

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Herausgegeben von / Editées par

François Bohnet, Tanja Domej, Ulrich Haas, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin,
Ramon Mabillard, Alexander R. Markus, Paul Oberhammer, Ivo Schwander,
Daniel Staehelin, Thomas Sutter-Somm, Denis Tappy

Mirjam C. Anderegg

Von da mihi facta
dabo tibi ius
zur materiellen
Prozessleitung

Ein Weg zur Einordnung und
Rechtfertigung der Gerichtspflichten
bei der zivilprozessualen
Sachverhaltserstellung

DIKE 

Mirjam C. Anderegg

Von *da mihi facta dabo tibi ius* zur materiellen Prozessleitung

Herausgegeben von / Editées par

Prof. Dr. François Bohnet, Université de Neuchâtel

Prof. Dr. Tanja Domej, Universität Zürich

Prof. Dr. Ulrich Haas, Universität Zürich

Prof. Dr. Jacques Haldy, Université de Lausanne

Prof. Dr. Nicolas Jeandin, Université de Genève

Prof. Dr. Ramon Mabillard, Universität Fribourg

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Universität Bern

Prof. Dr. Paul Oberhammer, Universität Wien

Prof. Dr. Ivo Schwander, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Daniel Staehelin, Universität Basel

Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel

Prof. Dr. Denis Tappy, Université de Lausanne

Mirjam C. Anderegg

Dr. iur.

Von da mihi facta
dabo tibi ius
zur materiellen
Prozessleitung

Ein Weg zur Einordnung und
Rechtfertigung der Gerichtspflichten
bei der zivilprozessualen
Sachverhaltserstellung

FREIBURGER DISSERTATION

Genehmigt von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) am 25.03.2024 auf Antrag von Herrn Professor Dr. Ramon Mabillard, LL.M. (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Michel Heinzmann, LL.M. (zweiter Referent).

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers resp. der Verfasserin Stellung zu nehmen (Fakultätsratsbeschluss vom 1. Juli 1916).

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dikey.ch

www.dike.ch

Text © Mirjam C. Anderegg 2024

ISBN (Hardback): 978-3-03891-749-6 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-075-8

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-075-8>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Für meine Familie

Vorwort

Ganz besonderen Dank möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Ramon Mabillard, aussprechen. Er hat meinem Dissertationsprojekt grosses Interesse entgegengebracht und wertvolle Hinweise gegeben. Die Erinnerungen an die spannenden Gespräche und an die Zeit an seinem Lehrstuhl nehme ich mit auf meinen weiteren Weg. Herr Prof. Michel Heinzmann hat das Zweitgutachten zu dieser umfangreichen Abhandlung übernommen. Auch ihm möchte ich für seine Zeit und seine Hinweise herzlich danken.

Personen aus den unterschiedlichsten Tätigkeitsbereichen haben sich in der Zeit der Entstehung dieser Abhandlung nach meinem Dissertationsthema erkundigt; jeder Austausch dazu war für mich bereichernd. Es hat mich sehr gefreut, wenn Interesse an den Resultaten meiner Analysen bekundet wurde. In dieser Hinsicht sei namentlich Herrn Prof. Paul Oberhammer gedankt.

Dank gebührt auch dem Schweizerischen Nationalfonds für die grosszügige Beteiligung an den Publikationskosten und dem Dike-Verlag für das Begleiten der Drucklegung.

Mit so vielen lieben Worten haben mich meine Freundinnen und Freunde insbesondere auch während der Entstehung dieser Dissertation begleitet und sich mit mir über den Abschluss gefreut. Ein grosses Merci an Euch!

Von ganzem Herzen danke ich schliesslich meinem Ehemann, unseren Kindern sowie meinen Eltern. Danke für Eure Liebe, Rücksicht und Unterstützung!

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Literaturverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	LXIII
Grafikverzeichnis	LXV
Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung	LXVII
Nicht (vollständig) in der amtlichen Sammlung	LXVII
Amtliche Sammlung	LXXIV
Einleitung	1
Zur Themenwahl	2
Zur Vorgehensweise	5
Grafik 1 – <i>Da mihi facta dabo tibi ius</i> → Materielle Prozessleitung	8
Grafik 2 – Auslegung der materiellen Prozessleitung	10
Teil I Analyse der Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> vom Sach- und Verfahrensrecht	13
Kapitel 1 Über <i>da mihi</i> und <i>dabo tibi</i> – die Subjekte im Prozessrechtsverhältnis	16
A. Prozessrechtsverhältnis	16
I. Dreieckiges, öffentlichrechtliches Prozessrechtsverhältnis	16
II. Bedeutung der Figur des Prozessrechtsverhältnisses für die vorliegende Abhandlung	18
B. Prozessuale Beziehungen zwischen den Subjekten im Verfahren	21
I. <i>Da mihi</i> – Zuständigkeit der Parteien für das Einbringen von Prozessstoff	21
II. <i>Dabo tibi</i> – Zuständigkeit des Gerichts für die Beurteilung von Streitigkeiten	36
C. Fazit zur Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> von <i>ius</i> (I)	49
Kapitel 2 Über <i>facta</i> und <i>ius</i> – der Gegenstand der Aufgabenteilung	53
A. Herleitung und Abgrenzung der prozessualen Aufgaben	54
I. Von der Unterscheidung zwischen Rechtlichem und Tatsächlichem	54
II. Zur Abgrenzung zwischen der Tat- und der Rechtsfrage des Sachrechts	67

III. Zur weiteren Abgrenzung der Tat- und der Rechtsfrage des Verfahrensrechts	79
B. Resultat: Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht	90
C. Fazit zur Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> von <i>ius</i> (II)	94
Grafik 3 – Übersicht Teil I	98
 Teil II Analyse der Brücke zwischen <i>da mihi facta</i> und <i>ius</i> – Einordnen der materiellen Prozessleitung	 101
Kapitel 3 Über das Mitwirken der Prozesssubjekte an der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung	103
A. Begrifflichkeiten und Themeneingrenzung	103
I. Verhältnis zwischen <i>facta</i> , Prozessstoff und Streitgegenstand	103
II. Fokus: Aufgabenverteilung bei der Prozessstoffsammlung i.S.v. <i>da mihi facta</i>	105
B. Sachverhaltsbezogene Aufgaben und deren Verteilung zwischen den Prozesssubjekten	106
I. Alleinige Gerichtsaufgaben: Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung	106
II. Partei- und Gerichtsaufgabe: Einbringen des Prozessstoffs	109
C. Gegenüberstellung: Tätigkeiten – Verantwortung	163
I. Gesamtbild des personellen Zusammenwirkens bei der Prozessstoffsammlung	163
II. Verantwortung der Parteien bei der Sachverhaltserstellung	164
III. Verantwortung des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung	186
IV. Fokus der weiteren Analysen zur materiellen Prozessleitung	208
Kapitel 4 Über die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsaufgaben bei der Sachverhaltserstellung	211
A. Zusammenfassung bedeutender Aspekte für das Ergründen der Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung	212
I. Bedeutung des Prozessrechtsverhältnisses, vorgestellt im Kapitel 1 ...	212
II. Methode im Kapitel 2: Einteilen des juristischen Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen, um Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht aufzudecken	212
III. Methode im Kapitel 3: Differenzierung zwischen Tätigkeiten und Verantwortung, um das Zusammenwirken der Subjekte bei der Stoffsammlung zu ergründen	214
IV. Fazit: Komplexe Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> vom Sach- und vom Verfahrensrecht	215
V. Ziel im Teil II: Brückenschlag von der Parömie zur materiellen Prozessleitung	216

B.	Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung mithilfe der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts	218
I.	Grundlegende Prämissen zur Ermittlung der Trennlinie	218
II.	Ermittlung der Trennlinie der Aufgabenteilung bei der Sachverhaltserstellung	219
Kapitel 5	Über die Definition der materiellen Prozessleitung sowie deren Herausforderung im kontradiktorischen Verfahren	247
A.	Definition der materiellen Prozessleitung	248
I.	Basis: Gestaltende Einflussnahme des Gerichts auf den Prozessstoff (KUMMER)	248
II.	Einbezug der Erkenntnisse aus den Teilen I und II	249
III.	Resultat: Definition der materiellen Prozessleitung	257
B.	Herausforderung der materiellen Prozessleitung im kontradiktorischen Verfahren	257
Grafik 4 –	Übersicht Teil II	262
Teil III	Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess und Synthese ihrer Stufenfolge	265
Kapitel 6	Über die Notwendigkeit und die Kriterien zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> im schweizerischen Zivilprozess	267
A.	Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung für die Schweiz	268
I.	Neue Prozessordnung – Neuordnung eines sozialen Systems	268
II.	Zentrale Aspekte der neuen Prozessordnung für die Sachverhaltserstellung	271
III.	Kritik an der gesetzlichen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	293
B.	Kriterien zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> als Grundlage für eine sinnvolle Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	300
I.	Methode: Kriterien zur Begrenzung der Relativierung des <i>da mihi facta</i> führen zum zulässigen Umfang der limitierten materiellen Prozessleitung	301
II.	Suche nach Kriterien für die Relativierung des <i>da mihi facta</i>	303
III.	Abwägung der existierenden Prüfungsschemen zu Art. 35 Abs. 3 und 36 BV	312
IV.	Fazit	327
Kapitel 7	Über die Relativierung des <i>da mihi facta</i> mithilfe der Kriterien des Art. 5 i.V.m. Art. 36 BV und die hieraus resultierende Stufenfolge der materiellen Prozessleitung (<i>de lege lata</i>)	334
A.	Analyseumfang des vorliegenden Kapitels	335

B.	Gesetzliche Grundlage	336
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	336
II.	Anforderungen an die Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung	338
C.	Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter	352
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	352
II.	Mit <i>da mihi facta</i> verbundene Interessen	362
III.	Interessen an der Relativierung des <i>da mihi facta</i> aus verschiedenen Perspektiven	364
IV.	Weiteres Vorgehen: Auf die Interessenselektion folgt der Interessenausgleich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung	433
D.	Verhältnismässigkeit	435
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	435
II.	Geeignetheit	438
III.	Erforderlichkeit	446
IV.	Verhältnismässigkeit i.e.S. – Angemessenheit	477
E.	Wahrung des Kerngehalts	595
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	595
II.	Ansätze für die Diskussion um einen Kerngehalt von <i>da mihi facta</i> ...	596
III.	Fazit zum Kerngehalt von <i>da mihi facta</i>	605
F.	Synthese einer Stufenfolge zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> basierend auf den Ergebnissen der vorliegenden Abhandlung	606
I.	Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht	607
II.	Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht	685
III.	Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der sozialen Untersuchungsmaxime des vereinfachten Verfahrens sowie in weiteren Belangen einer unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime	709
IV.	Exkurs: <i>Da mihi facta</i> als notwendige Ergänzung der umfassenden materiellen Prozessleitung – lenkend-eingeschränkte sowie uneingeschränkte Untersuchungsmaxime	740
G.	Abschliessende Worte über das Ausschöpfen der materiellen Prozessleitung	756
	Grafik 5 – Übersicht Teil III	758

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Literaturverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	LXIII
Grafikverzeichnis	LXV
Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung	LXVII
Nicht (vollständig) in der amtlichen Sammlung	LXVII
Amtliche Sammlung	LXXIV
 Einleitung	 1
Zur Themenwahl	2
Zur Vorgehensweise	5
Grafik 1 – <i>Da mihi facta dabo tibi ius</i> → Materielle Prozessleitung	8
Grafik 2 – Auslegung der materiellen Prozessleitung	10
 Teil I Analyse der Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> vom Sach- und Verfahrensrecht	 13
Kapitel 1 Über <i>da mihi</i> und <i>dabo tibi</i> – die Subjekte im Prozessrechtsverhältnis ...	16
A. Prozessrechtsverhältnis	16
I. Dreieckiges, öffentlichrechtliches Prozessrechtsverhältnis	16
II. Bedeutung der Figur des Prozessrechtsverhältnisses für die vorliegende Abhandlung	18
B. Prozessuale Beziehungen zwischen den Subjekten im Verfahren	21
I. <i>Da mihi</i> – Zuständigkeit der Parteien für das Einbringen von Prozessstoff	21
a. Grundlegende subjektbezogene Anforderungen	21
i) Auswahl	21
ii) Partei- und Prozessfähigkeit	22
1. Einordnung	22
2. Bezug zur materiellen Prozessleitung	23
iii) Postulationsfähigkeit	24
1. Einordnung	24
2. Bezug zur materiellen Prozessleitung	28

b. Verpflichtungsarten in Bezug auf die Einbringtätigkeiten	31
i) Pflicht	31
ii) Prozessuale Obliegenheit bzw. Last	33
iii) Präzisierung des Berechtigungskorrelats der Parteien bzw. des <i>da mihi facta</i>	35
II. <i>Dabo tibi</i> – Zuständigkeit des Gerichts für die Beurteilung von Streitigkeiten	36
a. Grundlegende subjektbezogene Anforderungen	36
i) Auswahl	36
ii) Unabhängigkeit	38
iii) Unparteilichkeit	39
b. Verpflichtungsart in Bezug auf die Rechtsprechungstätigkeit	41
i) Keine gerichtliche Last	41
ii) Pflicht bzw. Kompetenz	41
iii) Präzisierung des Anspruchskorrelats der Parteien bzw. des <i>dabo tibi ius</i>	43
1. Anspruch auf ein Sachurteil?	44
2. Anspruch auf einen richtigen Entscheid?	45
3. Einfluss bestimmter Prozessmaximen	46
C. Fazit zur Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> von <i>ius</i> (I)	49
Kapitel 2 Über <i>facta</i> und <i>ius</i> – der Gegenstand der Aufgabenteilung	53
A. Herleitung und Abgrenzung der prozessualen Aufgaben	54
I. Von der Unterscheidung zwischen Rechtlichem und Tatsächlichem	54
a. Konditionalnorm	54
b. Anwendung der Rechtsnorm mithilfe des juristischen Syllogismus	55
i) Methode der Rechtsanwendung	55
ii) Teilaspekte des Obersatzes	57
iii) Teilaspekte des Untersatzes	59
1. Sachverhaltserstellung	59
2. Rechtliche Beurteilung	63
c. Übersicht über das weitere Vorgehen im Kapitel 2: Ergründen der Abhängigkeit des <i>facta</i> von <i>ius</i> mithilfe der syllogistischen Rechtsanwendung	66
II. Zur Abgrenzung zwischen der Tat- und der Rechtsfrage des Sachrechts	67
a. Relevanz der Abgrenzung	67
b. Beschrieb der Abgrenzung	69
c. Verhältnis zwischen den Konzepten <i>facta</i> <i>ius</i> und Tatfrage Rechtsfrage	70
i) Übersetzungsprozess als Teil der Subsumtion im Untersatz	70
ii) Abhängigkeit des Tatsächlichen (<i>facta</i>) von Rechtsfragen	74

d. Methode: Einteilen der verschiedenen syllogistischen Teilschritte in Tat- und Rechtsfragen des Sachrechts	75
i) Einteilung	75
ii) Anwendungsbeispiel: Rechtsprechung zum Schadensbegriff	77
III. Zur weiteren Abgrenzung der Tat- und der Rechtsfrage des Verfahrensrechts	79
a. Erläuterungen zum Vorgehen	79
i) Gedankliche Ausgangslage	79
1. Prozessrecht als Schwester des Sachrechts	79
2. Ganzheitliche Betrachtung des Rechts	83
ii) Vorliegendes Kapitel 2: Übernahme des Konzepts der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen auf das Verfahrensrecht	84
iii) Ausblick auf das Kapitel 4: Ergründen der Trennlinie der Aufgabenteilung mithilfe dieses Konzepts	84
b. Beschrieb der Tat- und der Rechtsfrage des Verfahrensrechts	85
i) Sich entwickelndes prozessuales Sein als Tatfrage des Verfahrensrechts	85
ii) Rechtsfragen des Verfahrensrechts	88
iii) Anschlussfähigkeit an Rechtsprechung, Gesetzesmaterialien und Lehre	88
B. Resultat: Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht	90
C. Fazit zur Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> von <i>ius</i> (II)	94
Grafik 3 – Übersicht Teil I	98

**Teil II Analyse der Brücke zwischen *da mihi facta* und *ius* –
Einordnen der materiellen Prozessleitung 101**

Kapitel 3 Über das Mitwirken der Prozesssubjekte an der zivilprozessualen Sachverhaltesterstellung	103
A. Begrifflichkeiten und Themeneingrenzung	103
I. Verhältnis zwischen <i>facta</i> , Prozessstoff und Streitgegenstand	103
II. Fokus: Aufgabenverteilung bei der Prozessstoffsammlung i.S.v. <i>da mihi facta</i>	105
B. Sachverhaltsbezogene Aufgaben und deren Verteilung zwischen den Prozesssubjekten	106
I. Alleinige Gerichtsaufgaben: Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung	106
a. Prozesschronologische Einordnung	106
i) Nach dem Beweisantritt bzw. der Beweisanordnung ...	106
ii) ... vor der rechtlichen Subsumtion	108

b.	Würdigung und Feststellung als maximenunabhängige Aufgaben des Gerichts	108
II.	Partei- und Gerichtsaufgabe: Einbringen des Prozessstoffs	109
a.	Methode: Differenzierung zwischen den Tätigkeiten des Einbringens und der personellen Verantwortung für den Prozessstoff	109
b.	Inhalt der Einbringstätigkeiten	112
i)	Einbringen durch die Parteien	112
1.	Von der Parteirolle unabhängige inhaltliche Konkretisierung der Tätigkeiten	112
2.	Hinweis zur Terminologie	114
3.	Notwendige Ausführlichkeit der Einbringstätigkeiten	120
ii)	Einbringen durch das Gericht	149
1.	Urteilendes Gericht als aussenstehende Behörde zum strittigen Rechtsverhältnis	149
2.	Inhaltliche Konkretisierung der gerichtlichen Einbringstätigkeiten	149
3.	Von den Parteirollen unabhängige, eigene Arten der Prozessstoffsammlung	153
c.	Verantwortung für den Prozessstoff: die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen	154
i)	Begriffsherkunft	155
ii)	Heutiger Gehalt der Prozessmaxime	157
1.	Grundsätzlicher Gehalt des sachverhaltsrelevanten Prozessmaximenpaars	157
2.	Von der <i>höchsten</i> Regel hin zum <i>Grundsatz</i>	159
C.	Gegenüberstellung: Tätigkeiten – Verantwortung	163
I.	Gesamtbild des personellen Zusammenwirkens bei der Prozessstoffsammlung	163
II.	Verantwortung der Parteien bei der Sachverhaltserstellung	164
a.	Verhandlungsmaxime → Parteiseitige Einbringstätigkeiten als individuelle Lasten	164
b.	Verbleibende Parteilast zur <i>Mitwirkung</i> bei Geltung der Untersuchungsmaxime	167
i)	Grund des Parteibeitrags	167
ii)	Einbringstätigkeiten der Parteien als « <i>Mitwirkungslast</i> »	172
1.	Inhaltlicher Aspekt – einzelne Einbringstätigkeiten	172
2.	Formale Aspekte	177
c.	Resultat: Unterschiedliche Interpretationen der Parömie in Bezug zu den Maximen	184
i)	<i>Da mihi facta</i> als reine Verhandlungsmaxime	184
ii)	<i>Da mihi facta</i> als notwendige Relativierung der Untersuchungsmaxime	184

1. Allgemeine Mitwirkungslast als Relativierung der Untersuchungsmaxime	184
2. <i>Da mihi facta</i> als Ausdruck der allgemeinen Mitwirkungslast im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes	185
III. Verantwortung des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung	186
a. Untersuchungsmaxime → Gerichtliche Einbringtätigkeit als gesetzliche Pflicht	186
b. Verbleibende Gerichtspflicht zur materiellen Prozessleitung bei Geltung der Verhandlungsmaxime	187
i) Grund des Gerichtbeitrags	187
ii) Einbringtätigkeiten des Gerichts als «materielle Prozessleitung»	190
1. Definitionen und Kontext der materiellen Prozessleitung in Lehre und Rechtsprechung	190
2. Inhaltlicher Aspekt – einzelne Einbringtätigkeiten	195
3. Formale Aspekte	202
c. Resultat: Relativierung des <i>da mihi facta</i> im Bereich der Verhandlungsmaxime	205
IV. Fokus der weiteren Analysen zur materiellen Prozessleitung	208
a. Relativierung des <i>da mihi facta</i> als Teil der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	208
b. Vorliegende Behandlung der sozialen Untersuchungsmaxime als Fall einer Relativierung des Grundsatzes <i>da mihi facta</i>	209

Kapitel 4 Über die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsaufgaben bei der Sachverhaltserstellung	211
A. Zusammenfassung bedeutender Aspekte für das Ergründen der Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung	212
I. Bedeutung des Prozessrechtsverhältnisses, vorgestellt im Kapitel 1 ...	212
II. Methode im Kapitel 2: Einteilen des juristischen Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen, um Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht aufzudecken	212
III. Methode im Kapitel 3: Differenzierung zwischen Tätigkeiten und Verantwortung, um das Zusammenwirken der Subjekte bei der Stoffsammlung zu ergründen	214
IV. Fazit: Komplexe Abhängigkeit des <i>da mihi facta</i> vom Sach- und vom Verfahrensrecht	215
V. Ziel im Teil II: Brückenschlag von der Parömie zur materiellen Prozessleitung	216
a. Kapitel 3: Interpretationen der Parömie in Bezug zu den Prozessmaximen	216

b.	Methode im vorliegenden Kapitel 4: Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung mithilfe der Tat- und der Rechtsfragen	217
c.	Kapitel 5: Materielle Prozessleitung in dieser Systematik verorten und definieren	217
B.	Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung mithilfe der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts	218
I.	Grundlegende Prämissen zur Ermittlung der Trennlinie	218
II.	Ermittlung der Trennlinie der Aufgabenteilung bei der Sachverhaltserstellung	219
a.	Rechtliche Natur der Parteitätigkeiten im Bereich des Einbringens des Sachverhalts	219
i)	Anknüpfen an BÜLOWS Prozessrechtsverhältnis	219
ii)	Uneinigkeit hinsichtlich der Rechtsnatur gewisser Lasten und Anforderungen	220
1.	Einordnung der Diskussion	220
2.	Substantiierungsanforderungen	221
3.	Objektive Beweislast	223
iii)	Auswirkungen auf die Zuordnung von Rechtsfragen zum Verfahrensrecht	224
1.	Argumente für die Zugehörigkeit der Substantiierungsanforderungen und der objektiven Beweislast zum Verfahrensrecht	224
2.	Fazit	228
b.	Beschrieb der Aufgabenteilung mithilfe des Konzepts der Tat- und der Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts	233
i)	Grundlagen: GULDENER sowie die vorliegende Analyse zum Einbringen von Prozessstoff	233
ii)	Beschrieb der Aufgabenverteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung	235
1.	Aufgaben der Parteien	235
2.	Aufgaben des Gerichts	237
c.	Resultat: Lokalisierung der Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung	246
Kapitel 5	Über die Definition der materiellen Prozessleitung sowie deren Herausforderung im kontradiktorischen Verfahren	247
A.	Definition der materiellen Prozessleitung	248
I.	Basis: Gestaltende Einflussnahme des Gerichts auf den Prozessstoff (KUMMER)	248

II. Einbezug der Erkenntnisse aus den Teilen I und II	249
a. Allgemeiner Gegenstand der materiellen Prozessleitung	249
i) Gerichtliche Kommunikation der Schlüsse über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Einbringttätigkeiten im Hinblick auf eine komplette Sachverhaltshypothese	249
ii) Umfassende Kommunikationsmöglichkeiten	251
1. Mittels Einbringttätigkeiten des Gerichts	251
2. Mittels Beweisverfügung?	252
3. Mittels Rechtsaufklärung?	253
b. Abstraktion von den Prozessmaximen	254
c. Einbezug sowohl der Partei- wie auch der Gerichtsperspektive	255
III. Resultat: Definition der materiellen Prozessleitung	257
B. Herausforderung der materiellen Prozessleitung im kontradiktorischen Verfahren	257
Grafik 4 – Übersicht Teil II	262
Teil III Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess und Synthese ihrer Stufenfolge	265
Kapitel 6 Über die Notwendigkeit und die Kriterien zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> im schweizerischen Zivilprozess	267
A. Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung für die Schweiz	268
I. Neue Prozessordnung – Neuordnung eines sozialen Systems	268
II. Zentrale Aspekte der neuen Prozessordnung für die Sachverhaltserstellung	271
a. Möglichkeit des Laienprozesses	271
i) Weder ein genereller Anwaltszwang noch eine richterliche Sphinx	271
ii) Gefahr eines faktischen Anwaltszwangs?	274
1. Vergleich zwischen der botschaftlichen Darstellung des ordentlichen und des vereinfachten Verfahrens	274
2. Begegnung eines faktischen Anwaltszwangs durch wirksame materielle Prozessleitung	282
b. Gesetzliche Verankerung der grundsätzlichen Aufgabenteilung	287
i) Verfahrensgrundsätze der Zivilprozessordnung: 1. Kapitel des 3. Titels im Teil der allgemeinen Bestimmungen	287
ii) Weitere Verfahrensgrundsätze	291
III. Kritik an der gesetzlichen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	293
a. Kritik der Lehre: Wenig Klarheit	293
b. Vorliegende Kritik: Unausgewogene Wahl und Gestaltung von Maximenausprägungen	295

B.	Kriterien zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> als Grundlage für eine sinnvolle Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	300
I.	Methode: Kriterien zur Begrenzung der Relativierung des <i>da mihi facta</i> führen zum zulässigen Umfang der limitierten materiellen Prozessleitung	301
II.	Suche nach Kriterien für die Relativierung des <i>da mihi facta</i>	303
a.	Bedarf an maximen- und verfahrensübergreifenden Orientierungshilfen	303
b.	Bedarf an inhaltlich aussagekräftigen Orientierungshilfen neben den Maximen	306
c.	Vorschläge für materielle Relativierungskriterien	307
i)	Ausgangspunkt: Betrachtung des Kapitels über die Verfahrensgrundsätze als eine Art prozessuale Verfassung	307
ii)	Erste Perspektive: Die Relativierung des <i>da mihi facta</i> (bzw. die limitierte materielle Prozessleitung) kollidiert potentiell mit Grundrechten der nicht profitierenden Partei – Art. 36 BV	310
iii)	Zweite Perspektive: Die Relativierung des <i>da mihi facta</i> (bzw. die limitierte materielle Prozessleitung) als positive staatliche Leistung zur Verwirklichung der Verfahrensgrundrechte einer prozesstechnisch überforderten Partei – Art. 35 BV	311
III.	Abwägung der existierenden Prüfungsschemen zu Art. 35 Abs. 3 und 36 BV	312
a.	Darstellung von Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BV bezogen auf die Situation der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung	313
i)	Art. 35 Abs. 3 BV	313
1.	Verhältnis zwischen Privaten	313
2.	Gefahrenquelle	314
3.	Zwischenfazit: Übernahmeproblem im Rahmen von Art. 35 Abs. 3 BV	315
ii)	Art. 36 BV	315
1.	Materielle Prozessleitung als staatliche Leistung basierend auf Art. 35 Abs. 2 BV	315
2.	Grundrechtsbetroffenheit beider Parteien bei der materiellen Prozessleitung	316
3.	Fazit: Relativierung des <i>da mihi facta</i> bzw. die materielle Prozessleitung impliziert das Finden eines Ausgleichs zwischen den Verfahrensgrundrechten beider Parteien	318
b.	Würdigung und Vergleich der Prüfungskriterien zur Schaffung eines Ausgleichs	324

i) Parallelen zwischen den Kriterien des Art. 36 BV und VON GÖNNERS Relativierung der reinen Prozessmaximen	324
ii) Parallelen zwischen den Kriterien des Art. 36 und des Art. 35 Abs. 3 BV	326
IV. Fazit	327
a. Art. 36 BV vermag die Herausforderungen im dreieckigen, öffentlichrechtlichen Prozessrechtsverhältnis widerzuspiegeln	327
b. Sinngemässe Orientierung an den mit Art. 36 BV verbundenen Gedankengängen zur Konkretisierung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) bei der materiellen Prozessleitung	329
Kapitel 7 Über die Relativierung des <i>da mihi facta</i> mithilfe der Kriterien des Art. 5 i.V.m. Art. 36 BV und die hieraus resultierende Stufenfolge der materiellen Prozessleitung (<i>de lege lata</i>)	334
A. Analyseumfang des vorliegenden Kapitels	335
B. Gesetzliche Grundlage	336
I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	336
II. Anforderungen an die Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung	338
a. Generell-abstrakte Regelung	338
b. Hinreichende Bestimmtheit	340
i) Bedeutung für die Bestimmungen der materiellen Prozessleitung	340
ii) Beispiel eines Problemfalls: Art. 56 ZPO	343
1. Die «offensichtlich» unvollständigen Vorbringen	344
2. Forderung nach einem «Andeuten» beim Mangelfall der «Unvollständigkeit»?	348
3. Fazit	351
C. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter	352
I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	352
a. Aufgabenteilung und <i>Ziele</i> bzw. <i>Zweck</i> des Zivilprozesses	352
b. Materielle Prozessleitung und <i>Interessen</i> am bzw. im Zivilprozess	355
c. Interessenkonstellationen	358
i) Sicht der Allgemeinheit vs. Sicht des Einzelnen	358
ii) Sicht der beiden Parteien im kontradiktorischen Prozess	360
II. Mit <i>da mihi facta</i> verbundene Interessen	362
III. Interessen an der Relativierung des <i>da mihi facta</i> aus verschiedenen Perspektiven	364

a.	Sicht der Allgemeinheit: Öffentliche Interessen am Zivilprozess ...	364
i)	Formale Verbindlichkeit der Streiterledigung	364
ii)	Rechtliche Verpflichtung zum Streben nach verschiedenen Zielen	366
1.	Ablehnung eines Selbstzwecks der Verfahrensvorschriften	366
2.	Interesse an der Verwirklichung des objektiven Sach- und Verfahrensrechts	370
3.	Interesse am schonenden Ressourcenumgang	384
4.	Zielkonflikt	386
b.	Sicht des Einzelnen: Konkretisierung der Verfahrensfairness aus Sicht der <i>ex ante</i> betrachtet an der materiellen Prozessleitung interessierten Partei	401
i)	Darstellung vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts sowie von <i>da mihi facta dabo tibi ius</i>	401
ii)	Vorgängiger Hinweis auf <i>facta</i> basierend auf dem Gehörsanspruch oder dem Gebot zu loyalen Verhalten?	402
1.	Grundsatz: Kein genereller verfassungsbasierter Anspruch im umfassenden Sinn	402
2.	Ausnahme: Hinweispflicht auch bei Geltung von <i>da mihi facta</i>	404
iii)	Vorgängige Offenlegung von <i>ius</i> basierend auf dem Gehörsanspruch oder dem Gebot zu loyalen Verhalten?	424
1.	Grundsatz: Kein genereller verfassungsbasierter Anspruch im umfassenden Sinn	424
2.	Ausnahme: Aufklärung in bestimmten Konstellationen	428
IV.	Weiteres Vorgehen: Auf die Interessenselektion folgt der Interessenausgleich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung	433
D.	Verhältnismässigkeit	435
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	435
a.	Drei Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung	435
b.	Analysenumfang im vorliegenden Unterkapitel D.	436
II.	Geeignetheit	438
a.	Faktor: Keine vorab ersichtliche Untauglichkeit, mindestens zu einem der primären Eingriffsmotive merklich beizutragen	438
b.	Eignung der materiellen Prozessleitung, um ein möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen	439
i)	Voraussetzung zur Zielerreichung: Vollständigkeit des relevanten Sachverhalts	439
ii)	Beitrag der materiellen Prozessleitung	439

c. Eignung der materiellen Prozessleitung, um Verfahrensfairness im Fall entschuldbarer Mängel bei der Prozessstoffsammlung herzustellen	441
i) Voraussetzung zur Zielerreichung: Hinreichendes Verständnis der prozessualen Anforderungen ..	441
ii) Beitrag der materiellen Prozessleitung	442
d. Eignung der materiellen Prozessleitung zur Ressourcenschonung?	444
III. Erforderlichkeit	446
a. Vorzug der geringsten Eingriffsintensität in allen relevanten Dimensionen	446
b. Faktor: Primärwirkungen des gerichtlichen Eingriffs	447
i) Personelle Dimension: Mittelbarkeit in Bezug auf das Prozesssubjekt	448
1. Richterinnen und Richter vs. profitierende Partei	448
2. Einfluss weiterer Personen auf die Erforderlichkeit der materiellen Prozessleitung	449
ii) Chronologische Dimension: Mittelbarkeit mit Blick auf die Dialektik des Einbringens	461
iii) Sachliche Dimension: Mittelbarkeit in Bezug auf das Objekt	463
1. Einflussnahme auf den Prozessstoff via <i>ius</i> als entwicklungsfähiges Instrument der materiellen Prozessleitung?	463
2. Einflussnahme mit Wirkung über das gesamte Zivilverfahren hinweg	465
c. Faktor: Nebenwirkungen des gerichtlichen Eingriffs	473
i) Wirkungen ausserhalb des zivil(prozessual)en Raums	473
ii) Ergänzende prozessökonomische Erwägungen	475
IV. Verhältnismässigkeit i.e.S. – Angemessenheit	477
a. Eruiieren von fallübergreifenden Faktoren für die Interessenabwägung	477
b. Verfahrensbezogener Faktor	483
i) Methode: Mit den Maximenausprägungen verbundene, relative Zielgewichtung als Gerüst der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	483
ii) Zielgewichtung und -akzentuierung bei Verhandlungsmaxime	485
1. Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht	485
2. Verhandlungsmaxime mit verstärkter Fragepflicht im vereinfachten Verfahren	485
iii) Zielakzentuierung bei Untersuchungsmaxime	488

1.	Amtswegige Feststellung im vereinfachten Verfahren über das soziale Privatrecht	489
2.	Amtswegige Feststellung und Prüfung in weiteren Belangen	492
3.	Amtswegige Erforschung und Prüfung in weiteren Belangen	511
4.	Fazit zur Graduierung der Untersuchungsmaxime	522
c.	Subjektbezogener Faktor	525
i)	Prozessorgfalt als Ausdruck der Eigenverantwortung	525
ii)	Sorgfaltsmassstab	526
1.	Differenzierung	526
2.	Bei Auftritt mit anwaltlicher Vertretung	527
3.	Bei Auftritt juristischer Laien	532
4.	Gerichtliche Kommunikation mit den Parteien	536
iii)	Verhältnis zwischen den gerichtlichen und den parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten	538
1.	Bei der Relativierung des <i>da mihi facta</i>	538
2.	Bei <i>da mihi facta</i> als notwendige Ergänzung der originären Gerichtsverantwortung	556
iv)	Verhältnis zwischen Sachverhaltshypothese, Beweisergebnis und limitierter materieller Prozessleitung	564
d.	Kontradiktorischer Faktor	565
i)	Weitere Konkretisierung der Verfahrensfairness: Grundrechtsschutz der <i>ex ante</i> betrachtet an der materiellen Prozessleitungsmassnahme nicht interessierten Partei	565
ii)	Unparteilichkeit	568
1.	Frage zur Unparteilichkeit: «Einseitige Begünstigung» durch eine materielle Prozessleitungshandlung?	568
2.	Unparteilichkeit gegenüber beiden Prozessparteien verlangt nach Berücksichtigung der Erforderlichkeits- erwägungen und der Angemessenheitsfaktoren	569
iii)	Gleichbehandlungsgebot im Bereich der materiellen Prozessleitung	572
1.	Fragen zur gleichen wie auch gerechten Behandlung: Ausgleich einer singulären «einseitigen Begünstigung» im Prozessverlauf? Berücksichtigung der Ausgangslage? .	572
2.	Materielle Prozessleitung in einem Prozesssystem, das Laienbeteiligung zulässt	574
E.	Wahrung des Kerngehalts	595
I.	Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung	595

II.	Ansätze für die Diskussion um einen Kerngehalt von <i>da mihi facta</i> ...	596
a.	Zum subjektbezogenen Faktor	596
i)	Ausschliesslicher Vorrang der parteiseitigen Prozessorgfalt? .	596
ii)	Unzulässigkeit einer zwangsunterstützten Umsetzung der materiellen Prozessleitung?	599
b.	Zum kontradiktorischen Faktor	600
i)	Zweiseitigkeit des Neutralitätsarguments	600
ii)	Gerichtliche «Beratung» hinsichtlich der Prozessführung sowie deren «Übernahme»?	603
III.	Fazit zum Kerngehalt von <i>da mihi facta</i>	605
F.	Synthese einer Stufenfolge zur Relativierung des <i>da mihi facta</i> basierend auf den Ergebnissen der vorliegenden Abhandlung	606
I.	Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht	607
a.	Verfahrensbezogener Faktor: Zielverfolgung unter dieser Maximenausprägung als Ausgangspunkt	607
b.	Einbezug des subjektbezogenen und des kontradiktorischen Faktors	608
i)	Vorrangigkeit der Parteisorgfalt bzw. subsidiäre gerichtliche Hilfestellung	608
1.	Einbringdialektik und Tatbestände des Art. 56 ZPO	608
2.	Gerichtliche Fragen und Hinweise bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen	609
3.	Gerichtliche Fragen und Hinweise nach den übrigen Tatbestandsvarianten des Art. 56 ZPO und Substantiierungshinweise im Besonderen	655
ii)	Korrektiv: Gerichtlicher Eingriff bei Unvollständigkeiten ungeachtet der Parteisorgfalt	659
1.	Bereich einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit des Gerichts	659
2.	Art. 153 Abs. 2 ZPO zur Definition der Grenzen dieses Untersuchungsbereichs	660
3.	Möglichkeit weitergehender amtlich initiierten Abklärungen basierend auf den allgemeinen Beweismittelbestimmungen?	664
c.	Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung	676
d.	Abschliessendes Fazit zur botschaftlichen Aussage über die grundsätzliche Beschränkung auf die formelle Prozessleitung im ordentlichen Verfahren	682

II. Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht	685
a. Verfahrensbezogener Faktor: Weitergehende Zielakzentuierung	685
b. Einbezug des subjektbezogenen und des kontradiktorischen Faktors	686
i) Vorrangigkeit der Parteisorgfalt bzw. subsidiäre gerichtliche Hilfestellung	686
1. Andere Konzeption des vereinfachten Verfahrens: Keine Vermutung der Vollständigkeit der Sachverhaltshypothesen	687
2. Ansichten abhängig vom jeweiligen Verständnis der allgemeinen Fragepflicht	690
ii) Korrektiv: Gerichtlicher Eingriff bei Unvollständigkeiten ungeachtet der Parteisorgfalt	699
1. Bereich einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit des Gerichts	699
2. Identische Schwelle und Konstellationen für die amtlich initiierte Beweiserhebung wie bei der Verhandlungsmaxime unter allgemeiner Fragepflicht	700
c. Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung	701
i) Lehre und Rechtsprechung verlangen auch hier Differenzierungen	701
ii) Vorliegend vertretene Ansicht	702
d. Abschliessendes Fazit zu den beiden Ausprägungen der Verhandlungsmaxime	707
III. Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der sozialen Untersuchungsmaxime des vereinfachten Verfahrens sowie in weiteren Belangen einer unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime	709
a. Verfahrensbezogener Faktor: Weitergehende Zielakzentuierung	709
b. Einbezug des subjektbezogenen und des kontradiktorischen Faktors	711
i) Bundesgerichtliche Formel zur sozialen «Untersuchungsmaxime»	711
ii) Vorliegendes Verständnis dieser hybriden Maximenausprägung	713
1. Von der Prozesssorgfalt geprägte, zeitlich verlängerte Prozessstoffsammelungsphase	713
2. Stellung der amtlich initiierten Beweiserhebung	722

c.	Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung	734
i)	Lehre und Rechtsprechung	735
ii)	Vorliegend vertretene Ansicht	736
d.	Abschliessendes Fazit zur Zuordnung zu den eingeschränkten Untersuchungsmaximen	739
IV.	Exkurs: <i>Da mihi facta</i> als notwendige Ergänzung der umfassenden materiellen Prozessleitung – lenkend-eingeschränkte sowie uneingeschränkte Untersuchungsmaxime	740
a.	Ergänzungen zur Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	740
b.	Verfahrensbezogener Faktor: Weitergehende Zielakzentuierung	741
c.	Einbezug des subjektbezogenen und des kontradiktorischen Faktors	742
i)	<i>Da mihi facta</i> im Sinne einer Mitwirkungslast der Parteien als notwendige Ergänzung der umfassenden materiellen Prozessleitung	742
ii)	Von einer besonderen gerichtlichen Verantwortung geprägte Prozessstoffsammlung	742
1.	Von der Prozesssorgfalt der Parteien entkoppelte materielle Prozessleitung	742
2.	Zielakzentorientierte Auslegung maximenunabhängiger Prozessleitungsinstrumente?	747
3.	Von gewissen Formalismen entkoppelte materielle Prozessleitung	749
d.	Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung	754
G.	Abschliessende Worte über das Ausschöpfen der materiellen Prozessleitung	756
	Grafik 5 – Übersicht Teil III	758

Abkürzungsverzeichnis

aArt./aXXX	Alte Fassung einer Norm/alte Fassung eines Erlasses
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Aktiengesellschaft (i.V.m. anonymisierter Firma); Aargau (übrige Verwendung)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AKBS	Fachgruppe ZPO/SchKG der Advokatenkammer Basel und der ASA-Lokalgruppe Basel für das Schiedsverfahren
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue, Revue de l'avocat: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbands
AppGer	Appellationsgericht
AR	Appenzell Ausserrhoden
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
art.	article = Art.
ASA	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
ASM	Arbeitgeberverband der Schweizer Maschinenindustrie
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral = BGE
Aufl.	Auflage
AVLU	Luzerner Anwaltsverband
AVZH	Zürcher Anwaltsverband
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
bez.	bezüglich

BezGer	Bezirksgericht
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
B/G/S	Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (→ Literaturverzeichnis)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Basel-Landschaft
B&M	Baker & McKenzie (→ Literaturverzeichnis)
BPatGer	Bundespatentgericht
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
bzw.	beziehungsweise
CaS	Causa Sport
CCT	convention collective de travail = GAV
cf.	confer = vgl.
ch.	chiffre = Ziff.
CH	Confoederatio Helvetica
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar Schweizer Privatrecht

CO	Loi fédéral complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) = OR
consid.	considérant(s) = E.
CPC	Code de procédure civile = ZPO
CR	Commentaire Romand
CSP	Christlich-soziale Partei
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse = BV
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei
D	Digesten
dergl.	dergleichen
ders./dies.	derselbe(n)/dieselbe(n)
d.h.	das heisst
diesbez.	diesbezüglich
Diss.	Dissertation
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz
DJZ	Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich
Dr.	Doktor/-in
dt.	deutsch
D-ZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E.	Erwägung(en)
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
E/S/S/V	Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (→ Literaturverzeichnis)
et al.	et alii
etc.	et cetera
etw.	etwas
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
E-ZPO	Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

f.	folgende
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
ff.	fortfolgende
FN.	Fussnote
FR	Freiburg (CH)
FRC	Fédération romande des consommateurs
frz.	französisch
FSA	Fédération Suisse des Avocats/Schweizerischer Anwaltsverband
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruf- lichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf
ggf.	gegebenenfalls
G/J/S	Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (→ Literaturverzeichnis)
gl.	gleiche/r/s
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/-in
HUW	Prof. Dr. Hans Ulrich Walder (Teilnehmer Vernehmlassung VE-ZPO)
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.e.S.	im engeren Sinn
i.f.	in fine
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere

IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.(v.)	im Sinne (von)
i.Ue	im Üechtland
ita.	italienisch
iur.	iuris
ius.focus	ius.focus – Aktuelle Rechtsprechung kompakt
i.V.m.	in Verbindung mit
jmd(s).	jemand(es)
JU	Jura
Jusletter	Jusletter; Die grösste juristische Universalzeitschrift der Schweiz (www.jusletter.ch)
JZ	JuristenZeitung
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 13. Juni 2008 (SR 732.44)
KuKo	Kurzkommentar
let.	lettre = lit.
lit.	litera
LJP-GE	Loi sur la juridiction des prud'hommes (juridiction du travail), Genf
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite = SchKG
LPC-GE	Loi de procédure civile, Genf
LPS	Libérale Partei der Schweiz
LU	Luzern
m.E.	meines Erachtens
m.H.(a.)	mit Hinweis(en) (auf)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	(Rand-)Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden

o. Ä.	oder Ähnliche(s)
OAFRI	Ordre des Avocats Fribourgeois/Freiburger Anwaltsverband
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechts- pflege vom 16. Dezember 1943 (aufgehoben durch Art. 131 Abs. 1 BGG)
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire = OG
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizeri- schen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OW	Obwalden
Ö-ZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
PatGG	Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009 (SR 173.41)
PC	Petit Commentaire
P-CPC	Projet du Code de procédure civile = E-ZPO
p.ex.	par exemple = z.B.
Plädoyer	Plädoyer – Magazin für Recht und Politik
Pra	Die Praxis
Prof.	Professor/-in
recht	recht; Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
resp.	respektive
rev.	revidierte
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
Roche	F. Hoffmann-La Roche AG
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchKG-Vereinigung	Vereinigung für Schuldbetreibung und Konkurs
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SH	Schaffhausen
S/H/L	Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger (→ Literaturverzeichnis)

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SO	Solothurn
sog.	sogenannt(e/er/es)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
suisa	Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke
SVGer	Sozialversicherungsgericht
SVP	Schweizerische Volkspartei
SwissBanking	Schweizerische Bankiervereinigung
swissmem	Die Schweizerische Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (ASM und VSM)
SZ	Schwyz
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
TG	Thurgau
TI	Tessin
u.	und
u.a.	unter anderem/-n
UM	Untersuchungsmaxime
Uni	Universität
UNO	United Nations Organization
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VE-ZPO	Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Juni 2003
vgl.	vergleiche
VM	Verhandlungsmaxime
VN	Vernehmlassung

Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VS	Wallis
vs.	versus
VSM	Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (heute: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
z.G.	zugunsten
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPO-AG	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung) des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984
ZPO-BL	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung des Kantons Baselland vom 21. September 1961
ZPO-ZH	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZS	Zusammenstellung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Literaturverzeichnis

Soweit bei den einzelnen Publikationen nichts anderes angegeben ist, wird die berücksichtigte Literatur mit dem Namen der Autorinnen und Autoren sowie der betreffenden Seitenzahl oder Randnote zitiert.

Aus Platzgründen wird für die Fussnoten eine möglichst kurze Zitierweise bevorzugt. Die vorliegend gewählte entspricht daher nicht unbedingt den zuweilen in den Werken angegebenen Zitiervorschlägen oder den anderweitig geläufigen Zitierweisen.

AEBI-MÜLLER REGINA E., Mangelhafte Prozessführung durch die Parteien = Rechtsverlust?, Möglichkeiten und Grenzen gerichtlicher Hilfestellungen, unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher Prozesse, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. [Hrsg.], Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 179 ff.

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern 1999.

AMSTUTZ MARC/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Recht und Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang [Hrsg.], Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 9 ff.

ASPRION SABINE, Die Tücken der Verhandlungsmaxime, Plädoyer 5/2007, S. 30 ff.

ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Basel 2008.

BACHOFNER EVA/PESENTI FRANCESCA, Aktuelle Fragen zum Unterhaltsprozess von Volljährigen, Eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 139 III 368, FamPra.ch 2016, S. 619 ff.

Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit.: B&M-BEARBEITER/IN).

Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK BGG-BEARBEITER/IN).

Basler Kommentar, Bundesverfassung, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid [Hrsg.], Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/IN).

- Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK ZPO 2013-BEARBEITER/IN).
- Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2017 (zit.: BSK ZPO-BEARBEITER/IN).
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit.: BSK ZGB I 2002-BEARBEITER/IN).
- BAUMBACH ADOLF/LAUTERBACH WOLFGANG/ALBERS JAN/HARTMANN PETER, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 76. Aufl., München 2018.
- BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.
- BAUR FRITZ, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: Summum ius summa iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus Wintersemester 1962/63, Tübingen 1963, S. 97 ff. (zit.: BAUR, Richtermacht).
- BAUR FRITZ, Funktionswandel des Zivilprozesses? in: Gernhuber Joachim [Hrsg.], Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen 1977 von ihren gegenwärtigen Mitgliedern, Tübingen 1977, S. 159 ff. (zit.: BAUR, Funktionswandel).
- BAUR FRITZ, Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß – Wandlungen und Erfahrungen, in: Rechberger Walter H./Welser Rudolf [Hrsg.], Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht – Privatrecht, Wien 1986, S. 77 ff. (zit.: BAUR, Parteirechte).
- BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Bern 2008.
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Hausheer Heinz/Walter Hans Peter [Hrsg.], Bd. I, 1. Abteilung, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012 (zit.: BK ZGB I/1-BEARBEITER/IN).
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Becker Hermann [Hrsg.], Bd. I, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit.: BK ZGB I/1 1962-BEARBEITER/IN).
- BERTI STEPHEN, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Zürich 1989 (zit.: BERTI, Diss.).
- BERTI STEPHEN, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: Berti Stephen V./Knellwolf Markus/Köpe Károly Christian/Wyss Martin Philipp, Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Professor Walther J. Habscheid, zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten, Zürich 1991, S. 9 ff. (zit.: BERTI, Verhältnis).

- BERTI STEPHEN V., Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas [Hrsg.], Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 253 ff. (zit.: BERTI, Gedanken).
- BERTI STEPHEN V., Zivilprozessrecht – gestern und morgen, ZSR 127 (2008) I, S. 329 ff. (zit.: BERTI, ZPR).
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011 (zit.: BERTI, ZPO).
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
- Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2015 (zit.: Staatsrecht-BEARBEITER/IN).
- BOHNET FRANÇOIS, Les exceptions en procédure civile suisse, in: Bohnet François [Hrsg.], Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuenburg 2010, S. 141 ff. (zit.: BOHNET, exceptions).
- BOHNET FRANÇOIS, Note zum Urteil 5A_689/2012 vom 3. Juli 2013, SZPP 6/2013, S. 493 ff. (zit.: BOHNET, Note 5A_689/2012).
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BOHNET, procédure).
- BOHNET FRANÇOIS, Note zum Urteil 5A_877/2013 vom 10. Februar 2014, SZPP 3/2014, S. 254 ff. (zit.: BOHNET, Note 5A_877/2013).
- BOHNET FRANÇOIS, Note zum Urteil 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015, SZPP 2/2016, S. 96 ff. (zit.: BOHNET, Note 4A_179/2015).
- BOHNET FRANÇOIS, Les parties et leur capacité (d’être partie, d’ester et de postuler) en procédure civile suisse: clarifications terminologiques et dogmatiques, SZPP 1/2018, S. 69 ff. (zit.: BOHNET, parties).
- BOHNET FRANÇOIS, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie [Hrsg.], Le procès civil social, Basel 2018, S. 31 ff. (zit.: BOHNET, procès).
- BOHNET FRANÇOIS, Note zum Urteil 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019, SZPP 1/2020, S. 22 ff. (zit.: BOHNET, Note 4A_280/2019).
- BOHNET FRANÇOIS, Allégations et contestations: la dialectique procédurale, Anwaltsrevue 23 (2020), S. 346 ff. (zit.: BOHNET, dialectique).
- BOHNET FRANÇOIS, L’allégation des faits et leur contestation en procédure civile, in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie [Hrsg.], Dix ans de code de procédure civile, Basel 2020, S. 1 ff. (zit.: BOHNET, faits).
- BOHNET FRANÇOIS/BERTI STEPHEN V., Le lien d’instance (Prozessrechtsverhältnis) ou l’essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, SZPP 1/2011, S. 75 ff.

- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, ZSR 134 (2015) I, S. 223 ff. (zit.: BOHNET/JEANNIN, maxime).
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Note zum Urteil 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016, SZPZ 4/2016, S. 300 ff. (zit.: BOHNET/JEANNIN, Note 4A_504/2015).
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Note zum Urteil 4A_36/2017 vom 2. März 2017, SZPZ 3/2017, S. 218 ff. (zit.: BOHNET/JEANNIN, Note 4A_36/2017).
- BOMSDORF FALK, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß, Vom gemeinen Recht bis zur ZPO, Diss. Berlin 1971.
- BRÄNDLI BEAT, Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. St. Gallen 2013.
- Breitschmid Peter/Jungo Alexandra, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK-BEARBEITER/IN).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN C., Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989 (zit.: BRÖNNIMANN, Diss.).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), ZBJV 126 (1990), S. 329 ff. (zit.: BRÖNNIMANN, Gedanken).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Beweisanspruch und antizipierte Beweiswürdigung, in: Schwander Ivo/Stoffel Walter A. [Hrsg.], Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg i.Ue. 1991, S. 161 ff. (zit.: BRÖNNIMANN, Beweisanspruch).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungslast, in: Leuenberger Christoph [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 47 ff. (zit.: BRÖNNIMANN, Behauptungslast).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die neue Schweizerische ZPO – Das ordentliche Verfahren, Anwaltsrevue 8 (2008), S. 323 ff. (zit.: BRÖNNIMANN, ZPO).
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, recht 2009, S. 79 ff. (zit.: BRÖNNIMANN, Überblick).
- BRUGGER DANIEL, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 115 (2019), S. 533 ff.
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Art. 1–196 ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit.: B/G/S I-BEARBEITER/IN).
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Art. 197–408 ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit.: B/G/S II-BEARBEITER/IN).
- BUCHER JÖRG, Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, Diss. Bern 1950.

- BÜHLER ALFRED, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, SJZ 105 (2009), S. 329 ff.
- BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998 (zit.: ZPO-AG-BEARBEITER/IN).
- BÜLOW OSKAR, Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Giessen 1868.
- BUNDI MARCO/SONDEREGGER DANAE, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 102 (2006), S. 406 ff.
- BURKHALTER KAIMAKLIOTIS SABINE, Die Substanziierungslast – insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, AJP 2007, S. 1263 ff.
- BÜTTEL DEBORAH, Kommentar zum Urteil 4A_78/2014 vom 23. September 2014, ius.focus 9/2015, Nr. 234, S. 21.
- Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel [Hrsg.], Petit Commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2021 (zit.: PC-BEARBEITER/IN).
- CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procès, in: Bohnet François [Hrsg.], Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuenburg 2010, S. 115 ff. (zit.: CHAIX, faits).
- CHAIX FRANÇOIS, La procédure ordinaire (art. 219–242 CPC), in: Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas [Hrsg.], Le Code de procédure civile, aspects choisis, Genf/Zürich/Basel 2011, S. 65 ff. (zit.: CHAIX, procédure ordinaire).
- COLUCCIA GIANMARCO, Kommentar zum Urteil OGer BE ZK 19 328 vom 20. Oktober 2019, ius.focus 8/2020, Nr. 206, S. 19.
- Commentaire Romand, Code de procédure civile, Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2019 (zit.: CR-BEARBEITER/IN).
- CORBOZ BERNARD, Les dispositions générales du CPC (Titres 3 à 6), in: Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas [Hrsg.], Le Code de procédure civile, aspects choisis, Genf/Zürich/Basel 2011, S. 31 ff.
- COTTIER THOMAS, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), Standortbestimmungen und Perspektiven, recht 1984, S. 1 ff. (Teil 1) und S. 122 ff. (Teil 2).
- CPC, Code de procédure civile commenté, Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis [Hrsg.], Basel 2011 (zit.: CPCc-BEARBEITER/IN).
- DESCHENAUX HENRI, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral, étude critique de la jurisprudence, Freiburg i.Ue. 1948.
- DIETLIN DESIRÉE, Kommentar zum Urteil HGer ZH, HG 130183 vom 9. April 2014, ius.focus 12/2015, S. 23.

