

Gegenüber Versicherten geht das Bundesgericht davon aus, dass Überzeugungen bewusstseinsnah und damit veränderbar sind oder als Ausdruck einer Beeinträchtigung unbeeinflussbar. Stellt man auf andere Urteile ab zur Motivation von Versicherten<sup>25</sup> oder auf den Hirnforscher Prof. G. Hütter, so sind Veränderungen von Überzeugungen nur möglich, wenn man es wirklich will.

### VIII. Fazit

Aus den vorstehenden Hinweisen ergibt sich, dass die Praxis der überwiegenden Mehrheit der Bundesrichterrinnen und Bundesrichter in Luzern der Überzeugung folgt, dass eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bei psychischen Leiden nur beschränkt objektivier- und beweisbar sein soll, dass die Rechtsprechung ein sozialpolitisches Korrektiv im Zusammenhang mit Sparmassnahmen sein soll und die Hoffnung auf Leistungen für solche Versicherten nicht geschürt werden soll. Diese Überzeugung wird nicht geändert, weil eine Mehrheit sie nicht ändern will. Urteile unter dem verwirrenden Titel einer «Praxisänderung» ändern daran auch nichts. Es geht nicht um eine rechtliche Frage, sondern um solche persönlichen Überzeugungen. Dabei fehlt auch die Fähigkeit zur Distanz gegenüber politischen und ideologischen Strömungen, die ein juristisches Urteil (und noch viel mehr eine bundesgerichtliche Praxis) voraussetzt.<sup>26</sup>

*«Die grösste Schwierigkeit der Welt besteht nicht darin, Leute zu bewegen, neue Ideen anzunehmen, sondern alte zu vergessen.» (John Maynard Keynes)*

## Die Teilklage (im vereinfachten Verfahren) kommt nicht zur Ruhe

Patrick Wagner\*/Markus Schmid\*\*

### I. Einleitung

Dass eine klagende Partei ihren Personenschaden im Streitfall nicht als Ganzes, sondern nur teilklageweise geltend macht, war selbstverständlich schon vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO möglich und nicht selten. Aus der Kombination der Art. 94, 224 und 243 ZPO ergibt sich neu nun aber eine Art «formelles Verbot» der widerklageweise vorgebrachten, negativen Feststellungsklage, wenn die klagende Partei für ihre Teilklage das vereinfachte Verfahren, also einen Streitwert von bis zu CHF 30 000, wählt.<sup>1</sup> U.a. aus diesem Grund hat sich dieses Vorgehen in den letzten Jahren für die gerichtliche Beurteilung von Forderungen im Bereich des Personenschadenrechts für viele Konstellationen bewährt.<sup>2</sup>

Das Bundesgericht hat sich nun im Jahre 2017 erneut in zwei Leitentscheiden<sup>3</sup> mit Fragen zu dieser Klageform befasst. Vor allem BGE 143 III 506 hat im Kreise der mit Personenschäden befassten Kolleginnen und Kollegen sowie der solche Prozesse finanzierenden Rechtsschutzversicherungen für viel Gesprächsstoff gesorgt und soll in der Folge in einen etwas grösseren Zusammenhang gestellt und besprochen werden.

### II. Der Streitgegenstand eines arbeitsrechtlichen Lohnforderungsprozesses aus Sicht des Bundesgerichtes

Der noch zu referierende, einen klassischen Personenschaden betreffende BGE 143 III 254 steht in engem Zusammenhang mit BGE 142 III 683, der eine arbeits-

\* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwaelte, Basel. Es handelt sich um die schriftliche Fassung eines am 26. März 2018 vor der Fachgruppe ZPO/SchKG der Basler Advokatenkammer gehaltenen Vortrages. Wir danken RA Rainer Deecke, schadenanwaelte, Zug, und RA Silvio Riesen, schadenanwaelte, Zürich, für die kritische Durchsicht dieses Beitrags.

\*\* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Basel.

<sup>1</sup> Vgl. zum Ganzen PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren, Ein Instrument zur schnelleren und risikoärmeren Geltendmachung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE 2013, 322 ff., <www.zivilprozessrecht.ch>, besucht am 26.3.2018.

<sup>2</sup> Besonders bemerkenswert ist, dass verschiedene Rechtsschutzversicherungen dazu übergegangen sind, keine Kostengutsprachen mehr für Klagen mit einem Streitwert von *mehr als CHF 30 000* zu erteilen, wenn eine Teilklage im vereinfachten Verfahren möglich und sinnvoll ist, vgl. dazu auch WAGNER/SCHMID (Fn. 1), XX.

<sup>3</sup> BGE 143 III 254 und BGE 143 III 506.

