verwenden.

ZG: Art. 290 ff.: Entsprechend § 324 Abs. 2 ZPO AG ist der Vorentwurf dahingehend zu ergänzen, dass beim Ausbleiben einer Appellationsantwort die Rechtsmittelinstanz ohne Verhandlung auf Grund der Akten entscheiden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb die appellationsbeklagte Partei keine Säumnisfolgen tragen und stattdessen ihre Antwort erst an einer Verhandlung vorbringen können sollte. Die Säumnisfolge müsste in der Verfügung, mit welcher die Appellation zugestellt wird, angedroht werden (Art. 142 VE). Mit anderen Worten: Art. 212 Abs. 2 VE soll in Verbindung mit Art. 286 VE im Appellationsverfahren keine Anwendung finden.

ZH: Es wäre die Frage zu regeln, ob im Zusammenhang mit der Appellation gegen einen Entscheid auch prozessleitende Verfügungen angefochten werden können, gegen die vorgängig der Rekurszulässig war. Unseres Erachtens sollte das ausgeschlossen sein. Für einen entsprechenden Formulierungsvorschlag verweisen wir auf die Stellungnahme des OG zu Art. 295.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Mit der in Absatz 2 vorgesehenen "Differenzmethode" zur Berechnung der Streitwertgrenze, ab der eine Appellation möglich sein soll, können wir uns einverstanden erklären, nicht aber mit dem vorgesehenen Betrag: Eine Streitwertgrenze von CHF 10'000.- für die Appellabilität erstinstanzlicher Entscheide wäre – insbesondere bei Entscheiden, die im vereinfachten Verfahren ergangen sind – rechtspolitisch bedenklich. Sie steht ausserdem im Widerspruch zur Tatsache, dass das andere im VE-ZPO vorgesehene ordentliche Rechtsmittel, der Rekurs, gemäss Art. 299 Abs. 1 lit. b gegen sämtliche Entscheide möglich sein soll, die im Summarverfahren ergangen sind, mithin unabhängig von deren Streitwert.

Wir verlangen deshalb eine Reduktion der Streitwertgrenze für Appellationen nach der in Art. 290 angegebenen Berechnungsmethode auf höchstens CHF 5'000.-.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ACSI: ACSI chiede la soppressione del cpv. 2. L'accesso alla giustizia e segnatamente la possibilità di formare appello non dev'essere limitata in funzione del valore di lite. Anche i punti, ancora controversi tra le parti, di valore litigioso basso devono poter essere oggetto di appello.

AKBS: Der VE bekennt sich zum *Gravamen*-System, das uns bestens vertraut ist. Das Mindest-*Gravamen* ist gegenüber der geltenden ZPO BS leicht erhöht worden und beträgt CHF 10'000.-- (was immer noch zu tief ist).

Zwischenentscheide sind selbständig anfechtbar. In dieser Klarheit gilt die Regel nicht für die ZPO BS, obschon sich die Praxis (namens der Prozessökonomie) dahingehend entwickelt hat. Die Klarstellung ist begrüssenswert.

ASI: Acceptez-vous la détermination de la valeur litigieuse pour l'appel proposée à l'art. 290 al. 2 de l'avant-projet ?

ASSOLUTAMENTE NO!!! Il limite di 10'000.- Fr. (che oltre tutto non rappresenta il valore litigioso bensì – il che è ancor peggio – la differenza tra l'ultima conclusione della parte e quanto riconosciuto nella decisione) è assolutamente troppo alto per le pendenze che concernono il diritto di locazione. Di fatto si escluderebbe la possibilità di ricorrere in appello per la maggior parte dei casi!

Considerato come lavorano/decidono alcune Preture cantonali sarebbe catastrofico (per ambo le parti).

ASLOCA: al. 2: Principalement, nous proposons de supprimer l'alinéa 2. Subsdiarement, nous proposons de permettre à tout le moins un appel simplifié.

AVLU: Die Streitwertgrenze ist im Appellationsverfahren mit 10'000 Franken relativ hoch angesetzt. Diese Streitwertgrenze ist jedoch akzeptabel, sofern auch in den Fällen mit tieferem Streitwert eine umfassendere Rechtskontrolle gewährleistet ist. Dies ist nach der Regelung des Vorentwurfs mit der Beschwerde der Fall. Sollte dort allerdings die Überprüfung der Rechtsanwendung auf Willkür beschränkt werden, wäre auch die Streitwertgrenze bei der Appellation zu senken.

AVZH: Nach der Terminologie des VE wird, soweit ersichtlich, zwischen Entscheiden (End- oder Zwischenentscheide, Art. 227 ff.) einerseits und prozessleitenden

Verfügungen andererseits unterschieden. Aus Gründen der einheitlichen Terminologie sollte Abs. 1 deshalb lauten:

Formulierungsvorschlag Art. 290, Abs. 1:

Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts (...)"

DJS: Beim Streitwert, der zur Appellation berechtigt, sollte es auf das Rechtsbegehren, nicht auf die am Schluss verbleibende Differenz ankommen. Auch beim Bundesgerichtsgesetz ist der Ständerat davon wieder abgekommen. Andernfalls werden taktischen Manövern Tür und Tor geöffnet. Man kann einen - allenfalls nur kleinen - Betrag anerkennen, um der Gegenpartei das Rechtsmittel der Appellation bzw. des Rekurses zu entziehen.

DJZ: Abs. 2: Beim Streitwert, der zur Appellation berechtigt, sollte es auf das Rechtsbegehren, nicht auf die am Schluss verbleibende Differenz ankommen. Auch beim Bundesgerichtsgesetz ist der Ständerat davon wieder abgekommen. Andernfalls werden taktischen Manövern Tür und Tor geöffnet. Man kann einen - allenfalls nur kleinen - Betrag anerkennen, um der Gegenpartei das Rechtsmittel der Appellation bzw. des Rekurses zu entziehen.

FRC: La FRC considère comme une atteinte au droit d'accès à la justice le fait de ne permettre le recours contre les décisions de première instance qu'à partir d'une certaine valeur litigieuse. La FRC demande en conséquence la suppression de l'alinéa 2 de cet article.

GGD ZH: Die Formulierungen von *Abs. 1 lit. c und d* sind unklar: Was bedeutet in lit. c der Verweis auf die Voraussetzungen von Art. 250 für den Beistand eines Kindes, der gemäss Art. 254 Abs. 5 ein Rechtsmittel einlegen will? Die Norm wird klarer, wenn hier schlicht auf das Scheidungsverfahren verwiesen wird.

Betrifft *Abs. 1 lit. e* den einzigen Fall aus der Gruppe der "Verfahren betreffend Kinderbelange", der nicht vermögensrechtlicher Natur ist? Die Unsicherheit könnte vermieden werden, wenn hier generell auf die "Verfahren betreffend Kinderbelange" verwiesen würde. Soweit es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt (z.B. Kinderunterhalt), käme Abs. 2 nach wie vor zur Anwendung.

Damit aber zeigt sich, dass die Norm logisch reduziert werden kann: *Die Appellation ist bei allen Verfahrensarten zulässig, ausgenommen das summarische Verfahren.* Rechtsetzungstechnisch sollte deshalb mit einer Ausnahmekonstruktion operiert werden. Dies erlaubte es auch, einen *Vorbehalt betreffend Entscheidungen des Handelsgerichts* anzubringen. Gegen diese ist gemäss Art. 5 Abs. 3 nur die Beschwerde zulässig.

Die Formulierung von *Abs. 2* ist unklar. Sie bringt nicht zum Ausdruck, dass nur jene Partei, bei der die erforderliche Differenz vorliegt, zur Appellation legitimiert ist. Die Formulierung könnte vielmehr auch so verstanden werden, dass bei *beiden* Parteien die Mindstdifferenz gegeben sein muss, damit auch nur eine der Parteien appellieren kann.

*Art. 290 Anfechtbare Entscheide*

<sup>1</sup> *End- und Zwischenentscheide eines erstinstanzlichen Gerichts sind mit Appellation anfechtbar. Davon ausgenommen sind Entscheide, die a. im summarischen Verfahren ergangen sind;*

b. von der einzigen kantonalen Instanz gemäss Art. 4 oder vom Handelsgericht gemäss Art. 5 gefällt worden sind.

<sup>2</sup> Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann eine Partei den Entscheid nur dann anfechten, wenn die Differenz zwischen ihrem zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren und dem Entscheid mindestens 10'000 Franken beträgt.

KassZH: Der Klarheit halber sollte hier ein Vorbehalt zugunsten von Art. 5 Abs. 3 eingefügt werden (handelsgerichtliche Entscheide unterliegen nicht der Appellation, sondern der Beschwerde).

OAFRI: On est sceptique sur l'introduction d'une valeur litigieuse en fonction de l'adjudication des conclusions ("Beschwer"):

- Cela introduit une inégalité entre parties, l'une pouvant se voir ouvrir l'appel ordinaire et l'autre devant se contenter du recours limité au droit, à moins qu'elle ne puisse ultérieurement former appel incident.
- La recevabilité de l'appel est simple à apprécier lorsque les conclusions sont chiffrées. Si tel n'est pas le cas, on pourra toujours hésiter. En effet, les parties et le tribunal définissent, dans leurs écritures puis dans le jugement, la valeur litigieuse des conclusions non chiffrées. En revanche, en cas d'adjudication partielle, le tribunal n'est pas tenu de chiffrer le montant de la "Beschwer".

OGZH: Wir können uns beide Varianten der Art. 293 / 294 vorstellen, würden allerdings *der zweiten, etwas gemässigten* den Vorzug geben. Die Begründung der Appellation ist anspruchsvoll und für das Rechtsmittelverfahren von entscheidender Bedeutung. Hier die Parteien allzu sehr unter zeitlichen Druck zu setzen, scheint uns nicht opportun. Nicht zuletzt ist daran zu denken, dass auch die oberen Gerichte für die Bearbeitung mitunter einige Zeit benötigen. Dann ist es noch weniger gerechtfertigt, den Parteien die kurzen Fristen zuzumuten.

Roche: Roche begrüsst die Berechnung des Streitwertes bei der Appellation nach dem Gravamen-System (Art. 290 Abs.2 VE), das u.E. in diesem Zusammenhang das sachgerechtere Berechnungsmodell darstellt.

SchKG-Vereinigung: Es widerspricht dem Wesen des vereinfachten Verfahrens, wenn der Vorentwurf in Art. 290 gegen die in diesem Verfahren ergangene Entscheide (ausgenommen die vermögensrechtlichen Entscheide ohne Streitwert von mindestens Fr. 10'000.--) die umständliche Appellation mit aufschiebender Wirkung, mündlicher Verhandlung etc. vorsieht. Vielmehr sollte gegen solche Entscheide nur der Rekurs mit seinem gerafften Verfahren zugelassen werden, der immerhin wie die Appellation die uneingeschränkte Ueberprüfung des angefochtenen Entscheides durch die Rechtsmittelinstanz erlaubt.

Nach dem Vorentwurf sind vermögensrechtliche Fälle unterhalb der Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- nur mit Beschwerde anfechtbar, während nach Art. 299 Abs.1 VE alle Summarsachen (ausgenommen bestimmte betreibungs- und konkursrechtliche Angelegenheiten) unabhängig von ihrem Streitwert dem Rekurs unterliegen, was offensichtlich unhaltbar ist. Es wird daher vorgeschlagen, für die dem Rekurs unterstellten Summarsachen die gleiche Streitwertgrenze wie bei der Appellation vorzuschreiben. Ferner gibt es verschiedene Summarsachen, die im Hinblick auf ihre Bedeutung und Tragweite, auf den dem Vorderrichter eingeräumten Ermessensspielraum und auf ihre zeitliche Dringlichkeit nicht dem Rekurs, sondern der Beschwerde unterstellt werden sollten, so beispielsweise die superprovisorische Massnahme nach Art. 280 VE,

die vorsorgliche Massnahme in Streitsachen, deren Hauptentscheid nur der Beschwerde offensteht (Art. 281 Abs. 1 ist somit zu weit gefasst), die sichernde Massnahme des Vollstreckungsgerichts nach Art. 329 VE (sofern diese nach dem Vorentwurf dem Rekurs unterliegt; in Art. 336 Abs.1 VE fehlt offenbar der erste Satz!).

Die Liste der betreibungs- und konkursrechtlichen Summarsachen, die nicht mit Rekurs anfechtbar sind (Art. 299 Abs.2 VE), sollte noch um die vorsorglichen Anordnungen nach Art. 170 und 183 SchKG ergänzt werden. Es wird ausdrücklich begrüsst, dass in dieser Negativ-Liste entsprechend dem geltenden bewährten Recht vieler Kantone auch die Rechtsöffnung enthalten ist.

SBV: Wir befürworten den eingeschlagenen Mittelweg, der zwecks rascher (aber nicht allzu hastiger Wieder-)Herstellung des Rechtsfriedens eingeschlagen wird. Es ist zu begrüessen, dass die Differenz des aufrecht gehaltenen und dem zugesprochenen Streitwert Fr. 10'000.-- sein muss. Um eine Differenz von weniger als diesen Betrag sollte kein gerichtlicher Aufwand mehr erfolgen. Das Interesse an Gerechtigkeit und das Interesse an einem effizienteren Rechtsapparat ist jeweils abzuwägen. Bei einem noch bestehenden Streitwert von weniger als Fr. 10'000.-- kann nicht mehr die Rede davon sein, dass das Interesse an Gerechtigkeit höher sei, als das der Effizienz und Entlastung des Rechtsapparates. Bei einem Streitwert unter diesem Betrag kann immer noch Beschwerde erhoben werden, was nach unserem Dafürhalten einen ausreichenden Rechtsschutz gewährleistet.

Wir beantragen ausserdem, dass das Wort Berufung statt Appellation zur Anwendung kommt. Jener Begriff ist geläufiger und benutzerfreundlicher als "Appellation".

SVR: Enfin, nous tenons à souligner que la voie de l'appel ouverte largement contre les décisions de première instance (art. 290 ss.) risque de surcharger les autorités cantonales supérieures, dans la mesure où de nouveaux faits pourront encore être invoqués par les parties.

suisa: Abs. 2: Die Streitwertgrenze für die Appellation ist mit CHF 10'000.- unseres Erachtens bedeutend zu hoch angesetzt. Bis zu einem so bedeutenden Geldbetrag nur die Sachverhaltsüberprüfung auf Willkür (mittels Beschwerde) vorzusehen, bedeutet eine allzu gravierende Einschränkung des Rechtsschutzes. Wir plädieren für eine Halbierung der Streitwertgrenze auf CHF 5'000.-.

Uni LA: Bst. d: La terminologie du CC est "procédure de divorce sur demande unilatérale" (cf. art. 114 CC, note marginale).

Art. 291

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Weder aus dem Gesetzestext noch aus dem Begleitbericht ergibt sich, ob auch die *Verletzung ausländischen Rechts* gerügt werden kann. Dies müsste zumindest in der künftigen Botschaft klargestellt werden, auch bei den Erläuterungen zu den anderen Rechtsmitteln (vgl. Art. 300 und Art. 311 VE).

FR: Art. 291-2: la variante no 1, classique, est préférable car elle est plus rapide et plus claire et est moins susceptible de favoriser des procédés dilatoires.

GR: Bei der Appellation wird Variante 1 bevorzugt, da sie prozessökonomischer ist.

ZG: Art. 291 / 292: Variante 1 wird bevorzugt.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Es fehlt die unrichtige Ausübung des Ermessens als Appellationsgrund.

DJZ: Es fehlt die unrichtige Ausübung des Ermessens als Appellationsgrund.

SBV: Wir sehen zwar ein, dass die erste Variante mit einer einmaligen, nicht erstreckbaren Frist der Effizienz dient. Wir halten Sie aber nicht für sachlich vertretbar. Es ist wichtiger, Zeit zu haben, eine Appellation mit guter Begründung einzureichen, als möglichst schnell diese einreichen zu können. Die Fristerstreckungsmöglichkeit muss deshalb in einem beschränkten Rahmen möglich bleiben. *Wir beantragen deshalb die Übernahme von Art. 291 ZPO Variante 2.*

Art. 292

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Art. 292 und 293: Wir ziehen Variante 1, d.h. die schriftlich begründete Einreichung der Appellation innert 30 Tagen, vor. Die Appellationserklärung innert 10 Tagen gemäss Variante 2 hat zwar den Vorteil, dass die Rechtskraft bei einem Rechtsmittelverzicht früher eintreten würde. Wir befürchten allerdings, dass in vielen Fällen infolge der knappen Frist von 10 Tagen zur Sicherheit die Appellationserklärung eingereicht und später wieder zurückgezogen würde. Dadurch entsteht für die Parteien, Anwälte und Gerichte insgesamt ein grösserer Aufwand.

Falls Variante 2 gewählt wird, sollte die Fristansetzung von 20 Tagen automatisch erfolgen und Art. 293 Abs. 2 VE ZPO müsste gestrichen werden, da diese Bestimmung weitere Verzögerungen zur Folge hätte. Eine Verlängerung von Rechtsmittelfristen lehnen wir generell ab.

AR: Im Interesse der Prozessbeschleunigung zu bevorzugen ist die Variante 1. Für diese spricht sodann, dass eine einheitliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "wichtigen Gründe", bei deren Vorliegen die Frist für die Appellationsbegründung soll verlängert werden können, kaum zu gewährleisten ist. Zudem können die geltend gemachten Gründe im einzelnen mit vernünftigem Aufwand ohnehin nicht überprüft werden, so dass der Richter im Zweifel die Fristverlängerung gewähren wird, zumal ein Protest der Gegenpartei daraufhin, weil unnütz, in der Regel nicht zu erwarten ist.

BE: Variante 1 ist vorzuziehen, weil sie im Vorgehen wesentlich einfacher ist und zwar für das Gericht wie für die Anwaltschaft.

BL: Wir befürworten die Variante 2 und stellen folgenden Antrag zur Ergänzung von Abs. 1:

*... der angefochtene Entscheid ist beizulegen. Innert der gleichen Frist ist der vom erstinstanzlichen Gericht festgesetzte Kostenvorschuss zu bezahlen. Erfolgt die Appellationserklärung oder die Bezahlung des Kostenvorschusses nicht fristgerecht, so wird auf die Appellation nicht eingetreten.*

GE: La première variante paraît préférable. Elle est plus simple ce qui renforce la clarté de l'appel et en dernière analyse la rapidité.

GL: Im Appellationsverfahren befürworten wir die strengere Variante 1.

JU: Il est proposé une troisième variante qui présente des similitudes avec la variante 2 de l'avant-projet.

Cette variante 3 est liée à la proposition faite ci-dessus (ad art. 230 à 232 AP) s'agissant de la renonciation à motiver la décision par écrit lorsqu'elle n'est pas frappée d'appel. Elle s'inspire de la procédure d'appel introduite dans le canton du Jura par la loi du 13 septembre 2000 (cf. les articles 346 ss Cpc JU). S'agissant de l'appelant, la procédure se déroule en deux temps:

- *déclaration d'appel dans les dix jours à compter du prononcé verbal du jugement; cette déclaration fait partir le délai dans lequel le juge est tenu de motiver sa décision;*
- *motivation de l'appel dans un délai à définir (par exemple 20 jours prorogeable une fois comme le propose la variante 2).*

Cette procédure peut également être appliquée à l'appel simplifié et au recours limité au droit.

Dans l'hypothèse où cette variante 3 serait écartée, nous nous rallions à la variante 1.

LU: Wir bevorzugen die vorgeschlagene Variante 2. Zudem beantragen wir, die Frist zur Abgabe der Appellationserklärung von zehn auf zwanzig Tage zu erhöhen (vgl. auch § 247 ZPO/LU).

NE: Notre choix dans les variantes se porte sans hésitation sur la deuxième.

NW: 1. Der Variante 1 ist der Vorzug zu geben.

2. Dazu wäre es wünschenswert, in einem zweiten Absatz auszuführen: "Die Appellationserklärung muss die Anträge auf Änderung des angefochtenen Entscheids enthalten."

OW: Hier ist die Variante 1 zu bevorzugen. Sie gibt einerseits der appellierenden Partei mehr Zeit für eine einwandfreie Redaktion des Rechtsbegehrens. Andererseits ist die Frist für die Begründung des Rechtsmittels stärker begrenzt als bei Variante 2, was der Beschleunigung des Verfahrens dient. Da die Appellationsfrist mit 30 Tagen lange genug bemessen ist, ist für die appellierende Partei kein Nachteil zu befürchten. Rechtsmittelfristen von 30 Tagen finden sich beispielsweise auch bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Obwalden, aber auch bei den Rechtsmitteln an das Bundesgericht.

SG: Im Interesse der Prozessbeschleunigung zu bevorzugen ist die Variante 1. Für diese spricht sodann, dass eine einheitliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "wichtigen Gründe", bei deren Vorliegen die Frist für die Appellationsbegründung soll verlängert werden können, kaum zu gewährleisten ist. Zudem können die geltend gemachten Gründe im einzelnen mit vernünftigem Aufwand ohnehin nicht überprüft werden, so dass der Richter im Zweifel die Fristverlängerung gewähren wird, zumal ein Protest der Gegenpartei daraufhin, weil unnützlich, in der Regel nicht zu erwarten ist.

SH: Zu Art. 292 f.: Die Schaffhauser Gerichte geben der etwas mildereren Variante den Vorzug. Sie ist für die Prozessparteien etwas weniger streng, was sich auch unter dem Gesichtswinkel der beförderlichen Verfahrenserledigung durchaus verantworten lässt.

SO: Art. 292 ff.: Wir bevorzugen die Variante 2.

TI: La commissione propone di adottare la Variante numero 1.

- TG: Art. 292 ff.: Wir bevorzugen die Variante 2. Sie ist für die Prozessparteien etwas weniger streng.
- VS: Articles 292 et 296: Nous sommes favorables à la variante 1. L'avantage de pouvoir bénéficier d'un Mai plus long dans les procédures complexes est contrebalancé par l'inconvénient de devoir formuler les conclusions par écrit dans un Mai de dix jours.
- ZH: Für das Vorgehen bei einer Appellation (Berufung) unterbreitet der Vorentwurf zwei Varianten (vgl. Art. 292 f. und 296). Wir unterstützen die zweite Variante, die verfahrensmässig zwischen Appellationserklärung und Appellationsbegründung unterscheidet. Sie verschafft den Parteien schneller Klarheit darüber, ob der erstinstanzliche Entscheid rechtskräftig wird (vgl. Stellungnahme der DJZ zu Art. 292 f.). Sofern sich der Gesetzgeber aber für die erste Variante entscheiden sollte, sollte auf jeden Fall die Möglichkeit einer Fristverlängerung geschaffen werden. Denn eine gut begründete Appellation fördert die Qualität des zweitinstanzlichen Verfahrens, nimmt aber auch beträchtlich viel Zeit für Rücksprachen mit dem Klienten und weiteren Sachverhalts- und Rechtsabklärungen in Anspruch. Hinzu kommt, dass die Frist zur Einreichung und Begründung der Berufung in keinem Verhältnis steht zur späteren Bearbeitungszeit auch eines rasch arbeitenden Gerichts. Für einen Formulierungsvorschlag verweisen wir auf die Stellungnahme des AVZH zu Art. 292.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

- CSP: Hier ist der vorgeschlagenen Variante 2 der Vorzug zu geben.
- CVP: Nach der schriftlichen Appellation soll das Appellationsgericht dem Appellanten 20 Tage Zeit geben können, um die Begründung nachzuliefern. Das gleiche Recht ist der antwortenden Partei einzuräumen.
- Grüne Partei: Wir neigen dazu, eher der vorgeschlagenen Variante 2 den Vorzug zu geben, da diese den Parteien mehr Zeit lässt, ihre Appellation zu begründen. Dies erscheint auch angesichts von Art. 232 (Frist von 3 Monaten für die erstinstanzlichen Gerichte, ihren Entscheid zu begründen) die angemessenere Lösung als Variante 1.
- LPS: En ce qui concerne la procédure d'appel, nous nous prononçons résolument pour la variante 1. Dans la mesure où l'appel a pour objet une décision motivée par écrit (art. 232), il ne se justifie certainement pas de prévoir une procédure en deux temps, en séparant la déclaration d'appel de sa motivation écrite. Au demeurant, le délai de 30 jours prévu à l'art. 292 semble suffisant pour la rédaction d'un appel "dûment motivé".

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

- ACSI: La variante n. 1 è da preferire perché più organica, nel senso che in un unico atto processuale si propongono le conclusioni e le motivazioni.
- AKBS: Wie alle Rechtsmittel ist die Appellation neu bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Diese einheitliche Regelung ist zu begrüssen.
- Was die Modalitäten angeht, so stellt der VE zwei Varianten zur Auswahl: Die zweite Variante liegt uns näher und hätte auch den Vorteil, dass bereits nach 10 Tagen feststünde, ob der Entscheid in Rechtskraft erwachsen kann. Aber auch die zweite Variante wäre eine Neuerung: Wird die Begründung nicht nachge-

reicht oder gehen die Rechtsbegehren bei der Appellationserklärung vergessen, fällt die Appellation dahin (anders: § 232a Abs. 2 ZPO BS).

Gewohnheitsbedürftig wird auch das knappe Fristenrégime sein (nach Art. 137 Abs. 2 kann eine Frist nur einmal erstreckt werden!). Auch wenn die Frist nach Art. 287 erst am Tag der Zustellung der schriftlichen Begründung laufen beginnt (Art. 230 Abs. 1; also nicht bereits am Tag nach der mündlichen Eröffnung wie derzeit noch in Basel), wird doch ein strafferes Zeitmanagement erforderlich sein. Im Ergebnis scheint die gewählte Lösung richtig (rasches Recht; keine trölerischen Fristerstreckungen mehr). Sie wird die teamfähigen Grosskanzleien eindeutig bevorzugen.

Bei allen Rechtsmitteln ist der angefochtene Entscheid beizulegen. Dem Bericht ist nicht zu entnehmen, ob Art. 292 f. Ordnungsvorschrift oder Obliegenheit ist. Letzteres wäre m.E. zu streng.

ASLOCA: Nous nous prononçons en faveur de la variante 2 car elle permet, notamment, d'obtenir plus rapidement l'attestation de force de chose jugée.

AVGE: La première variante paraît préférable. Elle est plus simple ce qui renforce la clarté de l'appel et en dernière analyse la rapidité.

AVLU: Der vorgeschlagenen Variante 2 ist klar der Vorzug zu geben. Die Frist zur Abgabe der Appellationserklärung ist allerdings von zehn auf zwanzig Tage zu verlängern. Zehn Tage sind für eine Analyse des Urteils, dessen Besprechung mit einem allenfalls ortsabwesenden Klienten und für den oft nicht leicht zu treffenden Entscheid, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll oder nicht, zu kurz. Ob diese Frist auf zehn oder zwanzig Tage festgesetzt wird, ist im Hinblick auf die gesamte Dauer eines Prozesses schlicht nicht von Bedeutung. Für die Parteien stellt jedoch eine Frist von lediglich zehn Tagen eine ausserordentliche Belastung dar, die sich mit einer Verlängerung dieser Frist auf zwanzig Tage ohne weiteres vermeiden liesse.

AVZH: Die Variante 2 wirkt auf den ersten Blick flexibler und milder. Sie hat aber den Nachteil, dass der Rechtsvertreter den Fristenlauf nicht genau abschätzen kann. Denn die Rechtsmittelinstanz hat der appellierenden Partei nach Eingang der Appellationserklärung eine weitere Frist anzusetzen, wobei unklar bleibt, wann die Fristansetzung erfolgt.

Die Variante 1 ist deshalb zu bevorzugen. Die Fristen in der Variante 1 sind jedoch viel zu kurz. In jedem Fall muss die appellierende Partei die Möglichkeit haben, eine Fristerstreckung zu beantragen. Art. 292 ist deshalb zu ergänzen:

Formulierungsvorschlag Art. 292 Abs. 2, Ergänzung:

*Aus wichtigen Gründen kann die Rechtsmittelinstanz diese Frist um höchstens 30 Tage verlängern.*

DJS: Variante 2 ist eindeutig zu bevorzugen. Sie schafft schneller Klarheit, ob ein Urteil rechtskräftig wird, was ein Vorteil für die obsiegende Partei ist. Sie verlängert die Frist zur Appellationsbegründung, was in komplexen und aufwändigen Fällen notwendig sein kann.

DJZ: Variante 2 ist zu bevorzugen. Sie schafft schneller Klarheit, ob ein Urteil rechtskräftig wird, was ein Vorteil für die obsiegende Partei ist. Sie verlängert die Frist zur Appellationsbegründung, was in komplexen und aufwändigen Fällen notwendig sein kann.

FER: Art. 292 à 293.1 AP (variante 1 et 2), Appel joint, Art. 296 AP (variante 1 et 2):

Des deux variantes proposées par la commission d'experts, la Fédération est convaincue que la première apparaît être la plus opportune. Il vaut mieux, à son avis, permettre aux parties de se déterminer en une seule fois, plutôt que de leur imposer un premier délai pour déposer leurs déclarations d'appel, avant de leur demander, dans un deuxième temps, de les motiver.

Cette deuxième variante apparaît en effet être non seulement une perte de temps pour les parties, mais elle a également l'inconvénient majeur de mettre à leur charge l'obligation de devoir respecter deux délais successifs, ce qui n'est, vu les risques encourus, pas des plus souhaitables. Ceci, sans compter le fait qu'en cas d'appel joint, la procédure à respecter s'en trouverait alourdie.

FRC: La FRC soutient la variante 1, dans la mesure où elle offre des délais plus courts, tant pour l'introduction de l'appel que pour la réponse de l'appel.

FSA: La FSA se prononce en faveur de la variante 2 de l'avant-projet (déclaration d'appel suivie de la motivation). Ce système lui paraît le plus approprié, notamment dans les cas complexes.

Elle considère au surplus que l'appel doit être déposé auprès de l'autorité qui a statué. Le tribunal de première instance adresse alors à l'autorité de recours la déclaration de recours, le dossier de la procédure et indique si, selon elle, le recours a été interjeté à temps ou non.

Au surplus, et en raison de l'effet dévolutif du recours, nous considérons que l'autorité de première instance n'a pas à soumettre, cas échéant, d'observations.

Nous proposons donc le texte suivant:

*Article 292 déclaration d'appel*

*al. 1 L'appel est interjeté par écrit dans les dix jours auprès de l'autorité qui a rendu la décision attaquée.*

*al. 2 La déclaration d'appel indique la décision entreprise et les conclusions.*

*al. 3 L'autorité de première instance notifie la déclaration d'appel aux autres parties et transmet, sans délai, à l'autorité de recours, la déclaration de recours, le dossier et son préavis sur l'observation du délai de recours.*

KassZH: Es wird Variante 2 vorgeschlagen.

OAFRI: Articles 292ss: La solution de l'introduction de l'appel par un mémoire complet, à déposer dans les trente jours, apparaît nettement préférable. Le système de la déclaration d'appel présente des inconvénients, en ce sens qu'il contraint à formuler les conclusions, définissant la saisine de l'autorité de recours, dans un délai de dix jours, alors que cela n'est souvent possible qu'au terme de la rédaction de la motivation de l'acte.

Dans les cas complexes, il devrait y avoir possibilité d'ordonner un second échange d'écritures pour complément de motivation.

Roche: Zahlreiche Bestimmungen des VE dienen der Beschleunigung des Verfahrens. Wie bereits erwähnt, begrüsst Roche grundsätzlich ein zügiges und effizientes Verfahren. Teilweise scheint uns jedoch der Vorentwurf über das Ziel hinauszuschiessen. Sind die kurzen Fristen im vereinfachten Verfahren (Art. 238 VE) noch zu tolerieren angesichts des finanziell begrenzten Prozessrisikos, tragen die vorgeschlagenen äusserst kurzen Fristen beim Rechtsmittelverfah-

ren komplexen Verfahren, wie sie gerade in unserer Branche häufig vorkommen, zu wenig Rechnung. Vor diesem Hintergrund ist Variante 2 bei Art. 292/293 VE gegenüber Variante 1 der Vorzug zu geben, wobei auch hier die Fristen für die Appellationsbegründung im Interesse einer vollständigen Feststellung des Sachverhaltes auf 30 Tage (mindestens einmal um 30 Tage erstreckbar) zu verlängern wären. U.E. sollte allerdings dem Richter bei der Bemessung dieser Fristen ein gewisser Ermessensspielraum gewährt werden, um den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen zu können (eine denkbare Formulierung analog zu Art. 296 Abs. 2 Variante 2 VE wäre: "Die Rechtsmittelinstanz setzt der appellierenden Partei eine angemessene Frist zur Einreichung der Appellationsbegründung."). Ausserdem könnte dem Beschleunigungsgebot ebenfalls Rechnung getragen werden, indem die Gerichte bei der Behandlung des Falles an bestimmte Fristen gebunden werden.

SchKG-Vereinigung: Die Appellation sollte beim iudex a quo, nicht beim iudex ad quem einzureichen sein.

suva: Wir befürworten die Variante 1.

swissmem: Wir begrüßen Variante 1, denn u.E. sind keine besonderen Vorteile ersichtlich, wenn die Rechtsbegehren innert 10 Tagen dem Gericht eingereicht werden müssen und die Begründung nachgeliefert werden kann.

Uni LA: Les deux systèmes prévus par les variantes proposées présentent chacun des avantages et des inconvénients, sans que l'une l'emporte nettement sur l'autre. On préférera néanmoins la variante 2, plus conforme à la tradition vaudoise.

Les deux variantes prévoient que l'appel est interjeté auprès de l'instance de recours, contrairement à la règle qui prévaut pour le recours en réforme au TF et dans de nombreux droits cantonaux prescrivant d'adresser le recours à l'autorité qui a statué. Peu importe finalement, mais il conviendrait de prévoir qu'un dépôt auprès d'une autorité erronée n'affecte pas la validité du recours, sur le modèle de l'art. 32 al. 4 et 5 OJF. En effet, il n'est pas sûr que l'art. 123 AP suffise à entraîner ce résultat et une irrecevabilité serait trop sévère dans ce cas. La règle devrait naturellement aussi valoir pour les autres voies de droit.

Uni NE: Concernant plus spécifiquement la réglementation de l'appel contenue au chapitre 2, il conviendrait, le cas échéant, d'opter pour la variante 1 des articles 292 et 293. On ne voit pas en effet ce qu'apporte la variante 2, si ce n'est des complications supplémentaires. Au surplus, l'article 293 précise que c'est l'instance de recours qui impartit un délai de 20 jours à l'appelant pour motiver son appel. Il s'agirait dès lors d'un délai judiciaire, susceptible de prolongation, ce qui se ne justifie aucunement.

Art. 293

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Im Interesse der Prozessbeschleunigung zu bevorzugen ist die Variante 1. Für diese spricht sodann, dass eine einheitliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "wichtigen Gründe", bei deren Vorliegen die Frist für die Appellationsbegründung soll verlängert werden können, kaum zu gewährleisten ist. Zudem können die geltend gemachten Gründe im einzelnen mit vernünftigem Aufwand ohnehin nicht überprüft werden, so dass der Richter im Zweifel

die Fristverlängerung gewährt wird, zumal ein Protest der Gegenpartei daraufhin, weil unnützlich, in der Regel nicht zu erwarten ist.

- BE: Variante 1 ist vorzuziehen, weil sie im Vorgehen wesentlich einfacher ist und zwar für das Gericht wie für die Anwaltschaft.
- BL: Antrag: Für die Begründung ist keine gesetzliche Frist vorzuschreiben, so dass eine angemessene richterliche Frist angesetzt werden kann, die den Besonderheiten des Prozesses (z.B. Klientschaft im Ausland, komplexe Sach- und Rechtsfragen) Rechnung tragen kann. Dabei sind wir natürlich der Auffassung, dass Prozesse möglichst rasch durchgeführt werden sollen.
- GR: Die Vorschrift in Art. 293 VE (vgl. auch Art. 303 und 314 VE), wonach eine Appellations-, Beschwerde- oder Rekursschrift der Gegenpartei nicht zur Stellungnahme zuzustellen ist, wenn auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird, macht nur Sinn, wenn es dem Gerichtsvorsitzenden obliegt, diese Feststellung zu treffen und anschliessend das Rechtsmittel abzuschreiben. Bleibt dieser Entscheid dem Gesamtgericht vorbehalten, ist dies nicht im Sinne der Prozessökonomie. Der Gesetzestext führt eher zum Schluss, dass das Gesamtgericht diesen Entscheid zu treffen hat, es sei denn, die Kantone wären bei der Regelung der Gerichtsorganisation zu einer abweichenden Regelung berechtigt.
- LU: Die vorgeschlagene Fristenregelung ist zu starr. Die Gerichte sollen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen und die Frist für die Appellationsbegründung je nach Umfang und Komplexität des Falles festsetzen können. Wir beantragen die analoge Übernahme von § 249 Abs. 1 ZPO/LU mit folgendem Wortlaut: *Wurde die Appellation nicht bereits in der Appellationserklärung schriftlich begründet, so setzt die Rechtsmittelinstanz der appellierenden Partei hierzu eine Frist an.*
- NW: Vgl. die Ausführungen zu Art. 292.

#### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

ASLOCA: Nous nous prononçons en faveur de la variante 2 car elle permet, notamment, d'obtenir plus rapidement l'attestation de force de chose jugée.

AVLU: Die vorgeschlagene Fristenregelung ist zu starr und unnötig restriktiv. Fixe Fristen sind nur wenn unbedingt nötig in das Gesetz aufzunehmen. Solch kurze Fristen wie in Art. 293 vorgesehen, sind für allein oder in kleinen Kanzleien tätige Anwältinnen und Anwälte kaum zu bewältigen; sie zwingen geradezu zur Bildung von Grosskanzleien. Es ist jedoch nicht Sache einer schweizerischen Zivilprozessordnung, eine solche Weichenstellung vorzunehmen. Nachdem den Gerichten keine Erledigungsfristen gesetzt sind, sind kurze, gesetzlich fixierte und damit nicht erstreckbare Fristen eine unnötige, nur vordergründig der Prozessbeschleunigung dienende Schikane der Parteien. Vielmehr ist den Gerichten hier Flexibilität einzuräumen, damit sie sie die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen und die Frist für die Appellationsbegründung je nach Umfang und Komplexität des Falles festsetzen können. Es ist daher die bewährte Regelung der Luzerner ZPO zu übernehmen, die für die Appellationserklärung eine Frist von zwanzig Tagen vorsieht und sodann die Fristansetzung zur Appellationsbegründung dem Gericht überlässt. Wir schlagen daher folgende Formulierung von Art. 293 vor:

<sup>1</sup> *Wurde die Appellation nicht bereits in der Appellationserklärung schriftlich begründet, so setzt die Rechtsmittelinstanz der appellierenden Partei hierzu eine Frist an.*

Abs. 3 wird zu Abs. 2

AVZH: Der Vorbehalt im letzten Halbsatz in Abs. 1 ist zu streichen. Wird die Appellation zufolge offensichtlicher Unbegründetheit ohne Begrüssung der Gegenpartei abgewiesen, sollte auch die Anschlussappellation wegfallen.

Die Gegenpartei muss wie die appellierende Partei die Möglichkeit haben, eine Fristerstreckung zu beantragen. Art. 293 Abs. 2 ist deshalb zu ergänzen.

Formulierungsvorschlag Art. 293 Abs. 2, Ergänzung:

*Die Frist für die Appellationsantwort beträgt 30 Tage. Für die Antwortfrist gilt Art. 292 Abs. 2 sinngemäss.*

DJZ: Vgl. die Ausführungen zu Art. 292.

FER: Art. 292 à 293.1 AP (variante 1 et 2), Appel joint, Art. 296 AP (variante 1 et 2):

Des deux variantes proposées par la commission d'experts, la Fédération est convaincue que la première apparaît être la plus opportune. Il vaut mieux, à son avis, permettre aux parties de se déterminer en une seule fois, plutôt que de leur imposer un premier délai pour déposer leurs déclarations d'appel, avant de leur demander, dans un deuxième temps, de les motiver.

Cette deuxième variante apparaît en effet être non seulement une perte de temps pour les parties, mais elle a également l'inconvénient majeur de mettre à leur charge l'obligation de devoir respecter deux délais successifs, ce qui n'est, vu les risques encourus, pas des plus souhaitables. Ceci, sans compter le fait qu'en cas d'appel joint, la procédure à respecter s'en trouverait alourdie.

FRC: La FRC soutient la variante 1, dans la mesure où elle offre des délais plus courts, tant pour l'introduction de l'appel que pour la réponse de l'appel.

FSA: *Terminologie*: nous proposons de reformuler cette disposition de la manière suivante:

*Article 293.1 Réponse*

*al. 1 À moins que l'appel ne soit manifestement irrecevable ou mal fondé, l'autorité de recours transmet la motivation aux autres parties et les invite à répondre par écrit; l'appel joint est réservé.*

*al. 2 L'art. 293 al. 1 et 2 s'appliquent par analogie au délai de réponse.*

OGZH: (Variante 1) Appellationsantwort

Wir glauben eine Unklarheit zu erkennen in dem Satzteil "vorbehalten bleibt die Anschlussappellation". Wenn das Gericht offensichtlich unbegründete oder unzulässige Appellationen sofort und ohne Antwort erledigen kann, ist nicht klar, wie dann der Appellat zu seinem Anschluss kommt. Muss ihm dafür eigens Frist angesetzt werden? Oder kann er Anschlussappellation erklären, wenn ihm die Erledigung der Haupt-Appellation mitgeteilt wird? - Für den Fall, dass Variante 1 gewählt wird, müsste das geklärt werden. (vgl. aber auch sogleich zu VE Art. 293.1)

## VE Art. 293.1 (Variante 2) Appellationsantwort

Wir zweifeln, ob es richtig ist, eine Anschlussappellation zu behandeln, falls die Hauptappellation sofort erledigt werden kann. Das Problem kannten wir bisher in unserem Rekurs. Zu diesem gibt es wohl den Anschlussrekurs (ZH-ZPO 278), aber der Hauptrekurs kann sofort und ohne Antwort erledigt werden, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind (ZH-ZPO 277). Für diesen letzteren Fall geht unsere Praxis davon aus, dass der Anschlussrekurs ausgeschlossen sei. Das ist wohl auch sinnvoll, denn das Anschlussrechtsmittel hat ja seinen Sinn darin, dass die Gegenpartei den Rechtsmittelkläger unter Druck setzen will - und das fällt weg, wenn das Hauptrechtsmittel bereits erledigt ist. Wenn es dem Rechtsmittelbeklagten wirklich um eine Neubeurteilung geht, muss er das Rechtsmittel selbständig erklären.

Wir meinen, es könnte auf den Vorbehalt in VE Art. 293.1 Abs. 1 verzichtet werden, und VE Art. 296 sollte um den Fall der sofortigen Abweisung ergänzt werden.

Vorschlag:

*(VE Art. 293.1 Abs. 1 [Variante 2]:) ... es sei denn, auf das Rechtsmittel könne offensichtlich nicht eingetreten werden oder es sei offensichtlich unbegründet; vorbehalten bleibt die Anschlussappellation.*

*(VE Art. 296 [Variante 2]:) Wird auf die Appellation nicht eingetreten, wird sie als offensichtlich unbegründet ohne Antwort abgewiesen oder wird sie vor Beginn der Urteilsberatung zurückgezogen, so entfällt auch die Anschlussappellation.*

Roche: Vgl. die Ausführungen zu Art. 292.

santésuisse Der ersten Variante ist der Vorzug zu geben. Zum einen wegen der längeren Frist, zum anderen wegen der klareren Formulierung.

suva: Wir befürworten die Variante 1.

## Art. 294

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir beantragen, den zweiten Satz von Artikel 294 VE-ZPO zu streichen. Es besteht keine Notwendigkeit, einer Appellation die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise entziehen zu können. Gegebenenfalls besteht die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen zu verlangen.

SO: Wir sind einverstanden damit, dass die Rechtsmittelinstanz der Appellation im Einzelfall (wenn sie offensichtlich unzulässig, unbegründet oder trölerisch ist) die aufschiebende Wirkung entziehen kann. Doch müsste das Gesetz dafür klare Kriterien aufstellen.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Appellation hat aufschiebende Wirkung. Diese soll nach dem VE aber entzogen werden können. Nach dem Bericht ist etwa an den Fall einer "*offensichtlich unzulässigen Appellation*" zu denken. Solche sollten aber gar nie der Appellatin zugestellt werden (vgl. 292 f.). Zudem scheint fraglich, welchen Sinn

eine Appellation noch hat, wenn parallel zum Appelationsverfahren schon das Vollstreckungsverfahren läuft.

Die aufschiebende Wirkung greift "*im Umfang der Anträge*". Es ist unklar, ob damit eine Teilrechtskraft angesprochen ist oder nicht. Dem Bericht ist nichts Näheres zu entnehmen (vgl. etwa den Kommentar zu Art. 234 über die Rechtskraft).

AVLU: Es besteht keine Notwendigkeit, einer Appellation die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise entziehen zu können. Gegebenenfalls besteht die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen zu verlangen. Der zweite Satz von Art. 294 ist daher zu streichen.

AVZH: Hier ist klarzustellen, dass die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung nur auf Parteienantrag und nur nach vorgängiger Anhörung der Gegenpartei entziehen kann.

Formulierungsvorschlag Art. 294:

*Die Appellation hat im Umfang der Anträge aufschiebende Wirkung. Die Rechtsmittelinstanz kann auf Antrag einer Partei und nach Anhörung der Gegenpartei die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise entziehen.*

Bger: Nach geltendem Recht ist in berufungsfähigen Streitsachen ein Entzug des Suspensiveffekts im kantonalen Verfahren ausgeschlossen (Art. 54 Abs. 2 OG). Auch nach dem Entwurf eines neuen Bundesgerichtsgesetzes gilt dies jedenfalls für Gestaltungsurteile (Art. 97 Abs. 2 lit. a E-BGG). Die in Art. 97 Abs. 3 E-BGG normierte Befugnis des bundesgerichtlichen Instruktionsrichters, aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird oftmals illusorisch, wenn bereits die obere kantonale Instanz sie entzogen hat. Die aufschiebende Wirkung sollte daher im kantonalen Verfahren unentziehbar sein.

FSA: La FSA considère que la loi elle-même doit contenir les motifs pour lesquels l'autorité de recours peut retirer l'effet suspensif.

Au surplus, et dans la mesure où un retrait de l'effet suspensif est possible, il faut envisager l'hypothèse où un jugement serait rendu exécutoire en phase d'appel, mais annulé par la décision rendue sur appel, voire à l'issue de la procédure devant le Tribunal fédéral. Pour palier le risque d'un dommage irréparable, le juge devrait pouvoir subordonner ce retrait à la fourniture de sûretés.

Nous proposons donc que l'art. 294 soit rédigé de la manière suivante:

*Article 294 Effet suspensif*

*al. 1 L'appel est suspensif dans la mesure de ses conclusions.*

*al. 2 L'autorité de recours peut supprimer ou limiter l'effet suspensif, s'il devait entraîner un préjudice irréparable ou si l'appel apparaît manifestement irrecevable, mal fondé ou dilatoire.*

*al. 3 Die Rechtsmittelinstanz kann den Entzug davon abhängig machen, dass der Gläubiger eine von ihr bestimmte Sicherheit leistet oder dem Gläubiger bloss gestatten, Betreuung auf Sicherheitsleistung einzuleiten.*

OAFRI: Le juge de première instance devrait aussi pouvoir déclarer son jugement provisoirement exécutoire. Il est généralement le mieux placé pour le faire.

SchKG-Vereinigung: Es ist zu begrüßen, dass nicht rechtskräftige erstinstanzliche Urteile von der Rechtsmittelinstanz vollstreckbar erklärt werden können. Dass

dies neu auch für Urteile gilt, die gemäss SchKG zu vollstrecken sind, sollte im Entwurf oder zumindest in der Botschaft verdeutlicht werden.

Der Rechtsmittelinstanz sollte jedoch die Kompetenz gegeben werden, diesfalls von der erstinstanzlich obsiegenden Partei eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Alternativ sollte die erstinstanzlich obsiegende Partei, welche nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten, ermächtigt werden, Betreuung auf Sicherheitsleistung (gem. Art. 28 SchKG) einzuleiten.

Demgemäss ist Abs. 2 von Art. 294 folgendermassen zu formulieren:

<sup>2</sup> *Die Rechtsmittelinstanz kann den Entzug voraussetzungslos anordnen, davon abhängig machen, dass der Gläubiger eine von ihr bestimmte Sicherheit leistet oder dem Gläubiger bloss gestatten, Betreuung auf Sicherheitsleistung einzuleiten.*

Uni ZH: Die Möglichkeit des Entzuges der Suspensivwirkung auch bei den ordentlichen Rechtsmittel ist zwar zu begrüssen. Es muss jedoch geprüft werden, ob nicht zusätzliche Sicherungsinstrumente eingeführt werden müssen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 33 ff.*

Art. 295

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wäre wünschenswert, in Art. 295 VE zu ergänzen, dass auch (neue oder alte abgelehnte) Anträge bezüglich oberinstanzlich abzunehmender Beweise in der Appellationsbegründung zu stellen bzw. zu wiederholen sind.

BL: Wir gehen davon aus, dass bei ungenügender Begründung gemäss Art. 123 eine Nachfrist zu setzen ist und erst wenn innert dieser Frist immer noch keine hinreichende Begründung eingereicht wird, auf die Appellation nicht einzutreten ist.

LU: Es muss unseres Erachtens aus der Formulierung klar zum Ausdruck kommen, dass sich die Rechtsmitteleinlegerin oder der Rechtsmitteleinleger in der Begründung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen muss.

SO: Die Bestimmungen zu den Rechtsmitteln statuieren jeweils eine sogenannte "Begründungslast". Danach ist in der Begründung darzulegen, wie und aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid zu ändern oder aufzuheben ist. Dies erscheint an sich richtig, unklar sind aber die Folgen, welche eine Partei treffen, die das Rechtsmittel nicht oder ungenügend begründet (vgl. Isaak Meier / Diana Mürner, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 99, Nr. 23, S. 599). Im Interesse des Schutzes rechtsunkundiger Parteien sollte die Bestimmung als Ordnungsvorschrift interpretiert werden und nicht in dem Sinne, dass jeweils strikte nur die explizit gerügten Punkte durch das Gericht geprüft werden können (Rügeprinzip).

SZ: Der Ausdruck "Begründungslast" sollte durch den Begriff "Begründung" ersetzt werden, damit klargestellt ist, dass damit nicht das sog. Rügeprinzip eingeführt wird.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der VE unterwirft den Appellanten einer strengen Rügepflicht. Dabei handelt es sich nicht um eine blosse Ordnungsvorschrift, sondern um eine echte Obliegenheit: Ist die Rüge ungenügend, muss die Appellation (ohne Gelegenheit zur Nachbesserung) abgewiesen werden, fehlt sie ganz, wird gar nicht erst auf die Appellation eingetreten.

Das scheint reichlich streng für eine zweite Instanz (wir sind nicht vor Bundesgericht!), insbesondere bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien. Zudem ist die vorgeschlagene Lösung unbefriedigend bei offensichtlichen Rechtsverletzungen, die nicht ausdrücklich gerügt worden sind. Leider sind Milderungen nur für den Fall vorgesehen, wo der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist.

DJS: Es wird nicht gesagt, welches die Rechtsfolge ist, wenn eine Partei der Begründungslast nicht genügt. Es darf jedenfalls nicht sein, dass diese Bestimmung so interpretiert wird, dass ein eigentliches Rügeprinzip eingeführt wird.

DJZ: Es wird nicht gesagt, was die Rechtsfolge ist, wenn eine Partei der Begründungslast nicht genügt. Es darf jedenfalls nicht sein, dass diese Bestimmung so interpretiert wird, dass ein eigentliches Rügeprinzip eingeführt wird.

OGZH: Der Bericht stellt klar, was aus der Formulierung nicht ohne weiteres hervorgeht: dass der angefochtene Entscheid auch auf nicht gerügte Punkte hin untersucht werden kann (und wohl muss). In unserem geltenden Recht wird das ausdrücklich gesagt (ZH-ZPO § 269 Abs. 1). Ferner ist zu regeln, ob prozessleitende Verfügungen auch dann mit der Appellation gerügt werden können, wenn gegen sie der Rekurs zulässig war (wir würden das verneinen, entsprechend unserem ZH-ZPO § 269 Abs. 2).

Vorschlag:

*Art. 295a      Umfang der Überprüfung*

*<sup>1</sup>Die Appellationsinstanz überprüft Verfahren und Entscheid im Rahmen der Berufungsanträge.*

*<sup>2</sup>Prozessleitende Verfügungen werden nicht überprüft, wenn dagegen der Rekurs zulässig war.*

Damit kann gleichzeitig auch klar gestellt werden, dass eine reformatio in peius unzulässig ist ("... im Rahmen der Berufungsanträge")

Die Appellation folgt grundsätzlich dem Verfahren der ersten Instanz. Sie soll aber nicht dessen "zweite Auflage" sein (wie der Bericht zutreffend hervorhebt). Dann ist aber ein doppelter Schriftenwechsel vor der Hauptverhandlung unnötig schwerfällig. Wir würden vorziehen, es bei je einem Vortrag bewenden zu lassen.

Vorschlag:

*Art. 296a      Weitere Rechtschriften*

*Vor der Hauptverhandlung werden in der Regel keine weiteren Rechtschriften eingeholt. Vorbehalten ist die schriftliche Beantwortung einer Anschlussappellation.*

SGB: L'instance d'appel doit avoir un plein pouvoir de cognition tant en droit qu'en fait. Elle ne doit pas se limiter aux griefs invoqués.

Art. 296

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Konsequenterweise ist die etwas mildere Variante 2 der strengerer vorzuziehen (Bemerkung zu Art. 292 und 293 VE).

BE: Entsprechend den Bemerkungen zu Art. 292 und 293 VE ist auch hier die Variante 1 vorzuziehen.

FR: La variante no 1 paraît préférable.

GE: La première variante paraît préférable.

LU: Wir beantragen die Übernahme der Variante 2. Bezüglich der Frist für die Begründung der Anschlussappellation verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Artikel 293 VE-ZPO.

Wir erlauben uns darauf hinzuweisen, dass die Formulierung von Absatz 2 (gemäss Variante 2) offen lässt, ob die Begründung der Anschlussappellation in einer separaten Rechtsschrift zusätzlich zur Appellationsantwort zu erfolgen hat. Sinnvoll wäre aber in jedem Fall die Begründung in der Appellationsantwort selbst und damit die Beschränkung auf eine einzige Rechtsschrift auch bei der Anschlussappellation. Wir schlagen daher folgende Formulierung vor: *Die Anschlussappellation ist innert der von der Rechtsmittelinstanz angesetzten Frist in der Stellungnahme zur Appellation zu begründen.*

NW: Der Variante 1 ist der Vorzug zu geben.

SH: Konsequenterweise ist die etwas mildere Variante 2 der strengerer vorzuziehen (Bemerkung zu Art. 292 und 293 VE).

TI: La Commissione propone di adottare la Variante n. 1

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

CSP: Hier ist Variante 1 vorzuziehen.

Grüne Partei: Hier bevorzugen wir die Variante 1, da der Entscheid, eine Anschlussappellation einzureichen, nicht nur von der Appellationserklärung, sondern auch von deren Begründung abhängen kann.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Nur aus dem Bericht (und auch da bloss implizit) ist zu erfahren, dass mit der Rückzug der Appellation auch die Anschlussappellation entfällt, deren Schicksal also verknüpft ist. Das ist in der Sache richtig und sollte klargestellt werden.

Wie bei der Appellation steht ein einstufiges und ein zweistufiges Verfahren zur Auswahl: Letzteres ist uns näher.

AVGE: La première variante paraît préférable pour les mêmes raisons exposées plus haut.

AVLU: Hier wird ebenfalls der Variante 2 klar der Vorzug gegeben. Bezüglich der Frist für die Begründung der Anschlussappellation verweisen wir auf die Ausführungen zu Art. 293.

Nach der Formulierung von Abs. 2 ist unklar, ob die Begründung der Anschlussappellation in einer separaten Rechtsschrift zusätzlich zur Appellationsantwort zu erfolgen hat. Sinnvoll wäre aber in jedem Fall die Begründung

in der Appellationsantwort selbst und damit die Beschränkung auf eine einzige Rechtsschrift auch bei Anschlussappellation. Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

<sup>2</sup> *Die Anschlussappellation ist innert der von der Rechtsmittelinstanz angesetzten Frist in der Stellungnahme zur Appellation zu begründen.*

AVZH: Abs. 3 sollte – kongruent zu Art. 293 – um den Fall der Abweisung der Appellation zufolge offensichtlicher Unbegründetheit ergänzt werden.

Formulierungsvorschlag Art. 293, Ergänzung Abs. 3:

*Wird auf die Appellation nicht eingetreten, wird sie zufolge offensichtlicher Unbegründetheit abgewiesen oder\_wird sie vor Beginn der Urteilsberatung zurückgezogen, so entfällt auch die Anschlussappellation.*

FER: Art. 292 à 293.1 AP (variante 1 et 2), Appel joint, Art. 296 AP (variante 1 et 2):

Des deux variantes proposées par la commission d'experts, la Fédération est convaincue que la première apparaît être la plus opportune. Il vaut mieux, à son avis, permettre aux parties de se déterminer en une seule fois, plutôt que de leur imposer un premier délai pour déposer leurs déclarations d'appel, avant de leur demander, dans un deuxième temps, de les motiver.

Cette deuxième variante apparaît en effet être non seulement une perte de temps pour les parties, mais elle a également l'inconvénient majeur de mettre à leur charge l'obligation de devoir respecter deux délais successifs, ce qui n'est, vu les risques encourus, pas des plus souhaitables. Ceci, sans compter le fait qu'en cas d'appel joint, la procédure à respecter s'en trouverait alourdie.

FRC: Vu sa prise de position relative aux articles 292 et 293, la FRC soutient la variante 1.

KassZH: Es wird Variante 2 vorgeschlagen.

OAFRI: L'appel incident ou appel joint n'est pas suffisant. Il convient aussi d'introduire l'appel provoqué (cf art. 548 à 550 du Nouveau Code de procédure civile).

On cite, à titre d'exemple, le cas suivant: A a agi en paiement contre deux débiteurs solidaires B et C. Il a obtenu gain de cause contre B mais est débouté contre C. Si B interjette appel contre A, ce dernier doit pouvoir, dans le délai de trente jour, former à son tour appel contre C. Si cette voie ne lui est pas ouverte, A devra préventivement former appel contre C, pour l'hypothèse où B ferait lui-même appel. On contraint ainsi les parties à des actes déraisonnables, contraires au souci d'économie de procédure.

santésuisse: Anschlussappellation zu Variante 2 der Variante 1 ist der Vorzug zu geben.

Uni LA: On préférera la variante 1 (appel joint dans le délai de réponse, sans qu'une déclaration distincte d'appel joint doivent être préalablement faite).

Art. 297

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir schlagen vor, dass auch im Rahmen der Appellation eine Klageänderung gemäss Art. 216 VE ZPO möglich sein sollte, jedoch unter den Voraussetzungen von Art. 215 Abs. 2 VE ZPO gemäss unseren vorstehenden Bemerkungen.

kungen zur Einschränkung des richterlichen Fragerechts. Wir schlagen unter einem neuen Titel "Neue Tatsachen und Beweismittel / Klageänderung" folgende Formulierung von Absatz 3 vor: "*Eine Klageänderung ist nur unter den in Art. 216 VE ZPO umschriebenen Voraussetzungen zulässig. Neue tatsächliche Ausführungen zur Begründung der geänderten Klage unterliegen den Beschränkungen des Art. 215 Abs. 2. VE ZPO.*"

AR: Jede Erleichterung, welche die unsorgfältige oder unredliche Prozessführung belohnt, sollte vermieden werden. Daher ist auf jeden Fall die Zulässigkeit von Noven i.S.v. Art. 215 Abs. 2 lit. c VE – d.h. solcher neuer Tatsachen, die durch Urkunden sofort beweisbar sind – auszuschliessen. Eine Notwendigkeit hierfür besteht nicht. Vielmehr darf den Prozessparteien ohne weiteres zugemutet werden, alles, was sie in Händen haben, rechtzeitig auf den Tisch zu legen.

BE: Es wird auf die Bemerkungen zu Art. 215 VE verwiesen. Sollte die dort neu vorgeschlagene Bestimmung zum Zuge kommen, so müsste in Art. 297 Abs. 1 und 2 VE auf Art. 215 Abs. 4 und 5 VE verwiesen werden.

BL: Abs. 1: In dieser Bestimmung ist nur auf Art. 215 Abs. 2 Buchstabe a zu verweisen.

Antrag: Einfügung der folgenden zusätzlichen Bestimmung (*kursiv*):

*Art. ...Unentschuldigtes Nichterscheinen zur Verhandlung*

*Erscheint die appellierende Partei unentschuldigt nicht zu Verhandlung, so wird auf die Appellation nicht eingetreten.*

In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ist festzuhalten, dass diese Rechtsfolge nur eintritt, wenn eine Verhandlung durchgeführt wird und weder die appellierende Partei noch ihre Vertretung zur Verhandlung erscheint.

GL: Wir halten das vorgesehene Novenrecht für zu eng. Im vereinfachten "Formularprozess" nach E Art. 237 ff. kann z. B. eine rechtsunkundige Partei im Rechtsmittelverfahren Fehler vor der ersten Instanz nicht mehr korrigieren.

LU: Die vorgeschlagene restriktive Regelung des Novenrechts im Appellationsverfahren lehnen wir ab. Der Vorentwurf fällt nicht nur hinter die bewährte liberale Regelung vieler Kanton (u.a. Kanton Luzern) zurück, sondern auch hinter das vom Bundesgesetzgeber erst im Juni 1998 für das ganze Scheidungsverfahren inklusive güterrechtliche Auseinandersetzung verabschiedete liberale Novenrecht. Die herrschende ZPO-Lehre plädiert denn auch generell für die Zulassung echter wie unechter Noven vor zweiter Instanz. Diese hat nämlich nicht nur die Aufgabe, erstinstanzliche Urteile auf Fehler zu überprüfen, sondern auch für eine einheitliche kantonale Rechtsprechung zu sorgen. Die vorgeschlagene restriktive Novenregelung führt zu einer Vielzahl von Urteilen, die der materiellen Wahrheit widersprechen und benachteiligt nicht anwaltlich vertretene Parteien. Unsorgfältiges Prozessieren soll nicht den Rechtsverlust, sondern die Sanktionierung der betreffenden Partei mit entsprechenden Kostenfolgen zur Folge haben. Wir schlagen die analoge Übernahme von § 252 ZPO/LU und folgenden Wortlaut vor:

*Neue Tatsachen und Beweismittel können noch in der Appellationsbegründung und in der Appellationsantwort vorgebracht werden. Später richtet sich die Zulässigkeit neuer Vorbringen nach Artikel 215 Absatz 2.*

Im Anschluss an Artikel 297 VE-ZPO:

Falls beim Rechtsmittelverfahren nur auf die allgemeinen Bestimmungen verwiesen wird, regen wir an, analog §§ 253 - 255 ZPO/LU eine Regelung betreffend Instruktionsverhandlung, Appellationsverhandlung und Parteivorträge im Appellationsverfahren zu schaffen:

*§ 253 (ZPO/LU) Instruktionsverhandlung*

<sup>1</sup>Das Obergericht kann die Parteien jederzeit zu einer Instruktionsverhandlung vorladen.

<sup>2</sup>In der Vorladung kann dem Appellanten für den Fall der Säumnis angedroht werden, auf die Appellation werde nicht eingetreten.

*§ 254 (ZPO/LU) Appellationsverhandlung*

<sup>1</sup>Nach Abschluss des Schriftenwechsels lädt das Obergericht die Parteien zur Appellationsverhandlung vor, sofern sie nicht darauf verzichtet haben.

<sup>2</sup>Erscheint eine Partei nicht zur Verhandlung, wird diese gleichwohl durchgeführt. Erscheinen beide Parteien nicht, wird aufgrund der Akten entschieden.

<sup>3</sup>Das Nichterscheinen der einen oder beider Parteien hat keine Rechtsnachteile zur Folge.

*§ 255 (ZPO/LU) Parteivorträge*

<sup>1</sup>Die Parteien können an der Appellationsverhandlung zu den Vorbringen der Gegenpartei und zu Beweisergänzungen Stellung nehmen.

<sup>2</sup>Nach den Parteivorträgen kann das Obergericht nötigenfalls einen weiteren Schriftenwechsel oder eine neue Instruktionsverhandlung anordnen.

SH: Jede Erleichterung, welche die unsorgfältige oder unredliche Prozessführung belohnt, sollte vermieden werden. Daher ist auf jeden Fall die Zulässigkeit von Noven i.S.v. Art. 215 Abs. 2 lit. c VE - d.h. solcher neuer Tatsachen, die durch Urkunden sofort beweisbar sind - auszuschliessen. Eine Notwendigkeit hiefür besteht nicht. Vielmehr darf den Prozessparteien ohne weiteres zugemutet werden, alles, was sie in Händen haben, rechtzeitig auf den Tisch zu legen.

TG: Unseres Erachtens sollten Noven im zweitinstanzlichen Verfahren bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unbeschränkt möglich sein, um dem Grundsatz der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen.

TI: cpv. 1: La procedura di appello ticinese è retta dal principio generale del divieto di nova in conformità con il *principio del doppio grado di giurisdizione*, riservata la facoltà di indagine del giudice ex art. 322 CPC-Ti, che è comunque ben più restrittiva di quanto previsto nell'AP, che ammette largamente la possibilità di presentare nuovi fatti e prove in appello, rinviando infatti all'applicazione dell'art. 215 CPCF.

cpv. 2: Nelle procedure concernenti gli interessi dei figli vige il principio inquisitorio illimitato. L'articolo in questione ne è la logica conseguenza.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die vorgeschlagene restriktive Novenregelung im Appellationsverfahren wird abgelehnt. Eine obere kantonale Instanz hat nicht nur die Aufgabe, erstinstanzliche Urteile auf Fehler zu überprüfen; vielmehr hat sie für eine einheitliche kantonale Rechtsprechung zu sorgen sowie den Parteien zu ermöglichen, die erstinstanzlich beurteilte "Teil-Wahrheit" gegebenenfalls durch ergänzende Tat-

sachen und Beweisanträge zur vollen "Wahrheit" zu komplettieren. Dies wird verhindert, wenn zweitinstanzlich nur echte Noven zugelassen, alle anderen nachträglichen Vorbringen aber ausgeschlossen werden. Eine so restriktive Novenregelung, wie sie im Vorentwurf vorgesehen ist, führt zwingend zu einer Vielzahl von Urteilen, die der materiellen Wahrheit diametral widersprechen und benachteiligt nicht anwaltlich vertretene Parteien. Unsorgfältiges Prozessieren kann mit entsprechenden Kostenfolgen für die betreffende Partei sanktioniert werden. Die Regelung der Luzerner ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweisanträge auch noch mit den Rechtsschriften im Appellationsverfahren vorgebracht werden können, hat sich bewährt und sollte übernommen werden. Art. 297 ist daher wie folgt zu formulieren:

*Neue Tatsachen und Beweismittel können noch in der Appellationsbegründung und der Appellationsantwort vorgebracht werden. Später richtet sich die Zulässigkeit neuer Vorbringen nach Art. 215 Abs. 2.*

DJS: Es sollten auch unechte Noven in Appellationsbegründung und -antwort zugelassen werden. Keinesfalls gerechtfertigt ist es, sogar noch eine Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht vorzunehmen, indem gemäss dem Vorentwurf auch bei Scheidungsprozessen in der zweiten Instanz keine Noven mehr vorgebracht werden können.

Das Novenverbot ist ausgesprochen laienfeindlich. Das richterliche Fragerecht ist kein genügendes Korrektiv. Bei nicht anwaltlich vertretenen Prozessparteien passiert es oft, dass sie ungenügend vorbereitet an die Hauptverhandlung vor erster Instanz erscheinen (bzw. gar nicht wissen, was dort von ihnen verlangt wird). Daraus sich ergebende Fehler können im weiteren Verlauf des Prozesses nach der vorgesehenen Ordnung praktisch überhaupt nicht mehr korrigiert werden. Dies bringt die Gefahr mit sich, dass sachlich unrichtige Urteile gefällt werden. Die Prozessökonomie darf dem Ziel richtiger und gerechter Urteil nicht übergeordnet werden. Das Novenrecht ist im übrigen höchstens ein Notventil. Keine Prozesspartei wird willentlich für sie günstige Tatsachen unbehauptet lassen und dadurch die Chancen auf ein positives erstinstanzliches Urteil kompromittieren.

Das Novenverbot führt dazu, dass alle erdenklichen Tatsachen in den Parteivorträgen vor der ersten Instanz behauptet werden müssen. Das Gericht vertritt ja u.U. eine andere Rechtsauffassung als eine oder beide Parteien. Es kann zu einem Rechtsverlust führen, wenn nicht auch für diesen Eventualfall Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden. Müssen indessen Tatsachenbehauptungen für alle Eventualitäten am Anfang des Prozesses vorgetragen werden, so wird die Prozessvorbereitung aufwändiger, und die Rechtsschriften werden länger. Dies ist - für die Parteien jedenfalls - nicht prozessökonomisch. Diese Konsequenzen könnten durch ein Novenrecht gemildert werden.

Durch die Einräumung eines Novenrechts in der Appellationsbegründung und -antwort wird auch die unfruchtbare Abgrenzung von echten und unechten Noven vermieden.

DJZ: Es sollten auch unechte Noven in Appellationsbegründung und -antwort zugelassen werden. Keinesfalls gerechtfertigt ist es, sogar noch eine Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht vorzunehmen, indem auch bei Scheidungsprozessen in der zweiten Instanz keine Noven mehr vorgebracht werden können.

Das Novenverbot ist ausgesprochen laienfeindlich. Das richterliche Fragerecht ist kein genügendes Korrektiv. Bei nicht anwaltlich vertretene Prozessparteien passiert es oft, dass sie ungenügend vorbereitet an die Hauptverhandlung vor erster Instanz erscheinen (bzw. gar nicht wissen, was dort von ihnen verlangt wird). Daraus sich ergebende Fehler können im weiteren Verlauf des Prozesses nach der vorgesehenen Ordnung praktisch überhaupt nicht mehr korrigiert werden. Dies bringt die Gefahr mit sich, dass materiell unrichtige Urteile gefällt werden. Die Prozessökonomie darf dem Ziel richtiger und gerechter Urteil nicht übergeordnet werden. Das Novenrecht ist im übrigen höchstens ein Notventil. Keine Prozesspartei wird willentlich für sie günstige Tatsachen unbeauptet lassen und dadurch die Chancen auf ein positives erstinstanzliches Urteil kompromittieren.

Das Novenverbot führt dazu, dass alle erdenklichen Tatsachen in den Parteivorträgen vor der ersten Instanz behauptet werden müssen. Das Gericht vertritt ja u.U. eine andere Rechtsauffassung als eine oder beide Parteien. Es kann zu einem Rechtsverlust führen, wenn nicht auch für diesen Eventualfall Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden. Müssen indessen Tatsachenbehauptungen für alle Eventualitäten am Anfang des Prozesses vorgetragen werden, so werden Prozessvorbereitung aufwändiger und die Rechtsschriften länger. Dies ist für die Parteien nicht prozessökonomisch. Diese Konsequenzen könnten durch ein Novenrecht gemildert werden.

Durch die Einräumung eines Novenrechts in der Appellationsbegründung und -antwort wird auch die unfruchtbare Abgrenzung von echten und unechten Noven vermieden.

FSA: Nous proposons de modifier cette disposition de la manière suivante en y ajoutant un alinéa 1bis – afin d’éviter les manœuvres dilatoires – et en modifiant son alinéa 2, car on ne voit pas pourquoi les autres causes régies par la maxime d’office ne feraient pas l’objet du même traitement particulier.

*al. <sup>1bis</sup> Une administration de preuve n’est ordonnée, sur le fond, que si le recourant rend vraisemblable ses griefs éventuels relatifs aux constatations de fait du tribunal inférieur.*

*al. <sup>2</sup> Lorsque la maxime d’office est applicable, les faits et moyens de preuve ...[suite inchangée.]*

OGZH: Es ist uns nicht klar, ob der VE die Klageänderung in der Appellation zulassen will (aus der Gegenüberstellung von VE 297 und VE 317 könnte man schliessen, dass in der Appellation neue Anträge zulässig seien; wir würden eher argumentieren, in der Appellation seien nur neue Tatsachen und Beweismittel zugelassen, und auch diese nur eingeschränkt). Es schiene uns nicht opportun, denn damit würde der beklagten Partei eine Instanz genommen. Der Punkt sollte in der Botschaft klar gestellt werden.

TS: In diesem Zusammenhang möchten wir anmerken, dass wir jedoch mit der Regelung des Novenrechts im Appellationsverfahren (Art. 297 Abs. 1 VE) einverstanden sind, ist es doch gerade in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ein wichtiges Anliegen, dass innert nützlicher Frist ein rechtskräftiges Urteil erstritten werden kann. Nicht nur allgemein, sondern gerade in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten soll der Prozessverschleppung durch eine zu laxen Eventualmaxime in der zweiten Instanz nicht Vorschub geleistet werden. Die vorgesehene Lösung grosszügiges Novenrecht in der ersten Instanz (Art. 241 VE) und strengere

Reglung im Appellationsverfahren (Art. 297 Abs. 1 VE) ist gerade für arbeitsrechtliche Prozesse richtig.

SGB: L'USS demande l'admissibilité même des faux *nova* (unechte *nova*).

L'interdiction des *nova* lèse les intérêts des parties qui ne sont pas assistées d'un avocat. Elle conduit aussi à ce que les écritures soient plus longues, voire prolixes. Cela est contraire à l'économie de procédure, du moins pour les parties.

suva: Wir schlagen folgende Formulierung vor:

*Neue Tatsachen und Beweisanträge sind mit der Appellations- oder Anschlussappellationsschrift sowie mit der Antwort auf sie vorzubringen.*

Uni LA: Si l'on comprend la réserve relative aux procédures concernant les enfants, il n'y a pas d'argument valable justifiant que des faits et des moyens de preuve nouveaux puissent encore être articulés, même dans les limites de l'art. 215 AP, en seconde instance dans les autres procédures.

Art. 298

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Auch wenn die Ausgestaltung als "Kann-Vorschrift" den Eindruck von Flexibilität erweckt, scheint sie das in bezug auf die Möglichkeit zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht zu sein, da dies nur bei Erfüllung einer der beiden Voraussetzungen von lit. c Ziff. 1 oder 2 zulässig ist. Dies sollte voraussetzungslos, mindestens aber weniger eingeschränkt möglich sein.

Es darf durchaus darauf vertraut werden, dass die Oberinstanzen die Rückweisung verantwortungsvoll handhaben. Sie soll ihnen aber nicht ausdrücklich verwehrt sein; hat sich etwa eine Vorinstanz um eine genügende Begründung gedrückt, so soll dies nicht ohne weiteres die Rechtsmittelinstanz nachholen müssen. Es fragt sich, ob im Fall einer Rückweisung nicht klarzustellen wäre, dass das erstinstanzliche Gericht an die tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung der Berufungsinstanz gebunden ist.

JU: Prévoir qu'en l'absence d'appel incident, la décision ne peut pas être rendue au détriment de l'appelant (prohibition de la reformatio in pejus).

SH: Auch wenn die Ausgestaltung als "Kann-Vorschrift" den Eindruck von Flexibilität erweckt, scheint sie das in Bezug' auf die Möglichkeit zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht zu sein, da dies nur bei Erfüllung einer' der beiden Voraussetzungen von lit. c Ziff. 1 oder 2 zulässig ist. Dies sollte voraussetzungslos, mindestens aber weniger eingeschränkt möglich sein. Es darf durchaus darauf vertraut werden, dass die Oberinstanzen die Rückweisung verantwortungsvoll handhaben. Sie soll ihnen aber nicht ausdrücklich verwehrt sein; hat sich etwa eine Vorinstanz um eine genügende Begründung gedrückt, so soll dies nicht ohne weiteres die Rechtsmittelinstanz nachholen müssen.

Es fragt sich, ob im Fall einer Rückweisung nicht klarzustellen wäre, dass das erstinstanzliche Gericht an die tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung der Berufungsinstanz gebunden ist.

TG: Auch wenn die Ausgestaltung als Kann-Vorschrift den Eindruck von Flexibilität erweckt, scheint sie das in Bezug auf die Möglichkeit zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht zu sein, da dies nur bei Erfüllung einer der bei-

den Voraussetzungen von lit. c Ziff. 1 oder 2 zulässig ist. Diese Vorgehensweise sollte voraussetzungslos, mindestens aber weniger eingeschränkt möglich sein. Es fragt sich überdies, ob im Falle einer Rückweisung nicht klarzustellen wäre, dass das erstinstanzliche Gericht an die tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung der Oberinstanz gebunden ist.

TI: Riprende grosso modo il sistema previsto dal CPC-Ti (art. 326). La novità risiede però nella facoltà concessa dall'art. 298 lit. c) n. 2 "i fatti devono essere completati o approfonditi in punti essenziali".

Con questo strumento, assai benvenuto, si evita al tribunale di seconda istanza di dovere istruire un processo da capo a piedi, rispettivamente su punti essenziali.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Grundsätzlich entscheidet die Rechtsmittelinstanz in der Sache selber; Rückweisung ist nur ausnahmsweise angezeigt. Der VE sieht sie ausdrücklich vor, wenn (a) die erste Instanz einen wesentlichen Teil der Angelegenheit überhaupt nicht beurteilt hat oder (b) der Sachverhalt in wesentlichen Teilen vervollständigt werden muss. Auf die (abschliessende) Aufzählung hätte der VE verzichten sollen, um der Praxis mehr Spielraum zu gewähren.

AVLU: Unterabs. c wäre dahingehend zu verdeutlichen, dass eine Rückweisung an die erste Instanz nur in Ausnahmefällen stattfinden soll, führt doch eine solche Rückweisung zu einem erheblichen Mehraufwand an Zeit und Kosten. Art. 298 Unterabs. c wäre daher wie folgt zu ergänzen:

*Die Rechtsmittelinstanz kann:*

*c. ausnahmsweise die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn:*

- 1. ein wesentlicher Teil nicht beurteilt wurde; oder*
- 2. der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.*

DJS: Das Verbot der reformatio in peius sollte ausdrücklich erwähnt werden, z.B. durch Ergänzung von lit. b: "...im Rahmen der Appellationsanträge neu entscheiden."

DJZ: Das Verbot der reformatio in peius sollte ausdrücklich erwähnt werden, z.B. durch Ergänzung von lit. b: "...im Rahmen der Appellationsanträge neu entscheiden."

OAFRI: La lettre c) doit être complétée par un chiffre 3 dans ce sens que le renvoi doit être possible en cas de vice essentiel de procédure en première instance.

Art. 299

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Der Entwurf sieht unter anderem vor, Eheschutzentscheide dem Rekurs unterwerfen (Art. 299 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 259 Ziff. 8 VE). Das hat den Nachteil, dass auf diesem Weg gleichsam ein Probelauf vor zweiter Instanz für das Scheidungsverfahren ermöglicht wird. Dies führt letztlich zu einer eigentlichen Zweckentfremdung des Rechtsmittelverfahrens und ist daher abzulehnen.

Dasselbe ist einzuwenden, soweit der Rekurs auch gegen vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 ZGB zur Verfügung stehen sollte (vgl. Art. 299 Abs. 1 lit.

b und Art. 304 Abs. 3 VE; vgl. aber die Vorschrift über die mit Appellation anfechtbaren Entscheide von Art. 290 Abs. 1 lit. c und d VE, womit aber offenbar die Scheidungsurteile gemeint sind [Bericht, zu Art. 290, S. 137]).

Schliesslich ist aus Sicht des Kantons Appenzell A.Rh. von Bedeutung, dass nach geltendem Recht die Rechtsöffnungsentscheide der Kantonsgerichtspräsidien appellabel waren (Art. 8 ZPO AR). Neu soll der Rekurs ausgeschlossen werden (Art. 299 Abs. 2 lit. c VE).

BS: Mit dem Rekurs, der in dieser Ausgestaltung dem baselstädtischen Zivilprozessrecht nur für einzelne Fälle bekannt ist ("kleine Appellation"), wird – zur Hauptsache für Entscheide, die im summarischen Verfahren ergangen sind – ein devolutives Rechtsmittel mit Suspensiveffekt geschaffen, das auch bezüglich Kognition der Appellation nicht nachsteht (Art. 300 nennt die gleichen Rekursgründe, die in Art. 291 für die Appellation genannt werden). Der hauptsächlichste Unterschied gegenüber der Appellation dürfte darin liegen, dass "in der Regel" keine mündliche Verhandlung stattfindet und ein Anschluss ausgeschlossen ist.

Auch in Bezug auf das Novenrecht unterscheidet sich der Rekurs nicht von der Appellation. Freilich hat sich bei der Redaktion von Art. 306 mit dem Verweis auf Art. 215 Abs. 3 ein Versehen eingeschlichen, gibt es doch nach der heutigen Fassung des Entwurfs keinen Abs. 3 von Art. 215.

GE: Les experts introduisent une certaine confusion par l'appel simplifié des art. 299 et suivants PCS, lequel n'est rien d'autre qu'un appel ordinaire instruit par "voie accélérée", alors que les griefs invoqués sont identiques quant à leur nature (comparer les art. 291 et 300 PCS). Ainsi, le pouvoir de cognition des juges est identique que pour l'appel ordinaire, tandis que l'effet suspensif se règle à peu de choses près de la même manière (comparer les art. 294 et 304 PCS). En revanche certains délais sont réduits et le recours joint est exclu. L'institution de l'appel simplifié, au vu de son caractère hybride, ne trouve pas une place claire dans l'avant-projet. Ne devrait-on pas franchir le pas et admettre que les procédures de type accéléré ou sommaire (procédure simplifiée - art. 237ss PCS -, procédure sommaire - art. 258ss PCS) prévoient systématiquement une voie de recours extraordinaire ? Est-il heureux de distinguer comme le fait l'avant-projet entre certains types de procédure sommaire selon des critères qui n'apparaissent pas très clairement (art. 299 al. 2 PCS) ? Ne devrait-on pas se contenter d'une dichotomie entre voie d'appel ordinaire et voie d'appel extraordinaire, quitte à régler certaines questions de procédures particulières en fonction du type de procédure en cause ?

A cela s'ajoute qu'on peut se demander s'il se justifie de refuser le recours joint (appel incident) en cas d'appel simplifié (art. 305 PCS), voire en procédure de recours limité au droit (art. 315 PCS). On ne voit pas non plus pour quelle raison le recours limité au droit serait possible en cas de retard injustifié, alors que l'appel ordinaire et l'appel simplifié ne le seraient pas (comparer les art. 291 et 300 PCS avec l'art. 311 lit. c PCS).

JU: Nous sommes favorables à l'institution de cette nouvelle voie de recours.

S'agissant de la procédure d'appel, il est renvoyé à ce qui est dit ci-dessus concernant l'appel ordinaire (proposition de variante 3), tout en précisant que les délais doivent effectivement être raccourcis.

GL: Die straffe Regelung des Rekursverfahrens begrüssen wir.

LU: Der Vorentwurf schliesst den Rekurs gegen sämtliche Rechtsöffnungsentscheide aus, ebenso gegen Entscheide über den nachträglichen Rechtsvorschlag. Diese Regelung ist unseres Erachtens allzu restriktiv, nicht zuletzt deshalb, weil gemäss Artikel 299 Absatz 1b VE-ZPO sämtliche Summarentscheide in ZGB- und OR-Angelegenheiten rekurrabel sind. Wir schlagen deshalb ein Rekursrecht auch gegen Rechtsöffnungsentscheide mit einem Streitwert von mehr als 10'000 Franken sowie gegen Entscheide über die Gewährung des nachträglichen Rechtsvorschlags vor.

SH: Der Entwurf sieht unter anderem vor, Eheschutzentscheide dem Rekurs zu unterwerfen (Art. 299 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 259 Ziff. 8 VE). Das hat den Nachteil, dass auf diesem Weg gleichsam ein Probelauf vor zweiter Instanz für das Scheidungsverfahren ermöglicht wird. Dies führt letztlich zu einer eigentlichen Zweckentfremdung des Rechtsmittelverfahrens und ist daher abzulehnen.

Dasselbe ist einzuwenden, soweit der Rekurs auch gegen vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 ZGB zur Verfügung stehen sollte (vgl. Art. 299 Abs. 1 lit. b und Art. 304 Abs. 3 VE; vgl. aber die Vorschrift über die mit Appellation anfechtbaren Entscheide von Art. 290 Abs. 1 lit. c und d VE, womit aber offenbar die Scheidungsurteile gemeint sind [Bericht, zu Art. 290, S. 137]).

TI: Il reclamo è un "mini" appello. Il reclamo prevede infatti gli stessi motivi, lo stesso onere di motivazione, ecc. dell'appello. Per contro, applicandosi di principio ai procedimenti celeri e/o sommari, il reclamo deve essere introdotto entro 10 giorni, non è ammesso il reclamo adesivo.

In sostanza rispecchia il nostro sistema d'impugnazione contro le decisioni emesse in procedura cautelare e quelle emesse in procedura sommaria. Semplicemente, il CPC-Ti non prevede questa distinzione e fa ricadere tutto sotto il cappello dell'appello, ma il risultato è il medesimo.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Ausgeschlossen ist der Rekurs nach dem VE für bestimmte SchKG-Sachen, obschon diese an sich im summarischen Verfahren entschieden worden sind: Dort soll nur die Beschwerde zur Verfügung stehen (wie vor allem bei der Rechtsöffnung).

Auf den ersten Blick scheinen sich hier in das vordergründig klare Rechtsmittelsystem des VE erste Unverständlichkeiten einzuschleichen. In der Sache ist die Beschwerde indes das richtige Rechtsmittel, da eine auf die Rechtsanwendung beschränkte Kontrolle genügt (fraglich allerdings bei der Rechtsöffnung!)

