



06.062

## Schweizerische Zivilprozessordnung

### Code de procédure civile suisse

*Erstrat – Premier Conseil*

#### CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 14.06.07 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 21.06.07 (FORTSETZUNG - SUITE)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 29.05.08 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 29.05.08 (FORTSETZUNG - SUITE)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 29.05.08 (FORTSETZUNG - SUITE)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 12.06.08 (FORTSETZUNG - SUITE)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 12.06.08 (FORTSETZUNG - SUITE)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 29.09.08 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 02.12.08 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 04.12.08 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)  
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 19.12.08 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)  
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 19.12.08 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Ich darf zu den heutigen Geschäften Herrn Bundesrat Blocher bei uns begrüßen. Ich freue mich, dass Sie das Sägemehl unterdessen wieder von Ihrem Rücken abwischen konnten. Wir haben feststellen können, dass Sie sich am gestrigen Fraktionsausflug mit dem Schwingerkönig gemessen haben; heute müssen Sie sich mit uns messen. (*Heiterkeit*)

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Wir sind so weit: Aus 26 mach 1; aus 26 Zivilprozessordnungen machen wir eine einzige. In der Wintersession 2006 hat unser Rat der Vereinheitlichung der Schweizerischen Strafprozessordnung zugestimmt. Ich habe damals beim Eintreten erklärt, dass wir mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes eine der letzten grossen Gesamtkodifikationen der Schweiz anpacken würden; die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung (ZPO) werde folgen. Heute kann Ihnen Ihre Kommission für Rechtsfragen auch die Vorlage betreffend die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung unterbreiten, und dies mit einem einstimmigen Beschluss. Es ist ohne Übertreibung eine historische Vorlage.

Das materielle Zivilrecht ist seit einem Jahrhundert vereinheitlicht. Es ist im Wesentlichen im Zivilgesetzbuch und im Obligationenrecht kodifiziert. Am 17. Dezember dieses Jahres wird es hundert Jahre her sein, seit die eidgenössischen Räte das Zivilgesetzbuch (ZGB) verabschiedet haben.

Gegenüber dem materiellen Zivilrecht ist aber das Zivilprozessrecht in der Schweiz zersplittert. Die Schweiz ist das letzte Land in Europa, das sein Zivilprozessrecht noch nicht vereinheitlicht hat. Jeder Kanton verfährt nach seinen eigenen Regeln. Wir haben 26 selbstständige kantonale Zivilprozessordnungen mit annähernd 10 000 Gesetzesbestimmungen. Zusammenhängende Wirtschafts-, Sprach- und Kulturregionen werden durch verschiedene kantonale Prozessordnungen zerschnitten. Dies erschwert eine effiziente Rechtsdurchsetzung. Seit über hundert Jahren wird in der Schweiz diskutiert, ob nicht auch das Zivilprozessrecht vereinheitlicht werden soll. So kam beispielsweise im Jahre 1868 der Ruf: "Ein Recht, eine Armee". Eine jahrhundertlange, nicht selten leidenschaftliche Diskussion fand erst dann ihr Ende, als im Jahre 2000 Volk und Stände der Verfassungsänderung zustimmten. Damit erhielt der Bund die Kompetenz, auch das Zivilprozessrecht bundesrechtlich zu regeln.

Wir sind so weit: Aus 26 mach 1; aus 26 Zivilprozessordnungen machen wir eine einzige. Heute haben wir diese Jahrhundertvorlage auf dem Tisch. Sie ist ein Werk mit 405 Artikeln und beinhaltet die Änderung von 30 Gesetzen.

Für wen braucht es überhaupt eine Zivilprozessordnung und dann noch ein neues eidgenössisches Gesetz? Das Prozessrecht war beim Studium der Rechtswissenschaft eher ein Nebenschauplatz und sicher nicht die spannendste Vorlesung. Wenn wir uns aber mit der Materie etwas vertiefter befassen und auf Einzelprobleme





eingehen, stellen wir fest, dass uns das Prozessrecht in sämtlichen Lebensbereichen betrifft. Denn Rechtsregeln gibt es in allen Bereichen. Die Verfahrensregeln des Prozessrechtes dienen der Durchsetzung und der Verwirklichung des Rechtes zwischen den Menschen. Die Justiz ist ziemlich omnipräsent: Sie betrifft den Markt und die Wirtschaft genauso wie das Privat- und Familienleben. Die Gerichte beendigen Ehen und Partnerschaften, sie versuchen, den Familienfrieden zu hüten, sie teilen Erbschaften, sie prüfen die Verantwortlichkeiten nach Unfällen, bei gescheiterten Unternehmensstrategien und bei Baumängeln, sie wachen über den freien Markt, sie definieren die schützenswerten Kunstwerke, sie beurteilen Fusionen, sie bestimmen die Sanierungschancen von Unternehmen. Sie schützen und wägen also alle denkbaren vermögenswerten und ideellen Interessen.

Wie erwähnt, dient das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechtes. Daher kann es entscheidend sein, wie bei Einzelproblemen die Verfahrensfragen beantwortet werden. Entscheidend kann es sein, wie die Lösung zum Beispiel bei folgenden Fragen lautet: Welches sind die Rollen des Klägers, des Beklagten und des Richters? Gilt der römische Grundsatz: Da mihi facta, dabo tibi ius, auf Deutsch: "Gib mir die Fakten, und ich" – der Richter – "gebe dir das Recht"? Oder muss der Richter mit Fragen und Nachfragen den Sachverhalt herausfinden? Muss ich zuerst zum Friedensrichter, oder kann ich direkt ans Gericht gelangen? Kann der Friedensrichter nur versuchen zu schlichten, oder kann er auch urteilen? Was passiert, wenn ich kein Geld für den Prozess habe oder wenn ich die Gerichtskosten nicht vorauszahle? Wie muss ich die Klage einreichen? Kann ich dies auch elektronisch tun? Was gilt, wenn ich eine Frist verpasst habe? Wer ist berechtigt, die Beweise abzunehmen, das einzelne Mitglied des Gerichtes oder das Gesamtgericht? Müssen die Parteien persönlich an den Verhandlungen erscheinen, oder dürfen sie sich vertreten lassen? Wer darf eine Partei begleiten oder vertreten? Bei wem, innert welcher Frist und in welcher Form ist das Rechtsmittel einzureichen? Was darf ein Gericht tun, um komplizierte Fälle zu entwirren? Ist es möglich, den Prozess in klaren Fällen abzukürzen, um rascher vollstrecken zu können? Und schliesslich: Gibt es auch Gerichtsferien?

Solche und weitere Fragen muss die Zivilprozessordnung regeln. All diese Fragen werden heute von 26 kantonalen Prozessordnungen unterschiedlich beantwortet. Welche Regeln im Einzelfall zur Anwendung kommen, kann heute oft vom Zufall abhängen. Die Frage, wo der Gerichtsstand liegt, betrifft nicht nur die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes, sondern bestimmt weitgehend auch das anwendbare Prozessrecht. Auf dem Rechtsweg zeigen sich dann nicht zu unterschätzende Hindernisse, etwa Spielregeln, die einer Partei fremd sein können, allenfalls auch nebst der fremden Sprache.

Die schweizerische Justiz geniesst heute einen guten Ruf. Gleichwohl hat jeder Prozess mit denselben Grundproblemen zu kämpfen, nämlich damit, dass der Aufwand, das heisst die Dauer und die Kosten des Verfahrens, einerseits und der Ertrag, also das Ergebnis der Vollstreckung, andererseits nicht selten in keinem Verhältnis zueinander stehen. Ein vereinheitlichtes Prozessrecht wird zur Verbesserung dieser Situation beitragen.

Mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes werden die Rechtszersplitterung und die damit verbundene Rechtsunsicherheit beseitigt. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sorgt für Transparenz und Berechenbarkeit, ermöglicht eine einheitliche Praxis und erleichtert die Weiterentwicklung und wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes. Sie führt zu einer Erleichterung und Vereinfachung des Rechtsweges und so auch zu Kostensenkungen. Zudem wird die

**AB 2007 S 499 / BO 2007 E 499**

Schiedsgerichtsbarkeit national geregelt und damit der Schiedsplatz Schweiz gestärkt.

Der uns vom Bundesrat unterbreitete Entwurf nimmt nicht eine einzige Prozessordnung eines bestimmten Kantons zur Grundlage, ist aber durch kantonale Traditionen geprägt. In der Botschaft wird darauf hingewiesen, dass es eine unverzeihliche Verschwendung wäre, losgelöst von dieser reichen Tradition ein neues und künstliches Prozessrecht erfinden zu wollen. Der im bisherigen kantonalen Recht gelegte Grund müsse unbedingt das Fundament der neuen Prozessordnung sein; zum einen, um dem neuen Gebäude die nötige Sicherheit und Stabilität zu geben, und zum anderen, um den Kantonen und der Praxis einen unnötigen prozessrechtlichen Kulturschock zu ersparen.

Was die Kantone anbetrifft, sind drei wichtige Kompetenzen, welche bei den Kantonen bleiben, zu nennen, nämlich die Organisation der Gerichte, die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte und die Regelung der Kostentarife. Die Gerichtsordnung verbleibt also bei den Kantonen. Das heisst einerseits auch, dass die vereinheitlichte Zivilprozessordnung keinen Kanton zwingt, neue Gerichte einzuführen. Andererseits bedeutet dies keineswegs den Verzicht auf neue Lösungen.

Im Übrigen haben wir in unserer Kommission die Vertretung der Kantone angehört und feststellen können, dass die Vorlage positiv aufgenommen wird. Der Vertreter der Kantone, Regierungsrat Markus Notter, erklärte auch, dass eines der Hauptanliegen der Kantone die Kostenfrage sei. Die Kantone wollen nicht durch ein neu-



es Prozessrecht zusätzliche umfangreiche Kosten auferlegt bekommen, insbesondere nicht, indem sie neue Organe oder neue Gerichtsstellen schaffen müssen, aber auch nicht im Bereich der Finanzierung von Prozessen. In dieser Hinsicht hat der Bundesrat eine Zusicherung abgegeben, heisst es doch in der Botschaft: "Die Vereinheitlichung des Prozessrechtes soll keine weiteren Kosten verursachen und die Belastung der Gerichte nicht erhöhen." Dies ist auch für uns als Gesetzgeber und vor allem auch als Ständesvertreter ein wichtiger Punkt. Die uns vorliegende Bundeszivilprozessordnung gliedert sich in vier Teile: Der erste, der allgemeine Teil enthält insbesondere die Gerichtsstände, die Verfahrensgrundsätze und Prozessvoraussetzungen, die Bestimmungen über die Rechtshängigkeit, die Stellung der Parteien, die Klagearten, das Kostenrecht, die Leitung der Prozesse, die Formen und Fristen, das Beweisrecht und die Rechtshilfe. Der zweite Teil, der besondere Teil, regelt den eigentlichen Ablauf eines Zivilprozesses im Einzelnen, das heisst den Schlichtungsversuch, die Verfahrensarten, den vorsorglichen Rechtsschutz, die Rechtsmittel und die Vollstreckung. Der dritte Teil regelt die Schiedsgerichtsbarkeit. Im Wesentlichen wird die bisherige Ordnung des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit übernommen; die zusätzlichen Bestimmungen aus dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) oder auch das Uncitral-Modellgesetz werden für Ergänzungen beigezogen. Der vierte Teil befasst sich mit dem Übergangsrecht und den üblichen Schlussbestimmungen.

Ein Ziel des Zivilprozessrechtes ist es, ein möglichst effizientes Verfahren festzulegen. Soll ein Prozess effizient sein, ist ein Mittelweg zu finden zwischen den Grundanliegen einer schnellen, einfachen und kostengünstigen Erledigung einerseits und einer richtigen Entscheidung andererseits. In diesem Spannungsfeld sieht die neue ZPO zu Recht verschiedene Verfahrenstypen vor, die je nach Art des Streitiges die Akzente anders setzen. Denn es wäre falsch, wenn ein grosser vermögensrechtlicher Prozess etwa auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes gleich ablaufen würde wie eine Auseinandersetzung im sozialen Privatrecht, das heisst im Familienrecht, im Arbeitsrecht oder bei der Miete usw. So ist der ordentliche Prozess den grösseren Fällen vorbehalten. Im Gerichtsalltag viel häufiger sind aber die kleinen Streitigkeiten, bei denen es um weniger Geld geht. Dafür und auch für die Auseinandersetzungen betreffend Miete, Arbeitsverträge und Konsumentenschutz haben wir ein vereinfachtes Verfahren, das laienfreundlich konzipiert ist und den juristischen Laien entgegenkommt. Schliesslich haben wir das summarische Verfahren, das noch schneller und flexibler ist und heute in der Praxis bereits eine grosse Rolle spielt. Seine typischen Merkmale sind Flexibilität und Schnelligkeit.

Darauf hinzuweisen ist noch, dass die Schweizerische Zivilprozessordnung Instrumente, die unserem Rechtssystem nicht entsprechen, nicht aufgenommen hat. So wurde beispielsweise auf die Sammelklage, wie wir sie im amerikanischen Rechtssystem kennen, verzichtet. Es passt nicht zu unserer Rechtsauffassung, dass jemand ungefragt für eine grosse Zahl von Menschen verbindliche Rechte wahrnehmen kann, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen. Die Streitgenossenschaft als Möglichkeit, Klagen zu bündeln, ist in der ZPO jedoch enthalten.

Nun zu den Arbeiten der Kommission: Unserer Kommission ging es vor allem darum, mit der neuen ZPO eine Verfahrensordnung zu schaffen, die erstens dafür sorgt, dass derjenige, der Recht hat, auch Recht bekommt, die zweitens die Bedingungen schafft, damit Aufwand und Ertrag eines Prozesses in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, die drittens dafür sorgt, dass die Effizienz des Zivilprozessverfahrens gesteigert wird. Viertens will die Kommission eine Verfahrensordnung, die den Bedürfnissen der Praxis entspricht, fünftens eine Verfahrensordnung, die der Praxis den nötigen Spielraum gibt, den Einzelfall sachgerecht abzuwickeln, und schliesslich, sechstens, soll die Vereinheitlichung des Prozessrechtes keine weiteren Kosten verursachen und die Belastung der Gerichte nicht erhöhen.

Die Kommission hat sich namentlich auch mit folgenden Punkten auseinandergesetzt: Heute sind die Sitzungen der Zivilgerichte, das heisst die Verhandlungen, in der Regel öffentlich. Anders verhält es sich mit der Urteilsberatung. Ausser vor Bundesgericht gilt die Öffentlichkeit nur ausnahmsweise. Die Kommission beantragt daher bei Artikel 52, dass die Kantone selbst bestimmen können, ob die Urteilsberatung öffentlich erfolgen soll. So kann den spezifischen Besonderheiten in den Kantonen Rechnung getragen werden, sei dies bezüglich Effizienz, Arbeitsvolumen oder was den Einsatz von Berufs- oder Laienrichtern oder -richterinnen anbelangt.

Hinsichtlich des Schlichtungsverfahrens sprach sich die Kommission im Gegensatz zum Bundesrat dafür aus, den Schlichtungsversuch im Scheidungsverfahren und beim Verfahren zur Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft obligatorisch zu erklären. Liegt aber ein gemeinsames Scheidungsbegehren der Gatten vor, gilt dieses Obligatorium nicht. Die Mehrheit ist der Meinung, dass es der Schlichtungsversuch in zahlreichen Fällen ermöglicht, die negativen Auswirkungen der Scheidung auf die Beziehung der Ex-Gatten in Grenzen zu halten. Die Minderheit möchte, wie im Entwurf vorgesehen, am pauschalen Ausschluss aller Scheidungsverfahren festhalten.

Hinsichtlich der Mediation entschied sich die Kommission mit 5 zu 2 Stimmen bei 1 Enthaltung für die Strei-



chung der Mediationsbestimmungen der Artikel 210 bis 215. Gemäss der Auffassung der Mehrheit der Kommission ist und bleibt diese alternative Streitregelung durch die Mediation durchaus möglich, auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmungen des Staates. In kindesrechtlichen Angelegenheiten hingegen bleibt die Mediation ausdrücklich erwähnt. Eine Minderheit möchte an sämtlichen Bestimmungen über die Mediation festhalten.

Auch mit der Frage der Rechtsmittel hat sich Ihre Kommission eingehend befasst. Sie beauftragte das Bundesamt für Justiz, die verschiedenen Rechtsmittelsysteme zu vergleichen und deren Vor- und Nachteile aufzuzeigen. Die Vorlage des Bundesrates sieht nämlich für die Einreichung der Beschwerde ein kompliziertes Verfahren vor. Die Kommission beschloss einstimmig eine wesentliche Vereinfachung, nämlich folgende: Erst nachdem die Begründung des Entscheides bekannt ist, muss die Beschwerde schriftlich und begründet innert einer bestimmten gesetzlichen Frist direkt bei der Rechtsmittelinstanz eingereicht werden. Auf eine vorgängige separate Erklärung des Rechtsmittels wird verzichtet.

**AB 2007 S 500 / BO 2007 E 500**

Zur Frage der Verbandsklage: Die Verbandsklage dient der kollektiven Interessenwahrung. Gestützt auf Artikel 27 des Zivilgesetzbuches hat das Bundesgericht bereits 1947 den Verbänden dieses Klagerecht zugestanden. Inzwischen fand dieses Klagerecht in einigen Spezialgesetzen Eingang. Ihre Kommission stand der Verbandsklage, wie sie nun in der ZPO geregelt werden soll, skeptisch gegenüber. Nach verschiedenen Abklärungen stimmte sie jedoch dem Entwurf des Bundesrates zu. Wir werden in der Detailberatung auf diese Thematik und weitere Einzelfragen näher eingehen.

Zum Schluss noch zum Umsetzen und zum Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung: Die Kommission hat sich auch Überlegungen betreffend die Anschlussgesetzgebung von Bund und Kantonen gemacht. Wir haben uns vom Bundesrat über den angestrebten Termin des Inkrafttretens orientieren lassen. Das Ziel ist, die Schweizerische Zivilprozessordnung im Jahre 2010 in Kraft treten zu lassen, gleich wie die Schweizerische Strafprozessordnung. Nach Abschluss der ersten Beratung hier im Rat werden Bundesrat und Verwaltung, analog zum Vorgehen bei der Strafprozessordnung, mit den Kantonen die Einführung der ZPO vorbereiten.

Abschliessend danke ich allen jetzigen und früheren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes für ihre Arbeit an diesem grossen Werk, der Vereinheitlichung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, insbesondere auch für die letzte Phase und die gute Zusammenarbeit mit unserer Kommission. Ich danke aber auch meinen Kolleginnen und Kollegen in der Kommission für ihr Mitwirken bei der Vorberatung dieser umfangreichen Vorlage.

Namens der Kommission, die einstimmig entschieden hat, beantrage ich Ihnen Eintreten und Zustimmung zur Vorlage.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: L'unification du Code de procédure civile est certainement de nature moins conflictuelle que l'unification du Code de procédure pénale. Plutôt que de devoir faire des choix entre différents modèles culturellement enracinés, comme cela a été le cas pour le Code de procédure pénale, il a pu être ici procédé par voie de synthèse entre les pratiques des différents cantons pour unifier les 26 codes de procédure civile en un seul. Même si ce projet a fait peu de vagues, il s'agit d'une réforme d'importance pour la justice dont le fonctionnement gagnera en transparence et en rationalité, et cela au bénéfice de nos concitoyennes et concitoyens, au bénéfice de nos entreprises qui toutes, un jour ou l'autre, auront vraisemblablement à régler un litige devant la justice et qui ont donc intérêt à ce que la procédure soit claire, flexible et équitable.

La coexistence de 26 codes de procédure civile – alors que le droit matériel est unifié depuis plus d'un siècle – était une curiosité intéressante au musée universel du droit sans toutefois présenter d'avantages, mais bien au contraire beaucoup d'inconvénients. Cette multiplicité compliquait et renchérisait la mise en oeuvre du droit. Elle contraignait chaque canton à des adaptations de la législation dès que le droit fédéral évoluait dans les domaines qui comprennent des règles de procédure comme le domaine du bail, de la famille, du travail ou de la consommation. La simplification, dont le principe a été accepté par le peuple en 2000 et dont nous décidons aujourd'hui, rendra la justice plus compréhensible en favorisant une vue d'ensemble.

Elle facilitera également la libre circulation des avocats et allégera le pensum législatif des cantons. Cela est une condition nécessaire, mais pas encore suffisante pour garantir une justice de qualité. Une autre condition est, bien évidemment, que des moyens suffisants soient à disposition de cette justice pour faire correctement son travail et cela est certainement plus difficile à obtenir qu'un Code de procédure civile unifié.

Plusieurs principes sont à saluer dans ce projet. Premièrement, la place offerte au règlement préalable ou extrajudiciaire des conflits: la conciliation et la médiation deviennent ainsi la règle avant de saisir le tribunal.



Les exceptions à ce principe devraient être aussi limitées que possible. Il est particulièrement important que la procédure en cas de divorces conflictuels suive cette voie préalable de la conciliation ou de la médiation. La médiation se présente comme une alternative à la conciliation, au libre choix des parties, avec l'avantage qu'elle permet à ces parties de choisir leur conciliateur en fonction de ses compétences. La médiation peut aussi être proposée par le tribunal durant la procédure. La place prépondérante accordée à la conciliation et – espérons-le – à la médiation devrait favoriser une mise en oeuvre moins conflictuelle de la justice et décharger les tribunaux.

Deuxièmement, la procédure simplifiée instaurée pour les causes sociales, où la plainte peut être déposée oralement et où le juge mène activement le procès, est également un élément à saluer.

Troisièmement, le Code de procédure civile suisse qui nous est soumis reconnaît le droit d'action des organisations, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Il exclut toutefois l'action de groupe, ou "class action", que connaît le droit américain et qui connaît également certains développements dans le droit européen.

Malgré ses défauts, cette procédure de l'action de groupe qui a été abandonnée n'est, il faut le dire, pas sans intérêt puisqu'elle peut permettre à de petits plaignants de mener des actions contre des acteurs économiques puissants qui, sinon, pourraient être intouchables. Faut-il ainsi se réjouir de l'abandon de la "class action"? On peut ne pas en être tout à fait convaincu.

Finalement, malgré l'objectif unificateur de ce Code de procédure civile suisse, on constate que le projet n'unifie que ce qui est nécessaire, et c'est une bonne chose. Il laisse ainsi aux cantons une marge de manoeuvre en matière d'organisation judiciaire ou en matière d'extension de la gratuité des procédures. Il permet également de mener des projets pilotes en matière de procédure, ce qui permettra de continuer à alimenter l'évolution de la procédure.

Je vous invite donc à entrer en matière.

**Bürgi Hermann (V, TG):** Selbstverständlich bin auch ich vorbehaltlos für Eintreten. Wenn ich dennoch das Wort ergreife, so deshalb, weil ich noch ein Anliegen einbringen möchte, das meines Erachtens in der Kommission nicht ausdiskutiert wurde und insbesondere vom Zweitrat noch näher geprüft werden sollte.

Es geht um die Zuständigkeits- und Verfahrenszusammenlegung im Sozialversicherungsbereich. Im Kanton Thurgau, wie übrigens auch in zahlreichen anderen Kantonen, ist vorgesehen, dass eine einzige kantonale Instanz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung beurteilt – das ist der Ist-Zustand. Eine einzige Instanz beurteilt Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Grundversicherung wie auch der Zusatzversicherung. Diese Bestimmungen ermöglichen es, dass Streitigkeiten sowohl im Bereich der öffentlich-rechtlichen Grundversicherung wie auch im Bereich der privatrechtlichen Zusatzversicherung durch die gleiche Gerichtsstanz beurteilt werden, und das hat sich in der Praxis sehr bewährt.

Jetzt haben wir ein Problem. Dieses Problem ist in erster Linie bereits im Bundesgerichtsgesetz enthalten, wo das Prinzip der "double instance" verankert wird. Dieses sieht vor, dass bei zivilrechtlichen Streitigkeiten im Kanton zwei Instanzen vorhanden sein müssen. In der Zivilprozessordnung hätten wir eigentlich eine Möglichkeit, die Frage, ob das in diesem Bereich richtig sei, zu lösen. Es ist nicht etwa so, dass das völlig übergangen worden wäre. Der Bundesrat verweist in seiner Botschaft auf Seite 7247f. auf dieses Problem, im Zusammenhang mit einem parlamentarischen Vorstoss. Es gibt ein Postulat mit dem Namen "Koordination der gerichtlichen Verfahren im Krankheits- und Invaliditätsfall"; es ist ein Vorstoss der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (01.3220).

In der Botschaft wird auf Seite 7248 vom Bundesrat ausgeführt: "Heute hat nur eine Minderheit der Kantone die materiellrechtliche Trennung auch auf der Ebene des Verfahrens umgesetzt: Die Mehrheit belies die privatrechtlichen

AB 2007 S 501 / BO 2007 E 501

Streitigkeiten, die eine Zusatzversicherung betreffen, in der sachlichen Zuständigkeit eines speziellen Sozialversicherungsgerichts, des Verwaltungsgerichts oder einer Abteilung des Obergerichts." Jetzt kommt der entscheidende Satz: "Diese Kompetenzattraktion erscheint – gerade im Hinblick auf die wünschbare Koordination – durchaus sinnvoll. Nach dem Entwurf behalten die Kantone diese Organisationsfreiheit, denn ihnen obliegt die Regelung der sachlichen Zuständigkeit." Zuletzt noch der Schlüsselsatz: "Hingegen müssen sie – zumindest für die Zusatzversicherung – eine zweite kantonale Instanz vorsehen." Damit wird eben diese Lösung der einzigen Instanz für das Sozialversicherungsrecht auseinandergenommen. In unserem Kanton würde das bedeuten, dass beispielsweise für Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung ein Bezirksgericht zuerst eingeschaltet würde und als zweite Instanz das Obergericht, währenddem bei Streitigkeiten aus der Grundversi-



cherung das Verwaltungsgericht zuständig wäre. Das ist das Problem, das man meines Erachtens nochmals aufarbeiten sollte, um eine Lösung zu suchen. Damit diese sinnvolle Zuständigkeit und Verfahrensvereinheitlichung im Bereich der Krankenversicherung eben möglich bleibt, müsste im Rahmen der ZPO, wie wir sie jetzt behandeln, eine Lösung gesucht werden.

Ich kann mich kurz fassen: Ein Lösungsansatz wird im "Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht" vom Mai 2007 von Professor Arnold Marti skizziert. Danach wäre es möglich, dass im Zusammenhang mit dieser Rechtsweggarantie eine Ausnahme geschaffen werden könnte, aber diese muss auf gesetzlicher Ebene geschaffen werden, wie wir das in Artikel 6 ZPO für das Handelsgericht ja auch haben. Dort haben wir nur eine einzige Instanz.

Der langen Rede kurzer Sinn: Ich wäre sehr dankbar, Herr Bundesrat, wenn Sie diese Frage näher prüfen würden, um dann allenfalls im Zweitrat zu dieser Problematik Stellung zu beziehen, damit wir nachher wissen, ob es geht oder nicht. Es geht um die Frage der sinnvollen Verfahrenszusammenfassung in den Kantonen.

**Marty Dick (RL, TI):** Je ne résiste pas à la tentation de proposer une réflexion. En très peu de temps, on a – je parle du processus parlementaire – adopté un nouveau Code de procédure pénale et on va adopter, je crois sans aucun problème, un nouveau Code de procédure civile. On a fait, je pense, ce travail en un temps absolument record. Ce qui est impressionnant, c'est qu'il y a quelques années, c'était une chose absolument impensable. Les juristes qui ont suivi ces problèmes se rappellent les polémiques qu'il y avait chaque fois qu'on parlait d'unification: on mettait en jeu les principes mêmes du fédéralisme. Aujourd'hui, on affronte – si je regarde la salle, je dirai dans une courtoise indifférence – ce problème, et tout le monde considère comme acquis que les 26 codes n'ont plus leur place.

J'aimerais quand même rappeler que pour tout ce droit de procédure pénale, la Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle important surtout pour ce qui est de la procédure pénale, et que si on a pu faire ce travail d'une façon aussi aisée et aussi rapide, c'est parce qu'au cours des dernières décennies, on a fait une unification de fait grâce à la jurisprudence de ladite Cour.