<sup>25</sup> Z.B. Urteil des BGer 9C\_68/2015 vom 25. April 2015 zur Eingliederung.

<sup>26</sup> Jörg PAUL MÜLLER, Kunst des Juristischen Urteils, recht 2003, 132.

rechtliche Forderung betraf, dem der folgende Sachverhalt zugrunde lag:<sup>4</sup>

B., ein Bankdirektor, wurde im Jahre 2013 von seiner Arbeitgeberin, der Bank A. AG, entlassen. Seine Entlohnung bestand aus einem fixen Jahreslohn sowie einem jährlichen Barbonus. Für die Jahre 2011, 2012 und 2013 richtete ihm die Arbeitgeberin jedoch keinen Barbonus aus, worüber es zum Streit kam. B. reichte beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein, mit der er von der Bank A. AG unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt die Zahlung von CHF 30 000 nebst Zins verlangte. B. machte dabei geltend, er habe Anspruch auf zusätzlichen Lohn in Form von Barboni, und zwar auf CHF 180 000 im Jahr 2011, auf ebenso viel im Jahr 2012 und auf CHF 120 000 im Jahr 2013. Von diesen CHF 480 000 hat er CHF 30 000 als Teilklage anhängig gemacht. Das Arbeitsgericht hiess die Teilklage gut. Es kam dabei zum Schluss, im Jahr 2012 resp. für dieses stünden dem Kläger mindestens noch CHF 30 000 zu, weshalb es die Klage guthiess; wie es sich mit den Jahren 2011 und 2013 verhält, liess die erste Instanz ebenso offen wie die exakte (aber jedenfalls CHF 30 000 erreichende) Höhe des Anspruchs im Jahr 2012. Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine gegen dieses erstinstanzliche Urteil von der Bank A. erhobene Berufung ab. Das Bundesgericht kam nun aber in BGE 142 III 683 zum Schluss, auf die Klage des B. hätte nicht eingetreten werden dürfen, und hiess die Beschwerde der Bank A. AG gut. Begründet wurde dies damit, dass die Teilklage des B. eine alternative, objektive Klagenhäufung darstelle, welche nach Schweizer Lehre und Praxis wegen fehlender Individualisierung der entsprechenden Rechtsbegehren unzulässig sei. Es bezeichnete dabei die Barbonus-Forderungen der Jahre 2011, 2012 und 2013 als je einzelne Streitgegenstände (E. 5.3).

### III. Der Streitgegenstand eines Personenschaden-Haftpflichtprozesses aus Sicht des Bundesgerichtes

Diese Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 142 III 683 blieben auch im Kreise der mit der gerichtlichen Durchsetzung (oder Abwehr) von Personenschadenforderungen tätigen Kolleginnen und Kollegen nicht unbemerkt. Ab Oktober 2016 stellten zahlreiche Beklagtenvertreterinnen und -vertreter in hängigen Personenschadenforderungsprozessen mit einem Streitwert von CHF 30 000 den Antrag, auf die entsprechenden Klagen dürfe – mangels Individualisierung – nicht

eingetreten werden.<sup>5</sup> Zwei dieser Verfahren gelangten – einzig zur Entscheidung dieser Eintretensfrage – bis vor Bundesgericht.<sup>6</sup>

Am 24. Mai 2017, also nur 7 Monate nach BGE 142 III 683, führte die gleiche I. Zivilrechtliche Abteilung in fast gleicher Zusammensetzung<sup>7</sup> in BGE 143 III 254 vom 24. Mai 2017 Folgendes aus (E. 3.5): «Die Definition eigenständiger «Schadenpositionen» aus einer Körperverletzung ist objektiv nicht eindeutig möglich und die separate Beurteilung jeder eigenen Schadenposition nicht praktikabel, weshalb dem Kläger nicht zumutbar ist, seine (Teil-)Klage auf einzelne «Positionen» zu beschränken, um den Streitgegenstand nicht zu verlassen.» In engem Zusammenhang damit heisst es dann weiter (bei E. 3.6): «Wenn die klagende Partei eine echte Teilklage [...] erhebt, so verlässt sie vielmehr den Streitgegenstand nicht, wenn sie mehrere unterschiedliche Schadenpositionen und Genugtuung aus dem Unfallereignis einklagt. [...] Der massgebende Lebenssachverhalt bleibt das Unfallereignis mit Körperverletzung, auch wenn dieser Lebenssachverhalt zur Begründung der einzelnen Schadenpositionen erweitert werden muss.»