AVLU: Der Vorentwurf schliesst den Rekurs für sämtliche Rechtsöffnungsentscheide aus, ebenso gegen Entscheide über den nachträglichen Rechtsvorschlag. Diese Regelung ist allzu restriktiv, nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass gemäss Art. 299 Abs. 1 lit. b des Vorentwurfs sämtliche Summarentscheide in ZGB- und OR-Angelegenheiten rekurrabel sind. Der Rekurs sollte daher auch gegen Rechtsöffnungsentscheide mit einem Streitwert von mehr als CHF 10'000.– sowie gegen Entscheide über die Gewährung des nachträglichen Rechtsvorschlags möglich sein.

DJS: Abs. 1 Bst. b: Es erscheint nicht logisch, den Rekurs gegen Entscheide im Summarverfahren unabhängig vom Streitwert zuzulassen. Bei prozessleitenden Entscheiden, z.B. über die unentgeltliche Prozessführung, ist dies hingegen gerechtfertigt.

DJZ: Abs. 1 lit. b: Es erscheint nicht logisch, den Rekurs gegen Entscheide im Summarverfahren unabhängig vom Streitwert zuzulassen. Bei prozessleitenden Entscheiden, z.B. über die unentgeltliche Prozessführung, ist dies hingegen gerechtfertigt.

FER: Art. 299 à 309 AP: Plutôt que de distinguer l'appel (ordinaire) de l'appel simplifié, la Fédération se pose la question de savoir s'il ne serait pas plus opportun que l'avant-projet se contente, le cas échéant, d'imposer en appel l'application de la procédure – ordinaire (art. 191 à 226 AP), simplifiée (art. 235 à 241) ou sommaire (art. 258 à 274 AP) - suivie en première instance ?

En conclusion, la Fédération reste intimement convaincue, quels que soient les défauts originels, que cet avant-projet puisse comporter, que l'unification de la procédure civile en Suisse reste une nécessité en soi. De cette unification découleront certainement plus d'avantages que d'inconvénients. Il faut dès lors absolument veiller à ce que la commission d'experts soit soutenue dans son travail.

C'est ce que fait la Fédération en lui soumettant ces quelques réflexions qui, elle l'espère, sauront trouver grâce à ses yeux. Il n'y a, en revanche, nul besoin en l'occurrence que la commission se hâte à la tâche, les lois de procédure civile cantonale pouvant en effet s'appliquer pendant encore quelques années.

FSA: Vu les similitudes entre appel et appel simplifié, on pourrait éviter les redites en prévoyant dans un article introductif que:

*Sous réserve des dispositions qui suivent, les art. 291 ss s'appliquent par analogie à l'appel simplifié.*

GGD ZH: Soweit ersichtlich, handelt es sich bei den Entscheiden gemäss Abs. 1 lit. a stets um prozessleitende Entscheide. Das sollte zum Ausdruck gebracht werden, um den Gegensatz zu Art. 290 besser herauszustellen. – Ferner sollte nicht "vom Gesetz" gesprochen werden, denn die Zulässigkeit des Rekurses ergibt sich einzig aus *diesem* Gesetz, nicht auch aus andern Bundeserlassen.

Der in Abs. 2 verwendete Passus "die im summarischen Verfahren entschieden worden sind" ist missverständlich. Er impliziert, dass solche Klagen auch im ordentlichen Verfahren entschieden werden könnten, was nicht der Fall ist. Der Passus sollte gestrichen werden.

*Art. 299 Anfechtbare Entscheide*

*<sup>1</sup> Folgende Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts sind mit Rekurs anfechtbar:*

*a. prozessleitende Entscheide in den von diesem Gesetz vorgesehenen Fällen;*

*b. Entscheide, die im summarischen Verfahren ergangen sind.*

*<sup>2</sup> Nicht mit Rekurs anfechtbar sind die folgenden Angelegenheiten nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), ~~die im summarischen Verfahren entschieden worden sind:~~*

OAFRI: al. 2: Les cas d'exclusion de l'appel simplifié sont admissibles autant que l'on soit d'accord sur le point suivant: l'appréciation des éléments disponibles (titres, vraisemblance des moyens de défense), notamment en cas de mainlevée, relève du droit et non pas du fait.

Uni GE: Les experts introduisent une certaine confusion par l'appel simplifié des articles 299 et suivants PCS, lequel n'est rien d'autre qu'un appel ordinaire

instruit par "voie accélérée", alors que les griefs invoqués sont identiques quant à leur nature (comparer les articles 291 et 300 PCS). Ainsi, le pouvoir de cognition des juges est identique que pour l'appel ordinaire, tandis que l'effet suspensif se règle à peu de choses près la même manière (comparer les articles 294 et 304 PCS). En revanche certains délais sont réduits, et le recours joint est exclu. L'institution de l'appel simplifié, au vu de son caractère hybride, ne trouve pas une place claire dans l'AP. Ne devrait-on pas franchir le pas et admettre que les procédures de type accéléré ou sommaire (procédure simplifiée [articles 237ss PCS], procédure sommaire [articles 258ss PCS]) prévoient systématiquement une voie de recours extraordinaire (cette distinction prévaut en partie à Genève avec les art. 291 et 292 LPC) ? Est-il heureux de distinguer comme le fait l'AP entre certains types de procédure sommaire selon des critères qui n'apparaissent pas très clairement (article 299 II PCS) ? Ne devrait-on pas se contenter d'une dichotomie entre voie d'appel ordinaire et voie d'appel extraordinaire, quitte à régler certaines questions de procédure particulières en fonction du type de procédure en cause ?

A cela s'ajoute qu'on peut se demander s'il se justifie de refuser le recours joint (appel incident) en cas d'appel simplifié (article 305 PCS), voire en procédure de recours limité au droit (article 315 PCS). On ne voit pas non plus pour quelle raison le recours limité au droit serait possible en cas de retard injustifié, alors que l'appel ordinaire et l'appel simplifié ne le seraient pas (comparer les articles 291 et 300 PCS avec l'article 311 lit c PCS).

Uni LA: Comme indiqué ci-dessus, il n'est pas nécessaire ni opportun de prévoir comme une voie de droit séparée l'appel simplifié. Les causes pour lesquelles cet appel simplifié est prévu devraient être ventilées, certaines devenant susceptibles d'appel ordinaire et les autres de recours limité au droit.

Uni NE: Comme déjà indiqué, il nous paraît que l'appel et l'appel simplifié devraient être réunis en une seule voie de recours. Les cas de recours limités au droit pourrait être élargi.

Uni ZH: Gegen Rechtsöffnungsentscheide ist der Rekurs zuzulassen, wenn die Vollstreckung von ausländischen Urteilen in Frage steht. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 33 ff.*

Art. 300

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird auf die Bemerkungen zu Art. 291 VE verwiesen.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Es fehlt die unrichtige Ermessensausübung als Rekursgrund.

DJZ: Es fehlt die unrichtige Ermessensausübung als Rekursgrund.

## Art. 301

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 1: Antrag: Änderung dieser Bestimmung wie folgt:

<sup>1</sup>Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist der Rekurs bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen schriftlich ~~und begründet~~ einzureichen; der angefochtene Entscheid ist beizulegen. *Nach Vorliegen der schriftlichen Begründung der Vorinstanz ist der Rekurs innert 10 Tagen schriftlich zu begründen.*

Begründung des Antrags: Aufgrund des von uns vorgeschlagenen Systemwechsels hinsichtlich der schriftlichen Begründung der erstinstanzlichen Entscheide (nur in appellierten Fällen, bei schriftlicher Eröffnung und auf Antrag einer Partei) kann die Frist zur Begründung erst nach Vorliegen der schriftlichen Begründung der Vorinstanz gesetzt werden.

LU: Die vorgesehene Frist von zehn Tagen zur Einreichung des Rekurses ist sehr kurz, gerade auch im Hinblick darauf, dass im Rekursverfahren in den meisten Fällen die Bestimmungen über den Fristenstillstand nicht gelten. Die Rekursfrist ist daher auf zwanzig Tage zu verlängern. Im Gegenzug kann auf die in Absatz 2 des Vorentwurfs vorgesehene Fristverlängerung "aus wichtigen Gründen" für die Begründung des Rekurses verzichtet werden, welche lediglich zu Unklarheiten und zusätzlichen Auseinandersetzungen führt.

OW: Es fragt sich, ob die Regelung, dass aus wichtigen Gründen eine Fristerstreckung für die Begründung des Rekurses gewährt werden kann, in der Praxis durchführbar ist; es bestände ein gewisses prozessuales Risiko, den Rekurs vorerst nur zu erklären und darauf zu vertrauen, dass das Gericht eine nachträgliche Begründung zulässt. Sachgerechter wäre es, gegebenenfalls eine Nachfrist zur Verbesserung der Begründung anzusetzen.

TG: Art. 301 und 303: Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Fristen sind von 10 auf 20 Tage, ohne Verlängerungsmöglichkeit, anzuheben.

ZG: Abs. 1: Bei besonderer Dringlichkeit sollte die Frist verkürzt werden können.

Abs. 2: Diese Bestimmung ist zu streichen; allenfalls müsste die Anforderung "aus wichtigen Gründen" klarer umschrieben werden.

ZH: Nach Art. 301 beträgt die Frist zur Einreichung und Begründung eines Rekurses zehn Tage, wobei die Rechtsmittelinstanz die Frist zur Begründung um höchstens zehn Tage verlängern kann. Auch diese Fristenvorgaben sind zu wenig flexibel, denn eine Rekurschrift auszuarbeiten kann gleich anspruchsvoll oder sogar anspruchsvoller sein als die Abfassung einer Appellation. Erschwerend kommt hinzu, dass hier keine Replik und Duplik stattfindet, was die Parteien zu noch grösserer Sorgfalt bei ihrer ersten Eingabe zwingt (vgl. Stellungnahme der DJZ zu Art. 301). Subsidiär empfehlen wir, eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von zwanzig Tagen vorzusehen (vgl. Stellungnahme KassG zu Art. 301).

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die in Absatz 2 vorgesehene Fristverlängerungsmöglichkeit aus wichtigen Gründen ist wenig sinnvoll und verursacht den Gerichten einen unnötigen Zusatzaufwand, indem sie im Falle eines solchen Fristerstreckungsgesuchs prüfen müssen, ob ein wichtiger Grund überhaupt vorliegt. Wir halten es für

sinnvoll, für alle Rekurse von Beginn weg eine Frist von 20 Tagen vorzusehen, was auch der Frist für die Einreichung einer Beschwerde (Art. 312 Abs. 1) entspricht.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der Rekurs ist innert 10 Tagen mitsamt der Begründung einzureichen. Die Frist läuft ab der Eröffnung des Entscheids (Art. 287). Aus wichtigen Gründen kann die Frist für die Begründung einmal um 10 Tage verlängert werden. Die kürzeren Fristen tragen dem summarischen Charakter Rechnung.

AVLU: Die vorgesehene Frist von zehn Tagen zur Einreichung des Rekurses ist zu kurz, gerade auch im Hinblick darauf, dass im Rekursverfahren in den meisten Fällen die Bestimmungen über den Fristenstillstand nicht gelten. Die Rekursfrist ist daher auf zwanzig Tage zu verlängern; im Gegenzug kann auf die in Abs. 2 des Vorentwurfs vorgesehene Fristverlängerung für die Begründung des Rekurses um zehn Tage "aus wichtigen Gründen" verzichtet werden. Diese Regelung führt zu Unklarheiten und zusätzlichen Auseinandersetzungen. Für eine Verlängerung der Rekursfrist auf zwanzig Tage spricht auch die in Art. 312 Abs. 1 für die Beschwerde vorgesehene Frist von zwanzig Tagen. Art. 301 ist daher wie folgt zu formulieren:

*Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist der Rekurs bei der Rechtsmittelinstanz innert 20 Tagen schriftlich und begründet einzureichen; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.*

AVZH: Gemäss dieser Bestimmung muss der Rekurs innert 10 Tagen erklärt werden, während die Frist zur Einreichung der Begründung um 10 Tage erstreckt werden kann (vgl. Bericht zum VE). Klarzustellen bleibt, ob die Rechtsbegehren bereits in der Rekuserklärung zu formulieren sind oder ob sie – und diese Lösung ist vorzuziehen – mit der Begründung gestellt werden können.

Formulierungsvorschlag Art. 301 Abs. 2:

*Aus wichtigen Gründen kann die Rechtsmittelinstanz die Frist für die Stellung der Rechtsbegehren und die Begründung des Rekurses um höchstens 10 Tage verlängern.*

DJS: Abs. 2 (und Art. 303 Abs. 2): Es sollte dem Gericht möglich sein, auch eine längere als 10tägige Fristerstreckung zu gewähren. Es gibt komplexe Fälle, bei denen eine insgesamt 20tägige Frist zur Begründung bzw. Beantwortung des Rekurses nicht genügend lang ist. Dem Gericht sollte ein Ermessensspielraum verbleiben. Da beim Rekurs nur je eine Rechtsschrift verfasst wird, können nicht vorgebrachte Argumente nicht mehr nachgeschoben werden. Das Verfahren wird sich wegen einer evtl. etwas verlängerten Frist für Rekursbegründung und -antwort nicht wesentlich verzögern.

Ohne Möglichkeit einer variablen Fristerstreckung macht die doppelte Frist von 2 mal 10 Tagen keinen Sinn; in diesem Fall würde man besser eine einmalige 20tägige Frist ansetzen.

DJZ: Zu Abs. 2: Es sollte dem Gericht möglich sein, auch eine längere als 10tägige Fristerstreckung zu gewähren. Es gibt komplexe Fälle, bei denen eine insgesamt 20tägige Frist zur Begründung bzw. Beantwortung des Rekurses nicht genügend lang ist. Dem Gericht sollte ein Ermessensspielraum verbleiben. Da beim Rekurs nur je eine Rechtsschrift verfasst wird, können nicht vorgebrachte Argumente nicht mehr nachgeschoben werden. Das Verfahren wird sich wegen

einer evtl. etwas verlängerten Frist für Rekursbegründung und - antwort nicht wesentlich verzögern.

Ohne Möglichkeit einer variablen Fristerstreckung macht die doppelte Frist von 2 mal 10 Tagen keinen Sinn; in diesem Fall würde man besser eine einmalige 20tägige Frist ansetzen.

KassZH: Im Sinne einer Vereinfachung wird vorgeschlagen, sowohl für die Einreichung des Rekurses wie auch der Rekursantwort eine einmalige Frist von 20 Tagen festzulegen (analog der Frist für die Beschwerde und Beschwerdeantwort, Art. 312/314). Die Beantwortung der Frage, ob im einzelnen Fall "wichtige Gründe" für eine Verlängerung der zehntägigen Frist vorliegen oder nicht, erübrigt sich damit.

OAFRI: Un délai de dix jours est insuffisant. Il n'y a aucun inconvénient à porter ce délai à vingt jours (art. 303).

santésuisse: Die Rekursfrist ist zu verlängern. 10 Tage mit Begründung ist zu knapp.

SVAMV: Die Rekursfrist von 10 Tagen (*Art. 301 Abs. 1*) und die Beschwerdefrist von 20 Tagen (*Art. 312 Abs. 1*) sind insbesondere für Rechtsunerfahrene, die juristische Hilfe brauchen, zu kurz. Sie sollten auf 30 Tage verlängert werden.

Art. 302

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir verweisen auf unsere Bemerkungen zu Artikel 295 VE-ZPO.

SZ: Der Ausdruck "Begründungslast" sollte durch den Begriff "Begründung" ersetzt werden, damit klargestellt ist, dass damit nicht das sog. Rügeprinzip eingeführt wird.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJS: Es wird nicht gesagt, was die Rechtsfolge ist, wenn eine Partei der Begründungslast nicht genügt. Es darf jedenfalls nicht sein, dass diese Bestimmung so interpretiert wird, dass ein eigentliches Rügeprinzip eingeführt wird.

DJZ: Es wird nicht gesagt, was die Rechtsfolge ist, wenn eine Partei der Begründungslast nicht genügt. Es darf jedenfalls nicht sein, dass diese Bestimmung so interpretiert wird, dass ein eigentliches Rügeprinzip eingeführt wird.

OGZH: Hier ergibt sich die nämliche Frage wie zu VE Art. 295, und wir regen eine analoge Ergänzung an.

Vorschlag:

*Art. 302a      Umfang der Überprüfung*

*<sup>1</sup>Die Rekursinstanz überprüft Verfahren und Entscheid im Rahmen der Rekursanträge.*

*<sup>2</sup>Prozessleitende Verfügungen werden nicht überprüft, wenn dagegen der Rekurs zulässig war.*

SGB: L'instance d'appel doit avoir un plein pouvoir de cognition tant en droit qu'en fait. Elle ne doit pas se limiter aux griefs invoqués.

Uni ZH: Statt der für alle Rechtsmittel vorgesehenen Begründungslast ist lediglich ein Begründungsgebot als Ordnungsvorschrift zu statuieren. Dabei ist klarzustellen,

dass die Rechtsmittelinstanz auch nicht gerügte Mängel zu überprüfen hat. Weitergehend vgl. *Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 32 ff.*

## Art. 303

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In Anlehnung an die Bemerkungen zur Wahl der Variante 1 für die Appellation und Appellationsantwort (Art. 292 und 293 VE, oben) wird eine Vereinfachung des Fristenrechts für den Rekurs und die Rekursantwort vorgeschlagen. Statt eine kurze Rekurs- und Rekursantwortfrist von nur 10 Tagen und eine Verlängerungsmöglichkeit von gleicher Dauer zu gewähren, könnten die *Rekurs- und die Rekursantwortfrist gleich auf 20 Tage festgesetzt* werden. Damit wären die Fristen gleich lang wie bei der Beschwerde bzw. Beschwerdeantwort (vgl. Art. 312 Abs. 1 und Art. 314 Abs. 2 VE), was durchaus sachgerecht ist. Zudem würde sich eine zweite Frist oder eine Fristverlängerung erübrigen.

GR: Vgl. Ausführungen zu Art. 293.

LU: Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Artikel 301 VE-ZPO und schlagen vor, die Frist zur Einreichung der Rekursantwort ebenfalls auf 20 Tage anzusetzen und dafür im Gegenzug auf die Möglichkeit einer Verlängerung um zehn Tage zu verzichten.

TG: Art. 301 und 303: Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Fristen sind von 10 auf 20 Tage, ohne Verlängerungsmöglichkeit, anzuheben.

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Für Absatz 2 gelten dieselben Überlegungen wie zu Art. 301 Abs. 2.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Es wird auf die Ausführungen zu Art. 301 verwiesen. Auch die Frist für die Rekursantwort ist auf zwanzig Tage festzusetzen und dafür im Gegenzug auf die Möglichkeit einer Verlängerung um zehn Tage zu verzichten. Art. 303 Abs. 2 wäre daher wie folgt zu formulieren:

<sup>2</sup> *Die Frist für die Rekursantwort beträgt 20 Tage.*

DJZ: Zu Abs. 2: Vgl. die Ausführungen zu Art. 301.

OAFRI: Corollairement, le délai de réponse doit être fixé à vingt jours.

santésuisse: Die Frist ist zu verlängern. Siehe Kommentar zu Art. 301.

## Art. 304

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Gegenüber der starren Sondervorschrift zum Gegendarstellungsrecht in Abs. 4 erheben sich Bedenken. Die allgemeine Regelung ist vorzuziehen, denn es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen sich die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einmal rechtfertigen kann. Das Misstrauen der Expertenkommission in die Gerichte ist nicht angebracht.

- BS: Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rekurs gegen vorsorgliche Massnahmen ist allenfalls mit der Leistung einer Sicherheit zu verbinden (vgl. auch Art. 316 Abs. 2).
- LU: Gemäss vorgesehener Regelung soll einem Rekurs gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen; diese soll lediglich von der Rechtsmittelinstanz erteilt werden können. Die dafür im Bericht zum Vorentwurf abgegebene Begründung, wonach vorsorgliche Massnahmen keinen Aufschub ertragen würden, überzeugt nicht. In der Regel lässt sich ein Aufschub ohne weiteres verantworten. Andernfalls hat die Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise zu entziehen. Absatz 3 ist demzufolge auf Entscheide des Vollstreckungsgerichts zu beschränken.
- SH: Gegenüber der starren Sondervorschrift zum Gegendarstellungsrecht in Abs. 4 erheben sich Bedenken. Die allgemeine Regelung ist vorzuziehen, denn es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen sich die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einmal rechtfertigen kann. Das Misstrauen der Expertenkommission in die Gerichte ist nicht angebracht.
- TG: Abs. 4: Gegenüber der starren Sondervorschrift zum Gegendarstellungsrecht in Abs. 4 bestehen Bedenken. Die allgemeine Regelung ist vorzuziehen. Es sind durchaus auch Konstellationen denkbar, in denen sich die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung auch einmal rechtfertigen kann.

#### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

- AKBS: Grundsätzlich kommt dem Rekurs (analog der Appellation) aufschiebende Wirkung zu, ausser dann, wenn kein Aufschub erträglich ist: bei vorsorglichen Verfügungen, für Vollstreckungsentscheide und im Bereich des Gegendarstellungsrechts. Die Klarstellung ist richtig und nötig.
- AVLU: Gemäss Abs. 3 des Vorentwurfs soll einem Rekurs gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommen; diese soll lediglich von der Rechtsmittelinstanz erteilt werden können. Die dafür im Bericht zum Vorentwurf abgegebene Begründung, wonach vorsorgliche Massnahmen keinen Aufschub ertragen, überzeugt nicht. In der Regel lässt sich ein Aufschub ohne weiteres verantworten; andernfalls hat die Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise zu entziehen. Auch bei Rekursen gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen soll daher die aufschiebende Wirkung die Regel sein, von der im Einzelfall abgewichen werden kann. Abs. 3 ist demzufolge auf Entscheide des Vollstreckungsgerichts zu beschränken.
- DJS: Bei Eheschutzmassnahmen und vorsorglichen Massnahmen sollte auch das urteilende Gericht in dringenden Fällen dem Rekurs die aufschiebende Wirkung entziehen können (vgl. ZH-ZPO § 275 Abs. 2).
- DJZ: Bei Eheschutzmassnahmen und vorsorglichen Massnahmen sollte auch das urteilende Gericht in dringenden Fällen dem Rekurs die aufschiebende Wirkung entziehen können (vgl. ZH-ZPO § 275 Abs. 2).
- FSA: Cette disposition devrait être modifiée de la même manière et pour les mêmes raisons que l'art. 294 AP (voir ci-dessus).

OAFRI: On formule la même remarque que sous art. 294; le juge de première instance devrait pouvoir déclarer son jugement provisoirement exécutoire.

Art. 305

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Wir sind der Auffassung, dass ein Anschlussrekurs möglich sein muss. Diejenige Partei, die einen Entscheid, mit dem sie nicht vollumfänglich einverstanden ist, um der Beendigung der Streitsache und/oder der Kosten willen, akzeptiert, sollte die Möglichkeit des Anschlussrekurses haben, wenn die Gegenpartei wider Erwarten Rekurs einlegt. Insbesondere in Eheschutzsachen wäre ein Verbot des Anschlussrekurses nicht gerechtfertigt. Es ist davon auszugehen, dass mit dem vorgesehenen Verbot des Anschlussrekurses insgesamt deutlich mehr Rekurse eingelegt würden.

AR: Der Ausschluss des Anschlussrekurses allein deshalb, weil er das Summarverfahren vor allem zeitlich zu sehr belasten würde, leuchtet nur bedingt ein. Denn so wird einfach übergangen, dass der Anschlussrekurs sehr wohl der Prozessökonomie dienen kann (vgl. Bericht, zu Art. 296 [Anschlussberufung], S. 140).

BE: Im französischen Titel und im Text sollte "*appel simplifié joint*" statt "*recours joint*" stehen, dies im Gegensatz zu Art. 315, wo es um die Beschwerde geht.

GE: Il conviendrait de remplacer "*recours*" par "*appel*".

SH: Der Ausschluss des Anschlussrekurses allein deshalb, weil er das Summarverfahren vor allem zeitlich zu sehr belasten würde, leuchtet nur bedingt ein. Denn so wird einfach übergangen, dass der Anschlussrekurs sehr wohl der Prozessökonomie dienen kann (vgl. Bericht, zu Art. 296 [Anschlussberufung], S. 140).

TG: Der Ausschluss des Anschlussrekurses alleine deshalb, weil er das Summarverfahren vor allem zeitlich zu sehr belasten würde, leuchtet nur bedingt ein. Es wird dabei übersehen, dass der Anschlussrekurs sehr wohl auch der Prozessökonomie dienen kann.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Einen Anschlussrekurs gibt es nicht. Damit wird zwar der summarische Charakter des Rekursverfahrens unterstrichen, geht aber die Parallel zur Appellation verloren.

AVGE: Il conviendrait de remplacer "*Recours*" par "*Appel*".

AVZH: Entgegen dem Entwurf sollte der Anschlussrekurs zugelassen werden: Der Rechtsmittelbeklagte erhält mit ihm die Möglichkeit, sich umfassend zur Wehr zu setzen. Die Auswirkung des Anschlussrekurses auf die zeitliche Belastung des Rekursverfahrens dürfte nicht allzu gross sein, müsste doch der Anschlussrekurs mit der Rekursantwort erhoben und begründet werden. Wird auf den Hauptrekurs nicht eingetreten oder wird er zufolge offensichtlicher Unbegründetheit sofort abgewiesen, fielen auch der Anschlussrekurs weg.

Formulierungsvorschlag Art. 305:

~~Der Anschlussrekurs ist ausgeschlossen.~~ Innerhalb der Frist für die Rekursantwort kann Anschlussrekurs erklärt und die Änderung des Entscheides zum Nachteil der rekurrierenden Partei verlangt werden.

Die Rechtsmittelinstanz setzt der rekurrierenden Partei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme.

Wird auf den Rekurs nicht eingetreten, wird er zufolge offensichtlicher Unbegründetheit sofort abgewiesen oder wird der Rekurs vor Beginn der Beratung zurückgezogen, entfällt auch der Anschlussrekurs.

DJS: Der Anschlussrekurs sollte unbedingt zugelassen werden. Er hat u.a. im Eheschutzverfahren und bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsprozess eine grosse Bedeutung. Die Parteien sollten nicht gezwungen werden, quasi "vorsorglich" einen selbständigen Rekurs einzureichen, ansonsten sie das Recht verirken, eine Verbesserung des vorinstanzlichen Entscheides zu beantragen.

DJZ: Der Anschlussrekurs sollte unbedingt zugelassen werden. Er hat u.a. im Eheschutzverfahren und bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsprozess eine grosse Bedeutung. Die Parteien sollten nicht gezwungen werden, quasi "vorsorglich" einen selbständigen Rekurs einzureichen, ansonsten sie das Recht verirken, eine Verbesserung des vorinstanzlichen Entscheides zu beantragen.

KassZH: Der Ausschluss des Anschlussrekurses vermag nicht zu überzeugen. Vorschlag: streichen.

SGB: Le recours joint devrait être admis. Les parties ne devraient pas être contraintes de former un appel indépendant, à titre pour ainsi dire "préventif".

Art. 306

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Auch hier soll eine Klageänderung möglich sein. Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Art. 297 VE ZPO, die hier analog gelten. Zudem hat sich ein Fehler eingeschlichen: Ein Abs. 3 von Art. 215 VE ZPO existiert nicht.

AR: Jede Erleichterung, welche die unsorgfältige oder unredliche Prozessführung belohnt, sollte vermieden werden. Daher ist auf jeden Fall die Zulässigkeit von Noven i.S.v. Art. 215 Abs. 2 lit. c VE – d. h. solcher neuer Tatsachen, die durch Urkunden sofort beweisbar sind – auszuschliessen. Eine Notwendigkeit hiefür besteht nicht. Vielmehr darf den Prozessparteien ohne weiteres zugemutet werden, alles, was sie in Händen haben, rechtzeitig auf den Tisch zu legen.

BE: Einen Abs. 3 von Art. 215 gibt es in der uns vorliegenden Fassung des VE nicht.

Im Übrigen wird auf die Bemerkungen zu Art. 297 VE betreffend die Appellation verwiesen.

BL: Analog zu Art. 297 Abs. 1 ist auch in dieser Bestimmung nur auf Art. 215 Abs. 2 Buchstabe a zu verweisen.

- GR: Art. 306 VE verweist hinsichtlich der Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel auf Art. 215 Abs. 2 und 3 VE; Art. 215 VE enthält jedoch gar keinen 3. Absatz.
- LU: Der Verweis ist falsch, denn Artikel 215 Absatz 3 VE-ZPO existiert nicht. Die Regelung des Vorentwurfs lehnen wir ab und verweisen dabei auf unsere Ausführungen zu Artikel 297 VE-ZPO. Die Zulassung von Noven ist vor allem auch im Rekursverfahren, das an die schnellen Summarverfahren anschliesst, unabdingbar, da diesen regelmässig kein Vermittlungsversuch vor der Schlichtungsbehörde vorangeht. Das Summarverfahren ist zudem in der Regel auf einen einzigen Rechtsschriftenwechsel ohne Gerichtsverhandlung beschränkt. Dennoch haben aber viele Summarentscheide nicht nur vorübergehende, sondern länger andauernde und schwerwiegende Auswirkungen. Es widerspricht dem Gerechtigkeitsempfinden, ein einziges prozessuales Säumnis einer – möglicherweise nicht einmal anwaltschaftlich vertretenen – Partei mit dem unwiederbringlichen Verlust des Rechtsanspruchs zu sanktionieren. Es muss daher möglich sein, auch noch im Rekursverfahren neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen.
- SH: Jede Erleichterung, welche die unsorgfältige oder unredliche Prozessführung belohnt, sollte vermieden werden. Daher ist auf jeden Fall die Zulässigkeit von Noven i.S.v. Art. 215 Abs. 2 lit. c VE - d.h. solcher neuer Tatsachen, die durch Urkunden sofort beweisbar sind - auszuschliessen. Eine Notwendigkeit hierfür besteht nicht. Vielmehr darf den Prozessparteien ohne weiteres zugemutet werden, alles, was sie in Händen haben, rechtzeitig auf den Tisch zu legen.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Es gibt in Art. 215 keinen Absatz 3.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die Regelung des Vorentwurfs wird abgelehnt. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen zu Art. 297 des Vorentwurfs verwiesen. Ergänzend sei festgehalten, dass gerade bei Entscheiden im Summarverfahren, welche einen Grossteil der dem Rekurs unterliegenden Angelegenheiten ausmachen, die Möglichkeit des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel erst recht gewährleistet sein muss. Summarverfahren geht kein Schlichtungsverfahren voran, sondern die betroffene Partei sieht sich ohne jede Vorwarnung mit einem Rechtsbegehren konfrontiert. Das Summarverfahren ist zudem in der Regel auf einen einzigen Rechtsschriftenwechsel beschränkt, und es findet oft keine Gerichtsverhandlung statt. Trotz dieses im wahrsten Sinn des Wortes summarischen Verfahrens haben aber viele Summar-Entscheide nicht nur vorübergehende, sondern länger andauernde und schwerwiegende Auswirkungen. Es muss daher möglich sein, auch im Rekursverfahren noch neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen.

AVZH: Der Verweis auf Abs. 3 von Art. 215 ist zu streichen, hat doch Art. 215 nur zwei Absätze. Im übrigen wird auf die Ausführungen zu Art. 297 verwiesen.

DJS: Unechte Noven sind zuzulassen (siehe unsere Bemerkungen zu Art. 297).

DJZ: Unechte Noven sind zuzulassen (siehe Bemerkungen zu Art. 297).

GGD ZH: Der Verweis muss sich auf Art. 215 Abs. 2 beschränken; ein dritter Absatz bei Art. 215 existiert nicht.

KassZH: Richtigerweise muss es heissen "... unter den Voraussetzungen von Art. 215 Absatz 2".

Art. 307

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es wird vorab auf die Bemerkungen "Allgemeines zu Art. 286 – 289 (Rechtsmittel)", oben, verwiesen.

LU: Es stellt sich die Frage, ob Artikel 307 VE-ZPO im Hinblick auf die Regelung von Artikel 299 Absatz 1a VE-ZPO, wonach Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen mit Rekurs anfechtbar sind, allenfalls überflüssig ist.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir verweisen hier nochmals auf unsere Bemerkungen zu Art. 233 und Art. 276.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Voraussetzungen der Rekurslegitimation Dritter werden nicht abstrakt geregelt, sondern der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes vorbehalten. Man hätte, wie bei der Verbandsklage (Art. 79), auch den umgekehrten Weg gehen können, womit man der Praxis mehr Spielraum eingeräumt hätte.

AVLU: Es stellt sich die Frage, ob Art. 307 im Hinblick auf die Regelung von Art. 299 Abs. 1 lit. a, wonach Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen mit Rekurs anfechtbar sind, nicht überflüssig ist.

Uni ZH: Die Bestimmung des Vorentwurfs, die die Rechtsmittellegitimation von Dritten auf Fälle beschränkt, die im Gesetz ausdrücklich genannt werden, ist ungenügend (Art. 307). Notwendig ist vielmehr eine Generalklausel, mit der alle Dritte, die durch einen Gerichtsentscheid in ihren Rechten betroffen sind, befugt werden, ein Rechtsmittel einzulegen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 33 ff.*

Art. 308

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Grundsätzlich soll keine mündliche Rekursverhandlung stattfinden; das Gericht kann eine solche aber anordnen (z.B. zwecks Vergleichsfindung). Leider spricht sich der VE nicht grundsätzlich zum Problem "*Summarverfahren und Zeugenbeweis*" aus, was zu bedauern ist.

Art. 309

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Soweit es um die kassatorische Wirkung des Rekurses geht, wird auf die Ausführungen zu Art. 318 Abs. 2 lit. a VE verwiesen.

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Allgemeines zu Art. 310 ff. (Beschwerde): Es gibt Fälle, in denen Dritte Beschwerde führen können. Dies ist z.B. bei der Nichtzulassung als Intervenant der Fall (vgl. die Ausführungen im Begleitbericht, S. 38, zu Art. 66 VE sowie die Bemerkungen zu dieser Bestimmung). Für diese Fälle müsste eine Art. 307 VE analoge Bestimmung neu ins Gesetz aufgenommen werden, welche die Beschwerdelegitimation Dritter vorsieht.

Für den französischen Text wird angeregt, die Beschwerde generell und in Anlehnung an die Wortwahl im SchKG als "plainte" zu bezeichnen statt als "recours limité au droit".

In der Sache fragt es sich, wie es sich verhält, wenn gegen eine prozessleitende Verfügung Beschwerde erhoben wird, die Beschwerdefrist jedoch bei der Urteilsfällung noch nicht abgelaufen ist. Darf das Urteil überhaupt gefällt werden? Oder ist davon auszugehen, dass kein nicht wieder gutzumachender Nachteil besteht und die Beschwerde daher abgewiesen werden muss, wenn die Rüge gegen die prozessleitende Verfügung (z.B. Beweisverfügung) im Rahmen der Appellation gegen das Urteil selber erhoben werden kann? Eine entsprechende Klarstellung in der künftigen Botschaft oder sogar im Gesetz wäre wünschenswert.

BL: Antrag: Ergänzung von Buchstabe b wie folgt:

b. prozessleitende Verfügungen erstinstanzlicher Gerichte, wenn *vom Gesetz vorgesehen oder durch sie ein ...*

Begründung des Antrags: Da wir zuvor beantragten, gegen einzelne Entscheide (z.B. Art. 116) nur die Beschwerde und nicht wie im Vorentwurf vorgesehen den Rekurs zuzulassen, wird in Buchstabe b eine Ergänzung notwendig.

BS: Sind Dritte, die durch einen Entscheid unmittelbar beschwert sind ebenfalls zur Beschwerde legitimiert? (vgl. auch Art. 307, der das Rekursrecht auch Dritten einräumt)

Dass unter den Beschwerdegründen auch Rechtsverzögerung ausdrücklich genannt wird, ist zu begrüßen. Damit braucht man zur Anzeige von Saumseligkeit nicht mehr auf die Aufsichtsbeschwerde zurückzugreifen, wie dies in Basel-Stadt wegen Fehlens eines entsprechenden Beschwerdegrundes in der ZPO der Praxis entspricht (vgl. BJM 1976 S. 139 ff.).

Im Gegensatz zum Rekurs, der innert 10 Tagen einzureichen und zu begründen ist, wobei die Frist für die Begründung aus wichtigen Gründen um höchstens 10 Tage erstreckt werden kann (Art. 301), ist die Beschwerde samt Begründung innert 20 Tagen einzureichen, und zwar ohne Erstreckungsmöglichkeit (Art. 312). Es will nicht einleuchten, weshalb die Expertenkommission zwei verschiedene Lösungen gewählt hat, zumal der Rechtsmittelkläger beim einen wie beim anderen Rechtsmittel unter dem Strich 20 Tage Zeit für die Begründung hat. Es wird daher vorgeschlagen, dass für die Beschwerde die gleiche Regelung getroffen wird wie für den Rekurs. Ohnehin ist es dem Verfahrensverlauf nicht förderlich, wenn erst nach 20 Tagen Klarheit besteht, ob eine Beschwerde erhoben wird oder nicht.

JU: Nous sommes d'accord avec la proposition de la commission d'experts. Il faut cependant examiner la possibilité d'un recours en deux temps comme en cas d'appel, dès lors qu'il ne serait pas exigé de motivation écrite de la décision de première instance en l'absence de recours.

SO: Gemäss unsern Bemerkungen zu Art. 218 soll die Beweisverfügung jederzeit abänderbar sein. Wir halten es deshalb für verfehlt, gegen Beweisverfügungen das Rechtsmittel der Beschwerde vorzusehen. Sonst würde die beabsichtigte Beschleunigung des Prozesses in Frage gestellt. Namentlich Beklagten in Forderungsstreitigkeiten könnte dann ermöglicht werden, durch trölerische Beweisbeschwerden das Verfahren zu verzögern.

Wir stellen weiter die Frage, ob es nicht der Klarheit dienen würde, wenn die Beschwerde nur in den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen zulässig erklärt würde.

TI: Al riguardo di questa norma la Commissione propone due osservazioni:

(a) la prima riguarda la tassa di giustizia. Se la stessa è fissata tenendo conto del sistema della differenza qui sopra enunciato, la tassa sarà spesso assai esigua, soprattutto per rapporto all'entità del lavoro al quale potrebbe essere chiamato il tribunale di secondo grado (Es. Causa del valore di fr. 1'000'000.- accolta per fr. 994'000.-: ricorso della parte attrice: valore di causa fr. 6'000.- -> via del Ricorso (ar. 310 seg.), ma la tematica che il tribunale deve esaminare non sarà verosimilmente così semplice, visto che questi fr. 6'000.- si inseriscono in una pretesa complessiva di fr. 1'000'000.-.

(b) Prendendo l'esempio di cui sopra, è possibile che la parte attrice, vincente per fr. 994'000.- introduca il Ricorso (art. 310 CPC), mentre la parte convenuta (perdente) introduca l'Appello.

Per la stessa tematica vi sono pertanto due mezzi di impugnazione, retti da procedure differenti. Naturalmente occorre prevedere che gli stessi giudici decidano su entrambi, adottando un articolo di legge che favorisca questa "concentrazione".

UR: Artikel 310 erlaubt, alle Entscheide und Verfügungen der Gerichte mit Beschwerde anzufechten, die weder der Appellation noch dem Rekurs unterliegen. Der Anwendungsbereich der "Beschwerde" ist damit unbestimmt und weitmaschig. Wir vermögen nicht abzuschätzen, ob sich hier klare Grenzen ziehen lassen. Jedenfalls diene es der Praxis, den Geltungsbereich der Beschwerde etwas genauer zu definieren. Ist die Beschwerde neben dem Rekurs überhaupt notwendig? Könnte sie eingegrenzt werden? Öffnet die Formulierung nicht der Gefahr die Tür, dass jede Handreichung des Gerichts mit Beschwerde angefochten wird? Diese und andere Fragen verdienen es, vertieft geprüft zu werden.

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: *Die Beschwerde*: Der VE postuliert eine Art Nichtigkeitsbeschwerde (keine Noven, keine aufschiebende Wirkung, schriftliches Verfahren, kassatorischer Entscheid etc.).

Mit der Beschwerde werden Entscheide angefochten, die weder der Appellation noch dem Rekurs unterliegen, ferner prozessleitende Verfügungen, wenn wegen diesen einer Partei ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die

Beschwerde ist demnach immer *subsidiär* zur Appellation (Ausnahme: Rechtsverweigerungsbeschwerde).

Dieses klare Verhältnis zwischen den Rechtsmitteln besteht nach der ZPO BS nicht; der VE bringt in diesem Punkte wesentliche Verbesserungen.

Positiv ist ferner, dass nach dem VE *jeder* Sach- oder Prozessentscheid auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werden kann.

Bemerkenswert ist, dass von einer "*Beschwer*" als Voraussetzung zur Legitimation nirgends die Rede ist.

Leider verliert der VE gleich wieder etwas von seiner Stringenz, indem er bestimmte prozessleitende Verfügungen systemwidrig dem Rekurs unterstellt (vgl. z.B. Art. 116 f.).

GGD ZH: Analog zu Art. 299 Abs. 2 lit. b sollte auch hier der Fall erwähnt werden, wo eine Bestimmung des VE ausdrücklich die Beschwerde als Rechtsmittel vorsieht (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 102).

Ferner drängt sich eine Ergänzung mit Blick auf die Schlichtungsstelle auf: Die Beschwerde sollte gegeben sein gegen Verfahrensabschlüsse zufolge Vergleich, Anerkennung oder Rückzug, ferner gegen die Ausstellung oder Nichtausstellung einer Klagebewilligung, schliesslich gegen prozessleitende und andere Entscheide im Entscheidverfahren nach 205.

Sodann sollte in lit. a und b der bei Art. 227 vorgeschlagenen Begriffsvereinheitlichung gefolgt werden.

Schliesslich muss bei lit. b ein Vorbehalt zugunsten des Rekurses gemacht werden, denn auch unter den rekurablen prozessleitenden Entscheiden wird es solche geben, die zu einem nicht wieder gut zu machenden Nachteil führen.

#### *Art. 310 Anfechtbare Entscheide und Verfügungen*

*Mit Beschwerde sind anfechtbar:*

- a. Zwischen- und Endentscheide eines erstinstanzlichen Gerichts, die weder mit Appellation noch mit Rekurs anfechtbar sind;*
- b. prozessleitende Entscheide eines erstinstanzlichen Gerichts, die nicht mit Rekurs anfechtbar sind, wenn durch sie ein nicht wieder gut zu machender Nachteil droht.*
- c. Entscheide der Schlichtungsbehörde unter den Voraussetzungen von lit. a oder b;*
- d. Entscheide in den von diesem Gesetz vorgesehen Fällen.*

OAFRI: La terminologie française n'est pas satisfaisante et la distinction entre la lettre a) et la lettre b) devrait être soulignée, comme en allemand ("Entscheide", "Verfügungen"). On suggère dès lors de remplacer à la lettre b) le terme "décision" par "ordonnance".

OGZH: Der VE sieht durchwegs (nur) zwei Instanzen vor, was unter anderem zum Ausdruck kommt aus der Formulierung, dass Appellation, Rekurs und Beschwerde gegen *erstinstanzliche* Verfügungen und Entscheide zu führen sind. Es bedeutet, dass der Kanton Zürich gegen Entscheide des Obergerichtes keine Beschwerde an das Kassationsgericht mehr zur Verfügung stellen kann. Damit wird eine lange Tradition beendet. Das Kassationsgericht hat die Rechtsprechung zu *Verfahrensfragen* im Kanton Zürich wesentlich mit geprägt. Wenn nun das Verfahrensrecht eidgenössisch vereinheitlicht wird, entfällt die Notwen-

digkeit einer kantonalen Instanz zur Überprüfung von Verfahrensfragen, weil diese nun auch dem Bundesgericht vorgelegt werden können. Es wäre wohl auch schwer verständlich, weshalb einer unterlegenen Partei im Kanton Zürich eine Instanz mehr zur Verfügung stehen sollte als in der ganzen übrigen Eidgenossenschaft, wo doch das Projekt der eidgenössischen ZPO gerade eine Harmonisierung und Vereinheitlichung anstrebt.

Der Vorschlag des VE wird für Zürcher Parteien in vielen Fällen eine *Erweiterung* des Rechtsschutzes mit sich bringen. Die Beschwerde nach dem VE erlaubt ja die freie Überprüfung des materiellen und des Verfahrensrechtes in der zweiten kantonalen Instanz insbesondere auch bei der Beschwerde, und das nämliche gilt für die Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht nach dem E-BGG. Demgegenüber kann heute das Verfahren im Kanton Zürich in vielen Fällen nur unter dem Aspekt der "Verletzung eines *wesentlichen* Verfahrensgrundsatzes", also nur sehr eingeschränkt überprüft werden (ZH-ZPO 281, massgebend für die Nichtigkeitsbeschwerde in Fällen geringen Streitwertes, bei der Rechtsöffnung und bei Beschwerden gegen Urteile des Ober- und des Handelsgerichtes), und das Bundesgericht überprüft das kantonale Verfahrensrecht überhaupt nicht.

Eine weitere und markante Ausdehnung der Weiterzugs- und Überprüfungsmöglichkeiten ergäbe sich, wenn man von Bundesrechts wegen eine vierte Instanz einführen wollte: 1. Bezirksgericht -> 2. Obergericht -> 3. dritte kant. Instanz -> 4. Bundesgericht. Wir glauben nicht, dass das sinnvoll wäre.

Uni NE: L'article 310 indique, entre autres, que les décisions d'instruction des tribunaux de première instance sont attaquables par le recours limité au droit s'ils peuvent causer un préjudice irréparable. Cette notion est difficile à appliquer, comme le démontre la jurisprudence relative aux dispositions comparables de l'organisation judiciaire fédérale. Le refus d'un moyen de preuve peut-il causer un préjudice irréparable ? Quid de la décision par laquelle un juge refuse d'entrer en matière sur un acte pour vice de forme ? Il serait manifestement plus simple de prévoir quels actes de procédure ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.

VbernGerichtsschreiber: Die generelle Anfechtbarkeit prozessleitender Verfügungen öffnet prozessualen Verzögerungstaktiken Tür und Tor. Vorzuziehen wäre eine abschliessende Aufzählung einer (beschränkten) Auswahl an prozessleitenden Verfügungen, welche typischerweise einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können wie z.B. die Abweisung eines bestimmten Beweisantrages, die Anordnung einer Sicherheitsleistung oder die Sistierung des Verfahrens. Solche prozessleitenden Verfügungen sind aber nach dem VE zum Teil bereits mit Rekurs anfechtbar. Es erscheint auch aus diesem Grund unnötig, für weitere prozessleitende Verfügungen noch die Beschwerde vorzusehen.

## Art. 311

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Für die Frage, ob mit der Beschwerde auch die Verletzung ausländischen Rechts gerügt werden kann, wird auf die Bemerkungen zu Art. 291 VE verwiesen.

Bei der Beschwerde ist zudem zu beachten, dass die Zulassung der Rüge, es sei ausländisches Recht verletzt worden, Auswirkungen auf die heutige innerkantonale Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Gerichtspräsident/in und Handelsgericht haben kann, weil diese u.a. auf der Berufungsfähigkeit basiert.

BL: Antrag: Änderung von Buchstabe a wie folgt:

a. *willkürliche* Rechtsanwendung;

Begründung des Antrags: Bei der Beschwerde handelt es sich um ein ausserordentliches Rechtsmittel, im Unterschied zur Appellation und zum Rekurs. Wir sind daher der Auffassung, dass der erstinstanzliche Entscheid nur auf *willkürliche* Rechtsanwendung und nicht auch auf unrichtige Rechtsanwendung überprüft werden soll.

TI: Interessante e importante è pure l'introduzione della ritardata giustizia.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Es wird ausdrücklich begrüsst, dass mit der Beschwerde eine vollumfängliche Rechtskontrolle möglich ist.

TS: Im Übrigen konstatieren wir mit Zustimmung, dass die Beschwerde gemäss Vorentwurf (Art. 310 ff. VE) für nicht appellable Streitigkeiten (d.h. unter 10'000 Franken Beschwer, Art. 290 Abs. 2 VE) eine freie Prüfung des angefochtenen Urteils in rechtlicher Hinsicht erlaubt (Art. 311 Bst. a VE) und insofern einen besseren Rechtsschutz bietet als die in vielen Kantonen bekannte Willkürbeschwerde. Damit wird auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen (Art. 191 Abs. 2 BV Fassung Justizreform).

Uni NE: L'article 311 qui mentionne les motifs du recours limité au droit indique, à sa lettre c), le retard injustifié. Ne s'agit-il pas d'une violation du droit, en particulier de l'article 6 CEDH ? A notre sens, le retard injustifié entre dans les motifs de l'appel et de l'appel simplifié des articles 291 lettre a) et 300 lettre a).

## Art. 312

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Wir schlagen folgende Formulierung vor: *Gegen Rechtsverzögerung kann Beschwerde geführt werden, solange sie andauert.*

BL: Abs. 1: Antrag: Die Beschwerdefrist ist auf 10 Tage zu beschränken. Damit soll auch eine klare Abgrenzung zwischen der Beschwerde und den beiden ordentlichen Rechtsmitteln geschaffen werden.

SG: Wir beantragen folgende Formulierung: *Gegen Rechtsverzögerung kann Beschwerde geführt werden, solange sie andauert.*

TI: Vista la diversità del termine d'impugnazione, per l'appello 30 giorni e per il ricorso 20 giorni, sarebbe meglio adottare un termine unico di 30 giorni per evitare confusioni.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Beschwerdefrist beträgt 20 Tage; bei Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde erhoben werden. Die Frist beginnt am Tag nach der Zustellung der schriftlichen Eröffnung des Entscheides zu laufen und bei prozessleitenden Verfügungen am Tag nach deren Eröffnung.

Man kann sich fragen, ob wirklich jedes Rechtsmittel eine unterschiedliche Frist rechtfertigt. Ein Fristen-Gleichlauf wäre konsumentenfreundlicher; und mit einer 30-Tage-Frist für alle Rechtsmittel liesse sich wohl leben.

FSA: Après discussion portant sur le point de savoir s'il convenait de séparer dépôt et motivation du recours ou d'exiger immédiatement la motivation de celui-ci, mais dans un délai plus long, la FSA opte pour le second terme de l'alternative et propose la disposition suivante:

*al. 1 Le recours limité au droit doit être interjeté par écrit dans les 30 jours auprès de l'autorité de recours.*

*al. 2 À peine d'irrecevabilité, il indique les motifs pour lesquels et la mesure dans laquelle la décision doit être réformée ou annulée. Il est accompagné de la décision attaquée.*

santésuisse: Die Frist ist zu verlängern. Siehe Kommentar zu Art. 301.

suva: Die Frist für die Beschwerde ist gleich wie bei der Appellation auf 30 Tage festzusetzen.

#### Art. 313

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir verweisen auf unsere Bemerkungen zu Artikel 295 VE-ZPO.

SZ: Der Ausdruck "Begründungslast" sollte durch den Begriff "Begründung" ersetzt werden, damit klargestellt ist, dass damit nicht das sog. Rügeprinzip eingeführt wird.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Bei der Beschwerde ist eine strenge Rügepflicht eher zu vertreten.

OGZH: Auch hier möchten wir klar stellen, ob die Rechtsmittelinstanz auf die geltend gemachten Rügen beschränkt ist. Entgegen dem Bericht (S. 147) scheint uns das gerechtfertigt, ja geboten, da die Beschwerde ein ausserordentliches Rechtsmittel ist. Die Regel hat sich namentlich in der Praxis unserer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde bewährt (ZH-ZPO 290). Dabei ist klar, dass die beschwerdeführende Partei nicht in allen (rechtlichen) Details begründen muss, was an dem angefochtenen Entscheid falsch sei. Die Rechtsanwendung bleibt von Amtes wegen vorzunehmen (VE Art. 52). Mindestens der Sache nach soll der Beschwerdeführer aber doch erklären müssen, was an dem angefochtenen Entscheid denn falsch sein soll. Wir würden das ausdrücklich festhalten.

Vorschlag:

*Art. 313a Begründungslast*

<sup>1</sup>*In der Begründung ist darzulegen, wie und aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid zu ändern oder aufzuheben ist.*

<sup>2</sup>*Die Beschwerdeinstanz überprüft nur die geltend gemachten Beschwerdegründe.*

Art. 314

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 2 Antrag: Auch die Frist für die Beschwerdeantwort ist auf 10 Tage zu reduzieren.

GR: Vgl. Ausführungen zu Art. 293.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Antwortfrist beträgt 20 Tage, wobei die Beschwerde dem Beschwerdegegner gar nicht erst zugestellt wird, wenn sie offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. In diesem Sinne unterliegt die Beschwerde, wie die Appellation und der Rekurs, einer "Vorprüfung" durch das Gericht, was zu begrüssen ist.

santésuisse: Die Frist ist zu verlängern. Siehe Kommentar zu Art. 301.

Art. 315

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Eine Anschlussbeschwerde gibt es - zu recht - nicht.

OAFRI: L'exclusion du recours joint est en général justifiée. Elle ne l'est plus lorsque le recours limité au droit est ouvert contre des décisions au fond rendues en matière contentieuse (par exemple, litiges de nature pécuniaire d'une valeur inférieure à 10'000 francs).

Art. 316

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: In Abs. 2 sollte gesagt werden, dass die Rechtsmittelinstanz oder ihr Vorsitzender der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beilegen kann. Das lässt eine flexible Handhabung zu. Abzulehnen ist die Absicht, die Zuständigkeit – Kollegialbehörde, Vorsitzender oder beide – dem kantonalen Recht zu überlassen (vgl. Bericht, zu Art. 316, S. 147). Das ist weder nötig noch zweckmässig. Falls die Zuständigkeit der Vorsitzenden ermöglicht würde, wäre klarzustellen, ob eine Einsprache an die Kollegialbehörde gegeben oder ausgeschlossen sein soll.

LU: Soweit sich die Beschwerde gegen Entscheide erstinstanzlicher Gerichte richtet, ist unseres Erachtens ein genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nicht gerechtfertigt. Wir beantragen, die differenzierte Regelung von § 267 ZPO/LU zu übernehmen und folgende Formulierung zu wählen:

<sup>1</sup>Die Beschwerde hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit von Entscheiden im Umfang der Anfechtung.

<sup>2</sup>Richtet sich die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen, kommt ihr keine aufschiebende Wirkung zu. Die Rechtsmittelinstanz kann nötigenfalls sichernde Massnahmen oder eine Sicherheitsleistung anordnen.

SH: In Abs. 2 sollte gesagt werden, dass die Rechtsmittelinstanz oder ihr Vorsitzender der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beilegen kann. Das lässt eine flexible Handhabung zu.

Abzulehnen ist die Absicht; die Zuständigkeit - Kollegialbehörde, Vorsitzender oder beide - dem kantonalen Recht zu überlassen (vgl. Bericht, zu Art. 316, S. 147). Das ist weder nötig noch zweckmässig.

Falls die Zuständigkeit der Vorsitzenden ermöglicht würde, wäre klarzustellen, ob eine Einsprache an die Kollegialbehörde gegeben oder ausgeschlossen sein soll.

TI: A differenza dell'appello e del reclamo, il ricorso non ha effetto sospensivo. Ciò è conforme alla natura straordinaria di questo mezzo di impugnazione.

Proprio per questo fatto è opportuno introdurre nella legge che (cpv. 2): "L'autorità superiore può sospendere l'esecuzione della decisione impugnata soltanto per gravi motivi..."

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Beschwerde hat (auch nach dem VE) keine aufschiebende Wirkung. Die Rechtsmittelsinstanz kann ihr diese aber zuerkennen oder sichernde Massnahmen anordnen. Letztere Möglichkeit besteht nach der ZPO BS nicht und ist zu begrüssen.

AVLU: Soweit sich die Beschwerde gegen Entscheide erstinstanzlicher Gerichte richtet, ist ein genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nicht gerechtfertigt. Eine differenzierte Regelung, wie sie die Luzerner ZPO kennt, wäre vorzuziehen. Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

<sup>1</sup> Die Beschwerde hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit von Entscheiden im Umfang der Anfechtung.

<sup>2</sup> Richtet sich die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen, kommt ihr keine aufschiebende Wirkung zu. Die Rechtsmittelinstanz kann nötigenfalls sichernde Massnahmen oder eine Sicherheitsleistung anordnen.

Uni NE: L'article 316 indique que l'instance de recours peut suspendre l'exécution des décisions attaquées. La suspension implique-t-elle également celle des délais éventuels ? Cela devrait être le cas à notre sens, mais ceci ne ressort pas clairement de l'expression "suspension de l'exécution".

Art. 317

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir vertreten die Meinung, dass bei der Beschwerde – im Gegensatz zur Appellation und zum Rekurs – das Novenverbot gerechtfertigt ist.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Das Novenverbot macht bei der Beschwerde Sinn.

AVLU: Bei der Beschwerde ist - im Gegensatz zur Appellation und zum Rekurs - das Novenverbot gerechtfertigt.

santésuisse: Beschwerde: Ausschluss neuer Anträge, neuer Tatsachen und neuer Beweismittel: Mindestens die echten Noven sind auch im Beschwerdeverfahren zuzulassen. Die Bestimmung ist zu restriktiv. da es auch im Beschwerdeverfahren Noven geben kann. Diese sollten zugelassen werden.

Art. 318

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: In Abs. 2 lit. b wäre eine fakultative Möglichkeit der Beschwerdeinstanz, bei Spruchreife selbst entscheiden zu können, zweckmässig. Die starre Regelung des Entwurfs hat den Nachteil, in Fällen, in denen trotz Spruchreife eine Rückweisung geboten wäre, wenig geeignet zu sein. Hat sich zum Beispiel eine Vorinstanz um eine genügende Begründung gedrückt, so soll dies nicht ohne weiteres die Rechtsmittelinstanz nachholen müssen.

BE: In Bezug auf Abs. 2 lit. a wird davon ausgegangen, dass die in Art. 383 Abs. 3 VE für Schiedsgerichtsurteile ausdrücklich erwähnte Möglichkeit der Teilaufhebung auch bei der Beschwerde generell besteht.

Im französischen Text von Abs. 2 lit. a sollte an Stelle von "décision préparatoire" "décision d'instruction" stehen (vgl. die Formulierung von Art. 310 lit. b VE).

SH: In Abs. 2 lit. b wäre eine *fakultative* Möglichkeit der Beschwerdeinstanz, bei Spruchreife selbst entscheiden zu *können*, zweckmässig. Die starre Regelung des Entwurfs hat den Nachteil, in Fällen, in denen trotz Spruchreife eine Rückweisung geboten wäre, wenig geeignet zu sein.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Wird eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung gutgeheissen, so kann der ersten Instanz eine Frist angesetzt werden, innert welcher sie ihren Entscheid fällen muss. Diese Möglichkeit ist nett.

FSA: Terminologie: nous proposons de reformuler l'alinéa 2 de cette disposition comme il suit:

*al. 2 En cas d'admission totale ou partielle du recours, l'autorité de recours annule la décision attaquée en tout ou partie et statue au fond si la cause est en état d'être jugée.*

Uni NE: L'article 318 al. 2 est mal formulé à notre sens. Lorsqu'une instance de recours déclare le recours fondé, elle casse la décision dans toute hypothèse. On peut proposer le texte suivant: *Si elle déclare le recours limité au droit fondé, elle casse la décision ou la décision préparatoire et:*

*a) renvoie la cause à l'instance précédente, ou*

*b) rend une nouvelle décision, si la cause est en état d'être jugée.*

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Der Entwurf enthält neben den sog. "klassischen" Revisionsgründen, der "revisio propter nova" und der "revisio propter falsa", einen dritten Grund, nämlich die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Klageanerkennung, Klagerückzug oder gerichtlichem Vergleich (Art. 319 lit. c). Die Anfechtung von qualifizierten Parteierklärungen auf dem Wege der Revision ist zwar in der geltenden baselstädtischen ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen, von der Praxis aber zugelassen (BJM 1974 S. 50). Dass dieser Revisionsgrund nun Eingang in die schweizerische ZPO finden soll, ist zu begrüßen.

Eher problematisch erscheint hingegen der Revisionsgrund der neuen Tatsachen. Im Gegensatz etwa zur baselstädtischen ZPO, welche diese Form der Revision nur zulässt beim Auffinden "entscheidender Urkunden" (§ 246 BS-ZPO), will der Vorentwurf die Revision schon zulassen, wenn erhebliche, "vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen" vorgebracht werden. Dies wird in der Praxis unweigerlich dazu führen, dass die Revision zur häufigen Fortsetzung des Prozesses nach dessen rechtskräftigem Abschluss missbraucht wird. Der Rechtsbeständigkeit ist der Vorentwurf in diesem Punkt nicht dienlich. Abgesehen vom Inhalt der Bestimmung von Art. 319 lit. a ist auch die Formulierung, wonach Tatsachen "beigebracht" werden, wenig überzeugend.

Nach Art. 322 ist der Entscheid über das Revisionsgesuch mit Beschwerde anfechtbar. Es versteht sich im Grunde von selbst, dass danach mit der Beschwerde nur Revisionsentscheide eines unteren Gerichts anfechtbar sind. Erging jedoch das Urteil, das revidiert werden soll, im Rechtsmittelverfahren, womit das Revisionsgesuch bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen ist (Art. 319), so ist klar, dass deren Entscheid nicht mit der zivilprozessualen Beschwerde anfechtbar ist. Hier kommt hingegen, wie dem Bericht der Expertenkommission zu entnehmen ist (S. 151), die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gemäss Art. 68 ff. OG in Frage. Dies sollte schon im Entwurf selbst klargestellt werden.

FR: Le Ministère public doit pouvoir demander la révision d'une décision entrée en force dans les cas où la loi a prévu son intervention au procès.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der VE kennt die klassischen Revisionsgründe, die *revisio propter falsa* und die *revisio propter nova*, welche auch die ZPO BS aufführt. Ein gewichtiger Unterschied besteht darin, dass die ZPO BS bei der *revisio propter falsa* einen Nachweis in Form eines Strafurteils fordert, während Art. 319 lit. b - zu recht - festhält, dass das Fehlen einer strafrechtlichen Verurteilung die Revision *nicht* ausschliesst.

Die Revision ist nach dem VE auch gegeben, wenn eine Partei eine den Prozess abschliessende Erklärung abgegeben hat (*i.e.* Klageanerkennung; Klagerückzug; Vergleich) und nun deren zivilrechtliche Unwirksamkeit moniert. Nach der ZPO BS muss dagegen, sofern die Abstandserklärung in Rechtskraft erwachsen ist, ein neuer Prozess angehoben werden. Der Vorschlag des VE vereinfacht die Sache, was zu begrüßen ist.

FSA: Considérant que la commission d'une infraction ne doit pas constituer un motif spécifique de révision (sur la question, voir Schweizer Philippe, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise. Thèse Neuchâtel 1985), il est proposé de modifier l'art. 319 comme indiqué ci-dessous:

*al. 1 Une partie peut demander la révision d'une décision entrée en force au tribunal qui a statué en dernière instance si elle découvre une preuve concluante relative à un fait pertinent pour l'issue de la contestation qu'elle n'a pas été en mesure, sans faute de sa part, d'invoquer en temps utile.*

*al. 2 La partie lésée par un désistement d'action, un acquiescement ou une transaction judiciaire invalide au regard du droit civil peut également en demander la révision.*

*al. 3 La demande dirigée contre une décision finale se rapporte de plein droit aux décisions incidentes qui l'ont influencée si elles n'émanent pas d'une autorité supérieure à celle devant laquelle la demande est portée.*

Uni LA: La révision, qui porte atteinte à l'autorité de la chose jugée, ne doit être admise que restrictivement. Les motifs prévus sous let. a et c paraissent à cet égard trop larges.

Uni NE: L'hypothèse de l'article 319 lettre b) devrait être rédigé de la manière suivante à notre sens: *S'il apparaît au cours d'une procédure pénale, même n'ayant pas abouti à une condamnation, qu'un acte pénalement répréhensible a influencé la décision à son détriment.*

Art. 320

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Wir beantragen, diese Bestimmung zu streichen. Eine Verlängerung der in Artikel 320 Absatz 1 VE-ZPO statuierten Zehnjahresfrist erscheint uns in zeitlicher Hinsicht und aus Gründen der Rechtssicherheit nicht notwendig.

NW: Abs. 1: "Das Revisionsgesuch ist innert drei Monaten seit Entdeckung des Revisionsgrundes oder falls auf das Urteil durch strafbare Handlungen eingewirkt wurde, seit Abschluss des Strafverfahrens, einzureichen, spätestens [...]".

Begründung: Beim aktuellen Vorschlag ist nicht klar, was für ein Strafverfahren eigentlich gemeint ist.

ZG: Abs. 1: Eine Frist von drei Monaten ist zu lang. Eine 30-tägige Frist genügt.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Revisionsfrist beträgt drei Monate; die ZPO BS geht von einem Monat aus. Die absolute Ausschlussfrist beträgt nach dem VE immer 10 Jahre; die ZPO BS kennt je nach Revisionsgrund verschiedene Fristen. Die Lösung des VE verdient den Vorzug.

FSA: Conséquence de la remarque faite ci-dessus, l'art. 320 devrait être modifié dans le même sens:

*al. 1 La demande en révision doit être introduite dans les trois mois qui suivent la découverte du motif de révision mais au plus tard dix ans après l'entrée en force de l'acte attaqué.*

*al. 2 Si la décision a été influencée par un crime ou un délit, le délai pour en demander la révision est celui de la prescription pénale.*

Uni LA: Une règle spéciale devrait interdire la révision portant sur le point du divorce lorsque l'un des époux s'est remarié entre-temps.

Art. 321

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: In Abs. 2 sollte gesagt werden, dass die Rechtsmittelinstanz oder ihr Vorsitzender der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beilegen kann. Das lässt eine flexible Handhabung zu.

Abzulehnen ist die Absicht, die Zuständigkeit – Kollegialbehörde, Vorsitzender oder beide – dem kantonalen Recht zu überlassen (vgl. Bericht, zu Art. 316, S. 147 [aufschiebende Wirkung der Beschwerde]). Das ist weder nötig noch zweckmässig.

SH: In Abs. 2 sollte gesagt werden, dass die Rechtsmittelinstanz *oder* ihr Vorsitzender der Beschwerde die aufschiebende Wirkung beilegen kann. Das lässt eine flexible Handhabung zu.

Abzulehnen ist die Absicht, die Zuständigkeit - Kollegialbehörde, Vorsitzender oder beide - dem kantonalen Recht zu überlassen (vgl. Bericht, zu Art. 316, S. 147 [aufschiebende Wirkung der Beschwerde]). Das ist weder nötig noch zweckmässig.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Revision hat keine aufschiebende Wirkung, doch sieht der VE vor, dass die Vollstreckung aufgeschoben werden kann. Das ist sinnvoll.

Art. 322

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Die vorgeschlagene Formulierung erweckt den Eindruck, dass auch Revisionsentscheide oberer kantonalen Instanzen mit Beschwerde angefochten werden können. Dies ist jedoch gemäss den Ausführungen im Bericht der Expertenkommission nicht möglich. Revisionsentscheide oberer Instanzen unterliegen nur der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Wir schlagen deshalb folgende Präzisierung im Gesetzestext vor:

*Der Entscheid erstinstanzlicher Gerichte über das Revisionsgesuch ist mit Beschwerde anfechtbar.*

Weiter fehlen im Vorentwurf Bestimmungen über Form und Inhalt eines Revisionsgesuchs und darüber, inwieweit die Gegenpartei in das Revisionsverfahren mit einzubeziehen ist. Wir schlagen die analoge Übernahme von § 279 ZPO/LU und folgenden Wortlaut vor:

*Erweist sich das Revisionsgesuch nicht als verspätet, unzulässig oder offensichtlich unbegründet, gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit zur schriftlichen Beantwortung.*

TI: Il giudice di prima istanza è competente per la revisione della decisione di prima istanza, contro la decisione di revisione è proponibile l'appello. Mentre l'autorità d'appello è competente per la revisione di una sentenza emanata in appello, la

decisione sulla domanda di revisione può essere oggetto solamente di un ricorso in materia civile al TF.

Questo è il sistema (già oggi in vigore) ma, per facilitare la comprensione dell'art. 322 AP, bisognerebbe specificarlo nella legge.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die vorgeschlagene Formulierung erweckt den Eindruck, dass auch Revisionsentscheide oberer kantonaler Instanzen mit Beschwerde angefochten werden können. Dies ist jedoch gemäss den Ausführungen im Bericht zum Vorentwurf nicht möglich; Revisionsentscheide oberer Instanzen unterliegen nur der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Art. 322 ist daher wie folgt zu präzisieren:

*Der Entscheid erstinstanzlicher Gerichte über das Revisionsgesuch ist mit Beschwerde anfechtbar.*

Im Weiteren enthält der Vorentwurf keine Bestimmungen, inwieweit die Gegenpartei in das Revisionsverfahren miteinzubeziehen ist. Die in § 279 der Luzerner ZPO diesbezüglich vorgesehene Regelung hat sich in der Praxis bewährt und sollte daher übernommen werden; sie lautet:

*Erweist sich das Revisionsgesuch nicht als verspätet, unzulässig oder offensichtlich unbegründet, gibt der Richter der Gegenpartei Gelegenheit zur schriftlichen Beantwortung.*

Schliesslich fehlen im Vorentwurf Bestimmungen über Form und Inhalt eines Revisionsgesuchs.

FSA: L'avant-projet est muet sur la procédure à suivre en cas de demande de révision. Nous estimons qu'il est nécessaire de compléter l'avant-projet comme il suit:

#### *Article 322 bis Instruction et débats*

*al. 1 Le procès en révision est instruit et débattu selon la procédure applicable à l'instance dont est issu l'acte attaqué. Le recourant invoque les moyens de preuve dont il entend se prévaloir et joint ceux qu'il détient à son mémoire.*

*al. 2 Le tribunal peut écarter sans communication préalable à la partie adverse une demande en révision évidemment irrecevable ou mal fondée.*

Art. 323

Art. 324

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Es ist im Gesetzestext festzuhalten, dass eine Erläuterung oder Berichtigung auch von Amts wegen möglich sein soll, wie dies auch in BGG 115 Abs. 1 vorgesehen ist. Zudem erachten wir die Voraussetzung, dass der Entscheid noch nicht vollstreckt wurde, als nicht sachgerecht. Beispielsweise muss bei einer falschen Berechnung von Unterhaltsbeiträgen oder Forderungen eine Berichtigung auch nach der Vollstreckung möglich sein.

Wir würden auch hier eine gleich lautende Regelung in der ZPO und im BGG begrüssen, wobei wir der Formulierung im BGG den Vorzug geben.

AR: Erläuterung und Berichtigung sollten wegen ihrer verschiedenen Wirkung in verschiedenen Artikeln geregelt werden.

Der Entwurf sieht nur eine ausgesprochen knappe Regelung von Erläuterung und Berichtigung vor. Für die problemfreie Anwendung in der Praxis wäre es vorteilhaft, wenn mindestens vorgeschrieben würde, dass der Gegenpartei das Recht zur Vernehmlassung zustehen muss und dass die Rechtsmittelfrist neu zu laufen beginnt, wenn der angefochtene Entscheid neu gefasst wird.

Erläuterung und Berichtigung sollen auf die Bereinigung mangelhafter Formulierungen beschränkt sein (Bericht, zu Art. 324, S. 151). Das entspricht wohl auch Lehre und Rechtsprechung. Allerdings kann es in der Praxis vorkommen, dass einem Gericht ein materiell derart offensichtlicher Fehler unterläuft, dessen unkomplizierte Korrektur wünschbar wäre. Von daher gesehen ist – freilich beschränkt auf Nebenpunkte – anzuregen, ausnahmsweise auch eine materielle Korrektur zu ermöglichen, ohne dass gleich eine nächsthöhere Instanz bemüht werden muss.

BS: Mit dem Rechtsbehelf der Erläuterung und Berichtigung schafft der Entwurf in Art. 324 die Möglichkeit, Unklarheiten, Widersprüchlichkeiten oder Unvollständigkeiten des Dispositivs zu beseitigen. Der Entwurf nennt keine Frist, innerhalb welcher ein derartiges Begehren zu stellen ist. Verlangt wird einzig, dass der zu erläuternde oder zu berichtigende Entscheid noch nicht vollstreckt ist. Nach Auffassung der Basler Gerichte sollte auch das Begehren um Erläuterung oder Berichtigung innerhalb einer kurzen, peremptorischen Frist gestellt werden müssen. Dabei drängt sich die Frist von 10 Tagen auf, entsprechend der für die Rechtsmittel üblichen Frist.

Der Entscheid über das Erläuterungs- und Berichtigungsbegehren unterliegt der Beschwerde (Art. 324 Abs. 3), wobei dieses Rechtsmittel nur gilt, falls der Entscheid von einer unteren Instanz gefällt wurde. Im Falle eines Entscheides der Rechtsmittelinstanz kommt auch hier, wie im Falle der Revision, die Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen in Frage.

Der Entwurf sagt nichts darüber aus, was geschehen soll, wenn während der Hängigkeit des Erläuterungs- und Berichtigungsbegehrens von der Gegenseite Vollstreckungsschritte eingeleitet werden. Es stellt sich die Frage, ob nicht auch hier eine Bestimmung analog zu Art. 321 betreffend Revision aufzunehmen ist.

JU: Abs. 3: La rectification d'office d'une erreur de rédaction ou de calcul ne devrait pas être susceptible de recours.

OW: Aus dieser Bestimmung sowie aus dem Bericht zum Vorentwurf geht nicht hervor, ob ein Erläuterungs- und Berichtigungsbegehren der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt werden muss. Eine entsprechende Regelung kennt Art. 290 Abs. 2 ZPO Obwalden. Ferner sieht Art. 290 Abs. 3 ZPO Obwalden vor, dass das Gericht auf Antrag den Vollzug des Urteils aufschieben und weitere vorsorgliche Massnahmen treffen kann.

SH: Erläuterung und Berichtigung sollten wegen ihrer verschiedenen Wirkung in verschiedenen Artikeln geregelt werden.

Der Entwurf sieht nur eine ausgesprochen knappe Regelung von Erläuterung und Berichtigung vor. Für die problemfreie Anwendung in der Praxis wäre es vorteilhaft, wenn mindestens vorgeschrieben würde, dass der Gegenpartei das

Recht zur Vernehmlassung zustehen muss und dass die Rechtsmittelfrist neu zu laufen beginnt, wenn der angefochtene Entscheid neu gefasst wird.

Erläuterung und Berichtigung sollen auf die Bereinigung mangelhafter Formulierungen beschränkt sein (Bericht, zu Art. 324, S. 151). Das entspricht wohl auch Lehre und Rechtprechung. Allerdings kann es in der Praxis vorkommen, dass einem Gericht ein materiell derart offensichtlicher Fehler unterläuft, dass dessen unkomplizierte Korrektur wünschbar wäre. Von daher gesehen ist - freilich beschränkt auf Nebenpunkte - anzuregen, ausnahmsweise auch eine materielle Korrektur zu ermöglichen, ohne dass gleich eine nächsthöhere Instanz bemüht werden muss.

TI: L'AP *non specifica* il termine entro il quale si deve presentare l'istanza d'interpretazione, rispettivamente di rettifica, e neppure se l'istanza sospende i termini di ricorso.

Il fatto che il cpv. 1 menzioni quale unica condizione che "nel frattempo la decisione non sia ancora stata eseguita" significa (secondo il rapporto degli esperti) che l'interpretazione può essere chiesta anche di una sentenza cresciuta in giudicato, ma non ancora eseguita.

Quanto ai termini di ricorso, sembrerebbe dalla lettura del cpv. 3 che l'emana-zione della nuova decisione riapre i termini di ricorso.

Si tratta di una soluzione criticabile. Meglio sarebbe che il termine di ricorso resti sospeso, almeno per quei dispositivi di cui è chiesta la rettificazione o l'interpretazione. Soltanto così la parte potrà adeguatamente ricorrere, dispo-nendo appunto di una sentenza interpretata, rispettivamente rettificata.

Infine, siccome "interpretazione" e "rettificazione" sono due animali differenti, si propone di prevedere nella Legge due articoli distinti.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Erläuterungs- und Berichtigungsbegehren: Dabei handelt es sich nicht um eigentliche Rechtsmittel. Man hätte daher mit Vorteil die Bezeichnung "*Rechts-behelf*" wählen sollen und vielleicht auch einen eigenen Titel einführen. Bei-spielsweise gelten nach der Stellung und der Bezeichnung des Art. 324 für das Berichtigungsverfahren die Regeln des Appellationsverfahrens (vgl. Art. 287), was wohl nicht sachgerecht ist.

Der VE zählt die Erläuterungs- und Berichtigungsgründe abschliessen auf. Die ZPO BS ist da offener (vgl. § 168 ZPO BS: "*Differenzen über Sinn und Trag-weite des Urteils*").

Im Ergebnis dürften beide Lösungen auf das Gleiche hinauslaufen, obschon abschliessende Aufzählungen erfahrungsgemäss zu "*strapazierten Sub-summationen*" führen, da die Praxis freilich nicht stehen bleiben wird.

Erfreulich ist jedenfalls, dass nach dem VE alle Entscheide und prozessleiten- den Verfügungen der Berichtigung und Erläuterung unterliegen.

Bleibt anzumerken, dass eine Berichtigung schon vor der Einleitung des Voll-streckungsverfahrens möglich ist, was der Wortlaut von § 168 ZPO BS anders sieht, in der Sache aber richtig ist.

AVZH: Es stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dass den Parteien bei Berich-tigung eines Entscheids zufolge eines Redaktions- oder Rechnungsfehlers des

Gerichts eine neue Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt. In Anlehnung an die Zürcher Regelung (§§ 162 ff. GVG) wird die folgende Fassung des Art. 324 Abs. 4 vorgeschlagen.

Formulierungsvorschlag Art. 324, Abs. 4:

*Der erläuterte ~~oder~~ ~~berichtigte~~ Entscheid wird den Parteien neu eröffnet, der ~~berichtigte~~ Entscheid wird den Parteien mitgeteilt.*

OAFRI: Deux questions devraient être résolues:

- Le délai dans lequel la demande d'interprétation doit être déposée;
- Le lien entre une demande d'interprétation et une autre voie de recours (cf art. 331 à 333 CPC FR).

Uni LA: Les dispositions proposées sur l'interprétation et la rectification sont judiciaires. L'al. 4 implique selon le commentaire qu'un nouveau délai de recours ou d'appel court dès la notification de la décision interprétée ou rectifiée aux parties. Comme cela ne résulte pas expressément du texte proposé, il serait bon de compléter celui-ci sur ce point.

Art. 325

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Im Vollstreckungsverfahren gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Prozesskosten (Art. 86 ff. VE-ZPO). Gerade im Vollstreckungsverfahren können jedoch auch ausserprozessuale Kosten entstehen (z.B. Kosten für einen Polizeieinsatz bei der Vollstreckung usw.). Aus diesen Gründen beantragen wir die analoge Übernahme von § 302 Absatz 2 ZPO/LU mit folgender Formulierung:

*Die unterlegene Partei wird auf Antrag der gesuchstellenden Partei verpflichtet, dieser die ausserprozessualen Kosten von Vollstreckungsmassnahmen zu vergüten.*

NW: Dadurch dass neu das Gericht (und nicht mehr die Justiz- und Sicherheitsdirektion) als zuständig für Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen bezeichnet wird, fallen Mehraufwand und -kosten für die Justizbehörden an.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Die möglichen Formen der Streiterledigung ohne Urteil werden im Vorentwurf zu dürftig geregelt. Insbesondere sollte vorgesehen werden, dass ein Abstand (d.h. der Rückzug der Klage bzw. die Anerkennung der klägerischen Rechtsbegehren durch die beklagte Partei) ebenfalls einen "Entscheid" i.S. von Art. 325 Abs. 1 darstellt. Dasselbe gilt für die vor Gericht geschlossenen Vergleiche (sog. Prozessvergleiche): Hierzu findet sich lediglich fürs Schlichtungsverfahren eine Bestimmung, welche diesen Vergleichen die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids gibt (Art. 201 Abs. 2); eine analoge Bestimmung fürs Entscheidverfahren fehlt jedoch.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Für das Vollstreckungsverfahren gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Prozesskosten (Art. 86 ff.). Gerade im Vollstreckungsverfahren können jedoch ausserprozessuale Kosten für Vollstreckungsmassnahmen entstehen wie z.B. die Kosten für einen Polizeieinsatz usw. Es sollte daher - analog § 302

Abs. 2 der Luzerner ZPO - eine entsprechende Bestimmung aufgenommen werden. Diese könnte wie folgt lauten:

*Die unterlegene Partei wird auf Antrag der gesuchstellenden Partei verpflichtet, dieser die ausserprozessualen Kosten von Vollstreckungsmassnahmen zu vergüten.*

FSA: La procédure d'exequatur, telle que prévue à ce chapitre ne paraît pas appropriée pour les décisions rendue en application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

La FSA propose donc que l'exécution de ces décisions soient soumises à la procédure sommaire (articles 285 et ss AP), et qui permet également de prendre des mesures d'exécution dans la décision elle-même. Une disposition dans ce sens pourrait prendre place avant l'article 255 AP.

Un droit de recours devrait également être spécialement introduit. La disposition de l'article de 330 AP est contraire à la Convention précitée, qui institue des moyens plus larges. En outre, il faut garder à l'esprit que la procédure en vue du retour d'un enfant ne présuppose pas l'existence d'une décision étrangère exécutoire.

#### Article 325 Champ d'application

La formulation de l'art. 325 al. 3 AP n'est pas satisfaisante car l'exécution des décisions étrangères condamnant au paiement d'une somme d'argent est régie par la LP et non pas par les lois de procédure civiles (Stahelin Daniel, in Stahelin/Bauer/Stahelin (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle Genève Munich 1998, rem. 59 ad art. 80). Il convient donc de modifier cette disposition:

*al. 1 et 2 [inchangés]*

*al. 3 Die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, die weder Geldforderungen noch Sicherheitsleistungen in Geld betreffen, richten sich nach diesem Titel, soweit weder ein Staatsvertrag noch die Artikel 25-32 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht etwas anderes bestimmen.*

*al. 4 Ein ausländischer Entscheid über Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen in Geld kann nach den Bestimmungen dieses Titels für vollstreckbar erklärt werden. Über die Vollstreckbarerklärung kann auch im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 80 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs entschieden werden.*

OGZH: Die hier geregelte Vollstreckung anderer als Geldleistungen bildet das Pendant zu den Regeln des SchKG. Dort ist das System Zahlungsbefehl / Rechtsvorschlag / Vollstreckung geläufig und bewährt. Der provisorische Befehl (vgl. dazu unsere Bemerkungen bei VE Art. 267/267a) kann die Funktion des Zahlungsbefehls übernehmen - wogegen umso weniger Bedenken bestehen, als hier ja anders als beim Zahlungsbefehl ein vollstreckbarer Titel (in der Regel ein gerichtliches Urteil) die Basis bildet.

Vorschlag:

*Art. 329a Provisorische Befehle und Verbote*

*<sup>1</sup>Das Gericht kann dem Begehren ohne Anhörung der beklagten Partei entsprechen.*

<sup>2</sup>*Gleichzeitig wird der beklagten Partei eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um beim Gericht Einsprache zu erheben, unter der Androhung, dass der Entscheid sonst vollstreckbar werde.*

<sup>3</sup>*Wird Einsprache erhoben, fällt der provisorische Entscheid dahin, und das Gericht verfährt weiter nach Art. 330.*

SchKG-Vereinigung: Abs. 2: Die Korrektur von BGE 129 III 193 (Die Betreibung auf Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 38 SchKG ist nicht auf Sicherheiten in Geld beschränkt) ist zu begrüssen.

Abs. 3: Sehr schlechte Formulierung, da die Vollstreckung ausländischer Entscheide über Geldforderungen sich nicht nach der ZPO, sondern dem SchKG richten. Bloss eine separate Vollstreckbarerklärung (nicht Vollstreckung) bezüglich ausländischer Urteile über Geldforderungen (sog. separates Exequaturverfahren, vgl. hierzu SCHKG-D. STAEHELIN, Art. 80 N 59 f.) ist in der ZPO zu regeln.

Vorschlag:

<sup>3</sup>*Die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheide, die weder Geldforderungen noch Sicherheitsleistungen in Geld betreffen, richten sich nach diesem Titel, soweit weder ein Staatsvertrag noch die Artikel 25-32 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 etwas anderes bestimmen.*

<sup>4</sup>*Ein ausländischer Entscheid über Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen in Geld kann nach den Bestimmungen dieses Titels für vollstreckbar erklärt werden. Über die Vollstreckbarerklärung kann auch im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 80 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs entschieden werden.*

Ansonsten ist das Kapital betreffend die Vollstreckung von Entscheiden gut gelungen.

Uni NE: L'article 325 indique que les décisions en matière civile sont exécutoires selon les dispositions du présent titre. On ne retrouve pas ici la précision figurant à l'article 1 al. 1 ("*relevant du droit fédéral et droits cantonaux*"), ce qui montre bien que celle-ci est inutile.

A l'alinéa 3 de l'article 325, la référence aux articles 25 à 32 de la LDIP n'est pas nécessaire; il suffit de renvoyer de manière générale à cette loi.

Art. 326

*Kantone / Cantons / Cantoni*

AR: Neu ist, dass das urteilende Gericht die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen kann (Art. 228 Abs. 2 VE). Das bisherige Vollstreckungsverfahren wird damit in den meisten Fällen obsolet, da ein rechtskräftiges Urteil mit der entsprechenden Anordnung in der ganzen Schweiz direkt vollstreckbar ist. Diese Neuerung ist sinnvoll.

SH: Neu ist, dass das urteilende Gericht die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen kann (Art. 228 Abs. 2 VE). Das bisherige Vollstreckungsverfahren wird damit in den meisten Fällen obsolet, da ein rechtskräftiges Urteil mit der entsprechenden Anordnung in der ganzen Schweiz direkt vollstreckbar ist. Diese Neuerung ist sinnvoll.