La deuxième réflexion que j'aimerais proposer, c'est qu'une procédure civile constitue une condition-cadre extrêmement importante pour une place économique comme la nôtre. Il ne suffit pas d'avoir une bonne fiscalité pour être attractif pour les entreprises, encore faut-il qu'il y ait un système judiciaire qui soit efficace, qui décide rapidement. Nous savons tous à quel point certains rapports commerciaux sont troublés par des procès qui ne finissent jamais, par des recours continuels, par des obstacles constants au cours des procédures civiles. Le fait d'avoir un appareil judiciaire qui fonctionne, une procédure pénale qui permet de mettre en application le principe de la célérité, est extrêmement important.

La troisième et dernière observation, c'est le problème de la médiation, dont nous allons discuter tout à l'heure. Il est à mon avis un peu regrettable que nous ayons renoncé à cette institution, encore que je dois reconnaître que le modèle qui était proposé n'était pas très convaincant. Je crois que si nous avons un principe prévoyant qu'avant de commencer un procès civil on doit nécessairement passer par une institution de médiation – je suis de l'avis que le juge n'est pas la personne à même d'assurer cette fonction –, nous pourrions éviter de très nombreux procès civils.

J'aimerais aussi remercier les experts qui ont fait un excellent travail en nous proposant ce projet, le Département fédéral de justice et police et les rapporteurs.

Bien entendu que je me rallie à tous ceux qui se sont déjà prononcés en faveur de l'entrée en matière et je doute que quelqu'un demande le contraire.

**Wicki Franz (C, LU), für die Kommission:** Ich will mich nur noch zum Anliegen von Herrn Bürgi äussern. Ich hätte mich dann später bei der Detailberatung dazu geäussert, aber es ist wahrscheinlich gut, wenn wir hier auf das Anliegen zurückkommen. Es betrifft die Streitigkeiten aus dem Krankenversicherungsrecht.

Wie Herr Bürgi erklärt hat, sind Streitigkeiten aus der Krankenversicherung im materiellen Recht gesplittet. Soweit sie die Grundversicherung betreffen, sind sie öffentlich-rechtlich und werden nach dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechtes (ATSG) beurteilt, also in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren. Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen hingegen sind dem Versicherungsvertragsgesetz unterstellt, also Zivilsache, und in Zivilsachen kommt die ZPO zur Anwendung.

Heute sind die Kantone frei, beide Arten von Streitigkeiten dem kantonalen Sozialversicherungsgericht oder dem kantonalen Verwaltungsgericht als einziger gerichtlicher Instanz zuzuweisen. Von dieser Möglichkeit hat rund die Hälfte der Kantone Gebrauch gemacht. Die anderen Kantone haben das materiellrechtliche Splitting, das heisst Grundversicherung gemäss öffentlichem Recht, Zusatzversicherung gemäss Privatrecht, auch verfahrensrechtlich umgesetzt. Streitigkeiten aus der Grundversicherung laufen dort also im Verwaltungsrechts-



verfahren, solche aus der Zusatzversicherung vor den Zivilgerichten.

Das neue Bundesgerichtsgesetz verlangt in Zivilsachen, dass der Kanton zwei Instanzen zur Verfügung stellt, bevor die Streitsache an das Bundesgericht weitergezogen werden kann. Daher können die Kantone die Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen nicht mehr exklusiv dem Sozialversicherungs- oder dem Verwaltungsgericht zuweisen. Sie müssten neu eine zweite gerichtliche Instanz vorsehen, und das ist wohl kaum zweckmässig.

Um dieses Problem zu lösen, wäre es wohl am einfachsten, auch die privatrechtlichen Zusatzversicherungen dem ATSG-Verfahren zu unterstellen, denn Krankenversicherungssachen sind eher Fremdkörper für die Zivilrechtspflege. Grund- und Zusatzversicherung spielen oft zusammen. Die Trennung in öffentlich- und privatrechtlich ist eher künstlich. Diese spezielle Problematik kann in der ZPO selbst nicht geregelt werden. Doch wäre es wohl im Rahmen einer Revision des Sozialversicherungsrechtes angezeigt, dieses Problem anzugehen. Oder vielleicht wäre es noch besser, dass sich Bundesrat und Verwaltung im Hinblick auf die Debatte im Nationalrat bzw. in der nationalrätlichen Kommission Gedanken darüber machen würden, ob wir nicht im Anhang dieses Gesetzes, also der ZPO, das KVG oder das ATSG in diesem Sinne ändern könnten, um das Problem zu lösen, das Herr Bürgi angeschnitten hat.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Die vorliegende Schweizerische Zivilprozessordnung ist ein weiterer Meilenstein in der Justizreform. Wir haben jetzt eigentlich die Gesetze hinter uns, welche die Rechtspflege betreffen, also die Bundesgesetze über das Bundesgericht, das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht. Alle drei Gesetze sind in Kraft, alle drei Gerichte sind operationell tätig. Jetzt kommt das Prozessrecht an die Reihe. Mit der Strafprozessordnung sind Sie vorangegangen. So, wie es aussieht, werden wir noch in dieser Session im Zweitrat, im Nationalrat, die Beratung der Vorlage Strafprozessrecht durchführen, sodass wir

AB 2007 S 502 / BO 2007 E 502

die Strafprozessordnung auf Ende dieser Legislatur verabschieden können und dann die Vereinheitlichung im Strafprozess haben. Jetzt beginnen Sie mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung, die dann, so hoffe ich, in der ersten Hälfte 2008 verabschiedet werden kann.

Ich möchte nicht wiederholen, was der Kommissionspräsident ausgeführt hat. Wir teilen diese Auffassung, und ich freue mich über das Einvernehmen, das wir in dieser Frage mit Ihrer Kommission für Rechtsfragen hatten, und auch darüber, dass der Entwurf dank Ihren sehr speditiven und fachlich hochstehenden Beratungen in dieser eigentlich kurzen Zeit vor den Rat gekommen ist.

Dieses Anliegen – Herr Marty hat darauf hingewiesen – ist eigentlich so alt wie der Bundesstaat selbst. Aber es war kantonale Hoheit, und die Kantone haben meines Erachtens zu Recht darauf beharrt, diese Domäne nicht aus der Hand zu geben. Es hat sich aber eben gezeigt, dass sich die Zeiten und die Lebenstätigkeiten geändert haben und dass sich diese Aufsplitterung des Prozessrechtes in 26 Prozessordnungen im alltäglichen Leben zu einem grossen Nachteil entwickelt hat. Wenn man davon spricht, das sei jetzt ein historischer Moment, dass wir das jetzt machen, so muss man einfach sagen: Die Zeit ist reif. Das merken wir, auch alle Kantone sind dafür. Es gab am Anfang eigentlich untergeordnete Widerstände, heute sind auch die Kantone der Meinung, diese Vereinheitlichung sei richtig. Was hat sich da so geändert?

1. Das Leben ist kantonsübergreifender geworden, vor allem im wirtschaftlichen Bereich. Es ist nicht nur kantonsübergreifender geworden, es ist natürlich auch länderübergreifender geworden. Wenn Sie so wollen, haben natürlich die "Globalisierung" im Inneren und die Globalisierung im Äusseren die Verhältnisse so geändert, dass die Aufsplitterung des Zivilprozessrechtes in der Schweiz in 26 Ordnungen einfach zu einem grossen Nachteil geworden ist. Das gilt natürlich vor allem auch im wirtschaftlichen Bereich.

2. Das Leben ist nicht nur geografisch übergreifender geworden, sondern wir haben auch wesentlich kompliziertere und anspruchsvollere Rechtsfragen zu beurteilen. Denken Sie an die ganzen Fragen, die es bei internationalen Fusionen gibt. Denken Sie an die Fragen des Patentrechtes; da kommen wir ja dann noch mit einer separaten Vorlage für ein Patentgericht. Es ist alles so viel anspruchsvoller geworden, dass namentlich in kleinen Kantonen die Gerichtsbarkeit auch überfordert ist. Denn es gibt vielleicht alle zwanzig Jahre einen Prozess in einer ganz komplizierten Angelegenheit, und den muss man bewältigen.

Darum ist die Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung, aber auch der Strafprozessordnung für die Wirtschaft auch eine Stärkung des Standortvorteils der Schweiz. Denn eine effiziente, gute Gerichtsbarkeit in einem Land ist etwas ausserordentlich Wichtiges. Darum glaube ich, die komplizierteren Fälle und das kantonsübergreifendere Leben im Lande haben eben dazu geführt, dass heute allgemein die Einsicht da ist: Wir sollten ein einheitliches Zivilprozessrecht haben. Darum gibt es heute eigentlich kaum mehr jemanden, der gegen diese Vereinheitlichung ist. Sie sehen, auch bei Ihnen, der Ständekammer, in der Sie ja vermehrt die kantona-



len Obliegenheiten vertreten, ist also die Kommission einstimmig eingetreten und ist auch einstimmig für die Verabschiedung. Es gibt zwar einen Dissens bei gewissen Fragen, aber bei eher untergeordneten Fragen.

Nun hat sich natürlich die Frage gestellt, wie man vorgehen soll, wenn man vereinheitlicht. Es gibt die Idee, etwas ganz Neues, etwas fundamental Neues, zu machen, das noch niemand hat. Von diesem Weg sind wir schnell abgekommen. Es gibt nichts so fundamental Neues. Die Gerichtsbarkeit hat sich im Grundsatz nicht geändert. Es gibt ein Gericht, und vor dem Gericht sind zwei Parteien, die, namentlich im Zivilprozess, ihre Fragen vorlegen, und der Richter entscheidet. Es gibt auch kein Land, das hier grosse Abweichungen kennt. Aber es gibt natürlich Unterschiede in der Rechtskultur, denken wir an das angelsächsische Recht.

Aber die Hauptfrage war, eine Zivilprozessordnung zu schaffen, die für alle Kantone – sie müssen sich ja daran halten – machbar und bewältigbar ist und nicht so weit abweicht, dass die Kantone grundsätzlich Neuland betreten, das man, mindestens während Jahren, nicht bewältigen kann und das auch von den Bürgerinnen und Bürgern nicht getragen wird.

Man hat gesagt, dass wir ein modernes Prozessrecht und eine effiziente Justiz wünschen, die denjenigen, die Recht haben, auch Recht gibt. Das Problem ist nur, dass diesbezüglich jeder seine eigenen Vorstellungen hat. Die Gerichte möchten die Fälle mit möglichst wenig Aufwand erledigen. Das entspricht dem Grundsatz der Entlastung der Justiz. Das ist ein Anliegen, das eingebracht worden ist und das so weit wie möglich auch berücksichtigt werden muss. Es ist auch begreiflich, denn die Justiz ist für die Kantone auch für den Zivilprozess ein Verlustgeschäft. Dann gibt es die Parteien. Sie wollen keine Erledigungsjustiz, sondern ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis beim Zivilprozess. Sie erwarten möglichst viel Gerechtigkeit zu einem möglichst günstigen Preis. Das ist das Parteienanliegen. Es wird dort, wo es professioneller gemacht wird und namentlich wo Unternehmen beteiligt sind, stark in die Waagschale geworfen. Aber die Interessen der Parteien sind eben keineswegs gleich ausgerichtet. Beide wünschen sich zwar ein parteifreundliches Prozessrecht, aber keiner meint damit dasselbe, je nachdem, ob er Kläger oder Beklagter ist. Der Kläger will einen schlanken Angriff und sofortigen Rechtsschutz, und der Beklagte will eine möglichst solide Abwehr, gestaffelt über mehrere Instanzen. Man kann nur sagen, auch hier muss man möglichst beiden Seiten Recht geben, denn es haben auch beide in ihrer jeweiligen Interessenlage Recht.

Also galt es, einen Kompromiss zu finden. Dabei war klar, dass wir die knappen Ressourcen der Kantone im Auge behalten müssen. Herr Wicki als Kommissionspräsident hat auf die Botschaft Bezug genommen. Das Ziel war: Es darf keine Verteuerung für die Kantone geben. Das bricht dann vor allem bei der Mediation wieder auf. An dieser Realität kommen wir nicht vorbei. Es dürfen keine Mehrkosten entstehen, aber wir dürfen die Justiz trotzdem nicht einfach dem Erledigungsprinzip unterstellen. Rechtsschutz und Herstellung des Rechtsfriedens müssen das oberste Ziel des Prozessrechtes bleiben. Wir glauben nach der jetzigen Beurteilung der Zivilprozessordnung, dass dieser Weg eingehalten werden kann – ich drücke es deshalb so vorsichtig aus, weil nicht immer klar voraussehbar ist, was aus dieser Ordnung dann gemacht wird und welches die Folgen sind. Wir meinen aber, dieses Ziel könne erreicht werden und der Balanceakt sei gelungen. Das haben namentlich die Diskussionen in der vorberatenden Kommission und die intensiven Diskussionen, die wir im Vorfeld mit den Kantonen hatten, gezeigt.

Wie ist die neue Zivilprozessordnung zu charakterisieren? Als Erstes fällt auf, dass sie ein vertrautes Gesicht hat, denn sie ist eine Art Synthese der kantonalen Ordnungen. Wir haben nicht fragen können: Was ist das absolut Beste? Wir haben vielmehr gesagt: Wir müssen schauen, dass wir einen möglichst harmonischen Übergang haben, damit die Kantone mitmachen können. Sie sind mit der Rechtsprechung mit einer Zivilprozessordnung seit vielen Jahren sehr vertraut, es sollte also nicht ein spürbarer Übergang sein. Das konnte man auch deshalb gut machen, weil niemand mit überzeugenden Argumenten eine absolut neue Lösung vertreten hat. Diese Vertrautheit erkennt man an der Systematik, an der Terminologie und auch an der einfachen Sprache. Wir haben uns hier also stark an das gängige Recht gehalten. Vertrautheit ist wichtig für ein Gesetz, das im Rechtsalltag eine zentrale Rolle spielt. Die Demut gegenüber dem Bewährten und der Sprache ist für die Vereinheitlichung eine wichtige Voraussetzung. Alle Instanzen haben sich jetzt daran gehalten.

Die neue Zivilprozessordnung ist eine Kodifikation des Prozessrechtes, d. h. eine systematische, grundsätzlich abschliessende Ordnung. Die Kantone behalten nur dort eine Regelungszuständigkeit, wo es das Bundesrecht ausdrücklich vorsieht. Das ist eine Umkehr des bisherigen Grundsatzes. Der Interpretationsraum der Zivilprozessordnung ist somit durch Lehre und Praxis zu füllen und nicht etwa durch neues kantonales Ausführungsrecht. Das ist die

AB 2007 S 503 / BO 2007 E 503

Konsequenz dieses Grundsatzes. Durch eine knappe Formulierung lässt die Zivilprozessordnung dieser Weiterentwicklung durch Lehre und Praxis bewusst viel Spielraum. Dieser Spielraum ist aber kein Reservat für







neue kantonale Gesetzgebung, sondern soll wie gesagt der Lehre und der Praxis zugutekommen. Ich glaube, auf diese Konsequenz muss man hinweisen. Es wäre Schlaumeierei, zu sagen, es sei ja eigentlich eine knappe Formulierung, und dann den Kantonen zu sagen: Ihr könnt es immer noch machen, wie ihr wollt. Das entspräche nicht den Tatsachen; dann gäbe es nachher Enttäuschungen.

Die Kantone behalten beim Prozessrecht drei substantielle Regelungskompetenzen: erstens jene für die Gerichtsorganisation, zweitens jene für die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und drittens jene für die Kostentariife. Das ist in der Regelungskompetenz der Kantone und soll es auch bleiben. Darauf legen die Kantone auch grossen Wert. Es gibt keine zwingenden Gründe, solche Dinge zu vereinheitlichen. Ich würde sagen: Das ist der föderalistische Kompromiss, der schon in der Vernehmlassung auf sehr breite Zustimmung gestossen ist. Man musste hier also keine Richtungsänderung gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf und dem Entwurf vornehmen, wie er jetzt vorliegt.

Dem Entwurf des Bundesrates wurde in der vorberatenden Kommission überwiegend zugestimmt. Mit den meisten ihrer Abweichungen kann sich der Bundesrat einverstanden erklären: Es sind Verbesserungen. Ich werde zu den einzelnen Fragen, namentlich zu jenen der Verbandsklage und der Mediation, dann noch Stellung nehmen.

Zur Mediation formell nur so viel: Bei beiden Gesetzen war das schon in der Expertenkommission usw. eine umstrittene Frage. Das Verhältnis war dort immer etwa halb-halb, wobei die Mediatoren relativ stark vertreten waren. Ich habe dem Bundesrat dann empfohlen, im Strafprozessrecht und auch hier relativ weit zu gehen. In den Beratungen und namentlich dann bei den Auswertungen der Mediationsversuche im Kanton Zürich – dort hat man ja zweijährige Untersuchungen und einen dicken Mediationsbericht gemacht, den Sie abrufen können; er hat, glaube ich, etwa 500 Seiten – ist der Bundesrat nochmals über die Bücher gegangen. Der Bundesrat hat einen neuen Entscheid gefällt: Er unterstützt den Antrag der Kommissionsmehrheit, im Strafrecht die Mediation – das heisst nicht die Mediation als System, sondern die obligatorische Mediation in den Kantonen – überhaupt zu streichen. So weit zum Formellen; auf die Gründe werde ich dann noch eingehen.

Ich danke Ihnen für die wohlwollende Aufnahme dieser Vorlage. Unser Ziel ist nach wie vor das Inkrafttreten im Jahr 2010, auch wenn wir jetzt etwas im Hintertreffen sind. Sie sind schon wieder Erstrat. Die nationalrätliche Kommission hat hier etwas Zeit verloren. Das Ziel wäre eigentlich gewesen, in dieser Legislatur beide Vorlagen abzuschliessen. Das ist jetzt nicht mehr möglich. Aber auch wenn wir die ZPO in der ersten Hälfte 2008 im Zweitrat abschliessen, sollte der Termin für das Inkrafttreten 2010 möglich sein. Weil wir mit den Kantonen die Gesetzgebungsarbeiten parallel vorantreiben, sollte das auch für die Kantone einen kleinen Verzug geben, sodass das vereinheitlichte Straf- und Zivilprozessrecht als wichtiger Teil der Justizreform bald in Kraft gesetzt werden kann. Erst dann spielt die Vereinheitlichung ja schliesslich.

Ich habe die Frage von Herrn Bürgi noch nicht beantwortet. Herr Bürgi sagt zu den Zuständigkeiten, dass es eine Schnittstelle gibt, und zwar dort, wo es Prozesse im verwaltungsrechtlichen und im zivilrechtlichen Verfahren gibt, deren Erledigung namentlich in den Kantonen zusammengelegt worden ist. Dort führt die genaue Trennung der Verfahren zu Doppelspurigkeiten, was nicht in Ordnung ist.

Wir nehmen diese Frage zur Prüfung mit. Wir haben sie schon einmal vordiskutiert, und wir haben da gesehen, dass dies in der Wissenschaft schon behandelt wird in der Richtung, dass man entweder das Bundesgerichtsgesetz oder das Sozialversicherungsrecht ändern kann. Herr Wicki hat gesagt, man könne dies, wenn es im Zweitrat aufgenommen wird, noch einbringen. Im Anhang könnte man dann diese Änderung vornehmen; dann wäre die Doppelspurigkeit aus dem Weg geräumt. Wie man es richtig macht, kann ich Ihnen jetzt nicht sagen, aber wir werden es im Hinblick auf die Beratung im Zweitrat prüfen.

*Eintreten wird ohne Gegenantrag beschlossen  
L'entrée en matière est décidée sans opposition*

## **Schweizerische Zivilprozessordnung Code de procédure civile suisse**

*Detailberatung – Discussion par article*

### **Titel und Ingress**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates





## **Titre et préambule**

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

### **Art. 1**

*Antrag der Kommission*

Dieses Gesetz regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für:

....

### **Art. 1**

*Proposition de la commission*

La présente loi règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales:

....

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Berichterstatter für die Artikel 1 bis 81 ist Herr Wicki.

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Zu Artikel 1: Die ZPO regelt, ganz allgemein gesprochen, das Verfahren in Zivilsachen. Es ist aber festzuhalten, dass bei der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die gerichtlichen Angelegenheiten unter die ZPO fallen, demnach nicht die Registersachen – wie zum Beispiel das Zivilstandsregister, das Grundbuch, das Handelsregister oder das Register für das geistige Eigentum. Auch die öffentliche Beurkundung fällt nicht unter die ZPO, sie bleibt Sache des kantonalen Rechts. Die ZPO gilt auch nicht automatisch für den Kinderschutz und das Vormundschaftsrecht. Die Kantone bleiben im Rahmen des Zivilgesetzbuches zuständig, das Verfahren zu regeln. Sie können die Verwaltungsjustiz für anwendbar erklären oder das Verfahren der ZPO unterstellen. Der Entwurf für ein revidiertes Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – diese Botschaft datiert ja vom 28. Juni 2006 und ist vor Kurzem der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen zugeteilt worden – hält an dieser Kompetenzordnung grundsätzlich fest. Wenn jedoch die einzelnen Kantone nichts anderes bestimmen, werden die neuen ZPO-Verfahrensbestimmungen zur Anwendung kommen. Im Übrigen wird das neue eidgenössische ZPO-Recht sicher auch eine analoge Anwendung im Verwaltungsprozessrecht finden; es wird sich also als subsidiäres Verwaltungsrecht eignen.

Hinweisen möchte ich noch auf Folgendes: Mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung wird das Verfahrensrecht des Zivilprozesses umfassend vom kantonalen in das eidgenössische Recht überführt. Damit ist auch die Ermittlung des Sachverhaltes bei einem Zivilprozess abschliessend bundesrechtlich geregelt. So wird das Beweisrecht zum Bundesrecht. Demnach besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Verletzungen von Beweisvorschriften als Verletzung von Bundesrecht beim Bundesgericht zu rügen. Meines Erachtens kann es aber nicht Sinn der Prozessvereinheitlichung sein, die Kognition des Bundesgerichtes über Tatfragen zu erweitern. An der bisherigen Praxis sollte nichts geändert

AB 2007 S 504 / BO 2007 E 504

werden, wonach Einwendungen gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Beweiswürdigung praktisch nur einer Willkürprüfung unterliegen, wogegen die behauptete Verletzung anderer Beweisvorschriften frei geprüft wird. Mit anderen Worten: Der hier aufgenommenen Problematik sollte mit einer konsequenten und strengen Handhabung von Artikel 97 Absatz 1 und Artikel 105 BGG begegnet werden können.

Noch kurz zum Kommissionsantrag bezüglich des ersten Satzes in Artikel 1: Es handelt sich hierbei nur um eine redaktionelle Klarstellung.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es ist eine redaktionelle Änderung und eine Verbesserung gegenüber dem Text des Bundesrates. Wir stimmen ihr zu.

*Angenommen – Adopté*

### **Art. 2**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*





Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 3**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Artikel 3 bestätigt die Bestimmung von Artikel 122 Absatz 2 der Bundesverfassung, wonach die Kantone für die Organisation ihrer Gerichte zuständig sind. Die Kantone können also selbst regeln, wie die Mitglieder des Gerichtes gewählt werden, ob die Gerichte Kollegial- oder Einzelgerichte sind, welche Bezeichnungen sie tragen und wie sie innerhalb des Kantons organisiert sind. Ausnahmen von diesem Grundsatz kann aber das Gesetz vorsehen. Es gilt jedoch das Prinzip, dass in die kantonale Organisation nur so weit eingegriffen werden soll, als es für ein einheitliches Verfahren oder für die Durchsetzung des materiellen Rechts unerlässlich ist. Hinsichtlich des Geltungsbereichs der Zivilprozessordnung und der Zuständigkeiten bezüglich der Streitigkeiten in Krankenkassenangelegenheiten habe ich bereits beim Eintreten Ausführungen gemacht.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 4, 5**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 6**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 2*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2bis*

Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht.

*Abs. 3*

....

a. Streitigkeiten nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a bis g;

....

c. Streitigkeiten aus dem Recht der kollektiven Kapitalanlagen und der Anlehensobligationen.

*Abs. 4*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 6**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2bis*

Le demandeur peut agir devant le tribunal de commerce ou le tribunal ordinaire, si toutes les conditions sont remplies mais que seul le défendeur est inscrit au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent.

*Al. 3*

Les cantons peuvent également attribuer au tribunal spécial les litiges:



a. mentionnés à l'article 5 alinéa 1 lettres a à g;

....

c. relevant du droit relatif aux placements collectifs de capitaux et aux emprunts par obligations.

*Al. 4*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz** (C, LU), für die Kommission: Die Kantone bleiben frei in der Wahl, ob sie ein Handelsgericht einführen oder die betreffenden Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten überlassen wollen. Bis jetzt gibt es in der Schweiz vier Handelsgerichte, nämlich in den Kantonen Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich. Hier hat sich die Handelsgerichtsbarkeit sehr gut bewährt. Das Handelsgericht ist ein Fachgericht, das heisst ein Gericht, dessen materielle Zuständigkeit sich auf einen bestimmten Rechtsbereich beschränkt und das über das notwendige Fachwissen verfügt. Der grosse Vorteil liegt im Zusammenwirken von höheren Berufsrichtern und -richterinnen und fachkundigen Laien, Handelsrichtern aus den vom Streit betroffenen Branchen. Die Richter sind dank ihrer Sachkunde in der Lage, auch in den kompliziertesten Fällen plausible und sachgerechte Vergleiche zu erarbeiten. Über die Hälfte der Streitigkeiten, die den Handelsgerichten unterbreitet werden, kann einvernehmlich geregelt werden. Zu Absatz 2 ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen gemäss den Buchstaben a, b und c kumulativ gegeben sein müssen.

Mit Absatz 2bis schlägt Ihnen die Kommission vor, die Bestimmung zur Zuständigkeit des Gerichtes so zu erweitern, dass der Kläger ein Wahlrecht hat. Auch wenn der Kläger selber nicht im Handelsregister eingetragen ist, soll er vor dem Handelsgericht gegen einen Beklagten klagen können, wenn dieser im Handelsregister eingetragen ist. Das heisst, es müssen nicht beide Parteien eingetragen sein, sondern es reicht, wenn der Beklagte eingetragen ist. Der Kläger kann dann wahlweise vor einem ordentlichen Gericht oder vor einem Handelsgericht klagen.

Bei Absatz 3 Buchstabe a erfolgt insofern eine Einengung der Zuständigkeit, als Gesuche um Rückführung nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen nicht von einem Handelsgericht beurteilt werden sollen. Deshalb geht der Verweis auf den gesamten Artikel 5 zu weit.

Bei Absatz 3 Buchstabe c wird die Änderung vorgeschlagen, um die terminologische Anpassung an das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen zu erreichen.

**Blocher Christoph**, Bundesrat: Artikel 6 Absatz 2bis, den Ihre Kommission neu eingeführt hat, unterstützen wir. Es ist eine sinnvolle Ergänzung, dass der Kläger das Wahlrecht hat, auch wenn er selber nicht im Handelsregister eingetragen ist. Das ist eine nachvollziehbare und gute Ergänzung. Buchstabe a von Absatz 3 ist eine Präzisierung der sachlichen Zuständigkeit, die wir ebenfalls unterstützen; Buchstabe c von Absatz 3 ist eine redaktionelle Änderung und eine Verbesserung. Damit können wir allen drei Änderungen zustimmen.