Während BGE 143 III 254 ein Sachverhalt mit nicht weniger als vier Unfällen zugrunde lag und der dortige Geschädigte gegenüber einem der vier Unfallverursacher einen Teilbetrag von CHF 500 000 forderte, handelte es sich beim anderen, dieselbe Thematik betreffenden Urteil des BGer 4A\_15/2017 vom 8. Juni 2017 um eine «klassische 30 000er-Klage», mit welcher CHF 30 000 vom als Folge eines einzigen Unfalls entstandenen, aufgelaufenen Erwerbsausfallschaden gefordert wurden. Unter Verweis auf die Erwägungen in BGE 143 III 254 wurde erneut entschieden, dass es sich beim gesamten Schaden, der sich aus einer Körperverletzung ergibt, um einen einzigen Streitgegenstand handle. Als massgebender Lebenssachverhalt sei diesfalls nämlich das die Körperverletzung verursachende Unfallereignis zu betrachten (E. 3.3.4).

Mit keinem Wort klärt das Bundesgericht in diesen beiden Entscheiden das Verhältnis zu BGE 142 III 683, welchen es in BGE 143 III 254 mehrfach zitiert und in welchem aus unserer Sicht das glatte Gegenteil entschieden wurde.<sup>8</sup> Wie stark sich das Bundesgericht

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Die Individualisierung von Teilklagebegehren im Personenschadenrecht, HAVE 2017, 179 ff.; THOMAS GEISER, Rechtsprechungspanorama: Arbeitsrecht, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2016/2017, AJP 2018, 222 ff., 233; ALEXANDER WINTSCH/PETER HAFNER, Neuere Praxis zur Teilklage und deren Auswirkungen auf den arbeitsrechtlichen Prozess, ARV 2017, 251 ff., 252 und 253.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch ALEXANDRE GUYAZ, Newsletter «Responsabilité civile/Assurances sociales/Assurances privées» (NLRCS), HAVE 2017, 385 ff., 386 und 387; TANJA KNEZEVIC/MARCO KAMBER, Prozessuale Anforderungen an die objektiv gehäufte Teilklage, Rechtsgenügende Individualisierung der Teilklage, AJP 2017, 1039 ff., 1041.

<sup>6</sup> Neben BGE 143 III 254 noch Urteil des BGer 4A\_15/2017 vom 8. Juni 2017.

<sup>7</sup> Vier von fünf Bundesrichterinnen waren identisch, der Gerichtsschreiber war allerdings ein anderer.

<sup>8</sup> So auch HANS HEGETSCHWEILER, Anmerkung zum Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_15/2017 vom 8. Juni 2017, SZZP 2017,

mit diesen beiden Urteilen in Widersprüche verstrickt, zeigt ein einfaches Beispiel: Wie würde es die Sache denn beurteilen, wenn der erwähnte Bankdirektor B. Anfang 2010 einen *Unfall* erlitten hätte und bei dessen haftpflichtrechtlicher Erledigung gegenüber dem Unfallverursacher bezüglich seinen (hypothetischen) Boni der Jahre 2011 bis 2013 im Jahre 2014 eine Teilklage über CHF 30 000 eingereicht hätte? Würde es auf eine solche Klage eintreten (so BGE 143 III 254) oder nicht (so BGE 142 III 683)?

#### IV. Zur Zulässigkeit der widerklageweise vorgebrachten negativen Feststellungsklage

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die beklagte Partei, welche sich mit einer Teilklage konfrontiert sieht, widerklageweise feststellen lassen kann, dass sie dem Kläger nicht nur nicht das Eingeklagte, sondern auch darüber hinaus nichts schuldet, war – vor allem im Personenschadenrecht – schon vor Inkrafttreten der eidg. Zivilprozessordnung Gegenstand zahlreicher Abhandlungen und (weniger zahlreicher) Urteile.<sup>9</sup>

Die Tatsachen, dass die neue ZPO konsequent zwischen einem ordentlichen und einem vereinfachten Verfahren unterscheidet und sie die Anwendbarkeit dieser beiden Verfahren (abgesehen von Ausnahmen) von einer fixen Streitwertgrenze abhängig macht,<sup>10</sup> sowie die sich durch die gesamte ZPO ziehende strikte Unzulässigkeit, das vereinfachte und das ordentliche Verfahren zu mischen/zu kombinieren, führte mit Einführung der neuen ZPO nun aber zu einer völlig neuen Situation, nämlich einer Art «formellem Verbot» der widerklageweise vorgebrachten negativen Feststellungsklage gegenüber einer (aufgrund des Streitwertes) im vereinfachten Verfahren geführten Teilklage. Wählt die klagende Partei für ihre Teilklage den Streitwert von CHF 30 000, so gelten für diese Teilklage die Regeln des vereinfachten Verfahrens. Erhebt die beklagte Partei dagegen Widerklage, so darf auf diese aufgrund des eindeutigen Wortlautes von Art. 224 Abs. 1 ZPO nach herrschender Lehre<sup>11</sup> nicht eingetreten werden.