- DIETSCHY PATRICIA, Note zum Urteil 4A_522/2008 vom 3. September 2009, SZPP 1/2010, S. 12 ff. (zit.: DIETSCHY, Note 4A_522/2008).
- DIETSCHY PATRICIA, Le déroulement de la procédure simplifiée, in: Bohnet François [Hrsg.], Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuenburg 2010, S. 173 ff. (zit.: DIETSCHY, déroulement).
- DIETSCHY PATRICIA, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, SZPP 1/2011, S. 82 ff. (zit.: DIETSCHY, devoir d'interpellation).
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Note zum Urteil 4A_1/2014 vom 26. März 2014, SZPP 4/2014, S. 317 ff. (zit.: DIETSCHY-MARTENET, Note 4A_1/2014).
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Basel 2018 (zit.: DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer).
- DOLGE ANNETTE, Das neue Beweisverfahren, in: Spühler Karl [Hrsg.], Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Eine Orientierung, Basel/Genf/München 2003, S. 33 ff. (zit.: DOLGE, Beweisverfahren).
- DOLGE ANNETTE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge Annette [Hrsg.] Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 17 ff. (zit.: DOLGE, Anforderungen).
- DOLGE ANNETTE, Zivilprozess: Anforderungen an die Substanziierung, Plädoyer 1/2014, S. 36 ff. (zit.: DOLGE, Zivilprozess).
- DOMAJ TANJA, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Struktur und Charakteristika des Verfahrens, ZZPInt 11 (2006), S. 239 ff. (zit. DOMAJ, Struktur).
- DOMAJ TANJA, Formalismus – haben wir davon zu viel? in: Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Tagung zu Ehren von Jürgen Brönnimann, Bern 2022, S. 97 ff. (zit. DOMAJ, Formalismus).
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern 2007 (zit.: DROESE, Diss.).
- DROESE LORENZ, Note zum Urteil 5D_16/2016 vom 13. Mai 2016, SZPP 5/2016, S. 429 ff. (zit.: DROESE, Note 5D_16/2016).
- DROESE LORENZ, Note zum Urteil 4A_11/2018 vom 8. Oktober 2018, SZPP 1/2019, S. 11 ff. (zit.: DROESE, Note 4A_11/2018).
- Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2003.
- DÜRINGER ADELBERT, Richter und Rechtsprechung, Leipzig 1909.
- EGLI HANS-PETER, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, ZZZ 2004, S. 21 ff. (zit.: EGLI H.-P.).
- EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2001 (zit.: EGLI P.).

- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit.: E/S/S/V-BEARBEITER/IN).
- ENGISCH KARL, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963 (zit.: ENGISCH, Studien).
- ENGISCH KARL, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010 (zit.: ENGISCH, Denken).
- FARNER MARTIN, Begründete Klage und Verhandlungsmaxime im vereinfachten Verfahren, Anwaltsrevue 15 (2012), S. 19 ff.
- FAVALLI DANIELE, Kommentar zum Urteil KassGer ZH AA080051/U/Ia vom 17. März 2009, ius.focus 2/2010, S. 15 f.
- FELLMANN WALTER, Berührungspunkte zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz und ihre Bedeutung für die Ausgestaltung des Zivilprozesses, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, Bern 1991, S. 95 ff. (zit.: FELLMANN, Berührungspunkte).
- FELLMANN WALTER, Die Haftung des Anwaltes für die Unkenntnis klaren Rechts, BGE 127 III 357 ff., recht 2001, S. 191 ff. (zit.: FELLMANN, Unkenntnis).
- FELLMANN WALTER, Haftung für fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, in: Jung Peter [Hrsg.], Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Referate der Tagung Recht aktuell 2006 der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 85 ff. (zit.: FELLMANN, Haftung).
- FELLMANN WALTER, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter/Weber Stephan [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Beiträge zur Tagung vom 14. Mai 2009, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 69 ff. (zit.: FELLMANN, Fragepflicht).
- FELLMANN WALTER, Substanziierungspflicht der Parteien und richterliche Fragepflicht – von der Notwendigkeit materieller Prozessleitung, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. [Hrsg.], Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf, 2011, S. 279 ff. (zit.: FELLMANN, Notwendigkeit).
- FELLMANN WALTER, Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter/Weber Stephan [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2011, Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Beiträge zur Tagung vom 24. Mai 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 13 ff. (zit.: FELLMANN, Substanziierungspflicht).
- FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. III, Haftung nach den Gefährdungshaftungen des JSG, HFG, GTG, EleG, RLG, SprstG, StAG und KHG 2008, Bern 2015 (zit.: FELLMANN, Haftpflichtrecht).

- Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: Anwaltsgesetz-BEARBEITER/IN).
- FISCHLI ERNST, Richterliche Fragepflicht, Bemerkungen zu zwei Urteilen, BJM 1954, S. 81 ff.
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes, 3. Aufl., Zürich 1997.
- FRÖHLICH STEPHAN, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2013.
- FUHRIMANN FLORIAN, Kommentar zum Urteil 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016, ius.focus 4/2017, Nr. 97, S. 19.
- GASSER DOMINIK, Aspekte eines sozialen Zivilprozesses, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas [Hrsg.], Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 297 ff.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2014.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- GAUL HANS FRIEDHELM, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), S. 27 ff.
- Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin [Hrsg.], ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit.: G/J/S-BEARBEITER/IN).
- GIGER HANS, Neue Wege der Konfliktbereinigung im Sportbereich, CaS 2006, S. 478 ff. (Teil I) und S. 561 ff. (Teil II).
- GOLDSCHMIDT JAMES, Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.
- GRASS JOSIAS, Probleme der materiellen Wahrheitserforschung nach der bündnerischen Zivilprozeßordnung vom 3. März 1907, Diss. Zürich 1943.
- GREIER REINHARD, Kooperation als Prozessmaxime, in: Gottwald Peter/Greger Reinhard/Prütting Hanns [Hrsg.], Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages, Bielefeld 2000, S. 77 ff.
- GULDENER MAX, Treu und Glauben im Zivilprozeß, SJZ 39 (1943), S. 389 ff. und S. 405 ff. (zit.: GULDENER, Treu und Glauben).

- GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Zürich 1954 (zit.: GULDENER, Gerichtsbarkeit).
- GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Zürich 1955 (zit.: GULDENER, Beweiswürdigung).
- GULDENER MAX, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 (1961) II, S. 1 ff. (zit.: GULDENER, Bundesprivatrecht).
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: GULDENER, ZPR).
- GUYAN PETER, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, ZZZ 2011, S. 3 ff.
- HAAS ULRICH/BÜHLER SOPHIE, Substanziierung im Zivilprozess, ZZPInt 22 (2017), S. 285 ff.
- Haas Ulrich/Marghitola Reto [Hrsg.], Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: Fachhandbuch-BEARBEITER/IN).
- HABERBECK PHILIPP, Genereller Ausschluss der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert?, ZZZ 2013, S. 177 ff.
- HABSCHEID WALTHER J., Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genf 1981 (zit.: HABSCHEID, droit).
- HABSCHEID WALTHER J., Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, Juristische Entdeckungen unserer Zeit?, SJZ 80 (1984), S. 381 ff. (zit.: HABSCHEID, Effektivität).
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990 (zit.: HABSCHEID, Grundlagen).
- HABSCHEID WALTHER J., Das Recht auf ein faires Verfahren, Ein Beitrag zur Philosophie des Zivilprozeßrechts, in: Schwander Ivo/Stoffel Walter A. [Hrsg.], Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg i.Ue. 1991, S. 3 ff. (zit.: HABSCHEID, Philosophie).
- HÄFELIN ULRICH, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 241 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: HAFTER, Strategie Voraufgabe).
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: HAFTER, Strategie).
- HALDY JACQUES, Procédure civile suisse, Basel 2014.

- HASENBÖHLER FRANZ, Das Gericht im Spannungsfeld von Beweisanspruch und antizipierter Beweiswürdigung, in: Noll Daniel/Olano Oscar [Hrsg.], «Im Namen des Obergerichts», Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Liestal 2004, S. 105 ff. (zit.: HASENBÖHLER, Spannungsfeld).
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Die Beweismittel, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit.: HASENBÖHLER, Beweisrecht II).
- HASLER J., KassGer ZH 09.04.1973, SJZ 69 (1973), S. 329 (zit.: KassGer ZH, 09.04.1973, HASLER J.).
- HASLER KURT, Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozess, Versuch einer theoretischen Grundlegung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1925 (zit.: HASLER K.).
- HASSEMER WINFRIED, Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Diss. Saarland, Saarbrücken 1967 (zit.: HASSEMER, Diss.).
- HASSEMER WINFRIED, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (1986), S. 195 ff. (zit.: HASSEMER, Hermeneutik).
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003.
- Hausheer Heinz/Walter Hans Peter [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit.: BK I-BEARBEITER/IN).
- Hausheer Heinz/Walter Hans Peter [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bd. II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit.: BK II-BEARBEITER/IN).
- HEER MARIANNE, Von der Verhandlungs- zur Kooperationsmaxime – eine neue Herausforderung für den Richter, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, Bern 1991, S. 153 ff.
- HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée, Une émanation du procès civil social, Habil. Freiburg i.Ue. 2018 (zit.: HEINZMANN, Habil.).
- HEINZMANN MICHEL, Allégation et contestation: le ping-pong procédural, Kommentar BGE 144 III 519, BR 2019, S. 140 f. (zit.: HEINZMANN, Kommentar BGE 144 III 519).
- HEINZMANN MICHEL/DEMIERRE RAFAELLA, Quand la vérité formelle l’emporte sur la vérité matérielle, Kommentar zum Urteil 4A_146/2015 vom 19. August 2015, BR 2015, S. 341 f.
- HEINZMANN MICHEL/EGLOFF WILLI, Das zukünftige arbeitsgerichtliche Verfahren im Kanton Bern, ZBJV 146 (2010), S. 1049 ff.
- HELLWIG KONRAD, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, erster Teil, Ordentliches Verfahren, ausschliesslich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung, Leipzig 1912 (zit.: HELLWIG, System).
- HENCKEL WOLFRAM, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttingen 1966 (zit.: HENCKEL, Gerechtigkeitswert).

- HENCKEL WOLFRAM, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970 (zit.: HENCKEL, Prozessrecht).
- HESS BURKHARD, Vergleichende Bemerkungen zur Rechtsstellung des Richters, in: Oberhammer Paul [Hrsg.], Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa, Wien 2001, S. 1 ff.
- HIGI PETER, Von der Behauptungs- über die Beweislast zum Beweis, Überlegungen zu dem, was Gerichte dabei im gewöhnlichen Zivilprozess zu tun haben, dargelegt in Würdigung des Entwurfs vom 28. Juni 2006 zu einer gesamtschweizerischen ZPO, ZZZ 2006, S. 459 ff.
- HIRSCH CÉLIAN/GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, La charge de la contestation en procédure civile – précise ou motivée?, *Anwaltsrevue* 23 (2020), S. 268 ff.
- Historisches Wörterbuch der Philosophie, Ritter Joachim/Gründer Karlfried [Hrsg.], Bd. 5: L–Mn, Basel/Stuttgart 1980 (zit.: Philosophie-BEARBEITER/IN).
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, *EuGRZ* 33 (2006), S. 492 ff.
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le Code de procédure civile*, 2. Aufl., Bern 2015.
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Tome II, Compétences, délais, procédures et voies de recours, 2. Aufl., Bern 2010 (zit.: HOHL, procédure II).
- HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Tome I, Introduction et théorie générale, 2. Aufl., Bern 2016 (zit.: HOHL, procédure I).
- HOTTELIER MICHEL, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen [Hrsg.], *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, S. 121 ff.
- HOTZ PETER, Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten vor letzter Instanz, in: *vergleichender Darstellung der schweizerischen, deutschen und französischen Rechtsprechung*, Diss. Freiburg i.Ue. 1965.
- HUBER HANS, Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung, in: Merz Hans/Schluep Walter R. [Hrsg.], *Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 15 ff.
- HUGUENIN-DUMITTAN GEORGES, *Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast*, Diss. Zürich 1980.
- HÜRLIMANN ROLAND, Die Substanziierungslast – Fluch oder Segen, *Anwaltsrevue* 22 (2019), S. 209 ff.
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Die Grundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte*, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976.
- JAUERNIG OTHMAR/HESS BURKHARD, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., München 2011.

- JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, Jusletter vom 16. November 2016.
- JÉQUIER GUILLAUME, Aspects choisis de la conduite du procès civil, RJN 2018, S. 53 ff.
- JOLIDON PIERRE, vérité, justice et procédure civile, ZBJV 109 (1973), S. 177 ff.
- JOSI CHRISTIAN, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus Alexander R./Eichel Florian/Rodriguez Rodrigo, Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, Bern 2019, S. 55 ff.
- KATZENMEIER CHRISTIAN, Arzthaftung, Habil. Heidelberg 2000/01.
- KAUFMANN ARTHUR, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenlehre, Vorgetragen am 15. Januar 1982, München 1982 (zit.: KAUFMANN A.).
- KAUFMANN MARTIN, Beweisen?, Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, S. 1199 ff. (zit.: KAUFMANN M.).
- KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Iura novit arbiter, in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas [Hrsg.], Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 387 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KININGER EWALD, Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, Berlin 1980.
- KLEIN FRANZ, Die schuldhafte Parteihandlung, Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, Wien 1885 (zit.: KLEIN, Parteihandlung).
- KLEIN FRANZ, Pro Futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich, Leipzig/Wien 1891 (zit.: KLEIN, Pro Futuro).
- KLEIN FRANZ, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, Wien 1900 (zit.: KLEIN, Vorlesungen).
- KLEIN FRANZ, Die praktische Anwendung der neuen Prozeßgesetze, in: Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe, 1. Bd., Wien 1927, S. 83 ff. (zit.: KLEIN, Anwendung).
- KLEIN FRANZ, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, in: Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe, 1. Bd., Wien 1927, S. 117 ff. (zit.: KLEIN, Geistesströmungen).
- KLEIN FRANZ/ENGEL FRIEDRICH, Der Zivilprozess Oesterreichs, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.
- KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.
- KOCH RAPHAEL, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht, zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess, Habil. Münster 2012.

- KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992.
- KOHLER JOSEF, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses, Neudruck der Ausgabe Mannheim 1888, Aalen 1969.
- KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 152 (2016), S. 785 ff.
- KÖLZ ALFRED, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich 1973.
- KONZEN HORST, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Studien zur Wechselwirkung von Zivil- und Prozessrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozesserheblichen Parteiverhaltens, Habil. Mainz 1974.
- KRAMER ERNST A., Lateinische Parömien zur Methode der Rechtsanwendung, in: Cagianut Francis/Vallender Klaus A. [Hrsg.], Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 141 ff. (zit.: KRAMER, Parömien).
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019 (zit.: KRAMER, Methodenlehre).
- KUMMER MAX, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Habil. Bern 1954 (zit.: KUMMER, Habil.).
- KUMMER MAX, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1981, ZBJV 119 (1983), S. 217 ff. (zit.: KUMMER, Rechtsprechung).
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 (zit.: KUMMER, ZPR).
- LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1995.
- LEIPOLD DIETER, Zivilprozeßrecht und Ideologie, am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JZ 1982, S. 441 ff.
- LENT FRIEDRICH, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67 (1954), S. 344 ff.
- LEUCH GEORG, Prozeßleitung nach bernischer Zivilprozeßordnung, ZBJV 59 (1923) S. 497 ff. (Teil I) und S. 553 ff. (Teil II) (zit.: LEUCH, Prozeßleitung).
- LEUCH GEORG, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, Kommentar, 2. Aufl., Bern 1937 (zit.: LEUCH, BE-ZPO 2. Aufl.).
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.

- LEUENBERGER CHRISTOPH, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas [Hrsg.], Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 313 ff. (zit.: LEUENBERGER, Ergebnisse).
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Behaupten, Bestreiten und Beweis, Referat beim Schweizer Verband der Richter in Handelssachen, Tagung vom 8. November 2007 in Aarau, publiziert auf: www.svrh.ch (zit.: LEUENBERGER, Behaupten).
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.
- LIEBER VIKTOR, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kassationsgerichts, in: Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder Hans Ulrich/Wegmann Paul [Hrsg.], Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 161 ff.
- LIEBS DETLEF, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., München 2007.
- LIENHARD ANDREAS, Innere Sicherheit und Grundrechte, recht 2002, S. 125 ff. (zit.: LIENHARD A. [a]).
- LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2012 (zit.: LIENHARD A. [b]).
- LIENHARD ANDREAS/MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015, S. 1635 ff. (zit.: LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER).
- LOOSLI HANS RUDOLF, Information und Kommunikation im Zivilprozessverfahren des Kantons Zürich als Garant der Rechtsverwirklichung, Ein Beitrag zur Lehre der juristischen Rhetorik, Diss Zürich 1981.
- LORENZ TABEA, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Diss. St. Gallen 2019.
- LUHMANN NIKLAS, Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2013.
- LÜSCHER CHRISTIAN, Bienvenue dans le nouveau Code de procédure civile, in: Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas [Hrsg.], Le Code de procédure civile, aspects choisis, Genf/Zürich/Basel 2011, S. 25 ff.
- LUTZ OSKAR, Beschränkung der Verhandlungsmaxime, SJZ 29 (1932/33), S. 56 ff.
- MABILLARD RAMON, Note zum Urteil 5A_712/2010 vom 2. Februar 2011, SZPP 3/2011, S. 261 ff. (zit.: MABILLARD, Note 5A_712/2010).
- MABILLARD RAMON, Note zum Urteil 5A_781/2010 vom 16. Februar 2011, SZPP 3/2011, S. 236 ff. (zit.: MABILLARD, Note 5A_781/2010).
- MABILLARD RAMON, Note zum Urteil 5A_872/2010 vom 1. März 2011, SZPP 3/2011, S. 247 ff. (zit.: MABILLARD, Note 5A_872/2010).

- MABILLARD RAMON, Note zum Urteil 5A_587/2011 vom 9. November 2011, SZPP 2/2012, S. 175 ff. (zit.: MABILLARD, Note 5A_587/2011).
- MABILLARD RAMON, 5 Jahre ZPO aus der Sicht der Lehre – Forderungen für die Zukunft, in: Dolge Annette [Hrsg.], 5 Jahre ZPO, Stolpersteine und überraschende Entwicklungen, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 1 ff. (zit.: MABILLARD, Zukunft).
- MABILLARD RAMON, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo [Hrsg.], Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, Bern 2016, S. 1 ff. (zit.: MABILLARD, Rechtsbegehren).
- MABILLARD RAMON, Besitzerschutz bei Hausbesetzungen, Gutachten vom 20. August 2018 zur Motion Feller (15.3531), publiziert auf: www.ejpd.admin.ch (zit.: MABILLARD, Gutachten).
- MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Note zum Urteil 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017, SZPP 2/2018, S. 86 ff. (zit.: MARKUS/HUBER-LEHMANN, Note 4A_229/2017).
- MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 154 (2018), S. 269 ff. (zit.: MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht).
- MARTI-SCHREIER LEONORA, Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime, AJP 2017, S. 439 ff.
- MARTIN CÉLINE, Grundrechtskollisionen, Diss. Basel 2006 (zit.: MARTIN C.).
- MARTIN PIERRE, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 107 (1988) II, S. 1 ff. (zit.: MARTIN P.).
- MEIER ISAAK, iura novit curia, Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1975 (zit.: MEIER I., Diss.).
- MEIER ISAAK, Privatrecht und Prozeßrecht, eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser Peter F. [Hrsg.], Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung, Bielefeld 1992, S. 1 ff. (zit.: MEIER I., Privatrecht).
- MEIER ISAAK, Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen, in: Meier Isaak/Ottomann Rudolf [Hrsg.], Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen, Zürich 1993, S. 3 ff. (zit.: MEIER I., Prinzipiennormen).
- MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: MEIER I., Vorentwurf).
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: MEIER I., ZPR).
- MEIER ISAAK/MÜRNER DIANA, Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 99 (2003), S. 597 ff. (zit.: MEIER I./MÜRNER).

- MEIER PHILIPPE, L'enfant et la nouvelle procédure civile, in: Fountoulakis Christiana/Pichonnaz Pascal/Rumo-Jungo Alexandra [Hrsg.], Droit de la famille et nouvelle procédure, aspects de droit de fond et de procédure, Symposium en droit de la famille 2011, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 58 ff. (zit.: MEIER PH.).
- MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013 (zit.: MEIER R.).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, SJZ 52 (1956), S. 173 ff.
- MILANI DOMINIK, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, Diss. Bern 2010 (zit.: MILANI, Diss.).
- MILANI DOMINIK, Die vereinfachte Klage, ZZZ 2013, S. 3 ff. (zit.: MILANI, Klage).
- MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013 (zit.: MORDASINI-ROHNER, Diss.).
- MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren, recht 2014, S. 16 ff. (zit.: MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht).
- MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014.
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Wie viel Verfahrenshilfe braucht die unbeholfene Partei? in: Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan [Hrsg.], Mehrspuriger Schadenausgleich, Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2022, S. 1145 ff.
- MULLER CAROLE, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, Zürich/Basel/Genf 2015.
- MÜLLER FRIEDRICH, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966 (zit.: MÜLLER F.).
- MÜLLER HEINRICH ANDREAS, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 110 (2014), S. 369 ff. (zit.: MÜLLER H. A.).
- MÜLLER OTTO, jura novit curia, ZBJV 91 (1955), S. 41 ff. (zit.: MÜLLER O.).
- MÜLLER ROSMARIE, Der Ausforschungsbeweis, Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess, Diss. Zürich 1991 (zit.: MÜLLER R.).
- NAEGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 13 (2010), S. 292 ff.
- NIETLISPACH MARKUS, KassGer ZH 05.07.2004, SJZ 101 (2005), S. 43 ff. (zit.: KassGer ZH, 05.07.2004, NIETLISPACH).

- NOBEL PETER, *Iura novit curia*, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Peter [Hrsg.], *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 507 ff.
- OBERHAMMER PAUL, Richterliche Gewalt, gegenseitige Unterstützung und anwaltliche Vertretung der Parteien im österreichischen Zivilprozessrecht, in: *L'assistance dans la résolution des conflits*, 4. Teil: *l'Europe médiévale et moderne (suite)*, Brüssel 1998, S. 215 ff. (zit.: OBERHAMMER, Zivilprozessrecht).
- OBERHAMMER PAUL, Richterbild im Zivilprozess: Zwischenbilanz eines Jahrzehnts der Reformen in Mitteleuropa, in: Oberhammer Paul [Hrsg.], *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa*, Wien 2001, S. 131 ff. (zit.: OBERHAMMER, Richterbild).
- OBERHAMMER PAUL, Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method, in: Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René [Hrsg.], *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 1025 ff. (zit.: OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung).
- OBERHAMMER PAUL, Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien, Überlegungen à propos «Een nieuwe balans» aus Sicht des deutschen Rechtskreises, in: Ingelse Peter [Hrsg.], *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nimwegen 2004, S. 81 ff. (zit.: OBERHAMMER, Aufgabenverteilung).
- OBERHAMMER PAUL, Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang [Hrsg.], *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht*, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 507 ff. (zit.: OBERHAMMER, Verfahrensmangel).
- OBERHAMMER PAUL, Tatsächlich Recht haben, in: Bittner Ludwig/Klicka Thomas/Kodek Georg E./Oberhammer Paul [Hrsg.], *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien 2005, S. 413 ff. (zit.: OBERHAMMER, Recht).
- OBERHAMMER PAUL, Das schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation, ZEuP 21 (2013), S. 751 ff. (zit.: OBERHAMMER, Kodifikation).
- Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich [Hrsg.], *Kurzkomentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: KuKo-BEARBEITER/IN).
- OEHLER ANDREAS, Sachverhaltsermittlung und Beweis im Scheidungsprozess, in: Dolge Annette [Hrsg.], *Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 91 ff.
- OTT EDWARD E., *Die Methode der Rechtsanwendung*, Habil. Zürich 1979.
- OTTOMANN RUDOLF, Die Offizialmaxime – Ein schillernder Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess, Meier Isaak/Ottomann Rudolf [Hrsg.], *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, Zürich 1993, S. 73 ff.
- PARKER JEFFREY/LEWISCH PETER, Materielle Wahrheitsfindung im Zivilprozeß, in: Bundesministerium für Justiz, Lewisch Peter/Rechberger Walter H. [Hrsg.], *100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, Wien 1998, S. 203 ff.

- PERROUD VÉRONIQUE, Les maximes de procédure en droit du travail, in: Wyler Rémy [Hrsg.], Panorama II en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2012, S. 857 ff.
- PETERS EGBERT, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen 1983.
- PFEIFFER ADRIAN, Die Substanziierung der Beweisanträge im schweizerischen Zivilprozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der «best evidence rule», Diss. Basel 1987.
- PICHONNAZ PASCAL/VOGENAUER STEFAN, Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?, AJP 1999, S. 417 ff.
- PRÜTTING HANNS, Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck und europäische Konvergenz? in: Gottwald Peter/Roth Herbert [Hrsg.], Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 309 ff.
- PULVER BERNHARD, Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, in: Grundrechte und Modernisierung des schweizerischen Arbeitsrechts, aus dem Protokoll der Movendo-SGB-Studientagung vom 23. April 2004, Bern 2005, S. 54 ff.
- RASELLI NICCOLÒ, Sachverhaltserkenntnis und Wahrheit; Rechtsanwendung und Gerechtigkeit, recht 2008, S. 67 ff.
- RECHBERGER WALTER H., Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, Ritsumeikan Law Review 25 (2008), S. 101 ff. (zit.: RECHBERGER, Ideen).
- RECHBERGER WALTER H., Die österreichische ZPO – (k)ein Vorbild für die ungarische ZPO 1911?, in: Sutter-Somm Thomas/Harsági Viktória [Hrsg.], Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende, Reform und Kodifikation – Tradition und Erneuerung, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 1 ff. (zit.: RECHBERGER, Vorbild).
- REICHEL ALEXANDER, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebung zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 33 (1897), S. 101 ff.
- REISCHL KLAUS, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO, ZJP 116 (2003), S. 81 ff.
- RÉTORNAZ VALENTIN, Note zum Urteil 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 vom 27. November 2014, SZJP 2/2015, S. 114 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RÖHL KLAUS F./RÖHL HANS CHRISTIAN, Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln 2008.
- ROHNER CHRISTOPH, Probleme des Rechtsschutzes, Marginalien zu einem grenzenlosen Thema, ZSR 107 (1988) II, S. 215 ff.

- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, ZIVILPROZESSRECHT, 18. Aufl., München 2018.
- RÜEGG VIKTOR, Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge – mit kritischen Bemerkungen zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Spühler Karl [Hrsg.], Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Eine Orientierung, Basel/Genf/München 2003, S. 63 ff.
- RÜTSCH BERNHARD/SCHNEIDER DANIELLE, Die Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiliger Prozess, Ein neuer Blick auf den Untersuchungsgrundsatz im öffentlichen Verfahren, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. [Hrsg.], Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 67 ff.
- SALADIN PETER, Das Verfassungsprinzip der Fairness, Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfahrensgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.
- SALZGEBER HANS PETER, Die richterliche Prozessleitung und Stellung des Gerichtspräsidenten in Zivilsachen nach bündnerischem Recht, Diss. Zürich 1964.
- SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 136 (2000), S. 685 ff. (zit.: SARBACH M., Verhandlungsmaxime).
- SARBACH MARTIN, Zivilprozessrecht im Wandel, Am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in: Schindler Benjamin/Schlauri Regula [Hrsg.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 133 ff. (zit.: SARBACH M., Wandel).
- SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2002 (zit.: SARBACH M., Diss.).
- SARBACH ROLAND, Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Luzern 2016 (zit.: SARBACH R.).
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit.: SCHEFER, Kerngehalte).
- SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1131 ff. (zit.: SCHEFER, Schutzpflichten).
- SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit.: SCHEFER, Dogmatik).
- SCHEFER MARKUS, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, S. 141 ff. (zit.: SCHEFER, Beeinträchtigung).
- SCHMID HANS, Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast, in: Leuenberger Christoph [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 11 ff.
- SCHMID JEAN-DANIEL/HOFER THOMAS, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 282 ff.

- SCHMIDT EICKE, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Mit einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur sog. Prozeßökonomie, Frankfurt am Main 1973.
- SCHUMACHER PABLO, Kommentar zum Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018, ius.focus 1/2019, Nr. 16, S. 19 (zit.: SCHUMACHER PA.).
- SCHUMACHER PETER, Der Richter als Freund und Helfer, Frage- und Hinweispflichten im Zivilprozess, ZBJV 151 (2015), S. 381 ff. (zit.: SCHUMACHER PE.).
- SCHWANDER DANIEL, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Fellmann Walter/Weber Stephan [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2012, Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Beiträge zur Tagung vom 11. Mai 2012 in Luzern, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 91 ff. (zit.: SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge).
- SCHWANDER DANIEL, Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt [Hrsg.], Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 573 ff. (zit.: SCHWANDER D., Streifzug).
- SCHWANDER IVO, Einflussnahme der Parteien auf den Zivilprozess, ZZZ 2004, S. 365 ff. (zit.: SCHWANDER I., Einflussnahme).
- SCHWANDER IVO, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/09, S. 195 ff. (zit.: SCHWANDER I., Prozessvoraussetzungen).
- SCHWANDER IVO, Bemerkungen zum Urteil 5A_723/2017 vom 17. Dezember 2018, ZZZ 2019, S. 153 ff. (zit.: SCHWANDER I., Bemerkungen 5A_723/2017).
- SCHWANDER VITAL, «Iura novit curia» und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, zum 70. Geburtstag am 21. September 1968, Freiburg i.Ue. 1968, S. 199 ff. (zit.: SCHWANDER V.).
- SCHWARTZ PAUL, Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozeß- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Kummer Max/Walder Hans Ulrich [Hrsg.], Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener, Zürich 1973.
- SCHWEIZER MARK, Substanziieren – wozu?, Zwecke der Substanziierungslast und Anforderungen an den Substanziierungsgrad, SJZ 108 (2012), S. 557 ff.
- SEELIG HORST, Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden – heute und einst, Diss. Köln 1980.
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre? Bern 2009.
- SIEGENTHALER THOMAS/REETZ PETER/HEINZMANN MICHEL, Zivilprozessrecht und SchKG/Procédure civile et LP (per Juni 2018), BR 2018, S. 195 ff.
- SIMIC ALEKSANDRA, Kommentar zum Urteil OGer ZH PF190021/-O/U vom 8. August 2019, ius.focus 9/2020, Nr. 235, S. 21.

- SIX JANN, Richterliche Fragepflicht, in: Aargauischer Juristenverein [Hrsg.], Festschrift 75 Jahre Aargauischer Juristenverein 1936–2011, Beiträge zur Umsetzung der schweizerischen Zivilprozess-, Strafprozess- und Jugendstrafprozessordnung im Kanton Aargau, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 87 ff.
- SOGO MIGUEL/BAECHLER ROMAN, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315 ff.
- SPÜHLER KARL, Einführung, Stand der Arbeit, Zeithorizont, in: Spühler Karl [Hrsg.], Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Eine Orientierung, Basel/Genf/München 2003, S. 1 ff.
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010.
- STAEHELIN ADRIAN, Billigkeit und Strenge im Zivilprozess und in der Zwangsvollstreckung, BJM 1967, S. 105 ff.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- Staelin Adrian/Staelin Daniel/Grolimund Pascal [Hrsg.], Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit.: ZPR-BEARBEITER/IN).
- STEHLE BERNHARD, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, 2. Aufl., Basel 2009.
- STREBEL JOSEF JAKOB, Vom Richter und seinem Amte, ZBJV 89 (1953), S. 137 ff.
- STÜRNER ROLF, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky Wolfgang/Stürner Rolf/Walter Gerhard/Wolf Manfred [Hrsg.], Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 647 ff. (zit.: STÜRNER, Verfahrensgrundsätze).
- STÜRNER ROLF, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, Tübingen 1982 (zit.: STÜRNER, Aufklärung).
- SUTER BENEDIKT A., Grundsätze der prozessleitenden Entscheidung im Zivilprozess, Unter besonderer Berücksichtigung des baselstädtischen Rechts, Diss. Basel 1992.
- SUTTER THOMAS, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Dargestellt anhand der systematischen Grundlagen und des Verhältnisses von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht bei der Dispositions- und Officialmaxime, Habil. Freiburg i.Ue. 1997.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Berti Stephen V. [Hrsg.], Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Basel/Genf/München 1999, S. 32 ff. (zit.: SUTTER-SOMM, Überlegungen).
- SUTTER-SOMM THOMAS, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007, S. 301 ff. (zit.: SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze).

- SUTTER-SOMM THOMAS, Werdegang und Charakteristika der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Stürner Rolf/Matsumoto Hiroyuki/Lüke Wolfgang/Deguchi Masahisa [Hrsg.], Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, S. 753 ff. (zit.: SUTTER-SOMM, Werdegang).
- SUTTER-SOMM THOMAS, Die schweizerische Zivilprozessordnung – Entstehung und Schwerpunkte, in: Sutter-Somm Thomas/Harsági Viktória [Hrsg.], Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende, Reform und Kodifikation – Tradition und Erneuerung, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 61 ff. (zit.: SUTTER-SOMM, Entstehung).
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit.: SUTTER-SOMM, ZPR).
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: S/H/L 2013-BEARBEITER/IN).
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: S/H/L-BEARBEITER/IN).
- TANNER MARTIN, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, S. 735 ff.
- TAPPOLET WERNER, Die formelle richterliche Prozeßleitung im zürcherischen Zivilprozeß, Diss. Zürich 1940.
- TINNER ROLF, Das rechtliche Gehör, ZSR 83 (1964) II, S. 295 ff.
- TROLLER ALOIS, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945 (zit.: TROLLER, Grundlagen).
- TROLLER ALOIS, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main/Berlin 1965 (zit.: TROLLER, Prinzipien).
- TROLLER ALOIS, Der Einfluss der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, ZfRV 7 (1966), S. 3 ff. (zit.: TROLLER, Methode).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016.
- TSCHENTSCHER AXEL, Grundprinzipien des Rechts, Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern/Stuttgart/Wien 2003.
- TSCHUDI PATRICIA, Substanziierungslast versus gerichtliche Fragepflicht, Plädoyer 3/2017, S. 34 ff.
- UNTERNÄHRER WALTHER, Die formelle Prozessleitung des Amtsgerichtspräsidenten im ordentlichen luzernischen Zivilprozessverfahren, Diss. Freiburg i.Ue. 1955.
- VOGEL OSCAR, «Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen», Urteilsanmerkung Zivilprozessrecht, BGE 107 II 233 = Pra 70 (1981) Nr. 178, BGE 109 II 195 = Pra 73 (1984) Nr. 16, recht 1985, S. 64 ff. (zit.: VOGEL, Richter).

- VOGEL OSCAR, Freibeweis in der Kinderzuteilung, in: Riemer Hans Michael/Walder Hans Ulrich/Weimar Peter [Hrsg.], Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, S. 609 ff. (zit.: VOGEL, Freibeweis).
- VOGEL OSCAR, Darf der Richter dem Kläger «helfen»? SJZ 84 (1988), S. 75 f. (zit.: VOGEL, «helfen»).
- VOGEL OSCAR, Prozess-Ökonomie?, BJM 1988, S. 1 ff. (zit.: VOGEL, Prozess-Ökonomie?).
- VOGEL OSCAR, Das Menschenbild im schweizerischen Zivilprozessrecht, in: Steinauer Paul-Henri [Hrsg.], Das Menschenbild im Recht, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hunderjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg i.Ue. 1990, S. 517 ff. (zit.: VOGEL, Menschenbild).
- VOGEL OSCAR, Prozessuales Management am Handelsgericht, SJZ 88 (1992), S. 18 ff. (zit.: VOGEL, Handelsgericht).
- VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Unter Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf ausgewählte zivilprozessuale Institute, Diss. Basel 2006.
- VON DÄNIKEN FRANZ, Rechts- und Tatfragen im Haftpflichtprozess, Diss. Zürich 1976.
- VON GÖNNER NIKLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 1. Bd., 2. Aufl., Erlangen 1804.
- VON HIPPEL FRITZ, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Beiträge zum natürlichen Aufbau des Prozeßrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1939.
- VON RECHENBERG DIETHER, Die Fragwürdigkeit des richterlichen Urteils, SJZ 83 (1987), S. 389 ff.
- WACH ADOLF, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1. Bd., Leipzig 1885.
- WALDER HANS ULRICH, Die Oficialmaxime, Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1973.
- WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs im schweizerischen Zivilprozess, in: Hauser Robert/Rehberg Jörg/Stratenwerth Günter [Hrsg.], Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 403 ff.
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Tafeln zum Zivilprozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 und des Entwurfes zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Tafeln).
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht, Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR).

- WALTER HANS PETER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, Tendenzen der Rechtsprechung, BJM 1995, S. 281 ff. (zit.: WALTER, Bundesprivatrecht).
- WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 100 (2004), S. 313 ff. (zit.: WALTER, Weg).
- WALTER HANS PETER, Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann Walter/Weber Stephan [Hrsg.], Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Beiträge zur Tagung vom 19. Mai 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 15 ff. (zit.: WALTER, Rechtsfragen).
- WALTER HANS PETER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann Walter/Weber Stephan [Hrsg.], Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Beiträge zur Tagung vom 14. Mai 2009, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 47 ff. (zit.: WALTER, Beweis).
- WASSERMANN RUDOLF, Der soziale Zivilprozess, Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat, Darmstadt 1978.
- WEBER PHILIPP, Anpassung der ZPO – Überblick über die laufenden Revisionsarbeiten, in: Dolge Annette [Hrsg.], Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 97 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil. Luzern 2006 (zit.: WIEDERKEHR, Habil.).
- WIEDERKEHR RENÉ, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 2008, S. 394 ff. (zit.: WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen).
- WIEGAND WOLFGANG, Iura novit curia vs. ne ultra petita – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas [Hrsg.], Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 127 ff.
- WILDHABER BOHNET STÉPHANIE, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, Jusletter vom 23. September 2013.
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012.
- WUFFLI DANIEL/FUHRER DAVID, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019.
- WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Basel 2017.
- WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Habil. Bern 2001.
- ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Diss. Zürich 1980.
- ZIPPELIUS REINHOLD, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021.

Zöller Richard, Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1–185, 200–270, 433–484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 32. Aufl., Köln 2018 (zit.: Zöller ZPO-BEARBEITER/IN).

ZÖLLNER WOLFGANG, Materielles Recht und Prozessrecht, AcP 190 (1990), S. 471 ff.

ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss. Zürich 1998.

Materialienverzeichnis

Zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit.: Botschaft BV).

Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (SR 210)

- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013, BBl 2013 4887 ff. (zit.: Botschaft ZGB, Vorsorgeausgleich bei Scheidung).

Zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272)

- Vorentwurf der Expertenkommission zur eidgenössischen Zivilprozessordnung, Juni 2003 (zit.: VE-ZPO).
- Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur eidgenössischen Zivilprozessordnung, Juni 2003 (zit.: Bericht VE-ZPO).
- Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004 (zit.: ZS VN VE-ZPO).
- Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7413 ff. (zit.: E-ZPO).
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit.: Botschaft ZPO).
- Beratungen der Eidgenössischen Räte zum Geschäft 06.062 des Bundesrates (Schweizerische Zivilprozessordnung), 2007 und 2008.
- Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), 2. März 2018 (zit.: VE-rev. ZPO).
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (zit.: Bericht VE-rev. ZPO).
- Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2785 ff. (zit.: E-rev. ZPO).

- Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff. (zit.: Botschaft rev. ZPO).
- Beratungen der Eidgenössischen Räte zum Geschäft 20.026 des Bundesrates (Zivilprozessordnung, Änderung), 2021, 2022 und 2023.
- Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), Änderung vom 17. März 2023 (zit.: Vorlage Schlussabstimmung).

Zum Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (SR 273)

- Botschaft zum Entwurf eines neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozess vom 14. März 1947, BBl 1947 I 989 ff. (zit.: Botschaft BZP).

Grafikverzeichnis

Grafik 1 – <i>Da mihi facta dabo tibi ius</i> → materielle Prozessleitung	8
Grafik 2 – Auslegung der materiellen Prozessleitung.....	10
Grafik 3 – Übersicht Teil I	98
Grafik 4 – Übersicht Teil II	262
Grafik 5 – Übersicht Teil III.....	758

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In den Fussnoten dieser Abhandlung wird aus Platzgründen das Entscheiddatum der bundesgerichtlichen Urteile nicht angegeben. Dieses kann dem vorliegenden Verzeichnis entnommen werden. Bei grundsätzlich publizierten Entscheiden, aus denen vorliegend Erwägungen beigezogen wurden, die nicht in die amtliche Sammlung eingegangen sind, ist der entsprechende BGE in Klammern vermerkt.

Nicht (vollständig) in der amtlichen Sammlung

(nach Gerichtsabteilung und Dossiernummer sortiert)

1C_442/2007	21.04.2008	4A_44/2019	20.09.2019
1P.254/2005	30.08.2005	(BGE 145 III 428)	
1P.457/2006	19.09.2006	4A_45/2014	19.05.2014
2C_194/2013	21.08.2013	4A_46/2016	20.06.2016
2C_233/2021	08.07.2021	4A_48/2019	29.08.2019
2C_446/2010	16.09.2010	4A_57/2014	08.05.2014
2C_482/2007	26.09.2007	4A_69/2012	02.05.2012
2C_708/2016	24.08.2016	4A_70/2008	12.08.2009
2E_2/2013	30.10.2014	i.V.m. 4A_230/2009	
4A_1/2014	26.03.2014	4A_71/2011	02.05.2011
4A_1/2016	25.04.2016	4A_73/2014	19.06.2014
4A_2/2013	12.06.2013	(BGE 140 III 312)	
4A_6/2011	22.03.2011	4A_74/2008	13.06.2008
4A_7/2012	03.04.2012	i.V.m. 4C.68/2007	
4A_8/2011	01.03.2011	4A_79/2012	27.08.2012
4A_9/2015	29.07.2015	4A_80/2014	23.09.2014
4A_9/2018	31.10.2018	i.V.m. 4A_78/2014	
4A_12/2010	25.02.2010	4A_87/2008	28.03.2008
4A_20/2018	29.05.2018	4A_100/2016	13.07.2016
4A_23/2016	19.07.2016	(BGE 142 III 515)	
4A_24/2017	28.02.2017	4A_103/2017	19.07.2017
4A_26/2011	20.09.2011	4A_104/2011	27.09.2011
i.V.m. 4A_30/2011		4A_106/2020	08.07.2020
4A_32/2007	16.05.2007	4A_111/2019	23.07.2019
4A_33/2015	09.06.2015	4A_113/2017	06.09.2017
4A_35/2013	15.03.2013	4A_114/2013	20.06.2013
4A_36/2007	03.05.2007	4A_126/2019	17.02.2020
4A_44/2018	05.03.2018	4A_135/2013	06.06.2013

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

4A_140/2009	12.05.2009	4A_271/2013	26.09.2013
4A_142/2014	02.10.2014	4A_274/2016	19.10.2016
4A_144/2009	06.10.2009	4A_280/2019	14.10.2019
4A_145/2016	19.07.2016	4A_281/2017	22.01.2018
4A_146/2015	19.08.2015	4A_284/2017	22.01.2018
4A_148/2020	20.05.2020	4A_284/2019	01.10.2019
4A_150/2011	24.06.2011	4A_291/2007	29.10.2007
4A_155/2014	05.08.2014	4A_295/2010	26.07.2010
4A_158/2018	17.07.2018	4A_299/2015	02.02.2016
4A_169/2011	19.07.2011	(BGE 142 II 84)	
4A_171/2017	26.09.2017	4A_301/2013	06.01.2014
4A_178/2013	31.07.2013	4A_306/2009	08.02.2010
4A_184/2010	11.05.2010	4A_306/2016	05.07.2016
4A_189/2018	06.08.2018	4A_318/2016	03.08.2016
4A_195/2014	27.11.2014	4A_330/2010	09.08.2010
i.V.m. 4A_197/2014		4A_333/2015	27.01.2016
(BGE 140 III 602)		i.V.m. 4A_337/2015	
4A_198/2014	17.07.2014	4A_336/2014	18.12.2014
4A_203/2013	06.06.2013	4A_336/2019	05.11.2019
4A_210/2009	07.04.2010	4A_338/2011	14.12.2011
4A_211/2015	08.12.2015	4A_339/2016	27.06.2016
4A_214/2013	05.08.2013	4A_354/2014	14.01.2015
4A_216/2008	20.08.2008	4A_357/2016	08.11.2016
4A_217/2018	02.10.2018	(BGE 142 III 782)	
4A_221/2015	23.11.2015	4A_360/2015	12.11.2015
(BGE 141 III 549)		4A_364/2010	30.09.2010
4A_225/2011	15.07.2011	4A_369/2017	29.01.2018
4A_225/2019	02.09.2019	4A_375/2009	29.10.2009
4A_228/2018	05.11.2018	4A_375/2015	26.01.2016
4A_229/2012	19.07.2012	(BGE 142 III 102)	
4A_229/2017	07.12.2017	4A_375/2016	08.02.2017
4A_232/2010	19.07.2010	4A_380/2016	01.11.2016
4A_235/2016	07.03.2017	4A_387/2016	26.08.2016
4A_239/2019	27.08.2019	4A_390/2011	09.11.2011
4A_252/2011	22.08.2011	4A_397/2013	11.02.2014
4A_258/2015	21.10.2015	4A_398/2018	25.02.2019
4A_259/2007	08.11.2007	i.V.m. 4A_400/2018	
4A_261/2014	14.01.2015	4A_403/2015	18.11.2015
4A_261/2017	30.10.2017	4A_412/2019	27.04.2020
4A_262/2016	10.10.2016	4A_414/2013	28.10.2013
4A_264/2015	10.08.2015	4A_414/2016	01.12.2016
4A_265/2017	13.02.2018	4A_415/2015	22.08.2016

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

4A_423/2014	29.09.2014	4A_517/2014	02.02.2015
4A_427/2013	10.02.2014	4A_519/2010	11.11.2010
4A_427/2016	28.11.2016	4A_519/2011	28.11.2011
4A_428/2010	09.11.2010	4A_522/2008	03.09.2009
4A_428/2016	15.02.2017	4A_533/2018	23.04.2019
4A_429/2019	13.11.2019	4A_533/2019	22.04.2020
4A_431/2015	19.04.2016	4A_540/2017	01.03.2018
4A_431/2019	27.02.2020	4A_544/2010	08.12.2010
4A_432/2015	08.02.2016	4A_561/2014	16.12.2014
4A_438/2010	15.11.2010	4A_563/2019	14.07.2020
(BGE 136 III 545)		(BGE 146 III 339)	
4A_439/2018	27.06.2019	4A_566/2015	08.02.2016
4A_440/2016	24.10.2016	4A_572/2018	30.03.2020
4A_443/2017	30.04.2018	4A_577/2010	21.03.2011
4A_444/2013	05.02.2014	4A_588/2010	11.01.2011
4A_447/2011	20.09.2011	4A_588/2011	03.05.2012
4A_448/2009	01.02.2010	4A_590/2016	26.01.2017
4A_450/2009	12.10.2009	4A_591/2012	20.02.2013
4A_453/2017	12.07.2018	4A_592/2015	18.03.2016
(BGE 144 III 319)		4A_595/2019	18.02.2020
4A_456/2015	06.06.2016	4A_605/2019	27.05.2020
(BGE 142 III 462)		4A_612/2012	19.02.2013
4A_462/2012	27.11.2012	4A_613/2017	28.09.2018
4A_475/2012	06.12.2012	i.V.m. 4A_615/2017	
4A_476/2015	11.01.2016	4A_618/2017	11.01.2018
4A_477/2018	16.07.2019	4A_625/2015	29.06.2016
i.V.m. 4A_481/2018		(BGE 142 III 581)	
4A_478/2008	16.12.2008	4A_627/2015	09.06.2016
4A_484/2011	02.11.2011	4A_628/2016	20.12.2016
4A_485/2012	08.01.2013	4A_635/2009	24.03.2010
4A_487/2018	30.01.2019	4A_651/2015	19.04.2016
4A_491/2014	30.03.2015	4A_661/2017	28.05.2018
4A_492/2009	27.01.2010	4A_661/2018	04.03.2019
4A_497/2008	10.02.2009	4A_665/2012	22.03.2013
(BGE 135 III 220)		4A_674/2016	20.04.2017
4A_498/2014	03.02.2015	4A_676/2016	20.04.2017
4A_499/2010	09.11.2010	4A_685/2010	28.03.2011
4A_499/2013	04.02.2014	4A_692/2015	01.03.2017
4A_502/2019	15.06.2020	(BGE 143 III 206)	
4A_504/2015	28.01.2016	4A_701/2012	19.04.2013
4A_505/2012	06.12.2012	4A_702/2016	23.03.2017
4A_517/2010	11.11.2010		

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

4A_703/2016 (BGE 143 III 344)	24.05.2017	4P.75/2005	18.08.2005
4A_705/2014	08.05.2015	4P.84/2003	28.08.2003
4A_705/2016	24.05.2017	4P.239/2005	21.11.2005
4A_709/2011	31.05.2012	4P.260/2000	02.03.2001
4A_723/2012	03.04.2013	4P.297/2001	26.03.2002
4A_724/2016	19.07.2017	5A_2/2013	06.03.2013
4C.11/2006	01.05.2006	5A_3/2019	18.02.2019
4C.36/2006	29.03.2006	5A_18/2018	16.03.2018
4C.52/2006	31.05.2006	5A_22/2010	07.06.2010
4C.68/2007	13.06.2008	5A_22/2011	16.02.2011
4C.82/2006	27.06.2006	5A_23/2019	03.07.2019
4C.143/2002	31.03.2003	5A_27/2009	02.10.2009
4C.166/2006	25.08.2006	i.V.m. 5A_37/2009	
4C.211/2004	07.09.2004	5A_31/2014	11.07.2014
4C.212/2006	28.09.2006	5A_46/2018	04.03.2019
4C.220/2002	07.10.2002	5A_49/2017	18.07.2017
4C.242/2003	05.11.2003	5A_59/2016	01.06.2016
4C.255/2005	26.10.2006	5A_67/2009	19.02.2009
4C.273/2005	22.11.2005	5A_67/2020	10.08.2020
4C.300/2000	29.03.2001	5A_72/2007	05.04.2007
4C.301/2000	12.02.2001	5A_75/2018	18.12.2018
4C.332/2000	26.01.2001	5A_82/2013	18.03.2013
4C.340/2004 (BGE 131 III 243)	02.12.2004	5A_88/2013	21.05.2013
4C.374/2001	06.09.2002	5A_91/2014	29.04.2014
4C.392/1999	11.02.2000	5A_95/2018	29.08.2018
4C.395/2005	01.03.2006	5A_111/2014	16.07.2014
4C.408/1999	11.02.2000	5A_111/2017	20.06.2017
4C.434/2006	25.02.2008	5A_113/2015	03.07.2015
4C.441/2006	23.03.2007	5A_115/2012	20.04.2012
4D_2/2013	01.05.2013	5A_125/2016	27.07.2016
4D_15/2008	28.04.2008	5A_126/2010	10.06.2010
4D_57/2013	02.12.2013	5A_142/2019	29.04.2020
4D_80/2009	01.07.2009	5A_149/2011	06.07.2011
4D_87/2017	20.03.2018	5A_153/2009	29.05.2009
4D_101/2014	20.05.2015	(BGE 153 III 489)	
4D_109/2010	10.12.2010	5A_155/2013	17.04.2013
4P.1/2001	27.04.2001	5A_166/2019	12.08.2019
4P.19/2003	25.03.2003	5A_175/2015	05.06.2015
4P.22/2004	06.10.2004	5A_180/2009	19.05.2009
4P.71/2001	12.06.2001	5A_187/2011	13.05.2011
		5A_194/2012	08.05.2012
		5A_205/2010	12.07.2010

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

5A_205/2015	22.10.2015	5A_380/2015	01.07.2015
5A_206/2016	01.06.2016	5A_380/2016	15.09.2016
5A_209/2014	02.09.2014	5A_394/2008	02.03.2009
5A_211/2017	24.07.2017	5A_402/2011	05.12.2011
5A_213/2017	11.12.2007	5A_408/2015	08.10.2015
(BGE 144 III 54)		5A_416/2008	25.08.2008
5A_218/2014	25.06.2014	5A_417/2020	27.10.2020
5A_221/2018	04.06.2018	5A_427/2013	14.08.2013
5A_225/2019	18.03.2019	5A_446/2016	04.11.2016
5A_230/2017	21.11.2017	5A_446/2019	05.03.2020
5A_240/2011	06.07.2011	5A_453/2009	09.11.2009
5A_242/2019	27.09.2019	5A_458/2010	09.09.2010
5A_252/2020	18.06.2020	5A_461/2012	01.02.2013
5A_253/2007	26.11.2007	5A_462/2013	12.11.2013
i.V.m. 5A_254/2007		5A_468/2017	18.12.2017
5A_254/2010	05.07.2010	5A_471/2012	02.07.2013
5A_256/2015	13.08.2015	5A_474/2013	10.12.2013
5A_262/2019	30.09.2019	5A_476/2015	19.11.2015
5A_264/2020	18.06.2020	5A_478/2013	06.11.2013
5A_266/2019	05.08.2019	5A_478/2016	10.03.2017
5A_283/2016	23.08.2016	5A_483/2018	23.10.2018
5A_286/2015	02.11.2015	5A_488/2015	21.08.2015
5A_298/2015	30.09.2015	5A_492/2016	05.08.2016
5A_300/2016	14.10.2016	5A_502/2017	15.08.2017
5A_324/2017	04.05.2017	5A_503/2017	14.05.2018
5A_327/2017	02.08.2017	5A_504/2018	25.06.2018
5A_330/2013	24.09.2013	5A_513/2014	01.10.2015
5A_335/2019	04.09.2019	5A_517/2011	16.12.2011
5A_336/2019	09.06.2020	5A_517/2012	24.08.2012
5A_344/2015	29.02.2016	5A_519/2008	12.10.2009
5A_346/2015	27.01.2017	5A_519/2019	29.10.2019
5A_346/2016	29.06.2017	5A_524/2017	09.10.2017
(BGE 143 III 361)		5A_535/2013	22.10.2013
5A_354/2016	22.11.2016	5A_536/2016	19.12.2016
5A_355/2011	26.01.2012	5A_541/2015	14.01.2016
5A_357/2015	19.08.2015	5A_556/2014	04.03.2015
5A_359/2019	17.10.2019	5A_558/2014	07.09.2015
5A_361/2010	10.09.2010	5A_561/2011	19.03.2012
5A_361/2011	07.12.2011	(BGE 138 III 289)	
5A_361/2019	21.02.2020	5A_565/2015	24.11.2015
5A_362/2012	27.09.2012	5A_586/2011	20.10.2011
5A_367/2016	06.02.2017	5A_588/2015	09.02.2016

