

Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält!

Martin Hablützel*

Hohe Gerichtskosten und Vorschüsse hindern den Zugang zum Gericht. Nach Ansicht des Autors kann nachgewiesen werden, dass die hohen Kostenhürden zu einem markanten Prozessrückgang seit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung geführt haben, da die Gerichte die Rechtsbehelfe der neuen ZPO restriktiv anwenden, was einseitig den Kläger benachteiligt. Im Sinne der Waffengleichheit seien dringend Anpassungen erforderlich, was sich ohne Eingriff in die Tarifhoheit der Kantone nicht realisieren lasse. Einige Revisionsvorhaben, wie die Förderung des kollektiven Rechtsschutzes oder die Einführung einer schweizweiten Justizstatistik, seien zu begrüßen, ergänzend seien aber weitere Massnahmen erforderlich.

Le montant élevé des frais de justice et des avances empêche l'accès au tribunal. Selon l'auteur, il est prouvé que les obstacles liés aux coûts élevés ont entraîné une baisse significative des procès depuis l'introduction du Code suisse de procédure civile dont l'accès est rendu plus restrictif par les tribunaux, ce qui désavantage unilatéralement le plaignant. Dans l'intérêt de l'égalité des armes, il est urgent de procéder à des ajustements, ce qui ne peut se faire sans empiéter sur la souveraineté des cantons en matière budgétaire. Certains projets de révision, tels que la promotion de la protection juridique collective ou l'introduction de statistiques judiciaires nationales, sont à saluer, sans préjudice d'autres mesures supplémentaires nécessaires.

I. Einleitung

Weitere vier¹ und insgesamt acht Jahre sind es her seit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011. Der Bundesrat hat auf zwei Motionen² sowie ein Postulat³ hin eine generelle Prüfung der *Praxistauglichkeit der ZPO* vorgenommen und im Frühjahr 2018 einen Vorentwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung aufgelegt.⁴ Die Teilrevision beabsichtigt in erster Linie, den Bürgerinnen und Bürgern den Zugang zum Gericht und damit die Rechtsdurchsetzung im Privatrecht zu erleichtern.⁵ Im Zentrum stehen die Senkung der Kostenschranken und des Prozesskostenrisikos, die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes und die Vereinfachung der Verfahrenskoordination.⁶

Weil das vordringlichste Ziel einer Zivilprozessordnung die *Durchsetzung des materiellen Rechts* darstellt, ist grundsätzlich zu fragen, weshalb die noch junge eidgenössische Zivilprozessordnung in einem angeblich modernen, stark entwickelten Rechtsstaat wie der Schweiz bereits nach kurzer Zeit verbessert werden muss. Dass es indessen dringend einer Revision der ZPO bedarf, wird anhand der Praxis, mit Fokus auf den Haftpflichtprozess und die zürcherischen Statistiken aufgezeigt.

II. Unhaltbare Prozesskosten und Kostenvorschüsse

Die alarmierende Situation der prohibitiven Gerichtskosten, insbesondere für den Mittelstand, ist bekannt und bildet Gegenstand unzähliger wissenschaftlicher Publikationen.⁷ Zwar wird die Höhe der Gerichtskosten durch die kantonalen Gebührenverordnungen bestimmt (Art. 96 ZPO). Die Kantone haben aber die Kompetenz zur Festlegung der Gerichtskosten häufig an die Regierungen delegiert und damit die Möglichkeit geschaffen, sie auf Verordnungsstufe rasch an-

* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwaelte, Zürich.

¹ MARTIN HABLÜTZEL, Schweizerische ZPO: Hat der Berg eine Maus geboren?, HAVE 2014, 297–302.

² Motion Engler 14.4008 der Rechtskommission des Ständerats vom 17. November 2015 mit der Forderung einer Prüfung der Praxistauglichkeit der neuen ZPO, und Motion Birrer-Heimo 13.3931 zur Förderung des kollektiven Rechtsschutzes vom 27. September 2013.

³ Postulat Vogler (Postulat 14.3804) vom 24. September 2014.

⁴ Vorentwurf (VE) mit Erläuterndem Bericht vom 2. März 2018 zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung).

⁵ Nachgehend wird nicht mehr konsequent die weibliche und männliche Form verwendet.

⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 2. März 2018; vgl. PHILIPP WEBER, BJ, Zivilprozess: Überblick über die laufenden Revisionsarbeiten, Plädoyer 6/2017, 46–53.

⁷ Unter vielen: ARNOLD MARTI, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, Was bleibt vom Grundsatz der wohlfeilen Rechtspflege?, *Anwaltsrevue* 3/2018, 116–123; ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht? Tagungsband HAVE, Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, 29 ff.; DHEDEN ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 178, Zürich 2015, 300 ff.

zupassen. Zusätzlich besteht die Gefahr des Forum Shopping zum günstigsten Gericht (bei unerlaubten Handlungen etwa der Handlungs- und Erfolgsort, der Geschädigten- und Beklagtenwohnsitz, der Sitz der Haftpflichtversicherung), weil bei Klagen regelmässig mehrere Gerichtsstände gegeben sind. Um Justiz und Finanzen zu schützen, setzen die Kantone die Kosten prohibitiv hoch fest, und die Gerichte neigen dazu, den Kostenrahmen auszuschöpfen. Der Wettlauf der Kantone um die höchsten Kosten untergräbt den Zugang zum Gericht, die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts und die Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen.

Zwar ist Art. 98 ZPO bloss als Kannvorschrift ausgestaltet, doch erheben die Gerichte *regelmässig* Kostenvorschüsse, häufig in Höhe der ordentlichen Gebühren und unter Ausschöpfung ihres Ermessens.⁸ Nicht selten sind die Gerichte nach Prozessende veranlasst, zu viel bezogene Vorschüsse zurückzuerstatten.

