

DIE SCHWEIZERISCHE ZPO UND IHRE AUSLEGUNG - KRITISCHE ANMERKUNGEN ZUR RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTS

*Prof. Dr. iur. Thomas SUTTER-SOMM**

*Dr. iur. Benedikt SEILER***

I. Die Auslegung von zivilprozessualen Bestimmungen im Allgemeinen

Die nur wenige Monate nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)¹ inkraftgetretene türkische Zivilprozessordnung kann als Werk von Kollege HAKAN PEKCANITEZ bezeichnet werden, hat er doch die vorarbeitenden Arbeiten der Expertenkommissionen, die unter seiner Leitung den Gesetzesentwurf ausgearbeitete hat, wesentlich geprägt. Die beiden neuen Zivilprozessgesetze haben in einigen Bereichen, namentlich bei den Klagen, Berührungspunkte. Es mag deshalb auch von Interesse sein, wie das Bundesgericht die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in der praktischen Anwendung in den ersten Jahren auslegt.

1. Massgeblichkeit von Art. 1 ZGB

Für die Auslegung von zivilprozessualen Bestimmungen gelten die allgemeinen Regeln für die Gesetzesauslegung. Auch bei der Auslegung von Bestimmungen zivilprozessualer Natur ist demnach von den vier unter anderem in der Schweiz etablierten, klassischen Auslegungselementen auszugehen, welcheim Wesentlichen auf SAVIGNY und Jhering zurückführen

* Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

** wissenschaftlicher Assistent und Habilitand, Universität Basel

¹ SR 272; <http://www.admin.ch/bundesrecht>.

sind², nämlich dem grammatikalischen, dem historischen, dem systematischen und dem teleologischen Element³.

Das Bundesgericht kennt grundsätzlich keine Hierarchie der genannten Auslegungselemente, vielmehr bekennt es sich zum sog. Methodenpluralismus⁴. Nichts Abweichendes gilt im Bereich der Auslegung der Bestimmungen der ZPO⁵.

Teleologische Erwägungen spielen indessen bei der Gesetzesauslegung eine besonders wichtige Rolle. Es ist grundsätzlich bei jeder Auslegung namentlich nach dem Sinn und Zweck des auszulegenden Gesetzes und dem ihm zugrunde liegenden Wertungen abzustellen⁶.

Gleichsam gelten die im materiellen Zivilrecht für die Lückenfüllung entwickelten Grundsätze analog für das Zivilprozessrecht. Lücken in den

² Vgl. etwa die Hinweise bei KESHELAVA TORNIKE, *Der Methodenpluralismus und die ratio legis*, Diss. Fribourg/Basel 2012, S. 23.

³ EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER ALEX, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 N 108 ZGB; MEIER-HAYOZ ARTHUR, in: Liver u.a., *Berner Kommentar*, Bd. I, Einleitung (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, Nachdruck 1966 (BK), Art. 1 ZGB N 73; DÜRR DAVID, in: *Zürcher Kommentar*, 1. Teilb. Vorb. zu Art. 1 und 4 ZGB; *Kommentar zu Art. 1 ZGB*, Zürich 1998 (ZK), Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB N 119 ff.; GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 53; WILLISEGGER DANIEL, *Grundstruktur des Zivilprozesses*, Zürich 2012, S. 49.

⁴ Vgl. etwa BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4); BGE 137 II 164, 170 (E. 4.1); BGE 136 III 283, 284 (E. 2.3.1); BGE 131 III 314, 316 (E. 2.2). Eingehend hierzu etwa TORNIKE (Anm. 2), S. 62 ff.; KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 4. Auflage, Bern 2013, S. 179 ff.

⁵ BGE 140 III 315, 318 ff. (E. 5); BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4); BGE 138 III 788, 789 f. (E. 4.2 ff.). Vgl. bereits BGE 123 III 213 (E. 5.b). Aus der neueren Doktrin vgl. auch BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2. Auflage, Basel/Neuenburg 2014, S. 22; SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Zürich 2012, Rz. 1; BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S., *Das Privatgutachten*, in: ZZZ 2013, S. 171 ff.; HABERBECK PHILIPP, *Genereller Ausschluss der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert?*, in: ZZZ 2013, S. 177 ff.; BAECKERT ANDREAS, *Die materielle Abweisung eines Gesuchs um Rechtsschutz in klaren Fällen*, in: Jusletter vom 8. September 2014.

⁶ BGE 139 III 457, 461 (E. 4.4).

Zivilprozessgesetzen sind nach den Regeln von Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)⁷ zu füllen⁸.

2. Die Bedeutung der Funktion des Zivilprozessrechts für die Auslegung

Im Rahmen der teleologischen Auslegung zivilprozessualer Bestimmungen ist die Funktion des Zivilprozessrechts im Allgemeinen zu beachten. Die primäre Funktion des Zivilprozessrechts besteht in der Verwirklichung bzw. Durchsetzung des materiellen Rechts. Das Zivilprozessrecht hat also keinen Selbstzweck, sondern kann als „Diener des materiellen Rechts“ bezeichnet werden⁹. Bei der Auslegung ist im Zweifel daher nicht anzunehmen, dass einer zivilprozessualen Bestimmung eine Bedeutung zukommt, welche die Verfolgung bzw. Durchsetzung materieller Ansprüche übermässig erschwert¹⁰. Auch das Bundesgericht berücksichtigt in ständiger Rechtsprechung diese dienende Funktion des Prozessrechts im Kontext der Auslegung¹¹.