*Angenommen – Adopté*

AB 2007 S 505 / BO 2007 E 505

#### **Art. 7**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 8**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz** (C, LU), für die Kommission: Bei den folgenden Bestimmungen geht es um den Gerichtsstand. Das sogenannte Gerichtsstandsrecht ist schon heute bundesrechtlich vereinheitlicht; seit dem 1. Januar 2001





ist das Gerichtsstandsgesetz in Kraft. Dies war eigentlich das erste Kapitel einer gesamtschweizerischen Prozessordnung. Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung integriert nun die Ordnung des Gerichtsstandsgesetzes, und zwar grundsätzlich mit dem gleichen Inhalt. Allfällige Abweichungen dienen meist lediglich der Klarstellung im Sinne der bisherigen Praxis. Das Gerichtsstandsgesetz kann demnach aufgehoben werden. Sonst habe ich keine Bemerkungen.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 9**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz** (C, LU), für die Kommission: Hier ist nur auf Absatz 2 hinzuweisen. Dieser Absatz bedeutet, dass der Gerichtsstand des Wohnsitzes nicht bestehen bleibt, bis ein neuer Wohnsitz begründet wird. Es gilt Folgendes: Wenn jemand wegzieht und an einem anderen Ort Aufenthalt nimmt, ist der Gerichtsstand an diesem Aufenthaltsort.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 10–17**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 18**

*Antrag der Kommission*

.... der gesuchstellenden Partei zwingend zuständig, sofern ....

**Art. 18**

*Proposition de la commission*

.... du requérant est impérativement compétent pour ....

**Wicki Franz** (C, LU), für die Kommission: Diese Bestimmung entspricht Artikel 11 des Gerichtsstandsgesetzes. Doch werden neben den Gerichten neu allgemein auch die Verwaltungsbehörden angesprochen. Bei der sogenannten Freiwilligengerichtsbarkeit handelt es sich oft um Verwaltungstätigkeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten, die in vielen Kantonen von Verwaltungsbehörden wahrgenommen wird. Das soll auch unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung möglich bleiben. Aufgrund des Vorschlages der Verwaltung wurde in Artikel 18 noch das Wort "zwingend" aufgenommen; dies aufgrund von Erfahrungen mit dem Gerichtsstandsgesetz.

**Blocher Christoph**, Bundesrat: Ich bin auch mit der Präzisierung in Artikel 18 einverstanden.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 19–25**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 26**





*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz (C, LU)**, für die Kommission: Für die Ansprüche der unverheirateten Mutter wird hier neu ein zwingender Gerichtsstand verankert. Damit wird eine Lücke geschlossen.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 27–29**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 30**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz (C, LU)**, für die Kommission: Es geht hier um den Gerichtsstand bei Klagen aus Vertrag. Diese Bestimmung bringt gegenüber dem Gerichtsstandsgesetz eine wesentliche Neuerung. Neu können Klagen aus Vertrag nicht nur am Domizil der beklagten Partei erhoben werden, sondern alternativ auch am Erfüllungsort. Nicht immer leicht wird es dann sein, den massgeblichen Erfüllungsort zu definieren. Nach dem Gesetzentwurf ist der Gerichtsstand an jenem Ort, "an dem die charakteristische Leistung" zu erbringen ist. Über diesen Begriff haben wir uns in der Kommission eingehend unterhalten, und ich möchte ausdrücklich zu Protokoll geben, dass es sich hier um denselben Begriff handelt, wie er im internationalen Privatrecht gefestigt ist. Wir wollen hier nicht eine abweichende Bedeutung des Begriffes "charakteristische Leistung" einführen.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 31**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 32**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki Franz (C, LU)**, für die Kommission: Bei Artikel 32 geht es um "Miete und Pacht unbeweglicher Sachen". Bei der landwirtschaftlichen Pacht gibt es im geltenden Recht zwei alternative Gerichtsstände, den Ort der Sache und den

AB 2007 S 506 / BO 2007 E 506

Wohnsitz des Beklagten. In der ZPO ist der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten nicht mehr vorhanden. Man will die beiden Rechtsgebiete Miete und Pacht in Übereinstimmung bringen.

*Angenommen – Adopté*





**Art. 33**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Der Gerichtsstand nach Arbeitsrecht wird hier durch den Entsendeort ergänzt.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 34–42**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 43**

*Antrag der Kommission*

*Titel*

Kollektivanlagen

*Text*

.... am Sitz des jeweils betroffenen Bewilligungsträgers zwingend zuständig.

**Art. 43**

*Proposition de la commission*

*Titre*

Placements collectifs

*Texte*

Le tribunal du siège du titulaire de l'autorisation concerné est impérativement compétent pour ....

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Auch bei Artikel 43 können wir uns der Kommission anschliessen. Es handelt sich um eine Anpassung an das neue Kollektivanlagengesetz. Wir sind froh um diese Änderung.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 44**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 45**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

....

d. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist;

dbis. mit der Vertreterin oder dem Vertreter einer Partei oder mit einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem zweiten Grad verwandt oder verschwägert ist;

....

*Abs. 2*





Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 45**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

....

d. .... d'une partie; (biffer le reste)

dbis. s'ils sont parents ou alliés en ligne directe, ou jusqu'au deuxième degré en ligne collatérale d'un représentant d'une partie ou d'une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente;

....

*Al. 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Die Buchstaben d und dbis in Absatz 1 entsprechen der Lösung, welche unser Rat bei der Strafprozessordnung beschlossen hat. Der Ausstandsgrund der Verwandtschaft wird in Bezug auf die Vertretung der Partei etwas gelockert.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Wir sind einverstanden damit. Es ist richtig, dass wir es gleich wie im Strafprozessrecht machen. Der Entwurf des Bundesrates war hier wahrscheinlich etwas zu restriktiv; in kleinen Kantonen könnte es dazu führen, dass man gar keine Gerichte mehr besetzen könnte, weil alle miteinander verwandt oder verschwägert sind.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 46–48**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 49**

*Antrag der Mehrheit*

*Abs. 1*

.... sofern dies eine Partei innert zehn Tagen ....

*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag der Minderheit*

(Marty Dick, Berset, Saudan, Sommaruga Simonetta)

*Abs. 1*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 49**

*Proposition de la majorité*

*Al. 1*

.... si une partie le demande dix jours ....

*Al. 2, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Proposition de la minorité*

(Marty Dick, Berset, Saudan, Sommaruga Simonetta)

*Al. 1*

Adhérer au projet du Conseil fédéral





**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Hier hat die Kommission mit 7 zu 4 Stimmen entschieden, die Frist von fünf Tagen auf zehn Tage zu verlängern. Es geht hier um Folgendes: Die Amtshandlungen, an denen eine befangene Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind grundsätzlich aufzuheben und zu wiederholen. Dies geschieht jedoch nicht von Amtes wegen, sondern nur, wenn dies eine Partei innert einer bestimmten Frist seit Kenntnis des Ausstandsgrundes beantragt. Die Mehrheit der Kommission ist nun der Meinung, dass die Frist von fünf Tagen zu kurz ist. Die Minderheit beantragt, an der Fassung des Bundesrates, also an der Frist von fünf Tagen, festzuhalten.

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Herr Marty, der den Antrag der Minderheit vertreten sollte, ist im Moment nicht

AB 2007 S 507 / BO 2007 E 507

anwesend. Da die Minderheit beantragt, dem Bundesrat zu folgen, darf ich jetzt dem Bundesrat das Wort erteilen, damit er seinen Antrag, der mit der Fassung der Minderheit identisch ist, vertreten kann.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Ich gehe davon aus, dass unsere Überlegungen die gleichen sind wie die der Minderheit – ich muss das jetzt annehmen.

Die Kommissionsmehrheit möchte die Frist von fünf auf zehn Tage verlängern. Sie werden begreifen, dass wir bei solchen Fristverlängerungen ausserordentlich skeptisch sind, weil eine der Anforderungen an die Prozessordnung ist, dass die Prozesse nicht jeweils noch später erfolgen. Fristverlängerungen sind natürlich ein Schritt in die falsche Richtung. Der Bundesrat möchte deshalb fünf Tage beibehalten. Es ist klar, fünf Tage sind in der Tat kurz, aber lange genug. In dieser Frist wird ja keine komplizierte Rechtsschrift gefordert, aber es ist klar, dass für Anwälte auch ein gewisser Druck da ist, reagieren zu müssen. Die Frist gilt für das Begehren einer Partei, dass eine Prozesshandlung wiederholt werden soll, an der eine ausstandspflichtige Gerichtsperson mitgewirkt hat. An dieses Wiederholungsgesuch werden keine hohen Anforderungen gestellt, es werden also keine 50-seitigen Schriften gefordert, sondern da genügen Eingaben von einer Seite Umfang, mit der Begründung, warum man diese Wiederholung verlangt.

Sodann wurde die Fünftagefrist für die Zivilprozessordnung nicht einfach willkürlich gewählt oder erfunden, denn auch das Bundesgerichtsgesetz in Artikel 38 und die neue Strafprozessordnung in Artikel 58 Absatz 1 sehen dafür das gleiche Vorgehen und die gleiche Frist von fünf Tagen vor. Darum sind wir der Meinung, das sollte eigentlich allgemein und auch für die Zivilprozessordnung gelten.

Im Sinne einer kohärenten Gesetzgebung möchte ich Sie also bitten, bei der Fassung des Bundesrates zu bleiben und hier dem Minderheitsantrag zuzustimmen.

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Unterdessen ist Herr Marty eingetroffen. Er möchte noch das Wort.

**Marty** Dick (RL, TI): Je vous prie d'excuser cette brève absence.

La minorité défend la position du Conseil fédéral qui a été présentée maintenant avec un brio tel que je ne pourrais que gêner les choses en ajoutant quoi que ce soit. Ce que le Conseil fédéral a dit est tout à fait convaincant.

Le délai de dix jours a été introduit par nos collègues avocats qui, naturellement, estiment qu'il est beaucoup plus agréable de disposer d'un tel délai, mais sachant qu'au délai de cinq jours ouvrables s'ajoutent encore le samedi et le dimanche, je trouve aussi, au nom du principe de la célérité de la procédure, que le projet du Conseil fédéral mérite d'être soutenu.

#### *Abstimmung – Vote*

Für den Antrag der Mehrheit .... 20 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit .... 10 Stimmen

#### **Art. 50, 51**

##### *Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

##### *Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*





**Art. 52**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Die Verhandlungen sind öffentlich. Die ...

*Abs. 1bis*

Das kantonale Recht bestimmt, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet.

*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 52**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

Les débats sont publics. Les décisions ....

*Al. 1bis*

Le droit cantonal détermine si la délibération de jugement a lieu en public.

*Al. 2, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Vielleicht ist vorab noch allgemein zu den Artikeln 50 bis 59 zu sagen, dass diese Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen im dritten Teil grundsätzlich das geltende Recht wiedergeben. Zu den Artikeln 50 und 51 habe ich keine Bemerkungen.

Zu Artikel 52: Wie ich bereits beim Eintreten erwähnt habe, hat sich Ihre Kommission eingehend mit der Frage der Öffentlichkeit des Verfahrens und der Öffentlichkeit der Verhandlungen und der Urteilsberatung auseinandergesetzt. Heute sind die Sitzungen der Zivilgerichte, das heisst die Verhandlungen, in der Regel öffentlich. Anders verhält es sich mit der Urteilsberatung. Ausser vor Bundesgericht gilt Öffentlichkeit nur ausnahmsweise. Die Kommission beantragt Ihnen, es den Kantonen zu überlassen, ob die Urteilsberatung öffentlich stattfindet oder nicht. Dies ist die Regelung in Absatz 1bis. Festzuhalten ist, dass eine Obligatorischerklärung der öffentlichen Urteilsberatung klar zu einer Verteuerung und zu einer Verzögerung führen würde, also zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand ohne entsprechenden Nutzen.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Eine transparente Justiz ist ein zentrales Anliegen des Rechtsstaates. Daher sind die Gerichtsverhandlungen grundsätzlich öffentlich. Das ist so weit unbestritten. Kontrovers ist hingegen die Öffentlichkeit der Urteilsberatung: Muss ein Richterkollegium in Anwesenheit der Parteien – unter Umständen sogar vor einem interessierten Publikum – beraten, wie der Streit entschieden werden soll? Wie soll ein Einzelrichter öffentlich beraten? Zusammen mit dem Gerichtsschreiber? Das sind Fragen, die sich hier stellen. Das kantonale Prozessrecht ist hier geteilt, und zwar genau hälftig: Dreizehn Kantone erklären die Beratungen für geheim, dreizehn Kantone erklären zumindest die Beratungen vor der oberen Instanz grundsätzlich für öffentlich.

Der Expertenentwurf überliess die Frage, wie man es machen soll, daher den Kantonen. Nach der Vernehmlassung hat der Bundesrat die Öffentlichkeit der Beratung in den Entwurf aufgenommen. Ihre vorberatende Kommission überlässt es dem kantonalen Recht. Mit diesem Beschluss können wir selbstverständlich leben; wir haben es ja so in die Vernehmlassung gegeben und es erst danach geändert. Ob die Urteilsberatung öffentlich sein soll oder nicht, ist eine Frage, die auch eng mit der Gerichtsorganisation verbunden ist. Diese ist dann ja Sache der Kantone. Die Kantone sind dafür zuständig, weil dies gemäss Artikel 3 ein wesentlicher Grundsatz der Zivilprozessordnung ist. Also darf diese Frage ruhig den Kantonen überlassen werden. Damit verursachen wir nicht wieder einen Einbruch in die kantonale Zivilprozesszuständigkeit.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 53–58**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*





AB 2007 S 508 / BO 2007 E 508

**Art. 59**

*Antrag der Kommission*

....

b. das Gericht stelle fest, dass die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar sei; oder

....

**Art. 59**

*Proposition de la commission*

....

b. la convention d'arbitrage ne soit manifestement pas valable ou ne puisse manifestement pas être appliquée; ou que

....

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Bei der Änderung in Buchstabe b geht es darum, die beiden Sprachversionen in Übereinstimmung zu bringen, indem die deutsche Version redaktionell korrigiert wird.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 60**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 61**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Hier haben wir eine "Rettungsnorm" für den Fall, dass eine Partei am falschen Ort oder im falschen Verfahren vorgegangen ist. Wenn innert einer Nachfrist die Korrektur erfolgt, bleiben die Wirkungen der Rechtshängigkeit erhalten.

Zu bemerken ist noch, dass darauf verzichtet wurde, eine Überweisung von Amtes wegen vorzusehen, also die unzuständige Stelle zu verpflichten, die Eingabe an die richtige Stelle weiterzuleiten.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 62–65**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 66**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 3, 4*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

....





- a. in allen Verfahren: Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten;
- b. vor der Schlichtungsbehörde, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens sowie in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Artikel 247 dieses Gesetzes: patentierte Sachwalter und Rechtsagenten, soweit es das kantonale Recht vorsieht;
- c. in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Artikel 247 dieses Gesetzes: gewerbsmässige Vertreter nach Artikel 27 SchKG.

**Art. 66**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 3, 4*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

....

- a. dans toutes les procédures, les avocats autorisés ....
- b. devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'article 247, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, si le droit cantonal le prévoit;
- c. dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'article 247, les représentants professionnels au sens de l'article 27 LP.

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Der neu vorgeschlagene Text dient der Klarstellung.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es ist eine beschränkte Vertretungsbefugnis für kantonalrechtliche "agents d'affaires". Wir haben hier nichts einzuwenden.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 67–73**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 74**

*Antrag der Kommission*

*Titel*

Rechte der intervenierenden Person

*Text*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 74**

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

(la modification ne concerne que le texte allemand)

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Die Änderung der Überschrift ist bloss redaktioneller Art.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 75–77**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral





*Angenommen – Adopté*

**Art. 78**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Hinsichtlich der Erwirkung der Streitverkündung wird auf Artikel 75 verwiesen: Dieser Artikel gilt sowohl für die intervenierende wie auch für die sich passiv verhaltende Partei. Es genügt, dass man den Streit verkündet; damit treten die Wirkungen bereits ein.

*Angenommen – Adopté*

AB 2007 S 509 / BO 2007 E 509

**Art. 79**

*Antrag der Kommission*

*Titel*

Grundsätze

*Abs. 1*

Die streitverkündende Partei kann ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen.

*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 79**

*Proposition de la commission*

*Titre*

Principes

*Al. 1*

Le dénonçant peut appeler en cause le dénoncé devant le tribunal saisi de la demande principale en faisant valoir les prétentions qu'il estime avoir contre lui au cas où il succombe.

*Al. 2, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Eine Überprüfung ergab, dass die Voraussetzungen, wie sie in den Buchstaben a bis c von Absatz 1 angeführt wurden, überflüssig sind; daher unser Antrag für eine kürzere Fassung.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es ist dies tatsächlich eine wesentliche redaktionelle Vereinfachung, der wir zustimmen können.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 80**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

(die Änderung betrifft nur den französischen Text)

**Art. 80**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

.... dans la procédure principale. Le dénonçant énonce les conclusions qu'il entend prendre contre l'appelé en cause et les motive succinctement.

*Al. 2–4*

Adhérer au projet du Conseil fédéral





**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Hier haben wir eine redaktionelle Anpassung vorgenommen, die ausschliesslich den französischen Text betrifft.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 81**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Wicki** Franz (C, LU), für die Kommission: Ich habe keine weiteren Bemerkungen. Als Berichterstatter werden Sie von Artikel 82 bis Artikel 193 Herr Bonhôte und anschliessend von Artikel 194 bis Artikel 397 Herr Inderkum begleiten.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 82, 83**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 84**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: Il convient de relever qu'en cas d'action partielle, l'avance de frais doit être faite pour l'ensemble de la prétention; lorsque celle-ci n'est pas chiffrée, un montant provisoire doit être articulé, qui permet de déterminer l'avance.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 85, 86**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 87**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

.... Persönlichkeit der Angehörigen ....

*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 87**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

.... personnalité des membres ....

*Al. 2, 3*





Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La question du droit d'action des organisations a été de celles qui ont le plus longuement occupé la commission. La crainte d'ouvrir la porte à des actions collectives (class actions), par exemple par la constitution de groupes ad hoc porteurs d'une cause, a été exprimée. Tel n'est pas le but de cet article. Le droit d'action des organisations n'est pas une innovation; il constitue un instrument important du procès civil social. Il comporte l'avantage d'éviter la multiplication d'actions individuelles devant de nombreux tribunaux.

Le droit d'action des organisations a été développé de manière générale par la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1947 et se voit consacré par certaines lois spéciales où le législateur a reconnu aux organisations un rôle actif dans la mise en oeuvre du droit privé: le droit de la concurrence, le droit de la propriété, le droit du travail. Sur certains points, les lois spéciales admettent l'action des organisations plus largement que la jurisprudence.

L'article 79 de l'avant-projet prévoyait une action des organisations tout à fait générale qui couvrirait tous les domaines du droit privé. Cette proposition a fait l'objet de nombreuses critiques. De ce fait, le Conseil fédéral l'a abandonnée et propose une action limitée au droit de la personnalité. Les organisations peuvent agir sur la base des articles 28 et suivants du Code civil et des normes qui les concrétisent, en particulier de l'article 328 du Code des obligations en droit du travail et de l'article 15 alinéa 1 de la loi sur la protection des données.

L'article 87 s'en tient pour l'essentiel à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il convient de relever les points suivants:

1. Même s'il n'a autorisé que des organisations professionnelles à agir, le Tribunal fédéral admet que ces organisations invoquent des intérêts non économiques. Le Conseil fédéral propose de donner la qualité pour agir aussi aux

AB 2007 S 510 / BO 2007 E 510

organisations défendant des intérêts idéaux. Cela ressort de la formulation générale "les associations et les autres organisations". De fait, les articles 28 et suivants du Code civil protègent des intérêts idéaux fondamentaux, par exemple la sphère privée, l'honneur, la vie sociale et familiale. Rien ne justifie qu'ils puissent être invoqués uniquement par des organisations défendant des intérêts économiques.

2. La condition pour agir est de constituer une organisation d'importance nationale ou régionale. Cette condition limite par contre la qualité pour agir à certains représentants qualifiés des intérêts en cause. Elle permet d'éviter les abus et de limiter les procès possibles. Une association de quartier ne pourra par exemple pas agir contre l'installation de caméras de surveillance dans le quartier. Cette condition n'est pas exigée par le Tribunal fédéral; elle est par contre prévue dans la majorité des lois spéciales.

3. L'atteinte à la personnalité de tout membre du groupe – intérêt collectif – est nécessaire. Le projet reprend ici la condition de l'intérêt collectif exigée par le Tribunal fédéral. Les lois spéciales par contre ne posent pas cette condition. Les atteintes à un seul individu ou à quelques individus sont ainsi exclues. Toute atteinte à la personnalité ne touche pas un groupe donné dans son ensemble: des propos diffamants à l'encontre d'un avocat en particulier ne concernent pas l'ensemble des avocats; une personne qui harcèle une femme en permanence à son domicile familial porte atteinte à sa personnalité mais pas aux femmes ou à l'institution familiale en général. Par contre des propos diffamants contre les femmes ou contre les Juifs en tant que tels ont de par leur nature une portée générale. Il en va de même d'actes qui ne touchent que certains individus, mais qui ont vocation à s'appliquer dans un nombre indéterminé de cas. Ainsi, un système de vidéosurveillance dans une entreprise, susceptible d'être reproduit à l'identique dans toute autre entreprise.

4. La condition de la défense statutaire d'intérêts d'un groupe se base sur la jurisprudence et correspond aux lois spéciales. Il doit s'agir d'un but statutaire direct de l'organisation, conformément à la jurisprudence relative à l'article 10 alinéa 2 lettre b de la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Une organisation de protection des animaux n'a pas pour but de défendre les consommateurs, même si la défense des animaux sert indirectement les intérêts des consommateurs.

5. La qualité pour agir des membres individuels n'est pas exigée. Le Tribunal fédéral, en plus de l'existence d'un intérêt collectif, exige que des membres de l'organisation aient la qualité pour agir individuellement. Le législateur a pour sa part consciemment abandonné cette exigence dans les lois spéciales. Le projet suit cette évolution législative. La défense d'intérêts collectifs définis dans des statuts et une atteinte à ces intérêts fondent un intérêt suffisant à l'action.

6. Il n'existe pas de possibilité d'action positive en exécution de prétentions individuelles. Les organisations restent limitées à la constatation, à l'interdiction ou à la cessation d'une atteinte. Elles ne doivent pas pouvoir



exiger l'exécution de prétentions individuelles, même nombreuses: cela reviendrait à introduire une action de groupe (class action).

La modification proposée par la commission fait ressortir plus clairement que tout le groupe de personnes doit être touché et que l'on a donc affaire à un intérêt collectif.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Artikel 87 betreffend die Verbandsklage hat in der Vorberatung in der Expertenkommission und dann in der Vernehmlassung grosse Diskussionen ausgelöst, und auch Ihre Kommission hat sich sehr eingehend mit diesem Instrument befasst. Erlauben Sie mir daher zum Werdegang dieser Bestimmung, die Sie zu meiner grossen Freude nicht noch mit Minderheitsanträgen versehen haben, einige Bemerkungen.

Die Klagelegitimation der Verbände ist an sich keine prozessrechtliche, sondern eine materiellrechtliche Frage. Die Regelung von Artikel 87, wie er jetzt in der Zivilprozessordnung vorliegt, könnte damit auch im Zivilgesetzbuch stehen. Denn die Verbandsklage der ZPO betrifft einzig und allein das Persönlichkeitsrecht. Deshalb unterscheidet sich die Fassung des Bundesrates grundlegend vom Expertenentwurf. Die Experten hatten das Klagerecht der Verbände ganz allgemein vorgesehen. Das wurde in der Vernehmlassung ganz stark kritisiert und mit überwiegender Mehrheit abgelehnt. Weil es sich an sich um materielles Recht handelt, könnte die Verbandsklage in der Zivilprozessordnung aber auch ohne Weiteres gestrichen werden. Dann bliebe es ganz einfach bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht. Kritiker dieser Bestimmung haben das eigentlich zuerst vorgeschlagen.

Warum wollen wir trotzdem eine Regelung hier in der Zivilprozessordnung? Sie ist besser als die Streichung der Bestimmung, wie sie die Kritiker wollen. Der Verbandsklage wird mit Misstrauen begegnet; das zeigt die Vernehmlassung. Man denkt sofort an das Schreckgespenst der Popularklage. Durch eine explizite Regelung der Klagelegitimation kann man aber solche Risiken begrenzen und Missbräuchen, das heisst vor allem mutwilligen Prozessen, vorbeugen.

Heute ist die Verbandsklage auf Verletzung des Persönlichkeitsschutzes reines Richterrecht. Durch eine ausdrückliche Regelung können wir verhindern, dass sich dieses Instrument unkontrolliert – also in freier Rechtsfindung – weiterentwickelt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das zu regeln und hier Recht zu schaffen; diese Aufgabe soll nicht den Gerichten überlassen werden.

Eine Streichung von Artikel 87 der Zivilprozessordnung wäre darum, auch aus der Sicht der Kritiker, keine gute Lösung. Der Entwurf bringt nämlich im Vergleich zur geltenden Praxis eine klarere Regelung und auch eine zusätzliche Einschränkung. Zum einen wird die Klagelegitimation hier enger gefasst. Klageberechtigt sind nur Verbände von gesamtschweizerischer oder mindestens regionaler Bedeutung. Das Bundesgericht hat dies bis jetzt nicht verlangt. Der Entwurf übernimmt hier eine erschwerende und eine klärende Voraussetzung der spezialgesetzlichen Verbandsklage. Zum anderen betont die Zivilprozessordnung das kollektive Interesse der Klage. Es genügt nicht, dass sich der Verband für einzelne Personen wehrt. Wenn z. B. eine Gewerkschaft für ihre eigenen Mitglieder klagt, genügt das nicht. Vielmehr muss allgemein eine Personengruppe betroffen sein, also nicht nur die Gewerkschafter, sondern die Arbeitnehmer der ganzen Branche. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, ist aber strenger als die spezialgesetzliche Regelung. Der Entwurf des Bundesrates kombiniert also die restriktiven Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit jenen der Spezialgesetze.

Damit hat er gegenüber dem Expertenentwurf gerade die umgekehrte Philosophie: Statt die Verbandsklagen weiter zu öffnen, werden ihnen enge Grenzen gesetzt. Andererseits wollen wir diese Klagen auch nicht verfeuern und so tun, als wäre das etwas ganz Neues. Die Verbandsklage hat sich im sogenannten sozialen Zivilprozess als Instrument entwickelt, und die jetzige Regelung ist ein Kompromiss zwischen individueller und kollektiver Rechtswahrung. Etwas ganz anderes wäre die Sammelklage als Extremform oder die Verbandsklage, wie sie der Entwurf der Expertenkommission noch vorgesehen hat. Diese steht hier aber nicht mehr zur Diskussion.

Ich entnehme der Tatsache, dass diese Lösung auch in Ihrer Kommission sowohl von den Befürwortern wie von den Kritikern getragen wird, dass es ein gangbarer Weg und ein Kompromiss ist, der mindestens die mittlere Unzufriedenheit nicht so überschreitet, dass man wieder an den Anfang zurückkommt.

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 88–93**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates







AB 2007 S 511 / BO 2007 E 511

*Proposition de la commission*  
Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 94**

*Antrag der Kommission*  
Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates  
*Proposition de la commission*  
Adhérer au projet du Conseil fédéral

**David** Eugen (C, SG): Ich möchte mich zu Artikel 94 äussern. Dort wird festgehalten, dass die Tarife für die Prozesskosten von den Kantonen festgelegt werden. Ich unterstütze an sich diese Regelung, bedauere aber, dass im Gesetz überhaupt keine Vorgaben enthalten sind, wie diese Tarife festgesetzt werden sollen. Wenn ich schaue, wie heute in der Praxis eigentlich Recht gesprochen wird, dann sehe ich, dass die Prozesskosten, vor allem für den Bereich KMU, das Hauptproblem sind. Heute sind Zivilprozesse derart teuer geworden, dass viele kleinere und mittlere Unternehmen sich scheuen, überhaupt einen Prozess zu führen, d. h., eine Rechtsfrage, die sie betrifft, vor Gericht klären zu lassen. Die Prozesskosten sind leider in den letzten Jahren immer mehr im Sinne einer Deckung der Justizkosten festgelegt worden.