TI: Naturalmente la possibilità dell'esecuzione diretta accorcia i tempi attualmente necessari per ottenere l'esecuzione della sentenza.

cpv. 2: Il cpv. 2 prevede che la domanda di esecuzione si proponga al tribunale dell'esecuzione competente (imperativamente) ai sensi dell'art. 327 cpv 1 CPCF. Sparisce dunque il sistema ticinese del Precetto Esecutivo Civile.

La legge non precisa chi è il "tribunale dell'esecuzione" ma dall'art. 331 cpv. 2 si evince che il Tribunale dell'esecuzione è differente rispetto a quello di merito.

La commissione ritiene che così non debba essere e non comprende la ragione di questa dicotomia. Chi meglio del tribunale che ha emesso la decisione è in grado di giudicare anche sulle misure di esecuzione della stessa?

Si propone pertanto di abolire la menzione ...*dell'esecuzione*" contenuta all'art. 326 cpv. 2 CPCF.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Möglichkeit, dass das urteilende Gericht die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen unmittelbar im Sachentscheid anordnen kann, ist als Erleichterung zu begrüssen.

Art. 327

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Für den französischen Text von Abs. 1 wird vorgeschlagen, die Formulierung "Est *impérativement* compétent" zu verwenden an Stelle von "Est obligatoire-ment compétent", dies in Anlehnung an die Formulierung in Art. 11 VE.

NW: Vgl. die Ausführungen zu Art. 325.

TI: Il rinvio alla procedura sommaria previsto al cpv. 2 permette dunque, seppure alle condizioni restrittive del rito sommario, di assumere dei mezzi di prova e di compiere insomma un'istruttoria (art. 264 CPCF).

E' legittimo chiedersi se ciò sia compatibile con la natura "esecutiva" della procedura in questione, e quale è l'oggetto possibile di una simile istruttoria.

Il rischio è quello di dilatare questa fase processuale che invece, per definizione, dev'essere celere e fondata su dei presupposti chiari e liquidi. Si propone pertanto di limitare la possibilità istruttoria ai soli documenti e al sopralluogo.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

suisa: Um die Alternativität der drei Vollstreckungsgerichtsstände ganz klar werden zu lassen, sollte auch am Ende von lit. a ein "oder" stehen.

Uni NE: L'article 327 utilise une expression peu courante, celle de "*obligatoirement compétent*". Il convient d'utiliser ici l'expression "*impérativement compétent*" comme à l'article 7, et à l'heure actuelle dans la LFors.

L'article 327 indique que le requérant doit prouver que les conditions d'exécution sont réunies et joindre les documents nécessaires. Cela est difficilement compatible avec la note marginale, à savoir: *contenu de la requête d'exécution*". Le texte suivant peut être proposé: "*La requête doit être motivée et accompagnée des documents démontrant que les conditions de l'exécution sont réunies.*"

Art. 328

Art. 329

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: E' interessante e assai importante questa possibilità che il giudice, successivamente all'emanazione della sentenza, possa emanare dei provvedimenti conservativi atti ad assicurare una corretta esecuzione della sentenza stessa.

Purtroppo crediamo che, anche in questo ambito, vi sia lo scogli rappresentato dalla LEF (art. 272 seg. LEF), che (come già detto) andrebbe abolito.

Art. 330

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Der Katalog der Einwendungen sollte unseres Erachtens ergänzt werden durch den Einwand, die angedrohte Vollstreckungsmassnahme sei unzulässig.

TI: La parte soccombente può sollevare *eccezioni* all'esecuzione nel limite dell'art. 330 AP, in particolare le *eccezioni dell'esecutività* che la sentenza non è cresciuta in giudicato, che il tribunale d'esecuzione non è competente ecc., e le eccezioni materiali limitatamente però alle *echte nova*, segnatamente la concessione di una dilazione o la prescrizione.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die Einschränkung der Einreden des Vollstreckungsgegners im Rahmen seiner Stellungnahme ist zu begrüßen.

Art. 331

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Die Regelung, wonach die Feststellung über das Eintreten einer Bedingung oder des gehörigen Angebots der Gegenleistung nur bei sofortiger Beweisbarkeit vom Vollstreckungsgericht, in den übrigen Fällen jedoch vom entscheidenden Gericht zu treffen ist, entspricht nicht den Bedürfnissen der Praxis. Die Feststellung sollte in jedem Fall vom Vollstreckungsgericht getroffen werden.

TI: La dicotomia tra "Tribunale che ha emanato la decisione" e "tribunale dell'esecuzione" manifesta qui tutta la sua illogicità e macchinosità. Come detto, il tribunale dev'essere uno soltanto, ossia quello che ha emanato la decisione.

Non si comprende poi il perché questo rinvio al tribunale che ha emanato la decisione sia limitata alle sole prestazioni condizionate o dipendenti da una controprestazione. Anche le ulteriori eccezioni ammesse dall'art. 330 cpv. 2 lit. a) + b) possono essere assolutamente non liquide e necessitare dunque dell'esame del giudice del merito (secondo la logica - contestata dalla Commissione - di questo articolo del Progetto).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Die Regelung in Abs. 2 des Vorentwurfs, wonach die Feststellung über das Eintreten einer Bedingung oder des gehörigen Angebotes der Gegenleistung nur bei sofortiger Beweisbarkeit vom Vollstreckungsgericht, in den übrigen Fällen jedoch vom entscheidenden Gericht zu treffen ist, entspricht nicht den Bedürfnissen der Praxis. Diese Feststellung ist in jedem Fall vom Vollstreckungsgericht zu treffen.

AVZH: Der Entscheid sollte alleine vom Vollstreckungsrichter gefällt werden, und zwar unabhängig davon, ob "sofortige Beweisbarkeit" vorliegt. Ansonsten könnte der Fall eintreten, dass für den Vollstreckungsrichter etwa der Eintritt der Bedingung nicht "sofort beweisbar" ist und er den Gläubiger an den urteilenden Richter verweist. Dies kann zu unnötigen Zeitverzögerungen führen.

Vorschlag Art. 331 Abs. 2: *streichen*

Uni NE: L'article 331 prévoit, entre autres, qu'une décision concernant une prestation conditionnelle ne peut être exécutée que lorsque la condition est réalisée ou que la contre-prestation a été régulièrement offerte, accomplie ou garantie. A notre connaissance, la notion de "*garantie*" ne résulte pas du droit de fond. Sa justification devrait dès lors être réexaminée.

### Art. 332

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Hier fehlt eine Regelung der Kostenfolgen, insbesondere für die Fälle gemäss lit. d und e. Es muss klargestellt werden, dass die entsprechenden Kosten durch den Kläger vorzuschüssen oder sicher zu stellen sind. Es kann nicht Sache des Gerichts sein, beispielsweise eine teure Hausräumung vorzufinanzieren.

FR: Il est nécessaire de prévoir que les frais de l'exécution doivent être avancés par le requérant.

TI: L'AP va oltre all'art. 498 CPC-Ti. Quest'ultimo infatti prevede solo la comminatoria dell'azione penale per disobbedienza a decisioni dell'autorità ex art. 292 CP e le misure coercitive.

L'introduzione della multa, di un'adeguata penale e dell'adempimento sostitutivo è un buon deterrente per favorire l'esecuzione della sentenza.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die neu vorgesehenen Massnahmen der Ordnungsbusse (Bestimmung b) sowie des täglichen Zwangsgelds (Bestimmung c) erscheinen uns problematisch. Namentlich betreffend Zwangsgeld sieht der Vorentwurf keinen Höchstbetrag vor und räumt so dem Vollstreckungsrichter ein allzu grosses Ermessen ein.

OAFRI: On salue l'introduction du système des astreintes, qui assure l'effectivité aux jugements portant sur une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer. Il permet de ne pas renvoyer la partie victorieuse à des demandes de dommages et intérêts. Il reste à régler la procédure de liquidation des astreintes, condition

indispensable pour que les jugements suisses soient reconnus en la matière par les parties à la Convention de Lugano (art. 43).

Roche: Lautet der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, sehen Art. 332 Abs. 1 lit b und c VE vor, dass das Vollstreckungsgericht neben den weit verbreiteten Massnahmen der Strafdrohung, des unmittelbaren Zwanges sowie der Ersatzvornahme auch die Mittel der täglichen Ordnungsbusse sowie des täglichen Zwangsgeldes anwenden kann. Im Hinblick auf eine möglichst adäquate Massnahme unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit begrüssen wir diese Ausweitung des Sanktionenkataloges.

Uni LA: L'introduction d'amendes procédurales ou d'astreintes en cas d'inexécution d'une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer est une innovation bienvenue. On peut cependant douter que l'art. 32 AP soit suffisamment détaillé sur les dispositions d'exécution de ces mesures.

Uni NE: L'article 332 prévoit que le tribunal d'exécution peut prendre diverses mesures en cas d'obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer. Les diverses mesures sont-elles à la disposition des parties ? Comment le tribunal doit-il trancher lorsque le demandeur propose diverses mesures ? Le tribunal peut-il ordonner une autre mesure que celle requise par le demandeur ? Ces divers points ne sont pas résolus dans le rapport. Il faudrait que ces questions soient traitées plus en détail.

Art. 333

Art. 334

*Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Abs. 1: Die freie Wahl der Umwandlung erachten wir als höchst problematisch. Unserer Ansicht nach ist zu vollstrecken, was im Urteil zugesprochen worden ist. Die Umwandlung darf nur bei Unmöglichkeit der Vollstreckung vorgesehen werden (wie in § 297 Abs. 1 ZPO/LU). Andernfalls wird materielles Recht mit Vollstreckungsrecht vermischt.

Abs. 2: Die Regelung, wonach das Vollstreckungsgericht nur bei sofortiger Beweisbarkeit über die Höhe des anstelle der geschuldeten Leistung geschuldeten Schadenersatzes oder der Geldleistung entscheidet, verhindert eine zügige Vollstreckung von Entscheiden. Wir beantragen die analoge Übernahme von § 297 Abs. 2 ZPO/LU mit folgendem Wortlaut:

*Das Vollstreckungsgericht entscheidet über die Höhe des entsprechenden Betrages, nachdem es die Gegenpartei angehört und die erforderlichen Beweise erhoben hat.*

TI: La conversione in denaro della pretesa reale è intesa come misura di economia procedurale.

Il cpv. 2 facilita ulteriormente la procedura nel caso in cui l'ammontare del risarcimento dei danni o della conversione sono *immediatamente dimostrabili*, il tribunale d'esecuzione decide anche sull'entità di tali importi. In caso contrario si dovrà seguire nelle vie tradizionali: per le pretese in denaro con le procedure della LEF e per le altre pretese con un nuovo processo civile.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVLU: Gemäss Abs. 2 des Vorentwurfs soll das Vollstreckungsgericht nur bei sofortiger Beweisbarkeit über die Höhe des anstelle der geschuldeten Leistung geschuldeten Schadenersatzes oder der Geldleistung entscheiden. In den andern Fällen wäre demnach das ordentliche Gericht für diesen Entscheid zuständig. Dies verhindert eine zügige Vollstreckung von Entscheiden. Die Regelung von § 297 Abs. 2 der Luzerner ZPO, wonach der Vollstreckungsrichter den Schadenersatz festsetzt, nachdem er die Gegenpartei angehört und die erforderlichen Beweise erhoben hat, hat sich in der Praxis bewährt. Wir schlagen daher vor, Art. 334 Abs. 2 wie folgt zu formulieren:

<sup>2</sup> *Das Vollstreckungsgericht entscheidet über die Höhe des entsprechenden Betrages, nachdem es die Gegenpartei angehört und die erforderlichen Beweise erhoben hat.*

AVZH: Es gelten sinngemäss die Bemerkungen zu Art. 331.

Vorschlag Art. 334 Abs. 2: streichen

Uni NE: L'article 334 prévoit que la partie qui a obtenu gain de cause peut réclamer des dommages et intérêts en plus des prestations dues. Quel est le fondement de ces dommages et intérêts ? Sont-ils indépendants de toute faute comme en matière de mesures provisoires ? Le rapport est extrêmement succinct sur ce point. L'alinéa 2 s'applique-t-il dans les deux hypothèses visées par le premier alinéa ? Ces éléments ne sont pas précisés clairement dans le rapport.

Art. 335

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

FRC: Pour la FRC, la confiscation devrait également être possible dans les cas portant sur la sécurité des produits.

suisa: Die systematische Einordnung der Einziehung in den Bestimmungen über die Vollstreckung ist unseres Erachtens unbefriedigend. Die Einziehung ist nicht eine blosser Vollstreckungsmassnahme, sondern stellt einen selbständigen Klageanspruch dar, welcher der von einer Schutzrechtsverletzung betroffenen Person zusteht; dementsprechend sind heute die einschlägigen Bestimmungen in den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen ausgestaltet. Zudem haben die Voraussetzungen der Anordnung einer Einziehung einen engen Zusammenhang mit dem materiellen Recht, weshalb über die Einziehung im Prinzip vom Gericht des Hauptverfahrens und nicht vom Vollstreckungsrichter entschieden werden sollte. An letzterem ist es, – soweit notwendig – über die Modalitäten der Einziehung zu befinden (Verfahren, zuständige Behörde usw.).

Aus diesen Gründen treten wir dafür ein, die Einziehung entweder im 5. Titel des 1. Teils der ZPO oder in den neu gefassten Katalogen der "Ansprüche" in den einzelnen Gesetzen des geistigen Eigentums (z.B. Anhang Ziff. 7: Art. 63 nURG usw.) zu regeln und sie allenfalls im Katalog der Massnahmen von Art. 332 Absatz 1 nochmals zu erwähnen.

## Art. 336

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der französische Titel "recours de tiers" ist – entsprechend dem deutschen Titel – zu ändern in "recours", da der Artikel nicht nur Rechtsmittel Dritter zum Gegenstand hat.

TI: Per motivi di chiarezza sistematica occorre aggiungere un nuovo capoverso 1: *Contro le misure d'esecuzione è proponibile il reclamo.*

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Gesetzestechisch erscheint uns nicht überzeugend, dass hier nur die Rekursmöglichkeit Dritter erwähnt wird. Der Übersichtlichkeit halber sollte aufgeführt werden, dass gegen Anordnungen des Vollstreckungsgerichts stets der Rekurs zulässig ist und dieser keine aufschiebende Wirkung hat.

## Art. 337

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

AG: Art. 337 ff.: Bei den vollstreckbaren öffentlichen Urkunden gemäss den Art. 337 ff. fehlen uns die Grundlagen zur Beurteilung der Folgen dieser Regelung. Es stellt sich auch die Frage, ob in der Schweiz eine solche Regelung tatsächlich nötig ist. Zu befürchten ist beispielsweise, dass kleine und mittlere Unternehmen durch diese Regelung unter Druck gerieten, indem Banken bei der Kreditvergabe sogleich die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung in einer Urkunde verlangen würden.

LU: Die vorgeschlagene Regelung ist für das SchKG bedeutend und hat zur Folge, dass öffentlich beurkundete Sachverhalte schneller und einfacher zu vollstrecken sind als ein Urteil (vgl. Art. 341 VE-ZPO). Dies ist unseres Erachtens nicht unproblematisch. Wir anerkennen zwar, dass diesbezüglich im SchKG ein gewisses Bedürfnis besteht. Dennoch müsste darüber besser im Rahmen der Revision des SchKG befunden und dann allenfalls das Vollstreckungsrecht entsprechend angepasst werden.

OW: Die Einführung der Vollstreckung öffentlicher Urkunden im Sinne von Art. 337 ff. ist zu begrüssen, zumal damit eine Vereinfachung der Verfahren und eine Entlastung der Gerichte erreicht wird. Allein es ist eine rechtspolitische Frage, ob eine rigorosere Vollstreckung wünschbar ist oder nicht. Es ist denkbar, dass Anbieter mit einer gewissen Marktbeherrschung die Erklärung nach Art. 338 lit. d routinemässig in die öffentliche Urkunde aufnehmen lassen, wodurch eventuell die Schutzwirkung dieser Voraussetzung unterlaufen wird. Möglicherweise bedarf dies noch einer vertieften Betrachtung.

SH: Die vorgeschlagene Lösung ist massvoll und praktikabel. Sie schafft ein Instrument, welches die meisten andern europäischen Staaten schon lange kennen. Die Betreibungsämter und die Gerichte werden entlastet.

SO: Dem Schuldner bleibt zur Abwendung dieses Schnellverfahrens nur die Möglichkeit einer Feststellungsklage auf Nichtbestand der Forderung. Dies bedeutet eine wesentliche Verschlechterung der Stellung eines Schuldners im Verfahren (Umkehrung der Klägerrolle). Die vollstreckbare öffentliche Urkunde würde

geradezu zum Missbrauch einladen. Ansprüche von Konsumenten und solche, die im vereinfachten Verfahren zu verfolgen sind, sind zwar vom Anwendungsbereich ausgenommen. Dennoch ist zu befürchten, dass sich vor allem kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) und schwächere Wirtschaftsparteien in Zukunft dem Druck mächtiger Vertragsparteien werden beugen müssen. Es muss nämlich angenommen werden, dass etwa die Banken kaum mehr Kredit an kleinere Kunden erteilen werden, sollte sich der Schuldner nicht der sofortigen Vollstreckung unterwerfen (vgl. Isaak Meier / Diana Mürner, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 99, Nr. 23, S. 597). Wir befürchten mit Meier / Mürner ebenfalls, dass auch andere marktmächtige Vertragspartner aus den Bereichen Dienstleistungen und Energie sich des neuen Instituts in einer Weise bedienen werden, welche den Nachfragern keine Ausweichmöglichkeit offenlässt. Wir lehnen somit dieses neue Institut entschieden ab.

SZ: Die Bevorzugung von öffentlichen Vollstreckungsurkunden gegenüber Urteilen ist nicht gerechtfertigt. Hingegen erscheint es richtig, die Besserstellung von ausländischen gegenüber inländischen Urkunden zu beseitigen, wobei die Vollstreckungsklausel im Kreditbereich ausgeschlossen werden sollte.

TI: Con l'introduzione dell'esecuzione diretta di documenti pubblici la Commissione peritale ha voluto allinearsi al sistema europeo e quindi anche alla Convenzione di Lugano (art. 50).

In sostanza il documento pubblico viene parificato ad una decisione cresciuta in giudicato e di conseguenza ne è facilitata l'esecuzione. Tuttavia la citata procedura semplificata non è applicabile alle procedure a carattere sociale.

VS: Articles 337 - 343: Nous sommes d'avis qu'il convient de biffer les dispositions sur l'exécution des titres authentiques.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Wir stehen der Einführung dieses für die Schweiz neuen Rechtsinstituts zurückhaltend gegenüber: Nachdem vorgesehen ist, den sog. schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen in die ZPO einzuführen (vgl. oben, Art. 266/267), scheint uns kein zwingender Bedarf für die Umgehung des Gerichtsverfahrens gegeben. Auf jeden Fall darf – sollten die Artikel 337 ff. tatsächlich in die ZPO Eingang finden – auch bei Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung in der öffentlichen Urkunde durch den oder die SchuldnerIn i.S. von Art. 338 lit. d in keinem Fall vom Vollstreckungsverfahren gemäss Art. 340 abgesehen werden, wie dies jedoch offenbar schon von verschiedener Seite gefordert wurde.

Als Folge unserer Forderung, für Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag (unabhängig von ihrem Streitwert) ebenfalls das vereinfachte Verfahren vorzusehen (vgl. Bemerkungen zu Art. 237), kann der Ausnahmekatalog in Art. 337 Abs. 2 entsprechend vereinfacht werden.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es ist zu begrüßen, dass neu auch in der Schweiz die Vollstreckung schweizerischer öffentlicher Urkunden ausdrücklich geregelt und somit die Selbstdiskriminierung der Schweiz gegenüber jenen ausländischen Staaten behoben wird, die dem Lugano-Übereinkommen beigetreten sind.

Wir befürworten, dass aus Gründen des Sozialschutzes Urkunden aus Leistungen im "Sozialprozess" sowie aus Konsumentenverträgen nicht als vollstreckbare öffentliche Urkunden errichtet werden können.

AVZH: Die "Einführung" einer vollstreckbaren Urkunde wird grundsätzlich begrüsst. Die vollstreckbare öffentl. Urkunde kann jede Art von Leistungen zum Gegenstand haben, mithin auch Geldforderungen und Forderungen auf Sicherheitsleistungen. Es fragt sich, ob im SchKG entsprechend auf ZPO verwiesen werden sollte.

GGD ZH: Weshalb wird in *Abs. 2 lit. a* die Bestimmung von Art. 237 lit. d ausgenommen? Dort geht es um das Auskunftsrecht gegenüber dem Inhaber einer Datensammlung. Mit Blick auf den Sozialschutz ist hier kein Schutzbedürfnis erkennbar. Art. 237 lit. d sollte aus dem Ausnahmekatalog entfernt werden.

Müsste ferner der Ausschluss nicht generell auf die Leistungspflichten der in der Regel "schwächeren" Partei begrenzt werden (vgl. Art. 31)?

MV: Zu Abs. 2: Wir begrüssen, dass Mietverträge vom Geltungsbereich über vollstreckbare öffentliche Urkunden ausgenommen werden. Zu synallagmatischen Verträgen und insbesondere zu einem Dauerschuldverhältnis wie die Miete passt dieses Institut offensichtlich nicht. Zudem würde dadurch der Sozialschutz unterlaufen, wie der Bericht zu Recht hervorhebt.

OGZH: VE Art. 337 ff. vollstreckbare öffentliche Urkunden: allgemeines. Ob für das neue Institut ein Bedürfnis besteht, vermögen wir nicht zu beurteilen. Der Hinweis des Berichtes darauf, dass die Schweiz bereits solche Urkunden vollstreckt, und dass sie im benachbarten Ausland weit verbreitet sind, spricht für ihre Einführung. Es darf auch darauf hingewiesen werden, dass der (heute kaum mehr gebräuchliche) Wechsel früher in einem gewissen Umfang die Funktion der Unterwerfung des Schuldners unter die Vollstreckung erfüllte; insofern ist der Gedanke nicht völlig neu. Wie die Praxis das Institut aufnimmt, wird sich zeigen. Wichtig scheint uns der Hinweis im Bericht zu VE Art. 343, dass in jedem Fall die negative Feststellungsklage zur Verfügung steht. Bei einer anderen als einer Geldleistung dürfte analog zu Art. 85a SchKG als vorsorgliche Massnahme die vorläufige Einstellung der Vollstreckung in Frage kommen.

Vielleicht sollte klar gestellt werden, dass die gerichtliche Beurteilung nach dem Muster von SchKG 85a verlangt werden kann, ohne dass es eines besonderen Feststellungsinteresses im Sinne von VE 78 bedarf.

Vorschlag:

*(Art. 343)*

*(1. Satz unverändert) Insbesondere kann die verpflichtete Partei bis zur Vollstreckung jederzeit auf Feststellung klagen, dass der Anspruch der berechtigten Partei aufgrund der öffentlichen Urkunde nicht besteht.*

SchKG-Vereinigung:

1. Die Einführung einer vollstreckbaren Urkunde in das Schweizer Recht ist wünschenswert

Es ist sinnvoll, dass es den Parteien freigestellt wird, die Stellung des Gläubigers zu verbessern, wenn der Schuldner vor einem Notaren zum Voraus auf gewisse Rechtsmittel verzichtet. Das Vollstreckungsrecht hat das Privatrecht zu

verwirklichen und dieses basiert auf dem Grundgedanken der Privatautonomie. Dass damit kein Missbrauch getrieben wird, ergibt sich zum einen daraus, dass im Bereich des sozialen Privatrechts inklusive der Konsumentenstreitigkeiten die öffentliche Urkunde nicht zulässig sein soll und zum anderen aus der Belehrungspflicht des Notars, welcher den Schuldner auf die rechtlichen Konsequenzen hinweisen muss.

Nicht richtig ist es, gegen die öffentliche Urkunde in das Feld zu führen, sie sei unsozial, weil dem Schuldner damit Verteidigungsmöglichkeiten genommen werden. Die lange Verfahrensdauer im schweizerischen Vollstreckungsrecht hat ihre Ursachen nicht darin, dass der Gesetzgeber dem Schuldner möglichst lange Zahlungsfristen setzen wollte (so beträgt z.B. die Zahlungsfrist in einem Zahlungsbefehl nur 20 Tage, Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), sondern dass die notwendigen gerichtlichen Verfahren, welche den Rechtsschutz des Schuldner sichern sollen, (zu) lange dauern. Es ist sinnvoll, diese gerichtlichen Verfahren abzukürzen, wenn der Schuldner, aufgeklärt durch einen Notaren, erklärt hat, zum Teil hierauf zu verzichten.

Schweizerische öffentliche Urkunden sollten unter dem Lugano Übereinkommen im Ausland vollstreckt werden können, wie wir ausländische Urkunden in der Schweiz vollstrecken müssen.

Schliesslich ermöglicht die vollstreckbare öffentliche Urkunde auch eine qualifizierte Vollstreckung von Leistungspflichten, die nicht auf Geldzahlungen gehen, da hierfür die provisorische Rechtsöffnung nicht zur Verfügung steht.

## 2. Der Vorschlag des Vorentwurfes ist nicht kompatibel mit dem System unseres Zwangsvollstreckungsrechts

Öffentliche Urkunden dürfen nicht besser gestellt werden als Urteile.

## 3. Die definitive Rechtsöffnung ist bei der Vollstreckung von Urteilen beizubehalten

Unser System hat sich seit 1889 bewährt und ist in der Bevölkerung weitherum akzeptiert.

Ansonsten müssten sämtliche Fragen, die heute bei einer definitiven Rechtsöffnung entschieden werden, bei Aufhebung der definitiven Rechtsöffnung von den Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren gegen die Pfändungsankündigung resp. die Konkursandrohung und die Verwertung im Pfandverwertungsverfahren beurteilt werden. Es würde somit bloss eine Verschiebung der Fälle vom Rechtsöffnungsrichter zur Aufsichtsbehörde geben.

Schliesslich hat jeder Gläubiger die Möglichkeit, bevor er einen Prozess beginnt, eine Betreuung einzuleiten und dann, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat, im materiellen Prozess gleichzeitig den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen, womit sich eine separate Rechtsöffnung erübrigt (Art. 79 SchKG).

## 4. Bei Zivilurteilen sollte die Position des Gläubigers verstärkt werden

Auf Grund des Lugano-Übereinkommen kann bei einem ausländischen Urteil unmittelbar nach dem erstinstanzlichen Exequaturentscheid, welcher ohne Anhörung des Schuldners erfolgt (Art. 34 LugÜ) der Gläubiger Sicherungsmassnahmen verlangen (Art. 39 Abs. 2 LugÜ). Dadurch werden bei einer Voll-

streckung in der Schweiz ausländische "Lugano"-Urteile besser gestellt als inländische.

Dieses Problem könnte dadurch gelöst werden, wenn man das SchKG in dem Sinne anpassen würde, dass bei Vorliegen eines inländischen Zivilurteils der Gläubiger Sicherungsmassnahmen verlangen kann, bevor er eine Betreibung einleitet. In dem man diese Sicherungsmassnahmen genauer definieren würde, könnte der Gesetzgeber hierbei auch die längst fällige Anpassung an das Lugano-Übereinkommen vornehmen und die höchst umstrittene Frage entscheiden, wie diese Sicherungsmassnahmen auszugestalten seien.

#### 5. Die vollstreckbare öffentliche Urkunde als Titel zur definitiven Rechtsöffnung

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde sollte eingeführt und den Zivilurteilen gleichgestellt werden. Dies würde bedeuten, dass für vollstreckbare öffentliche Urkunden nach dem Einleitungsverfahren mit Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss SchKG die definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann.

In einem zweiten Schritt, der parallel erfolgen kann, jedoch nicht muss, wäre das SchKG zu ändern und dem Gläubigern aus Zivilurteilen und vollstreckbaren öffentlichen Urkunden das Recht zu geben, Sicherungsmassnahmen zu verlangen.

Da der Schuldner jedoch Anspruch hat, dass der Anspruch materiell überprüft wird, kann er nach Erteilung der definitiven Rechtsöffnung die negative Feststellungswiderklage gemäss Art. 85a SchKG erheben und dort die materiellen Einwendung vorbringen, die im Rechtsöffnungsverfahren nicht zugelassen waren. Die negative Feststellungsklage des Schuldners kann auf dem Wege der Klagänderung in eine Rückforderungsklage umgewandelt werden, wenn keine aufschiebende Wirkung gewährt und die Vollstreckung zu Ende geführt wurde.

#### 6. Verzicht auf Vollstreckbarerklärung durch Notar

In dieser Konzeption könnte auf die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notaren verzichtet werden, da der Rechtsöffnungsrichter die Fälligkeit des Anspruches sowie die übrigen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit frei überprüfen kann. Über diese Fragen muss nämlich der Schuldner angehört werden und dies kann nur im Rechtsöffnungsverfahren, nicht aber vor dem Notaren geschehen, da dieser kein kontradiktorisches Verfahren durchführt.

Die Prüfung der Fälligkeit widerspricht auch nicht der Natur des definitiven Rechtsöffnungsverfahrens, da dies de lege lata auch bei suspensiv bedingten Urteilen geschieht. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar hat somit keine eigenständige Funktion.

Eine andere Frage ist, ob der Schuldner einer nicht fälligen Forderung in der öffentlichen Urkunde darauf verzichten kann, dass in der Rechtsöffnung die Fälligkeit überprüft wird. Dies sollte ausgeschlossen werden, denn der Verzicht auf eine künftige Einrede, ohne zu Wissen, wie dannzumal die Sachlage sein wird, geht zu weit.

#### 7. Stellung von Singular und Universalsukzessoren

Falsch ist die Bemerkung im Begleitbericht, wonach die vollstreckbare Ausfertigung nicht für Rechtsnachfolger ausgestellt werden dürfe. Es gelten hier die all-

gemeinen Regeln, die für die Rechtsnachfolger bei definitiven Rechtsöffnungstiteln entwickelt wurden (vgl. SCHKG-D. STAEHELIN, Art. 8 N 35.)

SNV: Im französischen Titel sollte nicht von "titres" authentiques, sondern von "actes" authentiques die Rede sein, auch wenn diese in der Folge in der ZPO als Vollstreckungstitel qualifiziert werden.

Uni LA: Le caractère immédiatement exécutoire des titres authentiques est une innovation probablement malheureuse de l'AP. Bien qu'une institution de ce type ait été connue au XIX<sup>e</sup> siècle dans certains cantons, notamment romands, elle a été abrogée par l'entrée en vigueur de la LP et est devenue profondément étrangère au droit suisse. Les arguments en faveur de cette introduction, tirés du droit étranger et de la Convention de Lugano, ne convainquent pas. En effet, les droits européens qui connaissent le titre authentique exécutoire l'intègrent dans un système d'exécution forcée très différent du nôtre. En droit suisse, c'est dans le système de la LP et des différentes sortes de mainlevée que la question devrait être réglée (même s'il en existe des exemples, les cas où l'exécution d'un titre authentique ne porte pas sur une prestation en argent sont statistiquement mineurs).

On propose dès lors la suppression pure et simple des art. 337 à 343 AP. Subsidièrement, il faudrait au moins modifier très sensiblement la conception proposée: La seule réserve d'une action en annulation de la poursuite ou en restitution de l'indu ne suffit pas lorsque l'acte authentique en particulier souffre d'un vice de forme ou encore d'un vice matériel (p. ex.: ATF 127 III 148, rés. JdT 2001 I 263), soit les cas où le contrat est nul et de nul effet. Même si le rapport des experts admet qu'en matière d'actes authentiques il n'y a pas de "res iudicata", contrairement aux cas de la mainlevée définitive, il n'aligne pas pour autant ces titres sur la procédure judiciaire de mainlevée. Tout au contraire, l'examen de l'autorité qui doit délivrer l'exequatur paraît-il limité aux conditions de celle-ci, au nombre desquels l'absence de vice de forme ne figure pas; il est tout au contraire souhaitable que la liste de l'art. 338 soit allongée par une disposition spécifique obligeant à vérifier l'absence de tels vices, et cela sans préjuger encore d'une décision à venir du juge civil. En tout état de cause, un contrôle de ses éventuelles propres carences par l'officier public lui-même ne pourrait être justifiable, ne serait-ce que pour des raisons constitutionnelles (*contra*, K. SPÜHLER, "Die neue schweizerische ZPO", Bâle 2003, p. 79).

Uni NE: A notre sens, introduire une procédure spéciale en matière d'exécution de titres authentiques ne se justifie pas. Cette question aurait du être traitée dans le cadre de la révision totale de la LP. Les possibilités offertes par la loi pour la poursuite et pour dettes et la faillite sont clairement suffisantes. Par ailleurs, les conditions d'exécution pourrait donner lieu à des discussions sans fin, et il ne sera pas rare qu'une partie, même en dehors des cas de la consommation courante subisse les conséquences de l'exécution des titres authentiques. Ainsi il est fort probable que de très nombreux contrats bancaires et d'assurance soient revêtus d'une telle clause qui pourrait se révéler hautement préjudiciable pour de nombreux particuliers. Ce chapitre devrait être purement et simplement biffé à notre avis.

VSGV: ad Art. 337 bis 343 VE ZPO (Vollstreckung öffentlicher Urkunden): Nachdem im Ausland positive Erfahrungen mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gemacht worden sind und wir gestützt auf das internationale Privatrecht gemäss Luganoübereinkommen diese Urkunden in der Schweiz vollstrecken

müssen, scheint uns die Einführung des Institutes für angebracht. Wir sehen allerdings eine praktische Bedeutung nur im Bereiche der Vollstreckung von Geldforderungen. Im Immobiliarsachenrecht scheint uns dieses Institut kaum etwas zu bringen. Denn bei einem Prozess besteht die Möglichkeit entweder einen extratabularen Rechtsübergang durch ein Gestaltungsurteil zu erhalten oder aber in aller Regel ein Leistungsurteil zu erwirken (Abgabe einer Willenserklärung, wobei das Urteil die Erklärung ersetzt). Dabei kann das urteilende Gericht die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (Grundbuchanmeldung) anordnen. Damit besteht hier praktisch kein Bedürfnis für eine vollstreckbare öffentliche Urkunde; umso mehr als nach Art. 343 eine gerichtliche Beurteilung der Sache so oder so vorbehalten bleibt, die Sache somit in die Länge gezogen werden kann.

#### Art. 338

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

LU: Der zweite Satz von Artikel 338d VE-ZPO ist unseres Erachtens überflüssig. Es ergibt sich ohne weiteres aus dem übrigen Gesetzestext, dass die Erklärung der verpflichtenden Partei, wonach sie die unmittelbare Vollstreckung anerkennt, öffentlich zu beurkunden ist. Der nochmalige Hinweis darauf ist verwirrend.

Sinnvollerweise sind wohl sämtliche Elemente, aufgrund derer eine öffentliche Urkunde vollstreckbar ist, in einer einzigen öffentlichen Urkunde enthalten (auch die im Bericht zum Vorentwurf aufgeführten Beispiele gehen von dieser Annahme aus).

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es ist zu begrüßen, dass die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde einzeln aufgeführt werden. Insbesondere ist auch richtig, dass der Rechtsgrund der Leistung in der Urkunde erwähnt werden muss, und somit ein abstraktes Schuldversprechen nicht als vollstreckbare öffentliche Urkunde genügt.

AVLU: Die Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde wird grundsätzlich begrüßt. Art. 338 Unterabs. d ist jedoch unklar. Dass die Erklärung der verpflichteten Partei, wonach sie die unmittelbare Vollstreckung anerkennt, öffentlich zu beurkunden ist, ist selbstverständlich und ergibt sich ohne weiteres aus dem übrigen Gesetzestext. Der nochmalige Hinweis in Unterabs. d, dass diese Erklärung der öffentlichen Beurkundung bedarf, ist verwirrend. Sinnvollerweise sind wohl sämtliche Elemente, aufgrund derer eine öffentliche Urkunde vollstreckbar ist, in einer einzigen öffentlichen Urkunde enthalten. Auch die im Bericht zum Vorentwurf angeführten Beispiele einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gehen von einer einzigen Urkunde aus. Der zweite Absatz von Unterabs. d erscheint daher überflüssig.

GGD ZH: In *lit. a* sollte der Ausdruck "genügend bestimmt" durch den klareren Begriff "bestimmbar" ersetzt werden.

In *lit. a und b* sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die betreffenden Punkte in der Urkunde enthalten sein müssen (vgl. *lit. c und d*).

*Lit. d* kann einfacher formuliert werden:

*Art. 338 Voraussetzungen*

*Eine öffentliche Urkunde ist vollstreckbar, wenn:*

- a. die geschuldete Leistung bestimmt oder bestimmbar ist;*
- b. die verpflichtete Person die geschuldete Leistung in der Urkunde anerkannt hat;*
- d. die verpflichtete Person in der Urkunde ausdrücklich erklärt hat, dass sie die unmittelbare Vollstreckung anerkennt.*

SNV: Wenn im französischen Text im ersten Satz von *acte authentique* die Rede wäre statt von *titre authentique*, so wäre der letzte Satzteil von Buchstaben d ("*cette déclaration...*") nicht mehr nötig, weil selbstverständlich. Im deutschen Text ist dieser Satzteil ohnehin nicht nötig.

Zu *lit. d*: Der deutsche Ausdruck "unmittelbar" muss mit "directe" und nicht mit "immédiate" übersetzt werden. "Immédiate" stimmt insofern nicht, als die Vollstreckung erst nach dem Fälligkeitsdatum erfolgen kann, also nicht unbedingt sofort.

Art. 339

*Kantone / Cantons / Cantoni*

GR: Gemäss Entwurf muss der Notar bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde mit dem Schuldner das Vorhandensein mehrerer Voraussetzungen und bei Ausstellung der Vollstreckungsklausel an den Gläubiger das Fehlen mehrerer Hindernisse prüfen (Art. 338 und Art. 339 Abs. 1 VE). Aus diesen Bestimmungen geht jedoch nicht hervor, wie weit in unklaren Fällen die Prüfungspflicht des Notars geht. Ebenfalls unklar erscheint, weshalb die vollstreckbare Ausfertigung nur dem in der öffentlichen Urkunde bezeichneten Berechtigten und nicht auch seinem Rechtsnachfolger ausgestellt werden darf.

LU: Abs. 1b: Unklar ist, was unter den anderen Gründen, "welche die Vollstreckung offensichtlich ausschliessen", zu verstehen ist, zumal sich auch der Bericht der Expertenkommission darüber ausschweigt. Die Urkundsperson soll unseres Erachtens lediglich die formellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit prüfen müssen. Artikel 399 Absatz 1b VE-ZPO ist deshalb zu streichen.

Abs. 2: Der Urkundsperson kann nicht zugemutet werden, Abklärungen über den aktuellen Wohnsitz bzw. Sitz der verpflichteten Partei zu treffen. Es muss deshalb genügen, wenn die Kopie der Urkunde mit Vollstreckungsklausel an die in der ursprünglichen Urkunde festgehaltene Adresse zugestellt wird. Entsprechend ist Artikel 339 Absatz 2 VE-ZPO zu präzisieren.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Wir halten es sachlich nicht für überzeugend und aus dem Gesetzestext auch nicht ersichtlich, dass die Vollstreckungsklausel nur für den ursprünglichen Gläubiger ausgestellt werden kann, nicht aber einem Rechtsnachfolger (Erben oder Zessionar).

Allenfalls wäre in der Bestimmung noch klarer festzuhalten, dass die Urkundsperson keinerlei Kognition betreffend Vollstreckbarkeit, noch materieller Begründetheit der Urkunde hat.

AVLU: Diese Bestimmung auferlegt der Urkundsperson zu weitgehende Pflichten. Es ist nicht klar, was unter den in Abs. 1 lit. d erwähnten anderen Gründen, "welche die Vollstreckung offensichtlich ausschliessen", zu verstehen ist. Die Urkundsperson soll lediglich die formellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit prüfen müssen. Abs. 1 lit. b ist daher zu streichen.

Im Weiteren kann der Urkundsperson auch nicht zugemutet werden, Abklärungen über den aktuellen Wohnsitz bzw. Sitz der verpflichteten Partei zu treffen. Es muss genügen, wenn die Kopie der Urkunde mit Vollstreckungsklausel an die in der ursprünglichen Urkunde festgehaltenen Adresse zugestellt wird. Art. 339 Abs. 2 ist entsprechend zu präzisieren.

AVZH: Es ist nicht erforderlich, dass die Vollstreckungsklausel von der Urkundsperson ausgestellt werden muss, "welche die öffentliche Urkunde abgefasst hat". Dieser Satzteil in Abs. 1 sollte gestrichen werden.

Art. 338 enthält die abschliessend aufgezählten Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde. Art. 339 Abs. 1 lit. b ist unklar. Denn es ist darauf hinzuweisen, dass die Vollstreckung gestützt auf eine "vollstreckbare öffentliche Urkunde" nach Art. 340 ein gerichtliches Summarverfahren voraussetzt, in welchem dem Schuldner das rechtliche Gehör gewährt wird.

Vorschlag Art. 339 Abs. 1 lit. b: *streichen*

GGD ZH: Dass nur der ursprüngliche Gläubiger eine Ausfertigung mit Vollstreckungsklausel verlangen kann - so der Bericht - kommt im Wortlaut nicht zum Ausdruck. Gleiches gilt für die Ausführung im Bericht, wonach der Notar die Urkunde aufbewahren muss. Beides sollte im Wortlaut geklärt werden.

*Art. 339 Vollstreckungsklausel*

<sup>1</sup> *Die Urkundsperson, welche die öffentliche Urkunde abgefasst hat, bewahrt diese auf. Auf Antrag der in der Urkunde genannten\_berechtigten Person stellt sie eine Ausfertigung der Urkunde mit Vollstreckungsklausel aus, es sei denn:*

*lit. a und b unverändert.*

<sup>2</sup> *[...]*

Uni BE: Doppelter Gang zum Notar oder Streichung von Art. 340? Der doppelte Gang zum Notar ist nicht nötig, weshalb Art. 339 zu streichen ist. Des weiteren ist eine *Vollstreckungsgegenklage* aufzunehmen, da dies der Rechtsschutz des Schuldners so erfordert (Art. 343 ist insoweit ungenügend, jedenfalls nicht klar genug).

SNV: Ad 339 Abs. 1: Im französischen Text sollte von "partie créancière" die Rede sein, da auch ein Erbe oder Zessionar ein "ayant-droit" ist. Zudem ist nicht klar, weshalb einem Erben oder Zessionar nicht auch eine vollstreckbare Ausfertigung ausgestellt werden soll, sofern dessen Qualität vom Notar festgestellt wird. Der Notar wird sich ja hüten, eine solche Feststellung zu machen, wenn er sich dessen nicht ganz sicher ist.

Weiter ad 339 Abs. 1: Es ist hier von Ausfertigungen die Rede. Allerdings ist dieser Begriff nicht im Notariatsrecht jedes Kantons bekannt. Denn er basiert auf der Annahme, dass eine (einzige) von den Parteien und dem Notar unterzeichnete Urschrift erstellt wird, welche in eine Urschriftensammlung (beim Notar, bei einer Registerbehörde) integriert wird. Für den Rechtsverkehr bzw. für jede in der Urschrift als Empfänger des Dokuments vorgesehene Personen bzw. jedes Amt wird dann vom Notar allein (also ohne Mitwirkung der Parteien)

in einem besonderem Verfahren eine individuelle bzw. identifizierbare Abschrift erstellt. In einigen Kantonen wird aber die Urschrift nicht beim Notar aufbewahrt bzw. es gibt gar nichts, was diesem Begriff entspricht, indem die Parteien und eventuell die weiteren Destinatäre je ein original unterzeichnetes Exemplar oder eine beglaubigte Kopie erhalten. In diesen Kantonen ist der Begriff der Ausfertigung gar nicht bekannt. Am besten würde man deshalb wohl generell von beglaubigter Kopie sprechen.

Ad 339 Abs. 2: Auch hier wäre besser von beglaubigter Kopie die Rede. Im übrigen ist vielleicht zu präzisieren, dass der Titel auch dann vollstreckbar ist, wenn eine Zustellung an den Schuldner nicht erfolgt bzw. aus irgend einem Grund nicht erfolgen kann.

#### Art. 340

##### *Organisationsen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es ist zu begrüßen, dass die berechtigte Person direkt an das Vollstreckungsgericht gelangen kann und für das Verfahren die Artikel 327 bis 331 und 336 sinngemäss Anwendung finden.

economiesuisse: Grundsätzlich begrüßen wir die Möglichkeit, öffentliche Urkunden zügig vollstrecken zu können. Dabei stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob die Einschaltung eines Vollstreckungsgerichts wirklich nötig und sinnvoll ist. Der Nutzen der öffentlichen Vollstreckungsurkunde, namentlich der Verzicht auf das betriebsrechtliche Einleitungsverfahren bei Geldleistungen, geht leicht wieder verloren, wenn der aus der Urkunde Berechtigte zunächst beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einreichen muss und der Entscheid des Vollstreckungsgerichts mit Rekurs angefochten werden kann. Der Verzicht auf dieses besondere Gerichtsverfahren setzt jedoch voraus, dass die materielle Prüfungskompetenz der Urkundsperson entsprechend erweitert wird. Der aus der Urkunde Verpflichtete ist nach unserer Auffassung dann auch ohne dieses Verfahren hinreichend geschützt, trifft doch die Urkundsperson bei der Ausstellung eine Prüfungspflicht und verhindert doch Art. 337 Abs. 2 des Vorentwurfes, dass mit der öffentlichen Vollstreckungsurkunde der soziale Zivilprozess unterlaufen wird.

SwissBanking: Grundsätzlich begrüßen wir die Möglichkeit, öffentliche Urkunden zügig vollstrecken zu können. Dabei stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob die Einschaltung eines Vollstreckungsgerichts wirklich nötig und sinnvoll ist. Der Nutzen der öffentlichen Vollstreckungsurkunde, namentlich der Verzicht auf das betriebsrechtliche Einleitungsverfahren bei Geldleistungen, geht leicht wieder verloren, wenn der aus der Urkunde Berechtigte zunächst beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch einreichen muss und der Entscheid des Vollstreckungsgerichts mit Rekurs angefochten werden kann. Der Verzicht auf dieses besondere Gerichtsverfahren setzt jedoch voraus, dass die materielle Prüfungskompetenz der Urkundsperson entsprechend erweitert wird. Der aus der Urkunde Verpflichtete ist nach unserer Auffassung dann auch ohne dieses Verfahren hinreichend geschützt, trifft doch die Urkundsperson bei der Ausstellung eine Prüfungspflicht und verhindert doch Art. 337 Abs. 2 des Vorentwurfes, dass mit der öffentlichen Vollstreckungsurkunde der soziale Zivilprozess unterlaufen wird.

## Art. 341

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Una volta accolta la domanda d'esecuzione del documento pubblico, l'avente diritto di una prestazione di denaro può chiedere direttamente il pignoramento, rispettivamente la comminatoria di fallimento, rispettivamente la realizzazione del pegno. In altre parole, la soluzione del Progetto permette di passare subito alla "fase esecutiva" senza dovere preliminarmente spiccare PE e sottostare alla procedura di rigetto.

Per quanto riguarda invece le prestazioni non in denaro, si applicano per analogia gli art. 332, 334, 335 (cpv. 2).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Systematisch gehörte diese Bestimmung ins SchKG. Und terminologisch sollte der Gläubiger bloss das Fortsetzungsbegehren entsprechend den Bestimmungen des SchKG stellen müssen.

Grundsätzlich erachten wir es aber als fragwürdig, die vollstreckbaren Urkunden über eine Geldleistung nicht einfach Urteilen gleichzustellen (etwa durch eine Revision von Art. 80 Abs. 2 Ziffer 1 SchKG) und damit vorzusehen, dass das Einleitungsverfahren nach SchKG auch bei diesen Urkunden zu absolvieren ist. Art. 340 würde dann nur für die vollstreckbaren Urkunden über andere als Geldleistungen gelten.

KBK: Als berufsmässige Anwender des SchKG können wir uns überhaupt nicht mit Art. 341 Abs. 1 VE abfinden. Dass mit einer öffentlich beglaubigten Urkunde *ohne vorgängige Betreuung* (präziser wäre wohl *ohne vorgängigen Zahlungsbefehl*) sofort die Fortsetzung der Betreuung verlangt werden könnte, widerspricht der bisherigen schweizerischen Rechtstradition und vor allem dem SchKG. Es ist weder ersichtlich noch begründet, wieso eine öffentlich beglaubigte Urkunde besser gestellt sein sollte als ein rechtskräftiges Urteil oder ein rechtskräftiger Verwaltungsentscheid; ist eine Urkundsperson höher einzustufen als ein Richter? Das rechtskräftige Urteil berechtigt nämlich nicht zur sofortigen Fortsetzung ohne vorangehenden Zahlungsbefehl, sondern ist lediglich ein definitiver Rechtsöffnungstitel für den Fall, dass der Schuldner Rechtsvorschlag erheben sollte. Der bisher geltende Grundsatz, dass jede Zwangsvollstreckung einer Geldforderung mit einem Zahlungsbefehl beginnt, gegen den der Schuldner Rechtsvorschlag erheben kann, und dass die Beseitigung des Rechtsvorschlages dem - summarischen oder ordentlichen - Richter vorbehalten bleibt, sollte unbedingt beibehalten werden. *Eine derartige Privilegierung der öffentlichen Urkunde lehnen wir entschieden ab.*

Die Behauptung auf Seite 15 letzter Absatz des Berichts zum Vorentwurf der Expertenkommission, die sog. *vollstreckbare öffentliche Urkunde* passe sich an das bewährte System des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts an, trifft nicht zu. Auch die Ausführungen auf Seite 160 zu Art. 341 VE sind eher dürftig und enthalten keine Begründung.

Dagegen könnten wir uns durchaus vorstellen, dass die öffentliche Urkunde in Analogie zu einem rechtskräftigen Urteil oder Verwaltungsentscheid als *definitiver Rechtsöffnungstitel* betrachtet werden könnte.

Art. 342

Art. 343

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- BE: Die als schweizerisches Institut neu vorgeschlagene vollstreckbare öffentliche Urkunde mag einem Bedürfnis entsprechen. Ob es aber richtig ist, den Weg nur halb zu gehen und in Art. 343 "die gerichtliche Beurteilung der Verpflichtung (...) in jedem Fall" vorzubehalten und die Urkunde auf diese Weise in ihrem Wert zu beschneiden, ist fraglich.
- BS: Sollte das Gericht zur Beurteilung der aus der zur Vollstreckung gebrachten öffentlichen Urkunde fließenden Verpflichtung angerufen werden, so sollte analog zu Art. 85a SchKG die Möglichkeit bestehen, die Einstellung der Vollstreckung oder die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen zu verlangen. Dies im Sinne einer Schutzmassnahme für die schwächere Vertragspartei, die künftig wohl durch Formularverträge (AGB) zur Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung mittels öffentlicher Urkunde verpflichtet werden dürften.
- TI: La decisione emessa nel quadro dell'esecuzione dei documenti pubblici non crea effetto di res iudicata: alla parte obbligata è pertanto riservata la facoltà di una "contro-azione", ad esempio un'azione di accertamento negativa.

**Schiedsgerichtsbarkeit / Arbitrage / Arbitrato**

Art. 344

*Kantone / Cantons / Cantoni*

- BS: Allgemein: Die vorgeschlagene Regelung kann als Verbesserung der heute geltenden Normierung des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 bezeichnet werden. Als Neuerungen sind insbesondere zu begrüßen, dass die Schiedsgerichte die Möglichkeit erhalten, vorsorgliche Verfügungen zu erlassen (Art. 364), und dass sie zur Beurteilung von verrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderungen zuständig erklärt werden (Art. 367).

Art. 144: Die Trennung der Regelungen für die "Binnenschiedsgerichtsbarkeit" im Vorentwurf der schweizerischen Zivilprozessordnung und für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) wirkt schwerfällig und kompliziert. Es sollte nochmals geprüft werden, ob nicht eine Regelung aller Schiedsverfahren in der Zivilprozessordnung (allenfalls mit Ausnahmeregelungen für internationale Schiedsgerichte) möglich ist. Zum einen ist es nämlich von recht zufälligen Voraussetzungen abhängig, welche Regelung Geltung hat: Es kommt darauf an, ob sämtliche Parteien des Verfahrens im Moment der Vereinbarung der Schiedsklausel in der Schweiz wohnen oder nicht (Art. 344 i.V. mit Art. 176 Abs. 1 IPRG). Zum anderen lässt sich feststellen, dass die Unterschiede in den Regelungen des Vorentwurfes für die schweizerische Zivilprozessordnung und des IPRG nicht sehr markant sind. Soweit Sonderwünsche der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu berücksichtigen sind, könnten diese in Spezialbestimmungen normiert werden. Will man nicht so weit gehen, wäre jedenfalls darauf zu achten, dass die Parteien

die Möglichkeit haben, sich für die eine oder für die andere Regelung zu entscheiden (was der Entwurf mit der Streichung des geltenden Art. 176 Abs. 2 IPRG just verbieten will).

JU: Nous n'avons pas de remarques à émettre sur les dispositions proposées par la commission d'experts pour remplacer le concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969.

NW: Beim 3. Teil des VE ZPO, der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, handelt es sich grundsätzlich um ein eigenes Gesetz. Es sei hier zumindest die Frage aufzuwerfen, ob die Binnenschiedsgerichtsbarkeit nicht in einem separaten Erlass geregelt bzw. die bestehende Regelung beibehalten werden sollte, statt dieses Thema in den VE ZPO zu integrieren.

TI: Questi articoli riprendono in sostanza il Contenuto del Concordato intercantonale sull'arbitrato. Vi sono però anche degli aspetti dedotti dal Capitolo XII LDIP, il che è una costante dell'intera parte terza relativa all'arbitrato interno. Occorre allora sottolineare la necessità di fare grande attenzione nel garantire la coerenza e il funzionamento del sistema.

L'indirizzo dato dal Progetto all'arbitrato interno è, come detto, ispirato dal Concordato e dalla LDIP. Ci si potrebbe chiedere se non fosse stato il caso di prendere in maggiore considerazioni anche altre possibili fonti, ad esempio il modello UNCITRAL.

#### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Entgegen der im Erläuternden Bericht S. 165 vertretenen Auffassung ziehen wir es vor, die zwingenden Vorschriften betreffend Schiedsvereinbarung und -verfahren aus dem Konkordat in die ZPO-CH zu übernehmen: Kleine und mittlere Unternehmungen sollten eine Schiedsvereinbarung auch ohne Mitwirkung von AnwältInnen abschliessen können; ihnen würde dabei die Arbeit erleichtert, wenn sie bereits dem Gesetz entnehmen könnten, welche Bestimmungen zwingend sind.

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Den grundsätzlichen Überlegungen zum 3. Teil (Binnenschiedsgerichtsbarkeit) des ZPO-VE (vgl. S. 163/164 des Berichtes der Expertenkommission) ist im Wesentlichen zuzustimmen. Insbesondere erscheint als überzeugend, dass der Teil über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit als autonomer, von den übrigen Bestimmungen der ZPO unabhängiger Teil gestaltet wird.

Dass der Dualismus zwischen internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und nationaler Schiedsgerichtsbarkeit fortgeführt werden soll, hat den Nachteil, dass zuweilen - wenn auch selten - Abgrenzungsprobleme auftreten (vgl. BGE vom 24.06.2002, 4P54//2002 mit Anmerkungen von Prof. François Knoepfler, ASA Bulletin 2003, S. 131ff. und 137ff.). Dieser Nachteil ist in Kauf zu nehmen, da weder die Übernahme des 12. Kapitels des IPRG als Regelwerk für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit noch die Anpassung jener Bestimmungen an die Bedürfnisse der Binnenschiedsgerichtsbarkeit ernsthaft in Betracht zu ziehen sind.

Auf der Basis dieser Entscheidung für die Fortsetzung des Dualismus überzeugt der Vorschlag der Expertenkommission, für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit

nicht das Uncitral-Modellgesetz, sondern in erster Linie das Konkordat als Grundlage zu verwenden.

Der im Bericht kurz erläuterte Verzicht auf die Aufzählung der zwingenden Bestimmungen überzeugt im Ergebnis ebenfalls. Nicht einzuleuchten vermag andererseits, dass dispositive Bestimmungen nicht durchwegs durch einen Hinweis auf die Zulässigkeit abweichender Parteivereinbarungen bezeichnet werden, sondern dass die zwingende oder dispositive Natur einer Bestimmung offenbar - jedenfalls in Bezug auf einen Teil der Bestimmungen - ohne die Hilfe eines ausdrücklichen Vorbehalts durch Auslegung zu eruieren ist. Vorzuziehen wäre, dass die Hinweise auf die dispositive Natur der Gesetzesbestimmungen nicht nur einzelne, sondern alle diesbezüglichen Bestimmungen kennzeichnen.

ASA: Par souci de cohérence, il paraît juste de définir le champ d'application de la partie 3 de la PCS par référence à la définition d'arbitrage international utilisée dans la LDIP. Cette dernière définition se fonde sur une approche objective (domicile des parties) et non pas subjective (internationalité du litige). Il en résulte qu'un litige matériellement international (par exemple un litige résultant d'un contrat exécuté à l'étranger conclu entre une société suisse et une filiale suisse d'un groupe étranger) peut parfois être soumis au droit interne. Selon les situations, cela peut s'avérer inadéquat. Outre l'hypothèse citée, on mentionnera, à titre d'exemple, l'arbitrage en matière sport, où la Suisse joue un rôle prépondérant au niveau mondial, comme le Tribunal Fédéral l'a encore récemment souligné [référence] En droit du sport, l'égalité de traitement des athlètes est un principe fondamental. Or, la délimitation entre arbitrage interne et arbitrage international, telle qu'elle est actuellement proposée, risque de violer ce principe fondamental. Ainsi, un arbitrage concernant un litige entre une fédération internationale établie en Suisse (il y en a beaucoup) et un athlète de niveau international domicilié en Suisse est un arbitrage interne, même si l'athlète est de nationalité étrangère et que le litige concerne des compétitions qui ont lieu en-dehors de Suisse. En revanche, un litige identique entre la même fédération et un athlète domicilié à l'étranger donnera lieu à un arbitrage international. Ainsi, un des deux athlètes disposera de deux instances de recours contre la sentence et du grief de l'arbitraire, alors que l'autre n'aura à disposition que l'ordre public, grief beaucoup plus restreint, et une seule instance, pour ne mentionner que ces différences-là entre la LDIP et la PCS. Pour y remédier il est proposé d'ajouter un second alinéa à l'article 344, lequel permettrait aux parties d'opter en faveur de l'application de la LDIP en lieu et place de la PCS.

Gleichsam als *due diligence* haben wir den deutschen und französischen Text der Artikel 56, Artikel 344 bis 388 und der Artikel 394 (Übergangsbestimmung) nochmals auf ihre inhaltliche Kongruenz überprüft und gleichzeitig kontrolliert, ob die Textteile, die im deutschen Text aus dem Konkordat, bzw. aus dem IPRG übernommen wurden, auch im französischen Text entsprechend diesen Vorlagen formuliert wurden. Das Ergebnis dieser *due diligence* wird nachstehend zusammengefasst.

1. In Artikel 344 heisst es "s'applique aux arbitrages devant un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse" statt wie in Artikel 176(1) IPRG "s'appliquant à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse". Im deutschen Text wird im zitierten Teil der IPR-Text übernommen.

2. Die Präzisierung "de la juridiction civile ordinaire" in Artikel 346(1) fehlt im deutschen Text.
3. In Artikel 347(1) wird "Streitigkeiten" mit "litiges" und nicht wie im vergleichbaren Artikel 4(2) und (3) Konkordat mit "contestations" übersetzt. Der Begriff "contestations" kommt hingegen in Artikel 368(3) vor.
4. Artikel 351(2) spricht vom "arbitre supplémentaire", während der deutsche Text mit "eine zusätzliche Person" formuliert ist. Der Begriff "personne" wird auch in Absatz 2 von Artikel 352 verwendet.
5. In Artikel 352(1) heisst es "convention passée entre les parties" statt der viel einfacheren Formulierung vom Artikel 179(1) IPRG "convention des parties".
6. Ich bin mir nicht ganz sicher, ob Artikel 352(3) richtig übersetzt wurde. Vorlage war Artikel 11(2) Konkordat, welcher lautet "...cette désignation vise le titulaire de la fonction lors de l'acceptation".
7. In der ersten Zeile von Artikel 353(1) fehlt im Gegensatz zu Artikel 12 Konkordat (am Ende) vor "organe" das Adjektiv "autre", das in bewusster Übernahme dieser Konkordatsformulierung auch im deutschen Text von Art. 351(1) vorkommt ("andere Stelle").
8. In Artikel 353(1) muss es auf der zweiten Zeile statt "tribunal étatique" richtigerweise "tribunal arbitral" heissen. Zu beachten ist, dass der deutsche Text nur von "Mitglieder" und nicht von "Mitgliedern des Schiedsgerichts" spricht. Vielleicht ist im Interesse der Klarheit auch im deutschen Text eine Korrektur angebracht.
9. In Artikel 353(1) lit. b frage ich mich, ob die deutsche Formulierung "von ihr zu bezeichnenden Mitglieder" in französischen Text mit der Wendung "des arbitres" genügend präzise formuliert worden ist. Klarer wäre die Formulierung "si l'une d'entre elles omet de procéder à la désignation d'arbitres qui lui incombe".
10. In Artikel 355 entspricht der Text - nicht aber die Satzstellung - Artikel 15(1) Konkordat. Zudem sagt der deutsche Text, dass man "eine Sekretärin oder einen Sekretär bestellen" könne, während der französische Text nur von "un secrétaire" spricht.
11. Der in Artikel 180(1) und (2) IPRG dreimal verwendete Begriff "une cause", bzw. "de la cause" wurde in Artikel 357(1) und in zwei Stellen in Artikel 357(2) durch "un motif", bzw. "du motif" ersetzt. Da der deutsche Text unverändert übernommen wurde, kann ich mir diese sprachliche Änderung nicht erklären.
12. Die Wendung "le cas échéant" in Artikel 361(4) findet im deutschen Text keine Entsprechung.
13. Das Adverb "simultanément" in Absatz 2 von Artikel 362 findet sich im deutschen Text nicht.
14. In Artikel 363(2) wurde die Wendung "au besoin" aus Artikel 182(2) IPRG durch die längere Formulierung "autant que cela est nécessaire" ersetzt und gleichzeitig die Satzstellung leicht verändert.
15. Während der deutsche Text von Artikel 364(3) weitgehend der Vorlage aus Artikel 183(3) IPRG entspricht, wurde der französische Text weitgehend umformuliert.

16. In Artikel 372(1) lit. e fehlt im deutschen Text das dem französischen Adverb "expressément" entsprechende deutsche Adverb "ausdrücklich". Der deutsche Text ist zu korrigieren.
17. Artikel 374(1) übersetzt das deutsche Verb "zustellen" statt mit "communiquer"; doch frage ich mich, ob das in Artikel 35(5) Konkordat verwendete "notifier" nicht besser wäre. "Communiquer" wird nämlich im nachfolgenden Artikel 375 als Übersetzung des Begriffes "Eröffnung" verwendet. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass in Artikel 376(2) "Zustellung" mit "communication" und in Artikel 380 "Zustellung" mit "notification" übersetzt wird, während in Artikel 386 für "Zustellung" wieder "communication" verwendet wird.
18. Wäre in Artikel 375 am Anfang die Wendung "dès sa communication" nicht schöner als die Formulierung: "dès qu'elle a été communiquée"?
19. In Artikel 382 heisst es "après audition des parties" statt wie in Artikel 39 Konkordat "après avoir entendu les parties".
20. "Staatliches Gericht" ist manchmal mit "tribunal étatique" (so zum Beispiel Artikel 353(1)), dann nur mit "tribunal" (so in Artikel 353(2)) und schliesslich mit "juge", so z. B. in Artikel 353(3) übersetzt. Weitere Beispiele finden sich in Artikel 359(3), 361(2), 374(2) und 386 (Aufzählung nicht abschliessend). Zudem ist zu beachten, dass im Titel von Artikel 365 sodann der Begriff "autorité judiciaire" verwendet wird.

#### AVZH: Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Oberster Leitgedanke der neuen Regelung sollte Steigerung der Attraktivität der Binnenschiedsgerichte sein. Die IPRG-Regelung hat sich äusserst bewährt und massgeblich zur Attraktivität des Standorts Schweiz als Sitz von internationalen Schiedsgerichten beigetragen. Die ZAV Fachgruppe ZPR vertritt daher mit Nachdruck die Auffassung, dass das Gesetz über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit so wenig wie möglich von der Regelung für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG abweichen sollte und Abweichungen von der IPRG-Regelung nur dann sinnvoll sind, wenn binnenspezifische Sachverhalte dies gebieten (oder wenn das IPRG unbedingt verbesserungswürdig ist). Dies hat für den für den vorliegenden Entwurf die folgenden wichtigsten Konsequenzen:

- Art. 377 i.V.m. Art. 384: Ein bloss einstufiges Beschwerdeverfahren ist dringend wünschbar.
- Art. 378: Auf eine Willkürbeschwerde gemäss lit. e ist zu verzichten.

Problematisch erscheint uns, dass der VE davon ausgeht, bei Binnenschiedsgerichten käme grundsätzlich, oder zumindest vermehrt, schweizerisches Recht zur Anwendung. Fälle, in welchen ausländisches Recht anwendbar ist, sind auch in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gar nicht so selten, denn

- eine Rechtswahl ist bei jedem internationalen Sachverhalt gemäss Art. 1 IPRG zulässig;
- die Möglichkeit der Anwendung des ausländischen Rechts wird zudem durch die neueste Praxis des Bundesgerichts zu Art. 176 IPRG gefördert (vgl. Urteil vom 24. Juni 2002; ASA 2003, S. 131 ff.).

Wir sind der Auffassung, dass die vorrangige Anwendung des schweizerischen Rechts in diesen Fällen keine sachgerechte Lösung ist und dass daher die Lösung des IPRG zu übernehmen ist:

- Art. 347: Die Regelung im IPRG, welche die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung auch zulässt, wenn sie dem Hauptvertragsstatut entspricht, ist sachgerecht und hat sich bewährt. Demzufolge wird vorgeschlagen, sie auch für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu übernehmen und für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nicht ausschliesslich auf das schweizerische Recht abzustellen.
- Art. 369: Es muss klargestellt werden, dass sich das anwendbare Recht primär nach dem von den Parteien gewählten Recht richtet. Wurde keine Rechtswahl getroffen, soll das Schiedsgericht analog der Regelung in Art. 187 IPRG nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt, entscheiden.

CCIG: La Procédure Civile Suisse prévoit que les dispositions de la Partie 3 seront applicables à tous les arbitrages internes, c'est-à-dire les arbitrages qui ne sont pas internationaux au sens de l'article 176 LDIP.

Nous relevons que, de son côté, l'article 176 al. 2 LDIP prévoit que, dans les arbitrages internationaux, les parties peuvent prévoir par écrit d'appliquer les règles de la procédure cantonale en matière d'arbitrage.

En vue d'une certaine cohérence, il aurait été à notre avis pertinent de prévoir qu'en arbitrage interne, les parties puissent choisir d'appliquer les dispositions de la LDIP. Nous proposons donc l'alinéa 2 suivant:

*2. Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas lorsque les parties ont exclu par écrit son application et qu'elles sont convenues d'appliquer exclusivement les règles du chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.*

economiesuisse: Art. 344 ff.: Die Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der vorgeschlagenen Form ist flexibel und praxisnah. Eine klare Bezeichnung der zwingenden Bestimmungen würde die Rechtssicherheit verbessern und verhindern, dass einzelne Schiedsordnungen bald auf Grund der Gerichtspraxis überarbeitet werden müssten. Für weitere Detailanträge verweisen wir auf die beiliegende Stellungnahme der Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève, die wir unterstützen.

FSA: La FSA renonce à prendre position, ici, en détail, sur les articles 347 à 388 AP. Certains de ses membres ont été appelés à siéger au sein de la sous-commission d'experts "Arbitrage".

Elle approuve les dispositions proposées.

OAFRI: Arbitrage interne: Ces dispositions sont, pour l'essentiel, reprises du Concordat sur l'arbitrage, avec quelques corrections et précisions découlant de la jurisprudence et de la doctrine.

Uni LA: Les dispositions proposées pour l'arbitrage interne, y compris sur les points où elles sont novatrices, paraissent en soi judicieuses. On peut simplement se poser la question de l'opportunité de maintenir des réglementations distinctes pour les arbitrages internes et les arbitrages internationaux, système que les plus récentes législations étrangères ont toutes abandonné.

Uni ZH: Es ist bedauerlich, dass an der Unterscheidung zwischen Binnen- und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit festgehalten wird. Es ist daran zu erinnern, dass diese Unterscheidung erst durch die Schaffung des IPRG zustande kam und durch die fehlende Kompetenz des Bundes zur Legiferierung im Bereich

des nationalen Prozessrechtes bedingt war. Die Schaffung der BuZPO wäre eine willkommene Gelegenheit, wieder eine Einheit zu schaffen. Es besteht kein wesentliches Bedürfnis an einer unterschiedlichen Regelung. Auf der anderen Seite schafft die Unterscheidung in Grenzfällen unnötige Rechtsunsicherheit und schwächt potentiell den Schiedsplatz Schweiz.

Die bis dato herrschende Zweiteilung des schweizerischen Schiedsgerichtsrechts (internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach IPRG, Binnenschiedsgerichtsbarkeit nach Konkordat) wird mit dem vorliegenden Vorentwurf perpetuiert. Es bestehen aber kaum sachlich erkennbare Gründe für eine solche Differenzierung zwischen Binnenschiedsgerichtsbarkeit und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit. Jene Aspekte, welche Grundlage dafür waren, mit dem IPRG ein "attraktives Schiedsverfahrensrecht" zu schaffen sollten auch ausschlaggebend dafür sein, das Recht der Binnenschiedsgerichtsbarkeit entsprechend zu modernisieren, um auch für rein innerschweizerische Verfahren ein attraktives Instrumentarium privater Streitbeilegung zur Verfügung zu stellen. Die Beibehaltung der Differenzierung zwischen internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenschiedsgerichtsbarkeit behandelt nun gleiches ungleich und ist damit willkürlich. Es ist ja keineswegs so, dass Binnenschiedsverfahren typischerweise zwischen besonders schutzwürdigen, internationale Schiedsverfahren dagegen zwischen weniger schutzwürdigen Parteien ausgetragen werden: Nach dem IPRG würde etwa ein Schiedsverfahren zwischen einem schweizerischen KMU und einer deutschen Grossbank ablaufen, während im Binnenschiedsverfahren zwischen zwei schweizerischen Grossunternehmen nach den Bestimmungen der neuen ZPO durchzuführen wäre. Dies entbehrt jeder Logik. In Wahrheit kann allenfalls bei Einzelpunkten gefragt werden, ob und inwiefern eine sinnvolle Differenzierung zwischen internationalen und nationalen Schiedsverfahren geboten ist.

Bedauernd ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Vorentwurf ohne Begründung eine Rezeption des heute international höchste Bedeutung genießenden UNCITRAL-Modellgesetzes ablehnt: Dieses Modellgesetz wurde bis dato in schon 38 Staaten rezipiert. Es spricht für sich, dass etwa Deutschland sich in seinem neuen Schiedsrecht sowie für nationale als auch für internationale Fälle stark am UNCITRAL-Modellgesetz orientiert hat; eine entsprechende Reform ist in Österreich gerade in Vorbereitung. Das mit dem vorliegenden Vorentwurf vorgeschlagene Binnenschiedsverfahrensrecht ist daher im Ganzen abzulehnen; dringend ist eine Gesamtreform des schweizerischen Zivilprozessrechts geboten, welche ein einheitliches Schiedsverfahrensrecht für nationale und internationale Fälle schafft. Dabei wäre dann zu diskutieren, ob und inwiefern die international anerkannten Grundsätze des UNCITRAL-Modellgesetzes zu rezipieren sind.

ZHK: Seit 1911 bietet die Zürcher Handelskammer Dienstleistungen im Bereich der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit an. Sie verfolgt die Rechtsentwicklung in diesem Bereich deshalb mit besonderem Interesse. Dem Grundsatzentscheid, die inzwischen bewährte und international etablierte Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG zu belassen, die im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit geregelte nationale Schiedsgerichtsbarkeit hingegen in die neue Zivilprozessordnung zu integrieren, stimmt sie zu. Es ist zweifellos auch angebracht, sich grundsätzlich an der Regelung des Konkordats sowie in weiten Teilen auch des IPRG zu orientieren und nur dort weitere Neuerungen einzuführen, wo sie sich aufgrund der seitherigen

Entwicklung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit aufdrängen. Die meisten dieser Neuerungen sind aus Sicht der Kammer zu begrüßen, darunter insbesondere die Kompetenz des Schiedsgerichts für vorsorgliche Massnahmen und die Regelung der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit.

Nur wenige Vorbehalte sind anzubringen: So ist aus der Sicht der Herausgeberin einer bekannten und anerkannten Schiedsgerichtsordnung ein Nachteil, auf die Kennzeichnung zwingender Bestimmungen zu verzichten: Es besteht die Gefahr, dass eine dem neuen Gesetz angepasste Schiedsgerichtsordnung aufgrund der sich bildenden Gerichtspraxis bald wieder revidiert werden muss und in der Zwischenzeit Rechtsunsicherheiten entstehen. Nicht für zweckmässig halten wir sodann die Beibehaltung der Möglichkeit, eine gerade Anzahl von Schiedsrichtern zuzulassen, gleichzeitig aber die Lösung des Konflikts dem durch Stimmgleichheit in einer Pattsituation befindlichen Schiedsgericht oder den zerstrittenen Parteien zu überlassen. Schliesslich würde es die Kammer begrüßen, wenn den Parteien der vollständige Rechtsmittelverzicht durch ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung zugestanden würde.

ZSH: 1. Die Zentralschweizerische Handelskammer unterhält seit 1997 eine eigene Schiedsgerichtsbarkeit, welche ohne persönliche oder sachliche Einschränkungen für schweizerische und internationale Streitigkeiten zur Verfügung steht, so fern der Streitgegenstand schiedsfähig ist. Mit der entsprechenden Institutionalisierung wurde den Zentralschweizer Wirtschaftskreisen Zugang zu einer wirksameren und ihren Bedürfnissen besser angepassten Gerichtsbarkeit ermöglicht. Das Schiedsgericht der Zentralschweizerischen Handelskammer versteht sich als rasches und effizientes Entscheidgefäss, das sich verbindliche Endbearbeitungs- und Entscheidtermine setzt. In diesem Sinn wird dem wirtschaftlich zentralen Aspekt der Zeit eine massgebende Bedeutung zugemessen.

2. Es scheint uns zentral zu sein, dass die schweizerische Zivilprozessordnung weiterhin genügend Freiräume offen lässt, um die Schweiz auch künftig als Gastland einer Vielzahl von Schiedsgerichtsverfahren attraktiv zu halten. Denn die Schiedsgerichtsbarkeit ist das beste Mittel geworden, um die Geschäftssicherheit zu gewährleisten, sei es in nationalen wie auch in internationalen Belangen.

3. Dem dritten Teil des Vorentwurfs entnehmen wir, dass nach wie vor jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann, über den die Parteien frei verfügen können (Art. 348 VE). Gleichzeitig wird zu den allgemeinen Verfahrensregeln festgehalten, dass die Parteien das Schiedsverfahren durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln können (Art. 363 Abs. 1 lit. b VE). Gestützt darauf ist auch unter dem neuen schweizerischen Zivilprozessrecht gewährleistet, dass die Handelskammern Schiedsgerichte unterhalten können.

4. Aufgrund dieser Ausführungen begrüßen wir den Normierungsvorschlag der Binnenschiedsgerichtsbarkeit im dritten Teil des Vorentwurfs. Dies insbesondere deshalb, weil eine abschliessende Regelung angeboten wird, die jedoch davon abweichende schiedsgerichtliche Verfahrensordnungen - wie sie insbesondere von den schweizerischen Handelskammern erlassen wurden - zulässt. In diesem Sinne bitten wir Sie, im Rahmen der anstehenden Diskussionen sicherzustellen, dass die Bestandesgarantie der Schiedsgerichtsordnungen der verschiedenen Handelskammern in der Schweiz gewährleistet ist.

## Art. 345

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 4: Kann sich der "*andere Ort*", an welchem das Schiedsgericht verhandeln, Beweise abnehmen und beraten kann, auch im Ausland befinden? Unseres Erachtens sollte diese Flexibilität bestehen (z. B. für einen Augenschein). Um Unsicherheiten der Auslegung zu vermeiden, wird vorgeschlagen, diesen Absatz wie folgt zu ergänzen:

*... und zwar, soweit sachliche Gründe dies rechtfertigen, auch im Ausland.*

CCIG: L'alinéa 2 prévoit que s'il n'est pas possible de fixer le siège du tribunal arbitral conformément aux critères de l'alinéa 1, le siège sera au for du tribunal qui serait compétent pour connaître du litige, à défaut d'arbitrage.

Cette disposition est tirée du Concordat suisse sur l'arbitrage. Cependant, et dans la mesure où une nouvelle loi est discutée, nous nous demandons s'il ne serait pas utile de simplifier la procédure lorsque la clause d'arbitrage ne mentionne pas le siège. En effet, il nous paraît que la détermination du siège lorsque les parties ont omis de le désigner dans leur convention d'arbitrage ne devrait pas être un obstacle insurmontable pour une partie, souvent une entreprise suisse qui ne dispose pas de département juridique et ne souhaite pas consulter un avocat. Ainsi, nous proposons l'alinéa 2 suivant:

*2. Lorsqu'on ne parvient pas à fixer le siège du tribunal arbitral conformément à l'al. 1, celui-ci est au domicile du vendeur ou au domicile du demandeur.*

Cette précision nous semble importante afin de lever un obstacle parfois insurmontable pour une partie qui plaide en personne.

## Art. 346

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Im französischen Text von Abs. 2 lit. a ist die Rede von "*destituer*", in Art. 360 VE hingegen von "*révoquer*". Welcher Ausdruck verwendet wird, spielt keine Rolle, aber die Terminologie sollte vereinheitlicht werden.

BL: Antrag Abs. 1: Änderung dieser Bestimmung wie folgt (kursiv):

*<sup>1</sup> Jeder Kanton bezeichnet ein oberes Gericht, das zuständig ist für:*

TG: Der bisherige Art. 3 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG; SR 279), wonach das obere kantonale Gericht nicht nur Schiedsrichterinnen oder Schiedsrichter ernennen kann, sondern auch Beschwerden gegen den Entscheid beurteilt, hat unseres Wissens nie zu Schwierigkeiten geführt. Eine Vorbefassung im Sinne der EMRK liegt mit Sicherheit nicht vor. Wir beantragen daher, Art. 346 entsprechend Art. 3 KSG zu formulieren.

TI: Ci sembra poco proponibile che le funzioni descritte in questi due capoversi possano essere conferite a due camere del medesimo tribunale cantonale (in Ticino: Tribunale d'appello).

Sarebbe preferibile di avere due giurisdizioni completamente differenti, ad esempio (in Ticino), il Tribunale d'appello per i compiti di cui al cpv. 1 e il Pretore per quelli di cui al cpv. 2.

Naturalmente, la scelta del Pretore è assolutamente adeguata per prestare l'aiuto di cui al cpv. 2 lit. c), mentre è più problematico pensare che il giudice civile di prima istanza sia autorità di nomina, ricusa e revoca di un tribunale arbitrale.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Die zumindest sachliche Differenzierung zwischen verfahrensunterstützender Instanz einerseits sowie Rechtsmittel- und Vollstreckungshilfeinstanz andererseits ist sachgerecht und zu begrüssen.

ASA: Des modifications d'ordre rédactionnel sont proposées, de même que l'adjonction à l'article 346 alinéa 3 let. c de l'hypothèse visée à l'article 364 alinéa 2:

<sup>1</sup> *Les autorités judiciaires du siège du tribunal arbitral sont compétentes pour exercer les fonctions mentionnées aux alinéas 2 et 3.*

<sup>2</sup> *Les cantons désignent un tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire, qui est compétent pour:*

*statuer sur un recours limité au droit ou sur une demande de révision;*

*recevoir la sentence en dépôt et attester son caractère exécutoire.*

<sup>3</sup> *Les cantons désignent un tribunal différent ou composé différemment, qui est compétent en instance unique pour:*

- *nommer, récuser, destituer, remplacer un arbitre;*

- *proroger la durée du mandat du tribunal arbitral;*

- *prêter son concours au tribunal arbitral au sens de l'article 364 alinéa 2 et article 365 alinéa 2.*

OGZH: Der bisherige KSG 3, wonach das obere kantonale Gericht nicht nur Schiedsrichter ernennen kann, sondern auch Beschwerden gegen den Entscheid beurteilt, hat unseres Wissens nie zu Schwierigkeiten geführt; eine Vorbefassung im Sinne der EMRK liegt mit Sicherheit nicht vor. Der Bericht empfiehlt den Kantonen, die Aufgaben von KSG 3 auf ihr Kantons- und Kassationsgericht aufzuteilen (S. 166). Abgesehen davon, dass es in den meisten Kantonen kein Kassationsgericht gibt, löst das die Probleme nicht, denn das Kantonsgericht könnte nach dem Vorschlag des VE einen (regelmässig nebenamtlich tätigen) Kassationsrichter als Schiedsrichter bestimmen, und das weckte dann allenfalls Bedenken (weil seine Kollegen die Beschwerde über seinen Schiedsspruch beurteilen müssten). Es steht den Kantonen im Übrigen schon heute frei, die Aufgaben von KSG 3 unterschiedlichen Kammern ihres Kantonsgerichtes zuzuweisen.

Wir würden VE Art. 346 daher analog zum bisherigen KSG 3 formulieren. Ferner möchten wir den Kantonen die Wahl lassen, ob die Unterstützung des Schiedsgerichts im Sinne von VE 365 durch das Kantonsgericht oder (wie bisher möglich und auch praktiziert, vgl. ZH-ZPO 239 ) durch ein unteres Gericht erfolgen soll.

Vorschlag:

*Art. 346 Zuständige staatliche Gerichte*

<sup>1</sup>*Das obere Zivilgericht des Kantons, in dem sich der Sitz des Schiedsgerichtes befindet, ist zuständig für:*

*a) die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter;*

b) die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts;

c) Beschwerden und Revisionsgesuche;

d) die Entgegennahme des Schiedsspruchs zur Hinterlegung und die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit.

<sup>2</sup>Der Sitzkanton bezeichnet ferner das zur Unterstützung des Schiedsgerichts im Sinne von Art. 365 Abs. 2 zuständige Gericht.

## Art. 347

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Secondo il rapporto degli esperti la validità di una clausola arbitrale dev'essere esaminata, esclusivamente, secondo il diritto svizzero. Si tratta di un principio importante che la Commissione propone di introdurre nel testo di legge quale nuovo cpv. 3: "L'esistenza e la validità della clausola arbitrale è esaminata alla luce del diritto svizzero).

Al cpv. 2 della norma vi è un errore giuridico e di traduzione, laddove si parla di "nullità del contratto", quando invece correttamente si dovrebbe parlare di "invalidità del contratto".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Mit Bezug auf Art. 347, welcher sich mit der Schiedsvereinbarung befasst, ist dem Bericht zum VE zu entnehmen, dass ein Art. 178 Abs. 2 IPRG entsprechender Absatz über das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht abgelehnt worden sei. Somit sei das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung selbst dann ausschliesslich nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wenn auf das streitige Rechtsverhältnis ausländisches Recht zur Anwendung komme, was aber nur selten der Fall sein werde. Wie bereits eingangs begründet, teilen wir die Auffassung nicht, dass die Fälle, in welchen ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, derart selten und bedeutungslos sind, dass sie keiner eigenen Regelung bedürfen. Die Regelung im IPRG, welche die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung auch zulässt, wenn sie dem Hauptvertragsstatut entspricht, ist sachgerecht und hat sich bewährt. Demzufolge wird vorgeschlagen, sie auch für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu übernehmen.

## Art. 348

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Questa norma riprende l'art. 5 del Concordato e l'art. 177 LDIP. Le formulazioni sono però differenti, poiché nella LDIP si parla di "pretesa patrimoniale" mentre nel progetto di "libera disposizione".

La curiosità sta nel fatto che la formulazione del Progetto è più ampia rispetto a quella della LDIP, con la conseguenza (giuridicamente erronea) di essere più liberali in diritto interno piuttosto che in diritto internazionale.

Per garantire una certa coerenza del sistema (così come sottolineato in entrata) sarebbe allora più opportuno che si riprenda nel Progetto la stessa formulazione prevista nella LDIP.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Aus den oben bei Art. 344 genannten Gründen verlangen wir, dass die Formulierung gemäss Art. 5 des Konkordats übernommen wird.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Mit dem vorgeschlagenen Wortlaut beurteilt sich die objektive Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (vermögensrechtlicher Anspruch) anders als in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit (frei verfügbarer Anspruch), ohne dass ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung ersichtlich wäre. Nachdem die Rechtsprechung den *vermögensrechtlichen Anspruch* zur Festlegung der objektiven Schiedsfähigkeit weit ausgelegt hat, sollte im Interesse der Kohärenz in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit der *vermögensrechtliche Anspruch* für die Umschreibung der Schiedsfähigkeit ebenfalls verwendet werden.

ASA: Sans ignorer le choix délibéré opéré par la commission d'experts, l'ASA estime que la cohérence de l'ordre juridique suisse voudrait que l'on harmonise le critère d'arbitrabilité entre la LDIP et la PCS autant que faire se peut. Elle relève aussi que la disponibilité des droits, critère retenu, peut dépendre du droit étranger. Dès lors, il lui semblerait préférable d'adopter un critère alternatif, qui se trouve par exemple dans la récente loi d'arbitrage allemande (1030 ZPOD). Là encore on relèvera l'importance d'une notion large de l'arbitrabilité pour les litiges sportifs (voir Antonio Rigozzi, *L'arbitrabilité des litiges sportifs*, volume 21, ASA Bulletin No. 3, 2003, pp 501-537).