⁷ SR 210.

⁸ BGE 122 I 253, 254 (E. 6.a); BGE 74 I 105, 108 (E. 2); MEIER-HAYOZ, in: BK (Anm. 1), Art. 1 ZGB N 73; GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 53; DÜRR, ZK (Anm. 3), Vorbem. Art. 1 und 4 ZGB N 119 ff.

⁹ STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 6, Rz. 6 f.; SUTTER-SOMM THOMAS (Anm. 5), Rz. 1; BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 27; SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Auflage des von Oscar Vogel begründeten Werks, Bern 2010, § 2, Rz. 15; LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 1.1 und 1.3; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 1, Rz. 6 f. Vgl. auch HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, § 3, Rz. 35: „Das materielle Recht ist die Idee, das Prozessrecht die Tat“.

¹⁰ GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 52 f.

¹¹ BGE 139 III 457, 463 f. (E. 4.4.3.3); BGE 127 III 461, 466 (E. 3.d); BGE 123 III 140, 144 (E. 2.c); BGE 116 II 215, 218 (E. 3). Vgl. auch BGE 123 III 213 (E. 5.b), wo das Bundesgericht hierbei den Begriff „Auslegungsmaxime“ verwendet.

Obwohl jeder Zivilprozess – im Sinne eines Idealmodelles – einmöglichst gerechtes Urteil haben soll, ist es notwendig, seine Dauer zu beschränken; ein Prozess darf sich nicht endlos hinziehen¹². Dies dient dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit. Bei der Auslegung prozessualer Normen ist daher der Gedanke der Prozessökonomie ebenfalls zu berücksichtigen. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist daher grundsätzlich diejenige Auslegung vorzuziehen, welche es dem Gericht ermöglicht, auf einfachstem und kürzestem Weg zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Entscheid zu gelangen¹³. Von mehreren Auslegungsvarianten ist wenn immer möglich die einfachste zu wählen¹⁴.

Im Zweifel kommt einer prozessualen Norm somit der die Durchsetzung des materiellen Rechts erleichternde und der die Prozessökonomie fördernde Sinn zu¹⁵.

II. Besondere Aspekte bei der Auslegung der Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung

1. Grundsätzliches

Mit dem Erlass der ZPO hat sich der Gesetzgeber für das *Kodifikationsprinzip* entschieden¹⁶. Er hat davon abgesehen, lediglich ein Rahmengesetz zu erlassen¹⁷. Die ZPO stellt demnach eine abschliessende, bundesrechtliche Ordnung des zivilgerichtlichen Verfahrens vor den kantonalen Instanzen dar. Kantonale Bestimmungen sind unter dem

¹² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 1.6.

¹³ GULDENER, ZPR (Anm. 3), S. 53.

¹⁴ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7236.

¹⁵ MEIER-HAYOZ, in: BK (Anm. 1), Art. 1 N 72.

¹⁶ Vgl. schon die Diskussion in diesem Kontext in der Expertenkommission (Protokolle der Sitzungen der Expertenkommission zur Ausarbeitung eines Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Protokoll der 1. Sitzung vom 14. Juni 1999, S. 5 ff.).

¹⁷ Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Juni 2003, S. 10; Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236; WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: SJZ 2004, S. 313 ff., S. 314; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 1.14.

Blickwinkel der derogatorischen Kraft des Bundesrechts¹⁸ nur zulässig, soweit die ZPO einen entsprechenden Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts enthält¹⁹. Dies ist weitgehend im Zusammenhang mit der Regelung der Gerichtsorganisation und der sachlichen Zuständigkeit der Fall²⁰. In die kantonale Organisation wurde somit nur soweit eingegriffen, als es zur Vereinheitlichung des Verfahrens unumgänglich war, wie etwa bei der Frage der Anzahl Instanzen²¹. Ein weiterer, allerdings nur grundsätzlicher Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts besteht hinsichtlich der Tarife für die Prozesskosten²².

¹⁸ Vgl. Art. 3 BV: *„Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.“* sowie Art. 49 Abs. 1 BV: *„Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor“*.

¹⁹ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 - ein Überblick, in: recht 2009, Heft 3, S. 79 ff., S. 80; GASSER DOMINIK, Das ordentliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, S. 11 ff., S. 11 f.; SUTTER-SOMM THOMAS, Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung - Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 11 ff., S. 15 f.; LEUENBERGER CHRISTOPH, Das Scheidungsverfahren: vom st. gallischen Recht zur schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Mitteilungen zum Familienrecht 10/2009, S. 45 ff., S. 45; KARLEN PETER, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (BSK ZPO), Art. 122 BV N 9; SCHOTT MARKUS, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas, Ulrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014 (KUKO ZPO), Art. 1 N 7; GASSER DOMINIK, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (DIKE Komm), Art. 1 N 6 ff.

²⁰ Art. 3 ZPO: *„Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden ist Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“* sowie Art. 4 Abs. 1 ZPO: *„Das kantonale Recht regelt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“*.