Man kann Verständnis dafür haben, dass man Gebühren festlegt, die möglichst alle Löhne der Richter und des Gerichtspersonals weitgehend decken. Doch im Endeffekt bewirkt dies ein immer teureres Zivilprozessverfahren. Die Wirkung, die daraus resultiert, ist, dass dann viele beginnen, Schiedsgerichte einzurichten; man meidet die ordentlichen Zivilgerichte, weil die Prozesse zu teuer sind. Ich habe zwar zu Artikel 94 keinen Antrag gestellt, bin aber der Meinung, dass diese Diskussion im Nationalrat eigentlich nochmals geführt werden müsste. Es geht um die Frage, ob bezüglich der Ausgestaltung oder der Prinzipien, die für die Prozesskosten gelten sollen, nicht der Bundesgesetzgeber gewisse Leitplanken setzen sollte. Mein Anliegen ist vor allem, dass auch bei Prozessen, die sich bei KMU in der Regel eben im Bereich von Beträgen bis 100 000 Franken abspielen, die Leute noch zu ihrem Recht kommen können, ohne riesige Finanzrisiken auf sich nehmen zu müssen. Ich weiss, dass man für viele Prozessgattungen wie im Mietrecht oder im Arbeitsrecht Massnahmen getroffen hat. Ich finde es gut, dass sich dort die Prozesskosten in einem vernünftigen Rahmen bewegen und auch einfachere Leute zu ihrem Recht kommen. Aber genau dieser Bereich der KMU ist vernachlässigt. Diese leiden unter dieser Situation und verzichten darauf, Recht einzuholen, weil sie die Kosten scheuen.

Ich bitte darum, dieses Anliegen in den Zweitrat einzubringen. Man sollte sich hier Gedanken machen und die Kosten nicht einfach nach dem Deckungsprinzip festlegen, sondern unter Beachtung der Tatsache, dass die Leute über den Zivilprozess überhaupt zu ihrem Rechtsschutz kommen.

**Präsident** (Brändli Christoffel, erster Vizepräsident): Das Anliegen ist im Amtlichen Bulletin zuhanden des Zweitrates vermerkt.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Zum Votum von Herrn David zu Artikel 94 betreffend die Tarife: Dieser Artikel ist die Pièce de Résistance der Kantone. Da sind sie ausserordentlich empfindlich. Er lautet: "Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest."

Ihre grundsätzlichen Bemerkungen sind natürlich ernst zu nehmen, denn ganz frei sind die Kantone nicht. Es gibt verfassungsmässige Schranken für die Festsetzung der Prozesskosten. Als oberes Dach gilt, dass Gebühren nicht über die Kostenverursachung hinausgehen dürfen; das ist das Kostendeckungsprinzip. Jetzt haben Sie gerade bei kleinen Prozessen natürlich schnell einmal eine Überschreitung des Streitwertes, und dann gilt das Äquivalenzprinzip. Das sind die beiden Säulen, an die sich auch die Kantone zu halten haben, sonst überschreiten sie Verfassungsrecht.

Nun ist es auf der einen Seite so, dass die Tarife alle Kosten zu decken haben, wenn man diesen Grundsatz extrem auslegt, und dann ist es im Extremfall so, dass jemand nicht mehr Recht sucht. Auf der anderen Seite ist es auch verständlich, dass namentlich für kleine Streitwerte oder für unbedeutende Dinge die Prozesse natürlich möglichst schnell und auf möglichst niedriger Stufe entschieden werden sollen oder dort zumindest Lösungen gesucht werden. Es ist heute beim Friedensrichter in der Gemeinde der Fall, dass dieser bei einem Streitwert von 100 oder 200 Franken eine Lösung finden soll; dort fallen ja noch nicht Kosten in astronomischer Höhe an, da fallen praktisch noch keine Kosten an. Wenn man es zu leicht macht, werden natürlich auch





unwesentliche Dinge durch die Instanzen hinaufgetragen. Wir haben auch beim Bundesgerichtsgesetz eine Streitwertgrenze ziehen müssen, weil man sagt, dass es auch unverhältnismässig sei, einen Fall betreffend einen zu kleinen Streitwert bei drei oder vier Instanzen vorzutragen. Aber wir möchten hier den Kantonen im Rahmen der Verfassung die Freiheit belassen, denn wie gesagt würde die kantonale Hoheit unterwandert, wenn wir hier mit Grundsätzen eingreifen würden.

**David Eugen** (C, SG): Ich bin damit einverstanden. Das Prinzip ist, dass der Rechtsschutz nicht beeinträchtigt werden darf, den die Gerichte gewähren müssen. Mir geht es nicht um die Kleinprozesse und auch nicht um die Berufungen – das will ich festhalten –, sondern es geht um die Instanz, die auch für Forderungen bis 100 000 Franken zugänglich sein muss. Dort ist das grosse Problem, dass die Kosten viel zu hoch sind und vor allem auch Handwerksbetriebe ihre berechtigten Ansprüche zum Teil nicht mehr durchsetzen können. Das möchte ich einfach mitgeben, damit keine Missverständnisse entstehen.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 95**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 96**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte Pierre** (S, NE), pour la commission: L'avant-projet prévoyait une avance de la partie demanderesse à concurrence de la moitié des frais judiciaires présumés. Face à l'opposition des cantons, qui craignaient des coûts supplémentaires, le Conseil fédéral a remonté la barre à hauteur de la totalité des frais judiciaires présumés. Cette proposition a paru acceptable, dans la mesure où il existe la procédure gratuite en matière sociale et l'assistance judiciaire.

Par ailleurs, le tribunal peut renoncer à tout ou partie de la demande d'avance pour des raisons d'équité. Le cas évoqué dans le message d'une partie dotée de moyens faibles mais toutefois supérieurs à ceux donnant droit à l'assistance judiciaire n'est qu'un exemple. Une partie plus fortunée peut également être mise en difficulté, voire en faillite, par un procès très onéreux. Le tribunal pourra également exercer son pouvoir d'appréciation dans une telle situation. L'avance de frais doit être fournie en espèces puisqu'il s'agit bien d'un paiement anticipé.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 97**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

AB 2007 S 512 / BO 2007 E 512

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte Pierre** (S, NE), pour la commission: La commission s'est interrogée sur le respect par l'article 97 alinéa 1 lettre a du principe de l'égalité consacré à l'article 8 alinéa 1 de la Constitution. Toutefois, ce principe n'exige pas une égalité de traitement absolue, mais établit le principe selon lequel il faut traiter de manière égale les choses égales dans la mesure de leur égalité et de manière inégale les choses inégales dans la mesure de leur inégalité.





Aux termes de la jurisprudence du Tribunal fédéral, un acte normatif contrevient au principe de l'égalité lorsqu'il crée des différences de traitement sans que la situation à régler laisse apparaître un motif raisonnable de le faire. L'article 8 alinéa 2 de la Constitution, qui énonce des règles particulières d'égalité, interdit plusieurs sortes de discrimination, notamment celles fondées sur l'origine et la race.

L'obligation faite au demandeur de fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens se fonde sur l'idée que le défendeur ne se met pas de son propre chef en position de risquer de supporter les frais du procès. Il doit donc être protégé contre le risque de devoir supporter des dépens, même s'il a gain de cause, parce que les dépens alloués s'avèrent irrécouvrables. Ce risque est particulièrement grand lorsque le demandeur est domicilié à l'étranger, car il n'est pas toujours simple d'y obtenir l'exécution des décisions sur les frais rendues par les tribunaux suisses.

L'obligation de fournir des sûretés dépend du fait que le demandeur a son domicile ou son siège hors de Suisse ou non. Elle s'applique donc de manière égale indépendamment de la nationalité du demandeur et vaut aussi lorsque celui-ci est un ressortissant suisse domicilié à l'étranger. Par conséquent, elle ne contrevient ni au principe de l'égalité de traitement, ni au principe de non-discrimination.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 98**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La nature des sûretés est différente de celle de l'avance de frais prévue à l'article 96, dans la mesure où elle peut également prendre la forme de garanties bancaires.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 99**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La non-entrée en matière prévue à l'alinéa 3 de l'article 99 en cas de non-paiement des sûretés n'empêche pas de réintroduire ultérieurement l'action.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 100–104**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 105**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: De l'avis de la commission, la répartition des frais selon l'appréciation du tribunal est en particulier largement applicable au droit des personnes et au droit des successions.

**Maissen** Theo (C, GR): Ich spreche jetzt hier zu einem generellen Problem: An verschiedenen Stellen wird in diesem Entwurf darauf hingewiesen, dass die Kosten vom Kanton zu tragen seien. In Artikel 105 heisst es



also zum Beispiel in Absatz 2: "Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen." Ich nehme in dieser Frage auch auf Artikel 120, "Liquidation der Prozesskosten", Bezug. Auch dort heisst es in Absatz 1 Litera a, dass die Kantone gewisse Leistungen angemessen zu entschädigen hätten; in Litera b heisst es, dass die Gerichtskosten zulasten der Kantone gingen.

Es wäre nun wünschenswert, hier eine Präzisierung zu erhalten, wie es für die Kantone effektiv ist. Es ist ja durchaus denkbar, dass die Kantone die Verfahren so festlegen, dass auch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften als der Kanton selber solche Kosten zu übernehmen haben, zum Beispiel die Gemeinden oder die Gerichtskassen der untergeordneten Gerichte. Ich wäre deshalb froh, wenn man hier festhalten könnte, dass bezüglich der Kostentragung die Kantone die bisherigen Spielräume haben. Ich bin überzeugt, dass eine solche Auslegung auch der Logik der Neuausrichtung des Finanzausgleiches und dem föderalistischen Staatsaufbau entspricht, und sie ermöglicht den Kantonen, weiterhin eine sachgerechte innerkantonale Zuordnung der Aufgaben und Kosten zu haben. Ich wäre dankbar, wenn man hier eine entsprechende Erklärung abgeben und allenfalls im Zweitrat diese Frage noch vertiefen könnte.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Wir nehmen das auf, Herr Maissen. Gemeint ist hier natürlich die Frage: Welche Partei bezahlt es? Wenn keine Partei bezahlt, dann – sage ich jetzt einmal – bezahlt die Öffentlichkeit. Wir schauen, ob wir da eine Regelung für den Fall finden können, dass die Kantone sagen: Es ist nicht der Kanton, sondern die Gemeinde, eine Stiftung oder so. Es geht hier natürlich darum, der Prozesspartei einen Schutz zu bieten, wie Herr David gesagt hat, damit ihr der Kanton nicht etwas Unrechtes aufbürden kann. Wir nehmen das Anliegen für die Beratung im Zweitrat auf.

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 106**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 107**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

Die Kosten werden nach den Artikeln 104 bis 106 verteilt, wenn:

- a. der Vergleich keine Regelung enthält; oder
- b. die getroffene Regelung einseitig zulasten einer Partei geht, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist.

#### **Art. 107**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

AB 2007 S 513 / BO 2007 E 513

*Al. 2*

Les articles 104 à 106 sont applicables:

- a. si la transaction ne règle pas la répartition des frais; ou
- b. si elle défavorise de manière unilatérale la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: L'amendement de la commission vise à éviter la conclusion d'une transaction qui impute de manière inéquitable les frais à la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire, partie dont la résistance à une telle répartition peut être amoindrie par le fait que son intérêt matériel n'est pas directement en jeu.





**Blocher** Christoph, Bundesrat: Der von der Kommission neu formulierte Absatz 2 von Artikel 107 stellt eine Ergänzung zur Bekämpfung eines Missbrauchs dar, die von der Praxis her geltend gemacht worden ist. Wir können uns damit einverstanden erklären.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 108–111**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 112**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: Si la procédure de conciliation en matière de bail est gratuite, il n'en va pas nécessairement de même pour la procédure au fond. Actuellement, les cantons de Vaud, Genève et Fribourg connaissent la gratuité de la procédure au fond en droit du bail. Toutefois, l'article 114 laisse aux cantons la liberté d'étendre les dispenses de frais. Les cantons susmentionnés ne devront donc pas modifier leur pratique et d'autres pourront les imiter.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 113**

*Antrag der Kommission*

Bei bös- oder mutwilliger ....

**Art. 113**

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

(la modification ne concerne que le texte allemand)

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La modification ne concerne que le texte allemand, où "bös- und mutwilliger" est remplacé par "bös- oder mutwilliger", conformément au texte français.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 114**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 115**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: A l'article 115, la question se pose de savoir si une personne morale peut se prévaloir de l'assistance judiciaire; selon l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale, ce droit





s'applique à "toute personne", tandis que la jurisprudence cantonale ne l'accorde en principe qu'aux personnes physiques. Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale ne se prononce pas sur ce point. La question n'a pas été soulevée non plus lors des délibérations parlementaires. Le Tribunal fédéral a adopté une position nuancée sur la question. Exclure de manière générale les personnes morales au niveau de la loi ne serait pas compatible au sens de la commission, avec l'interprétation faite par le Tribunal fédéral de l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale.

La teneur des articles 15 et suivants du présent projet et les explications données dans le message autorisent une interprétation de la disposition conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, une société de personnes peut bénéficier de l'assistance si les sociétaires solidairement responsables et la société elle-même sont nécessaires. Cette possibilité peut également exister pour les sociétés anonymes, si tous les actionnaires sont nécessaires.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 116**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La lettre c de l'alinéa 1 prévoit que l'assistance judiciaire peut s'étendre à la préparation du procès. Des exemples d'actes préparatoires sont donnés dans le message. La préparation inclut encore les démarches visant à déterminer les perspectives offertes par le procès, la clarification des faits et des preuves, le rassemblement et l'évaluation de la documentation ou la formulation de la requête.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 117–122**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 123**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La question de savoir si la simplification du procès est temporaire ou définitive dépend naturellement de l'issue de l'étape de simplification. Si le traitement de questions déterminées, par exemple la prescription, aboutit à une interruption de la procédure, il n'y a pas d'autres actes.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 124–142**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

AB 2007 S 514 / BO 2007 E 514

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*





**Art. 143**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: L'alinéa 1 prolonge les fêtes estivales de deux semaines par rapport à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, soit jusqu'au 15 août. La commission propose d'aligner la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 afin de faire concorder les délais. Nous y reviendrons tout à l'heure dans la modification du droit existant.

Il faut toutefois relever que l'alinéa 2 soustrait aux fêtes la procédure sommaire et la procédure simplifiée. Si l'on considère le domaine d'application de ces procédures, on constate qu'un grand nombre de procès ne connaîtront pas de fêtes.

La commission est loin d'avoir été convaincue de cette distinction entre procédure ordinaire et procédure sommaire et simplifiée en matière de fêtes. Elle ne propose pas de modification, mais il s'agit d'une question sur laquelle le Conseil national serait bien inspiré de se pencher.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 144, 145**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 146**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

.... glaubhaft macht, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft.

*Abs. 2*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 3*

.... nur innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt ....

**Art. 146**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

.... et rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable à faute.

*Al. 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 3*

.... être requise que dans les six mois qui suivent l'entrée en force de la décision.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: A l'article 146 alinéa 3, la commission vous propose, par 7 voix contre 6, de réduire le délai à six mois. Entre les extrêmes de Bâle, où le délai est de cinq ans, et de Lucerne, où il est de trois mois, la marge de manoeuvre était large. La commission a donc opté pour une approche plutôt lucernoise.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 147**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral





*Angenommen – Adopté*

**Art. 148**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

Streichen

**Art. 148**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

Biffer

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Zum Streichungsantrag betreffend Artikel 148 Absatz 2: Es ist tatsächlich so, dass Absatz 2 eine unverständliche Norm ist und einen Widerspruch zu Artikel 219 Absatz 2 bedeutet. Darum ist der Streichungsantrag richtig.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La commission vous propose ici de biffer l'alinéa 2. Celui-ci représente une synthèse des dispositions cantonales. Sa nécessité est discutable. La libre appréciation des preuves par le tribunal, énoncée à l'article 154, suffit, de l'avis de la commission.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 149–156**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 157**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

....

b. .... herauszugeben; ausgenommen ist die anwaltliche Korrespondenz, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft;

....

*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 157**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

....

b. .... requis; la correspondance de l'avocat est exceptée dans la mesure où elle concerne la représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers;

....

*Al. 2, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La commission vous propose d'instaurer une protection de la correspondance de l'avocat en lien avec sa représentation à titre professionnel. Sur la base de leur secret





professionnel, les avocats ont le droit de refuser de collaborer dans un procès civil. Ils peuvent en particulier refuser la production de documents qui entraîneraient la violation du secret professionnel.

La situation de leurs clients est autre. En tant que parties ou témoins, ils sont en principe tenus de collaborer et de produire des documents. Le refus injustifié de collaborer est sanctionné différemment dans ces deux cas. Une partie doit seulement en supporter les conséquences négatives lors de

AB 2007 S 515 / BO 2007 E 515

l'appréciation des preuves (art. 161), alors que les témoins et les autres tiers doivent compter avec des mesures de contrainte et des sanctions (art. 164).

Il apparaît ainsi que la protection d'un document dépend de contingences spatiales. En possession de l'avocat, un document confidentiel est protégé, sans quoi le secret professionnel serait violé. Par contre, dans les mains du client, il doit en principe être produit.

Concernant la correspondance de l'avocat, cette réglementation peut être injuste. La correspondance qui concerne la représentation dans la procédure doit bénéficier en tant que telle d'une protection pleine, indépendamment du lieu où se trouvent les documents. C'est une protection liée à l'objet. La question est toutefois controversée dans la pratique, ce qui a entraîné une certaine insécurité juridique. La protection pleine de la correspondance de l'avocat découle des principes du procès équitable et de la bonne foi (art. 50). Le projet de Code de procédure pénale suisse le précise même expressément à l'article 263.

Pour obtenir une législation cohérente, la commission vous invite à adopter son amendement.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es geht hier bei den Mitwirkungsrechten darum, wann Urkunden herausgegeben bzw. nicht herausgegeben werden. Ihre Kommission schlägt Ihnen in Absatz 1 Buchstabe b vor, dass die "anwaltliche Korrespondenz, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft", ausdrücklich ausgenommen ist.

Nach unserer Meinung ist das keine inhaltliche Änderung. Wir leiten den Schutz der Anwaltskorrespondenz auch aus allgemeinen Grundsätzen ab, nämlich aus dem Gebot eines fairen Verfahrens und des Handelns nach Treu und Glauben nach Artikel 50 ZPO. Aber namentlich die Schweizerische Anwaltskammer, der Verband, hat hier sehr darauf insistiert, dass das ausdrücklich festgehalten wird, denn in der Praxis sei das nicht ganz eindeutig und umstritten. Auch die Strafprozessordnung kennt eine solche Regelung.

Nachdem wir inhaltlich der gleichen Meinung sind, aber jemand doch auf dieser ausdrücklichen Formulierung beharrt, haben wir nichts dagegen. Bei solchen Dingen, die man ausdrücklich festhält, ist es natürlich immer so, dass man bei einem anderen Detail, das nicht ausdrücklich festgehalten ist, dann sagen kann, dass es nicht eingeschlossen sei, sonst hätte man es dort festgehalten.

Wir gehen also von einem umfassenden Schutz aus. Wir sind der Meinung, das würde auch gelten, ohne dass es erwähnt ist. Man will es jetzt hier festhalten, weil das scheinbar nicht überall klar ist.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 158, 159**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 160**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

....

b. .... würde; ausgenommen sind die Revisorinnen und Revisoren. Artikel ....

*Abs. 2*

Die Trägerinnen und Träger anderer gesetzlich geschützter Geheimnisse können die Mitwirkung verweigern, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.





## Art. 160

### *Proposition de la commission*

#### *Al. 1*

....

b. .... CP; les réviseurs sont exceptés. L'article 163 ....

#### *Al. 2*

Les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'exigence de la manifestation de la vérité.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: A l'article 160, la commission propose deux compléments: un ajout à l'alinéa 1 lettre b et un nouvel alinéa 2 qui touche en particulier le secret bancaire.

Le secret professionnel des banquiers et des négociants en valeurs mobilières n'est pas absolu. Il ne vaut que sous réserve de l'obligation procédurale de collaborer, à laquelle il est expressément soumis. Dans le droit en vigueur, le droit de refuser de collaborer des banquiers et des négociants en valeurs mobilières est réglé de manière très différente d'un canton à l'autre. Il faut, par ailleurs, distinguer le cas où la personne soumise au secret est partie au procès de celui où elle intervient en tant que tiers, comme témoin en particulier.

Le Code de procédure civile reprend la réglementation que la majorité des cantons connaît. Elle s'applique en particulier à Zurich. Elle correspond également à la loi fédérale de procédure civile fédérale (art. 42) et au projet de Code de procédure pénale suisse (art. 170). Le Code de procédure civile n'affaiblit ainsi pas le secret bancaire ou le secret dans le domaine boursier, mais il apporte, par l'unification, la sécurité juridique voulue.

Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, le projet définit si possible les droits de refus de manière stricte. Une protection absolue est avant tout réservée au secret relatif à des données intimes, par exemple celles relatives à la santé ou à des opinions ou activités religieuses, philosophiques ou politiques, à l'exclusion de données relatives à une activité économique. Dans cette mesure, le projet rejoint la définition des données dignes de protection, inscrite à l'article 3 de la loi fédérale sur la protection des données.

Comme les données conservées par les banques et les négociants en valeurs mobilières sont de nature avant tout économique, une protection absolue ne peut leur être accordée, à l'instar des réviseurs. Mais les réviseurs, eux non plus, ne doivent pas en toute logique bénéficier d'un droit de refus quand ils sont parties. Cependant, le projet n'exige pas des banquiers ou des négociants en valeurs mobilières une collaboration sans limite. Ils peuvent, bien au contraire, refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'exigence de la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2). Ainsi, la décision sur la protection du secret revient dans les cas litigieux au tribunal. La personne tenue au secret n'aura pas à prendre cette décision délicate.

Cependant, le projet du Conseil fédéral accorde ce droit de refus relatif aux banquiers ou aux négociants en valeurs mobilières uniquement s'ils participent au procès en tant que tiers et non s'ils sont eux-mêmes parties. Il n'y a pas de motif justifiant cette solution.

Dès lors, la commission propose d'accorder aussi un tel droit de refus relatif aux banquiers et aux négociants en valeurs mobilières qui sont parties.

Relevons que des mesures de protection, selon l'article 153, peuvent être ordonnées à titre complémentaire lorsque la collaboration de la personne tenue au secret menace les intérêts d'une partie ou de tiers, par exemple recours à l'anonymat ou information partielle.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Nach dem Entwurf des Bundesrates haben Banken und Effekthändler als Geheimnisträger nur dann ein Verweigerungsrecht, wenn sie als Dritte am Prozess teilnehmen, zum Beispiel als Zeugen, nicht jedoch, wenn sie selber Partei sind. Zwar entspricht diese Lösung der Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen,

AB 2007 S 516 / BO 2007 E 516

doch kann sich der Schutz des Bankkunden dadurch als lückenhaft erweisen. Das können wir hier korrigieren, und zudem schaffen wir Kohärenz zu Artikel 163.

So, glaube ich, ist dieser Antrag Ihrer Kommission besser als die Fassung, die wir Ihnen mit dem Entwurf vorgelegt haben.

*Angenommen – Adopté*

## Art. 161

### *Antrag der Kommission*





Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates  
*Proposition de la commission*  
Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 162**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

....

a. wer mit einer Partei verheiratet ist oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt;

....

c. wer mit einer Partei in gerader Linie oder bis und mit im dritten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist;

d. Streichen

e. Streichen

....

*Abs. 2*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2bis*

Die Stiefgeschwister sind den Geschwistern gleichgestellt.

*Abs. 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 162**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

....

a. (la modification ne concerne que le texte allemand)

....

c. .... partie et, jusqu'au troisième degré, ses parents et alliés en ligne collatérale;

d. Biffer

e. Biffer

....

*Al. 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2bis*

Les demi-frères et les demi-soeurs sont assimilés aux frères et soeurs.

*Al. 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La commission estime que le droit de refus absolu de collaborer doit s'étendre jusqu'au troisième degré. Elle vous propose encore d'assimiler les demi-frères et les demi-soeurs aux frères et soeurs.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Bei Artikel 162 ist eine wesentliche redaktionelle Vereinfachung vorgenommen worden. Inhaltlich entspricht sie dem Entwurf des Bundesrates. Wir sind damit einverstanden.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 163–172**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*





**Art. 173**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

Die Aussagen können zusätzlich auf Tonband, auf Video ....

**Art. 173**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

Les dépositions peuvent au surplus être enregistrées sur bandes magnétiques, vidéo ....

*Angenommen – Adopté*

**Art. 174–176**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 177**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

.... eingereicht werden. Das Gericht oder eine Partei kann ....

*Abs. 2*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 177**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

.... à la place de l'original. Le tribunal ou les parties peuvent ....

*Al. 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: La commission propose de préciser que le tribunal également peut exiger la production du titre original. Cela peut aller de soi, en particulier sous le régime de la maxime inquisitoire, mais il apparaît opportun de le préciser pour la clarté du texte.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 178–180**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 181**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Die sachverständige Person ist zur Wahrheit verpflichtet und hat ihr Gutachten fristgerecht abzuliefern.



*Abs. 2, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 181**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

L'expert est exhorté à répondre conformément à la vérité; il doit déposer son rapport dans le délai prescrit.

AB 2007 S 517 / BO 2007 E 517

*Al. 2, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: A l'alinéa 1 de l'article 181, il est proposé de biffer le terme "complet". Il va de soi qu'il est attendu de l'expert que son rapport soit complet.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Wir sind der Meinung, dass das eine Verbesserung ist. Dass ein Gutachten vollständig sein muss, ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit; sonst ist es kein Gutachten.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 182–184**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 185**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

.... erläutern lassen oder eine andere sachverständige Person beiziehen.

**Art. 185**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

.... insuffisamment motivé, ou faire appel à un autre expert.

**Bonhôte** Pierre (S, NE), pour la commission: Il s'agit ici d'une légère amélioration rédactionnelle.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 186–193**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Präsident** (Brändli Christoffel, erster Vizepräsident): Berichterstatter ist nun Herr Inderkum.

**Art. 194**





*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Wir kommen jetzt zu den besonderen Bestimmungen und zunächst zum Schlichtungsverfahren.

Bei Artikel 194 weise ich darauf hin, dass der Grundsatz "Zuerst schlichten, dann richten" ein elementarer Pfeiler des neuen Zivilprozessrechtes ist. Deshalb haben wir in Artikel 194 den Grundsatz, dass dem Entscheidungsverfahren immer ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorauszugehen hat.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 195**

*Antrag der Mehrheit*

....

c. bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren;

d. bei der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft auf gemeinsames Begehren;

....

f. .... nach den Artikeln 5 und 6 dieses Gesetzes ....

....

h. wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat.

*Antrag der Minderheit*

(Schiesser, Stadler)

*Bst. c, d*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag Hofmann Hans*

*Abs. 2*

Ficht der Mieter oder Pächter eine ausserordentliche Kündigung an und ist zugleich ein Ausweisungsverfahren hängig (Art. 246 Bst. b Ziff. 1), so ist das Schlichtungsverfahren ausgeschlossen. Das für die Ausweisung zuständige Gericht entscheidet auch über die Wirkung einer Kündigung:

1. wegen Zahlungsrückstand des Mieters oder Pächters (Art. 257d OR, Art. 282 OR, Art. 21 LPG);

2. wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters oder Pächters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f Abs. 3 und 4 OR, Art. 285 OR, Art. 22b LPG);

3. aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR, Art. 297 OR, Art. 17 LPG);

4. wegen Konkurs des Mieters (Art. 266h OR).

Hat der Vermieter oder Verpächter aus wichtigen Gründen (Art. 266g OR, Art. 297 OR, Art. 17 LPG) vorzeitig gekündigt, so entscheidet das für die Ausweisung zuständige Gericht auch über die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses.

**Art. 195**

*Proposition de la majorité*

....

c. lors du divorce sur requête commune;

d. lors de la dissolution du partenariat enregistré sur requête commune;

....

f. .... en vertu des articles 5 et 6;

....

h. lorsque le tribunal a fixé un délai pour déposer la demande.