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

5A_590/2016 (BGE 143 III 624)	12.10.2017	5A_761/2015	21.12.2015
5A_592/2018	13.02.2019	5A_763/2011	07.03.2012
5A_601/2013	12.09.2013	5A_763/2018	01.07.2019
5A_606/2014	19.11.2014	5A_770/2018	06.03.2019
5A_608/2014	16.12.2014	5A_771/2010	24.06.2011
5A_614/2007	02.05.2008	5A_776/2009	27.05.2010
5A_618/2012	27.05.2013	5A_776/2015	04.02.2016
5A_618/2015	02.03.2016	5A_778/2015	16.12.2015
5A_623/2019	05.11.2019	5A_781/2010	16.02.2011
5A_624/2019	05.11.2019	5A_788/2017 (BGE 144 III 349)	02.07.2018
5A_625/2017	05.12.2017	5A_795/2009 (BGE 136 III 123)	10.03.2010
5A_635/2019	05.12.2019	5A_796/2011	05.04.2012
5A_636/2018	08.10.2018	5A_798/2009 (BGE 136 I 178)	04.03.2010
5A_639/2014	08.09.2015	5A_806/2016	22.02.2017
5A_641/2016	14.03.2017	5A_807/2018	28.02.2019
5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016	18.05.2017	5A_810/2015	17.12.2015
5A_658/2014	06.05.2015	5A_812/2015	06.09.2016
5A_661/2011	10.02.2012	5A_814/2012	08.03.2013
5A_672/2012	03.04.2013	5A_818/2014	29.07.2015
5A_677/2008	16.10.2008	5A_826/2010	01.03.2011
5A_678/2019	09.09.2019	5A_830/2010	30.03.2011
5A_681/2016	24.11.2016	5A_833/2012	30.05.2013
5A_685/2018	15.05.2019	5A_834/2012	26.02.2013
5A_705/2013	29.07.2014	5A_840/2011	13.01.2012
5A_710/2009 (BGE 136 III 257)	22.02.2010	5A_857/2016 (BGE 143 III 617)	08.11.2017
5A_712/2010	02.02.2011	5A_859/2009	25.05.2010
5A_712/2017	30.01.2018	5A_862/2012	30.05.2013
5A_716/2010	23.02.2011	5A_865/2017	25.06.2018
5A_719/2016	01.02.2017	5A_877/2013	10.02.2014
5A_722/2007	07.04.2008	5A_892/2014	18.05.2015
5A_723/2016	20.10.2017	5A_897/2013	08.07.2014
5A_723/2017	17.12.2018	5A_899/2017	11.01.2018
5A_725/2016 (BGE 143 III 140)	06.03.2017	5A_899/2019	17.06.2020
5A_726/2014	02.02.2015	5A_921/2014	11.03.2015
5A_736/2016	30.03.2017	5A_924/2015	27.04.2016
5A_737/2016	27.03.2017	5A_953/2012	30.01.2013
5A_749/2016	11.05.2017	5A_954/2019	19.10.2020
5A_751/2014	28.05.2015		

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

5A_991/2015 (BGE 142 III 612)	29.09.2016	5D_8/2016	03.06.2016
5A_1009/2017	16.02.2018	5D_17/2020	16.04.2020
5A_1029/2018	28.12.2018	5D_65/2014	09.09.2014
5A_1032/2019	09.06.2020	5D_98/2012	14.08.2012
5A_1036/2019	10.06.2020	5D_111/2019	07.02.2020
5A_1037/2019	22.04.2020	5D_148/2017	13.10.2017
5C.14/2005	11.04.2005	5P.1/2006	18.05.2006
5C.20/2007 (BGE 133 III 607)	02.08.2007	5P.147/2001	30.08.2001
5C.34/2006	27.06.2006	5P.157/2003	30.06.2003
5C.73/2004	07.04.2004	5P.210/2003	11.09.2003
5C.134/2004	01.10.2004	5P.210/2005	21.10.2005
5C.142/2000	11.08.2000	5P.245/2005	21.10.2005
5C.206/2006	09.11.2006	5P.333/2005	27.01.2006
5C.207/2004	26.11.2004	5P.376/2003	23.12.2003
5C.257/2004	09.03.2005	5P.376/2006	14.06.2007
5C.299/2001 (BGE 128 III 161)	07.02.2002	5P.410/2005	06.04.2006
		5P.444/2004	02.05.2005
		8C_37/2014	22.05.2014
		8F_3/2008	20.08.2008

Amtliche Sammlung

BGE 26 II 287	04.05.1900	BGE 115 II 305	27.09.1989
BGE 33 I 143	31.01.1907	BGE 115 II 464	19.12.1989
BGE 67 II 70	03.04.1941	BGE 116 II 196	24.01.1990
BGE 81 I 113	04.05.1955	BGE 116 II 215	01.05.1990
BGE 83 II 345	17.06.1957	BGE 116 II 441	19.06.1990
BGE 86 I 4	30.03.1960	BGE 117 II 113	23.05.1991
BGE 93 I 209	05.07.1967	BGE 117 II 231	23.05.1991
BGE 97 I 24	17.02.1971	BGE 117 II 494	17.12.1991
BGE 97 II 216	11.05.1971	BGE 118 Ia 144	22.07.1992
BGE 98 II 113	25.01.1972	BGE 118 II 93	27.02.1992
BGE 99 Ia 407	24.05.1973	BGE 118 II 479	04.12.1992
BGE 104 Ia 105	08.03.1978	BGE 118 II 521	23.10.1992
BGE 105 II 143	15.05.1979	BGE 119 Ia 28	11.02.1993
BGE 105 II 149	13.02.1979	BGE 119 II 23	19.01.1993
BGE 106 Ia 100	22.02.1980	BGE 119 II 249	22.07.1993
BGE 106 II 170	22.07.1980	BGE 120 Ia 184	24.08.1994
BGE 107 II 119	26.02.1981	BGE 120 II 105	22.02.1994
BGE 107 II 172	12.05.1981	BGE 120 II 270	08.09.1994
BGE 107 II 222	25.06.1981	BGE 120 V 357	24.08.1994
BGE 107 II 233	29.04.1981	BGE 120 V 413	23.11.1994
BGE 107 II 499	15.10.1981	BGE 121 II 252	13.07.1995
BGE 108 Ia 209	01.12.1982	BGE 121 III 60	19.01.1995
BGE 108 Ia 293	08.07.1982	BGE 122 I 53	20.03.1996
BGE 108 Ia 316	25.11.1982	BGE 122 III 219	04.06.1996
BGE 108 II 337	07.12.1982	BGE 122 V 157	03.05.1996
BGE 109 II 474	29.11.1983	BGE 123 III 35	20.08.1996
BGE 110 Ib 332	19.12.1984	BGE 123 III 183	27.01.1997
BGE 111 II 72	08.05.1985	BGE 123 III 220	06.11.1996
BGE 111 II 225	09.09.1985	BGE 123 III 241	07.05.1997
BGE 112 II 172	08.04.1986	BGE 123 III 346	24.06.1997
BGE 113 Ia 84	23.06.1987	BGE 124 I 49	03.03.1998
BGE 113 Ia 433	23.12.1987	BGE 125 I 166	03.03.1999
BGE 113 II 345	06.10.1987	BGE 125 I 173	03.03.1999
BGE 114 Ia 50	16.03.1988	BGE 125 II 473	01.09.1999
BGE 114 Ia 97	04.05.1988	BGE 125 III 231	13.04.1999
BGE 114 II 289	30.09.1988	BGE 126 I 112	23.05.2000
BGE 115 Ia 12	11.01.1989	BGE 126 II 300	03.05.2000
BGE 115 Ia 94	20.03.1989	BGE 126 III 10	11.10.1999
BGE 115 II 1	11.04.1989	BGE 127 I 31	30.08.2000
BGE 115 II 187	02.03.1989	BGE 127 I 196	19.09.2001

Urteilsverzeichnis zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung

BGE 127 III 357	28.06.2001	BGE 135 III 220	10.02.2009
BGE 127 III 365	30.05.2001	BGE 135 III 334	11.03.2009
BGE 127 V 431	21.12.2001	BGE 135 III 489	29.05.2009
BGE 128 I 327	26.08.2002	BGE 136 I 1	13.01.2010
BGE 128 III 161	07.02.2002	BGE 136 I 17	23.11.2009
BGE 128 III 411	27.06.2002	BGE 136 I 178	04.03.2010
BGE 129 I 1	06.11.2002	BGE 136 I 207	19.04.2010
BGE 129 I 12	07.11.2002	BGE 136 I 241	02.06.2010
BGE 129 I 173	12.02.2003	BGE 136 I 345	10.09.2010
BGE 129 I 290	07.07.2003	BGE 136 III 1	28.08.2009
BGE 129 II 497	17.06.2003	BGE 136 III 74	15.12.2009
BGE 129 III 250	19.12.2002	BGE 136 III 123	10.03.2010
BGE 129 III 375	06.03.2003	BGE 136 III 257	22.02.2010
BGE 129 III 481	15.05.2003	BGE 136 III 322	16.03.2010
BGE 130 I 180	01.07.2004	BGE 136 III 545	15.11.2010
BGE 130 I 337	19.10.2004	BGE 136 V 331	16.08.2010
BGE 130 II 87	29.01.2004	BGE 137 I 227	04.05.2011
BGE 130 II 169	22.01.2004	BGE 137 III 32	22.11.2010
BGE 130 III 35	30.09.2003	BGE 137 III 455	30.08.2011
BGE 130 III 102	16.12.2003	BGE 137 III 470	27.09.2011
BGE 130 III 321	29.01.2004	BGE 137 III 617	08.12.2011
BGE 130 III 328	24.02.2004	BGE 137 V 210	28.06.2011
BGE 130 III 734	01.11.2004	BGE 138 III 59	10.01.2012
BGE 131 I 24	23.09.2004	BGE 138 III 289	19.03.2012
BGE 131 I 113	03.05.2005	BGE 138 III 374	26.04.2012
BGE 131 I 166	18.03.2005	BGE 138 III 537	31.05.2012
BGE 131 II 562	06.07.2005	BGE 138 III 625	28.08.2012
BGE 131 II 697	26.10.2005	BGE 139 I 121	12.04.2013
BGE 131 III 243	02.12.2004	BGE 139 III 13	06.12.2012
BGE 132 I 1	30.08.2005	BGE 139 III 120	26.02.2013
BGE 132 I 49	25.01.2006	BGE 139 III 126	25.02.2013
BGE 132 I 181	11.05.2006	BGE 139 III 278	06.05.2013
BGE 132 I 249	11.09.2006	BGE 139 III 368	03.07.2013
BGE 132 V 93	08.02.2006	BGE 139 III 433	27.08.2013
BGE 133 I 1	07.12.2006	BGE 139 III 457	22.10.2013
BGE 133 III 607	02.08.2007	BGE 140 I 99	14.02.2014
BGE 134 I 16	15.11.2007	BGE 140 I 201	21.03.2014
BGE 134 II 244	19.05.2008	BGE 140 III 16	14.11.2013
BGE 134 III 52	27.11.2007	BGE 140 III 159	07.05.2014
BGE 134 III 452	29.05.2008	BGE 140 III 221	20.05.2014
BGE 135 I 169	15.06.2009	BGE 140 III 264	04.04.2014
BGE 135 II 78	21.01.2009	BGE 140 III 278	27.05.2014

BGE 140 III 312	19.06.2014	BGE 142 III 629	01.09.2016
BGE 140 III 450	01.09.2014	BGE 142 III 782	08.11.2016
BGE 140 III 485	21.08.2014	BGE 143 III 1	14.12.2016
BGE 140 III 602	27.11.2014	BGE 143 III 140	06.03.2017
BGE 141 I 241	22.09.2015	BGE 143 III 206	01.03.2017
BGE 141 III 433	11.09.2015	BGE 143 III 297	09.06.2017
BGE 141 III 481	14.10.2015	BGE 143 III 344	24.05.2017
BGE 141 III 549	23.11.2015	BGE 143 III 361	29.06.2017
BGE 141 III 569	16.12.2015	BGE 143 III 617	08.11.2017
BGE 142 I 1	08.03.2016	BGE 143 III 624	12.10.2017
BGE 142 I 195	13.09.2016	BGE 144 III 54	11.12.2017
BGE 142 III 84	02.02.2016	BGE 144 III 67	24.11.2017
BGE 142 III 102	26.01.2016	BGE 144 III 155	16.04.2018
BGE 142 III 153	17.12.2015	BGE 144 III 235	18.04.2018
BGE 142 III 271	11.04.2016	BGE 144 III 319	12.07.2018
BGE 142 III 402	21.06.2016	BGE 144 III 349	02.07.2018
BGE 142 III 413	25.05.2016	BGE 144 III 519	08.10.2018
BGE 142 III 462	06.06.2016	BGE 145 III 428	20.09.2019
BGE 142 III 502	11.08.2016	BGE 146 III 203	20.05.2020
BGE 142 III 515	13.07.2016	BGE 146 III 297	20.05.2020
BGE 142 III 581	29.06.2016	BGE 146 III 339	14.07.2020
BGE 142 III 612	29.09.2016	BGE 146 III 413	17.08.2020

Einleitung

Zur Themenwahl

- 1 Die vorliegende Abhandlung¹ befasst sich mit dem Thema der Aufgabenteilung zwischen den Parteien und dem Gericht im Rahmen der zivilprozessualen Sachverhaltesterstellung. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der materiellen Prozessleitung.
- 2 Die Grundsätze zur Aufgabenteilung im Zivilverfahren² wurden in der neuen Prozessordnung im Kapitel zu den Verfahrensgrundsätzen verankert.³ Nicht einzig diese zentrale systematische Position belegt die Wichtigkeit der Thematik; schon seit geraumer Zeit wird in verschiedener Hinsicht die Bedeutung der zivilprozessualen Rollenverteilung für die Charakterprägung und somit auch für das Verständnis einer Verfahrensordnung hervorgehoben⁴. Dass dem Thema überdies auch in verschiedener Hinsicht Spannung innewohnt, offenbart die Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung. Gleich im einleitenden Beschrieb der bis anhin herrschenden Rechtszersplitterung im schweizerischen Zivilprozessrecht wirft sie die folgenden Fragen auf:

¹ Soweit nicht eine bestimmte Person gemeint ist, sind unabhängig davon, welche Geschlechtsform in der vorliegenden Abhandlung jeweils verwendet wird, selbstverständlich sämtliche Personen in der angesprochenen Eigenschaft erfasst.

² Vgl. Art. 55 ZPO über die Verhandlungs- und die Untersuchungsmaxime, Art. 56 ZPO zur Fragepflicht und Art. 57 ZPO zur gerichtlichen Rechtsanwendung.

³ ASPRION STÖCKLIN, S. 11, zählt den Inhalt, den die heutigen Art. 55–58 ZPO beschreiben, zur Aufgabenteilung zwischen Parteien und Gericht; nach GASSER/RICKLI, Vorbem. Art. 52–58 N. 3, umschreiben Art. 55, 56 und 57 ZPO die Arbeitsteilung zwischen Gericht und Parteien.

⁴ Vgl. z.B. KUMMER, ZPR, S. 70, zu den Prozessgrundsätzen als eigentlichen Zugang zum Verständnis des Verfahrens und dem besonderen Gesicht, das die Prozessmaximen dem Gesetz verleihen; zustimmend: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 95; SARBACH M., Wandel, S. 135; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 686; SARBACH M., Diss., S. 8 FN. 16. Vgl. des Weiteren z.B.: WALDER, S. 5; HEER, S. 155; DOMEJ, Struktur, S. 241; MEIER I., ZPR, S. 402, und GASSER/RICKLI, Vorbem. Art. 52–58, N. 1. Auch der Bericht VE-ZPO, S. 14, spricht bez. der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime von prozessstrukturierenden Regeln, die das Rückgrat des Zivilprozesses bilden; die Botschaft ZPO, S. 7240, hält fest, dass die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime dem Zivilprozess sein typisches Gesicht geben. Vgl. zudem auch SUTTER, N. 225; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 301; MÜLLER R., S. 97; STÜRNER, Aufklärung, N. 11; STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 647; BRÖNNIMANN, Überblick, S. 82.

«Verhält sich das Gericht wie eine Sphinx, die abwartet, was ihr die Parteien vor- 3
tragen – nach der Parömie: *Da mihi facta, dabo tibi ius?* Oder folgt es einer so
genannten *Richterpflicht*, die es zu gezielten Fragen anhält?»^{5,6}

Die Parteien sehen sich im Zivilprozess mit der Herausforderung konfrontiert, 4
dass ihre Aufgabe – das *da mihi facta* – in vielschichtiger Weise von *ius* abhängt.
Diesem Umstand können sie sich nicht entziehen. Eine somit eher unheimliche
Spannung baut sich auf, wenn die zitierte Parömie in den angetönten Kontext
der griechischen Mythologie gesetzt wird: Augenscheinlich zeigt sich dadurch,
dass eine sprichwörtlich strikte Aufgabenteilung für die Prozessparteien wenig
günstig ausfällt, schliesslich wurde jeder verschlungen, der an der Sphinx vorbeikam
und das ihm aufgegebenen Rätsel nicht lösen konnte⁷. Die in der Botschaft
aufgeworfene Frage, ob die Parteien beim Lösen ihrer prozessualen Aufgaben
(zumindest) auf eine *Richterpflicht zu gezielten Fragen* zählen können, erzeugt
sogleich Spannung am oberen Winkel des prozessualen Dreiecks – denn gerichtliche
Hilfestellungen werden von den Parteien zuweilen argwöhnisch beobachtet.
In diesem Spannungsfeld zwischen einer Einflussnahme auf das *da mihi facta* und
ihrer Neutralität absolvieren Richterinnen und Richter tagtäglich herausfordernde
Gratwanderungen: Fortlaufend befinden sie darüber, wie weit sie als juristische
Fachpersonen den Parteien im kontradiktorischen Verfahren beim Einbringen von
Sachverhaltshypothesen in den Prozess beizustehen haben.⁸

⁵ Botschaft ZPO, S. 7228 (Hervorhebung im Original). Es existieren verschiedene
Schreibvarianten der hervorgehobenen Parömie: insb. ohne Komma (vgl. z.B. B&M-
AFFENTRANGER, Art. 57 N. 11), mit *factum* im Singular (vgl. z.B. TROLLER, Grund-
lagen, S. 31) oder *ius* mit *j* geschrieben (vgl. z.B. LIEBS, S. 60).

⁶ Vgl. auch Ständerat Franz WICKI, AB 2007 S. 498 (Sitzung vom 14.06.2007), und die
Fragen des ehemaligen Bundesrichters Georg LEUCH – fast 90 Jahre vor Inkrafttreten
der eidg. ZPO – zum bernischen Prozessrecht: «*Darf der Richter eingreifen, damit die
Partei ihren Prozeß gut führe, und wie weit darf er zu diesem Zweck eingreifen? Und
darf er nicht nur, sondern soll er auch, sodaß er eine Verletzung seiner Amtspflicht
begeht, wenn er es nicht tut?*» (LEUCH, Prozeßleitung, S. 562, Hervorhebungen im
Original).

⁷ Duden Universalwörterbuch, Eintrag *Sphinx*.

⁸ Vgl. auch BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 139 D-ZPO N. 3, die bez.
der materiellen Prozessleitung im deutschen Recht von einer «oft recht schwere[n]
Abwägung zwischen Erlaubtem, Ratsamem, Erforderlichem einerseits und Gefährli-
chem, Untunlichem und Verbotenem» sprechen (Hervorhebung weggelassen), wobei
«[d]en richtigen Mittelweg zu finden [...] nicht nur eine Sache des Fingerspitzenge-
fühls [ist], sondern auch eine Aufgabe, die vom Grundverständnis des Zivilprozesses
mitbestimmt wird.»; vgl. des Weiteren auch Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.48.

- 5 Dass die Erforschung dieses zuweilen schmalen Wegs⁹ auch eine geradezu immerwährende Aktualität aufweist, bemerkte Alois TROLLER vor über 50 Jahren: «*Das Bedürfnis des Richters, den Tatbestand im Interesse der materiellen Gerechtigkeit zu ergänzen einerseits, und die damit verbundene Gefährdung seiner Objektivität anderseits, sind die Ursachen dafür, daß das Problem, wie weit der Richter an der Tatbestandserforschung selbständig mitwirken darf, nie völlig gelöst wurde und immer wieder zu bedenken ist.*»¹⁰ Genau dies soll nun auch im Rahmen der vorliegenden Abhandlung geschehen:
- 6 Hierfür wird zunächst die Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und Verfahrensrecht im Detail ergründet. Mithilfe der Systematik, die aus dieser Analyse resultiert, lässt sich schliesslich die materielle Prozessleitung einordnen und definieren. Sodann wird für die mit der materiellen Prozessleitung einhergehende Relativierung des *da mihi facta* ein Rechtfertigungsansatz herangezogen, der im Prozessalltag praktische Orientierungshilfe beim Ausloten der gerichtlichen Kompetenzen bieten kann. Hieran gemessen, werden die nunmehr vom landesweit einheitlichen Verfahrensrecht gewählten Lösungen untersucht und deren bisherige Umsetzung in der Praxis gewürdigt.

⁹ Vgl. diesbez. LIEBER, S. 164; SARBACH R., N. 692; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 226; FELLMANN, Fragepflicht, S. 93.

¹⁰ TROLLER, Methode, S. 10.

Zur Vorgehensweise

Soll nun das materielle Prozessleitungsamt des Gerichts neu bedacht werden, stellt sich die Frage nach einer systematischen Vorgehensweise, die wertvolle Anregungen hervorzubringen vermag. Eine gangbare Methode wäre der direkte Griff zum Gesetz, verbunden mit einer Konsultation der Materialien, Lehre und Judikatur zu den entsprechenden Bestimmungen. Für die vorliegende Dissertation soll ein weniger klassischer Weg eingeschlagen und stattdessen mit der hiervor zitierten Passage aus der Botschaft zur Zivilprozessordnung gearbeitet werden: Die darin enthaltene Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* – die extremste Form der Aufgabenteilung¹¹ – wird als Ausgangspunkt dieser Abhandlung verwendet. Sodann soll ein Weg aufgezeigt werden, um zur systematischen Einordnung und Rechtfertigung «einer so genannten *«Richterpflicht»* [...] zu gezielten Fragen» zu gelangen:

Hierbei ist das erste Kapitel den mit *da mihi* und *dabo tibi* angesprochenen Subjekten gewidmet. Das Kapitel 2 betrachtet sodann die rechtssprichwörtlich mit diesen Prozessteilnehmern assoziierten Gegenstände – also *facta* und *ius*. Damit werden im Teil I einige für die vorliegende Abhandlung bedeutsame Begriffe rund um das Prozessrechtsverhältnis beschrieben und zueinander in Bezug gesetzt. Mithilfe dieser Grundlagen können jeweils am Ende der beiden Kapitel verschiedene Abhängigkeiten des *da mihi facta* von *ius* aufgezeigt werden, die das Rechtsspruchwort zur zivilprozessualen Aufgabenteilung verschweigt.

Daraufhin stellt der Teil II der Dissertation den Brückenschlag von *da mihi facta dabo tibi ius* hin zu einer systematischen Verortung der materiellen Prozessleitung her: Hierfür wird im Kapitel 3 zunächst auf die Tätigkeiten der verschiedenen Subjekte beim Einbringen von Sachverhaltshypothesen in den Prozess eingegangen. Im Anschluss hieran werden diese Tätigkeiten der personellen Verantwortungszuteilung, wie sie das sachverhaltsrelevante Prozessmaximenpaar festlegt, gegenübergestellt. Mithilfe der Ergebnisse aus den ersten drei Kapiteln wird dann im vierten die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsaufgaben im Bereich der Sachverhaltserstellung gezogen. Wichtige Erkenntnisse aus den ersten beiden Teilen der Abhandlung fliessen im Kapitel 5 in die Definition der materiellen Prozessleitung ein.

Schliesslich wird im Teil III zunächst der Frage nachgegangen, inwiefern die schweizweit vereinheitlichten Verfahren gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff – eben eine materielle Prozessleitung – erfordern. Im Anschluss hieran wird

¹¹ Vgl. TROLLER, Methode, S. 4.

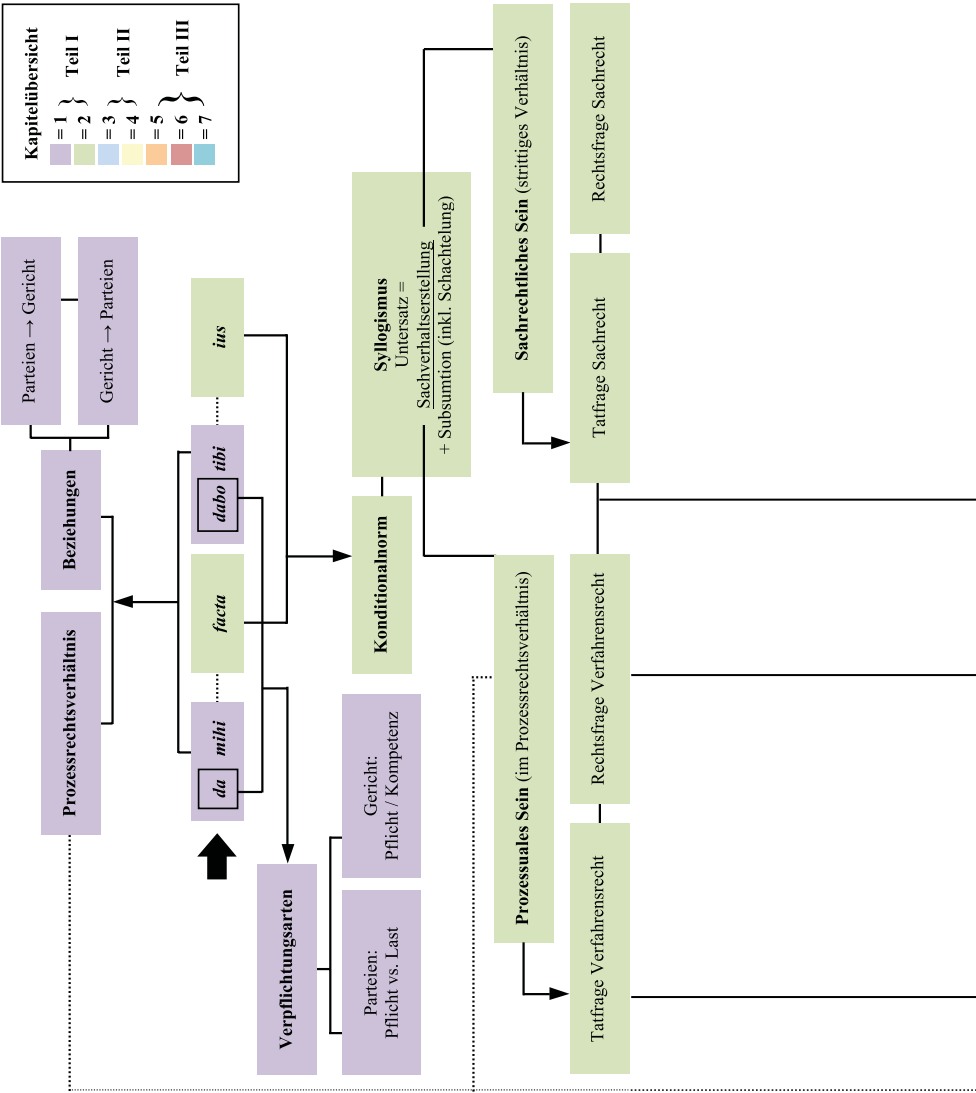
nach maximen- und verfahrenübergreifenden Kriterien gesucht, die sich zur Analyse dieser gerichtlichen Relativierung des *da mihi facta* eignen. Mit deren Hilfe sollen die Grenzen dieser Relativierung – und damit der zulässige Umfang der materiellen Prozessleitung – ausgeleuchtet werden. Die materielle Prozessleitung wird vorliegend als staatliche Leistung im Sinne des Art. 35 Abs. 2 BV gelesen – eine Leistung, die zur Verwirklichung der Verfahrensgrundrechte beiträgt. So führt die Suche im Kapitel 6 zu den Kriterien des Art. 5 BV, den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns. Da die Leistung nicht uneingeschränkt gilt, sondern namentlich gegen die Interessen der Gegenpartei abzuwägen ist, werden diese Grundsätze vorliegend für das mehrpolige Prozessrechtsverhältnis anhand des Prüfungsprogramms des Art. 36 BV weiter konkretisiert. Bei Art. 36 BV handelt es sich um diejenige Verfassungsbestimmung, die auch bei der Lösung von Grundrechtskollisionen zum Zuge kommt. Diese Kriterien werden im Kapitel 7 sinngemäss auf die Fragestellungen der materiellen Prozessleitung ausgerichtet. Die Orientierung an diesen Kriterien mündet schliesslich in die Darstellung einer Stufenfolge des materiellen Prozessleitungsamts für den schweizerischen Zivilprozess (*de lege lata*).

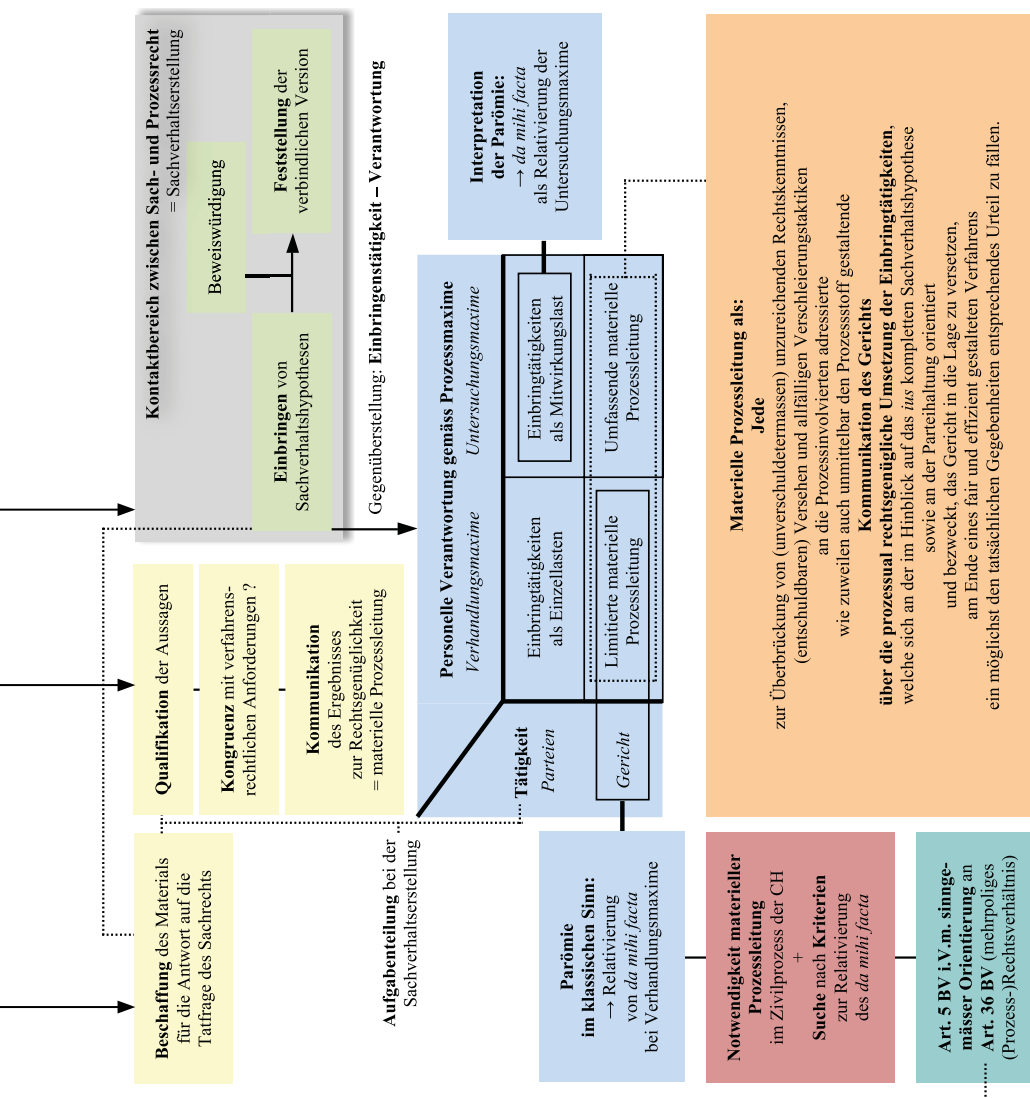
- 11 Eine solche Betrachtung einzelner Elemente (der Parömie) und ihres Zusammenwirkens sowie das Ergründen der Entstehung eines Produkts (zivilprozessualer Sachverhalt) und der Frage, wie weit sich die Zugabe einer weiteren Komponente (materielle Prozessleitung) in diesen Prozess rechtfertigt, stellen Analysen dar, die womöglich auf den ersten Blick mehr an Chemie als an ein eigentlich juristisches Vorgehen denken lassen. Die hiervoor beschriebene Methode wurde für diese Dissertation nun deshalb gewählt, weil sie nach der vorliegend vertretenen Ansicht einer systematischen, schlüssigen Erklärbarkeit und somit letztlich auch der Rechtfertigung von gerichtlichen Entscheiden im Bereich der materiellen Prozessleitung zuträglich sein kann. So vermögen die etwas anderen Blickwinkel hoffentlich weitergehende Orientierungshilfe bei dieser verantwortungsvollen Gerichtsaufgabe zu bieten.
- 12 Dabei gilt es, die Methode tragfähig zu machen: Ein grosses Anliegen besteht daher fortan darin, die Anschlussfähigkeit der einzelnen Schritte des Vorgehens an die rechtswissenschaftliche Lehre und Rechtsprechung auszuweisen. Hierfür werden in den Fussnoten viele Belege angegeben und auch auf interessante Gedanken aus der Wissenschaft und Rechtsprechung hingewiesen, die im Zusammenhang mit der vorliegend behandelten Thematik stehen oder in diesen Kontext gesetzt werden können. Zudem wird mit zahlreichen Querverweisen innerhalb der Abhandlung gearbeitet.

Im Sinne eines Überblicks ist der an dieser Stelle zusammengefasste Weg auf der nächsten Seite als grafische Darstellung festgehalten. Basierend auf dieser finden sich am Ende der Teile I–III individuelle Grafiken über die jeweils behandelten Aspekte. Auf die Übersichtsdarstellung folgt zudem eine tabellarische Zusammenfassung der vorliegend vertretenen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung im geltenden Recht. 13

Stand der Abhandlung: Literatur und bundesgerichtliche Rechtsprechung wurden bis Oktober 2020 berücksichtigt; überdies wurde auch verschiedenen kantonalen Urteilen Rechnung getragen. Das in der Folge im Wesentlichen fertiggestellte Manuskript wurde mit der Revision der Zivilprozessordnung zur Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung (nachfolgend: ZPO-Revision [Praxistauglichkeit]) ergänzt. Vereinzelt wurde bis zur Schlussabstimmung im Parlament (17. März 2023) noch weitere, zwischenzeitlich erschienene Literatur eingearbeitet. 14

GRAFIK 1 – DA MIHI FACTA DABO TIBI IUS → MATERIELLE PROZESSLEITUNG





Siehe online:
<https://www.dike.ch/anderegg-grafiken-direct-link-grafik-1>

GRAFIK 2 – AUSLEGUNG DER MATERIELLEN PROZESSLEITUNG

Kapitelübersicht

= 3

= 6

= 7

Art. 36 BV zur Lösung von Grundrechtskollisionen		→ sinngemässe Orientierung zur Konkretisierung von Art. 5 BV, um kontradiktorischer Prozesssituation Rechnung zu tragen
Abs. 1: Gesetzliche Grundlage	Generell-abstrakt	Neue eidgenössische ZPO als Gesetz im formellen Sinne
	Bestimmtheitsgebot	Einschätzbarkeit: eigener Vertretungsbedarf + Gerichtspflichten
Abs. 2: Relativierungsmotiv	Überwiegende öffentliche Interessen	Möglichst materiell richtiges Urteil, Verfahrensfairness z.G. ex ante profitierender Partei, schonender Ressourcenumgang
	Überwiegende Interessen Dritter	Insbesondere: Verfahrensfairness z.G. ex ante profitierender Partei
Abs. 3: Verhältnismässigkeit	Geeignetheit	Vorab keine fehlende Eignung für mindestens ein Primärziel
	Erforderlichkeit	Mildester geeigneter Eingriff in verschiedenen Dimensionen: <i>personell, chronologisch/prozessdiagnostisch, sachlich, Nebenwirkungen</i>
	Angemessenheit	<i>Verfahrensbezogen:</i> Ziele + Zielakzentuierung der Maximenausprägung <i>Subjektbezogen:</i> Prozesssorgfalt <i>Kontradiktorisch:</i> Verfahrensfairness z.G. ex ante nicht profitierender Partei
Abs. 4: Kerngehalt	Absolute Grenze	Unzulässige Zwangsausübung, Übernahme Prozessführung, ...

Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	VM mit allgemeiner Fragepflicht	VM mit verstärkter Fragepflicht	Soziale / Unterstützungs- eingeschränkte UM	Lenkend- eingeschränkte UM	Lenkend- uneingeschränkte UM
Prozessleitung und da <i>mihi facta</i>	Prozessleitung als Relativierung des <i>da mihi facta</i>				<i>da mihi facta</i> als notwendige Ergänzung der Prozessleitung
Originäre Verantwortung für Prozessstoff gemäss Maxime ↳ Konsequenz	Partei				Gericht
Konzeption / Zielakzentuierung	Individuellastliche Sanktionierung	Vermehrte Kompensationsmechanismen zwischen Einbringlichkeiten			
	Ausgangspunkt: Vermutung der Vollständigkeit	Primär zusätzlicher Akzent auf Verfahrensfairness im Sinne einer gerichtlichen Hilfestellung zur Behebung unverschuldeter Mängel		Zusätzlich Akzent auf materieller Wahrheit ↳ Entkoppelung von bestimmten Formalismen ? → Entkoppelung von Prozessleitung	Betont <i>maximaler</i> Akzent auf materieller Wahrheit ↳ <i>Weitergehende</i> Entkoppelung von Formalismen
Prozessorgfalt	Vorrangig	Vorrangig	Vorrangig, da Prozessorgfalt Kompensationsmechanismen zwischen Einbringlichkeiten erheblich einschränkt		Keinen Einfluss auf materielle Prozessleitung + allg. zielakzentorientierte Auslegung ?
↳ Konsequenz auf materielle Prozessleitung	Einfluss auf Auslösung der materiellen Prozessleitung, soweit keine erheblichen Zweifel an Urteilsgrundlagen	Art. 229 I + II ZPO Art. 317 I ZPO	Art. 229 III ZPO Art. 317 I ZPO	Art. 229 III ZPO Art. 317 I ZPO ?	Art. 229 III ZPO ~~Art. 317 I ZPO~~
Novenrecht (1. Instanz / Berufung) Unverschuldete Rechtsunkennntnis, entschuldbare Versehen (jedoch keine erheblichen Zweifel i.S.v. Art. 153 II ZPO)	Allgemeine Fragepflicht; subsidiär Art. 69 I ZPO	Erweiterte Fragepflicht lässt Art. 69 I ZPO später greifen	Umfassende Fragepflicht in der Untersuchungsmaxime enthalten		
	Keine amtlich initiierte Beweiserhebung				Auch amtliche Überprüfung unbestrittener (inkl. impliziter) Behauptungen + Einführen neuer Tatsachen bereits bei <i>mindererheblichen</i> Zweifeln (Art. 153 I ZPO)
→ Zugeständnis	Grundsatz: bindend	Grundsatz: darauf abstellen			Grundsatz: nicht bindend
Schwelle der erheblichen Zweifel i.S.v. Art. 153 II ZPO	Keine Bindung an Zugeständnisse: Amtliche Prüfung unbestrittener (inkl. impliziter) Behauptungen (Missbräuchlich) fehlende Behauptung?		Akzent auf materieller Wahrheit Amtliche Prüfung unbestrittener (inkl. impliziter) Behauptungen		
			Einführen neuer Tatsachen basierend auf Art. 153 I ZPO		

Siehe online:

<https://www.dike.ch/anderegg-grafiken-direct-link-grafik-2>

Teil I

Analyse der Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und Verfahrensrecht

Das Anliegen im Teil I besteht darin, verschiedene für die vorliegende Abhand- 15
lung bedeutsame Grundbegriffe zu erläutern und zueinander in Bezug zu setzen.
Dadurch soll eine Systematik geschaffen werden, die es ermöglicht, die erstin-
stanzliche Aufgabenteilung bei der zivilprozessualen Sachverhaltesterstellung im
Detail zu ergründen.

Wie einleitend zur Vorgehensweise erläutert, bildet die in der Botschaft zur eid- 16
genössischen Zivilprozessordnung zitierte Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* den
Ausgangspunkt für die vorliegenden Analysen. Dieses Rechtssprichwort soll den
Dekretalen von Papst Alexander dem III. aus der Zeit des kanonischen Rechts des
12. Jahrhunderts entstammen.¹² Der Ausspruch zeichnet ein grundlegendes Bild
der zivilprozessualen Rollenaufteilung auf: Zunächst soll eine rechtsuchende Par-
tei ihren Sachverhalt dem Gericht unterbreiten. Anschliessend verkündet dieses
die rechtliche Beurteilung der Sachlage. In der heutigen Zeit wird die Parömie –
respektive deren erster Teil¹³ – oft synonym zur Verhandlungsmaxime gesetzt.¹⁴

¹² LIEBS, S. 60 (1. Eintrag zu «D»); vgl. auch den Nachweis bei NOBEL, S. 507 FN. 1.
Vgl. des Weiteren MÜLLER O., S. 41, m.H.a. PUCHTA und darauf, dass die ursprüng-
liche Form «*narra mihi factum, ego tibi narrabo ius*» gelaute habe und das Sprichwort
nicht dem *corpus iuris* entnommen, sondern vielmehr von den Glossatoren geprägt
worden sein soll.

¹³ Der Teilaspekt *dabo tibi ius* ist mit der rechtsprechenden Aufgabe des Gerichts im
Sinne der Parömie *iura novit curia* in Verbindung zu bringen, vgl. zu dieser N. 53.

¹⁴ Vgl. z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 3; ASPRION STÖCKLIN, S. 11; S/H/L-SUTTER-
SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 12; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 2; BOHNET/JEANNIN,
maxime, S. 242; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 7; ZPO-AG -BÜHLER, § 75 N. 1;
SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 686; KUMMER, ZPR, S. 76; GRASS, S. 2; BK
ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 15; BERGER/GÜNGERICH, N. 500; TROLLER, Prinzipien,
S. 132; B&M-PASSADELIS, Art. 150 N. 10 und Art. 153 N. 1; GASSER/RICKLI, Art. 55

- 17 Peter NOBEL, der das Wesen von Parömien analysierte, gelangte zum Schluss, dass solche Parömien oft zur «*maximalen Vereinfachung eines hochkomplexen Ganzen*» tendieren, womit sie mehr Erinnerungsprinzipien denn Handlungsanleitungen darstellen.¹⁵ Diese Erkenntnis gilt gewiss auch für das Sprichwort *da mihi facta dabo tibi ius*: Linguistisch gehört dieses zu den eingänglichsten lateinischen Rechtsregeln, sind darin doch unverkennbar zwei sich jeweils ergänzende Begriffspaare syntaktisch parallel aufgestellt. Inhaltlich wird mit dem Ausspruch eine zivilprozessuale Rollenverteilung auf einen stark verallgemeinerten Grundsatz reduziert; gesetzliche Nuancen bleiben ausgeblendet. Diese reduktive Fassung der Parömie verleitet zu zweierlei Annahmen: Zum einen, dass die Hauptaufgaben im Zivilverfahren trennscharf zwischen den Prozesssubjekten aufgeteilt sind. Zum anderen, dass der Aufgabenbereich, der sich mit dem Tatsächlichen beschäftigt, ein von der rechtlichen Sphäre isoliertes Dasein pflegt. Beide Annahmen sind in der vorliegenden Abhandlung zu widerlegen. Für dieses Bestreben wird das Rechtssprichwort als eine Art Wegkarte verwendet:
- 18 Im ersten Kapitel werden zunächst wichtige Grundbegriffe des Prozessrechtsverhältnisses, das sich hinter dem Ausdruck *da mihi | dabo tibi* verbirgt, dargestellt. Dabei ist auf die darin eingebundenen Prozesssubjekte und auf deren Beziehung zueinander einzugehen. Schliesslich werden die Verpflichtungsarten, denen die Prozesssubjekte im Rahmen des *da mihi facta* und des *dabo tibi ius* begegnen, nämlich Lasten und Pflichten, voneinander abgegrenzt.

N. 1; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 15; SARBACH R., N. 36; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Tafeln, Tafel 22a, S. 45 (Parömie zitiert bei Verhandlungsmaxime und richterlicher Rechtsanwendung); WILLISEGGER, S. 251; HIGI, S. 462 und 468; WIEGAND, S. 128 f. Zur vorliegenden Interpretation des *da mihi facta* im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime vgl. N. 228–230.

¹⁵ NOBEL, S. 507 mit Wortzitat. Bez. der Parömien *iura novit curia* und *ne eat iudex ultra petita* schreibt WIEGAND, S. 128, dass es «zu den bis heute durch nichts anderes erreichten und offenbar auch durch nichts zu ersetzenden Vorteilen solcher historisch gewachsenen Formeln gehört, dass sie eine Problematik in einer auf wenige Worte reduzierten Floskel umschreiben, ohne sie ihres Kerngehaltes zu berauben»; in der Folge erörtert WIEGAND auch die vorliegend im Fokus stehende Parömie *da mihi facta dabo tibi ius*. Kritisch KRAMER, Parömien, S. 142 f., der aber doch anfügt, dass der Verwendung lateinischer Rechtsregeln und Rechtssprichwörter eine eigentlich argumentative Funktion eignet; soweit sie nicht direkt im geltenden Recht rezipiert wurden, «kann die lateinische Parömie immerhin generalklauselhaft zusammenfassender Ausdruck eines normativen Prinzips sein, das im geltenden Recht zwar *expressis verbis* nur punktuell positiviert ist, dem aber ganz im Sinne der tradierten Rechtsregel auch heute noch allgemeine Bedeutung zukommt [...]», in der Folge analysiert KRAMER, a.a.O., S. 147 ff., verschiedene «methodologische Parömien».

Nach Abschluss der Darstellungen zu den zivilprozessualen Subjekten wird im Kapitel 2 das zweite Begriffspaar untersucht: Der Dualismus *facta* | *ius*. Hierfür wird der Umstand genutzt, dass diese beiden Elemente – das Tatsächliche und das Rechtliche – auch in der klassischen, generell-abstrakten Rechtsnorm vereint sind. Ausgerichtet am juristischen Syllogismus, dem Anwendungsmechanismus für solche Rechtsnormen, werden verschiedene Tat- und Rechtsfragen kategorisiert, die von den Prozessteilnehmern im Rahmen der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung zu beantworten sind. Dementsprechend bilden letztlich diese Tat- und Rechtsfragen den Gegenstand der vorliegend interessierenden Aufgabenteilung. 19

Zum Schluss der ersten beiden Kapitel werden jeweils einige Erläuterungen, die das Bestehen von Abhängigkeiten des *da mihi facta* von *ius* belegen, erneut aufgegriffen. Dies, um zu veranschaulichen, dass es sich nicht rechtfertigt, aus der linguistisch scharfen Trennung in der Parömie auf eine ebenso strikte thematische Abgrenzbarkeit der Aufgaben zu schliessen. 20

Wie erwähnt, wird neben der Einordnung bedeutender Grundbegriffe im vorliegenden Teil I auch eine Systematik erarbeitet, die es in der Folge erlaubt, die zivilprozessuale Aufgabenteilung im Detail zu analysieren. Für diese Systematik wird das in erster Linie im Sachrecht beheimatete Konzept der Tat- und Rechtsfragen konsequent auf die Anwendung des Prozessrechts übertragen. Basierend auf diesen Kategorien werden zum Ende des vorliegenden Teils zwei Kontaktbereiche zwischen dem Sach- und dem Prozessrecht herausgearbeitet. Diese Kontakte liegen im Gebiet der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung. Im Teil II der Abhandlung gilt es, in diesen Kontaktbereichen nach der Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts zu suchen. Damit wird anhand der Erkenntnisse, die aus den Darstellungen zur Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* gewonnen wurden, die Aufgabenteilung zwischen den Prozesssubjekten bei der Sachverhaltserstellung im Einzelnen beschrieben. Diese Beschreibung wiederum bildet die Grundlage, um dann im Teil III die Notwendigkeit und die Rechtfertigung der materiellen Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess zu ergründen. 21

Kapitel 1 Über *da mihi* und *dabo tibi* – die Subjekte im Prozessrechtsverhältnis

- 22 Das vorliegende Kapitel 1 legt das Augenmerk auf die Prozessbeteiligten, also auf die Subjekte im Zivilprozess: Anhand des bekannten Rechtsspruchworts soll aufgezeigt werden, welche Personen mit dem Begriffspaar *da mihi* | *dabo tibi* in Verbindung zu bringen sind, und in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen (Unterkapitel A.). Anschliessend werden einige grundlegende Eigenschaften aufgegriffen, welche die Akteure aufzuweisen haben, um die ihnen von der Parömie zugeteilten Aufgaben wahrnehmen zu können. Darüber hinaus sind die mit *da* und *dabo* verbundenen Verpflichtungsarten zu klären (Unterkapitel B.). Zum Abschluss werden dann im Unterkapitel C. einige Erläuterungen erneut aufgegriffen, die zeigen, dass bereits eine Auseinandersetzung mit den Prozesssubjekten belegen kann, dass die Aufgabe *da mihi facta* kein von rechtlichen Aspekten isoliertes Dasein pflegt.

A. Prozessrechtsverhältnis

I. Dreieckiges, öffentlichrechtliches Prozessrechtsverhältnis

- 23 In ein Gerichtsverfahren sind verschiedene Personen in unterschiedlicher Stellung eingebunden. Die zugewiesene Position entscheidet darüber, welche spezifischen Aufgaben ein Prozesssubjekt wahrzunehmen hat.¹⁶ Die Beziehungen zwischen den Hauptakteuren in kontradiktorischen Verfahren¹⁷ werden als *prozessuales Dreiecksverhältnis* dargestellt: In diesem stehen die zwei prozesshierarchisch gleichgestellten Parteien einer richtenden Behörde gegenüber.¹⁸ Dieses sogenannte Prozessrechtsverhältnis entsteht also zum einen zwischen den Parteien,

¹⁶ Vgl. auch BERTI, ZPO, N. 63 (und bereits N. 15 zu den Beteiligten); ähnlich auch TROLLER, Methode, S. 4.

¹⁷ Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird hier ausgeklammert.

¹⁸ HABSCHIED, droit, S. 8, und HABSCHIED, Grundlagen, N. 22 f.; KONZEN, FN. 88 und S. 109 ff.; WILLISEGGER, S. 119; BERTI, Diss., S. 51; KININGER, S. 25.

und zwar zusätzlich zur strittigen Sachrechtsbeziehung^{19,20} Andererseits treten diese beiden je in ein weiteres prozessuales Verhältnis zum Gericht, das als Träger der staatlichen Justizhoheit fungiert.²¹ Die Auffassung des Zivilprozesses als ein solches prozessuales Rechtsverhältnis wird gemeinhin Oskar BÜLOW zugeschrieben:²² 1868 gelangte dieser zum Schluss, dass *«der Proceß ein Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung d. h. ein Rechtsverhältniß ist»*^{23,24} Im Gegensatz zum vorbestehenden, im Verfahren strittigen Privatrechtsverhält-

¹⁹ Zum prozessualen Sachverhalt, wenn z.B. eine prozessleitende Verfügung wie die Ablehnung eines Ausstandsgesuchs angefochten wird, vgl. N. 318.

²⁰ WILLISEGGER, S. 53; GULDENER, Treu und Glauben, S. 391; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 1 N. 2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 1 N. 6. A.M. HELLWIG, System, § 138 S. 395 ff., der unter dem Prozessverhältnis grundsätzlich nur die Beziehungen zwischen Gericht und Parteien auffasste (vgl. diesbez. die Grafik bei HABSCHIED, droit, S. 8, und HABSCHIED, Grundlagen, N. 22).

²¹ WILLISEGGER, S. 53; BOHNET/BERTI, S. 77; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 1 N. 2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 1 N. 6; BÜLOW, S. 1 ff.; WACH, S. 39; HABSCHIED, droit, S. 8, und HABSCHIED, Grundlagen, N. 22 f. (inkl. grafischer Darstellungen), wobei sich dieser BÜLOW und WACH anschliesst. Vgl. auch den Hinweis von KONZEN, FN. 88, dass heute praktisch alle von einem dreiseitigen Rechtsverhältnis ausgehen. A.M. noch KOHLER, S. 6 ff., der einzig von einem bilateralen Verhältnis zwischen den Prozessparteien ausging.

²² BOHNET/BERTI, S. 77; GREGER, S. 78; KONZEN, S. 55 f. und 108 ff.; alle m.H.a. BÜLOW, S. 1 ff. BÜLOW bemerkte S. 4 allerdings selbst auch: *«Die römischen Juristen waren bei der oberflächlichen Vorstellung, als ob der Proceß bloß eine Reihe von Richter- und Parteihandlungen sei, nicht stehen geblieben, sondern hatten das Wesen des Processes als eines einheitlichen Rechtsverhältnisses (judicium) klar erfaßt und scharf ausgeprägt.»* (Hervorhebung weggelassen). Vgl. zudem den Hinweis von GAUL, S. 30 f., insb. auf von BETHMANN-HOLLWEG, der den Prozess bereits vor BÜLOW als Rechtsverhältnis dargestellt haben soll.

²³ BÜLOW, S. 1 (Hervorhebung im Original).

²⁴ Diesem insoweit zustimmend: KOHLER, S. 1, der jedoch S. 6 von einem Prozessrechtsverhältnis einzig zwischen den Parteien ausging; entsprechend seines Buchtitels wollte demgegenüber GOLDSCHMIDT den Prozess nicht als Rechtsverhältnis, sondern *«als Rechtslage»* verstanden wissen (vgl. zu GOLDSCHMIDT auch die Hinweise in N. 489). HABSCHIED, Grundlagen, N. 26, erläutert mit Blick auf diese beiden Theorien: *«Die Theorie vom Prozess als Rechtsverhältnis ist keine blosse Konstruktion. Sie erklärt das Wesen des Processes und fördert das Verständnis für die einzelnen Stadien des Verfahrens. Diese einzelnen Stadien – etwa das Beweisstadium oder das Urteilsstadium – nennen wir Rechtslagen. Die Gesamtheit dieser Stadien aber ist das Rechtsverhältnis <Prozess>. Dass in diesem Rechtsverhältnis Lasten und nicht Pflichten im Vordergrund stehen, spricht nicht gegen die Qualität des Processes als <rechtlich geregeltes Lebensverhältnis> (= Rechtsverhältnis).»* (Hervorhebung weggelassen).

nis stellte BÜLOW das Prozessrechtsverhältnis als ein zwischen den Prozessteilnehmern mit dem öffentlichrechtlichen Vertrag der Litiscontestatio entstehendes Verhältnis dar, welches sich ab diesem Zeitpunkt «*in einer beständigen Bewegung und Entwicklung*» befindet.²⁵ Diese neu entstandene Rechtsbeziehung zwischen den Parteien und dem amtierenden Gericht ist allerdings als ein *öffentlichrechtliches Verhältnis* zu qualifizieren.²⁶

- 24 Wie im Unterkapitel B. gezeigt wird, können die beiden Teilsätze *da mihi (facta)* und *dabo tibi (ius)* als Beschrieb des Austauschs im Prozessrechtsverhältnis gelesen werden. Das Kapitel 3 verdeutlicht, dass dieser Austausch entlang von zwei Seiten des Dreiecks stattfindet.