Die Erhebung von Kostenvorschüssen, einzig vom Kläger, unterstellt, dass dieser die Klage einseitig veranlasst. Sie versetzt den Schuldner in die bequeme Lage, ohne Risiko oder Sanktion die Forderung ablehnen zu können und abzuwarten, ob der Kläger die hohen Kostenrisiken im Zusammenhang mit der Mandatierung eines Anwaltes und der Einleitung eines Prozesses eingeht. Diese Ungleichbehandlung verstösst gegen das Prinzip der Waffengleichheit.

Das Bundesgericht prüft die kantonalen Tarifbestimmungen einzig auf Willkür hin (Art. 95 u. 97 BGG). Zudem hält es fest, dass das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip dem Gemeinwesen nicht verbieten, die Gebühren im Einzelfall auch *über dem Verwaltungsaufwand* zu bemessen und damit den Ausfall in anderen Streitigkeiten zu kompensieren, sofern sie nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Aufwand stehen.⁹ Somit greift das Bundesgericht in Zivilverfahren kaum je in Kostenentscheide der kantonalen Instanzen ein. Die Höhe der Kostenvorschüsse überprüft es gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht, weil ein solcher Zwischenentscheid gar keinen nicht wiedergutzumachenden *rechtlichen* Nachteil, sondern höchstens einen finanziellen bewirken kann.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verbietet zwar unter dem Gebot des Zugangs zum Gericht, dass die Einleitung eines Prozesses von einem Vorschuss abhängig gemacht wird, den die klagende Partei mangels ausreichender Mittel nicht zu leisten vermag. Dies gelte aber nicht für Prozesse, welche als *aussichtslos* beurteilt würden, worüber der

EGMR indessen nicht quasi als vierte Instanz befinden würde (Entscheid Ramos gegen Schweiz, Nr. 10111/06 vom 14.10.2010, Ziff. 46 ff.).

III. Mittelstand ohne Zugang zum Gericht

Bedauerlicherweise wird im Kanton Zürich keine Statistik über die Neueingänge von Forderungsprozessen und deren Entwicklung geführt. Zwar werden diese Daten mindestens von einzelnen Bezirksgerichten erhoben, aber in den Rechenschaftsberichten des Obergerichts nicht ausgewertet. Eine Analyse derselben lässt vermuten, dass die Zahl der Forderungsprozesse mit der Einführung der eidgenössischen ZPO stark abgenommen hat.¹⁰ Dem Bedürfnis, die Entwicklung der Prozessfälle sowie deren Art der Erledigung zu monitorisieren, wird mit der Revision der ZPO immerhin Rechnung getragen.¹¹

Laut Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2017¹² verzeichneten die *Einzelgerichte (in Zivilsachen) im ordentlichen Verfahren* im Kanton Zürich mit Einführung der ZPO per 1.1.2011 einen Rückgang der Prozessneueingänge um 1/3, welche in den Folgejahren weiter abnahmen.¹³ Das *Bezirksgericht* (im Sinne des Kollegialgerichts) «erlitt» in den Zivilverfahren sogar einen Rückgang auf die Hälfte und weist 2017 weniger als 40% Neueingänge gegenüber 2010 aus.¹⁴ Hinzu kommen indessen ab 2011 neu die Prozesse vor dem Einzelgericht *im vereinfachten Verfahren*¹⁵, welche den Rückgang der Verfahren

¹⁰ Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich (im Folgenden RB) 2011, Die Bezirksgerichte Affoltern (32), Dielsdorf (35), Dietikon (36), Horgen (38), Meilen (39), Uster (41) und Winterthur (42) verzeichneten bei den Forderungsprozessen am Kollegialgericht *markante* Abnahmen. Andelfingen, Bülach, Hinwil, Pfäffikon und Zürich stellen generell einen Rückgang der Prozessneuzugänge bei den Zivilprozessen fest, ohne indessen die Forderungsprozesse separat zu erwähnen.

¹¹ Vgl. Art. 401a VE-ZPO.

¹² Vgl. RB 2017.

¹³ Vgl. RB 2017, 69, Tabelle 43 (Einzelgerichte im ordentlichen Verfahren).

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Neueingänge	7522	7581	7333	5087	5109	5145	5068	4820	4627	4871

Quantitativ ist von einem Rückgang von durchschnittlich 2500 Prozessneueingängen auszugehen.

¹⁴ Vgl. RB 2017, 71, Tabelle 61 (Bezirksgericht Zivilsachen).

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Neueingänge	773	841	934	484	408	388	439	481	355	350

Es wird vermutet, dass die Einführung der Teilklage *im vereinfachten Verfahren* und die Erhöhung des Streitwertes von CHF 20 000 auf CHF 30 000 diesen Rückgang bei den kollegialgerichtlich zu beurteilenden Klagen begünstigt haben. Bei den arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten amten im Kanton Zürich die Bezirksgerichte als Arbeits- bzw. Mietgerichte, weshalb diese Prozesszahlen separat erfasst werden.

¹⁵ Es existiert keine Tabelle über die Entwicklungen der Prozessneuzugänge bei *den Einzelgerichten im vereinfachten Verfahren*, diese sind aber mit ca. 1100 Prozessneueingängen pro Jahr recht konstant

⁸ Vgl. MEIER/SCHINDLER (Fn. 7), 76 ff.

⁹ BGE 139 III 34 E. 3.2.

vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren aber nur zu einem geringen Teil erklären.¹⁶ Beim *Handelsgericht* beträgt der Rückgang generell durchschnittlich $\frac{1}{4}$ gegenüber der damaligen kantonalen ZPO.¹⁷

Eine Auswertung der statistischen Daten und eine tabellarische Auflistung der Fallzahlen ergibt, dass die (in den Berichtsjahren) *erledigten* gewöhnlichen Zivilprozesse (mit bestimmtem Streitwert) vor den Einzel- und den Bezirksgerichten mit Einführung der ZPO um 25% abgenommen haben. Die Tendenz ist weiter sinkend, wobei für das Jahr 2017 gegenüber 2010 ein *Rückgang von 43%* verzeichnet wird.¹⁸ Diese Entwicklung ist umso beachtlicher, weil die Wohnbevölkerung im Kanton Zürich im entsprechenden Zeitraum von 1,37 Mio. im Jahre 2010 auf 1,5 Mio. im 2017 (+10%) angewachsen ist.

