

**Die wesentlichen Neuerungen des Allgemeinen  
Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung  
(Art. 1–196 ZPO)**

von Dr. iur. Dr. h.c. Alfred Bühler

**Referat anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung  
AJV/AAV vom 25. November 2010**

**INHALTSVERZEICHNIS**

	Seite
I. Einleitung .....	3
II. Sachliche und funktionelle Zuständigkeiten.....	4
III. Örtliche Zuständigkeiten.....	13
IV. Verfahrensgrundsätze.....	16
V. Prozessvoraussetzungen und Prozessüberweisung.....	18
VI. Klagearten.....	19
VII. Prozesskosten.....	21
VIII. Unentgeltliche Rechtspflege und Mediation.....	25
IX. Beweisrecht.....	26
X. Schlussbemerkung.....	34

## I. Einleitung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung beruht auf dem Vorentwurf einer Expertenkommission vom Oktober 2002, in welcher Prozessualisten aus zwölf verschiedenen Kantonen mitwirkten. Der Kanton Aargau war nicht vertreten. Der Entwurf und die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7221–7528) ist dann unter der Leitung des Berner Fürsprechers im Bundesamt für Justiz, Dominik Gasser, ausgearbeitet worden. Das Parlament hat am Entwurf des Bundesrates keine grundlegenden Änderungen mehr vorgenommen.

Diese Entstehungsgeschichte wird in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, wie sie nun vorliegt, unverkennbar reflektiert. Namentlich der Einfluss des bernischen Prozessrechts ist klar ersichtlich; so etwa bei der ursprünglichen Konzeption des Novenrechts (im bundesrätlichen Entwurf; Art. 225), bei der richterlichen Fragepflicht, bei der Pflicht zur Unterzeichnung der Protokolle durch Zeugen und Parteien sowie bei der nicht beschwerdefähigen Prozesserledigung durch Vergleich und Abstand. Auch zürcherische Vorbilder, z.B. die Beweisverfügung, und Institute aus dem Prozessrecht der Romandie (Genf, Waadt, Wallis) wie z.B. die Streitverkündungsklage haben Aufnahme in die Schweizerische Zivilprozessordnung gefunden. Dagegen gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich der Bundesgesetzgeber irgendwo am aargauischen Zivilprozessrecht orientiert hätte. Das ist schade, weil alt Obergerichter Dr. Kurt Eichenberger mit der Aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984 eine Zivilverfahrensordnung geschaffen hatte, die «Praktikabilität und innere Stimmigkeit in idealer Weise mit bürgernahe Einfachheit verbindet» (KILLER ALBERT, im Geleitwort zur Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Obergerichter, Beinwil am See, Aarau 1990).

Da der Kanton Aargau somit (auch) im Zivilprozessrecht seinen Einfluss in Bern gar nicht oder nicht richtig geltend machen konnte, werden die aargauischen Richter und Anwälte «ihre» ZPO noch eine gewisse Zeit immer dann vermissen, wenn sie feststellen müssen, dass das Bundeszivilprozessrecht den Rechtsuchenden

grössere formellrechtliche Steine in den Weg zum Recht legt als es die aargauische ZPO tat.

## **II. Sachliche und funktionelle Zuständigkeiten**

### **1. Allgemeines**

Die Schweizerische Zivilprozessordnung belässt die Gerichtsorganisationshoheit grundsätzlich vollumfänglich bei den Kantonen (Art. 3 ZPO). Sie regelt aber in Art. 5–8 ZPO abschliessend und verbindlich, bei welchen Streitsachen die Kantone vom Prinzip des doppelten (innerkantonalen) Instanzenzuges (Art. 75 Abs. 2 BGG) abweichen dürfen und eine einzige kantonale Instanz oder das Handelsgericht als zuständig erklären müssen bzw. dürfen.

Aufgrund dieser Ausgangslage hat die Schweizerische Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau keine grundlegende Änderung Gerichtsorganisation zur Folge. Sie führt aber bei den funktionellen und sachlichen Zuständigkeiten der ordentlichen und besonderen aargauischen Zivilgerichte zu zahlreichen Änderungen in den Einzelheiten.

### **2. Ordentliche Zivilgerichte**

#### **2.1 Schlichtungsbehörden**

Im Kanton Aargau ist das Schlichtungsverfahren von denselben Behörden durchzuführen wie bisher (§ 4 EG ZPO):

- den Friedensrichtern, soweit nicht eine andere Schlichtungsbehörde zuständig ist;
- den Arbeitsgerichtspräsidenten/innen in arbeitsrechtlichen Streitsachen;
- den Schlichtungsstellen für Streitigkeiten aus Miete und Pacht;
- der Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen.
- von einem Mitglied des Versicherungsgerichts in Streitsachen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (obligatorische Grundversicherung gemäss KVG) [Art. 7 ZPO].

## 2.2 Bezirksgerichte/Gerichtspräsidenten/innen

Die **Zuständigkeiten** der Gerichtspräsidenten/innen als **erstinstanzliche Einzelrichter** werden erheblich **erweitert** auf alle im **vereinfachten Verfahren** durchzuführenden Streitsachen, soweit dafür erstinstanzlich nicht ein besonderes Zivilgericht (HGer, ArbGer, VersGer) zuständig ist (Art. 6 lit. a EG ZPO); im Einzelnen sind das:

- alle vermögensrechtlichen Streitsachen bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO);
- alle streitwertunabhängig im vereinfachten Verfahren von den ordentlichen Zivilgerichten zu erledigenden Streitsachen (Art. 243 Abs. 2 ZPO); dies sind die
  - Klagen wegen Gewalt, Drohung oder Nachstellung gemäss Art. 28b ZGB (Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO);

- miet- und pachtrechtliche Verfahren betreffend Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, Kündigungsschutz oder Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO);
- Klagen betreffend Durchsetzung des Auskunftsrechts nach Datenschutzgesetz (Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO);
- die selbständigen Klagen betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Streitsachen (Art. 295 ZPO i.V.m. § 6 lit. a EG ZPO).