II. Bedeutung der Figur des Prozessrechtsverhältnisses für die vorliegende Abhandlung

- 25 Losgelöst vom prozessualen Kontext beschreiben die Autoren Klaus RÖHL und Hans Christian RÖHL das Rechtsverhältnis wie folgt: «*Streng genommen begründet bereits ein einzelnes subjektives Recht eine korrespondierende Pflicht und damit eine Relation zwischen zwei Personen, also ein Rechtsverhältnis. [...] Subjektive Rechte entstehen und bestehen nur selten einzeln und isoliert, sondern erscheinen meist in <Klumpen> oder <Bündeln>, die sachlich zusammengehören und mehr oder weniger stark wechselseitig voneinander abhängen. Schon aus dem einfachsten Vertrag folgen in der Regel für beide Seiten Rechte und Pflichten, und neben den Hauptpflichten können oft Nebenpflichten akut werden. Das alles wird im Begriff*

²⁵ BÜLOW, S. 2 f., mit dem Wortzitat von S. 3. Vgl. auch HABSCHEID, droit S. 7 f.; KOHLER, S. 2; GULDENER, ZPR, S. 50. Vgl. des Weiteren WILLISEGGER, S. 119 ff., zum Prozessrechtsverhältnis zur Wahrung von Identitäts- und Kontinuitätsvorstellungen im Prozess.

²⁶ Zum Prozessrechtsverhältnis als öffentlichrechtliches Verhältnis vgl.: BÜLOW, S. 1 f.; HABSCHEID, droit, S. 7 ff.; HABSCHEID, Grundlagen, N. 23; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 5, vgl. auch N. 7; WILLISEGGER, S. 51, 119 f. sowie S. 17. Zum Zivilprozessrecht als öffentliches Recht (im Gegensatz zum geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch) vgl. auch: GRASS, S. 1 f.; SALZGEBER, S. 24; GULDENER, ZPR, S. 51; HABSCHEID, Grundlagen, N. 31 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 3 N. 24; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 1 N. 2. Vgl. auch KUMMER, Habil., S. 4 m.H., dass nur überwiegend, insb. aber auch vom BGer, das Zivilprozessrecht dem öffentlichen Recht zugerechnet wird; vgl. z.B. BGE 104 Ia 105 E. 4a. Zur *funktionalen* Zugehörigkeit des Zivilprozessrechts bzw. des Zivilprozesses zum Privatrecht vgl. insb. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 3 N. 24; KUMMER, ZPR, S. 2 und 12.

des Rechtsverhältnisses zusammengefasst.»²⁷ Angesichts dieser Umschreibung mag es wenig erstaunen, dass zuweilen auch das Prozessrechtsverhältnis als eine Art Grundlage für Rechte und Pflichten der Prozessbeteiligten aufgefasst wird²⁸.

Gegen eine Annahme des Prozessrechtsverhältnisses als eine eigentliche Rechts- 26
grundlage argumentiert namentlich Daniel WILLISEGGER damit, dass prozessuale Rechte und Pflichten einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfen. Auch für Nebenrechte und -pflichten bestehe wenig Raum. Solche könnten zwar über den mit Art. 52 ZPO explizit auch zivilprozessual verankerten Grundsatz von Treu und Glauben eingeführt werden, jedoch sei dieser Grundsatz «im prozessualen Zweikampf»²⁹ zwischen den Parteien abgeschwächt.³⁰ Doch selbst wenn das prozessuale Rechtsverhältnis nicht als eigentliche, übergreifende Rechtsgrundlage dienen kann, sieht auch WILLISEGGER insofern Nutzen in der Figur, als die Prozesssubjekte im Prozessrechtsverhältnis rechtlich organisiert und eingebunden werden.³¹

Auch für den Teil I der vorliegenden Abhandlung wird das Prozessrechtsverhältnis 27
zunächst als *Strukturträger*³² verwendet: Das *da mihi | dabo tibi*, welches zwei Seiten des Prozessrechtsverhältnisses aufgreift, dient in den ersten beiden Kapiteln

²⁷ RÖHL/RÖHL, S. 401.

²⁸ Vgl. z.B. ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 5, wonach sich aus dem öffentlichrechtlichen Prozessverhältnis einzelne Rechte, Pflichten und Lasten der Beteiligten ergeben; HABSCHIED, droit, S. 7: «[...] le juge est obligé, tenu par le droit procédural, de diriger le procès et de rendre la justice. Les parties exercent donc, envers le tribunal leur droit d'obtenir un jugement (Justizgewährungsanspruch). Ainsi le rapport juridique du procès crée, pour le juge, des obligations.» (Hervorhebungen im Original); vgl. sodann auch HABSCHIED, Grundlagen, N. 23; GREGER, S. 78; BOHNET/BERTI, S. 77.

²⁹ WILLISEGGER, S. 54, verwendet den Ausdruck von KUMMER, ZPR, S. 89.

³⁰ WILLISEGGER, S. 53 f., wenngleich dieser S. 127 nicht auszuschliessen scheint, dass sich Parteipflichten auch aus dem gesetzlichen Prozessrechtsverhältnis ergeben können. Zum Stellenwert von Treu und Glauben im Zivilprozess vgl. insb. die Ansichten von B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 7 f.; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 4.196 f.; HEER, S. 173; BK I-HURNI, Art. 52 N. 9 und N. 12.

³¹ WILLISEGGER, S. 86, vgl. auch bereits S. 51 den Hinweis, dass Rechte und Pflichten im Prozessrechtsverhältnis zusammengedacht werden. Kritischere Worte z.B. bei: GULDENER, ZPR, S. 50, über einen mehr beschreibenden als dogmatischen Wert; RÖHL/RÖHL, S. 404: «1931 meinte Hegler (Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts, Festgabe für Heck, S. 227), das Prozessrechtsverhältnis gehöre zum Bestand aller Lehrdarstellungen, obwohl es kaum mehr als die Rolle des 'Souveräns im parlamentarischen Staat' einnehme: 'Man macht eine Verbeugung vor ihm, er hat aber nichts zu sagen.' Dem ist nichts hinzuzufügen.» (Hervorhebung im Original).

³² Begriff von WILLISEGGER, S. 52 und 120.

zur systematischen Einordnung der Prozesssubjekte und ihrer Verfahrensaufgaben. Ziel ist es, anhand dessen die gegenseitigen Abhängigkeiten der Prozessteilnehmer und derer Hauptaufgaben im Prozess anschaulich darzustellen. In diesem Sinn lassen sich tatsächlich auch die Bestandteile prozessualer Rechtsbeziehungen strukturieren und bündeln.³³

- 28 Die hiervor zitierten Autoren RÖHL und RÖHL, die das Bild der gebündelten Rechte für das Rechtsverhältnis im Allgemeinen verwenden, betonen zudem, dass mit einem solchen Rechtsverhältnis noch mehr zum Ausdruck gebracht werden soll: «*«Verhältnis» und «Organismus» verweisen auf den Gedanken, dass das Ganze mehr sei als die Summe seiner Teile. Wenn neue Fragen auftauchen, möchte man aus dem «Mehrwert» des Ganzen die Antwort schöpfen.*»³⁴ Auch dies spielt vorliegend in verschiedener Hinsicht eine Rolle: Im zweiten Kapitel fungiert das Prozessrechtsverhältnis in der Beschreibung von Oskar BÜLOW als Anknüpfungspunkt, um die Übernahme des Konzepts der Tat- und Rechtsfragen auf das Verfahrensrecht methodisch zu stützen.³⁵ Dieses Konzept wiederum wird im Teil II nutzbar gemacht, um die materielle Prozessleitung als solche zu erfassen und systematisch zu verorten.³⁶ Ein weiteres Mal spielt das Prozessrechtsverhältnis im Teil III eine bedeutende Rolle, nämlich bei der Suche nach verfahrens- und maximenübergreifenden Kriterien zur gerichtlichen Relativierung des *da mihi facta*. Dort wird die Konstellation, wie sie dem prozessualen Dreiecksverhältnis zugrunde liegt, mit einer klassischen Grundrechtskollision verglichen³⁷ und der zulässige Umfang der materiellen Prozessleitung mithilfe einer Orientierung an der Struktur des Art. 36 BV ausgelotet. Kurzum: *Vorliegend bringt das Prozessrechtsverhältnis einen bedeutenden Mehrwert, als diese Figur eine Möglichkeit eröffnet, um das Hauptthema aus einer ganz eigenen Perspektive zu beleuchten und aus dieser Sichtweise Antworten zu schöpfen.*

³³ Vgl. die Beschreibungen von WILLISEGGER, S. 51 f., 54, 86, 119 f., 122 ff., allgemein zum Rechtsverhältnis auch S. 33; vgl. auch KONZEN, S. 56 (zur «*Gesamtheit der prozessualen Rechtsbeziehungen*») und 112.

³⁴ RÖHL/RÖHL, S. 402 (Hervorhebung zugefügt).

³⁵ Vgl. hierzu N. 119 und dann auch N. 281–282 sowie N. 296–297.

³⁶ Vgl. hierzu N. 341–343 i.V.m. N. 326–327 und N. 328–331.

³⁷ Vgl. hierzu N. 422–428.

B. Prozessuale Beziehungen zwischen den Subjekten im Verfahren

Aus der Vogelperspektive auf das eben thematisierte Prozessrechtsverhältnis blickend, sollen nachfolgend einige für die Sachverhaltserstellung wichtige, die Prozesssubjekte betreffende Aspekte aufgegriffen werden. Hierfür wird zunächst im Unterkapitel I. auf die *Beziehung der Parteien zum amtierenden Gericht* eingegangen: Diesbezüglich interessieren an dieser Stelle drei grundlegende Elemente der Parteilehre, welche gegeben sein müssen, damit die Parteien in das Prozessrechtsverhältnis eingebunden werden und im Sinne des *da mihi facta* ihre Sachverhaltshypothesen in das Verfahren einbringen können. Im Unterkapitel II. wird dann der Blickwinkel in die Gegenrichtung umgeschwenkt und die *Beziehung des Gerichts zu den prozessierenden Parteien* analog untersucht: Hier gilt es auf die elementare Voraussetzung der richterlichen Neutralität einzugehen, ohne die es dem Gericht nicht möglich ist, Eingaben entgegenzunehmen und anschliessend seiner rechtssprechenden Aufgabe, dem *dabo tibi ius*, gerecht zu werden. 29

Obschon sich das Rechtsspruchwort mit *da* und *dabo* wertungsneutral zeigt, treffen die Parteien und das Gericht bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben nicht auf dieselben Verpflichtungsarten. Auch dies wird in der Folge aufgezeigt. Zudem ist das Anspruchskorrelat der Parteien zu präzisieren – sowohl mit Blick auf den effektiven Inhalt des Versprechens *dabo tibi ius* als auch hinsichtlich der mit dem Auftrag *da mihi facta* verbundenen Auflagen. 30

I. *Da mihi* – Zuständigkeit der Parteien für das Einbringen von Prozessstoff

a. Grundlegende subjektbezogene Anforderungen

i) Auswahl

An dieser Stelle werden die drei grundlegendsten Elemente der Parteilehre vorgestellt. Als grundlegend sind sie vorliegend insbesondere in dem Sinn zu verstehen, dass die erläuterten Fähigkeiten sowohl bei Haupt- wie bei Nebenparteien vorliegen müssen, damit die Akteure Prozessstoffeingaben beim Gericht tätigen können. Mit einer bestimmten Position sind regelmässig weitere Voraussetzungen verbunden: Um etwa als Hauptpartei aufzutreten, bedarf es der Prozessführungs- 31

befugnis³⁸, und auch die Funktion als Nebenpartei erhält eine Person nicht ohne Vorkehrungen³⁹. Um den Rahmen der Abhandlung nicht zu überdehnen, werden an dieser Stelle solche weiteren, durchaus subjektbezogenen Voraussetzungen nicht vertieft. Stattdessen werden die Partei- und die Prozessfähigkeit wie auch die Postulationsfähigkeit verwendet, um Bezüge zur materiellen Prozessleitung herzustellen und einzugrenzen, auf welche gerichtlichen Eingriffe in das Prozessgeschehen sich die vorliegende Abhandlung konzentriert.

ii) Partei- und Prozessfähigkeit

1. Einordnung

- 32 Die beiden personellen Anforderungen der Partei- und der Prozessfähigkeit im Sinne der Art. 66 f. ZPO gehören nach Art. 59 Abs. 2 ZPO zu den klassischen Prozessvoraussetzungen. Sie müssen gegeben sein, um als Parteisubjekt aufzutreten und die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen.⁴⁰ Dabei umfasst die Parteifähigkeit die Möglichkeit, unter eigenem Namen als klagende oder beklagte Partei im Prozess auftreten zu können⁴¹, während sich die Prozessfähigkeit über die rechtliche Befugnis ausspricht, in eigenem Namen oder als Vertreter rechtswirksam Handlungen im Prozess zu begründen⁴². Gilt Erstere gemeinhin als

³⁸ Die Befugnis, auf der Kläger- oder der Beklagtenseite über einen strittigen Anspruch zu prozessieren, welche von der Sachlegitimation abzugrenzen ist, vgl. diesbez. ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 24, und des Weiteren auch die Beschreibungen z.B. bei: KuKo-DOMEJ, Art. 67 N. 20 ff., auch m.H.a. die Prozessstandschaft; BERTI, ZPO, N. 339 f., aus Sicht des Klägers; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 32.

³⁹ Insb. zum Interventionsgesuch, um als Nebenintervenient eine Partei im bestehenden Prozessverhältnis zu unterstützen, vgl. Art. 74 f. ZPO; zur einfachen Streitverkündung gegenüber einer Drittperson, um diese als Parteihilfe in das bestehende Prozessverhältnis einzubinden, vgl. Art. 78 ZPO.

⁴⁰ Vgl. WILLISEGGER, S. 94 und 230 f.; des Weiteren auch SUTTER-SOMM, ZPR, N. 169, für die Parteifähigkeit.

⁴¹ ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 1; vgl. auch die Definitionen z.B. von: B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 66 N. 4; BK I-STERCHI, Art. 66 N. 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.1; des Weiteren auch z.B. MEIER I., ZPR, S. 148 und 151; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 1; BOHNET, parties, S. 81; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N. 1 und 3; KuKo-DOMEJ, Art. 66 N. 1 f.; GULDENER, ZPR, S. 124 f.; SARBACH M., Diss., S. 182; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N. 1; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 167; B&M-FISCHER, Art. 66 N. 1. Botschaft ZPO, S. 7279 zu Art. 64.

⁴² ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 7; vgl. auch die Definitionen z.B. von: B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 67 N. 5; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 1; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 177; WILLISEGGER, S. 231 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.7; MEIER I., ZPR,

prozessuales Pendant zur materiell-rechtlichen Rechtsfähigkeit⁴³, stellt Letztere das prozessuale Abbild der materiell-rechtlichen Handlungsfähigkeit dar⁴⁴.

2. Bezug zur materiellen Prozessleitung

Eine gerichtliche Hinweispflicht auf behebbare Mängel bei Prozessvoraussetzungen wird breit befürwortet, obschon unterschiedliche Rechtsgrundlagen hierfür herangezogen werden.⁴⁵ Selbst das Bundesgericht, das für Tatsachen, welche die gerichtliche Zuständigkeit begründen, eine amtswegige Sachverhaltserforschung basierend auf Art. 60 ZPO verneinte, behielt zu eintretensbegründenden Tatsachen

S. 148 und 152; GULDENER, ZPR, S. 127; KuKo-DOMEJ, Art. 67 N. 1; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 13; B&M-FISCHER, Art. 67 N. 1. Die Botschaft ZPO, S. 7279, zu Art. 65 spricht von prozessualer Handlungsfähigkeit. Das BGer spricht im BGE 132 I 1 E. 3.1 von der Befugnis, materiell die zu treffenden prozessualen Entscheidungen zu fällen.

⁴³ Vgl. z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 2; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 170; MEIER I., ZPR, S. 148; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 3.3; BOHNET, parties, S. 69 f., 76 f. und 81; B&M-FISCHER, Art. 66 N. 1 und 3; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 1; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N. 2; KuKo-DOMEJ, Art. 66 N. 2; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N. 1, 4 und 6; B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 66 N. 4 und 6 ff.; GASSER/RICKLI, Art. 66 N. 1; G/J/S-MORF, Art. 66 N. 1. Vor der eidg. ZPO: BGE 117 II 494 E. 2; KUMMER, ZPR, S. 62 f.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 272; BERTI, Diss., S. 86, zur Parteifähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit.

⁴⁴ Vgl. z.B.: 5A_88/2013 E. 2.1; ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 7; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 177 f.; MEIER I., ZPR, S. 148 und 152; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 3.7 ff.; BOHNET, parties, S. 69 f., 76 f. und 80 f.; B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 67 N. 7; G/J/S-MORF, Art. 67 N. 1; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N. 1 f.; B&M-FISCHER, Art. 67 N. 1; GASSER/RICKLI, Art. 67 N. 1; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 1; KuKo-DOMEJ, Art. 67 N. 3; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 14. Vor der eidg. ZPO: BGE 117 II 494 E. 2; BGE 132 I 1 E. 3.1; HABSCHIED, Grundlagen, N. 273; BERTI, Diss., S. 85, und zudem S. 86 zur Prozessfähigkeit als Teil der Handlungsfähigkeit.

⁴⁵ KuKo-DOMEJ, Art. 59 N. 3 m.H.a. Art. 56 bzw. 247 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N. 8; B/G/S I-MÜLLER, Art. 60 N. 5, zur Nachfristansetzung bei behebbaren Mängeln; S/H/L-ZÜRCHER, Art. 60 N. 13 und 17 ff., und BK I-ZINGG, Art. 60 N. 52 m.H.a. Art. 132 ZPO; SCHWANDER I., Prozessvoraussetzungen, S. 205 f. und 211 m.H.a. Art. 60 ZPO und Art. 52 ZPO. Vgl. auch den Vorschlag des AVZH in ZS VN VE-ZPO, S. 191, die Bestimmung zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen zu ergänzen, dass das Gericht «zur Verbesserung allfälliger Mängel das Geeignete an[ordnet]» mit dem Bsp. der Fristansetzung zur Verbesserung.

doch immerhin die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ausdrücklich vor.⁴⁶ All dies belegt, dass heilbare Prozessvoraussetzungen einen Bezug zur materiellen Prozessleitung aufweisen können. Erfassen lässt sich diese Verbindung, wenn bedacht wird, dass ein Gericht, welches die Parteien auf eine Verbesserungsmöglichkeit bei den Prozessvoraussetzungen hinweist, in gewisser Weise bereits Einfluss auf den Prozessinhalt nimmt: Denn bereinigen die Parteien einen behebbaren Mangel bei den Prozessvoraussetzungen, wird es möglich, doch noch auf die Streitsache einzutreten und den strittigen Lebenssachverhalt zu ergründen. Da sich eine solche Prozessleitung allerdings grundsätzlich ausserhalb der eigentlichen Sachverhaltserstellung im Sinne des vorliegend thematisierten *da mihi facta* ereignet, steht diese hier nicht im Vordergrund. Eine Ausnahme hiervon bildet die Voraussetzung der Postulationsfähigkeit, die aufgrund ihres engen Konnexes zur Sachverhaltserstellung von besonderem Interesse ist. Dieses rein prozessrechtliche Institut gilt es nachfolgend von der hiervor definierten Prozessfähigkeit zu unterscheiden.⁴⁷

iii) Postulationsfähigkeit

1. Einordnung

- 34 Wie eben angetönt, beschreibt die Postulationsfähigkeit eine prozesstechnische Voraussetzung ohne materiell-rechtliches Pendant⁴⁸: Sie bestimmt, wer formell zur Vornahme von Prozesshandlungen befugt ist.⁴⁹ Hinsichtlich der Parteien beschreibt sie also deren Fähigkeit und Recht, ihre Sache in eigener Person dem Gericht zu unterbreiten und damit alle Handlungen im Prozess selbst vorzunehmen – wie beispielsweise das Stellen prozessualer Anträge oder das Halten von schriftlichen oder mündlichen Parteivorträgen.⁵⁰ Da in der Schweiz vor den Zivil-

⁴⁶ 4A_229/2017 E. 4; 4A_595/2019 E. 2.6. Zur asymmetrischen Untersuchungsmaxime bei den Prozessvoraussetzungen vgl. N. 676–677.

⁴⁷ Diesen Differenzierungsbedarf betonen z.B. auch: BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 1; KuKo-DOMEJ, Art. 67 N. 1; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 3 ff.; LIENHARD A. [b], N. 309; BOHNET, parties, S. 70, 78, und zudem S. 79 f. m.H.a. die Vermischungsgefahr von subjektbezogenen Voraussetzungen.

⁴⁸ BOHNET, parties, S. 69 f. und 80; vgl. auch die Tabelle bei MEIER I., ZPR, S. 156 und 148, aus der zur Postulationsfähigkeit i.S.v. Art. 69 ZPO kein entsprechendes Institut des Privatrechts zu entnehmen ist.

⁴⁹ BOHNET, parties, S. 70, 78 und 82.

⁵⁰ Vgl. auch S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 3 ff.; ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 14 (Fähigkeit, in eigenem Namen oder als Vertreter einer Partei vor Gericht aufzutreten und mit prozessualen Handlungen zugelassen zu werden); BAUMGARTNER/DOLGE/

gerichten kein genereller Anwaltszwang herrscht,⁵¹ kommt grundsätzlich jeder prozessfähigen Person auch die Postulationsfähigkeit in ihren Angelegenheiten zu.⁵² Ist eine juristische Person Partei, treten deren Organe als postulationsfähige Vertreter auf.⁵³

Die Postulationsfähigkeit spielt darüber hinaus auch bei der vertraglich bestellten 35 Vertretung eine Rolle: Hier beinhaltet sie die Fähigkeit, eine fremde Sache vor Gericht zu vertreten.⁵⁴ Damit die Anwaltsperson in einem konkreten Fall postulationsfähig auftreten kann, muss sie vor dem entsprechenden Gericht zugelassen sein und insbesondere eine ordnungsgemässe Vollmacht ihrer Mandantschaft vorweisen können.⁵⁵

Nun sehen Materialien, Lehre und Rechtsprechung in der Postulationsfähigkeit 36 zuweilen einen Teilgehalt der Prozessfähigkeit.⁵⁶ Dies, obschon die Prozessfähigkeit gerade nicht unbedingt die Befugnis miteinschliesst, den Prozess in eigener Person zu führen.⁵⁷ Auch bedeutet die Verneinung der Postulationsfähigkeit einer Partei nicht zwingend, dass diese Partei auch prozessunfähig ist.⁵⁸ Dies belegen

MARKUS/SPÜHLER, § 19 N. 39 (Recht, vor Gericht selbstständig Anträge zu stellen und seine Sache vorzutragen); WILLISEGGER, S. 232 (Frage, ob eine Person persönlich Prozesshandlungen vornehmen darf und die rechtserhebliche Gestaltungsform zu geben vermag); LIENHARD A. [b], N. 309 (Recht, in eigener Sache vor Gericht aufzutreten); LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.24; BERTI, Diss., S. 87, und BERTI, ZPO, N. 328 (Berechtigung zur *persönlichen* Vornahme von prozessualen Parteihandlungen); SARBACH M., Diss., S. 183 (Fähigkeit, wirksam Prozesshandlungen vorzunehmen).

⁵¹ Vgl. hierzu N. 365 m.w.H.

⁵² SUTTER-SOMM, ZPR, N. 187; MEIER I., ZPR, S. 156; LIENHARD A. [b], N. 309; BERTI, ZPO, N. 328; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.24; ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 14; B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2; vgl. auch BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 3, zur Vermutung der Postulations- und der Prozessfähigkeit.

⁵³ B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 67 N. 21; ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 14b.

⁵⁴ MEIER I., ZPR, S. 148 und 157 f.

⁵⁵ SARBACH M., Diss., S. 184; MEIER I., ZPR, S. 157 f.

⁵⁶ BGE 132 I 1 E. 3.2 f.; Botschaft ZPO, S. 7279, zu Art. 65; MEIER I., ZPR, S. 156; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N. 3; G/J/S-MORF, Art. 67 N. 1a; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 4; des Weiteren BERTI, ZPO, N. 328, zur Postulationsfähigkeit als notwendiges Element der Prozessfähigkeit i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO.

⁵⁷ BGE 132 I 1 E. 3.1; vgl. auch WILLISEGGER, S. 232.

⁵⁸ G/J/S-MORF, Art. 67 N. 1a; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 6, alle m.H.a. Vertretungsbedarf.

die unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Absätze des Art. 69 ZPO:⁵⁹ Tatsächlich richtet sich der erste Absatz an *handlungsfähige* Personen, die allerdings aufgrund der konkreten Gegebenheiten nicht in der Lage sind, ihren Prozess selbst zu führen.⁶⁰ Die Postulationsunfähigkeit der vertraglich bestellten Vertretung aufgrund fehlender Vollmacht wird wiederum gar nicht von dieser Bestimmung geregelt und führt im Übrigen ebenso wenig zur eigentlichen Prozessunfähigkeit der Partei. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht stellt die Postulationsfähigkeit demnach weniger einen Teilgehalt der Prozessfähigkeit dar, sondern bildet vielmehr eine *zusätzliche*, prozessspezifische Komponente.

- 37 Was die persönliche Postulationsfähigkeit einer Partei betrifft, so wird diese vorliegend als Fähigkeit aufgefasst, rechtliche Mechanismen im prozessualen Kontext grundsätzlich hinreichend einzuschätzen und dieser Einschätzung entsprechend handeln zu können⁶¹. Die so verstandene Postulationsfähigkeit beinhaltet zwar ebenfalls sowohl eine intellektuelle wie auch eine willentliche Komponente,⁶² bezieht sich aber auf die Prozessführung. Sie bedingt, dass *eine Partei im Grundsatz fähig ist, in einer gegebenen Verfahrensart*⁶³ *sich im fallspezifischen Zusammenwirken zwischen Sach- und Verfahrensrecht hinreichend zurechtzufinden*. Eine

⁵⁹ Erst bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit und nicht bloss der Postulationsfähigkeit wird nach Art. 69 Abs. 2 ZPO die entsprechende Schutzbehörde informiert, vgl. z.B.: S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 23 ff. (zudem bereits N. 2b m.H., dass die Willensbildungsmöglichkeit, was im Prozess gewollt wird, vorhanden sein muss); G/J/S-MORF, Art. 69 N. 7; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 4 und 12 ff.; CR-JEANDIN, Art. 69 N. 8 f.

⁶⁰ S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 2; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 11; B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2, und LIENHARD A. [b], N. 317, m.H.a. die notwendige Urteilsfähigkeit; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 4 m.H.a. die Prozessfähigkeit.

⁶¹ Vgl. auch den Hinweis von S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 2b, nach denen die Willensbildung der betroffenen Partei im Prozess zwar möglich ist, es dieser jedoch nicht gelingen will, ihren Willen gegenüber dem Gericht zu formulieren oder in die richtige Form zu bringen.

⁶² Zum intellektuellen und willentlichen Element der Urteilsfähigkeit im materiell-rechtlichen Kontext vgl. z.B.: BGE 117 II 231 E. 2a; 5A_763/2018 E. 4.1.2.

⁶³ Das vereinfachte Verfahren kennt eigene Wege zur Sachverhaltserstellung, die aber auch mit dem Sachrecht interagieren; weil diesen Verfahren eine andere Konzeption zugrunde liegt als dem ordentlichen Prozess unter allgemeiner Fragepflicht (vgl. hierzu insb. N. 822 sowie N. 930–932), ist die Ansicht, dass die Anforderungen bez. des Entzugs der Postulationsfähigkeit nicht in beiden Verfahrensarten gleich hoch liegen (vgl. z.B. OGer BE ZK 19 328 E. III. 9.5 vom 29.10.2019; COLUCCIA, S. 19, m.H.a. BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8), richtig; vgl. diesbez. auch in der vorliegenden Abhandlung N. 561.

postulationsfähige Person ist somit in der Lage, selbstständig der Verhandlung zu folgen und ihre Interessen in grundsätzlich prozessual rechtsgenügender Weise wahrzunehmen⁶⁴. Hieraus folgt, dass die Postulationsfähigkeit auch im Kontext verschiedener Grundrechte zu lesen ist: So besteht ein enger Bezug zum Gehörsanspruch, zu dessen Teilgehalten das Äusserungsrecht zählt.⁶⁵ Dieses soll es dem Einzelnen ermöglichen, die ihm zweckmässig erscheinende Darstellung zum Sachverhalt, wie auch seine damit verbundene Rechtsauffassung, dem Gericht zur Kenntnis zu bringen.⁶⁶ Nach ROLF TINNER kann das Äusserungsrecht aber nur dann praktische Bedeutung erlangen, wenn der Berechtigte sich sachgemäss orientieren, «d.h. seine Äußerungen auf das im Verfahren Wesentliche ausrichten kann».⁶⁷ Nach der vorliegend vertretenen Auffassung stellt die Voraussetzung der Postulationsfähigkeit letztlich sicher, dass eine Person im Grundsatz überhaupt fähig ist, das ihr zustehende rechtliche Gehör in ihrem Interesse grundsätzlich sinnvoll wahrzunehmen. Hierbei ist mit «sinnvoll» gemeint, dass die Person in einer gegebenen Verfahrensart prinzipiell prozesstechnisch ausreichend handeln kann. Mangelt es an der Postulationsfähigkeit, droht eine in den Prozess eingebundene Person zum Objekt zu verkommen⁶⁸; dies aber verbietet die wiederum grundrechtlich geschützte Menschenwürde⁶⁹.

Mit der Prozessfähigkeit hat die Postulationsfähigkeit gemein, dass Letztere 38 ebenso graduell einzustufen ist: Auch sie bestimmt sich in Abhängigkeit des (pro-

⁶⁴ Vgl. auch die Ausführungen im BGE 132 I 1 E. 3.3: «Die Beteiligten müssen den Prozessstoff überblicken und in voller Kenntnis desselben zu den Streitpunkten Stellung nehmen können.»; vgl. des Weiteren auch KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2; nach BK I-STERCHI, Art. 69 N. 3, müssen die Parteien imstande sein, die Tragweite der Prozessfolgen zu erkennen und sich sachgerecht zu verhalten. G/J/S-MORF, Art. 67 N. 1a, verwendet m.H.a die Rechtsprechung die Wendung *den Prozess gehörig führen zu können* oder dann umgekehrt, das Verhalten der Partei dürfe nicht *offensichtlich unzulässig und erratisch* sein (vgl. G/J/S-MORF, Art. 69 N. 1).

⁶⁵ Hinweise auf weitere Grundrechtsbezüge z.B. bei: BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 39; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 3 (m.H.a. Art. 6 EMRK sowie Art. 5, 9 und 29 BV).

⁶⁶ TINNER, S. 312.

⁶⁷ TINNER, S. 328.

⁶⁸ Vgl. auch z.B.: S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 4; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 9.

⁶⁹ Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 40 N. 10 m.H., dass in ihrem Kern die Verfahrensgrundrechte die Würde der vom Verfahren betroffenen Personen schützen; sie garantieren, dass der Einzelne nie zum blossen Objekt staatlicher Willkür herabgewürdigt wird; in diese Richtung auch WIEDERKEHR, Habil., S. 2 und 17 f.

zessualen) Kontextes⁷⁰. Zudem wird die Postulationsfähigkeit gemäss Bundesgericht nicht an einer einzelnen Prozesshandlung gemessen; vielmehr ist die Prozessführung als Ganzes zu betrachten.⁷¹ So dürfte einleuchten, dass die dauerhafte Abwesenheit einer Person zumindest faktisch die gleiche Wirkung zeigt wie das Fehlen der hiervor beschriebenen Fähigkeit.⁷²

2. Bezug zur materiellen Prozessleitung

- 39 Wie der Art. 69 Abs. 1 ZPO belegt, zeitigt das Fehlen der Postulationsfähigkeit andere Konsequenzen, als es Prozessvoraussetzungen üblicherweise tun:⁷³ Die postulationsunfähige Partei bedarf einer primär gewillkürten, subsidiär auch einer amtlich bestellten Vertretung. Trotz der *Kann*-Formulierung befürworten mehrere Autorinnen und Autoren, dass der auf dieser Bestimmung basierende gerichtliche Eingriff verpflichtend ist.⁷⁴ Dies nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu

⁷⁰ Vgl. auch 2E_2/2013 E. 5.4.4 zu Art. 41 Abs. 1 BGG: «*Les éléments qui sont susceptibles de corroborer une incapacité de procéder dans le cadre d'une procédure complexe ne permettent donc pas automatiquement d'aboutir au même constat face à une procédure qui présente un degré de difficulté moindre.*»

⁷¹ BGE 132 I 1 E. 3.3. Vgl. auch B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2 und 4; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N. 5; G/J/S-MORF, Art. 69 N. 2, spricht von kontinuierlicher Überforderung.

⁷² 5A_286/2015 E. 2.2.4 nennt im Zusammenhang mit Art. 69 Abs. 1 ZPO auch das Bsp. der dauernden Abwesenheit; vgl. in der Lehre auch z.B.: CR-JEANDIN, Art. 69 N. 4; B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 2; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 9. Vgl. zudem den Hinweis von KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2, dass Art. 69 Abs. 1 ZPO keine Grundlage für die Bestellung eines Abwesenheitsbeistands durch das erkennende Gericht sei (m.H.a. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sowie daneben auch auf schlichtes Säumnis).

⁷³ Zur grundsätzlichen Rechtsfolge bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario* sowie z.B.: BGE 140 III 159 E. 4.2.4; 4P.239/2005 E. 4.3; 4A_229/2017 E. 3.2; 4A_595/2019 E. 2.3.1. Zur Postulationsfähigkeit als Prozessvoraussetzung vgl. z.B.: BOHNET, parties, S. 79, m.H.a. die bundesgerichtliche Rechtsprechung; BOHNET, exceptions, N. 33; KuKo-DOMEJ, Art. 59 N. 20 sowie Titel davor; HABSCHIED, Grundlagen, N. 363, der sie unter den «*capacités der Parteien*» auflistet. SARBACH M., Diss., S. 185 (m.H.a. das deutsche Recht), weist darauf hin, dass die Postulationsfähigkeit genau genommen keine Sachurteilsvoraussetzung bzw. Prozessvoraussetzung ist, sondern eine Prozesshandlungsvoraussetzung.

⁷⁴ Vgl. z.B.: BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 16; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 4; LIENHARD A. [b], N. 314. A.M. CR-JEANDIN, Art. 69 N. 6; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 5 f. G/J/S-MORF, Art. 69 N. 2, betont die Kann-Vorschrift und schreibt, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlungspflicht des Gerichts postuliert wird (vgl.

Recht: Der staatliche Eingriff wurde durch die Voraussetzung einer *Offensichtlichkeit* des Fehlens der Postulationsfähigkeit ausreichend hochschwellig angesetzt. Ab diesem Schweregrad das Fehlen ohne Folgen zu belassen, würde ein faires Verfahren beeinträchtigen.⁷⁵ Wie weit das Bundesgericht diese Meinung teilt, ist aktuell schwierig einzuschätzen: Einerseits hiess es in einem altrechtlichen Entscheid eine Beschwerde gut, in welcher mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Verfahrensfairness argumentiert wurde⁷⁶. Sodann erwog es in einem Anfang 2018 ergangenen Urteil, die (Zivil-)Gerichte seien gestützt auf Art. 69 ZPO nur dann *«gehalten»*, einer Partei eine Rechtsvertretung zu bestellen, wenn diese offensichtlich nicht imstande ist, den Prozess selbst zu führen oder eine Vertretung zu bestellen.⁷⁷ Dass damit tatsächlich von einer Pflicht der Behörden auszugehen ist, ist allerdings aufgrund dessen zu relativieren, dass das Bundesgericht bereits 2016 die Kann-Formulierung explizit betonte⁷⁸. Zudem verwies es in einem weiteren damals ergangenen Entscheid auf Nicolas JEANDIN, der seinerseits die Kann-Formulierung der neuen Vorschrift hervorhebt und sich auf den Standpunkt stellt: *«Lorsque le tribunal constate l'incapacité manifeste, il dispose encore d'un marge d'appréciation quant à l'opportunité de mettre en œuvre l'art. 69 al. 1 CPC [...]»*⁷⁹ Dass das Bundesgericht hiervon abzuweichen gedenkt, wird im eben erwähnten Entscheid vom Januar 2018 zumindest nicht dargetan. Vielmehr noch wiederholte es erst Mitte 2018 seinen Verweis auf das Ermessen des Gerichts, *«même lorsqu'il constate une incapacité manifeste de procéder*

auch DERS., N. 4, zur Bestellung gegen den Willen); ähnlich B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 3. Im Übrigen sah Art. 61 VE-ZPO die blosse Kann-Vorschrift (ohne den zweiten Satz des heutigen Art. 69 Abs. 1 ZPO) vor, was der Bericht VE-ZPO, S. 36, damit erläutert, dass von einem Anwaltszwang hat abgesehen werden sollen; im Vernehmlassungsverfahren wurde dies von diversen Votanten als zu wenig weitgehend kritisiert (vgl. ZS VN VE-ZPO, S. 198 AR, SH, SO, TG, S. 198 f. TI, S. 199 ZG, KassZH).

⁷⁵ E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 41; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 39; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 3. So wohl auch das Ergebnis im Urteil OGer BE ZK 19 328 E. III. 8 vom 29.10.2019.

⁷⁶ BGE 132 I 1 E. 2 zur Argumentation des Beschwerdeführers. Ähnlich auch die Argumentation im Verfahren vor dem OGer BE ZK 19 328 vom 29.10.2019 (vgl. insb. E. III. 6.2).

⁷⁷ 5A_712/2017 E. 5.2.

⁷⁸ 5A_618/2015 E. 6.7.

⁷⁹ 5A_541/2015 E. 4.1 m.H.a. CR-JEANDIN, Art. 69 N. 6, wobei aber wohlbemerkt in E. 4.3 bereits das Vorliegen einer vollständigen, offensichtlichen Postulationsunfähigkeit verneint wurde.

[...].»⁸⁰ In Anbetracht der implizierten Grundrechte ist demgegenüber nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Erwägung des Obergerichts Bern im Oktober 2019 angezeigt: Nach diesem Gericht ist aus der Kann-Formulierung einzig zu schliessen, dass ein Prozessführungsunvermögen nicht leichthin anzunehmen ist; wird ein solches festgestellt, steht es indessen nicht im Ermessen des Gerichts, ob es den Art. 69 Abs. 1 ZPO anwenden will.⁸¹

- 40 Wie erwähnt, werden die Gerichte im Fall der Postulationsunfähigkeit einer Partei vom Gesetzgeber angewiesen, nötigenfalls selbst für die Heilung dieser fehlenden persönlichen Voraussetzung zu sorgen. Die berechtigte Verneinung der Postulationsfähigkeit bewirkt keine Gehörsverletzung: Vielmehr wird durch die behördliche Anordnung gerade sichergestellt, dass nicht bloss eine formale Gewährung des rechtlichen Gehörs, sondern eine materiell faire Äusserungsmöglichkeit besteht,⁸² wenngleich diese via eine andere, postulationsfähige Person wahrzunehmen ist. Etwas anders liegen die Dinge bei der fehlenden Anwaltsvollmacht, welche zur Postulationsunfähigkeit der Vertretung führt: Zwar ist auch hier eine gerichtliche Aktivität angezeigt; wie erwähnt, greift in diesem Fall allerdings nicht der Art. 69 ZPO. Der Partei ist eine Nachfrist nach Art. 132 Abs. 1 ZPO zur Verbesserung des Mangels zu gewähren.⁸³ Jedenfalls ist festzustellen, dass der gerichtliche Einsatz sowohl bei der offensichtlichen persönlichen Postulationsunfähigkeit einer Partei als auch im Fall der fehlenden Vertretungsvollmacht insofern einen indirekten Einfluss auf den Prozessgegenstand zeitigt,⁸⁴ als damit sicherstellt wird, dass die Parteianliegen fortan grundsätzlich in prozessual rechtsgenügender Weise vorgebracht werden können. Beide gerichtlichen Eingriffe lassen sich somit im Prinzip auch als Anwendungsfälle der materiellen Prozessleitung auffassen. Besonderes Augenmerk wird

⁸⁰ 5A_504/2018 E. 4 m.H.a. den Entscheid 5A_541/2015 E. 4.1; vgl. auch bereits das Urteil 4A_369/2017.

⁸¹ OGer BE ZK 19 328 E. III. 8.2 f. vom 29.10.2019.

⁸² In Anlehnung an KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4, der im Zusammenhang mit dem Verbot von sog. «Überraschungsentscheidungen» zu bedenken gibt: «*Versteht eine Partei gar nicht, was aus Perspektive des Gerichts relevant ist, so wird ihr lediglich formal, aber nicht inhaltlich rechtliches Gehör gewährt.*» Die Kernaussage gilt nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht weniger für die Postulationsunfähigkeit.

⁸³ Vgl. auch – lange vor der eidg. ZPO ergangen – den BGE 86 I 4 E. 3 zu § 97 Abs. 2 ZPO-BL sowie der Hinweis bei SARBACH M., Diss., S. 184, dass das BGer in diesem Urteil nicht nur von überspitztem Formalismus, sondern auch von einer willkürlichen Anwendung der kantonalen richterlichen Fragepflicht ausging.

⁸⁴ Vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 278 (Nachfrist) und N. 307 (zwangswise Bestellung einer Vertretung).

hiernach aber auf die eigentlichen gerichtlichen Eingriffe *in die Prozessstoffsammlung* gelegt. Wie an dieser Stelle gezeigt, hat während dieser Phase die persönliche Postulationsfähigkeit der Partei eine vordringliche Bedeutung.

b. Verpflichtungsarten in Bezug auf die Einbringtätigkeiten

Nachdem einige grundlegende Elemente der Parteilehre aufgegriffen wurden, die 41 für die Tätigkeit *da mihi facta* unabdingbare Voraussetzung sind, soll nachfolgend auf die mit diesem «*da*» assoziierten Verpflichtungsarten eingegangen werden: Um nämlich die Parteien zu einem bestimmten Verhalten zu animieren, kann der Gesetzgeber ihre Aufgabe als Last oder als Pflicht ausgestalten.⁸⁵ Auch wenn beide bewirken, dass die fehlbare Partei aus der Nicht- oder Schlechterfüllung regelmässig negative Konsequenzen davonträgt,⁸⁶ sind sie prozesstechnisch auseinanderzuhalten.

i) Pflicht

Gemäss dem viel beachteten Lehrbuch von Max KUMMER ist eine Pflicht dann 42 anzunehmen, wenn das von der Partei verlangte Verhalten erzwungen wird: Dies entweder mittelbar, durch Strafandrohung, oder aber unmittelbar, wenn durch die Nichtbeachtung einer pflichtwidrigen Handlung die Pflichterfüllung herbeigeführt werden kann.⁸⁷ Zu solchen Pflichten zählt KUMMER namentlich das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie die Konkretisierungen dieses Grundsatzes, etwa in der Wahrheitspflicht⁸⁸ der Parteien⁸⁹ oder auch in den Verboten

⁸⁵ Zur weiteren Abgrenzung zwischen Last und freiwilliger Parteihandlung vgl. WUILLEMIN, N. 176 ff.

⁸⁶ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 31.

⁸⁷ KUMMER, ZPR, S. 89. Ähnliche Beschreibung bei GULDENER, ZPR, S. 187; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 8.5; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 40 N. 69 und 71; WILLISEGGER, S. 124 f. (zudem m.H.a. die fließenden Übergänge). Auch HABSCHIED, droit, S. 7, i.V.m. HABSCHIED, Grundlagen, N. 24 f., scheint den Zwang als zentrales Abgrenzungsmerkmal zu sehen.

⁸⁸ Zur Definition der Lüge und der subjektiven Wahrheit oder *Wahrhaftigkeit* vgl. z.B.: HABSCHIED, Grundlagen, N. 549 f.; MEIER, R., Diss., N. 98 und FN. 298 m.H.a. die deutsche Lehre; zur echten Rechtspflicht zur Wahrhaftigkeit im Prozess vgl. in der deutschen Literatur KOCH, S. 111; JAUERNIG/HESS, § 26 N. 6. Zur Lüge im Prozess und zur Wahrheitspflicht vgl. insb. auch bereits KLEIN, Parteihandlung, S. 130 ff.

⁸⁹ Zur Wahrheitspflicht und zu Treu und Glauben vgl. auch z.B.: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 26 N. 78 und § 40 N. 72, 1. Spiegelstrich; BSK ZPO-GEHRI,

des mutwilligen Prozessierens und der unredlichen Prozessverzögerung.⁹⁰ Solche Parteipflichten sind nötig, um die missbräuchliche Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte, und ebensolches Handeln zum Nachteil der Gegenpartei, zu unterbinden.⁹¹

- 43 In Anbetracht dessen versteht sich der Hinweis des deutschen Autors Friedrich LENT ohne Weiteres: «*Wo eine Pflicht besteht, hört die Freiheit des Verhaltens auf [...]*».⁹² Im Gegensatz zur Last gibt es bei der Parteipflicht somit ein korrelatives Recht des Gerichts, mit dem das Verhalten verlangt werden kann.⁹³ Nach Ansicht des ebenfalls der deutschen Lehre angehörigen Autors Wolfram HENCKEL, der sich seinerseits auf LENT bezieht,⁹⁴ ist für die Abgrenzung zwischen prozessualen Lasten und Pflichten indes nicht entscheidend, ob das gewünschte Verhalten erzwingbar ist: Relevant sei vielmehr, ob sich das Fehlverhalten durch die daran geknüpften Konsequenzen ausschliesslich wider die Interessen des Ungehorsamen spiegeln lässt und keine ausdrückliche Missbilligung mehr vonnöten ist.⁹⁵ Könne der Zweck der Norm jedoch nicht allein damit erreicht werden, dass die Konsequenzen des Fehlverhaltens unmittelbar gegen den Pflichtwidrigen spielen, brauche es weiterreichende Sanktionen.⁹⁶

Art. 52 N. 6; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 11 ff.; BK I-HURNI, Art. 52 N. 28; CR-BOHNET, Art. 52 N. 47; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 6; MEIER, R., Diss., N. 97; MÜLLER R., S. 84 ff.

⁹⁰ KUMMER, ZPR, S. 89 f. Zu weiteren aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleitenden Handlungspflichten vgl. auch GULDENER, ZPR, S. 188 f.; WILLISEGGER, S. 127 ff.

⁹¹ KUMMER, ZPR, S. 89.

⁹² LENT, S. 348.

⁹³ LENT, S. 354 f. Nach LENT, S. 347 f., stellt das Gesetz das der Last zugrunde liegende Verhalten in das freie Belieben der betroffenen Partei, diese wird also ihrer eigenen Verantwortung überlassen. WILLISEGGER, S. 124, allerdings betont in Anlehnung an GULDENER, ZPR, S. 188 FN. 3, dass selbst prozessuale Lasten Handlungsgebote und nicht Freistellungen sind.

⁹⁴ In seinen FN. verweist HENCKEL, Prozessrecht, S. 14 ff., namentlich auf LENT, insb. S. 348 ff. Vgl. auch den Hinweis bei WUILLEMIN, N. 156, wonach die Abgrenzung auf LENT zurückzuführen ist.

⁹⁵ HENCKEL, Prozessrecht, S. 13 ff.; gl.M. wohl WILLISEGGER, S. 125, der betont, dass die Unterscheidung trennschärfer wird, wenn miteinbezogen wird, in wessen Interesse das Handlungsgebot liegt; vgl. auch JAUERNIG/HESS, § 26 N. 1 ff.

⁹⁶ HENCKEL, Prozessrecht, S. 14 ff., insb. S. 17; zustimmend: BRÖNNIMANN, Diss., S. 32. WILLISEGGER, S. 124, bezeichnet prozessuale Lasten auch als «*Pflichten minderer*

ii) Prozessuale Obliegenheit bzw. Last

Auch das Bundesgericht bezog sich dereinst auf Max KUMMERS Abgrenzung von Pflichten und Lasten.⁹⁷ Als Lasten (auch bekannt als prozessuale Obliegenheiten)⁹⁸ definiert KUMMER Prozesshandlungen, deren Vornahme weder unmittelbar noch mittelbar im hiervor von ihm beschriebenen Sinn erzwungen werden⁹⁹, deren Unterlassung jedoch prozessuale Nachteile für die betreffende Partei mit sich bringt.¹⁰⁰ So etwa im Fall der Erscheinungslast, der Verhandlungslast, der Behauptungslast und der Beweisführungslast.¹⁰¹ KUMMERS Beispiele zeigen, dass die Parteien gerade im Bereich der ihnen von den Prozessmaximen aufgetragenen Verantwortung für die Sachverhaltsdarstellung vorwiegend Lasten treffen.¹⁰² Die Erfüllung liegt jeweils im Interesse der belasteten Partei, da die im Unterlassungsfall drohenden Nachteile einen für sie negativen Prozessausgang – mit sämtlichen

Art) (in Anlehnung an die «Pflicht minderen Grades» von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 102, bez. privatrechtlichen Obliegenheiten).

⁹⁷ BGE 99 Ia 407 E. 3.

⁹⁸ Der Begriff *Obliegenheit* ist mit dem materiellen Recht assoziiert, die *Last* bildet das prozessuale Pendant, vgl. z.B.: HENCKEL, Prozessrecht, S. 18; WILLISEGGER, S. 51 und 124; MEIER R., N. 116; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 5 sowie § 10 N. 16 f., für Beispiele. Vgl. zudem die Verwendung der Begriffe z.B. bei: KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 8; BERTI, Diss., S. 15; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N. 8.4; DOLGE, Anforderungen, S. 19; DOLGE, Zivilprozess, S. 36; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 113 ZPO N. 2; GULDENER, ZPR, S. 188; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 111, bei der Beschreibung der Substantiierungslast; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 18, zur Behauptungs- und zur Substantiierungslast.

⁹⁹ Vgl. diesbez. zur Pflicht N. 42–43.

¹⁰⁰ KUMMER, ZPR, S. 90. Hinweise auf die Konsequenz prozessualer Nachteile z.B. auch bei: BRÖNNIMANN, Diss., S. 31 f.; GULDENER, ZPR, S. 187; HABSCHIED, droit, S. 7; HABSCHIED, Grundlagen, N. 24 f. HELLWIG, System, § 139 S. 401 (m.w.H.), verwendet auch den Ausdruck der «Pflicht gegen sich selbst»: «wo das Gesetz einer Partei die Möglichkeit von Handlungen eröffnet, die, wenn die Partei sie vornimmt, ihrem eigenen Interesse zu dienen bestimmt sind.» (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁰¹ KUMMER, ZPR, S. 90.

¹⁰² Vgl. des Weiteren RÖHL/RÖHL, S. 231, die für das deutsche Recht zum Stichwort «Lasten» in den Prozessgesetzen eben auch gerade auf das Beispiel hinweisen, dass die Parteien insbesondere in angemessener Form und Frist bei der Aufklärung des Sachverhalts helfen müssen.

damit verbundenen Konsequenzen¹⁰³ – bewirken können.¹⁰⁴ Lasten werden somit dort statuiert, wo, im Sinne von Wolfram HENCKELS Unterscheidung, der säumigen Partei die Nachteile noch im Verfahren überbürdet werden können.¹⁰⁵

- 45 Sind im Prozess vermehrt Parteilasten anstelle von -pflichten vorgesehen, erklärt sich dies demnach nicht anhand der Intensität, mit welcher der Gesetzgeber ein bestimmtes Ziel zu erreichen sucht.¹⁰⁶ Denn selbst wenn Obliegenheiten zuweilen als «*Pflicht minderen Grades*» bezeichnet werden,¹⁰⁷ ist doch im prozessualen Bereich nicht zu verkennen, dass die Nachteile einer Schlechterfüllung, die bis hin zum Prozessverlust reichen, durchaus schwerer ins Gewicht fallen können als etwaige Pflichtenanktionen.¹⁰⁸ Der Vorzug der Lasten im prozessualen Bereich trägt der von Wolfram HENCKEL hervorgehobenen Tatsache Rechnung, dass das Prozessrecht grundsätzlich alle Schritte des Prozesses regelt. So kann das Prozessrecht auch nahezu jeden falschen Schritt, der im Verfahren erkannt wird, mit spürbaren prozessualen Nachteilen belegen.¹⁰⁹ Friedrich LENT bemerkte zudem am Beispiel des Säumnisverfahrens, dass die angedrohte nachteilige Wirkung der Schlechterfüllung viel rascher und einfacher funktioniert, als es der Zwang zur

¹⁰³ Zu den weiteren Konsequenzen vgl. den Hinweis bei BERTI, Diss., S. 15 und FN. 72, dass sich die Nichterfüllung der Lasten zunächst darin äussert, dass dem Gesuch kein Erfolg beschieden sein wird, als Folge des Unterliegens in der Sache erwachse dann meist eine *Pflicht*, dem Verfahrensgegner eine Entschädigung zu erstatten und die Gerichtskosten zu übernehmen. Vgl. zum Grundsatz den heutigen Art. 106 Abs. 1 ZPO.

¹⁰⁴ Zur Erläuterung des negativen Prozessausgangs vgl. TAPPOLET, S. 25, über den Rechtsverlust bzw. Nichterwerb eines Rechts und die Anerkennung eines fremden Rechts. Vgl. auch MEIER ZPR, S. 301, zur Konsequenz des Prozessverlusts bei ungerechtfertigter Verweigerung der Mitwirkung i.S.v. Art. 160 ZPO.

¹⁰⁵ Vgl. HENCKEL, Prozessrecht, S. 14 f. und 20, der die Eigenart der Last betont, dass der Nachteil, der als Sanktion eingesetzt wird, sich in demselben Lebensbereich realisiert, auf den sich das Fehlverhalten bezieht.

¹⁰⁶ HENCKEL, Prozessrecht, S. 17.

¹⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 102; WILLISEGGER, S. 124.

¹⁰⁸ Betonung des Gewichts der prozessualen Nachteile z.B. bei: LENT, S. 344 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 881; BERTI, Diss., S. 15 und FN. 72; implizit auch JEANNIN/BOHNET, N. 10, und MEIER ZPR, S. 274, welche die Begriffe «*seulement*» und «*lediglich*» in Anführungszeichen setzen. Der Begriff *lediglich* findet in diesem Zusammenhang doch öfters Verwendung, z.B. auch im Bericht VE-ZPO, S. 80 zu Art. 155.

¹⁰⁹ HENCKEL, Prozessrecht, S. 15.

Erfüllung einer Pflicht kann.¹¹⁰ Aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen braucht es somit im Bereich des *da mihi facta* regelmässig keine noch weiterreichenden Sanktionen, um den anvisierten Normzweck zu erfüllen.

**iii) Präzisierung des Berechtigungskorrelats der Parteien
bzw. des *da mihi facta***

Wem eine Last oder eine Pflicht obliegt, dem muss umgekehrt die Gelegenheit 46 und die Berechtigung eingeräumt werden, seiner Aufgabe nachzukommen. Dies gilt auch für die Erfüllung des *da mihi facta*. Allerdings bestehen in Bezug auf Prozessstoffeingaben bekanntlich wichtige rechtliche Schranken: Allen voran die damit verbundenen Form- und Fristenerfordernisse. Liegt der Fokus wie im vorliegenden Kapitel auf den Prozesssubjekten, sollte aber insbesondere auf die verfahrensrechtliche Stellung einer Person hingewiesen werden, die dem *da mihi facta* ebenfalls Grenzen setzt. Während die Personen in der Kläger- und der Beklagtenposition eine umfassende prozessuale Rechtsstellung innehaben, die es ihnen erlaubt, die nötigen form- und fristgerechten Eingaben zu ihren Sachverhaltshypothesen zu tätigen,¹¹¹ ist der Parteigehilfe¹¹² in verschiedener Hinsicht eingeschränkt: Nicht nur, dass er an den zeitlichen Prozessstand im Moment seines Verfahrensbeitritts, das heisst insbesondere an eine allfällige Präklusion, gebunden ist,¹¹³ er hat grundsätzlich auch nicht die gleich weitreichenden Kompetenzen inne, um das Seine zum Sachverhalt beizutragen. Konkret bedeutet dies, dass die Nebenpartei sich im Grunde nicht wirksam in Widerspruch¹¹⁴ zur unterstützten

¹¹⁰ LENT, S. 346. Zudem kann das Prozessrecht nach GULDENER, ZPR, S. 187, «*zweckmäßiger*» Nachteile eintreten lassen als die mit der Missachtung von Pflichten verbundenen Sanktionen.