*Toute prétention de nature patrimoniale de même que toute prétention de nature non patrimoniale qui relève de la libre disposition des parties peuvent faire l'objet d'un arbitrage.*

AVZH: Formulierungsvorschlag Art. 348:

*Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein sowie jeder nicht vermögensrechtliche Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können.*

Mit dieser "Kombinationslösung", welche sowohl die Formulierung im IRPG als auch im Konkordat umfasst, wird sichergestellt, dass die Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes möglichst weit gefasst wird. Gleichzeitig wird das Risiko einer Aufspaltung eines Streites wegen teilweise fehlender Schiedsfähigkeit eingeschränkt. Die Kombinationslösung basiert zudem auf anerkannten und akzeptierten Grundsätzen, da sich diese auf bereits vorhandene Regelungen in IPRG und Konkordat stützen. Eine Beschränkung auf die Verfügbarkeit würde überdies immer dann zu Problemen führen, wenn ausländisches Recht anwendbar wäre. Ob ein vermögensrechtlicher Anspruch vorliegt, kann demgegenüber autonom ausgelegt werden.

Uni ZH: Soweit ersichtlich sieht der Entwurf keine Einschränkungen der Binnenschiedsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis vor. Dies ist mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerseite nicht unproblematisch. Andererseits sollte die Schiedsgerichtsbarkeit auch nicht vollständig untersagt werden. Sie hat dann ihre Berechtigung, wenn es um grössere Streitsummen (namentlich in Prozessen zwischen Managern und Arbeitgebern) geht oder wenn es dem Willen der Sozialpartner entspricht. Mit anderen Worten ist

ein vernünftiger Mittelweg zu wählen, wofür die bewährte Streitwertgrenze von zur Zeit 30'000 Franken nutzbar gemacht werden kann.

*Fazit:* Art. 348 ZPO ist mit einem Abs. 2 folgenden Inhalts zu ergänzen: "Die Schiedsfähigkeit ist unter Vorbehalt einer abweichenden Bestimmung in einem Gesamtarbeitsvertrag ausgeschlossen: a. bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sowie aus privater Arbeitsvermittlung zwischen vermittelnder und stellensuchender Partei bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken; b. bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 und nach dem Mitwirkungsgesetz vom 17. Dezember 1993."

Gegenstand eines Schiedsverfahrens sollte nicht bloss jeder vermögensrechtliche Anspruch sein, sondern auch zusätzlich jeder nicht vermögensrechtliche Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können.

## Art. 349

### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Absatz 2 bedarf unbedingt der Ergänzung, dass eine Einlassung in den in Art. 31 aufgeführten Fällen (Sozialprozesse) nicht möglich ist. Zur Begründung verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 31.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Mit "*Einlassung*" ist wohl "*vorbehaltlose Einlassung*" gemeint. Trotz hoher Wahrscheinlichkeit, dass dies die zutreffende Auslegung darstellt, wird eine entsprechende Ergänzung des Textes vorgeschlagen.

ASA: Art. 349 al. 2: La formulation actuelle est ambiguë. Ce qui est visé est l'entrée en matière sans réserves sur le fond et non l'acceptation tacite d'une offre de conclure une convention d'arbitrage. Il faut donc préciser:

*L'entrée en matière sur le fond équivaut à une convention d'arbitrage.*

AVZH: Um klarzustellen, worauf sich die Einlassung bezieht, sei Art. 349 Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:

Formulierungsvorschlag Art. 349:

*Die Einlassung auf die Hauptsache kommt einer Schiedsvereinbarung gleich.*

Mit dieser Formulierung ist auch eine Angleichung an Art. 350 Abs. 2 erreicht.

CCIG: A l'alinéa 2, la version allemande prévoit que "Die Einlassung kommt einer Schiedsvereinbarung gleich". En français, la traduction qui prévoit que "*l'acceptation tacite équivaut à une convention d'arbitrage*" n'est pas très heureuse.

Nous proposons la rédaction suivante:

*2. L'entrée en matière équivaut à une convention d'arbitrage.*

## Art. 350

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Contrariamente a quanto indicato nella nota marginale alla norma (competenza del tribunale arbitrale), la "corretta costituzione del tribunale arbitrale" non è una questione di competenza.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Der Sinngehalt von Absatz 2 ist uns nicht klar: Wird die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erhoben, so erscheint eine Einlassung auf die Hauptsache ausgeschlossen (vgl. auch Art. 16 Abs. 1).

Art. 351

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il cpv. 2 permette la possibilità di scegliere un collegio arbitrale in numero pari. Si tratta di una soluzione rara ma esistente, ed è potenzialmente atta a creare dei problemi maggiori in caso di litigio e parità di voci dei differenti arbitri.

La Commissione propone allora di togliere questa possibilità introducendo al cpv. 1 un limite, ossia quello di *liberamente scegliere un numero dispari di arbitri*. Al Cpv. 2 andrà invece eliminata la locuzione "*si presume che*".

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: Unglücklich erscheint die Bestimmung, wonach von Parteien, welche eine gerade Zahl von Schiedsrichtern vereinbart haben, "*angenommen*" wird, dass eine zusätzliche Person als Präsidentin oder Präsident zu bestimmen sei, mit anderen Worten, dass die Parteien das Gegenteil, nämlich eine ungerade Zahl vereinbart haben!

Wenn überhaupt eine gerade Zahl von Schiedsrichtern zulässig sein soll, besteht wohl für Pattsituationen nur eine Lösung, welche dem Gebot der Gleichbehandlung der Parteien entspricht: die zwei, vier oder sechs etc. Schiedsrichter haben im Falle, dass kein Mehrheitsentscheid zustande kommt, nachträglich eine zusätzliche Person als Präsidentin oder Präsidenten zu bestimmen (ob vorausgegangene Verfahrensschritte unter Mitwirkung der/des hinzutretenden Präsidentin/Präsidenten zu wiederholen sind, müsste von dieser/diesem bestimmt werden).

Art. 352

Art. 353

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: A l'alinéa 1 deuxième ligne, ne faut-il pas lire "tribunal arbitral" ?

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: Art. 353 al. 1: A la deuxième ligne de l'alinéa premier, il doit s'agir des membres du tribunal "arbitral" non "étatique".

AVZH: Art. 353 Abs. 1 lit. a. sieht die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts für die Ernennung der Einzelschiedsrichterin oder des Einzelschiedsrichters vor, wenn sich die Parteien nicht einigen können. In Abs. 1 lit. c. wird die Zuständigkeit eingeräumt, die Präsidentin oder den Präsidenten zu ernennen, wenn sich die Parteischiedsrichter darüber nicht einigen können.

Nicht vorgesehen ist hingegen der Fall, dass die Ernennung der Präsidentin/des Präsidenten gemäss Schiedsvereinbarung durch die Parteien erfolgt und sich

diese nicht einigen können. Diese Situation kommt in der Praxis regelmässig vor, wenn auch weniger häufig als die Ernennung durch die Parteischiedsrichter.

Formulierungsvorschlag Art. 353 Abs. 1 lit. a:

*die Parteien sich über die Ernennung der Einzelschiedsrichterin bzw. des Einzelschiedsrichters oder der Präsidentin bzw. des Präsidenten nicht einigen.*

Art. 354

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Die französische Übersetzung ist zweifelhaft.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS Anstatt "Offenbarungspflicht" wird "Offenlegungspflicht" vorgeschlagen.

ASA: Tant dans le titre que dans les trois alinéas de cette disposition, il serait souhaitable de remplacer le terme "mandat" par celui de "mission" pour rendre compte de la nature particulière de l'activité de l'arbitre, qui est lié aux parties par un contrat *sui generis*.

AVZH: In Art. 354 Abs. 1 wird in Übereinstimmung mit Art. 180 IPRG allein von "Unabhängigkeit" der Schiedsrichter gesprochen. Gemäss einem Teil der Lehre sowie der Bundesgerichtspraxis (kürzlich bestätigt durch das Obergericht des Kantons Zürich) wird daraus, gestützt auf ein historisches Argument, abgeleitet, dass an die Parteischiedsrichter nicht die gleichen strengen Erfordernisse gestellt werden wie an den Präsidenten bzw. die Präsidentin.

Damit steht die Schweiz auf internationaler Ebene alleine da, weshalb wir befürworten, dass es bei der Formulierung im UNCITRAL Model Law bleiben sollte ("Unabhängigkeit und Unparteilichkeit"), auch wenn dadurch eine vom IPRG abweichende Regelung geschaffen wird. Eine solche Formulierung fördert auch das Vertrauen in die Schiedsgerichtsbarkeit.

In Abs. 1 ist zudem vorzusehen, dass die betreffende Person Umstände, welche berechtigte Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufkommen lassen, auch gegenüber allfälligen Mitschiedsrichtern offen legen muss. Am einfachsten kann dies erzielt werden, indem der Zusatz "den Parteien" vor "unverzüglich offen zu legen" gestrichen wird.

Formulierungsvorschlag Art. 354 Abs. 1:

*Eine Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird, hat das Vorliegen von Umständen offen zu legen, die berechtigte Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wecken können. Jedes Mitglied des Schiedsgerichts ist bis zum Ende des Verfahrens verpflichtet, solche Umstände ~~den Parteien~~ unverzüglich offen zu legen.*

CCIG: Articles 354 et 357 Devoir de révélation et Récusation d'un arbitre

Il nous semble déceler une contradiction entre ces deux dispositions.

A l'article 354 al. 1 il est prévu que l'arbitre doit révéler les faits qui pourraient éveiller des soupçons sur son *impartialité* ou son *indépendance*.

Par contre, l'article 357 al. 1 let c prévoit qu'un arbitre peut être récusé lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son *indépendance*. La notion d'impartialité n'a pas été reprise à l'article 357 al. 1. Or, il nous semble que soit la loi doit également mentionner l'impartialité à l'article 357, soit elle ne doit mentionner que l'indépendance à l'article 354. Car dans le cas contraire, un arbitre pourrait être tenu de révéler un fait propre à éveiller son impartialité (art. 354), mais ce même arbitre ne pourrait ensuite pas être récusé lorsque les circonstances permettraient de douter légitimement de son impartialité (art. 357 al. 1 let. c).

C'est pourquoi nous proposons la modification suivante de l'article 357 al. 1 let c:

*c. Lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité.*

Art. 355

Art. 356

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Raramente succede nella pratica che le parti limitino la durata del mandato arbitrale. Si pone, in tale caso, il problema della proroga di quella durata.

Visto che l'arbitrato è retto da una relazione di diritto privato, ossia il mandato, la possibilità delle parti di prolungare - di comune accordo - la durata di quel contratto, è ovvia.

Meno ovvia è invece la facoltà concessa dal cpv. 2 ad ogni parte e allo stesso tribunale arbitrale, di chiedere al giudice statale una pronuncia di prolungamento del loro mandato.

La Commissione ritiene che questa possibilità debba essere abolita o, ad ogni modo, riservata al solo Tribunale arbitrale e non anche alle parti, pena la violazione appunto dei principi privatistici che sorreggono all'arbitrato.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Da der Zeitpunkt der Urteilsfindung des Schiedsgerichts und der effektiven Zustellung des Schiedsspruchs nicht identisch sind, bedarf es in Art. 356 Abs. 2 der Klarstellung, dass das Schiedsgericht innert einer bestimmten Frist nicht nur den Schiedsspruch zu fällen, sondern auch zuzustellen hat. Diese Auslegung stimmt mit dem Bericht zum VE zu Art. 356 überein.

Formulierungsvorschlag Art. 356 Abs. 2:

*Die Frist, innert der das Schiedsgericht seinen Schiedsspruch zu fällen und zuzustellen hat, kann um eine bestimmte Frist verlängert werden: (...).*

Art. 357

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der zweite Satz von Artikel 357 Abs. 2 ("*Der Ablehnungsgrund ist dem Schiedsgericht sowie der anderen Partei unverzüglich mitzuteilen*") ist wohl auch auf die Ablehnung des Schiedsgerichts als Ganzes (Artikel 358) anwend-

bar und passt systematisch besser zum in Artikel 359 geregelten Ablehnungsverfahren. Er könnte dort in Abs. 2 integriert werden.

ASA: A l'alinéa 1, let. c, il faut ajouter une référence à l'impartialité pour harmoniser cette disposition avec l'article 354 alinéa 1:

*Un arbitre peut être récusé:*

[...]

*lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son impartialité ou de son indépendance.*

Il est vrai que la LDIP ne mentionne que l'indépendance. Ce faisant, elle est isolée sur le plan international, raison pour laquelle il est souhaitable d'énumérer les deux notions.

CCIG: Articles 354 et 357 Devoir de révélation et Récusation d'un arbitre

Il nous semble déceler une contradiction entre ces deux dispositions.

A l'article 354 al. 1 il est prévu que (l'arbitre doit révéler les faits qui pourraient éveiller des soupçons sur son *impartialité* ou son *indépendance*).

Par contre, l'article 357 al. 1 let c prévoit qu'un arbitre peut être récusé lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son *indépendance*. La notion d'impartialité n'a pas été reprise à l'article 357 al. 1. Or, il nous semble que soit la loi doit également mentionner l'impartialité à l'article 357, soit elle ne doit mentionner que l'indépendance à l'article 354. Car dans le cas contraire, un arbitre pourrait être tenu de révéler un fait propre à éveiller son impartialité (art. 354), mais ce même arbitre ne pourrait ensuite pas être récusé lorsque les circonstances permettraient de douter légitimement de son impartialité (art. 357 al. 1 let. c).

C'est pourquoi nous proposons la modification suivante de l'article 357 al. 1 let. c:

*c. Lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité.*

AVZH: In Übereinstimmung mit unserer Bemerkung zu Art. 354 ist Art. 357 Abs. 1 lit. c. wie folgt zu ergänzen:

Formulierungsvorschlag Art. 357 Abs. 1 lit. c.:

*Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit geben.*

OGZH: (zu Abs. 1 lit. c): Aus der Anwaltschaft werden wir auf die Problematik der "Unabhängigkeit" aufmerksam gemacht. Die Formulierung entspricht IPRG 180. Die Praxis legt den Begriff eng aus und nimmt an, an die Unparteilichkeit eines Parteischiedsrichter seien nicht die selben Anforderungen zu stellen wie an den Vorsitzenden. Das lässt sich von der Sache her vertreten, weil in der Regel ja eben die Parteien selbst "ihre" Schiedsrichter bezeichnen, und durch die fachliche oder Branchen-Nähe nicht selten eine gewisse "strukturelle Parteilichkeit" besteht. Gleichwohl sollte eine wenigstens grösstmögliche Unparteilichkeit angestrebt werden. Wir könnten uns vorstellen, das entsprechend einer Anregung aus dem Zürcher Anwaltsverband durch die Wendung *Unabhängigkeit und Unparteilichkeit* zum Ausdruck zu bringen.

Das Nämliche gilt für VE Art. 354 Abs. 1 (= Offenbarungspflicht bei berechtigtem Verdacht eines Ablehnungsgrundes)

Art. 358

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: La Commissione ritiene contro-produttiva la possibilità concessa al cpv. 3, ossia che le parti designino nuovamente come arbitri i membri del TA ricusato. Si propone pertanto di eliminare per intero il cpv. 3 della norma.

Art. 359

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Al cpv. 2, occorre precisare che l'istanza di ricusazione va proposta al Tribunale arbitrale.

Al cpv. 4 vi è la particolarità che le parti "possono decidere altrimenti", ossia possono decidere che durante la procedura di ricusazione il TA resti immobile. Si tratta di una facoltà sconosciuta al LDIP e che ha un potenziale di "blocco" delle attività arbitrali, poco consigliabile. Si propone pertanto l'abolizione della prima parte del cpv. 4, ossia: "*Se le parti non hanno stabilito altrimenti*".

La soluzione di cui al cpv. 5 non funziona laddove la decisione di ricusazione è presa in seno allo stesso tribunale arbitrale. In tal caso va applicato il principio di cui all'art. 377 del CPCF.

Si propone pertanto la seguente nuova formulazione: "La decisione sulla ricusazione non può essere riveduta in maniera indipendente, ma solo con il primo lodo impugnabile; fatta riserva del caso previsto all'art. 377 CPCF".

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Vgl. zu Art. 357.

ASA: L'alinéa 2 vise le dépôt de la demande de récusation devant le tribunal arbitral, par opposition à l'alinéa 3, qui traite de la demande de récusation devant une autorité tierce. Pour éviter toute ambiguïté, l'alinéa 2 de l'article 359 pourrait être complété comme suit:

*Si aucune procédure n'a été convenue, la demande de récusation, écrite et motivée, doit être déposée devant le tribunal arbitral dans les trente jours qui suivent celui où la partie a pris connaissance du motif de récusation.*

AVZH: In Abs. 2 ist zu präzisieren, dass das Ablehnungsbegehren an alle Mitglieder des Schiedsgerichts zu stellen ist.

Formulierungsvorschlag Art. 359 Abs. 2:

*Haben sie nichts vereinbart, ist das Ablehnungsbegehren schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Kenntnis des Ablehnungsgrundes an das Gesamtschiedsgericht zu stellen.*

OAFRI: al. 4: La procédure de récusation devrait être brève. On peut certes concevoir que le tribunal arbitral continue à instruire la cause, voire prenne des mesures provisoires. Il devrait néanmoins s'abstenir de rendre une sentence

tant que l'un de ses membres est récusé. On propose donc de corriger la disposition dans ce sens.

#### Art. 360

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: cpv. 1: la norma dimentica che anche l'intero tribunale arbitrale può essere destituito.

Si propone pertanto la seguente nuova formulazione del cpv. 1: *Il tribunale arbitrale e ciascuno dei suoi membri può essere destituito per accordo tra le parti.*

##### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 2: In sprachlicher Hinsicht ist "absetzen" durch "abberufen" zu ersetzen.

#### Art. 361

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Abs. 1: Diese Bestimmung ist missverständlich und sollte daher sprachlich überarbeitet werden. Wer den Text erstmals liest, kommt zum Schluss, dass ein verstorbener Schiedsrichter in den Ausstand treten müsse.

TI: Va inserito un nuovo cpv. 5 che contenga un rinvio all'art. 359 cpv. 5 CPCF.

##### *Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Zur Vermeidung von Missverständnissen schlagen wir vor, in Absatz 1 die Formulierung "hat es den Ausstand zu nehmen" zu ersetzen durch "wird es abgelehnt". Andernfalls könnte fälschlicherweise darauf geschlossen werden, nicht das Ablehnungsverfahren i.S. von Art. 359 sei anwendbar, sondern das Ausstandsverfahren i.S. von Art. 44.

#### Art. 362

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Cpv. 1: corrisponde all'art. 181 LDIP, ma aggiunge un'ulteriore possibilità, ossia l'introduzione di una procedura di conciliazione, riprendendo così - mutatis mutandis - l'art. 13 del Concordato. Vi sono in sintesi tre possibilità per creare litispendenza: (a) sottoporre delle richieste di giudizio all'arbitro (adire l'arbitro non è sufficiente!) designato nella clausola (ciò che in pratica è molto raro); (b) introdurre la procedura di costituzione del Tribunale arbitrale (che, in generale, segue le regole stabilite dalle parti stesse nella clausola arbitrale e, in difetto di ciò, dal giudice statale alla sede dell'arbitrato - art. 3 Conc. e art. 179 cpv. 2 LDIP); (c) presentare la procedura di conciliazione preventiva.

Cpv. 2: Questa norma propone una soluzione assolutamente innovativa. Vi sono due scenari teoricamente concepibili: nel primo il tribunale statale è stato adito per primo e la parte convenuta solleva l'eccezione di esistenza di una clausola arbitrale. Il secondo scenario è, ovviamente, la situazione speculare.

Il primo scenario è regolato dall'art. 7 LDIP (che riprende l'art. II cifra 3 della Convenzione di New York) e in diritto interno dall'art. 56 CPCF. Nel secondo scenario.

Nel secondo scenario il tribunale arbitrale beneficia di una certa "vis attractiva", nel senso che sta a lui medesimo di decidere in primo luogo sulla sua propria competenza, in caso di contestazione sollevata nel quadro della (stessa) procedura arbitrale (Kompetenz-Kompetenz). Non si tratta però, in ambito internazionale, di un diritto preferenziale per rapporto a quello del giudice statale che, in definitiva, deciderà in ultima battuta (DTF 121 III 38).

Il Progetto propone invece una soluzione perfettamente ugualitaria tra tribunale statale e tribunale arbitrale: ognuno è legato dalla decisione presa da quell'altro, ciò che vale dunque anche per i tribunali statali.

Vista l'assoluta novità di questa proposta sarebbe meglio darne maggiore esplicazione nella legge, aggiungendo per esempio, che: "*La decisione adottata dal primo dei due tribunali aditi, vincola il secondo*".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 3: Denkbar ist, dass das materielle Recht auch ausländisches Recht sein kann (siehe Art. 369), weshalb "*Bundeszivilrecht*" durch "*materielles Recht*" zu ersetzt werden kann.

ASA: Il n'est pas exclu qu'un droit étranger soit applicable. Dès lors, il conviendrait de remplacer "droit civil fédéral" par "droit matériel".

AVZH: Die Vorverlagerung der Rechtshängigkeit auf das von den Parteien vereinbarte vorausgehende Schlichtungsverfahren schafft eine Unsicherheit, weil in der Praxis unklar ist, welches der relevante Zeitpunkt ist.

Trotzdem ist es wünschenswert, dass während eines Schlichtungsverfahrens keine anderen Verfahren anhängig gemacht werden können. Es ist daher im letzten Halbsatz zu präzisieren, dass der gleiche Rechtsstreit ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens nicht mehr anderweitig anhängig gemacht werden kann (vgl. Art. 208 Abs.1 lit. a). Um einen allfälligen Missbrauch durch "ewige" Schlichtungsverfahren zu verhindern, sollte allerdings eine zeitliche Schranke gesetzt werden.

Formulierungsvorschlag Art. 362 Abs. 1:

"Das Schiedsverfahren ist rechtshängig, sobald eine Partei mit einem Rechtsbegehren den oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter und Schiedsrichterin(nen) anruft oder, wenn die Vereinbarung keine solchen bezeichnet, das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts einleitet. *Der gleiche Rechtsstreit kann nicht mehr anderweitig anhängig gemacht werden, nachdem eine Partei das von den Parteien vereinbarte vorausgehende Schlichtungsverfahren eingeleitet hat und seit dieser Einleitung, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht mehr als 90 Tage vergangen sind.*

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Il cpv. 1 corrisponde all'art. 182 cpv. 1 LDIP e si allinea pertanto all'idea assai liberista valevole per gli arbitrati internazionali: le parti sono libere (entro certi limiti fissati al cpv. 4) di determinare la procedura applicabile al loro arbitrato.

Molto spesso le parti faranno riferimento alle regole di procedura previste dalle principali istituzioni arbitrali (ad es. le ICC Rules of arbitration o le UNCITRAL Arbitration Rules). Non è comunque insolito, soprattutto negli arbitrati interno, di riferirsi ad una procedura cantonale ("...per tutto quanto non regolato vale la procedura del Cantone..."). L'art. 363 cpv. 1 non lo vieta, anche se ciò appare - perlomeno da un punto di vista concettuale - contrario all'idea di autonomia del processo arbitrale per rapporto alla giustizia statale e alle sue regole.

CPV 2 riprende il sistema dell'art. 182 cpv. 2 LDIP, eliminando però la seconda parte di quella norma LDIP: "*sia direttamente sia con riferimento a una legge o a un ordinamento procedurale arbitrale.*

Dal punto di vista materiale nulla però cambia al fatto che - a condizione che le garanzie procedurali minime siano rispettate - il tribunale arbitrale possa riferirsi alle fonti che ritiene più adeguate in ogni caso concreto.

Cpv. 4: Il Progetto riprende una volta ancora il sistema dell'art. 182 cpv. 3 LDIP. Ciò significa che, una volta che le parti hanno scelto la via dell'arbitrato, esse non rinunciano perciò alle garanzie di procedura minime previste per la procedura statale. La logica del Progetto e della LDIP è dunque quella per cui le parti e gli arbitri possono scegliere con ampia latitudine la procedura applicabile, ma debbono rispettare: (A) i principi imperativi dell'art. 363 cpv. 4 CPCF (diritto di essere sentiti, uguaglianza di trattamento delle parti, diritto di esprimersi oralmente dinanzi agli arbitri); (B) il diritto di ogni parte di ricusare e destituire un arbitro; (C) e soprattutto i principi di procedura che stanno alla base dei 5 primi motivi di ricorso ammessi dall'art. 378 CPCF.

In sintesi il Progetto, si preoccupa (come la LDIP) di salvaguardare uno standard minimo di "fair procedure" o "due process".

D'altro canto neppure va dimenticato che, sempre secondo la logica arbitrale, le possibilità di correggere vizi procedurali, ricorrendo all'intervento dei giudici statali, sono assai esigue in questo ambito.

Cpv. 5 corrisponde all'art. 25 lit. d) del Concordato, mentre l'art. 182 LDIP è silente al riguardo. La Commissione propone di abolire questo capoverso, che è inutile, in quanto il diritto di farsi rappresentare costituisce una componente fondamentale del diritto di essere sentiti.

Cpv. 6 codifica un principio di procedura a carattere generale, perfettamente valido anche in arbitrato internazionale, anche se il Capitolo XII della LDIP non lo codifica. Più volte il TF ha ribadito che la violazione del diritto di essere sentiti deve essere sollevato immediatamente dinanzi al tribunale arbitrale e non soltanto nel quadro di un ricorso (DTF 25.4.2002 cons. 2a - 4P.17/2002, DTF 10.6.2996 in ASA Bull 2000, 764; DTF 119 II 386 cons. 1a). Lo stesso principio vale per la ricusazione degli arbitri (art. 190 lit. a) LDIP; DTF 128 V 82; 126 III

249). Recentemente il tribunale federale ha aggiunto che si tratta di un principio dedotto dalla buona fede processuale (DTF 27.5.2003 - 4P.267-270/2002).

Questo cpv. 6 sembra andare ancora oltre, poiché non si accontenta di menzionare il diritto di essere sentiti e l'uguaglianza tra le parti, ma fa riferimento a tutte "le violazioni di regole di procedura...pena la perenzione". In realtà, non si può ricorrere al giudice statale contro ogni violazione di regole di procedura, bensì unicamente contro quelle violazioni che rientrano nelle previsioni dell'art. 378 CPCF. Sarebbe dunque stato più corretto di formulare questo cpv. chiarificandone meglio i limiti.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: A titre de modification rédactionnelle, l'alinéa 6 serait mieux formulé comme suit:

*Toute violation des règles de procédure doit être invoquée immédiatement sous peine de forclusion.*

Art. 364

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: In Bezug auf die Ansetzung einer Klagefrist gemäss Abs. 5 wird auf die Bemerkungen zu Art. 278 Abs. 3 VE verwiesen.

TI: Cpv. 1: Questa regola sostituisce l'art. 26 Conc. che riservava al solo giudice Statale la competenza per ordinare delle misure provvisionali. Il progetto conduce dunque al risultato (assai auspicabile) di allineare anche su questo punto l'arbitrato nazionale a quello internazionale (art. 183 LDIP).

In questo sforzo va però compresa anche la terminologia utilizzata in queste due norme, che va anch'essa unificata (mentre ora il progetto parla di "misure provvisionali, comprese quelle per assicurare i mezzi di prova" e l'art. 183 LDIP di "provvedimenti cautelari o conservativi").

Questa competenza concorrente tra giudice statale e arbitro crea naturalmente un problema di litispendenza, che non è risolto in questo articolo né all'art. 362 CPCF.

Cpv. 2: Ancora una volta è stata adottata una differente terminologia tra il CPCF e la LDIP, ciò che non è consigliabile, visto che l'istituto è il medesimo.

Bisognerebbe pure meglio specificare che "*prende le disposizioni necessarie*" non significa che il giudice statale adotti delle misure provvisionali proprie, ma piuttosto che deve adottare i meccanismi (ad es. l'art. 292 CPS) che secondo il suo proprio diritto applicabile permettono di eseguire la misura provvisoria decisa dal Tribunale arbitrale.

La norma è silente su chi sia questo tribunale statale competente, per cui occorre dedurre che si applicano le regole generali di competenze previste nel CPCF. In particolare questo articolo non prevede alcun foro alla sede del tribunale.

Cpv. 4: Nel suo principio questo articolo riprende i precetti validi per i giudici statali (art. 278 CPCF), ma aggiunge le possibilità di avanzare la pretesa in questione nel quadro della procedura arbitrale pendente. E' sicuramente

interessante questa preoccupazione di evitare l'apertura di un secondo processo (come è invece il caso dinanzi al giudice statale).

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Angesichts der für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit geltenden Autonomie ist eine entsprechende Bestimmung wie Art. 280 über superprovisorische Massnahmen auch im Dritten Teil angezeigt.

ASA: Le libellé des alinéas 1 et 2 fait penser que le tribunal étatique compétent pour prononcer des mesures provisoires ou apporter son concours est exclusivement le tribunal du siège de l'arbitrage au sens de l'article 346 alinéa premier. Une telle restriction n'est pas souhaitable. Il convient donc de préciser que la disposition vise tout tribunal étatique compétent en vertu de la loi. Par ailleurs, la formulation de l'alinéa premier amène à penser que les parties pourraient convenir d'exclure la compétence des tribunaux étatiques pour ordonner des mesures provisoires. Si une telle exclusion est admissible s'agissant du tribunal arbitral, elle n'est pas souhaitable pour le tribunal étatique. En conséquence, les deux premiers alinéas pourraient être modifiés comme suit:

<sup>1</sup> *Tout tribunal étatique compétent ou, sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut ordonner, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles, notamment aux fins de conserver des moyens de preuve.*

<sup>2</sup> *Si la personne visée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral ou une partie avec son accord peut requérir les ordonnances nécessaires du tribunal étatique compétent selon l'article 346 alinéa premier 1 ou selon les règles de for ordinaires. Celui-ci applique son propre droit.*

AVZH: Abs. 1: Die jetzige Formulierung erlaubt, dass die Parteien die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte für vorsorgliche Massnahmen ausschliessen können. Wir halten dies für nicht zweckmässig. In dringenden Fällen, z.B. bei einem in Lebensgefahr schwebenden Zeugen, könnte eine solche Wegbedingung verheerende Folgen haben. Mit nachfolgender Formulierung wird die Möglichkeit der Wegbedingung staatlicher Gerichte ausgeschaltet. Gleichzeitig bezieht sich die neue Formulierung nicht mehr auf "das staatliche Gericht", sondern spricht von "einem zuständigen staatlichen Gericht". Damit soll der Schluss verhindert werden, dass mit Blick auf Art. 346 unter dem zuständigen staatlichen Gericht lediglich das Gericht am Sitz des Schiedsgerichts verstanden wird. Wir halten es für wünschenswert, dass nicht nur dieses Gericht für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig ist. In der Aufzählung der Zuständigkeiten des staatlichen Gerichts in Art. 346 fehlt denn auch ein Hinweis auf Art. 364.

Formulierungsvorschlag Art. 364 Abs. 1:

~~*Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann Das Schiedsgericht oder ein zuständiges staatliches Gericht können auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen einschliesslich solcher für die Sicherung von Beweismitteln anordnen.*~~

Abs. 2: In Übereinstimmung mit Abs. 1 soll auch in Abs. 2 "das staatliche Gericht" durch "ein zuständiges staatliches Gericht" ersetzt werden. Die Einschränkung des letzten Halbsatzes auf das "eigene Recht" ist unnötig, da sie eine Selbstverständlichkeit wiedergibt und daher eher verwirrend ist.

Formulierungsvorschlag Art. 364 Abs. 2:

*Unterzieht sich die betroffene Person einer vom Schiedsgericht angeordneten Massnahme nicht freiwillig, trifft ein zuständiges staatliches Gericht auf Ersuchen des Schiedsgerichts oder einer Partei mit dessen Zustimmung die erforderlichen Anordnungen.; ~~es wendet dabei sein eigenes Recht an.~~*

Abs. 4: Im Bericht zum VE wird festgehalten, dass der Begriff "Gericht" im zweiten Satz von Abs. 4 sich auch auf Schiedsgerichte bezieht. Der Klarheit halber sollte dies auch im Gesetzestext festgehalten werden.

Formulierungsvorschlag Art. 364 Abs. 4:

*Die gesuchstellende Partei haftet der andern für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist die gesuchstellende Partei, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, können das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden. Der Anspruch kann im hängigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden.*

OAFRI: al. 2: Le Rapport (p. 174) explique la relation entre les mesures ordonnées par le tribunal arbitral et les mesures complémentaires prises par le tribunal étatique. Cette relation ne ressort pas du texte légal, qui doit être précisé.

Art. 365

*Kantone / Cantons / Cantoni*

OW: Gemäss Art. 365 Abs. 2 kann das Schiedsgericht oder eine Partei mit dessen Zustimmung das staatliche Gericht um Mitwirkung bei der Beweisabnahme oder Vornahme sonstiger gerichtlicher Handlungen ersuchen. Damit könnte das Schiedsgericht aufwändige Beweiserhebungen an die staatlichen Gerichte delegieren. Es geht nicht an, im Rahmen eines Schiedsgerichtsverfahrens die zeitraubenden Beweisabnahmen einfach den staatlichen Gerichten aufzuerlegen. Wie in Art. 184 Abs. 2 und Art. 185 IPRG ist vielmehr vorauszusetzen, dass diese Delegation der Beweisabnahmen nur dann möglich ist, wenn für die Durchführung des Beweisverfahrens staatliche Rechtshilfe erforderlich ist.

TI: Cpv. 2: Il cpv. 2 si ispira dall'art. 184 cpv. 2 LDIP e va oltre quanto previsto dall'art. 27 cpv. 2 Conc. Quest'ultimo articolo da infatti la possibilità al *solo* tribunale arbitrale di richiedere il concorso del giudice statale, ma solamente in caso di *necessità* (cioè quando l'assunzione di un mezzo di prova è riservato al potere pubblico).

Il Progetto di CPCF va ben oltre non vi sono più questi limiti per chiedere l'assistenza del giudice statale, sia da parte del TA sia delle parti medesime (con il consenso del TA). E' dunque possibile dirottare sul giudice statale (senza particolari motivazioni) l'istruttoria di una parte (o, al limite di tutto) il litigio sottoposto alla giurisdizione arbitrale.

La Commissione ritiene che questa soluzione non sia ammissibile e che debba essere reintrodotta sia il requisito della "necessità" sia la possibilità che la richiesta provenga dal "solo tribunale arbitrale".

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: Pour la bonne systématique, il serait souhaitable de compléter le titre marginal de l'article 365. En effet, le premier alinéa de cette disposition ne concerne pas le concours des autorités judiciaires. En conséquence, le titre pourrait être "Administration des preuves et concours des autorités judiciaires".

Art. 366

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Permettono , a determinate condizioni, il litisconsorzio attivo, passivo, semplice o necessario, come pure il cumulo oggettivo di azioni.

Si tratta di una norma molto importante, poiché nella giurisdizione arbitrale (come pure in quella statale) occorre assolutamente evitare giudizi contraddittori: rischio sempre presente quando la decisione di questioni connesse o identiche è sparpagliata su più tribunali.

In procedura statale vi sono strumenti adeguati (e ora molto in voga) per concentrare dei litigi connessi (o apparentati) su di un solo giudice, ciò che non è il caso per la procedura arbitrale che richiede - a monte - l'esistenza di una clausola arbitrale tra le parti.

Questo capoverso è dunque una novità assai auspicabile: non si limita ad esigere (come lo fa il Concordato) che i litisconsorti siano parte alla stessa clausola arbitrale o a delle clausole identiche. Basta infatti che queste differenti clausole arbitrali siano "concordanti".

La norma per contro è silente sulla questione - assai spinosa - degli arbitrati "multi parties".

Art. 367

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Cpv. 1: Questa soluzione (ispirata tra l'altro dal Regolamento d'arbitrato della Camera di commercio di Lugano) è senz'altro corretta e mette fine a una diafrasi esistente da anni.

Difatti, l'eccezione di compensazione, in quanto mezzo di difesa, fa senz'altro parte del processo arbitrale e sarebbe dunque assurdo di rinviare le parti - per quanto riguarda appunto il credito compensante - ad un altro giudice o tribunale.

Cpv. 2: Trae la giusta conseguenza della diversità esistente tra un'eccezione di compensazione (mezzo di difesa) e una domanda riconvenzionale (mezzo di contrattacco).

Interessante notare che l'articolo non parla di "connessione", contrariamente all'esigenza posta dall'art. 80 cpv. 2 let. a) CPCF.

## *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1: Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Verrechnungseinrede als materieller Tilgungseinrede ist zu begrüssen.

Abs. 2: Gemäss dem VE genügt für die Zulässigkeit einer Widerklage, dass hierfür eine "übereinstimmende" Schiedsvereinbarung besteht, auch wenn es eine "andere" Schiedsvereinbarung ist als diejenige, die der Hauptklage zugrunde liegt. In der Regel mag eine solche inhaltliche Übereinstimmung von Schiedsvereinbarungen (z.B. für beide Klagen eine ICC-Klausel) befriedigen. Unbefriedigend ist das Ergebnis jedoch, wenn der Hauptkläger im Hinblick auf den Streitgegenstand seiner Klage als Schiedsrichter einen Elektroingenieur bestellt hat und wenn der später zur Kenntnis gelangende Streitgegenstand der Widerklage erkennen lässt, dass Fachkenntnisse in der Chemie nützlich wären. Das zusätzliche Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Widerklage sollte im Hinblick auf solche Konstellationen erneut erwogen werden.

ASA: A l'alinéa premier, il faudrait remplacer le terme "exception" par "objection", la compensation n'étant précisément pas une exception (voir notamment Philippe Schweizer/François Bohnet, Les défenses au fond, spécialement en procédure civile neuchâteloise, RJN 199. p. 13 ss., spécialement 31 N° 37).

Par ailleurs, contrairement à l'exigence posée à l'article 80, alinéa premier PCS (demande reconventionnelle devant le juge étatique) ainsi qu'à l'article 366 PCS (arbitrage intenté par ou contre des consorts), l'article 367 alinéa 2 omet la condition de connexité. Cette omission ne semble pas justifiée, de telle sorte que l'article 367 devrait être complété:

*La reconvention n'est recevable que si elle porte sur une prétention qui est couverte par une convention d'arbitrage concordante et connexe à la demande principale.*

OGZH: Wir befürworten die Lösung. Art. 29 Konkordat führte in der Praxis zu unbefriedigenden Situationen.

Art. 368

## *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Questo articolo contiene due punti. In primo luogo la necessità di rispettare gli accordi presi tra le parti: sistema già conosciuto dal Concordato.

In secondo luogo il cpv. 2 introduce la possibilità per la parte che ha anticipato la sua parte di spese, di rinunciare all'arbitrato e di introdurne uno nuovo. Ciò è logico, poiché sarebbe ben anomalo che una sola parte al contratto (cioè alla clausola arbitrale) possa renderlo caduco non pagando - unilateralmente - gli anticipi richiesti.

Infine, come nel Conc. non è ammissibile in arbitrato ottenere il beneficio dell'assistenza giudiziaria gratuita.

## Organisationen / Organisations / Organizzazioni

AKBS: Der Bericht der Expertenkommission hält auf S. 175 lapidar fest, die Sicherstellung von Parteikosten sei im Bereich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit unzulässig. Dies leuchtet nicht ein. Es sind Missbrauchsfälle denkbar, in welchen ungewisse Ansprüche an eine Strohfrau, einen Strohmännchen oder eine Stroogesellschaft zur Einklagung vor einem Schiedsgericht zediert werden und in welchem nur gerade die Schiedsgerichtskosten finanziert werden, während die als Klägerin auftretende Person oder Gesellschaft hinsichtlich ihrer finanziellen Situation so gesteuert wird, dass im Falle des Unterliegens im Schiedsverfahren keine Vermögenswerte zur Befriedigung von Parteikostenansprüchen vorhanden sind. Abgesehen von solchen Missbrauchssituationen sind auch Fälle eines Vermögenszerfalls während eines Schiedsverfahrens denkbar. Im weiteren erscheint es als angezeigt, Parteivereinbarungen, welche ohne das Vorliegen besonderer Umstände eine Sicherheitsleistung vorsehen, vorzubehalten. Es wird vorgeschlagen, in Anlehnung an Artikel 88 Abs. 1 lit. b) des VE dem Artikel 368 einen Absatz 3 folgenden Wortlauts anzufügen:

"Die klagende Partei hat für die Parteikosten der Gegenpartei bei Vorliegen wichtiger Gründe angemessene Sicherheit zu leisten, insbesondere wenn sie zahlungsunfähig erscheint oder wenn die Parteien eine Sicherheitsleistung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft vorgesehen haben."

ASA: Pour laisser ouvertes d'autres solutions que l'avance de la totalité des frais ou la renonciation à l'arbitrage, en particulier l'obtention d'une mesure provisionnelle ou d'une sentence partielle condamnant la partie rénitente à verser sa part de l'avance de frais, l'alinéa 2 pourrait être modifié comme suit:

*<sup>2</sup> Si une des parties ne fait pas l'avance de frais qui lui incombe, l'autre partie peut notamment avancer la totalité des frais ou renoncer à l'arbitrage. Si elle renonce à l'arbitrage, elle peut introduire un nouvel arbitrage ou procéder devant le tribunal étatique pour la même contestation.*

AVZH: Der Bericht erklärt ausdrücklich, dass eine Sicherstellung der Parteikosten unzulässig sei. Dies ist u.E. fraglich. Die Sicherstellung der Parteikosten ist jedenfalls im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit heutzutage anerkannt.

Ein Schiedsgericht sollte im gleichen Umfang eine Bevorschussung/Sicherstellung der Parteikosten verlangen können, wie dies für die Gerichte gemäss Art. 88 möglich ist. Von praktischer Bedeutung und daher festzuhalten ist jedoch nur der Fall der "Zahlungsunfähigkeit".

Formulierungsvorschlag Art. 368 Abs. 1:

*Das Schiedsgericht kann einen Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten sowie bei mutmasslicher Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei für die Parteikosten verlangen und die Durchführung des Verfahrens von dessen Leistung abhängig machen. Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, bestimmt es die Höhe des Vorschusses jeder Partei.*

Formulierungsvorschlag Art. 368 Abs. 2:

*Leistet eine Partei den von ihr verlangten Vorschuss nicht, kann die andere Partei nach ihrer Wahl den gesamten Vorschuss für die Verfahrenskosten leisten bzw. auf die Bevorschussung der Parteikosten durch die klagende Partei*

*verzichten oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie auf das Schiedsverfahren, kann sie für diese Streitsache ein neues Schiedsverfahren einleiten oder diese vor dem staatlichen Gericht einklagen.*

OGZH: Aus der Anwaltschaft wird angeregt, einer zahlungsunfähigen klagenden Partei die Sicherstellung der Parteikosten aufzuerlegen (analog VE Art. 88 lit. b). Das scheint uns ein gerechtfertigtes Anliegen.

Art. 369

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Questo avvicinamento tra giudice statale e arbitro non è auspicabile. E' infatti evidente che il giudice statale assai improbabilmente applicherà - delle regole che vanno oltre agli articoli delle leggi che entrano in linea di conto in ogni singolo caso concreto, ad esempio i famosi UNIDROIT Principles oppure altri principi dedotti dalla Lex Mercatoria.

Per contro, è chiaro che i tribunali arbitrali godono di maggiore latitudine sotto questo profilo e anche quelle fonti private del diritto rientrano in quelle "regole di diritto" prevista dall'art. 369 CPC.

Si propone in definitiva la seguente nuova formulazione: "Il tribunale arbitrale decide secondo le regole di diritto scelte dalle parti o, se così autorizzato dalle stesse, secondo equità. In difetto di una tale scelta, deciderà secondo il diritto che sarebbe stato applicato da un tribunale statale svizzero."

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: Si le litige est international, il serait souhaitable d'adopter les mêmes règles de conflit de lois qu'à l'article 187 LDIP. Cela présenterait l'intérêt de la cohérence. De surcroît, les solutions de l'article 187 se sont avérées parfaitement adaptées aux besoins de l'arbitrage. Le libellé suivant pourrait donc être adopté:

<sup>1</sup> *Le tribunal arbitral statue en droit, à moins que les parties ne l'aient autorisé à statuer selon l'équité.*

<sup>2</sup> *Lorsque le rapport juridique est international, le tribunal arbitral détermine les règles de droit applicables conformément à l'article 187 alinéa premier LDIP.*

Si la version actuelle était maintenue, il conviendrait d'utiliser "règles de droit" et non simplement "droit" comme c'est le cas de la présente version française.

AVZH: Gemäss Art. 369 entscheidet das Schiedsgericht nach Rechtsregeln, die ein schweizerisches staatliches Gericht anwenden würde. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist anerkannt, dass mit Rechtsregeln (règles de droit) auch nichtstaatliche Regeln erfasst werden und einem Schiedsgerichtsurteil zugrunde gelegt werden können. Den staatlichen Gerichten steht diese Möglichkeit nach allgemeiner Auffassung dagegen nicht offen. Es besteht daher ein Widerspruch zwischen der Entscheidung nach "Rechtsregeln" und den Regeln, die ein "staatliches Gericht" anwenden würde.

Gleichzeitig sollte aus dem Gesetzestext hervorgehen, dass primär das von den Parteien gewählte Recht zur Anwendung gelangt. Für den Fall des Fehlens einer Rechtswahl sollte auf die bewährte Regelung des Art. 187 Abs. 1 IPRG zurückgegriffen werden, wonach die Streitsache nach dem Recht, mit welchem sie am engsten zusammenhängt, entschieden werden soll.

Formulierungsvorschlag Art. 369 Abs. 1:

*Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.*

Formulierungsvorschlag Art. 369 Abs. 2:

*Die Parteien können das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.*

Uni ZH: Die Verweisung auf die "Rechtsregeln, die ein schweizerisches staatliches Gericht anwenden würde" ist missverständlich. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist anerkannt, dass mit Rechtsregeln (*règles de droit*) auch nichtstaatliche Regeln erfasst werden und einem Schiedsgerichtsurteil zugrunde gelegt werden können. Den staatlichen Gerichten steht diese Möglichkeit nach allgemeiner Auffassung dagegen nicht offen. Es besteht daher ein Widerspruch zwischen der Entscheidung nach "Rechtsregeln" und den Regeln, die ein "staatliches Gericht" anwenden würde.

Es empfiehlt sich, analog Art. 187 IPRG in französischer Fassung eine Rechtswahl der Parteien für verbindlich zu bezeichnen, unabhängig davon, ob ein staatliches Gericht diese Rechtswahl auch anerkennen könnte. Mangels Rechtswahl sollte wiederum analog Art. 187 IPRG das Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt, anwendbar sein.

Art. 370

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Bisognerebbe riservare la possibilità prevista dall'art. 360 cpv. 2 CPCF, ciò per tenere conto dei due scenari teoricamente possibili: a) la destituzione di un arbitro; b) la possibilità per gli altri arbitri di votare e decidere senza (o contro) di lui.

Art. 371

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Der Sinn der Bestimmung, wonach das Schiedsgericht das Verfahren auf einzelne Fragen oder Rechtsbegehren beschränken kann, wird nur im Zusammenhang mit der Artikelüberschrift ("*Zwischen- und Teilschiedssprüche*") verständlich. Zu bevorzugen wäre wohl ein Wortlaut, welcher losgelöst vom Titel den Sinn zum Ausdruck bringt, z.B. wie folgt:

*Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht das Verfahren zunächst auf einzelne Frage oder Rechtsbegehren beschränken und hierüber einen Zwischen- oder Teilschiedsspruch erlassen.*

## Art. 372

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Abs. 1 Bst. e: Dass der Mindestinhalt von Urteilen der Schiedsgerichte gesetzlich vorgeschrieben wird (Art. 372), wobei die Parteien auf die Darstellung des Sachverhaltes und der rechtlichen Entscheidungsgründe im Schiedsspruch sollen verzichten können (Art. 372 Abs. 1 lit. e), ist sinnvoll. Ein solcher Verzicht sollte jedoch von Gesetzes wegen vermutet werden, wenn dem Schiedsgericht keine Juristin und kein Jurist angehört. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass juristisch nicht ausgebildete Schiedsrichter manchmal gar nicht fähig sind, den strengen formellen Anforderungen, wie sie schon heute durch das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit an die Schiedssprüche gestellt werden, nachzukommen. Dies ist den Parteien, wenn sie solche Schiedsrichter bestellen, auch ohne weiteres klar, weshalb ohne anderslautende Vereinbarung davon ausgegangen werden sollte, dass sie keine juristischen Erwägungen im Schiedsspruch erwarten.

TI: Per quanto riguarda la lett. e) bisogna essere in chiaro sul fatto che, nella pratica, questa diviene una rinuncia alla possibilità di ricorrere, che avviene senza rispettare i presupposti rigorosi dell'art. 192 cpv. 2 LDIP. Il rischio è di aggirare in questo modo il sistema previsto dalla LDIP, ciò che appare inammissibile.

Per quanto riguarda il cpv. 3, bisogna aggiungere che, nel caso dell'art. 370 cpv. 4 CPCF il presidente potrà firmare da solo.

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Abs. 1 Bst. e: Es wird vorgeschlagen, den Doppelpunkt durch ein Komma zu ersetzen.

Abs. 3: Der Vollständigkeit halber ist auch der Fall von Art. 370 Abs. 4 zu erwähnen, weshalb dieser Absatz wie folgt zu ergänzen ist:

*Die Unterschrift der Präsidentin oder des Präsidenten genügt, wenn im Schiedsspruch festgestellt ist, dass sich keine Stimmenmehrheit ergeben hat.*

AVZH: Art. 372 Abs. 1 lit. f., welcher sich mit dem Inhalt des Schiedsspruchs befasst, verweist lediglich auf die Parteientschädigung. Gemäss Art. 86 Abs. 3 sind damit aufgrund einer systematischen Auslegung angemessene Auslagen der Parteien ausgeschlossen.

Formulierungsvorschlag Art. 372 Abs. 1 lit. f:

*das Dispositiv in der Sache sowie die Höhe und die Verteilung der Verfahrenskosten und der Parteikosten.*

OGZH: In Abs. 1 lit. f) heisst es wohl versehentlich nur "Parteientschädigung". Nach der Terminologie von VE Art. 86 Abs. 3 sind vermutlich die "Parteikosten" gemeint (es ist ja kaum einzusehen, weshalb vor dem Schiedsgericht die persönlichen Auslagen einer Partei nicht zu ersetzen sein sollen).

## Art. 373

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Die formellen Anforderungen an den Schiedsspruch sind nach dem Entwurf auch dann zu beachten, wenn das Verfahren durch Vergleich erledigt wird. Diese Regelung ist zu streng. Es bedeutet eine sinnlose Erschwerung der Arbeit von Schiedsrichtern, wenn diese beim Vergleichsabschluss daran denken müssen, die Parteien zum Verzicht auf die Angaben von Art. 372 Abs. 1 lit. e aufzufordern, damit nicht im Abschreibungsbeschluss noch eine Schilderung des Sachverhaltes und der rechtlichen Erwägungen (die im Vergleichsfall ohnehin kaum von Bedeutung oder sogar unerwünscht sind) formuliert werden muss. Es sollte daher bei dieser Bestimmung ein zweiter Absatz beigefügt werden, der wie folgt lauten könnte:

Auf die Angaben im Sinne von Art. 372 Abs. 1 lit. e kann in diesem Falle verzichtet werden.

TI: La nota marginale "transazione" è imprecisa, poiché questo articolo riguarda tutte le possibilità di mettere fine al processo arbitrale: transazione, desistenza, acquiescenza, perdita dell'oggetto litigioso, ecc.

Sugeriamo pertanto la seguente nuova formulazione: "Se durante la procedura arbitrale le parti pongono fine alla controversia il tribunale arbitrale, su richiesta, lo constata sotto forma di lodo" e così modificare la nota marginale: "Fine del processo durante la procedura".

Il fatto che il tribunale arbitrale non debba agire d'ufficio ma solo su richiesta delle parti si giustifica per ragioni di economia di costi a carico delle parti.

## Art. 374

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: La notificazione avviene, come nel Concordato, con il deposito della sentenza presso il Tribunale competente.-

Sarebbe importante inserire l'obbligo per gli arbitri di autenticare la loro firma. Si tratta infatti di un requisito (spesso dimenticato) prescritto dalla Convenzione di NY, che è molto restrittiva a questo riguardo.

## Art. 375

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Questa regola codifica un principio fondamentale dell'arbitrato, dove i ricorsi non hanno mai effetto sospensivo ed i lodi arbitrali sono - di conseguenza - immediatamente esecutivi.

Ciò non significa che le parti non possano domandare e ottenere l'effetto sospensivo nel quadro di un ricorso. Sarebbe allora opportuno indicare nella legge questa facoltà, inserendo all'art. 375 CPCF un rinvio all'art. 316 cpv. 2 CPCF.

La Commissione propone infine di aggiungere (in sintonia con l'art. 374 CPCF) che la notificazione del lodo arbitrale dev'essere fatta alle parti.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Gleich wie oben zu Art. 230 und 231 ausgeführt, empfehlen wir auch hier die einheitliche Verwendung der Begriffe "Eröffnung" und "Zustellung" im deutschsprachigen Text.

Art. 376

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Entsprechend der Systematik gemäss Art. 286 ff. VE müsste diese Bestimmung bei Art. 377 ff. VE eingereiht werden.

TI: Come per il giudice statale si pone il problema a sapere se quando una parte introduce una domanda ex art. 376 CPC il termine per ricorrere è sospeso o meno fino a definizione di questa domanda.

Il cpv. 3 risponde negativamente, ciò che implica in pratica la necessità di presentare il ricorso e domandarne la sospensione fino a decisione sull'istanza di rettificazione o interpretazione.

Si potrebbe naturalmente anche pensare allo scenario opposto, ossia quello di sospendere i termini per ricorrere, con il vantaggio di poi disporre di una decisione del TA più chiara e di avere definito chiaramente l'oggetto del ricorso.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Ein grammatikalischer Fehler hat sich in Art. 376 Abs. 1 lit. b. eingeschlichen.

Formulierungsvorschlag Art. 376 Abs. 1 lit. b.:

*bestimmte Teile des Schiedsspruchs zu erläutern.*

Art. 376 Abs. 1 lit. c, welcher einen Antrag auf Erlass eines ergänzenden Schiedsspruchs vorsieht, ist mit Art. 378 lit. c. letzter Halbsatz zu harmonisieren, welcher eine Beschwerde erlaubt, wenn Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen worden sind. Da diese beiden Vorschriften sich überlappen, entsteht eine beträchtliche Rechtsunsicherheit, indem sowohl ein Berechtigungsbegehren als auch eine Beschwerde eingereicht werden müssen.

Wir schlagen vor, Art. 376 Abs. 1 lit. c. beizubehalten, aber Art. 378 lit. c. 2. Halbsatz zu streichen. Dies würde mit der Lösung des UNCITRAL Model Law übereinstimmen, welches zwar in Art. 33 den gleichen Berichtigungsgrund, aber in Art. 34 nicht einen entsprechenden Anfechtungsgrund vorsieht.

Die in Art. 376 Abs. 2 getroffene Regelung für die Frist zur Stellung des Antrags erscheint uns äusserst bedenklich. Währenddem die relative Frist 30 Tage ab Entdeckung beträgt, beläuft sich die absolute Frist auf ein Jahr ab Zustellung. Diese lange Frist ist mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar. Es muss den Parteien zuzumuten sein, den Schiedsspruch bei Erhalt gründlich und insbesondere auf Vollständigkeit hin zu überprüfen.

Formulierungsvorschlag Art. 376 Abs. 2:

*Der Antrag ist innert 30 Tagen nach Zustellung des Schiedsspruchs an das Schiedsgericht zu richten.*

## Art. 377

### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der französische Titel vor Art. 377 VE "Chapitre 1, Recours limité *en droit*" ist zu ändern in "Chapitre 1, Recours limité *au droit*" (gemäss dem Titel vor Art. 310 VE) oder in "Chapitre 1, *Plainte*" (vgl. Bemerkung zu "Allgemeines zu Art. 310 ff. (Beschwerde)").

BS: Der Entwurf sieht keine Rechtsmittel vor, die gegen den Erlass von vorsorglichen Verfügungen eines Schiedsgerichts erhoben werden können. Dieser Unterschied zur Regelung für staatliche Gerichte (vgl. Art. 281) ist nicht zu begründen. Es wird daher folgende Ergänzung vorgeschlagen:

*Jeder Teil- oder Endschiedsspruch in der Sache, jeder Zwischen- oder Endschiedsspruch über die Zuständigkeit und jeder Entscheid des Schiedsgerichts über eine beantragte vorsorgliche Massnahme unterliegt der Beschwerde an das nach Art. 346 Abs. 1 zuständige staatliche Gericht.*

*Vorbehalten bleibt die Beschränkung der Anfechtbarkeit gemäss Art. 384.*

TI: Importante è il rinvio all'art. 350: è ammissibile di ricorrere contro un lodo arbitrale incidentale soltanto in caso di errore sulla competenza o di errore sulla composizione del tribunale arbitrale.

Al di fuori di questi casi bisognerà attendere il lodo finale (di merito).

ZH: Nach Art. 377 können die Entscheide eines Schiedsgerichts in der Regel mit Beschwerde bei einem kantonalen Gericht angefochten werden. Gegen dessen Entscheide ist dann wiederum die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig (Art. 384). Um die Attraktivität der Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu steigern, sollte auf diesen doppelten Rechtsmittelzug verzichtet werden. Für einen Formulierungsvorschlag verweisen wir auf die Stellungnahme des AVZH zu Art. 377.

### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

AKBS: Es entspricht einem erheblichen Bedürfnis der Schiedsgerichtsbarkeit, die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches nicht durch Rechtsmittel ungebührlich zu verzögern. Aus diesem Grunde ist in Wiedererwägung zu ziehen, ob die Parteien nicht auf die kantonale Beschwerdeinstanz verzichten und direkt an das Bundesgericht gelangen können, wenn sie dies in der Parteivereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft vorgesehen haben.

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel an das Bundesgericht, wie ihn Art. 384 vorsieht und womit nur eine kantonalrechtliche Beschwerde offen stände, gefährdet die Kohärenz der Rechtsprechung in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, weshalb einer direkten Beschwerde an das Bundesgericht der Vorzug zu geben ist.

ASA: Art. 377 ss.: L'étendue des voies de recours semble être une des raisons principales pour lesquelles l'arbitrage interne est peu utilisé en l'état. Pour augmenter l'attrait de ce mode de règlement des différends pour les litiges internes, on peut raisonnablement penser qu'il faudrait restreindre les voies de recours. Or le projet n'en fait rien. Il maintient le statu quo. C'est regrettable, car cela risque fort de freiner le développement de l'arbitrage interne. C'est dans cet

esprit que l'ASA propose de prévoir une instance unique de recours (voir proposition ad article 384) et de renoncer au grief de l'arbitraire à l'article 378.

AVZH: (i.V.m. Art. 384) Wir sind vehement der Auffassung, dass nur ein einstufiges Beschwerdeverfahren möglich sein sollte. Der kurze Instanzenzug ist einer der wichtigsten Punkte für die Steigerung der Attraktivität der Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Bei der jetzigen Lösung haben wir bei Ablehnungsverfahren aber sogar einen dreifachen Instanzenzug (vgl. Art. 359 Abs. 5).

Unser Vorschlag besteht somit darin, einzig die Beschwerde an das Bundesgericht vorzusehen.

Formulierungsvorschlag Art. 377:

*Jeder Teil- oder Endschiedsspruch in der Sache und jeder Zwischen- oder Endschiedsspruch über die Zuständigkeit nach Art. 350 unterliegt der Beschwerde an das Bundesgericht.*

Ist das Bundesgericht einzige Beschwerdeinstanz, muss Art. 384 gestrichen werden.

*Eventualiter* sollte einzige Beschwerdeinstanz ein kantonales Gericht sein, diesfalls ergänzt durch eine "opting in"-Möglichkeit für einen Weiterzug an das Bundesgericht.

OGZH: Welche Rechtsmittel zugelassen werden und/oder welche Verzichte zulässig sein sollen, ist unter den Praktikern der Schiedsgerichtsbarkeit kontrovers. Aus vornehmlich international tätigen Kreisen der Zürcher Anwaltschaft wird auf die Diskrepanz zu IPRG 191 / 192 hingewiesen und eine Angleichung angeregt. In der Tat leuchtet es nicht ohne weiteres ein, dass zweimal das indentsche Rechtsmittel (die Beschwerde) zur Verfügung stehen soll - einmal kantonal, dann am Bundesgericht. Allerdings ist es auch nicht ohne weiteres klar, welche Instanz zu streichen wäre: die Parteien würden sich vielleicht lieber direkt an das Bundesgericht wenden, während dieses nicht erfreut sein dürfte, wenn es alle Entscheide von Binnenschiedsgerichten erster Instanz überprüfen müsste und daher wohl vorzöge, dass das zuständige kantonale Gericht als einzige Rechtsmittel-Instanz entschiede.

Wir möchten uns hier einer eigenen Stellungnahme enthalten.

santésuisse: Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch: Rechtsmittelinstanz gemäss kant. Regelung (Art. 346 Abs. 1 des VE).

Uni ZH: Ein zweistufiges Rechtsmittelverfahren ist als ineffizient und unnötig abzulehnen. Ein einziges Rechtsmittel an das Bundesgericht wie bei internationalen Schiedsgerichten genügt. Damit würde die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit erhöht und die Belastung der staatlichen Gerichte reduziert. Eine relevante Mehrbelastung des Bundesgerichtes ist nicht zu erwarten, da einer allfälligen Erhöhung der Zahl von Beschwerden gegen Schiedsentscheide eine Reduktion von aufwendigeren Berufungen mit voller rechtlicher Kognition gegen staatliche Urteile entgegenstehen sollte. Eine allenfalls erwünschte Reduktion der Belastung des Bundesgerichtes würde auch durch Verzicht auf die ohnehin sehr umstrittene Willkürbeschwerde erreicht.

Art. 378

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Questo articolo è un misto tra il sistema della LDIP e quello del Concordato. In particolare, si è rinunciato ad introdurre la violazione dell'ordine pubblico (prevista invece all'art. 190 cpv. 2 lit. e) LDIP) e si è invece mantenuto l'arbitrio.

Alla lit. d) si è dimenticato di aggiungere: "compresa la decisione resa secondo l'art. 361 cpv. 3 CPCF".

Infine, alla lit. f) andrebbe precisato che è unicamente la decisione finale a potere essere oggetto di ricorso e non - per esempio - le richieste di versare degli acconti.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: L'arbitrage international, très largement utilisé, ne connaît pas le recours pour arbitraire, mais uniquement pour violation de l'ordre public international (article 190 LDIP). L'arbitrage interne, qui ne connaît pas le même succès, offre des voies de recours plus étendues, qui comprennent le grief pour arbitraire. S'il y a assurément encore d'autres causes à l'absence de popularité de l'arbitrage interne, on ne peut exclure que l'étendue des recours (arbitraire, deux instances) y ait une part importante. En modifiant ces données, le présent projet pourrait donner à l'arbitrage interne un nouvel élan. C'est pourquoi il nous semblerait souhaitable d'envisager la suppression du recours pour arbitraire et son remplacement par grief de violation de l'ordre public.

Par ailleurs, la coexistence des articles 376 alinéa premier let. c (pouvoir du tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur requête d'une partie) et 378 let. c *in fine* (recours fondé sur le grief d'*infra petita*) crée une incertitude: si le tribunal arbitral n'a pas tranché une demande, quelle voie choisir ? Cette incertitude peut aisément être levée en éliminant le recours pour *infra petita*. Si l'arbitre devait refuser à tort de rendre une sentence additionnelle, alors le recours serait ouvert contre un tel refus sur la base de l'article 378 let. b (le tribunal arbitral se serait déclaré à tort incompétent pour rendre la sentence additionnelle). En conséquence, il conviendrait de modifier l'article 378 comme suit:

*Une sentence ne peut être attaquée que si:*

*[...]*

*le tribunal arbitral a statué sur des points qui ne lui étaient pas soumis;*

AVZH: Aufgrund unserer Ausführungen zu Art. 376 Abs. 1 lit. c. soll Art. 378 lit. c. nun nach Streichung des letzten Halbsatzes wie folgt lauten:

Formulierungsvorschlag Art. 378 lit. c.:

*das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden. oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat.*

Wir raten dringend, auf eine Willkürbeschwerde gemäss lit. e. zu verzichten und die nötige Schranke mittels des materiellen schweizerischen ordre public (vgl. Art. 17 IPRG) zu setzen. Die Willkürbeschwerde ist eine wichtige Ursache für die fehlende Attraktivität der Binnenschiedsgerichte. Der ordre public (welcher allenfalls auch "öffentliche Ordnung" genannt werden könnte) ist demgegenüber gut etabliert und genügt zum Schutz der Schiedsgerichtsparteien. Weil es sich

dabei um den schweizerischen ordre public handelt (vgl. Art. 17 IPRG), sind die Beschwerdegründe zudem weiter gefasst als in Art. 190 IPRG, der auf den internationalen ordre public abstellt.

Als *Eventualvorschlag* sollte zumindest der umfassende Bezug auf die Willkür gestrichen und durch den Umstand der offensichtlichen Aktenwidrigkeit ersetzt werden. Dies ermöglicht die u.E. dringend erforderliche Übereinstimmung mit Art. 68 b) - d) OG, wenn ausländisches Recht zur Anwendung gelangt.

Gemäss Art. 68 b) - d) OG prüft das Bundesgericht bezüglich der Anwendung des ausländischen Rechts nur:

- ob schweizerisches Recht anstatt ausländisches angewendet wurde,
- ob das IPRG richtig angewendet wurde, d.h. das richtige ausländische Recht angewendet wurde,
- ob im Falle der Anwendung des ausländischen Rechts das ausländische Recht überhaupt ermittelt wurde und dies genügend sorgfältig geschah.

Übertragen auf die Binnenschiedsgerichtsbarkeit sollte daher (sofern an der Willkürbeschwerde grundsätzlich festgehalten werden soll) eine Beschwerdeinstanz nur prüfen:

- ob die Anwendung eines bestimmten (in- oder ausländischen) Rechts angemessen war (genauer Wortlaut hängt noch von der Definition des anwendbaren Rechts gemäss Art. 369 ab),
- ob im Falle der Anwendung des ausländischen Rechts, das ausländische Recht überhaupt ermittelt wurde und dies genügend sorgfältig geschah,
- ob im Falle der Anwendung des schweizerischen Rechts eine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegt und das Urteil deshalb im Ergebnis willkürlich ist [Willkürbeschwerde bzgl. Rechtsanwendung, aber auf schweizerisches Recht beschränkt]
- ob ein Urteil auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen beruht und daher im Ergebnis willkürlich ist [Willkürbeschwerde bzgl. Aktenwidrigkeit]

Uni ZH: Auf den Anfechtungsgrund der Willkür ist zu verzichten, da er erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt. Eine Überprüfung auf Verletzung des ordre public, wie er aus der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bekannt ist, genügt.

Art. 379

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

santésuisse: Beschwerde gegen einen Schiedsspruch: Diese ist subsidiär zulässig, d.h. nach Ausschöpfung der Rechtsmittel gemäss Schiedsvereinbarung.

Art. 380

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI Si propone un termine di 30 giorni, così da allinearsi alla soluzione prevista dall'art. 292 CPCF (rispettivamente alla variante 2: 10 giorni per la dichiarazione d'appello + 20 giorni per la motivazione).

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Gleich wie oben zu Art. 230 und 231 ausgeführt, empfehlen wir auch hier die einheitliche Verwendung der Begriffe "Eröffnung" und "Zustellung" im deutschsprachigen Text.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Frist zur Einreichung der Beschwerde in Art. 380 ist auf *30 Tage* zu erhöhen. Ein Schiedsverfahren kann in einer anderen Sprache als derjenigen des Sitzkantons geführt werden. Dies kann zu erheblichen Übersetzungserfordernissen führen, wodurch die 20 Tage für eine Beschwerde an die kantonale Instanz in der Regel zu kurz erscheinen.

Eine Verlängerung wäre aber auch dann erforderlich, wenn als einzige Beschwerdeinstanz das Bundesgericht eingeführt würde (vgl. Bemerkung zu Art. 384): 20 Tage sind für die Beurteilung des Inhaltes eines Urteils und das Einholen der Instruktionen seitens der Klientin zu kurz.

OAFRI: Il n'y a aucune raison de réduire le délai de recours de 30 à 20 jours. D'une manière générale, les délais devraient être uniformisés et fixés à 30 jours, sauf nécessité absolue.

santésuisse: Die Frist ist zu verlängern.

Art. 381

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Es fällt auf, dass der Verweis in Art. 381 VE nur einige wenige Bestimmungen des Beschwerdeverfahrens erfasst. So fehlt z.B. der Verweis auf die Kostenbestimmungen gemäss Art. 286 - 289 VE. Es wäre wünschenswert, zumindest in der künftigen Botschaft zu präzisieren, dass im Übrigen diese allgemeinen Bestimmungen über die Rechtsmittel anwendbar seien.

Art. 382

Art. 383

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: cpv. 2: Il sistema proposto dal Progetto differisce rispetto a quello della LDIP, nel senso che prevede che il TA decide nuovamente, ma conformandosi ai considerandi del giudizio (statale) di rinvio.

Questa soluzione non appare conforme al sistema che vuole che la giurisdizione arbitrale sia indipendente da quella statale, ciò che deve naturalmente valere anche per le decisioni da adottare.

Dal punto di vista della procedura arbitrale questa soluzione significa poi che il mandato degli arbitri implichi che siano ancora a disposizione per redigere una seconda decisione, che faccia seguito all'intervenuto annullamento in sede di ricorso del lodo originario. Quid se non fossero invece più disponibili?

Crediamo in definitiva che sarebbe preferibile di eliminare questo cpv. 2 e di adottare la soluzione della LDIP, con la possibilità dunque di costituire un nuovo tribunale arbitrale, che dovrà decidere nuovamente e liberamente.

Art. 384

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BS: Gegen Schiedsgerichtsurteile soll grundsätzlich eine zweistufige Rechtsmittelkontrolle bestehen. Weil diese Regelung schwerfällig ist, soll sie durch Parteivereinbarung vereinfacht werden dürfen. Der Entwurf erlaubt es, auf die Kontrolle durch das Bundesgericht zu verzichten, verbietet es aber andererseits, das Bundesgericht als einzige Rechtsmittelinstanz vorzusehen. Dies wird von der Expertenkommission damit begründet, dass das Bundesgericht entlastet werden müsse (Bericht S. 179). Nicht begründet wird indessen, weshalb diesem Entlastungsbedürfnis nur bei den Binnenschiedsgerichten Rechnung getragen wird, während den Parteien eines internationalen Schiedsgerichtes nur die Möglichkeit des direkten Weiterzugs an das Bundesgericht offen steht. (Der vorliegende Vorentwurf will es den Parteien eines internationalen Schiedsgerichtes sogar verbieten, das Bundesgericht durch ein kantonales oberes Gericht zu ersetzen, was sich aus der vorgeschlagenen Streichung von Art. 191 Abs. 2 IPRG ergibt.) Es wird daher vorgeschlagen, dass auch bei Binnenschiedsgerichten von den Parteien der direkte Weiterzug an das Bundesgericht vereinbart werden kann. Diese Lösung könnte z.B. dann nahe liegen, wenn ein erstinstanzliches Schiedsurteil an eine obere Schiedsinstanz weiterzuziehen ist, bevor ein Rechtsmittel an ein staatliches Gericht möglich ist. Als Formulierung wird Folgendes vorgeschlagen:

*Die Parteien können durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft das Bundesgericht als einzige Beschwerdeinstanz bezeichnen.*

#### *Organisations / Organisations / Organizzazioni*

ASA: Si, pour dynamiser l'arbitrage interne, on préconise en principe une instance unique tout en cherchant à éviter une éventuelle surcharge du Tribunal fédéral, il faudrait instaurer le tribunal cantonal comme instance unique, les parties ayant cependant la possibilité de convenir d'un recours au Tribunal Fédéral contre la décision cantonale. Cette solution impliquerait la modification suivante de l'article 384:

*Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans un accord ultérieur, prévoir le recours au Tribunal Fédéral.*

Cette modification entraînerait également une modification du projet de loi sur le Tribunal fédéral.

Art. 385

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: L'istituto della revisione impone all'autorità di ricorso di procedere ad una certa istruttoria.

E' naturalmente curioso che il giudice statale (di seconda istanza) debba fare luogo ad un'istruttoria, che naturalmente potrebbe nel seguito interessare anche il TA (in caso di annullamento del primo lodo ex art. 388 CPCF).

Art. 386

*Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Eine Frist von drei Monaten ist zu lang. Eine 30-tägige Frist genügt (vgl. vorne zu Art. 320 Abs. 1).

Art. 387

Art. 388

*Kantone / Cantons / Cantoni*

TI: Proponiamo, coerentemente a quanto detto sopra all'art. 383 cpv. 3 CPCF, di abolire la seguente frase del cpv. 1: *...e rinvia gli atti al tribunale arbitrale per un nuovo giudizio.*

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

CBL-GE: Proposition: Partie 3A: Médiation civile et commerciale

Titre I - Dispositions générales

Art. 388 A Médiateur civil

Dans toutes les causes qui, d'une manière générale, leur paraissent de nature à faire l'objet d'une médiation, l'autorité de conciliation et le Tribunal peuvent, en tout état de cause, proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur civil (ci-après: médiateur), soit un tiers qualifié, indépendant, neutre et impartial.

*Motifs:*

*A l'instar d'autres législations en Europe, la médiation civile et commerciale (métajudiciaire) est possible à tous les stades de la procédure: de la conciliation à l'appel. La proposer au stade de l'essai préalable de conciliation est important, car à ce stade le litige n'est parfois pas encore trop noué. C'est l'une des raisons de réaffirmer et développer, parallèlement, l'institution de la conciliation.*

*En amont, pour les parties qui n'ont pas encore déposé de demande en justice et qui souhaiteraient faire homologuer une convention, suite à une médiation, le cas a été prévu à l'article 388E qui instaure l'homologation par l'autorité de conciliation.*

*Le recours à une médiation civile doit essentiellement correspondre à l'intérêt bien compris des parties et non à celui du tribunal.*

*La décharge, relative, qui en découle pour ce dernier est non la cause, mais la conséquence d'une mesure dictée au premier chef par des considérations de paix sociale, d'une part, et économiques, d'autre part (processus plus efficace, plus rapide et à moindre coût pour les parties).*

*Par ailleurs, il faut offrir aux justiciables les meilleures garanties possible quant au bon déroulement de la médiation. C'est ainsi que le médiateur civil doit satisfaire à plusieurs conditions: d'une part d'ordre professionnel (la qualification: expérience ou spécialisation, et formation), d'autre part d'ordre éthique (indépendance, neutralité et impartialité). On a souvent tendance à confondre neutralité et impartialité, qui recouvrent pourtant des notions bien différentes: le tiers neutre refuse de se prononcer (ni pour l'un ni pour l'autre), tandis que l'impartial agit selon des règles préexistantes. Quant à l'indépendance, elle vaut tant à l'égard des parties que des tiers ou entités extérieures.*

*Lorsque les médiateurs interviennent à deux, ce qui est fréquent dans certains domaines, on parle de co-médiation. Le médiateur sera soit une (ou deux) personne physique, soit une institution, aux conditions strictes prévues aux nouveaux articles 388L ss (voir ci-dessous).*

#### Art. 388 B Compétences

<sup>1</sup> Le médiateur n'intervient pas dans la procédure civile.

<sup>2</sup> L'autorité de conciliation et le tribunal n'interviennent pas dans le processus de médiation.

<sup>3</sup> L'autorité de conciliation, le tribunal et le médiateur facilitent aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement.

#### *Motifs*

*Cette disposition fondamentale caractérise la médiation civile (méta-judiciaire), par rapport à la médiation pénale (judiciaire) . Tant le tribunal que le médiateur éviteront tout dysfonctionnement en gardant à l'esprit trois règles de comportement:*

- ni confusion;*
- ni ingérence;*
- ni subordination.*

#### Art. 388 C Information

<sup>1</sup> L'autorité de conciliation ou le tribunal donnent aux parties, en présence de leur éventuel conseil, les informations nécessaires sur la médiation et son coût. Ils leur remettent le tableau des médiateurs et des institutions de médiation.

<sup>2</sup> Ils peuvent leur donner un délai de réflexion qui, dans la règle, n'excède pas trente jours.

<sup>3</sup> Lorsque les parties le requièrent, faute d'avoir pu s'entendre sur une personne ou une institution de leur choix, l'autorité de conciliation ou le tribunal leur propose le nom d'un médiateur ou d'une institution de médiation.

#### *Motifs:*

*Al. 1: C'est le point de départ d'un éventuel passage vers le processus de médiation. La médiation civile et commerciale étant encore peu connue en*

*Suisse, le tribunal commencera – lorsque le litige s'y prête – à informer les parties de la faculté qui leur est offerte, en leur expliquant ce que le processus de médiation implique pour elles, en présence de leurs avocats. Ceux-ci pourront les assister dans le processus de la médiation (selon des modalités à prévoir dans l'accord initial de médiation). Des conférences, cours et séminaires d'information et de sensibilisation à la médiation seront organisés.*

*Lorsque l'une ou les parties sont au bénéfice de l'assistance juridique, les frais seront pris en charge par ce service. Il incombera aux cantons d'adopter des règlements sur l'assistance juridique dans ce sens.*

*Al. 2: La médiation ne peut être mise en œuvre qu'avec le plein accord des parties, une médiation imposée étant un non-sens, du moins au civil. Il importe que les parties ne ressentent pas la proposition du tribunal comme une pression, d'où l'octroi d'un temps de réflexion.*

*Al. 3: Il pourrait arriver que les parties ne se mettent d'accord que sur le principe de la médiation sans arriver à s'entendre sur la personne (ou l'institution de médiation). Dans ce cas, c'est le tribunal qui leur propose un nom ou une institution.*

*Dans ce cas seulement, le tribunal peut établir avec le médiateur ou l'institution de médiation un contact informel en vue d'examiner uniquement les problèmes de disponibilité et d'absence de causes de récusation.*

*Au sujet des coûts, les informations recueillies ont permis de retenir ce qui suit:*

- a dans les affaires de famille, le coût global d'une médiation est compris, en général, entre CHF 1 000.- et CHF 1 500.-, selon les renseignements donnés par l'une des associations consultées;*
- b dans les affaires commerciales, les institutions de médiation ont prévu des tarifs en pourcentage de la valeur litigieuse et dégressifs, étant précisé que le médiateur ne fixe pas toujours lui-même le montant de ses honoraires, mais un organe de l'association (selon les statuts des associations).*
- c l'assistance juridique peut prendre en charge les honoraires de la personne médiatrice, le cas échéant.*

#### Art. 388 D Confidentialité

<sup>1</sup> En cas d'échec de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans une procédure ultérieure, de ce qui a été déclaré pendant le processus de médiation par les parties ou par la personne du médiateur.

<sup>2</sup> Ne peuvent être invoqués comme preuves dans une procédure ultérieure:

- a. toute opinion ou suggestion émanant de l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige;*
- b. tout aveu fait par l'une des parties au cours du processus;*
- c. le fait qu'une partie se soit déclarée, ou non, prête à accepter une proposition de règlement émanant de l'autre partie ou d'un tiers présent lors du processus.*

*Motifs:*

*La rédaction de cet article s'inspire des règles en vigueur et de la pratique internationales, en particulier le Règlement de l'OMPI (art. 17 Rgl't OMPI), le Règlement de conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commer-*

*cial (art. 14 Rgl. CNUDCI), le Règlement ADR de la Chambre de commerce internationale (art. 7 Rgl. ADR de la CCI).*

## Titre II - Médiation et conciliation

### Art. 388 E Médiation avant la conciliation

Lorsque les parties ont négocié une convention de médiation, hors procédure civile, elles peuvent déposer directement devant l'autorité de conciliation compétente une requête en homologation. Cette requête contient l'identité des parties, un bref exposé des faits et la conclusion d'homologation de la convention, laquelle est annexée, de même que, le cas échéant, les pièces utiles.

### Art. 388 F Médiation initiée en conciliation

<sup>1</sup> Lorsqu'elles entament une médiation, après le délai de réflexion prévu à l'article 388C, alinéa 2, les parties peuvent demander à l'autorité de conciliation à être convoquées à nouveau en conciliation dans un délai qui n'excède pas, dans la règle, six mois.

<sup>2</sup> En cas d'échec de la médiation, à la demande de la partie la plus diligente, l'autorité de conciliation convoque à nouveau les parties pour délivrer l'autorisation de citer.

### Art. 388 G Homologation en conciliation

Après avoir vérifié que la convention de médiation qui lui est soumise par les parties n'est ni contraire à l'ordre public, ni au droit impératif et que le médiateur qui est intervenu est inscrit au tableau des médiateurs, l'autorité de conciliation rédige un procès-verbal qui vaut homologation et qui contient les qualités des parties et le texte de la convention. Ce procès-verbal est muni de la signature des parties, voire de leur mandataire, et de l'autorité de conciliation; il a les effets d'une décision entrée en force.

#### *Motifs:*

*L'autorité de conciliation peut être confronté à deux situations différentes:*

- elle est requise d'homologuer une convention de médiation négociée avant toute procédure civile. C'est le cas prévu à l'article 338E;*
- déjà saisie d'une demande, elle est requise d'homologuer une convention de médiation, après avoir proposé elle-même aux parties de recourir à ce mode de résolution de leur litige. C'est le cas prévu à l'article 388F.*

*L'article 388G décrit la procédure d'homologation pour ces deux situations.*

## Titre III - Médiation en cours de procédure

### Art. 388 H Médiation après introduction de la cause

<sup>1</sup> Aussitôt qu'il est informé par les parties, le cas échéant par le médiateur, de la signature de leur engagement en médiation, le tribunal suspend la cause.

<sup>2</sup> Le tribunal demeure toutefois compétent pour prendre les mesures requises par l'ordre public et le droit impératif, notamment dans le domaine de la protection des enfants mineurs.

<sup>3</sup> A la demande de l'une ou des parties, l'instance est reprise en cas d'échec ou de succès de la médiation.

*Motifs:*

*La question de savoir si l'instruction peut ou doit se poursuivre parallèlement est débattue.*

*Par exemple: le tribunal peut-il instruire la liquidation du régime matrimonial tandis que le problème des relations personnelles parents-enfants fait l'objet de la médiation ?*

*Les inconvénients – psychologiques – à poursuivre l'instruction au risque d'affecter le processus de médiation l'emportent-ils sur les avantages, en temps et en efficacité, à mener de front procédure et médiation ? Préserver le bon climat de médiation a paru prioritaire. Il est aussi à relever que les différents aspects d'un litige sont étroitement imbriqués et que la médiation vise précisément à mettre à jour toutes les composantes du litige. Scinder celui-ci peut dès lors être quelque peu artificiel en médiation.*

*La suspension de la cause a paru plus conforme à la règle posée à l'article 388B que la suspension de l'instruction et plus en harmonie avec l'esprit de la médiation.*

*La solution ainsi retenue à l'alinéa 2 est conforme par ailleurs à la jurisprudence, qui a considéré que les mesures provisoires prévues par l'article 145, alinéa 2, aCC pouvaient être prises lorsque l'instance avait été suspendue sur le fond.*

*L'alinéa 3 indique comment l'instance est reprise.*

#### Art. 388 I Issues de la médiation

<sup>1</sup> Lorsque les parties conviennent du retrait de l'action, la cause est rayée du rôle.

<sup>2</sup> Lorsque les parties requièrent l'homologation de leur convention, il est procédé conformément aux articles 388J et K.

*Motifs:*

*Sont énoncées ici les deux éventualités rencontrées à la fin du processus de médiation et leurs conséquences sur la procédure civile: en cas de succès les parties peuvent, en principe et sous réserve de l'ordre public, opter pour une simple convention sous seing privé avec retrait de l'action (al. 1) ou demander l'homologation de leur convention (al. 2).*

#### Art. 388 J Homologation

<sup>1</sup> Le tribunal homologue la convention des parties si celles-ci le requièrent. Sous réserve de l'ordre public et du droit impératif, il ne peut pas modifier le contenu de la convention intervenue.

<sup>2</sup> En cas d'accord complet, le tribunal l'homologue par un jugement.

<sup>3</sup> En cas d'accord partiel, il reprend l'instance pour les chefs encore litigieux; il homologue la convention partielle.

*Motifs:*

*Le tribunal, en principe, est tenu de respecter l'accord intervenu. Les deux exceptions n'appellent pas de commentaire, la problématique d'une convention manifestement inéquitable au sens du nouveau droit du divorce étant incluse par la référence au droit impératif.*

*Il va de soi que le tribunal pourra interpeller les parties si la convention n'est pas claire (l'art. 140, al. 2, CC le lui impose d'ailleurs, dans la procédure de divorce) et procéder ensuite à une correction cosmétique, pour lever l'ambiguïté ou l'obscurité.*

*Les alinéas 2 à 3 n'appellent pas de commentaires.*

#### Art. 388 K Refus d'homologuer

<sup>1</sup> Si la convention est, en tout ou partie, contraire à l'ordre public ou au droit impératif, le tribunal donne par ordonnance la faculté aux parties de la modifier, en précisant les points susceptibles de ne pas être homologués et en leur impartissant à cet effet un délai qui, dans la règle, n'excède pas trente jours. Il informe en outre le médiateur d'un éventuel refus d'homologation.

<sup>2</sup> Si les parties ne donnent pas suite à son ordonnance ou si la nouvelle convention ne satisfait pas non plus aux conditions de l'alinéa 1, il remet la cause pour plaider et rend un jugement.