Die **bisherigen Einzelrichter-Zuständigkeiten** der Gerichtspräsidenten/innen bleiben bestehen für:

- alle im **summarischen Verfahren** zu beurteilenden Streitsachen, soweit sie nicht einem anderen Gericht zugewiesen sind (Art. 6 lit. b EG ZPO); somit für:
  - die in Art. 249–251 ZPO aufgeführten Streitsachen, soweit sie nicht in die Zuständigkeit des Handelsgerichts oder der Arbeitsgerichte fallen;
  - den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO);
  - gerichtliche Verbote (Art. 258–260 ZPO);
  - vorsorgliche Massnahmen (Art. 261–269 ZPO);
  - eherechtliche Summarverfahren (Art. 271 ZPO);
  - kindesrechtliche Summarverfahren (Art. 302 und 303 ZPO);

- partnerschaftsrechtliche Summarverfahren (Art. 305 ZPO);
- Realvollstreckungsverfahren (Art. 339 Abs. 2 ZPO);
- Vollstreckung öffentlicher Urkunden (Art. 347 Satz 1 i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO);
- **Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren** und bei vollständiger Einigung der Ehegatten (Art. 6 lit. c EG ZPO) oder wenn die Parteien die Entscheidung über streitige Scheidungsfolgen dem/der Gerichtspräsidenten/in überlassen (Art. 6 lit. d EG ZPO).

Was verbleibt den **Bezirksgerichten als Kollegialgerichte**? Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind das die im ordentlichen Verfahren zu beurteilenden

- **nicht vermögensrechtlichen Streitsachen**; d.h. in erster Linie die streitigen Ehescheidungsverfahren sowie die persönlichkeitsrechtlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen;
- die **vermögensrechtlichen Streitsachen** mit einem Streitwert von **mehr als Fr. 30'000.-**, soweit nicht das Handels- oder Arbeitsgericht zuständig ist.

## 2.3 Obergericht

### 2.3.1 Einzelrichter am Obergericht

Mit einer Ergänzung von § 98 Abs. 1 lit. c<sup>bis</sup> KV AG wird als neuer ordentlicher Zivilrichter der obergerichtliche Einzelrichter eingeführt. Seine Zuständigkeiten sind gemäss § 11 EG ZPO die folgenden:

- **Erlass vorsorglicher Massnahmen** in Streitsachen, in denen das Obergericht einzige kantonale Instanz ist (§ 11 lit. a EG ZPO und nachstehend Ziff. 2.3.2);
- Die Entscheidung über Vollstreckungs- und Sicherungsmassnahmen sowie den Entzug der **aufschiebenden Wirkung** im **Berufungsverfahren** (Art. 315 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 11 lit. b EG ZPO);
- Gewährung der **aufschiebenden Wirkung** und Anordnung von Sicherungsmassnahmen im **Beschwerdeverfahren** (Art. 325 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 11 lit. b EG ZPO);
- Entscheidung von Beschwerden gegen Urteile der **Schlichtungsbehörden** in Streitsachen mit einem Streitwert bis **Fr. 2'000.–** (Art. 212 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 11 lit. c EG ZPO);
- **vorsorgliche Massnahmen** und **prozessleitende Anordnungen** in **Schiedsgerichtsverfahren** (Art. 374 und 356 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. b und lit. c ZPO i.V.m. § 11 lit. d und e EG ZPO).

### 2.3.2 Obergericht als Kollegialgericht

Als **Rechtsmittelgericht** beurteilt das Obergericht alle **Berufungen** und **Beschwerden** gegen erstinstanzliche Urteile, soweit hiefür nicht der Einzelrichter am Obergericht zuständig ist (Entscheide der Schlichtungsbehörden bis Fr. 2'000.–). Die im Rechtsmittelverfahren zu treffenden prozessleitenden Entscheide und Zwischenentscheide sind teils dem Einzelrichter am Obergericht (§ 11 EG ZPO) teils dem obergerichtlichen Instruktionsrichter (§ 16 Abs. 2 EG



ZPO) zugewiesen. Dabei steht einer Personalunion von Instruktions- und Einzelrichter am Obergericht nichts im Wege.

Als **einzig kantonale Instanz** ist das Obergericht zuständig für:

- internationale Kindsentführungsstreitsachen (§ 10 lit. b EG ZPO);
- Beschwerden und Revisionsgesuche betreffend Schiedsgerichtsentscheide (Art. 356 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 10 lit. d EG ZPO);
- Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung von Schiedsrichtern (Art. 356 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. § 10 lit. d EG ZPO);
- Streitigkeiten nach Kernenergiehaftpflichtgesetz (Art. 5 Abs. 1 lit. e ZPO);
- Klagen gegen den Bund (Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO);
- Zusatzversicherungs-Streitsachen (Art. 7 ZPO).

Die **Prorogation** von vermögensrechtlichen Streitsachen direkt an das Obergericht ist nur noch bei einem Streitwert von mindestens **Fr. 100'000.–** möglich (Art. 8 ZPO).

### 3. Besondere Zivilgerichte

#### 3.1. Handelsgericht

Die Zivilprozessordnung legt in Art. 5 und 6 abschliessend fest, für welche Streit-sachen das Handelsgericht streitwertunabhängig (**ratione materiae**; Art. 5 ZPO) und streitwertabhängig (**ratione personae**; Art. 6 ZPO) zuständig ist. Die Systematik der Zuständigkeitsordnung von § 404 ZPO AG wird somit von der Schweizerischen Zivilprozessordnung übernommen

##### 3.1.1

Bei den **streitwertabhängigen Zuständigkeiten** wird der **Mindeststreitwert von Fr. 30'000.–** für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) sowie das **Wahlrecht** zwischen Handelsgericht und ordentlichem Zivilgericht (Bezirksgericht), wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist, beibehalten (Art. 6 Abs. 3 ZPO).

Bei den **miet- und arbeitsrechtlichen Streitsachen**, bei denen die Beschwerde in Zivilsachen bereits ab einem **Streitwert von Fr. 15'000.–** gegeben ist, wird die handelsgerichtliche Zuständigkeit insoweit ausgeschlossen sein, als die ZPO hierfür das vereinfachte Verfahren vorschreibt, weil ein solches vor dem Handelsgericht nicht durchgeführt werden kann (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Das trifft für alle vermögensrechtlichen Streitsachen mit einem Streitwert bis Fr. 30'000.– sowie streitwertunabhängig für Mietrechtstreitsachen betr. Mietzinshinterlegung, missbräuchliche Mietzinsen, Kündigungsschutz und Mieterstreckung zu.

Für **arbeitsrechtliche Streitsachen** mit einem **Streitwert von mehr als Fr. 30'000.–** wird ferner die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gemäss Art. 8 EG ZPO als zwingend zu verstehen sein. Auch das Wahlrecht gemäss

Art. 6 Abs. 3 ZPO ist hierfür nicht gegeben, weil das Arbeitsgericht kein ordentliches, sondern ein besonderes Zivilgericht ist.