Diese Entwicklung wurde nach Einführung der ZPO sofort erkannt. Bereits der Rechenschaftsbericht 2011 hält fest, dass sich in Zivilsachen die allgemeine Möglichkeit der Kautonierung zumindest im Berichtsjahr prozesshemmend auswirke.¹⁹ Lapidar wird in den Rechenschaftsberichten der Folgejahre gebetsmühlenartig wiederholt, die *Geschäftslast* bliebe insgesamt *auf hohem Niveau*, ohne den offensichtlichen Rückgang bei den gewöhnlichen Zivilprozessen nach Einführung der ZPO je zu wiederholen.²⁰

Bei der sinkenden Geschäftslast – über alle Bereiche gesehen – erstaunt die gleichzeitige Erhöhung der Richterstellen trotz Einfrierens des Bestands der Bezirksrichter per 2014 bis 2020.²¹

(2011: 1173; 2012: 1128; 2013: 1128; 2014: 1124; 2015: 1083; 2016: 1018; 2017: 1074 (RB 2011–2017, jeweils Tabelle 51a).

¹⁶ Den Prozessrückgängen mit Einführung der ZPO vor den Einzelgerichten im ordentlichen Verfahren von mehr als 2500 pro Jahr stehen lediglich Neuzugänge im vereinfachten Verfahren von 1100 Fällen pro Jahr gegenüber.

¹⁷ Vgl. RB 2011, 76, Tabelle 129 (Handelsgericht).

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Neueingänge	321	319	376	279	273	217	264	284	283	256

¹⁸ Sinkende Fallzahlen seit Einführung der ZPO:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Einzelrichter	808	809	517	809	756	740	693	655	616
Bezirksgerichte	630	651	568	435	337	316	328	285	220
	1438	1460	1085	1244	1093	1056	1021	940	836
Durchschnitt	1449		1092						

¹⁹ Vgl. RB 2011, 7.

²⁰ Vgl. RB 2012, 10; 2013, 9; 2014, 9; 2015, 9; 2016, 9; 2017, 9.

²¹ Beschluss des Kantonsrates vom 8. Juli 2013 (212.22), vgl. RB 2013, 9; aufgrund der Kompetenz des Obergerichts des Kantons Zürich, Ersatzrichterstellen zu bewilligen, wurden mit Verweis auf die «Geschäftslast» unzählige Ersatzrichterstellen bewilligt, weshalb sich die Entwicklung des Richterbestands im Kanton Zürich nur schwer ermitteln lässt (vgl. auch RB 2017, 9 u. 43 ff.).

Die Auszahlungen für unentgeltliche Rechtsvertretungen an den Bezirksgerichten von ungefähr CHF 10 Mio. vor Einführung der ZPO²² auf über CHF 14 Mio. im Jahre 2017²³ deutet darauf hin, dass die Klagen von mittellosen Personen eher zugenommen haben. Auch nimmt die Anzahl der rechtsschutzversicherten Personen kontinuierlich zu. Dass ein nicht unbeachtlicher Teil der Forderungsprozesse von mittellosen oder rechtsschutzversicherten Personen geführt wird, verdeutlicht, dass seit 2011 kaum mehr Klagen von Personen aus dem Mittelstand geführt werden.

Das Kostenproblem spitzt sich noch zu, weil in *Haftpflichtfällen* weit häufiger bis vor Bundesgericht prozessiert wird als vor der Einführung der ZPO. Während im Jahr 2013 noch 23 Beschwerden in Haftpflichtprozessen erhoben wurden,²⁴ waren es in den Folgejahren regelmässig über 30.²⁵ Bei insgesamt weniger Forderungs- und insbesondere Haftpflichtprozessen wird also der Instanzenzug weit häufiger ausgeschöpft. Auch dies führt zu höheren Gesamtgerichtskosten und einer längeren Verfahrensdauer.

Mit dem Vorschlag des Bundesrates der *Halbierung der Gerichtskostenvorschüsse* und der Anpassung der Kostenliquidationsregelung²⁶ ist die Revision schon im Vorfeld auf halber Strecke stehen geblieben, und anstatt die Kosten – mittels Einführung schweizweit einheitlicher Gebührentarife – zu senken, begnügt sich der Vorentwurf damit, die Gerichte zur Aufklärung über die Prozessfinanzierung zu verpflichten.²⁷ Immerhin nimmt die Motion Janiak diesen Ball nochmals auf, weshalb noch Hoffnung besteht, dass das Prozessieren, mindestens für den Mittelstand, erschwinglich wird.²⁸

IV. Mittellose ohne Aussicht auf Prozessgewinn

Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt den Zugang zum Gericht und die Waffengleichheit als Ausfluss

²² Vgl. RB 2010, 13.

²³ Vgl. RB 2017; 11.

²⁴ Frühestens im Jahr 2013 wurden vom Bundesgericht Beschwerden in Zivilsachen beurteilt, welche noch unter altem Recht vor 2011 eingeklagt wurden.

²⁵ Vgl. Geschäftsberichte des Bundesgerichts 2013–2017 (jeweils Ziff. 147, 32).

²⁶ Nicht mehr die Parteien sollen das Inkassorisiko tragen, sondern der Staat. Die Regelung über die Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 ZPO) soll dahingehend angepasst werden, dass die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der kostenpflichtigen Partei verrechnet werden; darüber hinaus wird ein Fehlbetrag nachgefordert oder ein Überschuss zurückerstattet.

²⁷ Vgl. Erläuternder Bericht, 16, Art. 97 VE-ZPO.