<sup>3</sup> Si le médiateur qui est intervenu n'est pas inscrit au tableau des médiateurs, le tribunal peut également refuser d'homologuer la convention. Il remet la cause pour plaider et rend un jugement.

*Motifs:*

*La disposition – originale – tend à sauvegarder les résultats de la médiation et à permettre aux parties d'apporter, si elles sont justifiées, les corrections souhaitées. Il s'agit de permettre au juge de se prononcer sur le bien-fondé en droit de la solution retenue par les parties pour régler leur litige, afin de la mettre ainsi à l'abri d'une contestation ultérieure sur certains points non conformes. L'absence de toute disposition en la matière en droit français a fait problème (Ecole nationale de la magistrature, colloque sur la médiation judiciaire, Grenoble, 1999, intervention du prof. Y. Chalaron, p. 97).*

*La question de savoir ce qui est, ou non, de droit impératif est parfois délicate, par exemple l'appréciation du caractère manifestement inéquitable d'une convention dans le nouveau droit du divorce. Il est dès lors tout naturel de prévoir la voie de l'appel, le tribunal (et non le conciliateur, voir ci-dessus) devant motiver son désaccord dans un jugement.*

*Il existe d'autres cas pour lesquels le juge doit refuser l'accord (voir B. Bertossa et al., Commentaire de la loi de procédure civile, vol. I, ad art. 56, ch. 3 et 4), lorsque:*

- le contenu de l'accord est illicite;*
- il est contraire aux mœurs;*
- il est impossible;*
- il est peu clair.*

*La présence d'avocats qui pourront vérifier la convention de médiation ou le contrôle de la convention par le service juridique de l'institution de médiation permet de penser qu'un premier tri aura été opéré sur ces points avant la demande d'homologation.*

Titre IV - Organisation

#### Art. 388 L Médiateur civil

<sup>1</sup> L'autorité de conciliation ou le tribunal peut proposer aux parties de recourir à un médiateur civil ou une institution de médiation (ci-après: médiateur) afin

qu'elles puissent – avec le concours de celui-ci – rechercher une solution librement négociée et élaborée par elles.

<sup>2</sup> Les médiateurs ou institutions de médiation sont agréés par l'autorité cantonale compétente.

<sup>3</sup> Pour être médiateur il faut:

- a) être âgé de trente ans au moins;
- b) être au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée adéquate;
- c) disposer d'une bonne expérience professionnelle;
- d) avoir une expérience ou des connaissances suffisantes dans le domaine concerné;
- e) disposer de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation;
- f) n'être l'objet d'aucune inscription au casier judiciaire pour une infraction intentionnelle portant atteinte à la probité et à l'honneur.

<sup>4</sup> Le médiateur peut en outre avoir bénéficié de formations spéciales concernant en particulier la médiation touchant des personnes socialement ou psychologiquement fragiles.

<sup>5</sup> Pour être agréées les institutions de médiation déposent:

- a) leurs statuts;
- b) leur règlement;
- c) leur code de déontologie.

*Motifs:*

*Cette disposition introduit la possibilité de choisir une institution de médiation plutôt qu'un médiateur individuel. Si les partenaires (médiants ou encore médiés) choisissent une institution qui doit être agréée par l'autorité cantonale compétente après examen de ses statuts, de son code de déontologie et de son règlement en application de l'alinéa 5, il appartiendra à cette institution de mettre à leur disposition un médiateur ou une médiatrice assermenté-e, remplissant par conséquent les conditions de compétence et de rigueur prévues par l'alinéa 3. Ainsi, un médiateur rattaché à une institution de médiation devra également avoir prêté personnellement le serment prévu à l'article 388N.*

*Les termes de proposition ou proposer ont été cependant préférés à ceux de mission ou déléguer, car la médiation civile ne s'inscrit pas dans une délégation de la puissance publique comme la médiation pénale. Comme pour la médiation pénale, l'alinéa 4 met en évidence les formations spéciales du médiateur pour les situations comprenant des personnes socialement ou psychologiquement fragiles. Tel peut être le cas pour les problèmes de famille notamment.*

#### Art. 388 M Tableau

Pour les tribunaux civils, l'autorité cantonale compétente dresse et tient à jour un tableau des médiateurs et institutions de médiation faisant, le cas échéant, référence à leur qualification particulière ou à leur domaine de spécialité.

*Motifs:*

*Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.*

### Art. 388 N Serment

Avant d'être inscrit au tableau, le médiateur civil prête devant l'autorité cantonale compétente le serment suivant:

"Je jure ou je promets solennellement:

- d'exercer la médiation dans le respect des lois, avec honneur, compétence et humanité,
- de sauvegarder l'indépendance inhérente à la médiation,
- de n'exercer aucune pression sur les personnes en litige afin d'obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement négociée,
- de veiller à ce que les personnes en litige concluent une entente libre et réfléchie,
- de ne plus intervenir d'aucune manière dans la procédure une fois la médiation terminée,
- de préserver le caractère secret de la médiation."

*Motifs:*

*Le serment du médiateur civil est légèrement différent de celui du médiateur pénal, puisque le terme mission du médiateur pénal a été remplacé par celui de médiation, pour les raisons exposées en regard de l'article 388L ci-dessus, selon une proposition faite par la Chambre suisse de médiation commerciale (section romande).*

Titre V - Devoirs des médiateurs

### Art. 388 O Indépendance, neutralité et impartialité

<sup>1</sup> Le médiateur civil exerce ses fonctions en toute indépendance, neutralité et impartialité, sans exercer sur les personnes en litige une quelconque pression destinée à obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement consentie.

<sup>2</sup> Il doit se récuser dès lors que l'une des causes prévues à l'article 43 est réalisée, à moins que toutes les parties, dûment informées, consentent expressément à ce que la médiation ait lieu.

*Motifs:*

*Même si les modifications proposées ici sur la médiation civile n'ont pas pour but de régler la profession de médiateur, il est important que la loi rappelle aussi pour la médiation civile que le médiateur est un tiers indépendant, neutre et impartial, étant précisé que l'indépendance se définit par rapport à l'institution de la justice et à son exercice, la neutralité concerne le contenu final de la réglementation du conflit qui appartient aux parties et l'impartialité est liée aux rapports des médiateurs avec les médians .*

*S'agissant plus spécifiquement de l'impartialité et des causes de récusation, la loi ne distingue pas les causes impératives des causes relatives de récusation, ce qui est insatisfaisant. Dans le cas de la médiation, la libre volonté des parties est un principe-clé. Il apparaît essentiel que les parties puissent entreprendre une médiation avec la personne de leur choix, à la condition qu'elles aient connaissance des liens qui peuvent unir le médiateur à une partie. Le texte retenu, relativisant les causes de récusation, s'inspire des règles de déontologie de l'Association suisse pour la médiation familiale. Il implique que si le médiateur a*

*eu des liens avec l'une des parties, l'accord initial de médiation (qui marque l'engagement en médiation) doit le mentionner. Cette garantie semble suffisante.*

#### Art. 388 P Confidentialité

Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus sa profession.

*Motifs:*

*La disposition permet le respect du principe de confidentialité du processus de médiation, condition essentielle à la réussite d'une médiation.*

*Il a paru important de prévoir une sanction en cas de violation par le médiateur de son devoir de confidentialité. Comme, à l'inverse du médiateur pénal, le médiateur civil ne peut être considéré comme un auxiliaire de la justice et son comportement tomber sous le coup de l'article 321 du code pénal suisse, l'introduction d'une nouvelle norme a été prévue ci-dessous.*

*L'obligation qu'aurait le médiateur de dénoncer les crimes qui lui sont rapportés en cours de médiation est débattue. Il importe cependant de préciser que certaines associations de médiation ont prévu dans leurs codes de déontologie une telle obligation de dénoncer. Cette disposition permet aussi au médiateur de garantir aux médians la confidentialité face au magistrat en charge du dossier.*

#### Art. 388 Q Témoignage et dossier

<sup>1</sup> Le médiateur civil ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation ou sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.

<sup>2</sup> Le tribunal n'est pas autorisé à ordonner l'apport du dossier du médiateur civil.

*Motifs:*

*Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.*

Le CPS est modifié comme suit:

#### Art. 321 al. 1

<sup>1</sup> Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, **médiateurs**, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.

Art. 389

Art. 390

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

GGD ZH: Die prozessualen Vorschriften in den Sachgesetzen werden weitgehend aufgehoben bzw. in die Schweizerische ZPO verschoben. In Verfahren vor Bundesgericht gelten sie demzufolge nicht mehr. Damit können damit unter Umständen Regelungslücken für Fälle entstehen, wo das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid nicht einfach kassiert, sondern neu entscheidet. In den Verfahrensgesetzen für das Bundesgericht (BGG) sollte demzufolge punktuell auf die Schweizerische Zivilprozessordnung verwiesen werden.

Art. 391

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Das Miteinander von altem kantonalem Prozessrecht und neuer bundesrechtlicher ZPO kann zu Problemen führen, v.a. wenn in den Kantonen gerichtsorganisatorische Änderungen vorgenommen werden. Die alte und neue Gerichtsorganisation müsste über längere Zeit parallel geführt werden. Tendenziell sind daher Lösungen zu bevorzugen, welche möglichst wenige gerichtsorganisatorische Änderungen mit sich bringen (vgl. etwa die Ausführungen zu Art. 4 und 5 VE).

FR: cette disposition aura pour conséquence que des systèmes de procédure différents devront être appliqués pendant de nombreuses années. Notre canton l'a expérimenté récemment et a pu constater que ce n'est pas du tout souhaitable.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Mit der uneingeschränkten Weitergeltung des bisherigen Rechts schlägt der VE eine auf den ersten Blick einfache Lösung vor. Da diese offensichtlich auch für Rechtsmittel- und Rückweisungsverfahren Gültigkeit hätte, ist sie aber ungewöhnlich und widerspricht der allgemeinen – auch im Ausland anerkannten – Regel bei Inkrafttreten neuer prozessualer Regeln (vgl. Vogel/Spühler, 1 N 93 ff.): Das Inkrafttreten der Regeln sollte mit jenem des Gesetzes zusammen fallen und wir ziehen die sofortige Geltung des neuen Prozessrechts vor.

Wegen der zum Teil tiefgreifenden Änderungen drängt es sich auf, die Zuständigkeit sowie das Verfahren bei der zur Zeit des Inkrafttretens zuständigen Instanz nach bisherigem Recht zu belassen.

Formulierungsvorschlag Art. 391:

~~Grundsatz~~ Weitergeltung des bisherigen Rechts

*Das bisherige Verfahrensrecht bestimmt die Zuständigkeit und das Verfahren für jene gerichtliche Instanz, in welcher ein Verfahren bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig ist.*

OGZH: Wenn der Gesetzgeber neue Vorschriften erlässt, will er diese auch angewendet wissen: sie spiegeln ja seine gegenwärtige Auffassung zum "richtigen" Recht. Das Inkrafttreten neuer prozessualer Regeln - nach einer angemessenen Frist, innert welcher sich namentlich die Kantone auf die neue Situation organisatorisch einstellen, unter anderem allfällige neue Organe schaffen können - fällt daher mit dem Inkrafttreten des Gesetzes in der Regel zusammen

(vgl. statt Vieler Vogel/Spühler, 1 N. 93 ff.; der Grundsatz ist auch im Ausland anerkannt: Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, ZPO 60 Aufl. 2002, Einl. III N. 78).

Der VE schlägt mit der uneingeschränkten Weitergeltung des bisherigen Rechtes für laufende Verfahren eine ungewöhnliche Lösung vor, die nach dem Wortlaut auch für Rechtsmittel- und Rückweisungsverfahren gälte. Das ist bestechend einfach, und man mag hoffen, dass es Bedenken in den Kantonen gegen die diversen Neuerungen vermindern helfe. Wir zögen gleichwohl das bewährte Prinzip vor, dass neues Prozessrecht grundsätzlich sofort gilt. Das verlangt im Übrigen auch E-BGG 118 Abs. 1 mit Bezug auf die Vorinstanzen: das BGG findet Anwendung auf Beschwerden gegen Urteile, welche nach seinem Inkrafttreten gefällt werden - von diesem Zeitpunkt an muss eine Vorinstanz also als Rechtsmittelinstanz geurteilt haben (E-BGG 118, 116, 104 und 90-92) - was wiederum bedeutet, dass die Kantone für alle Materien, welche an das Bundesgericht weitergezogen werden können, eine zweite Instanz mit freier Rechts- und Verfahrens-Kognition zur Verfügung gestellt haben müssen, auch wenn das nach ihrem bisherigen Recht nicht der Fall war.

Natürlich gibt es auch beim Prinzip der sofortigen Anwendbarkeit Schnittstellen, welche (nach dem Vorbild des E-BGG) eigens geregelt werden müssen. Zunächst drängt es sich auf, ständiger Praxis folgend die *Zuständigkeit* der mit hängigen Verfahren befassten Instanzen bestehen zu lassen. Weiter rechtfertigt es sich wegen der zum Teil tief greifenden Neuerungen, hängige Verfahren *in der betreffenden Instanz* nach bisherigem Recht abzuwickeln (wenn auch bspw. unbefriedigend bleibt, dass das Beweismittel der Beweisaussage all den Parteien verschlossen ist, deren Prozess bei Inkrafttreten der CH-ZPO bereits hängig war). Hingegen soll sich die Zulässigkeit von *Rechtsmitteln* nach neuem Recht richten (die Rechtsmittel-Ordnung der CH-ZPO als politischer Wille soll auch durchgesetzt werden) - ein einziger Vorbehalt muss für das Novenrecht gemacht werden.

Gälte das alte Recht für alle Verfahren uneingeschränkt weiter, würde sich der Übergang zum neuen Recht wegen der kantonalen Rechtsmittel (im Kanton Zürich bspw. regelmässig deren zwei) auf unbestimmte Zeit verzögern. Nach unserem Vorschlag dürfte die Einführung des neuen Rechts innert vernünftiger Frist möglich sein, ohne dass berechnete Interessen der Parteien tangiert werden. Sollte sich ein nicht vorhergesehenes Problem ergeben, wäre das mit dem "Mut zur Lücke" hinzunehmen und im Sinne von ZGB 1 Abs. 2 zu lösen.

Daraus ergibt sich unser Vorschlag:

*Art. 391 Weitergeltung des bisherigen Rechts*

*Das bisherige Verfahrensrecht bestimmt die Zuständigkeit und das Verfahren für jene gerichtliche Instanz, in welcher ein Verfahren bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig ist.*

*Art. 392 Rechtsmittel*

<sup>1</sup> *Für die Rechtsmittel gilt das Recht, welches bei Fällung des Entscheides in Kraft steht.*

<sup>2</sup> *Die Zulässigkeit neuer Anträge, neuer tatsächlicher Behauptungen und der Bezeichnung neuer Beweismittel richtet sich nach bisherigem Recht, wenn dieses solche Vorbringen weiter gehend gestattet als dieses Gesetz.*

Art. 392

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Die Zulässigkeit für das Ergreifen eines Rechtsmittels und das diesbezügliche Verfahren sollten sich aber nach den neuen Regeln bestimmen. Einziger Vorbehalt ist wegen der Rechtssicherheit hinsichtlich des Novenrechts zu machen.

Formulierungsvorschlag Art. 392:

*Rechtsmittel*

*Für die Rechtsmittel gilt das Recht, welches bei Fällung des Entscheides in Kraft steht.*

*Die Zulässigkeit neuer Anträge, neuer tatsächlicher Behauptungen und der Bezeichnung neuer Beweismittel richtet sich nach dem bisherigem Recht, sofern und soweit dieses solche Vorbringen weiter gehend gestattet als dieses Gesetz.*

Uni LA: Il résulterait de cette disposition qu'en cas de révision d'une procédure soumise à l'ancienne loi, le jugement nouveau devrait être rendu selon la procédure civile unifiée. Cette rétroactivité rendant applicable le nouveau droit à une instance coupée en deux et devant poser des problèmes de procédure particulièrement lourds tant quant à l'instruction que quant aux jugements, n'est pas justifiée par un intérêt public prépondérant.

Art. 393

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

AVZH: Es fehlt eine Übergangsbestimmung zur Zuständigkeit analog zu Art. 38 GestG. Da nicht alle Bestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit unverändert vom GestG übernommen werden, ist eine Regelung erforderlich. Dies kann als Abs. 1 zu Art. 393 erfolgen. Zum Inhalt der Regelung vgl. Müller/Wirth/Dasser, Art. 38 GestG N 7 ff.

Die Regelung über Gerichtsstandsvereinbarungen befriedigt nicht. Erstens wird nur die Zulässigkeit angesprochen, nicht aber die Form. Dies ist ein Problem bei altrechtlichen Vereinbarungen aus der Zeit vor dem GestG, die noch unter kantonalem Recht eingegangen worden sind. Zweitens wird ohne Not vom Vorrang des günstigeren Rechts, wie von der Lehre gefordert (vgl. Dasser, Art. 39 GestG N 9) und bei Art. 394 für Schiedsvereinbarungen übernommen, abgewichen.

Die Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung unterstehen dem neuen Recht (ebenso BGE 129 III 87). Dies sollte festgehalten werden.

Formulierungsvorschlag Art. 393:

*Die örtliche Zuständigkeit ~~Gerichtsstandsvereinbarungen~~ richtet sich nach dem neuen Recht. Eine bestehende Zuständigkeit aufgrund des bisherigen Rechts bleibt erhalten.*

Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem günstigeren Recht. Die Wirkungen unterstehen dem neuen Recht.

Uni NE: L'article 393 prévoit que la validité des clauses de prorogation de for se détermine selon le droit en vigueur lors de leur adoption. La solution choisie ne

correspond apparemment pas à celle retenue dans la LFors, ce qui peut se révéler problématique. Par ailleurs, une controverse existe sur la portée de la notion de validité. Il serait fort utile de préciser que les effets de la clause, notion également difficile à cerner, qui peut recouper partiellement celle de validité, sont également soumis au droit en vigueur au moment de son adoption.

Uni ZH: Es fehlt eine Übergangsbestimmung zur Zuständigkeit analog zu Art. 38 GestG. Da nicht alle Bestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit unverändert vom GestG übernommen werden, ist eine Regelung erforderlich. Die örtliche Zuständigkeit soll sich nach dem neuen Recht richten. Eine bestehende Zuständigkeit aufgrund des bisherigen Rechts bleibt erhalten.

Die Regelung über Gerichtsstandsvereinbarungen befriedigt nicht. Erstens wird nur die Zulässigkeit angesprochen, nicht aber die Form. Dies ist ein Problem bei altrechtlichen Vereinbarungen aus der Zeit vor dem GestG, die noch unter kantonalem Recht eingegangen worden sind. Zweitens wird ohne Not vom Vorrang des günstigeren Rechts, wie von der Lehre gefordert und bei Art. 394 für Schiedsvereinbarungen übernommen, abgewichen.

Die Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung unterstehen dem neuen Recht (ebenso BGE 129 III 87). Dies sollte festgehalten werden.

#### Art. 394

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

BL: Abs. 1 Antrag: Änderung dieser Bestimmung wie folgt:

<sup>1</sup> Die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen (...) beurteilt sich nach dem ~~günstigeren~~ *günstigeren* neuen Recht, sofern das Verfahren *bei Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht begonnen hat*.

SZ: Wenn sich die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen wurden, nach dem "günstigeren" Recht beurteilt, stellt sich unweigerlich die Frage, für welche der beteiligten Parteien denn das zur Anwendung gelangende Recht "günstiger" zu sein hat.

#### Art. 395

##### *Kantone / Cantons / Cantoni*

ZG: Abs. 2: Die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung wird in den meisten Kantonen erhebliche Anpassungen der Gerichtsorganisation und verschiedener kantonaler Gesetzeserlasse notwendig machen. Dementsprechend ist den Kantonen eine grosszügige Frist für die Anpassungsarbeiten einzuräumen.

**Anhang: Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts**  
**Annexe: Abrogation et modification du droit en vigueur**  
**Allegato: Abrogazione e modifica del diritto vigente**

Allgemeines/Généralités/Generalità

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

Grüne Partei: Uns geht die "Entschlackung" beinahe des gesamten Bundesrechts von zivilprozessualen Bestimmungen teilweise zu weit. Wir regen daher an, mit Hinblick auf die Botschaft nochmals zu prüfen, ob die einzelnen Bestimmungen der insgesamt 26 Gesetze tatsächlich allesamt aufgehoben werden sollen. Als Beispiel ist Art. 15 des Kartellgesetzes zu nennen, worin festgehalten wird, dass ein Zivilgericht die umstrittene Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zwingend der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen hat. Diese Bestimmung hat sich in der Praxis bewährt, und es nicht einzusehen, wieso sie mit Einführung der ZPO-CH aufgegeben werden soll.

2. Zivilgesetzbuch / Code civil/ Codice civile

*Kantone / Cantons / Cantoni*

BE: Der französische Text von Art. 8 Abs. 2 ZGB ist wie folgt zu ändern: "...lorsqu'il s'agit de droits dont *elles* peuvent disposer librement";

In Art. 329 Abs. 2 ZGB ist die Wendung "...*le transfert à la collectivité publique du droit de l'enfant à l'entretien...*" vorzuziehen.

SO: Art. 8 Abs. 2 ZGB: Mit der im Anhang zum Vorentwurf vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 8 ZGB betreffend die Beweislast soll offensichtlich eine vertragliche Regelung der Parteien über die Beweislastverteilung ermöglicht werden. Die Frage der Zulässigkeit von solchen Vereinbarungen ist heute umstritten. Da anzunehmen ist, dass vor allem starke Wirtschaftssubjekte von der Möglichkeit Gebrauch machen würden, die Beweislast zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei zu verteilen, sind wir gegen diese Änderung.

*Parteien / Partis politiques / Partiti politici*

LPS: Article 8 alinéa 2 CC (nouveau): La signification de cet article est obscure et mériterait d'être clarifiée, à tout le moins précisée dans le message. La même remarque s'applique à l'article 9 CC nouveau.

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

DJZ: Art. 8 Abs. 2 ZGB: Den Parteien soll erlaubt werden, die Beweislast durch schriftliche Vereinbarung zu regeln, sofern sie über das Recht frei verfügen können.

Diese Neufassung von Art. 8 Abs. 2 ZGB ist zu streichen. Die Verteilung der Beweislast soll nicht ins Belieben der Vertragsparteien gestellt werden, weil die Gefahr besteht, dass dies zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei ausgenutzt wird, möglicherweise sogar in vorformulierten AGB. Darauf haben Isaak Meier und Diana Mürner in der SJZ 2003 S. 597 zu Recht hingewiesen.

HEV: Beweisrecht: Die Expertenkommission schlägt vor, im Zuge der Vereinheitlichung der ZPO auch Art. 8 ZGB mit einer Bestimmung zu ergänzen, wonach die Parteien grundsätzlich über die Verteilung der Beweislast durch Vereinbarung verfügen können. Wir befürchten, dass durch eine derartige Bestimmung Tür und Tor für die Neuverteilungen der Beweislast geöffnet werden, und dass dies in bestimmten Fällen zum Nachteil der schwächeren Partei verwendet und teils sogar in AGB statuiert werden könnte. Wir lehnen diese Neuregelung daher ab. Zumindest wäre diese im Einzelfall separat zwischen den Parteien zu vereinbaren.

Antrag: Art. 8 Abs. 2 ZGB sei zu streichen.

suva: Art. 8 Abs. 2 ZGB: Dieser Absatz ist zu streichen.

Im geltenden Recht ist die Frage der Zulässigkeit von solchen Vereinbarungen umstritten. Es ist evident, dass sich eine solche Bestimmung zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei auswirken würde. Durch ausreichende Hervorhebung im Text wären Vereinbarungen über die Beweislastverteilung wohl auch in AGB zulässig. Dies ist zu verhindern.

Uni LA: Art. 9 CC:

La disparition de l'art. 9 CC, qui doit être remplacé par l'art. 172 AP, crée un vide systématique. Actuellement, la règle impose, par le code civil lui-même, un champ d'application universel de la force probante prescrite, soit même dans les domaines de la procédure pénale ou de la procédure administrative: une seule transposition de la règle dans la procédure civile suisse libère les autres domaines de la procédure de l'application de cette règle fédérale.

Il faut tout au contraire rapprocher cette règle des normes du droit matériel qui justifie son application (cf. aussi *supra*, le commentaire à l'art 172 AP pour la question du titre authentique cantonal).

La doctrine a d'ailleurs déjà réagi vigoureusement au défaut systématique engendré par cette suppression (P.-R. GILLIERON, in JdT 2003 II 18).

Art. 28 let. I al. 3 CC:

La suppression de cette règle stricte, pourtant encore rappelée par le rapport des experts (Rapport, p. 125), nuit à l'efficacité de la procédure d'exécution du droit de réponse.

Selon l'art. 264 al. 2 lit. b AP, le juge saisi devrait en effet ordonner d'autres moyens de preuve, par exemple une expertise, dès lors que la mesure ne peut être renvoyée "en procédure ordinaire". Le retard de la diffusion de la réponse qui en résulterait affaiblira certainement l'institution matérielle.

Art. 254 ch. 2:

Nous renvoyons ici aux remarques sur l'art. 155 AP.

Art. 598 al. 2 CC:

La suppression envisagée par l'AP de l'art. 598 al. 2 CC méconnaît à l'évidence un point essentiel: la mesure provisionnelle en matière de pétition d'hérédité permet en effet selon cette disposition au juge civil d'allouer des sûretés pour la garantie notamment des créances de la succession et cela en dérogation aux règles de la LP (art. 39 LP, qui ne permettrait que la saisie provisoire ou un séquestre dans des cas exceptionnels). Cette suppression d'une faculté offerte par le droit matériel à l'héritier spolié n'est pas abordée ni discutée par le

rapport. Elle procède vraisemblablement d'une inadvertance, et doit impérativement être réinstaurée dans le texte des dispositions sur les mesures provisionnelles.

Art. 54 al. 3 Titre final CC:

L'on propose ici de biffer cet alinéa supplémentaire, selon le document explicatif annexé touchant aux rapports entre l'AP et la juridiction gracieuse.

Uni NE: Il ne se justifie en aucun cas de modifier l'article 8 du Code civil. La convention par laquelle les parties entendent modifier le fardeau de la preuve n'a pas à être réglée spécifiquement dans le code.

Uni ZH: Der Anhang im Vorentwurf sieht die Einfügung eines neuen Abs. 2 in Art. 8 ZGB vor, wonach die Parteien die Beweislast durch schriftliche Vereinbarung regeln können, sofern sie über das Recht frei verfügen können. Zu den frei verfügbaren Rechten gehören grundsätzlich auch die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Hier besteht jedoch die Gefahr, dass die arbeitnehmende als wirtschaftlich schwächere Partei zum Abschluss eines ihr nachteiligen Beweislastvertrags gedrängt wird. Auf diese Weise könnte namentlich die Wirkung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen weitgehend ausgehöhlt werden.

Fazit: Art. 8 ZGB ist durch einen zweiten Satz in Abs. 2 oder durch einen neuen Abs. 3 wie folgt zu ergänzen: *Vereinbarungen, durch welche die Beweislast zuungunsten der arbeitnehmenden oder stellensuchenden Partei geregelt wird, sind nichtig.*

Der Vorschlag ZGB 8 mit einem Absatz 2 zu ergänzen, wonach die Parteien über die Beweislastverteilung frei verfügen können, ist entschieden abzulehnen. *Weitergehend vgl. Isaak Meier, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Schulthess, 2003, S. 41 ff.*

VSGV: ZGB 870: Wir würden uns wünschen, dass gleichzeitig mit der ZPO-Änderung die überaus lange Auskündungsfrist zur Kraftloserklärung von Schuldbriefen gemäss Art. 870 ZGB deutlich gekürzt würde.

### 3. Obligationenrecht / Code des obligations / Codice delle obbligazioni

#### *Kantone / Cantons / Cantoni*

SO: Im französischen Text von Art. 276 Abs. 2 OR fehlt ein wichtiges Komma nach "applicable".

#### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

economiesuisse: Arbeitsstreitigkeiten Art. 343 OR / Art. 30 VE

Bei Arbeitsstreitigkeiten soll weiterhin ein Grenzwert von Fr. 30'000.-- gelten.

SDM-FSM: Obligationenrecht, *Art. 135 Ziff. 2:*

*Die Verjährung wird unterbrochen:*

.....

*durch Schuldbetreibung, Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs oder durch Schlichtungsgesuch im Sinne von Art. 191ff. ZPO.*

suisa: Vgl. die Ausführungen zu Art. 69.

SVM: Art. 135 ch. 2 CO (modification): *La prescription est interrompue:... par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une demande en conciliation ou en homologation d'une convention de médiation.*

SwissBanking: Art. 343 OR in Verbindung mit Art. 30 Entwurf ZPO

Art. 343 OR, wonach bei Arbeitsstreitigkeiten bis CHF 30'000 die Kantone ein vereinfachtes Verfahren bieten müssen, soll aufgehoben werden. Die neue Bestimmung in der ZPO (Art. 30) sieht einen solchen "Grenzwert" nicht mehr vor mit der Folge, dass auch Millionenstreitigkeiten relativ summarisch über die Bühne gingen. Vor diesem Hintergrund sollte die Aufnahme eines entsprechenden Grenzwerts (z.B. CHF 30'000) in die ZPO erwogen oder Art. 343 OR in Geltung belassen werden.

Uni LA: Art. 138 al. 1 CO:

Originalité helvétique, la possibilité de voir le droit matériel se prescrire pendant l'instance judiciaire où il est exercé tient essentiellement à des raisons historiques: la litispendance étant définie jusqu'ici par le droit cantonal, une reprise de la prescription qui dépendrait des institutions de la procédure cantonale, soit ne serait pas uniforme en Suisse, paraissait être inadmissible (cf. notamment K. SPIRO, *Die Begrenzung Privatrechte durch Verjährungs-, Verwirkungs-, und Fatafristen*, Berne 1975, I, n° 147, p. 338 ss).

L'unification du droit de la procédure doit être l'occasion à saisir de mettre fin à des situations qui ont donné lieu à d'innombrables difficultés et complications pour les praticiens, sans compter encore des discussions doctrinales particulièrement pointues (cf. parmi d'innombrables auteurs, A. KOLLER, *Verjährt oder nicht verjährt ?*, PJA 2000, p. 243-245; K. SPIRO, *op. cit.*, n° 149, p. 344 ss; Ch. RATHGEB, *L'action en justice et l'interruption de la prescription*, Mélanges F. Guisan, Lausanne 1950, p. 240 ss, 242 ss; W. STAUFFER, note in SJ 1965 p. 369 ss; J.-A. WYSS, in JdT 1973 I 268 ss, 271 ss; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, seconde éd., Berne 1997, p. 819 s.; ATF 123 III 213; JdT 2000 III 66).

Un alignement sur les solutions étrangères peut à cet égard paraître préférable. Le plus simple est d'admettre que la prescription ne peut reprendre son cours qu'une fois terminée la procédure où la prétention a été exercée. L'on propose ainsi le texte suivant à l'art. 138 al. 1 CO:

*La prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception ne recommence à courir qu'au terme de l'instance où la prétention a été ainsi exercée.*

Art. 396 al. 3 CO:

L'on propose ici de maintenir cette disposition. La réserve du droit cantonal de procédure est tout à fait justifiée pour toutes les matières qui échappent à la nouvelle procédure civile fédérale uniforme: on ne voit pas pourquoi le régime de la procédure civile devrait influencer sur des procédures administratives cantonales de taxation fiscale par exemple: le rapport des experts ne s'en explique d'ailleurs nullement.

Uni NE: On ne voit pas pour quelle raison l'article 336 al. 3 a été modifié. Un pouvoir spécial doit bel et bien exister pour introduire une demande.

7. Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte / Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins / Legge federale del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

suisa: Art. 62 URG: Diese Bestimmung, insbesondere deren Absatz 2, lässt befürchten, dass die bisher von der Rechtsprechung den Verwertungsgesellschaften zugesprochene Aktivlegitimation in Frage gestellt werden könnte.

In BGE 107 II 57 ff. Erw. 1 wurde festgehalten, dass die SUIISA praktisch über das gesamte Weltrepertoire der nicht-theatralischen Musik verfügt und sich daraus deren Klagerecht ergibt. Gemäss BGE 124 III 489 ff. Erw. 2a leitet sich das Recht zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen durch die Urheberrechtsgesellschaften primär aus deren Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit ab und setzt keinen Nachweis von Rechtsabtretungen durch die Rechtsinhaber voraus. Diese beiden Grundsätze dürfen durch die Neufassung der prozessualen Klageberechtigung nicht tangiert werden, ansonsten das Funktionieren der kollektiven Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten gemäss Art. 40 ff. URG insgesamt gefährdet wird.

Uni ZH: Vgl. die Ausführungen zum Designgesetz in Ziffer 10.

9. Markenschutzgesetz vom 28. August 1992 / Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques / Legge del 28 agosto 1992 sulla protezione dei marchi

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni ZH: Vgl. die Ausführungen zum Designgesetz in Ziffer 10.

10. Designgesetz vom 5. Oktober 2001 / Loi du 5 octobre 2001 sur les designs / Legge del 5 ottobre 2001 sul design

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni ZH: Prozessstandschaft bei ausschliesslichen Lizenzen an einem Immaterialgüterrecht:

1. Geltendes Recht und Vorentwurf ZPO

Eine Prozessstandschaft – die Befugnis einer Person, einen Prozess anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten, aber im eigenen Namen als Partei zu führen – ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig; eine gewillkürte Prozessstandschaft gibt es im Schweizer Recht nicht. Die Prozessstandschaft spielt im Immaterialgüterrecht vor allem bei der Frage eine Rolle, ob der Inhaber einer ausschliesslichen Lizenz selbstständig gegen den angeblichen Rechtsverletzer vorgehen kann.

Das Designgesetz sieht eine Prozessstandschaft bei Leistungsklagen vor: "Wer über eine ausschliessliche Lizenz verfügt, ist unabhängig von der Eintragung der Lizenz im Register selbstständig zur Klage berechtigt, sofern dies im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Alle Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer können einer Verletzungsklage beitreten, um ihren eigenen Schaden geltend zu machen" (Art. 35 Abs. 4 DesG). In den übrigen Immaterialgüterrechtsgesetzen ist eine Prozessführungsbefugnis des aus-

schliesslichen Lizenznehmers nicht vorgesehen, sie soll jedoch im Zuge der Revision des Patentgesetzes auch im Patentrecht eingeführt werden (Siehe Art. 73a des revidierten, noch nicht in Kraft getretenen Patentgesetzes).

Gemäss dem Vorentwurf ZPO soll die zitierte designrechtliche Bestimmung grundsätzlich beibehalten und nur unwesentlich geändert werden (Siehe Art. 33b Abs. 2 und 3 revDesG; Ziff. II.10 des Anhangs zum Vorentwurf ZPO). Im Übrigen enthält der Vorentwurf ZPO keine Bestimmungen zur Prozessstand-schaft im Immaterialgüterrecht.

## 2. Erwägungen

Nachdem die Verfasser des Vorentwurfs ZPO eine Bereinigung weiter Teile der prozessrechtlichen Bestimmungen in materiellrechtlichen Gesetzen vorschla-gen (Siehe Ziff. II. des Anhangs zum Vorentwurf ZPO), sollte die Neuordnung der Rechtsschutzbestimmungen in den Immaterialgüterrechtsgesetzen zum Anlass genommen werden, zwischen den verschiedenen Gesetzen Einheitlich-keit herzustellen, soweit dies sachlich geboten ist. So sollte der ausschliessliche Lizenznehmer in allen Gebieten des Immaterialgüterrechts die Befugnis besitzen, das ihm zum Gebrauch lizenzierte fremde Recht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend zu machen. Zwar lässt die designrechtliche Regelung der Prozessführungsbefugnis des ausschliesslichen Lizenznehmers viele Fragen offen, wie insbesondere die Passivlegitimation des Lizenznehmers (namentlich im Rahmen einer Widerklage des angeblichen Verletzers) und die materielle Rechtskraftwirkung mit Bezug auf den Schutzrechtsberechtigten; man könnte darum der Ansicht sein, es seien zunächst Erfahrungen mit der designrechtlichen Regelung zu sammeln, bevor diese in anderen Immaterial-güterrechtsgesetzen übernommen wird. Das Interesse an einer widerspruchs-freien Rechtsordnung und an einer beförderlichen, wenigstens grundsätzlichen Klärung offener Rechtsfragen spricht jedoch dafür, die Prozessführungs-befugnis des ausschliesslichen Lizenznehmers auch in den anderen Immate-rialgüterrechtsgesetzen vorzusehen, wie dies ja auch im Patentgesetz geschehen soll. Richterrecht mag dereinst die im Zusammenhang mit der Pro-zessführungsbefugnis des Exklusivlizenznehmers bestehenden Fragen klären; bis dahin sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Prozessführungsbefugnis als solche auf dem ganzen Gebiet des Immaterialgüterrechts besteht.

## 3. Vorschläge

In Anlehnung an die vorgeschlagene Neuformulierung der Prozessführungs-befugnis des Exklusivlizenznehmers im Designgesetz (Art. 33b Abs. 2 und 3 revDesG gemäss Ziff. II.10 des Anhangs zum Vorentwurf ZPO) werden fol-gende Gesetzesänderungen vorgeschlagen:

a) *Änderung des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1)*

Art. 63 URG                      Ansprüche

<sup>2</sup> *Wer eine ausschliessliche Lizenz hat, ist selbstständig zur Klage berechtigt, sofern dies im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.*

<sup>3</sup> *Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer können im Verfahren über eine Ver-letzungsklage intervenieren, um ihren eigenen Schaden geltend zu machen.*

b) *Änderung des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11)*

Art. 54 MSchG Ansprüche

<sup>3</sup> Wer eine ausschliessliche Lizenz hat, ist unabhängig von der Eintragung der Lizenz im Register selbstständig zur Klage berechtigt, sofern dies im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

<sup>4</sup> Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer können im Verfahren über eine Verletzungsklage intervenieren, um ihren eigenen Schaden geltend zu machen.

c) Änderung des Bundesgesetzes vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen (SR 232.16)

Art. 39 SoSchG Ansprüche

<sup>3</sup> Wer eine ausschliessliche Lizenz hat, ist unabhängig von der Eintragung der Lizenz im Register selbstständig zur Klage berechtigt, sofern dies im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

<sup>4</sup> Lizenznehmerinnen und Lizenznehmer können im Verfahren über eine Verletzungsklage intervenieren, um ihren eigenen Schaden geltend zu machen.

12. Sortenschutzgesetz vom 20. März 1975 / Loi fédérale du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales / Legge federale del 20 marzo 1975 sulla protezione delle novità vegetali

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni ZH: Vgl. die Ausführungen zum Designgesetz in Ziffer 10.

13. Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz / Loi fédérale du 19 juin 1992 sur protection des données / Legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati

*Kantone / Cantons / Cantoni*

SO: Es wird angeregt, den französischen Text von Art. 15 Abs. 2 DSG wie folgt zu ändern: "Si ni" ist zu ersetzen durch "*Lorsque ni*".

15. Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 / Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels / Legge del 6 ottobre 1995 sui cartelli

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

Uni BE: Wir sind durchaus für eine "schlanke" ZPO; dies schliesst indessen nicht aus, dass bestimmte, bisher nicht im Entwurf enthaltene, Normierungen noch aufgenommen werden müssen. Nehmen wir nur die folgenden zwei Bestimmungen als Beispiele:

- Art. 14 Abs. 1 KG regelt einen Teilaspekt der *sachlichen* Zuständigkeit hinsichtlich kartellrechtlicher Streitigkeiten und sieht in Satz 2 eine Zuständigkeit des sog. Sachzusammenhanges vor. Der Vorentwurf sieht in Art. 13 Abs. 2 eine entsprechende Bestimmung hinsichtlich der *örtlichen* Zuständigkeit vor. Durch den Vorentwurf grundsätzlich nicht geregelt wird aber die sachliche Zuständigkeit, d.h. diese ist Sache des kantonalen Rechts (Art. 2), wobei aber die Kantone - ausser in den Fällen von Art. 6 - einen zweistufigen Instanzenzug vorzusehen haben. Diese Lücke hätte zur Folge, dass andere Ansprüche, welche mit einem kartellrechtlichen in einem sachlichen Zusammenhang stehen, neu *nicht* mehr durch die einzige obere kantonale

Instanz beurteilt werden könnten. Diese Situation muss als prozessunökonomisch und als eine unnötige Abweichung vom heutigen bewährten Rechtszustand bezeichnet werden. Anzuregen ist daher die Aufnahme des 2. Satzes von Art. 14 Abs. 1 KG in den VE ZPO.

- Art. 15 Abs. 1 KG sieht vor, dass Gerichte in Fällen, in denen über die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu entscheiden ist, bei der Wettbewerbskommission eine materiellrechtliche Beurteilung einzuholen haben. Der VE ZPO sieht keine entsprechende Bestimmung vor, will vielmehr im Gegenteil Art. 15 KG ganz streichen. Dass der in Art. 15 KG vorgesehene Bericht aber insbesondere nicht unter Art. 185 VE ZPO ("schriftliche Auskunft") subsumiert werden kann, ergibt sich aus der Bestimmung von Art. 145 VE ZPO (insbesondere Abs. 4), gemäss welcher einzig über ausländisches Recht Beweis geführt werden kann, nicht aber über schweizerisches. Es ergäbe sich somit eine Lücke gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand. Art. 15 KG ist daher entweder beizubehalten oder der VE ZPO entsprechend zu ergänzen.

WeKo: Wettbewerbsrechtliche Aspekte: Im Anhang der CH-ZPO ist die Streichung der Artikel 14-17 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) vorgesehen. Die Aufhebung dieser Bestimmungen hat nicht nur formelle, sondern zum Teil auch unerwünschte materiellrechtliche Konsequenzen, welche nachfolgend zu durchleuchten sind.

Antrag: Beibehaltung des Artikels 15 KG

Der Vorentwurf sieht die Streichung des Artikel 15 KG vor, die Wettbewerbskommission beantragt demgegenüber die Beibehaltung des Artikels 15 KG aus folgenden Gründen:

Artikel 15 KG, welcher bei kartellrechtlichen Zivilverfahren eine Vorlagepflicht des Gerichtes an die Wettbewerbskommission statuiert, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, wird ersatzlos gestrichen. Dies stellt aus Sicht der Wettbewerbskommission einen unerwünschten Eingriff in materielles Wettbewerbsrecht dar.

Zweck des Artikels 15 KG ist es, eine einheitliche Anwendung des Wettbewerbsrechtes zu gewährleisten. Steht die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Kartellhauptsacheverfahren in Frage, so stellt die Vorlagepflicht an die Wettbewerbskommission ein geeignetes Instrument dar, um diesen Zweck zu erreichen.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung spielen neben juristischen Fragen auch volkswirtschaftliche Aspekte eine grosse Rolle. Deshalb muss die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nicht nur aus strikter juristischer, sondern auch aus ökonomischer Sicht betrachtet werden. Über ein solches Know-how verfügt in der Schweizer Eidgenossenschaft wahrscheinlich nur die Wettbewerbskommission.

Im Übrigen entspricht diese Vorlagepflicht bzw. die Möglichkeit, auf die Expertise der Wettbewerbskommission zurückzugreifen zu können, einem Bedürfnis der Zivilrichter. In dieser Hinsicht hat sich eine gefestigte Zusammenarbeitspraxis zwischen der Wettbewerbskommission und den Zivilrichtern etabliert (RPW 1997/4 S. 593 ff).

### *Zustimmung zur Streichung*

Was die Streichung der Artikel 14, 16, 17 KG betrifft, hat die Wettbewerbskommission keine Einwände zu formulieren.

#### i) Artikel 14 KG

Artikel 14 KG, in welchem eine einzige kantonale Instanz für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten vorgesehen ist, wird durch Art. 4 Abs. 1 lit. b CH-ZPO ersetzt.

Das Novum, für kartellrechtliche Streitigkeiten ein *oberes* kantonales Gericht vorzusehen, bezweckt, der regelmässigen Komplexität solcher Prozesse Rechnung zu tragen und soll die Akzeptanz der Entscheide erhöhen (Bericht, S. 22). Dem ist beizupflichten.

#### ii) Artikel 16 KG

Artikel 16 KG, welcher die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in Zivilprozessen vorsieht, wird durch Artikel 153 CH-ZPO ersetzt. Letzterer Artikel sieht insbesondere als Schutzmassnahme die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen vor und trägt somit aus Sicht der Wettbewerbskommission dem Schutzzweck des heutigen Artikels 16 KG Rechnung.

Deshalb ist der Streichung des Artikels 16 KG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichts entgegenzusetzen.

#### iii) Artikel 17 KG

Des Weiteren wird der bestehende Artikel 17 KG, der dem Gericht ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, durch Art. 4 Abs. 2 CH-ZPO ersetzt, weshalb die Wettbewerbskommission keine Einwände gegen die Streichung des Artikels 17 KG hat.

16. Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs / Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite / Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento

### *Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

KBK: Das SchKG (Art. 25, 85a, 106 ff., 111, 148, 250, 265a und 284) und die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen kennen den Begriff des *beschleunigten Verfahrens*. Dieses hat sich mit der Umgehung des Sühneverfahrens und seinem eingeschränkten Schriftenwechsel überall dort bestens bewährt, wo eine schnelle Entscheidung geboten ist. Auch wenn das Schlichtungsverfahren in Art. 193 VE für die Klagen des SchKG ausgeschlossen und damit für das SchKG ein "beschleunigtes Verfahren" zum Teil beibehalten wird, wird der Begriff aus dem SchKG und dem Prozessrecht gestrichen. Ohne Not und überzeugende Begründung sollte ein altes, bewährtes und bekanntes Institut wie das beschleunigte Verfahren nicht fallen gelassen werden.

Wir bedauern, dass sich trotz Schaffung einer "Subkommission Vollstreckung" (in der unsere Konferenz und damit die Praktiker leider nicht vertreten war) im Bericht zum Vorentwurf keine Erläuterungen und Begründungen zu den beabsichtigten Änderungen im SchKG finden.

Streichung der Art. 79 Abs. 2 und 81 Abs. 2 SchKG: Die Streichung dieser beiden Bestimmungen begrüßen wir; wir haben dies schon bei der Revision des SchKG von 1994/97 erfolglos beantragt.

OGZH: Der VE schlägt vor, auf das bisherige "beschleunigte Verfahren" zu verzichten. Vermutlich ist der Vorschlag einer neuen Kategorie "dringlicher Sachen" (VE Art. 118) auch in diesem Zusammenhang zu sehen; wir sehen in dieser Neuerung - wie zu VE Art. 118 bemerkt - freilich mehr Risiken als Vorteile und schlagen daher vor, sie zu streichen. Die bisher im beschleunigten Verfahren zu führenden Verfahren können dem vereinfachten Verfahren des VE (Art. 237 ff.) unterstellt werden. Technisch müsste das nicht in VE Art. 237, sondern im SchKG an jenen Stellen geschehen, wo bisher auf das beschleunigte Verfahren verwiesen wird.

Vorschlag:

(SchKG 25:)

wie im VE

(in SchKG 85a Abs. 4, 109 Abs. 4, 111 Abs. 5, 148 Abs. 2, [157Abs. 4], 250 Abs. 3, 265a Abs. 4, 284:)

Hinweis auf das beschleunigte Verfahren ersetzen durch *Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom XXX.*

SchKG-Vereinigung: Sang- und klanglos - im Begleitbericht findet sich kein direkter Hinweis - ist im Vorentwurf für die Vollstreckung von Urteilen eines anderen Kantons der Vollstreckungshinderungsgrund der nicht ordnungsgemäßen Ladung oder der fehlenden gesetzlichen Vertretung des Vollstreckungsgegners im Urteilsverfahren gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG und Art. 6 lit. a Konkordat über die Vollstreckung von Zivilurteilen gestrichen worden. Diese Neuerung erfolgt zu Recht, besteht doch kein Anlass mehr, die Vollstreckung von Urteilen anderer Kantone an strengere Anforderungen zu stellen als an diejenige von kantonsinternen Urteilen. Da richtigerweise Art. 81 Abs. 2 SchKG gestrichen wird, darf der Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 SchKG (Einrede der Tilgung, Stundung und Verjährung) nicht auf das vollstreckbare Urteil "einer Behörde des Bundes oder des Kantons, in dem die Betreibung eingeleitet ist" beschränkt bleiben; vielmehr ist dieser Absatz so zu formulieren: "Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Urteil einer schweizerischen Behörde, so wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn..." Für Art. 81 Abs. 3 SchKG wird folgende Formulierung des Hauptsatzes vorgeschlagen: "...so kann der Betriebene überdies die Einwendungen erheben, die im Vertrag vorgesehen sind." Es ist nämlich unbestritten, dass gegenüber ausländischen Entscheidungen der Betriebene immer die materiell-rechtlichen Einwendungen von Absatz 1 erheben kann, obwohl dieselben in keinem Staatsvertrag erwähnt werden (BGE 105 Ib 43, 98 Ia 536; SCHKG-D.STAEHELIN, Art. 81 N 30).

Uni LA: Art. 82 al. 2 LP: L'abrogation de l'art. 81 al. 2 n'est pas justifiée lorsqu'il s'agit de jugements administratifs cantonaux relevant de procédures distinctes: l'art. 6 du Concordat intercantonal de 1971 (RS 281.22) prévoit d'ailleurs expressément ces deux moyens supplémentaires, lorsque la décision ne provient pas du canton du for de la poursuite. En supprimant l'art. 81 al. 2, l'assimilation prescrite par l'art. 80 al. 3 LP ne serait alors pas limitée, et il serait alors discutable de savoir si une telle limitation peut encore ressortir du droit cantonal con-

cordataire. Cette question n'a apparemment pas été véritablement discutée par la Commission d'experts, et mérite d'être entièrement revue.

17. Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht / Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé / Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato

*Organisationen / Organisations / Organizzazioni*

ASA: Art. 176 LDIP: La récente jurisprudence du Tribunal fédéral considère que les "parties" au sens de cette disposition sont les parties à la procédure arbitrale et non à la convention d'arbitrage (Bull. ASA 2003 p. 131). Cette solution a fait l'objet de critiques justifiées (François Knoepfler, Bull. ASA 2003, p. 137; Sébastien Besson, Bull. ASA 2003, p. 468-470; Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, When is a Swiss arbitration international? Jusletter 7 October 2002, available on <http://www.weblaw.ch/jusletter>). Une légère modification du texte de l'article 176 permettrait de mettre un terme à cette interprétation malencontreuse:

*<sup>1</sup> Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.*

Projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral:

Pour mémoire, il faudra bien évidemment vérifier la concordance entre la partie 3de la PCS, et le projet de loi sur le Tribunal fédéral.

SwissBanking: Art. 11a Abs. 2 IPRG: Abs. 2 dieser Bestimmung lässt die Möglichkeit offen, dass die schweizerischen Gerichte im Rahmen der internationalen Rechtshilfe ausländische Verfahrensnormen anwenden und berücksichtigen. Im Gegensatz zum alten Art. 11 Abs. 2 IPRG kann der Betroffene nicht mehr "wichtige", sondern lediglich noch "schützenswerte" Gründe einwenden. Hier müsste vor dem Hintergrund der internationalen Abkommen genauer geprüft werden, ob nicht durch diese Hintertür ausländisches Verfahrensrecht, z.B. die vorsorgliche Beweisaufnahme (Deutschland, USA) eingeführt werden kann, die dem schweizerischen Recht fremd ist.

**Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit**

**Schweizerische Zivilprozessordnung**

**Dritter Teil**

**Schiedsgerichtsbarkeit**

**Art. 1 - Art. 40**

**Entwurf  
mit Erläuterungen**

**von**

**Prof. Dr. Gerhard Walter  
Universität Bern**

## Vorwort

Eine vom Bundesamt für Justiz eingesetzte Expertenkommission "Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts" hat im Sommer 2003 einen Vorentwurf nebst Bericht zum Vorentwurf vorgelegt.

Der Verfasser war Mitglied der Subkommission "Schiedsgerichtsbarkeit" und hat im Auftrag des Bundesamtes für Justiz einen Vorentwurf mit Begleitbericht verfasst, der dieser Subkommission bei ihren Beratungen als Grundlage diente.

Die Fassung, die die Subkommission schliesslich verabschiedet hat und die sich in dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf der Expertenkommission als "3. Teil: Binnenschiedsgerichtsbarkeit" mit dem Inhalt der Artikel 344 – 388 (also mit 45 Artikeln) findet, weicht von meinem Entwurf in einigen zentralen Punkten ab. Der Auftrag der Subkommission an mich hatte gelautet, "in materieller Hinsicht grundsätzlich vom Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit auszugehen, dessen anerkannte Mängel indessen zu beseitigen und dabei teilweise auf das UNICITRAL-Modellgesetz zurückzugreifen". Offenbar ist mein Rückgriff auf das Modellgesetz bzw. auf das IPRG indessen der Mehrheit der Kommission in manchen Punkten zu weit gegangen, so dass sie meinen Vorschlägen insoweit nicht gefolgt ist.

Ich benutze deswegen die Gelegenheit, meinen Entwurf als "Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit" (AE SchGer) der Öffentlichkeit vorzustellen und damit im Rahmen der Vernehmlassung eine Diskussion über die künftige Regelung der (Binnen-) Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (als Teil einer schweizerischen ZPO) zu fördern.

Bern, den 31. Dezember 2003

Gerhard Walter

## Allgemeine Bemerkungen

1. Schiedsgerichte im Sinne des dritten Teils dieser eidgenössischen Zivilprozessordnung (BZPO) sind *Privatgerichte*, bestehend aus einem oder mehreren Schiedsrichtern, denen die Entscheidung privatrechtlicher Rechtsstreitigkeiten *an Stelle staatlicher Gerichte* durch private Willenserklärung übertragen ist. Ihrer Rechtsnatur nach ist die Schiedsgerichtsbarkeit nicht nur eine materiell-rechtliche, sondern eine prozessual-jurisdiktionelle Institution: Schiedsgerichtsbarkeit ist privatisierte Rechtsprechung. Ihre generelle verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist unbestritten; so erklärt z.B. die Zürcher Kantonsverfassung von 1869 in Art. 58 Abs. 2 "vertragsgemässe Schiedsgerichte [für] zulässig", um festzuhalten, dass privatrechtliche Rechtsprechung nicht als Monopol des Staates zu verstehen ist (es sei denn, der Staat behalte sich ein solches Monopol in gewissen Materien durch Versagung der *Schiedsfähigkeit*, vgl. dazu Art. 6, vor).

2. Schiedsgerichtsbarkeit hat in der Schweiz (auf dem Gebiet des Völkerrechts und) auf dem Gebiet des Privatrechts eine lange Tradition. Im Privatrecht wurde die Gesetzgebung auf dem Gebiete der Schiedsgerichtsbarkeit während Jahrzehnten durch die Kantone ausgeübt. Zunächst enthielten die Zivilprozessordnungen der verschiedenen Kantone Kapitel über die Schiedsgerichtsbarkeit. Von 1969 an wurden diese kantonalen Regelungen nach und nach in allen Kantonen durch das *Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit* abgelöst (angenommen von der Konferenz kantonalen Justizdirektoren am 27. März 1969, vom Bundesrat genehmigt am 27. August 1969).

Mit Wirkung ab 1. Januar 1989 übte der *Bundesgesetzgeber* seine Kompetenz zur Regelung von Aussenbeziehungen aus und legifizierte mit dem IPRG im 12. Kapitel auch über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Gesetzgebung auf dem Gebiete der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit verblieb bei den Kantonen.

Damit ist heute die *internationale* Schiedsgerichtsbarkeit im *IPRG* geregelt, die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit im *Konkordat* über die Schiedsgerichtsbarkeit.

3. Die Schaffung einer eidgenössischen Zivilprozessordnung wirft die Frage nach einer (Neu-)Regelung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit auf:

a) Fraglos gehört eine Regelung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in die neu zu schaffende ZPO: die Materie beschlägt (weil private Rechtsprechung regelnd) das Gebiet des Zivilprozessrechts. So wie ursprünglich in den kantonalen Zivilprozessordnungen und später im Konkordat (sowie im IPRG) enthalten, gehört die Materie nunmehr, nach Übergang der Kompetenz zur Gesetzgebung auf den Bund, in die eidgenössische ZPO.

b) Fraglich kann allein die *Strukturierung* der Materie sein: Soll es eine *zweispurige Lösung* (BZPO für nationale, 12. Kapitel IPRG für internationale Schiedsverfahren) oder soll es eine *Einheitslösung* für alle Verfahren eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz geben?

aa) Einheitslösungen?

In der Praxis hat sich das *12. Kapitel des IPRG* ausserordentlich bewährt und erscheint in keiner Weise revisionsbedürftig. Es sichert der Schweiz einen der vorderen Ränge im Kreise der Schiedsgerichtsnationen, der ihr zur Zeit seiner Schaffung zu entgleiten drohte. Die Konkurrenten der Schweiz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit konnten inzwischen - teilweise namentlich durch die Übernahme des

UNCITRAL-Modellgesetzes - ihre Position allerdings ebenfalls wieder verbessern. In den letzten 10 Jahren ist andererseits der knappe Gesetzestext des 12. Kapitels des IPRG durch die geradlinige Praxis des schweizerischen Bundesgerichts und durch die Vertiefung in gewichtigen Kommentarwerken durch die schweizerische Doktrin in vielen Fragen interpretiert worden. Es besteht einstweilen und wohl noch für längere Zeit kein Bedürfnis nach einer Ergänzung oder Revision des 12. Kapitels IPRG.

Damit stellt sich die Frage, ob nicht die bewährten Regelungen des 12. Kapitels des IPRG auch für nationale Schiedsverfahren übernommen werden sollen.

Dagegen spricht folgendes: Das 12. Kapitel IPRG ist unter deutlichem französischem Einfluss und im Bestreben entstanden, eine möglichst knappe und offene Regelung einzuführen, die der Schweiz im internationalen Wettbewerb Vorteile verschaffen sollte. Dies ist gelungen.

Das Bedürfnis für die innerschweizerische Schiedsgerichtsbarkeit ist aber wohl ein anderes: Hier ist damit zu rechnen, dass schweizerische Parteien durch schweizerische Anwälte vertreten werden, bei denen erfahrungsgemäss ein gewisses Bedürfnis nach einem voraussehbaren Verfahren besteht. Es braucht also eine etwas grössere *Regelungsdichte*: das 12. Kapitel IPRG enthält zahlreiche Lücken, die man dann doch wieder mit (ehemaligen) Konkordats- oder anderen Regeln füllen müsste.

Eine andere mögliche Einheitslösung wäre die Übernahme des sog. UNCITRAL-Modellgesetzes sowohl für nationale als auch für internationale Schiedsverfahren. Massgebend für die Schaffung eines einheitlichen Regelwerkes wäre die Erkenntnis, dass sich die für internationale Schiedsverfahren angezeigten Regelungen durchweg in gleicher Weise auch für nationale Schiedsverfahren eignen. Demgemäss haben in den letzten Jahren zahlreiche Staaten das Modellgesetz mehr oder weniger unverändert als Einheitslösung übernommen (zum Beispiel Deutschland auf den 1. Januar 1998).

Mit einer solchen Übernahme hätte die Schweiz mit einem Schlag eine bewährte Regelung, zu der auch bereits eine Kommentarliteratur und eine Praxis aus vielen Ländern besteht. Eine Regelung auch, die ausländischen Benützern bereits bekannt ist (und die ausserdem schweizerischen Praktikern den Zugang zu Schiedsrechten in anderen Ländern erleichtern würde).

Der entscheidende Nachteil dieser Einheitslösung liegt darin, dass sie einen Verzicht auf das 12. Kapitel IPRG bedeuten würde, was insbesondere für die Praxis sehr unerfreulich wäre, wenn bereits nach gerade gut zehn Jahren die (bewährte!) Rechtsgrundlage des schweizerischen Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wieder wechseln würde, mit allen Nachteilen, die dies namentlich bei der internationalen Gemeinschaft der Praktiker, die dieses Schweizer Recht inzwischen sehr gut kennen, zur Folge hätte.

bb) Es verbleibt demnach nur eine - zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren - *differenzierende* Lösung.

Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit von 1969 war in den ersten 20 Jahren seines Bestehens als Regelung (auch) für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht unangefochten, was eben zu seiner Ablösung durch das IPRG 12. Kapitel geführt hat. In seiner Funktion als Regelung für die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit findet es wenig Beachtung. Einige seiner Bestimmungen sind auch deutlich veraltet: So das strenge Erfordernis der Schriftlichkeit inklusive Unterschrift für das Bestehen einer formgültigen Schiedsvereinbarung, die unzweckmässige Regelung der Verrechnungseinrede und vor allem die allzu weit gehende Anfechtungsmöglichkeit von

Schiedssprüchen gemäss dem Kriterium der Willkür. In zwei der eben genannten Punkte steht das Konkordat hinter dem auch bei nationalen Schiedsgerichten (bei Vollstreckung im Ausland) anwendbaren UN-Übereinkommen von 1958 zurück (dem die Schweiz seit 1965 angehört). Sodann steht es im Begriffe, von neuen internationalen Regelungen überholt zu werden, die das UN-Übereinkommen voraussichtlich ergänzen werden.

Während also für eine Neuregelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gemäss 12. Kapitel IPRG auf absehbare Zeit kein Bedürfnis besteht, soll die Gelegenheit ergriffen werden, die durch ein Bundesgesetz über den Zivilprozess geboten wird, um die nationale Schiedsgerichtsbarkeit auf den Stand der Zeit zu bringen. Diese Gelegenheit sollte umso eher ergriffen werden, als ein Konkordat als quasi-völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Kantonen ausserordentlich schwer zu ändern ist, während eine neue Regelung der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit in einem Bundesgesetz über den Zivilprozess einen natürlichen Ort hat. Nicht ohne Grund haben die Kantone ihr Recht auf diesem Gebiet jetzt schon vereinheitlicht.

Damit tritt der Entwurf für eine Beibehaltung der Unterscheidung zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit ein.

Mitunter wird zwar im Ausland argumentiert, eine Einheitslösung enthebe den Gesetzgeber der Notwendigkeit, den Begriff des "internationalen" Schiedsverfahrens definieren zu müssen, was - wie die unterschiedlichen Definitionen im Modellgesetz (Art. 1 Abs. 3) und in nationalen Gesetzgebungen (z.B. Art. 1492 des französischen NCPC) zeigten - erhebliche Schwierigkeiten bereite und selbst bei einer noch so ausführlichen Regelung nicht alle Zweifelsfragen beseitige.

Dieser Gesichtspunkt ist jedenfalls für die Schweiz unzutreffend, wenn und weil einfache Kriterien wie jene von Art. 176 IPRG Anwendung finden.

#### **4. Weiterentwicklung des Konkordats**

Nach welcher Methode soll nun eine neue Regelung für die nationale Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt werden? Der Entwurf geht davon aus, dass sich das Konkordat - bei allen Mängeln - im Grunde bewährt hat und es nunmehr darum geht, seine Mängel zu beseitigen, wobei - falls vorhanden - entsprechende Regelungen des 12. Kapitels IPRG vorab zu berücksichtigen sind, aber auch Übernahmen aus dem UNCITRAL-Modellgesetz oder aus anderen Rechtsordnungen in Frage kommen. Die Struktur wie auch der wesentliche Inhalt des Konkordates werden somit beibehalten, gerade auch, um die mit der praktischen Rechtsanwendung Befassten (Anwaltschaft und Gerichte) nicht mit den Schwierigkeiten einer Umstellung auf ein grundlegend neues System zu konfrontieren. Dieser Inhalt wird jedoch auf einen aktuellen, modernen Stand gebracht. Durch eine weitgehende Berücksichtigung von Modellgesetz-Formulierungen (z.B. "Antragsteller") und -Standards ist er auch international kompatibel und verständlich - was gerade deswegen von besonderer Wichtigkeit ist, weil die knappe Regelung des IPRG für internationale Schiedsverfahren häufig ein Rekurrenieren auf die Regeln für nationale Schiedsverfahren erfordert. Der 3. Teil der Bundeszivilprozessordnung stellt somit nicht nur ein zeitgemässes Recht für nationale Schiedsverfahren zur Verfügung, sondern verstärkt damit auch die Bedeutung des "Schiedsplatzes" Schweiz im internationalen Verhältnis.

## 5. Zur Darstellung des Entwurfs

Der Entwurf besteht aus 40 Artikeln sowie aus 3 Übergangsbestimmungen und aus 3 Änderungen des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG). Zunächst ist der Text eines Artikels abgedruckt, wobei sich in einem Kästchen jeweils ein Vergleich mit den entsprechenden Bestimmungen des geltenden Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3./27.8.1969, des IPRG und des Modellgesetzes befindet. Anschliessend folgt die Begründung zu den jeweiligen Textvorschlägen.

Die Artikel habe ich, da im Zeitpunkt der Erarbeitung meines Entwurfs die Positionierung des Teiles "Schiedsgerichtsbarkeit" noch nicht bekannt war, mit den Artikelnummern 1 – 40 versehen, die vorgesehene Schweizerische Zivilprozessordnung wird als "BZPO" (B für Bundes~) bezeichnet.

## Dritter Teil: Schiedsgerichtsbarkeit

Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen

### Art. 1 Anwendungsbereich

1 Die Bestimmungen dieses Teils sind anzuwenden, wenn der Sitz des Schiedsgerichts im Sinne des Artikels 2 sich in der Schweiz befindet.

2 Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht.

Konkordat:	Art. 1
IPRG:	Art. 176
Modellgesetz:	Art. 1

## Zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 1 (Anwendungsbereich)

Der neue 3. Teil der BZPO gilt für alle Schiedsverfahren mit Sitz des Schiedsgerichts (dazu näher Artikel 2) in der Schweiz, falls es sich nicht um ein internationales Schiedsverfahren im Sinne des 12. Kapitels IPRG handelt. Man kann also wie folgt unterscheiden:

a) Für *inländische* Schiedsverfahren (d.h. mit Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz) gelten die Bestimmungen des 3. Teils der BZPO (nationale Schiedsverfahren) oder des 12. Kapitels IPRG (internationale Schiedsverfahren); für *ausländische* Schiedsverfahren gelten beide Regelwerke nicht. Für *ausländische Schiedssprüche* gilt Art. 194 IPRG mit seinem Verweis auf das UN-Übereinkommen von 1958.

b) Der Unterschied zwischen einem inländischen *nationalen* und einem inländischen *internationalen* Schiedsverfahren ergibt sich aus Art. 176 Abs. 1 IPRG: sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren (Wohn-)Sitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte, liegt ein "internationales

Verhältnis" im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. e IPRG vor und es ist das 12. Kapitel IPRG anzuwenden.

c) Bisher konnten die Parteien allerdings gemäss Art. 176 Abs. 2 IPRG die Anwendung des 12. Kapitels IPRG ausschliessen und statt dessen die "ausschliessliche Anwendung der kantonalen Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit" (d.h. das Konkordat) vereinbaren. Es war somit zu fragen, ob diese "Öffnungsklausel" ("opting out") zugunsten des Konkordates auch weiterhin (allerdings zugunsten des 3. Teils BZPO) in Kraft bleiben sollte.

Die ursprünglichen Gründe zugunsten einer Öffnungsklausel sind entfallen: Die *politischen* Erwägungen zugunsten des (kantonalen) Konkordates können mit der Schaffung einer eidgenössischen ZPO keine Bedeutung mehr erlangen. Ein "opting out" aus dem Bundesrecht des 12. Kapitels IPRG würde nicht zu einem "opting in" in kantonales, sondern nur in anderes Bundesrecht (BZPO) führen. Auch die weitere Erwägung, den Parteien die *weitergehenden Überprüfungsmöglichkeiten* des Konkordates gegenüber einem Schiedsspruch zu erhalten, ist mit der Angleichung der Aufhebungsgründe des Art. 35 BZPO an diejenigen des Art. 190 IPRG dahin gefallen. Im übrigen werden zahlreiche *Zweifel*, die das "opting out" aufgeworfen hat, beseitigt.

Art. 176 Abs. 2 IPRG war aus diesem Grunde zu streichen.

d) Mit den einfachen und leicht zu handhabenden Kriterien von Art. 1 BZPO/Art. 176 IPRG (Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz; Sitz (bei juristischen Personen) bzw. Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt der Partei(en) in der Schweiz oder nicht) werden die Probleme vermieden, die sich aus "materiellen" Abgrenzungsdefinitionen für nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit ergeben, wie etwa im französischen Recht mit seinem Abstellen auf "intérêts du commerce international". Die Rechtsprechung der Schweizer Gerichte hat denn auch inzwischen in einigen Entscheidungen diesen formalen (und damit einfachen und praktischen) Charakter der genannten Abgrenzungskriterien betont (vgl. Handelsgericht Zürich, ASA-Bull. 1993, S. 534: dass ein Vertrag zwischen Schweizer Parteien im Ausland erfüllt werden soll, führt nicht zur Anwendung des IPRG; Bundesgericht, ASA-Bull. 1996, S. 281: Abtretung der Forderung an eine im Ausland ansässige Person nach Abschluss der Schiedsvereinbarung vermag Anwendbarkeit des 12. Kapitels IPRG nicht zu begründen; Bundesgericht, 4P. 54/2002 vom 24.6.2002: Konkordat gilt bei Sitz beider Parteien in der Schweiz auch dann, wenn sie über einen internationalen Sachverhalt streiten).

e) Ähnliches gilt für den Begriff des "Handels", den sowohl der 3. Teil der BZPO wie das 12. Kapitel IPRG vermeiden: dieser Begriff hat im Schweizer Recht einen engeren Inhalt als in manchen ausländischen Rechtsordnungen, und wozu seine Verwendung führt, belegt der Versuch einer Konturierung in der Fussnote zu Art. 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes. Entscheidend ist für die Anwendung des jeweiligen Regelwerkes (BZPO oder 12. Kapitel IPRG) neben den formalen Abgrenzungskriterien allein das Merkmal der *Schiedsfähigkeit* der Streitigkeit und nicht, ob es sich bei der Streitigkeit der Parteien um eine handelsrechtliche handelt (zur Schiedsfähigkeit siehe Art. 6.).

## Art. 2 Sitz des Schiedsgerichts

<sup>1</sup> Der Sitz des Schiedsgerichts wird von den Parteien oder der von ihnen benannten Schiedsgerichtsinstitution bestimmt; fehlt eine solche Bestimmung, so wird er durch das Schiedsgericht bestimmt.

<sup>2</sup> Haben weder die Parteien noch die von ihnen benannte Schiedsgerichtsinstitution oder die Schiedsrichter den Sitz bezeichnet, so hat das Schiedsgericht seinen Sitz am Ort des Gerichtes, das beim Fehlen einer Schiedsvereinbarung zur Beurteilung der Sache zuständig wäre. Sind mehrere Gerichte im Sinne des Satzes 1 zuständig, so ist das zuerst in Anwendung von Artikel 3 angerufene Gericht massgebend.

<sup>3</sup> Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht ungeachtet des Absatzes 1 an jedem ihm geeignet erscheinenden Ort zur Beratung seiner Mitglieder, zur Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder der Parteien oder zur Besichtigung von Waren und anderen Gegenständen oder zur Einsichtnahme in Schriftstücke zusammentreten.

Konkordat:	Art. 2
IPRG:	Art. 176 Abs. 3
Modellgesetz:	Art. 20

## Art. 2 (Sitz des Schiedsgerichts)

a) Der *Sitz* des Schiedsgerichts ist für mehrere verschiedene Fragenkreise von Bedeutung:

- Für die Anwendbarkeit des 3. Teils der BZPO: Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz.
- Entscheid des Schiedsgerichts: inländischer oder ausländischer Schiedsspruch (Art. 194 IPRG)?
- Örtliche Zuständigkeit des staatlichen Gerichts (Art. 3) für vorgesehene gerichtliche Tätigkeiten.

b) Absatz 1 übernimmt in einer sprachlichen "Kombination" die Bestimmungen von Art. 2 Abs. 1 Konkordat bzw. Art. 176 Abs. 3 IPRG. Anstatt "die von ihnen benannte Stelle" von Art. 2 Abs. 1 des Konkordats wurde der Ausdruck "der von ihnen benannten Schiedsgerichtsinstitution" (Art. 176 Abs. 3 IPRG) übernommen. Diese Fassung des IPRG ist vorzuziehen, weil damit - neben den primär dazu berufenen Parteien und dem subsidiär dazu berufenen Schiedsgericht - nicht irgend ein Dritter, sondern nur eine Schiedsgerichtsinstitution als "Dritter" in Frage kommt. Der Weg nämlich, mit der Bestimmung des Sitzes einen Dritten zu beauftragen, ist problematisch, da die Parteien dann nicht sicher sind, dass der Dritte den Auftrag erfüllt, und ob es sich dabei um einen Sitz handelt, der ihren Interessen entspricht. Mit dem Verweis auf eine Schiedsgerichtsinstitution hingegen ist erstens indirekt ebenfalls eine Bezeichnung durch die Parteien erfolgt. Mit der Vereinbarung eines institutionalisierten Schiedsgerichts ist zweitens normalerweise auch das Problem der Sitzbezeichnung gelöst, enthalten doch die Schiedsgerichtsordnungen der Schiedsinstitutionen in aller Regel entweder direkt eine Sitzbestimmung oder tragen sie der Schiedsinstitution auf, die Sitzbestimmung vorzunehmen.

c) Die - schon bisher nicht zwingende, vgl. Art. 1 Abs. 3 Konkordat - Bestimmung durch das Schiedsgericht in *Beschlussform* erscheint als unnötige Einengung des

Schiedsgerichts - und als irreführend, weil sie zu der Annahme führen könnte, gegen den Beschluss des Schiedsgerichts sei ein Rechtsmittel (ebenso wie gegen einen Zuständigkeitsentscheid, vgl. Art. 20) zulässig - was jedoch nicht der Fall ist.

d) Der Sitz ist bloss *formales Legaldomizil* mit dem alleinigen Zweck der territorialen Anbindung des Schiedsverfahrens an den 3. Teil der BZPO und kann deshalb vom *tatsächlichen* örtlichen Verfahrensschwerpunkt verschieden sein, wie Absatz 3 bestätigt. Der Begriff des Sitzes ist deswegen von dem des Verfahrensortes zu unterscheiden: das Verfahren kann an verschiedenen Orten stattfinden, ohne dass dies einen Einfluss auf den *Sitz* des Schiedsgerichts hätte. Wirksame Sitzwahl setzt nicht voraus, dass das Schiedsgericht oder die Parteien oder die Streitsache in Beziehung zum gewählten Sitz stehen. Die Parteien, die Schiedsgerichtsinstitution und die Schiedsrichter sind in der Freiheit der Sitzwahl in keiner Weise beschränkt.

e) Das Konkordat kennt in Art. 2 Abs. 2 und 3 einen hilfswisen Sitz am Ort des staatlichen Gerichts, das beim Fehlen einer Schiedsvereinbarung zur Beurteilung der Sache zuständig wäre (Abs. 2) bzw. als erstes "in Anwendung von Artikel 3 angerufen wird" (Abs. 3). Das IPRG hingegen kennt einen solchen hilfswisen Sitz nicht, auch nicht das Modellgesetz (Art. 20).

Die *Funktion* von Art. 2 Abs. 2 und 3 Konkordat besteht darin, die örtliche Zuständigkeit eines staatlichen Gerichtes (Art. 3) für vorgesehene gerichtliche Tätigkeiten zu begründen. Geht man im neuen Art. 3 BZPO von der örtlichen Zuständigkeit des Gerichtes aus, das in der Schiedsvereinbarung als solches bezeichnet ist oder - soweit eine solche Bezeichnung nicht erfolgt ist - in dessen Bezirk sich der Sitz des Schiedsgerichtes befindet, so genügen diese beiden Anknüpfungspunkte im Regelfall und besteht für eine subsidiäre Anknüpfung an die *hypothetische gerichtliche Zuständigkeit* kein Bedürfnis. Sofern die Parteien keine Vereinbarung über das örtlich zuständige Staatsgericht getroffen haben, erscheint es ausserdem als sachgerecht, das dem Sitz des Schiedsgerichts *ortsnächste Gericht* als zuständig anzusehen. Einen hilfswisen Sitz des Schiedsgerichts braucht es deswegen eigentlich nicht.

Jedoch ist folgendes zu bedenken:

Eine im Gesetzgebungsverfahren des IPRG viel diskutierte Frage betraf die Sitzbestimmung bei fehlender bzw. nicht bestimmbarer Bezeichnung durch die Parteien, fehlender Benennung einer Schiedsgerichtsinstitution und fehlender Bezeichnung von Schiedsrichtern. Während bei einer Bezeichnung "Arbitration in Switzerland" ein (internationales) Schiedsverfahren gemäss IPRG mit Sitz in der Schweiz nicht stattfinden kann, erlaubt Art. 2 Abs. 2 Konkordat für nationale Fälle eine Lösung des Problems: Soll der Sitz des Schiedsgerichts (in ultima ratio) vom Schiedsgericht bestimmt werden und hat dieses selbst sich noch nicht konstituiert, so soll es gleichwohl möglich sein, die Hilfe der Staatsgerichte schon für die Bildung des Schiedsgerichts in Anspruch zu nehmen. Wegen dieser grossen Bedeutung sind Abs. 2 und 3 des Konkordates zu übernehmen, wenn auch in neuer (sprachlich geraffter) Form als Absatz 2.

f) Das Modellgesetz sieht für den Fall einer subsidiären Sitzfestlegung durch das Schiedsgericht vor: "dabei sind die Umstände des Falles einschliesslich der Eignung des Ortes für die Parteien zu berücksichtigen". Eine solche Bestimmung erscheint indessen - weil selbstverständlich - als überflüssig und nicht der Übernahme in das Schweizer Recht bedürftig.

## Art. 3 Zuständiges Gericht

<sup>1</sup> Das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, das in der Schiedsvereinbarung bezeichnet ist oder, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, in dessen Bezirk der Sitz des Schiedsgerichts sich befindet, ist zuständig für Entscheidungen über Anträge betreffend

a. die Ernennung (Art. 11), Ablehnung (Art. 17) oder Ersetzung (Art. 19) eines Schiedsrichters, die Beendigung des Schiedsrichteramtes (Art. 18) oder die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts (Art. 14);

b. die Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens (Art. 8) oder die Entscheidung eines Schiedsgerichts, in der dieses seine Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid bejaht hat (Art. 20 Absatz 3);

c. die Vollziehung, Aufhebung oder Änderung der Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen des Schiedsgerichts (Art. 21);

d. die Aufhebung (Art. 35), die Revision (Art. 36) oder die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (Art. 37) oder die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung (Art. 39).

<sup>2</sup> Für die Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen (Art. 24) ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Bezirk die richterliche Handlung vorzunehmen ist.

Konkordat:	Art. 3
------------	--------

IPRG:	-
-------	---

Modellgesetz:	Art. 5
---------------	--------

## Art. 3 (Zuständiges Gericht)

a) Art. 5 des Modellgesetzes bestimmt: "In den von diesem Gesetz geregelten Angelegenheiten darf ein Gericht nur tätig werden, soweit dieses Gesetz es vorsieht". Von einer Übernahme dieser Bestimmung - wie z.B. in § 1026 der deutschen ZPO geschehen - sieht der vorliegende Entwurf ab, weil dies eine für das Schweizer Recht selbstverständliche Regelung darstellt.

b) Art. 3 bedeutet in der Sache, dass er keine *Kompetenzen* irgend welcher Art schafft, sondern - wie schon bisher in Art. 3 Konkordat geschehen - nur die *Zuständigkeit* der staatlichen Gerichte (sachlich, aber auch örtlich) für *bestehende Kompetenzen* regelt. Die in Art. 3 BZPO angesprochenen Fälle gerichtlicher Kompetenz sind anderweit, bei den einzelnen Sachfragen (Schiedsrichterernennung, -ablehnung usw.) geregelt. Es handelt sich somit bei dem "Katalog" der Aufzählung der Fälle gerichtlicher Kompetenz unter der Überschrift "Zuständiges Gericht" lediglich um eine deklaratorisch-konzentrierte Zusammenfassung. Dies war auch nach dem Konkordat schon so, wo in einzelnen Bestimmungen die Kompetenz des Staatsgerichts angeordnet war und hinsichtlich der Zuständigkeit jeweils auf "die in Artikel 3 vorgesehene richterliche Behörde" (vgl. Artt. 12, 13, 16, 22 usw. Konkordat) verwiesen wurde.

c) Inhaltlich neu gegenüber Art. 3 Konkordat sind lit. b, das Verfahren betreffend Feststellung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens (dazu Art. 8 Abs. 2), sowie lit. c, die Verfahren betreffend vorläufigen Rechtsschutz (dazu Art. 21).

d) Die Zuständigkeitsregelung von Art. 3 BZPO umfasst die örtliche und die sachliche Zuständigkeit. Dabei ist mit Ausnahme des Falles von Abs. 2 (Unterstützung bei der

Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen) stets das "obere ordentliche Zivilgericht des Kantons" sachlich zuständig. Für diese Regelung (Abgrenzung nach "unten") spricht zum einen die Einfachheit und Klarheit der Regelung; zum anderen soll durch Wegfall des bisherigen Art. 45 Abs. 2 Konkordat (Kantone können für bestimmte Angelegenheiten etwas anderes bestimmen) für *Einheitlichkeit* (und damit Rechtssicherheit) gesorgt werden. Lediglich für den Fall von Absatz 2 ist aus Gründen der Sach- und *Beweisnähe* die Zuständigkeit eines unteren Gerichts vorgesehen.

Für die Abgrenzung "nach oben" war ebenfalls zu prüfen, *welches* staatliche Gericht sachlich zuständig sein sollte: das Bundesgericht (wie nach IPRG), das kantonale obere Gericht (wie nach Konkordat) oder wahlweise eines von beiden (wie nach Art. 191 Abs. 2 IPRG)?

Das *Wahlrecht* scheidet als unerfreulicher Fremdkörper (und als politisches Zugeständnis an die Kantone aus der Zeit vor der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts) aus. Für eine Zuständigkeit des *Bundesgerichts* spräche eine *einheitliche* Lösung für inländische Schiedsverfahren, seien sie nun national oder international. Dagegen spricht aber einmal der Gesichtspunkt einer notwendigen *Entlastung* des Bundesgerichts. Zum anderen ist das Bundesgericht gemäss IPRG nur für die Anfechtung des Schiedsspruches "einzige Beschwerdeinstanz" (Art. 191 Abs. 1 IPRG); in allen anderen Fällen gerichtlicher Entscheidungen im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren besteht auch bisher "nur" die Zuständigkeit kantonaler Gerichte (vgl. z.B. Art. 179 Abs. 2, Art. 183 Abs. 2 IPRG usw.). Insofern ist es konsequenter, für *alle* Entscheidungen staatlicher Gerichte im Zusammenhang mit einem nationalen Schiedsverfahren (mit Ausnahme von Art. 24) das kantonale Obergericht vorzusehen.

e) Über die örtliche Zuständigkeit entscheidet nunmehr (*neu*) primär die *Schiedsvereinbarung* und erst sekundär (hilfsweise) der *Sitz* des Schiedsgerichts. Die Parteien können also in der Schiedsvereinbarung oder in einer beliebigen Nachtragsvereinbarung noch während des Verfahrens ein beliebiges kantonales Obergericht für zuständig erklären. Diese Neuerung erklärt und rechtfertigt sich aus der im Schiedsverfahren überragenden Rolle der Parteiautonomie, die nur bei Nichtausübung durch gesetzliche Regelungen ersetzt werden soll. So enthält etwa die Klausel "Schiedsgericht in Bern" (nicht nur eine Vereinbarung des Sitzes des Schiedsgerichts, sondern zugleich auch) eine Vereinbarung des zuständigen Gerichts. Praktisch relevant wird dies vor allem, wenn die Schiedsvereinbarung auf die Schiedsgerichtsordnung eines ständigen Schiedsgerichts verweist: hier ist deren Zuständigkeitsregelung Vertragsabrede.

Durch diesen Vorrang der Parteiautonomie und –vereinbarung wird auch Bedenken bei Sitz des Schiedsgerichts in kleinen Kantonen Rechnung getragen: die Parteien können ein anderes Gericht vereinbaren und damit eine Konzentration entsprechender gerichtlicher Verfahren bei grösseren Gerichten herbeiführen.

*Subsidiär* zuständig ist das Gericht, "in dessen Bezirk der Sitz des Schiedsgerichtes sich befindet". Nicht massgeblich ist, dass einzelne Verfahrenshandlungen in dem Bezirk stattgefunden haben, da zwischen dem Sitz des Schiedsgerichts und Sitzungsorten unterschieden werden muss, vgl. die Erläuterungen zu Art. 2.

Das *Gerichtsstandsgesetz* vom 1. Januar 2001 (GestG) gilt für die Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Deshalb kollidieren die Bestimmungen in diesem Art. 3, soweit sie die örtliche Zuständigkeit regeln, nicht mit dem GestG.

f) Zu den Aufgaben des staatlichen Gerichts im einzelnen (Abs. 1 lit. a-d) s. die Erläuterungen zu den zitierten Artikeln.

## Zweiter Titel: Schiedsvereinbarung

### Art. 4 Schiedsvereinbarung

1 Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

2 Eine Schiedsvereinbarung kann in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) oder in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsvertrag) geschlossen werden.

Konkordat:	Art. 4
IPRG:	Art. 178
Modellgesetz:	Art. 7 Abs. 1

### Art. 4 (Schiedsvereinbarung)

#### a) Zur Terminologie:

Das Konkordat verwandte die Begriffe "Schiedsvertrag" für bestehende Streitigkeiten und "Schiedsklausel" für künftige Streitigkeiten, vgl. Art. 4 Konkordat. Als Oberbegriff für beides benutzte es den Begriff der "Schiedsabrede".