Die handelsgerichtliche Zuständigkeit fällt daher nur für im ordentlichen Verfahren durchzuführende **Mietstreitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 30'000.–** in Betracht, wenn die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist.

### 3.1.2

Bei den **streitwertunabhängigen Zuständigkeiten** (ratione materiae) fallen weg:

- die **patentrechtlichen Streitsachen**; hierfür ist ab 1. Januar 2011 das Bundespatentgericht zuständig;
- die **lauterkeitsrechtlichen Streitsachen** bis zu einem Streitwert von **Fr. 30'000.–** (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO); hierfür sind die Gerichtspräsidenten als Einzelrichter im vereinfachten Verfahren zuständig.

**Neu** kommen als streitwertunabhängige handelsgerichtliche Zuständigkeiten hinzu:

- die **Lizenzvertragsstreitsachen**, soweit sie ausschliesslich vertraglicher Natur sind (Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO);
- Streitsachen nach **Börsengesetz** (Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO);
- die **genossenschaftsrechtlichen Streitsachen** (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO).

Die **gesellschaftsrechtlichen Streitsachen** aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO) können die Kantone streitwertunabhängig, d.h. auch bei einem **Streitwert von weniger als Fr. 30'000.–** dem Handelsgericht als einzige kantonale Instanz zuweisen. Im Kanton Aargau wird dies gemäss § 12 lit. a EG ZPO der Fall sein. Aufgrund einer leicht geänderten Fassung von Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG («.... wenn ein Bundesgesetz eine einzige Instanz *vorsieht*»; statt wie bisher «vorschreibt») wird die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht auch in diesen Fällen zulässig sein.

### 3.2 Arbeitsgerichte

Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht für die Behandlung von arbeits- und gleichstellungsrechtlichen Streitsachen keine **paritätischen Arbeitsgerichte** vor, verbietet aber den Kantonen auch nicht, solche weiter- oder einzuführen. Der Kanton Aargau wird die bisherige paritätische Organisation der Arbeitsgerichte beibehalten (§§ 39a–39f rev. GOG).

Die **arbeitsgerichtlichen Zuständigkeiten** werden auf Streitsachen aus dem Arbeitsvermittlungsgesetz und dem kollektiven Arbeitsrecht ausgedehnt (§ 8 lit. b und c EG ZPO).

Das **Verfahren vor dem Arbeitsgericht** ist für Streitsachen mit einem **Streitwert bis Fr. 30'000.–** dasselbe wie das **vereinfachte Verfahren** (Art. 243–247 ZPO) vor dem/der Gerichtspräsidenten/in (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 6 lit. a EG ZPO). Einziger Unterschied ist die Kostenlosigkeit des Arbeitsgerichtsverfahrens bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– (Art. 114 lit. c ZPO).

Arbeitsrechtliche Streitsachen mit einem **Streitwert von mehr als Fr. 30'000.–** werden im **ordentlichen Verfahren** (Art. 220–242 ZPO) durchzuführen sein. Ein

besonderes Arbeitsgerichtsverfahren mit streitwertunabhängiger Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime gibt es nicht mehr.

Gemäss § 25 EG ZPO werden bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– im Arbeitsgerichtsverfahren auch keine Parteikosten ersetzt.

### III. Örtliche Zuständigkeiten

#### 1. Neue Gerichtsstände

Das Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 ist weitgehend unverändert in die Schweizerische Zivilprozessordnung integriert worden. Dementsprechend stellt die ZPO im Vergleich zum bisherigen Recht nur drei neue Gerichtsstände zur Verfügung:

- (1.) den Gerichtsstand am **Ort der charakteristischen Leistung** für Vertragsklagen (Art. 31 ZPO). Dieser Gerichtsstand ist nicht identisch mit dem internationalen Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ und Art. 113 Abs. 1 IPRG. Der Erfüllungsort kann je nach der streitigen vertraglichen Leistung oder Sekundärleistung (z.B. Schadenersatz oder Rückleistung) verschieden sein. Der Ort, an dem die charakteristische Vertragsleistung zu erbringen ist, ist hingegen für alle Ansprüche aus dem betreffenden Vertrag derselbe.

Bsp.: Ort des Bauwerkes als Gerichtsstand sowohl für Ansprüche des Bauherrn als auch des Bauunternehmers.

- (2.) Gerichtsstand am **Lageort des Grundstückes** für die Kraftloserklärung von Grundpfandtiteln (Art. 43 Abs. 2 ZPO).

- (3.) Gerichtsstand am **Sitz der Zielgesellschaft** für Stimmrechtssuspendierungsklagen nach Börsengesetz (Art. 41 ZPO).

## 2. Weitere Neuerungen des Gerichtsstandsrechts

Abgesehen von diesen drei neuen Gerichtsständen enthält das Gerichtsstandsrecht der Schweizerischen Zivilprozessordnung weitere Neuerungen, welche den Gerichtsstand des Lageortes von Grundstücken (Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache) denjenigen des Sachzusammenhanges und den vereinbarten (prorogierten) Gerichtsstand betreffen:

- (1.) Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG sah den **Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache** auch für «andere», d.h. nicht dingliche Klagen vor, «die sich auf ein Grundstück beziehen». Dabei war in der Lehre streitig, ob und in welchem Umfang als «andere Klagen» mit Bezug zu einem Grundstück auch rein obligatorische Klagen gelten können, namentlich Forderungsklagen von Unternehmern und Architekten auf Bezahlung der im Zusammenhang mit einem Grundstück geleisteten Arbeiten. Das Bundesgericht hat diese Streitfrage erst mit Urteil vom 9. Oktober 2007 restriktiv so gelöst, dass es Vertragsklagen am Lageort eines Grundstückes nur zuliess, falls der streitige Anspruch zu einer Grundbuchänderung führt. Rein obligatorische Klagen mit bloss faktischem Bezug zu einem Grundstück schloss es vom Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache aus (BGE 134 III 16 E. 3.6 S. 25 f.).

Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung stellt sich diese Streitfrage nicht mehr. In **Art. 29 Abs. 2 ZPO** wird nun gesagt, dass nur «andere Klagen, die sich auf **Rechte an Grundstücken beziehen**», am Ort der gelegenen Sache erhoben werden können. Am Lageort des Grundstückes sind daher nur noch Klagen zugelassen, die zu einer Änderung des

Grundbucheintrages in Form einer Eigentumsübertragung, der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts oder der Vormerkung eines persönlichen Rechts führen. Ein faktischer Bezug des streitigen Anspruchs zu einem Grundstück genügt nun schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht (mehr) [BGE 134 III 16 E. 3.7. S. 26].