²⁸ Motion Janiak 17.3868 vom 13.12.2017, mit welcher eine Erleichterung des Zugangs zu den Zivilgerichten durch Senkung der Gerichtskostenvorschüsse und der Prozesskosten angestrebt wird. Nach Annahme der Motion im Ständerat hat auch der Nationalrat in der Sommersession 2018 zugestimmt (AB NR 2018, 986 f.).

des Fairnessprinzips.²⁹ Die Situation für Mittellose³⁰ hat sich mit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung und der Bestimmung von Art. 117 ZPO gegenüber den verfassungsmässigen Garantien in Art. 29 Abs. 3 BV nicht wesentlich verändert. Sofern der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht mit dem Endentscheid ergeht, gilt er als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, weshalb zu Art. 117 ZPO eine breite bundesgerichtliche Praxis entwickelt wurde, welche hier nur facettenhaft beleuchtet wird.

Für die vorausgesetzte *Mittellosigkeit* wird, abstellend auf den prozessualen Notbedarf, der sich am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientiert, der Einkommensüberschuss ermittelt. Die Tilgung der mutmasslichen Prozesskosten muss für einfache Verfahren innert einem Jahr, für sogenannte «kostspielige» Verfahren innert zwei Jahren möglich sein.³¹ Soweit es sich dabei um rein kalkulatorische Ermessens- und nicht um Rechtsfragen handelt, sind sie vom Bundesgericht indessen nur auf Willkür überprüfbar (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Als praktisches Hindernis der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erweist sich aber weit mehr die Frage der *Aussichtslosigkeit* gemäss Art. 117 lit. b ZPO. Der Rechenschaftsbericht 2016³² zeigt etwa, dass drei von vier Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage beim Gericht³³ nicht bewilligt wurden.³⁴ Vor Bundesgericht wurden 694 von insgesamt 1739 und somit 40% der Beschwerden in Zivilsachen von Einzelrichtern erledigt,³⁵ was einzig für offensichtlich unzulässige oder nicht hinreichend begründete Beschwerden vorgesehen ist bzw. für solche, welche bei entsprechendem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als aussichtslos erscheinen.³⁶

Wer dennoch in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gelangt, hat den Prozessgewinn in der Regel bis zur Höhe der auf ihn entfallenden Gerichtskosten und der Kosten der anwaltlichen Rechtsvertretung an die Staatskasse abzutreten.³⁷

V. Etablierung der Prozessfinanzierung?

Der blosser Hinweis des Gerichts auf die Möglichkeit, den Prozess durch Private finanzieren zu lassen, wird diesem Instrument kaum zum Durchbruch verhelfen. Seit 2004, als das Bundesgericht die Prozessfinanzierung durch einen Dritten, d.h. die Übernahme der Prozesskosten gegen eine Beteiligung am Prozessergebnis, als zulässig erklärte³⁸, konnte sich die Prozessfinanzierung kaum etablieren.

Die Finanzierung eines Rechtsstreits wird von den Gesellschaften in der Regel nur dann übernommen, wenn Ansprüche von mindestens CHF 300 000 geltend gemacht werden, gute Erfolgsaussichten bestehen und sie sich gegen eine zahlungsfähige Gegenpartei richten. Dies setzt eine vertiefte und aufwendige Prüfung durch den Prozessfinanzierer voraus und erhöht die vorprozessualen Aufwände des Rechtsvertreters zusätzlich. Diese Kosten gehen immer zulasten des Rechtssuchenden.

Regelmässig behält sich der Prozessfinanzierer vor, beim Auftreten von neuen Umständen, die auf die Beurteilung des Prozessrisikos einen wesentlichen Einfluss haben, den Finanzierungsvertrag aufzukündigen. Zu diesen Umständen zählen teilweise oder gänzlich negative Gerichtsentscheide oder das Auftreten neuer, bisher unbekannter Tatsachen.

Weil der Prozessfinanzierer vom Prozessgewinn nach Abzug sämtlicher Kosten oder Entschädigungen zwischen 30 bis 40% zurückbehält und der Kläger zusätzlich die vorprozessualen Anwaltskosten selbst zu tragen hat, verbleibt ihm vom mühsam erstrittenen Prozessgewinn kaum mehr als die Hälfte.

Das Justizwesen zählt spätestens seit der griechischen Polis zu den Kernaufgaben des Staates. Es geht nicht an, den Bürgern das Recht auf Durchsetzung der Zivilansprüche durch hohe Gerichtskosten zu verwehren. Ebenso fraglich ist, wenn der Rechtssuchende auf grosse Teile seiner berechtigten Ansprüche verzichten muss, weil er sich das Klagen von vornherein nicht leisten kann und sich dazu eines gewinnpartizipierenden privaten Geldgebers bedienen muss.

²⁹ ALFRED BÜHLER, Unentgeltliche Rechtspflege, Voraussetzungen – neue und alte Probleme, Defizite in Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, 85–118, 89 f.

³⁰ Den gleichen Hürden sind in der Regel auch Kleinbetriebe und KMU ausgesetzt.

³¹ BGE 135 I 221 E. 5.

³² Vgl. RB 2016, 162.

³³ Vgl. § 128 GVG ZH.

³⁴ Eine solche Statistik fehlt leider im RB 2017.

³⁵ Vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2017, 21.

³⁶ Vgl. Art. 108 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 u. 3 BGG.

³⁷ Vgl. BGE 142 III 131 E. 4.1. Das Bundesgericht erachtet, entgegen einem Teil der Lehre, eine solche Abtretung als zulässig. Freilich ist mit der Abtretung noch nicht gesagt, dass der Prozessgewinn im Umfang der auf den Gesuchsteller entfallenden Kosten tatsächlich dem Gemeinwesen zusteht. Versetzen veränderte wirtschaftliche

³⁸ BGE 131 I 223 E. 4.8.