Das IPRG verwendet als Oberbegriff nunmehr die *Schiedsvereinbarung*, während es keine Unterbegriffe enthält. Es folgt insoweit dem Modellgesetz (Art. 7), das als Unterbegriffe jedoch die "Schiedsabrede" und die "Schiedsklausel" enthält. Um eine einheitliche Terminologie mit dem IPRG einerseits, dem Konkordat und dem Modellgesetz andererseits (einheitliche Übersetzung der deutschsprachigen Länder) zu gewährleisten, wird die Definition des Konkordats (Schiedsvertrag und Schiedsklausel), jedoch mit dem Oberbegriff des Modellgesetzes und des IPRG (Schiedsvereinbarung), in Absatz 2 übernommen.

b) Absatz 1 übernimmt die Begriffsbestimmung der "Schiedsvereinbarung" von Art. 7 Abs. 1 Modellgesetz. *Sachlich* besteht zwischen Art. 4 BZPO und Art. 7 Modellgesetz keinerlei Unterschied: Art. 4 BZPO ist lediglich eine moderne und einheitliche Fassung von Art. 4 Konkordat.

Die als *Neuerungen* erscheinenden Formulierungen

- alle oder einzelne Streitigkeiten
- Streitigkeiten vertraglicher oder nichtvertraglicher Art
- Entscheidung (statt: Beurteilung) durch ein Schiedsgericht
- enthalten keine Veränderungen gegenüber der schon bisher geltenden Auffassung in der Schweiz.

## Art. 5 Form der Schiedsvereinbarung

<sup>1</sup> Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich zu erfolgen. Einer schriftlichen Vereinbarung gleichgestellt sind:

a. Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und E-Mail;

b. eine mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung der Parteien.

<sup>2</sup> Nimmt ein den Formerfordernissen des Absatzes 1 entsprechender Vertrag auf ein Schriftstück Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht.

<sup>3</sup> Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.

Konkordat:	Art. 6
IPRG:	Art. 178 Abs. 1
Modellgesetz:	Art. 7 Abs. 2

## Art. 5 (Form der Schiedsvereinbarung)

a) Die Formvorschrift des Art. 5 hat eine Warn- und eine Beweisfunktion: Warnfunktion hinsichtlich des Verzichtes auf den gesetzlichen Richter, Beweisfunktion hinsichtlich des tatsächlichen Zustandekommens einer Vereinbarung. Die besondere Bedeutung der Formvorschriften zeigt sich bei Art. 35 Abs. 2 lit. b. bzw. Art. V Abs. 1 lit. a UN-Übereinkommen, wonach ein Schiedsspruch, dem keine formwirksame Schiedsvereinbarung zugrunde liegt, aufgehoben bzw. ihm die Anerkennung versagt werden kann. Daraus erhellt die zentrale Bedeutung der Formvorschrift.

b) Während Art. 6 Konkordat für die Schiedsvereinbarung die "absolute" Schriftform (mit besonderer Regelung in Abs. 2 für den Beitritt zu einer juristischen Person) verlangt, begnügt sich Art. 178 IPRG mit einer "relativen" Schriftform, indem er (neben der Schriftlichkeit im herkömmlichen Sinne) lediglich eine "Form der Übermittlung [verlangt], die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht". Dies ist nicht nur bei Telegramm, Telex oder Telefax der Fall, sondern auch bei weiterentwickelten Formen der modernen Kommunikation, etwa dem Austausch von E-Mails.

c) Die Übernahme der Formvorschrift des Art. 178 IPRG in Art. 5 Absatz 1 BZPO würde zwar nicht nur zu *einheitlichen* Formvorschriften für alle Schiedsverfahren mit Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz (nationale und internationale) führen, sondern auch zu der Übernahme der Formulierung, die auch anderen Ländern (z.B. Deutschland in seinem neuen § 1031 Abs. 1 ZPO) als Vorbild gedient hat.

Darüber hinaus bräuchte es für die Rechtsanwender kein "Umdenken": die Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre zu Art. 178 IPRG könnten tel quel übernommen werden. Während aber Art. 178 IPRG zur Zeit seiner Entstehung zwar die weltweit modernste Formulierung darstellte, ist sie inzwischen schon wieder durch die technische Entwicklung überholt. Die modernste Bestimmung enthält inzwischen Art. 9 Abs. 2 GestG, sodass diese Vorschrift derjenigen des IPRG vorzuziehen war.

d) Neu ist hingegen Absatz 2, der Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und anderen Referenzwerken zum Gegenstand hat. Er übernimmt das Vorbild von Art. 7 Abs. 2 S. 3 Modellgesetz (mit sprachlicher Straffung) und soll der

im Handelsverkehr verbreiteten Gepflogenheit Rechnung tragen, in Verträgen - insbesondere bei ständigen Geschäftsbeziehungen - auf AGB Bezug zu nehmen. Eine Schiedsvereinbarung soll also auch - wie bisher - durch die vertragliche Bezugnahme auf ein Schriftstück begründet werden können, das seinerseits eine Schiedsklausel enthält, sofern der Vertrag den Formanforderungen des Absatzes 1 entspricht. Voraussetzung ist allerdings, dass ein *Konsens* hinsichtlich des *Einbezugs* der Erklärung, auf die verwiesen wird, besteht.

Für ein nationales Schiedsverfahren in der Schweiz dürfte die Antwort auf die Frage nach dem Vorliegen eines derartigen Konsenses regelmässig nach Schweizer Recht zu suchen sein; damit hat sie sich am *Vertrauensgrundsatz* zu orientieren, den Rechtsprechung und Lehre auf der Grundlage von Art. 1 ff. OR insbesondere zu den AGB entwickelt haben. Hierzu gibt es gefestigte Grundsätze; auch insoweit besteht für die praktische Rechtsanwendung keine Notwendigkeit, sich in eine neue Rechtslage einzuarbeiten.

Darauf hinzuweisen ist, dass eine Schiedsvereinbarung nicht nur wegen fehlenden Konsenses, sondern auch wegen Ausnutzung einer wirtschaftlichen oder sozialen Überlegenheit zu deren Abschluss unwirksam sein kann; s. dazu die Erläuterungen zu Art. 16.

e) *Entfallen* ist mit dieser Regelung indessen die Notwendigkeit eines *qualifizierten Verweises*, wie dies noch Art. 6 Abs. 2 Konkordat mit seiner *Ausdrücklichkeit* der Bezugnahme auf die in einem anderen Dokument enthaltene Schiedsklausel vorsieht. Diese Änderung gegenüber dem Konkordat erscheint jedoch als berechtigt: Zum einen betraf Art. 6 Abs. 2 nur einen sehr speziellen Sonderfall, der nunmehr in einer allgemein gehaltenen (und damit grössere Bedeutung erlangenden) Regelung aufgeht. Zum anderen ist ein solcher qualifizierter Verweis (oder gar die doppelte Unterschrift des früheren italienischen Rechts) ein rechtspolitischer Anachronismus.

f) Neu ist auch Abs. 3, die rügelose Einlassung: Der Mangel der Form wird durch vorbehaltlose Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt. Abs. 3 übernimmt Art. 7 Abs. 2 S. 2 2. Alternative Modellgesetz, fasst ihn aber sprachlich und sachlich eleganter. Die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache bewirkt rückwirkende Heilung, wenn vorher eine ungültige Schiedsvereinbarung geschlossen worden war. War keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen, so kommt (erst) durch die Einlassung eine solche zustande. Eine *Einlassung* ist anzunehmen, wenn die Parteien zu erkennen gegeben haben, dass sie über die Streitsache das Schiedsgericht, nicht das staatliche Gericht anrufen wollen. Im übrigen kann auf die gesicherten Erkenntnisse zur "rügelosen Einlassung" (vgl. nur Art. 6 IPRG, Art. 18 Lugano-Übereinkommen; jetzt auch Art. 10 GestG) verwiesen werden.

## Art. 6 Schiedsfähigkeit

1 Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. Eine Schiedsvereinbarung über einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch ist wirksam, sofern dieser der freien Verfügung der Parteien unterliegt.

2 Gesetzliche Vorschriften ausserhalb dieses Teils, wonach bestimmte Streitigkeiten einem Schiedsverfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.

Konkordat:	Art. 5
IPRG:	Art. 177
Modellgesetz:	Art. 1 Abs. 5

## Art. 6 (Schiedsfähigkeit)

a) Das geltende Recht differenziert bei der Schiedsfähigkeit: Während Art. 177 IPRG als schiedsfähig "jeden vermögensrechtlichen Anspruch" betrachtet, verlangt Art. 5 Konkordat, dass der "Anspruch ... der freien Verfügung der Parteien unterliegt" und keine ausschliesslich zwingende Zuständigkeit eines staatlichen Gerichtes in der Sache besteht.

b) Nach Art. 6 Absatz 1 Satz 1 BZPO soll nunmehr - wie schon bisher nach IPRG - für *alle vermögensrechtlichen* Ansprüche prinzipiell Schiedsfähigkeit gegeben sein. Dies folgt aus der Gleichwertigkeit von staatsgerichtlichem und schiedsgerichtlichem Rechtsschutz: Schiedsgerichtsbarkeit darf in einem liberalen Rechtsstaat nur dann ausgeschlossen sein, wenn sich der Staat für seine Gerichte im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein Entscheidungsmonopol vorbehalten hat. Da man indessen davon ausgehen kann, dass ein Interesse an ausschliesslich staatlicher Rechtsprechung nach wie vor zwar für einen Grossteil nicht vermögensrechtlicher Ansprüche, generell dagegen nicht für vermögensrechtliche besteht (diese Differenzierung ist ja auch anderen Regelwerken bekannt, vgl. Artt. 44/45 OG, Art. 16 Abs. 1 S. 3 IPRG), liegt es nahe, die Schiedsfähigkeit nach dem Vorbild von Art. 177 IPRG prinzipiell für alle vermögensrechtlichen Ansprüche vorzusehen. Nachdem andere Länder, z.B. Deutschland, sich bei der Reform ihres Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit sogar ausdrücklich auf das Vorbild von Art. 177 IPRG berufen haben (Begründung Regierungsentwurf zu § 1030 D-ZPO), dürfte man das Vorbild von Art. 177 IPRG auch für Art. 6 BZPO übernehmen können.

c) Nach Satz 2 sind auch *nichtvermögensrechtliche* Ansprüche schiedsfähig, wenn die Parteien über den Anspruch "frei verfügen" können. Nicht schiedsfähig sind damit z.B. - nach wie vor - Ehescheidungs- und sonst der Parteidisposition entzogene *Statusverfahren*. Im übrigen - dies der Vorteil der Übernahme der Formulierung aus dem Konkordat - bleiben damit die den Begriff der *Verfügbarkeit des Anspruchs* interpretierenden zahlreichen Judikate und Kommentierungen weiterhin verwendbar.

d) *Nicht* übernommen wurde das Kriterium der ausschliesslich zwingenden Zuständigkeit staatlicher Gerichte als Verbot der Schiedsfähigkeit, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Tatsache einer ausschliesslichen Zuständigkeit für einen Prozess vor Staatsgericht führt für sich allein noch nicht zur Unzulässigkeit einer Schiedsvereinbarung: Mit der Verweigerung der *Schiedsfähigkeit* möchte der Staat verhindern, dass bestimmte Streitigkeiten der Zuständigkeit *seiner* Gerichte entzogen werden (und in die Hände der "Privatjustiz" gelangen). Demgegenüber besteht die ratio der *Prorogationsunfähigkeit* darin, einer (oder beiden) Partei(en) einen bestimmten staatlichen Richter zu garantieren, dem sie nicht entzogen werden darf; typischerweise ist dies bei "sozial schwachen" Parteien der Wohnsitz. Der Schutzzweck der einen ratio legis kann nicht durch den der anderen ratio legis ersetzt werden. Dies hat im übrigen auch das Parlament bei der Behandlung von Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs eines *Gerichtsstandsgesetzes* bestätigt. Dieser Abs. 3 hatte vorgesehen, dass das Gerichtsstandsgesetz "die Befugnis der Parteien zur Vereinbarung eines Schieds-

gerichts unberührt [lässt], soweit dadurch nicht von einem zwingenden Gerichtsstand abgewichen wird". Das Parlament hat diese Bestimmung gestrichen.

e) Neu aufgenommen wurde hingegen Absatz 2. Dieser geht auf das Vorbild von Art. 1 Abs. 5 des Modellgesetzes zurück und möchte klarstellen, dass Vorschriften in anderen Gesetzen, welche die Schiedsfähigkeit einschränken, unberührt bleiben. Anstatt in Art. 6 alle diese Vorschriften (die sich ja auch ändern können) aufzuzählen, beschränkt sich Art. 6 in seinem Absatz 1 auf die *generelle* Definition der Schiedsfähigkeit und verweist wegen darüber hinausgehender *spezieller* Einschränkungen auf die speziellen Bestimmungen ausserhalb des 3. Teils BZPO, also z.B. Art. 274c OR. Damit bleibt auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unberührt, falls er (z.B. aus "sozialen Gründen") bestimmte Materien seinen staatlichen Gerichten vorbehalten möchte: er kann eine derartige Regelung im Zusammenhang mit der Regelung des materiellen Rechts vornehmen.

#### Art. 7 Zulassung von Juristen

Jede Bestimmung einer Schiedsklausel, welche die Beziehung von Juristen im Schiedsverfahren als Schiedsrichter, Sekretär oder Parteivertreter untersagt, ist nichtig.

Konkordat:	Art. 7
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 7 (Zulassung von Juristen)

Art. 7 übernimmt *tel quel* die Bestimmung von Art. 7 Konkordat. Zu beachten ist, dass das Verbot der Beziehung von Juristen im Schiedsverfahren nur nichtig ist, wenn es in einer *Schiedsklausel* enthalten ist. Befindet es sich in einem *Schiedsvertrag* (also abgeschlossen nach Entstehen der Streitigkeit), ist ein derartiges Verbot im Prinzip wirksam. Es ist jedoch wiederum - auch wenn in einem Schiedsvertrag enthalten - unwirksam, wenn es um die Funktion als Parteivertreter in einem Schiedsverfahren geht: hier geht Art. 23 Abs. 2 vor (s. dazu die dortigen Erläuterungen).

#### Art. 8 Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht

<sup>1</sup> Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig zurückzuweisen, sofern der Beklagte dies spätestens bei seiner ersten Erklärung zur Sache beantragt, es sei denn, das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar.

<sup>2</sup> Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.

<sup>3</sup> Ist ein Verfahren im Sinne des Absatzes 1 oder 2 anhängig, kann ein schiedsrichterliches Verfahren gleichwohl eingeleitet oder fortgesetzt werden und ein Schiedsspruch ergehen, während die Sache bei Gericht anhängig ist.

Konkordat:	-
IPRG:	Art. 7
Modellgesetz:	Art. 8

## Art. 8 (Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht)

a) Absatz 1 behandelt die Schiedseinrede, wie sie für internationale Fälle in Art. 7 IPRG geregelt ist, nach dem Vorbild von Art. 8 Modellgesetz. Die Rüge ist eine *Einrede*, d.h. die Schiedsvereinbarung wird nicht von Amtes wegen beachtet, wie sich aus der Formulierung "sofern der Beklagte ... beantragt" ergibt. Unterlässt es der Beklagte, die Schiedseinrede zu erheben, so bedeutet dies einen formlosen Verzicht der Parteien auf die Schiedsvereinbarung.

Wird der Einrede stattgegeben, so weist das Staatsgericht die Klage durch Prozessurteil zurück.

b) Die Klage wird als unzulässig zurückgewiesen, "es sei denn, das Gericht stelle fest ...". Die Bestimmung übernimmt damit wörtlich die Formulierung von Art. 7 lit. b IPRG (die ihrerseits auf Art. II Abs. 3 des UN-Übereinkommens von 1958 zurückgeht). Damit kann die Interpretation von Art. 7 lit. b IPRG für Art. 8 Abs. 1 BZPO tel quel übernommen werden.

Art. 7 lit. a IPRG ist schon in der Rügepflicht enthalten, lit. c (Obstruktion durch die beklagte Partei) wird schon durch die "Hinfälligkeit" in lit. b erfasst.

c) In Rechtsprechung und Doktrin *umstritten* ist die Frage der Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens. Dabei wird auch auf den "Vorrang" des Schiedsgerichts bei der Entscheidung über seine Zuständigkeit (Art. 20 Abs. 1 S. 1) und auf die Möglichkeit einer Anfechtung des Zuständigkeitsentscheids des Schiedsgerichts verwiesen, um die Unzulässigkeit einer derartigen Klage zu begründen.

Absatz 2 von Art. 8 enthält eine vermittelnde Lösung: Eine Klage ("Antrag") auf (negative oder positive) Feststellung bei Staatsgericht ist zulässig, allerdings nur bis zum Zeitpunkt der "Bildung des Schiedsgerichts", d.h. bis zu seiner erfolgten Konstituierung. *Nach* der Bildung des Schiedsgerichts kann die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nur noch gemäss Art. 20 vor dem Schiedsgericht selbst vorgebracht werden. Mit einer solchen Regelung wird einem *praktischen Bedürfnis* nach einer möglichst frühzeitigen Entscheidung der Unsicherheit durch das Staatsgericht (das ja sowieso hierzu das letzte Wort hat, vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 20) Rechnung getragen.

d) Gemäss Absatz 3 soll - um Verschleppungsmanöver zu verhindern - das Schiedsgericht gleichwohl sein Verfahren einleiten bzw. fortsetzen dürfen und bis zu einem Entscheid führen. Ist die Unzulässigkeit freilich vom staatlichen Gericht rechtskräftig ausgesprochen (was zeitlich auch erst nach Erlass des Schiedsspruchs geschehen kann), so entbehrt ein trotzdem erlassener, auf dem Verstoß beruhender Schiedsspruch der Wirksamkeit; er ist aufzuheben bzw. ihm ist die Vollstreckung zu versagen. Denn wenn auch Art. 8 Abs. 3 BZPO die *Einleitung* bzw. *Fortsetzung* des Schiedsverfahrens erlaubt, so ändert das nichts daran, dass das Verfahren unter dem Damoklesschwert der Unwirksamkeit steht. Alles, was das Schiedsgericht vornimmt und was auf dem Mangel beruht, ist in seiner Wirksamkeit durch die Zurück-

weisung der Beanstandung seitens des staatlichen Gerichts bedingt. Das *Schiedsgericht selbst* kann über den Mangel nie bindend befinden.

Im übrigen ist auf den Zusammenhang mit Art. 20 (Zuständigkeit des Schiedsgerichts) zu verweisen.

### **Dritter Titel: Bildung des Schiedsgerichts**

Der dritte Abschnitt über die Bildung des Schiedsgerichts fasst die Bestimmungen zusammen, die im Konkordat auf zwei getrennte Abschnitte aufgeteilt sind, nämlich "Dritter Abschnitt: Bestellung und Ernennung der Schiedsrichter, Amtsdauer, Anhängigkeit" und "Vierter Abschnitt: Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Schiedsrichter". Die Zusammenfassung erfolgt aus dem systematischen Grund, dass die genannten Bestimmungen insgesamt die Bildung des Schiedsgerichts betreffen (und auch das Modellgesetz diese Systematik und Begrifflichkeit ausweist). *Art. 13* Konkordat ("Anhängigkeit" des Schiedsverfahrens) wird als nicht hierher gehörig in den fünften Abschnitt ("Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens") überführt.

*Inhaltlich* sind die Bestimmungen des Konkordates nach wie vor auf der Höhe der Zeit und besteht kein Anlass, nur um der Neuerung willen Änderungen vorzunehmen.

#### Art. 9 Zusammensetzung des Schiedsgerichts

1 Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter frei vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei.

Konkordat:	Art. 10
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 10

#### Art. 9 (Zusammensetzung des Schiedsgerichts)

Es gilt natürlich primär die Parteiautonomie, Satz 1. Subsidiär soll das Schiedsgericht aus drei Personen bestehen.

Der Entwurf übernimmt den Wortlaut von Art. 10 *Modellgesetz*, weil Art. 10 *Konkordat* etwas schwerfällig formuliert ist, ohne dass sich sachlich etwas ändern würde. Die Bestimmung lässt somit - ebenso wie das Konkordat und das IPRG - ein aus einer geraden Anzahl von Mitgliedern bestehendes Schiedsgericht (trotz aller dabei auftauchender Probleme, vgl. dazu *Rüede/Hadenfeldt*, § 21 III 2,3, S. 129f.) grundsätzlich zu, wie auch Art. 10 Abs. 4 bestätigt.

#### Art. 10 Bestellung der Schiedsrichter

1 Die Parteien können das Verfahren zur Bestellung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter frei vereinbaren.

2 Die Parteien können den oder die Schiedsrichter in gegenseitigem Einvernehmen, sei es in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Vereinbarung, bestellen. Sie können den oder die Schiedsrichter auch durch eine von ihnen beauftragte Stelle bezeichnen lassen.

<sup>3</sup> Beim Fehlen einer Vereinbarung oder einer Bezeichnung im Sinne von Absatz 2 bestellt jede Partei eine gleiche Anzahl von Schiedsrichtern; die so bestellten Schiedsrichter wählen einstimmig einen weiteren Schiedsrichter als Obmann.

<sup>4</sup> Weist das Schiedsgericht eine gerade Anzahl von Schiedsrichtern auf, so haben die Parteien zu vereinbaren, dass entweder die Stimme des Obmanns bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt oder dass das Schiedsgericht einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit entscheidet.

Konkordat:	Art. 11
IPRG:	Art. 179 Abs. 1
Modellgesetz:	Art. 11

#### Art. 10 (Bestellung der Schiedsrichter)

Artikel 10 übernimmt die bewährte Regelung von Art. 11 Konkordat mit zwei *Änderungen*:

a) Der neue Absatz 1 bestimmt, dass die Parteien das Bestellungsverfahren selbst regeln können. Dieses Prinzip liegt zwar auch der bisherigen Rechtslage nach Konkordat zugrunde, ist aber nicht eigens *expressis verbis* formuliert (anders in Art. 179 Abs. 1 IPRG). Eine ausdrückliche Verankerung als erster Absatz der Bestimmung über die Bestellung der Schiedsrichter erscheint angebracht.

b) Als *überflüssig* braucht der bisherige Absatz 2 von Art. 11 Konkordat nicht "übernommen" zu werden: eine solche Interpretation ("wird ein Schiedsrichter nicht namentlich, sondern lediglich der Stellung nach bezeichnet, so gilt als bestellt, wer diese Stellung bei Abgabe der Annahmeerklärung bekleidet") ergibt sich ohne weiteres aus dem Unterschied zwischen einer namentlichen Bezeichnung und einer solchen nach der Funktion.

c) Im übrigen gelten die bisherigen Regelungen, u.a. auch Art. 11 Abs. 4 Konkordat (siehe dazu auch die Erläuterungen zu Art. 9), weiter. Mit den Schwächen dieser Regelung (vgl. dazu auch Lalive-Poudret-Reymond, Art. 10.3) muss man leben, will man überhaupt - anders als manche andere ausländische Rechtsordnung - an der Möglichkeit eines Zweierschiedsgerichts festhalten.

#### Art. 11 Ernennung durch das Gericht

<sup>1</sup> Können die Parteien sich über die Bestellung des Einzelschiedsrichters nicht einigen oder bestellt eine Partei den oder die von ihr zu bezeichnenden Schiedsrichter nicht innerhalb von 30 Tagen nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei, oder einigen sich die Schiedsrichter nicht innerhalb von 30 Tagen nach ihrer Bestellung über die Wahl des Obmanns, so nimmt auf Antrag einer Partei das Gericht die Ernennung vor, sofern nicht die Schiedsvereinbarung eine andere Stelle hierfür vorsieht.

<sup>2</sup> Das Gericht hat bei der Ernennung eines Schiedsrichters alle nach der Parteivereinbarung für den Schiedsrichter vorgeschriebenen Voraussetzungen zu berücksichtigen und allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, die die Ernennung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen.

Konkordat:	Art. 12
IPRG:	Art. 179 Abs. 2, 3
Modellgesetz:	Art. 11

#### Art. 11 (Ernennung durch das Gericht)

Auch bei der ersatzweisen Ernennung von Schiedsrichtern durch das staatliche Gericht konnte die einschlägige Bestimmung (Art. 12) des Konkordates übernommen werden, jedoch mit zwei *Ergänzungen*:

a) Das Konkordat verlangt nicht, dass vor der Stellung eines Antrags auf Ersatzer-nennung der Gegenpartei eine Frist zur Bezeichnung ihres Schiedsrichters zu setzen sei. Absatz 1 von Art. 11 setzt nunmehr eine Frist von 30 Tagen. Dies entspricht dem Modellgesetz (Art. 11 Abs. 3) und einschlägigen internationalen Verfahrensord-nungen (z.B. Artt. 6 und 7 UNCITRAL Arbitration Rules) und erscheint als praktisch notwendig und hilfreich.

b) Absatz 2 ist neu; er entspricht Art. 11 Abs. 5 S. 2 Modellgesetz und legt die Grundsätze fest, die bei der gerichtlichen Ernennung eines Schiedsrichters zu beachten sind. Diese verstehen sich zwar eigentlich von allein; angesichts der für nationale Fälle eher erwünschten Regelungsdichte (vgl. dazu oben "Allgemeine Bemerkungen") erscheint aber eine Aufnahme als vertretbar.

c) Das zuständige Gericht ergibt sich aus Art. 3. Zu Rechtsmitteln s. Art. 40.

#### Art. 12 Offenbarungspflicht und Annahme des Amtes

<sup>1</sup> Wird einer Person ein Schiedsrichteramt angetragen, so hat sie alle Umstände offenzulegen, die berechtigte Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Ein Schiedsrichter ist auch nach seiner Bestellung bis zum Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens verpflichtet, solche Umstände den Parteien unverzüglich offenzulegen, wenn er sie ihnen nicht schon vorher mitgeteilt hat.

<sup>2</sup> Die Schiedsrichter haben die Annahme des Amtes zu bestätigen.

<sup>3</sup> Das Schiedsgericht ist erst dann gebildet, wenn alle Schiedsrichter die Annahme des Amtes für die ihnen vorgelegte Streitsache erklärt haben.

Konkordat:	- (Art. 14)
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 12 Abs. 1

#### Art. 12 (Offenbarungspflicht und Annahme des Amtes)

Bisher ist im geltenden Recht (Konkordat wie IPRG) keine ausdrückliche *Offen-barungspflicht* des (präsumptiven) Schiedsrichters bezüglich solcher Umstände sta-tuiert, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Im Anschluss an moderne Entwicklungen in der Schiedsgerichtspraxis (s. dazu nur die Rules of Ethics for International Arbitrators der International Bar Association) erscheint jedoch die Übernahme von Art. 12 Abs. 1 des Modellgesetzes auch in das Schweizer Recht als geboten.

a) Die *systematische* Stellung der Offenbarungspflicht ist zwar im Modellgesetz wie auch z.B. im deutschen Recht (§ 1036 Abs. 1 D-ZPO) im Zusammenhang mit der *Ablehnung* eines Schiedsrichters erfolgt. Diese Regelwerke kennen aber - anders als das Konkordat - keine Bestimmung über die "Annahme des Amtes durch die Schiedsrichter". Zwar soll die Offenbarungspflicht in erster Linie eine Entscheidung über Akzeptanz oder Ablehnung eines Schiedsrichters durch eine Partei ermöglichen; da diese Offenbarungspflicht aber (natürlich) erst dann entsteht, wenn einer Person ein Schiedsrichteramt "angetragen" wird, liegt es für das Schweizer Recht nahe, die Offenbarungspflicht im Zusammenhang mit der Annahme des Amtes zu regeln - ohne damit ihre Bedeutung für das Ablehnungsrecht zu leugnen.

b) Absatz 2 bringt zum Ausdruck, dass es neben der Vereinbarung zwischen den Parteien - der Schiedsvereinbarung - noch weitere Vereinbarungen zwischen den an einem Schiedsverfahren Beteiligten gibt, nämlich die Vereinbarung zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter, den sog. *Schiedsrichtervertrag*: Der Abschluss des Schiedsrichtervertrages erfolgt durch Bestellung des Schiedsrichters und Übernahme des Amtes, was vertragsrechtlich Antrag zum Vertragsschluss und Annahme der Offerte bedeutet.

c) Wenn die aus dem Konkordat (Art. 14 Abs. 1) übernommene Bestimmung verlangt, dass die Schiedsrichter die Annahme des Amtes zu bestätigen haben, so bedeutet das natürlich nicht, dass ein Zwang zur Annahme bestünde, sondern bedeutet, dass eine Person, die sich zur Annahme des angebotenen Amtes entschliesst, diesen Entschluss zu bestätigen hat.

Dabei bedeutet die Formulierung - "Annahme des Amtes zu bestätigen" - auch nicht, dass es *zwei* Akte bräuchte, nämlich die Annahme und des weiteren die Bestätigung der Annahme. Bestätigung der Annahme ist nichts anderes als "Erklärung der Annahme", wie aus der französischsprachigen ("donner leur acceptation") Fassung deutlich wird: Es handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die allerdings auch stillschweigend erfolgen kann.

d) Zu unterscheiden vom Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages ist die Bildung des Schiedsgerichts: Nur bei einem Einzelschiedsrichter bedeutet das Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages, dass damit zugleich die Bildung des Schiedsgerichts erfolgt ist. Besteht das Schiedsgericht aus mehr als einer Person, so ist nach Absatz 3 das Schiedsgericht erst mit der Annahme der letzten Person (oder eben aller Schiedsrichter) gebildet.

## Art. 13 Sekretariat

<sup>1</sup> Mit Einverständnis der Parteien kann das Schiedsgericht einen Sekretär bestellen.

<sup>2</sup> Auf die Ablehnung und die Abberufung des Sekretärs sind die Artikel 15 bis 18 anwendbar.

Konkordat:	Art. 15
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

## Art. 13 (Sekretariat)

Die Bestellung eines Sekretärs für das Schiedsverfahren ist gerade in der Schweiz, wie Art. 15 Konkordat zeigt, Tradition. Nichts spricht gegen eine Übernahme in den

3. Teil BZPO. Zwei Änderungen gegenüber Art. 15 Konkordat erscheinen jedoch als angezeigt:

a) Art. 15 Absatz 2 Konkordat erklärt auf die Ablehnung des Sekretärs die Artikel 18-20 für anwendbar, nicht auch Art. 21, der die Entscheidung über ein Ausstandsbegehren durch das Gericht vorsieht. Demgemäss ist in der Lehre umstritten, ob die Entscheidung über das Ablehnungsbegehren durch das Schiedsgericht selbst oder durch das Staatsgericht erfolgen soll. Hier erscheint es als sinnvoll, nicht nur dieselben materiellen Voraussetzungen, sondern auch dasselbe Verfahren für den Sekretär wie für einen Schiedsrichter vorzusehen.

b) Ebenso streitig ist die Frage der Abberufung: während teils eine Anwendung von Art. 22 Konkordat befürwortet wird (z.B. Poudret, in Lalive-Poudret-Reymond, Le droit de l'arbitrage, Art. 15.1), wird von anderer Seite Art. 404 OR angewandt (Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl. 1993, § 27 III 5). Auch hier erscheint eine Entscheidung der Streitfrage durch gesetzliche Regelung als angebracht.

#### Art. 14 Amtsdauer

<sup>1</sup> Die Parteien können in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Vereinbarung das dem Schiedsgericht übertragene Amt befristen.

<sup>2</sup> In diesem Falle kann die Amtsdauer durch Vereinbarung der Parteien oder auf Antrag einer Partei oder des Schiedsgerichts durch Entscheid des in Artikel 3 vorgesehenen Gerichts jeweils um eine bestimmte Frist verlängert werden.

<sup>3</sup> Stellt eine Partei einen solchen Antrag, so ist die andere dazu anzuhören.

Konkordat:	Art. 16
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 14 (Amtsdauer)

a) Zahlreiche Rechtsordnungen (z.B. Art. 820 der italienischen ZPO) und Schiedsordnungen (z.B. Art. 24 ICC-Schiedsgerichtsordnung) kennen Fristen für das Schiedsgericht zum Erlass einer Entscheidung. Wird die Frist nicht eingehalten, so hat das Schiedsgericht ohne Mandat entschieden und macht sich schadenersatzpflichtig bzw. kann der Schiedsspruch, weil ohne Rechtsgrundlage, aufgehoben werden. Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung, d.h. die Übernahme von Art. 16 Konkordat, als Absatz 1 ist deshalb sinnvoll.

b) Andererseits muss dafür Sorge getragen werden, dass in begründeten Fällen eine Verlängerung einer solchen gesetzten Frist möglich ist. Dass die Parteien selbst die Frist verlängern können (Art. 14 Abs. 2 1. Alt.), ergibt sich schon aus dem Vorrang der Privatautonomie. Aber auch gegen den Willen einer Partei muss eine solche Verlängerung möglich sein, dann allerdings nur durch das zuständige staatliche Gericht (Absatz 2 2. Alt.).

## Art. 15 Ablehnung eines Schiedsrichters

<sup>1</sup> Ein Schiedsrichter kann abgelehnt werden:

- a. wenn er nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht;
- b. wenn Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit geben.

<sup>2</sup> Eine Partei kann einen Schiedsrichter, den sie bestellt oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, von denen sie erst nach dessen Bestellung Kenntnis erhalten hat. Vom Ablehnungsgrund ist dem Schiedsgericht sowie der anderen Partei unverzüglich Mitteilung zu machen.

Konkordat:	Art. 18
IPRG:	Art. 180
Modellgesetz:	Art. 12

## Art. 15 (Ablehnung eines Schiedsrichters)

Art. 15 betrifft die Ablehnungsgründe, Art. 17 das Ablehnungsverfahren.

a) Art. 18 Abs. 1 Konkordat nimmt auf die Gründe Bezug, aus denen ein Richter am Bundesgericht seinen Ausstand nehmen muss bzw. abgelehnt werden kann (Artt. 22, 23 OG). Diese "Referenzlösung" ist zum einen umständlich, weil dadurch erst in einem anderen Regelwerk die einschlägigen Gesetzesbestimmungen aufgesucht werden müssen. Zum anderen begründen die Tatbestände von Artt. 22 und 23 natürlich "berechtigte Zweifel" an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des (Schieds-)Richters, weshalb es sachlich keinen Unterschied bedeutet, wenn man auf Details verzichtet und sich auf eine Generalklausel beschränkt. Entsprechend Art. 12 Abs. 2 Modellgesetz stellt deshalb der Entwurf in Absatz 1 nur auf die Kriterien der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit (lit. b) sowie darauf ab, dass der Schiedsrichter die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt (lit. a).

b) Sowohl Art. 18 Abs. 1 Konkordat als auch Art. 180 Abs. 1 (lit. a und b) IPRG differenzieren zwischen unter den Parteien vereinbarten Anforderungen "in der Schiedsabrede" (so das Konkordat) und "in der von ihnen vereinbarten Verfahrensordnung" (so das IPRG). Dies ist unnötig: In beiden Fällen handelt es sich darum, dass die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, seien diese Voraussetzungen durch direkte oder durch indirekte ("Schiedsordnung" bzw. "Verfahrensordnung") Vereinbarung aufgestellt worden. Der Entwurf übernimmt somit *lit. a* und *lit. c* von Art. 180 Abs. 1 IPRG, verzichtet aber auf die Übernahme von *lit. b*. Damit hat man einerseits den gleichen Wortlaut wie in Art. 180 Abs. 1 IPRG (und erleichtert somit die Benutzung), entschlackt ihn aber um die redundante Bestimmung von dessen *lit. b*.

c) *Erweitert* wurde Art. 15 Abs. 1 lit. b gegenüber Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG indessen um den Begriff der *Unparteilichkeit*: Nicht nur Zweifel an der "Unabhängigkeit" des Schiedsrichters, sondern auch solche an seiner "Unparteilichkeit" sollen zur Ablehnung berechtigen.

Zwar hat sich der Schweizer Gesetzgeber des IPRG, dem Beispiel von (heute:) Art. 7 Abs. 1 ICC-Schiedsgerichtsordnung folgend, bewusst für den Begriff der Unabhängigkeit entschieden, anstatt der Unparteilichkeit oder der Anwendung beider

Prinzipien den Vorzug zu geben (vgl. dazu die Nachweise bei Lalive-Poudret-Reymond, Art. 180.4). Auch ist zuzugeben, dass ein "unabhängiger und unparteilicher" Richter eigentlich ein *Pleonasmus* ist. Jedoch sollte man - ohne die Augen vor der Realität der sog. "parteibenannten" Schiedsrichter zu verschliessen - wenigstens die "Appellfunktion" des Begriffes (wie dies auch das Modellgesetz tut) aufrecht erhalten.

d) Absatz 2 übernimmt die Formulierung von Art. 180 Abs. 2 IPRG (der seinerseits Art. 18 Abs. 3 Konkordat in modernisierter Fassung übernommen hat). Diese Bestimmung ist Ausdruck des Verbots widersprüchlichen Verhaltens.

e) *Verzichtet* wird auf die Übernahme von Art. 18 Abs. 2 Konkordat: Benennt eine Partei einen Schiedsrichter, dessen Persönlichkeit derart ist, dass man einer anständigen Partei nicht zumuten darf, von ihm Recht zu nehmen, so stellt dies eine Verletzung der Pflichten aus der Schiedsvereinbarung dar. Dann darf die Gegenpartei die Schiedsvereinbarung aus wichtigem Grunde kündigen. *Handlungsunfähige* können schon deswegen nicht Schiedsrichter sein, weil sie keinen Schiedsrichtervertrag schliessen können.

#### Art. 16 Ablehnung des Schiedsgerichts

<sup>1</sup> Das Schiedsgericht kann abgelehnt werden, wenn eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung seiner Mitglieder ausübte.

<sup>2</sup> Das neue Schiedsgericht wird in dem in Artikel 10 vorgesehenen Verfahren gebildet.

<sup>3</sup> Die Parteien sind berechtigt, Mitglieder des abgelehnten Schiedsgerichtes wiederum als Schiedsrichter zu bestellen.

Konkordat:	Art. 19
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 16 (Ablehnung des Schiedsgerichts)

Art. 19 Konkordat gewährt ein Ablehnungsrecht bezüglich des *ganzen Schiedsgerichts*, wenn eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung seiner Mitglieder ausgeübt hat.

Das IPRG hat eine derartige Ablehnungsmöglichkeit - zu Unrecht - nicht übernommen. Es besteht indessen ein berechtigtes Bedürfnis nach einer derartigen Regelung, wie auch die Rechtsvergleichung zeigt.

a) Die Bestellung eines Schiedsgerichts muss das Gebot der überparteilichen Rechtspflege beachten. Deswegen kann die Art der Bestellung eines Schiedsgerichts unzulässig sein, weil einer Partei ein Übergewicht eingeräumt ist.

So ist es unzulässig, dass *eine Partei allein* den (die) Schiedsrichter ernennt. Das gilt aber auch in den Fällen, in denen der einen Partei von vornherein vertraglich ein Übergewicht eingeräumt wird, wonach sie allein die überwiegende Zahl der Schiedsrichter ernennt. Art. 16 kann somit für Fälle der *Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit* (s. dazu auch Erläuterung e) zu Art. 25) in Frage kommen.

Unzulässig ist es auch, wenn auf Grund einer Schiedsordnung ein Schiedsgericht *nur mit Verbandsmitglieder* besetzt werden kann und nur eine Partei Mitglied des Verbandes ist: auch hier hat eine Partei ein "Übergewicht".

b) Das frühere deutsche Recht (vor dem 1. Januar 1998) bestimmte in § 1025 Abs. 2 D-ZPO: "Der Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluss oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein Übergewicht über den andern Teil einräumen".

Diese Regelung ist zwar durch das neue Recht ersetzt, indem die vorgesehene Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung durch eine Regelung ersetzt wurde, die eine ausgewogene Zusammensetzung des Schiedsgerichts sicherstellt. § 1034 Abs. 2 D-ZPO bestimmt nunmehr:

"Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen".

c) Die *Rechtsvergleichung* bestätigt somit die Berechtigung einer Übernahme von Art. 19 Konkordat in den 3. Teil der BZPO. Man könnte zwar fragen, ob nicht anstelle der Ablehnungslösung des Konkordates die deutsche Lösung flexibler ist. Angesichts der Tradition und Bekanntheit der Regelung von Art. 19 Konkordat wird indessen die Fortsetzung der Konkordats-Tradition vorgezogen.

d) Während somit ein allfälliges Übergewicht einer Partei bei der *Zusammensetzung* des Schiedsgerichts durch Absatz 1 korrigiert und eine *Gleichbehandlung* der Parteien im Verfahren durch Art. 23 Abs. 1 garantiert wird, harrt der Fall noch der Überlegung, dass eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, die andere Partei zum *Abschluss* der Schiedsvereinbarung als solcher (insbesondere in AGB) zu nötigen. Hier muss man darauf hinweisen, dass auch eine Schiedsvereinbarung (als Vertrag!) natürlich unter dem Vorbehalt von Art. 20 OR steht, was wegen Sittenwidrigkeit zu ihrer Nichtigkeit führen kann. Ein solcher Fall läge etwa vor, wenn ein Schweizer Unternehmen mit einem Schweizer Verbraucher ein Schiedsgericht mit Sitz in den USA vereinbaren würde.

## Art. 17 Ablehnungsverfahren

<sup>1</sup> Die Parteien können vorbehaltlich des Absatzes 3 ein Verfahren für die Ablehnung eines Schiedsrichters frei vereinbaren.

<sup>2</sup> Fehlt eine solche Vereinbarung, so hat die Partei, die einen Schiedsrichter ablehnen will, innerhalb von fünfzehn Tagen, nachdem ihr die Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder ein Umstand im Sinne des Artikels 15 Absatz 1 bekannt geworden ist, dem Schiedsgericht die Ablehnungsgründe schriftlich darzulegen. Tritt der abgelehnte Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder stimmt die andere Partei der Ablehnung nicht zu, so entscheidet das Schiedsgericht über die Ablehnung.

<sup>3</sup> Bleibt die Ablehnung nach dem von den Parteien vereinbarten Verfahren oder nach dem in Absatz 2 vorgesehenen Verfahren erfolglos, so kann die ablehnende Partei binnen dreissig Tagen, nachdem sie von der negativen Entscheidung Kenntnis erlangt hat, bei Gericht eine Entscheidung über die Ablehnung beantragen. Während

ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschliesslich des abgelehnten Schiedsrichters das Schiedsverfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.

4 Absatz 3 gilt für den Fall des Artikels 16 entsprechend.

Konkordat:	Artt. 20, 21
IPRG:	Art. 180 Abs. 3
Modellgesetz:	Art. 13

#### Art. 17 (Ablehnungsverfahren)

Das Ablehnungsverfahren selbst ist im IPRG (Art. 180 Abs. 3) zwar modern, aber sehr knapp geregelt, während es im Konkordat einigermaßen antiquiert erscheint. Eine moderne, relativ ausführliche und leicht verständliche Regelung enthält indes- sen Art. 13 Modellgesetz, dessen Regelung hiermit (um einen Absatz 4 erweitert) zur Übernahme ins Schweizer Recht vorgeschlagen wird. Im einzelnen:

a) Nach bisheriger (Konkordats-)Rechtslage muss über ein Ablehnungsgesuch in jedem Fall und ausschliesslich der staatliche Richter entscheiden (Art. 21 Abs. 1 Konkordat). Gemäss dem neuen Art. 17 Absatz 1 ist dies nun nicht mehr zwingend erforderlich: nur wenn die Parteien das Ablehnungsverfahren *nicht* geregelt haben bzw. wenn das vereinbarte Verfahren erfolglos bleibt, ist der Staatsrichter (letztlich) für die Entscheidung eines Ablehnungsgesuches zuständig. Es ist den Parteien also (ebenso wie schon nach IPRG) erlaubt, durch spezielle Vereinbarung bzw. durch Verweis auf eine vereinbarte institutionelle Schiedsgerichtsordnung ein privatisiertes Ablehnungsverfahren durchzuführen, dessen Ergebnisse allerdings notfalls durch staatliche Gerichte überprüfbar sind. Das Ablehnungsverfahren sieht also künftig wie folgt aus:

aa) Die Parteien haben nichts vereinbart: dann gilt Art. 17 Abs. 2 Satz 2, d.h., der abgelehnte Schiedsrichter tritt zurück oder die Gegenpartei stimmt der Ablehnung zu, oder - falls keiner der beiden Fälle eintritt - es entscheidet zunächst das *Schiedsgericht* über die Ablehnung.

bb) Die Parteien haben ein Verfahren vereinbart: dann gilt Art. 17 Abs. 3, d.h., es bleibt das privatisierte Ablehnungsverfahren möglicherweise erfolglos.

cc) In beiden Fällen kann deshalb (Art. 17 Abs. 3 Satz 1) die ablehnende Partei die Entscheidung eines Staatsgerichts beantragen. Dessen Entscheid ist dann endgültig (Art. 40).

#### b) Präklusion und Verwirkung des Ablehnungsrechts

Art. 17 Absatz 2 Satz 1 präkludiert das versäumte Ablehnungsrecht. Soweit eine Vereinbarung der Parteien bezüglich des Ablehnungsverfahrens nicht vorliegt, bestimmt diese Norm, dass Ablehnungsgründe dem Schiedsgericht innerhalb von 15 Tagen nach Bekanntwerden der Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder nach Bekanntwerden des Ablehnungsgrundes mitzuteilen sind. Die Partei darf sich also nicht auf das Verfahren vor dem abgelehnten Schiedsrichter "einlassen" und ihr Ablehnungsgesuch hinauszögern, bis es ihr auf Grund des Verfahrensstandes opportun erscheint (vgl. zuletzt BGE 126 III 249 E. 3c). Dieser Gedanke kommt auch in Art. 15 Abs. 2 zum Ausdruck (s. dort).

### c) Die Erklärung der Ablehnung

Die Ablehnung (zu unterscheiden von dem Gesuch an das staatliche Gericht um Entscheidung über die Ablehnung, Art. 17 Abs. 3 S. 1) ist in jedem Abschnitt des Verfahrens zulässig, soweit sie nicht präkludiert ist. Sie kann erklärt werden:

- vor Beginn des Schiedsverfahrens gegenüber der Gegenpartei oder dem Schiedsrichter, mündlich oder schriftlich;
- im Schiedsverfahren schriftlich dem Schiedsgericht: das wird die Regel sein.

Das Gesuch an das staatliche Gericht ist immer erforderlich, wenn der abgelehnte Schiedsrichter sein Amt nicht niederlegt und die aussergerichtlichen Ablehnungsverfahren (Schiedsgericht/Dritter) keinen Erfolg hatten.

Der Abgelehnte kann sein Amt auf Grund der Ablehnung allerdings niederlegen (Gesetz: "Rücktritt"). Legt er es nieder, so hat er damit den Schiedsrichtervertrag gekündigt. Ein wichtiger Grund zur Kündigung ist durch die Ablehnung seitens einer Partei regelmässig gegeben. Mit der Amtsniederlegung ist das Gesuch erledigt.

Es kann auch die andere Partei der Ablehnung zustimmen; dann endet das Amt des Schiedsrichters durch gemeinsame Kündigung der Parteien. Ersatzbestellung erfolgt nach Art. 19, s. dort.

### d) Entscheidung über die Ablehnung

Sofern der abgelehnte Schiedsrichter sein Amt nicht freiwillig niederlegt oder die Gegenpartei der Ablehnung nicht zustimmt, muss über das Ablehnungsgesuch entschieden werden.

#### aa) Kein vereinbartes Ablehnungsverfahren

Art. 17 Abs. 2 S. 2: Es entscheidet das Schiedsgericht über das Ablehnungsgesuch; dass dabei der abgelehnte Schiedsrichter mitwirkt, ist zwar ein Schönheitsfehler, der aus dem Modellgesetz übernommen worden ist. Der Verstoss gegen das Prinzip, dass niemand Richter in eigener Sache sein dürfe, ist letztlich nur akzeptabel, weil eine negative Entscheidung des Schiedsgerichts an das Staatsgericht weitergezogen werden kann (s. u. cc). Ausserdem wird dadurch verhindert, dass ein mögliches "Patt" (bei Nichtbeteiligung des abgelehnten Schiedsrichters) dazu führt, dass überhaupt kein Entscheid über das Ablehnungsgesuch ergeht.

Über die Ablehnung eines *Einzelrichters* entscheidet direkt das Staatsgericht; hier ist ein vorgeschalteter Entscheid des Schiedsgerichts naturgemäss ausgeschlossen; dasselbe gilt für die Ablehnung des *gesamten Schiedsgerichts* (Art. 16), Absatz 4.

#### bb) Vereinbartes Ablehnungsverfahren

Haben die Parteien z.B. die ICC-Schiedsgerichtsordnung vereinbart, so ist gem. Art. 11 Abs. 1 der Antrag auf Ablehnung eines Schiedsrichters beim Sekretariat des Schiedsgerichtshofs einzureichen; der SchGH entscheidet sodann gem. Abs. 3 über Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags. Ein solches privatisiertes Ablehnungsverfahren ist nunmehr zulässig und aus denselben Gründen akzeptabel wie der Entscheid des Schiedsgerichts (o. aa) selbst: Entlastung der staatlichen Justiz unter gleichzeitigem Vorbehalt einer Kontrolle der "privaten" Entscheidung durch ein Staatsgericht.

### cc) Anrufung des staatlichen Gerichts

Erst nach Absolvierung des "vorgeschalteten" Ablehnungsverfahrens vor Schiedsgericht oder Drittem kann die (erfolglos) ablehnende Partei bei Gericht (Art. 3: kantonales Obergericht) eine Entscheidung über die Ablehnung beantragen. Damit ist das letzte Wort eines Staatsgerichtes dafür garantiert zu entscheiden, ob ein Schiedsrichter wirklich unabhängig und unparteiisch ist.

Auch das Bundesgericht verlangt eine solche Überprüfung durch das Staatsgericht - obwohl der Gesetzeswortlaut von Art. 180 Abs. 3 IPRG dies nicht ausdrücklich vorsieht und die Gesetzesverfasser die Entscheidung des privaten Gremiums als abschliessend gewollt hatten: BGE 118 II 359 E. 3b; *Walter*, FS Lalive, S. 705.

Die Frist für den Antrag beträgt 30 Tage ab Kenntniserlangung von der ablehnenden Entscheidung des Schiedsgerichts. Zuständig ist das kantonale Obergericht (Art. 3 Abs. 1 lit. a); dessen Entscheid ist unanfechtbar (Art. 40; vgl. auch BGE 128 III 330).

Mit der Rechtskraft des Beschlusses ist der Ablehnungsgrund endgültig erledigt. Absatz 3 wirkt damit in zweifacher Hinsicht als Präklusionsvorschrift:

Ablehnungsgründe können im Aufhebungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Partei von der Möglichkeit des Abs. 3 erfolglos Gebrauch gemacht hat.

Hat die Partei von der Möglichkeit des Abs. 3, der Anrufung eines Staatsgerichts, keinen Gebrauch gemacht, so ist sie für die allfälligen Folgeverfahren präkludiert.

Ein unter Mitwirkung des abgelehnten Schiedsrichters erlassener Schiedsspruch unterliegt, auch wenn die Entscheidung über die Ablehnung erst nach der Übersendung des Schiedsspruchs ergangen ist, der Aufhebung, sei es auf Klage nach Art. 35 Abs. 2 lit. a, sei es im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung nach Art. 37 Abs. 2.

### e) Fortsetzung des Schiedsverfahrens

Das Schiedsgericht kann trotz und während der Anhängigkeit eines Ablehnungsverfahrens vor Staatsgericht das Schiedsverfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen - unter Mitwirkung des abgelehnten Schiedsrichters (Art. 17 Abs. 3 Satz 2). Das tut es auf die Gefahr hin, dass sein Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn der Ablehnungsgrund vom Staatsgericht anerkannt wird. Das Schiedsgericht kann auch sein Verfahren bis zur Entscheidung des Staatsgerichts aussetzen. Das wird sich empfehlen, wenn eine entsprechende Entscheidung nicht auszuschliessen ist. Jedenfalls birgt die Fortsetzung des Schiedsverfahrens ohne Rücksicht auf die Ablehnung erhebliche Gefahren in sich.

### Art. 18 Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung

<sup>1</sup> Ist ein Schiedsrichter rechtlich oder tatsächlich ausserstande, seine Aufgaben zu erfüllen, oder kommt er aus anderen Gründen seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht nach, so endet sein Amt, wenn er zurücktritt oder wenn die Parteien die Beendigung seines Amtes vereinbaren. Tritt der Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder können sich die Parteien über dessen Beendigung nicht einigen, kann jede Partei bei Gericht eine Entscheidung über die Beendigung des Amtes beantragen.

<sup>2</sup> Tritt ein Schiedsrichter in den Fällen des Absatzes 1 oder des Artikels 17 Absatz 2 zurück oder stimmt eine Partei der Beendigung des Schiedsrichteramtes zu, so bedeutet dies nicht die Anerkennung der in Absatz 1 oder in Artikel 15 genannten Rücktrittsgründe.

Konkordat:	Artt. 17, 22
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 14

#### Art. 18 (Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung)

Das bisherige Recht kennt in Art. 22 Konkordat nur die einverständliche (Abs. 1) oder einseitige (mit Hilfe des Gerichts, Abs. 2) Abberufung bzw. Absetzung des Schiedsrichters. Dazu kommt in Art. 17 Konkordat die Möglichkeit einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung.

Art. 18 Abs. 1 möchte diese beiden Bestimmungen des Konkordates in einen grösseren Zusammenhang stellen und die Konsequenzen von Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung durch den (die) Schiedsrichter einheitlich und übersichtlich an einem Ort regeln. Dazu wird Art. 14 des Modellgesetzes als Vorbild genommen und insoweit auch eine *unité de doctrine* mit anderen Ländern hergestellt.

a) Ein Rücktritt eines Schiedsrichters ist einmal schon in Art. 17 Abs. 2 im Zusammenhang mit einem *Ablehnungsgesuch* angesprochen. Daneben kommt ein Rücktritt aus weiteren, nämlich aus den in Art. 18 Absatz 1 angesprochenen Gründen in Betracht: Rücktritt, weil er *rechtlich* (z.B. wegen Verlusts der Handlungsfähigkeit) oder *tatsächlich* (z.B. wegen Krankheit) nicht (mehr) in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen. Daneben kommt ein Rücktritt aus *weiteren Gründen* in Betracht, z.B. wegen Beleidigung durch eine Partei, Mangel der erforderlichen Kenntnisse, Unmöglichkeit, mit einem anderen Schiedsrichter erspriesslich zusammenzuarbeiten usw.

b) Zieht ein Schiedsrichter nicht von selbst die Konsequenzen aus der Unmöglichkeit seiner Aufgabenerfüllung, so können die Parteien die Beendigung seines Amtes vereinbaren, ihn also "abberufen", wie Art. 22 Abs. 1 Konkordat dies bezeichnet. Allerdings sind damit, wie Art. 19 deutlich macht, die Beendigungsgründe nicht erschöpfend aufgezählt: Das Schiedsrichteramt endet vielmehr auch dann, wenn der Schiedsrichter "grundlos" zurücktritt oder wenn die Parteien (so auch die Möglichkeit von Art. 22 Konkordat) die Beendigung seines Amtes "grundlos" vereinbaren (vgl. Art. 19!).

c) Kommt der Schiedsrichter aus *anderen* Gründen "seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht nach", so kommt ebenfalls sein Rücktritt oder seine Abberufung (Satz 1) oder seine Absetzung (Satz 2) in Frage. Mit dieser Regelung ist auch das Anliegen, das Gegenstand von Art. 17 Konkordat (Rechtsverzögerung) war, abgedeckt und sogar einer besseren Lösung als im geltenden Recht zugeführt, und zwar aus folgenden Gründen:

aa) Zum einen kann die bisherige Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, wann eine Rechtsverzögerung vorliegt, weiterhin verwertet werden. Die Schwierigkeiten, die andere Länder durch die Übernahme der Formulierung "in angemessener Frist" aus dem Modellgesetz haben mögen (wie z.B. Deutschland, das eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung bisher nicht kannte), stellen sich für die Schweizer Rechtspraxis nicht.

bb) Zum anderen wurde bisher bei Art. 17 Konkordat dessen "Zahnlosigkeit" beklagt (vgl. Lalive-Poudret-Reymond, Art. 17.5; Rüede/Hadenfeldt, § 24 VI S. 159 f.): das Staatsgericht verfügt praktisch nicht über Sanktionen. Über Art. 18 steht nunmehr eine solche zur Verfügung: die Absetzung gem. Satz 2.

d) Ist eine Einigung der Parteien über die Beendigung des Schiedsrichteramtes aus den in Abs. 1 S. 1 genannten Gründen nicht zu erzielen, kann jede Partei gemäss Satz 2 eine gerichtliche Entscheidung über die Beendigung des Schiedsrichteramtes beantragen. Die Zuständigkeit des Staatsgerichts ergibt sich aus Art. 3.

e) Absatz 2 soll sowohl den Rücktritt des Schiedsrichters als auch eine Einigung der Parteien über die Beendigung des Schiedsrichteramtes erleichtern, indem das Gesetz es offen lässt, ob ein entsprechender Grund (und damit allenfalls implizit die Anerkennung einer Schadenersatzpflicht!) tatsächlich vorgelegen hat.

#### Art. 19 Bestellung eines Ersatzschiedsrichters

<sup>1</sup> Endet das Amt eines Schiedsrichters nach den Artikeln 17, 18 oder wegen seines Rücktritts vom Amt aus einem anderen Grund oder wegen der Aufhebung seines Amtes durch Vereinbarung der Parteien, so ist ein Ersatzschiedsrichter zu bestellen. Die Bestellung erfolgt nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren.

<sup>2</sup> Die Parteien können eine abweichende Vereinbarung treffen.

<sup>3</sup> Können die Parteien sich hierüber nicht einigen, so entscheidet das Gericht nach Anhörung des Schiedsgerichtes, inwieweit die Prozesshandlungen, bei denen der ersetzte Schiedsrichter mitgewirkt hat, weitergelten.

<sup>4</sup> Ist die Amtsdauer des Schiedsgerichtes befristet, so wird der Lauf dieser Frist durch die Ersetzung eines oder mehrerer Schiedsrichter nicht gehemmt.

Konkordat:	Art. 23
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 15

#### Art. 19 (Bestellung eines Ersatzschiedsrichters)

a) Art. 19 Absatz 1 Satz 1 sieht in allen Fällen der Beendigung des Schiedsrichteramtes die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters vor. Insoweit entspricht Art. 19, wenn auch in der Formulierung des Modellgesetzes, inhaltlich den Wegfall-Situationen des Art. 23 Abs. 1 Konkordat. "Bestellung" ist hier als gemeinsamer Begriff für Bestellung und Ernennung zu verstehen, vgl. die Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 2.

b) Absatz 1 erwähnt darüber hinaus die Möglichkeit eines "grundlosen" Rücktritts des Schiedsrichters bzw. einer "grundlosen" Abberufung durch die Parteien. Dazu wird auf die Ausführungen in und den Zusammenhang mit Art. 18 (unter b)) verwiesen.

c) Art. 23 Abs. 2 Konkordat geht allerdings von der Möglichkeit aus, dass die Schiedsvereinbarung "ihrem Inhalte nach als dahingefallen zu gelten habe"; d.h. wenn die Parteien ausdrücklich oder schlüssig die Ersetzung eines Schiedsrichters ausgeschlossen haben, erlöscht die Schiedsvereinbarung. Dieser Lösung ist die des Entwurfs, d.h. des Modellgesetzes vorzuziehen, beim Wegfall eines Schiedsrichters als gesetzlichen Regelfall die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters vorzusehen und

damit die Schiedsvereinbarung aufrecht zu erhalten. Sofern die Parteien tatsächlich eine andere Rechtsfolge wünschen, können sie dies vereinbaren, Absatz 2.

d) Nach Art. 23 Abs. 1 Konkordat erfolgt die Ersetzung eines Schiedsrichters primär nach dem Verfahren, "das bei seiner Bestellung oder Ernennung befolgt wurde"; nur subsidiär, d.h. wenn sich eine Bestellung nach Absatz 1 als unmöglich erweist, soll gemäss Absatz 2 eine gerichtliche Ernennung erfolgen. Art. 23 Abs. 1 Konkordat stellt somit nicht auf das Verfahren ab, welches ursprünglich *vorgesehen* war, sondern auf das Verfahren, das bei der Ersternennung *tatsächlich befolgt* worden war.

Der Entwurf sieht dagegen gemäss Absatz 1 Satz 2 eine Bestellung nach denselben Regeln vor, die auf die Erstbestellung "anzuwenden waren". War also der zu ersetzende Schiedsrichter von einer Partei zu bestellen gewesen, infolge Säumnis der Partei jedoch vom Gericht ernannt worden, so steht die Ersatzbestellung für den weggefallenen Schiedsrichter primär wiederum der Partei zu. Diese Lösung erscheint angemessen. Im übrigen ist auch hinsichtlich Satz 2 eine abweichende Parteivereinbarung möglich, Absatz 2.

e) Die Bestimmungen der Absätze 3 und 4 entsprechen wörtlich den Absätzen 3 und 4 von Art. 23 Konkordat. Zwar enthält das Modellgesetz keine solchen Bestimmungen über die Bedeutung der Ersetzung eines Schiedsrichters für das Verfahren. Sie erscheinen indessen als *praktisch sinnvoll*; auch kann auf die bisherigen Auslegungsergebnisse der Praxis zurückgegriffen werden.

## **Vierter Titel: Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

In diesem Titel sollen - dem Aufbau des Modellgesetzes folgend - zwei besonders wichtige - und streitige - Punkte im Verhältnis zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht angesprochen werden, nämlich zum einen die Frage der sogenannten "Kompetenz-Kompetenz" (Art. 20), zum anderen die Befugnis zum Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 21). Gegenüber der Systematik von Konkordat und IPRG ist diejenige des Modellgesetzes vorzugswürdig: Das Konkordat behandelt die Frage der "Zuständigkeit" (als Art. 8) im Abschnitt "Schiedsabrede", diejenige des vorsorglichen Rechtsschutzes (Art. 26) im Abschnitt "Verfahren vor dem Schiedsgericht". Das IPRG hingegen behandelt die vorsorglichen Massnahmen (Art. 183) ebenfalls unter "Verfahren", während es für die "Zuständigkeit" (Art. 186) einen eigenen Abschnitt enthält. Indem man für Artt. 20 und 21 einen eigenen Abschnitt schafft, trägt man ihrer Besonderheit (Abgrenzung zwischen Staats- und Schiedsgericht) auch systematisch und optisch Rechnung.

Art. 20 Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit

<sup>1</sup> Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.

<sup>2</sup> Die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts ist spätestens mit der Klagebeantwortung vorzubringen. Von der Erhebung einer solchen Rüge ist eine Partei nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie einen Schiedsrichter bestellt oder an der Bestellung eines Schiedsrichters mitgewirkt hat. Die Rüge, das Schiedsgericht überschreite seine Befugnisse, ist zu erheben, sobald die Angelegenheit, von der dies behauptet

wird, im schiedsrichterlichen Verfahren zur Erörterung kommt. Das Schiedsgericht kann in beiden Fällen eine spätere Rüge zulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt.

<sup>3</sup> Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, so entscheidet es über eine Rüge nach Absatz 2 in der Regel durch Zwischenentscheid. In diesem Fall kann jede Partei binnen 30 Tagen nach schriftlicher Mitteilung des Entscheids eine gerichtliche Entscheidung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.

Konkordat:	Artt. 8, 9
IPRG:	Artt. 186, 178 Abs. 3
Modellgesetz:	Art. 16

Art. 20 (Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit)

Art. 20 fasst Artt. 8 und 9 des Konkordats bzw. Art. 186 und Art. 178 Abs. 3 IPRG zusammen und bringt noch praktisch wichtige Ergänzungen, wobei Art. 16 Modellgesetz weithin übernommen wurde.

a) Absatz 1 Satz 1 entspricht Art. 8 Abs. 1 Konkordat bzw. Art. 186 IPRG und bestätigt die schweizerische Rechtsauffassung, wonach es zuerst das Schiedsgericht ist (und die Frage nicht an ein staatliches Gericht "weitergeleitet" werden muss), das prüft, ob es überhaupt zuständig ist, d.h. ob die Schiedsrichter ordnungsgemäss ernannt sind und ob die Schiedsvereinbarung auf den Streitfall anwendbar ist. Diese eigene Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit ist jedoch nur *vorläufig*; dem Schiedsgericht fehlt die Kompetenz-Kompetenz in dem Sinne, dass seine Entscheidung die staatlichen Gerichte binden würde: Das Schiedsgericht hat zwar das erste Wort, nicht aber das letzte. Die endgültige Entscheidung trifft das staatliche Gericht im Aufhebungs- oder im Vollstreckbarerklärungsverfahren (bzw. nach Abs.3 Satz 2 bzw. nach Art. 8 Abs. 2 hievor).

Satz 2 übernimmt den Autonomie-Grundsatz von Art. 178 Abs. 3 IPRG, wonach die Gültigkeit des Hauptvertrages und diejenige der Schiedsvereinbarung unabhängig voneinander zu beurteilen sind. Dieser Grundsatz ist in der Schweizer Rechtsprechung und Lehre seit Jahrzehnten unbestritten; es erschien aus praktischen Gründen angeraten, ihn nicht nur im IPRG zu erwähnen, sondern auch in der BZPO.

b) Absatz 2 Satz 1 entspricht Art. 8 Abs. 2 Konkordat bzw. Art. 186 Abs. 2 IPRG. Satz 2 ist eine praktisch wichtige Ergänzung zu Satz 1: Sie erklärt sich daraus, dass es häufig auch für die beklagte Partei ratsam ist, die Konstituierung des Schiedsgerichtes abzuwarten, bevor sie dessen Unzuständigkeit rügt. Eine Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichts soll daher nicht als widersprüchliches Verhalten hierzu angesehen werden.

Für die spezifische Rüge des Überschreitens seiner Befugnisse durch das Schiedsgericht (vgl. Art. V Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. Juni 1961), d.h. für die Rüge der Unzulässigkeit einzelner Verfahrenshandlungen (Satz 3) - auch dies eine praktisch wichtige Situation innerhalb eines Schiedsverfahrens - gilt die spezielle Frist der "Erörterung" der jeweiligen Angelegenheit. Die Bestimmung will es einer Partei unmöglich machen, durch Erhebung einer Verfahrensrüge das Schiedsverfahren bis zur Entscheidung eines Staatsgerichts zu verschleppen oder gar erst im Aufhebungs- bzw. Vollstreckbar-

erklärungsverfahren vorzubringen. Eine verspätete Rüge in den Fällen von S. 1 bzw. S. 3 soll nach Satz 4 allerdings zugelassen werden können, wenn die Verspätung genügend entschuldigt wird.

Eine unentschuldigte Fristversäumung präkludiert die Rüge nicht nur im weiteren Schiedsverfahren, sondern auch im Aufhebungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren.

c) Die Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage (Absatz 3) ergeht wie folgt:

aa) Das Schiedsgericht hält sich für unzuständig: die Klage ist dann durch einen *Endentscheid* zurückzuweisen. Rechtsmittel: Art. 35 Abs. 2 lit. b (Schiedsgericht habe sich zu Unrecht für unzuständig erklärt).

bb) Das Schiedsgericht hält sich für zuständig: Hier soll das Schiedsgericht "in der Regel" (entspricht Art. 186 Abs. 3 IPRG) einen *Zwischenentscheid* erlassen. (Das IPRG spricht von Vorentscheid, das Konkordat in Art. 9 von Zwischenentscheid. Vorzugswürdig ist der - auch im Modellgesetz verwandte - letztere Begriff). Dieser ist (wie gemäss Art. 9 Konkordat) mit einem "Antrag auf gerichtliche Entscheidung" "weiterziehbar", Abs. 3 Satz 2. Die gegenüber einem Endentscheid (vgl. Art. 35 Abs. 4: 90 Tage) kürzere Frist von *30 Tagen* erklärt sich aus dem Bedürfnis nach baldiger Klärung der Zuständigkeitsfrage im laufenden Schiedsverfahren. Fristversäumung bedeutet Präklusion auch für das Aufhebungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren. *Verfahrensverzögerungen* beugt Satz 3 (mit dem Risiko eines nutzlosen Verfahrens) vor.

Der "Antrag auf gerichtliche Entscheidung" ist kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinn (vgl. dazu die Vorbemerkungen vor dem 7. Abschnitt). Er ist ein Feststellungsbegehren und hat denselben Streitgegenstand wie die Klage gemäss Art. 8 Abs. 2.

cc) Das Schiedsgericht muss nicht durch einen Zwischenentscheid auf die Rüge reagieren ("in der Regel"); es kann auch im Endentscheid seine Zuständigkeit bejahen. Überprüfung ist dann möglich im Aufhebungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren (Art. 35 Abs. 2 lit. b, Art. 37 Abs. 2).

## Art. 21 Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

<sup>1</sup> Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche oder sichernde Massnahmen anordnen, die es in bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält. Das Schiedsgericht kann von jeder Partei im Zusammenhang mit einer solchen Massnahme angemessene Sicherheit verlangen.

<sup>2</sup> Unterzieht sich eine Partei nicht freiwillig der angeordneten Massnahme, so kann die andere Partei das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen, sofern nicht schon eine entsprechende Massnahme bei dem Gericht beantragt worden ist. Es kann die Massnahme abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung der Massnahme notwendig ist.

<sup>3</sup> Auf Antrag kann das Gericht den Entscheid nach Absatz 2 aufheben oder ändern.

<sup>4</sup> Erweist sich die Anordnung einer Massnahme nach Absatz 1 nachträglich als un gerechtfertigt, so ist die Partei, welche ihre Vollziehung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der Massnahme oder dadurch entstanden ist, dass er Sicherheit leistet, um die Vollstreckung abzuwenden. Der Anspruch kann im anhängigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden. Eine

bestellte Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Schiedsgericht Frist zur Klage.

Konkordat:	Art. 26
IPRG:	Art. 183
Modellgesetz:	Artt. 9, 17

#### Art. 21 (Vorsorgliche und sichernde Massnahmen)

Die Vorschrift regelt Massnahmen des vorläufigen/einstweiligen Rechtsschutzes durch ein *Schiedsgericht*. In ihrem Kern entspricht sie Art. 183 IPRG (und damit letztlich Art. 17 Modellgesetz).

Während Art. 26 Konkordat "zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen [...] allein die staatlichen Gerichte" für zuständig erklärt, sieht Art. 183 IPRG eine Kompetenz des Schiedsgerichtes auch zum Erlass solcher Massnahmen vor. Es besteht kein Grund, diese für internationale Schiedsverfahren wichtige Möglichkeit des Art. 183 IPRG den nationalen Fällen vorzuenthalten: Auch in "nationalen Fällen" ist es das Schiedsgericht, das am ehesten in der Lage ist zu beurteilen, ob und welche vorsorglichen Massnahmen in bezug auf den Streitgegenstand erforderlich sind. Art. 21 begründet deshalb (ebenso wie Art. 183 IPRG) eine originäre Kompetenz des Schiedsgerichts auf dem Gebiet des vorsorglichen Rechtsschutzes - sofern die Parteien diese Kompetenz nicht ausgeschlossen haben.

a) Absatz 1 übernimmt in *Satz 1* Art. 183 Abs. 1 IPRG, während *Satz 2* Art. 183 Abs. 3 IPRG übernimmt. Insoweit kann also auf die bereits gewonnenen Erkenntnisse zur Auslegung der Bestimmung von Art. 183 IPRG zurückgegriffen werden.

b) Absatz 2 behandelt die Vollziehung/Vollstreckung der Massnahme: Das Schiedsgericht verfügt zwar über eine *Anordnungskompetenz*, ihm fehlt jedoch eine *Vollziehungskompetenz*. Absatz 2 übernimmt damit Art. 183 Abs. 2 IPRG, allerdings mit zwei Abweichungen:

aa) Zum einen erklärt Art. 183 Abs. 2 IPRG nur das *Schiedsgericht* für berechtigt zur Antragstellung beim staatlichen Richter. Schon bisher wird zu dieser Bestimmung in der Literatur (vgl. IPRG-*Berti*, Art. 183 N 16) jedoch die Auffassung vertreten, "die gleiche Befugnis [müsse] auch den Parteien des Schiedsverfahrens zugestanden werden". Da die Vollziehung im Interesse einer Partei erfolgen soll, diese später deswegen möglicherweise auch dafür haftbar gemacht wird (Absatz 4!), ist es berechtigt, die Parteien und nicht das Schiedsgericht für antragsberechtigt zu erklären.

bb) Satz 2 von Absatz 2 gibt dem Staatsgericht die Möglichkeit, die vom Schiedsgericht angeordnete Massnahme abweichend zu fassen, soweit dies im Hinblick auf die Besonderheiten des Zwangsvollstreckungsrechts - z.B. im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz - erforderlich ist. Satz 2 entspricht somit grosso modo der Formulierung von Art. 183 Abs. 2 IPRG, wo es heisst: "dieser wendet sein eigenes Recht an".

c) Neu ist hingegen in Absatz 2 die Regelung des Kompetenz-Verhältnisses zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht. Art. 183 begründet nämlich keine ausschliessliche Kompetenz des Schiedsgerichtes, sondern die staatlichen Gerichte bleiben weiterhin für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig. Die Parteien haben somit das Recht, in jedem Stadium des Verfahrens - und nicht nur, wenn das

Schiedsgericht noch nicht konstituiert ist - zwischen den beiden Rechtsschutzmöglichkeiten (durch ein Schiedsgericht oder durch ein Staatsgericht) zu wählen (s. dazu *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Auflage, Kap. 17a IV). Da also zwar beiden "Gerichten" eine *Anordnungs*kompetenz zusteht, die *Vollziehung*kompetenz jedoch nur dem staatlichen Gericht, muss zur Vermeidung von Konflikten die Grenze so gezogen werden, dass die freie Wahl des Gesuchstellers zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht zu dem Zeitpunkt endet, zu dem eine Massnahme bei Staatsgericht beantragt wird. Hat also das Schiedsgericht zwar eine Massnahme erlassen und wird deren *Vollziehung* beantragt, so wird diese Vollziehung nicht mehr bewilligt, wenn inzwischen ein Antrag auf *Anordnung* bei einem Staatsgericht gestellt worden ist. Damit sollen auch widersprüchliche Entscheidungen zwischen dem Vollzugsgericht (Obergericht) und dem Anordnungsgericht (in der Regel Bezirksgericht) vermieden werden.

Das *Modellgesetz* hat die Frage, auf welche Weise vorsorgliche Massnahmen der Schiedsgerichte zwangsweise durchgesetzt werden können, nicht geregelt und bewusst der nationalen Gesetzgebung überlassen. Damit muss aber auch die Konkurrenzfrage national gelöst werden. Die vorgeschlagene Konkurrenzregelung findet sich im neuen deutschen Recht (§ 1041 Abs. 2 D-ZPO) und erscheint auch für die Schweiz als vernünftige, praktisch brauchbare Regelung.

d) Absatz 3 enthält ein allgemeines Prinzip des Massnahmerechts, nämlich dass bei veränderten Umständen eine Änderung oder Aufhebung des Massnahmeentscheidendes durch den iudex a quo erfolgen darf. Dieses Prinzip findet sich auch schon bisher im Bundesrecht, vgl. Art. 83 Abs. 2 BZP.

e) Ebenfalls schon bisher im Bundesrecht (vgl. Artt. 83 Abs. 3, 84 Abs. 1 BZP) enthalten ist die Verpflichtung zum Schadenersatz bei einer Massnahme, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist: In diesem Fall hat die Partei, welche die *Vollziehung* der *Anordnung* erwirkt hat, dem Gegner dessen daraus oder zu deren Abwendung entstandenen Schaden zu ersetzen, Absatz 4 Satz 1. Da der Anspruch allerdings letztlich auf die *Anordnung* des Schiedsgerichtes zurückgeht, kann er auch - falls dieses noch anhängig ist - im Schiedsverfahren geltend gemacht werden, Satz 2.

f) Als praktisch wichtig erscheint schliesslich die Bestimmung von Absatz 4 Satz 3 über die Freigabe einer bestellten Sicherheit. Sie entspricht *Art. 28f Abs. 3 ZGB* mit der Abweichung, dass über eine allfällige Fristsetzung das Schiedsgericht und nicht das Staatsgericht entscheidet. Fristwahrung kann aber durch Klage vor Staatsgericht wie vor Schiedsgericht erreicht werden.

## **Fünfter Titel: Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens**

Das "Verfahren vor dem Schiedsgericht" ist im *Konkordat*, verglichen mit dem *IPRG* (Artt. 182-185), scheinbar relativ ausführlich geregelt (Artt. 24-30). Gleichwohl enthalten seine Bestimmungen - neben den Generalklauseln von Art. 24 und Art. 25 - nur wenige, sehr spezielle weitere Verfahrensvorgaben.

Dagegen enthält das *Modellgesetz* in seinen Artt. 18-27 eine sehr *detaillierte* Regelung für den Ablauf eines schiedsgerichtlichen Verfahrens; der Vorzug einer derartigen Regelung liegt darin, dass sie für den Fall fehlender Parteivereinbarung hinsichtlich wichtiger Verfahrensfragen einen reibungslosen und für die Verfahrensbeteiligten vorhersehbaren Ablauf des Schiedsverfahrens gewährleistet.

Der Entwurf sieht gleichwohl bewusst davon ab - anders als etwa das neue deutsche Recht -, die sehr ins einzelne gehende Regelung des Modellgesetzes zu übernehmen. Zum einen enthalten die meisten Verfahrensordnungen der schiedsgerichtlichen Institutionen detaillierte Regelungen; es werden somit Doppelspurigkeiten vermieden. Zum anderen soll das Schiedsgericht nicht weiter als nötig in seinem Ermessen bei der Bestimmung des Verfahrens eingeschränkt werden. Ausserdem ordnet Art. 23 Abs. 5 die subsidiäre sinngemässe Geltung des neuen eidgenössischen Zivilprozessrechts an, so dass bei verfahrensrechtlichen Fragen auf diese Rechtsquelle zurückgegriffen werden kann. Der Entwurf beschränkt sich demgemäss auf Verbesserungen bzw. Modernisierungen des Konkordats-Modells.

#### Art. 22 Beginn des Schiedsverfahrens

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so beginnt das Schiedsverfahren über eine bestimmte Streitigkeit mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Der Antrag muss die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten.

Konkordat:	Art. 13
IPRG:	Art. 181
Modellgesetz:	Art. 21

#### Art. 22 (Beginn des Schiedsverfahrens)

a) Während Art. 13 Konkordat noch vorsichtig von "Anhängigkeit" spricht, gebraucht das IPRG für Art. 181 die Marginalie "Rechtshängigkeit". Beides ist irreführend: um die verschiedenen Wirkungen eines Schiedsverfahrens zu bezeichnen (nämlich einerseits die *Sperrwirkung* gegenüber einem später gebildeten anderen Schiedsgericht, andererseits materiell-rechtliche Wirkungen wie die Unterbrechung von *Verjährungs-* und die *Wahrung von Verwirkungsfristen*), benutzt man nach neuerer Auffassung besser den Begriff Schiedshängigkeit. Denn eine von Amtes wegen vom staatlichen Gericht zu beachtende *Rechtshängigkeit* des Schiedsverfahrens tritt nach herrschender Meinung nicht ein (s. dazu *Walter/Bosch/Brönnimann* S. 163).

Art. 22 vermeidet alle diese Begriffe und spricht stattdessen neutral vom "Beginn" des schiedsrichterlichen Verfahrens. Dies entspricht der Terminologie von Art. 21 Modellgesetz. Auch der Wortlaut von Art. 22 Satz 1 entspricht ganz dem Modellgesetz.

b) Schon wegen der materiell-rechtlichen Wirkungen (z.B. Verjährungsunterbrechung "durch Klage vor einem Schiedsgericht", Art. 135 Ziff. 2 OR) ist es wichtig, den *genauen Zeitpunkt* der Klageanhebung festzustellen.

Während Art. 13 Konkordat noch eine etwas umständliche Aufzählung verschiedener Situationen für die Bestimmung des massgeblichen Zeitpunktes enthält (und dabei zwischen Schiedsklausel (lit. a-c) und Schiedsvertrag (lit. d) differenziert), enthält Art. 181 IPRG schon eine viel elegantere Formulierung, die jedoch den Inhalt von Art. 13 Konkordat nicht ändert: Bei in der Schiedsvereinbarung schon bezeichnetem Schiedsrichter ist der (oder die) Schiedsrichter *anzurufen* und dies der entscheidende Zeitpunkt für den Beginn des Schiedsverfahrens; bei fehlender Bezeichnung des Schiedsrichters ist die *Einleitung* des Verfahrens zur Bildung des Schiedsgerichtes massgebend.

c) Sowohl der Begriff *Anrufung des Schiedsrichters* als auch der der *Einleitung* des Verfahrens zur Bildung des Schiedsgerichts sind indessen auslegungsbedürftig und teils umstritten (vgl. IPRG-Vogt Art. 181 N 7-9). Stellt man hingegen auf den Tag ab, "an dem der Beklagte den Antrag, diesen Streit einem Schiedsgericht vorzulegen, erhalten hat" (worauf auch Art. 3 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules und Art. 1025 niederländische ZPO abstellen), so dürfte ein Zugewinn an Rechtssicherheit erfolgen. Da es einer förmlichen Zustellung nicht bedarf, wird sich der Kläger eine Empfangsbestätigung irgendwelcher Art. (z.B. Einschreiben mit Rückschein) beschaffen müssen.

d) Der deutsche Wortlaut von Art. 181 IPRG verlangt für den Fall von Halbsatz 1, dass die aktive Partei den Schiedsrichter mit einem *Rechtsbegehren* anruft. Dies wird von Lalive-Poudret-Reymond, Art. 181.2, als zu weitgehend kritisiert. Andererseits ist, soll die Anrufung die prozessuale Sperrwirkung und die materiell-rechtliche Fristenwahrung herbeiführen, schon eine gewisse *Identifizierung des Streitgegenstandes* erforderlich (IPRG-Vogt Art. 181 N 12). Dem trägt Satz 2 von Art. 22 Rechnung: Erforderlich ist zwar die Angabe des *Streitgegenstandes*, aber kein bestimmtes Rechtsbegehren (wie bei einer Klage vor Staatsgericht), auch keine detaillierte Angabe der anspruchsbegründenden Tatsachen. Eine derartige Bestimmung wie Satz 2 sieht zwar das *Modellgesetz* nicht vor, sie ist aber einigen Schiedsordnungen bekannt (vgl. Art. 3.3 und Art. 18 UNCITRAL Arbitration Rules; Art. 9 WIPO Arbitration Rules). Das deutsche Recht hat die Regelung auf den 1. Januar 1998 eingeführt.

#### Art. 23 Allgemeine Verfahrensregeln

<sup>1</sup> Die Parteien sind gleich zu behandeln. Jeder Partei ist rechtliches Gehör zu gewähren.

<sup>2</sup> Jede Partei kann sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder verbeiständen lassen.

<sup>3</sup> Im übrigen können die Parteien vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieser Abteilung das Verfahren selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln.

<sup>4</sup> Haben die Parteien das Verfahren nicht selber geregelt, so wird dieses vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt.

<sup>5</sup> Wurde das Verfahren weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch das Schiedsgericht bestimmt, so ist das Bundesgesetz über den Zivilprozess sinngemäss anwendbar.

Konkordat:	Artt. 24, 25
IPRG:	Art. 182
Modellgesetz:	Artt. 18, 19

#### Art. 23 (Allgemeine Verfahrensregeln)

Die "Grundnorm" von Art. 23 fasst die bisherigen Regelungen von Artt. 24 und 25 Konkordat zusammen, was ohne weiteres deshalb möglich ist, weil Art. 25 Konkordat lediglich Anwendungsfälle des Grundsatzes "audiatur et altera pars" enthält. Damit steht eine schlanke, klare Regelung am Beginn des Abschnittes.

a) Absatz 1 enthält die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens (man vergleiche Art. 182 Abs. 3 IPRG!): die Gleichbehandlung der Parteien gehört zu den unverzichtbaren Grundlagen rechtsstaatlicher Rechtsprechung und ist damit Teil des *ordre public*; dasselbe gilt für den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Verletzung eines dieser Prinzipien stellt einen Aufhebungsgrund gemäss Art. 35 dar (und damit auch einen Grund für die Versagung der Vollstreckbarerklärung). Beide Prinzipien sind Pfeiler des Schiedsverfahrens und können nicht abbedungen werden. An die Gewährung des rechtlichen Gehörs sind die gleichen strengen Anforderungen zu stellen wie vor dem staatlichen Gericht.

In den Worten des Bundesgerichts (BGE 116 II 643 E. 4c) gibt der Gehörsanspruch "jeder Partei das Recht, sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen zu äussern, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten, erhebliche Beweisanträge zu stellen und an den Verhandlungen teilzunehmen. Das kontradiktorische Verfahren soll es jeder Partei ermöglichen, die Vorbringen der Gegenpartei zu prüfen, dazu Stellung zu nehmen und zu versuchen, diese mit eigenen Vorbringen und Beweisen zu widerlegen".

Die Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert somit (s. dazu *Walter/Bosch/Brönnimann*, S. 221 f.), dass die Erklärungen einer Partei der anderen mitgeteilt werden, dass beiden Parteien in gleicher Weise so oft, als das Verfahren dazu Anlass gibt, Gelegenheit geboten wird, rechtzeitig, d.h. solange noch eine Einflussnahme auf die Entscheidung des Schiedsgerichts möglich ist, vor dem vollbesetzten Schiedsgericht alles ihnen erforderlich Scheinende vorzutragen, Beweise anzubieten, auf alles erhebliche Vorbringen des Gegners zu erwidern, über alle Punkte, die nach Ansicht des Schiedsgerichts Bedeutung für die Entscheidung haben können, sich zu äussern und in sich darauf beziehende Urkunden Einsicht zu nehmen, an einer Beweisaufnahme mitzuwirken und zu deren Ergebnissen Stellung zu nehmen usw. Ob das Schiedsgericht die Parteien gleichzeitig oder nacheinander, schriftlich oder mündlich oder die eine so und die andere so hören will, steht in seinem Ermessen.