Indessen wird – wie das oben (Ziff. III./1.) angeführte Beispiel zeigt – der neue Gerichtsstand am Ort der charakteristischen Leistung dazu führen, dass **Vertragsklagen, die sich wie die Werklohnklagen von Unternehmern auf ein Grundstück beziehen, an dessen Lageort erhoben werden können**, auch wenn mit ihnen – wie beim Bauhandwerkerpfandrecht – kein dinglicher Anspruch verknüpft ist.

- (2.) Für den **Gerichtsstand des Sachzusammenhanges** bei **subjektiver Klagenhäufung** gegen mehrere Beklagte wird in **Art. 15 Abs. 1 ZPO** klargestellt, dass die Leitzuständigkeit des für einen von mehreren Beklagten zuständigen Gerichts nicht auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruhen darf.

Für die **objektive Klagenhäufung** mehrerer sachlich zusammenhängender Ansprüche bei dem für einen Anspruch örtlich zuständigen Gericht (Art. 15 Abs. 2 ZPO) wird in **Art. 90 ZPO** klargestellt, dass der Einheitsgerichtsstand nur zur Verfügung steht, wenn das gleiche Gericht für alle Rechtsbehörden sachlich zuständig ist und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist.

- (3.) Von erheblicher praktischer Bedeutung ist schliesslich, dass dem durch eine **Gerichtsstandsvereinbarung** prorogierten Gericht **kein Ablehnungsrecht** mangels genügendem örtlichem oder sachlichem Bezug mehr zusteht (**Art. 17 ZPO**).

#### IV. Verfahrensgrundsätze

Die Schweizerische Zivilprozessordnung enthält in Art. 52 – 58 ZPO dieselben sieben Verfahrensgrundsätze wie die aargauische Zivilprozessordnung in den §§ 75–79:

- Handeln nach Treu und Glauben
- Rechtliches Gehör
- Öffentlichkeit der Verhandlungen
- Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz
- Rechtsanwendung von Amtes wegen
- Dispositionsgrundsatz
- Offizialgrundsatz.

Neu kommt als achter Verfahrensgrundsatz die in Art. 56 ZPO statuierte **gerichtliche Fragepflicht** mit Bezug auf unklare, widersprüchliche, unbestimmte und offensichtlich unvollständige Parteivorbringen hinzu. Mit der gerichtlichen Fragepflicht sollen die Härten – Rechtsverlust – der Verhandlungsmaxime gemildert werden, wenn eine Partei den für eine materielle Rechtsfolge erforderlichen Sachverhalt oder die dafür notwendigen Beweismittel lücken- oder mangelhaft vorträgt bzw. anbietet.

Die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ist eine **Richterpflicht** und muss bei gegebenen Voraussetzungen ausgeübt werden. Die pflichtwidrige Nichtausübung stellt eine Gehörsverletzung und damit einen Verfahrensmangel dar.

Die aargauische Zivilprozessordnung kannte demgegenüber in § 75 Abs. 3 ZPO AG lediglich ein ins richterliche Ermessen gestelltes Recht, die Parteien im Behauptungsverfahren aufzufordern, unklare und unvollständige Ausführungen zu verbessern, sowie sie auf formell unzulängliche Begehren aufmerksam zu machen. Dennoch bin ich der Auffassung, dass die richterliche Fragepflicht an den



prozessualen Nachteilen – Nichteintreten, Klageabweisung –, zu welchen unzulängliche Rechtsbegehren, Behauptungen, Substantiierungen, Bestreitungen oder Beweisangebote führen, nicht viel ändern wird; vor allem aus zwei Gründen:

- (1.) Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht begründet kein Novenrecht. Entsprechend der Regelung der Eventualmaxime in Art. 229 ZPO bedeutet dies, dass die richterliche Fragepflicht für die Parteien nur von Nutzen ist, falls sie bereits anlässlich einer Instruktionsverhandlung oder vor Durchführung des zweiten Schriftenwechsels ausgeübt wird. Die durch die Fragepflicht veranlassten Sachverhalts- und Beweisergänzungen müssen dann bereits anlässlich der Instruktionsverhandlung oder im zweiten Schriftenwechsel vorgebracht werden.
  
- (2.) Die Anwälte dürfen von der richterlichen Fragepflicht schon deshalb nicht viel erwarten, weil das Bundesgericht bereits unter dem bisherigen Recht festgehalten hat, sie dürfe keinesfalls «dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeit auszugleichen oder gar Auswirkungen bewussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen, wo sich dieses nachträglich als nachteilig auswirkt» (Urteil des Bundesgerichts vom 30.8.2001, 5P.147/2001 E. 2a/cc). Auch die zürcherische Praxis bejahte eine Fragepflicht gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien nur, wenn ein Irrtum oder Versehen und nicht eine unsorgfältige Prozessführung anzunehmen war (ZR 1982 Nr. 118 S. 281, 1979 Nr. 35 S. 60 E. 7; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu § 55 ZPO ZH).

## V. Prozessvoraussetzungen und Prozessüberweisung

### 1. Prozessvoraussetzungen

Die Schweizerische Zivilprozessordnung enthält in Art. 59 Abs. 2 lit. a–f eine nicht abschliessende Aufzählung der Prozessvoraussetzungen. Nicht aufgeführt sind namentlich die praktisch relevanten Prozessvoraussetzungen der

- formrichtigen Klageerhebung,
- Durchführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens mit Ausstellung der Klagebewilligung,
- Vollmacht des Rechtsvertreters,
- richtigen Verfahrensart,
- Zulässigkeit der Widerklage und der objektiven Klagenhäufung.

Die aargauische Zivilprozessordnung ermöglichte die Verbesserung aller heilbaren Prozessvoraussetzungen innert einer vom Instruktionsrichter anzusetzenden Nachfrist (§ 173 und § 174 ZPO AG).

Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht eine **Verbesserung von Mängeln der Verfahrenseinleitung** innert Nachfrist **nur für** die fehlende **Vollmacht** und die fehlende **Unterschrift** vor (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsprechung wird daher die Frage zu beantworten haben, bei welchen weiteren heilbaren Mängeln der Verfahrenseinleitung es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) oder das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) verstösst, wenn ohne Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit sofort ein Nichteintretensentscheid gefällt wird. Die Frage ist besonders brisant, wenn mit einer mangelhaften Klage eine Klagefrist gewahrt wurde und die Verweigerung einer Verbesserungsmöglichkeit – z.B. der unrichtigen Parteibezeichnung oder die nachträgliche Einholung der Klagebewilligung – zu einem definitiven Rechtsverlust führt.

## 2. Prozessüberweisung

Eine Prozessüberweisung vom örtlich oder sachlich unzuständigem Gericht an das zuständige Gericht – unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit – im Sinne von § 176 ZPO AG ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung **nicht** mehr **vorgesehen**; auch nicht innerkantonale. In diesem Punkt liegt ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vor. Art. 63 ZPO ermöglicht nur die Neueinreichung einer Klage, auf die mangels Zuständigkeit nicht eingetreten wurde, innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht. Das ist keine Prozessüberweisung, sondern ein **«Prozessneustart»** unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit und Kostenfolgen für zwei Prozesse.

Eine effektive Prozessüberweisung ist nach Art. 127 ZPO nur bei sachlich zusammenhängenden und zeitlich gestaffelt bei verschiedenen Gerichten eingereichten Klagen möglich. Das später angerufene Gericht kann in diesem Fall die bei ihm eingereichte Klage mit Zustimmung des zuerst angerufenen Gerichts an dieses überweisen. Die zeitlich gestaffelte Einreichung identischer oder konnexer Klagen bei verschiedenen Gerichten kommt aber in der Praxis höchst selten vor.

## VI. Klagearten

Bei den Klagearten ist auf folgende **Neuerungen** hinzuweisen:

- Für den Kanton Aargau ist die **Streitverkündungsklage** gemäss Art. 81 ZPO ein echtes Novum. Damit wird jeder Hauptpartei eines Erstprozesses ermöglicht, Regressansprüche gegenüber einem Dritten, die sie im Falle des Unterliegens zu haben glaubt, diesem gegenüber bereits im Rahmen des

Erstprozesses geltend zu machen. Z.B. kann der aus solidarischer Verantwortlichkeit belangte Beklagte seine Regressansprüche gegenüber den andern Solidarschuldnern bereits im Rahmen des Erstprozesses geltend machen. Er muss darüber nicht einen zweiten Prozess führen.

- Bei der **unbezifferten Forderungs- und Stufenklage** ist für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nicht mehr ein Höchstbetrag (§ 168 Abs. 2 ZPO AG), sondern ein **Mindestbetrag** als vorläufiger Streitwert anzugeben (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Erweist sich dieser nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach der Auskunftserteilung als zu niedrig, bleibt das angerufene Gericht zuständig, auch wenn der definitive Streitwert seine Kompetenz übersteigt.

Unklar bleibt, ob eine unbezifferte Forderungsklage nicht nur bei Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit der Bezifferung vor Durchführung des Beweisverfahrens zulässig ist. Hängt die Bezifferung des Anspruchs vom Rechtsfolgeermessen des Richters ab, hat das Bundesgericht bekanntlich bisher die unbezifferte Forderungsklage nicht zugelassen (BGE 131 III 243 E. 5.1 S. 245); auch nicht gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR (BGE 116 II 215 E. 4a S. 219). Die wohl herrschende Lehre ist demgegenüber der Auffassung, aus Art. 42 Abs. 2 OR folge die Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage (s. z.B. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9.A., Bern 2010, 7. Kap. Rz 63).

- In Art. 86 ZPO wird die bisher ungeschriebene Zulässigkeit der **Teilklage** kodifiziert.
- Die in Art. 89 ZPO neu vorgesehene **Verbandsklage** ist im Wesentlichen eine Kodifikation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Persönlichkeitsschutz. Mit der Verbandsklage können Vereine und Organisationen von schweizerischer oder regionaler Bedeutung eine Verletzung der Persönlich-

keitsrechte ihrer Mitglieder geltend machen, sofern sie nach den Statuten zum Schutz der Interessen einer bestimmten Personengruppe befugt sind. Ausgeschlossen ist eine reparatorische Verbandsklage auf Schadenersatz, Genugtuung oder entgangenen Gewinn (Art. 28a Abs. 3 ZGB). Als Beispiel einer schon bisher zugelassenen Verbandsklage kann die Durchsetzung von Ansprüchen aus dem kollektiven Arbeitsrecht durch eine Gewerkschaft genannt werden.

Die Verbandsklage ist nicht zu verwechseln mit der Sammelklage nach dem Vorbild der amerikanischen class action. Eine solche gibt es im schweizerischen Zivilprozessrecht weiterhin nicht. Die Bündelung einer Vielzahl von Klageparteien bleibt in der Schweiz nur in der Form der Streitgenossenschaft möglich, solange der Gesetzgeber – wie in mehreren europäischen Ländern – keine speziellen Regeln für sog. Gruppen- oder Musterverfahren erlässt.

## **VII. Prozesskosten**

### **1. Tarifoheit der Kantone**

Das Kostenrecht wird durch die Zivilprozessordnung weitestgehend vereinheitlicht. Den Kantonen verbleibt nur noch die Festsetzung der Gerichts- und Anwaltskostentarife (Art. 96 ZPO) sowie die Gewährung von in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht vorgesehenen Kostenbefreiungen (Art. 116 Abs. 1 ZPO).

Mit Bezug auf die **Gerichtskosten** wird auch die Tarifoheit der Kantone erheblich eingeschränkt, weil Art. 95 Abs. 2 ZPO die zulässigen Gerichtskosten abschliessend definiert; nämlich als

- Pauschalen für das Schlichtungsverfahren
- Pauschalen für den Entscheid (Entscheidgebühr)
- Kosten der Beweisführung
- Kosten für die Übersetzung
- Kosten für die Vertretung des Kindes.

Die im aargauischen Verfahrenskostendekret (VKD) bisher zusätzlich vorgesehenen **Kanzleigebühen** und der **Ersatz der Barauslagen** des Gerichts (§§ 25–28 VKD) werden daher **bundesrechtswidrig** und dürfen nur noch in der Verwaltungsrechtspflege erhoben werden. Im Zivilprozess sind sie in den Pauschalgebühren mitenthaltend.

## 2. Kostenvorschuss des Klägers

Gemäss Art. 98 ZPO kann «von der klagenden Partei» ein Vorschuss «**bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten**» verlangt werden.