¹¹¹ Vgl. auch WILLISEGGER, S. 94.

¹¹² Vgl. den Hinweis bei S/H/L-TAKEI, Art. 79 N. 3, und ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 68, dass der Streitberufene sich in der Regel in derselben prozessrechtlichen Stellung am Verfahren beteiligt wie der Nebenintervenient.

¹¹³ Art. 76 Abs. 1 ZPO (i.V.m. Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO für die streitberufene Person). Vgl. in der Lehre z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 59 (i.V.m. N. 68 ff.); KuKo-DOMEJ, Art. 76 N. 9 (i.V.m. Art. 79 N. 6); BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N. 1 und 6 ff.; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 76 N. 4 f.; CR-HALDY, Art. 76 N. 3; vgl. auch z.B.: BGE 142 III 629 E. 2.1; 5A_725/2016 E. 5.4 (nicht publiziert im BGE 143 III 140) (Nebenintervention).

¹¹⁴ Die Verträglichkeit einer konkreten Prozesshandlung der Nebenpartei mit der Position der Hauptpartei wird aus dem Verfahrenskontext ermittelt, ein ausdrückliches Widersprechen ist nicht vonnöten, vgl. hierzu z.B.: Bericht VE-ZPO, S. 38 zu Art. 67; Botschaft ZPO, S. 7282 zu Art. 72–75; B/G/S I-GÖKSU, Art. 76 N. 14 f.; BK I-GROSS/

Hauptpartei setzen beziehungsweise deren Position nicht schwächen kann.¹¹⁵ Die Nebenpartei kann ihre Gelegenheit zu *da mihi facta* aber wahrnehmen, um Prozesshandlungen im Interesse der unterstützten Hauptpartei vorzunehmen: Soweit sie rechtzeitig und formgerecht handelt, kann auch die Nebenpartei Ansprüche begründen, plädieren oder Beweisanträge stellen.¹¹⁶ Darüber hinaus mit einer Zeugenaussage zur Sachverhaltserstellung beizutragen und damit ein Beweismittel zu schaffen, ist indessen auch der Nebenpartei verwehrt.¹¹⁷

II. *Dabo tibi* – Zuständigkeit des Gerichts für die Beurteilung von Streitigkeiten

a. Grundlegende subjektbezogene Anforderungen

i) Auswahl

- 47 Das Gericht als Träger der staatlichen Justizhoheit bekleidet eine weitere Position im dreieckigen Prozessrechtsverhältnis. Aus der Blickrichtung des Gerichts bildet das *dabo tibi ius* – respektive im Sinne des Art. 57 ZPO gesprochen: die neutrale

ZUBER, Art. 76 N. 18; BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N. 12; GASSER/RICKLI, Art. 76 N. 4, 1. Spiegelstrich; CR-HALDY, Art. 76 N. 5, 2. Spiegelstrich; KuKo-DOMEJ, Art. 76 N. 5 und 8; vgl. auch G/J/S-MORF, Art. 76 N. 3 ff., zu diesbezüglichen Interpretations- und Abwägungsproblemen.

¹¹⁵ Art. 76 Abs. 2 ZPO (i.V.m. Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO für die streitberufene Person). BGE 138 III 537 E. 2.2.2; BGE 142 III 271 E. 1.3 mit Präzisierung zum vorgenannten Urteil; BGE 142 III 629 E. 2.1; vgl. auch z.B.: BK I-GROSS/ZUBER, Art. 76 N. 5 und 17; WILLISEGGER, S. 95 f.; MEIER I., ZPR, S. 179 und 185 f.; ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 59 (i.V.m. N. 68); B/G/S I-GÖKSU, Art. 76 N. 14 ff. (i.V.m. Art. 79 N. 4 ff.); BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N. 1 und 9 ff. (i.V.m. BSK ZPO-FREI, Art. 79 N. 9). Zur höchststrichterlich gesprochenen Ausnahme der *streitgenössischen Nebenintervention* vgl. BGE 142 III 629 E. 2.3.4 ff.; 5A_725/2016 E. 5.2 m.w.H. (nicht publiziert im BGE 143 III 140).

¹¹⁶ Bericht VE-ZPO, S. 38 zu Art. 67; vgl. auch z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 13 N. 59 (i.V.m. N. 68); BK I-GROSS/ZUBER, Art. 76 N. 4 und 8; B/G/S I-GÖKSU, Art. 76 N. 5 f. (i.V.m. Art. 79 N. 4); BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N. 1; G/J/S-MORF, Art. 76 N. 1; GASSER/RICKLI, Art. 76 N. 1. Vgl. zudem z.B.: BGE 142 III 271 E. 1.3; 5A_725/2016 E. 5.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 140), jeweils zu Art. 76 Abs. 1 ZPO.

¹¹⁷ Allgemein zum Zeugenausschluss von Nebenparteien vgl. z.B.: MEIER I., ZPR, S. 315; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.84; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 161; WILLISEGGER, S. 96.

amtliche Rechtsanwendung¹¹⁸ – den Hauptgegenstand seiner Prozessbeziehung zu den Parteien.¹¹⁹ Aus dieser amtlichen Funktion ergibt sich ohne Weiteres, dass das Gericht rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht werden muss.¹²⁰ Analog zur Perspektive der Parteien im vorherigen Unterkapitel I. sollen an dieser Stelle die zwei grundlegendsten subjektbezogenen Anforderungen aufgegriffen werden, welche gegeben sein müssen, damit das Gericht das *dabo tibi ius* wahrnehmen kann: Die gerichtliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit,¹²¹ welche den Parteien garantieren, dass das Gericht ihre Streitigkeit *ohne Einwirken sachfremder Umstände*¹²² entscheidet.

Auf weitere grundrechtliche Aspekte, die mehr noch mit dem Verfahrensverlauf 48 zusammenhängen – etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Handeln nach Treu und Glauben, das Gleichbehandlungsgebot sowie generell die Forderung nach Verfahrensfairness – wird später, im Kapitel 7, im Detail eingegangen.¹²³

¹¹⁸ Vgl. auch KELLERHALS/BERGER, S. 393 f., wonach *dabo tibi ius* nicht nur bedeutet, dass der Richter das Recht kennen, sondern dass dieser das Recht kraft seines Amtes anwenden muss.

¹¹⁹ Vgl. etwa auch ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 1 und 4, sowie GULDENER, ZPR, S. 30 ff., und SARBACH R., N. 93, zur (Haupt-)Aufgabe der Gerichte.

¹²⁰ Vgl. auch HEER, S. 173 f., im Jahr 1991 bez. des Gerichts: «*Als solche Institution tritt es als Staatsorgan auf, es erfüllt eine staatliche Funktion. Dass damit die von der Verfassung gebotenen Grundsätze staatlichen Handelns, welche die staats- und verwaltungsrechtliche Praxis für Behörden herausgearbeitet haben, in grossen Teilen auch auf richterliches Handeln Anwendung finden müssen, ergibt sich somit ohne weiteres.*», die Autorin zählt hierzu auf S. 174 das Verbot formeller Rechtsverweigerung, den Anspruch auf rechtliches Gehör mit all seinen Ausformungen, die Verbote des überspitzten Formalismus und der materiellen Rechtsverweigerung sowie, damit verbunden, das Prinzip von Treu und Glauben auf. Zur hoheitlichen Beziehung des Gerichts zu den Parteien und der Wahrung von Grundrechten vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 242.

¹²¹ Zur Unabhängigkeit und zur Unparteilichkeit des Gerichts als fundamentale Erfordernisse jeglicher rechtsstaatlichen Rechtspflege vgl. z.B.: E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 7; SARBACH R., N. 690.

¹²² Zum Ausdruck vgl. z.B.: BGE 120 Ia 184 E. 2b; BGE 127 I 196 E. 2b; BGE 131 I 24 E. 1.1; BGE 131 I 113 E. 3.4; BGE 133 I 1 E. 5.2; BGE 136 I 207 E. 3.1; BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 139 III 120 E. 3.2.1; BGE 139 III 433 E. 2.1.2; BGE 140 III 221 E. 4.1; 1P.457/2006 E. 2.1; 8F_3/2008; 4A_6/2011 E. 2; 5A_462/2013 E. 3.1.

¹²³ Vgl. insb. N. 507–512 (allg. zum Interesse an einem fairen Verfahren), N. 530–575 (Konkretisierung der Verfahrensfairness aus Sicht des Einzelnen), N. 716–732 (Loyalität und Missbrauch bei der Prozessstoffsammlung) und 746–791 (kontradiktorischer Faktor).

ii) Unabhängigkeit

- 49 Gemäss Art. 191c BV sind die Gerichtsmitglieder einzig dem Recht verpflichtet.¹²⁴ Um dies zu gewährleisten, muss die in Art. 30 Abs. 1 BV¹²⁵, in Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie in Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II statuierte richterliche Unabhängigkeit¹²⁶ in verschiedene Richtungen ausstrahlen: Die Gewaltentrennung fordert eine Unabhängigkeit des Gerichts von der Exekutive und der Legislative.¹²⁷ Des Weiteren muss aber auch seine Unabhängigkeit von den Parteien und von anderen Gerichten gewährleistet sein.¹²⁸ Ausser in Gestalt eines Rechtsmittelentscheids einer in derselben Angelegenheit amtenden oberen Instanz dürfen Gerichte und ihre Mitglieder keine Befehle oder Weisungen entgegennehmen.¹²⁹

¹²⁴ Vgl. zudem HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 854a; LEUENBERGER/UFFERTOBLER, N. 2.23; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 16; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 12 N. 15; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.70; GULDENER, ZPR, S. 3, wonach das geschriebene und das ungeschriebene Recht die einzige Richtschnur ist, an die sich die Gerichte bei der Rechtsprechung zu halten haben.

¹²⁵ Zum Verhältnis zwischen Art. 191c BV (Organisationsgrundsatz) und Art. 30 Abs. 1 BV (Individualrecht) vgl. z.B.: BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 30 BV N. 12; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 22 i.V.m. N. 3 und 12; BK I-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 47–51 N. 4.

¹²⁶ Zur Verankerung der richterlichen Unabhängigkeit vgl. BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N. 1; BK I-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 47–51 N. 3; CR-BOHNET, Art. 47 N. 3.

¹²⁷ Vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3b f.; BGE 134 I 16 E. 4.2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 12 N. 14; B&M-LIVSCHITZ, Art. 47 N. 3; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 15. Gemäss Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 24, 2. Spiegelstrich, bezieht sich Art. 30 Abs. 1 BV in erster Linie auf die institutionelle Unabhängigkeit von den anderen Staatsgewalten. Zur Thematik der Oberaufsicht vgl. z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 21; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 159; MEIER I., ZPR, S. 79 f.; LEUENBERGER/UFFERTOBLER, N. 2.27; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 12 N. 16.

¹²⁸ BIAGGINI, Art. 30 N. 7, 1. Spiegelstrich; MEIER I., ZPR, S. 76 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 851. Vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3b und BGE 134 I 16 E. 4.2 auch zur Unabhängigkeit von den Parteien.

¹²⁹ BGE 131 I 113 E. 3.6; BGE 135 III 334 E. 2.1; BIAGGINI, Art. 30 N. 7, 1. Spiegelstrich; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 16; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.75; MEIER I., ZPR, S. 77, 81 und 521 f.; LEUENBERGER/UFFERTOBLER, N. 2.24, zudem m.H., dass untere Gerichte ansonsten nicht generell an die oberinstanzlichen Präjudizien gebunden sind, diesen aber i.d.R. gefolgt wird; ähnlicher Hinweis auch bei BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 12 N. 17 und 19.

iii) Unparteilichkeit

Damit das Gericht in einer Sache als (*r*)echter Mittler¹³⁰ fungieren kann, müssen 50 die staatlich am Entscheid mitwirkenden Personen¹³¹ unparteiisch¹³², das heisst unvoreingenommenen und unbefangenen,¹³³ sein. Erst unter dieser Voraussetzung können sich die betroffenen Parteien überhaupt auf das Verfahren einlassen, denn nur so ist ihnen eine innere Anerkennung des daraus resultierenden Urteils möglich. Neben einem dergestalt persönlichen Schutz bildet die unabdingbare Unparteilichkeit auch die Grundlage für das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in das gerichtliche Verfahren, womit es letztlich um die Legitimation von Gerichten in einem demokratischen Rechtsstaat überhaupt geht.¹³⁴

Eine Parteilichkeit kann ihren Ursprung in organisatorisch-institutionellen Grün- 51 den haben: Sie resultiert aus einer Unvereinbarkeit verschiedener Positionen, in denen ein und dieselbe Person in der gleichen Angelegenheit mehrfach tätig wird. Unter dem Stichwort der Vorbefassung besteht hierzu eine reichhaltige, stark auf den Kontext des Einzelfalls ausgerichtete Judikatur.¹³⁵ Für das Bundesgericht ist

¹³⁰ Beide Wendungen sind bekannt, vgl. z.B.: BGE 33 I 143 E. 2 (rechter Mittler), sodann BGE 114 Ia 50 E. 3b f. (echter Mittler, m.H.a. einen Beitrag von Stefan TRECHSEL aus dem Jahr 1984); vgl. des Weiteren z.B.: BGE 134 I 16 E. 4.2; BGE 137 I 227 E. 2.6.1; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 23; BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N. 3; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 18; S/H/L-WULLSCHLEGER, Vorbem. Art. 47–51 N. 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 2.28; KuKo-KIENER, Art. 47 N. 1; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 16.

¹³¹ Vgl. auch den Hinweis von ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 23, dass die Unparteilichkeit nicht nur für Richter/-innen gilt, sondern auch für Gerichtsschreiber/-innen, eine/n allfällig an der Beratung teilnehmende/n Volontär/-in oder Praktikant/-in wie auch für sachverständige Personen nach Art. 183 Abs. 2 ZPO.

¹³² Damit ist nicht die politische Aktivität von Gerichtspersonen angesprochen, eine solche üben Gerichtspersonen in der Schweiz, wie BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 13 N. 22, festhalten, nicht selten aus, sie müssen sich aber innerhalb und ausserhalb des Amtes so verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit und die des Gerichts nicht gefährdet wird.

¹³³ BIAGGINI, Art. 30 N. 7, 2. Spiegelstrich; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 23; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 851. Zu den auch vom BGer formelhaft verwendeten Adjektiven, die eine überlappende Bedeutung haben, vgl. E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 16.

¹³⁴ Vgl. auch BGE 114 Ia 50 E. 3c; BGE 137 I 227 E. 2.6.1 m.H. und E. 2.6.3 f.; KuKo-KIENER, Art. 47 N. 1.

¹³⁵ Zur Vorbefassung und mit Hinweisen auf entsprechende Entscheide vgl. z.B.: BSK BV-REICH, Art. 30 N. 25 ff.; BIAGGINI, Art. 30 N. 8; S/H/L-WULLSCHLEGER, Art. 47

hierbei die Frage zentral, ob das betroffene Mitglied des Spruchkörpers sich durch seine frühere Mitwirkung «*in bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Masse festgelegt hat*», dass «*das Verfahren nicht mehr als offen*» erscheint.¹³⁶ Abgesehen hiervon kann auch ein Verhalten der Gerichtsperson oder ihre Beziehung zu den Verfahrensbeteiligten eine Parteilichkeit begründen. Hierbei geht es um sogenannt subjektive Ausstandsgründe.¹³⁷ Selbstredend läuft ein Gerichtsmitglied, das ein persönliches Interesse am Verfahrensausgang hat oder in einem besonders intensiven, positiv oder negativ besetzten Näheverhältnis zu einem der Verfahrensbeteiligten steht, Gefahr, parteiische Entscheide zu fällen.¹³⁸ Die Ausstandsregelung der eidgenössischen Zivilprozessordnung umfasst beide Quellen von Parteilichkeitsgründen.¹³⁹ Allesamt stehen sie im Dienst eines fairen Verfahrens und eines

N. 48 ff.; BK I-RÜETSCHI, Art. 47 N. 14 ff.; KuKo-KIENER, Art. 47 N. 10 ff.; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 24 ff.; ZPR- STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 19; MEIER I., ZPR, S. 83 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 2.34 ff. Vgl. insb. den Hinweis in BGE 131 I 113 E. 3.6, dass die diesbez. für den Strafprozess entwickelte Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf das zivilprozessuale Verfahren übertragen werden kann; vgl. diesbez. auch den BGE 131 I 24 E. 1.3 und 2.5.

¹³⁶ BGE 114 Ia 50 E. 3d; ähnliche Formulierungen auch z.B. in BGE 131 I 24 E. 1.2 (frz.) oder BGE 131 I 113 E. 3.4. Vgl. auch E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 BV N. 16, und Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 24, 3. Spiegelstrich, die bez. der Unparteilichkeit allgemein von der erforderlichen Offenheit der Beurteilung und des Ausgangs des Verfahrens sprechen.

¹³⁷ Zur Unterscheidung zwischen objektiven Ausstandsgründen (Vorbefassung) und subjektiven Ausstandsgründen (in der Person oder deren Verhalten liegend) vgl. z.B.: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 13 N. 25; BSK BV-REICH, Art. 30 N. 24 sowie Titel vor N. 25 und vor N. 28. Auch Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 24, 3. Spiegelstrich, thematisiert diese beiden Quellen der Parteilichkeit; vgl. des Weiteren E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 17 ff., zur Beeinträchtigung aus Gründen in der Person des Richters und DERS., N. 20 ff., zur Beeinträchtigung aus Gründen des Verhältnisses zu den Verfahrensbeteiligten sowie DERS., N. 24 ff., zur Beeinträchtigung aus institutionell-verfahrensorganisatorischen Gründen, Vorbefassung.

¹³⁸ BSK BV-REICH, Art. 30 N. 28; Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 24, 3. Spiegelstrich. B&M-LIVSCHITZ, Art. 47 N. 2, spricht von der Unzulässigkeit ausserjuristischer Entscheidungsgründe, die einer Partei von vornherein jede Chance nehmen, mit ihren juristischen Argumenten durchzudringen.

¹³⁹ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 13 N. 25.

gerechten Urteils¹⁴⁰ und konkretisieren den Unparteilichkeitsanspruch der Parteien, wie ihn die gesetzeshierarchisch übergeordneten Regelwerke garantieren¹⁴¹.

b. Verpflichtungsart in Bezug auf die Rechtsprechungstätigkeit

i) Keine gerichtliche Last

Für die Parteien wurde hiervor zwischen Pflicht und prozessualer Obliegenheit 52
respektive Last unterschieden.¹⁴² Bezüglich der gerichtlichen Verpflichtung *dabo tibi ius* kann indessen von einer Last keine Rede sein: Das Gericht ist nicht geeignet, prozessuale Nachteile zu tragen; es ist nicht Adressat seines Urteils. Anders als die Parteien trifft das Gericht keine Last – selbst dort nicht, wo das Gesetz ihm aufträgt, zur Prozessstoffsammlung beizutragen.¹⁴³ Auch ein ihm in diesem Kontext eingeräumtes Ermessen, hat das Gericht *pflichtgemäss* wahrzunehmen.

ii) Pflicht bzw. Kompetenz

Der Teilaspekt *dabo tibi ius* findet sich in der heutigen Prozessordnung sinn- 53
gemäss in Art. 57 ZPO wieder. Das dort niedergeschriebene Versprechen, dass das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet, setzt wiederum den bekannten, den kontinentaleuropäischen Zivilprozess prägenden Ausspruch *iura novit curia* voraus: Schliesslich bedingt eine Anwendung des Rechts dessen Kenntnis.¹⁴⁴ In

¹⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 114 Ia 50 E. 3c; BGE 137 I 227 E. 2.1 und 2.6.1; BGE 139 III 433 E. 2.1.2 f. und BGE 140 III 221 E. 4.1, die betonen, dass Art. 58 Abs. 1 aBV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu der für einen korrekten und fairen Prozess notwendigen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit letztlich ein gerechtes Urteil ermöglichen; vgl. diesbez. auch BIAGGINI, Art. 30 N. 2; S/H/L-WULLSCHLEGER, Vorbem. Art. 47–51 N. 1.

¹⁴¹ BGE 114 Ia 50 E. 3b (kantonales Recht); BGE 120 V 357 E. 3a (zu Art. 58 Abs. 1 BZP i.V.m. Art. 23 aOG); BGE 139 III 433 E. 2.1.1 f. (Art. 27 PatGG i.V.m. Art. 47 ff. ZPO); 8F_3/2008 (zu Art. 34 BGG). Bericht VE-ZPO, S. 31 zu Art. 43; Botschaft ZPO, S. 7272 zu Art. 45; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 23; BOHNET, *procédure*, N. 733 ff.; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 2.28; S/H/L-WULLSCHLEGER, Vorbem. Art. 47–51 N. 1; KuKo-KIENER, Art. 47 N. 1; G/J/S-URBACH, Art. 47 N. 1.

¹⁴² Vgl. hierzu N. 41–45.

¹⁴³ Zur gerichtlichen Einbringtätigkeit als gesetzliche Pflicht vgl. N. 231–233 (bei der Untersuchungsmaxime) und N. 253–254 (bei der Verhandlungsmaxime).

¹⁴⁴ Vgl. MEIER I., Diss., S. 3; MÜLLER O., S. 41 ff.; KUMMER, ZPR, S. 76; B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 2, und KELLERHALS/BERGER, S. 393, zum engen Zusammenhang zwischen *iura novit curia* und *da mihi facta dabo tibi ius*. S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57

seiner Dissertation aus dem Jahr 1975 analysierte Isaak MEIER eingehend die Bedeutungen jener Parömie.¹⁴⁵ Deren von MEIER als Erstes behandelter Teilgehalt erweist sich an dieser Stelle von besonderer Relevanz: So begründet *iura novit curia* insbesondere die richterliche Pflicht, «die Rechtssätze von sich aus und unabhängig von ihrer Anführung durch die Parteien zu verwirklichen»^{146, 147} Diese Rechtsverwirklichung umfasst zwei Aufgaben: zunächst eine Feststellung respektive die Ermittlung des anzuwendenden Rechts. In einem weiteren Schritt folgt dessen Anwendung: die Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die zutage geförderten Rechtssätze.¹⁴⁸

- 54 Im Zusammenhang mit gerichtlichen Aufgaben wird zuweilen auch von Kompetenz gesprochen. Alltagssprachlich haftet diesem Begriff eine Freiwilligkeit in dem Sinn an, als es dem Inhaber einer Kompetenz anheimgestellt ist, ob er diese wahrnehmen möchte oder nicht.¹⁴⁹ Gerade dies ist allerdings bei Behörden regelmässig nicht der Fall.¹⁵⁰ Das angerufene Gericht hat seine Amtspflicht wahrzu-

N. 7, und Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.54, m.H., dass die «*Rechtsanwendung von Amtes wegen*» und «*iura novit curia*» zuweilen synonym verwendet werden, wenn gleich eigentlich Erstere Letzteres bedingt.

¹⁴⁵ MEIER I., Diss., S. 3 ff.

¹⁴⁶ MEIER I, Diss, S. 3 (Hervorhebungen zugefügt) und eingehend S. 21 ff.

¹⁴⁷ Vgl. auch den BGE 108 Ia 293 E. 4c. Die Parteien trifft keine Last, ihren Tatsachenvortrag durch Rechtsvorschriften zu untermauern, vgl.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 32; SARBACH R., N. 76.

¹⁴⁸ Zu den beiden Aspekten vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 4; B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 4; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 456; B&M-AFFENTRANGER, Art. 57 N. 2; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 2; BK I-HURNI, Art. 57 N. 3, 4 ff. und 11 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 57 N. 2; KELLERHALS/BERGER, S. 394; HABSCHEID, Grundlagen, N. 557 (in FN. 75 m.H.a. die frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung); WIEGAND, S. 131. SARBACH R., N. 90 und 92, setzt dieselben Aspekte auch in Bezug auf den zweiten Teil von *da mihi facta dabo tibi ius*. Zur Rechtsanwendung mittels Syllogismus vgl. in der vorliegenden Abhandlung N. 74–78.

¹⁴⁹ Zuweilen auch in der Rechtssprache im Zusammenhang mit Kompetenzrechten: vgl. WILLISEGGER, S. 56 f., zu den Kompetenzrechten (Rechte des Könnens) im Privatrecht und S. 62 f. über Kompetenzrechte der Parteien im Prozess (insb. auch S. 74 f. zum Kompetenzrecht, das konkrete Prozessrechtsverhältnis zu begründen, als Teil des Klagerichts). Dies ist vom Kompetenzbegriff in Bezug auf die Gerichte zu unterscheiden.

¹⁵⁰ ZPR-GROLIMUND, § 9 N. 1: «*Zuständigkeit (sog. Kompetenz) bedeutet Befugnis und Verpflichtung, eine bestimmte Klage zu beurteilen.*» (Hervorhebung zugefügt); vgl. auch GULDENER, ZPR, S. 2, der in anderem Kontext auch von der «*Berechtigung und Pflicht zur Rechtsprechung*» spricht (Hervorhebung zugefügt).

nehmen¹⁵¹ und Rechtsstreitigkeiten, die bei ihm anhängig gemacht werden, ohne Rechtsverweigerung und -verzögerung ordnungsgemäss zu behandeln.¹⁵²

iii) **Präzisierung des Anspruchskorrelats der Parteien
bzw. des *dabo tibi ius***

Daniel WILLISEGGERS Feststellung, dass eine gerichtliche Pflicht überall dort 55 besteht, wo das Gesetz die Verfolgung des Rechtsschutzanspruchs durch verfahrensbezogene Parteirechte absichert,¹⁵³ zeigt, dass die Gerichtspflicht mit Parteiansprüchen korreliert.¹⁵⁴ Um den Anspruch der Parteien in Bezug auf das *dabo tibi ius* ins richtige Licht zu rücken, sind auch hier einige wichtige Grenzen hervorzuheben, die diesem Versprechen im erstinstanzlichen Verfahren gesetzt sind:¹⁵⁵ In Anbetracht des Gegenstands der vorliegenden Abhandlung – der Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung – ist nebst der Frage, wie weit die Parteien Anspruch auf ein inhaltlich richtiges Sachurteil haben, vor allem auch der Einfluss der Prozessmaximen auf die gerichtliche Rechtsanwendung von besonderem Interesse.

¹⁵¹ Vgl. den Hinweis von KUMMER, ZPR, S. 88 f., dass es keine gerichtlichen Pflichten im Sinne des Privatrechts gibt, der Richter vielmehr einzig seiner Amtspflicht untersteht (mit Beispielen).

¹⁵² Vgl. auch die Ausführungen von ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 8: «*Im Einzelnen beinhaltet der Justizanspruch (als Anspruch auf Rechtspflege oder auf Justizgewährung), dass unabhängige Gerichte in einem rechtsstaatlichen Verfahren den Streit behandeln und entscheiden, insbesondere die Klage entgegennehmen, das Verfahren ordnungsgemäss abwickeln, die erforderlichen und zulässigen Beweise abnehmen, das Urteil fällen etc. Die Verletzung des Justizanspruchs (Rechtsverweigerung und -verzögerung) in Zivilsachen kann im kantonalen Bereich mit der Beschwerde gemäss Art. 319 ZPO [...] und beim Bundesgericht mit der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 BGG [...] oder mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 BGG [...] gerügt werden.*»

¹⁵³ WILLISEGGER, S. 126 f.

¹⁵⁴ Vgl. auch die Ausführungen von MEIER, Privatrecht, S. 33 (m.w.H.): «*Der verfassungsrechtliche Justizgewährungsanspruch ist also nach Auffassung des Bundesgerichts nicht nur ein Gebot an Bund und Kantone als Gesetzgeber im Prozeßrecht. Vielmehr begründet er unmittelbar Leistungsansprüche des einzelnen gegenüber dem Staat.*»; vgl. zudem BERTI, ZPO, N. 26.

¹⁵⁵ Mit diversen Einschränkungen von *iura novit curia* befasst sich insb. MARTIN P., S. 39 ff. und 83.

1. Anspruch auf ein Sachurteil?

- 56 Das Rechtssystem stellt die Gerichte unter Entscheidungszwang.¹⁵⁶ Damit haben die Parteien allerdings nicht sogleich Anspruch auf ein Sachurteil schlechthin: Das einschlägige materielle Recht wird erst dann auf den Fall angewendet, wenn die Hürde der Prozess- oder präziser der Sachurteilsvoraussetzungen¹⁵⁷ geschafft ist.¹⁵⁸ Ein andernfalls ergehender Nichteintretensentscheid hält grundsätzlich vor der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV stand.¹⁵⁹ Und auch der Grundrechtsanspruch auf ein gerechtes Verfahren steht einem solchen korrekt ergangenen Prozessurteil nicht entgegen.¹⁶⁰ Sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, rechtfertigen dann aber weder ein offenes Beweisergebnis¹⁶¹ noch der Umstand, dass zunächst Ermittlungen zum anwendbaren Recht vonnöten sind, einen Verfahrensabschluss ohne Sachurteil.¹⁶²

¹⁵⁶ WILLISEGGER, S. 20; STEINAUER, N. 628; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 8 und 28; WALTER, Beweis, S. 49; WALTER, Rechtsfragen, S. 24; STREBEL, S. 143.

¹⁵⁷ Kritik zum unpräzisen Begriff *Prozessvoraussetzung* z.B. bei: BERTI, ZPO, N. 43 und 322; BERTI, Gedanken, S. 253 ff.; BERTI, Diss., S. 78; WILLISEGGER, S. 223; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 11 N. 1; KUMMER, ZPR, S. 86 f.; ZPO-AG-BÜHLER, § 72 N. 7; SCHWANDER I., Prozessvoraussetzungen, S. 195; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 315; SARBACH M., Diss., S. 175; SARBACH M., Wandel, S. 143.

¹⁵⁸ Vgl. auch BERTI, ZPO, N. 43 und 40; WALTER, Beweis, S. 49.

¹⁵⁹ SCHWANDER I., Prozessvoraussetzungen, S. 199 ff. Zum Verhältnis der Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzungen und Art. 29a BV vgl. auch BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N. 11 und 28 f.

¹⁶⁰ BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 13.

¹⁶¹ Zur sog. *non liquet*-Situation vgl. z.B.: BGE 115 II 187 E. 3b; HABSCHEID, Grundlagen, vor N. 642; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 8; WALTER, Beweis, S. 48; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2 f.; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 138.

¹⁶² Zum Entscheidungszwang (auch bei offenem Beweisergebnis) vgl. z.B.: BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 8 und 28, insb. auch die gesetzlichen Hinweise in FN. 95; WALTER, Beweis, S. 49 f.; MEIER I., ZPR, S. 274; HABSCHEID, Grundlagen, vor N. 642; KOCH, S. 2 f.; STEINAUER, N. 628; vgl. auch SEILER, S. 119; vgl. zudem die Bemerkungen von ENGISCH, Denken, S. 111 f., es ist «*dem Gericht auch verwehrt, unter Hinweis auf seine Zweifel in der Tatsachenfrage die Entscheidung zu verweigern. Das Gericht muss den Streit aus der Welt schaffen, auch wenn es den Zweifel nicht aus der Welt schaffen kann. Denn es würde sonst seine Aufgabe der konkreten Befriedung der Verhältnisse nicht erfüllen. Welche Entscheidung es aber unter diesen Umständen zu geben hat, eben dies sagt ihm die Beweislast, genauer die Beweislastregelung.*» (Hervorhebungen im Original), ENGISCH bezeichnet die Beweislast, a.a.O., S. 111, als «*eine der sinnreichsten gedanklichen Figuren, die der juristische Verstand ausgebildet hat*». Zur Notwendigkeit, Pflicht und Art der Ermittlung des inländischen Rechts vgl. z.B.:

2. Anspruch auf einen richtigen Entscheid?

Einem kontradiktorischen Prozess ist es quasi eigen, dass jede Partei ihre ganz 57 persönliche Ansicht darüber hat, wie der «richtige» Entscheid zu lauten hätte.¹⁶³ Angesichts des bereits aufgegriffenen Art. 191c BV ist das Gericht im Rahmen des *dabo tibi ius* allerdings verpflichtet, sich einzig und allein an das objektive Recht zu halten, sowohl was das Sach- als auch was das Prozessrecht anbelangt.¹⁶⁴ Als Folge des umfassenden Rechtsanwendungsgebots sind gemäss Stephen BERTI die Zivilrechtspflegeinstanzen verpflichtet, «in jeder Rechtsanwendungssituation die einschlägigen prozessualen und materiellen Normen gesetzeskonform, also «richtig» anzuwenden und zu beurteilen, welche Rechtsschutzanspruchsbeauptung in concreto zu schützen und welche zu verwerfen sei»¹⁶⁵. Das Zitat führt zur Frage, die bereits Walter HABSCHEID vorbrachte: Nämlich, ob den Parteien ein «Anspruch auf ein richtiges Urteil (Rechtsschutzanspruch)» zusteht?¹⁶⁶ Seine Antwort packt HABSCHEID in die rhetorische Gegenfrage, wie sich ein solcher Rechtsschutzanspruch postulieren liesse, da doch bereits die menschliche Natur – auch Richter sind nicht unfehlbar – dagegen spricht, dass es ein absolut und in jedem Fall richtiges Urteil geben kann.¹⁶⁷ Dass auch mit dem verfassungsrechtlich geschützten Gehörsanspruch keine Gewährleistung für einen materiell richtigen Entscheid verbunden ist, legt Rolf TINNER mit ausführlichen Analysen dar:

S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 9; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 9; KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3; B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 10 insb. m.H., dass das Gericht den Entscheid auch nicht aufgrund fehlender gesetzlicher Lösung zur zu beurteilenden Frage ablehnen darf.

¹⁶³ Vgl. auch die Erläuterungen von BERTI, ZPO, N. 43.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu N. 49 m.w.H.; vgl. zudem MARTIN P., S. 87, explizit zur Bindung des Richters an das materielle und das formelle Recht.

¹⁶⁵ BERTI, ZPO, N. 26 (Hervorhebung im Original anders), zudem m.H. in FN. 41, dass die Richtigkeit nur im Instanzenzug des Justizsystems mit rechtlicher Wirkung überprüft werden kann.

¹⁶⁶ HABSCHEID, Grundlagen, N. 14 (Hervorhebung im Original).

¹⁶⁷ HABSCHEID, Grundlagen, N. 15 m.H., dass dies dazu geführt haben möge, dass das BGer 1941 die Theorie von WACH zum Rechtsschutzanspruch als doktrinaire Überspannung verworfen hat, vgl. BGE 67 II 70 E. 2 und sodann BGE 118 II 479 E. 2f) und 2g) und BGE 118 II 521 E. 3c m.H. hierauf; zur Ablehnung dieser Theorie durch das BGer vgl. auch z.B.: MABILLARD, Rechtsbegehren, S. 7; WILLISEGGER, S. 75 ff.; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 9; KUMMER, Habil., S. 20 ff.

Irrt sich das staatliche Organ bei der Rechtsanwendung, liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.¹⁶⁸ Und ebenso wenig darf ein inhaltlich falscher Entscheid ohne Weiteres als Ausdruck einer Befangenheit gewertet werden.¹⁶⁹

- 58 In Anbetracht all dessen erscheint die Feststellung, dass die Richtigkeit des verkündeten *ius* nicht garantiert werden kann,¹⁷⁰ ebenso verständlich¹⁷¹ wie auch die Forderung von BERTI nach richtiger, gesetzeskonformer Rechtsanwendung berechtigt ist. Die Verfahrensordnung stellt daher ein Rechtsmittelsystem auf,¹⁷² das es den in ihrer Rechtsposition Betroffenen grundsätzlich ermöglicht, einen richterlichen Hoheitsakt inhaltlich überprüfen zu lassen.

3. Einfluss bestimmter Prozessmaximen

- 59 Bestimmte Grundsatzentscheide über die Ausgestaltung der Verfahren führen dazu, dass der schweizerische Zivilprozess davon geprägt ist, dass es die Parteien

¹⁶⁸ TINNER, S. 359.

¹⁶⁹ Ausführlich BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N. 4.

¹⁷⁰ Vgl. auch BERTI, ZPO, N. 26 und FN. 41, wo dieser die Begriffe richtig und Richtigkeit in Anführungszeichen setzt; sodann der Richter KAUFMANN M., S. 1199: «*Was heisst schon richtig? – Die <Richtigkeit> eines Entscheides kann nicht Massstab sein, an dem das Urteil gemessen wird; denn was objektiv <richtig> ist, lässt sich ohnehin nicht feststellen.*», KAUFMANN zählt drei Punkte auf, mit denen man sich begnügen müsse. Im Einzelnen zum Ziel der Urteilsrichtigkeit vgl. N. 496–502.

¹⁷¹ Vgl. z.B. GAUL, S. 53: «*Die Möglichkeit eines sachlich unrichtigen Urteils ist nicht auszuschließen.*» (Hervorhebungen im Original); SCHMIDT, S. 24: «*Gegen Fehlbeurteilungen ist kein wie immer geartetes System gefeit.*»; LUHMANN, S. 21 schreibt: «*Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheide garantieren.*»; BUCHER, S. 4: «*Wir sind uns bewusst, dass es nicht möglich sein wird, die materielle Wahrheit immer zu finden.*»; HABSCHIED, Effektivität, S. 385: «*Allerdings steht ausser Zweifel, dass das Ziel des richtigen Urteils nicht immer erreicht werden kann. Menschliche Unzulänglichkeit ist der letzte Grund hierfür.*» Zur Verfehlbarkeit von Zielen im Zivilprozess vgl. N. 491 m.w.H.

¹⁷² Vgl. auch KuKo-BRUNNER, Vorbem. zu Art. 308–334 N. 1.

selbst sind¹⁷³, die einer umfassenden gerichtlichen Rechtsanwendung beträchtliche Grenzen setzen:¹⁷⁴

Der Art. 58 ZPO belegt, dass grundsätzlich von einer Anwendung der *Dispositionsmaxime* auszugehen ist. Diese verbietet Gerichten, einer Partei mehr oder etwas anderes zuzusprechen, als diese begehrt hat.¹⁷⁵ Dies selbst wenn es zum Schluss gelangt, dass dem Kläger Ansprüche ausserhalb des Streitgegenstands zustünden.¹⁷⁶ Wiederum als Parömie gefasst: *ne eat iudex ultra (vel extra) petita partium*.¹⁷⁷ Davon abzugrenzen ist die rechtliche Würdigung: Soweit das inländische Recht betroffen ist, brauchen sich die Parteien hierüber grundsätzlich nicht zu äussern. Allerdings sind sie durchaus berechtigt, ihre eigenen, für das Gericht unverbindlichen Einschätzungen darzulegen.¹⁷⁸

¹⁷³ Verschiedene Autorinnen und Autoren sehen in der Dispositions- und z.T. in der Verhandlungsmaxime einen Ausdruck der Privatautonomie, vgl. z.B. die Ansichten von: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 3 und 15; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 296; HEER, S. 161; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 324; BK I-HURNI, Art. 55 N. 5; VOGEL, Richter, S. 66; MÜLLER R., S. 59; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 4; STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 650; AEBI-MÜLLER, S. 180 f. und 186; WILDHABER BOHNET, N. 32; ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 1 und 17; OTTOMANN, S. 91; SARBACH R., N. 18; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 25 und 149; MARTIN P., S. 25; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 17; TSCHUDI, S. 35. Kritische Auseinandersetzungen hierzu in Bezug auf die Verhandlungsmaxime z.B. bei: SARBACH M., Diss., S. 13 ff., 19 und 208; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 690 ff.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 3; OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 87 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 9; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 152. Im Urteil 4A_563/2019 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 146 III 339) spricht das BGer von der Dispositionsmaxime als «*véritable prolongement de l'autonomie privée gouvernant le droit civil*».

¹⁷⁴ Vgl. in diese Richtung auch AEBI-MÜLLER, S. 180 und 200, mit dem Fazit, dass der Richter auch unter der neuen ZPO kein «*Retter in der Not*», sondern Diener eines Rechts ist, das auch formale Härten aufweist. Vgl. auch die Ausführungen von MARTIN P., S. 41 f., noch vor der eidg. ZPO.

¹⁷⁵ Diesbez. zur Dispositionsmaxime vgl. z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 4, 2. Spiegelstrich; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 302 ff.; SUTTER, N. 226; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 4.3; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 8; WILLISEGGER, S. 248; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 18 und 109 f.; SARBACH R., N. 26; AEBI-MÜLLER, S. 181; G/J/S-SARBACH, Art. 58 N. 2; B&M-AFFENTRANGER, Art. 58 N. 5; B/G/S I-GLASL, Art. 58 N. 11; BK I-HURNI, Art. 58 N. 16 ff. Vgl. vor der eidg. ZPO auch GULDENER, ZPR, S. 148 ff.

¹⁷⁶ KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3; AEBI-MÜLLER, S. 181.

¹⁷⁷ Ausführliche Erörterungen zu dieser Parömie insb. bei TROLLER, Grundlagen, S. 76 ff.

¹⁷⁸ B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 5; BK I-HURNI, Art. 57 N. 5; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 5 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3; WILLISEGGER, S. 256; S/H/L-SUTTER-

- 61 Ihre einmal kundgegebene Rechtsauffassung können die Parteien auch ohne Weiteres revidieren oder ergänzen, da neue rechtliche Argumente weder eine Klageänderung noch Noven darstellen.¹⁷⁹ Hiervon wiederum strikt zu trennen sind Tatsachendarstellungen, die zur Stützung eines neuen Rechtsstandpunkts eingeführt werden: Für diese gilt es, eine allfällige prozessuale Novenschranke zu beachten.¹⁸⁰ Das Stichwort Noven spricht den zweiten gesetzlich statuierten Grundsatz an, der den Umfang der amtswegigen Rechtsanwendung einschränkt: Auch für den Bereich der Prozessstoffbeschaffung gilt, dass ohne anderslautende Vorschrift die Verantwortung hierfür originär bei den Parteien liegt.¹⁸¹ Mit diesem *Verhandlungsgrundsatz* ist der eben angesprochene Aktenschluss verbunden, nach dem die sogenannte Präklusionswirkung eintritt.¹⁸² In der vorliegend interessierenden Parömie lassen sich diese limitierenden Faktoren erkennen: So wird das *dabo tibi ius* nur in Bezug auf diejenigen Tatsachen eingelöst, die dem Gericht bis zum Abschluss der *da mihi facta*-Phase, also vor der Präklusion, von den Parteien vorgetragen worden sind.
- 62 Zusammengefasst begrenzen die im Zivilprozess vorherrschenden Prozessmaximen das *dabo tibi ius*.¹⁸³ Oder anders ausgedrückt, definieren die Rechtsbegehren und der Tatsachenstoff grundsätzlich den Raum für die Rechtsanwendung im erstinstanzlichen Verfahren.¹⁸⁴ Unter den beiden vorherrschenden Maximenausprägungen kommt es somit sehr darauf an, wie weit der Ansprecher das potentiell

SOMM/SEILER, Art. 57 N. 5 und 17; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 39 f. (zudem m.H.a. die früheren kantonalen Gepflogenheiten).

¹⁷⁹ Vgl. auch BGE 107 II 119 E. 2a; 4A_519/2011 E. 2.1; 5A_471/2012 E. 5.3.1; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.54; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 17; B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 4 f.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 6; BK I-HURNI, Art. 57 N. 6; KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 4.

¹⁸⁰ BK I-HURNI, Art. 56 N. 6; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 17.

¹⁸¹ Vgl. hierzu N. 652 m.w.H.; zum Beschrieb der (reinen) Verhandlungsmaxime vgl. N. 205 m.w.H.

¹⁸² Vgl. Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO für das erstinstanzliche Verfahren. Zur Novenschranke vgl. auch den Exkurs in N. 523–526.

¹⁸³ Im Resultat gleich: Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.55; KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3.

¹⁸⁴ Vgl. auch KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3 f.; SARBACH R., N. 104; ähnlich auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.49, wonach das Gericht das Prozessrecht und das materielle Recht «im Rahmen der von den Parteien gestellten Rechtsbegehren und des ihm unterbreiteten Lebenssachverhaltes (*Dispositionsggrundsatz* [...]) von Amtes wegen an[wendet]»; vgl. auch BK I-HURNI, Art. 57 N. 23 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 9; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 9a.

einschlägige Recht einschätzen kann.¹⁸⁵ Auch wenn die Rechtsanwendung grundsätzlich von Amtes wegen erfolgt und sowohl falsche wie unvollständige rechtliche Ausführungen den Parteien nicht schaden¹⁸⁶, eignet sich daher die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* nicht, um Schlüsse auf die Verantwortung der Parteien für das Rechtliche eines Streits zu ziehen. Dies zumindest nach der vorliegenden vertretenen Ansicht.¹⁸⁷

C. Fazit zur Abhängigkeit des *da mihi facta* von *ius* (I)

Wie bereits in der Einleitung zum Teil I angesprochen, suggeriert die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* eine vermeintlich strikte Aufteilung der prozessualen Aufgaben: So würden sich die Parteien um das Tatsächliche kümmern, während das Gericht sich ausschliesslich dem Rechtlichen annimmt. Wäre dem tatsächlich so, 63

¹⁸⁵ Vgl. auch das Bild, das durch die Rechtsprechung gezeichnet wird, z.B. durch den BGE 115 II 464 E. 1: «Dieser [Anm.: der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen] entbindet die Parteien nicht von ihrer Behauptungslast. Unter der Herrschaft der Dispositions- und Verhandlungsmaxime ist es vielmehr deren Sache, die geltend gemachten Ansprüche zu benennen sowie den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen; dem Richter obliegt einzig, die zutreffenden Rechtssätze auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen. [...] Ein Rechtssatz kann daher nicht von Amtes wegen angewendet werden, wenn sein Tatbestand nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen ist [...]»; ähnlich 5A_672/2012 E. 6.1 f.; vgl. auch 5A_458/2010 E. 4.2; 4A_169/2011 E. 5.5 m.H., dass auch das rechtliche Gehör nicht von der Verantwortung entbindet, welche die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime den Parteien auferlegt. Generell die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen zeigen insb. auch z.B.: BGE 137 III 455 E. 3.7; 5A_776/2009 E. 4.4; 5A_82/2013 E. 4.2. Vgl. zudem LIENHARD A. [b], N. 93 f., der die These verwirft, dass die Parteien wegen Art. 57 ZPO das Recht überhaupt nicht zu kennen brauchen; ebenso: LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637 FN. 20.

¹⁸⁶ BGE 107 II 119 E. 2a. Vgl. auch SARBACH R., N. 96 sowie 103 ff.

¹⁸⁷ Vgl. demgegenüber z.B. die Ausführungen von SARBACH R., N. 76 und 114, der in den N. 85 f. allerdings doch anfügt, dass es ein «Paradoxon» darstellt, dass die Parteien, um ihre Interessen bestmöglich zu vertreten, doch auf Rechtskenntnisse angewiesen sind; sowie B&M-AFFENTRANGER, Art. 57 N. 11: «Das vom Gericht von Amtes wegen anzuwendende Recht brauchen die Parteien nicht zu kennen. [...] Entsprechend können sie sich auf die Darlegung und den Nachweis des Sachverhaltes beschränken, was sich schon aus der lat. Parömie ergibt: *da mihi facta dabo tibi ius* [...]» (Hervorhebungen weggelassen).

redeten die Prozessbeteiligten letztlich aneinander vorbei. Bereits das vorliegende erste Kapitel über die Prozesssubjekte und deren Prozessbeziehungen zeigt, dass sich das *da mihi facta* nicht so einfach vom Rechtlichen isolieren lässt. Hierfür seien an dieser Stelle beispielhaft einige Belege aufgegriffen:

- 64 Die Postulationsfähigkeit der Partei wurde vorliegend als ein Mindestmass an intellektueller sowie willentlicher Fähigkeit beschrieben, das notwendig ist, um die Prozessführung wahrzunehmen. Sie bedingt, dass sich ein Subjekt in einer gegebenen Verfahrensart im fallspezifischen Zusammenwirken zwischen Sach- und Verfahrensrecht grundsätzlich hinreichend zurechtfinden kann. Sowohl das Voraussetzen dieser Anforderung an sich wie auch die gesetzliche Pflicht des Gerichts, nötigenfalls eigenständig dafür zu sorgen, dass eine postulationsunfähige Partei rechtskundig vertreten wird,¹⁸⁸ weisen darauf hin, dass die Aufgabe *da mihi facta* den Parteien gewisses Einschätzungsvermögen hinsichtlich des fallrelevanten *ius* abverlangt. Natürlich sind Rechtskenntnisse über das korrekte prozessuale Einbringen der vertretenen Sachverhaltshypothese – kurz zum eigentlichen *da mihi facta* – von eminenter Bedeutung. Tatsächlich aber setzt die Notwendigkeit rechtlicher Kenntnisse bereits vor der eigentlichen Sachverhaltsschilderung ein und erstreckt sich mitunter auf Elemente, die bereits vor der gerichtlichen Befassung mit der Streitsache relevant sind.¹⁸⁹ So etwa auch auf die richtigen Angaben zu den Akteuren im konkreten Prozessverhältnis: Welche Behörde ist für den Fall zuständig?¹⁹⁰ Welche Personen bilden die Prozessparteien? Wäre der Beizug eines

¹⁸⁸ Vgl. diesbez. zur Postulationsfähigkeit N. 37–40.

¹⁸⁹ Vgl. auch MARTIN P., S. 19: «*Der Rechtsuchende trifft nicht nur im Rahmen des Zivilprozesses auf Schranken, sondern schon vor Einleitung des Prozesses.*» (vgl. hierzu MARTIN P., S. 34 ff., sowie den Hinweis S. 39, dass auch gerichtliche Barrieren bereits eine aussergerichtliche Wirkung haben können); wichtig seien insb. auch die «*Kenntnis der rechtlichen Relevanz eines Problems, Kenntnis eigener Rechte und der Mittel zur Durchsetzung etc.*» (MARTIN P., S. 33 m.w.H.). Der genannte Autor weist S. 18 auch darauf hin, dass es für Rechtsuchende verschiedene Probleme des Rechtsschutzes gibt, welche juristisch ausgebildete Personen, die von Berufs wegen mit der Rechtsdurchsetzung zu tun haben, oft unterschätzen würden. Auch VOGEL, Menschenbild, S. 519 schreibt: «*Der erfolgreiche Prozess beginnt vor demselben, nämlich in dem Zeitpunkt, in welchem der Kläger sich – nach der Dispositionsmaxime – darüber schlüssig werden muss, ob er überhaupt klagen soll, was und wieviel er einklagen soll. Hierbei kann ihm der Staat und können ihm die Justizbehörden kaum behilflich sein.*»

¹⁹⁰ Zur Frage der Prozessüberweisung und der ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) vgl. den Bericht VE-rev. ZPO, S. 33 f. zu Art. 60a, sowie BGE 145 III 428 E. 3.4 und die Botschaft rev. ZPO, S. 2722 m.H.a. Art. 143 Abs. 1^{bis}.

Parteihilfen mittels Streitverkündung¹⁹¹ möglicherweise sinnvoll? Oder sollte ein Dritter doch eher als Zeuge beantragt werden? Hinsichtlich der vorliegend im Fokus stehenden Sachverhaltserstellung sind demnach sowohl Kompetenzbeschränkungen bestimmter Prozessbeteiligter als auch die generell mit einem Beizug von Dritten verbundenen Risiken zu bedenken, sollten diese Angaben machen, die der eigenen Position doch mehr schaden als nützen.¹⁹² Solche Fragen zu den Prozesssubjekten belegen, dass die Aufgabe *da mihi facta* bereits in einem sehr frühen Stadium von sach- und prozessrechtlichem Wissen abhängt, welches sich die Parteien regelmässig eigenverantwortlich zu beschaffen haben. Unzureichende Rechtskenntnis kann somit nicht nur während des Verfahrens zu einer nachteiligen Taktik, sondern bereits vor dem Prozess zu ungünstigen Handlungen führen.¹⁹³

Für Parteien, die im Gegensatz zum Gericht nicht unbedingt von sich behaupten 65 können, das Recht zu kennen, stellt zudem die Verantwortung für das Definieren des Bereichs, in dem das Gericht das *dabo tibi ius* grundsätzlich verwirklichen kann,¹⁹⁴ eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar: Selbst umsichtige Parteien sind nicht davor gefeit, durch ihre Schilderung der tatsächlichen Geschehnisse erhebliche unbeabsichtigte Verzichte zu tätigen. Auch dies als Ausübung der Privatautonomie zu werten, erschiene tatsächlich sonderbar.¹⁹⁵

¹⁹¹ S/H/L-TAKEI, Art. 79 N. 16 ff., mit der Bemerkung, dass die Beteiligungsform des Streitberufenen von prozesstaktischer Bedeutung ist.

¹⁹² Zum Wissen, welches das Gericht trotz Wirkungslosigkeit einer Handlung der Nebenpartei hat, vgl.: BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N. 11 (Nebenintervention) BSK ZPO-FREI, Art. 79 N. 9 (einfache Streitverkündung). Zur Verwendbarkeit ungünstiger Aussagen vgl.: B/G/S I-GÖKSU, Art. 76 N. 16; BK I-GROSS/ZUBER, Art. 74 N. 31 und Art. 76 N. 19. Zum Risiko, dass der Streitberufene die Gegenpartei unterstützt, und zur fehlenden Rückzugsmöglichkeit der Streitverkündung vgl.: BSK ZPO-FREI, Art. 79 N. 14 f.

¹⁹³ Gleicher Schluss bei KININGER, S. 35, jedoch mit anderen Beispielen, etwa das nicht rechtzeitige Geltendmachen eines befristeten Rechts, das Unterlassen der Beweissicherung, die Missachtung der Kündigungsfrist.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu N. 59–62.

¹⁹⁵ Kritische Wortmeldungen z.B. bei: SARBACH M., Diss., S. 15: «Die Annahme, die Parteien würden im Rahmen des Tatsachenvortrags von ihrer Verfügungsfreiheit Gebrauch machen, wird unhaltbar; sobald sich die Parteien damit zu ihren eigenen Anträgen in Widerspruch setzen würden. Falls eine Partei über Tatsachen verfügt, muss sich dies notwendigerweise in ihren Anträgen niederschlagen.», vgl. auch DENS., a.a.O., S. 16, und SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 690 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 9: «von einer bewussten Disposition über den Prozessstoff [kann] in den meisten Fällen nicht die Rede sein [...], denn in praxi unterlässt eine Partei eine Behauptung wohl wegen ihrer Unbeholfenheit [...]»; ähnlich: BK I-HURNI, Art. 55 N. 6; B&M-SCHENKER, Art. 55 N. 4; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 4. Vgl. zudem

- 66 Bereits diese kurze Zusammenschau aus Elementen des vorliegenden Kapitels über die Prozesssubjekte und ihre Beziehung zueinander belegt, dass *das Einbringen der Fakten in das Gerichtsverfahren in verschiedener Hinsicht kein von der rechtlichen Sphäre isoliertes Dasein pflegen kann.*

auch DOMEJ, Struktur, S. 258, über ein «*verkehrtes <liberales> Prozessrechtsverständnis*» würde insbesondere einer unvertretenen Partei beim Verlust des Prozesses aus Unbeholfenheit zugesehen «*und dies womöglich als Ausprägung der Privatautonomie [...] begrüß[t]*». Vgl. auch bereits KLEIN, Pro Futuro, S. 15 ff., im Jahr 1891.