Für das *Gleichbehandlungsgebot* gelten im wesentlichen dieselben Grundsätze wie für den Gehörsanspruch. Eine Verletzung wäre etwa gegeben, wenn nur eine Partei das Recht haben sollte, sich eines Rechtsanwalts zu bedienen, die andere aber nicht. Ein einseitiges Bestellungsrecht einer Partei für einen allein entscheidenden Schiedsrichter wäre unzulässig; möglich und zulässig ist allerdings ein *Wahlrecht* nur einer Partei zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht.

b) Aus dem bereits Gesagten und der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass die prozessualen Rechte der Parteien, die in Art. 25 *lit. a-c* Konkordat ausdrücklich angesprochen sind, nichts anderes als Konkretisierungen des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne des Absatzes 1 darstellen und damit auch durch Art. 35 geschützt sind.

Ebenso verhält es sich zwar auch mit Art. 25 *lit. d* des Konkordats (Recht, sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder *verbeiständen* zu lassen): ein solches Recht auf Verbeiständung gehört ebenfalls zum Kernbereich des Anspruches auf rechtliches Gehör. Es ist zudem möglich, dass sich ein solches Recht auch aus dem *anwendbaren Verfahrensrecht* ergibt: nach § 1042 Abs. 2 der deutschen ZPO z.B. dürfen Rechtsanwälte nicht ausgeschlossen werden; entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.

Gleichwohl sieht der Entwurf eine Übernahme von Art. 25 *lit. d* Konkordat als Absatz 2 von Art. 23 vor, um nochmals die Bedeutung des Anspruches auf einen Beistand

(ob Jurist oder nicht) hervorzuheben und klarzustellen, dass das "Juristenverbot" des Art. 7 (s. dazu dortige Erläuterung) für diese Funktion, d.h. als Parteivertreter oder -beistand in einem Schiedsverfahren, nicht gilt.

c) Absatz 3 übernimmt Art. 24 Abs. 1 Konkordat bzw. Art. 182 Abs. 1 IPRG: Die Parteien können die Verfahrensregeln vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften selber bestimmen. Diese zwingenden Vorschriften sind ausser den Absätzen 1 und 2 diejenigen Bestimmungen, die weder ausdrücklich noch ihrem Sinn und Zweck nach unter dem Vorbehalt anderweitiger Parteivereinbarungen stehen.

Art. 182 Abs. 1 IPRG enthält die Formulierung: "sie können es auch einem Verfahrensrecht ihrer Wahl unterstellen". Damit ergeben sich also drei Möglichkeiten:

- die Parteien regeln das Verfahren "selber" (Marke "Eigenbau")
- sie regeln es "durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung"
- sie regeln es durch "Unterstellung unter ein Verfahrensrecht ihrer Wahl".
- Gegen die Übernahme dieser Trias des IPRG sprechen zwei Überlegungen:

aa) Wenn die Parteien das Verfahren "selber" regeln können, so ist damit auch die "Unterstellung unter ein Verfahrensrecht ihrer Wahl" erfasst; letztere Bestimmung ist also redundant.

bb) "Verfahrensrecht ihrer Wahl" muss in diesem Zusammenhang "staatliches Prozessgesetz" bedeuten (sonst gäbe es keinen Unterschied zu einer "schiedsgerichtlichen Verfahrensordnung"). Diese Wahl wird aber in der Praktikerliteratur als "nicht ratsam" (IPRG-*Schneider*, Art. 182 N 25) bezeichnet - weil es früher (natürlich) kantonales Zivilprozessrecht war.

Da es sich bei der vorliegenden Bestimmung um eine solche für *nationale* Verfahren handelt, braucht es keinen Hinweis auf eine mögliche Vereinbarung von ausländischem staatlichem Prozessrecht. Da ausserdem das nationale Prozessrecht ebenfalls vereinheitlicht ist (wird), braucht es auch keinen Hinweis auf unterschiedliches kantonales Recht als Prozessrecht. Es genügt die Anordnung der hilfsweisen Geltung der BZPO in Absatz 5.

d) Soweit die Parteien das Verfahren nicht selber geregelt haben, kann das Verfahren gemäss Absatz 4 vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt werden.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 S. 1 *Modellgesetz* kann das Schiedsgericht "das schiedsrichterliche Verfahren in der ihm geeignet erscheinenden Weise durchführen". Demgegenüber enthält Art. 182 Abs. 2 *IPRG* die Verweisung des Schiedsgerichts auf die Trias "direkt/Verfahrensordnung/Gesetz".

Der Entwurf hat sich für die flexible Ordnung des Modellgesetzes entschieden, wobei diese freie Stellung des Schiedsgerichts mit dem Begriff des "Ermessens" umschrieben wurde. Dabei steht es dem Schiedsgericht auch frei, das Verfahren durch Bezugnahme auf ein Gesetz oder eine Schiedsverfahrensordnung zu regeln. Inhaltlich besteht somit kein Unterschied zu Art. 182 Abs. 2 IPRG.

Die Bestimmung geschieht nach völlig freiem Ermessen. Sie kann programmatisch geschehen, etwa beim ersten Zusammentritt des Schiedsgerichts, oder auch später. Sie kann sich auf das ganze Verfahren oder wesentliche Abschnitte erstrecken, aber auch von Fall zu Fall erfolgen. Dabei genügt, dass die Schiedsrichter die Regelung stillschweigend treffen. Die Bestimmung braucht den Parteien nicht mitgeteilt zu werden. Wird sie mitgeteilt, so hat das nur den Zweck, den Parteien die Anpassung ihres prozessualen Verhaltens an dieses Verfahren zu ermöglichen. Darum kann das

Schiedsgericht seine Bestimmung auch jederzeit ändern, muss aber den Parteien von der Änderung rechtzeitig Mitteilung machen.

e) Art. 24 Abs. 2 Konkordat enthält die Anordnung der subsidiären Geltung des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947. Absatz 5 ordnet nunmehr die subsidiäre Geltung der Bestimmungen ausserhalb des 3. Teils der vorliegenden Bundeszivilprozessordnung an.

#### Art. 24 Gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen

1 Das Schiedsgericht nimmt die Beweise selber ab.

2 Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.

Konkordat:	Art. 27
IPRG:	Artt. 184, 185
Modellgesetz:	Art. 27

#### Art. 24 (Gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen)

Dem Schiedsgericht fehlt jede Zwangsgewalt, die den Gerichten als Staatsorganen offenstehenden Wege der Inanspruchnahme behördlichen Beistands sind den Schiedsrichtern als Privatpersonen verschlossen. Dieser Zustand müsste in vielen Fällen die sachgemässe Erledigung der dem Schiedsgericht gestellten Aufgabe unmöglich machen. Darum verpflichtet Art. 24 das staatliche Gericht zur Aushilfe. Diese Aushilfe wird den Parteien geleistet, aber auch dem Schiedsgericht; man kann daher von *Rechtshilfe im weiteren Sinne* (zu weit daher Art. 184 Abs. 2 IPRG) sprechen, auch wenn das Verfahren über die Rechtshilfe des staatlichen Gerichts besonders geregelt ist. Die Rechtshilfenvorschriften (Artt. 187-190 BZPO) sind jedenfalls nicht anwendbar.

a) Absatz 1 übernimmt die Grundsätze von Art. 184 Abs. 1 IPRG und von Art. 27 Abs. 1 Konkordat. Auch Art. 19 Abs. 2 S. 2 Modellgesetz enthält diese Regel. Dass zu den Befugnissen des Schiedsgerichts die Beweisaufnahme, d.h. also auch die Entscheidung über die Zulässigkeit von Beweismitteln und die Beweiswürdigung gehört, ist für das Schweizer Recht eine Selbstverständlichkeit.

b) Absatz 2 Satz 1 kombiniert die beiden Vorschriften von Art. 184 Abs. 2 IPRG (entsprechend Art. 27 Abs. 2 Konkordat) und Art. 185 IPRG, indem er allgemein anordnet, dass das staatliche Gericht um Unterstützung bei solchen richterlichen Handlungen ersucht werden kann, zu denen das Schiedsgericht selbst nicht befugt ist, sei dies die Beweisaufnahme (Art. 184 IPRG), seien dies sonstige richterliche Handlungen (Art. 185 IPRG).

Das *Modellgesetz* trifft zwar in Art. 27 eine Regelung über die gerichtliche Unterstützung nur für den Bereich der Beweisaufnahme; angesichts des weiter entwickel-

ten Schweizer Rechts liegt jedoch eine Zusammenfassung von Art. 184 und Art. 185 IPRG nahe. Zur Auslegung dieser Bestimmung kann deshalb auch ohne weiteres auf die bewährte Lehre und Überlieferung zurückgegriffen werden.

c) Der Antrag auf Unterstützung durch das staatliche Gericht kann vom Schiedsgericht oder von einer Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts gestellt werden. Auch diese Bestimmung entspricht Art. 184 Abs. 2 IPRG. Absatz 2 Satz 2 fasst sodann den letzten Halbsatz von Art. 184 Abs. 2 IPRG ("dieser wendet sein eigenes Recht an") etwas ausführlicher, ohne jedoch inhaltlich etwas zu ändern.

Während das IPRG mit seinem Verweis auf das "eigene Recht" noch auf die Massgeblichkeit des *kantonalen* Rechts am Sitz des Schiedsgerichts hinweist (deutlich in diesem Sinne: Art. 27 Abs. 2 S. 2 Konkordat), bedeutet Satz 2 nunmehr - nach Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz - die Massgeblichkeit der in den anderen Titeln dieses Gesetzes enthaltenen Bestimmungen.

d) Voraussetzung für die Erledigung des Antrages ist allerdings, dass das Gericht ihn "nicht für unzulässig hält".

aa) Das staatliche Gericht hat somit zu prüfen, ob der Antrag zulässig ist. Dieses Erfordernis ist ungefähr dasselbe wie das bei der internationalen Rechtshilfe (vgl. z.B. Art. 11 f. Haager Beweisaufnahmeübereinkommen) aufgestellte (Rechtshilfe darf nur versagt werden, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichts verboten ist). Den Massstab gibt aber nicht die ZPO ab, sondern das Recht des Schiedsverfahrens. Unzulässig können danach z.B. sein: die Vernehmung einer Partei als Zeuge, die Vernehmung eines öffentlichen Beamten ohne Erlaubnis seiner Dienstbehörde, die erneute Vernehmung eines Zeugen ohne ersichtlichen Grund (Missbrauch des Zeugniszwangs). Auch die Zulässigkeit einer Beweismethode (z.B. discovery of documents) beurteilt sich nach diesem Massstab (und kann je nach Vereinbarung, z.B. gem. Art. 3 der IBA Rules on the Taking of Evidence, zulässig sein oder nicht). Die Nützlichkeit oder Erheblichkeit der Anordnung oder gar die richtige Verteilung der Beweislast hat das staatliche Gericht nicht nachzuprüfen. Das staatliche Gericht darf auch nicht, wenn das Schiedsgericht eidliche Vernehmung beschlossen hat, die Beeidigung als seiner Ansicht nach entbehrlich oder als in der BZPO nicht vorgesehen ablehnen.

bb) Das staatliche Gericht muss ferner prüfen, ob die Handlung durch die getroffenen Verfahrensabreden (Art. 23) gedeckt ist. Die Handlung ist z.B. abzulehnen, wenn das vereinbarte Verfahren nur uneidliche Vernehmung vorsieht.

cc) Es muss auch prüfen, ob die Schiedsvereinbarung wirksam ist. Diese ist darum vorzulegen. Die Frage, ob die Schiedsvereinbarung überprüft werden darf, ist allerdings umstritten; aber nur, wenn die Schiedsvereinbarung gültig ist, ist die Handlung zulässig. Es wäre auch unwürdig, wenn das staatliche Gericht seine Zwangsgewalt blindlings für ein ungesetzliches Schiedsverfahren einsetzen wollte. Die Überprüfung erfolgt aber nur auf Einrede hin, nicht von Amtes wegen, ebenso wie im Vollstreckbarerklärungsverfahren, bei Ablehnung eines Schiedsrichters oder im Verfahren der Schiedsrichterernennung, es sei denn, dass die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung auf Gründen beruht, die der Parteidisposition entzogen sind.

e) Zuständig ist gem. Art. 3 Abs. 2 das "Bezirksgericht, in dessen Bezirk die richterliche Handlung vorzunehmen ist". Diese Vorschrift enthält somit die einzige Ausnahme von der sonst gegebenen Zuständigkeit der obersten Kantonsgerichte. Die sachliche (und örtliche) Zuständigkeit ist wegen der Orts- und Praxisnähe begründet und steht im Einklang mit den Regelungen und der Praxis der internationalen

Rechtshilfe. Der Begriff "Bezirksgericht" bedeutet dabei, dass innerhalb der Kantone das unterste Gericht in der Justizhierarchie, welchen Namen es immer trage, mit dieser Aufgabe betraut ist.

f) Absatz 2 Satz 3 ist für das Schweizer Recht neu, entspricht aber ebenfalls der Praxis der internationalen Rechtshilfe (vgl. Art. 8 des Haager Beweisaufnahmeübereinkommens vom 18. März 1970). Die Schiedsrichter sollen berechtigt sein, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen - dieser Versuch einer Verwirklichung des Unmittelbarkeitsprinzips auch im "Rechtshilfe"-Verfahren ist zur Gewährleistung einer möglichst richtigen Entscheidungsfindung unerlässlich. Deswegen muss das staatliche Gericht dem Schiedsgericht Mitteilung von den Terminen oder seinem Verfahren machen; unmittelbare Benachrichtigung der Schiedsrichter durch das staatliche Gericht sollte erfolgen. Es hat dem Schiedsgericht oder einzelnen Schiedsrichtern auf deren Wunsch die Anwesenheit nicht nur bei Vernehmungen, sondern bei jedem Akt der Beweisaufnahme zu gestatten und ihm sogar zu erlauben, Fragen zu stellen.

#### Art. 25 Beteiligung Dritter am Verfahren

1 Intervention und Streitverkündung setzen eine Schiedsvereinbarung zwischen dem Dritten und den Streitparteien voraus.

2 Sie bedürfen ausserdem der Zustimmung des Schiedsgerichts.

Konkordat:	Art. 28
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 25 (Beteiligung Dritter am Verfahren)

a) Der Anwendungsbereich des Art. 25 - entsprechend Art. 28 Konkordat - geht, obwohl er nur *Streitverkündung* und *Intervention* erwähnt, weit über diese beiden Fälle hinaus: Er betrifft jede spätere Beteiligung eines Dritten an einem schon hängigen schiedsrichterlichen Verfahren (Lalive-Poudret-Reymond, Art. 28.1.1). Aus diesem Grunde ist zwar der Wortlaut der Norm, nicht aber die Marginalie von Art. 28 Konkordat in Art. 25 BZPO übernommen worden: Art. 25 regelt allgemein die Beteiligung Dritter am Verfahren.

b) Im Falle anfänglicher Beteiligung "Dritter" am Verfahren gilt Art. 25 nicht. Liegt eine solche vor, so handelt es sich um Streitgenossenschaft. Bei einer *einfachen* Streitgenossenschaft gilt, dass, wenn nur einer der Streitgenossen an die Schiedsvereinbarung gebunden ist, dieser vor dem Schiedsgericht, die anderen aber vor dem Staatsgericht zu verklagen sind.

Bei der *notwendigen* Streitgenossenschaft kann - wegen notwendig einheitlicher Entscheidung - das Schiedsgericht nicht entscheiden, wenn nicht sämtliche Streitgenossen dem Schiedsgericht unterworfen sind; hier muss in der Regel das staatliche Gericht entscheiden. Eine *Trennung* der Prozesse ist jedenfalls dann *nicht zulässig*, wenn mehrere Streitgenossen zusammen klagen oder verklagt werden müssen (z.B. gem. Art. 577 OR). Das staatliche Gericht muss dann über alle Prozesse entscheiden. Nur dadurch wird gewährleistet, dass eine einheitliche Entscheidung ergeht. Aber auch in dem anderen Fall notwendiger Streitgenossenschaft (Rechtskrafterstreckung, z.B. gemäss Art. 706 Abs. 5 OR) ist eine Trennung der Prozesse nicht

zu empfehlen. Auch in diesem Fall sollte, wenn nicht alle Streitgenossen der Schiedsvereinbarung unterworfen sind, allein das staatliche Gericht entscheiden.

c) Die Zulässigkeit von (Haupt- und Neben-)Intervention und Streitverkündung sowie sonstiger Formen der Beteiligung eines Dritten ist unter bestimmten Voraussetzungen gegeben.

aa) Bei der *Hauptintervention* nimmt ein Dritter eine Sache oder ein Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage für sich in Anspruch. Bei der *Nebenintervention* tritt ein Dritter einer Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung bei. Zur Zulässigkeit beider Formen der Intervention gehört aber

- die Zustimmung der Parteien: sie brauchen sich nicht gefallen zu lassen, dass Dritte ohne ihren Willen in das Schiedsverfahren eintreten; diese Zustimmung kommt in der (auch noch später möglichen) Schiedsvereinbarung (Absatz 1) zum Ausdruck;
- die Zustimmung der Schiedsrichter; sie können nach freiem Ermessen und in beliebiger Form zulassen.

Dieselben Voraussetzungen gelten für die Zulässigkeit der Streitverkündung.

bb) Zu unterscheiden von der Zulässigkeit von Intervention und Streitverkündung ist die Frage nach deren Wirkung: eine *Intervention* kann die Interventionswirkung nur auslösen, wenn der Beitretende diese Wirkung in der Schiedsvereinbarung oder im Schiedsverfahren ausdrücklich auf sich genommen hat. Bei einer *Streitverkündung* tritt die Interventionswirkung nie ein, weil die Wirkung eines Schiedsspruchs nicht auf unbeteiligte Dritte ausgedehnt werden kann (vgl. *Schwab/Walter* Kap. 16 IV 2; *Rüede/Hadenfeldt*, § 35 II 3 m.w.N.).

d) Der Eintritt einer neuen Partei (ausser durch Hauptintervention kann dies durch Parteiänderung erfolgen) setzt ebenso Zustimmung der Parteien und des Schiedsgerichts voraus. Der Eintretende unterwirft sich unter dieser Voraussetzung wirksam dem Schiedsverfahren.

Der Dritte kann also seinen Beitritt nicht erzwingen. Dies gilt selbst für den Fall, dass ein Dritter mit einer am Schiedsverfahren beteiligten Partei eine auf dieselbe Institution bezogene Schiedsklausel vereinbart hatte: es liegt kein Vertrag und damit keine gemeinsame Klausel mit der anderen am Verfahren beteiligten Partei vor. Es gibt also nach Schweizer Recht keine Möglichkeit einer Konsolidierung, d.h. einer (eventuell sogar zwangsweisen) Zusammenfassung mehrerer Verfahren durch (erzwungenen) Beitritt Dritter.

e) Von Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit spricht man in zwei verschiedenen Fällen: entweder sind *mehrere* Parteien aufgrund eines gemeinsam geschlossenen Vertrages und darin enthaltener (Schiedsklausel) oder später getroffener (Schiedsvertrag) Schiedsvereinbarung an *einem* Schiedsverfahren beteiligt. Dies ist kein Fall des Art. 25; es stellt sich nur ein Problem der Wahl und Auswahl der von den beteiligten Parteien zu benennenden Schiedsrichter. Hier kann Art. 16 Abs. 1 eine Rolle spielen.

Oder es sind Fälle, in denen Parteien zwar nicht durch *einen gemeinsamen* Vertrag gebunden sind, zwischen ihnen aber *mehrere Verträge* bestehen, die einem gemeinsamen Zweck oder Ziel dienen (Zulieferer - Auftraggeber - Hauptunternehmer usw.). Hier stellt sich neben dem Problem der Schiedsrichterwahl das weitere, wie eine Beteiligung Dritter an einem Verfahren möglich ist, die nicht mit dem ursprünglichen

Vertrag und der darin enthaltenen Schiedsklausel verbunden sind. Hier gilt das oben d) Gesagte: es gibt keine Möglichkeit einer Konsolidierung, also keine Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit durch (erzwungenen) Beitritt Dritter.

#### Art. 26 Verrechnung

1 Erhebt eine Partei die Verrechnungseinrede und beruft sie sich dabei auf ein Rechtsverhältnis, welches das Schiedsgericht weder auf Grund der Schiedsvereinbarung noch auf Grund einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien beurteilen kann, so kann das Schiedsgericht sein Verfahren aussetzen und der Partei, welche die Einrede erhoben hat, eine angemessene Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte vor dem zuständigen Gericht setzen.

2 Hat das zuständige Gericht seinen Entscheid gefällt, so wird das Verfahren auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen.

3 Sofern die Amtsdauer des Schiedsgerichtes befristet ist, steht diese Frist still, solange das Schiedsverfahren ausgesetzt ist.

Konkordat:	Art. 29
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 26 (Verrechnung)

Schwierigkeiten bereitet die Verrechnung, auch die nur hilfsweise erklärte, in solchen Fällen, in denen die Übertragung der Entscheidung über sie fehlt. Dabei spielen folgende Überlegungen eine Rolle:

a) Die in einem Prozess erklärte Verrechnung mit einer Gegenforderung hat sowohl materiell-rechtlich wie auch prozess-rechtlich Bedeutung. In ihrem materiell-rechtlichen Gehalt führt die Verrechnung zur Tilgung der Klageforderung. Das bedeutet, dass die Klageforderung nicht mehr besteht und infolgedessen die Klage selbst unbegründet ist.

Daraus folgt - legt man nur diesen *materiell-rechtlichen* Aspekt der Betrachtung zugrunde -, dass das Schiedsgericht auch zur Entscheidung über Gegenansprüche zuständig ist, die der Beklagte im Wege der Verrechnung geltend macht, selbst wenn für diese Gegenansprüche bei selbständiger Erhebung die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht gegeben wäre: "Le juge de l'action est le juge de l'exception".

b) Dem Konkordat liegt in Art. 29 dagegen eine *prozessuale* Sichtweise zugrunde: Fällt die Gegenforderung nicht unter die Schiedsvereinbarung, so muss das Schiedsgericht sein Verfahren zwingend (Art. 1 Abs. 3 Konkordat) aussetzen und den Entscheid des zuständigen Gerichts abwarten.

c) Eine solche Regelung lädt zu trölerischer Prozessverschleppung geradezu ein; sie wird denn auch in der Praxis weithin kritisiert (vgl. Lalive-*Poudret*-Reymond, Art. 29.2, S. 159). Dieser Kritik lässt sich indessen begegnen, indem man die Aussetzung nicht - wie in Art. 29 Konkordat - obligatorisch, sondern nur fakultativ, als Möglichkeit des Schiedsgerichts, ausgestaltet. Im übrigen bleiben alle die Möglichkeiten erhalten, die dem Kläger (das ist ja der Regelfall) schon bisher von der Doktrin angeboten wurden; er kann sich mit einer Entscheidung durch das Schiedsgericht einverstanden erklären (vgl. *Rüede/Hadenfeldt*, § 35 IV 2, S. 259) usw.

d) Diese Ermessensentscheidung des Schiedsgerichts hat noch einen weiteren positiven Effekt: Nach bisheriger Auffassung zu Art. 29 Konkordat war der Entscheid des Schiedsgerichts über Aussetzung oder nicht ein solcher über seine Zuständigkeit. Daraus folgte, dass der Entscheid daraufhin überprüft werden konnte, ob sich das Schiedsgericht insoweit zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt habe (BGE 116 Ia 158) - ein weiteres Element für Prozessverzögerung.

Räumt man dem Schiedsgericht indessen eine Entscheidungskompetenz über die Gegenforderung selbst dann ein, wenn für die Gegenforderung bei selbständiger Geltendmachung die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht gegeben wäre, so ist die Entscheidung über die Aussetzung (aus praktischen Gründen, aus Gründen besonderer Fachkenntnisse des zuständigen Gerichts usw.) eine reine Ermessensentscheidung und impliziert *keine Aussage* über die *Zuständigkeit*. Das Schiedsgericht setzt aus, *obwohl es selbst entscheiden könnte*. Damit entfällt aber (schon aus diesem Grunde) ein angreifbarer Entscheid und damit eine Verzögerungsmöglichkeit.

e) Zu unterscheiden von der Verrechnungssituation ist die Widerklage: Sie wird natürlich nicht von Art. 26 erfasst. Eine Widerklage kann im Rahmen der Schiedsvereinbarung immer erhoben werden; ein *Zusammenhang* mit dem Klageanspruch wird schon durch die Schiedsvereinbarung gegeben sein ("alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten"). Wird der Gegenstand der Widerklage hingegen von der Schiedsvereinbarung nicht erfasst, so bedeutet das insoweit die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts.

#### Art. 27 Kostenvorschuss

<sup>1</sup> Das Schiedsgericht kann einen Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen und die Durchführung des Verfahrens von dessen Leistung abhängig machen. Es bestimmt die Höhe des Vorschusses jeder Partei.

<sup>2</sup> Leistet eine Partei den von ihr verlangten Vorschuss nicht, so kann die andere Partei nach ihrer Wahl die gesamten Kosten vorschliessen oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie, so sind die Parteien mit Bezug auf die Streitsache nicht mehr an die Schiedsvereinbarung gebunden.

Konkordat:	Art. 30
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 27 (Kostenvorschuss)

Art. 27 übernimmt mit der Überschrift "Kostenvorschuss" die Regelung von Art. 30 Konkordat. Auf die bisherigen Erkenntnisse zur Auslegung dieser Bestimmung (vgl. z.B. *Rüede/Hadenfeldt*, § 32 II, S. 222 ff.) kann damit ohne weiteres zurückgegriffen werden. An dieser Stelle erscheint deshalb lediglich eine Abgrenzung dieser Norm zu ähnlichen "Vorschusssituationen" erforderlich.

a) Art. 27 behandelt nur den Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten; diese bestehen aus den Honoraren der Schiedsrichter und den voraussichtlichen Auslagen (Reisekosten, Raummiete, Vergütung eines hinzugezogenen Sekretärs usw.).

b) Davon zu unterscheiden ist der Vorschuss für die Kosten einer Beweiserhebung. Diese Kosten sind zwar ebenfalls "Verfahrenskosten" im Sinne von oben a), über deren Tragung das Schiedsgericht im Schiedsspruch zu entscheiden hat (vgl. Art. 32). Da die etwaigen Kosten einer Beweiserhebung sich zu Beginn eines Verfahrens indessen noch gar nicht abschätzen lassen, erfasst der Vorschuss für die Verfahrenskosten die Kosten für die Beweiserhebung *nicht*; das Schiedsgericht kann also - ebenso wie das staatliche Gericht - besondere Vorschüsse für die Beweiserhebung fordern.

Dieser Vorschuss fällt nicht unter Art. 27: einmal ist der Vorschuss nicht von beiden Parteien aufzubringen, sondern nur vom Beweisführer; zum anderen gilt nicht Absatz 2, sondern es unterbleibt die Beweisabnahme. Wegen Einzelheiten siehe z.B. *Rüede/Hadenfeldt*, § 36 V, S. 268 (unter 4.).

c) Zu unterscheiden von Art. 27 ist auch die Pflicht zur Sicherstellung der Prozessentschädigung einer Partei durch die andere (*cautio actoris*). Eine solche Pflicht gibt es nach Schweizer ganz herrschender Auffassung nicht - vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung.

d) Etwas anderes ist auch die Pflicht zur Sicherheitsleistung, die manche Schiedsgerichtsordnungen vorsehen (z.B. Art. 38 Abs. 1 des Netherlands Arbitration Institute, vgl. dazu NAI-Schiedsspruch Nr. 1694, *Yearbook Commercial Arbitration* XXIII, 1998, S. 97), und die mit dem voraussichtlichen Erfolg der Klage zusammenhängt: ist *prima facie* die Klage begründet, besteht andererseits die Gefahr einer späteren Nichtrealisierbarkeit der Forderung (Vermögensverfall des Schuldners), kann das Schiedsgericht die Zahlung einer Sicherheitsleistung (des Beklagten) anordnen.

e) Noch etwas anderes ist schliesslich die Pflicht zur Erbringung einer Sicherheitsleistung im Zusammenhang mit dem Erlass einer Massnahme des vorsorglichen Rechtsschutzes (vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 2): Hier soll die Sicherheitsleistung den allfälligen Schadenersatzanspruch des Antragsgegners sichern.

## **Sechster Titel: Schiedsspruch und Beendigung des Verfahrens**

Der sechste Titel befasst sich mit den Einzelheiten des Schiedspruches, angefangen mit der Frage nach dem anwendbaren Recht (Art. 28) und Fragen von Beratung und Abstimmung bei Entscheidung durch ein Schiedsrichterkollegium (Art. 29). Form und notwendiger Inhalt des Schiedspruches werden sodann in Art. 30 geregelt; die Möglichkeit eines schiedsgerichtlichen Vergleichs war - als erwünschte Alternative zu einer streitigen Entscheidung - ebenso wie im Konkordat vorzusehen (Art. 31). Im Zusammenhang mit dem Hauptsacheentscheid ist auch die Kostenfrage zu regeln (Art. 32). Sodann waren die Wirkungen eines Schiedspruches zu definieren (Art. 33), bevor - als Übergang zum Abschnitt über die Rechtsmittel - die Möglichkeiten der Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedspruchs zu behandeln waren. Angesichts dieses umfangreichen Inhaltes erschien es auch als sachlich angebracht, die Überschrift des 6. Titels etwas weiter zu fassen als im Konkordat ("Schiedsspruch") und sie mit der allgemeinen Formulierung "und Beendigung des Verfahrens" anzureichern.

## Art. 28 Anwendbares Recht

1 Das Schiedsgericht entscheidet die Streitigkeit nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.

2 Die Parteien können das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.

Konkordat:	Art. 31 Abs. 3
IPRG:	Art. 187
Modellgesetz:	Art. 28

## Art. 28 (Anwendbares Recht)

a) Art. 28 Absatz 1 übernimmt *tel quel* die Regelung von Art. 187 IPRG. Es mag zwar zunächst erstaunen, eine für die *internationale* Schiedsgerichtsbarkeit zweifellos notwendige Vorschrift über das anzuwendende materielle Recht für die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit zu übernehmen; hier rechnet man doch allgemein mit der Anwendbarkeit eigenen Rechts. Indessen ist das nicht selbstverständlich: auch Transaktionen zwischen Parteien, die beide ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz haben, können einen internationalen Aspekt aufweisen, der die Frage nach dem anwendbaren Recht aufwirft. So hat das Bundesgericht entschieden, dass ein internationaler Sachverhalt - bei Wohnsitz beider Parteien in der Schweiz - z.B. auch dann vorliege, wenn entweder der Handlungs- oder der Erfolgsort im Ausland liegt (Entscheid vom 13. Juni 1994, SemJud 1995, S. 57 ff.). Deshalb enthält auch schon das *Konkordat* (in Art. 31 Abs. 3) eine Regelung über das anwendbare Recht. Allerdings erschien es angebracht, die moderne Fassung des IPRG anstelle derjenigen des Konkordates zu übernehmen.

Mit der Übernahme von Art. 187 können die zu dieser Norm gewonnenen Auslegungsergebnisse ohne weiteres auch für Art. 28 verwandt werden.

b) Aus *systematischen* Gründen ist Art. 31 Konkordat "zerlegt" worden: Als erstes soll (so wie auch nach IPRG und Modellgesetz) die Frage nach dem anwendbaren Recht (in Art. 28) geregelt werden. Daran anschliessend sind Fragen der Beratung und Abfassung des Schiedsspruchs (in Art. 29) zu behandeln.

c) Besonders für nationale Fälle ist es wichtig, den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, das Schiedsgericht zur Entscheidung nach Billigkeit zu ermächtigen. Absatz 2 übernimmt auch diese Möglichkeit von Art. 187 Abs. 2 IPRG/Art. 31 Abs. 3 Konkordat.

## Art. 29 Beratung und Entscheidung

1 Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist in Schiedsverfahren mit mehr als einem Schiedsrichter jede Entscheidung des Schiedsgerichts mit Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu treffen.

2 Verweigert ein Schiedsrichter die Teilnahme an einer Abstimmung, können die übrigen Schiedsrichter ohne ihn entscheiden, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

<sup>3</sup> Über einzelne Verfahrensfragen kann der Präsident des Schiedsgerichts allein entscheiden, wenn die Partei oder die anderen Mitglieder des Schiedsgerichts ihn dazu ermächtigt haben.

Konkordat:	Art. 31
IPRG:	Art. 189
Modellgesetz:	Art. 29

#### Art. 29 (Beratung und Entscheidung)

a) Absatz 1 übernimmt in der Fassung von Art. 29 S. 1 Modellgesetz inhaltlich die schon bisher im Schweizer Recht bestehenden Bestimmungen von Art. 189 Abs. 1 IPRG/Art. 31 Abs. 2 Konkordat. Es gilt zunächst der Vorrang der Parteiautonomie ("haben die Parteien nichts anderes vereinbart"); bei fehlender anderweitiger Vereinbarung (z.B. Einstimmigkeit oder qualifizierte Mehrheit, vgl. Art. 31 Abs. 2 Konkordat) braucht es die Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder.

b) Die Alleinentscheidungsbefugnis des Präsidenten (Absatz 3) beschränkt sich auf "einzelne Verfahrensfragen"; dies bedeutet eine *Abweichung* von Art. 189 Abs. 2 Satz 1 IPRG, wonach der Präsident auch notfalls - falls sich keine Stimmenmehrheit ergibt - allein den Schiedsspruch treffen kann.

aa) Die Regelung des IPRG mit dem Stichentscheid des Präsidenten orientiert sich an einer langen Tradition des englischen Schiedsgerichtswesens (vgl. IPRG-*Wirth*, Art. 189 N 15). Für die internationale Praxis mag dies angehen. Für die nationale Praxis erscheinen jedoch die Nachteile grösser als die Vorteile einer solchen Regelung: Das Bemühen um eine gemeinsam getragene Entscheidung könnte als von vornherein sinnlos empfunden werden. Dies ist allerdings gerade für Schweizer Verhältnisse ein wichtiger Aspekt.

bb) Demgegenüber kann der Präsident über "einzelne Verfahrensfragen" allein entscheiden, wenn die Parteien oder die anderen Mitglieder des Schiedsgerichts ihn dazu ermächtigt haben (Absatz 3). Diese Bestimmung ist eine Übernahme von Art. 29 Satz 2 Modellgesetz. Gemeint sind Fragen des *äusseren Verfahrensablaufs*, wie etwa: mündliches oder schriftliches Verfahren, Verfahrenssprache, Zuziehung von Sachverständigen, Erlass einer vorsorglichen Massnahme usw. Diese Befugnis des Präsidenten setzt jeweils eine "Einzelermächtigung" voraus; eine "Generalvollmacht" dafür gibt es nicht. Die Ermächtigung wird primär durch die Parteien erteilt, sonst durch die anderen Schiedsrichter.

c) Absatz 2 befasst sich mit der *Obstruktion* eines Schiedsrichters. Nach Art. 33 Abs. 2 S. 2 Konkordat konnte zwar schon bisher einer Obstruktion bei der *Unterschrift*, nicht aber bei Beteiligung an der *Abstimmung* begegnet werden: Art. 31 Abs. 1 Konkordat verlangte die Mitwirkung sämtlicher Schiedsrichter bei *Beratung und Abstimmung*. Dem wehrt nunmehr Absatz 2: Bei Fehlen anderweitiger Parteivereinbarung kann ohne ihn entschieden werden.

aa) Diese Regelung ist derjenigen einer *Abberufung* bzw. *Absetzung* nach Art. 18 bei pflichtwidriger Nichtteilnahme des Schiedsrichters an der Abstimmung vorzuziehen: Sie dürfte weniger zeitraubend und kompliziert sein; auch stellt sich bei Abberufung/Ersetzung die Frage, wieweit das Verfahren nach Ernennung eines neuen Schiedsrichters zu wiederholen ist (vgl. Art. 19 Abs. 3).

bb) Das Modellgesetz behandelt den Fall des Schiedsrichters, der an einer Abstimmung ohne zwingenden Grund nicht teilnimmt, nicht. Die Regelung erscheint aber als konsequente und praktische Fortführung der Regelung zur verweigeren Unterschriftsleistung (vgl. Art. 30 Abs. 1 S. 2).

cc) Voraussetzung für die Lösung gemäss Abs. 2 ist jedoch, dass bei der Abstimmung ohne den verweigernden Schiedsrichter noch die nach Abs. 1 erforderliche *absolute Stimmenmehrheit* zustande kommt (oder die durch Parteivereinbarung näher qualifizierte Mehrheit).

#### Art. 30 Form und Inhalt des Schiedsspruchs

<sup>1</sup> Der Schiedsspruch ist schriftlich zu erlassen und durch den oder die Schiedsrichter zu unterzeichnen. In Schiedsverfahren mit mehr als einem Schiedsrichter genügen die Unterschriften der Mehrheit aller Mitglieder des Schiedsgerichts, sofern der Grund für jede fehlende Unterschrift angegeben wird.

<sup>2</sup> Der Schiedsspruch ist zu begründen, es sei denn, die Parteien haben vereinbart, dass keine Begründung gegeben werden muss, oder es handelt sich um einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut im Sinne des Artikels 31.

<sup>3</sup> Im Schiedsspruch sind der Tag, an dem er erlassen wurde, und der Sitz des Schiedsgerichts anzugeben; der Schiedsspruch gilt als an diesem Tag und diesem Ort erlassen.

<sup>4</sup> Jeder Partei ist ein von den Schiedsrichtern unterschriebener Schiedsspruch zu übersenden.

<sup>5</sup> Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht Teilerlöse treffen.

Konkordat:	Artt. 32, 33, 35
IPRG:	Artt. 188, 189
Modellgesetz:	Art. 31

#### Art. 30 (Form und Inhalt des Schiedsspruchs)

Während Art. 189 IPRG sich mit zwei knappen Sätzen (Art. 189 Abs. 2 S. 2 und 3) über Form und Inhalt des Schiedsspruches begnügt, enthält Art. 33 Konkordat eine recht einlässliche Regelung. Dies ist für nationale Schiedsverfahren (mit einem grösseren Bedürfnis nach "Regelungsdichte") auch angezeigt; allerdings ist der inhaltlich unveränderte Art. 33 Konkordat in die Fassung von Art. 31 Modellgesetz und damit in eine modernere Form gebracht worden.

Art. 30 will den Abschluss des Schiedsverfahrens und das Vorliegen eines Schiedsspruchs an *sichtbare äussere Vorgänge* knüpfen und damit sicherstellen, denn in vielen Fällen müsste es sonst zweifelhaft sein, ob und wann vom Schiedsgericht eine als endgültig betrachtete Entscheidung ergangen ist. Art. 30 stellt einfach zu erfüllende Formvorschriften auf, indem er nicht nur auf die (auch bloss fakultative) *Hinterlegung* des Schiedsspruchs, sondern auch auf seine förmliche *Zustellung* (vgl. Art. 35 Konkordat) *verzichtet*. Art. 30 verlangt demnach lediglich

- Unterschrift(en)
- Übersendung des unterschriebenen Schiedsspruchs

- Angabe von Tag des Erlasses und Sitz des Schiedsgerichts.

Alle drei Erfordernisse sind wesentlich: ohne ihr Vorhandensein liegt kein wirksamer Schiedsspruch vor. Solange eines dieser Erfordernisse fehlt, ist das Schiedsverfahren nicht abgeschlossen. Der Aufhebungsantrag nach Art. 35 wie auch der Antrag auf Vollstreckbarerklärung gem. Art. 37 setzt die Erfüllung aller formellen Erfordernisse voraus.

Der Schiedsspruch bedarf natürlich unbedingt der *Bezeichnung der Parteien* in genügender Kennzeichnung und der Angaben der gesetzlichen Vertreter und Prozessbevollmächtigten. Diese (in Art. 33 *lit. b* Konkordat eigens aufgeführte) Voraussetzung ist selbstverständlich, weil sonst überhaupt keine vollstreckungsfähige Entscheidung vorläge.

Dass der Schiedsspruch die *Namen der Schiedsrichter* enthalten muss (so Art. 33 *lit. a* Konkordat), ist ebenfalls selbstverständlich: Andernfalls wäre eine Verifizierung der Echtheit der *Unterschrift(en)* nicht möglich.

Dass der Schiedsspruch schliesslich auch "die Spruchformel über die Sache selbst" enthält (so ausdrücklich Art. 33 *lit. f* Konkordat), ist ebenso selbstverständlich: Ohne genaue Angabe der getroffenen Entscheidung liegt gar kein Schiedsspruch vor. Der Schiedsspruch muss ja klar und eindeutig erkennen lassen, wie das Schiedsgericht entschieden hat.

Auf die Übernahme von *lit. a, b und f* von Art. 33 Konkordat kann somit verzichtet werden.

a) Absatz 1 verlangt schriftliche Abfassung des Schiedsspruchs und Unterzeichnung durch den (die) Schiedsrichter. Die *schriftliche Abfassung* findet sich zwar ausdrücklich nur in Art. 189 Abs. 2 S. 2 IPRG; aus den inhaltlichen Erfordernissen ergibt sich dies, wenn auch nicht ausdrücklich, aber auch aus Art. 33 Konkordat.

Besteht das Schiedsgericht aus mehr als einem Schiedsrichter, so kann nach Abs. 1 Satz 2 die Weigerung eines oder mehrerer Mitglieder (ob Beisitzer oder Präsident spielt keine Rolle), ihre Unterschrift unter den Schiedsspruch zu leisten, das Wirksamwerden des betreffenden Schiedsspruchs nicht verhindern, solange noch eine "Mehrheit aller Mitglieder" unterschriftswillig ist. Es ist lediglich der Grund für die fehlende(n) Unterschrift(en) anzugeben. Satz 2 übernimmt damit Absatz 2 Satz 2 von Art. 33 Konkordat, *erweitert* ihn aber gleichzeitig, indem er die Mehrheit der Unterschriften nicht nur bei "Verweigerung", sondern auch bei anderen Gründen (z.B. Urlaubsabwesenheit, Krankheit usw.) genügen lässt.

Zur Obstruktion eines Schiedsrichters bei der *Abstimmung* s. Art. 29. Es sind also verschiedene Mehrheiten möglich: Für die Abstimmung genügt eine Mehrheit gem. Art. 29 Abs. 2, für die Unterschrift eine solche gem. Art. 30 Abs. 1 Satz 2, wobei die Mehrheiten nicht identisch sein müssen.

b) Absatz 2 übernimmt die (disponible) Begründungspflicht von Art. 33 *lit. e* Konkordat. In welcher *Form* die schriftlichen Gründe gegeben werden, ist rechtlich belanglos. Zweckmässigerweise wird aber auch im Schiedsverfahren die Trennung von *Sachverhalt* und *Entscheidungsgründen* eingehalten werden. Denn wenn die Gründe voll verständlich sein sollen, muss der Sach- und Streitstand wiedergegeben werden, wozu auch die genaue Wiedergabe der gestellten Anträge gehört. Die in *lit. d und e* von Art. 33 Konkordat aufgestellten inhaltlichen Anforderungen an einen Schiedsspruch sind somit in der Begründungspflicht von Absatz 2 enthalten. Auf die Übernahme von *lit. d und e* kann somit *verzichtet* werden.

Gemäss Absatz 2 ist ein vorgängiger vertraglicher Ausschluss der Begründung erlaubt. Auch nachträglicher Verzicht ist möglich. Ein *Verzicht* auf einen *Rechtsbehelf* kann jedoch nicht (gleichzeitig auch) als ein Verzicht auf eine Begründung des Schiedsspruchs angesehen werden. Auch die Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach *Billigkeit* (vgl. Art. 28) bedeutet keine Dispensierung von der Begründungspflicht.

Im Falle eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut (Art. 31) ist, weil es sich ja um eine Einigung der Parteien handelt, keine Begründung erforderlich.

c) Im Schiedsspruch muss der *Tag* seines Erlasses und der *Sitz* des Schiedsgerichts angegeben sein, Absatz 3 (so auch Art. 33 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 Konkordat). Tag seines Erlasses bedeutet dabei den Tag der *letzten Unterschrift*; denn erst wenn der letzte Schiedsrichter unterschreibt, gibt das Schiedsgericht seinen Willen zu erkennen, den Spruch zu einem endgültigen, einem wirklichen Schiedsspruch zu machen. Der Angabe des Tages des Erlasses kommt allerdings keine wesentliche Bedeutung zu: entscheidend für seine Anfechtung ist der Erhalt des Schiedsspruchs durch die Partei, Art. 35 Abs. 4. Die Vorschrift bezweckt somit nichts anderes als die *Identifizierung des Schiedsspruches*.

Hingegen kommt der Angabe des Sitzes des Schiedsgerichts grosse Bedeutung zu: davon hängt u.U. die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ab (vgl. Art. 3), weshalb auch die Fiktion ("gilt als an diesem Ort erlassen") eingreift. Gemeint ist mit dem Sitz natürlich nicht der Ort der Abfassung, der Beratung, der Unterschrift(en) (eventuell im Zirkularwege!), sondern der "formelle" Sitz des Schiedsgerichts, vgl. Art. 2.

d) Es ist jeder Partei ein "unterschriebener Schiedsspruch" zu übersenden, Absatz 4. Entscheidend ist, dass jede Partei ein Exemplar erhält, das den Formerfordernissen von Art. 30 entspricht, d.h. unter Angabe von Tag und Ort von den Schiedsrichtern unterschrieben ist. Es steht ja nichts im Wege, beliebig viele gleichlautende Originale zu erstellen.

Eine Hinterlegung des Schiedsspruchs bei der Kanzlei eines Staatsgerichts (vgl. Art. 35 Konkordat) kennt das neue Recht nicht mehr, auch nicht als fakultative (so aber immerhin Art. 193 IPRG). Mit Übersendung an die Parteien ist der Schiedsspruch rechtswirksam. Die Niederlegung (=Hinterlegung) eines Schiedsspruchs bei Gericht ist nicht mehr zeitgemäss, weltweit auf dem Rückzug und auch im Modellgesetz nicht vorgesehen.

Es genügt aber die einfache Übersendung des Schiedsspruchs an die Parteien auf postalischem Weg (vorzugsweise mit Einschreiben gegen Rückschein), mittels Kurier usw. Die förmliche *Zustellung* (Art. 35 Abs. 4 Konkordat) wird privatisiert und durch die - wie auch immer zu bewirkende - "Übersendung" ersetzt. Wahlweise Übersendung an die Partei oder an ihren Prozessvertreter ist statthaft.

e) Dass Teilschiedssprüche im Sinne eines Teilurteils möglich sind, ist zweifellos und unbestritten, vgl. Art. 188 IPRG/Art. 32 Konkordat. Insofern kann man sich fragen, ob es wirklich der Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung bedarf. Um aber angesichts der Regelungen im IPRG und im Konkordat nicht durch Streichung Missverständnisse zu verursachen, wird eine entsprechende Regelung als Absatz 5 beibehalten.

Zum Erlass eines solchen Teil-Entscheides ist das Schiedsgericht nie verpflichtet. Ein Teil-Entscheid kann empfehlenswert sein, wo die Erledigung des Restanspruchs auf sich warten lässt. Seine Bedeutung als Teil-Schiedsspruch erhält er erst durch die Erfüllung der Förmlichkeiten von Art. 30, deshalb auch seine Regelung an dieser

Stelle. Zweckmässig wird er *deutlich* als Teilschiedsspruch *bezeichnet*. Ein Teilschiedsspruch kann jedenfalls so weit für vollstreckbar erklärt werden, als er eine vom Schiedsgericht nicht mehr abänderbare, einen Teil des Streitstoffs endgültig erledigende Entscheidung darstellt.

#### Art. 31 Einigung der Parteien

<sup>1</sup> Vergleichen sich die Parteien während des Schiedsverfahrens über die Streitigkeit, so beendet das Schiedsgericht das Verfahren. Auf Antrag der Parteien hält es den Vergleich in der Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut fest, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen den *ordre public* verstösst.

<sup>2</sup> Ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist gemäss Artikel 30 zu erlassen und muss angeben, dass es sich um einen Schiedsspruch handelt. Ein solcher Schiedsspruch hat dieselben Wirkungen wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache.

<sup>3</sup> Soweit die Wirksamkeit von Erklärungen eine öffentliche Beurkundung erfordert, wird diese bei einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut durch die Aufnahme der Erklärungen der Parteien in den Schiedsspruch ersetzt.

Konkordat:	Art. 34
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 30

#### Art. 31 (Einigung der Parteien)

Art. 34 Konkordat sieht vor, dass "das Vorliegen einer den Streit beendigenden Einigung der Parteien [...] vom Schiedsgericht in der Form eines Schiedsspruches festgestellt" wird. Art. 31 übernimmt diese Regelung, gestaltet sie - angesichts der sehr knappen Formulierung des Konkordats - allerdings etwas umfangreicher (und spricht damit auch aus dem knappen Text entstehende Zweifelsfragen deutlich an); dazu wird die Formulierung von *Art. 30 Modellgesetz* als Vorbild genommen.

a) Ein Vergleich der Parteien im Schiedsverfahren kann von den Parteien entweder ohne Zuziehung des Schiedsgerichts geschlossen werden (dies entspricht dem aussergerichtlichen Vergleich im Zivilprozess), oder er kann unter Beteiligung der Schiedsrichter vereinbart werden (dies entspricht dem Prozessvergleich). In *beiden* Fällen "beendet das Schiedsgericht das Verfahren" (Absatz 1 Satz 1). Für diese Verfahrensbeendigung gibt es indessen zwei mögliche Formen: entweder das Schiedsgericht hält - auf *Antrag* der Parteien, Abs. 1 Satz 2 - den Vergleich in der Form eines "Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut" fest; dieser Schiedsspruch hat dann dieselbe Form (Abs. 2 S. 1) und dieselben Wirkungen wie "jeder andere Schiedsspruch zur Sache" (Absatz 2 S. 2). Oder die Parteien stellen keinen derartigen Antrag; dann tritt gleichwohl (ohne Erlass eines Schiedsspruchs) die Beendigung des Verfahrens ein; die Vollstreckung dieses aussergerichtlichen Vergleichs kann nur durch erneute Klage entsprechend dem Inhalt des Vergleichs geschaffen werden (auch eine provisorische Rechtsöffnung ist möglich).

b) Einzige Grenze für die Zulässigkeit des Vergleichs ist der *ordre public* (Abs. 1 S. 2). Darunter fallen die fehlende Schiedsfähigkeit, aber auch Fälle von Gesetzes- und Sittenverstoss. Das wurde zwar auch bisher schon so gesehen, fand sich aber nicht im Gesetz, vgl. *Rüede-Hadenfeldt*, S. 271: "Aus Art. 34 Konkordat ist zu entnehmen,

dass das Schiedsgericht die Einigung nur dann feststellt, wenn sie nach Prüfung als die Parteien bindend erscheint."

c) Ist die Form von Art. 30 gewahrt, so ist damit gleichzeitig die für den Vergleichsinhalt etwa erforderliche Form der *öffentlichen Beurkundung* gewahrt, Art. 31 Absatz 3. Auch dies entspricht bisheriger Auffassung zum Konkordat.

## Art. 32 Entscheidung über die Kosten

1 Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat das Schiedsgericht in einem Schiedsspruch darüber zu entscheiden, zu welchem Anteil die Parteien die Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen haben; es hat auch über eine Parteientschädigung zu befinden. Hierbei entscheidet das Schiedsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Ausgangs des Verfahrens.

2 Soweit die Kosten des Verfahrens feststehen, hat das Schiedsgericht auch darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Parteien diese zu tragen haben. Ist die Festsetzung der Kosten unterblieben oder erst nach Beendigung des Schiedsverfahrens möglich, wird hierüber in einem gesonderten Schiedsspruch entschieden.

Konkordat:	Art. 33 Abs. 1 lit. g
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

## Art. 32 (Entscheidung über die Kosten)

Das Schiedsgericht entscheidet, sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, auch über die Kosten. Dies ergab sich schon nach bisheriger Rechtslage aus Art. 33 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 Konkordat. Allerdings ist auch diese Bestimmung des Konkordats etwas gar knapp ausgefallen und ruft nach Erläuterung; deshalb die umfangreiche Formulierung in Art. 32, die allerdings inhaltlich keinerlei Neuerungen gegenüber dem Konkordat enthält.

a) Die Kosten des Schiedsverfahrens umfassen neben den Kosten für die Schiedsrichter (Honorare und Auslagen) weitere *Verfahrenskosten*, etwa Kosten für einen Sekretär oder für eine Beweisaufnahme. Dazu kommen die *Kosten der Parteien* selbst, nämlich Kosten einer anwaltlichen oder sonstigen Vertretung sowie Auslagen der Parteien (Reisekosten usw.). Über alle diese Kosten hat das Schiedsgericht zu entscheiden, falls kein gegenteiliger Parteiwille ersichtlich ist, Absatz 1 Satz 1. Massstab für die Kostenverteilung ist das "pflichtgemässe Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, *insbesondere* [aber eben nicht nur!] des Ausgangs des Verfahrens" (Abs. 1 Satz 2). Deswegen ist es kein durch die Natur der Sache oder die Logik bedingter Satz, dass die unterliegende Partei sämtliche Kosten trägt; das Schiedsgericht kann auch anders befinden (vgl. Art. 98 f. BZPO). Im allgemeinen wird es sich freilich empfehlen, dass sich das Schiedsgericht nach den Regeln von BZPO Art. 97 richtet und Sach- und Kostenentscheidung in ein vernünftiges Verhältnis bringt.

b) Der Ausspruch des Schiedsgerichts über die Kostenlast hat nur Bedeutung für die Kostenerstattung einer Partei an die andere. Er gibt keinem Dritten, auch nicht den Schiedsrichtern oder Prozessbevollmächtigten, einen Anspruch gegen eine Partei.

Auch die *Höhe* dieser Ansprüche kann gegenüber Dritten nicht mit bindender Wirkung im Schiedsspruch festgestellt werden.

c) Der Kostenspruch hat im Schiedsspruch zu erfolgen, denn der Schiedsspruch ist der einzige mögliche Vollstreckungstitel. Der Kostenspruch ist - auch wenn die Entscheidung in *einem* Schiedsspruch ergeht - der Sache nach ein doppelter: einmal überhaupt dem Grunde nach (Abs. 1 S. 1: "zu welchem Anteil"), zum anderen (Abs. 2 S. 1: "auch darüber ..., in welcher Höhe") über die Höhe des Betrages. Das letztere kann vorläufig offenbleiben (Abs. 2 Satz 2), das erstere nicht. Hat deshalb das Schiedsgericht über die Kosten im Schiedsspruch nicht befunden, so ist der Schiedsspruch unvollständig, da er den Streit nicht voll ausräumt. Er ist ein Teilschiedsspruch und als solcher der Vollstreckbarerklärung fähig; aber er beendet das Schiedsverfahren nicht. Die Schiedsrichter haben das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu ergänzen (Art. 34 Abs. 1 Nr. 3.)

d) Eine Entscheidung über die Kosten soll nicht nur dem "Anteil", d.h. dem Grunde nach, sondern, soweit möglich, auch der Höhe nach (Absatz 2) erfolgen. Eine solche Bezifferung ist freilich nicht immer in vollem Umfang möglich. Insoweit muss sich das Schiedsgericht mit einem Ausspruch über den Grund im Schiedsspruch begnügen. Pflicht des Schiedsgerichts ist also ziffermässige Bemessung, soweit sie irgend möglich ist. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn Schiedsrichter- und Anwaltshonoreare unstreitig oder nicht zu erstatten sind. Aus all dem ergibt sich, dass sich das Schiedsgericht vor dem Schiedsspruch die gesamten Unterlagen eines ziffermässigen Kostenausspruchs beschaffen muss. Es hat insbesondere die Parteien aufzufordern, eine Aufstellung der Kosten einzureichen, deren Erstattung begehrt wird, am besten unter Bestimmung einer kurzen Frist, nach deren Ablauf ohne Rücksicht auf nicht vorgebrachte Punkte erkannt werde.

e) Fehlen von Kostenentscheidung oder ziffermässiger Festsetzung

aa) Fehlt schon eine Entscheidung dem Grunde nach, so ist der Schiedsspruch gem. Art. 34 Abs. 1 Nr. 3 zu ergänzen, s.o. c). Die Schiedsvereinbarung ist noch nicht erloschen, das Amt des Schiedsgerichts noch nicht beendet.

bb) Fehlt die ziffermässige Festsetzung, die Entscheidung über die Höhe i.S.v. Abs. 2 S. 1, so gilt dasselbe. Das Gesetz spricht zwar von einem "gesonderten" Schiedsspruch, aber gemeint ist damit natürlich die Ergänzung.

f) Die Kosten der Schiedsrichter

Sie sind als Teil der Verfahrenskosten nur da in den Schiedsspruch aufzunehmen, wo sie feststehen. Andernfalls ist im Schiedsspruch nur allgemein auszusprechen, dass diese Kosten der oder jener Partei zur Last fallen. Die Kosten stehen fest, wenn sie im Schiedsrichtervertrag oder in einem späteren Abkommen der Schiedsrichter mit beiden Parteien der Höhe nach festgelegt sind. Nie sind die Schiedsrichter berechtigt, ihre Gebühren selbst festzusetzen, auch nicht in der Form der Festsetzung des Streitwerts. Das wäre eine Entscheidung in eigener Sache. Die unbefugte Festsetzung kann nicht für vollstreckbar erklärt werden, sie unterliegt vielmehr der Aufhebung nach Art. 35 Abs. 2 lit. b (Spruch in eigener Sache). Die Schiedsrichter dürfen sich auch nicht mittelbar ihre Vergütung selbst festsetzen, indem bei verweigerter Zahlung eines Vergütungsvorschusses eine Beweisaufnahme unterbleibt und ohne sie entschieden wird. Die Entscheidung obliegt dem staatlichen Gericht, bei dem die Schiedsrichter gegen den klagen können, der nach ihrem Schiedsspruch ihre Kosten zu tragen hat (sofern das Schiedsgericht überhaupt entschieden hat, bevor seine Kosten vorschussweise bezahlt waren). Sie können trotz des Schieds-

spruchs auch beide Parteien als Solidarschuldner verklagen. Ist die Kostenfestsetzung bezüglich der vorschussweise gezahlten Schiedsrichterkosten andererseits nicht zutreffend, müssen die Parteien ihrer Ansicht nach zuviel gezahlte Schiedsrichterkosten ebenfalls ausserhalb des Schiedsverfahrens von den Schiedsrichtern zurückverlangen.

### Art. 33 Wirkungen des Schiedsspruchs

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Konkordat:	-
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

### Art. 33 (Wirkungen des Schiedsspruchs)

Eine solche eindeutige Aussage, wie sie nunmehr Art. 33 enthält, findet sich für das Schweizer Recht bisher weder im IPRG noch im Konkordat. Lediglich *indirekt* finden sich Aussagen über einen *Teil* der Wirkungen eines Schiedsspruchs, nämlich bezüglich seiner Wirkung *Vollstreckbarkeit*, vgl. Art. 44 Konkordat bzw. Art. 193 IPRG.

Gleichwohl wird auch schon bisher in der Schweiz die in Art. 33 formulierte Auffassung vertreten, wie das Bundesgericht bestätigt: "auch private Schiedsgerichte, deren Entscheide jenen der staatlichen Rechtspflege hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen ..." (BGE 119 II 271 E. 3b; 117 Ia 166 E. 5a). Angesichts der überragenden Bedeutung dieser Aussage, nämlich Gleichstellung von Schiedsspruch und staatlichem Urteil jedenfalls hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, erscheint es als berechtigt und angezeigt, diesen Grundsatz im Gesetz festzuhalten.

Damit ist auch eine *systematisch sinnvolle Ordnung* eingehalten: Nach den Regelungen über *Form und Inhalt* des Schiedsspruchs (Artt. 30-32) und vor dem Abschnitt über die *Rechtsbehelfe* gegen den Schiedsspruch findet sich eine Aussage über die *Wirkungen* des Schiedsspruchs. Zwischen der Anordnung von Rechtskraft und den (ausserordentlichen) Rechtsbehelfen ist dann noch eine Aussage über Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs zu treffen (Art. 34).

a) Die formelle Rechtskraft tritt sofort mit Erfüllung der Förmlichkeiten von Art. 30 ein und bedeutet, dass der Schiedsspruch nicht mehr abgeändert werden kann (Art. 34 sowie ein von den Parteien vereinbartes zweitinstanzliches Schiedsverfahren vorbehalten). Die formelle Rechtskraft von Schiedssprüchen folgt daraus, dass gegen Schiedssprüche nur ausserordentliche Rechtsmittel (vgl. Art. 38 Konkordat sowie Art. 190 Abs. 1 IPRG) wie ein Aufhebungsantrag oder eine Revision statthaft sind.

b) Die materielle Rechtskraft, d.h. die Massgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung, tritt (als Folge der formellen Rechtskraft) ebenfalls ein. Sie unterscheidet sich von der Rechtskraft eines staatsgerichtlichen Urteils *nicht*. Das bedeutet u.a., dass auch die Rechtskraft eines Schiedsspruches von Amtes wegen zu beachten ist und dass die Parteien den Schiedsspruch nicht durch Vereinbarung aufheben können.

c) Der objektive Umfang der Rechtskraft geht auch beim Schiedsspruch so weit, wie über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Ist z.B. nur über einen Teil des Anspruchs entschieden, so kann die Rechtskraft auch nur

den Teilanspruch ergreifen. Die Vorschrift bedeutet weiter, dass nur die Entscheidung über den Anspruch in Rechtskraft erwächst, nicht aber die Entscheidung über Tatsachen oder präjudizielle Rechtsverhältnisse.

d) Der subjektive Umfang der Rechtskraft erstreckt sich - über den Wortlaut von Art. 33 hinaus ("unter den Parteien") - nicht nur auf die Parteien, sondern - wie auch bei Urteilen staatlicher Gerichte - auf ihre Rechtsnachfolger: Im Falle einer Bindung eines Dritten an die Schiedsvereinbarung wirkt die Rechtskraft eines bereits ergangenen Schiedsspruchs auf den Dritten jedenfalls unter den Voraussetzungen, unter denen eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte oder eine Drittwirkung der Rechtskraft bei Urteilen staatlicher Gerichte eintritt. Der Schiedsspruch wirkt danach für und gegen *Gesamtrechtsnachfolger* sowie für und gegen die *Sonderrechtsnachfolger*, die in die Pflichten der Schiedsvereinbarung eingetreten sind.

#### Art. 34 Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs

<sup>1</sup> Jede Partei kann beim Schiedsgericht beantragen,

1. Rechen-, Schreib- und Druckfehler oder Fehler ähnlicher Art im Schiedsspruch zu berichtigen;

2. bestimmte Teile des Schiedsspruchs zu erläutern;

3. einen ergänzenden Schiedsspruch über solche Ansprüche zu erlassen, die im Schiedsverfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht behandelt worden sind.

<sup>2</sup> Sofern die Parteien keine andere Frist vereinbart haben, ist der Antrag binnen dreissig Tagen nach Empfang des Schiedsspruchs zu stellen.

<sup>3</sup> Das Schiedsgericht soll über die Berichtigung oder Erläuterung des Schiedsspruchs binnen dreissig Tagen und über die Ergänzung des Schiedsspruchs binnen sechzig Tagen entscheiden.

<sup>4</sup> Eine Berichtigung des Schiedsspruchs kann das Schiedsgericht auch ohne Antrag vornehmen.

<sup>5</sup> Artikel 30 ist auf die Berichtigung, Erläuterung oder Ergänzung des Schiedsspruchs anzuwenden.

Konkordat:	Artt. 36 lit. h, 39
------------	---------------------

IPRG:	-
-------	---

Modellgesetz:	Art. 33
---------------	---------

#### Art. 34 (Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs)

Nach bisheriger Auffassung zum Konkordat konnte das Schiedsgericht offenkundige Versehen wie Schreibfehler, Rechenfehler usw. auf Antrag oder von Amtes wegen *berichtigen*. Eine *Erläuterung* oder *Ergänzung* des Schiedsspruches konnte hingegen nur mittels einer *Nichtigkeitsbeschwerde* gem. Art. 36 lit. h. erreicht werden. Wies das staatliche Gericht dann den Schiedsspruch unter Fristsetzung zur Berichtigung oder Ergänzung an das Schiedsgericht zurück (Art. 39 Konkordat), so konnte das Schiedsgericht die Berichtigung oder Ergänzung vornehmen. Eine besondere Möglichkeit eines Erläuterungsgesuches bestand neben den aufgezeigten Möglichkeiten nicht: Das Konkordat enthalte, soweit die Spruchformel unverständlich oder wider-

sprüchlich ist, durch die Nichtigkeitsbeschwerde eine abschliessende Regelung für Fälle dieser Art (so BGE 110 Ia 123; s. zum ganzen *Rüede/Hadenfeldt*, § 42 II).

Diese unübersichtliche und wenig einleuchtende Rechtslage muss verbessert werden. Art. 34 regelt nunmehr systematisch kohärent alle diese Formen der nachträglichen "Entscheidung" durch das Schiedsgericht, und zwar ohne den Umweg über die Nichtigkeitsbeschwerde (bzw. den Aufhebungsantrag): Während die Parteien (zeitlich begrenzt) einen *Antrag* auf Berichtigung (Nr. 1), Erläuterung (Nr. 2) oder Ergänzung (Nr. 3) des Schiedsspruches stellen können, kann das Schiedsgericht *von sich aus* eine *Berichtigung* des Schiedsspruches vornehmen.

Art. 34 übernimmt Art. 33 Modellgesetz, ist allerdings aus Gründen der Übersichtlichkeit etwas anders aufgebaut als Art. 33 Modellgesetz.

#### a) Berichtigung des Schiedsspruches (Absatz 1 Nr. 1)

Die Berichtigung von Schreib-, Rechen-, Druck- und anderen Fehlern ähnlicher Art ("offenbare Unrichtigkeit") kann beim Schiedsgericht *beantragt* werden. Solange der Schiedsspruch nicht bekanntgemacht ist, handelt es sich jedoch um keine solche Berichtigung eines Schiedsspruches, da ja noch kein Schiedsspruch besteht. Die "Berichtigung" ist dann eine ganz gewöhnliche Verbesserung, die nach Unterzeichnung des Schiedsspruches eines von allen Schiedsrichtern gefassten Beschlusses bedarf und bis zur Übersendung des Schiedsspruches an die Parteien möglich ist. Nach diesem Zeitpunkt ist die Berichtigung nur noch auf Antrag möglich. Bei der Berichtigung ist grosse Vorsicht geboten. Liegt in Wahrheit keine Berichtigung vor, d.h. keine Angleichung des Niedergeschriebenen an das Gewollte, sondern eine Änderung im Willen, dann unterliegt der Berichtigungsschiedsspruch der Aufhebung, weil das Schiedsgericht nicht mehr zuständig war (Art. 35 Abs. 2 lit. b). Die Berichtigung kann die Formel, den Tatbestand oder die Gründe ergreifen. Die gänzlich fehlende Begründung kann aber nicht durch "Berichtigung" nachgeholt werden.

Der Antrag auf Berichtigung ist auf 30 Tage ab Empfang des Schiedsspruches befristet, soweit keine andere Parteivereinbarung vorliegt (Abs. 2). Eine Berichtigung ist allerdings auch von Amtes wegen möglich, Absatz 4.

#### b) Erläuterung des Schiedsspruches (Absatz 1 Nr. 2)

Diese "authentische Interpretation" ist dem Schweizer Recht wohl bekannt; so regelt z.B. Art. 145 OG die "Erläuterung" wie folgt: "Ist der Rechtsspruch eines bundesgerichtlichen Entscheides unklar, unvollständig oder zweideutig oder stehen seine Bestimmungen untereinander oder mit den Entscheidungsgründen im Widerspruch oder enthält er Redaktions- oder Rechnungsfehler, so nimmt das Bundesgericht auf schriftliches Gesuch einer Partei die Erläuterung oder Berichtigung vor". Aus diesen Formulierungen wird deutlich, was unter Nr. 2 zu verstehen ist: ist der Schiedsspruch unklar, zweideutig, "dunkel" oder enthält er Widersprüche, die nicht unter Nr. 1 fallen, so kann um Erläuterung ersucht werden. Frist wie bei Nr. 1.

#### c) Ergänzung des Schiedsspruches (Absatz 1 Nr. 3)

Ob der geltend gemachte Anspruch im Tatbestand angegeben war, ist im Schiedsverfahren belanglos. Zweckmässig wird aber gegebenenfalls der Tatbestand berichtet, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts klarzustellen. In den Fällen der Ergänzung war das Schiedsverfahren nur scheinbar beendet. Es lag in Wahrheit ein Teilschiedsspruch vor. Das neue Verfahren über den übergangenen Anspruch muss völlig den Erfordernissen eines Schiedsverfahrens unterstehen. Es bedarf der erneuten Anhörung der Parteien, eines erneuten Schiedsspruches und einer neuen Wahrung

der Förmlichkeiten des Art. 30; eine neue Schiedsvereinbarung ist nicht nötig. Gegenstand der Ergänzung kann auch allein der Kostenpunkt sein; darüber s. o. zu Art. 32. Verweigert das Schiedsgericht die Ergänzung, so erlischt die Schiedsvereinbarung.

Frist für Parteiantrag wie bei Nr. 1.

d) Frist für Entscheidung

Gem. Absatz 3 soll das Schiedsgericht über Berichtigung und Erläuterung innerhalb 30 Tagen, über Ergänzung innerhalb von 60 Tagen entscheiden. Die Soll-Vorschrift erlaubt eine gewisse Verlängerung durch das Schiedsgericht selbst; unangemessene Verzögerung kann aber zur Aufhebung wegen fehlender Zuständigkeit (Art. 35 Abs. 2 lit. b) führen. Die kurzen Fristen sollen es auch ermöglichen, dass dasselbe Schiedsgericht und nicht etwa ein neues die Berichtigung usw. vornimmt.

e) Form der Entscheidung

Für alle drei Arten der Entscheidung gilt gemäss der Verweisung von Absatz 5 die Form von Art. 30. Das ist für die Ergänzung zwar einleuchtend, lag doch bis dahin nur ein Teilschiedsspruch vor. Für Erläuterung und Berichtigung erscheint diese Bestimmung des Modellgesetzes allerdings übertrieben; einer selbständigen "Anfechtbarkeit" gemäss Art. 35 kann man dann nur so entgegenwirken, dass man die Auffassung vertritt, wonach der Berichtigungs- und der Erläuterungsschiedsspruch keine selbständigen Schiedssprüche, sondern Bestandteile des ursprünglichen Schiedsspruchs sind.

## **Siebenter Titel: Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch**

1. Der ordnungsgemäss unterschriebene und bekanntgemachte (Art. 30) Schiedsspruch hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (Art. 33). Eine Niederlegung braucht es nicht (mehr), ja sie ist nicht einmal möglich. Liegt ein Aufhebungsgrund von Art. 35 vor, so ist der Schiedsspruch nicht von selbst rechtsunwirksam. Der Schiedsspruch hat trotz Aufhebbarkeit von Amtes wegen zu beachtende Rechtskraft, und zwar so lange, bis seine "Anfechtung" (so die Diktion von Artt. 190 und 192 IPRG) durch rechtskräftige Entscheidung als begründet anerkannt ist. Die Aufhebung ist also durchaus vergleichbar der Aufhebung eines Urteils in einem *Wiederaufnahmeverfahren*. Von daher unterscheidet sich die Aufhebungsklage nach Art. 35 nicht von dem Revisionsgesuch nach Art. 36: beide könnte man der Sache nach als *ausserordentliche Rechtsmittel* bezeichnen.

Der 7. Titel trägt gleichwohl nicht die Überschrift *Rechtsmittel*, sondern "Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch". Mit dieser Terminologie soll deutlich gemacht werden, dass man unter einem "Rechtsmittel" herkömmlicherweise nur die Überprüfung der Entscheidung eines *staatlichen* Gerichts durch ein anderes *staatliches* Gericht versteht. Mit der Aufhebungsklage und der Revision soll indessen die Überprüfung der Entscheidung eines *privaten* Gerichtes durch ein staatliches Gericht erfolgen. Das muss auch terminologisch durch die Verwendung des Begriffes Rechtsbehelf zum Ausdruck kommen. Diesen Begriff verwendet im übrigen auch das Modellgesetz in seiner Überschrift zu "Kapitel VII" und in der Bezeichnung von Art. 34 ("Aufhebungsklage als ausschliesslicher Rechtsbehelf gegen den Schiedsspruch"). Eine klare Terminologie ist auch deswegen am Platze, weil das IPRG insofern recht unklar gehalten ist: Während Art. 190 IPRG von "anfechten" und Art. 192 IPRG von "Anfechtung" spricht, verwendet Art. 192 die Marginalie "Rechtsmittel" und

benutzt Art. 191 IPRG den Begriff *Beschwerde(!)*-Instanz. Im Prozessrecht tut klare und eindeutige Begrifflichkeit besonders not.

2. Art. 35 verwendet neu den Begriff "*Aufhebungsklage* anstatt des Terminus "Nichtigkeitsbeschwerde" des Konkordats. Dies entspricht zum einen der Sprachregelung des Modellgesetzes, ist aber auch sachlich richtig, weil (s. oben 1.) der Schiedsspruch bis zu seiner Aufhebung volle Rechtswirksamkeit hat. Durch den Begriff "*Nichtigkeitsbeschwerde*" könnte der (falsche) Eindruck gefördert werden, der Schiedsspruch sei von Anfang an nichtig, was durch einen entsprechenden Entscheid des Staatsgerichts nur bestätigt, d.h. festgestellt werde. Dem ist aber gerade nicht so. Vielmehr ist die *Aufhebungsklage* eine *Gestaltungsklage*, denn ihr Ziel ist die rückwirkende Vernichtung des Schiedsspruchs. Vernichten kann man aber nur, was besteht.

3. Anders als das Modellgesetz, das keinen Rechtsbehelf "Revision" kennt, behält der 7. Titel den Rechtsbehelf der "Revision" (Konkordat Artt. 41-43) bei. Das hat seinen guten Grund: Eine Rechtsordnung, die das Modellgesetz ohne die "Revision" übernimmt, muss sich - nachdem das Institut als solches von der Sache her unverzichtbar ist, vgl. BGE 118 II 199 - mit der Argumentation behelfen (so etwa die Rechtslage in Deutschland seit 1. Januar 1998), die Revisionsgründe seien im *verfahrensrechtlichen ordre public* aufgegangen. Da erscheint es aber für die praktische Brauchbarkeit einer Regelung als sinnvoller, sie ausdrücklich im Gesetz aufzuführen - vor allem, nachdem sie als Regelung des Konkordats seit Jahrzehnten bekannt und bewährt ist.

4. Von den inhaltlichen Änderungen gegenüber dem Konkordat bzw. dem IPRG ist vor allem darauf hinzuweisen, dass die Aufhebungsgründe von Art. 36 Konkordat an Art. 190 IPRG bzw. Art. 34 Modellgesetz angepasst worden sind. S. dazu näher die Erläuterungen zu Art. 35.

#### Art. 35 Aufhebungsklage

<sup>1</sup> Gegen den Schiedsspruch kann beim Gericht Aufhebungsklage nach den Absätzen 2 und 3 erhoben werden.

<sup>2</sup> Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn die klagende Partei den Beweis erbringt,

a. dass die Bildung des Schiedsgerichts oder das Schiedsverfahren einer Bestimmung dieses Abschnitts oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat;

b. dass sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;

c. dass das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden.

<sup>3</sup> Ein Schiedsspruch kann ferner aufgehoben werden, wenn das Gericht feststellt,

a. dass der Gegenstand des Streites nach Schweizer Recht nicht schiedsfähig ist, oder

b. dass der Entscheid mit dem *ordre public* unvereinbar ist.

<sup>4</sup> Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muss die Aufhebungsklage innerhalb einer Frist von 90 Tagen erhoben werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an

dem die klagende Partei den Schiedsspruch empfangen hat, oder, falls ein Antrag nach Artikel 34 gestellt worden ist, mit dem Tag, an dem sie die Entscheidung über diesen Antrag empfangen hat.

<sup>5</sup> Ist eine Aufhebungsklage erhoben worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs und unter Fristsetzung für eine neue Entscheidung die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

<sup>6</sup> Die Aufhebung des Schiedsspruchs hat im Zweifel zur Folge, dass wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wieder auflebt.

<sup>7</sup> Die Aufhebung kann auf einzelne Teile des Schiedsspruchs beschränkt werden, sofern nicht die anderen davon abhängen.

Konkordat:	Artt. 36, 37
IPRG:	Artt. 190, 191
Modellgesetz:	Art. 34

#### Art. 35 (Aufhebungsklage)

Zum Rechtsbehelf der Aufhebungsklage siehe allgemein die Vorbemerkungen zum 7. Titel. Im folgenden sind daher nur noch die Aufhebungsgründe und einige Verfahrensdetails (Abs. 3-7) zu behandeln.

a) Die Aufhebungsgründe von Art. 35 Absatz 2 sind weithin wörtlich aus *Art. 190 Abs. 2 IPRG* übernommen worden. Dies bedeutet eine Abweichung nach zwei Seiten hin:

aa) Zum einen sind nicht die Bestimmungen von *Art. 36 Konkordat* übernommen worden. Das bewirkt allerdings, von wenigen zu beschreibenden Ausnahmen abgesehen, *keine sachliche Änderung* gegenüber der früheren Rechtslage nach Konkordat. Alle Aufhebungsgründe von Art. 35 Abs. 2 finden sich auch schon im Konkordat, allerdings sind umgekehrt nicht alle Aufhebungsgründe von Art. 36 Konkordat in Art. 35 übernommen worden.

bb) Zum anderen folgt Art. 35 Abs. 2 *nicht* dem Vorbild von Art. 34 Abs. 2 *Modellgesetz*. Die Aufhebungsgründe des Modellgesetzes sind nämlich wörtlich aus Art. V des UN-Übereinkommens vom 10. Juni 1958 entnommen. Dies (d.h. die Übernahme der Bestimmungen des Modellgesetzes) hätte zweifellos im internationalen Verhältnis grosse Vorteile, weil ausländische Benutzer davon ausgehen könnten, dass die Aufhebungsgründe des Schweizer Rechts ganz den Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsversagungsgründen von Art. V UN-Übereinkommen entsprechen. *Kompliziert* wäre diese Lösung allerdings deswegen, weil die Übernahme von auf internationale Verhältnisse zugeschnittenen Kollisionsregeln für *nationale* Verhältnisse keine grosse Bedeutung hat. Es empfahl sich deswegen im Sinne einer gewissen Vereinheitlichung jedenfalls die Übernahme der Aufhebungsgründe des IPRG auch für nationale Schiedsverfahren. Diese entsprechen im übrigen der Sache nach ganz der Bestimmung von Art. V UN-Übereinkommen, so dass der Unterschied zu Art. V UN-Übereinkommen lediglich in der *technischen Formulierung* der Aufhebungsgründe besteht.

b) Ein Schiedsspruch kann nach *Absatz 2* aufgehoben werden, wenn die klagende Partei den Beweis gewisser Tatsachen erbringt, während eine Aufhebung nach *Absatz 3* voraussetzt, dass das Gericht bestimmte Tatsachen feststellt. Aus diesen

unterschiedlichen Formulierungen der Absätze 2 und 3 ergibt sich, dass die Aufhebungsgründe von Absatz 3 von Amtes wegen zu beachten sind, während die Aufhebungsgründe von Absatz 2 vom Antragsteller "geltend zu machen" sind.

Diese Differenzierung ist in dieser Deutlichkeit dem Schweizer Recht bisher nicht geläufig. Gemäss Konkordat kann Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, um einen bestimmten Nichtigkeitsgrund "geltend zu machen" - woraus im übrigen auch schon das Missverständnis entstehen kann, als ob eine bloss (eventuell substituierte) Behauptung oder eine Glaubhaftmachung genüge. Das IPRG schweigt sich hierüber sogar ganz aus. Demgegenüber stellen die neuen Formulierungen eindeutig klar, dass zwar für beide Absätze die Beweislast für das Vorliegen des Aufhebungsgrundes bei der klagenden Partei liegt, dass aber die Rügepflicht nur bei Abs. 2 gilt, während für Abs. 3 der Untersuchungsgrundsatz gilt (dies entspricht im übrigen ganz dem Art. V des UN-Übereinkommens von 1958).

c) Die Aufhebungsgründe von Absatz 2 entsprechen im wesentlichen Art. 36 Konkordat; da sie sich mit den Aufhebungsgründen von Art. 190 Abs. 2 lit. a-c IPRG decken, kann zu ihrer Interpretation auf die inzwischen reichhaltige Judikatur und Literatur zu Art. 190 IPRG verwiesen werden und behält diese ihren Wert auch für Art. 35 BZPO. Dies dürfte für die Praxis einen wesentlichen Vorteil darstellen. Im folgenden kann sich die Erläuterung also auf die *Änderungen von Art. 35 gegenüber Art. 36 Konkordat* beschränken.

aa) Lit. a-c Konkordat kehren in lit. a-c von Absatz 2 wieder, allerdings bei lit. c ohne den Punkt, "es habe Rechtsbegehren unbeantragt gelassen". Diese Rüge kann nicht zur Aufhebung des Schiedsspruches in den beurteilten Punkten führen, sondern muss mit einem Antrag auf Ergänzung des Schiedsspruches (Art. 34 Abs. 1 Ziff. 3) geltend gemacht werden.

bb) Lit. d Konkordat bezieht sich auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. die Bemerkungen zu Art. 23); sie geht in Absatz 3 auf, s. dazu unten dd).

cc) Wenn der Schiedsspruch nicht die in der Schiedsvereinbarung erwähnten Streitpunkte betrifft oder über die Grenzen der Schiedsvereinbarung hinausgeht, ist der Aufhebungsgrund von Abs. 2 lit. c gegeben (Überschreiten der Schiedsvereinbarung). Dies gilt aber auch für die Situation des *ultra petita* gemäss lit. e Konkordat: Art. 190 Abs. 2 lit. c IPRG (= Art. 35 Abs. 2 lit. c) umfasst beide Situationen und fasst damit die Aufhebungsgründe von Art. 36 lit. c und e Konkordat zusammen (so BGE 116 II 639 E. 3a).

dd) Lit. f Konkordat stellt eine unerwünschte (vgl. Art. 27 Abs. 3 IPRG) *révision au fond* dar und war der Hauptgrund für Angriffe gegen das Konkordat, vor allem im internationalen Verhältnis. Von folgendem ist auszugehen:

Ein *ausländischer Schiedsspruch* kann - wie auch ein ausländisches *Urteil* (Art. 27 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 27 Nr. 1 Lugano-Übereinkommen) - materiell-rechtlich nur daraufhin überprüft werden, ob der Entscheid vor dem *ordre public* standhält (Art. V Abs. 2 lit. b UN-Übereinkommen). Dasselbe gilt für einen *inländischen* Schiedsspruch in einem internationalen Verhältnis (Art. 190 Abs. 1 lit. e IPRG). Lediglich für einen inländischen Schiedsspruch in einem *nationalen* Verhältnis (Art. 36 lit. f Konkordat) hat bisher etwas anderes gegolten, nämlich eine Überprüfung auf Willkür.

Dabei sind beide Begriffe durchaus unterschiedlich zu interpretieren: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Anfechtungsgrund von Art. 190 Abs. 1 lit. e IPRG (*ordre public*) im Vergleich mit Art. 36 lit. f Konkordat (Willkür) *enger* zu interpretieren. Mit anderen Worten: Die Kontrolldichte bei Willkür ist grösser als die

bei einem ordre-public-Verstoss. Oder noch anders formuliert: Selbst klare Rechtsverletzungen und offensichtlich falsche Tatsachenfeststellungen sind (zwar willkürlich im Sinne des Konkordats, jedoch) für sich allein nicht geeignet, den ordre public zu verletzen (BGE 116 II 634; unveröffentlichter Entscheid vom 8. September 1999, 4 P. 108/1999, E. 3a).

Für eine solche Ungleichbehandlung (in einem von 4 Fällen Willkürüberprüfung, d.h. grössere Kontrolldichte, in den 3 anderen Fällen lediglich ordre-public-Überprüfung) gibt es keine Rechtfertigung. Die Parteien wollen mit einer Schiedsvereinbarung ihre Streitigkeit den staatlichen Gerichten entziehen. Nur in sehr begrenztem Umfang soll eine Überprüfung durch staatliche Gerichte möglich sein. Was die materiell-rechtliche Seite der Überprüfung angeht, so würde eine Willkür-Überprüfung im Sinne von Art. 36 lit. f. Konkordat jedes Schiedsverfahren entwerten.

Die bisherige Situation enthält eine Ungleichbehandlung inländischer Schiedssprüche. Selbst wenn in einem Schiedsverfahren gemäss IPRG Schweizer Recht angewandt worden ist, findet nur eine ordre-public-Kontrolle statt - bei einem Verfahren gemäss Konkordat dagegen eine (engere) Willkürüberprüfung. Dafür gibt es keine Berechtigung, weshalb Art. 36 lit. f Konkordat zugunsten von Art. 35 Abs. 3 lit. b aufzugeben ist.

Ein Verstoss gegen den ordre public kann sich sowohl als solcher gegen den materiell-rechtlichen als auch als solcher gegen den verfahrensrechtlichen ordre public darstellen (vgl. dazu näher *Walter/Bosch/Brönnimann*, S. 231 ff.). Letzterer liegt vor, wenn unabdingbare Minimalia eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht beachtet worden sind. Dazu gehören die Prinzipien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der (Schieds-)Richter; Anspruch auf rechtliches Gehör; Gleichbehandlung der Parteien im Verfahren; Anspruch auf ein faires Verfahren usw. (siehe dazu zuletzt BGE 126 III 249 E. 3b sowie BGE 128 III 191 E.4a).