Mit Urteil 4A\_576/2016 vom 13. Juni 2017, das zwischenzeitlich als BGE 143 III 506 publiziert wurde, hatte das Bundesgericht gut sieben Jahre nach Inkrafttreten der ZPO nun erstmals Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern: In einem 3-zu-2-Entscheid hielt

es dabei nach Aufführung der gesamten, einschlägigen Literatur, einer Auslegung der Art. 94 und 224 ZPO sowie einer Untersuchung der Materialien zunächst fest, dass «es Art. 224 Abs. 1 ZPO der beklagten Partei grundsätzlich verbiete, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, die aufgrund ihres Streitwerts von über CHF 30 000 in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens falle» (E. 3). Bezogen nun auf die Frage, ob das auch gelte, wenn es sich bei der Widerklage um eine *negative Feststellungsklage* handelt, machte das Bundesgericht nun aber eine *gewichtige Unterscheidung* und führt Folgendes aus: «Erhebt die klagende Partei eine echte Teilklage, für die aufgrund ihres Streitwerts von höchstens CHF 30 000 nach Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt, hindert Art. 224 Abs. 1 ZPO die beklagte Partei nicht daran, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, auch wenn deren Streitwert die Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens zur Folge hat» (E. 4). Mit anderen Worten ist also die widerklageweise vorgebrachte negative Feststellungsklage als Antwort auf eine *echte* Teilklage mit einem Streitwert von bis zu CHF 30 000 *zulässig*,<sup>12</sup> während sie als Antwort auf eine *unechte* Teilklage mit einem Streitwert von bis zu CHF 30 000 *unzulässig* bleibt. Diese Unterscheidung, die übrigens bereits unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen so gemacht wurde,<sup>13</sup> wurde anlässlich der öffentlichen Verhandlung (an welcher der Erstunterzeichnende persönlich anwesend war) von mehreren Bundesrichterinnen noch deutlicher hervorgehoben und begründet, als es in E. 4 des schriftlichen Urteils nun steht.<sup>14</sup>

#### V. Die echte und die unechte Teilklage

Obwohl das Bundesgericht – wie soeben erwähnt – im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der widerklageweise vorgebrachten negativen Feststellungsklage der Unterscheidung von echter und unechter Teilklage nun eine grosse Bedeutung zukommen lässt, enthält BGE 143 III 506 (namentlich E. 4) keinerlei Hinweise darauf, wie diese beiden Institute voneinander abzugrenzen sind. Jedenfalls aus der Perspektive des Personenschadenrechts sind die Umschreibungen, welche man

403 ff., 407; WINTSCH/HAFNER (Fn. 4) wählen die Formulierung «differenzierend», vgl. deren Fn. 8.

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID, Negative Feststellungsklagen als Reaktion auf «30 000er-Klagen», HAVE 2015, 218 ff.

<sup>10</sup> Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO liegt diese Grenze bei CHF 30 000, welche zudem (wiederum abgesehen von Ausnahmen) mit derjenigen identisch ist, die gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erreicht werden muss, um eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht einreichen zu können.

<sup>11</sup> Vgl. die Hinweise bei WAGNER/SCHMID (Fn. 7), XI.

<sup>12</sup> Aus unserer Sicht argumentiert das Bundesgericht *contra legem* und verletzt Art. 189 Abs. 4 BV; ebenfalls kritisch: WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLF, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2015, ZBJV 2018, 59 ff., Fn. 36.; ebenfalls kritisch: DIETER TROXLER, Hat die echte Teilklage im vereinfachten Verfahren ausgedient?, Jusletter vom 4. Dezember 2017; in der Sache zustimmend: WINTSCH/HAFNER (Fn. 4), 255.

<sup>13</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 1), IX.

<sup>14</sup> So auch ERNST F. SCHMID, Entwicklungen im Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2018, 39 ff., 39; so auch ROMAN HUBER, Entscheidbesprechungen, AJP 2017, 1521 ff., Fn. 22; so auch FRANZISKA RHINER/MARC WOHLGEMUTH, BGE 4A\_576/2016: Relevanz der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage, AJP 2018, 111 ff., 113.

in der Literatur für die echte bzw. die unechte Teilklage findet, zum Teil verwirrend und ist die Abgrenzung dieser beiden Begriffe zueinander uneinheitlich.<sup>15</sup>