Kapitel 2 Über *facta* und *ius* – der Gegenstand der Aufgabenteilung

Nachdem im Kapitel 1 die Teilnehmer am Prozessrechtsverhältnis und ihre Beziehungen zueinander betrachtet wurden, soll nun der Fokus auf das zweite Begriffspaar der Parömie gelegt werden: Im vorliegenden Kapitel 2 ist somit näher auf den Gegenstand der zivilprozessualen Aufgabenteilung¹⁹⁶ einzugehen. 67

Bevor der Blick später ganz auf die konkrete Aufgabenverteilung im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung gerichtet werden kann, wird in diesem Kapitel zunächst eine allgemeine Kategorisierungsweise für die Fragestellungen hergeleitet, die im Gerichtsverfahren auftauchen und denen sich die Prozesssteilnehmer anzunehmen haben (Unterkapitel A.). Hierfür wird der Umstand nutzbar gemacht, dass der Dualismus *facta* | *ius* nicht nur im analysierten Rechtspruchwort enthalten ist, sondern auch der generell-abstrakten Rechtsnorm zugrunde liegt, und dass sich zumindest der juristische Syllogismus, im Gegensatz zur Parömie, unumgänglich mit der Verbindung zwischen diesen beiden Aspekten – dem Tatsächlichen und dem Rechtlichen – zu befassen hat. Deshalb werden nun anhand des Mechanismus zur Rechtsanwendung die relevanten Fragekategorien erstellt, deren Beantwortung (oder deren Beitrag zur Antwort) sich als Aufgaben der Prozesssteilnehmer begreifen lässt. Basierend auf dieser Kategorisierung werden schliesslich im Unterkapitel B. diejenigen Fragen herausgearbeitet, die für die zivilprozessuale Sachverhaltserstellung von besonderer Bedeutung sind. 68

Das Konzept der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts wird im Teil II weitere Verwendung finden: Im Kapitel 4 der Abhandlung wird nämlich zu erörtern sein, welches Prozesssubjekt in welcher Weise damit betraut ist, Antworten zu einer bestimmten, im vorliegenden Kapitel erarbeiteten Fragekategorie zu liefern. Hieraus lässt sich letztlich eine Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts im Bereich der Sachverhaltserstellung ablesen. Sodann wird auch bei den Konklusionen zum zulässigen Umfang der materiellen Prozessleitung im Teil III auf die im vorliegenden Kapitel erstellte Kategorisierung zurückgegriffen. 69

Im letzten Unterkapitel des Kapitels 1 wurden einige behandelte Aspekte zusammengetragen, die zeigen, dass sich das *da mihi facta* nicht einfach von *ius* isolieren 70

¹⁹⁶ Der Gegenstand der Aufgabenteilung ist vom technischen Begriff des Streitgegenstands zu unterscheiden, vgl. zu Letzterem N. 145 m.w.H.

lässt. Analog hierzu sollen auch nachfolgend wiederum in einem abschliessenden Unterkapitel C. verschiedene Aspekte des vorliegenden Kapitels über *facta* und *ius* aufgegriffen werden, die aus dieser Perspektive belegen, dass sich eine strikte Aufgabenteilung zwischen den Prozessteilnehmern, wie sie die lateinische Parömie beschreibt, nicht als zweckmässig erweist.

A. Herleitung und Abgrenzung der prozessualen Aufgaben

- 71 Das vorliegende Unterkapitel A. greift zunächst das Begriffspaar *facta* | *ius* aus der besprochenen Parömie respektive die Unterscheidung *Tatsächliches* | *Rechtliches* auf. Sodann werden hierzu Bezüge zur Klassifikation *Tatfrage* | *Rechtsfrage* hergestellt. Gerade letztere Unterscheidung ist für die zivilprozessuale Aufgabenteilung von grösster Bedeutung. Daher wird diese Einteilung, eingebettet in einen syllogistischen Kontext, auch die Grundlage für die weiteren Analysen zur Aufgabenverteilung im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung bilden.

I. Von der Unterscheidung zwischen Rechtlichem und Tatsächlichem

a. Konditionalnorm

- 72 Extrahiert man wie vorliegend die einzelnen im Ausspruch *da mihi facta dabo tibi ius* enthaltenen Begriffspaare, so mag auffallen, dass der Dualismus *facta* | *ius* nicht einzig in dieser reduzierenden Beschreibung der zivilprozessualen Aufgabenteilung eine bedeutende Rolle spielt: Vielmehr prägen diese beiden Aspekte auch das grundlegende Werkzeug der Rechtsanwendung: die Rechtsnorm. Zur Erfüllung seiner Aufgabe *dabo tibi ius* muss das Gericht Rechtsnormen anwenden. In seiner klassischen Struktur wird ein kompletter, abstrakter Rechtssatz als Konditionalnorm, beziehungsweise sprachlich als Konditionalsatz, formuliert. Aufgrund dieser Struktur besteht der Rechtssatz aus zwei Teilen: Dem *Sein* (der Tat-

bestand) und dem *Sollen*¹⁹⁷ (die Rechtsfolge).¹⁹⁸ Selbst wenn dieser Aufbau nicht explizit aus der schriftlich festgehaltenen Form hervorgeht, so enthält ein vollständiger Rechtssatz immer implizit einen Tatbestand – «*la description abstraite d'une fraction de la vie sociale*» –¹⁹⁹ und eine Rechtsfolge – «*soit l'expression des effets que l'ordre juridique attache à l'état de fait considéré*». Dadurch kommt der Regel normative Wirkung zu.²⁰⁰

Der Umstand, dass die Aspekte *facta* und *ius* auch der klassischen Rechtsregel zugrunde liegen, wird für die vorliegende Abhandlung nutzbar gemacht: Mithilfe des Mechanismus zur Anwendung einer Konditionalnorm sollen die Zusammenhänge zwischen *da mihi facta* und *ius* weiter ergründet werden. Während also die Parömie zur Aufgabenteilung sich diesbezüglich ausschweigt, lässt sich über die Rechtsnorm erforschen, wie stark doch die Sachverhaltserschaffung von rechtlichen Aspekten abhängt. 73

b. Anwendung der Rechtsnorm mithilfe des juristischen Syllogismus

i) Methode der Rechtsanwendung

Die Anwendung der geschilderten Rechtssätze besteht in der Abklärung, ob ein konkret vorgefallener beziehungsweise ein im Prozess festgestellter Sachverhalt einen Anwendungsfall²⁰¹ des von der Rechtsnorm vorgesehenen Seins bildet. Ist 74

¹⁹⁷ Zu den Rechtssätzen als hypothetische Sollenssätze, die ein durch den Tatbestand bedingtes Sollen aussprechen, vgl. ENGISCH, Denken, S. 52 (m.w.H.), der des Weiteren, a.a.O., S. 84, auch vom Recht als konkrete Sollenssätze spricht, das dem Menschen sagt, wie er sich *hic et nunc* verhalten oder nicht verhalten soll.

¹⁹⁸ DESCHENAUX, S. 10; WALTER, Rechtsfragen, S. 16 f. Zum Wesen der Rechtsnorm vgl. BERTI, Diss., S. 3 f.

¹⁹⁹ Zur uneinheitlichen Verwendung des *Tatbestands* sowohl als Gesetzestatbestand als auch als Lebensvorgang [Sachverhalt] vgl. KUMMER, ZPR, S. 10 f.; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 7 FN. 10.

²⁰⁰ STEINAUER, § 2 FN. 4 inkl. die beiden Zitate im letzten Satz; vgl. auch TSCHENTSCHER, S. 94 und 104, sowie S. 95 ff. zur Gewinnung eines vollständigen Obersatzes; vgl. des Weiteren den Hinweis von WILLISEGGER, S. 20, zur Rechtsfolge als rechtliche Sanktion: Diese «*verleiht der Norm ihren Charakter als Rechtsnorm, die unter der Kontrolle der Gerichte vom staatlichen Rechtsapparat verwaltet wird*».

²⁰¹ Vgl. auch ENGISCH, Denken, S. 105, der von der Einordnung des Sachverhalts in die durch den abstrakten Tatbestand bezeichneten Fälle spricht, d.h. «*eine Gleichsetzung des neuen Falls mit denjenigen Fällen, deren Zugehörigkeit zur Klasse bereits feststeht*».

dem so, folgt der Schluss auf das in der Norm enthaltene Sollen.²⁰² Die Rechtsanwendung als Methode führt somit zur Feststellung, ob die in der Norm vorgesehene Rechtsfolge auf den konkreten Fall anzuwenden ist oder gerade nicht; respektive anders ausgedrückt, ob das ausgewählte Werkzeug für die Lösung des konkreten Problems tatsächlich passt.

- 75 Der Mechanismus der Rechtsanwendung kann mithilfe des aus der aristotelischen Logik²⁰³ abgeleiteten *juristischen Urteils syllogismus* abstrakt formuliert werden. Dieser impliziert ein mehrstufiges Verfahren,²⁰⁴ aus dem ersichtlich wird, wie *facta* und *ius* zusammenspielen:
- 76 Die Erstellung der *oberen Prämisse* – beziehungsweise des Obersatzes – beschäftigt sich mit der einschlägigen Rechtsregel,²⁰⁵ welche, wie gesehen, die Verbindung zwischen einem gesetzlich vorgesehenen Tatbestand (T) und der daran geknüpften Rechtsfolge (R) enthält.²⁰⁶ Entsprechend den bisherigen Erläuterungen funktioniert die abstrakt formulierte Konditionalnorm nach dem Prinzip: *Wenn T erfüllt ist, dann gilt R*.²⁰⁷
- 77 Im Rahmen der Umsetzung seiner Pflicht *dabo tibi ius* wendet das Gericht auf der Ebene der *unteren Prämisse* – beziehungsweise im Untersatz – die ermittelte

[...]», wobei der genannte Autor, a.a.O., S. 106 ff., darauf hinweist, dass die Auslegung Auskunft darüber gibt, welches die relevanten Vergleichspunkte darstellen (vgl. diesbezug. auch ENGISCH, Studien, S. 32 f.).

²⁰² Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 92 f.; des Weiteren die Beschreibung des Grundtypus des sich stellenden Rechtsproblems bei OTT, S. 1 f. Vgl. zudem den prägnanten, einleitenden Satz von BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 10: «*In seinem Urteil verknüpft das Gericht Fakten mit Normen*» (Hervorhebungen weggelassen) sowie seine Ausführungen zur Thematik Rechtsprechung zwischen Faktum und Norm, a.a.O., N. 11 ff.

²⁰³ Eine übersichtliche Darstellung zu den aristotelischen Grundlagen, deren Entwicklung im Mittelalter und ihre juristische Relevanz findet sich bei TSCHENTSCHER, S. 76 ff. Zu der von ARISTOTELES begründeten, traditionellen Form der Logik (Syllogistik) vgl. RÖHL/RÖHL, S. 123 f.

²⁰⁴ Darstellung des rechtlichen Syllogismus z.B. bei: KRAMER, Methodenlehre, S. 40 f.; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 4 ff.; LARENZ/CANARIS, S. 92 ff.; DESCHENAUX, S. 12 f.; HOTZ, S. 17; STEINAUER, N. 31 ff.; RÖHL/RÖHL, S. 152 f. (m.w.H.); TROLLER, Prinzipien, S. 103.

²⁰⁵ 4A_214/2013 E. 5.2.2. ENGISCH, Studien, S. 13 f., wonach nicht der gesetzliche Imperativ als solcher, sondern ein generelles Sollensurteil, das aus dem Gesetz zusammen- bzw. aufzubauen ist, den Obersatz bildet.

²⁰⁶ STEINAUER, N. 31, zur *majeure*; DESCHENAUX, S. 12.

²⁰⁷ Zur Konditionalnorm vgl. N. 72–73; zu den Teilaspekten des Obersatzes vgl. N. 80–82.

Rechtsregel auf den in den Prozess eingebrachten und gerichtlich festgestellten Lebenssachverhalt (S) an.²⁰⁸ Teil dieser eigentlichen Rechtsanwendung ist die Feststellung, ob die relevanten Geschehnisse sämtliche notwendigen Elemente des abstrakt formulierten Tatbestands erfüllen und sich somit der Norm *unterordnen*²⁰⁹ lassen.²¹⁰ Im positiven Fall lautet die richterliche Feststellung wiederum abstrakt formuliert: *S ist ein Fall von T*.²¹¹

Eine in diesem Sinn positiv ausgefallene Subsumtion erlaubt es nun, die *Konklusion* des Syllogismus zu ziehen – soll heissen: die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge auf den Sachverhalt anzuwenden.²¹² Syllogistisch bedeutet dieser Schluss: *Daher gilt für S R*. 78

Nachfolgend werden verschiedene in diesem dreistufigen Konzept enthaltene Teilschritte aufgezeigt, die vorliegend von Bedeutung sind. 79

ii) Teilaspekte des Obersatzes

Der Obersatz des juristischen Syllogismus bedingt namentlich das Auffinden der zu prüfenden Norm(en)²¹³, also von *ius*, und weiter deren kunstgerechte Auslegung. Denn der Wortlaut von Rechtsregeln ist regelmässig unvollständig, vage oder mehrdeutig; aufgrund semantischer Spielräume also interpretationsbedürftig.²¹⁴ Das Gericht ist bei seiner Erfüllung des *dabo tibi ius* nicht einfach frei: Vielmehr hat es im Rahmen seiner Rechtsprechungstätigkeit das einschlägige Recht *lege artis*, insbesondere objektiv und unabhängig, anzuwenden.²¹⁵ 80

²⁰⁸ Vgl. 4A_214/2013 E. 5.2.2; des Weiteren auch S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 4.

²⁰⁹ Begriff verwendet z.B. bei: ENGISCH, Denken, S. 104; TSCHENTSCHER, S. 75 f.; LARENZ/CANARIS, S. 94 f.

²¹⁰ Vgl. auch STEINAUER, N. 31 f., zur *mineure* und zur Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfindung; DESCHENAUX, S. 13, zur *mineure*.

²¹¹ Zu den Teilaspekten des Untersatzes vgl. N. 83–89.

²¹² 4A_214/2013 E. 5.2.2. STEINAUER, N. 31, zur *conclusion*; DESCHENAUX, S. 12.

²¹³ Vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 15; DESCHENAUX, S. 12 f.; oder dann ENGISCH, Studien, S. 15: «Einerseits gilt es, den Obersatz durch Auslegung usw. zu entfalten, andererseits gilt es, den Obersatz durch Zusammenfügung von zerstreuten Gesetzespartikeln, Berücksichtigung von Ausnahmevorschriften und dergl. mehr in die Breite zu entwickeln.»

²¹⁴ KRAMER, Methodenlehre, S. 41; TROLLER, Grundlagen, S. 14.

²¹⁵ Vgl. auch STEINAUER, N. 28. Zu den grundlegenden Anforderungen der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Gerichts vgl. in der vorliegenden Abhandlung N. 49–51.

- 81 Die Ermittlung und die kunstgerechte Anwendung der einschlägigen Rechtssätze gehören nicht zu den Fragestellungen des Zivilprozessrechts, sondern werden von einer Metadisziplin²¹⁶, der juristischen Methodenlehre, behandelt.²¹⁷ Als solche beschreibt diese das gedankliche Vorgehen bei der Lösung von Rechtsproblemen, mit denen sich der Rechtsanwender konfrontiert sieht.²¹⁸ Damit erhebt sie nicht den Anspruch, die inhaltliche Beurteilung einer konkreten Streitangelegenheit abzugeben. Vielmehr beschreibt die Methodenlehre den Weg, der zu diesem Ziel führen soll – also auch die Vorgehensweise, um den Normsinn *lege artis* zu beleuchten.²¹⁹ Dabei sind weder die Erstellung der oberen noch diejenige der nachfolgend beschriebenen unteren Prämisse das Resultat einer deduktiven Logik, sondern, wie Paul-Henri STEINAUER sehr treffend resümiert: *«aussi bien la <découverte> de la majeure qui doit être appliquée que la subsumption qui permet d'établir la mineure sont le fruit de démarches intellectuelles complexes qui ne se laissent pas enfermer dans des règles formelles.»*^{220, 221}
- 82 Im Sinne des *dabo tibi ius* respektive der amtswegigen Rechtsanwendung nach Art. 57 ZPO obliegen zwar die Suche nach den anwendbaren Regeln, das Zusammenfügen zu vollständigen Rechtssätzen wie auch die kunstgerechte Auslegung zur richtigen Sinnentwicklung des Obersatzes eigentlich einzig dem Rechtsanwender.²²² Dass diese eindeutige Aufgabenzuteilung die Rechtssuchenden dennoch nicht gänzlich davon befreit, sich ebenfalls mit rechtlichen Fragen zu befassen, wurde bereits im ersten Kapitel thematisiert.²²³ Diese Problematik, die Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Rechtlichen, wird nun im Verlauf des vorliegenden Kapitels noch weiter herausgearbeitet.

²¹⁶ KRAMER, Methodenlehre, S. 44 f. m.H.a. VAN HOECKE; vgl. des Weiteren die Erläuterungen von RÖHL/RÖHL, S. 604.

²¹⁷ KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3, spricht von der Ermittlung des inländischen Rechts als Frage der juristischen Methodenlehre. Zur Methodenlehre vgl. auch in der deutschen Literatur RÖHL/RÖHL, S. 603 f.

²¹⁸ OTT, S. 1; RÖHL/RÖHL, S. 604. KRAMER, Methodenlehre, S. 44 f. m.H.a. die Methode der Rechtsanwendung und des Richterrechts (vgl. auch DENS., a.a.O., S. 63 ff.).

²¹⁹ KRAMER, Methodenlehre, S. 44 f.

²²⁰ STEINAUER, N. 32 (Hervorhebungen im Original anders).

²²¹ Vgl. zudem die Hinweise in FN. 255.

²²² Vgl. auch HOTZ, S. 17; zur Rechtsanwendung als ausschliessliche Gerichtssache auch B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 14; des Weiteren SARBACH R., N. 93, zur Rechtsanwendung als *«ureigenste Hauptaufgabe»* des Gerichts.

²²³ Vgl. hierzu N. 59–62.

iii) Teilaspekte des Untersatzes

Bevor im konkreten Fall die Rechtsfolge gezogen werden kann, müssen im Rahmen des Untersatzes die tatsächlichen Geschehnisse (*facta*) erstellt worden sein.²²⁴ Alsdann²²⁵ verlangt der Untersatz eine Subsumtion: die rechtliche Würdigung der festgestellten Tatsachen²²⁶. 83

1. Sachverhaltserstellung

Zu einem gewissen Zeitpunkt, und erst recht über eine bestimmte Zeitspanne hinweg, findet eine ganze Fülle an Geschehnissen statt.²²⁷ In einem Verfahren hat das Gericht als aussenstehende Behörde²²⁸ die von den Prozessteilnehmern in Aussagen übersetzte «Realität» zu verarbeiten und diese zu einer neuen Einheit, dem entscheiderelevanten Sachverhalt, zusammenzusetzen.²²⁹ Drei mit diesem Hinweis angesprochene, für die Sachverhaltserstellung bedeutende Gegebenheiten sind an dieser Stelle zu vertiefen: 84

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Urteilssyllogismus nicht das eigentliche Geschehen unter eine Norm subsumiert wird. Genau genommen können lediglich 85

²²⁴ Vgl. auch 4A_214/2013 E. 5.2.2. Vgl. des Weiteren BRÖNNIMANN, Diss., S. 2; DESCHENAUX, S. 14 und 33; ähnlich auch MEIER R., N. 9, 149 und 172. Vgl. auch die Bemerkung bei WALTER, Beweis, S. 47 (m.w.H.): «Im logischen Erkenntnisprozess geht die Tatfrage der Rechtsfrage voraus.»

²²⁵ Auch ENGISCH, Denken, S. 96 f., betont die beiden Schritte im Untersatz, nämlich denjenigen der Tatsachenfeststellung und als einen weiteren denjenigen der Subsumtion; vgl. auch ENGISCH, Studien, S. 21, wo dieser bemerkt, dass der Untersatz nicht nur die Feststellung des konkreten Lebenssachverhalts enthält; vgl. des Weiteren DESCHENAUX, S. 21 f.; VON GÖNNER, S. 180. Ersichtlich sind die zwei Schritte auch im Urteil 4A_214/2013 E. 5.2.2.

²²⁶ GULDENER, ZPR, S. 479, bezeichnet die Subsumtion von Tatsachen unter die Rechtsnormen als rechtliche Würdigung von Tatsachen; ähnlich HOTZ, S. 21; DESCHENAUX, S. 13, nennt die Subsumtion auf Französisch «qualification»; LARENZ/CANARIS, S. 94, sprechen von der «Beurteilung».

²²⁷ TROLLER, Methode, S. 7; JOLIDON, S. 194 f.; LARENZ/CANARIS, S. 99; LOOSLI, S. 8 f.

²²⁸ Vgl. die Bemerkung bei HIGI, S. 459, dass der Richter am Lebensvorgang, der den Streit zwischen den beiden Parteien entfacht hat, nicht beteiligt ist und daher nur das weiss, was diese Parteien ihm hierüber berichten; ebenso: LARENZ/CANARIS, S. 125; OTT, S. 8; SCHUMACHER PE., S. 385; MEIER R., N. 8.

²²⁹ Vgl. hierzu JOLIDON, S. 194 f.; vgl. zudem DESCHENAUX, S. 19: «Cette représentation n'est pas purement passive, comme la reproduction photographique. Elle est le résultat d'un travail intellectuel.»

Abbilder eines damaligen, aktuellen oder künftigen Seins berücksichtigt werden.²³⁰ Karl LARENZ und Claus Wilhelm CANARIS sprechen hierbei vom *Sachverhalt als Aussage*: «Der Sachverhalt als Aussage soll den geschehenen Sachverhalt im Medium der Sprache und der ihr zur Verfügung stehenden Ausdrucksformen so, wie er sich aufgrund des Prozesses dem Gericht darstellt, widerspiegeln [...]»^{231, 232} Gerade dieses Umwandeln der Geschehnisse in Sprache bringt sehr viel Subjektives der Prozessbeteiligten mit sich, wie dies etwa Pierre JOLIDON anschaulich festhält: «*Ce que les parties et leurs avocats, les témoins, les experts exposent au juge, et qui est la matière première du procès, ce ne sont pas des faits, ce n'est pas du réel à l'état brut, ce sont des faits tels qu'ils les ont perçus, tels qu'ils sont apparus et sont restés dans leur champ de conscience, c'est-à-dire affectés déjà d'une certaine déformation résultant du processus même de la perception et de la mémoire.*»^{233, 234}

²³⁰ SARBACH M., Diss., S. 5, über das *Abbild* dessen, was sich zugetragen hat; vgl. auch KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 1, mit der Präzisierung, dass *nicht Tatsachen*, sondern *Tatsachenbehauptungen* bewiesen werden.

²³¹ LARENZ/CANARIS, S. 94 und 99 ff., Wortzitat von S. 125.

²³² In diese Richtung wohl auch MEIER R., N. 8 (m.w.H), der vom vorgetragenen Sachverhalt «*als Parteibehauptung resp. als Aussage von Personen über Tatsachen*» spricht.

²³³ JOLIDON, S. 192.

²³⁴ Vgl. auch TROLLER, Methode, S. 7, darüber, dass die implizierten Personen zum Zeitpunkt als die Ereignisse geschahen, nicht nur auf diese konzentriert waren: «*Sie standen inmitten der Fülle des bewußten und unbewußten Lebens. [...] Haben die Parteien, Zeugen und Sachverständigen Auskunft zu geben, so vermögen sie das nur soweit zu tun, als ihre Erinnerung das Bild der Geschehnisse (bei Handlungen) oder den Wortlaut und dessen Sinn (bei Aussagen) aufbewahrt hat. [...] Nur das, dessen sich die Parteien, Zeugen und Sachverständigen bewußt sind, kann in den prozessualen Tatbestand eingehen. Denn über Unbewußtes, das zwar das Erscheinen des Bewußten zu beeinflussen vermag, können sie nicht berichten.*» und S. 8: «*Wenn man den Vorgang so schildert, so geht man davon aus, daß diese Phänomene, die damals im Bewusstsein erschienen, das wirkliche Geschehen widerspiegeln und daß sie seither unverändert im Bewußtsein verblieben. Doch ist weder das eine noch das andere gewiß. [...] Die Welt existiert zwar unabhängig vom Menschen. Aber für den Menschen existiert sie nur gerade so, wie sie in seinem Bewußtsein als Phänomen erscheint. Das heißt, daß er über sie nur soweit aussagen kann, als er sie in seinem Bewußtsein wahrzunehmen vermag. [...] Außenweltlich und innenweltlich Gesehenes und Empfundenes bildet somit die jeweilige Gesamtheit des Bewußtseinsinhaltes. Diese beiden Quellen des Wahrnehmens werden nicht klar getrennt. Sie regen einander an und beeinflussen die Auswahl beim Wahrnehmen der Außenwelt und das Hervorbringen von Erscheinungen und Ideen durch das eigene Ich.*» Vgl. auch den Hinweis bei JOLIDON, S. 182: «*Il faut souligner aussi que les personnes qui, sans être des professionnels du droit, se*

Damit ist ein zweiter wichtiger Punkt bereits angesprochen: Nämlich, dass die rechtliche Beurteilung zunächst eine verbindliche Feststellung bedingt, *was als geschehen zu gelten hat*: das heisst eine Entscheidung darüber, welche Aussagen die Grundlage für die Subsumtion bilden sollen. Es versteht sich hierbei von selbst, dass aufgrund des bereits im ersten Kapitel besprochenen Ziels eines richtigen Urteils²³⁵ nur Aussagen über den Sachverhalt Berücksichtigung finden sollen, welche die Geschehnisse möglichst exakt und objektiv wiedergeben.²³⁶ Je mehr Zeit zwischen Geschehen und Urteil verstreicht, umso schwieriger wird dies.²³⁷ Die Antwort auf die Frage, was wie wann genau geschehen ist, ist nicht selten umstritten. All dies lässt sich erneut mit JOLIDONS Worten zum Ausdruck bringen: *«Le procès se déroule en général dans une atmosphère lourde de tensions subjectives, qui compromet a priori et au moins dans une certaine mesure l'accès à une vérité objective, indépendamment de la sincérité des personnes qui se trouvent dans les diverses «situations de procédure»»*.²³⁸ Auch kann es durchaus Parteien geben, die es mit der Aufrichtigkeit nicht so genau nehmen.²³⁹ Für Richterinnen und Richter stellen diese Aspekte eine kaum überschätzbare Herausforderung dar: Sie sind Fachleute für die Anwendung des Rechts; die Einschätzung einer Person ist indessen das Spezialgebiet von Psychiaterinnen und Psychologen.²⁴⁰ Dennoch

trouvent soudain impliquées à un titre quelconque dans un procès, perdent en général une partie au moins de leurs facultés en raison même du caractère anormal pour eux – étrange, extraordinaire – des circonstances auxquelles ils sont confrontés: dans la mesure où l'arrêt à rendre dépend d'elles, il est d'emblée marqué d'un coefficient d'insécurité et de relativité.»

²³⁵ Vgl. hierzu N. 57–58 und zu diesem Ziel dann ausführlich auch N. 496–502.

²³⁶ LARENZ/CANARIS, S. 102, sprechen von Tatsachen, *«die in dem tatsächlich Geschehenen ihre Grundlage finden»*; KININGER, S. 64, über die Sachverhaltsfeststellung, welche möglichst nahe an die objektive Richtigkeit, also die ausserprozessuale Wirklichkeit herankommt. Zur Abweichung des realen vom gerichtlich festgestellten Sachverhalt vgl. auch N. 120.

²³⁷ Vgl. bereits KLEIN/ENGEL, S. 196; oder dann HEINZMANN, Habil., N. 27 und 410; STREBEL, S. 142 f.: *«Die zu beurteilenden Verhältnisse liegen oft weit zurück und haften verzerrt im Gedächtnis; die Parteien haben sich in der langen Dauer ihrer Uneinigkeit derart in ihre Ideen verbohrt, dass sie gutgläubig Unrichtiges vortragen; Zeugen haben eine verschiedene Erinnerung an die Geschehnisse und schildern sie demgemäss abweichend.»*

²³⁸ JOLIDON, S. 191 f. m.H.a. TROLLER, Grundlagen, S. 13 f.

²³⁹ Vgl. die mahnenden Worte bei STREBEL, S. 141 f.

²⁴⁰ In diese Richtung auch OBERHAMMER, Recht, S. 420; BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 6a m.H., dass für die Würdigung von Aussagen Kenntnisse im Bereich der Aussagepsychologie und entsprechende Erfahrungen von erheblichem Vorteil sind (vgl. auch

bleiben auch solche Beurteilungen im Zivilprozess regelmässig der Richterschaft überlassen. Dies ist allerdings nicht das einzige fachfremde Wissen, das bei der Sachverhaltserstellung notwendig ist: Die Tatsachenerstellung insgesamt bedarf bekanntlich Kenntnisse aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen. Wird auf die allgemeine Lebenserfahrung der Gerichtspersonen abgestellt, um Schlüsse zu komplexen ausserjuristischen Fragestellungen zu ziehen, besteht somit ein gewisses Risiko, dass die festgestellten Tatsachen die Geschehnisse nicht exakt abbilden.²⁴¹

- 87 Schliesslich ist im Rahmen der prozessualen Sachverhaltserstellung das tatsächliche Geschehen auf diejenigen Elemente einzugrenzen, die effektiv relevant sind.²⁴² Dabei haben die Parteien als Sender der Aussagen zum Sachverhalt und die Richterschaft als deren Adressatin nicht zwingend dieselben Selektionskriterien: Für das neutrale Gericht ist eine Tatsache rechtlich von Bedeutung, «*wenn bei ihrem Vorliegen anders zu urteilen ist als bei ihrem Fehlen*»^{243, 244} das heisst, wenn sie geeignet ist, ein Tatbestandsmerkmal der angerufenen Norm auszufüllen²⁴⁵.

seine Hinweise zu Forschungen). Zum Umgang des Richters mit den im Prozess implizierten Menschen vgl. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 4.

²⁴¹ In diese Richtung auch OBERHAMMER, Recht, S. 420.

²⁴² LARENZ/CANARIS, S. 100, und TSCHENTSCHER, S. 74, über den «*Roh*»-Sachverhalt, der zum *juristischen* Sachverhalt aufbereitet werden muss, wobei der Lebenssachverhalt auf seine juristisch relevanten Details reduziert wird; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 18, und FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 22, zum *Herausschälen*, was im Hinblick auf den anwendbaren Rechtssatz (Obersatz) relevant ist, und bereits S. 15 f. zur Behauptungslast; vgl. auch BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 10 m.H., dass sich hier die Tatsachenfeststellung und die Rechtsanwendung berühren.

²⁴³ KUMMER, ZPR, S. 122.

²⁴⁴ Zustimmend: BRÖNNIMANN, Diss., S. 9; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 51; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 51; G/J/S-SCHMID, Art. 150 N. 4; LORENZ, N. 132 FN. 291; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 11. Vgl. auch 4A_229/2012 E. 4 (m.H.a. auf HASENBÖHLER); 5A_892/2014 E. 2.2; 4A_487/2018 E. 4.2.1. Ähnlich: BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 12; B&M-PASSADELIS, Art. 150 N. 8; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 9. Nach der Botschaft ZPO, S. 7311, zu Art. 148 ist eine Tatsache rechtserheblich, wenn ihr Vorliegen oder Fehlen den gerichtlichen Sach- oder Prozessentscheid zu beeinflussen vermag; dem zustimmend: ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 3; des Weiteren TANNER, S. 737; BOHNET, dialectique, S. 347.

²⁴⁵ Vgl. 4A_243/2018 E. 4.2; 4A_126/2019 E. 6.1.2; des Weiteren KUMMER, ZPR, S. 10; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 12; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 6; B&M-PASSADELIS, Art. 150 N. 8; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 9; MEIER R., N. 9 und 139; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 30; HIGI, S. 466, zum zweiten Schritt der *Sachverhaltsrelevanzermittlung*.

Für die Parteien persönlich sind dagegen oft nur diejenigen Elemente erheblich, die ihren jeweiligen Standpunkt stützen.²⁴⁶

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Subsumtionsvorgang

Die eben geschilderte Eingrenzung auf den *rechtlich relevanten Sachverhalt* setzt 88 den bekannten, von Karl ENGISCH beschriebenen hin und her wandernden Blick²⁴⁷ voraus. Damit ist die Wechselwirkung angesprochen, die zwischen der Ermittlung der zu prüfenden Normen im Obersatz und der Erstellung des Sachverhalts im Untersatz besteht.²⁴⁸ Sie bedeutet, dass potentiell anwendbare Rechtsnormen erst eruiert werden können, wenn der Sachverhalt zumindest in groben Zügen rekonstruiert wurde. Das wiederum ist nur möglich, wenn mithilfe des Blicks auf die infrage kommenden Normen ersichtlich ist, welche Elemente aus der Fülle des Geschehens rechtlich relevant sind.²⁴⁹

Neben der verbindlichen Feststellung des relevanten Sachverhalts verlangt der 89 Untersatz auch dessen rechtliche Beurteilung anhand der im Obersatz enthaltenen Norm(en). Hierzu ist zu prüfen, wie weit der erarbeitete Sachverhalt die vom

²⁴⁶ Vgl. auch die von HIGI, S. 462, als Alltagsbanalität bezeichnete Erkenntnis in Bezug auf die Parteien: «[N]icht alles, was war bzw. ist, wird kundgegeben, sondern auch im Zivilprozess vor allem das, was den eigenen Standpunkt bzw. die eigene Meinung stützt.»; in diese Richtung auch MARTIN P., S. 77.

²⁴⁷ ENGISCH, Studien, S. 14 f.

²⁴⁸ Auch aufgegriffen z.B. bei: LARENZ/CANARIS, S. 104; HASSEMER, Hermeneutik, S. 201 und 208; HASSEMER, Diss., S. 105 f.; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 288; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 22; SARBACH R., N. 110 f. (unter Verweis auf FELLMANN). KUMMER, ZPR, S. 10, und BRÖNNIMANN, Diss., S. 3, sprechen von einem «dauernde[n] *«Wechselgespräch»* [...] zwischen Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung»; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 19 ff. zur Wechselbeziehung; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 2 FN. 4.

²⁴⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 20 und 23; GULDENER, ZPR, S. 156 f.; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 22; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 288; BK I-HURNI, Art. 57 N. 7; LARENZ/CANARIS, S. 101 f. und 104; ZIPPELIUS, S. 73 f.; HASSEMER, Hermeneutik, S. 201; KELLERHALS/BERGER, S. 394; SCHWANDER V., N. 15; RÖHL/RÖHL, S. 503; implizit bei WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 1 N. 12; TSCHENTSCHER, S. 81 m.H.a. ENGISCH: «*Subsumtion muss immer zielgerichtete Subsumtion sein; bei ihr blickt ein Auge auf die Rechtsnorm und gleichzeitig das andere auf den Sachverhalt.*»; SARBACH M., Diss., S. 6, zur gegenseitigen Abhängigkeit zwischen den Aufgaben der Sachverhaltserstellung und der Rechtsanwendung.

Rechtssatz vorausgesetzten Tatbestandsmerkmale erfüllt.²⁵⁰ Winfried HASSEMER beschreibt die Wechselbeziehung auch als hermeneutische Spirale, die den Prozess eines sich im Idealfall kontinuierlich schärfenden Verständnisses des Sachverhalts und der damit zusammenhängenden Rechtslage sehr anschaulich aufnimmt²⁵¹: Das Tatsächliche und das Rechtliche beleuchten und konkretisieren einander gegenseitig, bis zuletzt beide Aspekte derart eingegrenzt und fokussiert sind, dass im Rahmen der Subsumtion ein Schluss über ihre Kongruenz gezogen werden kann. Diesen Subsumtionsvorgang definiert wiederum ENGISCH als *«Einordnung eines konkreten Falles in den Kreis der durch den gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fälle auf Grund einer Gleichsetzung mit typischen unter diesen Tatbestand gehörigen Fälle [...] (wobei Gleichheit in den wesentlichen Beziehungen genügt) [...]»*^{252, 253}. Dabei trägt jeder Entscheid darüber, ob ein konkreter Sachverhalt ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal einer Norm erfüllt oder nicht, zur Definition dieses Merkmals und damit zum künftigen Normverständnis bei.²⁵⁴

²⁵⁰ LARENZ/CANARIS, S. 94; HOTZ, S. 21.

²⁵¹ HASSEMER, Diss., S. 106 ff., insb. die Erläuterungen S. 108: *«Es ist nicht ein <Hinüber und Herüber> des Blicks, sondern es sind mehrere, und bei jedem neuen Hinsehen ist ein anderer (durch den Sachverhalt bzw. Lebensvorgang) besser verstandener Tatbestand und gleichzeitig ein anderer (durch den Tatbestand) besser verstandener Sachverhalt im Blick.»* (Hervorhebung weggelassen); HASSEMER, Hermeneutik, S. 208. Diesem Bild zustimmend: FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 26; vgl. auch WALTER, Rechtsfragen, S. 15. Auch BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 12, spricht über ENGISCHS Bild, jedoch in Bezug auf das Beweisthema ebenfalls davon, dass der Richter dieses *«in einer Spiralbetrachtung»* einzugrenzen habe.

²⁵² ENGISCH, Studien, S. 37.

²⁵³ Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 94 zum Subsumtionsschluss.

²⁵⁴ Zum Beitrag einer Subsumtion zur Begriffsdefinition vgl. auch das Zitat von MARTY bei DESCHENAUX, S. 37; des Weiteren auch TROLLER, Prinzipien, S. 108; ENGISCH, Denken, S. 106 f.; ENGISCH, Studien, S. 27: *«Die Bereitstellung der Fälle durch Auslegung ist logisches prius der jetzt zu vollziehenden Subsumtion. [...] Insofern entnehmen wir also vollzogenen Subordinationen und Subsumtionen bestimmte Auslegungsergebnisse, die den Anknüpfungspunkt für die neuerlich vorzunehmende Subsumtion bieten. Diese letztere Subsumtion ist dann das logische posterius der Auslegung. Aber auch sie kann dann natürlich als neues Auslegungsergebnis aufgefaßt werden und wird damit zum logischen prius fortschreitender Gesetzeserläuterung.»* (Hervorhebung weggelassen) sowie DERS., a.a.O., S. 28: *«auch die Ablehnung der Subsumtion [kann einen] Auslegungsgewinn bedeuten [...], da ja der Sinn des Gesetzes auch durch das aufgehellt wird, was nicht sinnbetroffen aus seinem Anwendungsbereich ausgeschieden wird.»* (Hervorhebung weggelassen) und schliesslich, a.a.O., S. 34, zur Entwicklung von Begriffsinhalten.

Sobald die Subsumtion abgeschlossen ist und zu einem positiven Resultat geführt hat, erfolgt die in der Praxis geringere Hürde²⁵⁵ der Konklusion: die Anwendung der Rechtsfolge. Da dieser Teil des juristischen Syllogismus nichts mehr mit der vorliegend interessierenden Sachverhaltserstellung und deren Abhängigkeit von *ius* zu tun hat, ist hierauf nicht weiter einzugehen. 90

2.2. Verschachtelte Subsumtionsprüfungen

Die Gesamtsubsumtion eines konkreten Sachverhalts besteht regelmässig aus mehreren zusammenhängenden Subsumtionsschritten: So kann in einem konkreten Fall die Analyse eines bestimmten Tatbestandsmerkmals einen oder mehrere *Unter-Subsumtionsschritte* mit sich bringen, wie dies beispielsweise bei der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen der Fall ist.²⁵⁶ Daneben kommt es vor, dass entweder mehrere unselbstständige Normen ineinander verschachtelt werden und daher durch *Zwischen-Subsumtionsschritte* verbunden anzuwenden sind²⁵⁷, oder auch, dass mehrere selbstständige Rechtsnormen in dieser Weise mit- 91

²⁵⁵ ENGISCH, Studien, S. 13, und ZIPPELIUS, S. 71, verweisen beide auf SCHOPENHAUER. Hinweise, dass die Hauptschwierigkeit im Finden der Prämisse(n) liegt, auch bei: LARENZ/CANARIS, S. 93 f.; TSCHENTSCHER, S. 79; RÖHL/RÖHL, S. 606; MÜLLER F., S. 41; HOTZ, S. 20 f. Vgl. auch die Aussagen von GIGER, S. 480: *«Jeder Entscheid beruht bekanntlich – vorab in Ländern mit Kodifikationssystemen – auf einer Gleichung, der Unterordnung eines rechtlich relevanten Tatbestands unter die zuständigen Normen. Da die beiden Faktoren der Gleichung – anders als in der Mathematik – variable Größen sind, hängt das Schicksal der Entscheidung von ihrer Deutung bzw. Auslegung ab.»* und weiter S. 481: *«Sachverhalt bzw. rechtlich relevanter Tatbestand und Norm sind nun – wie bereits erwähnt – keineswegs eindeutig feststellbare Faktoren.»*; des Weiteren TROLLER, Grundlagen, S. 14: *«Wenn der Tatbestand sich ohne Schwierigkeit unter eine Gesetzesbestimmung subsumieren lässt, dann vermag allerdings die Logik als sicherste Führerin den geradlinigen Weg zum Ziele, der richtigen Konfliktlösung weisen. Nicht selten jedoch kann die Subsumtion auch mit Hilfe der Logik nicht ohne weiteres vorgenommen werden: das Gesetz ist unvollständig und lässt mehrere Deutungen zu.»*

²⁵⁶ TSCHENTSCHER, S. 80 f., spricht hier von *verschachtelter Prüfung* m.H.a. das Bsp. der Subsumtionskette beim Element der besonderen Skrupellosigkeit, das eine vorsätzliche Tötung zum Mord i.S.v. Art. 112 StGB qualifiziert. Vgl. auch DESCHENAUX, S. 10 f.

²⁵⁷ TSCHENTSCHER, S. 95 f., spricht hier von der *Vervollständigung von Rechtsnormen* m.H.a. das Bsp. der Handlungsfähigkeit (Art. 12 ZGB), die i.V.m. den Bestimmungen zur Mündigkeit und zur Urteilsfähigkeit definiert wird. Vgl. auch DESCHENAUX, S. 10 f.; ZIPPELIUS, S. 74 f.

einander verknüpft werden müssen²⁵⁸. Um zu kompletten Rechtssätzen für die Falllösung zu gelangen, sind bei der Rechtsanwendung also diverse Puzzleteile zusammenzufügen.²⁵⁹

- 92 Um verschachtelte Subsumtionen zu ergründen, kann der Blick auch auf der Ebene des Prozessrechts angesetzt werden. Werden dabei die Verbindungen ins Sachrecht miteinbezogen, lassen sich die Herausforderungen bei der Sachverhaltserstellung im Prozess anschaulich sichtbar machen. Dies soll im Kapitel 4 gezeigt werden.²⁶⁰ Solche Überlegungen können einen Beitrag leisten, um zu einer fairen Aufteilung der prozessualen Aufgaben in diesem Bereich zu gelangen. Denn sie zwingen, sich zu vergegenwärtigen, wie komplex das Sach- und das Verfahrensrecht übergreifende Zusammenspiel zwischen den Normen sein kann – ein Zusammenspiel, welches für Personen ohne juristische Ausbildung öfters schwer zu erfassen ist. Werden hier die Erwartungen an die Parteien und ihre Aufgabenerfüllung sehr hoch angesetzt, kann dies dazu führen, dass juristische Laien das Prozesssystem nicht mehr selbstständig nutzen können. Es resultiert ein (faktischer) Anwaltszwang.

**c. Übersicht über das weitere Vorgehen im Kapitel 2:
Ergründen der Abhängigkeit des *facta* von *ius*
mithilfe der syllogistischen Rechtsanwendung**

- 93 Wie bereits verschiedentlich erwähnt, blendet die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* jegliche Verbindung zwischen dem Tatsächlichen und dem Rechtlichen aus. Daher wird vorliegend die Möglichkeit genutzt, die verschwiegene Abhängigkeit zwischen *ius* und *facta* über die Konditionalnorm, genau genommen mithilfe des Mechanismus ihrer Anwendung, zu ergründen:

²⁵⁸ TSCHENTSCHER, S. 100 f., spricht hier von der *Kombination von Rechtsnormen* m.H.a. das Bsp. der Nichtigkeit von Verträgen (Art. 20 Abs. 1 OR), wobei eine Widerrechtlichkeit z.B. durch Strafbestimmungen des StGB konkretisiert werden kann.

²⁵⁹ ENGISCH, Denken, S. 55 f., erwähnt zur Imperativentheorie, dass die Sätze aus gesetzestechnischen Gründen meist unselbstständig sind und ein wechselseitiges Zusammenfügen zur vollständigen Sinnentwicklung bedürfen, was er als wichtigen Teil der juristischen Kunst bezeichnet (m.H.a. das Bsp. der Legaldefinitionen). Vgl. auch RÖHL/RÖHL, S. 231 f. und 235 f., zur analytisch – nicht autoritär – zu verstehenden Imperiventheorie, die besagt, dass jeder *vollständige* Rechtssatz entweder ein Gebot oder ein Verbot enthält.

²⁶⁰ Vgl. hierzu N. 298–306.

Wenn nämlich die Aufgabe *dabo tibi ius* darin besteht, vom *Lebenssachverhalt* 94 (*facta*) «über die Rechtsnorm» zur *Rechtsfolge* (*ius*) zu gelangen²⁶¹, so lässt sich der Übergang von *facta* zu *ius* über den *Anwendungsmechanismus von Rechtsnormen* – den juristischen Syllogismus – sichtbar machen. Hierzu bedarf es zunächst einer Auseinandersetzung mit einem weiteren Begriffspaar, das mit der Anwendung von Rechtsnormen assoziiert ist: dasjenige der Tat- und der Rechtsfrage. Da mit diesem Begriffspaar wiederum die zivilprozessuale Aufgabenteilung verbunden ist, lassen sich später, basierend auf den Erkenntnissen des vorliegenden Kapitels, auch Schlüsse zur Aufgabenverteilung bei der Sachverhaltserstellung ziehen.

Wie soeben erläutert, ist nun zunächst auf dieses Konzept der Tat- und der Rechts- 95 fragen einzugehen, wobei das Hauptaugenmerk im Unterkapitel A. II. auf dessen Zusammenhang mit dem Dualismus *facta* | *ius* liegt. Auf Basis einer Einteilung des Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen im Unterkapitel A. III. sollen dann im Unterkapitel B. die Verbindungen zwischen der sachrechtlichen Subsumtion und den zivilprozessualen Normen, welche die zivilprozessuale Sachverhaltserstellung regeln, herausgearbeitet werden.

II. Zur Abgrenzung zwischen der Tat- und der Rechtsfrage des Sachrechts

a. Relevanz der Abgrenzung

Wie eben angetönt, liegt in der eigentlichen Tätigkeit der Rechtsanwendung der 96 Grund für die Aufteilung in Rechts- und Tatfragen²⁶². Diese Rechtsanwendung, welche die Verbindung zwischen Faktischem und Rechtlichem schafft, verlangt also nach Antworten auf verschiedene Fragen, die sich in Tat- und Rechtsfragen einteilen lassen.

Die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen wird insbesondere im Zusammen- 97 hang mit der Kognitionsbefugnis von Rechtsmittelinstanzen ausführlich erörtert.²⁶³ Aufgrund der Beschränkung gewisser Rechtsmittel auf die Überprü-

²⁶¹ Vgl. die Beschreibung der Rechtsanwendung bei TSCHENTSCHER, S. 73, welche die vorliegend zitierte Wendung enthält.

²⁶² VON DÄNIKEN, S. 9 f.; vgl. des Weiteren WILLISEGGER, S. 256, wonach dem Grundsatz, dass das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet, die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen zugrunde liegt.

²⁶³ Vgl. z.B.: HOTZ, S. 11 ff.; VON DÄNIKEN, S. 1 f. und 5 f.; GULDENER, ZPR, S. 478; DESCHENAUX, S. 8; WALTER, Rechtsfragen, S. 26 ff.; BSK BGG-DORMANN, Art. 105

fung von Rechtsfragen erfährt die Abgrenzung im späteren prozessualen Stadium tatsächlich eine akzentuierte Bedeutung.²⁶⁴ Doch eben nicht nur in diesem spezifischen Kontext ist die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage relevant. Wie FRANZ VON DÄNIKEN aber auch KARL LARENZ und CLAUS-WILHELM CANARIS betonen, prägt diese Abgrenzung das gesamte Prozessrecht: Insbesondere findet sie im Zivilprozess in der Verhandlungsmaxime und der Rechtsanwendung von Amtes wegen ihren Niederschlag²⁶⁵ – mitunter also genau in den beiden für die vorliegende Abhandlung zentralen Aspekten *da mihi facta* und *dabo tibi ius*²⁶⁶. Zweierlei ist daraus zu folgern: Zunächst zeigt sich damit besonders deutlich, dass die Unterteilung in Tat- und Rechtsfragen auch für die vorliegende Analyse über die zivilprozessuale Aufgabenteilung von grösster Bedeutung ist.²⁶⁷ Zudem zeichnet sich in Anbetracht der Parömie ab, dass für die Erarbeitung der Antworten auf diese Fragen unterschiedliche Prozessbeteiligte verantwortlich sein werden. Daher ist in der Folge auf diese Unterscheidung detaillierter einzugehen.

N. 28; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 95 f. m.H.a. vollkommene und unvollkommene Rechtsmittel; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 33. Abgrenzung im Rahmen der Beschwerdegründe nach ZPO bei B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 18 ff.; Abgrenzung im Rahmen der Berufungsgründe nach ZPO bei S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 7 ff. und 24 ff., sowie N. 27 f. zur unrichtigen Beurteilung einer Tatfrage bei verschiedenen Rechtsmitteln.

²⁶⁴ Vgl. etwa zum massgebenden Sachverhalt vor BGer Art. 105 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 BGG, welche regelmässig in den Eintretenserwägungen der Bundesgerichtsurteile zitiert werden. Vgl. auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 96 ff., mit einem Zwischenfazit S. 98: «*Überspitzt formuliert: Mit Bezug auf den Sachverhalt klebt das Bundesgericht förmlich an den Lippen der Vorinstanz.*» Vgl. z.B. bereits den BGE 107 II 222 E. II.2: «*Indes wird beim Schaden gleich wie in anderen Bereichen der Sachverhalt selbst vom kantonalen Richter verbindlich festgestellt, während seine rechtliche Würdigung dem Bundesgericht obliegt [...].*»

²⁶⁵ VON DÄNIKEN, S. 2 f. und 9; LARENZ/CANARIS, S. 128. Vgl. auch B/G/S I-GLASL, Art. 57 N. 5; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 35, und S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 9. Vgl. insb. auch die Relevanz der Unterscheidung für das gerichtliche Gutachten, das, mit Ausnahme des Rechtsgutachtens, nur Tatfragen zum Gegenstand hat, vgl. diesbez.: BGE 111 II 72 E. 3d; BGE 130 I 337 E. 5.4.1; 4A_478/2008 E. 4.1; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 117; GASSER/RICKLI, Art. 183 N. 4 ff.; B/G/S I-MÜLLER, Art. 183 N. 8; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 183 N. 1; S/H/L-WEIBEL, Art. 183 N. 5; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N. 5 f.; BK II-RÜETSCHI, Art. 183 N. 9 ff.; KuKo-SCHMID, Art. 183 N. 2 f.; LEUENBERGER, Behaupten, S. 8.

²⁶⁶ Zur regelmässigen Gleichsetzung von *da mihi facta* mit der Verhandlungsmaxime vgl. N. 16 m.w.H.; zur Gleichsetzung des *dabo tibi ius* mit der amtlichen Rechtsanwendung vgl. N. 53.

²⁶⁷ Vgl. auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 95.

b. Beschrieb der Abgrenzung

Max GULDENER definierte die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage einst wie folgt: «Die Tatfrage frägt nach den Tatsachen, d. h. nach dem was ist, was war oder was sein wird. Die Rechtsfrage frägt dagegen nach dem, was sein soll.»^{268, 269} Und auch Thomas SUTTER-SOMM und Gregor VON ARX fassten bereits anschaulich zusammen: «Tatfrage ist die Feststellung über die Existenz (oder Inexistenz) einer rechtserheblichen Tatsache. Rechtsfrage ist die richtige Auslegung bzw. Anwendung eines Rechtssatzes auf den Lebenssachverhalt.»^{270, 271} Oder aber mit den Worten von Hans Peter WALTER ausgedrückt: «Was wahr oder unwahr sein kann, ist Tatfrage, was richtig oder unrichtig sein kann, ist Rechtsfrage.»²⁷²

Die konkrete Umsetzung dieser Unterscheidung mag vielleicht nicht sonderlich schwierig anmuten.²⁷³ Dennoch können sich dabei durchaus herausfordernde Abgrenzungsfragen stellen, mit denen auch wichtige prozessuale Konsequenzen

²⁶⁸ GULDENER, ZPR, S. 478.

²⁶⁹ Zur vorliegend nicht zu vertiefenden Frage, ob *faits futurs* bzw. *künftige Tatsachen* als feststellungsfähige Tatsachen gelten, vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 323 m.H. in FN. 524; MEIER R., N. 10; DESCHENAUX, S. 17 f., 22 und 24; HOTZ, S. 18 f.; ENGISCH, Studien, S. 42; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 9.

²⁷⁰ S/H/L 2013-SUTTER-SOMM/VON ARX, Art. 55 ZPO N. 35; dieser Definition folgte auch SARBACH R., N. 80. In der 3. Aufl. des Kommentars wurde diese Stelle überarbeitet, vgl. nunmehr S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 34, in Anlehnung an den BSK zu Art. 105 BGG: «Bei der Tatfrage geht es darum, ob sich die rechtserheblichen Tatsachen verwirklicht haben. Die Rechtsfrage hingegen ist die rechtliche Würdigung der Tatsachen, d.h. die Anwendung des Rechts auf den gemäss Beweisabnahme und Beweiswürdigung [...] feststehenden Sachverhalt [...]» (Hervorhebungen weggelassen); vgl. diesbez. BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 32.

²⁷¹ Ähnlich HOTZ, S. 18: «Tatfrage ist alles, was tatsächlicher Natur ist und unabhängig von rechtlicher Würdigung festgestellt werden kann.»; MEIER I., ZPR, S. 486: «Tatfrage ist, ob sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat. [...] Rechtsfrage ist demgegenüber die rechtliche Würdigung der festgestellten oder mangels Bestreitung als bestehend anzunehmenden Tatsachen.» (Hervorhebung weggelassen). Weitere Abgrenzungen z.B. bei: S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 7 und 24; B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 18 ff.

²⁷² WALTER, Rechtsfragen, S. 17.