²¹ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237.

²² Art. 96 ZPO: *„Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest“*.

Mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf Bundesebene wurde auch das vielschichtige Problem des Verhältnisses zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem Zivilprozessrecht über weite Bereiche behoben, welches früher zu vielen schwierigen Fragen geführt hatte. Weil das Bundesrecht – sei es geschriebenes oder ungeschriebenes – als höherrangige Rechtsquelle dem kantonalen Recht vorgeht, mussten die Kantone vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts bei ihrer legislatorischen Tätigkeit jeweils darauf achten, dass sie keine zivilprozessualen Normen erlassen, welche das Bundesrecht vereiteln²³. Die Frage, wo die Grenze zwischen zulässigen und bundesrechtswidrigen kantonalen Normen verläuft, war im Einzelnen schwierig zu bestimmen und beschäftigte früher die kantonale Gerichtsbarkeit sowie das Bundesgericht ständig²⁴. Diese Problematik besteht nunmehr nur noch im sehr beschränkten Bereich, in welchem zivilprozessuale Normen auf kantonaler Stufe zulässig sind.

Entsprechend der kantonalen und schweizerischen Tradition folgte der Gesetzgeber auch beim Erlass der ZPO dem Prinzip „*Mut zur Lücke*“²⁵. Die ZPO soll der Praxis den nötigen Spielraum geben, den Einzelfall effizient und sachgerecht abzuwickeln. Auch der Fortbildung des Rechts sollte der notwendige Raum belassen werden²⁶, was bei der Auslegung bzw. Lückenfüllung zu berücksichtigen ist.

Die Problematik der Bestimmung des Streitgegenstandes stellt eine der umstrittensten Fragen in der Dogmatik des Zivilprozessrechts dar²⁷. Der

²³ STAEHELIN/SUTTER(Anm. 9), § 3, Rz. 6 ff.

²⁴ So normierte Art. 68 aOG als ersten Beschwerdegrund der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 68 ff. aOG die Anwendung von kantonalem Recht statt des massgebenden Bundesrechts; vgl. STAEHELIN/SUTTER(Anm. 9), § 22, Rz. 19.

²⁵ Dieser Gesichtspunkt wurde vom Bundesrat als Leitlinie übernommen, vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237 (unten) sowie S. 7238.

²⁶ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7236.

²⁷ Statt vieler ALTHAMMER CHRISTOPH, Streitgegenstand und Interesse - eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff, Tübingen 2012, *passim*, mit umfassenden Hinweisen auf die deutsche Lehre. Vgl. weiter

Vorentwurf zur ZPO ging noch – entsprechend der herrschenden Lehre²⁸ – von einem zweigliedrigen Streitgegenstand aus, ohne jedoch eine Legaldefinition vorzusehen²⁹. Der Bundesrat verzichtete ebenfalls auf eine Definition der materiellen Rechtskraft. Vielmehr wurde dies im Entwurf – trotz Kritik an der fehlenden Regelung in der Vernehmlassung³⁰ und teilweise in der Doktrin³¹ – zu Recht weiterhin der Lehre und Rechtsprechung überlassen³², denn entsprechend der schweizerischen Rechtssetzungstradition sind Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umschreibung der materiellen Rechtskraft und ihrer objektiven Grenzen durch eine offene Gesetzgebung zu begegnen, um der Gerichtspraxis die nötige Flexibilität zu erhalten³³.

Das Bundesgericht musste sich denn auch jüngst zur Frage der materiellen Rechtskraft äussern. Dabei knüpfte es an die in der früheren

die Darstellung bei SUTTER THOMAS, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 230 ff., Rz. 243 ff.

²⁸ ZÜRCHER ALEXANDER, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (ZPO Komm), Art. 59 N 30; SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN, in: ZPO Komm (Anm. 28), Art. 64 N 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR (Anm. 9), Rz. 7.3; MÜLLER-CHEN, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 64 N 19 ff. Eingehend VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2007, S. 33 ff.

²⁹ Bericht VE, S. 103: „*Gleich ist der Streitgegenstand, wenn das gleiche Rechtsbegehren aus dem gleichen Lebensvorgang geltend gemacht wird*“.

³⁰ Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2004, S. 619 ff.

³¹ So insbes. BERTI STEPHEN V., Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, in: SZZP 2/2008, S. 193 ff., S. 194 ff.; DOMEJ TANJA, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung - Struktur und Charakteristika des Verfahrens, in: ZZPInt 2006, S. 244; OBERHAMMER PAUL, in: BSK ZPO (Anm. 19), vor Art. 236-242 N 27 f.

³² Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7345; VON ARX (Anm. 28), S. 34 f.

³³ SUTTER-SOMM THOMAS, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, in: ZZZ 5/2005, S. 3 ff., S. 9 ff. mit eingehender Begründung. In diesem Sinne auch GULDENER MAX, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Berlin 1966, S. 21; HANSPETER WALTER, SJZ 2004 (Anm. 17), S. 319; GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 60 N 6.

Rechtsprechung entwickelten, teilweise nicht ganz kongruenten Formeln an, und brachte diese in Einklang durch einepräzisierte Formel, wonach die Identität von prozessualen Ansprüchen nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen, beurteilt werde. Dabei sei der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Ein neuer prozessualer Anspruch sei deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird³⁴.