Nach bisherigem aargauischen Recht (§ 101 Abs. 1 ZPO AG) war nur ein «angemessener Anteil» der Gerichtskosten zu bevorschussen. Als «angemessenen Anteil» erachtete die aargauische Praxis einen Drittel bis höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten. Die schweizerische Zivilprozessordnung erhöht die Kostenbarriere für Kläger aus dem Mittelstand der Gesellschaft, die keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben, massiv.

### 3. Verteilung der Prozesskosten

Die Schweizerische Zivilprozessordnung enthält in Art. 104 – Art. 110 ZPO im Wesentlichen dieselben Verteilungsregeln wie die §§ 112–123 ZPO AG. Neu sind die Bestimmungen betreffend

- die Verteilung der Prozesskosten im **vorsorglichen Massnahmeverfahren** und in **Rückweisungsentscheiden** (Art. 104 Abs. 3 und 4 ZPO); Delegation des Kostenentscheides an den Hauptsach Richter bzw. erstinstanzlichen Richter,
- die Tragung von **unnötigen Prozesskosten** durch den Verursacher (Art. 108 ZPO).

Nicht mehr vorgesehen sind:

- die Abweichung vom Unterliegens-/Obsiegensprinzip, wenn eine Partei **nicht wesentlich mehr erhält als vorprozessual angeboten** (§ 113 lit. a ZPO AG), in **personen- und erbrechtlichen Streitsachen** (§ 113 lit. c ZPO AG) sowie der Parteikostenersatz bei **Verstoss des erstinstanzlichen Richters gegen grundlegende Verfahrensvorschriften** (§ 120 ZPO AG). Gestützt auf die Billigkeitsnorm von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO wird in diesen Fällen aber eine von der Obsiegens-/Unterliegensregel abweichende Kostenverteilung weiterhin zulässig sein;
- die amtswegige **Korrektur von erstinstanzlichen Kostenentscheiden** durch das Obergericht im Rechtsmittelverfahren (§ 123 ZPO AG);

Als zulässige kantonale Kostenerleichterung wird der Kanton Aargau mit § 24 EG ZPO das **Kostenprivileg zugunsten der Gemeinden** und öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie in § 25 Abs. 1 EG ZPO die **Parteikostenfreiheit in arbeits- und gleichstellungsrechtlichen Streitsachen bis** zu einem Streitwert von **Fr. 30'000.–** beibehalten.

#### 4. Prozesskostenliquidation

Unter dem Marginale «Liquidation der Prozesskosten» – in Wirklichkeit geht es um die Verrechnung und Rückerstattung von Kostenvorschüssen – enthält die Schweizerische Zivilprozessordnung in Art. 111 ZPO eine Regelung, welche für aargauische Rechtsuchende neu und ungewöhnlich ist.

Art. 111 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass die Gerichtskosten mit den von beiden Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden. Und in Art. 111 Abs. 2 ZPO wird gesagt, dass die kostenpflichtige Partei der anderen Partei den von dieser geleisteten Kostenvorschuss zu ersetzen hat. Damit wird die aargauische Praxis, wonach zuviel geleistete Kostenvorschüsse von der Gerichtskasse zurückerstattet (und ab einer bestimmten Höhe verzinst) werden, nicht weitergeführt werden können. Das **Kostenrisiko** wird auch für die Gerichtskosten **einseitig der obsiegenden Klagepartei** und nicht der für den staatlichen Prozessaufwand verantwortlichen unterliegenden beklagten Partei **aufgelegt**.

Die Bestimmung von Art. 111 ZPO ist in meinen Augen eine stossende Fehlleistung des Gesetzgebers. Zusammen mit der Bevorschussung der gesamten Gerichtskosten durch den Kläger (Art. 98 ZPO) stellt sie geradezu eine Aufforderung an säumige und zahlungsunwillige Schuldner dar, darauf zu spekulieren, dass ihr Gläubiger aus Kostengründen auf die gerichtliche Durchsetzung von berechtigten Forderungen verzichten wird.



## VIII. Unentgeltliche Rechtspflege und Mediation

Bei der unentgeltlichen Rechtspflege bleibt bis auf zwei Neuerungen alles beim Alten.

- Neu ist, dass ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bereits **«zur Vorbereitung des Prozesses»** bestellt werden kann (Art. 118 Abs. 1 lit. c Teilsatz 2 ZPO). Das wird vor allem für den von den Anwälten vor der Einreichung einer Scheidungsklage im Zusammenhang mit einer Scheidungskonvention getätigten Aufwand von praktischer Bedeutung sein.
- Für das **Rechtsmittelverfahren** muss die unentgeltliche Rechtspflege nochmals beantragt und bewilligt werden (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Damit wird ein vom Obergericht seit langem gehegter rechtspolitischer Wunsch erfüllt.

Eine **unentgeltliche Mediation** sieht die Schweizerische Zivilprozessordnung bei gegebener Mittellosigkeit nur **in kindesrechtlichen Streitsachen** nicht vermögensrechtlicher Natur vor (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 23 Abs. 2 EG ZPO kann die unentgeltliche Mediation auch **in allen anderen Streitsachen** bewilligt werden, sofern ausser der Mittellosigkeit zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sind:

- Glaubhaftmachung, dass die Mediation zur Erledigung der Streitsache ohne Urteil führen wird (§ 23 Abs. 2 lit. b EG ZPO);
- die Kosten der Mediation mutmasslich geringer sein werden als die im Prozess anfallenden Parteientschädigungen (§ 23 Abs. 2 lit. c EG ZPO).

## IX. Beweisrecht

Das Beweisrecht der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 150–139 ZPO) enthält im Vergleich mit der ZPO AG zahlreiche und für den Gerichtsalltag bedeutsame Neuerungen.

### 1. Beweisverfahren

#### 1.1 Beweisverfügung

Gemäss Art. 154 ZPO ist vor der Beweisabnahme eine Beweisverfügung zu erlassen. Diese hat die zugelassenen **Beweismittel zu bezeichnen**, die zu beweisenden **Tatsachen in Haupt- und Gegenbeweisthemen zu gliedern** und hierfür die **Beweislast** den Parteien **zuzuteilen**.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung hat damit im Wesentlichen den Beweisaufgabebeschluss nach § 136 ZPO ZH übernommen. In Bern hat man aber übersehen, dass die Zürcher Gerichte auf den Beweisaufgabebeschluss wegen der damit verbundenen Verfahrensverlängerung im einfachen und raschen Verfahren genauso verzichten konnten wie die Parteien selbst (§ 141 Abs. 2 ZPO ZH).