VI. Prozessieren bis zum Nimmerleinstag?

Es hat sich gezeigt, dass die Einführung der ZPO zu einer Ausdehnung der Verfahrensdauer – infolge zusätzlicher prozessleitender Entscheide (Kautonierungen, Gesuche um unentgeltliche Prozessführung, Fristansetzung für Stellungnahmen zur Klage etc.) – führte.³⁹ Über die Dauer von haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten existieren im Kanton Zürich keine Daten. Es zeigt sich einzig, dass an den Bezirksgerichten des Kantons Zürich und beim Bezirksgericht Zürich in den Jahren 2011 bis 2017 jeweils ca. 30% der hängigen Prozesse mehr als zwei Jahre alt waren.⁴⁰

Diese Statistik an sich ist zwar nicht alarmierend; sie widerspiegelt aber nicht den üblichen Haftpflichtprozess. Es will hier zudem der Fokus auf jene Prozesse gelegt werden, welche nicht mittels Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug, sondern mittels Urteil erledigt werden. Es ist notorisch und bei Personenschäden-Spezialisten bekannt, dass Urteile in Haftpflichtprozessen vor erster Instanz selten innerhalb von vier Jahren seit Klageeinleitung ergehen. Der Durchschnitt dürfte eher bei fünf Jahren oder mehr liegen. Dies hat mehrere Gründe:

Zum einen erfordern Personenschäden-Klagen regelmässig ein Beweisverfahren; medizinische Gutachten sind häufig unerlässlich. Oft werden lediglich Zwischenentscheide (etwa betreffend Haftung, Legitimation, Verjährung) gefällt, welche ihrerseits anfechtbar sind und in vielen Fällen nicht zum Abschluss des Verfahrens führen. Teilklagen lassen sodann kaum Vergleiche zu, weil das Gericht keine Kenntnisse über die gesamten klägerischen Ansprüche hat. Oft werden dennoch Vergleichsverhandlungen durchgeführt, welche wenig Aussicht auf Aussöhnung und Erledigung der Streitsache haben. Bedauerlicherweise geschieht es nicht selten, dass monatelang keinerlei gerichtliche Handlungen getätigt werden, sei es, weil die Fälle komplex sind oder die Materie die Einzel- oder Bezirksgerichte überfordert.

Langwierige Prozesse untergraben die Ansprüche des Klägers. Seine Vorschüsse sind blockiert und seine Ansprüche bleiben unbefriedigt, was in Personenschäden häufig existenzielle Folgen hat. Eine lange Verfahrensdauer untergräbt eine Gleichbehandlung der Parteien und fördert ungleiche Waffen gleichermassen wie die einseitigen Kostenvorschüsse. In verschiedenen Vernehmlassungen zur Revision der ZPO wird denn zu Recht gefordert, dass das Gericht nach Rücksprache mit den Parteien einen Zeitplan zu erstellen habe, der gewährt, dass das Verfahren spätestens 18 Monate

nach Klageeinleitung mittels Entscheid abgeschlossen werden kann.⁴¹ Dieses System hat sich bei Schiedsgerichtsverfahren und in verschiedenen Rechtsordnungen (etwa US-amerikanischer Staaten) etabliert und bewährt.

Lange Verfahrensdauern setzen den Kläger unter Druck, mittels Vergleich eine raschere Streiterledigung zu erwirken. Vergleiche, welche auf Basis ungleicher Waffen und einer geschwächten Position der klägerischen Partei erfolgen, sind geneigt, unausgewogen zu sein. Vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich wurden im Jahr 2017 60% der Prozesse durch Vergleich, Anerkennung oder Rückzug erledigt⁴²; vor den Einzelgerichten im vereinfachten Verfahren verhält es sich nicht anders, und es werden bloss 40% der Prozesse durch Urteil erledigt.⁴³ Es kommt vor, dass Richter mit langen Verfahren oder die beklagten Parteien mit der Verschleppung des Prozesses drohen, um dem Kläger einen Vergleich aufzuzwingen.

Trotz steigender Geschäftslast der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts von 769 Beschwerden im Jahr 2016 auf 805 (davon 35 im Haftpflichtrecht) im Jahr 2017,⁴⁴ hat sie es geschafft, die Verfahren in den meisten Fällen in 4 bis 6 Monaten zu erledigen. Nur in 6% der Verfahren dauern diese mehr als ein Jahr.⁴⁵ Das Obergericht des Kantons Zürich hatte im Berichtsjahr 2017 lediglich 10 Zivilprozesse mit bestimmten Streitwerten⁴⁶ und davon 5 im vereinfachten Verfahren (unter CHF 30 000) zu beurteilen.⁴⁷ Ein Grossteil der Berufungen wurde in einem Zeitrahmen von 3 bis 12 Monaten erledigt.⁴⁸

Die unterschiedliche Prozessdauer zwischen den ersten und den oberen Instanzen rührt daher, dass letztere in der Regel keine Beweisverfahren durchführen.⁴⁹

Gerade bei Personenschäden werden aufgrund des bedeutenden Interesses des Klägers am Ausgang des Verfahrens und der meist unbeschränkten Mittel der (durch eine Versicherung vertretenen) Gegenpartei eine oder beide Parteien ein *Rechtsmittel* ergreifen, was die Verfahrensdauer verlängert. Hinzu kommt, dass die gutheissenden Entscheide der Obergerichte und des Bundesgerichts in der Regel eine Rückwei-

³⁹ Vgl. RB 2011, 7.

⁴⁰ Vgl. RB 2017, 72, Tabelle 67.

⁴¹ Vgl. Vernehmlassung der DJZ sowie von Mitgliedern verschiedener Fachgruppen des ZAV (Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Sozialversicherungsrecht, Zivilprozessrecht).

⁴² Vgl. RB 2017, 51.

⁴³ Vgl. RB 2017, 130.

⁴⁴ Vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichts, 22 f.

⁴⁵ Vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichts, 18.

⁴⁶ Worunter die Forderungsprozesse fallen.