2. Bedeutung des bisherigen kantonalen Rechts und seiner Praxis

Bei der Auslegung der verschiedenen Bestimmungen der ZPO ist ein Blick in die Vergangenheit oft unumgänglich. Denn diese Kodifikation stellt inhaltlich gesehen grundsätzlich kein völlig neuartiges und unbekanntes Regelwerk dar³⁵, sondern basiert auf dem soliden Fundament der reichen kantonalen Prozessrechtstradition³⁶ und soll in diesem Sinne eine Fortführung der schweizerischen Rechtstradition sein³⁷.

³⁴ BGE 139 III 126, 128 ff. (E. 3).

³⁵ SUTTER THOMAS, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Stephen V. Berti (Hrsg.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Symposium zum 75. Geburtstag von Walter J. Habscheid, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 31, Basel 1999, S. 32 ff., S. 32.

³⁶ LIATOWITSCH ROTTENBERG VERA, Die neue schweizerische Zivilprozessordnung aus höchstrichterlicher Sicht, in: *SZZP 2/2008*, S. 199 ff., S. 201.

³⁷ Bericht VE (Anm. 17), S. 10; BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile suisse: plaidoyer pour un retour vers le futur*, in: Piermarco Zen-Ruffinen (Hrsg.), *Le temps et le droit: recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008*, Neuenburg 2008, S. 1 ff., S. 2 ff.; BOHNET FRANÇOIS, *Les défenses en procédure civile suisse*, in: *ZSR 2/2009*, S. 185 ff., S. 197 f.; DOMEJ TANJA, *ZZPInt 2006 (Anm. 31)*, S. 239 ff., S. 242; ROHNER BRIGITTE, *Die Schweizerische Zivilprozessordnung - aus der Sicht der Gesetzgebung*, in: *Anwaltsrevue 2/2007*, S. 58 ff., S. 60; HANSPETER WALTER, *SJZ 2004 (Anm. 17)*, S. 316; JÜRGEN BRÖNNIMANN, *recht 2009*, S. 80; BERTI STEPHEN V., *Die Schweizerische ZPO und der Haftpflichtprozess*, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel*, Zürich 2009, S. 119 ff., S. 120; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Anm. 9), *Rz. 1.14 f.*

Allerdings bestanden in den verschiedenen kantonalen Zivilprozessordnungen zum Teil erhebliche Unterschiede auch hinsichtlich zentraler Aspekte³⁸. Der Gesetzgeber hatte somit die Aufgabe „die *Farbenvielfalt der einzelnen Steine zu einem sinnvollen Mosaik*“ zusammenzufügen³⁹.

Trotz der Anknüpfung an das kantonale Recht ist zu beachten, dass die ZPO als ein um etliche Jahre jüngeres Gesetz grundsätzlich autonom auszulegen ist. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass eine Auslegung im Sinne der kantonalen Rechtstradition naturgemäss dort nicht möglich ist, wo vor Inkrafttreten der ZPO eine unterschiedliche Rechtslage bzw. Praxis herrschte⁴⁰. Zum anderen kennt die ZPO durchaus Neuerungen, wie z.B. die Regelungen der Mediation⁴¹, der Schutzschrift⁴² oder der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde⁴³ zeigen⁴⁴, welche dem bisherigen kantonalen Zivilprozessrecht fremd waren.

Das bisherige kantonale Recht und seine Praxis kann aus diesen Gründen nur sehr beschränkt als Auslegungshilfe herangezogen werden. Eine Orientierung der Auslegung an den früheren kantonalen Regelungen bzw. der dazu ergangenen Rechtsprechung ist grundsätzlich nur dann angezeigt, wenn hierzu eine weitgehend einheitliche Rechtslage bereits vor Inkrafttreten der ZPO bestand und insbesondere aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, dass der Gesetzgeber bewusst an die kantonale Regelung anknüpfen wollte⁴⁵.

³⁸ Dies ist insbes. zwischen den deutsch- und den lateinischsprachigen Kantonen der Fall, da diese von unterschiedlichen fremden Einflüssen geprägt sind; eingehend hierzu GULDENER, *Herkunft* (Anm. 33), S. 11 ff. sowie SUTTER, *Rechtseinheit* (Anm. 27), S. 124 ff., Rz. 151 ff.

³⁹ HANS PETER WALTER, *SJZ 2004* (Anm. 17), S. 316.

⁴⁰ SEILER BENEDIKT, *Die Berufung nach ZPO*, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 67.

⁴¹ Art. 213 ff. ZPO.

⁴² Art. 270 ZPO.

⁴³ Art. 347 ff. ZPO.

⁴⁴ BRIGITTE ROHNER, *Anwaltsrevue 2007* (Anm. 37), S. 60.

⁴⁵ In diesem Sinne BGE 139 III 457, 459 (E. 3.2). Vgl. auch BINDER/GUTZWILLER (Anm. 5), S. 172.