*Proposition de la minorité*

(Schiesser, Stadler)

*Let. c, d*

Adhérer au projet du Conseil fédéral



*Proposition Hofmann Hans**Al. 2*

Lorsque le locataire ou le fermier conteste un congé extraordinaire et qu'une procédure d'expulsion est engagée contre lui en même temps (art. 246 let. b ch. 1), la procédure de conciliation est exclue. L'autorité compétente en matière d'expulsion statue aussi sur la validité d'un congé donné:

1. en cas de demeure du locataire ou du fermier (art. 257d CO, art. 282 CO, art. 21 LBFA);
2. pour violation grave par le locataire ou le fermier de son devoir de diligence ou pour de graves manques d'égards envers les voisins (art. 257f al. 3 et 4 CO, art. 285 CO, art. 22b LBFA);
3. pour de justes motifs (art. 266g CO, art. 297 CO, art. 17 LBFA);
4. en cas de faillite du locataire (art. 266h CO).

Lorsque le congé est donné par le bailleur ou le fermier pour de justes motifs (art. 266g CO, art. 297 CO, art. 17 LBFA), l'autorité compétente en matière d'expulsion statue aussi sur la demande de prolongation du bail ou du bail à ferme.

AB 2007 S 518 / BO 2007 E 518

*Bst. c, d – Let. c, d*

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Es geht hier bei Artikel 195 um die Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren, das heisst um diejenigen Fälle, in denen kein Schlichtungsverfahren stattzufinden hat. Ich spreche zunächst zu den Buchstaben c und d, weil diese zusammenhängen.

Der Bundesrat schlägt vor, das Scheidungsverfahren und das Verfahren betreffend Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft generell vom Schlichtungsverfahren auszunehmen. Die Mehrheit – der Kommissionspräsident, Herr Wicki, hat das bereits beim Eintreten erwähnt – will, dass dann, wenn die Scheidung und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft bestritten sind, ein Schlichtungsverfahren stattfinden muss. Die Minderheit beantragt, dem Bundesrat zu folgen.

Nun kurz zur Begründung der Mehrheit: Natürlich ist es so – das werden dann der Vertreter der Minderheit und auch der Bundesrat sagen –, dass im Scheidungsverfahren gemäss Artikel 285ff. der Scheidungsrichter auch versuchen wird, zwischen den Parteien zu schlichten. Der Mehrheit geht es aber darum, dass noch vor der Einreichung einer Scheidungsklage ein förmliches Schlichtungsverfahren stattfinden soll. Wenn nämlich die Klage bereits eingereicht ist, dann ist es vielfach schon zu spät für eine Einigung, das heisst für eine erfolgreiche Schlichtung – das zeigt die Erfahrung. Das ist der eine Grund.

Ein weiterer Grund besteht darin, dass heute – wenn ich das richtig sehe – nur acht Kantone im Scheidungsverfahren kein förmliches Schlichtungsverfahren kennen oder nicht mehr kennen. Es sind dies die Kantone Glarus, Zug, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Thurgau und Genf. Alle anderen Kantone sehen in irgendeiner Form ein spezielles Schlichtungsverfahren oder Sühneverfahren, wie es meistens heisst, vor – allerdings, ich habe es gesagt, in unterschiedlicher Ausprägung: Es gibt Kantone, in denen dieses Verfahren obligatorisch ist; es gibt Kantone, in denen dieses spezielle Schlichtungsverfahren in Ehescheidungssachen fakultativ ist. Aber das ist, wie gesagt, ein weiterer Grund, weshalb die Mehrheit Ihnen hier diesen Antrag stellt.

In diesem Zusammenhang möchte ich abschliessend darauf hinweisen, dass es Sache der Kantone ist, zu bestimmen, wer im Scheidungsverfahren beziehungsweise im Verfahren betreffend Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Schlichtungsinstanz ist. Es muss dies nicht unbedingt der "normale" Sühne- oder Friedensrichter sein. Es kann auch eine spezielle Persönlichkeit sein, zum Beispiel eine Richterin oder ein Richter; das zum Antrag der Mehrheit.

**Schiesser** Fritz (RL, GL): Sie werden sagen, es sei Juristenfutter, was wir hier behandeln. Das mag durchaus sein, aber es ist Juristenfutter, das Auswirkungen auf Hunderte von Ehepaaren in unserem Land haben wird. Sie entscheiden darüber, ob Ehepaare, die kein gemeinsames Scheidungsbegehren stellen können, weil sie sich nicht geeinigt haben, einen Umweg gehen müssen, bevor sie überhaupt an die Stelle gelangen können, die einzig und allein in der Sache entscheiden kann. Im Folgenden erwähne ich der Einfachheit halber immer nur die Ehepaare; die Ausführungen gelten aber auch für eingetragene Partnerschaften.

Der Bundesrat, dem die Minderheit folgt, schlägt vor, bei Scheidungsverfahren auf ein Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichter, Vermittler oder vor wem auch immer zu verzichten. Die Parteien sollen sich direkt an den Richter wenden, der die Scheidung aussprechen kann. Der Friedensrichter beispielsweise kann das nicht tun. Das ist der erste wichtige Unterschied zu anderen Schlichtungsverfahren, wo entweder der Friedensrichter



entscheiden kann oder aber die Parteien sich über den Prozessgegenstand rechtsverbindlich und abschliessend einigen können. Bereits diese Feststellung zeigt, dass ein Schlichtungsverfahren dort Sinn macht, wo die Parteien bei einer Einigung den Streit auch erledigen können.

Die Mehrheit will, dass immer dann, wenn kein gemeinsames Scheidungsbegehren vorliegt, der Gang zum Friedensrichter oder zum Sühnebeamten oder zu wem auch immer obligatorisch ist. Was geschieht dort? Während ein, zwei oder drei Stunden soll der Friedensrichter versuchen, die zerstrittenen Ehegatten, die kein gemeinsames Scheidungsbegehren zustande gebracht haben, zu einigen. Ist das nicht etwas viel verlangt? Wenn die Ehegatten Aussicht auf Einigung sähen, dann hätten sie sicher im Vorfeld versucht, mithilfe dritter, aussenstehender Fachleute ein solches Ergebnis, eine solche Einigung, zu finden. Zudem findet gerade auf dem Lande die Sühneverhandlung oft vor dem Friedensrichter statt, der den Parteien bekannt ist. Glauben Sie, da bestehe Aussicht darauf, dass die Parteien – Ehemann und Ehefrau – auf den Tisch legen, was Ursache des Zerwürfnisses ist? Ich glaube das nicht.

Nehmen wir an, die Sühneverhandlung habe stattgefunden: War sie nicht erfolgreich, so ist der Leitschein oder die Bescheinigung über die Zulassung der Klage auszustellen, und die Sache geht ans Gericht. War sie erfolgreich, so ist ebenfalls der Leitschein auszustellen, und die Sache geht ebenfalls ans Gericht. Warum dann nicht von Anfang an direkt ans Gericht gelangen? Betrachtet man die Möglichkeiten, die dem Gericht zur Verfügung stehen, um nach der neuen Zivilprozessordnung eine Einigung herbeizuführen, so ist festzustellen, dass diese recht vielfältig sind:

1. Nach Artikel 122 Absatz 3 kann das Gericht jederzeit versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Jeder verantwortungsvolle Richter wird bei zerstrittenen Ehegatten zu einer sogenannten Referentenaudienz vorladen. Diese findet unter der Autorität des letztlich entscheidenden Richters statt. Glauben Sie nicht, dass dieser sich gegenüber den zerstrittenen Parteien in einer ganz anderen Rolle befindet als etwa der Friedensrichter?

2. Nach Artikel 285 Absatz 2 der Zivilprozessordnung kann jeder Ehegatte verlangen, dass das Gericht die Parteien vorlädt und versucht, eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen. Braucht es da noch ein vorgängiges Schlichtungsverfahren? Ich meine: Nein.

3. Nach Artikel 211 der Zivilprozessordnung kann das Gericht den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen, und die Parteien können den Prozess zwecks Durchführung einer Mediation jederzeit sistieren.

Angesichts dieser Palette an Möglichkeiten, welche die neue Zivilprozessordnung bietet, ist der Weg zu einem Friedensrichter oder generell ein vorgängiger Sühneversuch bei nicht gemeinsamen Scheidungsbegehren bloss eine zusätzliche Schlaufe, die Geld, Zeit und Nerven kostet.

Noch eine letzte Bemerkung; der Berichterstatter hat es gesagt: Acht Kantone kennen Sühneveruche heute nicht mehr, sechs Kantone haben einen fakultativen Sühneveruch, und zwölf Kantone verlangen, dass der Sühneveruch nicht vom Friedensrichter, sondern vom zuständigen Richter durchgeführt wird, zum Teil nach dessen Ermessen. Warum wohl? Zwingen Sie diesen Kantonen, die auf ein Sühneverfahren verzichtet haben, nicht ein neues Verfahren auf! Es ist nutzlos, wenn die anderen Möglichkeiten nach der neuen Zivilprozessordnung genutzt werden.

Ich bitte Sie, der Minderheit und dem Bundesrat zu folgen und damit einen Umweg für viele Parteien zu vermeiden.

**Wicki Franz (C, LU):** Nur kurz zum Antrag der Kommissionsmehrheit; ihre Überlegung ist folgende: Wenn kein gemeinsames Begehren auf Scheidung vorliegt, sollte die Möglichkeit gegeben werden, dass beim Sühneveruch doch noch versucht wird, die ganze Situation zu klären. Dort, wo der Sühneveruch durch einen ordentlichen Richter durchgeführt wird, der Sach- und Fachkenntnisse hat, bringt dieses Verfahren nämlich noch viel, indem man selbst entweder noch eine Einigung auf ein gemeinsames Begehren fertigbringt oder dann mindestens das Verfahren miteinander so festlegen kann, dass es nicht zu einem ausufernden Prozess führt. Ich bin der Überzeugung, dass es bei

AB 2007 S 519 / BO 2007 E 519

Scheidungsverfahren, bei welchen noch kein gemeinsames Begehren vorliegt, richtig ist – das haben wir auch aus der Praxis gehört –, dass ein Schlichtungsverfahren vorausgeht.

Deshalb bitte ich Sie, dem Antrag der Kommissionsmehrheit zuzustimmen.

**Blocher Christoph, Bundesrat:** Wir haben Ihnen diese Lösung vorgelegt, da das, was jetzt die Mehrheit will – Herr Schiesser hat es gesagt –, heute in einer Minderheit der Kantone gilt. Allerdings gibt es drei Möglichkeiten, und es gibt verschiedene Minderheiten, die wir nicht berücksichtigt haben. Nach Auffassung der







Kommissionsmehrheit soll bei einer streitigen Scheidung zunächst ein Schlichtungsverfahren stattfinden. Das ist an sich unbestritten, die Frage ist nur: Wo wird geschlichtet? Es kann also nicht die Rede davon sein, im einen Fall werde nicht geschlichtet und im anderen schon. Es ist ja gerade bei Scheidungsprozessen auch die Aufgabe des Richters, die Sache zu ergründen und zu schauen, ob es wirklich keinen anderen Weg als eine Scheidung gibt. Das ist auch sinnvoll.

Aber wenn die Schlichtungsbehörde, das ist ja der Friedensrichter, damit betraut ist, muss eben jemand schlichten, der die Sache schlussendlich nicht entscheiden kann; entscheiden kann eben nur der Scheidungsrichter. Wir fanden, es sei sinnvoll, dass derjenige schlichtet und die Sache zu regeln versucht, der dann eben auch Nägel mit Köpfen machen kann. Der Entwurf des Bundesrates übernimmt diese Lösung: Gemäss Artikel 286 der Zivilprozessordnung soll nicht die Schlichtungsbehörde, sondern das Scheidungsgericht direkt versuchen, die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung zu bringen.

Warum diese Besonderheit? Angenommen, die Parteien würden sich vor dem Friedensrichter im Scheidungspunkt und über die Nebenfolgen einigen: Dürfte dann der Friedensrichter die Scheidung aussprechen und die Konvention genehmigen? Das ist das Problem: Er darf es nicht. Nur das Scheidungsgericht ist dafür zuständig, denn das materielle Recht verlangt für die Scheidung ein sogenanntes Gestaltungsurteil. Die Parteien müssten somit gleichwohl an das Scheidungsgericht gelangen. Das Einzige, was der Friedensrichter tun könnte, wäre zu versuchen, die Parteien dazu zu überreden, die Scheidungsklage zurückzuziehen, auf die Scheidung zu verzichten und friedlich zusammenzubleiben. Die Möglichkeit, dass man die Klage zurückzieht und auf die Scheidung verzichtet, ist im Scheidungsprozess natürlich immer gegeben. Dafür, das Scheidungsverfahren von Anfang an beim Scheidungsgericht zu konzentrieren, spricht sodann, dass dieses auch für die vorsorglichen Massnahmen – das ist nämlich ein wesentlicher Teil im Scheidungsverfahren – sachlich zuständig ist.

Aus diesen Gründen sind wir zur Auffassung gekommen, uns dem Verfahren anzuschliessen, welches die Kantone kennen, die auch sonst Schlichtungsbehörden vorsehen. Demnach wird die gütliche Einigung eben dort belassen, wo nachher auch ein Urteil gefällt werden kann, das dann gilt. Ebenso soll bei den Nebenfolgen eine Vereinbarung getroffen werden können, die dann gilt.

Daher stimmen wir hier dem Antrag der Minderheit zu.

#### *Abstimmung – Vote*

Für den Antrag der Mehrheit .... 17 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit .... 16 Stimmen

#### *Bst. f – Let. f*

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Hier beantragt Ihnen die Kommission, zusätzlich zu Artikel 5 auch Artikel 6 zu erwähnen. Artikel 6 handelt von der Kompetenz der Kantone, Handelsgerichte einzusetzen. Es versteht sich von selbst, dass für die Streitigkeiten, die von den Handelsgerichten entschieden werden, ein besonderes Fachwissen erforderlich ist. Deshalb ist es nach Auffassung der Kommission tunlich, diese Verfahren ebenfalls vom Schlichtungsverfahren auszunehmen.

*Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit*

*Adopté selon la proposition de la majorité*

#### *Bst. h – Let. h*

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Die Kommission beantragt Ihnen, einen weiteren Ausnahmetatbestand aufzunehmen, des Inhaltes "h. wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat." Es ist zum Beispiel an den Fall zu denken, dass ein Richter eine vorsorgliche Massnahme angeordnet hat, bevor ein Gerichtsverfahren rechtshängig ist. Der Richter setzt dann eine Frist an, um die Klage einzureichen. Es erscheint sinnvoll, dass für solche Fälle ebenfalls ein Ausnahmetatbestand geschaffen wird.

*Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit*

*Adopté selon la proposition de la majorité*

#### *Abs. 2 – Al. 2*

**Hofmann** Hans (V, ZH): Der heutige Artikel 274g OR sieht vor, dass beide Verfahren bei der Ausweisungsbehörde vereinigt werden, wenn ein Mieter oder Pächter eine ausserordentliche Kündigung bei einer Schlichtungsbehörde angefochten hat und auch ein Ausweisungsverfahren hängig ist. In verschiedenen OR-Artikeln



– sie sind im Antrag erwähnt – werden dazu die Tatbestände aufgeführt: erstens Zahlungsrückstand, zweitens schwere Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme, drittens wichtige Gründe und viertens Konkurs des Mieters. Die für die Ausweisungen zuständige Behörde entscheidet im Ausweisungsverfahren auch über die Gültigkeit bzw. die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Es handelt sich dann um eine sogenannte Kompetenzattraktion. Es muss also keine Schlichtungsverhandlung durchgeführt werden. Dies hat den Vorteil, dass das Verfahren erheblich beschleunigt und bei einer Behörde konzentriert wird. Eine Gabelung der Verfahren kann so vermieden werden, was im Sinne der Verfahrensökonomie Sinn macht.

Neu ist nun vorgesehen, dass die bisherigen Verfahrensbestimmungen im Mietrecht – Artikel 274 bis 274g OR – aufgehoben werden und sich in Zukunft auch das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde nach der neuen Zivilprozessordnung (ZPO) richten soll. Dabei wurde es aber offenbar unterlassen, die geltende, bewährte Koordination mit dem Ausweisungsverfahren in die neue ZPO zu übernehmen. Bei der Verschiebung der Verfahrensbestimmungen vom Miet- bzw. Obligationenrecht in die Schweizerische Zivilprozessordnung wurde diese bewährte Regelung des geltenden Rechts ohne weitere Begründung ersatzlos aufgehoben. Eine adäquate Übernahme in die ZPO ist nicht vorgesehen. Eine ausdrückliche Regelung der Zuständigkeit des für die Ausweisungen zuständigen Gerichtes auch für die materielle Beurteilung der Kündigungsanfechtung fehlt in der ZPO, sowohl bei den Bestimmungen zum Schlichtungsverfahren, Artikel 194ff., als auch bei den Bestimmungen zum summarischen Verfahren, Artikel 244ff. Die Vernehmlassungsvorlage sah demgegenüber sogar noch eine Erweiterung der heutigen Kompetenzattraktion beim Ausweisungsrichter vor, indem die Zusammenführung der Verfahren nicht nur für ausserordentliche, sondern auch für ordentliche und damit für alle Kündigungen vorgesehen war. Nun geht man aber noch hinter das geltende Recht zurück.

Die ZPO ist damit in einem wesentlichen Punkt lückenhaft, könnte doch ein Mieter oder Pächter bei einer ausserordentlichen Kündigung die Ausweisung im summarischen Verfahren mittels einer Kündigungsanfechtung bei der Schlichtungsbehörde blockieren. Damit würde dem Vermieter bzw. Verpächter ein langwieriges ordentliches Verfahren durch den ganzen Instanzenzug aufgezwungen. Künftig könnte der Mieter oder Pächter mit der Anfechtung einer ausserordentlichen Kündigung bei der Schlichtungsbehörde eine

**AB 2007 S 520 / BO 2007 E 520**

Ausweisung im summarischen Verfahren verhindern. Das Interesse des Vermieters auf Besitzschutz bliebe dadurch in stossender Weise unberücksichtigt, müsste er doch ungebührlich lange darauf warten, wieder über seinen Besitz verfügen zu können. Dies hätte die gravierende Folge, dass ein Mieter, dem zum Beispiel wegen Zahlungsverzug ausserordentlich gekündigt wurde, mittels Anfechtung der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde erwirken könnte, dass er bis zum rechtskräftigen Abschluss des ordentlichen Kündigungsschutzverfahrens weiterhin im Mietobjekt verbleiben kann, obwohl er während der ganzen Verfahrensdauer den Mietzins nicht bezahlt. Eine solche Regelung ist unbillig und verstösst gegen jegliches Gerechtigkeitsempfinden. Es gibt keinen sachlichen Grund, die geltende, bewährte Kompetenzattraktion nicht in die ZPO zu übernehmen.

Aus der Botschaft geht auch nicht hervor, weshalb die geltende und sehr bewährte Regelung fallengelassen wurde. Bedauerlicherweise ist in der ZPO das Ausweisungsverfahren – im Gegensatz zum Vorentwurf – auch nicht mehr ausdrücklich beim summarischen Verfahren erwähnt. Es ist deshalb sicherzustellen, dass die bewährte geltende Praxis zu den Ausweisungsverfahren bei ausserordentlichen Kündigungen – nur um diese geht es – auch in der zukünftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung verankert wird. Es kann nicht angehen, dass mit einer Revision des Zivilverfahrensrechtes derart zentrale Bestimmungen des OR einfach aufgehoben werden. Eine diesbezügliche Ergänzung der ZPO in Sachen Kompetenzattraktion und Ausweisungsverfahren ist deshalb meines Erachtens unerlässlich.

Ob die vorgeschlagenen Gesetzestexte absolut korrekt und systematisch am richtigen Ort sind, kann ich als Nichtjurist nur schwer beurteilen; sie wurden allerdings von einer Juristin so abgefasst. In der Sache kann ich das Problem gut nachvollziehen, war ich doch früher einmal während 14 Jahren selbstständigerwerbender Liegenschaftsverwalter. Es scheint mir deshalb richtig, dass mit dem vorliegenden Antrag das Problem in die Vorlage aufgenommen wird, damit sich dann die Kommission des Zweitrates noch vertieft damit befassen kann.

In diesem Sinne bitte ich Sie um Zustimmung zu meinem Antrag, sowohl hier bei Artikel 195 Absatz 2 als auch bei Artikel 246.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Dieser Antrag lag der Kommission nicht vor, und sie hat sich auch nicht anderweitig mit dieser Thematik befasst. Richtig ist, dass die von Herrn Kollege Hofmann erwähnte Bestimmung in Artikel 274g OR besteht. Es handelt sich dabei um eine zivilprozessuale Koordinationsbestimmung, die natürlich dadurch bedingt ist, dass wir zurzeit noch kein einheitliches Zivilprozessrecht haben.



Das Anliegen von Herrn Kollege Hofmann ist im Grundsatz sicher berechtigt. Es sollte aber logischerweise umgesetzt sein, wenn wir eine einheitliche schweizerische Zivilprozessordnung zu schaffen im Begriffe sind. Die Verwaltung scheint diese Ansicht zu vertreten. Weil wir die Sache in der Kommission nicht behandelt haben, muss ich Ihnen aber offen gestehen, dass ich Ihnen dies nicht mit voller Überzeugung bestätigen kann. Ich bin daher nicht in der Lage, eine klare Stellungnahme zum Antrag Hofmann Hans abzugeben. Ich bitte dann Bundesrat Blocher um entsprechende Ausführungen. Ich meine aber, dass sich der Zweirat, der Nationalrat, und insbesondere seine Kommission für Rechtsfragen vertieft mit dieser Frage zu befassen haben. Ich hätte jetzt Hemmungen – das muss ich ehrlich sagen –, Ihnen zu beantragen, dem Antrag Hofmann Hans zuzustimmen.

**Berset** Alain (S, FR): Mes intérêts dans les droits du bail sont connus, ce qui me permet d'ailleurs de dire quelques mots sur cette proposition, un sujet important mais aussi extrêmement compliqué. Il est vraiment dommage que cette proposition n'ait pas pu être discutée en commission, parce qu'elle est complexe. Elle mériterait une large discussion en commission, et pas au plénum, avant d'être inscrite dans le Code de procédure civile. Dommage que cela n'ait pas été fait, mais je pars de l'idée que si nous le souhaitons, nous pourrions le faire lors d'un prochain tour de navette, et je souhaiterais qu'il en soit ainsi.

Sur le fond, contrairement à ce que laissent entendre notre collègue Hofmann ainsi que le courrier du Hauseigentümerverschweizerverband Schweiz que nous avons reçu en parallèle, il existe aujourd'hui des cantons dans lesquels on connaît une conciliation avant la décision judiciaire, dans les cas qui sont mentionnés ici. C'est notamment le cas dans les cantons qui ont attribué aux tribunaux des baux les compétences en matière d'expulsion. Un exemple en tout cas me vient à l'esprit, c'est celui du canton de Genève dans lequel, en l'occurrence, il existe aujourd'hui une conciliation.

Il est donc erroné de dire que cela n'existe dans aucun canton. Ce n'est peut-être pas le cas à Zurich, mais cela existe à Genève, et je ne sais pas s'il y a d'autres cantons qui connaissent cela aussi. C'est d'ailleurs une manière de procéder qui est intéressante, dans la mesure où énormément de compromis peuvent se trouver en conciliation, par exemple des accords sur les rattrapages des retards de paiement, ce qui est évidemment aussi intéressant pour le propriétaire.

J'aimerais faire encore deux remarques sur la formulation de cette proposition, qui montrent bien que celle-ci devrait vraiment être renvoyée en commission, peut-être pour le deuxième conseil et ensuite encore à notre conseil, plutôt que d'être inscrite aujourd'hui dans le Code de procédure civile: 1. il est question ici de "congé extraordinaire". J'aimerais attirer votre attention sur le fait que le concept de congé extraordinaire n'existe pas dans le Code des obligations. Si on lit l'article 270, on ne parle pas de congé extraordinaire – j'ai encore vérifié –, mais on parle de "congé annulable". Et je ne sais pas si c'est une bonne idée d'introduire ici un nouveau concept juridique; 2. cette proposition indique "lorsque le locataire ou le fermier conteste un congé extraordinaire", ce qui laisse entendre qu'un congé extraordinaire peut être contesté, alors que dans la réalité ce n'est pas possible.

Si quelqu'un conteste un congé extraordinaire, c'est au juge, effectivement, de se prononcer, mais le Code des obligations ne prévoit pas de possibilité de contester formellement un congé extraordinaire. Cela fait quand même deux raisons qui m'incitent à proposer à Monsieur Hofmann de transmettre cette proposition à la commission.

Si elle est cependant maintenue telle quelle, je vous invite à la rejeter pour l'instant – ce qui ne veut pas dire qu'on ne la discutera pas plus tard –, parce qu'en l'état, à mon sens, elle ne peut pas être reprise dans le Code de procédure civile.

**Wicki** Franz (C, LU): Ich danke Herrn Hofmann, dass er dieses Anliegen vorgebracht hat. Es zeigt, wie kompliziert das Mietrecht ist. Das Mietrecht ist bezüglich der Verfahren sehr kompliziert.

Ich bitte den Bundesrat, die Erklärung abzugeben, dass dieses Anliegen von der Verwaltung mit der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen nochmals gut angesehen werde. Ich selber bin aber eher der Meinung, dass wir den Antrag Hofmann Hans nicht so annehmen können; abgesehen davon, dass er bei Artikel 195 am falschen Ort wäre, was Herr Hofmann ja auch gesagt hat.

Ich mache Ihnen beliebt, den Antrag – falls Herr Hofmann ihn nicht zurückzieht – abzulehnen, aber das Anliegen gut prüfen zu lassen. Vielleicht kommen dann die Gelehrten noch zu einer Lösung, wo man das ganze Verfahrensrecht im Mietrecht noch etwas vereinfachen könnte. Eine Vereinfachung gibt es mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung natürlich bereits jetzt.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es ist richtig, dass dieses Thema in der Kommission selbst nicht eingehend diskutiert worden ist – dies auch deshalb, weil die interessierten Kreise nicht an die Kommission gelangt sind.



Im Vorfeld war dies eine stark diskutierte Sache. Wie man es auch drehte, war es eigentlich nicht ganz befriedigend. Aber wir glauben, dass unsere Formulierung besser ist als jene des Antrages Hofmann Hans. Herr Hofmann hat gesagt, man sollte beim

AB 2007 S 521 / BO 2007 E 521

bewährten Verfahren bleiben – aber so bewährt ist das Verfahren gar nicht. Sie müssen mal schauen, wie oft sich das Bundesgericht mit dieser Frage auseinandergesetzt hat.

Zum Anliegen von Herrn Hofmann: Ich glaube zu erkennen, dass die Angst besteht, dass der Mieter ein Ausweisungsverfahren durch dilatorische Kündigungsanfechtungen und Erstreckungsbegehren in die Länge ziehen kann. Das geht aus dem Antrag hervor. Ich muss sagen, dass das heute auch geschieht.

Das geltende Recht trägt diesem Problem durch Artikel 274g des Obligationenrechtes Rechnung. Der Ausweisungsrichter kann auch über die Kündigungsanfechtung bzw. -erstreckung entscheiden; das ist die sogenannte Kompetenzattraktion. Diese Bestimmung hat die Lehre, die Praxis und das Bundesgericht ausserordentlich viel beschäftigt. Sie ist auch schwierig zu verstehen und nicht einfach zu handhaben. Der Ausweisungsrichter hat gewissermassen zwei Prozesse auf einmal zu entscheiden – das ist das Problem –, einerseits im summarischen Verfahren die Ausweisung als solche und andererseits einen einlässlichen Prozess, nämlich die Kündigungsanfechtung und eine allfällige Mieterstreckung. Durch die Koppelung wird die ganze Sache so kompliziert, und sie wird auch missbraucht. Dieser komplizierte Zwittercharakter des Mietverfahrens geht auf die fehlende Rechtseinheit im Zivilprozess zurück. Mit der einheitlichen Zivilprozessordnung wollen und können wir hier einfache und klare Linien schaffen. Darum ist von den Vermieterverbänden auch keine Einsprache gegen diese Regelung erhoben worden.