⁴⁷ RB 2017, 150, Tabellen 95 f.

⁴⁸ RB 2017, 149, Tabelle 92.

⁴⁹ Vgl. etwa RB 2017, 149 f., Tabellen 93 u. 94; trotz entsprechender gesetzlicher Ermächtigung Art. 316 Abs. 3 ZPO; Art. 55 BGG.

sung der Sache zwecks Ergänzung des Sachverhaltes oder Neubeurteilung⁵⁰ bedeuten.

Leider hat der Vorentwurf das Problem der übermässig langen Verfahrensdauer nicht aufgegriffen, obschon diese neben den hohen Kosten ein Haupthindernis der Beschreitung des Gerichtsweges bei Forderungsprozessen darstellt.

VII. Fluch oder Segen der Teilklage?

Der Gesetzgeber hat die Teilklage mit der Bestimmung in Art. 86 ZPO gegenüber der früheren Praxis gefördert und das Bundesgericht hat mehrmals mit aller Deutlichkeit bestätigt, dass dieses Instrument legitim sei, einzig um die Gerichtskosten zu minimieren.⁵¹ Vielmehr verpflichtet es den Kläger sogar, eine solche zu erheben, um das Kostenrisiko gering zu halten, um nicht die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen zu müssen.⁵² Ein Kopfschütteln hat das Bundesgericht ausgelöst mit dem Entscheid, wonach der Kläger bei mehreren Ansprüchen zu präzisieren habe, in welcher Reihenfolge und welchem Umfange sein Teilanspruch zu befriedigen sei.⁵³ Es hat diesen Fehlentscheid aber nur kurze Zeit später korrigiert und vom Kläger nurmehr verlangt, hinreichend substantiiert zu behaupten, es bestehe eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung.⁵⁴

Den Kläger aus Kostengründen zu verpflichten, eine Teilklage zu erheben, ist unter zweierlei Gesichtspunkten fragwürdig, weshalb dieses Institut kein Vorwand sein kann, die Kostenproblematik im Schweizerischen Zivilprozess herunterzuspielen:

Urteile über Teilklagen führen zum einen nicht per se zu einer aussergerichtlichen Erledigung der Gesamtansprüche. Der Beklagte braucht bei Gutheissung der Teilklage die Urteilsgründe nicht zu akzeptieren; er kann auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichten und in einem neuen Prozess neue Beweismittel, welche das Beweisergebnis infrage stellen, einbringen. Zum anderen hat er aber auch die Möglichkeit, allfällige Prozessfehler in den Folgeprozessen zu korrigieren. Es besteht also selbst bei Obsiegen des Klägers die Gefahr, dass dieses den Rechtsstreit perpetuiert und der Kläger noch weit entfernt von der Durchsetzung seiner Ansprüche ist.

Zum anderen steht der Gegenpartei die *negative Feststellungswiderklage* offen, mit welcher die zugrundeliegende Gesamtforderung bestritten werden kann.

Dies gilt bei gleicher Verfahrensart, also mithin dann, wenn beide Forderungen im vereinfachten oder aber im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind. Das Bundesgericht hält nun in einem Grundsatzentscheid – und entgegen einer Mehrheit in der Lehre – fest, dass im Falle der *echten Teilklage* der Beklagte nicht gehindert werden könne, mittels negativer Feststellungswiderklage den Bestand der Gesamtforderung zu bestreiten. Tue er das und übersteige dies den für das vereinfachte Verfahren geltenden Streitwert, so sei die Haupt- und die Widerklage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen.⁵⁵ Umgekehrt: Konkretisiert der Kläger indessen seine Klage zeitlich⁵⁶ oder sachlich⁵⁷ im Sinne einer unechten Teilklage und beschränkt er sich auf einen Streitwert von CHF 30 000 oder weniger, so dürfte das Einzelgericht auf eine darüber hinausgehende negative Feststellungswiderklage indessen wohl nicht eintreten. Im internationalen Verhältnis lässt das Bundesgericht die Widerklage sogar *präventiv* zu.⁵⁸

Die erwähnte Rechtsprechung beraubt den Kläger seines Rechts, mittels einer Teilklage seine Prozesskosten – wie vom Gesetzgeber vorgesehen – zu reduzieren.⁵⁹ Mit der Schaffung unterschiedlicher Voraussetzungen für echte und unechte Teilklagen schafft das Bundesgericht zudem neue Unklarheiten. Indem es der Haftpflichtversicherung des Halters des Motorfahrzeuges das Recht zugesteht, den Nichtbestand feststellen zu lassen, setzt es den Kläger im Falle des Unterliegens ungebührlichen Risiken exorbitanter Prozesskosten und Parteientschädigungen aus. Im Übrigen wird damit ein aufwendiger Prozess «entfacht»; die Teildisposition des Klägers, nur vereinzelte Ansprüche zu erheben, wird mit der Widerklage zunichtegemacht und der Kläger verpflichtet, sämtliche Schadenspositionen detailliert darzulegen. Ein solcher Globalprozess frisst Zeit und Ressourcen und ist schlicht unnötig. Eine Haftpflichtversicherung, die eine Teilklage gänzlich abwehrt, wird kaum je mit einer neuen Teilklage konfrontiert werden. Das Interesse an der gerichtlichen Feststellung des Nichtbestandes einer Forderung ist theoretischer Natur und zielt vorwiegend darauf ab,

⁵⁰ Vgl. etwa Art. 318c ZPO; Art. 107 Abs. 2 BGG.

⁵¹ Vgl. BGE 142 III 683 E. 5.2.

⁵² Obiter dictum in Urteil des BGer 4A_274/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 3.

⁵³ BGE 142 III 683 E. 5.

⁵⁴ BGE 144 II 452, Reg. U.E. 2.

⁵⁵ Urteil des BGer 4A_576/2016 vom 13. Juni 2017.