3. Bedeutung des bisherigen Bundeszivilprozessrechts

Der Grundsatz der Bewahrung des Status quo betrifft aber nicht nur die kantonalen Zivilprozessordnungen. Bereits vor dem Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung bestand schon eine immer stärker werdende Tendenz, geschriebenes Bundesrecht mit zivilprozessualen Inhalt zu erlassen, verbunden mit der zunehmenden Entwicklung des ungeschriebenen Bundeszivilprozessrechts bzw. rechtsschöpfende Anerkennung desselben durch das Bundesgericht. In diesem Zusammenhang war der Gesetzgeber beim Erlass der ZPO um eine möglichst vollständige Erfassung und Übernahme solcher Bestimmungen in die ZPO bemüht⁴⁶. So wurden Verfahrensbestimmungen des OR, des ZGB oder des Immaterialgüterrechts sowie etwa auch das nun aufgehobene Gerichtsstandsgesetz in die ZPO integriert und in den genannten Gesetzen aufgehoben⁴⁷. So etwa die zahlreichen verfahrensrechtlichen Vorschriften des Scheidungsrechts (Art. 135-149 aZGB).

Sofern die ZPO keine bewussten Abweichungen bei der Übernahme solcher bereits auf Bundesgesetzesebene vorhandenen zivilprozessualen Bestimmungen vorsieht, kann die Rechtsprechung zum bisherigen Recht bei der Auslegung dieser Bestimmungen ohne Weiteres herangezogen werden⁴⁸.

Der Umstand, dass die Vorschriften der ZPO, anders als die früheren Normen des Bundesrechts (z.B. Art. 148 Abs. 1 aZGB⁴⁹ betreffend Aufschub des Eintritts der formellen Rechtskraft für nicht angefochtene Kinderunterhaltsbeiträge bei Anfechtung des Ehegattenunterhalts) nur noch

⁴⁶ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237; SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 65; DOMEJ TANJA, ZZPInt 2006 (Anm. 31), S. 244.

⁴⁷ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7237; BRIGITTE ROHNER, Anwaltsrevue 2007 (Anm. 37), S. 58; JÜRGEN BRÖNNIMANN, recht 2009 (Anm. 37), S. 82.

⁴⁸ Vgl. hierzu etwa BGE 138 III 555, 557 ff. (E. 2).

⁴⁹ Art. 148 Abs. 1 aZGB: „Die Einlegung eines Rechtsmittels hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge; wird jedoch der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten, so können auch die Unterhaltsbeiträge für die Kinder neu beurteilt werden“. Diese Bestimmung wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 aufgehoben und durch Art. 282 Abs. 2 ZPO sowie Art. 315 Abs. 1 ZPO ersetzt.

für die kantonalen Instanzen (Art. 1 ZPO⁵⁰), aber nicht mehr für das Verfahren vor Bundesgericht gelten, spielt für den Inhalt der Norm bzw. deren Auslegung u.E. keine Rolle.

4. Bedeutung von Art. 29 und Art. 30 der Bundesverfassung

Art. 29⁵¹ und Art. 30⁵² der Bundesverfassung (BV)⁵³ umschreiben rechtsstaatliche Mindestanforderungen an die Verfahren gerichtlicher Instanzen (Verfahrensgarantien), welche auch nach Inkrafttreten der ZPO auf den Zivilprozess anwendbar sind⁵⁴. Allerdings sind nach Art. 190 BV⁵⁵

⁵⁰ Art. 1 ZPO: „Dieses Gesetz regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für:
a. streitige Zivilsachen;
b. gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit;
c. gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts;
d. die Schiedsgerichtsbarkeit“.

⁵¹ Art. 29 BV: „Allgemeine Verfahrensgarantien
1 Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.
2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.
3 Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand“.

⁵² Art. 30 BV: „Gerichtliche Verfahren
1 Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.
2 Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.
3 Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen“.

⁵³ SR 101.

⁵⁴ Bericht VE (Anm. 17), S. 59; KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 1; HUBER LUKAS, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 117 N 3.
Art. 190 BV: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“.

Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle auf Verfassungsmässigkeit die Anwendung versagt werden⁵⁶. Die Bestimmungen der ZPO sind für eine rechtsanwendende Behörde also selbst dann massgebend, wenn diese die Mindestanforderungen gemäss Art. 29 und Art. 30 BV nicht erfüllten sollten. Da es sich dabei um Mindestanforderungen handelt, können die Bestimmungen der ZPO demgegenüber auch über das von der Verfassung Vorgeschriebene hinausgehen⁵⁷.

Aus diesem Umstand darf jedoch nicht geschlossen werden, dass Art. 29 und Art. 30 BV seit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts keine Bedeutung mehr zukommt. So ist die Rechtsprechung zu Art. 29 und Art. 30 BV namentlich bei der Auslegung von Bestimmungen der ZPO zu berücksichtigen, welche die verfassungsmässigen Vorgaben konkretisieren⁵⁸. In diesem Sinne ist beispielsweise die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV im Kontext der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelte Praxis auch für die Auslegung der entsprechenden Bestimmung in Art. 117 Bst. b ZPO zu berücksichtigen⁵⁹.