Namentlich das Erfordernis der **Formulierung von detaillierten Beweissätzen** und die damit verbundene Aufteilung der Beweislast für alle Behauptungen und Gegenbehauptungen auf die Parteien, geht weit über die bisherige Beweisordnung nach § 205 ZPO AG hinaus.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung schreibt allerdings nicht vor, dass eine Beweisverfügung in jedem Verfahren zu erlassen ist. Die im summarischen Verfahren geltende Beweismittelbeschränkung (Art. 254 ZPO) und das im verein-

fachten Verfahren massgebende Beschleunigungsgebot (Art. 246 Abs. 1: Erledigung möglichst am ersten Termin) sollten eine beschränkte Geltungskraft der Beweisverfügungsvorschrift von Art. 154 ZPO nur für das ordentliche Verfahren und auch hier nur in komplexen Prozessen mit zahlreichen Beweissätzen und Beweismitteln rechtfertigen (i.d.S. MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, 312/313).

## 1.2 Mitwirkungsverweigerung

Das Aussageverweigerungsrecht der Parteien und das Zeugnisverweigerungsrecht heissen neu Mitwirkungsverweigerungsrecht von Parteien und Dritten (Art. 163–167 ZPO).

Der allgemeine **Aussageverweigerungsgrund der Selbstbelastung** ist neu auf die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit beschränkt (Art. 163 Abs. 1 lit. a und Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Aussageverweigerung wegen der Gefahr einer schweren Ehrbeeinträchtigung (Schande; § 223 Abs. 1 lit. a ZPO AG) gibt es nicht mehr.

Absoluter Geheimnisschutz wird neu den **Ombudspersonen und Mediatoren** gewährt (Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO).

Die **Medienschaffenden** geniessen neu auch im Zivilprozess unbeschränkten Autoren- und Quellenschutz (Art. 166 Abs. 1 lit. e ZPO).

Für die im **Schlichtungsverfahren** gemachten Parteiaussagen gilt ein umfassendes **Verwertungsverbot** vor Gericht (Art. 205 Abs. 1 ZPO).

### 1.3 Urkundenedition

Die Edition von Urkunden durch die Gegenpartei oder Dritte ist nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung Bestandteil der Mitwirkungspflicht (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Einen Zwischenentscheid über die **Editionspflicht Dritter** (§ 240 ZPO AG) gibt es nicht mehr. Verweigert ein Dritter die Urkundenedition unberechtigterweise, ist er mit einer der in Art. 167 ZPO vorgesehenen Sanktionen zu belegen und erst dieser Sanktionsentscheid kann beschwerdeweise angefochten werden (Art. 167 Abs. 3 ZPO).

Die unberechtigte **Editionsverweigerung durch die Gegenpartei** ist wie bisher bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 164 ZPO).

### 1.4 Vorsorgliche Beweisführung

Die vorsorgliche Beweisabnahme ist gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht mehr nur bei Gefährdung eines Beweismittels, sondern schon dann zulässig, wenn ein **schutzwürdiges Interesse** glaubhaft gemacht wird. Als schutzwürdiges Interesse gilt nach der Botschaft des Bundesrates (BB1 2006, 7315) auch die Abklärung der **Prozessaussichten**. Um diese besser beurteilen zu können, wird somit ausser einer vorsorglichen Partei- oder Zeugenbefragung auch eine vorsorgliche Urkundenedition oder ein vorsorgliches Gerichtsgutachten angeordnet werden können.

Damit ist das amerikanische pretrial discovery teilweise rezipiert worden. Das pretrial discovery ist bekanntlich für die Beklagten ein gefährliches und gefürchtetes zivilprozessuales Instrument. Es wird daher davon abhängen, welche Anforderungen an das «schutzwürdige Interesse» im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gestellt werden, damit die verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens – Fairness, Waffengleichheit, rechtliches Ge-

hör – auch für die mit einem Zivilprozess erst bedrohten Beklagten noch gewahrt bleiben.

In § 20 EG ZPO ist die amtliche Feststellung über den Zustand von Streitsachen durch den **Betreibungsbeamten** am Ort der gelegenen Sache im Sinne von § 215 ZPO AG weiterhin vorgesehen, was vor allem für die Übergabe von vermieteten Wohnungen und Geschäftsräumen relevant ist. Es wird sich aber erst noch weisen müssen, ob der Kanton Aargau damit eine praktische und sinnvolle Form der Beweissicherung in bundesrechtskonformer Weise beibehalten hat oder nicht.

## 1.5 Protokollierung

Gemäss Art. 176 Abs. 1 und Art. 193 ZPO ist das Protokoll der Zeugen- und Parteibefragung sowie der Beweisaussagen der Parteien **von den einvernommenen Personen zu unterzeichnen**.

Diese Unterzeichnungsvorschrift haben Bundesrat und Parlament den Kantonen ohne Not aufgezwungen. Im Vorentwurf war sie noch nicht enthalten. Die damit aufgeworfenen praktischen und rechtlichen Probleme werden auch nicht dadurch gemildert, dass nur der wesentliche Inhalt der Aussagen zu protokollieren ist.

Denn technisch geeignete Hilfsmittel sind ausdrücklich nur als **«zusätzliche» Aufzeichnungsmöglichkeiten** erlaubt (Art. 176 Abs. 2 ZPO). Es stellen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – mehrere ziemlich heikle Fragen:

- Welche Kontrollrechte stehen der einvernommenen Person vor der Protokollunterzeichnung zu? Vorlesen des Hauptprotokolls, Abspielen der Tonbandaufzeichnung, Lesen des PC-Protokollausdrucks oder ab Bildschirm?

- Ist ein Verzicht auf die Protokollunterzeichnung durch die einvernommene Person zulässig und rechtsgültig? Kann ein Verzicht auch noch nachträglich und konkludent mittels Stillschweigen innert Frist nach Zustellung des schriftlichen Protokolls erklärt werden?
- Rechtsfolgen der verweigeren oder versehentlich unterlassenen Protokollunterzeichnung für die Beweiswürdigung?

Von diesen für den aargauischen Zivilprozess neuen Problemen abgesehen, wird die Protokoll-Unterzeichnungsvorschrift von Art. 176 Abs. 1 ZPO zweifellos zu wesentlich länger dauernden Verhandlungen führen als bisher.