⁵⁶ Indem er z.B. lediglich den Lohnersatz für ein bestimmtes Jahr fordert (bei Ansprüchen über einen längeren Zeitraum).

⁵⁷ Z.B. einzig der Genugtuungsanspruch.

⁵⁸ Mindestens im internationalen Verhältnis wurde zugunsten der Swatch im Urteil des BGer 4A_417/2017 vom 14. März 2018 sogar das Interesse einer Partei, bei einem bevorstehenden Gerichtsverfahren einen ihr genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Feststellungsinteresse qualifiziert und damit quasi das Institut der *präventiven negativen Feststellungswiderklage* geschaffen.

⁵⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung BBl 2006 7221, 7288. In der Botschaft wird zwar die Möglichkeit der Widerklage auf Feststellen des Nichtbestehens der Forderung ausdrücklich erwähnt, indessen auf Art. 221 (heute ZPO 224) verwiesen, welcher für die Widerklage eben gerade die «gleiche Verfahrensart» fordert.

den Ansprecher aus Angst vor Kosten zu veranlassen, von jeglicher Klage – also auch einer Teilklage – abzusehen.

Die Teilklage birgt für den Ansprecher die Gefahren nicht endender Streitigkeiten und – bei Gutheissung einer negativen Feststellungswiderklage – immenser Kosten- und Entschädigungsfolgen. Eine effiziente Rechtsordnung hat zu gewährleisten, dass *alle* Ansprüche zu fairen Tarifen und innert angemessener Frist gerichtlich beurteilt werden.⁶⁰

VIII. Sammelklagen, Amerikanisierung der Schweizer Justiz?

Dem schweizerischen Recht sind Sammelklagen grundsätzlich fremd. Das Institut der Streitgenossenschaft verlangt, dass mehrere Parteien *am gleichen Rechtsverhältnis* beteiligt sind (wie etwa Miteigentümer, Ehegatten, Solidarschuldner etc.) oder sich die Klagen auf das gleiche Ereignis beziehen.⁶¹ Verbandsklagen dienen höchstens dazu, widerrechtliche Verletzungen festzustellen, solche zu beseitigen oder drohende zu verbieten (Art. 89 ZPO).

Weil indessen Geschäftspraktiken, mangelhafte Produkte oder Dienstleistungen, Umweltschädigungen oder dergleichen eine Vielzahl von Personen treffen und schädigen können, sollen Klagen, welche sich auf dieselben Lebenssachverhalte beziehen, gemeinsam geführt werden können.

Der Fall bezüglich des VW-Abgasskandals zeigt exemplarisch, dass das geltende Recht keine Handhabe für eine zweckmässige Beurteilung gleichgelagerter Fälle bietet. Auf die Klage der Stiftung für Konsumentenschutz auf Feststellung der Unlauterkeit und Widerrechtlichkeit ist das zürcherische Handelsgericht mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten.⁶² Das Bundesgericht hat diesen Entscheid geschützt und die Beschwerde der Stiftung abgewiesen.⁶³ Im benachbarten Deutschland können die betroffenen Konsumentenverbände aus Anlass des Dieselskandals mittels einer «Musterfeststellungsklage» die Frage eines widerrechtlichen Verhaltens von Konzernen bei den Oberlandesgerichten erstinstanzlich prüfen lassen. Gemäss informellen Informationen des klagenden

Bundesverbandes der Verbraucherzentralen haben sich bis anhin 440 000 Fahrzeugbesitzer registrieren lassen (sog. *Opting in*). Sie beteiligen sich ohne jegliches Prozesskostenrisiko an einem Musterprozess mit der Wirkung, dass allfällige individuelle Schadenersatzprozesse von registrierten Personen sistiert werden. Der Richter hat die Möglichkeit, einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Stimmen 70% der registrierten Kläger und das beklagte Unternehmen zu, so wird er für die zustimmenden verbindlich. Andernfalls wird das Gericht ein Musterfeststellungsurteil fällen, welches für die beteiligten Parteien eine präjudizierende Wirkung in anschliessenden Schadenersatzprozessen entfaltet.

Die Prozessökonomie, die Entlastung der Gerichte, die Stärkung der Kompetenz des mit der Sache befassten Gerichts, die Verhinderung sich widersprechender Urteile, die Förderung einer gemeinsamen Lösungssuche und der Machtausgleich zwischen dem einzelnen Konsumenten und dem Industriekonzern erfordern neue Rechtsbehelfe.

Zur Schliessung der bereits früher identifizierten Rechtsschutzlücken und zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung schlägt der Bundesrat in Erfüllung der Motion Birrer-Heimo 13.3931⁶⁴ folgende drei Massnahmen zur kollektiven Durchsetzung von Ersatzansprüchen resultierend aus Massenschäden und teilweise auch von Streuschäden vor:⁶⁵

- Die Verbandsklage gemäss Artikel 89 ZPO soll nicht mehr nur auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt sein. Die Voraussetzungen der Klagelegitimation für Verbände sollen ausgebaut werden. Gleichzeitig soll neu eine reparatorische Verbandsklage auf Schadenersatz oder Gewinnherausgabe geschaffen werden (Art. 89a VE-ZPO); dabei kann eine klagende Organisation, insbesondere ein Verein, im Wege einer sogenannten Prozessstandschaft in eigenem Namen finanzielle Ansprüche der von Massenschäden betroffenen Personen geltend machen.
- Es soll ein allgemeines Gruppenvergleichsverfahren vorab zur Geltendmachung von Massenschäden geschaffen werden (vgl. Art. 352a ff. VE-ZPO).
- Mit weiteren Massnahmen soll auch die kollektive Rechtsdurchsetzung mittels Individualklagen verbessert und erleichtert werden. Dabei stehen namentlich die Erleichterung der Streitgenossenschaft und Klagenhäufung sowie die Trennung und Überweisung von Verfahren im Vordergrund (vgl. Art. 71 VE-ZPO).