5. Verhältnis zum Bundesgerichtsgesetz

Aus der bislang ergangenen Rechtsprechung zeigt sich, dass die Bestimmungen der ZPO, namentlich jene betreffend die Rechtsmittel (Art. 308 ff. ZPO) oder den Streitwert (Art. 92 ff. ZPO), bisweilen im Lichte des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)⁶⁰ ausgelegt werden, was in gewissen Bereichen – so im Bereich der Streitwertberechnung – im Sinne der Vereinheitlichung begrüssenswert ist und auch dem Willen des Gesetzgebers

⁵⁶ BGE 136 II 120, 130 (E. 3.5.1).

⁵⁷ KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 5.

⁵⁸ KARLEN PETER, in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 29 BV N 6 und Art. 30 BV N 5.

⁵⁹ BGE 138 III 217, 218 (E. 2.2.4).

⁶⁰ SR. 173.110.

entspricht⁶¹. Ähnliches gilt im Bereich des Fristenrechts dieser beiden Gesetze⁶².

In anderen Bereichen wiederum ist dies jedoch als problematisch anzusehen, weil die Vorschriften der ZPO und des BGG nicht vollständig deckungsgleich sein müssen. So insbesondere, wenn die Praxis bestrebt ist, die Geltung des sog. Rügeprinzips nach Art. 42 Abs. 2 BGG (sowie Art. 106 Abs. 2 BGG) unbesehen in das Rechtsmittelverfahren nach ZPO vor den kantonalen Instanzen zu übertragen⁶³. Nach dem Rügeprinzip prüft das Bundesgericht nur die geltend gemachten Rügen; es ist nicht gehalten, alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht

⁶¹ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7292; Protokolle der Sitzungen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll vom 13./14. September 2007, S. 25 ff.; Bericht VE (Anm. 17), S. 48 f.

⁶² Die Regeln der Fristen in Art. 142 ff. ZPO lehnen sich stark an die Regelungen in Art. 44 ff. BGG an, weshalb bei der Auslegung des Fristenrechts der ZPO weitgehend auf die Rechtsprechung zum Fristenrecht des BGG zurückgegriffen werden kann, vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7308;

⁶³ So etwa der Entscheid des Obergerichts Zürich vom 15. August 2012, LA120001: „*Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt*“ (E. 5). Weniger streng demgegenüber der Entscheid des Obergerichts Zürich vom 5. Mai 2014, LB140016: „*Die Begründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden*“ (E. 3). U.E. zutreffend sind die Ausführungen im Entscheid des Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 3. Januar 2012, 400 11 306: „*Das Erfordernis einer Begründung darf jedoch nicht mit dem Rügeprinzip verwechselt werden. Es geht in der Begründung nicht darum, dass der Berufungskläger bestimmte Normen präzise anruft und konkret aufzeigt, inwiefern die angerufenen Normen verletzt worden sind, sondern darum, dass der Berufungskläger der Rechtsmittelinstanz durch zusätzliche Ausführungen zu den Berufungsanträgen seine Überlegungen hinsichtlich des angefochtenen Entscheids mitteilt und so zu einer effizienten Justiz beiträgt*“ (E. 4.1).

nicht mehr vorgetragen wurden⁶⁴. Dies bedeutet eine Einschränkung des Grundsatzes, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, welchem auch das Bundesgericht untersteht⁶⁵. Eine solche Einschränkung auf Stufe der kantonalen Rechtsmittel, welche letztlich auf einen Abbau von Rechtsschutz hinausläuft, entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers⁶⁶.

6. Bedeutung der Gesetzesmaterialien

a. Allgemeines

Im Zusammenhang mit dem historischen Auslegungselement ist allgemein umstritten, ob ein Gesetz „subjektiv“ (entstehungszeitlich) oder „objektiv“ (geltungszeitlich) auszulegen ist. Dieser Streit durchzieht die ganze methodologische Dogmengeschichte⁶⁷. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hierzu ist uneinheitlich. Während einige Entscheide den historischen Willen des Gesetzgebers und damit die Aussagen in den Gesetzesmaterialien als völlig unbeachtlich bezeichnen⁶⁸, wird in anderen

⁶⁴ BGE 133 IV 150, 152 (E. 1.2).

⁶⁵ Art. 106 Abs.1 BGG.

⁶⁶ Eingehend SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 433, 893 f., 901. Gl. M. OBERHAMMER PAUL, in: KUKO ZPO (Anm. 19), Art. 57 N 2; SUTTER-SOMM THOMAS/VON ARX GREGOR, in: ZPO Komm (Anm. 28), Art. 57N 6; GEHRI MYRIAM A., in: BSK ZPO (Anm. 19), Art. 57 N 7. Differenzierend HURNI CHRISTOPH, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Artikel 1-149 ZPO, Bern 2012, Art. 57 ZPO N 43, wonach das Rügeprinzip gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht aber im kantonalen Berufungsverfahren zur Anwendung komme. A.A. GLASL DANIEL, in: DIKE Komm (Anm. 19), Art. 57 N 22; GEHRI MYRIAM A., in: Gehri Myriam A./Kramer Michael, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 310 N 5. In diesem Sinne auch JEANDIN NICOLAS, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 311 N 3.

⁶⁷ Eingehend hierzu etwa KRAMER (Anm. 4), S. 121 ff.