In der Folge soll dazu ein *Vorschlag* gemacht werden, welcher im Ergebnis zu einem *Ausgleich der Interessen* zwischen der klagenden und der beklagten Partei führt und insbesondere den Besonderheiten von Personenschadensforderungen bzw. -haftpflichtprozessen Rechnung trägt. So wie namentlich das Bundesgericht selber dies für viele Legaldefinitionen tut,<sup>16</sup> wählen wir dafür einen pragmatischen Ansatz, d.h., die Unterscheidungslinie zwischen der echten und der unechten Teilklage soll einzig mit Blick auf die Zulässigkeit/Unzulässigkeit der dagegen widerklageweise erhobenen negativen Feststellungsklage gezogen werden. Namentlich soll unser Vorschlag auch in die bundesgerichtliche *Rechtsprechung zum Streitgegenstand* eingebettet werden und dabei den aufgezeigten Widerspruch zwischen BGE 143 III 254 und BGE 142 III 683 auflösen.<sup>17</sup>

## VI. Die Interessenlagen ...

Die Gründe, welche es der geschädigten Person im Personenschadensrecht gebieten, von ihrem Gesamtschaden im Streitfall zunächst nur einen Teil gerichtlich geltend zu machen, sind zahlreich. Zwei dieser Gründe sind Folge der *Besonderheiten von Personenschadenersatzforderungen*, die andere Rechtsgebiete nicht kennen.<sup>18</sup>

Die erste Besonderheit ergibt sich im Schweizer Recht aus dem Verhältnis der durch das Privatrecht geregelten Personenschadenersatzansprüche *zum Sozialversicherungsrecht*: Die Geltendmachung des Direktschadens wird durch die Sozialversicherungsverfahren für kongruente Schadenposten *blockiert* (Art. 72–74 ATSG). Vor dem rechtskräftigen Abschluss aller drei Sozialversicherungsverfahren (IV, UV, BVG) kann bzw. können deshalb in der Regel nur der Haushaltschaden (soweit für die Bestimmung der IV-Rente nicht die gemischte Methode zur Anwendung kommt), die Kosten und die Genugtuung (teil-)eingeklagt werden. Wer mehr, namentlich den Erwerbsschaden, einklagt, riskiert eine – u.U. jahrelange – Verfahrenssistierung (Art. 126 Abs. 1 ZPO).<sup>19</sup> Die zweite Besonderheit geht in eine ähnliche Richtung, ihr Ursprung ist aber nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Natur: Ein Personenschaden wächst durch Zeitablauf, allerdings nicht linear, sondern oft

sehr unregelmässig,<sup>20</sup> man kann diesbezüglich von einem «ausservertraglichen (bzw. vertraglichen) Dauerschuldverhältnis» sprechen.<sup>21</sup> Im Einzelfall kann es viele Jahre dauern, *bis der sog. «Endzustand» erreicht ist*, d.h., bis sowohl in medizinischer wie auch in beruflicher sowie in familiärer Hinsicht klar ist, dass sich die Lebenssituation der geschädigten Person nicht mehr verändern wird und der Schaden somit definitiv berechnet werden kann. Lässt man die widerklageweise vorgebrachte negative Feststellungsklage uneingeschränkt, also auch gegen *unechte* Teilklagen mit einem Streitwert bis CHF 30 000 zu, so hat das faktisch zur Folge, dass die geschädigte Person *gar keine Teilklagen mehr einreichen kann*. Das Risiko, dann im Rahmen der Replik und Widerklageantwort den Gesamtschaden behaupten und beweisen zu müssen, ist zu gross. Gemeint ist hier nicht das finanzielle Risiko, sondern die *tatsächliche* Problematik, dass der Gesamtschaden oft erst nach Jahren überhaupt liquid ist, behauptet und bewiesen werden kann.

Beide genannten Gründe, die sehr oft kumulativ auftreten, bedeuten nichts anderes, als dass die geschädigte Person bei Zulassung der widerklageweise vorgebrachten, negativen Feststellungsklage auch gegen unechte Teilklagen im vereinfachten Verfahren zehn und mehr Jahre zuwarten muss, bevor sie ihren Anspruch durchsetzen kann. Es ist augenfällig, dass eine solche Auslegung der ZPO im Allgemeinen und von Art. 224 Abs. 1 ZPO im Besonderen den in Art. 6 EMRK und 29 BV verankerten Justizgewährleistungsanspruch sowie das Beschleunigungsgebot verletzen würde.<sup>22</sup>

Das Bundesgericht bejahte unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen das Interesse der mit einer Teilklage konfrontierten beklagten Partei, durch Widerklage den Nichtbestand des behaupteten Anspruchs oder des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen, mit der Begründung, dass die Erhebung einer Leistungsklage die Anmassung nicht nur des eingeklagten Teilanspruchs selbst, sondern zugleich des gesamten Forderungsrechts als deren notwendige Grundlage bedeute und deshalb die beklagte Partei in diesem vollen Umfang durch die gegen sie erhobene Klage in ihrer Privatrechtssphäre beeinträchtigt werde.<sup>23</sup> Die damalige Rechtsprechung hat aber auch betont, dass ein «Feststellungskläger» an der *sofortigen* Feststellung ein *erhebliches* und schutzwürdiges Interesse haben müsse.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), V.