Aus diesem Grunde war der Rügegrund von Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG - weil als klar zum verfahrensrechtlichen ordre public gehörend - nicht als solcher wörtlich in Art. 35 zu übernehmen; die Rüge eines Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist die Rüge eines Verstosses gegen den verfahrensrechtlichen ordre public - und damit (sogar von Amtes wegen) gemäss Absatz 3 zu prüfen (BGE 126 III 249 E. 3a; BGE 117 II 346 E. 1a S. 347).

ee) Lit. g Konkordat ist ein Anwendungsfall von Art. 35 Abs. 2 lit. b.

ff) Lit. h Konkordat ist in seinem ersten Teil (Artikel 33 sei missachtet worden) durch Abs. 2 lit. a abgedeckt; die Erweiterung von lit. a gegenüber Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG geht auf Art. 34 Abs. 2 lit. a i.V.m. dem *Modellgesetz* zurück.

In seinem zweiten Teil (Spruchformel sei unverständlich oder widersprüchlich) wird lit. h durch Art. 34 abgedeckt: Ist die Spruchformel unklar - was nicht der Fall ist, wenn die Spruchformel unter Hinzunahme der Gründe verständlich ist, vgl. *Rüede/Hadenfeldt*, § 46 II 9 m.w.N. -, so haben die Parteien ihre Erläuterung durch erneute Anrufung des Schiedsgerichts (Erläuterung, evtl. Berichtigung) herbeizuführen.

gg) Lit. i Konkordat schliesslich beruht auf einer rechtsstaatlich nicht akzeptablen Situation, dass nämlich die Schiedsrichter selbst *im Schiedsspruch* über die *Höhe ihres Honorars* entscheiden und sich damit gleich einen Vollstreckungstitel schaffen. Nie sind die Schiedsrichter berechtigt, ihre Gebühren selber festzusetzen. In den Schiedsspruch dürfen die Kosten der Schiedsrichter nur aufgenommen werden,

wenn sie schon feststehen (vgl. Erläuterungen zu Art. 28). Die Kosten stehen dann fest, wenn sie im Schiedsrichtervertrag oder in einem späteren Abkommen der Schiedsrichter mit beiden Parteien der Höhe nach festgelegt sind. Insofern scheidet eine "offensichtliche Übersetzung" von vornherein aus. Im übrigen obliegt die Entscheidung über die Kosten der Schiedsrichter dem staatlichen Gericht, bei dem die Schiedsrichter gegen den klagen können, der nach ihrem Schiedsspruch die Kosten zu tragen hat (sofern das Schiedsgericht überhaupt entschieden hat, bevor seine Kosten vorschussweise bezahlt waren). Ist die Kostenfestsetzung bezüglich der vorschussweise gezahlten Schiedsrichterkosten andererseits nicht zutreffend, müssen die Parteien ihrer Ansicht nach zuviel gezahlte Schiedsrichterkosten ebenfalls ausserhalb des Schiedsverfahrens von den Schiedsrichtern zurückverlangen.

Nachdem Art. 28 diese Dinge klarstellt, ist auch lit. i überflüssig geworden.

d) Die Aufhebungsgründe von Absatz 3 bestehen aus dem *ordre-public*-Verstoss und aus der fehlenden Schiedsfähigkeit.

aa) Zur *ordre public*-Widrigkeit siehe schon oben c) dd).

bb) Mangelnde *Schiedsfähigkeit* fällt an sich schon unter Abs. 2 lit. b; die fehlende Schiedsfähigkeit soll jedoch von Amtes wegen beachtet werden (s. dazu oben b), weshalb sie in Abs. 3 eigens aufzuführen war.

e) Absatz 4 enthält eine Frist von 90 Tagen für die Erhebung der Aufhebungsklage. Diese Frist ist länger als die 30-Tage-Frist von Art. 37 Konkordat (und nach IPRG); dies folgt aus der Übernahme der Frist des Modellgesetzes (Art. 34 Abs. 3). Allerdings wird diese Frist unter den Vorbehalt gestellt, dass die Parteien nichts anderes vereinbaren. Die Ausweitung der Frist soll gewährleisten, dass eventuelle Vergleichsverhandlungen der Parteien über Modalitäten der Erfüllung des Schiedsspruches nicht unter Zeitdruck geraten und eine Aufhebungsklage nur rein vorsorglich (zur Fristwahrung) erhoben werden muss. Im übrigen besteht für Aufhebungsklage und Revisionsgesuch dieselbe Frist (vgl. Art. 36 Abs. 2).

Die Frist *beginnt* (Abs. 4 Satz 2) mit Empfang des Schiedsspruchs durch den Kläger oder, falls ein Antrag auf Berichtigung usw. gemäss Art. 34 gestellt worden war, mit Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Die Frist von Satz 2 verlängert sich jedoch nicht, wenn über den Antrag auf Berichtigung usw. bis Fristablauf nicht entschieden ist.

f) Gemäss Art. 39 Konkordat kann das Gericht nach seinem Ermessen "den Schiedsspruch an das Schiedsgericht zurückweisen und ihm eine Frist zur Berichtigung oder Ergänzung desselben setzen". Absatz 5 greift diesen Gedanken auf, modifiziert ihn allerdings etwas: Die Regelung von Art. 39 Konkordat bedeutet in der Sache (Zurückweisung an das Schiedsgericht mit Fristsetzung) eine *Aussetzung* des Aufhebungsverfahrens, um "dem Schiedsgericht Gelegenheit zu geben ..., die Gründe für die Aufhebung [des Schiedsspruchs] zu beseitigen" (so wörtlich Art. 34 Abs. 4 Modellgesetz). Der Grund für die vorliegende (dem neuen deutschen Recht, § 1059 Abs. 4 D-ZPO, entsprechende) andere Lösung liegt darin, dass bei dem erneuten Schiedsspruch Aufhebungsgründe in aller Regel nicht mehr vorliegen dürfen und deshalb ein frühzeitiger Abschluss des Aufhebungsverfahrens durch *Aufhebung* des Schiedsspruchs dem Bestreben nach Entlastung der staatlichen Justiz entgegenkommt.

"Geeignete Fälle" sind dabei solche, in denen der Schiedsspruch aus rein formalen Gründen aufzuheben ist, also wegen nicht ordnungsgemässer Besetzung des Schiedsgerichts, nicht ordnungsgemässer Vertretung der Parteien oder Entschei-

dung ultra petita z.B. Widerspricht die Gegenpartei der antragstellenden Partei, so liegt in der Regel kein geeigneter Fall vor.

Zurückverwiesen wird an *dasselbe Schiedsgericht*, dessen Entscheid aufgehoben wird; sein Amt war in diesem Fall nicht durch Erlass des Schiedsspruchs beendet. Das Schiedsgericht hat dann unter Vermeidung desselben Fehlers erneut zu entscheiden. Für das Schiedsgericht ist zwar die gerichtliche Entscheidung des Aufhebungsprozesses nicht im Sinne einer Weisung bindend, vergleichbar Art. 66 Abs. 1 OG. Dennoch aber werden Schiedsrichter ersatzpflichtig, wenn sie dieselben Verstösse bewusst wieder begehen.

g) Absatz 6 behandelt die Wirkung der Aufhebung des Schiedsspruchs auf das Schiedsverfahren: die Schiedsvereinbarung "lebt wieder auf", falls ("im Zweifel") die Parteien nicht einen entgegenstehenden Willen haben. Mit dieser Bestimmung wird zwar auf Art. 40 Abs. 4 Konkordat rekuriert, allerdings mit einer wichtigen Abweichung: Es lebt nur die Schiedsvereinbarung (die eigentlich mit Erlass des Schiedsspruches regelmässig infolge Zweckerfüllung für den entschiedenen konkreten Rechtsstreit ausser Kraft getreten ist) wieder auf; das Amt des Schiedsgerichts jedoch soll nicht wieder aufleben, d.h. es ist mit Erlass des Schiedsspruchs erloschen. Damit wird eine *Schwäche* von Art. 40 Abs. 4 Konkordat beseitigt, die darin besteht, dass zwar grundsätzlich "die gleichen [recte: dieselben] Schiedsrichter" den neuen Entscheid fällen, sie jedoch wegen ihrer Teilnahme am früheren Verfahren (zu Recht) abgelehnt werden können. Die neue Rechtslage ist derjenigen nach Konkordat überlegen: Die Parteien sind somit in der Lage, mit einem neuen, "unbelasteten" Schiedsgericht einen zweiten Anlauf zu unternehmen (ohne diesen neuen Anlauf gleich zu Beginn mit Ablehnungsgesuchen - auch atmosphärisch - zu belasten). Selbstverständlich können aber auch die "alten" Schiedsrichter erneut bestellt werden.

h) Art. 190 IPRG unterscheidet zwischen dem "Entscheid" (Abs. 1) und einem "Vorentscheid" (Abs. 3). Gemeint ist damit offensichtlich die Differenzierung zwischen "Endentscheiden" und "Vor- oder Zwischenentscheiden", wie sie dem OG (Art. 48 einerseits, Artt. 49 und 50 andererseits) geläufig ist. Vorentscheide im Sinne von Art. 190 Abs. 3 IPRG sind also Nicht-Endentscheide mit Präjudizwirkung für den weiteren Verlauf des Verfahrens. Sie sollen nur aus den in Abs. 2 lit. a und b genannten Gründen, d.h. die korrekte Zusammensetzung und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffend, angefochten werden können.

Art. 35 kann auf eine solche Differenzierung verzichten, und zwar aus zwei Gründen: Absatz 1 sieht die Möglichkeit einer Aufhebungsklage "gegen den Schiedsspruch" vor. Unter "Schiedsspruch" in diesem Sinne kann man aber nur diejenigen Entscheidungen des Schiedsgerichts verstehen, die über den prozessualen Anspruch ganz oder zum Teil (Vollend- oder Teilendschiedsspruch; deshalb braucht es eigentlich auch gar keine besondere Bestimmung für Teilschiedssprüche, vgl. Bemerkungen zu Art. 30 Abs. 5) entscheiden. Daraus folgt, dass Entscheidungen des Schiedsgerichts, die diesen Voraussetzungen nicht entsprechen, nicht als Schiedsspruch aufzufassen sind.

Zum anderen ist das Anliegen von Art. 190 Abs. 3 IPRG durch Artt. 17 und 20 dieses Titels verwirklicht:

aa) Der Rügegrund von Art. 190 Abs. 2 lit. a (vorschriftswidrige Bestellung des Schiedsgerichts) ist primär im *Ablehnungsverfahren* gemäss Art. 17 geltend zu machen. Teilt die beschwerte Partei einen Ablehnungsgrund nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung dem Schiedsgericht und der Gegenpartei mit, so *verwirkt* sie die

Möglichkeit einer Anfechtung nach Art. 190 Abs. 2 lit. a IPRG (BGE 126 III 249 E. 3c; Bundesgericht ASA-Bull. 1994, S. 415 E. 4).

bb) Der Rügegrund von Art. 190 Abs. 2 *lit. b* (Unzuständigkeit des Schiedsgerichts) ist gem. Art. 20 Abs. 2 spätestens mit der Klagebeantwortung vorzubringen. Das Schiedsgericht entscheidet sodann ebenfalls in der Regel durch Zwischenentscheid, Art. 20 Abs. 3 S. 1; dieser Entscheid kann an das Staatsgericht "weitergezogen" werden, Abs. 3 S. 2. In der Sache enthält also auch dieses Titels die Regelung von Art. 190 Abs. 3 IPRG. Die gegenüber Art. 35 kürzere Frist von Art. 20 Abs. 3 S. 2 (30 Tage) erklärt sich daraus, dass die Zuständigkeitsfrage (bei womöglich weiterlaufendem Schiedsverfahren, vgl. Art. 20 Abs. 3 S. 3) möglichst schnell durch das Staatsgericht geklärt werden sollte.

i) Eine teilweise Aufhebung des Schiedsspruchs, Absatz 7, ist dann zulässig, wenn der Aufhebungsgrund nur einen Teil des Schiedsspruchs erfasst und eine in sich abgeschlossene, eines Teilurteils fähige Entscheidung übrigbleibt. Das Konkordat bringt dies in Art. 40 Abs. 2 mit der Formulierung zum Ausdruck, "sofern nicht die anderen [Teile] davon abhängen". Gemeint ist damit nichts anderes; diese Formulierung ist deshalb für Absatz 7 übernommen worden. Eine teilweise Aufhebung ist auch zulässig, wenn der Anspruch quantitativ teilbar ist, etwa eine Geldforderung betrifft.

#### Art. 36 Revision

<sup>1</sup> Die Revision eines Schiedsspruchs kann verlangt werden:

a. wenn durch Handlungen, die das Schweizer Recht als strafbar erklärt, auf den Schiedsspruch eingewirkt worden ist. Diese Handlungen müssen durch ein Strafurteil festgestellt sein, es sei denn, ein Strafverfahren könne aus anderen Gründen als mangels Beweisen nicht zu einem Urteil führen;

b. wenn der Gesuchsteller nachträglich neue erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die er im Schiedsverfahren nicht beibringen konnte.

<sup>2</sup> Das Revisionsgesuch ist innerhalb einer Frist von 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes, spätestens jedoch innerhalb von fünf Jahren nach Empfang des Schiedsspruchs beim zuständigen Gericht einzureichen.

<sup>3</sup> Ist das Revisionsgesuch gutzuheissen, so wird der Schiedsspruch aufgehoben; Artikel 35 Absätze 6 und 7 gelten entsprechend.

Konkordat:	Artt. 41-43
IPRG:	-
Modellgesetz:	-

#### Art. 36 (Revision)

Das Bundesgericht (BGE 118 II 199) hat das Fehlen von Bestimmungen betreffend die Revision von *internationalen* Schiedsentscheiden im *IPRG* zu Recht als eine Gesetzeslücke angesehen, die durch den Richter auszufüllen sei (E. 2). Es hat dabei allerdings nicht die Bestimmungen des Konkordats (Artt. 41-43), sondern *Art. 137 bzw. Artt. 140 - 143 OG* analog angewandt (E. 4) - aus der Überlegung heraus, dass

das *Bundesgericht* das zuständige Gericht und deswegen "sein Recht", d.h. eben das OG, anzuwenden sei.

Bei einer Neuformulierung der Bestimmungen über die Revision im Recht der Binnen-Schiedsgerichtsbarkeit ist der Gesetzgeber natürlich frei, ob er sich eher an den Wortlaut der Bestimmungen des OG oder des Konkordats über die Revision halten möchte. Die vorliegende Fassung verwendet Elemente aus beiden Regelwerken.

a) Absatz 1 lit. a übernimmt die Revisionsgründe der strafbaren Einwirkung auf den Schiedsspruch aus Art. 41 lit. a Konkordat, ohne dass ein inhaltlicher Unterschied zu Art. 137 lit. a OG bestünde. Ein Vorzug der Formulierung des Konkordates gegenüber dem OG besteht jedoch darin, dass durch "Handlungen, die das schweizerische Recht als strafbar erklärt", auf den Schiedsspruch eingewirkt worden sein muss, während dies nach OG "durch ein Verbrechen oder Vergehen" erfolgt sein muss. Bei einem Vergleich erscheint das Abstellen auf den Begriff der Straftat (= "Handlungen, die das schweizerische Recht als strafbar erklärt") gegenüber dem des "Verbrechens oder Vergehens" jedoch vorzugswürdig, weil der Begriff der Straftat durch Veränderungen im materiellen Strafrecht unberührt bleibt, während Änderungen in den Deliktskategorien des Allgemeinen Teils des StGB unweigerlich zu Änderungen im Revisionsrecht führen müssten.

b) Absatz 1 lit. b hingegen übernimmt für die Revisionsgründe der (eigentlich) "neuen Tatsachen" die sprachlich kürzere und elegantere Formulierung von Art. 137 lit. b OG. Zwar kann man darüber streiten, ob derartige Revisionsgründe gegenüber einem Schiedsspruch (anders als bei einem Urteil) wirklich zum Zuge kommen sollen, weil die Prüfung dieser Revisionsgründe eine materielle Beurteilung der Sache durch das staatliche Gericht erfordert - und damit zu einer *révision au fond* führt. Das deutsche Recht z.B. verzichtet aus diesem Grunde auf eine derartige Bestimmung (vgl. *Schwab/Walter*, 6. Aufl., S. 269 unten). Indessen hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 11. März 1992 derartigen Überlegungen entgegengehalten, ein solcher Revisionsgrund sei "*généralement reconnu en droit judiciaire suisse*" (BGE 118 II 199 E. 4 S. 204); "*il doit ainsi être maintenu*". Dagegen kommen natürlich die Revisionsgründe von Art. 136 OG gegenüber einem Schiedsspruch nicht zum Zuge - diese fallen unter die Aufhebungsgründe gemäss Art. 35 (so auch Bundesgericht, a.a.O.).

Für das Verständnis von Absatz 1 kann demgemäss auf die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 137 OG zurückgegriffen werden.

c) Nach Absatz 2 ist das Revisionsgesuch binnen 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes, spätestens jedoch binnen 5 Jahren nach Empfang des Schiedsspruchs einzureichen.

Ein Unterschied dieser Bestimmung zu Art. 42 Konkordat besteht in der verlängerten *relativen* Frist (von 60 auf 90 Tage). Dies erklärt sich aus der Angleichung der Frist an diejenige für die Aufhebungsklage: Sie sollte auf jeden Fall nicht kürzer sein. Zwar ist die Frist für ein Revisionsgesuch nach Konkordat doppelt so lange (60 Tage) wie für eine Nichtigkeitsbeschwerde (30 Tage); daraus kann man aber nicht generell schliessen, dass die Frist für ein Revisionsgesuch länger sein müsse als für eine Aufhebungsklage. Angesichts von deren grosszügig bemessener Länge von 90 Tagen erscheint dieselbe Frist auch für das Revisionsgesuch als ausreichend.

Während der Fristenlauf nach Art. 42 Konkordat mit der "Zustellung" des Schiedsspruchs beginnt, ist nach Absatz 2 der "Empfang" des Schiedsspruches massgebend.

bend. Dies ergibt sich aus Art. 30 Abs. 4, der nicht mehr "Zustellung" verlangt, sondern nur (noch) "Übersendung".

d) Die Folgen einer *Gutheissung* des Revisionsgesuches regelt Absatz 3. Dabei besteht ein wichtiger Unterschied gegenüber der Regelung des Konkordats in Art. 43:

Gemäss Konkordat wird die Streitsache zur *Neubeurteilung* an das *Schiedsgericht* zurückgewiesen (Abs. 1). Schiedsvereinbarung und Schiedsrichterverträge leben also wieder auf; es handelt sich somit um eine *Fortsetzung* des ursprünglichen Verfahrens. Dabei sind allerdings die Regelungen des Konkordats über die Ersetzung von Schiedsrichtern (Abs. 2) unklar. Im übrigen geht aber auch das Konkordat von der möglichen Notwendigkeit aus, dass ein neues Schiedsgericht gebildet werden muss (Abs. 3); andernfalls kann eine Fristverlängerung für das alte (Abs. 4) verlangt werden.

All diesen Schwierigkeiten beugt Absatz 3 mit einer klaren und eindeutigen Regelung vor: Ist das Revisionsgesuch gutzuheissen, so wird der Schiedsspruch aufgehoben. Daraus folgt ausserdem, dass (wie die Verweisung auf Art. 35 Abs. 6 ergibt) zwar die *Schiedsvereinbarung* wieder auflebt, nicht aber die *Schiedsrichterverträge*: Es soll und muss ein neues, unbelastetes Schiedsgericht nunmehr den Streit entscheiden. Die Revision bezweckt die Durchführung eines *neuen* und korrekten Verfahrens; dies ist nur mit einem neuen Schiedsgericht möglich.

Die Möglichkeit einer *Teilaufhebung* soll wie bei der Aufhebungsklage weiterhin möglich sein; es war deshalb auch ein Verweis auf Art. 35 Abs. 7 erforderlich.

## **Achter Titel: Vollstreckung der Schiedssprüche**

1. Das heutige System der Zwangsvollstreckung von Schiedssprüchen in der Schweiz ist durch zahlreiche Unklarheiten und Doppelspurigkeiten gekennzeichnet; kein Wunder: es wird von Konkordat und IPRG nicht geregelt. Hinzu kommt der Dualismus von Vollstreckung gemäss SchKG und gemäss kantonalem Prozessrecht.

a) Gemäss Art. 44 Konkordat kann ein Gericht auf Gesuch einer Partei eine *Vollstreckbarkeitsbescheinigung* erteilen. Dieses Gericht prüft, ob ein wirksamer Schiedsspruch vorliegt (oder nur z.B. ein Schiedsgutachten), ob die Streitsache schiedsfähig ist, und ob keine Anfechtungsmöglichkeiten mehr gegeben sind. Eine *weitergehende* Überprüfung des Schiedsspruches, etwa bezüglich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung oder von wesentlichen Verfahrensmängeln, nimmt das "Bescheinigungsgericht" nicht vor. Auch die Frage der zwischenzeitlichen Erfüllung wird nicht geprüft.

b) Diese Vollstreckbarkeitsbescheinigung begründet nun aber nicht etwa die Vollstreckbarkeit, sondern bescheinigt sie eben nur (keine konstitutive, sondern lediglich *deklaratorische* Wirkung der Bescheinigung). Das bedeutet einmal, dass der Beweis der Vollstreckbarkeit auch auf andere Weise als durch die Bescheinigung erbracht werden kann, und zum anderen, dass die Bescheinigung wirkungslos wird, wenn der Schiedsspruch aufgrund Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben oder sonst wirkungslos wird (vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. c).

c) Auch das *Verfahren* zur Erteilung der Bescheinigung ist streitig: Ob die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit gegeben sind, soll der Richter in *summarischer* Weise *von Amtes wegen* überprüfen; zweifelhaft ist indessen, ob der Antragsgegner *anzuhören* ist (vgl. SchKG-*Stahelin*, Art. 80 N 18). Streitig ist z.B. auch die

Behandlung der Rüge fehlender ordnungsgemässer Zustellung: während nach einer Auffassung diese Rüge vom "Bescheinigungsrichter" zu prüfen ist, gehört sie nach anderer Auffassung ins Rechtsöffnungsverfahren (vgl. SchKG-*Staehelin*, Art. 80 N 19).

d) Gegen einen für *vollstreckbar erklärten* Schiedsentscheid aus demselben Kanton sollen sodann nur noch die Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG erhoben werden können (BGE 117 III 59 f.), während gegen einen ausserkantonalen Schiedsspruch im Vollstreckungsverfahren nach SchKG die Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 2 erhoben werden können sollen (z.B. nicht ordnungsgemässe Ladung!); oder auch: der Anspruch auf unabhängige Schiedsrichter sei nicht gewährleistet gewesen (BGE 101 Ia 523) - was richtigerweise eine *ordre-public*-Prüfung bedeutet (vgl. zu letzterem SchKG-*Staehelin*, Art. 81 N 25 f.).

e) Aus allem folgt, dass das heutige System der Vollstreckung unter der Tatsache von drei verschiedenen Prüfungsinstanzen leidet ("Bescheinigungsrichter", Vollstreckungsrichter, Rechtsöffnungsrichter), dass ihre Prüfungs Kompetenzen nicht klar voneinander abgegrenzt und damit streitig sind, und dass daraus auch unkoordinierte Auffassungen über Bindung bzw. Nicht-Bindung an den Entscheid einer jeweils anderen Prüfungsinstanz folgen. Als weitere Instanz tritt noch das Gericht der Nichtigkeitsbeschwerde hinzu, um die Schwierigkeiten zu erhöhen.

2. Die Kompliziertheit und Unklarheit des heutigen Systems hängt mit der Rechtsnatur der Vollstreckbarkeitsbescheinigung zusammen. Eliminiert man diesen Zwitter und schafft man stattdessen eine konstitutive Vollstreckbarkeitserklärung, wird vieles einfacher und besser verständlich. Zur Erläuterung:

a) Der Staat kann die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch Private bei Einverständnis der Parteien in gewissem Umfang dulden. Er erlaubt ein privates Verfahren und eine private Entscheidung des Rechtsstreits, der er sogar dieselben Wirkungen wie einem Urteil beilegt (Art. 33). Wo öffentliche Interessen berührt werden, muss indes seine Duldsamkeit aufhören. Das aber ist bei der Zwangsvollstreckung immer der Fall. Der Staat muss sich also das Recht vorbehalten, einen Schiedsspruch zu einem zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel durch staatliche Verleihung zu machen, d.h. die staatlichen Gerichte müssen die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches *ausdrücklich ausgesprochen* haben.

b) Genau diese Sicht der Dinge hat man auch bei der Vollstreckung von ausländischen Urteilen, wo das IPRG - bei Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen der Artt. 25-27 - für eine Vollstreckung in der Schweiz eine ausdrückliche Vollstreckbarerklärung verlangt, Art. 29 IPRG. Die Situation ist jedoch für *Schiedssprüche* (ob inländische oder ausländische, spielt dabei keine Rolle) genau dieselbe wie für ausländische Urteile: In beiden Fällen handelt es sich nicht um Entscheidungen inländischer staatlicher Justiz. Im einen Fall (ausländisches Urteil) handelt es sich um eine Entscheidung *ausländischer* staatlicher Justiz, im anderen Fall (Schiedsspruch) um eine Entscheidung *privater* Justiz. Beide Entscheidungen haben zu einer Entscheidung der inländischen staatlichen Justiz denselben Abstand: In beiden Fällen muss ein inländischer staatlicher Richter prüfen, ob er ihnen dieselben Wirkungen, in casu die Wirkung der *Vollstreckbarkeit*, zukommen lassen möchte wie einem Urteil eines inländischen staatlichen Gerichts. Diese Entscheidung ist jedoch so wichtig, dass sie einen besonderen ausdrücklichen Entscheid verlangt, eben die Vollstreckbarerklärung.

Dass eine Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs, der auf eine Geldleistung lautet, ausserhalb eines Rechtsöffnungsverfahrens auch schon nach bisherigem

Recht möglich war, hat das Bundesgericht in BGE 116 Ia 394 E. 2 entschieden. Dabei ging es vor allem um die Frage, ob es *Bundesrecht* den *Kantonen* untersage, ausserhalb eines Betreibungsverfahrens für die Vollstreckbarerklärung ausländischer, auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteter Urteile und Schiedssprüche ein Exequaturverfahren zur Verfügung zu stellen, obwohl ein Staatsvertrag (Art. 81 Abs. 3 SchKG) anwendbar ist. Die verneinende Antwort des Bundesgerichts erlaubt natürlich erst recht den Schluss, dass das neue (Bundes-)Zivilprozessrecht generell vorgängig einer Rechtsöffnung eine Vollstreckbarerklärung verlangen kann. Die vom Bundesgericht dabei noch offen gelassene Frage einer *Bindungswirkung* des Rechtsöffnungsrichters an diesen Entscheid in einer späteren Betreibung ist zu bejahen: Für den Rechtsöffnungsrichter bleibt nur noch die Prüfung *nachträglich entstandener* Einwendungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG.

c) Das Verfahren auf Erteilung der Vollstreckbarerklärung ist kein Vollstreckungsverfahren, sondern ein spezielles Erkenntnisverfahren. Es hat mit der Zwangsvollstreckung selbst nichts zu tun, sondern schafft nur einen Titel als *Voraussetzung* hierfür. Auf der anderen Seite aber steht damit fest, dass die eigentlichen *Vollstreckungsorgane* selbst keine selbständige Prüfung der Vollstreckbarkeit mehr anstellen dürfen, sondern an die Entscheidung des Vollstreckbarerklärungs- (= Exequatur-)Gerichts gebunden sind. Lediglich die *nachträglich* eingetretenen Fälle von Tilgung, Stundung, Verjährung (vgl. Art. 81 Abs. 1 SchKG) dürfen vom Vollstreckungsorgan noch berücksichtigt werden.

d) Andererseits muss eine Koordination mit dem Verfahren der Aufhebungsklage (und entsprechender Bindung) stattfinden. Dies wird dadurch erreicht, dass der Antrag auf Vollstreckbarerklärung - *unter Aufhebung des Schiedsspruchs* - abzulehnen ist, wenn ein Aufhebungsgrund gemäss Art. 35 gegeben ist. Die Prüfung der Aufhebungsgründe kann allerdings *präkludiert* sein, wenn eine Aufhebungsklage rechtskräftig abgewiesen ist (entspricht der Sache nach Art. 44 Abs. 1 *lit. d* Konkordat) oder wenn die Frist für die Einreichung einer Aufhebungsklage abgelaufen ist, ohne dass die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt worden wäre (entspricht Art. 44 Abs. 1 *lit. a und b* Konkordat). Hierdurch wird erreicht, dass die im Schiedsverfahren unterlegene Partei von sich aus die Initiative zur Aufhebung des Schiedsspruchs ergreifen muss (was sie nur tun wird, wenn sie sich davon auch wirklich Erfolg verspricht). Von Amtes wegen zu prüfende Aufhebungsgründe (Art. 35 Abs. 3) müssen jedoch immer geprüft werden können, also auch noch im (nicht befristeten) Vollstreckbarerklärungsverfahren. Wichtig ist dies insbesondere (und auch daraus erhellt die Bedeutung einer Prüfung eines Schiedsspruches auf *ordre-public*-Widrigkeit) für die *Revisionsgründe*, die - als zum *ordre public* gehörend, siehe die Vorbemerkungen Nr. 3 zum 7. Titel - damit auch dann noch im Vollstreckbarerklärungsverfahren vorgebracht werden können, wenn sie erst nach Ablauf der Frist von Art. 36 Abs. 2 bekannt werden.

3. Die vorgeschlagene Neuregelung orientiert sich an Artt. 35 und 36 Modellgesetz: Beide Bestimmungen regeln die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen einheitlich für inländische und ausländische Schiedssprüche, wobei sich Art. 35 mit den Formalien befasst, Art. 36 Abs. 1 die Gründe für die Verweigerung von Anerkennung und Vollstreckung aufzählt und Abs. 2 eine Regelung für den Fall trifft, dass vor oder während des Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahrens eine Aufhebungsklage erhoben wird. Da Art. 194 IPRG hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche auf das UN-Übereinkommen von 1958 verweist, enthält der 8. Titel dieser Abteilung in erster Linie Bestimmungen über die Vollstreckbarerklärung *inländischer* Schiedssprüche; für die Aner-

kennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gelten grundsätzlich dieselben Verfahrensbestimmungen, was auch aus Art. III S. 2 des UN-Übereinkommens folgt.

Das Modellgesetz spricht von Anerkennung und Vollstreckung. Diese Differenzierung ist gegenüber *ausländischen* Urteilen und Schiedssprüchen angebracht; eine "Anerkennung" *inländischer* Schiedssprüche hingegen wäre ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht, wonach inländische Schiedssprüche lediglich der Vollstreckbarerklärung bedürfen. Die Überschrift des 8. Titel wie auch die Überschrift zu Art. 37 beschränken sich demnach auf die Vollstreckung eines Schiedsspruchs.

#### Art. 37 Vollstreckbarerklärung

1 Die Zwangsvollstreckung findet nur statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.

2 Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in Artikel 35 Absätze 2 und 3 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist.

3 Aufhebungsgründe nach Art. 35 Absatz 2 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in Artikel 35 Absatz 4 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne dass der Antragsgegner eine Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs eingereicht hat.

Konkordat:	- (Artt. 38, 44)
IPRG:	-
Modellgesetz:	Artt. 35, 36

#### Art. 37 (Vollstreckbarerklärung)

##### 1. Grundsatz und Bedeutung

a) Absatz 1 enthält den in den einleitenden Bemerkungen beschriebenen Grundsatz, wonach es keine Zwangsvollstreckung ohne Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs geben kann oder, mit anderen Worten, dass aus einem Schiedsspruch erst und nur vollstreckt werden darf, wenn ihm die Vollstreckbarkeit durch eine konstitutive gerichtliche Entscheidung verliehen worden ist. Dies gilt für alle Arten der Zwangsvollstreckung, auch für diejenige betreffend Ansprüche auf Leistung von Geld oder Sicherheitsleistung, deren Vollstreckung sich also nach SchKG richtet: Der Schiedsspruch ist für den Rechtsöffnungsrichter nur dann ein definitiver Rechtsöffnungstitel, wenn er zuvor vom zuständigen Gericht (Art. 3) für vollstreckbar erklärt worden ist.

b) Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vollstreckbarerklärung ist ein Schiedsspruch, der seinem Wesen nach ein solcher ist und den Förmlichkeiten des Art. 30 genügt. Eine Entscheidung, durch die sich das Schiedsgericht für unzuständig erklärt, ist kein Schiedsspruch. Es kann sich bei einem Schiedsspruch aber um einen Teil-Schiedsspruch handeln. Schiedssprüche erster Instanz sind, wenn mehrere Instanzen im Schiedsverfahren vorgesehen sind, keiner Vollstreckbarerklärung fähig.

c) Da nach Schweizer Recht die Rechtskraft einer Entscheidung Voraussetzung für ihre Vollstreckbarkeit ist, ergibt sich ohne weiteres, dass die vorläufige Vollstreckung

eines Schiedsspruchs ausgeschlossen ist; Art. 44 Abs. 3 Konkordat gilt der Sache nach also auch nach dem "neuen System".

d) Die materielle Rechtskraft-Wirkung der Vollstreckbarerklärung enthält die Erteilung der Vollstreckungserlaubnis, also die Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung durch staatlichen Machtanspruch in unanfechtbarer Weise. Während also die durch Art. 33 verheissene rechtskraftgleiche Wirkung des Schiedsspruchs auch insoweit nur eine rechtskraft-ähnliche ist, als der Schiedsspruch trotz aller Verurteilung zu einer Leistung in Wahrheit nur eine Feststellung der Leistungspflicht ausspricht, wandelt die Vollstreckbarerklärungsentscheidung diesen Anspruch in ein Leistungsurteil um.

e) Erst die rechtskräftige Vollstreckbarerklärung lässt auch Rechtsänderungen stattfinden, soweit solche im Verfahren der Zwangsvollstreckung erfolgen. Darum gilt, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, diese Erklärung erst mit Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung als abgegeben, nicht bereits mit der förmlichen Wirksamkeit des Schiedsspruchs.

f) Da die Vollstreckbarkeit (bzw. andere Rechtswirkungen, vgl. e)) eine rechtskräftige Entscheidung voraussetzt, ergibt sich ohne weiteres, dass eine Aufhebungsklage keinen Einfluss auf die Vollstreckbarkeit hat. Der Anordnung einer aufschiebenden Wirkung der Aufhebungsklage, vgl. Art. 38 (und Art. 44 Abs. 1 lit. c) Konkordat, bedarf es nicht, um die Vollstreckung zu hindern: Vollstreckt werden darf nur, wenn eine rechtskräftige Vollstreckbarerklärung vorliegt; eine solche wird aber nicht erteilt, wenn der Schiedsspruch aufgehoben ist oder ein Aufhebungsgrund vorliegt (dazu Absatz 2).

## 2. Prüfungsbefugnis des Gerichts der Vollstreckbarerklärung

a) Das Gericht hat zunächst das Vorliegen eines ordnungsgemässen Schiedsspruchs und eines ausreichenden Antrags (dazu Art. 38) zu prüfen. Beides sind Prozessvoraussetzungen; ein Fehlen führt zur Zurückweisung des Antrags.

b) Das Gericht hat sodann (materielle Prüfung) das Vorliegen von Aufhebungsgründen im Sinne von Art. 35 Abs. 2 und 3 zu prüfen, Absatz 2 S. 1. Es findet hier, ganz wie in einem Aufhebungsverfahren (bzw. im früheren Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 Konkordat), eine Überprüfung von geltend gemachten (Art. 35 Abs. 2) bzw. von Amtes wegen zu prüfenden (Art. 35 Abs. 3) Aufhebungsgründen statt. Zu letzterem gehört auch der verfahrensrechtliche *ordre public*, Art. 35 Abs. 3. Deshalb ist (u.a.) die Versagung des rechtlichen Gehörs von Amtes wegen zu beachten, da das rechtliche Gehör einen Grundpfeiler des Verfahrens darstellt.

c) Die Prüfung von Aufhebungsgründen kann jedoch präkludiert sein, Absatz 2 Satz 2: Ist im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung eine Aufhebungsklage bereits rechtskräftig abgewiesen, so dürfen Aufhebungsgründe wegen bestehender Rechtskraft nicht berücksichtigt werden. Damit wird auch die Bindung des Exequatur-Gerichts an die Entscheidung des Aufhebungs-Gerichts bestätigt und eine widerspruchsfreie Koordination beider Verfahren erreicht.

d) Das Verhältnis beider Verfahren bedarf noch weiterer Erläuterung: Es ist möglich, dass der Schuldner fristgemäss eine Aufhebungsklage erhebt, der Gläubiger gleichzeitig eine Vollstreckbarerklärung beantragt. Das ist zulässig, weil es sich bei beiden Prozessen um *verschiedene Streitgegenstände* handelt; die Einrede der Rechtshängigkeit greift also im Verhältnis von Aufhebungs- und Exequatur-Verfahren nicht durch. Hier gilt nun folgendes: Die Aufhebungsgründe sind auch im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung zu prüfen, Abs. 2 S. 1. Hat also der Gläubiger bereits die Voll-

streckbarerklärung des Schiedsspruchs beantragt, so ist es für den Schuldner ein einfacherer und billigerer Weg, seine Aufhebungsgründe in diesem Verfahren geltend zu machen. Darum fehlt in diesem Fall das Rechtsschutzbedürfnis für eine (spätere) Aufhebungsklage; sie wäre durch Prozessurteil als unzulässig zurückzuweisen. War die Aufhebungsklage bereits erhoben, so kann sie bis zur Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung ausgesetzt werden. Es kann aber auch das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung bis zur Entscheidung über die Aufhebungsklage ausgesetzt werden. Wird sodann der Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen, dürfen Aufhebungsgründe wegen entgegenstehender Rechtskraft nicht berücksichtigt werden (Absatz 2 Satz 2).

Die Aussetzung des Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung wird sich indessen weniger empfehlen, weil die Erlangung einer Vollstreckbarerklärung für den Gläubiger eiliger ist als die Vernichtung des Schiedsspruchs für den Schuldner. Wird die Unwirksamkeit des Schiedsspruchs im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung rechtskräftig festgestellt, der Schiedsspruch also aufgehoben (Abs. 2 S. 1: "unter Aufhebung des Schiedsspruchs"), so ist damit der Aufhebungsprozess erledigt. Wird der Schiedsspruch im Aufhebungsprozess rechtskräftig aufgehoben, ist das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung erledigt.

Ist der Schiedsspruch rechtskräftig für vollstreckbar erklärt worden, so ist der Aufhebungsantrag auch aus dem Grunde unzulässig, dass die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs endgültig feststeht. Eine *nachträgliche* Aufhebungsklage gibt es nicht.

e) Die Prüfung von Aufhebungsgründen kann ausserdem wegen Fristablaufs präkludiert sein, Absatz 3: die Aufhebungsgründe von Art. 35 Abs. 2 sind nicht zu berücksichtigen, wenn die Frist für die Aufhebungsklage unbenutzt verstrichen ist. Die Befristung der Aufhebungsklage ist ja nur dann sinnvoll, wenn nach Fristablauf Aufhebungsgründe auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können - ein Gedanke, der auch in Art. 44 Abs. 1 lit. b Konkordat zum Ausdruck kommt. Die von Amtes wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründe von Art. 35 Abs. 3 müssen jedoch immer geprüft werden können.

## Art. 38 Verfahren

<sup>1</sup> Mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist der Schiedsspruch oder eine beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs vorzulegen.

<sup>2</sup> Vor der Entscheidung ist die gegnerische Partei anzuhören. Dies hat in mündlicher Verhandlung zu erfolgen, wenn die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt wird oder wenn bei einem Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs Aufhebungsgründe nach Artikel 35 Absatz 3 in Betracht kommen.

Konkordat:	-
IPRG:	-
Modellgesetz:	Art. 35 Abs. 2

## Art. 38 (Verfahren)

a) Auch ohne entsprechende Bestimmung war es bisher schon nach Schweizer Recht so, dass der Schiedsspruch selbst oder eine beglaubigte Abschrift dem Rechtsöffnungsgesuch beizufügen war (vgl. SchKG-*Staeelin*, Art. 80 N 58). Absatz

1 übernimmt insoweit - aber nur teilweise - Art. 35 Abs. 2 Modellgesetz (der ausserdem noch den Nachweis der Schiedsvereinbarung verlangt). Nachdem der Schiedsspruch nicht (mehr) niedergelegt werden kann, gibt es sozusagen kein "Gerichts-Original". Es genügt das Exemplar, das die Partei erhalten hat oder eben - wenn sie dieses nicht aus den Händen geben will - eine beglaubigte Abschrift.

Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist *nicht befristet*.

b) Durch Absatz 2 wird festgehalten, dass es sich bei dem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs um ein kontradiktorisches Verfahren handelt. Bei der *Aufhebungsklage* ergibt sich dies schon daraus, dass es ein normales "Klage"-Verfahren ist. Weil indessen Art. 37 von einem "Antrag" auf Vollstreckbarerklärung spricht, nicht von einer Klage, musste dies klargestellt werden.

aa) Gemäss Satz 1 ist der Gegner auf jeden Fall anzuhören. Aus dem Zusammenhang mit Satz 2 folgt, dass eine "Anhörung" auch schriftlich erfolgen kann, d.h. dass das Gericht dem Gegner unter Fristsetzung Gelegenheit gibt, sich zum Antrag schriftlich zu äussern. Ob eine schriftliche Anhörung oder eine solche in mündlicher Verhandlung erfolgt, steht dabei - sofern nicht die Voraussetzungen von Satz 2 erfüllt sind - im Ermessen des Gerichts.

bb) Kommt indessen ein - von Amtes wegen zu berücksichtigender, d.h. sich aus der Aktenlage ergebender - Aufhebungsgrund in Betracht oder wird vom Gegner die Aufhebung des Schiedsspruchs - was er ja auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren kann - beantragt, so muss zwingend mündliche Verhandlung stattfinden, Satz 2. Es empfiehlt sich also in der Regel, zuerst den Gegner zu *hören*, vgl. aa). Nur wenn nach Sachlage mit der Geltendmachung bzw. Beachtung von Aufhebungsgründen von Amtes wegen zu rechnen ist, ist sogleich mündliche Verhandlung anzuordnen. Die Anordnung der mündlichen Verhandlung kann auch jederzeit bis zur Entscheidung geschehen.

c) Eine besondere Beschleunigung ist im Vollstreckbarerklärungsverfahren geboten. Das folgt aus der Natur der Sache. Das Verfahren ist im wesentlichen formeller, ergänzender Art. Aus diesem Grunde spricht das Gesetz von *Antrag* und nicht von Klage; das Verfahren soll als gegenüber dem ordentlichen Klageverfahren beschleunigtes ablaufen.

## Art. 39 Ausländische Schiedssprüche

<sup>1</sup> Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Die Vorschriften in anderen Staatsverträgen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen bleiben unberührt.

<sup>2</sup> Artikel 38 Absätze 1 und 2 sind auch auf ausländische Schiedssprüche anzuwenden, soweit Staatsverträge nicht etwas anderes bestimmen.

<sup>3</sup> Ist die Vollstreckbarerklärung abzulehnen, stellt das Gericht fest, dass der Schiedsspruch im Inland nicht anzuerkennen ist.

<sup>4</sup> Wird der Schiedsspruch, nachdem er für vollstreckbar erklärt worden ist, im Ausland aufgehoben, so kann die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung beantragt werden.

Konkordat:	-
IPRG:	Art. 194
Modellgesetz:	Artt. 35, 36

### Art. 39 (Ausländische Schiedssprüche)

Dass für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche das UN-Übereinkommen gilt, bestimmt schon *Art. 194 IPRG*. Eine Wiederholung dieser Bestimmung durch Absatz 1 Satz 1 erscheint somit als überflüssig. Das ist jedoch, wie sich aus Absatz 1 Satz 2 ergibt, nicht der Fall. Im einzelnen:

a) Das Verfahren für Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich, wie Absatz 2 erklärt, völlig nach dem bei inländischen Schiedssprüchen.

b) Art. 194 IPRG verweist auf das UN-Übereinkommen; dieses enthält aber nicht nur materielle Inhalte (vor allem die Anerkennungsversagungsgründe), sondern auch *Verfahrensvorschriften*, etwa Art. IV. Art. IV UN-Übereinkommen aber verlangt mit der Antragstellung die Vorlage nicht nur einer legalisierten Urschrift des Schiedsspruchs, sondern auch noch die Urschrift oder beglaubigte Abschrift der Schiedsvereinbarung im Sinne von (d.h. in der Form von) Art. II UN-Übereinkommen. Ausserdem sind u.U. beglaubigte Übersetzungen der erwähnten Urkunden vorzulegen. Zu welchen Problemen dies praktisch führen kann, belegt eine Entscheidung des Obergerichts Zug vom 27. Februar 1998, GVP 1997/8, S. 142 (auch SJZ 2000, S. 298); siehe zum ganzen auch IPR-Texte/Walter, Erläuterungen zu Nr. 114-116, Rz. 120-123.

Mit den Art. 194 IPRG *ergänzenden* Bestimmungen von Art. 39 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 soll das Prinzip der Meistbegünstigung festgeschrieben werden, wonach bei der Frage von Anerkennung und Vollstreckung das *anerkenntnisfreundlichere Regelwerk* massgebend sein soll. Dieses Prinzip gilt - deswegen seine Erwähnung auch in beiden Absätzen von Art. 39 - sowohl für die *Voraussetzungen* der Vollstreckbarerklärung bzw. die Anerkennungsversagungsgründe als auch für das Vollstreckbarerklärungsverfahren. Das bedeutet praktisch, dass für ausländische Schiedssprüche (entgegen Art. IV UN-Übereinkommen) eine Beifügung der Schiedsvereinbarung *nicht erforderlich* ist.

c) Die einzige Abweichung gegenüber einem inländischen Schiedsspruch besteht darin, dass niemals die in Art. 37 Abs. 2 für den Ablehnungsfall vorgeschriebene Aufhebung des Schiedsspruchs auszusprechen ist - das wäre ein unzulässiger Eingriff in die fremde Gerichtsbarkeit -, sondern die Versagung der Anerkennung, Absatz 3. Wenn Abs. 3 von einer "Feststellung" spricht, so charakterisiert er damit die Entscheidung als Feststellungsentscheidung, als deklaratorische Entscheidung, im Gegensatz zur rechtsgestaltenden Aufhebung.

d) Die Rechtskraftwirkung der Vollstreckbarerklärung ist im allgemeinen dieselbe wie bei inländischen Schiedssprüchen: Die rechtskräftige Vollstreckbarerklärung stellt die Unanfechtbarkeit des Schiedsspruchs für das Inland fest. Allein im Ausland mag eine Anfechtung möglich bleiben.

Liegt im Zeitpunkt der Vollstreckbarerklärung schon eine ausländische Aufhebung vor, so hindert sie die Vollstreckbarerklärung, Art. V Abs. 1 lit. e UN-Übereinkommen. Erfolgt die Aufhebung im Ausland allerdings erst *nach* rechtskräftiger Vollstreck-

barerklärung, so will Absatz 4 den *Vorrang der Entscheidung im Ursprungsland* des Schiedsspruches herstellen.

Der Antrag nach Abs. 4 soll die Vollstreckbarerklärung rückwirkend vernichten. Das Gericht hat auch hier mit der Aufhebung der Vollstreckbarerklärung auszusprechen, dass dem Schiedsspruch die Anerkennung versagt wird, Abs. 3.

## Neunter Titel: Rechtsmittel

1. Art. 3 führt zusammenfassend die Fälle auf, in denen ein Staatsgericht im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren tätig werden kann. Dabei handelt es sich um folgende Entscheidungen:

- Ernennung, Ablehnung, Absetzung, Ersetzung von Schiedsrichtern (Abs. 1 lit. a)
- Feststellung der (Un-)Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens bzw. der Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Abs. 1 lit. b)
- Vollziehung, Aufhebung oder Änderung vorläufiger Massnahmen (Abs. 1 lit. c)
- Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen (Absatz 2)
- Entscheidungen aus Anlass des Schiedsspruchs, nämlich (Abs. 1 lit d):
  - Aufhebung bzw. Revision eines Schiedsspruchs
  - Vollstreckbarerklärung eines (in- oder ausländischen) Schiedsspruchs
  - Aufhebung der Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs.

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die jeweilige Entscheidung des staatlichen Gerichts.

2. Generell sind die Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit Schiedsverfahren - wie schon nach IPRG - stark einzuschränken. Dies ist zum einen deswegen erforderlich, weil damit die Attraktivität der Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative (und zur Entlastung) der staatlichen Justiz gesteigert wird. Es ist zum anderen aber auch deswegen berechtigt, weil - mit einer Ausnahme, Art. 3 Abs. 2 - ja in erster Instanz ein kantonales Obergericht entschieden hat.

3. Im Gegensatz zum bisherigen Recht, wo kantonale Rechtsmittel möglich waren, soll es nach neuem Recht nur noch ein Rechtsmittel an das Bundesgericht geben.

a) Das Bundesgericht hat als Rechtsmittel gegen Entscheide kantonaler Instanzen über einen *Zuständigkeits-* oder *Sachentscheid* eines Schiedsgerichts sowohl die Berufung als auch die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und einzig die staatsrechtliche Beschwerde für statthaft erklärt (BGE 112 II 512 E. 1e). Dasselbe gilt für Entscheidungen betreffend *Vollstreckbarerklärung* eines Schiedsspruchs (gegenüber einem Rechtsöffnungsentscheid steht nur die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung). Darüber kann man zwar - was auch geschieht - trefflich streiten (s. dazu die eigenen Nachweise des Bundesgerichts a.a.O.). Andererseits sollte man - gerade auch wegen der Unsicherheit über das künftige Rechtsmittelrecht, Stichwort: "Einheitsrechtsmittel") - im jetzigen Zeitpunkt nicht unnötig einen Nebenkriegsschauplatz mit dem Bundesgericht eröffnen. Der vorliegende Entwurf sieht deswegen als einheitliches Rechtsmittel gegen bestimmte (nicht alle, s. Art. 40 Abs. 1 S. 2!) in Art. 3

angeführte gerichtliche Entscheidungen das Rechtsmittel der analog den Bestimmungen über die staatsrechtliche Beschwerde zu behandelnden Beschwerde vor.

b) Damit ist auch eine unnötige Differenzierung gegenüber Schiedsverfahren gemäss IPRG (vgl. Art. 191) vermieden.

#### Art. 40 Beschwerde

<sup>1</sup> Gegen die in Artikel 3 Absatz 1 lit. b und d genannten Entscheidungen findet die Beschwerde an das Bundesgericht statt. Im übrigen sind die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Entscheidungen unanfechtbar. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesrechtspflegegesetzes betreffend staatsrechtliche Beschwerde.

<sup>2</sup> Gegen die in Artikel 3 Absatz 2 genannten Entscheidungen findet die Appellation an das obere kantonale Gericht statt; dieses entscheidet endgültig.

Konkordat:	-
IPRG:	- (Art. 191)
Modellgesetz:	-

#### Art. 40 (Beschwerde)

##### 1. Anfechtbare Entscheide

a) Zulässig ist die Beschwerde nur gegen Entscheidungen gemäss Art. 3 Abs. 1 *lit. b und d*, also wegen der Frage der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und betreffend Aufhebung und Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen. Für die "Aushilfs"-Tätigkeiten der Gerichte gemäss *lit. a und c* (Ernennung, Ablehnung und Absetzung von Schiedsrichtern, Unterstützung bei vorläufigem Rechtsschutz) besteht kein Bedürfnis für eine Überprüfung derartiger Entscheidungen durch das Bundesgericht.

b) Absatz 2 von Art. 3 enthält die einzige Ausnahme von der erstinstanzlichen Zuständigkeit des kantonalen Obergerichts. Dies ist natürlich wegen der Orts- und Praxisnähe der Bezirksgerichte (wie immer sie auch heissen mögen) naheliegend (und belegt mit dieser Ähnlichkeit zum Rechtshilfeverfahren die Auffassung, dass Staatsgerichte den Schiedsgerichten Rechtshilfe im weiteren Sinne leisten, vgl. Bemerkungen zu Art. 24). Das bedeutet jedoch für das Rechtsmittelverfahren, dass es keine Beschwerde an das Bundesgericht geben kann, sondern "nur" eine Appellation an das kantonale Obergericht. Dort ist der Rechtsmittelzug, genau wie bei den anderen "Aushilfs"-Tätigkeiten der staatlichen Gerichte, zu Ende (Absatz 2 am Ende: "dieses entscheidet endgültig").

##### 2. Verfahren und Kognitionsumfang des Bundesgerichts

Ebenso wie gemäss Art. 191 Abs. 1 S. 2 richtet sich gemäss Art. 40 Abs. 1 Satz 2 das *Verfahren* nach den Bestimmungen des OG betreffend die staatsrechtliche Beschwerde.

Der *Umfang der Kognition* des Bundesgerichts ist indessen - ebenso wie bei Art. 191 in Verbindung mit Art. 190 IPRG (vgl. IPRG-*Heini*, Art. 191 N 16) - frei.

## Übergangsbestimmungen

### Art. 1 Schiedsvereinbarung

Die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen worden sind, beurteilt sich nach dem bisher geltenden Recht.

Begründung:

Art. 1 stellt sicher, dass sich die Wirksamkeit "altrechtlicher" Schiedsvereinbarungen nach dem bisher geltenden Recht beurteilt. Zwar ist die neue Formvorschrift von Art. 5 BZPO wohl eher eine Erleichterung als eine Erschwerung für den wirksamen Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Im Hinblick auf den *Vertrauensschutz* sollen jedoch Vereinbarungen, die nach altem Recht gültig waren, auch nach neuem Recht in jedem Fall gültig bleiben.

Der Begriff der Wirksamkeit bezieht sich nur auf die Formfrage; andere Elemente, die man auch zur Wirksamkeit in einem *weiteren* Sinne rechnen könnte, z.B. die *Schiedsfähigkeit*, fallen nicht hierunter. Für diese weiteren Elemente gilt das neue Recht sofort.

### Art. 2 Schiedsverfahren

Für Schiedsverfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen haben, aber noch nicht beendet sind, ist das bisher geltende Recht anzuwenden. Die Parteien können jedoch die Anwendung des neuen Rechts vereinbaren.

Begründung:

Für begonnene, aber noch nicht beendete Schiedsverfahren soll - vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung der Parteien - das bisherige Recht weiter anzuwenden sein. Dies erfordert der Grundsatz des Vertrauensschutzes (und auch der Prozessökonomie). Aber auch hier gilt primär, wie immer im Schiedsverfahren, die Parteiautonomie.

### Art. 3 Gerichtliche Verfahren

Für gerichtliche Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig sind, ist das bisher geltende Recht weiter anzuwenden.

Begründung:

Im Grundsatz gilt neues Verfahrensrecht sofort ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens: eine auf längere Zeit gegebene gespaltene Verfahrenswirklichkeit soll vermieden werden. Indessen handelt es sich bei den gerichtlichen Verfahren in der vorliegenden Materie ja nicht um zahlreiche Fälle, vergleichbar der Situation der "allgemeinen" Zivilprozesse, sondern um relativ wenige Spezialfälle. Aus diesem Grund lässt sich eine Fortführung altrechtlicher Fälle - ebenso wie bei den Schiedsverfahren selbst - aus Gründen des Vertrauensschutzes rechtfertigen.

a) Der Begriff "anhängig" (anstatt "rechtshängig") wurde verwandt, weil gerade bei den sogenannten "Aushilfsverfahren" (Schiedsrichterernennung, Beweisaufnahme usw.) in aller Regel nicht von "Rechtshängigkeit" gesprochen werden kann; dieser Begriff ist für Klageverfahren vorgesehen. Deshalb sollte der umfassendere Begriff "anhängig" jede Situation bezeichnen, in der ein staatliches Gericht mit einem der gemäss Artikel 3 BZPO möglichen "Anträge" angerufen worden ist.

b) Wird z.B. die Aufhebung oder Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruches nach Inkrafttreten dieses Gesetzes beantragt, so gilt neues Recht.

c) Altes Recht gilt nicht für Rechtsmittelverfahren: Wird ein Verfahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossen, so richten sich Zulässigkeit usw. von Rechtsmitteln nach neuem Recht. "Anhängiges gerichtliches Verfahren" bedeutet also nicht Anhängigkeit bis zum *rechtskräftigen*, sondern nur bis zu dem Abschluss durch das betreffende jeweilige Gericht.

## **Änderungen anderer Gesetze**

1. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987:

a) Art. 176 Abs. 2 wird gestrichen, der bisherige Absatz 3 wird zu Absatz 2.

Begründung: s. Bemerkungen zu Art. 1 BZPO.

b) Art. 179 Abs. 2 2. Halbsatz wird geändert und lautet wie folgt:

"er wendet sinngemäss die Bestimmungen des dritten Titels des dritten Teils der BZPO über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern an".

Begründung: Nicht mehr die Bestimmungen des kantonalen Rechts, sondern diejenigen des neuen Bundeszivilprozessrechts sind anwendbar.

c) Art. 191 Abs. 2 wird gestrichen.

Begründung: Die Bestimmung ist ein Relikt aus der Zeit kantonalen Regelung des Zivilprozessrechts; den Kantonen sollte damit ein Rest an Souveränität als Ausgleich für deren Verlust im Bereich der *internationalen* Schiedsgerichtsbarkeit gelassen werden. Angesichts der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts und im Sinne einer klaren Trennung von nationalen (Zuständigkeit: kantonales Obergericht) und internationalen (Zuständigkeit: Bundesgericht) Schiedsverfahren sollte diese Möglichkeit einer Derogation des Bundesgerichts entfallen.

## **Anhang**

### **Dritter Teil: Schiedsgerichtsbarkeit**

#### **Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen**

##### **Art. 1 Anwendungsbereich**

1 Die Bestimmungen dieses Teils sind anzuwenden, wenn der Sitz des Schiedsgerichts im Sinne des Artikels 2 sich in der Schweiz befindet.

2 Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht.

##### **Art. 2 Sitz des Schiedsgerichts**

1 Der Sitz des Schiedsgerichts wird von den Parteien oder der von ihnen benannten Schiedsgerichtsinstitution bestimmt; fehlt eine solche Bestimmung, so wird er durch das Schiedsgericht bestimmt.

<sup>2</sup> Haben weder die Parteien noch die von ihnen benannte Schiedsgerichtsinstitution oder die Schiedsrichter den Sitz bezeichnet, so hat das Schiedsgericht seinen Sitz am Ort des Gerichtes, das beim Fehlen einer Schiedsvereinbarung zur Beurteilung der Sache zuständig wäre. Sind mehrere Gerichte im Sinne des Satzes 1 zuständig, so ist das zuerst in Anwendung von Artikel 3 angerufene Gericht massgebend.

<sup>3</sup> Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht ungeachtet des Absatzes 1 an jedem ihm geeignet erscheinenden Ort zur Beratung seiner Mitglieder, zur Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder der Parteien oder zur Besichtigung von Waren und anderen Gegenständen oder zur Einsichtnahme in Schriftstücke zusammentreten.

### **Art. 3** Zuständiges Gericht

<sup>1</sup> Das obere ordentliche Zivilgericht des Kantons, das in der Schiedsvereinbarung bezeichnet ist oder, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, in dessen Bezirk der Sitz des Schiedsgerichts sich befindet, ist zuständig für Entscheidungen über Anträge betreffend

a. die Ernennung (Art. 11), Ablehnung (Art. 17) oder Ersetzung (Art. 19) eines Schiedsrichters, die Beendigung des Schiedsrichteramtes (Art. 18) oder die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts (Art. 14);

b. die Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens (Art. 8) oder die Entscheidung eines Schiedsgerichts, in der dieses seine Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid bejaht hat (Art. 20 Absatz 3);

c. die Vollziehung, Aufhebung oder Änderung der Anordnung vorläufiger oder sichernder Massnahmen des Schiedsgerichts (Art. 21);

d. die Aufhebung (Art. 35), die Revision (Art. 36) oder die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (Art. 37) oder die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung (Art. 39).

<sup>2</sup> Für die Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen (Art. 24) ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Bezirk die richterliche Handlung vorzunehmen ist.

## **Zweiter Titel: Schiedsvereinbarung**

### **Art. 4** Schiedsvereinbarung

<sup>1</sup> Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

<sup>2</sup> Eine Schiedsvereinbarung kann in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) oder in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsvertrag) geschlossen werden.

### **Art. 5** Form der Schiedsvereinbarung

<sup>1</sup> Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich zu erfolgen. Einer schriftlichen Vereinbarung gleichgestellt sind:

a. Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und E-Mail;

b. eine mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung der Parteien.

<sup>2</sup> Nimmt ein den Formerfordernissen des Absatzes 1 entsprechender Vertrag auf ein Schriftstück Bezug, das eine Schiedsklausel enthält, so begründet dies eine Schiedsvereinbarung, wenn die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Klausel zu einem Bestandteil des Vertrages macht.

<sup>3</sup> Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt.

#### **Art. 6** Schiedsfähigkeit

<sup>1</sup> Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. Eine Schiedsvereinbarung über einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch ist wirksam, sofern dieser der freien Verfügung der Parteien unterliegt.

<sup>2</sup> Gesetzliche Vorschriften ausserhalb dieses Teils, wonach bestimmte Streitigkeiten einem Schiedsverfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.

#### **Art. 7** Zulassung von Juristen

Jede Bestimmung einer Schiedsklausel, welche die Beiziehung von Juristen im Schiedsverfahren als Schiedsrichter, Sekretär oder Parteivertreter untersagt, ist nichtig.

#### **Art. 8** Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht

<sup>1</sup> Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig zurückzuweisen, sofern der Beklagte dies spätestens bei seiner ersten Erklärung zur Sache beantragt, es sei denn, das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar.

<sup>2</sup> Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.

<sup>3</sup> Ist ein Verfahren im Sinne des Absatzes 1 oder 2 anhängig, kann ein schiedsrichterliches Verfahren gleichwohl eingeleitet oder fortgesetzt werden und ein Schiedsspruch ergehen, während die Sache bei Gericht anhängig ist.

### **Dritter Titel: Bildung des Schiedsgerichts**

#### **Art. 9** Zusammensetzung des Schiedsgerichts

<sup>1</sup> Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter frei vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei.

## **Art. 10** Bestellung der Schiedsrichter

1 Die Parteien können das Verfahren zur Bestellung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter frei vereinbaren.

2 Die Parteien können den oder die Schiedsrichter in gegenseitigem Einvernehmen, sei es in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Vereinbarung, bestellen. Sie können den oder die Schiedsrichter auch durch eine von ihnen beauftragte Stelle bezeichnen lassen.

3 Beim Fehlen einer Vereinbarung oder einer Bezeichnung im Sinne von Absatz 2 bestellt jede Partei eine gleiche Anzahl von Schiedsrichtern; die so bestellten Schiedsrichter wählen einstimmig einen weiteren Schiedsrichter als Obmann.

4 Weist das Schiedsgericht eine gerade Anzahl von Schiedsrichtern auf, so haben die Parteien zu vereinbaren, dass entweder die Stimme des Obmanns bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt oder dass das Schiedsgericht einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit entscheidet.

## **Art. 11** Ernennung durch das Gericht

1 Können die Parteien sich über die Bestellung des Einzelschiedsrichters nicht einigen oder bestellt eine Partei den oder die von ihr zu bezeichnenden Schiedsrichter nicht innerhalb von 30 Tagen nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei, oder einigen sich die Schiedsrichter nicht innerhalb von 30 Tagen nach ihrer Bestellung über die Wahl des Obmanns, so nimmt auf Antrag einer Partei das Gericht die Ernennung vor, sofern nicht die Schiedsvereinbarung eine andere Stelle hierfür vorsieht.

2 Das Gericht hat bei der Ernennung eines Schiedsrichters alle nach der Parteienvereinbarung für den Schiedsrichter vorgeschriebenen Voraussetzungen zu berücksichtigen und allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, die die Ernennung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen.

## **Art. 12** Offenbarungspflicht und Annahme des Amtes

1 Wird einer Person ein Schiedsrichteramt angetragen, so hat sie alle Umstände offenzulegen, die berechtigte Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Ein Schiedsrichter ist auch nach seiner Bestellung bis zum Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens verpflichtet, solche Umstände den Parteien unverzüglich offenzulegen, wenn er sie ihnen nicht schon vorher mitgeteilt hat.

2 Die Schiedsrichter haben die Annahme des Amtes zu bestätigen.

3 Das Schiedsgericht ist erst dann gebildet, wenn alle Schiedsrichter die Annahme des Amtes für die ihnen vorgelegte Streitsache erklärt haben.

## **Art. 13** Sekretariat

1 Mit Einverständnis der Parteien kann das Schiedsgericht einen Sekretär bestellen.

2 Auf die Ablehnung und die Abberufung des Sekretärs sind die Artikel 15 bis 18 anwendbar.

#### **Art. 14** Amtsdauer

<sup>1</sup> Die Parteien können in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Vereinbarung das dem Schiedsgericht übertragene Amt befristen.

<sup>2</sup> In diesem Falle kann die Amtsdauer durch Vereinbarung der Parteien oder auf Antrag einer Partei oder des Schiedsgerichts durch Entscheid des in Artikel 3 vorgesehenen Gerichts jeweils um eine bestimmte Frist verlängert werden.

<sup>3</sup> Stellt eine Partei einen solchen Antrag, so ist die andere dazu anzuhören.

#### **Art. 15** Ablehnung eines Schiedsrichters

<sup>1</sup> Ein Schiedsrichter kann abgelehnt werden:

- a. wenn er nicht den von den Parteien vereinbarten Anforderungen entspricht;
- b. wenn Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit geben.

<sup>2</sup> Eine Partei kann einen Schiedsrichter, den sie bestellt oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, von denen sie erst nach dessen Bestellung Kenntnis erhalten hat. Vom Ablehnungsgrund ist dem Schiedsgericht sowie der anderen Partei unverzüglich Mitteilung zu machen.

#### **Art. 16** Ablehnung des Schiedsgerichts

<sup>1</sup> Das Schiedsgericht kann abgelehnt werden, wenn eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung seiner Mitglieder ausübte.

<sup>2</sup> Das neue Schiedsgericht wird in dem in Artikel 10 vorgesehenen Verfahren gebildet.

<sup>3</sup> Die Parteien sind berechtigt, Mitglieder des abgelehnten Schiedsgerichtes wiederum als Schiedsrichter zu bestellen.

#### **Art. 17** Ablehnungsverfahren

<sup>1</sup> Die Parteien können vorbehaltlich des Absatzes 3 ein Verfahren für die Ablehnung eines Schiedsrichters frei vereinbaren.

<sup>2</sup> Fehlt eine solche Vereinbarung, so hat die Partei, die einen Schiedsrichter ablehnen will, innerhalb von fünfzehn Tagen, nachdem ihr die Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder ein Umstand im Sinne des Artikels 15 Absatz 1 bekannt geworden ist, dem Schiedsgericht die Ablehnungsgründe schriftlich darzulegen. Tritt der abgelehnte Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder stimmt die andere Partei der Ablehnung nicht zu, so entscheidet das Schiedsgericht über die Ablehnung.

<sup>3</sup> Bleibt die Ablehnung nach dem von den Parteien vereinbarten Verfahren oder nach dem in Absatz 2 vorgesehenen Verfahren erfolglos, so kann die ablehnende Partei binnen dreissig Tagen, nachdem sie von der negativen Entscheidung Kenntnis erlangt hat, bei Gericht eine Entscheidung über die Ablehnung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschliesslich des abgelehnten Schiedsrichters das Schiedsverfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.

4 Absatz 3 gilt für den Fall des Artikels 16 entsprechend.

#### **Art. 18** Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung

1 Ist ein Schiedsrichter rechtlich oder tatsächlich ausserstande, seine Aufgaben zu erfüllen, oder kommt er aus anderen Gründen seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht nach, so endet sein Amt, wenn er zurücktritt oder wenn die Parteien die Beendigung seines Amtes vereinbaren. Tritt der Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder können sich die Parteien über dessen Beendigung nicht einigen, kann jede Partei bei Gericht eine Entscheidung über die Beendigung des Amtes beantragen.

2 Tritt ein Schiedsrichter in den Fällen des Absatzes 1 oder des Artikels 17 Absatz 2 zurück oder stimmt eine Partei der Beendigung des Schiedsrichteramtes zu, so bedeutet dies nicht die Anerkennung der in Absatz 1 oder in Artikel 15 genannten Rücktrittsgründe.

#### **Art. 19** Bestellung eines Ersatzschiedsrichters

1 Endet das Amt eines Schiedsrichters nach den Artikeln 17, 18 oder wegen seines Rücktritts vom Amt aus einem anderen Grund oder wegen der Aufhebung seines Amtes durch Vereinbarung der Parteien, so ist ein Ersatzschiedsrichter zu bestellen. Die Bestellung erfolgt nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren.

2 Die Parteien können eine abweichende Vereinbarung treffen.

3 Können die Parteien sich hierüber nicht einigen, so entscheidet das Gericht nach Anhörung des Schiedsgerichtes, inwieweit die Prozesshandlungen, bei denen der ersetzte Schiedsrichter mitgewirkt hat, weitergelten.

4 Ist die Amtsdauer des Schiedsgerichtes befristet, so wird der Lauf dieser Frist durch die Ersetzung eines oder mehrerer Schiedsrichter nicht gehemmt.

### **Vierter Titel: Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

#### **Art. 20** Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit

1 Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.

2 Die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts ist spätestens mit der Klagebeantwortung vorzubringen. Von der Erhebung einer solchen Rüge ist eine Partei nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie einen Schiedsrichter bestellt oder an der Bestellung eines Schiedsrichters mitgewirkt hat. Die Rüge, das Schiedsgericht überschreite seine Befugnisse, ist zu erheben, sobald die Angelegenheit, von der dies behauptet wird, im schiedsrichterlichen Verfahren zur Erörterung kommt. Das Schiedsgericht kann in beiden Fällen eine spätere Rüge zulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt.

<sup>3</sup> Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, so entscheidet es über eine Rüge nach Absatz 2 in der Regel durch Zwischenentscheid. In diesem Fall kann jede Partei binnen 30 Tagen nach schriftlicher Mitteilung des Entscheids eine gerichtliche Entscheidung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen.

#### **Art. 21** Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

<sup>1</sup> Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche oder sichernde Massnahmen anordnen, die es in bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält. Das Schiedsgericht kann von jeder Partei im Zusammenhang mit einer solchen Massnahme angemessene Sicherheit verlangen.

<sup>2</sup> Unterzieht sich eine Partei nicht freiwillig der angeordneten Massnahme, so kann die andere Partei das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen, sofern nicht schon eine entsprechende Massnahme bei dem Gericht beantragt worden ist. Es kann die Massnahme abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung der Massnahme notwendig ist.

<sup>3</sup> Auf Antrag kann das Gericht den Entscheid nach Absatz 2 aufheben oder ändern.

<sup>4</sup> Erweist sich die Anordnung einer Massnahme nach Absatz 1 nachträglich als ungerechtfertigt, so ist die Partei, welche ihre Vollziehung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der Massnahme oder dadurch entstanden ist, dass er Sicherheit leistet, um die Vollstreckung abzuwenden. Der Anspruch kann im anhängigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden. Eine bestellte Sicherheit ist freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Schiedsgericht Frist zur Klage.

### **Fünfter Titel: Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens**

#### **Art. 22** Beginn des Schiedsverfahrens

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so beginnt das Schiedsverfahren über eine bestimmte Streitigkeit mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Der Antrag muss die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten.

#### **Art. 23** Allgemeine Verfahrensregeln

<sup>1</sup> Die Parteien sind gleich zu behandeln. Jeder Partei ist rechtliches Gehör zu gewährleisten.

<sup>2</sup> Jede Partei kann sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder verbeiständen lassen.

<sup>3</sup> Im übrigen können die Parteien vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieser Abteilung das Verfahren selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung regeln.

4 Haben die Parteien das Verfahren nicht selber geregelt, so wird dieses vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt.

5 Wurde das Verfahren weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch das Schiedsgericht bestimmt, so ist das Bundesgesetz über den Zivilprozess sinngemäss anwendbar.

#### **Art. 24** Gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen

1 Das Schiedsgericht nimmt die Beweise selber ab.

2 Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.

#### **Art. 25** Beteiligung Dritter am Verfahren

1 Intervention und Streitverkündung setzen eine Schiedsvereinbarung zwischen dem Dritten und den Streitparteien voraus.

2 Sie bedürfen ausserdem der Zustimmung des Schiedsgerichts.

#### **Art. 26** Verrechnung

1 Erhebt eine Partei die Verrechnungseinrede und beruft sie sich dabei auf ein Rechtsverhältnis, welches das Schiedsgericht weder auf Grund der Schiedsvereinbarung noch auf Grund einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien beurteilen kann, so kann das Schiedsgericht sein Verfahren aussetzen und der Partei, welche die Einrede erhoben hat, eine angemessene Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte vor dem zuständigen Gericht setzen.

2 Hat das zuständige Gericht seinen Entscheid gefällt, so wird das Verfahren auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen.

3 Sofern die Amtsdauer des Schiedsgerichtes befristet ist, steht diese Frist still, solange das Schiedsverfahren ausgesetzt ist.

#### **Art. 27** Kostenvorschuss

1 Das Schiedsgericht kann einen Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen und die Durchführung des Verfahrens von dessen Leistung abhängig machen. Es bestimmt die Höhe des Vorschusses jeder Partei.

2 Leistet eine Partei den von ihr verlangten Vorschuss nicht, so kann die andere Partei nach ihrer Wahl die gesamten Kosten vorschliessen oder auf das Schiedsverfahren verzichten. Verzichtet sie, so sind die Parteien mit Bezug auf die Streitsache nicht mehr an die Schiedsvereinbarung gebunden.

## **Sechster Titel: Schiedsspruch und Beendigung des Verfahrens**

### **Art. 28** Anwendbares Recht

1 Das Schiedsgericht entscheidet die Streitigkeit nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.

2 Die Parteien können das Schiedsgericht ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden.

### **Art. 29** Beratung und Entscheidung

1 Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist in Schiedsverfahren mit mehr als einem Schiedsrichter jede Entscheidung des Schiedsgerichts mit Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu treffen.

2 Verweigert ein Schiedsrichter die Teilnahme an einer Abstimmung, können die übrigen Schiedsrichter ohne ihn entscheiden, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

3 Über einzelne Verfahrensfragen kann der Präsident des Schiedsgerichts allein entscheiden, wenn die Partei oder die anderen Mitglieder des Schiedsgerichts ihn dazu ermächtigt haben.

### **Art. 30** Form und Inhalt des Schiedsspruchs

1 Der Schiedsspruch ist schriftlich zu erlassen und durch den oder die Schiedsrichter zu unterzeichnen. In Schiedsverfahren mit mehr als einem Schiedsrichter genügen die Unterschriften der Mehrheit aller Mitglieder des Schiedsgerichts, sofern der Grund für jede fehlende Unterschrift angegeben wird.

2 Der Schiedsspruch ist zu begründen, es sei denn, die Parteien haben vereinbart, dass keine Begründung gegeben werden muss, oder es handelt sich um einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut im Sinne des Artikels 31.

3 Im Schiedsspruch sind der Tag, an dem er erlassen wurde, und der Sitz des Schiedsgerichts anzugeben; der Schiedsspruch gilt als an diesem Tag und diesem Ort erlassen.

4 Jeder Partei ist ein von den Schiedsrichtern unterschriebener Schiedsspruch zu übersenden.

5 Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht Teilentseide treffen.

### **Art. 31** Einigung der Parteien

1 Vergleichen sich die Parteien während des Schiedsverfahrens über die Streitigkeit, so beendet das Schiedsgericht das Verfahren. Auf Antrag der Parteien hält es den Vergleich in der Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut fest, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen den ordre public verstößt.

<sup>2</sup> Ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ist gemäss Artikel 30 zu erlassen und muss angeben, dass es sich um einen Schiedsspruch handelt. Ein solcher Schiedsspruch hat dieselben Wirkungen wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache.

<sup>3</sup> Soweit die Wirksamkeit von Erklärungen eine öffentliche Beurkundung erfordert, wird diese bei einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut durch die Aufnahme der Erklärungen der Parteien in den Schiedsspruch ersetzt.

#### **Art. 32** Entscheidung über die Kosten

<sup>1</sup> Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat das Schiedsgericht in einem Schiedsspruch darüber zu entscheiden, zu welchem Anteil die Parteien die Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen haben; es hat auch über eine Parteientschädigung zu befinden. Hierbei entscheidet das Schiedsgericht nach pflichtgemässen Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Ausgangs des Verfahrens.

<sup>2</sup> Soweit die Kosten des Verfahrens feststehen, hat das Schiedsgericht auch darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Parteien diese zu tragen haben. Ist die Festsetzung der Kosten unterblieben oder erst nach Beendigung des Schiedsverfahrens möglich, wird hierüber in einem gesonderten Schiedsspruch entschieden.

#### **Art. 33** Wirkungen des Schiedsspruchs

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

#### **Art. 34** Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs

<sup>1</sup> Jede Partei kann beim Schiedsgericht beantragen,

1. Rechen-, Schreib- und Druckfehler oder Fehler ähnlicher Art im Schiedsspruch zu berichtigen;

2. bestimmte Teile des Schiedsspruchs zu erläutern;

3. einen ergänzenden Schiedsspruch über solche Ansprüche zu erlassen, die im Schiedsverfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht behandelt worden sind.

<sup>2</sup> Sofern die Parteien keine andere Frist vereinbart haben, ist der Antrag binnen dreissig Tagen nach Empfang des Schiedsspruchs zu stellen.

<sup>3</sup> Das Schiedsgericht soll über die Berichtigung oder Erläuterung des Schiedsspruchs binnen dreissig Tagen und über die Ergänzung des Schiedsspruchs binnen sechzig Tagen entscheiden.

<sup>4</sup> Eine Berichtigung des Schiedsspruchs kann das Schiedsgericht auch ohne Antrag vornehmen.

<sup>5</sup> Artikel 30 ist auf die Berichtigung, Erläuterung oder Ergänzung des Schiedsspruchs anzuwenden.

## **Siebenter Titel: Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch**

### **Art. 35 Aufhebungsklage**

<sup>1</sup> Gegen den Schiedsspruch kann beim Gericht Aufhebungsklage nach den Absätzen 2 und 3 erhoben werden.

<sup>2</sup> Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn die klagende Partei den Beweis erbringt,

a. dass die Bildung des Schiedsgerichts oder das Schiedsverfahren einer Bestimmung dieses Abschnitts oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat;

b. dass sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;

c. dass das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden.

<sup>3</sup> Ein Schiedsspruch kann ferner aufgehoben werden, wenn das Gericht feststellt,

a. dass der Gegenstand des Streites nach Schweizer Recht nicht schiedsfähig ist, oder

b. dass der Entscheid mit dem ordre public unvereinbar ist.

<sup>4</sup> Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muss die Aufhebungsklage innerhalb einer Frist von 90 Tagen erhoben werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem die klagende Partei den Schiedsspruch empfangen hat, oder, falls ein Antrag nach Artikel 34 gestellt worden ist, mit dem Tag, an dem sie die Entscheidung über diesen Antrag empfangen hat.

<sup>5</sup> Ist eine Aufhebungsklage erhoben worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs und unter Fristsetzung für eine neue Entscheidung die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

<sup>6</sup> Die Aufhebung des Schiedsspruchs hat im Zweifel zur Folge, dass wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wieder auflebt.

<sup>7</sup> Die Aufhebung kann auf einzelne Teile des Schiedsspruchs beschränkt werden, sofern nicht die anderen davon abhängen.

### **Art. 36 Revision**

<sup>1</sup> Die Revision eines Schiedsspruchs kann verlangt werden:

a. wenn durch Handlungen, die das Schweizer Recht als strafbar erklärt, auf den Schiedsspruch eingewirkt worden ist. Diese Handlungen müssen durch ein Strafurteil festgestellt sein, es sei denn, ein Strafverfahren könne aus anderen Gründen als mangels Beweisen nicht zu einem Urteil führen;

b. wenn der Gesuchsteller nachträglich neue erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die er im Schiedsverfahren nicht beibringen konnte.

<sup>2</sup> Das Revisionsgesuch ist innerhalb einer Frist von 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes, spätestens jedoch innerhalb von fünf Jahren nach Empfang des Schiedsspruchs beim zuständigen Gericht einzureichen.

<sup>3</sup> Ist das Revisionsgesuch gutzuheissen, so wird der Schiedsspruch aufgehoben; Artikel 35 Absätze 6 und 7 gelten entsprechend.

## **Achter Titel: Vollstreckung der Schiedssprüche**

### **Art. 37 Vollstreckbarerklärung**

<sup>1</sup> Die Zwangsvollstreckung findet nur statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.

<sup>2</sup> Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in Artikel 35 Absätze 2 und 3 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist.

<sup>3</sup> Aufhebungsgründe nach Art. 35 Absatz 2 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in Artikel 35 Absatz 4 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne dass der Antragsgegner eine Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs eingereicht hat.

### **Art. 38 Verfahren**

<sup>1</sup> Mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist der Schiedsspruch oder eine beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs vorzulegen.

<sup>2</sup> Vor der Entscheidung ist die gegnerische Partei anzuhören. Dies hat in mündlicher Verhandlung zu erfolgen, wenn die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt wird oder wenn bei einem Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs Aufhebungsgründe nach Artikel 35 Absatz 3 in Betracht kommen.

### **Art. 39 Ausländische Schiedssprüche**

<sup>1</sup> Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Die Vorschriften in anderen Staatsverträgen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen bleiben unberührt.

<sup>2</sup> Artikel 38 Absätze 1 und 2 sind auch auf ausländische Schiedssprüche anzuwenden, soweit Staatsverträge nicht etwas anderes bestimmen.

<sup>3</sup> Ist die Vollstreckbarerklärung abzulehnen, stellt das Gericht fest, dass der Schiedsspruch im Inland nicht anzuerkennen ist.

<sup>4</sup> Wird der Schiedsspruch, nachdem er für vollstreckbar erklärt worden ist, im Ausland aufgehoben, so kann die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung beantragt werden.

## **Neunter Titel: Rechtsmittel**

### **Art. 40** Beschwerde

<sup>1</sup> Gegen die in Artikel 3 Absatz 1 lit. b und d genannten Entscheidungen findet die Beschwerde an das Bundesgericht statt. Im übrigen sind die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Entscheidungen unanfechtbar. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesrechtspflegegesetzes betreffend staatsrechtliche Beschwerde.

<sup>2</sup> Gegen die in Artikel 3 Absatz 2 genannten Entscheidungen findet die Appellation an das obere kantonale Gericht statt; dieses entscheidet endgültig.

## **Übergangsbestimmungen**

### **Art. 1** Schiedsvereinbarung

Die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen worden sind, beurteilt sich nach dem bisher geltenden Recht.

### **Art. 2** Schiedsverfahren

Für Schiedsverfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen haben, aber noch nicht beendet sind, ist das bisher geltende Recht anzuwenden. Die Parteien können jedoch die Anwendung des neuen Rechts vereinbaren.

### **Art. 3** Gerichtliche Verfahren

Für gerichtliche Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig sind, ist das bisher geltende Recht weiter anzuwenden.

## **Änderungen anderer Gesetze**

1. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987:

a) Art. 176 Abs. 2 wird gestrichen, der bisherige Absatz 3 wird zu Absatz 2.

b) Art. 179 Abs. 2 2. Halbsatz wird geändert und lautet wie folgt:

"er wendet sinngemäss die Bestimmungen des dritten Titels des dritten Teils der BZPO über die Ernennung, Abberufung oder Ersetzung von Schiedsrichtern an".

c) Art. 191 Abs. 2 wird gestrichen.

## **Dritter Teil: Schiedsgerichtsbarkeit**

### **Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen**

**Art. 1** Anwendungsbereich

**Art. 2** Sitz des Schiedsgerichts

**Art. 3** Zuständiges Gericht

### **Zweiter Titel: Schiedsvereinbarung**

**Art. 4** Schiedsvereinbarung

**Art. 5** Form der Schiedsvereinbarung

**Art. 6** Schiedsfähigkeit

**Art. 7** Zulassung von Juristen

**Art. 8** Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht

### **Dritter Titel: Bildung des Schiedsgerichts**

**Art. 9** Zusammensetzung des Schiedsgerichts

**Art. 10** Bestellung der Schiedsrichter

**Art. 11** Ernennung durch das Gericht

**Art. 12** Offenbarungspflicht und Annahme des Amtes

**Art. 13** Sekretariat

**Art. 14** Amtsdauer

**Art. 15** Ablehnung eines Schiedsrichters

**Art. 16** Ablehnung des Schiedsgerichts

**Art. 17** Ablehnungsverfahren

**Art. 18** Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung

**Art. 19** Bestellung eines Ersatzschiedsrichters

### **Vierter Titel: Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

**Art. 20** Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit

**Art. 21** Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

### **Fünfter Titel: Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens**

**Art. 22** Beginn des Schiedsverfahrens

**Art. 23** Allgemeine Verfahrensregeln

**Art. 24** Gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen

**Art. 25** Beteiligung Dritter am Verfahren

**Art. 26** Verrechnung

**Art. 27** Kostenvorschuss

### **Sechster Titel: Schiedsspruch und Beendigung des Verfahrens**

**Art. 28** Anwendbares Recht

**Art. 29** Beratung und Entscheidung

**Art. 30** Form und Inhalt des Schiedsspruchs

**Art. 31** Einigung der Parteien

**Art. 32** Entscheidung über die Kosten

**Art. 33** Wirkungen des Schiedsspruchs

**Art. 34** Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs

## **Siebenter Titel: Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch**

**Art. 35** Aufhebungsklage

**Art. 36** Revision

## **Achter Titel: Vollstreckung der Schiedssprüche**

**Art. 37** Vollstreckbarerklärung

**Art. 38** Verfahren

**Art. 39** Ausländische Schiedssprüche

## **Neunter Titel: Rechtsmittel**

**Art. 40** Beschwerde

## **Übergangsbestimmungen**

**Art. 1** Schiedsvereinbarung

**Art. 2** Schiedsverfahren

**Art. 3** Gerichtliche Verfahren

## **Änderungen anderer Gesetze**