⁶⁸ Insbesondere BGE 81 I 274, 282 (E. 2): „Wie das Bundesgericht wiederholt erklärt hat, ist nicht massgebend, was in den Gesetzesmaterialien steht oder was bei der Gesetzesberatung in der gesetzgebenden Behörde gesagt wurde, sondern was dem

Entscheiden davon ausgegangen, dass das Bundesgericht an den gesetzgeberischen Willen generell gebunden sei⁶⁹. Andere Entscheide wiederum nehmen eine Mittelmeinung ein, mit unterschiedlichen Tendenzen⁷⁰.

b. Insbesondere die Rechtsprechung zum Stellenwert der Gesetzesmaterialien

Auch im Zusammenhang mit der historischen Auslegung einer Bestimmung der ZPO hat sich das Bundesgericht bereits mehrfach zur Bedeutung der Gesetzesmaterialien geäußert. Doch scheint es auch hier nicht eine einheitliche Meinung zu vertreten.

In BGE 139 III 368 stellte es folgende Formel auf: *„Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Die Materialien sind dabei für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; denn ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Das gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für die Gerichte können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind. Das bedeutet nun nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch unbeachtlich wären; sie können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel sein, um den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als*

Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist, wobei die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen sind“.

⁶⁹ BGE 127 III 342, 344 (E. 2): *„An diesen (jungen) gesetzgeberischen Willen ist das Bundesgericht gebunden“.*

⁷⁰ Eine eingehende Darstellung dieser Rechtsprechung findet sich bei KRAMER (Anm. 67), S. 126 ff. Vgl. auch HANS PETER WALTER, recht 1999, S. 157 ff.

*Auslegungshilfe nicht dienlich. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend.*⁷¹.

In BGE 139 III 98, ein im gleichen Jahr gefällter Entscheid, scheint das Bundesgericht die Bedeutung der Gesetzesmaterialien demgegenüber stärker zu betonen:

*„Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Gesetzesmaterialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen.“*⁷².

c. Kritische Würdigung

Auffällig ist an der ersten Formel, dass das Bundesgericht für die Beachtlichkeit der Gesetzesmaterialien im Rahmen der Auslegung einen Niederschlag im Gesetzestext der entsprechenden Aussagevoraussetzt.

Dies betonte das Bundesgericht auch in einem Entscheid, in welchem es um die Frage des Novenrechts im Berufungsverfahren bei Geltung der Untersuchungsmaxime, also die Geltung von Art. 229 Abs. 3 ZPO⁷³ im

⁷¹ BGE 139 III 368, 372 f. (E. 3.2).

⁷² BGE 139 III 98, 100 ff. (E. 3.1). Ähnlich etwa BGE 140 III 315, 318 (E. 5.2.1); BGE 139 III 78 (E. 5.4.3); BGE 137 III 470 (E. 6.5.2).

⁷³ Art. 229 Abs. 3 ZPO: „Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung“.

Berufungsverfahren ging. Das Bundesgericht schloss aus der Streichung des entsprechenden Verweises in Art. 314 E-ZPO⁷⁴ darauf, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO keine Geltung im Berufungsverfahren habe, da dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Zwar wurde in der Botschaft ZPO klargestellt, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO auch in zweiter Instanz gelte⁷⁵, allerdings habe diese Ansicht keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden, da der im bundesrätlichen Entwurf noch vorhandene entsprechende Verweis vom Parlament wieder gestrichen wurde⁷⁶. Bei genauer Betrachtung der Gesetzesmaterialien geht jedoch hervor, dass im parlamentarischen Verfahren davon ausgegangen wurde, dass die Geltung von Art. 229 Abs. 3 ZPO in der Berufungsinstanz als selbstverständlich anzusehen sei. Die Streichung eines entsprechenden Verweises im Vergleich zum Entwurf hatte lediglich redaktionelle Gründe, wie sich aus den (nicht allgemein öffentlich zugänglichen) Protokollen der Rechtskommissionen des Parlaments ergibt⁷⁷. An diesem Beispiel wird erkennbar, dass Aussagen in den Materialien durchaus dem Willen des Gesetzgebers entsprechen können, selbst wenn diese in der Folge keinen Niederschlag im Gesetz gefunden haben.

Fraglich ist hierbei auch, was unter „Niederschlag im Gesetz“ im Sinne der dargestellten Rechtsprechung zu verstehen ist. Denn im genannten Entscheid ist der Gesetzgeber offenbar auch davon ausgegangen, dass sich die Weitergeltung des Novenrechts im Berufungsverfahren klarerweise und

⁷⁴ Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7413 ff. Art. 314 Abs. 1 E-ZPO: „Für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel gilt Artikel 225 Absätze 2 und 3 [E-ZPO] sinngemäss“. Art. 225 Abs. 3 E-ZPO entspricht im Wortlaut Art. 229 Abs. 3 ZPO (vgl. Anm. 73).

⁷⁵ Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7353.

⁷⁶ BGE 138 III 625 ff. (E. 2.1 und 2.2). Eine ähnliche Argumentation findet sich in BGE 138 III 366 (E. 3.1.3), im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 291 ZPO.