²⁷³ B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 18 m.H., dass die Unterscheidung i.d.R. keine Schwierigkeiten bietet. Zur Diskussion, ob eine logisch eindeutige bzw. strenge Trennung aufgrund des Hin- und Herwanderns des Blicks überhaupt möglich ist, vgl. VON DÄNIKEN, S. 11 f., der zum Schluss gelangt, dass auch diejenigen, welche die Möglichkeit der logisch einwandfreien Trennung des Prozessstoffs in Rechts- und Tatfragen

verbunden sind.²⁷⁴ Die vermeintliche Ähnlichkeit der gedanklich zu vollziehenden Operationen tritt besonders deutlich in Henri DESCHENAU'S Abgrenzungsdarstellung zutage: «[...] *pour constater un fait, il faut appliquer les lois de la logique, on est tenté de penser que cette activité ressortit au droit. [...] C'est sans doute juger, mais c'est juger en fait, ou juger d'un fait, de son existence; ce n'est pas encore juger le fait, c'est-à-dire lui donner sa qualification juridique.*»^{275, 276} Diese Zeilen belegen, wie real doch die Gefahr ist, Tat- und Rechtsfragen zu vermischen.

c. Verhältnis zwischen den Konzepten *facta* | *ius* und Tatfrage | Rechtsfrage

i) Übersetzungsprozess als Teil der Subsumtion im Untersatz

- 100 Der Subsumtionsvorgang bei der Rechtsanwendung verlangt, dass die Abgrenzung zwischen dem tatsächlichen Geschehen (*facta*) und dem Rechtlichen (*ius*) permeabel ist.²⁷⁷ Wie dieser Übergang verstanden werden kann, soll nachfolgend gezeigt werden:
- 101 Bevor im Untersatz des Syllogismus ein Schluss über die Kongruenz zwischen dem festgestellten Sachverhalt auf der einen und dem rechtlichen Tatbestandsmerkmal auf der anderen Seite gezogen werden kann, müssen zuerst diese beiden Ebenen auf dasselbe Level gebracht werden. Dies wird erreicht, indem der

verneinen, dennoch an der Unterscheidung festhalten. Zum Problem auch RÖHL/RÖHL, S. 500.

²⁷⁴ Hinweise auf Schwierigkeiten und Beispiele z.B. bei: MEIER I., ZPR, S. 486 f.; SARBACH R., N. 83; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 96; WALTER, Rechtsfragen, S. 17 ff., 23 und 33 ff.; HOTZ, S. 11 f.; LARENZ/CANARIS, S. 129 ff.; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 92; B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 22 ff.; S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 7 ff. und N. 25 f., die zur engen Verknüpfung zwischen Tat- und Rechtsfragen auf die Abhängigkeiten zwischen Sachverhaltserstellung und Rechtsanwendung verweisen. Zu den Schwierigkeiten insb. bei mentalen Vorgängen vgl. SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 93; MEIER I., ZPR, S. 487.

²⁷⁵ DESCHENAU, S. 21 (Hervorhebungen im Original).

²⁷⁶ Ähnlich S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 7, wonach bei der Rechtsfrage eine (rechtliche) Würdigung des zuvor (allenfalls in einem Beweisverfahren) bereits verbindlich festgestellten Sachverhalts stattfindet. Vgl. auch HOTZ, S. 18 und 20, wo dieser betont, dass sich die Tatfrage dadurch charakterisiert, dass deren Beantwortung «*unabhängig von rechtlichen Erwägungen vorgenommen werden kann*». Kritisch: LARENZ/CANARIS, S. 129 f.

²⁷⁷ Zum Subsumtionsvorgang vgl. N. 88–90.

in Alltagssprache eingebrachte Sachverhalt eine Art Übersetzungsprozess in die Rechtssprache²⁷⁸ durchläuft. Äussere Ähnlichkeiten, teilweise sogar eine formale Identität dieser beiden Sprachen verlangen zuweilen ein sehr genaues Hinsehen, um zu erkennen, wie weit dieser Transfer erfolgt ist. Konfrontiert mit Aussagen zu einem Sachverhalt werden sich juristisch geschulte Zuhörerinnen und Zuhörer folgende Fragen stellen: Zunächst, ob mit dem Alltagssprachlichen Ausdruck X, der zur Formulierung einer Sachverhaltshypothese verwendet wird, bereits der in der Norm verwendete – allenfalls linguistisch sogar identische – Rechtsbegriff gemeint ist. So etwa, wenn eine rechtsuchende Person von ihrem *Besitz* spricht oder wenn sie erzählt, ihre Marke habe sich auf dem Markt *durchgesetzt*. In solchen Fällen ist einerseits zu prüfen, ob sich die Erzählerin hierbei bereits der Fachbegriffe bedient – mitunter also bereits eine vollständige Übersetzung in die Rechtssprache stattgefunden hat – und ob andererseits auch die von ihr implizierte Schlussfolgerung, dass mit diesem Geschehen doch das Tatbestandsmerkmal einer bestimmten, potentiell einschlägigen Norm erfüllt wäre, auch juristisch korrekt ist.²⁷⁹ Tatsächlich kann es sein, dass dem in einer ganz bestimmten Rechtsnorm verwendeten Begriff doch noch eine erweiterte oder eine begrenzte Bedeutung

²⁷⁸ Mit der Thematik Rechtssprache und Alltagsbegriffe setzt sich auch DESCHENAUX, S. 34 f., auseinander; der vorliegend beschriebene Übersetzungsprozess der in Alltagssprache verfassten Aussagen zum Sachverhalt in die Rechtssprache dürfte bei diesem Autor in der *«qualification»*, als welche er die *Subsumtion* bezeichnet (vgl. DESCHENAUX, S. 13), integriert sein, vgl. DESCHENAUX, S. 33: *«Cet acte [Anm.: la qualification], qui a son siège dans la mineure, consiste à comparer le fait juridique au fait concret [...]»* und S. 35: *«La qualification est l'opération finale, que précèdent la constatation des faits et l'élucidation de la notion légale.»* sowie S. 40: *«La qualification juridique des faits, nœud du raisonnement judiciaire, présuppose généralement un travail d'élucidation, appelé à «réduire» la distance entre la notion légale et la situation concrète.»* Vgl. des Weiteren LOOSLI, S. 45 ff., zum Reden im Zivilprozessverfahren als situationsspezifische Sprachverwendung.

²⁷⁹ Zu dem für eine Markeneintragung nach Art. 2 lit. a MSchG vorausgesetzten Tatbestandselement der Verkehrsdurchsetzung von Zeichen, die dem Gemeingut angehören, stellte das BGer im BGE 130 III 328 E. 3 fest, dass es sich dabei um einen Rechtsbegriff handelt. Vgl. des Weiteren auch, jeweils im Kontext der Behauptungslast, die Beispiele bei SARBACH M., Diss., S. 26, zu Rechtsverhältnissen als (Rechts-)Begriffe des täglichen Lebens, sowie DERS., a.a.O., S. 59 f.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 20 und 139 ff.; MEIER R., N. 145 ff., und ASPRION STÖCKLIN, S. 93 ff., je mit Beispielen zu solchen Rechtsbegriffen und präjudiziellen Rechtsverhältnissen. Vgl. schliesslich auch die zwar strafrechtsbezogenen Ausführungen zur Parallelwertung in der Laiensphäre von KAUFMANN A., S. 36 ff., insb. auch S. 39, wo dieser folgert, *«daß der Richter im*

beizumessen ist.²⁸⁰ Je nachdem ist somit nach weiteren Aussagen zum Sachverhalt zu suchen, welche das Tatbestandsmerkmal in rechtsgenügendem Mass auszufüllen vermögen.

- 102 Das bedeutet, auf der Ebene *facta* müssen Tatsachen zusammengetragen werden, die grundsätzlich geeignet sind, den juristischen Terminus in seiner Gesamtheit auszufüllen. Fassbarer mag dies werden, wenn man sich den zentralen Hinweis von Stephen BERTI vergegenwärtigt: Dieser bemerkte, dass es zumindest dort, wo eine Bestreitung zu erwarten ist, im Ansatz verfehlt ist, schlicht eine juristische Tatsache, wie etwa den Bestand eines Werkvertrags, zu behaupten. Vielmehr sind die Lebenstatsachen schlüssig darzulegen, die nach ihrer rechtlichen Würdigung den Schluss auf die juristische Tatsache erlauben. Um beim aufgegriffenen Beispiel zu bleiben: Es müssen diejenigen Tatsachen behauptet werden, die zusammen den Schluss zulassen, dass rechtsgültig eine Vereinbarung zustande gekommen ist, die sich rechtlich als «Werkvertrag» qualifizieren lässt.²⁸¹
- 103 Das Vertragsbeispiel beinhaltet ein besonderes Element, das für den vorliegenden Kontext ebenfalls bedeutsam ist: In Anbetracht dessen, dass das Zustandekommen eines Abkommens bekanntlich einen Verpflichtungswillen bedingt, stellt sich nämlich die Frage, wie der vorliegend erläuterte Übersetzungsprozess bei *Tatsa-*

Strafprozeß zwei Rollen übernehmen muß, die Rolle des Gesetzes und die Rolle des Angeklagten. Die «Parallelwertung» vollzieht sich im Richter; er muß zwischen der umgangssprachlichen Welt des Straftäters und der fachsprachlichen Welt des Strafgesetzes vermitteln. Daher müssen ihm auch beide Sprachen, die Sprache des Volkes und die Sprache des Gesetzes geläufig sein.» (Hervorhebungen weggelassen). Die Kernaussage zur Parallelwertung lässt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht sinngemäss auch auf die Zivilrichterschaft übertragen.

²⁸⁰ Vgl. in diesem Sinn auch LARENZ/CANARIS, S. 128 f.; TROLLER, Prinzipien, S. 116 f.; DESCHENAUX, S. 34 f. Auch auf der Unterschiedlichkeit der Alltags- und der Rechtssprache basiert gemäss SARBACH M., Diss., S. 59 f. i.V.m. S. 55 f., die Transformationsfunktion der richterlichen Fragepflicht nach SPOHR, die hilft, den Parteiwillen in einer rechtlich zulässigen und sinnvollen Weise zu formulieren.

²⁸¹ Vgl. BERTI, ZPO, N. 312; ähnlich GULDENER, Beweiswürdigung, S. 1: «*Gegenstand des Beweises sind nicht die vom Gesetz verwendeten Rechtsbegriffe (wie Absicht, Fahrlässigkeit, Arglist, tiefe Zerrüttung einer Ehe), sondern die Tatsachen, die geeignet sind, darzutun, daß sich ein Tatbestand verwirklicht hat, der unter den Rechtsbegriff fällt.*»; zudem GULDENER, ZPR, S. 162; vgl. des Weiteren auch z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 11 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1058 f.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 139 ff.; MEIER R., N. 146 f. B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 46 und Art. 154 N. 66 ff., betont zudem, dass auch in die Beweisverfügung grundsätzlich nur Tatsachen aufzunehmen sind – keine Rechtsbegriffe (ähnlich SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 130).

chen des menschlichen Innenlebens²⁸² zu verstehen ist. Dies lässt sich ausgehend von Reinhold ZIPPELIUS' Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen bei mentalen Vorgängen aufzeigen: Die Rechtsfrage fragt hier, *welchen Inhalt normative Vorstellungen aufweisen müssen*, damit sich die Rechtsfolge einer Norm daran anschliessen lässt. Demgegenüber gehört die Analyse, ob die geforderten Vorstellungen in der «*Laiensphäre*» auch tatsächlich vorgelegen haben, grundsätzlich zum Bereich der Tatfrage.²⁸³ Angelehnt an diese Unterscheidung und analog zu den bisherigen Ausführungen gilt Folgendes: Auch die Beschreibung zur inneren Haltung eines Akteurs erfordert eine Übersetzung in die Rechtssprache. Und auch in diesem Bereich können sich sprachliche Überschneidungen zeigen: Etwa, wenn eine Person berichtet, sie sei *gutgläubig* von einer bestimmten Sachlage ausgegangen, oder wenn eine Gerichtsperson der *Befangenheit* bezichtigt wird. Daher sind auch Aussagen über innere Tatsachen stets dahingehend zu prüfen, ob sie bereits eine vollständige Übersetzung in die Rechtssprache darstellen und ob damit auch schon ein korrekter rechtlicher Schluss über die Kongruenz zum Tatbestandsmerkmal einer bestimmten Norm gezogen wurde. Analog zu den äusseren Gegebenheiten gilt auch in diesem Bereich: Es sind diejenigen Elemente über die inneren Vorgänge zusammenzutragen, die nach ihrer rechtlichen Würdigung den Entscheid ermöglichen, dass die Vorstellungen, wie sie bei einer Person tatsächlich vorgelegen haben, die Anforderungen des rechtlichen Tatbestandsmerkmals erfüllen.²⁸⁴ Die Besonderheit bei Tatsachen des Innenlebens besteht naturgemäss

²⁸² Vgl. den Hinweis bei MÜLLER R., S. 85, dass neben den konkreten, zeitlich und räumlich bestimmten, gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnissen oder Zuständen der Aussenwelt eben auch diejenigen des menschlichen Innenlebens zu den «*Tatsachen*» gehören; ähnlich ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 3; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 7 f.; MEIER R., N. 10; LIENHARD A. [b], N. 323.

²⁸³ ZIPPELIUS, S. 75 (den zitierten Ausdruck ebenfalls in Anführungszeichen gesetzt) mit dem Bsp. zum Bindungswillen. Auch wenn STEHLE, S. 261 ff., die Abgrenzung im Bereich der inneren Tatsachen anders fassen möchte, bleibt der vorliegend interessierende Übersetzungsprozess erhalten, denn nach wie vor müssen die dargestellten, äusserlich wahrnehmbaren Geschehnisse letztlich dem rechtlichen Element des übereinstimmenden Willens entsprechen können.

²⁸⁴ Vgl. auch die Beispiele bei DESCHENAUX, S. 39: «*Pour ce qui est de la capacité de discernement ou de la responsabilité pénale, les données purement médicales ou psychologiques, les observations faites sur l'intéressé, la définition scientifique de ses troubles, la description de son psychisme, ce sont des faits. Mais dire si l'état ainsi constaté répond aux conditions posées par l'art. 16 CC ou par les Art. 11 et 12 CP, c'est statuer en droit.*» und den darauffolgenden Hinweis S. 40: «*Il ne faut pas méconnaître la difficulté qu'il y a, dans le domaine des faits internes, à maintenir la distinction du fait et du droit, sans tomber dans l'erreur inverse qui consiste à considérer comme*

darin, dass nur auf dem (Um-)Weg äusserlich wahrnehmbarer Aussagen, Gesten oder der Haltung von Personen auf deren Gesinnung geschlossen werden kann. Aufgrund dessen sind hier nicht nur Erfahrungswerte und Menschenkenntnis der urteilenden Richterschaft ganz besonders gefragt²⁸⁵, auch besteht öfters Bedarf nach besonderen Beweis(last)regeln²⁸⁶.

ii) Abhängigkeit des Tatsächlichen (*facta*) von Rechtsfragen

- 104 Nach der hiervor aufgezeigten Abgrenzung befasst sich die Tatfrage einzig mit dem Sein im Verlauf der Zeit.²⁸⁷ Versteht man die Rechtsfrage als Ergänzungstück der Tatfrage,²⁸⁸ so sucht die Rechtsfrage nach Antworten auf diversen Etappen der Rechtsanwendung. Ihr Fragegebiet erscheint demnach breiter und heterogener als dasjenige, das die Tatfrage absteckt: Insbesondere der eben beschriebene Übersetzungsprozess, verbunden mit der darauffolgenden Konklusion, inwiefern eine festgestellte äussere oder mentale Tatsache des Sachverhalts ein Tatbestandsmerkmal *im Sinne der analysierten Norm* (mit-)ausfüllt, stellen rechtliche Ope-

une question de droit la constatation des données psychologiques, sous prétexte que cette constatation implique certaines déductions tirées de faits observables.»; vgl. des Weiteren auch das Bsp. der Schädigungsabsicht nach Art. 288 SchKG im BGE 134 III 452 E. 4.1 f.

²⁸⁵ DESCHENAUX, S. 20.

²⁸⁶ Zum Bsp. des Ausstands: Hier genügt, dass bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, vgl. hierzu die konstante Rechtsprechung z.B. in: BGE 114 Ia 50 E. 3b; BGE 120 Ia 184 E. 2b; BGE 127 I 196 E. 2b; BGE 131 I 24 E. 1.1; BGE 131 I 113 E. 3.4; BGE 132 V 93 E. 7.1; BGE 133 I 1 E. 6.2; BGE 136 I 207 E. 3.1; BGE 137 I 227 E. 2.1; BGE 139 I 121 E. 5.1; BGE 139 III 120 E. 3.2.1; BGE 139 III 433 E. 2.1.2; BGE 140 III 221 E. 4.1; 1P.457/2006 E. 2.1; 8F_3/2008; 4A_6/2011 E. 2; 5A_462/2013 E. 3.1; vgl. des Weiteren: Botschaft ZPO, S. 7272 zu Art. 45; Bericht VE-ZPO, S. 31 zu Art. 43; sowie in der Lehre z.B.: BSK BV-REICH, Art. 30 N. 24; BIAGGINI, BV, Art. 30 N. 7, 2. Spiegelstrich; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 6 N. 18; MEIER, ZPR, S. 81 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 162; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, ZPR, § 13 N. 25 ff.; SARBACH R., N. 693; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 30 BV N. 14; BSK ZPO-WEBER, Art. 47 N. 5; BK I-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 47–51 N. 4 und Art. 47 N. 3; KuKo-KIENER, Art. 47 N. 2; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 30 N. 16. Zum Bsp. der Gut-/Bösgläubigkeit und der Beweislastumkehr nach Art. 3 ZGB vgl. STEINAUER, N. 664 und 811 über die Beweislastumkehr trotz des Worts «*vermuten*» in Art. 3 Abs. 1 ZGB, insb. m.H.a. BGE 119 II 23 E. 3a; MEIER ZPR, S. 280, zur Beweislastnorm, die vom Gesetzgeber als Vermutung «*getarnt*» wurde.

²⁸⁷ Zur Abgrenzung zwischen der Tat- und der Rechtsfrage vgl. N. 98–99.

²⁸⁸ Vgl. auch DESCHENAUX, S. 33.

rationen dar.²⁸⁹ Damit erklärt sich auch der höchst bedeutsame Schluss von Max GULDENER, nämlich dass «[d]ie Annahme, es habe sich der Tatbestand eines Rechtssatzes verwirklicht, [...] nicht ausschließlich auf tatsächlichem Gebiet [liegt]»^{290, 291} Im Mechanismus der Subsumtion liegt somit letztlich der Grund, weshalb die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage nicht einfach deckungsgleich zum Dualismus *facta* | *ius* verläuft.

d. Methode: Einteilen der verschiedenen syllogistischen Teilschritte in Tat- und Rechtsfragen des Sachrechts

i) Einteilung

Um den eben gezogenen Schluss, dass die Unterscheidung zwischen *facta* und *ius* 105 nicht deckungsgleich zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage verläuft, zu verdeutlichen, werden nachfolgend die verschiedenen Teilschritte bei der syllogistischen Rechtsanwendung der für die zivilprozessuale Aufgabenteilung relevanten Einteilung in Tat- und Rechtsfragen²⁹² zugeführt.

In diesem Sinn suchen *Rechtsfragen* insbesondere: 106

- Die Antwort auf die Frage nach den anwendbaren Normen. Mit anderen Worten ausgedrückt, beantwortet das *Einbringen des Obersatzes* eine Rechtsfrage.²⁹³

²⁸⁹ Ähnlich LARENZ/CANARIS, S. 128 f.; auch DESCHENAUX, S. 33 ff., behandelt «*l'acte de qualification*» im Kapitel zu den Rechtsfragen.

²⁹⁰ GULDENER, ZPR, S. 478.

²⁹¹ Vgl. des Weiteren GULDENER, ZPR, S. 479, wonach die Frage, ob sich die Tatsachen verwirklicht haben, an welche Rechtsfolgen geknüpft sind, eine Tatfrage ist, während die *Subsumtion* von Tatsachen unter die Rechtsnormen eine *Rechtsfrage* darstellt. Vgl. auch VON DÄNIKEN, S. 9: «*Dieser Vorgang der Subsumtion (eben der Syllogismus) ist durch Rechtsfragen einerseits und durch Tatfragen andererseits gekennzeichnet.*» (Hervorhebungen weggelassen); DESCHENAUX, S. 13 f., m.H.a. Art. 43 Abs. 4 aOG (vgl. diese Bestimmung auch noch zum 20.06.2006: «*Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.*») und der Bemerkung: «*En réalité, il ne s'agit pas d'une assimilation: l'erreur dans l'appréciation juridique*» *viole proprement la loi.*» Vgl. des Weiteren auch die Feststellung von HOTZ, S. 20, dass die Rechtsfragen auf die drei Phasen des Urteilssyllogismus verteilt sind.

²⁹² Vgl. des Weiteren die vom Syllogismus unabhängigen Listen bei BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 34 ff. (Tatfragen) und N. 35 ff. (Rechtsfragen).

²⁹³ Vgl. auch HOTZ, S. 17; DESCHENAUX, S. 13 und 15; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 15 ff. Zu den Teilaspekten des Obersatzes vgl. N. 80–90.

- Die Antwort auf die Frage nach dem Inhalt und dem Sinn der Rechtsbegriffe im Obersatz, was auch deren Vervollständigung und Präzisierung durch ergänzende Normen bedingen kann. Somit beantworten auch die *Auslegung* und die notwendige *Vernetzung des Obersatzes* Rechtsfragen.²⁹⁴
- Die Antwort auf die Frage nach der *rechtlichen Relevanz*²⁹⁵ und der *Würdigung der einzelnen Tatsachen* des im Untersatz festgestellten Sachverhalts. Um den Übergang von *facta* zu *ius* zu veranschaulichen, wurde dieser Subsumtionsprozess hiervoor als eine Übersetzung des relevanten Geschehens von der Alltagssprache in die Rechtssprache beschrieben, auf die der Schluss über die Kongruenz mit dem entsprechenden Tatbestandsmerkmal der analysierten Rechtsnorm folgt.²⁹⁶ In einem weiteren Schritt beantwortet auch der Entscheid, *ob der Sachverhalt insgesamt einen Anwendungsfall des vollständigen Obersatzes bildet*, eine Rechtsfrage. Zusammengefasst stellt der Verbindungsschritt der *Subsumtion* – sowohl auf der Ebene der Einzeltatsachen wie auch auf der Ebene des Gesamtsachverhalts – eine Rechtsfrage dar.²⁹⁷
- Die Antwort nach der korrekten Zuweisung der Rechtsfolge zu den im Untersatz festgestellten Tatsachen. Somit bildet auch die syllogistische *Konklusion* Antwort auf eine Rechtsfrage.²⁹⁸

²⁹⁴ Vgl. auch HOTZ, S. 17; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 35a, 2. Spiegelstrich; FORSTMOSER/VOGT, § 21 N. 15 ff.; DESCHENAUX, S. 13, wobei der genannte Autor wohl in der Auslegung eine Art Zwischenschritt im Syllogismus zu sehen scheint, wenn er S. 34 schreibt: *«L'image n'est pas exacte d'un syllogisme où rien ne s'intercalerait entre la majeure, constituée par la règle juridique, et la mineure qui exprime le jugement de qualification. Entre les deux s'insère une opération intermédiaire, plus ou moins développée, qui vise à élucider la notion fournie par la loi, tout au moins à vérifier fût-ce d'une manière implicite, comme l'artisan contrôle son outil avant de s'en servir.»*

²⁹⁵ 4A_126/2019 E. 5: *«La pertinence d'un fait est une question de droit [...]»*.

²⁹⁶ Vgl. hierzu N. 100–103.

²⁹⁷ Vgl. auch das Urteil 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 3.2 und des Weiteren HOTZ, S. 17; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 35a, 2. Spiegelstrich; B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 20, der von der korrekten Subsumtion und der richtigen Bestimmung der Rechtsfolgen spricht; ähnlich S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 7; DESCHENAUX, S. 13 ff., der zudem auf Art. 43 Abs. 4 aOG hinweist (vgl. diese Bestimmung auch noch zum 20.06.2006: *«Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.»*). A.M. wohl ZIPPELIUS, S. 75: *«Tatfrage ist es, ob die vorliegenden Tatsachen dem so vervollständigten und präzisierten Obersatz unterfallen.»* Zur Subsumtion im Einzelnen vgl. N. 88–89.

²⁹⁸ Vgl. auch HOTZ, S. 17 und 22; DESCHENAUX, S. 15.

Damit wird deutlich, dass sich auf allen drei Ebenen des juristischen Syllogismus Rechtsfragen finden lassen, während sich die Tatfrage auf einen ersten Teilschritt im Untersatz beschränkt.²⁹⁹ Letztere fragt nach der Feststellung dessen, was in der realen Welt ist, was war und was allenfalls (noch) sein wird.³⁰⁰ Oder als Aufgabe formuliert: Mit dem verbindlichen Entscheid darüber, was als Geschehen zu gelten hat, wird die Tatfrage, die im Untersatz des juristischen Syllogismus anzusiedeln ist, beantwortet.³⁰¹ Diese Tatfrage, welche für die Anwendung des Sachrechts beantwortet werden muss, wird nachfolgend verkürzt als *Tatfrage des Sachrechts* bezeichnet.

ii) Anwendungsbeispiel: Rechtsprechung zum Schadensbegriff

Die gerichtliche Behandlung dieser verschiedenen Fragen kann anhand eines Beispiels aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Schadensbegriff veranschaulicht werden:³⁰²

Im Fall des BGE 116 II 441 schlossen die A. AG (Käuferin) und die B. AG (Verkäuferin) einen Kaufvertrag über eine Computeranlage in Form eines Verfalltagsgeschäfts (per 31. August 1986) im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR ab. Noch vor dem Verfalltag verkaufte die A. AG die noch nicht gelieferte Anlage an die Gesellschaft C. weiter. Dieser zweite Vertrag sah für den Fall, dass die Lieferung bis zum 1. September 1986 ausbleiben sollte, eine Konventionalstrafe vor. Da die B.

²⁹⁹ HOTZ, S. 20: «Während die Entscheidung der Tatfrage ihren Sitz ausschließlich im Untersatz hat, sind die Rechtsfragen auf die drei Phasen des richterlichen Urteilssyllogismus verteilt.» Vgl. zudem das Urteil 4A_214/2013 E. 5.2.2: «L'application de la règle de droit au cas concret s'opère au moyen d'un syllogisme judiciaire. [...] A l'exception de l'établissement des faits, l'ensemble de cette démarche appartient au domaine du droit.» sowie CR-JEANDIN, Art. 310 N. 2a zu den Berufungsgründen: «La violation du droit intervient pour toute considération touchant à la détermination de la règle de droit (majeure du syllogisme) et à son application d'espèce (mineure du syllogisme), à l'exclusion de ce qui touche à l'établissement des faits [...]» (Hervorhebungen weggelassen).

³⁰⁰ Vgl. hierzu N. 98.

³⁰¹ Vgl. auch HOTZ, S. 17, der von der Sachverhaltsfeststellung als *Entscheidung* der Tatfrage spricht.

³⁰² Illustrativ auch das Urteil 4A_214/2013, in welchem das BGer in E. 5.2.2 die einzelnen Schritte des Syllogismus zur Erstellung des Marktpreises aufschlüsselt; hierbei zeigt es auch das Vorgehen beim Element der «orts- und quartierüblichen Mietzinse» nach Art. 269a lit. a OR. Vgl. auch die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen beim Schaden bei WALTER, Rechtsfragen, S. 20 f., m.H.a. die Rechtsprechung.

AG die Anlage nicht bis zum Verfalltag lieferte, verlangte die A. AG Schadenersatz, namentlich für die der Gesellschaft C. nunmehr geschuldete Konventionalstrafe.³⁰³ Die A. AG rügte, das Gericht habe den Schadensbegriff verkannt.

110 Folgendes Vorgehen lässt sich dem Urteil entnehmen:

- Das Bundesgericht brachte zunächst als *Obersatz* den Art. 103 Abs. 1 OR zum Verspätungsschaden ein.³⁰⁴
- Für die anschliessende Definition und den Umfang des *Tatbestandselements Schaden* ergänzte es seine Ausführungen namentlich durch einen Rückgriff auf die Literatur zu Art. 97 OR.³⁰⁵
- Das Bundesgericht legte insbesondere aus, dass Vermögensverminderungen wie Konventionalstrafen, die durch den Verzug des eigenen Schuldners fällig geworden sind, zum *zu ersetzenden positiven Interesse* gehören.³⁰⁶

111 Diese drei Rechtsanwendungsschritte suchen nach Antworten zu Fragen, die in den Bereich der ersten drei hiervor aufgelisteten Rechtsfragen gehören. Das Bundesgericht bestätigte, dass die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens, was den Moment der Schadenentstehung betrifft, falsch beurteilt und somit eine Rechtsfrage falsch beantwortet hatte.³⁰⁷ Es konnte allerdings die Konklusion über die Ersatzpflicht nicht ziehen, weil die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen nicht ausreichten, um die Rechtsfragen über die Berechtigung der Konventionalstrafenforderung zu entscheiden. Die Angelegenheit war daher zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.³⁰⁸

³⁰³ BGE 116 II 441 Sachverhalt (zusammengefasst).

³⁰⁴ BGE 116 II 441 E. 2b.

³⁰⁵ BGE 116 II 441 E. 2c und 3a.

³⁰⁶ BGE 116 II 441 E. 2c.

³⁰⁷ BGE 116 II 441 E. 3a) bb), vgl. insb. auch die Einleitung in E. 3a): «Die Bestimmung des Schadens ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich eine vom kantonalen Richter abschliessend zu beurteilende Tatfrage. Rechtsfrage und vom Bundesgericht im Berufungsverfahren zu prüfen ist einzig, ob der kantonale Richter den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung verletzt hat [...]». Weitere solche Abgrenzungsformulierungen in Bezug auf den Schaden z.B. in: BGE 107 II 222 E. II.2; BGE 109 II 474 E. 3; BGE 113 II 345 E. 1; BGE 119 II 249 E. 3a; BGE 122 III 219 E. 3b; 4A_665/2012 E. 3.1; inhaltlich ähnlich auch BGE 123 III 241 E. 3a.

³⁰⁸ BGE 116 II 441 E. 3b.

III. Zur weiteren Abgrenzung der Tat- und der Rechtsfrage des Verfahrensrechts

Axel TSCHENTSCHER schreibt in seinen *Grundprinzipien des Rechts*, dass die 112
Beweiserhebung und die Aufklärung des eigentlichen Geschehens in der Praxis
die schwierigsten, mitunter aber in vielen Fällen auch die wichtigsten Schritte
sind. So stehe die Sachverhaltsaufbereitung auch im Kriminalroman und in Fern-
sehserien ganz im Mittelpunkt: *«Ob ein Straftäter schuldig gesprochen wird,
hängt im Leben wie im Film nur selten von Rechtsfragen ab; meistens sind es die
Tatfragen, die über Verurteilung oder Freispruch entscheiden.»*³⁰⁹

Trotz klarer Unterschiede zum Strafprozess³¹⁰ kommt der Sachverhaltserstellung 113
selbstverständlich auch im Zivilprozess eine zentrale Bedeutung zu.³¹¹ Das Augen-
merk besonders auf das damit verbundene Zusammenspiel zwischen Sach- und
Prozessrecht gerichtet, soll in der Folge gezeigt werden, dass für den Verfah-
rensausgang im Zivilprozess nicht nur der Tatfrage des Sachrechts bedeutendes
Gewicht zukommt, sondern insbesondere auch einer ganz bestimmten Art von
Rechtsfragen: nämlich den *Rechtsfragen des Verfahrensrechts*.

a. Erläuterungen zum Vorgehen

i) Gedankliche Ausgangslage

1. Prozessrecht als Schwester des Sachrechts

Obschon das Prozessrecht dank seiner nunmehr bundesrechtlichen Verankerung 114
normhierarchisch auf ebenbürtiger Stufe zum Sachrecht steht, stellt die Botschaft
unmissverständlich klar, dass das *«Prozessrecht [...] dienendes Recht [ist]: Es soll
das materielle Recht verwirklichen und durchsetzen.»*³¹² Diesem teleologischen
Bild folgen auch Rechtsprechung und Lehre.³¹³ In der damit verbundenen Forde-

³⁰⁹ TSCHENTSCHER, S. 74 (Hervorhebung weggelassen).

³¹⁰ Zu den Unterschieden zwischen straf- und zivilprozessualer Informationsbeschaffung
vgl. DROESE, Diss., S. 190 ff.

³¹¹ Vgl. auch die Faustregel bei WALTER, Weg, S. 320, dass sich in rund zwei Dritteln aller
Zivilprozesse die umstrittenen und letztlich entscheidenden Fragen auf der Sachver-
haltsebene stellen.

³¹² Botschaft ZPO, S. 7230 (Hervorhebung zugefügt).

³¹³ Vgl. z.B.: BGE 104 Ia 105 E. 4a; BGE 116 II 215 E. 3; BGE 118 II 479 E. 2d; BGE 139
III 457 E. 4.4.3.3; 4A_412/2019 E. 4.1; 4A_502/2019 E. 1.3; 4A_595/2019 E. 2.5.2.
Zur dienenden Funktion vgl. z.B. auch HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 Titel vor

rung³¹⁴ scheint ein Wunsch nach einseitiger Abhängigkeit mitzuschwingen, den allerdings die Prozessrealität zuweilen nicht erfüllt. Darauf, dass das Verfahrensrecht fähig ist, überhandzunehmen und dadurch bewirken kann, dass tatsächlich *Recht haben* im Verfahren nicht mehr zu *Recht bekommen* führt, haben bereits viele Stimmen hingewiesen:³¹⁵ Eindrücklich etwa die Worte von Alois TROLLER, der schrieb, dass der Prozess «*durch die formelle Bindung des Richters und der Parteien gerade das zerstören [kann], was das materielle Recht sinnvoll gefügt hat*»³¹⁶. Dass der dienende Beruf des Prozessrechts³¹⁷ nicht als Bewertung seiner Macht zu verstehen ist, zeigte 1901 auch Franz KLEIN anhand seines Beschriebs

N. 4 und N. 6; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 1 N. 15; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N. 3; KLEIN, Geistesströmungen, S. 118, sprach vom «*dienenden Berufe*»; TROLLER, Grundlagen, S. 11, bezeichnet den «*Dienst am materiellen Recht*» als Aufgabe des Prozesses; in TROLLER, Prinzipien, S. 126, spricht der genannte Autor von einer «*rechtstechnische[n] Hilfsfunktion des Verfahrensrechts im Dienste des materiellen Rechts*».

³¹⁴ Die Botschaft ZPO, S. 7230, spricht von einer Forderung, die lapidar klingen möge.

³¹⁵ STAEHELIN, S. 108 m.H., dass der Zivilprozess vom Diener zum Widersacher des materiellen Rechts werden kann; MEIER I., ZPR, S. 26 zur Relativierung der dienenden Rolle des Prozessrechts; BAUR, Richtermacht, S. 97 f. zur Gefahr der Rechtsvernichtung durch Prozessrechtsnormen; SCHWARTZ, S. 291 zum Potential der faktischen Autonomie des Prozessrechts bei Vorzug der Speditivität gegenüber dem Ziel der materiell richtigen Entscheidung. Vgl. des Weiteren auch JOLIDON, S. 187: «*[le juge] est tenu d'appliquer les «règles du jeu» de la procédure civile, telles que le législateur les a établies, même dans la mesure où elles ne permettent pas la réalisation intégrale de l'idéal de Justice.*» und S. 195 zu den Regeln des Prozessrechts als negativen Einflussfaktor auf «*die*». Wahrheit: «*L'application de ces règles peut avoir pour effet qu'une prétention juridique découlant du droit privé ne soit pas protégée, ou au contraire qu'une prétention inexistante soit admise par le juge, parce que la procédure n'a pas permis que toutes les circonstances décisives, et elles seulement, trouvent l'accès à l'«état de fait» définitif.*»; HEER, S. 154: «*Ob der Berechtigte zu seinem Recht kommt, hängt nicht nur vom materiellen Recht ab, sondern ebenso sehr davon, wie das entsprechende Verfahren ausgestaltet ist.*» (Hervorhebung zugefügt); vgl. des Weiteren zum Auseinanderfallen von *Recht haben* und *Recht bekommen* z.B.: KUMMER, Habil., S. 17; MORDASINI-ROHNER, Diss., S. 1; ASPRION STÖCKLIN, S. 1; WILLISEGGER, S. 2; MARTIN P., S. 17; BERTI, ZPO, N. 13; Nationalrat Alec von GRAFENRIED, AB 2008 N. 635. Die Botschaft ZPO, S. 7230 erklärt die «*einfache Grundforderung*», «*Wer Recht hat, soll auch Recht bekommen*», ausdrücklich zu den mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts angestrebten Ziele; vgl. auch Ständerat Franz WICKI, AB 2007 S. 499, zu den Arbeiten der Kommission. Zur Verfehlbarkeit der Ziele im Zivilprozess vgl. auch N. 491 m.w.H.

³¹⁶ TROLLER, Grundlagen, S. 11.

³¹⁷ Bezeichnung von KLEIN, Geistesströmungen, S. 118.

der «Probe des Prozesses», die ein Recht zu bestehen hat: «[...] ist nämlich auch seinerzeit das Recht gehörig entstanden, sobald darüber Streit entfacht wird, ist es für die Rechtswelt nicht geboren, wenn es der Richterspruch nicht anerkennt. Der Prozess ist insofern eine dem Rechtserwerbe ebenbürtige, gleich wesentliche Voraussetzung des tatsächlichen Rechthabens. [...] Der Prozess gibt uns also nichts, was nicht an und für sich schon im Rechtsansprüche enthalten ist; aber er kann uns letzteres ganz oder teilweise nehmen, sobald jemand sich gegen dieses Recht auflehnt, es verneint.»^{318, 319}

Was das Verhältnis zwischen Sach- und Prozessrecht anbelangt, ist also zumindest eine Präzisierung im Sinne von Horst KONZEN angebracht: Nämlich, dass 115
«[b]eide Disziplinen [...] eine Zweckbeziehung [verbindet]: Das Prozessrecht ermöglicht erst die Verwirklichung des Privatrechts. Es hat insoweit eine dienende Funktion.»^{320, 321} Was gemeinhin als Dienen zusammengefasst wird, besteht demnach in der verantwortungsvollen Aufgabe der «Wahrung des Rechtsfriedens, Rechtsanwendung und auch Rechtsetzung»³²². Diese Aufgabe hat der Prozess gemäss TROLLER «in engster logischer und wertender Verbindung mit dem materiellen Recht, jedoch in funktioneller Selbständigkeit zu erfüllen [...]»³²³. An der Berechtigung der Forderung, dass das Zivilprozessrecht, trotz funktioneller Selbständigkeit, nicht zu einem reinen Selbstzweck verkommen darf,³²⁴ hat sich

³¹⁸ KLEIN, Geistesströmungen, S. 120 f.

³¹⁹ Vgl. auch DÜRINGER, S. 11: «Erst das rechtskräftige, unanfechtbare Urteil schafft das Recht unter den Parteien; vorher bestand es nicht, oder war in seinem Bestand völlig in Frage gestellt.» (Hervorhebungen weggelassen), dem zustimmend: TROLLER, Grundlagen, S. 27. Präzisierend sei der Hinweis von WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 34, angebracht, nämlich dass das *Privatrecht* die Entstehung von Rechten nicht von der Beweisbarkeit der diese begründenden Tatsachen abhängig macht.

³²⁰ KONZEN, S. 45 (Hervorhebungen zugefügt).

³²¹ Ähnliche Formulierung wie der letzte Satz im Übrigen auch bei WILLISEGGER, S. 50.

³²² So die Beschreibung der Aufgaben des Prozesses von TROLLER, Grundlagen, S. 30.

³²³ TROLLER, Grundlagen, S. 30.

³²⁴ Zur Ablehnung des Selbstzwecks vgl. z.B.: BGE 104 Ia 105 E. 4a; 4A_221/2015 E. 3.2 (nicht publiziert im BGE 141 III 549); 4A_412/2019 E. 4.1; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 6; BUCHER, S. 4; WILLISEGGER, S. 86; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N. 3 und 13; HENCKEL, Gerechtigkeitswert, S. 9 f.; RÖHL/RÖHL, S. 511; vgl. auch KLEIN, Vorlesungen, S. 10 f. und des Weiteren GAUL, S. 32 sowie HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19 m.H., dass der Zivilprozess bzw. dessen Normen nicht Zweck in sich, sondern immer Mittel zum Zweck sind. STAEHELIN, S. 108, hat die mit dem Selbstzweck verbundene Gefahr wie folgt beschrieben: «Dem Verfahrensrecht wohnt folglich eine starke formalistische Tendenz inne. Deswegen neigt es, wie jede

selbstverständlich auch mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung nichts geändert. Überdacht werden dürfte aber das altertümliche Etikett eines Dieners³²⁵, einer Magd³²⁶. Nicht erst die Anhebung des Prozessrechts auf die bundesrechtliche Ebene, sondern spätestens die Totalrevision der Bundesverfassung gab hierzu Anlass, wurden doch im Rahmen derer die Verfahrensgarantien explizit und ebenbürtig in den Grundrechtskatalog aufgenommen.³²⁷ Der jedenfalls neueren Datums stammende Vergleich von Ivo SCHWANDER über eine geschwisterliche Beziehung, in der das materielle und das formelle Recht zueinander stehen, zeichnet nach der vorliegend vertretenen Ansicht das reale, enge Verhältnis der beiden treffender nach: So ist gemäss diesem Autor das Prozessrecht *«manchmal die verständige, vernünftige ältere Schwester; manchmal die ungeduldige, ungezogene und manchmal die Krankenschwester»*^{328, 329}

formalistische Ordnung, zum Schematismus und zur Selbstherrlichkeit. Die Verfahrensvorschriften, denen bestimmte Funktionen zukommen und die bestimmte Interessen schützen sollen, drohen sich zu verselbständigen; sie werden um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles angewandt. Der Formalismus birgt aber noch eine ganz besondere Gefahr in sich: Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung bestehen nicht um ihrer selbst willen, sondern sorgen für die Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts. Sie spielen eine dienende Rolle; sie sind im Verhältnis zum materiellen Recht gleichsam von sekundärer Natur. Der übersteigerte Formalismus nimmt keine Rücksicht auf die abhängige Stellung des Verfahrensrechts; er erschwert und verunmöglicht die Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts und schafft damit krasses Unrecht.» Zum Selbstzweck und zum überspitzten Formalismus vgl. auch die Hinweise in FN. 2323 der vorliegenden Abhandlung.

³²⁵ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 6; BUCHER, S. 1; vgl. auch WALTER, Bundesprivatrecht, S. 284.

³²⁶ HABSCHIED, Grundlagen, N. 30, zum Prozessrecht als *«Magd des materiellen bürgerlichen Rechts»*; vgl. auch WALTER, Bundesprivatrecht, S. 284, und des Weiteren auch die Ausführungen bei WALTER, Weg, S. 314, zur Vereinheitlichung des Prozessrechts.

³²⁷ MABILLARD, Zukunft, S. 14 f., über dieses Ereignis als prozessualen Paradigmenwechsel, denn das moderne Zivilprozessrecht leitet sich nunmehr direkt von diesen verfassungsmässig verbürgten Garantien ab.

³²⁸ SCHWANDER I., Einflussnahme, S. 365.

³²⁹ Bereits KLEIN, Geistesströmungen, S. 134, verwendete 1901 eine andere Metapher, um das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zu beschreiben: *«Gutes Recht und guter Prozeß gehören zusammen, wie nach dem alten Spruche nur im gesunden Leibe ein gesunder Geist wohnen kann.»*

2. Ganzheitliche Betrachtung des Rechts

Zur Abgrenzung zwischen Sach- und Prozessrecht besteht eine reichhaltige 116 Literatur.³³⁰ Namentlich der deutsche Autor Wolfram HENCKEL hat sich in diese Thematik vertieft und wird diesbezüglich auch in der Schweiz oft rezipiert. So dürfte manchem HENCKELS Schluss geläufig sein, dass «[d]as Prozeßrecht [...] der Inbegriff aller Normen [ist], die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt aufgerufenen Rechtspflegeorgans begegnen [...]»^{331, 332}. Nun stehen in der vorliegenden Abhandlung aber weder die Abgrenzungsfrage noch die Unterschiede zwischen Sach- und Prozessrecht im Fokus: Im Sinne der hier vorbeschriebenen geschwisterlichen Verbundenheit der beiden Disziplinen besteht das Anliegen hier vielmehr in einer ganzheitlichen Betrachtung. Deshalb wurden vorliegend in HENCKELS Zitat die Gemeinsamkeiten von Zivil- und Prozessrecht hervorgehoben, wie sie auch Stephen BERTI identifizierte: Dieser schrieb zu Beginn seiner Dissertation, dass diese beiden Materien «zwei Elemente jenes bestimmten Instrumentariums zur Regelung und Bewertung menschlichen Verhaltens [sind], das herkömmlicherweise als Rechtsordnung bezeichnet wird»³³³. Wie auch immer somit ihre Abgrenzung genau definiert werden mag, haben diese beiden Bereiche der Rechtsordnung doch gemein, dass sie der Überkategorie Recht angehören³³⁴, dass sie sich daher dem gleichen Regelungsinstrument, der Rechtsnorm³³⁵, bedienen und dass sie damit beide menschliches Verhalten regeln. Die prozessuale Rechtsnorm weist demnach ebenso rechtlichen Gehalt auf wie die sachrechtliche;

³³⁰ In der Schweiz wohl nicht zuletzt deshalb, weil die Abgrenzung vor der Vereinheitlichung der ZPO noch eine weitergehende Bedeutung hatte, vgl. diesbez. N. 286.

³³¹ HENCKEL, Prozessrecht, S. 24 f. (Hervorhebungen zugefügt) sowie S. 22 und im Ansatz bereits S. 8 f.

³³² Diese Definition wird erneut im N. 292 aufgegriffen.

³³³ BERTI, Diss., S. 3 (Hervorhebung zugefügt).

³³⁴ Vgl. auch HENCKEL, Prozessrecht, S. 1: «Die systematische Zuordnung von Rechtssätzen zum Prozeßrecht oder zum materiellen Recht geschieht unter der Voraussetzung, daß beide Begriffe durch ein Gemeinsames verbunden sind. Der gemeinsame Oberbegriff ist das Recht, das in die Unterbegriffe «Prozeßrecht» und «materielles Recht» aufgliedert wird.»

³³⁵ Vgl. erneut HENCKELS Definition, der vom «Inbegriff aller Normen» spricht; vgl. auch JOLIDON, S. 182: «Les prescriptions de procédure, comme les normes du droit substantiel, sont des règles juridiques.» (Hervorhebungen jeweils zugefügt).

beziehungsweise wie Alois TROLLER treffend bemerkte: «Dem Inhalt nach, der die Rechte und Pflichten der am Prozeß Beteiligten regelt, ist der Prozeß materiell [...]»^{336, 337} In diesen Gesichtspunkten unterscheiden sich somit Sach- und Prozessrecht nicht etwa diametral. Der Unterschied, ob das zu regelnde Verhalten vor Rechtspflegeorganen stattfindet oder nicht, spielt für das nachfolgend erläuterte Vorhaben indessen keine vordringliche Rolle.

ii) Vorliegendes Kapitel 2: Übernahme des Konzepts der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen auf das Verfahrensrecht

- 117 Im Sinne einer solch einheitlichen Betrachtungsweise werden vorliegend die Fragestellungen des Prozessrechts ebenbürtig in die weiteren Analysen einbezogen: Angelehnt an die Erkenntnisse zur Anwendung des Sachrechts sollen somit auch die syllogistischen Etappen bei der Anwendung des Prozessrechts in Tat- und Rechtsfragen eingeteilt werden. Auf dieser gemeinsamen Ebene der Tat- und Rechtsfragen können dann die Kontakte zwischen Sach- und Prozessrecht im Aufgabenbereich der Sachverhaltserstellung aufgezeigt werden.

iii) Ausblick auf das Kapitel 4: Ergründen der Trennlinie der Aufgabenteilung mithilfe dieses Konzepts

- 118 Wird ein Verfahren anhängig gemacht, aktualisiert sich die Koppelung von Sach- und Prozessrecht. Die beiden müssen als *Sinneinheit*³³⁸ zusammenspielen. Darüber hinaus bewirkt die Prozesseinleitung aber auch, dass die prozessualen Aufgaben –

³³⁶ TROLLER, Grundlagen, S. 15 (Hervorhebung im Original).

³³⁷ Vgl. auch die Aussagen von HENCKEL, Prozessrecht, S. 23: «Ein Unterschied im Rechtsgehalt kann in einer solchen Kontrastdefinition nicht hineingelegt werden. Denn das Prozeßrecht ist in gleicher Weise Recht wie das materielle Recht.» oder von BERTI, ZPR, S. 332: «Das Begriffspaar formelles Recht/materielles Recht ist mir zu wenig aussagekräftig. Denn schliesslich ist alles Recht das Recht der damit geregelten Materie und so gesehen materielles Recht.» (Hervorhebung im Original).

³³⁸ Ausdruck von ZÖLLNER, S. 481 und 486; auch bei KOCH, S. 19. Zum Zusammenwirken von Privatrecht und Zivilprozessrecht und zum harmonischen Ganzen vgl. GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 4 ff., insb. S. 4 f.: «Bei der Fällung des Sachurteils muß der Richter sowohl Privatrecht als Prozeßrecht zur Anwendung bringen. [...] Zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts bedarf es eines Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozeßrecht, sofern Rechte und Pflichten nicht freiwillig beachtet werden.»; des Weiteren auch MARTIN P., S. 22 f.; SALZGEBER, S. 31. Sodann HIGI, S. 471, m.H., dass Rechtsanwendung nicht bloss die Anwendung des materiellen Rechts getreu dem Grundsatz *iura novit curia* meint, sondern ebenso die Anwendung des Verfahrensrechts miteinschliesst. Zur Wechselbeziehung zwischen

also der Beitrag zu den Antworten auf die sich stellenden Rechts- und Tatfragen – zwischen den Prozesssubjekten aufgeteilt werden müssen. Zur Ermittlung der Trennlinie zwischen den Aufgaben des Gerichts und denjenigen der Parteien im Bereich der Sachverhaltserstellung wird im Kapitel 4 das eben erläuterte Konzept zunutze gemacht: Das heisst, es wird einerseits mit den syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen des Sach- und des Prozessrechts und andererseits mit den im nachfolgenden Unterkapitel B. dargestellten Kontakten zwischen Sach- und Prozessrecht im Bereich der Sachverhaltserstellung gearbeitet.³³⁹

b. Beschrieb der Tat- und der Rechtsfrage des Verfahrensrechts

i) Sich entwickelndes prozessuales Sein als Tatfrage des Verfahrensrechts

Im Kapitel 1 wurde erläutert, dass das Prozessrechtsverhältnis ein neues, dreiseitiges Rechtsverhältnis darstellt, welches sich ab der Verfahrenseinleitung in einer beständigen Entwicklung befindet.³⁴⁰ Auf diesen Beschrieb des Prozessrechtsverhältnisses nach Oskar BÜLOW wird an dieser Stelle zurückgegriffen, um die Übernahme des Konzepts der Tat- und Rechtsfragen auf den prozessualen Bereich zu stützen: Analog zum sachrechtlichen Kontext stellt nach der vorliegend vertretenen Vorstellung dieses sich entwickelnde *prozessuale Sein* ebenso eine Tatfrage dar. Diese Tatfrage steht ebenfalls mit dem Untersatz des Syllogismus in Verbindung – jedoch nicht mit demjenigen bei der Anwendung sachrechtlicher Normen, sondern mit dem Untersatz bei der Anwendung des *Verfahrensrechts*. Im Anliegen um möglichst prägnante Begrifflichkeiten wird in der Folge verkürzt von der *Tatfrage des Verfahrensrechts* gesprochen. 119

Um Unklarheiten sogleich vorzubeugen: Mit der Wendung *Tatfrage des Verfahrensrechts* soll somit nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass der Zivilprozess 120

materiellem und formellem Recht vgl. HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 2; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 6.

³³⁹ Zum Beschrieb der Aufgabenteilung mithilfe des Konzepts der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts vgl. N. 307–333 und zur Lokalisierung der Trennlinie vgl. N. 334–336.

³⁴⁰ Vgl. hierzu N. 23–24.

zuweilen eine bloss formelle Wahrheit zutage fördert und gar nicht dasjenige Geschehen, das sich real zugetragen hat.^{341, 342}

- 121 Die Tatfrage des Verfahrensrechts erkundigt sich vorliegend schlicht nach dem prozessualen Geschehen an sich. Auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung stellt inzwischen das prozessuale Geschehen unter der Bezeichnung «*Prozesssachverhalt*» häufiger in den Fokus:³⁴³ Hierunter werden namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Erörterungen, ihre Prozessklärungen und Beweisvorbringen, der Inhalt einer Zeugenaussage oder einer Expertise wie auch die Feststellungen anlässlich eines Augenscheins verstanden.³⁴⁴ Für die vorliegende Abhandlung ist wichtig, das Prozessgeschehen strikt *im Zeitverlauf* zu betrachten: Gemeint ist damit, dass zum Zeitpunkt, in welchem eine bestimmte Aussage zu der von einer Partei vertretenen Sachverhaltshypothese in den Prozess Eingang findet, deren Wahrheitsgehalt beziehungs-

³⁴¹ Zum Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils vgl. N. 496–502.

³⁴² Vgl. auch die anschauliche Differenzierung verschiedener Vergangenheiten bei LUHMANN, S. 44.

³⁴³ Begriff z.B. verwendet in: BGE 137 III 32 E. 2.4; BGE 140 III 16 E. 1.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 143 III 297 E. 8.2.5.1; BGE 144 III 155 E. 2.3.1; 4A_210/2009 E. 2; 4A_519/2011 E. 1.3.1; 4D_101/2014 E. 1.4.1; 4A_423/2014 E. 2.2; 5A_205/2015 E. 5.1; 4A_258/2015 E. 2.5; 4A_333/2015 i.V.m. 4A_337/2015 E. 3.2; 4A_580/2015 E. 3 (nicht publiziert im BGE 142 III 271); 5A_618/2015 E. 4.2; 4A_46/2016 E. 2.3 und 4.1.2; 4A_306/2016 E. 1.3; 5A_346/2016 E. 3 (nicht publiziert im BGE 143 III 361); 4A_380/2016 E. 1.2 und 3.3.3; 4A_628/2016 E. 2.2; 4A_703/2016 E. 2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 344); 4A_229/2017 E. 1.1; 4A_261/2017 E. 2.2; 5A_712/2017 E. 3; 5A_899/2017 E. 4.2; 4A_20/2018 E. 2.1 und 2.5; 4A_189/2018 E. 3.1; 4A_217/2018 E. 4.1; 4A_228/2018 E. 1.1; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 2.2, 10.6 und 10.8; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 2.1; 4A_533/2018 E. 2.2; 5A_763/2018 E. 1.6; 4A_48/2019 E. 2.1; 4A_225/2019 E. 2; 4A_280/2019 E. 2, 2.1 und 3.2; 4A_284/2019 E. 1.2 und 2.3.2; 4A_336/2019 E. 2.2; 4A_374/2018 E. 2.2; 4A_412/2019 E. 2.1; 4A_605/2019 E. 1.1; 4A_533/2019 E. 2; 5A_1036/2019 E. 3.2 und 4.4; 4A_106/2020 E. 1.1; 4A_148/2020 E. 1.3; auf Französisch vgl. auch das Urteil 4A_514/2016 E. 2.1, in welchem der Begriff «*faits procéduraux*» verwendet wird. Vgl. auch bereits DESCHENAUX, S. 19: «*Pour le surplus, on distingue entre les faits qui se produisent en dehors du procès et ceux qui se produisent au cours du procès. Ces derniers, les faits de procédure, comprennent les conclusions des parties, leurs allégations de fait, leurs déclarations (aveux, dénégations), leurs réquisitions de preuve, leurs moyens de droit, les opérations du tribunal, en un mot, toute la matière du procès (Prozessstoff; cf. art. 51 al. 1 ch. OJ).*»

³⁴⁴ BGE 140 III 16 E. 1.3.1 und 4A_210/2009 E. 2 m.H.a. die entsprechenden Lehrmeinungen.

weise Überzeugungswert noch nicht feststeht. Dieser Wahrheitsgehalt bestimmt sich nämlich erst im Rahmen der sachrechtlichen Beweiswürdigung. Dass deshalb vorliegend insbesondere relevant ist, *wie eine Aussage oder Darlegung zum Sachverhalt zu qualifizieren ist* – als *Tatsachenbehauptung*, als *Bestreitung*, als *Zeugenaussage* etc. –, wird sich im Kapitel 4 und insbesondere dann auch bei der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung im Detail erschliessen.