Der Entwurf des Bundesrates, dem die Kommission zugestimmt hat, sieht für die Mieterausweisung folgende Möglichkeiten vor:

1. In klaren Fällen besteht ein Rechtsschutz. Man wollte die klaren Fälle nicht mit zusätzlichen Auflagen vermischen, um zu vermeiden, dass sie nicht mehr entschieden werden können, was eben heute teilweise der Fall ist. Dieses Summarverfahren ist vor allem für die Ausweisung wegen Zahlungsverzug und Konkurs eines Mieters gedacht. Das sind relativ häufige Fälle; das haben wir auch in der Botschaft dargelegt. Bei liquider Sachlage lässt sich in diesen Fällen der Sachverhalt einfach durch Urkunden beweisen; das ist eine einfache Sache. Wenn der Mieter in diesem Summarverfahren einwendet, die Kündigung sei ungültig, so ist der Einwand meistens eine blosser Schutzbehauptung und auch als das zu qualifizieren. Wenn der Mieter jetzt zusätzlich ein separates Anfechtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde anstrengen sollte, so wäre nach unserer Meinung dieses Verfahren gemäss Artikel 124 ZPO zu sistieren, bis der schnelle Rechtsschutz abgeschlossen ist. Es ist als gegenstandslos abzuschreiben, wenn der Vermieter im Schnellverfahren gemäss Artikel 253 ZPO durchdringt. In diesen klaren Fällen bringt es eindeutig eine Verbesserung.

2. Bei nichtliquider Sachlage kommt es dagegen zum normalen Mietverfahren. Das kann bei der Kündigung aus wichtigen Gründen oder wegen fehlender Rücksichtnahme der Fall sein, denn diese Kündigungsgründe beinhalten eben, anders als bei Zahlungsverzug und Konkurs, einen Auslegungsspielraum. Bei Evidenz hingegen schlägt der schnelle Rechtsschutz auch hier zu. Das normale Mietverfahren beginnt bei der Schlichtungsstelle und wird allenfalls vor Gericht fortgesetzt, aber nicht im ordentlichen Zivilprozess, sondern im sogenannten vereinfachten Verfahren nach Artikel 239 ZPO, das wir ja jetzt mit der neuen Zivilprozessordnung haben werden. Auch das normale Mietverfahren kann sehr schnell gehen. In Kündigungsstreitigkeiten kann die Schlichtungsbehörde nämlich einen sogenannten Urteilsvorschlag nach Artikel 207 ZPO erlassen – das kann die Anordnung einer Ausweisung sein –, denn in jedem Urteil können bereits direkte Vollstreckungsmassnahmen verfügt werden.

Die Zivilprozessordnung bringt also allgemein den modernen Grundsatz, wonach der Sachrichter zugleich Vollstreckungsrichter sein darf. Das ist nochmals eine Verbesserung. Dadurch wird der obsiegenden Partei gemäss Artikel 335 der Zivilprozessordnung ein zusätzliches Vollstreckungsverfahren erspart.

Der Entwurf trägt den Vermieteranliegen in jeder Beziehung Rechnung, nämlich den Anliegen derjenigen, die sagen: Wir wollen in klaren Fällen schneller ein Urteil als heute, wo es ein Zwitterweg ist. Bei den anderen Fällen beschreiten wir den ordentlichen Weg, aber auch dort haben wir die Möglichkeit, dass es schnell geht. Die Verfahrenslinien sind klar vorgegeben. Zum Zwitterverfahren des geltenden Rechtes, das eben viele Schwierigkeiten macht, verweise ich Sie auf die Urteile des Bundesgerichtes. Artikel 274g OR ist somit zu streichen. Nachdem Sie etwas bedauern, dass das in der Kommission nicht stärker begründet worden ist, darf ich Ihnen sagen, dass wir dieses Anliegen, auch wenn Sie den Antrag Hofmann Hans ablehnen, in der nationalrätlichen Kommission von uns aus vorbringen werden. Es ist jetzt gesagt worden, man könnte vielleicht noch weiter gehen und in Bezug auf das komplizierte Mietrecht hier die Gelegenheit ergreifen, etwas zu tun. Ich möchte



Sie bitten, die Anforderungen vielleicht nicht zu hoch anzusetzen. Eine Verbesserung der Verhältnisse wollten wir eigentlich erreichen, und zwar im Sinne der Bedenken, die Sie hatten; wir werden es im Zweitrat nochmals aufnehmen. Wir glauben aber, dass die Lösung, wie sie hier jetzt vorgeschlagen wird, dass dieser Zwitterweg, den wir eben vermeiden wollten, nicht der richtige Weg ist. Das Anliegen teilen wir aber.

**Hofmann** Hans (V, ZH): Entschuldigen Sie, wenn ich nach dem Bundesrat nochmals spreche. Ich habe Ihnen aufmerksam zugehört, Herr Bundesrat. Ich habe heute Morgen auch noch eine Aktennotiz des Bundesamtes für Justiz zugespielt erhalten, die zu meinem Antrag Stellung nimmt. Es entspricht in etwa auch dem, was Sie heute hier ausgeführt haben. Es kommt mir ein bisschen vor, wie so oft: zwei Juristen, drei Meinungen. Die Aktennotiz und auch Ihre Ausführungen scheinen mir reichlich kompliziert zu sein. Ich habe das Gefühl – ich spreche jetzt als Nichtjurist –, dass man um sieben Ecken herum zum gleichen Ergebnis kommt, aber mit Komplikationen.

Wenn gemäss ZPO ein Mieter eine Kündigung anfiicht und der Vermieter an den Ausweisungsrichter gelangt, wird heute nach dem neuen Gesetz trotzdem ein Schlichtungsverfahren angesagt, das dann auch durchgeführt werden muss. Ich weiss, wie lange die Schlichtungsverfahren im Kanton Zürich dauern. In der ZPO steht nicht mehr, dass in diesem Fall der Ausweisungsrichter direkt über beide Verfahren entscheidet. Es braucht heute dazu kein Gesuch des Vermieters. Es läuft automatisch so, weil es klar im Gesetz steht – in Artikel 274g OR, der eben aufgehoben wird. Neu müsste dies mit einer Widerklage oder mit einem Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen speziell beantragt werden.

Wenn es so wäre, wie das Bundesamt für Justiz sagt, frage ich mich auch, warum denn Artikel 274g OR überhaupt nötig war. Der Gesetzgeber hat sich damals sicher gründlich überlegt, dass bei einer ausserordentlichen Kündigung die Verfahren direkt und unkompliziert bei einer Instanz, dem Ausweisungsrichter, vereinigt werden sollten. Das Bundesamt für Justiz sagt mit keinem Wort, warum man diese bewährte Lösung nicht so in die ZPO übernehmen kann. Wenn das Bundesamt für Justiz am Schluss sagt, dass mein Antrag zudem auch systematisch am falschen Ort sei, heisst das im Umkehrschluss, dass man das Problem sehr wohl auch so lösen könnte.

Wir können ja hier jetzt keine Kommissionssitzung abhalten, das wurde auch gesagt. Es wurde jetzt zugesichert, dass das im Zweitrat vertieft abgeklärt werden soll. Ich weiss zwar aus eigener Erfahrung, wie solche vertieften Überprüfungen manchmal aussehen, wenn es in der Vorlage keine Differenz hat. Aber ich verlasse mich auf die Kommissionssprecher und auch auf Herrn Bundesrat Blocher, der klar gesagt hat, dass er selbst das Problem in die Kommission des Nationalrates hineinragen wird.

In diesem Sinne ziehe ich meinen Antrag zurück.

AB 2007 S 522 / BO 2007 E 522

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Der Antrag Hofmann Hans ist zurückgezogen worden.

*Übrige Bestimmungen angenommen  
Les autres dispositions sont adoptées*

**Art. 196**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 197**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

.... Geschäftsräumen besteht .... paritätischen Vertretung. (Rest streichen)

*Abs. 2*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 197**

*Proposition de la commission**Al. 1*

.... commerciaux, l'autorité de conciliation .... siégeant paritairement. (Biffer le reste)

*Al. 2*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Bei Artikel 197 Absatz 1 beantragt Ihnen die Kommission zwei Änderungen. Zunächst beantragt die Kommission, auf den Passus "sowie aus landwirtschaftlicher Pacht" zu verzichten. Es wurde in der Kommission die Frage aufgeworfen, ob es in den Kantonen Schlichtungsbehörden für Streitigkeiten aus landwirtschaftlicher Pacht gebe. Abklärungen der Verwaltung haben dann ergeben, dass es in keinem Kanton eine solche Schlichtungsbehörde gibt, deshalb die Streichung. Das ist das erste Element. Weil diese Elemente nicht zusammenhängen, wollte ich zunächst das klären.

Das zweite Element betrifft ebenfalls Absatz 1. Hier beantragt die Kommission, den letzten Satz zu streichen, das heisst: "Bei der Parität sind auch die verschiedenen Vermieterkategorien zu berücksichtigen." Der Grund dafür ist der folgende: Der Begriff "Vermieterkategorien" stammt, wenn ich das richtig sehe, aus einer Revisionsvorlage zum Mietrecht, die dann aber nie in Rechtskraft erwachsen ist. Der Begriff "Vermieterkategorien" hat somit nicht Eingang ins OR gefunden. Nur aus diesem Grunde möchte die Kommission diesen Begriff hier nicht festschreiben.

Wichtig ist die paritätische Vertretung zwischen Vermieter einerseits und Mieter andererseits. Aber – das möchte ich klar unterstreichen – die Kommission ist auch ganz klar der Auffassung, dass die Schlichtungsbehörde auch weiterhin aus verschiedenen Vermieterkategorien zusammengesetzt sein soll. Aber, wie gesagt, den Begriff "Vermieterkategorien" möchten wir aus den erwähnten Gründen nicht festschreiben.

**Maissen** Theo (C, GR): Ich spreche zu Artikel 197 Absatz 2. Bis heute verpflichtet das Bundesrecht bekanntlich die Kantone einzig, für die Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz eine Schlichtungsstelle einzurichten. So haben die Kantone entsprechende kantonale Schlichtungsstellen geschaffen. Die Verpflichtung auf eine paritätische Zusammensetzung der Schlichtungsstelle ist nun aber neu und wurde erst nach der Vernehmlassung aufgenommen. Sie stellt einen unnötigen Eingriff in die Organisationsautonomie dar.

Nun gibt es spezielle kantonale Verhältnisse. So wäre im Kanton Graubünden eine Umsetzung nicht praktikabel, falls mehrere und nicht nur eine einzige Schlichtungsbehörde geschaffen werden müssten. Aufgrund der vorgesehenen bundesrechtlichen Vorgaben müsste nämlich gemäss Artikel 197 Absatz 2 die Schlichtungsstelle aus mindestens fünf Personen bestehen, nämlich einem Vorsitz, je einer Vertretung der Arbeitgeber des privaten und des öffentlichen Bereichs und je einer Vertretung der Arbeitnehmenden des privaten und des öffentlichen Bereichs. Nun haben wir in Graubünden elf Bezirke, welche erstinstanzliche Zivilgerichtssprengel sind. Wenn man also in all diesen elf Gerichtssprengeln eine solche Schlichtungsstelle mit dem genannten personalen Bestand machen müsste – eine solche Organisation wäre nicht umsetzbar. Zudem ist aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der kantonalen Schlichtungsstelle zu erwarten, dass diese Schlichtungsstellen kaum Fälle zu behandeln hätten und somit auch keine Praxis entwickeln könnten.

Die Alternative dazu wäre, Artikel 197 Absatz 2 zu streichen. Ich weiss nicht, ob das der richtige Weg ist. Ein gangbarer Weg schiene mir, Herr Bundesrat, allenfalls der Sache im Zweitrat nachzugehen oder bereits hier zuhänden des Amtlichen Bulletins zu sagen, dass es im Sinne von Artikel 197 Absatz 2 genüge, wenn es eine kantonale Schlichtungsstelle mit dieser Dotierung gäbe, und dass auf der niedrigeren Ebene, bei den einzelnen Zivilgerichtssprengeln, diese personelle Dotierung, da eindeutig überdimensioniert, nicht nötig sei.

Ich danke, wenn Sie für diese Situation Verständnis haben.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Auch wenn diese Frage in der Kommission nicht ausdrücklich gestellt worden ist, möchte ich doch den Versuch machen, eine Antwort zu geben, bitte Herrn Bundesrat Blocher aber, mich zu korrigieren, sollte ich etwas Falsches sagen.

Ich verweise zunächst auf Seite 7330 der Botschaft. Dort heisst es: "Wie mehrfach betont, sind die Kantone bezüglich der Organisation ihrer Schlichtungsbehörden frei. Der Entwurf statuiert jedoch zwei Ausnahmen", wobei mit Bezug auf die Frage von Herrn Maissen lediglich die eine Ausnahme von Bedeutung ist: dass das geltende Miet- und Pachtrecht die Kantone verpflichtet, paritätische Schlichtungsbehörden einzusetzen.

In der Tat lautet Artikel 274a des Obligationenrechtes: "Die Kantone setzen kantonale, regionale oder kommunale Schlichtungsbehörden ein, die bei der Miete unbeweglicher Sachen ...." Dann werden die Aufgaben dieser Schlichtungsbehörde aufgezählt. In Absatz 2 heisst es aber: "Vermieter und Mieter sind durch ihre Verbände oder andere Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen, in den Schlichtungsbehörden paritätisch vertreten." Nach meiner Auffassung – aber wie gesagt, Herr Bundesrat, Sie müssen mich allenfalls korrigieren



– besteht nicht die Meinung, dass wir gegenüber dem Rechtszustand, der gemäss Obligationenrecht heute schon besteht, hier materiell etwas Neues schaffen. Ich könnte mir eben vorstellen, dass die Regelung, die man im Kanton Graubünden kennt, als mit Artikel 274a des Obligationenrechtes kompatibel betrachtet wird.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Herr Maissen hat zu Recht gesagt, dass wir diese Regelung nicht im Vernehmlassungsentwurf gehabt haben; das ist nicht auf unserem Mist gewachsen. Ich muss ein bisschen vorsichtig sein: Es ist einfach ein Anliegen, das namentlich von den Vollziehern des Gleichstellungsgesetzes in der Vernehmlassung vehement gefordert wurde. Darum haben wir es dann aufgenommen.

Bezüglich Ihrer Bemerkung, wonach man es den Kantonen überlassen solle, nur eine einzige oder mehrere solche Stellen zu haben, kann ich sagen, dass es – wie Herr Inderkum sagt – nicht unsere Meinung war, etwas zu verändern. Wir nehmen das aber zuhanden des Zweitrates auf und werden klarstellen, ob unsere Meinung durch diesen Artikel wiedergegeben wird. Bezüglich der Streichung des Wortes "paritätisch" gehen wir nicht auf die Barrikaden, aber diese Umschreibung ist aus dem Vernehmlassungsverfahren hervorgegangen, so dass wir sie aufgenommen haben. Ihre Bedenken in Bezug auf die kantonale Regelung werden wir im Zweitrat nochmals behandeln müssen. Ich kann Ihnen nicht

AB 2007 S 523 / BO 2007 E 523

mehr dazu sagen, weil dieser Einwand bisher nicht gemacht worden ist; er ist etwas neu.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 198–200**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 201**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 2, 4*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 3*

Nicht persönlich erscheinen muss und sich vertreten lassen kann, wer:

....

c. in den Streitigkeiten nach Artikel 239 als Arbeitgeber beziehungsweise als Versicherer eine angestellte Person oder als Vermieter die Liegenschaftsverwaltung delegiert, sofern diese zum Abschluss ....

**Art. 201**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 2, 4*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 3*

Sont dispensés de comparaître personnellement et peuvent se faire représenter:

....

c. dans les litiges au sens de l'article 239, l'employeur ou l'assureur qui délègue un employé et le bailleur qui délègue le gérant de l'immeuble, à la condition que ceux-ci soient habilités, par écrit, à transiger.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Bei Absatz 3 geht es um eine Präzisierung. Ausnahmsweise muss hier jemand nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen und kann sich vertreten lassen. Aber es ist klar, dass er oder sie auch persönlich erscheinen und sich vertreten lassen kann; dies im Sinne einer Präzisierung, was Absatz 3 betrifft.

Bei Buchstabe c geht es lediglich um eine sprachliche Anpassung, weil bei der Einleitung zu Absatz 3 der Begriff "sich vertreten lassen" schon aufgenommen wurde. Deshalb steht hier der Ausdruck "delegiert".



**Blocher** Christoph, Bundesrat: Wir betrachten diese redaktionellen Umschreibungen als richtig. Sie sind in unserem Sinne, aber sie werden hier ausdrücklich festgeschrieben, darum stimmen wir ihnen zu.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 202–209**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**2. Titel, Art. 210–215**

*Antrag der Mehrheit*

Streichen

*Antrag der Minderheit*

(Bonhôte, Béguelin, Epiney)

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag Pfisterer Thomas*

*2. Titel*

Einigung mit Mediation

**Titre 2, art. 210–215**

*Proposition de la majorité*

Biffer

*Proposition de la minorité*

(Bonhôte, Béguelin, Epiney)

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Proposition Pfisterer Thomas*

*Titre 2*

Conciliation par la médiation

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Ich mache zunächst einige ganz kurze Ausführungen zur Mediation im Allgemeinen und werde dann den Antrag der Mehrheit begründen. Herr Kommissionspräsident Wicki hat in seinem Eintretensvotum bereits gesagt, dass der Bundesrat vorschlägt, die Mediation in die ZPO aufzunehmen, das heisst zu einem Rechtsinstitut der ZPO zu machen. Dabei geht es primär um zwei Dinge, nämlich zum einen um die Mediation als Alternative zum Schlichtungsverfahren und zum anderen um die Mediation während des gerichtlichen Verfahrens, das heisst, wenn ein Verfahren bereits eingeleitet worden ist. Wichtig ist, dass die Parteien in jedem Fall mit der Mediation einverstanden sein müssen. Zudem ist von Bedeutung, dass das Verhältnis zwischen den Parteien auf der einen Seite und dem Mediator oder der Mediatorin auf der anderen Seite nicht hoheitlicher Natur ist. Das Verhältnis ist also nicht vertikal, sondern horizontal. Es geht um ein nach meiner Auffassung privatrechtliches, wahrscheinlich um ein Auftrags- oder auftragsähnliches Verhältnis, oder vielleicht werden Rechtswissenschaftler später einmal herausfinden, dass es ein "verkehrstypischer Innominatvertrag" sei.

Die Mehrheit der Kommission ist nicht gegen die Mediation als solche; das muss in aller Deutlichkeit herausgestrichen werden. Die Mehrheit ist lediglich, aber immerhin, dagegen, dass die Mediation im Rahmen der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung institutionalisiert wird. Personen, zwischen denen ein Rechtsstreit besteht, steht es in jedem Falle frei, einen Mediator oder eine Mediatorin mit der Streitschlichtung beziehungsweise -beilegung zu beauftragen. Es mag – und wird dann wahrscheinlich – eingewendet werden, dass die Aufnahme in die ZPO als eigentliches Rechtsinstitut erforderlich sei, um Schnittstellen zwischen der nichtinstitutionalisierten Mediation und dem gerichtlichen Verfahren zu klären. Dieses Argument mag etwas





an sich haben. Es erweist sich aber bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es steht den Parteien frei – ich habe es bereits gesagt –, einen Mediator oder eine Mediatorin einzusetzen. Wenn sie dies frühzeitig tun, also unmittelbar nachdem eine Rechtsstreitigkeit entsteht oder sich abzeichnet, dann braucht es nicht einmal ein Schlichtungsverfahren, dann stellt sich auch das Problem der Mediation als Alternative zum Schlichtungsverfahren nicht.
2. Wenn die Einsetzung eines Mediators oder einer Mediatorin während des Gerichtsverfahrens erfolgt, so ist jedes Gericht noch so gerne bereit, das Verfahren aufgrund eines entsprechenden Gesuchs der Parteien zu sistieren.
3. Wenn aufgrund von Bemühungen des Mediators oder der Mediatorin eine Einigung zustande kommt, dann ist es kein Problem für die Parteien, das Verfahren zu beenden. In der Regel – wir bewegen uns ja im Zivilprozessrecht – wird dies ein aussergerichtlicher Vergleich sein, der zu Protokoll erklärt werden kann, oder die Parteien können, wenn sie sich aufgrund der Bemühungen der Mediation verständigt haben, die Klage jederzeit zurückziehen.

Das sind die Hauptgründe der Mehrheit der Kommission. Es kommt dann noch dazu, dass im Bereich der Mediation eine eigentliche Industrie aufgebaut wurde bzw. wird. Das ist auch ein Grund, weshalb die Mehrheit eher für eine gewisse

AB 2007 S 524 / BO 2007 E 524

Zurückhaltung ist. Abschliessend sei noch auf die Bestimmungen von Artikel 292 Absatz 2 und Artikel 298 Absatz 3 hingewiesen – auf diese werden wir dann zurückkommen -: Es geht hier um die Mediation in kindesrechtlichen Belangen, wo wir das Moment der Unentgeltlichkeit eingebaut haben; ich verweise auf Artikel 215.

Das sind die Gründe, weshalb ich Ihnen im Namen der Mehrheit beantrage, die Mediation als Rechtsinstitut nicht in die ZPO aufzunehmen.

**Pfisterer** Thomas (RL, AG): Mediation ja, aber nur im Dienst der Privaten und der Rechtsuchenden; das ist das Motiv meines Antrages. Wenn Sie diesen Text beschliessen sollten, dann mit einem anderen Titel. Ich begreife die Hemmungen, welche der Kommissionssprecher angesprochen hat, angesichts der grossen Lobbyarbeit, der Sie in der Kommission ausgesetzt waren. Ich begreife auch einen gewissen Reflex gegen eine Mode oder etwas Ausländisches, das da mitschwingt und mitgeschwungen hat. Wenn wir aber die Dinge mit der nötigen Distanz und Ruhe betrachten, wie das bei uns üblich ist, merken wir, dass wir hier im Grunde genommen einen unvollständigen Titel haben.

Ziel der Übung ist die Einigung, und die Mediation ist nur ein Mittel, um diese Einigung zu erreichen. Wir wollen ja hier nicht eine Zunftordnung für den Berufsstand der Mediatoren errichten; das kann nicht der Sinn sein, weder hier noch in einem anderen Gesetz. Vielmehr geht es darum, diese Einigung zustande zu bringen. Die Artikel 210 bis 215 meinen eigentlich zwei Dinge: erstens die gütliche Einigung und erst zweitens die Vermittlung durch einen Dritten. Mediation ist Vermittlung einer Einigung durch einen unbeteiligten Dritten; das soll der Antrag betonen.

Wir haben in der deutschen Sprache eine gewisse Schwierigkeit, die unsere lateinischen Landsleute nicht haben. In der französischen und in der italienischen Sprache gibt es nur ein Wort: "médiation" und "mediazione". Nehmen Sie beispielsweise Artikel 44 Absatz 3 unserer Bundesverfassung. Im Deutschen haben wir zwei Begriffe: den Vermittler und den Mediator oder die Mediation. Darum stellt sich die Frage, ob es einen Unterschied zwischen den beiden Begriffen gebe. Das ist aber eigentlich nicht der Sinn, sondern mit der Mediation meinen wir die Vermittlung, vielleicht durch jemanden, der dafür besonders ausgebildet ist, der sich ausgebildet hat. Es gibt auch kein Diplom, das für diesen Bereich anerkannt wäre, ähnlich wie bei den Anwälten.

Schliesslich weise ich Sie auf die Fassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes hin, wie sie am 1. Januar dieses Jahres in Kraft getreten ist. Dort spricht das Gesetz – beschlossen hier im Ständerat – ausdrücklich von "gütlicher Einigung und Mediation", weil es eben sagen will, dass die Einigung im Vordergrund stehe. Sie kann durch Mediation, aber auch anders zustande kommen, beispielsweise durch Vermittlung einer Behörde im Verwaltungsverfahren. Das ist hier gemeint. Es geht mir also nur darum, den Parteiwillen, die Parteien und die Freiwilligkeit ins Zentrum zu rücken und nicht den Mediator irgendwie "hochzujubeln".

**Bonhôte** Pierre (S, NE): La médiation est victime d'une hostilité que j'ai un peu de peine à comprendre. Même si le porte-parole de la commission a bien dit que c'était plus une hostilité de forme que de fond, j'ai encore plus de peine à la comprendre ici que dans le domaine de la procédure pénale. Pour la procédure pénale, on



peut comprendre l'opinion – sans la partager pour ce qui me concerne – qu'il appartient à la seule justice en tant qu'organe de l'Etat de dire le droit et qu'il n'y a pas de place pour les arrangements extrajudiciaires entre parties.

Dans la procédure civile pourtant – et au contraire –, il me semble que la médiation devrait être de nature à faire l'unanimité, car elle ne présente que des avantages. Dès lors, elle ne doit pas seulement être possible, elle doit aussi être encouragée. La médiation permet aux parties de choisir librement le conciliateur qui leur convient, par exemple en fonction de ses compétences professionnelles. La médiation décharge les tribunaux en favorisant les règlements extrajudiciaires, en évitant les recours, et on peut dire que la médiation est nécessaire pour respecter l'objectif qui a été fixé, à savoir "pas de coûts supplémentaires pour les cantons".

La médiation connaît un développement rapide dans le monde entier, en particulier aux Etats-Unis – certainement en grande partie en raison des défauts de la procédure civile dans ce pays. L'Union européenne favorise les règlements extrajudiciaires des litiges. Par ses directives, elle oblige notamment les Etats à instituer ou à favoriser la médiation ou la conciliation, parce qu'elle considère qu'il y a là un très grand potentiel de liquidation des litiges, aussi bien entre personnes physiques qu'entre personnes morales. La France, la Belgique, l'Autriche, la Grande-Bretagne ont codifié la médiation dans le cadre de leurs règles de procédure civile. En Grande-Bretagne, le tribunal peut ordonner la médiation.

La médiation a une importance particulière dans le droit de la famille parce que dans ce droit, régler un litige devant un tribunal signifie bien souvent ne rien régler du tout du point de vue humain. Dès lors, j'estime que qui défend la famille devrait défendre la médiation. La Norvège, le Québec et plusieurs Etats des Etats-Unis ont rendu obligatoire la médiation dans les causes familiales; la France, la Belgique, les Pays-Bas, l'Autriche et la Grande-Bretagne l'encouragent fortement dans ce genre de causes.

La médiation est également importante pour l'économie et ne pas la régler, j'en suis persuadé, désavantagerait la place économique suisse, par exemple dans la conclusion de contrats internationaux. Il est en particulier indispensable que soient garanties par la procédure les questions de litispendance, de force exécutoire de la convention ou de confidentialité.

La Suisse a beaucoup de cartes en main pour devenir un haut lieu international de la médiation. Genève s'est déjà fait une large réputation dans ce domaine. Zurich et Berne confortent leur position. Je pense qu'un Code de procédure civile sans médiation entraverait le développement de ce qui a été qualifié par le rapporteur de la commission comme d'une industrie. Moi, quand je vois une nouvelle industrie se développer, je suis en principe heureux, plus encore quand elle a une utilité sociale comme la médiation. Je pense qu'il s'agit de l'encourager, même si en fait il s'agit, en l'occurrence, plus d'un service que d'une industrie.

Certes, comme le dit la majorité de la commission, les parties peuvent décider de leur propre chef de recourir à la médiation, même en l'absence d'articles sur le sujet dans le code. De ce fait, il serait donc possible de ne rien dire de la médiation dans le Code de procédure civile suisse. Toutefois, cette argumentation ne me convainc pas. Si le Conseil fédéral a choisi d'inscrire un chapitre sur la médiation, ce n'est sûrement pas pour le plaisir d'ajouter six articles au Code de procédure civile suisse, qui en compte déjà beaucoup, mais bien parce que la médiation doit être promue, parce qu'elle permet de contribuer à pacifier la société et de faire des économies.

En quelque sorte, on peut dire que ces articles 210 à 215 ont en partie une fonction publicitaire puisqu'ils attirent l'attention des parties sur l'existence de la médiation, sur son intérêt et sur son cadre. Mais ces articles n'ont pas que cette fonction puisqu'ils règlent l'articulation de la démarche avec la procédure sur le fond et avec la conciliation. Ils traitent notamment de la confidentialité, de la ratification de la convention et des frais de médiation. On ne peut pas admettre que tout cela aille de soi et qu'il ne soit pas nécessaire de réglementer ce genre d'éléments, sans quoi nous pourrions alors peut-être biffer encore bien d'autres articles dans ce code qui ont quelquefois un contenu plus pédagogique que normatif.