## 2. Beweismittel

### 2.1 Geschlossenes Beweismittelsystem

Die Schweizerische Zivilprozessordnung enthält in Art. 168 ZPO ein geschlossenes Beweismittelsystem (numerus clausus) mit den **zulässigen Beweismitteln** des

- Zeugenbeweises
- Urkundenbeweises
- Augenscheins
- Gerichtsgutachtens
- der schriftlichen Auskunft
- Parteibefragung
- Beweisaussage.

Diese sieben zulässigen Beweismittel sind grundsätzlich dieselben wie in der aargauischen Zivilprozessordnung. Im Einzelnen sind sie aber so ausgestaltet, dass darin drei Beweisverbote und drei neue Beweismittel enthalten sind, die dem aargauischen Zivilprozessrecht fremd waren.

## 2.2 Beweisverbote

### 2.2.1 Informelle Parteibefragung (Parteiverhör)

Nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung sind die Parteien entweder unter Androhung einer Ordnungsbusse bis Fr. 2'000.– für mutwilliges Leugnen (**Parteibefragung**) oder unter Androhung der Straffolgen von Art. 306 StGB bei Falschaussage (**Beweisaussage**) zu befragen.

Die sog. **informelle Parteibefragung** oder das Parteiverhör gemäss § 267 ZPO AG ohne Androhung einer Sanktion im Falle unwahrer Aussagen **gibt es nicht mehr**.

Die Beweisaussage (bisher formelle Parteibefragung) ist im Verhältnis zur Parteibefragung auch nicht mehr subsidiär. Parteibefragung und Beweisaussage sind gleichrangige Beweismittel und können daher alternativ oder kumulativ abgenommen werden.

### 2.2.2 Zeuge vom Hörensagen

Gemäss Art. 169 ZPO kann Zeugnis nur über Tatsachen abgelegt werden, die jemand **«unmittelbar wahrgenommen hat»**.

In der Botschaft des Bundesrates wird gesagt, unmittelbare Wahrnehmung bedeute, dass das Zeugnis vom Hörensagen ausgeschlossen sei (BBl 2006, 7321). Bereits der Vorentwurf habe nur das direkte Zeugnis als Beweismittel zugelassen. Schaut man im Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf nach, steht dort gerade das Gegenteil (S. 83); nämlich, dass das indirekte Zeugnis nicht ausge-

geschlossen sein soll und ihm mittelbare Beweiskraft als Indiz beigemessen werden darf. Diese Rechtsauffassung ist richtig und in der Schweiz bisher allgemein anerkannt gewesen. Nur im Kanton Graubünden gab es für den Zeugen vom Hörensagen ein Beweisverbot (Art. 186 Abs. 1 ZPO GR). Denn auch der Zeuge vom Hörensagen nimmt das ihm indirekt Zugetragene unmittelbar wahr. Und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gebietet die **Berücksichtigung** des Zeugnisses vom Hörensagen zumindest **als Indiz**. Er schliesst seine mittelbare Beweiskraft keineswegs aus.

Man muss deshalb darauf hoffen, dass das Bundesgericht den **Rechtsirrtum** erkennt, dem der **Bundesrat** in der Botschaft vom 28. Juni 2006 (und unwidersprochen das Parlament) mit Bezug auf den Ausschluss des Zeugnisses vom Hörensagen erlegen ist.

### 2.2.3 Privatgutachten

Gemäss § 262 ZPO AG waren Privatgutachten nach richterlichem Ermessen als Beweismittel zugelassen. Der Nationalrat wollte eine analoge Bestimmung in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufnehmen (AB N 2008, 947), stiess damit aber im Ständerat auf Ablehnung (AB S 2008, 726). Dieser setzte sich in der Differenzenbereinigung durch (AB N 2008, 1627).

Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte ist von einem **qualifizierten Schweigen** im Sinne eines **Ausschlusses** des Privatgutachtens **als Beweismittel** auszugehen.

Der Ausschluss als Beweismittel hat aber m.E. **nicht** ohne weiteres den **Ausschluss** des Privatgutachtens **aus dem Beweisverfahren** überhaupt zur Folge. Es stellen sich zwei Fragen:



- (1.) Kann der Privatgutachter als sachverständiger Zeuge angerufen und einvernommen werden?
- (2.) Kann ein Privatgutachten als Stellungnahme zu einem Gerichtsgutachten eingereicht und in die Beweiswürdigung einbezogen werden?

## **2.3 Neue Beweismittel**

### **2.3.1 Sachverständiger Zeuge**

Der sachverständige Zeuge zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht nur wie ein gewöhnlicher Zeuge Wahrnehmungen über einen bestimmten Sachverhalt macht, sondern auch über die Fach- und Sachkunde verfügt, um die wahrgenommenen Tatsachen wie ein Sachverständiger zu werten und zu würdigen; z.B. der Notfallarzt die unfallkausalen Verletzungen.

Gemäss § 175 ZPO kann das Gericht dem sachverständigen Zeugen auch Fragen zur **Würdigung des Sachverhaltes** stellen.

### **2.3.2 Schiedsgutachten**

In Art. 189 ZPO enthält die Schweizerische Zivilprozessordnung eine Regelung des von den Parteien einvernehmlich und ausser- oder vorprozessual eingeholten Schiedsgutachtens, welche im aargauischen Zivilprozessrecht gefehlt hat. Insbesondere werden die Voraussetzungen geregelt, die erfüllt sein müssen, damit ein Schiedsgutachten für die staatlichen Gerichte verbindlich ist.

## **X. Schlussbemerkung**

Im letzten Punkt habe ich darauf hingewiesen, dass die Schweizerische Zivilprozessordnung eine kleine Lücke des aargauischen Zivilprozessrechts geschlossen hat. In vielen anderen Fragen, wie dargelegt z.B.

- bei der Heilung von Mängeln der Verfahrenseinleitung,
- bei der Prozessüberweisung,
- bei der Kostenbevorschussung und –liquidation und
- im Beweisrecht

bin ich der Auffassung, die Schweizerische Zivilprozessordnung enthalte eine gegenüber dem aargauischen Zivilprozessrecht rückläufige Rechtsentwicklung. Es hätte der Schweizerischen Ziviljustiz zum Vorteil und dem Kanton Aargau zur Ehre gereicht, wenn man in Bern besser beachtet hätte, in welcher Form alt Oberrichter Dr. Kurt Eichenberger schon 1984 eine der Rechtspraxis und der materiellen Rechtsverwirklichung gleichermassen dienende Verfahrensordnung geschaffen hatte.