⁶⁰ Vgl. Beobachter vom 14.2.2019, «Der Gang vor Gericht wird unbezahlbar», worin ein Fall eines Unfallopfers angeführt wird, dem das Regionalgericht Emmental-Oberaargau einen Kostenvorschuss von CHF 144 000 aufbürdete.

⁶¹ Art. 70 f. ZPO.

⁶² Beschluss des HGer Kt. Zürich vom 12.7.2018 (HG170181): es wird darin insbesondere geltend gemacht, dass die behauptete Vertragsverletzung seit 2015 beendet sei und damit die im Lauterkeitsrecht vorgesehene Beseitigungsfunktion nicht mehr vorliege.

⁶³ Urteil des BGer 4A_483/2018 vom 8. Februar 2019.

⁶⁴ Vgl. Fn. 2.

⁶⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, 17 f.

Ob es dieser Erweiterung der Verbandsklage bedarf oder den erwähnten Anliegen bereits mit der Erleichterung der Klagenhäufung Genüge getan wird, kann hier offenbleiben.⁶⁶

Dass damit das Gespenst eines amerikanischen Justizverständnisses heraufbeschworen wird, ist Stimmungsmache. Zum einen ist die Schweiz viel kleinräumiger und die Klagekultur eine völlig andere. Schliesslich ist das Prinzip der sogenannten *punitive damages*⁶⁷ gänzlich fremd und mit unserem Gerechtigkeitsempfinden unvereinbar. Mit ihrem Richtlinienentwurf vom 11. April 2018 verfolgt auch die Europäische Kommission entsprechende Pläne und möchte eine «Sammelklage auf europäische Art» einführen, um die Verbraucher, aber gleichzeitig die Hersteller vor Klagenmissbrauch zu schützen.

Auf weitere Revisionspunkte wie den Ausbau des Schlichtungsverfahrens, punktuelle Verbesserungen bei Klagen oder Gesuchen an unzuständige Gerichte, die Schaffung von Mitwirkungsverweigerungsrechten für Unternehmensjuristen, die Schaffung einer schweizweiten Prozessstatistik oder die Aufnahme der bis anhin zur ZPO ergangenen Rechtsprechung wird hier nicht weiter eingegangen. Gleichermassen werden weitere Hindernisse der ZPO, welche den Zugang zu den Gerichten und die Position der rechtssuchenden klägerischen Partei erschweren-, wie die ausufernde Substantiierungspflicht, die Pflicht zur Bezifferung des Streitwertes vor Abschluss des Beweisverfahrens, die überhöhten Anforderungen an den Beweis generell sowie an die vorsorgliche Beweisführung, das Fehlen vorgerichtlicher Rechtsbehelfe zur Sachverhaltsabklärung⁶⁸, die Folgen der Beweislosigkeit, die fehlenden Mechanismen zum Ausgleich zwischen den Parteien und der Herstellung der Waffengleichheit – um wenige zu nennen – nicht weiter dargestellt.

Fazit

Seit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung tendieren die Gerichte dazu, die wenigen neu vorgesehenen Rechtsbehelfe und Errungenschaften wie die Teilklage, die Feststellungs- oder die Verbandsklage – aber auch Instrumente wie die vorsorgliche Beweisführung, die mündliche Erläuterung eines Gerichtsgutachtens, die gerichtliche Feststellung des Sachverhalts im vereinfachten Verfahren und weitere – einzudämmen und nur sehr *restriktiv* anzuwenden. Auch wird zunehmend die Aussichtslosigkeit einer Klage festgestellt und damit dem mittellosen Rechtssuchenden der Zugang zum Gericht verwehrt. Bei den nur fakultativ zu erhebenden Gerichtskostenvorschüssen und bei der Festlegung der Gerichtsgebühren nutzen die Gerichte indessen den ganzen ihnen mit der ZPO eingeräumten Spielraum aus, um weitere Prozesshürden aufzubauen.

Die Gerichte haben damit den unmittelbar nach Einführung der ZPO festgestellten Rückgang der Forderungsprozesse und insbesondere der Haftpflichtprozesse weiter gefördert und somit teilweise selbst zu verantworten. Dass es die Gerichte selbst sind, die den Zugang zum Gericht erschweren, zeigt ein Selbstbild des Richters, der weder richten noch schlichten will. Denn trotz Zunahme der Komplexität im Alltag und im Wirtschaftsleben, trotz Steigerung der Wohnbevölkerung, der Freizeitaktivitäten und des Konsums und trotz Anstieg der Anzahl Rechtsschutzversicherter und Zulassung von Prozessfinanzierern ist eine starke Abnahme an Zivilklagen zu verzeichnen.

Ein Zusammenhang mit den steigenden Prozesshürden und den hohen Kosten ist unschwer zu erkennen. Den Rechtssuchenden generell und im Besonderen dem Mittelstand sowie den Kleinunternehmen und KMU ist ein Gerichtsverfahren zur Verfügung zu stellen, welches erschwänglich und effizient ist. Die Revision der ZPO ist deshalb vordringlich und die Einführung *erheblich tieferer* schweizweit geltender Gerichtsgebühren unverzichtbar.

⁶⁶ Um den Rechtsfrieden zwischen allen von einem Masseneignis betroffenen Personen zu erlangen, ist die Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs sicher förderlich; ein Verband kann indessen bei reparatorischen Klagen auch als Vertreter einer Personengruppe auftreten, ohne in eigenem Namen klagen zu müssen.

⁶⁷ Es handelt sich dabei um einen sogenannten Strafschadenersatz zugunsten des Zivilklägers, der in den USA häufig weit über den tatsächlich erlittenen Schaden hinausgeht.

⁶⁸ Mittels des im angelsächsischen Rechtsbereich verbreiteten Institut des *pretrial recovery*, mit welchem Beweismittel der Gegenpartei gesichert und sichergestellt werden, können die Prozessaussichten beurteilt und es kann auf unnötige Prozesse verzichtet werden.