La médiation a en Suisse une longue histoire; elle remonte au moins à saint Nicolas de Flue. Je dirai que nous ne devrions pas aujourd'hui avoir peur d'inscrire la médiation dans le Code de procédure civile et de donner dans la procédure la priorité à saint Nicolas de Flue sur Salomon!

AB 2007 S 525 / BO 2007 E 525

**Epiney Simon (C, VS):** Personne ne peut contester que la justice est en général lente, imparfaite et toujours coûteuse. Les tribunaux sont surchargés, les affaires deviennent de plus en plus complexes, les avocats de plus en plus procéduriers et, pour certains, coutumiers des mesures dilatoires qui, notamment, peuvent favoriser la prescription.





En fin d'exercice, même le gagnant d'une procédure sort toujours frustré. Il sort déçu de l'exercice et chacun sait qu'on ne sort en tout cas jamais indemne d'une procédure qui, presque toujours, nécessite un travail fastidieux de préparation, des démarches difficiles, des séances longues, des recherches de preuves compliquées, et surtout qui met en scène des acteurs qui sont au début des adversaires et qui finissent toujours par devenir des combattants, voire des ennemis irréductibles. Il ne faut, dès lors, écarter aucune piste pour éviter une procédure qui ressemble dans la vie quotidienne de plus en plus à un pugilat, où ceux qui se font plaisir ne sont jamais les justiciables. Et c'est un avocat qui vous parle!

La médiation incarne une de ces pistes et personne ne peut contester son bien-fondé. Où nous divergeons, en fait, c'est uniquement sur la nécessité d'institutionnaliser ou de ne pas institutionnaliser la médiation dans le Code de procédure civile suisse. Bien que ne faisant pas partie d'un lobby d'industrie – comme l'a rappelé un préopinant –, je sais quant à moi qu'il y a un avantage indéniable à inscrire cet instrument dans un code de procédure. En effet, si la médiation figure dans un texte de loi, chaque juge sera à l'aise pour proposer systématiquement aux parties de tenter une médiation, si elles le souhaitent.

A défaut de reconnaissance officielle de la médiation dans un texte de loi, toute démarche du juge peut être mal interprétée par les parties: le demandeur pourra imaginer que le magistrat préjuge déjà du bien-fondé de sa demande; le défendeur pourra croire que sa défense est chancelante, parce que le juge ose lui proposer une médiation; et les avocats diront: "Finalement, de quoi se mêle ce magistrat? Nous sommes assez grands pour faire une médiation sans avoir à obtempérer à sa proposition." Il y a un aspect psychologique très important qu'il convient de ne pas sous-estimer.

Le fait d'inscrire cette possibilité, cette alternative dans la loi n'est pas une obligation que l'on crée, ce n'est pas de la bureaucratie que l'on génère, mais c'est simplement une reconnaissance, un statut qui est donné par le législateur. La médiation permet surtout d'aborder le litige d'une manière complètement différente d'une procédure judiciaire. Le médiateur est totalement indépendant, il n'y a pas d'acte de procédure, la liberté est totale, on discute à l'abri des regards indiscrets, et la personne, à partir du moment où elle n'a aucun compte à rendre, peut de manière tout à fait efficace, et surtout totalement impartiale, conseiller les parties sans arrière-pensée. Chaque avocat sait que sur vingt litiges, il peut en régler facilement les trois quarts s'il en a la volonté. Chaque avocat sait aussi que, s'il est chicanier et qu'il aime la procédure, il peut soumettre les vingt cas au tribunal parce qu'en général, son client le suit puisque, par définition, il l'a consulté.

En institutionnalisant la médiation, le juge sera donc à l'aise pour signaler aux parties que, peut-être, avant de soumettre à une procédure judiciaire leurs litiges, il pourrait être indiqué de recourir à une expertise privée, de solliciter l'avis d'un juge à la retraite qui était spécialisé dans le domaine, de solliciter un spécialiste de la branche, un ingénieur qualifié pour la chose. Bref, comme vous le savez, dès que les parties commencent à se parler, dans le cadre d'une procédure qui s'amorce, c'est déjà 50 pour cent du travail de règlement du cas qui est accompli. D'ailleurs, même la Fédération suisse des avocats ne craint pas d'enlever du pain à ses membres puisqu'elle trouve justifié de donner un statut à la médiation à travers le Code de procédure civile suisse.

Je vous invite dès lors à accorder cette reconnaissance à la médiation, en rappelant que les parties restent totalement libres de recourir; mais surtout, elle met à l'aise les magistrats pour proposer la médiation à chaque procédure. De cette manière, je suis convaincu que nous aurons participé non seulement à la réduction des frais de justice, mais surtout, que nous aurons prévenu toute une série de litiges qui font que tous les acteurs concernés ne ressortent, comme je l'ai dit, jamais indemnes d'une procédure dont l'issue, même si elle est favorable, laisse infiniment de traces.

**Schweiger Rolf (RL, ZG):** Herr Pfisterer scheint die Meinung zu vertreten, dass es Reflexe gegen die Lobbytätigkeit der Mediationsbranche oder gegen ausländische Moden waren, welche die Mehrheit dazu bewogen haben, eine Streichung dieser vom Bundesrat vorgeschlagenen Artikel zu verlangen. Dem ist nicht so; die Überlegungen der Mehrheit waren absolut rationaler, unbeeinflusster Art, und ich erlaube mir, Ihnen zu erklären, warum:

Die Zivilprozessordnung ist öffentliches Recht. Deren Inhalt besteht darin, Organisationsfragen zu regeln, Verfahrensbestimmungen zu erlassen. All das, was in einer Zivilprozessordnung gemacht wird, begründet auf der einen Seite Berechtigungen und Verpflichtungen staatlicher Institutionen, insbesondere der Gerichte, und auf der anderen Seite Berechtigungen und Verpflichtungen der Prozessbeteiligten. Die Mediation ist – von einer Ausnahme abgesehen, auf die ich zurückkommen werde – etwas fundamental anderes: Eine Mediation ist die Möglichkeit der Parteien, sich gemeinsam darauf zu einigen und unter Mithilfe eines Dritten zu versuchen, den Gegenstand dessen zu klären, was in einem Prozess gleichzeitig anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll.



Man ist völlig frei, ob man das machen will. Die Art der Durchführung ist völlig frei. Vor allem aber enthält das Resultat dessen, was allenfalls bei einer Einigung erzielt wird, noch keine prozessualen Berechtigungen. Konkret: Auch eine Vereinbarung, die in einem solchen Verfahren getroffen wird, entfaltet noch keine grössere Wirkung, als dies irgendein anderer Vertrag auch tut. Sie wird das erst tun, wenn sie z. B. zu einem Gegenstand des Zivilprozesses gemacht wird, in einem Verfahren, das auf verschiedenste andere Art und Weise auch durchgeführt werden kann. Es ist gefährlich, wenn wir Dinge zum Gegenstand des öffentlichen Rechtes machen, die nicht öffentliches Recht sind, sondern der Privatautonomie unterstehen. Durch das Verfahren der Mediation selbst entstehen auch keine Rechtswirkungen.

Es gibt eine einzige Ausnahme, die in der Zivilprozessordnung vorgesehen ist. Wir sagen: Wenn es um kindesrechtliche Angelegenheiten geht, kann es wünschbar sein, dass sich aufgrund der ganz spezifischen Verhältnisse jemand damit beschäftigt, der ausserhalb des Gerichtes angesiedelt ist. Aber weil wir dem diese Bedeutung zumessen – das ist der entscheidende Unterschied –, übernimmt der Staat die Kosten einer solchen Mediation; damit entsteht eine staatliche Verpflichtung. Das ist der einzige Fall, in dem staatliche Verpflichtungen und auf der anderen Seite auch Berechtigungen des Privaten entstehen. Da ist öffentliches Recht, und alles andere ist privates Recht.

Es ist richtig, dass wir diese klare Trennung zwischen den verschiedenen Ebenen machen und eben nicht einzig aus psychologischen Gründen, wie Herr Epiney gesagt hat, etwas in ein Gesetz aufnehmen – etwas, was durchaus seine positiven Seiten hat, das bestreitet kein Mensch. Das ist der eine Grund, warum ich dafür bin, diese Artikel zu streichen.

Der zweite Grund: Es wird in einem Satz gesagt, dass die Gerichte den Parteien eine Mediation empfehlen können. Einverstanden. Aber warum wird bei der Freiheit der Gestaltung der Prozesse dieses eine Element herausgenommen? Heisst das, dass das Gericht nicht auch andere Sachen empfehlen kann? Darf zum Beispiel, weil nur das erwähnt ist, das Gericht den Parteien nicht raten, die Meinung von Fachleuten einzuholen, nicht im Hinblick auf eine Mediation, sondern im Hinblick auf die Klarstellung des Sachverhaltes? Ist es beispielsweise einem Gericht nicht möglich, zwei Parteien, die beispielsweise Mitglieder des gleichen Verbandes sind, zu raten, sich mit ihren Verbandsbehörden in Kontakt zu setzen, um deren Meinung einzuholen? Warum dieses Hervorheben des einen Beispiels?

**AB 2007 S 526 / BO 2007 E 526**

Auch diejenigen in diesem Saal, die nicht Juristen sind, können sich aufgrund einer Betrachtung der Fahne zumindest bemühen, sich von der Richtigkeit meiner Überlegungen zu überzeugen, wenn sie bei den Artikeln 210 bis 215 die Frage stellen: Wenn das nicht so im Gesetz stehen würde, gälte dann etwas anderes? Wäre das nicht auch an sich schon möglich? Darf man nicht auch dann, wenn es nicht im Gesetz steht, gemeinsam versuchen, sich zu einigen, einen Mediator dazuzuholen, die Organisation zu regeln, die Kosten zu tragen usw.? Es sind rechtlich überflüssige Bestimmungen, die demzufolge öffentlich-rechtlich keine Wirkung entfalten, sondern eben nur psychologischer Art sind.

Eine Ausnahme: Wenn der Staat sich bereiterklärt, die Kosten eines Mediationsverfahrens zu übernehmen, muss hierfür eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Das haben wir mit Bezug auf eine Mediation im Kindesrecht geschaffen, und damit kann es sein Bewenden haben.

**Pfisterer** Thomas (RL, AG): Ich versuche gern noch, eine Meinung zu diesem gesamten Abschnitt beizusteuern. Erstens geht es hier nicht darum, ein Mediationsgesetz zu machen, sondern nur darum, die Schnittstellen in der ganzen Geschichte zu regeln. Zweitens darf ich Sie daran erinnern, dass dieses Bemühen genau auf der Linie des Gesetzes liegt. Sie haben es vom Kommissionspräsidenten und von Herrn Bundesrat Blocher gehört: "schlichten statt richten" oder "konferieren statt prozessieren". Wir haben den Friedensrichter hochleben lassen. Als Institution ist der Friedensrichter Importware aus der Französischen Revolution, aber die Möglichkeit der Einigung und der Vermittlung ist in diesem Lande selbstverständlich eine gute alte Tradition. Wir haben in dieses Gesetz auch die Schiedsklausel aufgenommen. Selbstverständlich muss der Schiedsvertrag durchsetzbar sein. Darum regeln wir hier auch einen Teil davon. So ist es auch beim Mediationsvertrag: Er kann nicht zu einem Vollstreckungstitel führen, wenn nicht ein Eingang ins Verfahren geschaffen wird.

Die zentrale Frage, die uns Herr Inderkum gestellt, die Herr Schweiger – er ist jetzt leider nicht mehr hier – unterstrichen und die auch Herr Epiney aufgegriffen hat, ist die: Was handeln wir uns ein, wenn wir die "Miniregelung" gemäss Bundesrat übernehmen? Zunächst einmal einen Mehrwert für die Justiz und für die Kantone. Es gibt eine Entlastung von Verfahren. Das Mediationsverfahren, wie es der Bundesrat konzipiert hat, tritt an die Stelle des Schlichtungsverfahrens und weitgehend an die Stelle des gerichtlichen Verfahrens. Es gibt eine Entlastung bei der Organisation und bei den Kosten. Die Behörden müssen sich nicht darum



kümmern, wie das Ganze organisiert ist, und die Privaten müssen alle Kosten dieser Übung übernehmen. Es ist auch richtig so und völlig klar.

Darf ich Sie daran erinnern, dass die Reform der Bundesrechtspflege, die das Parlament beschlossen hat, im Wesentlichen eine Übung ist, die die Kantone belastet? Das muss man einfach und klar und deutlich sagen. Wir – die Mehrheit – haben ein grossartiges Versprechen in die Welt gesetzt: "das Bundesgericht entlasten und gleichzeitig Rechtsschutz gewähren". Wir haben es heute wieder gehört. Und wer bezahlt diese Zeche? Das sind die Kantone. Die Einigung mit Mediation ist eine der Möglichkeiten, die sie haben – nur eine! –, sich ein wenig von dieser Last zu befreien. Es ist kein Allerweltsheilmittel, ich will nicht übertreiben. Aber es ist eine der Möglichkeiten, wie man sich entlasten kann. Genau das ist heute mehrfach unterstrichen worden! Die Kantone legen Wert darauf. Darum sollte man ihnen diesen Weg nicht verwehren. Es ist eine der wenigen Entlastungsmöglichkeiten. Im Übrigen können die Kantone ohnehin Pilotprojekte starten. Aber das sollte ja nicht nur zu einem Pilotprojekt werden. Das ist nicht der Zweck der Übung.

Es geht also um einen Mehrwert für die Justiz und die Kantone und zum Zweiten auch um einen Mehrwert für die Rechtsuchenden. Ich habe mir erlaubt, eine lange Liste dieser Punkte zusammenzustellen – ich erspare Ihnen selbstverständlich diese Liste –; es gibt Vorteile in der ZPO. Wenn man diese nutzt, dann kann man mehr aus der Mediation herausholen. Darin sind wir uns sicher einig, Herr Inderkum. Mit der ZPO gewinnt sie den Vorteil der Rechtshängigkeit; damit werden Fristen gewahrt oder unterbrochen. Man kann, wenn man die Mediation im ZPO-Verfahren macht, einen Vollstreckungstitel erreichen; sonst erreicht man das nicht.

Es gibt eine zweite lange Liste. Wir handeln uns keine Nachteile für die Mediation ein, wenn wir sie im ZPO-Verfahren durchführen. Es gibt keine Doppelspurigkeiten. Die Vertraulichkeit ist gewahrt, das Zeugnisverweigerungsrecht ist gewahrt usw. Schliesslich ist die Einigung ein Nutzen für das Verfahren. Es ist einfach die Frage, ob wir diese Chance für mehr Parteiliche – das steht für mich im Zentrum – vergrössern wollen. Es geht auch um ein Stück Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts.

Noch einmal: Ich habe mir diese Geschichte noch einmal überlegt, vorwärts und rückwärts, die Argumente gelesen, auch jene im Kommissionsprotokoll – ich war ja nicht Kommissionsmitglied –, und ich sehe wirklich keine plausiblen Gründe, dieser Minimalregelung nicht zuzustimmen. Es gibt keine Gefahr für die Gerechtigkeit. Es ist eine relativ klare Entscheidungssituation: Wenn die Privaten das wollen – es ist völlig freiwillig, und man kann jederzeit aussteigen –, warum soll man ihnen dieses Tor nicht öffnen? Nehmen wir die Leute als mündige Bürger! Darum geht es schlicht und einfach. Wenn dies der Justiz und den Kantonen etwas nützt, warum soll man es ihnen verwehren? Wir haben – und zwar in diesem Ständerat – in den letzten Jahren in der Jugendstrafprozessordnung, im Strafprozess, vor allem im Verwaltungsverfahrensgesetz solche Regelungen mit Mehrheiten verabschiedet. Warum jetzt ausgerechnet hier nicht, wo sie am ehesten infrage kommen? Das ist nicht so ganz einfach zu verstehen.

Sie gestatten mir noch eine persönliche Bemerkung nach all den Jahren als Richter, als Regierungsrat und jetzt als Anwalt: Eine Einigung, auch wenn es nur eine teilweise Einigung ist, ist immer eine bessere Lösung als ein Urteil. Im Grunde genommen ist es für mich eine Frage der Einstellung zu den Mitmenschen. Wenn man sich selber nicht überschätzt, sucht man in allererster Linie Einigungen, und hier haben wir eine Möglichkeit dazu. Zusätzlich kann man damit beschleunigen, und man kann gelegentlich auch bessere Lösungen finden. Ich kann mir bei einem Ja zum bundesrätlichen Entwurf wirklich nur Gewinner vorstellen.

Ich darf schliesslich noch anfügen, Herr Bundesrat, dass der Zürcher Bericht, den Sie zu Recht erwähnt haben, sich nur auf Strafsachen bezieht. Er hat nichts mit der ZPO zu tun. Daraus kann man hier nichts ableiten.

**David Eugen (C, SG):** Ich bin eigentlich auch etwas enttäuscht über den Antrag der Mehrheit, die Mediation zu streichen; ich muss es sagen. Auch aus meiner Erfahrung als Anwalt kann ich das bestätigen, was Kollege Pfisterer gesagt hat: Eine Einigung ist immer besser als ein Urteil. Es ist richtig, dass der Staat in der öffentlichen Verfahrensordnung – sie ist öffentlich-rechtlich! – ein Gefäss zur Verfügung stellt, das genau diesen Weg zur Einigung ermöglicht. Schliesslich will die ganze Zivilprozessordnung Streitfälle erledigen und den Rechtsfrieden wiederherstellen: Das ist der Sinn der ganzen Übung.

Meine Erfahrung ist die – ich habe das vorhin gesagt –, dass dieses Zivilprozessverfahren heute derart extrem teuer und derart extrem kompliziert geworden ist, dass viele Leute hier den Rechtsfrieden bzw. die Streiterledigung nicht mehr auf einigermassen akzeptable Art und Weise finden. Gerade auch aus diesem Grund ist dieses Verfahren, das hier vom Bundesrat vorgeschlagen wird, ein vernünftiger Weg – und es spielt eine Rolle, ob es im Gesetz steht oder nicht! Das ist wichtig für das Vertrauen der Beteiligten, denn sie wissen dann, dass ihnen der Gesetzgeber das als möglichen Streiterledigungsweg zur Verfügung stellt. Artikel 214 unterstreicht, dass die Wirkung dieser Vereinbarung bedeutend ist und die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Also ist ein Mediationsvergleich gleichwertig wie ein Vergleich, der vor Gericht geschlossen worden ist. Das finde



ich eine ganz

AB 2007 S 527 / BO 2007 E 527

wichtige Aussage, die hier in Artikel 214 des Gesetzes steht, und ich möchte nicht auf sie verzichten. In dem Sinne sehe ich vor allem den Mehrwert für die Rechtsuchenden, aber auch Entlastungen für die Justizbehörden. Aber ich muss nochmals sagen: Das Geld steht für mich hier nicht im Vordergrund. Ich stehe heute im Gegenteil unter dem Eindruck, dass die Justizkosten in starkem Umfange den Rechtsuchenden überbürdet werden und dass somit auch die Streiterledigung und die Wiederherstellung des Rechtsfriedens in vielen Fällen gefährdet oder überhaupt gar nicht mehr möglich sind.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Die Frage der Mediation hat eigentlich eine der langwierigsten Diskussionen ausgelöst – wobei nicht die Mediation als Tätigkeit die umstrittene Sache war, denn alle haben immer auch zuerst beteuert, es gehe um die Vermittlung, es gehe um eine Einigung, und das sei auch guteidgenössische Tradition. Aber es kann natürlich eine technische Mediation im Vordergrund stehen; diese ist heute ein eigener Industriezweig geworden, man muss das so sagen; Herr Bonhôte hat gesagt, er freue sich, dass es so sei. Darum standen hier also plötzlich technische Einrichtungen im Vordergrund.

Im Strafprozess – da hat Herr Pfisterer Recht – haben wir gute Unterlagen, weil saubere Versuche gemacht worden sind. Da hat der Bundesrat gesagt, dass wir im Strafprozess das tun sollten, was Sie auch beschlossen haben: Sie haben vom Obligatorium gesprochen, und wir sind der Meinung, dass dies auch nicht freigestellt sein sollte, sonst haben wir wieder einen Einbruch beim Grundsatz der Einheitlichkeit. Man soll aber in anderen Fällen verzichten, weil der Staat auch etwas bereitstellen muss, wenn er jemanden zu etwas verpflichtet. Dann kann er nicht einfach sagen, er verpflichte jemanden zu einer Mediation, denn dann wird der Betroffene fragen, wo das denn stattfindet und was dies denn sei. Dann muss der Staat also auch sagen, wer dies tun soll.

Im Zivilprozess ist die Vermittlung natürlich überhaupt ein gängiges Verfahren, ohne dass man von Mediation spricht. Alle Industrieunternehmen, die mit grösseren Rechtsfällen konfrontiert sind, führen wenn möglich keinen Prozess, sondern da werden schon die Anwälte damit betraut – man sucht sich diese sogar danach aus –, eine Lösung zu finden, weil sie sagen, ein Prozess sei ihnen zu kompliziert und zu teuer und dauere zu lange. Sie haben gesehen, es gibt namentlich aus diesen Kreisen einen Vorbehalt, die Mediation hier aufzunehmen. Denn diese Unternehmen haben Angst, dass für die Richter die Empfehlung und der Verweis auf die Mediation natürlich verlockend sind, weil sie dann die Sache nicht selber entscheiden müssen. Zudem haben die Unternehmen Angst vor der langen Dauer, Angst, im Prozess bereits einen Nachteil zu haben, wenn sie der Empfehlung des Richters zur Mediation nicht Folge leisten. Es ist ja nicht eine rechtliche Notwendigkeit, aber sie sagen sich, dass man es wahrscheinlich machen müsse. Wenn man sich sonst nicht einig werde, sage dann der Richter, man hätte besser eine Mediation gemacht, aber jetzt müsse er eben urteilen. Die Befürchtung ist also die, dass der Richter dann eher gegen denjenigen urteilt, der keine Mediation wollte. Das sind die Ängste.

Sie sehen es: Gemäss Artikel 210 tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens. Da fand natürlich ein riesiger Grabenkrieg mit den Friedensrichtern statt, weil die Friedensrichter geltend gemacht haben, sie seien ja die Mediatoren, sie müssten ja das Schlichtungsverfahren machen, das sei ja schon gegeben und jetzt könne man noch anstelle von ihnen auf die Mediation setzen. Sie sehen, das haben wir hier aufgenommen, wenn beide Parteien das wollen. Man muss natürlich auch sagen: Für die Schlichtung ist es ja vielleicht auch gut, wenn sie freiheitlich geregelt ist. Wenn einem ein Friedensrichter im Dorf nicht passt, dann ist vielleicht auch die Schlichtung qualitativ nicht so hochstehend. Da ist es also vielleicht besser, wenn man einen Mediator hat. Darum haben wir Ihnen das so vorgeschlagen.

Zur Mediation im Entscheidungsverfahren: Der Richter kann gemäss Text jederzeit eine Mediation empfehlen. Sie sehen, wir haben also überall sehr vorsichtige Formulierungen gewählt. Damit sind natürlich viele nicht einverstanden. Was wir hier vorschlagen, ist ein Kompromiss. Die Bedenken sind die folgenden: Wenn der Richter etwas empfiehlt, namentlich auch Leuten, die im Geschäftsleben nicht so zu Hause sind, und sagt, sie sollten eine Mediation machen, wird die Partei vor einer Zustimmung natürlich fragen, wen er als Mediator vorschläge usw. Man übernimmt mit der Empfehlung also natürlich auch eine gewisse Verantwortung.

Damit die Kantone hier nicht auf die Barrikaden gehen, haben wir Artikel 212 eingebaut: Die Organisation und die Durchführung der Mediation sind Sache der Parteien. Das konnten wir im Zivilrecht tun, im Strafprozessrecht ist das natürlich anders, darum ist es dort auch verhängnisvoller. Sie sehen also, dass wir hier einen Weg suchen. Allerdings: Wenn wir die Bestimmung nicht aufnehmen, heisst das nicht, dass man keine Mediationen durchführt.

Den Entscheid muss ich Ihnen überlassen. Der Bundesrat hat als zweiten Entscheid bezüglich des Strafpro-



zesses klar gesagt, die Mediation sei zu streichen. Es ist aber im freien Ermessen des zuständigen Bundesrates, das zu tun. Wir gehen für die Mediation nicht auf die Barrikaden. Wir meinen, einen bescheidenen Weg gewählt zu haben, müssen aber darauf hinweisen, dass immer ein aussergerichtliches, rein privates Instrument vorhanden bleibt.

Wir glauben aber, dass es wichtig ist, in ehe- und kindesrechtlichen Verfahren Mediationsbestimmungen und eine Regelung auch in der ZPO zu haben. Das ist in Artikel 292 Absatz 2 der Fall, wonach das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern kann. Wir gehen bei der internationalen Kindesentführung noch einen Schritt weiter, indem die Mediation direkt angeordnet werden kann, auch wenn die Parteien sich nicht einigen. Ich kann Ihnen aus Erfahrung sagen, dass sich die Parteien in diesen Fällen auf gar nichts einigen, nicht einmal auf gewisse Dinge, weil diejenigen, welche das Kind haben und verstecken, nichts in Richtung einer Einigung unternehmen werden. Eine Anordnung ist also notwendig.

Es muss auch gesagt sein, was eine zweckmässige Mediationsstelle ist. Denn man kann nicht einfach sagen: "Jetzt macht mal, wo ihr wollt, eine Mediation." Die wollen es ja nicht! Zum anderen ist es diesbezüglich sehr wichtig, dass man jemanden hat, der in diesem Gebiet zu Hause ist. Damit nimmt man aber auch eine gewisse Verantwortung wahr. In diesen Fällen sind die Kosten natürlich auch eine Frage, weil Mediationen teuer sein können. Herr David, Mediationen sind nicht gratis; bei den Gerichten zahlen die Parteien nicht die vollen Unkosten, aber hier müssen sie sie dann voll bezahlen. In Fällen von Kindesentführung – das war natürlich der Einwand der Kantone – müssen die Kantone zahlen, wenn nicht von anderer Seite bezahlt wird. Aber dort erachten wir die Mediation als absolut notwendig. Sie müssen sehen: Was in diesen internationalen Kindesentführungsfällen abläuft, das hat oft nichts mehr mit Recht zu tun. Das ist eine dermassen hoch emotionale Geschichte und wird immer auch zu einer Auseinandersetzung zwischen Staaten. Ich erhalte Telefonate von Justizministern, die sagen, die Schweiz sei kein Rechtsstaat, da sie Kinder nicht ausliefere usw., weil wir angeblich die Kinder trotz Urteilen nicht finden. Hierbei wäre natürlich eine Mediation, wenn sie überhaupt ermöglicht wird, von Nutzen.

Ob Sie die Mediation streichen, also der Mehrheit folgen, oder der Minderheit zustimmen: Wir werden darauf zurückkommen und bei den Verfahren betreffend Kindesentführung auf dem Obligatorium beharren; dort ist jeder Weg ein kleiner Hoffnungsschimmer, dass sich die Situation verbessert.

#### *Erste Abstimmung – Premier vote*

Für den Antrag Pfisterer Thomas .... offensichtliche Mehrheit

Dagegen .... Minderheit

AB 2007 S 528 / BO 2007 E 528

#### *Zweite Abstimmung – Deuxième vote*

Für den Antrag der Mehrheit .... 16 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit/Pfisterer Thomas .... 16 Stimmen

*Mit Stichentscheid des Präsidenten wird der Antrag*

*der Minderheit/Pfisterer Thomas angenommen*

*Avec la voix prépondérante du président*

*la proposition de la minorité/Pfisterer Thomas est adoptée*

**Wicki Franz (C, LU):** Sie haben vorhin zur Abstimmung über den Antrag Pfisterer Thomas gegen den Antrag der Mehrheit aufgerufen. Der Antrag Pfisterer Thomas betrifft aber nur den Titel. Ich muss Ihnen sagen: Da fehlt mir das Verständnis.