<sup>16</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), IX.

<sup>17</sup> Vgl. Ziff. III.

<sup>18</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 2), XIII, WAGNER/SCHMID (Fn. 7), II. und VI.

<sup>19</sup> Urteil des BGer 4A\_69/2007 vom 25. Mai 2007; WAGNER/SCHMID (Fn. 2), VIII.

<sup>20</sup> Der Gesundheitszustand verbessert oder verschlechtert sich, berufliche Massnahmen führen zu einer Erhöhung der Restarbeitsfähigkeit, ein Haushalt wird grösser oder kleiner etc.

<sup>21</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 2), VI.

<sup>22</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 7), VI.

<sup>23</sup> BGE 143 III 506 E. 4.3.1.

<sup>24</sup> Urteil des BGer 5C.252/2006 vom 1. Mai 2007 E. 5.1 mit Hinweis auf BGE 131 III 319 E. 3.5.

## VII. Der Personenschaden und seine Bestandteile<sup>25</sup>

Das privatrechtliche Personenschadenrecht wird in der Regel in die Schadenersatzforderungen aus ausservertraglicher und diejenigen aus (privatversicherungs-)vertraglicher Haftung unterteilt.<sup>26</sup> Die Existenz der zweiten Kategorie scheint das Bundesgericht bei der Begründung sowohl von BGE 143 III 254 wie auch BGE 143 III 506 vollständig auszublenden. Gemäss Art. 46 und 47 OR (u.U. i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) sowie der langjährigen Schadenerledigungspraxis, die sich aus diesen Bestimmungen entwickelt hat, wird der Personenschaden in «Schadenposten» aufgeteilt.<sup>27</sup> Sie werden in der Praxis in der Regel gemäss ihrer wirtschaftlichen Bedeutung in folgender Reihenfolge geltend gemacht: Erwerbsausfallschaden,<sup>28,29</sup> Rentenschaden, Haushaltschaden, Pflege- und Betreuungsschaden, Kosten<sup>30</sup> und Genugtuung.<sup>31</sup> Der *Schadenszins* ist in diesem Sinne kein eigener Schadenposten, sondern ein mit dem jeweiligen Schadenposten verbundenes Nebenrecht bzw. Teil desselben.<sup>32</sup> Für alle Schadenposten haben sich in den letzten Jahrzehnten zahlreiche, je eigene, zum Teil recht komplizierte Berechnungsregeln entwickelt, wobei – mit Ausnahme der Genugtuung – die Höhe des entsprechenden Schadenpostens stark von der *Zeitdauer* abhängt, während der sich der haftpflichtrechtlich relevante Gesundheitsschaden auswirkt.<sup>33</sup>

Beruhet die Forderung der geschädigten Person auf einem Privatversicherungsvertrag, so ist der Begriff «Schadenposten» unüblich. In der Sache geht es aber um sehr ähnliche Fragen wie bei der ausser(versicherungs-)vertraglichen Schadenerledigung, weshalb dieser Begriff in der Folge auch für die privatversicherungsvertraglichen Forderungen bzw. Teilklagen verwendet wird. Was geschuldet ist, ergibt sich aus der entsprechenden (versicherungs-)vertraglichen Vereinbarung. In

der Praxis im Vordergrund stehen dabei die mit dem Erwerbsschaden vergleichbaren Krankentaggeld- und Erwerbsunfähigkeits-Versicherungsleistungen sowie die mit dem Genugtuungsanspruch vergleichbaren Invaliditätskapital-Versicherungsleistungen. Ähnlich wie im ausservertraglichen Bereich ist die Höhe Ersterer wiederum stark von der Zeitdauer der gesundheitlichen Einschränkung abhängig, während diese Zeitdauer bei Letzteren keine Rolle spielt. Die in diesem Sinne verstandenen «Schadenposten» sind im (privatversicherungs-)vertraglichen Bereich allerdings weniger zahlreich als bei den deliktischen Forderungen. In solchen Policen werden in der Regel nur ein oder höchstens zwei sachlich unterscheidbare Ansprüche «Schadenposten» versprochen.