⁷⁷ Vielmehr ging es darum, einen sog. „Doppelverweis“ zu vermeiden, da ein solcher als unschön empfunden wurde. Eingehend zum Ganzen SEILER BENEDIKT, Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren, SZPP 5/2012, S. 457 ff.; LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess im Jahr 2011, Veröffentlicht im Band 137, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (BE), in: ZBJV 3/2013, S. 233 ff., S. 254 ff.

ohne weiteres aufgrund von Art. 219 ZPO⁷⁸ ergebe. Diese Bestimmung sieht nämlich die sinngemässe Geltung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren für sämtliche anderen Verfahren vor, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Insofern kann ein „gesetzlicher Niederschlag“ der in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Aussage in diesem Fall entgegen der Ansicht des Bundesgerichts durchaus als vorhanden betrachtet werden.

Im Gegensatz zur ersten Formel ist es nach der zweiten Formulierung des Bundesgerichts demgegenüber nicht notwendig, dass eine in den Gesetzesmaterialien vertretene Ansicht ihren expliziten Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben muss, damit eine Berücksichtigung derselben bei der Interpretation überhaupt zulässig ist. Der innere Widerspruch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt somit klar auf der Hand.

Es entspricht auch der Gesetzgebungstechnik, dass die ZPO bewusst nicht alle Details regeln will (sog. „Mut zur Lücke“)⁷⁹, dass das Gesetz aber entsprechend seiner Systematik auszulegen ist. Dies bringt auch der genannte Art. 219 ZPO zum Ausdruck, dessen praktische Bedeutung aber zu wenig wahrgenommen wird. Wegleitend ist der Gesichtspunkt, dass das Gesetz bewusst das ordentliche Verfahren detailliert regelt, die anderen Verfahren aber, darunter auch das Rechtsmittelverfahren⁸⁰, weit weniger ausführlich, weil eben gemäss Art. 219 ZPO eine sinngemässer Rückgriff auf die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens vorgeschrieben wird. Diese subsidiäre Anwendung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers und geht auch eindeutig aus dem Gesetzestext hervor⁸¹.

⁷⁸ Art. 219 ZPO: „Die Bestimmungen dieses Titels gelten für das ordentliche Verfahren sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“.

⁷⁹ Vgl. hierzu bereits oben II.1.

⁸⁰ Das Rechtsmittelverfahren ist in der ZPO nur sehr rudimentär geregelt, vgl. insbesondere Art. 316 und Art. 327 ZPO; eingehend hierzu SEILER, Berufung nach ZPO (Anm. 40), Rz. 1060.

⁸¹ Vgl. Botschaft ZPO (Anm. 14), S. 7338 zum im Laufe der parlamentarischen Beratung unveränderten Art. 216 E-ZPO.

Bei der Auslegung der ZPO ist deshalb der zweiten Formel des Bundesgerichts der Vorzug zu geben. Denn einerseits erscheint die Voraussetzung, dass Aussagen in den Gesetzesmaterialien einen „Niederschlag im Gesetz“ gefunden haben, nicht selten als unklar. Andererseits ist die ZPO ein noch junges Gesetz, was – wie das Bundesgericht selbst bisweilen zu Recht festhält⁸² – dazu führt, dass den Gesetzesmaterialien einen grösseren Stellenwert bei der Auslegung beigemessen werden muss⁸³.

III. Fazit

Die dargestellten uneinheitlichen Entscheidungen des Bundesgerichts im Kontext der Auslegung der ZPO sind der Rechtssicherheit kaum förderlich. Es bleibt zu hoffen, dass sich die zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zu einer einheitlichen Betrachtungsweise durchdringen können. Weiter ist darauf zu hoffen, dass Art. 219 ZPO, der – wie oben ausgeführt – eine sinngemässe Anwendung der Vorschriften des ordentlichen Verfahrens im Sinne einer „Lückenfüllung“ vorschreibt, die ihm gebührende Bedeutung bekommt. Dazu gehört auch, dass die genannte Vorschrift dabei nach dem klaren Willen des Gesetzgebers wegleitend ist und die offenen Fragen nicht primär durch analoge Anwendung des Bundesgerichtsgesetzes oder einem Umkehrschluss beurteilt werden sollen.

⁸² BGE140 III 206, 207 (E. 3.5.4); BGE 139 III 98, 100 (E. 3.1). Deutlich auch BGE 137 III 470, 472 (E. 6): „Zu prüfen ist, ob die Materialien zuverlässigen Aufschluss über die Auslegung von Art. 119 Abs. 6 ZPO geben. Nach ständiger Rechtsprechung stellen sie, gerade bei jüngeren Gesetzen, ein wichtiges Erkenntnismittel dar, von dem im Rahmen der Auslegung stets Gebrauch zu machen ist“, wo in der Folge die Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren, ausschliesslich anhand der Gesetzesmaterialien, beantwortet wurde. Vgl. auch BGE 140 III 315, 318 (E. 5), wo die Frage, ob ein Gesuch im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO auch materiell abgewiesen werden kann, ausschliesslich anhand einer historischen Auslegung dieser Bestimmung, also ausschliesslich anhand der Gesetzesmaterialien, beantwortet wurde.

⁸³ In diesem Sinne auch WILLISSEGG, Grundstruktur (Anm. 3), S. 50 sowie BOHNET (Anm. 5), S. 23.