Ich habe den Antrag Pfisterer Thomas vor mir. Wenn ich richtig gehört habe, haben Sie zur Abstimmung "Antrag Pfisterer gegen Mehrheit" aufgerufen.

**Präsident (Bieri Peter, Präsident):** Darf ich die Sache klären? In der ersten Abstimmung zu den Artikeln 210 bis 215 habe ich den Antrag der Minderheit dem Antrag Pfisterer Thomas gegenübergestellt. Der Antrag Pfisterer Thomas entspricht inhaltlich dem Entwurf des Bundesrates; Herr Pfisterer beantragt lediglich eine Änderung des Titels. Da der Antrag Pfisterer Thomas obsiegt hat, muss das Konzept der Minderheit mit dem Titel gemäss Antrag Pfisterer Thomas in der zweiten Abstimmung dem Antrag der Mehrheit gegenübergestellt werden. Ist Herr Pfisterer der gleichen Meinung wie ich?





**Pfisterer** Thomas (RL, AG): Herr Präsident, ich glaube, dass die Abstimmung klar war. Ich will den Titel der Fassung des Bundesrates ändern. Diese Fassung gemäss Bundesrat stand dann der Fassung der Mehrheit gegenüber. Hier ist ein Gleichstand erreicht worden, und Sie haben den Stichentscheid gegeben. Man hätte sagen können, es handle sich um die modifizierte oder bereinigte Fassung des Bundesrates.

**Art. 216–218**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Einige kurze Ausführungen zum ordentlichen Verfahren: Das ordentliche Prozessverfahren hat eine Doppelfunktion. Es ist zum einen eine eigenständige Verfahrensart und gilt insofern für Streitigkeiten mit einem höheren Streitwert. Es ist aber auch ein Verfahren bei der einzigen kantonalen Instanz gemäss Artikel 5, beim Handelsgericht gemäss Artikel 6 und beim sogenannten prorogierten Gericht gemäss Artikel 7. Andererseits ist das ordentliche Verfahren eine subsidiäre Ordnung für alle anderen Verfahrensarten: für das vereinfachte Verfahren, das summarische Verfahren und die familienrechtlichen Prozesse.

Das ordentliche Verfahren ist das, was unter einem klassischen Zivilprozess verstanden wird. Es ist geprägt durch die Verhandlungsmaxime, welche gemildert wird durch die richterliche Fragepflicht. Ein weiterer wichtiger Eckpfeiler des ordentlichen Verfahrens ist das sogenannte Novenrecht. Es beantwortet die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien neue Tatsachen und neue Beweismittel vorbringen dürfen und – damit zusammenhängend – bis wann und unter welchen Voraussetzungen die Klage geändert werden kann. Ich sage das bewusst mit Blick auf Artikel 223bis ff., wo Ihnen die Kommission ein anderes Konzept vorschlägt als der Bundesrat.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 219**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 3, 4*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

.... sinngemäss. Die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden.

**Art. 219**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 3, 4*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

.... Le défendeur y expose quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Bei Artikel 219 Absatz 2 beantragt Ihnen die Kommission eine Änderung. Wichtig bei dieser Änderung ist vor allem der Einschub "im Einzelnen". Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass pauschale Bestreitungen nicht genügen, sondern dass die Bestreitungen detailliert sein müssen. Es geht nicht um eine materielle Änderung, sondern lediglich um eine Präzisierung.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 220–223**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*







**Art. 223bis**

*Antrag der Kommission*

*Titel*

Klageänderung

*Abs. 1*

Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und:

- a. mit dem bisherigen in einem sachlichen Zusammenhang steht; oder
- b. die Gegenpartei zustimmt.

*Abs. 2*

Übersteigt der Streitwert der geänderten Klage die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes, so hat dieses den Prozess an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit zu überweisen.

*Abs. 3*

Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig; das angerufene Gericht bleibt zuständig.

**Art. 223bis**

*Proposition de la commission*

*Titre*

Modification de la demande

*Al. 1*

La demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et:

- a. présente un lien de connexité avec elle; ou
- b. si la partie adverse y consent.

*Al. 2*

Lorsque la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal, il la transmet au tribunal compétent.

*Al. 3*

La demande peut être restreinte en tout état de la cause; le tribunal saisi reste compétent.

AB 2007 S 529 / BO 2007 E 529

**Art. 224**

*Antrag der Kommission*

*Titel*

Ablauf

*Text*

Zu Beginn der Verhandlung gibt das Gericht den Parteien Gelegenheit, ihre Vorbringen zu ändern oder zu ergänzen. Danach nimmt es, soweit noch nötig, die Beweise ab.

**Art. 224**

*Proposition de la commission*

*Titre*

Déroulement

*Texte*

Le tribunal donne l'occasion aux parties de modifier et de compléter leurs allégations en début d'audience. Si cela est encore nécessaire, il procède à l'administration de preuves.

**Art. 225**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Neue Tatsachen und Beweismittel werden in der Hauptverhandlung nur noch berücksichtigt, wenn sie:

- a. ohne Verzug vorgebracht werden; und
- b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.

*Abs. 2*

Streichen





Abs. 3

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

**Art. 225**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

Des faits et des moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que:

- a. s'ils sont produits sans retard; et
- b. s'ils ne pouvaient être invoqués antérieurement en dépit de la diligence requise.

*Al. 2*

Biffer

*Al. 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Art. 226**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Eine Klageänderung ist an der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Artikel 223bis Absatz 1 gegeben sind; und
- b. sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht.

*Abs. 2*

Artikel 223bis Absätze 2 und 3 sind anwendbar.

*Abs. 3, 4*

Streichen

**Art. 226**

*Proposition de la commission*

*Al. 1*

La demande ne peut être modifiée aux débats principaux que:

- a. si les conditions de l'article 223bis alinéa 1 sont remplies; et
- b. si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux.

*Al. 2*

L'article 223bis alinéas 2 et 3 s'applique.

*Al. 3, 4*

Biffer

**Art. 227**

*Antrag der Kommission*

Streichen

*Proposition de la commission*

Biffer

**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Es handelt sich bei den Artikeln 223bis bis 227 um ein Konzept.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Artikel 223bis hängt mit den nachfolgenden Artikeln bis und mit Artikel 227 zusammen. Es geht hier um die Frage, bis wann und unter welchen Voraussetzungen eine Klage geändert werden darf und bis wann und unter welchen Voraussetzungen sogenannte Noven, das sind neue Tatsachen und Beweismittel, vorgebracht werden können.

Der Entwurf des Bundesrates ist sehr grosszügig. Demnach sollen bis und mit den ersten Parteivorträgen unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel zulässig sein; dementsprechend ist auch eine Klageänderung zulässig, wenn ein sachlicher Zusammenhang besteht und die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gegeben ist.

Die Lösung, die Ihnen die Kommission mit den Artikeln 223bis bis und mit 227 vorschlägt, ist griffiger. Der Schnitt, bis zu welchem Noven unbeschränkt zulässig sein sollen und demzufolge auch die Klageänderung zulässig sein soll, erfolgt gegenüber der Fassung des Bundesrates früher; das heisst, genau gesehen, nach



der Instruktionsverhandlung, die in Artikel 223 geregelt ist, und vor der Hauptverhandlung. Nach dieser Schnittstelle sollen Noven nur noch dann zulässig sein, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und – also nicht alternativ, sondern kumulativ – trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher haben vorgebracht werden können. Demzufolge ist auch die Klageänderung an der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn zum einen die Voraussetzungen für die Klageänderung, wie sie in Artikel 223bis aufgeführt sind, gegeben sind und – auch hier wieder kumulativ – zum anderen die Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Diese neuen Tatsachen dürfen also nur noch solche sein, welche nach Artikel 225 zulässig sind.

Es handelt sich um ein neues Konzept, das Ihnen die Kommission vorschlägt, das aber – so glaube ich – auch vom Bundesrat akzeptiert wird.

Ich möchte zuhanden der Materialien noch darauf hinweisen, dass bei Artikel 226 die Absätze 3 und 4 gestrichen werden können, weil diese Punkte im neuen Artikel 223bis geregelt sind. Artikel 227 ist in Artikel 224 integriert.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Herr Inderkum hat zu Recht gesagt, dass die Kommission für Rechtsfragen hier ein neues Konzept gewählt habe. Worum geht es? Das Novenrecht ist eine absolute Kernfrage des Prozessrechtes, also eine bedeutungsvolle Frage. Es besagt, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien neue Tatsachen, neue Beweismittel und neue Begehren vorbringen dürfen. Die kantonalen Ordnungen sind diesbezüglich ausserordentlich verschieden. Deshalb brachte der Entwurf des Bundesrates einen Kompromiss, der ziemlich genau die Mitte der kantonalen Bandbreiten trifft. Demgemäss können die Parteien nicht nur im vorbereitenden Verfahren, sondern auch noch zu Beginn der Hauptverhandlung, in den sogenannten ersten Parteivorträgen, unbeschränkt Neuigkeiten bringen. Dann aber kommt die gesetzliche Schranke, dann ist es fertig.

Die Kommission für Rechtsfragen beantragt eine Verschärfung: Noven sollen nur im vorbereitenden Verfahren unbeschränkt zulässig sein, konkret also während des Schriftenwechsels und an einer Instruktionsverhandlung; an der Hauptverhandlung selber sollen sie nur noch unter ganz bestimmten, beschränkten Voraussetzungen vorgebracht werden dürfen. Die gesetzliche Schranke soll also nicht erst an der Hauptverhandlung kommen, sondern schon vorher.

Sie setzen den Akzent somit stärker auf die sogenannte Eventualmaxime. Es ist umstritten, welches dieser beiden Verfahren besser und förderlicher ist. Es ist klar: Wenn man nachher nicht unbeschränkt noch etwas einbringen kann, muss man es vorher tun und die Beweismittel also auch eventualiter einbringen. Wir haben ja eigentlich unseren

AB 2007 S 530 / BO 2007 E 530

Verfahrensvorschlag nicht aus einer ideologischen Begründung heraus gewählt, sondern im Hinblick auf die Kantone; tatsächlich ist die Regelung, die Ihre Kommission für Rechtsfragen jetzt vorstellt, ein Verfahren, das gewisse Kantone auch haben. Alle Kantone, die man fragt, haben mit ihrer Lösung gute Erfahrungen gemacht, sodass es wahrscheinlich nicht sehr darauf ankommt.

Der Bundesrat kann mit der Lösung leben, die die Kommission beantragt. Der Prozess bleibt auch so noch flexibel. Man kann diesem Konzept also ohne Weiteres auch so zustimmen, ohne dass man eine Verschlechterung der Zivilprozessordnung in Kauf nehmen müsste.

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 228–230**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

#### **Art. 231**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

.... Sie können zusätzlich auf Tonband, auf Video ....





**Art. 231**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

.... Ils peuvent au surplus être enregistrés sur bandes magnétiques, vidéo ....

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: In Absatz 2 geht es um die Protokollierung der Ausführungen tatsächlicher Natur. Konkret stellt sich die Frage, ob technische Aufzeichnungen, also auf Tonband oder Video, das schriftliche Protokoll ersetzen können oder nicht. Dazu ist festzuhalten, dass technische Aufzeichnungen keinen Ersatz für ein Protokoll bilden. Es ist das Protokoll, welches als Dokument das Wesentliche festzuhalten hat, und die technischen Aufzeichnungen sind lediglich Hilfsmittel zur Erstellung dieses Protokolls. Das soll gesetzgeberisch mit dem Wort "zusätzlich" zum Ausdruck gebracht werden. Im Klartext heisst dies also, dass Aufzeichnungen zusätzlich zu einem schriftlichen Protokoll erfolgen und dieses nicht etwa ersetzen können.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Mit der Klarstellung, dass die Ausführungen zusätzlich auf Tonband und auf Video aufgenommen werden können, sind wir einverstanden. Es ist eine Verbesserung gegenüber unserer Fassung.

Zu den übrigen Artikeln habe ich keine Bemerkungen.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 232, 233**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 234**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Bei Artikel 234 eine kurze Erklärung zu Buchstabe f: Auf Rechtsmittel kann verzichtet werden, sobald das Urteil gefällt ist. Ein vorgängiger Verzicht ist nicht zulässig; ein nachheriger Verzicht betrifft nur die sogenannten Hauptrechtsmittel – Berufung und Beschwerde –, nicht aber die Revision.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 235**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1, 3*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung oder Beschwerde.

**Art. 235**

*Proposition de la commission*

*Al. 1, 3*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*





Une motivation écrite est remise aux parties, si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours dès la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à attaquer la décision par appel ou recours limité au droit.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Bei Artikel 235 Absatz 2 beantragt Ihnen Ihre Kommission eine Änderung. Das ist eine Anpassung aufgrund des Rechtsmittelsystems. Das werden wir dann weiter hinten in Artikel 307ff. behandeln.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 236–238**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

**Art. 239**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Einige kurze Ausführungen zum vereinfachten Verfahren: Dieses ist wie das ordentliche Verfahren ein einlässlicher Prozess, aber ein Prozess mit vereinfachten Formen. Solche Verfahren kennen die Kantone heute schon. Teilweise ist das Verfahren durch das Bundesrecht bedingt; dieses schreibt nämlich für verschiedene Materien ein einfaches und rasches Verfahren vor, beispielsweise im Arbeitsrecht, im Mietrecht, im Pachtrecht und im Konsumentenrecht, also in den Bereichen des sogenannten sozialen Privatrechtes.

Wichtig ist aber der Umstand, dass in den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens auch Streitigkeiten fallen, solange diese einen bestimmten Streitwert nicht überschreiten; in unserem Falle sind das 30 000 Franken. Das vereinfachte Verfahren folgt kantonalen Vorbildern, es ist durch Formerleichterungen, vermehrte Mündlichkeit – das wird uns noch beschäftigen –, kürzere Fristen und grössere Einwirkungsmöglichkeiten des Gerichtes geprägt.

*Angenommen – Adopté*

AB 2007 S 531 / BO 2007 E 531

**Art. 240**

*Antrag der Mehrheit*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag der Minderheit*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Abs. 1*

Die Klage enthält:

- a. die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter;
- b. das Rechtsbegehren;
- c. die Angabe des Streitwertes;
- d. eine kurze Begründung;
- e. die Bezeichnung der Beweismittel;
- f. das Datum und die Unterschrift.

*Abs. 2*

Streichen





**Art. 240**

*Proposition de la majorité*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Proposition de la minorité*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Al. 1*

La demande contient:

- a. la désignation des parties et, le cas échéant, des représentants;
- b. les conclusions;
- c. la valeur litigieuse;
- d. une brève motivation;
- e. la désignation des moyens de preuve;
- f. la date et la signature.

*Al. 2*

Biffer

**Art. 241**

*Antrag der Mehrheit*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag der Minderheit*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Titel*

Klageantwort

*Text*

Das Gericht setzt der beklagten Partei eine Frist zur schriftlichen Klageantwort.

**Art. 241**

*Proposition de la majorité*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Proposition de la minorité*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Titre*

Réponse

*Texte*

Le tribunal fixe un délai au défendeur pour répondre.

**Art. 242**

*Antrag der Mehrheit*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Antrag der Minderheit*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Abs. 2*

Streichen

**Art. 242**

*Proposition de la majorité*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Proposition de la minorité*

(Hess Hans, Schiesser, Wicki)

*Al. 2*

Biffer





**Präsident** (Bieri Peter, Präsident): Es handelt sich bei den Artikeln 240 bis 242 wiederum um ein Konzept.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Auch hier haben wir es wieder mit zwei Konzepten zu tun. Die Anträge der Mehrheit und der Minderheit zu den Artikeln 240 bis 242 hängen jeweils zusammen. Es geht konkret um die Frage, ob eine Klage im vereinfachten Verfahren auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden kann.

Der Antrag der Mehrheit der Kommission, den ich mithin begründe, geht von folgenden Überlegungen aus: Mündliche Klagemöglichkeiten sind bereits heute in den verschiedensten Zivilprozessordnungen verbreitet; sie sind auch bürgernah. Die Klage ist nicht zu begründen, sodass der Aufwand des Gerichtspersonals nicht allzu gross sein dürfte. Es ist natürlich so: Wenn die Klage auch beim Gericht zu Protokoll erklärt werden kann, dann braucht es eine bestimmte Person, die diese Protokollierung vornimmt. Die Minderheit wird Ihnen zu bedenken geben, dass dies einen erheblichen zusätzlichen Aufwand bringen könnte. Die Mehrheit ist der Auffassung, dass das nicht der Fall sein wird, weil das, wie gesagt, schon heute weitverbreitete Praxis ist und weil die Klage nicht begründet werden muss. Die Klage kann aber selbstverständlich begründet werden, denn zweifelsohne wird es auch in diesem Verfahren so sein, dass die Parteien durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vertreten sind und dass dann die Klage begründet und gar nicht zu Protokoll erklärt wird. Wenn die Klage nicht begründet ist, dann wird sofort zur Verhandlung vorgeladen, und dann findet ein mündliches Verfahren statt. Die Möglichkeit, eine Klage auch mündlich einzureichen, ist in der Vernehmlassung gut aufgenommen worden. Das sind die wesentlichen Gründe für den Antrag der Mehrheit.

**Hess** Hans (RL, OW): In der Botschaft des Bundesrates wird unter dem Titel "Vereinfachte Klage und Stellungnahme der Gegenpartei" auf Seite 7347 unter anderem Folgendes festgehalten: "Die genannten Vereinfachungen sind jedoch nur Optionen für die klagende Partei. Es steht ihr frei, stattdessen eine vollständige und begründete Klageschrift einzureichen." Diese einseitige Option für die klagende Partei erachtet die Minderheit als eine Benachteiligung der beklagten Partei.

In der Kommission wurde zu diesem Thema seitens der Verwaltung ausgeführt, dass das Gericht gemäss Artikel 41 Absatz 1 nach Zuweisung der Eingabe an die beklagte Partei zur Verhandlung vorladen könne, da könne seitens der Beklagten dann mündlich geantwortet werden, was auch protokolliert werde. Es ist damit offensichtlich, dass die beklagte Partei nicht in gleicher Weise alleine, wie es die klagende Partei tun kann, zum Gericht gehen und sich dort durch das Gerichtspersonal oder einen Gerichtsschreiber die Klageantwort ausfertigen lassen kann. Damit schaffen wir für die Prozessparteien ungleich lange Spiesse.

Die Minderheit will eine klare Trennung zwischen der Tätigkeit der Gerichte als rechtsanwendende Behörde und jener der Parteien. Aufgabe der Parteien muss es sein und bleiben, unabhängig vom Gericht ihre Ansprüche dem Gericht vorzutragen. Das Gericht seinerseits hat unvoreingenommen über die Begehren der Parteien zu entscheiden. Es ist natürlicherweise damit verbunden, dass die klagende Partei aus der Bereitschaft des Gerichtes, bei der Ausfertigung der Klage behilflich zu sein, auch erwartet, dass das Gericht eine Beurteilung der Prozessaussichten vornimmt. Das heisst, die klagende Partei leitet aus dieser Bereitschaft des Gerichtes ab, dass die Klage Aussicht auf Erfolg haben muss. Die klagende Partei geht diesfalls zu Recht davon aus, dass die Klage gutgeheissen werden muss, da nicht davon auszugehen ist, dass das Gericht behilflich ist, den

AB 2007 S 532 / BO 2007 E 532

Beklagten eine aussichtslose Klage zuzustellen. In unserem Minderheitsantrag halten wir eine klare Trennung zwischen der Tätigkeit der Gerichte als rechtsanwendende Behörden – hierfür werden das Gericht und das Personal auch bezahlt – und der Tätigkeit der Prozessparteien als Rechtsuchende fest.

Ich ersuche Sie aus diesen Überlegungen, dem Antrag der Minderheit zuzustimmen.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es geht hier um ein besonderes, nämlich vereinfachtes Verfahren. Wir haben uns bemüht, hier einfache und vor allem kostengünstige Anforderungen zu stellen. Formerleichterungen und Mündlichkeit sind zentrale Merkmale dieses vereinfachten Verfahrens. Wenn man sie nicht realisiert, kommt man natürlich schnell in das ordentliche Verfahren.

Die Messlatte war die Laienfreundlichkeit, die besondere Bürgernähe und die Möglichkeit, auch jemandem, der sonst diesen Aufwand nicht auf sich nehmen könnte, in einfachen Fällen einen Gerichtszugang und Rechtssicherheit zu geben. Herr David hat mehrmals darauf hingewiesen, dass Rechtsfälle immer so teuer sind, aber man muss natürlich sagen, dass bei solchen einfachen Fällen die Kosten für die Anwälte der grösste Brocken sind. Hier ist beabsichtigt, dass man in einfachen Fällen noch etwas machen kann, ohne sich in hohe Kosten zu stürzen.

Der Minderheitsantrag Hess Hans buchstabiert hier unseres Erachtens deutlich zurück; er verlangt eine schrift-



liche Begründung der Klage. Auch nach dem Entwurf des Bundesrates darf die Klage ja nicht einfach wortlos eingereicht werden; das ist nicht der Fall. Sie sehen: Wenn der Betreffende das Gesuch mündlich einreicht, muss er es vor Gericht zu Protokoll geben. Ob er es nun mündlich oder schriftlich einreicht, in jedem Fall muss er den Streitgegenstand definieren; da kommt er nicht darum herum. Er hat ein paar Stichworte oder Sätze zu liefern, die dem Gericht und der Gegenpartei zeigen, worum es geht. Ein Beispiel: "Ich habe für 8000 Franken ein Auto verkauft; die Rechnung liegt bei. Ich habe den Betreffenden soundso viele Male gemahnt, und er hat jedes Mal Rechtsvorschlag gemacht." Dazu muss der Betreffende die Urkunden beilegen, und damit muss sich das Gericht begnügen. Den Rest soll er dann machen, wenn der Fall vor Gericht kommt.

Wenn Sie bei diesem Fall bleiben, ist das für einen Garagisten ein einfaches Vorgehen, und das Gericht weiss sofort, worum es geht, d. h. um eine einfache Forderungsklage mit einem nicht sehr hohen Forderungswert von 8000 Franken, wobei der Betreffende nicht bezahlt. Das ist einer von vielen Fällen, mit denen die Gerichte zu tun haben, und die verfügbaren Urkunden dienen als Beweismittel. Das genügt in unserem Fall als Formalität, und wir glauben auch, dass man vom Laien nicht viel mehr erwarten kann bzw. sollte als das. Wenn man hier wesentlich weiter geht, dann wird das vereinfachte Verfahren zu einem ordentlichen Prozess und wird dann wesentlich anspruchsvoller.

Weiter möchte die Minderheit, dass die Klage stets schriftlich einzureichen ist. Die Möglichkeit einer mündlichen Klageeinreichung ist heute in vielen Kantonen gegeben. Man kann aber nicht einfach auf der Strasse sagen, man habe Klage eingereicht, sondern muss sie beim Gericht zu Protokoll geben. Es gibt natürlich schon formale Anforderungen. Man muss auch zu Protokoll geben, worum es geht und was der Streitgegenstand ist, und wenn möglich die entsprechenden Urkunden beilegen. Das muss auch dort gegeben sein.

Diese Möglichkeit passt gut zu einem bürgernahen Verfahren. Die Vernehmlassung hat hier einen sehr breiten Konsens ergeben. Auch von den rechtsanwendenden Behörden ist sie eigentlich nicht bestritten worden, natürlich vor allem nicht in den Kantonen, wo man sie schon hat.

Wir bitten Sie, hier der Mehrheit zuzustimmen.

#### *Abstimmung – Vote*

Für den Antrag der Mehrheit .... 19 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit .... 8 Stimmen

#### **Art. 243**

##### *Antrag der Kommission*

###### *Abs. 1*

Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen.

###### *Abs. 2*

In den Angelegenheiten von Artikel 239 Absatz 2 sowie in den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

#### **Art. 243**

##### *Proposition de la commission*

###### *Al. 1*

Le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter des allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve.

###### *Al. 2*

Dans les affaires selon l'article 239 alinéa 2 et dans les litiges relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs, le tribunal établit les faits d'office.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Der Entwurf des Bundesrates sieht vor, dass das Gericht im vereinfachten Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, "indem es darauf hinwirkt, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und vorhandene Beweismittel bezeichnen".

Die Kommission schlägt in Absatz 2 vor, die Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen, also die sogenannte Untersuchungsmaxime, auf die Fälle von Artikel 239 Absatz 2, das heisst auf die Bereiche des sozialen Privatrechts, zu beschränken. Das entspricht dem Bundesrecht. Für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten, welche im vereinfachten Verfahren abgewickelt werden, soll dagegen weiterhin die sogenannte Verhandlungsmaxime gelten, allerdings durchbrochen durch eine verstärkte richterliche Fragepflicht gemäss





Artikel 243 Absatz 1. Das entspricht bisherigen kantonalen Prozessrechten. Rechtspolitisch erscheint es uns wichtig, dass die Verhandlungsmaxime im Grundsatz auch im vereinfachten Verfahren gilt.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Es ist unserer Ansicht nach ein kleiner Unterschied, ob eine beschränkte Untersuchungsmaxime oder eine verstärkte Fragepflicht vom Richter verlangt wird. Wir sind der Auffassung, dass das im Ergebnis praktisch dasselbe ist. Wir glauben, dass damit der laienfreundliche Charakter des vereinfachten Verfahrens aufrechterhalten werden kann. Darum beharren wir nicht auf unserer Fassung und können uns mit dem Antrag der Kommission einverstanden erklären.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 244–247**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Proposition de la commission*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Die Artikel 244 bis 266 regeln das summarische Verfahren. Die typischen Merkmale des summarischen Verfahrens sind die Raschheit, eine grosse Flexibilität in der Form, teilweise eine Beschränkung der richterlichen Kognition und der Beweismittel. Es gibt aber auch atypische summarische Verfahren, bei denen diese Beschränkungen nicht gelten,

AB 2007 S 533 / BO 2007 E 533

beispielsweise bei Artikel 251. Das summarische Verfahren hat in der Praxis grosse Bedeutung.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 248**

*Antrag der Kommission*

*Abs. 1*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

*Abs. 2*

Das Gesuch ist in den Formen nach Artikel 128 zu stellen; in einfachen oder dringenden Fällen kann es mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden.

**Art. 248**

*Al. 1*

Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Al. 2*

La requête doit être déposée dans les formes prescrites à l'article 128; dans les cas simples ou urgents, elle peut être dictée au procès-verbal au tribunal.

**Inderkum** Hansheiri (C, UR), für die Kommission: Absatz 2 von Artikel 248 bestimmt, dass Eingaben dem Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen sind. Die Fassung der Kommission will zum Ausdruck bringen, dass diese Form grundsätzlich auch für das summarische Verfahren gilt. In einfachen oder dringenden Fällen ist es aber möglich, das Gesuch auch mündlich zu Protokoll zu geben.

**Blocher** Christoph, Bundesrat: Die Einschränkung, welche die Kommission beantragt, dass das nur in einfachen oder dringenden Fällen mündlich geschehen soll, währenddem wir allgemein ein mündliches Gesuch zulassen wollen, ist eigentlich einleuchtend. Namentlich in komplexen Fällen ein mündliches Verfahren machen zu wollen und das zu Protokoll geben lassen zu wollen würde zu weit führen. Wir sind mit dieser Einschränkung betreffend Mündlichkeit in diesem Falle einverstanden.

*Angenommen – Adopté*

**Art. 249–252**

*Antrag der Kommission*

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates





## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Sommersession 2007 • Achte Sitzung • 14.06.07 • 08h00 • 06.062  
Conseil des Etats • Session d'été 2007 • Huitième séance • 14.06.07 • 08h00 • 06.062



*Proposition de la commission*  
Adhérer au projet du Conseil fédéral

*Angenommen – Adopté*

*Die Beratung dieses Geschäftes wird unterbrochen*  
*Le débat sur cet objet est interrompu*

*Schluss der Sitzung um 12.45 Uhr*  
*La séance est levée à 12 h 45*

AB 2007 S 534 / BO 2007 E 534