## VIII. Der Streitgegenstand als Schlüssel zur Abgrenzung der echten von der unechten Teilklage ...

Der Streitgegenstand bezeichnet das *Thema* einer prozessualen Auseinandersetzung. Begriff und Wesen des Streitgegenstandes gehören zu den schwierigsten und umstrittensten Problemen des Zivilprozessrechts im deutschen Sprachraum, wobei sich im Schweizer Recht zwischenzeitlich die sog. zweigliedrige Streitgegenstandstheorie durchgesetzt haben dürfte.<sup>34</sup>

Wie bereits erwähnt, haben sowohl die Schweizer Lehre wie insbesondere auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts sich dem Streitgegenstand nie abstrakt, sondern fast immer nur *mit Blick auf ein bestimmtes Rechtsinstitut* (materielle Rechtskraft, Rechtshängigkeit, Klageänderung, Zuständigkeit, Klagenhäufung) gewidmet, und vor allem das Bundesgericht orientiert sich pragmatisch am *jeweiligen Zweck* des Streitgegenstandes und der sich aus dem Einzelfall ergebenden Fragestellung.<sup>35</sup> An diese Tradition will auch unser Vorschlag anknüpfen, wobei zu beachten ist, dass in Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist, dass es *die klagende Partei* ist, die das Thema des Prozesses bestimmt.<sup>36</sup>

Wie erwähnt, hat das Bundesgericht in BGE 142 III 683 drei arbeitsvertragliche Jahresboni als *je eigenen Streitgegenstand* qualifiziert. In BGE 143 III 254 hat es dann *alle* aufgrund eines ausservertraglichen Haftpflichttatbestandes (eines Autounfalls) geschuldeten Schadenposten als *einen* Streitgegenstand bezeichnet. Führt man sich vor Augen, dass Personenschadenersatz nicht nur als Folge einer ausservertraglichen, sondern nicht selten einer *vertraglichen* Haftung (nicht zuletzt

<sup>25</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), VI.

<sup>26</sup> MARC HÜRZELER/NIKOLAUS TAMM/RAFFAELA BIAGGI, Personenschadensrecht, Basel 2010, N 2.

<sup>27</sup> WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 1500 ff.; BGE 143 III 254 E. 3.3.

<sup>28</sup> Handelt es sich um Selbständigerwerbende, so wird in der Regel der Begriff «Gewinnausfallschaden» verwendet.

<sup>29</sup> Inklusive Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, wobei der «Erschwerungsschaden» teilweise auch als eigenständiger Schadenposten verstanden wird.

<sup>30</sup> Mit dem Spezialfall der aussergerichtlichen Anwaltskosten.

<sup>31</sup> Obwohl die Genugtuung ja gerade nicht zum Schaden im engeren Sinn gehört, wird sie hier (und auch vom Bundesgericht, vgl. BGE 143 III 254) ebenfalls als «Schadenposten» verstanden.

<sup>32</sup> ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, 16; KARL OPTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 6 N 25.

<sup>33</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 1), VI.

<sup>34</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), IX.

<sup>35</sup> LORENZ DROESE, Res iudicata ius facit, Bern 2015, 9.

<sup>36</sup> DROESE (Fn. 35), 10.

aus einem Arbeitsvertrag!)<sup>37</sup> geschuldet ist und die Berechnung des Schadens in beiden Bereichen aufgrund der Regelung in Art. 99 Abs. 3 OR identisch sein muss, so kann die erwähnte Aussage in BGE 143 III 254 nicht richtig sein.<sup>38</sup> Im Personenschaden-Zivilprozess kann der Streitgegenstand u.E. nur sinnvoll umschrieben werden, indem ein jeder selbständiger Schadenposten (der Folge eines bestimmten Ereignisses oder eines vertraglich vereinbarten versicherten Ereignisses ist) als einzelner Streitgegenstand betrachtet wird. «Selbständig» ist ein Schadenposten in diesem Zusammenhang dann, wenn er ein «unabhängiges rechtliches Schicksal hat», d.h., namentlich die Berechnung dieses Schadenpostens nicht aus der Berechnung eines der anderen Schadenposten automatisch folgt (die Lehre verweist in diesem Zusammenhang auf den Wortlaut von Art. 125 lit. b. ZPO).<sup>39</sup> Mit dieser Definition wird der aufgezeigte Widerspruch zwischen BGE 143 III 254 und BGE 142 III 683 vollständig aufgelöst.<sup>40</sup>

Bleibt die klagende Partei innerhalb eines so definierten Streitgegenstandes, so liegt eine *unechte Teilklage* vor, egal, ob sie diesen Schadenposten ganz oder nur teilweise einklagt. «Thematisiert» die klagende Partei in ihren Rechtsbegehren hingegen zwei oder mehr solchermaßen definierte Streitgegenstände (und zwar auch dann, wenn sie dies nur im Sinne der «verdeckten Anspruchshäufung» tut)<sup>41</sup>, so ist ihre *Teilklage eine echte*.

#### IX. ... und deren<sup>42</sup> Ausgleich

Zieht man die Grenze zwischen der echten und der unechten Teilklage so, wie von uns vorgeschlagen, führt dies u.E. zu einem fairen Ausgleich der Interessen der (teil-)klagenden und der beklagten Partei.

Wählt die klagende Partei als «Thema» ihrer Teilklage im vereinfachten Verfahren lediglich *einen Schadenposten*, der nicht mit den sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen kollidiert, und beschränkt sie die Teilklage in zeitlicher Hinsicht auf die Vergangenheit und somit einen Zeitabschnitt, für den der Schaden liquid ist, so liegt in diesem Sinne eine *unechte Teilklage* vor, gegen welche die widerklageweise vorgebrachte negative Feststellungsklage nicht zulässig ist. Diese

Auslegung von Art. 224 Abs. 1 ZPO ist ohne Weiteres mit dem in Art. 6 EMRK und 29 BV verankerten Justizgewährleistungsanspruch sowie dem durch dieselben Konventions- und Verfassungsbestimmungen garantierten Beschleunigungsgebot vereinbar.<sup>43</sup> Dass die beklagte Partei gegenüber dieser Art von Teilklage mit der Feststellung, «es sei überhaupt nichts geschuldet» zuwarten muss, hat seinen Grund in den erwähnten beiden Besonderheiten von Personenschadenforderungen und ist in diesem Sinne unabhängig von der Disposition der klagenden Partei, weshalb dieses Interesse der beklagten Partei an einer *sofortigen* Feststellung *nicht erheblich* und deshalb nicht zu schützen ist.<sup>44</sup>

Wählt die klagende Partei als «Thema» ihrer Teilklage im vereinfachten Verfahren hingegen *mehrere Schadenposten*, berechnet dabei einen erheblichen Schaden und klagt davon «nur» CHF 30 000 ein (exakt diese Konstellation lag BGE 143 III 506 zugrunde), so liegt eine echte Teilklage vor, gegen welche die widerklageweise vorgebrachte negative Feststellungsklage gemäss BGE zuzulassen ist.

#### X. Zusammenfassung

In den beiden fast zeitgleich entschiedenen BGE 143 III 254 und BGE 142 III 683 äussert sich das Bundesgericht sehr widersprüchlich zur Frage des Streitgegenstandes, wenn die klagende Partei in ihrer Teilklage einen Anspruch «thematisiert», dessen Höhe von der *Zeitdauer* abhängt, während der sich der haftpflichtrechtliche Gesundheitsschaden (BGE 143 III 254) bzw. eine arbeitsvertragliche Lohnforderung (BGE 143 III 254) auswirkt. In BGE 143 III 506 schliesslich wurde entschieden, dass die widerklageweise vorgebrachte negative Feststellungsklage als Antwort auf eine *echte* Teilklage mit einem Streitwert von bis zu CHF 30 000 *zulässig* sei, während sie als Antwort auf eine *unechte* Teilklage mit einem Streitwert von bis zu CHF 30 000 *unzulässig* bleibe, dies freilich ohne zu definieren, wie diese beiden Institute zukünftig genau voneinander abgegrenzt werden sollen.

Wir schlagen nun für Personenschadenersatz-Zivilprozesse eine zwischen BGE 143 III 254 und BGE 143 III 506 vermittelnde Definition des Streitgegenstandes vor, welche gleichzeitig eine klare Abgrenzung der echten von der unechten Teilklage erlaubt und für einen fairen Interessenausgleich zwischen der teilklagenden und der teilbeklagten Partei sorgt.

<sup>37</sup> Im Sinne der Arbeitgeberhaftung gemäss Art. 328 OR.

<sup>38</sup> Uns scheint, dass das Bundesgericht in BGE 143 III 254 sozusagen «das Kind mit dem Bade ausgeschüttet hat». Um die aus unserer Sicht sehr zutreffenden Aussagen von BGE 142 III 683 zur objektiven Klagenhäufung auf das Personenschadenrecht anzuwenden, hätte es andere, differenziertere Möglichkeiten gegeben, als den Streitgegenstand völlig anders zu definieren, vgl. dazu WAGNER/SCHMID (Fn. 4), X.

<sup>39</sup> DROESE (Fn. 35), 6, Fn. 27; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 709.

<sup>40</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), X.

<sup>41</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 4), X.

<sup>42</sup> Vgl. Ziff. VI.

<sup>43</sup> WAGNER/SCHMID (Fn. 7), VI.

<sup>44</sup> Urteil des BGer 5C.252/2006 vom 1. Mai 2007 E. 5.1 mit Hinweis auf BGE 131 III 319 E. 3.5.