An sich bilden die vorliegend gewählten Begrifflichkeiten – die Tat- und die Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts – eine Synthese: Nämlich aus den Erkenntnissen über BÜLOWs Prozessrechtsverhältnis im vorangegangenen Kapitel 1 einerseits³⁴⁵ und der Einteilung der Stufen des juristischen Syllogismus in die Kategorien Tat- und Rechtsfragen im vorliegenden Kapitel 2 andererseits³⁴⁶. 122

Wie im Kapitel 4 gezeigt wird, erweist sich gerade die in diesem Unterkapitel beschriebene Tatfrage des Verfahrensrechts als nützliches Hilfsmittel, um die Aufgabenteilung bei der Sachverhalterstellung zu erfassen.³⁴⁷ Hierbei sind aus dem ganzen prozessualen Geschehen, welches ebendiese Tatfrage des Verfahrensrechts bildet, vor allem die Fragen, *zu welchem Zeitpunkt von wem welche Aussagen zum strittigen Sachverhalt und welche zugehörigen Beweismittel in den Prozess eingebracht worden sind*, von besonderem Interesse. Die Nützlichkeit der Tatfrage des Verfahrensrechts zur Beschreibung der zivilprozessualen Aufgabenteilung gründet unter anderem darin, dass von dieser nicht nur das Handeln der Parteien, sondern auch die Tätigkeiten des Gerichts erfasst werden. Schliesslich bildet die Gerichtstätigkeit ebenfalls Teil des sich entwickelnden prozessualen Seins.³⁴⁸ Hierauf wird im Kapitel 4 im Detail eingegangen.³⁴⁹ 123

³⁴⁵ Vgl. hierzu N. 23–24.

³⁴⁶ Vgl. hierzu N. 105–107.

³⁴⁷ Vgl. zum Beschrieb der Aufgabenteilung mithilfe des Konzepts der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts N. 307–333 und zur Lokalisierung der Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts im Bereich der zivilprozessualen Sachverhalterstellung N. 334–336.

³⁴⁸ Vgl. auch die Aufzählung der *«faits de procédure»* bei DESCHENAUX, S. 19: *«les conclusions des parties, leurs allégations de fait, leurs déclarations (aveux, dénégations), leurs réquisitions de preuve, leurs moyens de droit, les opérations du tribunal, en un mot, toute la matière du procès [...]»* (Hervorhebungen zugefügt).

³⁴⁹ Zu den Aufgaben der Parteien in Bezug auf die Tatfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 315 und zu den Aufgaben des Gerichts in Bezug auf die Tatfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 317–318.

ii) Rechtsfragen des Verfahrensrechts

- 124 Nunmehr sollen auch die am juristischen Syllogismus orientierten Unterkategorien sachrechtlicher Rechtsfragen³⁵⁰ auf das Verfahrensrecht übertragen werden. Hierbei erhalten diese Unterkategorien dieselben Aufgabenbereiche, wie sie für das Sachrecht beschrieben wurden. Kurz gefasst gehören zu den *Rechtsfragen des Verfahrensrechts*³⁵¹ analog insbesondere:
- Die Frage nach den anwendbaren formell-rechtlichen Regeln im Obersatz.
 - Die Frage nach der Auslegung der formell-rechtlichen Regeln im Obersatz.
 - Die Subsumtion unter die formell-rechtlichen Regeln im Untersatz.
 - Die Frage der Konklusion; das heisst, welche Konsequenz (Rechtsfolge) die Anwendung der formell-rechtlichen Regeln im konkreten Fall mit sich bringt.
- 125 Wiederum das Augenmerk auf die Thematik der Sachverhalterstellung gelegt, interessieren vorliegend insbesondere diejenigen Rechtsfragen des Verfahrensrechts, die Antworten dazu liefern, wie eine Streitsache von wem in den Prozess einzubringen und verbindlich festzustellen ist, und wie weit dies im konkreten Fall auch rechtsgenügend erfolgt.

iii) Anschlussfähigkeit an Rechtsprechung, Gesetzesmaterialien und Lehre

- 126 Losgelöst vom vorliegenden Kontext lassen sich in der Lehre, der Rechtsprechung und in den Gesetzesmaterialien verschiedentlich Ausführungen finden, bei denen sich leicht ein Bezug zu den hier aufgezeigten Kategorien der Tat- und der Rechtsfragen des Verfahrensrechts herstellen lässt. An dieser Stelle seien einige Belege exemplarisch aufgezeigt:
- 127 Bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2008, das eine Rüge zu überhöhten Substantiierungsanforderungen behandelte, führte das Bundesgericht aus, dass die Fragen, *ob respektive was* eine Partei zur Substantiierung *tatsächlich vorgebracht* hat, eine Tatfrage darstellt.³⁵² Da sich diese Fragen auf das beziehen, was sich im Verfahren zugetragen hat, wäre anzunehmen, dass das Bundesgericht mit dieser Aussage eine *Tatfrage des Verfahrensrechts*³⁵³ anspricht. Allerdings gilt zu bedenken, dass

³⁵⁰ Vgl. zu diesen N. 106.

³⁵¹ Im Detail zu Rechtsfragen des Verfahrensrechts, die das Einbringen von Prozessstoff betreffen, vgl. N. 319–321.

³⁵² 4C.434/2006 E. 3.6.

³⁵³ Zum Begriff vgl. N. 119–122.

das Bundesgericht hinsichtlich der Substantiierung auch regelmässig die Rolle des materiellen Rechts betont: So sei es dieses, das bestimmen würde, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist.³⁵⁴ Zur Beschreibung des Ablaufs des vor- und des erstinstanzlichen Verfahrens verwendet das Bundesgericht aber zwischenzeitlich auch den bereits hiervor aufgegriffenen Terminus des *Prozesssachverhalts*.³⁵⁵ Stellenweise tragen zudem die Materialien zur eidgenössischen Zivilprozessordnung dem prozessualen Geschehen ganz besonders Rechnung: Auch wenn nicht von einer *Tatfrage des Verfahrensrechts* gesprochen wird, ist der Botschaft doch zu entnehmen, dass zugunsten des Kindeswohls die Untersuchungsmaxime «auch für Sachverhaltsfragen prozessualer Natur wie die Anordnung der Vertretung des Kindes» gilt.³⁵⁶

Ähnliches lässt sich zum Gegenstück der Tatfrage berichten: Obschon auch hier 128 nicht mit der vorliegend gewählten Terminologie gearbeitet wird, gibt es doch verschiedene Belege dafür, dass Lehre und Rechtsprechung auch das Bestehen von *Rechtsfragen des Verfahrensrechts* voraussetzen.

In den 1990er Jahren etwa führte das Bundesgericht im Rahmen einer patent- 129 rechtlichen Nichtigkeitsklage, eine Form der negativen Feststellungsklage, das Folgende aus: «Das Rechtsschutzinteresse ist vom Kläger nachzuweisen (Art. 28 PatG). Dabei ist eine vom kantonalen Richter verbindlich entschiedene Tatfrage, welche Umstände nach den Vorbringen der Parteien oder dem Ergebnis des Beweisverfahrens erstellt sind und damit der rechtlichen Subsumtion unter den Begriff des Interesses zugrunde gelegt werden können. Frei zu prüfende Rechtsfrage ist dagegen, welche Umstände rechtserheblich sind und ob sie zur Begründung der Klagebefugnis ausreichen.»³⁵⁷ Da nun dieses hinreichende Feststellungsinteresse als Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzinteresses zu den *Prozessvoraussetzungen* gehört,³⁵⁸ ist damit nach der vorliegend vertretenen Ansicht im Zitat eine Subsumtion *im verfahrensrechtlichen Bereich* und somit eine ebensolche Rechtsfrage angesprochen.

Ein Beispiel aus der Lehre, das die vorliegend getroffene Kategorisierung wider- 130 spiegelt, liefert die noch vor Inkrafttreten der vereinheitlichten Prozessordnung erschienene und seither viel beachtete Dissertation von Martin SARBACH zur rich-

³⁵⁴ Vgl. hierzu N. 288–289.

³⁵⁵ Vgl. hierzu N. 121 m.w.H.

³⁵⁶ Botschaft ZPO, S. 7367 zu Art. 290 und 291 (Hervorhebung zugefügt).

³⁵⁷ BGE 116 II 196 E. 2b (Hervorhebung im Original anders).

³⁵⁸ BGE 116 II 196 E. 1a f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 558.

terlichen Frage- und Aufklärungspflicht. Im Rahmen seines Plädoyers für eine richterliche Fragepflicht anstelle eines blossen Fragerechts führt SARBACH aus: *«Wohl ist zutreffend, dass sich Rechtsmittelinstanzen bei Bestehen einer Fragepflicht zu Belangen der Tatsacheninstanzen äussern (da gegen eine Pflichtverletzung ein Rechtsmittel gegeben sein muss). Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine Einmischung in den Bereich der Tatfragen, denn es geht hier nicht um die Frage, ob sich erhebliche Tatsachen verwirklicht hätten (eine der Tatsacheninstanz vorbehaltene Frage nach dem Sein), sondern darum, wie das Gericht in einer bestimmten Prozesssituation hätte reagieren sollen, ob sich etwa aus einer bestimmten Tatsachenbehauptung die Verpflichtung ergeben hätte, nachzufragen (also eine Frage des Sollens) und damit um eine Rechtsfrage.»*³⁵⁹ In der vorliegend verwendeten Diktion ausgedrückt, thematisiert SARBACH damit eine *Rechtsfrage des Verfahrensrechts*, die er, bei genauer Betrachtung der zitierten Passage, von der *Tatfrage (des Sachrechts)*³⁶⁰ abgrenzt. Genau diese beiden Fragekategorien werden auch in der folgenden bundesgerichtlichen Urteilspassage zum Beweisrecht aufgegriffen: *«Ob das kantonale Gericht das richtige Beweismass [...] angewandt hat, ist dabei eine vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage. Die Bewertung des Beweismittels, [...] d.h. die Frage, ob der den bundesrechtlichen Anforderungen entsprechende Beweis von der beweisbelasteten Partei im konkreten Fall tatsächlich erbracht worden ist, betrifft demgegenüber die gerichtliche Beweiswürdigung [...]. Sie gehört zur Feststellung des Sachverhaltes [...].»*³⁶¹

B. Resultat: Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht

- 131 Bei den eben genannten Beispielen, die aufzeigen, inwiefern sich Rechtsfragen auch im Verfahrensrecht finden lassen, kam zuletzt das Zusammenwirken solcher Rechtsfragen mit dem Sachrecht zur Sprache. Auch Walter HABSCHEID beobachtete das Zusammenspiel zwischen Sach- und Prozessrecht. In seinem Lehrbuch lassen sich hierzu folgende Erläuterungen finden: *«Wird [...] das Recht eines Rechtssubjektes in Frage gestellt, so ist eine autoritative rechtliche Feststellung*

³⁵⁹ SARBACH M., Diss., S. 43 (Hervorhebung im Original anders).

³⁶⁰ Zum Begriff Tatfrage des Sachrechts vgl. N. 107.

³⁶¹ 5A_606/2014 E. 3.2 (Hervorhebungen zugefügt) m.H.a. die Rechtsprechung; ähnliche Differenzierung in den Urteilen 5A_623/2019 E. 3.2.1 und 5A_624/2019 E. 3.2.1. Bez. der Anforderungen an das Beweismass als Rechtsfrage vgl. BGE 130 III 328 E. 3.

*erforderlich. Diese erfolgt im Prozess. Das Prozessrecht regelt das Verfahren vor dem Rechtspflegeorgan (Gericht), das die autoritative Feststellung im Urteil zu fällen hat. Der entscheidungserhebliche Sachverhalt, auf dem das Urteil beruht, wird unter Anwendung des materiellen Rechts ermittelt (Erheblichkeits- und Sachlichkeitsprüfung). Der Beweis wird unter Beachtung der (von der herrschenden Meinung materiellrechtlich qualifizierten) Beweisregel geführt. Das Urteil aber wird gewonnen durch die Subsumtion des Sachverhalts unter das materielle Recht. So sind im Prozess Verfahrensrecht und materiellrechtliche Regelung verwoben.»*³⁶² Diese Verflechtung zwischen Sach- und Verfahrensrecht lässt sich anhand des vorliegend erarbeiteten Instrumentariums auch auf der Ebene der Tat- und der Rechtsfragen beschreiben. Hierzu gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass die syllogistisch im Untersatz verortete Rechtsfrage der Subsumtion im Sachrecht³⁶³ zweierlei bedingt:

Zunächst verlangt die sachrechtliche Subsumtion, dass vorab Aussagen und Beweise zu den sachrechtlichen Sachverhaltshypothesen in den Prozess eingebracht werden. Diese Vorbringen sollen das abbilden, was im bereits zuvor existierenden, zwischen den Parteien strittigen Zivilrechtsverhältnis ist, was war oder allenfalls noch sein wird.³⁶⁴ Das Einbringen von Aussagen und Beweisen zum Sachverhalt an sich bildet ein prozessuales Geschehen und gehört somit in den Bereich der Tatfrage des Verfahrensrechts.³⁶⁵ Damit dieses *Einbringen* korrekt abläuft, sind wiederum *vorab Antworten auf verschiedene Rechtsfragen des Verfahrensrechts*³⁶⁶ geschuldet: Beispielsweise wer unter welcher Verpflichtungsart für das Einbringen einer substantiierten Behauptung in den Prozess und für deren Untermauerung mittels Beweise verantwortlich ist. Oder wen welche Mitwirkungsaufgaben treffen. Anschliessend stellt sich die Rechtsfrage, ob das betreffende Subjekt seine Einbringtätigkeiten (unter Berücksichtigung seiner Haltung und der im Hinblick auf das *ius* kompletten Sachverhaltshypothese) prozessual rechtsgenügend umgesetzt hat. 132

Zudem bedingt die sachrechtliche Subsumtion innerhalb eines Zivilverfahrens vorab eine *verbindliche Feststellung* darüber, welche Teile der eingebrachten 133

³⁶² HABSCHEID, Grundlagen, N. 39 (Hervorhebungen weggelassen) im Rahmen seiner Darstellung von Abgrenzungsmerkmalen zwischen Zivil- und Prozessrecht.

³⁶³ Zur Subsumtion bei der Anwendung des Sachrechts als Rechtsfrage vgl. N. 106.

³⁶⁴ Zur Tatfrage des Sachrechts vgl. N. 107 i.V.m. N. 98.

³⁶⁵ Zur Tatfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 119–123.

³⁶⁶ Zur Rechtsfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 124–125 und im Einzelnen auch N. 319–331.

sachrechtlichen Sachverhaltshypothesen das Geschehene wahrheitsgetreu wiedergeben.³⁶⁷ Oder anders ausgedrückt: Es muss zunächst entschieden werden, welche der sich oft widersprechenden Aussagen zusammen die möglichst wahrheitsgetreue Antwort auf die Tatfrage des Sachrechts³⁶⁸ geben. Dieser Entscheid wird nach der Würdigung des Prozessstoffs gefällt. Auch die Feststellungsphase verlangt wiederum *vorab die Beantwortung von Rechtsfragen des Verfahrensrechts*³⁶⁹: Insbesondere derjenigen nach dem Moment beziehungsweise nach dem Überzeugungsgrad, ab dem eine Behauptung zum Geschehen vom Gericht den Status einer verbindlich festgestellten Tatsache erhält. Zudem bedarf es Antworten auf die Rechtsfragen des Verfahrensrechts, mit welchen zulässigen Mitteln von welchem Prozessbeteiligten auf diese Feststellung hinzuarbeiten ist.³⁷⁰

- 134 Zusammengefasst bilden einerseits das Einbringen von Aussagen und Beweisen zur jeweiligen Sachverhaltshypothese und andererseits die darauffolgende autoritative Feststellung des für das Verfahren als verbindlich geltenden Sachverhalts zwei Kontaktbereiche zwischen dem Sach- und dem Prozessrecht.³⁷¹ Somit berüh-

³⁶⁷ Zur Sachverhaltsfeststellung und zur Subsumtion als zwei Teile des Untersatzes vgl. N. 83. ENGISCH, Studien, S. 20, führt zudem aus, dass *«die Feststellung des konkreten Lebenssachverhalts ein plus bedeutet gegenüber der bloßen Vergegenwärtigung eben dieses Sachverhalts»* und dass *«die rechtliche Würdigung des Sachverhalts [...] [sich] genau so gut an einen bloß angenommenen wie an einen wirklich geschehenen und als solchen «erwiesenen» Sachverhalt anschließen kann»*.

³⁶⁸ Zum Begriff vgl. N. 107.

³⁶⁹ Zur Rechtsfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 124–125 und N. 319–331.

³⁷⁰ Vgl. auch ZIPPELIUS, S. 77, ganz allgemein zur gerichtlichen Tatsachenfeststellung, d.h. ohne die vorliegend getroffene Einteilung in die vier Kategorien von Tat- und Rechtsfragen: *«Der Richter muß wissen, unter welchen Bedingungen er eine Tatsache als (vorliegend) anzunehmen hat, insbesondere mit welchem Gewißheitsgrad sie für ihn feststehen muß, ferner, mit welchen Mitteln er sich diese Gewißheit über Tatsachen zu verschaffen hat, und vor allem auch, wer diese Tatsachen darlegen und beweisen muß. Alle diese Fragen bedürfen einer normativen Beantwortung. Kurz, der Richter braucht (Operationsregeln), die ihm sagen, unter welchen Bedingungen er Tatsachen als gegeben anzunehmen und daher unter die einschlägige Rechtsnorm zu subsumieren hat.»* (Hervorhebungen weggelassen); zu diesen Operationsregeln zählt ZIPPELIUS, S. 77 f., insb. die Frage, wer die Last für den Tatsachenvortrag und den Beweis hat (Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime), die Erkenntnismittel, der erforderliche Gewissheitsgrad, die freie richterliche Beweiswürdigung.

³⁷¹ Die beiden geschilderten Kontaktbereiche des Einbringens und des Feststellens sind zuweilen auch gemeinsam in Erläuterungen der Lehre enthalten, vgl. z.B. insb. die ersten beiden Elemente der Subsumtion bei ENGISCH, Studien, S. 19; den Hinweis von BERTI, ZPO, N. 18, dass wenn ein Rechtsschutzgesuch gehörig rechtshängig gemacht

ren auf der Ebene des Untersatzes des sachrechtlichen Syllogismus verschiedene Rechtsfragen des Verfahrensrechts die Tatfrage des Sachrechts.³⁷² Dies belegt auch der Hinweis von Isaak MEIER, nach dem die Anwendung der Rechtsregeln zur Feststellung des Sachverhalts Rechtsfragen sind. Unter diesen Regeln listet MEIER die Beweislast, das Beweismass, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, die Substantiierungspflicht und das Recht auf Beweis auf.³⁷³ Insbesondere also verschiedene Elemente des Beweisrechts. Tatsächlich dient dieses der Abklärung, welche der in das Verfahren eingebrachten Hypothesen sich zu bewahrheiten vermag.³⁷⁴ Die gerichtliche Beweiswürdigung bildet somit das *Bindeglied* vom

worden ist, die weiteren Verfahrensschritte «die Sammlung der Tatsachen (*Prozessstoff*) im Hinblick auf die Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts» bezwecken (Hervorhebungen zugefügt). Dass es sich um einen Kontakt zwischen Sach- und Prozessrecht handelt, zeigt z.B. der Hinweis von TSCHENTSCHER, S. 74, dass der Übergang vom «*Roh*»-Sachverhalt (m.H.a. den Ausdruck von LARENZ/CANARIS, S. 100) hin zum *juristischen* Sachverhalt die «*Domäne des gerichtlichen Prozessrechts*» ist, in dem die Beweislastverteilung und die verschiedenen Mittel der Beweisführung eine Rolle spielen.

³⁷² Dass hier der Kontaktbereich zwischen den beiden Fragekategorien der beiden Regelungsmaterien zu suchen ist, lässt sich auch aus Bemerkungen von DESCHENAUX, S. 14, schliessen: «*Si le juge se trompe dans la constatation d'un fait important, il viole peut-être – non pas nécessairement – les règles de la procédure; il ne méconnaît pas en cela le droit matériel.*» (Hervorhebungen zugefügt) sowie S. 26 f.: «*Une constatation de fait, au sens défini, ne peut, en tant que telle, violer une règle de droit matériel, qu'il s'agisse du droit fédéral, du droit cantonal ou du droit étranger. En revanche, en procédant à une constatation, le juge peut avoir enfreint une règle de procédure, ce qui a pour effet de vicier cette constatation elle-même.*» (Hervorhebungen im Original anders) oder auch aus dem Hinweis von GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 4: «*Gleichwohl ist es nicht so, daß für den Urteilsinhalt Privatrecht allein maßgebend wäre. Für den Urteilsinhalt kommt es weithin auch auf das prozessuale Verhalten der Parteien an, insbesondere darauf, was sie behauptet und bestritten haben und welche Beweise sie angetreten haben. Das beruht auf einem prozessualen Grundsatz, der den Weg zur Feststellung des Tatbestandes im Prozeß bestimmt und nicht die Existenz privatrechtlicher Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hat. Nach Privatrecht bestimmen sich die Folgen des nach Maßgabe des Prozeßrechts festgestellten Tatbestandes; die Tatbestandsfeststellung ist aber ebenfalls Teil des Sachurteils.*»

³⁷³ MEIER I., ZPR, S. 486. Zustimmend: B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 21; teilweise ähnlich S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 9.

³⁷⁴ Vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.1: «*Mit der Abnahme von Beweisen und deren Würdigung stellt das Gericht fest, ob Tatsachen im Prozess als wahr zu gelten haben.*»; ähnlich SUTTER-SOMM, ZPR, N. 764; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 1; vgl. des Weiteren BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 5, wonach die Tätigkeit des Beweisens bezweckt, eine beweisbedürftige Tatsachenbehauptung zur gerichtlich festgestellten

Kontaktbereich des Einbringens hin zum darauffolgenden autoritativen Feststellen des sachrechtlichen Sachverhalts.³⁷⁵ Damit ist klar, dass nach dem Einbringen der Sachverhaltshypothesen in das Verfahren die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung Schlüsselereignisse auf dem Weg hin zur Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts im Prozess darstellen.³⁷⁶

C. Fazit zur Abhängigkeit des *da mihi facta* von *ius* (II)

- 135 Zum Ende des Kapitels 1 über die Prozesssubjekte im Prozessrechtsverhältnis wurden einige der behandelten Aspekte aufgegriffen, die belegen, dass sich das

Tatsache übergehen zu lassen. Vgl. auch KOCH, S. 11, der schreibt, dass das Beweisrecht eine Schnittstelle von materiellem Recht und Prozessrecht darstellt.

³⁷⁵ Vgl. hierzu N. 147.

³⁷⁶ Vorliegend wird die Meinung vertreten, dass die Beweiswürdigung als *Prozess hin zur Beantwortung der sachrechtlichen Tatfragen* – der Feststellung der verschiedenen Elemente, die zum rechtserheblichen Sachverhalt gehören – zu verstehen ist. Daher ist die Formulierung von HOTZ, S. 22 f., zu begrüßen, der erwähnt, dass die Tatbestandsfeststellung das *Ergebnis* der tatsächlich-materiellen Würdigung (Beweiswürdigung) des konkreten Falls ist. Formulierungen, die suggerieren, dass die Beweiswürdigung (selbst) eine Tatfrage sei, sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht ausreichend präzise. Vgl. z.B. das Urteil 4A_178/2013 E. 3.2.3: «*Die Beweiswürdigung ist Tatfrage, die das Bundesgericht lediglich auf Willkür hin überprüfen kann [...]*»; SARBACH R., N. 80: «*Tatfrage ist namentlich auch die Beweiswürdigung.*»; in diese Richtung auch B/G/S II-BLICKENSTORFER, Art. 320 N. 19, der m.H.a. 5D_98/2012 E. 5.1 davon ausgeht, dass die Tatfrage insb. die Beweiswürdigung umfasst; vgl. des Weiteren auch HUGUENIN-DUMITTAN, S. 14; S/H/L-REETZ/THEILER, Art. 310 N. 25. Dass solche Gleichstellungen dem komplexen Prozess der Beweiswürdigung bald nicht mehr gerecht werden, da sich auch dort Rechtsfragen stellen, zeigen die Ausführungen von GULDENER, vgl. z.B. GULDENER, Beweiswürdigung, S. 5: «*Eine Rechtsfrage ist es aber, inwiefern der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung überhaupt Geltung hat und ob die richterliche Tatsachenfeststellung die Grenzen freier richterlicher Beweiswürdigung beachtet.*» sowie GULDENER, ZPR, S. 483: «*Rechtsfrage ist, ob ein Beweis nach freier richterlicher Überzeugung zu würdigen sei. Tatsächlicher Natur ist dagegen die Frage, ob ein Beweis geleistet oder gescheitert ist. Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung bedeutet aber nicht, daß der Richter nach Willkür verfahren dürfe. Rechtsfrage ist daher, ob sich eine konkrete Beweiswürdigung innerhalb des dem Richter eingeräumten Ermessens bewege.*» (Herzvorhebungen in beiden Zitaten zugefügt).

da mihi facta nicht vom Rechtlichen isolieren lässt. Im vorliegenden Kapitel 2 wurde diese von der Parömie verschwiegene Abhängigkeit durch eine detaillierte Betrachtung des Mechanismus der Rechtsanwendung weiter herausgearbeitet. Aus der Perspektive des Begriffspaares *facta* | *ius* lassen sich nun die im letzten Unterkapitel C. zusammengetragenen Belege wie folgt ergänzen:

Durch eine systematische Einteilung der Teilschritte des Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen des Sachrechts konnte aufgezeigt werden, dass der Dualismus *facta* | *ius* nicht deckungsgleich zur Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage verläuft: Im Mechanismus der Subsumtion liegt der Grund, dass der Schluss, dass der Tatbestand eines Rechtssatzes erfüllt ist, sich nicht ausschliesslich in der Sphäre des Tatsächlichen abspielt.³⁷⁷ Das *da mihi facta* verlangt somit nach Kenntnissen darüber, welche Geschehnisse zusammen ein Tatbestandsmerkmal auszufüllen vermögen, oder umgekehrt, welche konkreten Situationen ein Rechtsbegriff erfassen kann und will.³⁷⁸ Damit erstaunt es wenig, dass Hinweise auf die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen für die Sachverhaltsdarstellung sehr verbreitet sind.³⁷⁹ 136

Das von den Rechtsuchenden abverlangte rechtliche Einschätzungsvermögen potenziert sich im Fall einer Verfahrenseinleitung sogleich: Denn damit aktualisiert sich im konkreten Fall die Überlagerung von einschlägigen Sach- und Verfah- 137

³⁷⁷ Vgl. hierzu N. 104.

³⁷⁸ Vgl. auch MÜLLER O., S. 41 f., über das zu *da mihi facta dabo tibi ius* (bzw. *narra mihi factum, ego tibi narrabo ius*) «sinnverwandte *Jura novit curia*»: «Der bequeme oder mangelhaft ausgebildete Anwalt könnte ihn als Ruhekissen benützen wollen: Ich habe die Geschichte erzählt und damit meine Pflicht erfüllt, das übrige ist Sache des Gerichts, es muss Gesetz und Recht kennen und richtig anwenden. [...] Dem sorglosen Anwalt wäre zu antworten: Wenn du Gesetz und Recht nicht gründlich kennst, wirst du nie wissen, welche Tatsachen entscheidend sind, wirst also auch niemals eine gute narratio liefern, die alles Überflüssige vermeidet, besonders aber alles Notwendige enthält.» (Hervorhebung weggelassen).

³⁷⁹ Z.B. bei: MARTIN P., S. 41 f.; HEER, S. 176; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 288 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 41; MEIER I., Diss., S. 149; SARBACH M., Wandel, S. 152 f.; SARBACH M., Diss., S. 6 f.; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 19; FISCHLI, S. 92 f.; VOGEL, Richter, S. 66; ASPRIEN, S. 34; BRÖNNIMANN, Diss., S. 3; SARBACH R., N. 84 f.; LIENHARD A. [b], N. 92 und 95; VOGEL, Menschenbild, S. 522; MÜLLER O., S. 41 f.; MEIER I., ZPR, S. 394 f.; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 73; DROESE, Note 5D_16/2016, S. 430 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 330 und 404; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 274; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 22; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 8; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 92 m.H.a. den «Grundsatz: *ignorantia juris nocet*».

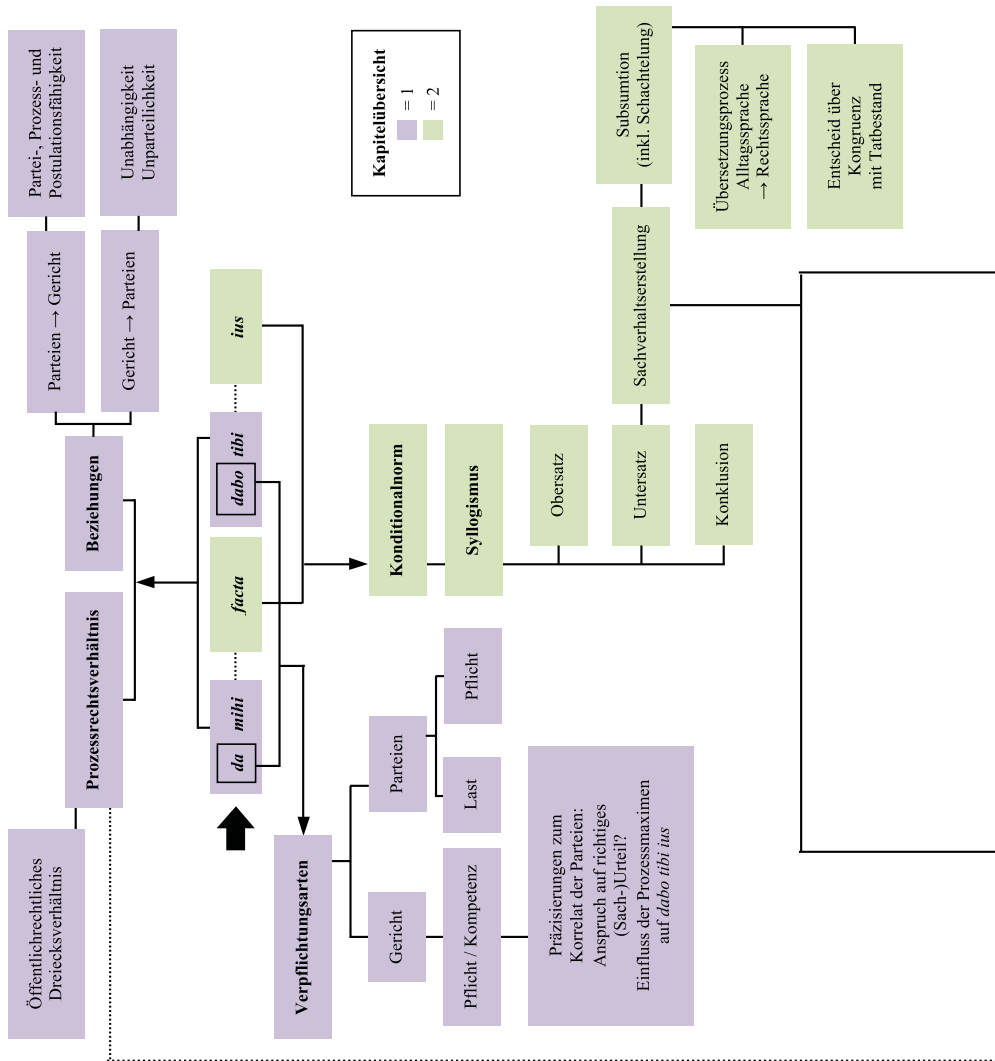
rensrechtsnormen.³⁸⁰ Indem vorliegend die Aufteilung des juristischen Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen auf das Verfahrensrecht übertragen wurde, konnte das Zusammenwirken zwischen Sach- und Prozessrecht auf der Ebene dieser vier Fragekategorien betrachtet werden: So ergibt sich, dass, wenn die Parteien ihr Recht nicht selbstständig verwirklichen, sowohl das Einbringen der Sachverhaltshypothesen in den Prozess als auch die Feststellung der für sämtliche Teilnehmer verbindlichen Variante zwingend *vorab* die Beantwortung verschiedener Rechtsfragen des Verfahrensrechts bedingen.³⁸¹ Damit haben diese Rechtsfragen eminenten Einfluss auf die resultierende Sachverhaltsfeststellung. Zwar gilt auch für solche Rechtsfragen der im Kapitel 1 erläuterte Grundsatz *iura novit curia*. Allerdings nützt dies Rechtsuchenden nur wenig; die Verantwortung für eine prozessual rechtsgenügend eingebrachte und nötigenfalls nachgewiesene Sachverhaltshypothese fällt mit dem von ihnen zu tragenden Verfahrensausgang letztlich allein auf sie zurück.

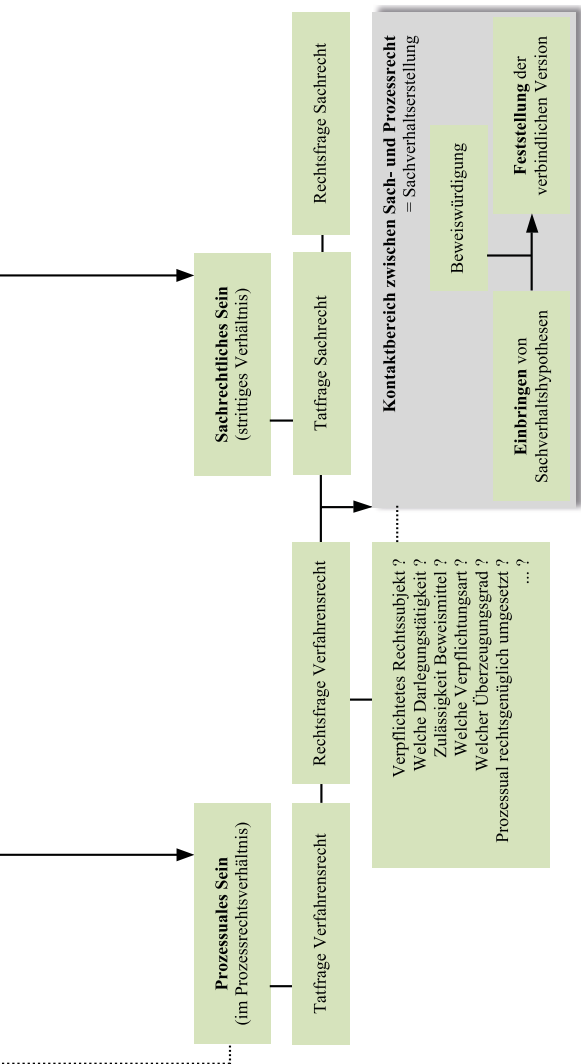
- 138 Die Parömie schweigt darüber, dass sich Parteien wie Gerichte für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch mit denjenigen des jeweils anderen Prozessteilnehmers zu befassen haben. Folglich bietet sie auch für die Probleme, die dies mit sich bringt, keine Lösungen an. Damit sieht sich der Gesetzgeber allein vor die Herausforderung gestellt, für alle Beteiligten faire Regelungen zur zivilprozessualen Sachverhaltserstellung zu finden: Solche, die mit der unabdingbaren Gerichtsneutralität zu vereinen sind und gleichzeitig beide Parteien befähigen, ihre Aufgaben im Rahmen des *da mihi facta* grundsätzlich rechtsgenügend bewältigen zu können, auch wenn diese Aufgaben in vielschichtiger Weise von *ius* abhängen.

³⁸⁰ Vgl. auch die Aussage von SARBACH M., Wandel, S. 152 f., über diese Mehrschichtigkeit: «Die Parömie *«da mihi facta, dabo tibi ius»* könnte zwar glauben machen, Erstellung des Sachverhalts und Rechtsanwendung liessen sich sauber voneinander trennen. Allein, um zu wissen, auf welche Tatsachen es ankommt (wir sagen: welche Tatsachen *«rechtserheblich»* sind) braucht es Rechtskenntnisse, womit dem auf sich alleine gestellten Bürger neben soliden Kenntnissen des Prozessrechts auch solche des materiellen Rechts *abverlangt* würden.» (Hervorhebung zugefügt).

³⁸¹ Vgl. hierzu N. 131–134.

GRAFIK 3 – ÜBERSICHT TEIL I





Siehe online:
<https://www.dike.ch/anderegg-grafiken-direct-link-grafik-3>

Teil II

Analyse der Brücke zwischen *da mihi facta* und *ius* – Einordnen der materiellen Prozessleitung

Im Zivilprozess bedarf es einer Aufgabenteilung, mit der sichergestellt ist, dass umsichtige Parteien nicht an unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen und entschuldbaren Versehen scheitern. Zugleich muss sie so ausgestaltet sein, dass die Gerichte stets ihre unabdingbare Neutralität wahren können.³⁸² Das Vereinen dieser Forderungen gehört zu den wohl grössten Herausforderungen bei der Gestaltung einer Verfahrensordnung, gerade wenn diese eine Laienbeteiligung zulassen soll. Kernthema der vorliegenden Abhandlung bildet die Aufteilung der zivilprozessualen Aufgaben zwischen Parteien und Gericht im Bereich der Sachverhaltserstellung. Um die Herausforderungen in diesem Bereich systematisch zu ergründen, fand im Teil I eine Auseinandersetzung mit der zu Beginn der Botschaft zur Zivilprozessordnung zitierten Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* statt. Anstatt diese als Synonym zur Verhandlungsmaxime aufzufassen, wie dies verbreitet getan wird, wurde das Sprichwort in seine sprachlich wie inhaltlich prägnanten Begriffspaare gegliedert. Dabei befassten sich die ersten beiden Kapitel einerseits mit den Prozesssubjekten, die hinter dem *da mihi* und dem *dabo tibi* stehen, und andererseits mit den in diesem reduzierenden Ausspruch enthaltenen Gegenständen der Aufgabenteilung – *facta* und *ius*. Abhängigkeiten des *da mihi facta* vom Rechtlichen, die es bei der sinnvollen und fairen Aufteilung der prozessualen Aufgaben zu berücksichtigen gilt, wurden jeweils zum Schluss der beiden Kapitel hervorgehoben. 139

³⁸² Vgl. auch den Hinweis von REISCHL, S. 105, zum deutschen Recht: «Im gleichen Maße, wie die richterliche Unterstützung der Parteien nach § 139 Abs. 1 ZPO gesetzlich geboten ist, verlangt die richterliche Neutralitätspflicht (vgl. die §§ 42 ff. ZPO) von ihm eine Distanz, die allzu große Aktivitäten ausschließt.»

- 140 Während sich nun die Parömie nicht um diese Abhängigkeiten kümmert, und somit auch darüber schweigt, wie die damit verbundenen Probleme in der Praxis bewältigt werden können, kommen Gesetzgeber und Rechtsprechung nicht umhin, hierzu Lösungen zu finden. Bevor im Teil III auf die in dieser Hinsicht notwendigen Justierungen eingegangen werden kann, sind zuerst im nachfolgenden Kapitel 3 die für den schweizerischen Zivilprozess geltenden Grundregeln über die Tätigkeiten bei der Prozessstoffsammlung und über die Verantwortungszuteilung hierfür zu analysieren. Dies geschieht vor dem Hintergrund der beiden im Teil I erarbeiteten Kontaktbereiche zwischen dem Sach- und dem Prozessrecht. Anschliessend wird im Kapitel 4 nach der Trennlinie gesucht, welche die verschiedenen Aufgaben im Rahmen der Sachverhaltserstellung entweder den Parteien oder dem Gericht zuteilt. Wie erläutert, soll diese Trennlinie mithilfe der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts ermittelt werden, die im Kapitel 2 definiert wurden. In diesem Sinne bildet das Kapitel 4 eine Art Synthese: Die Analysen aus den ersten beiden Kapiteln zu den Teilnehmern am Prozessrechtsverhältnis sowie zu *facta* und *ius* sollen zusammen mit den sogleich dazustellenden Tätigkeiten und der Verantwortung bei der Prozessstoffsammlung zu einem Gesamtbild über die Aufgabenverteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung zusammengefügt werden. In diesem Bild lässt sich sodann auch die materielle Prozessleitung verorten. Zum Abschluss werden im Kapitel 5 verschiedene wichtige Schlüsse aus den Analysen der Teile I und II in die Definition der materiellen Prozessleitung eingearbeitet.

Kapitel 3 Über das Mitwirken der Prozesssubjekte an der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung

Bevor eine Streitigkeit im Rahmen eines Zivilverfahrens rechtlich beurteilt werden kann, ist das rechtsrelevante Tatsachenmaterial nach den einschlägigen Regeln des Prozessrechts in das Verfahren *einzubringen* und hiernach ein einziger verbindlicher Sachverhalt *festzustellen*. Diese beiden hiervor herausgearbeiteten Kontaktbereiche zwischen Sach- und Prozessrecht³⁸³ sollen im vorliegenden Kapitel 3 einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Hierauf basierend wird sich später erfassen lassen, in welcher Weise das Verfahrens- und das Sachrecht im Bereich der Sachverhaltserstellung miteinander verwoben sind. Ziel des vorliegenden Kapitels ist es nun aber vorerst, das Bild über das personelle Zusammenwirken im Bereich der Sachverhaltserstellung zu beschreiben. 141

Dass die Prozessstoffwürdigung und die verbindliche Sachverhaltsfeststellung in jedem Zivilprozess ausschliesslich gerichtliche Aufgaben darstellen, zeigt das Unterkapitel B. I. Wie sich dagegen die beiden Parteien und das Gericht an der diesem Geschehen vorgelagerten Stoffsammlung in unterschiedlicher Weise und in unterschiedlichem Ausmass beteiligen, wird in den Unterkapiteln B. II und C. dargestellt. 142

Was im Teil I mit der Analyse von *da mihi facta dabo tibi ius* begonnen hat, wird zum Abschluss des vorliegenden Teils in eine systematische Verortung der materiellen Prozessleitung münden. Diese Thematik bildet sodann den weiteren Fokus der vorliegenden Abhandlung. 143

A. Begrifflichkeiten und Themeneingrenzung

I. Verhältnis zwischen *facta*, Prozessstoff und Streitgegenstand

Im letzten Kapitel wurde gezeigt, dass zur zivilprozessualen Sachverhaltserstellung das Einbringen der Sachverhaltshypothesen und das darauffolgende, verbind- 144

³⁸³ Zu diesen Kontaktbereichen vgl. N. 131–134.

liche Feststellen des entscheiderelevanten Sachverhalts gehören. Wie dargestellt, wird der strittige Sachverhalt in der ersten Phase mittels *Aussagen zum tatsächlichen Geschehen* und zugehöriger *Beweise* in das Verfahren eingeführt.³⁸⁴ Diese beiden Elemente lassen sich auch unter den Begriff *Prozessstoff* subsumieren.³⁸⁵

- 145 Der *(Lebens-)Sachverhalt*³⁸⁶, den es im Sinne von *da mihi facta* in den Prozess einzubringen gilt, wird gemeinhin auch als eines von zwei Gliedern des *Streitgegenstands*³⁸⁷ aufgefasst.³⁸⁸ Den zweiten Teilgehalt dieses technischen Begriffs bilden die Rechtsbegehren³⁸⁹. Dabei ist es allerdings nicht das *da mihi facta*, oft als Synonym der Verhandlungsmaxime verstanden³⁹⁰, das von Seiten der Parteien Rechtsbegehren verlangt.³⁹¹ Dieses Erfordernis ist vielmehr auf die im Zivil-

³⁸⁴ Vgl. hierzu N. 131–134.

³⁸⁵ Zu den *Tatsachen* und *Beweisen* als Teile des Prozessstoffs/Prozessmaterials vgl. z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 4 und 363; BUCHER, S. 19; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 10; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 15; AEBI-MÜLLER, S. 185; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 1; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 77 N. 1.

³⁸⁶ Ausführlich zum *Lebenssachverhalt/-vorgang* vgl. z.B.: VON ARX, S. 38 ff.; BERTI, ZPO, N. 54 ff.; GULDENER, ZPR, S. 201 ff.

³⁸⁷ Definition des *zweigliedrigen* Streitgegenstandsbegriffs z.B. bei: VON ARX, S. 22 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 461 und 479 f.; WILLISEGGER, S. 139, 141 und 143 ff.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 392; BERTI, ZPO, N. 41 f.; SARBACH R., N. 104; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 32 N. 1. Erläuterung verschiedener Theorien zum Streitgegenstandsbegriff z.B. bei: MABILLARD, Zukunft, S. 4 f.; VON ARX, S. 17 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 472 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 32 N. 12 ff.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 375 ff.; MEIER I., Diss., S. 27 ff.

³⁸⁸ Zum Vorherrschen des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs vgl.: VON ARX, S. 19 und 33 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 7.3; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 32 N. 17; WILLISEGGER, S. 141; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 480, jedoch relativierend in den N. 484 ff., vgl. aber SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 319, wonach die ZPO grundsätzlich der Lehre des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs folgt. Das BGer hatte sich zunächst nicht auf eine Theorie festgelegt (vgl. MABILLARD, Zukunft, S. 5 ff., und SUTTER-SOMM, ZPR, N. 486 ff., m.H.a. die Rechtsprechung), sich nun aber nach BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 32 N. 19 und 35 (m.H.a. die Rechtsprechung), ebenfalls für den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff ausgesprochen. Auseinandersetzung mit dem *Streitgegenstand* z.B. in: BGE 136 III 123 E. 4.3.1; BGE 139 III 126 E. 3.2.2 f.; BGE 140 III 278 E. 3.3. WILLISEGGER, S. 136, bevorzugt im Übrigen den Begriff «*Prozessgegenstand*».

³⁸⁹ Ausführlich zu den *Rechtsbegehren* vgl. z.B.: VON ARX, S. 36 ff.; BERTI, ZPO, N. 43 ff.

³⁹⁰ Vgl. hierzu N. 16 m.w.H.

³⁹¹ Vgl. auch das Urteil 5A_751/2014 E. 2.4: «*Die Behauptungs- und Substanziierungspflicht [...] beschlägt jedoch nicht die Frage, ob das Gericht angesichts eines*

verfahren ebenfalls regelmässig anwendbare Dispositionsmaxime³⁹² zurückzuführen: Dabei verbietet deren bereits erwähnter Teilgehalt *ne eat iudex ultra (vel extra) petita partium*, dass Gerichte einer Partei mehr oder etwas anderes zusprechen, als diese verlangt hat.³⁹³

II. Fokus: Aufgabenverteilung bei der Prozessstoffsammlung i.S.v. *da mihi facta*

Dem Kapitel 1 ist zu entnehmen, dass der Art. 57 ZPO zwar verspricht, dass die Gerichte das Recht von Amtes wegen anwenden, allerdings aber die Verhandlungs- wie auch die Dispositionsmaxime der Rechtsanwendung Grenzen setzen.³⁹⁴ Damit stehen sowohl das *da mihi facta* als auch das *ne eat iudex ultra (vel extra) petita partium* in einem Abhängigkeitsverhältnis zu *ius*: Denn das *da mihi facta* verlangt insbesondere Kenntnisse über das rechtsgenügli- 146 che Einbringen des rechtsrelevanten Prozessstoffs³⁹⁵, das *petita partium* dagegen die Auseinandersetzung mit dem realistisch-erreichbaren rechtlichen Resultat³⁹⁶. Wie in der Einleitung dargelegt, konzentriert sich die vorliegende Abhandlung auf das eingangs in der Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung zitierte Rechts-

bestimmten Beweisergebnisses an die Begehren der (schutzbedürftigen) Partei gebunden ist, sondern die Art und Weise, wie der Prozessstoff erarbeitet wird, ein bestimmtes Beweisergebnis also überhaupt erst zustande kommt [...]» Vgl. auch solche Hinweise in Bezug auf das Gegenstück der Verhandlungsmaxime z.B. in: BGE 137 III 617 E. 5.2 und Urteil 4C.340/2004 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 131 III 243), wonach die Untersuchungsmaxime nur die Prozessstoffsammlung, nicht aber die Frage beschlägt, wie das Rechtsbegehren formuliert sein muss; CR-TAPPY, Art. 247 N. 24: *«la maxime inquisitoire concerne les faits et les preuves, non les prétentions litigieuses, pour lesquelles la maxime de disposition reste la règle (art. 58 al. 1), sauf règle spéciale contraire (cf. p.ex. art. 296 al. 3).»* (Hervorhebung weggelassen); zur Unterscheidung der Maximenpaare vgl. insb. auch BOHNET/JEANNIN, Note 4A_36/2017, S. 220 f.

³⁹² Zur Unterscheidung von Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatz vgl. z.B. das Urteil 5A_749/2016 E. 4.

³⁹³ Vgl. hierzu N. 60 m.w.H.

³⁹⁴ Vgl. hierzu N. 59–62.

³⁹⁵ Vgl. hierzu N. 136–137.

³⁹⁶ Zur Notwendigkeit von Rechtskenntnissen für das Stellen von Rechtsbegehren vgl. z.B. das Urteil 4A_36/2007 E. 2.3.1: *«Zudem erlaubt die Untersuchungsmaxime dem Gericht nur, den Sachverhalt bezüglich der ihm unterbreiteten Rechtsbegehren abzuklären, deren sachgerechte Formulierung die Kenntnis der sich stellenden Rechtsfragen voraussetzt [...]»*

sprichwort *da mihi facta dabo tibi ius* und somit auch auf das diesem inhärenten Spannungspotential. Neben dem Einfluss der materiellen Prozessleitung auf das Stellen von Rechtsbegehren wird vorliegend auch die Diskussion um eine gerichtliche Einflussnahme auf das Geltendmachen von Einreden ausgeklammert. Dies, weil bei Einreden nicht nur das Einbringen der zugrunde liegenden Tatsachen – *facta* – Bedingung ist, sondern weil eine solche Einrede zusätzlich der Erhebung bedarf. Sie kommt somit näher bei der Thematik der Dispositionsmaxime als beim eigentlichen *da mihi facta* zu liegen.³⁹⁷ Wenngleich die Analyse des Abhängigkeitsverhältnisses der Dispositionsmaxime von *ius* nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet, ist nicht auszuschliessen, dass sich einige Gedanken und Ableitungen aus der Abhängigkeit des *da mihi facta* von *ius* allenfalls auch für diesen Bereich fruchtbar machen lassen: Denn auch hier gilt, dass unzureichende Rechtskenntnisse es gerade dem juristischen Laien erschweren können, vollumfänglich zu seinem Recht zu gelangen.

B. Sachverhaltsbezogene Aufgaben und deren Verteilung zwischen den Prozesssubjekten

I. Alleinige Gerichtsaufgaben: Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung

a. Prozesschronologische Einordnung

i) Nach dem Beweisantritt bzw. der Beweisanordnung...

- 147 Das Einbringen von Beweisen, entweder durch einen Beweisantritt seitens der Parteien oder durch eine amtlich initiierte Beweiserhebung, sagt noch nichts darüber aus, ob der Nachweis einer Tatsache glücken wird oder nicht: Ob eine behauptete Tatsache in den verbindlichen Gesamtsachverhalt einfließen kann, bestimmt sich nämlich erst *nach* der Würdigung der abgenommenen Beweismittel³⁹⁸ unter

³⁹⁷ Aus der Lehre erachten z.B. SUTTER, N. 269 ff., oder HEER, S. 182, die Einrede-Thematik auch als Frage der Dispositionsmaxime. Wohl a.M., nämlich als der Verhandlungsmaxime zugehörig: FELLMANN, Fragepflicht, S. 91 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 16; GULDENER, ZPR, S. 160 und FN. 3 im § 16 zur Verhandlungsmaxime; ähnlich KUMMER, ZPR, S. 76, 2. Spiegelstrich (Unterkapitel Verhandlungsmaxime).

³⁹⁸ Vgl. auch HIGI, S. 467 f.; des Weiteren auch den Hinweis bei KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 1 f., dass die Beweiswürdigung in einem *untechnischen Sinn laufend* (z.B. bei einer

Berücksichtigung des Verhaltens der Parteien³⁹⁹. Hierbei spielen nicht nur Einzeltatsachen eine Rolle; denn das Gericht hat sich nach der Sichtung des Prozessstoffs letztlich auf eine einzige, sinnige beziehungsweise widerspruchsfreie Gesamtgeschichte festzulegen. Wie bereits im Kapitel 2 gezeigt wurde, bildet dementsprechend der Prozess der Beweiswürdigung den Übergang vom *Einbringen des Prozessstoffs*, also vom ersten Kontaktbereich zwischen Sach- und Prozessrecht, hin zur *autoritativen Feststellung des verbindlichen Sachverhalts*, das heisst zum zweiten vorliegend interessierenden Kontaktbereich.⁴⁰⁰ Dieses autoritativ festgestellte und somit verbindlich geltende Sein im strittigen Rechtsverhältnis bildet wiederum die Grundlage für die darauffolgende Subsumtion unter die Sachrechtsnorm.⁴⁰¹

Instruktionsverhandlung mit Vergleichsgesprächen) stattfindet, während sie in einem *technischen* Sinn erst *nach Abschluss des Beweisverfahrens und nach den Schlussvorträgen*, in denen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung nehmen, erfolgt.

³⁹⁹ Wenngleich Art. 150 Abs. 2 VE-ZPO über die Berücksichtigung des Parteiverhaltens im Prozess keinen Eingang ins Gesetz fand (vgl. demgegenüber Art. 40 BZP), ist dieses Verhalten auch nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu berücksichtigen: Dies zeigt sich etwa daran, dass es schwierig wäre, die amtliche Anordnung einer Beweisabnahme bei erheblichen Zweifeln an unstrittigen Tatsachen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) dahingehend einzuschränken, dass die Zweifel des Gerichts einzig auf dem bisherigen Beweisergebnis zu anderen Tatsachen, nicht aber auf einem sonderbaren Verhalten der Parteien im Prozess gründen dürfen. Wenn nun das Gericht auch aufgrund des Parteiverhaltens erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer *unstrittigen* Tatsache haben darf, ist es schliesslich schwer erklärbar, dass bei der Beurteilung des Wahrheitsgehalts einer gar *strittigen* Tatsache das Parteiverhalten ausserhalb der Beweiserhebung auszublenden ist. Im Übrigen folgt nach VOGEL, Menschenbild, S. 528, (Jahr 1990) das Behaften auf relevantes Verhalten vor wie während des Prozesses sowie dessen Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung auch aus dem Gebot nach Treu und Glauben. Dieser Grundsatz wurde mit Art. 52 ZPO explizit in der Prozessordnung aufgenommen. Zur Berücksichtigung des Parteiverhaltens bei der Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO vgl. z.B.: MEIER ZPR, S. 292; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.145 und 9.154 f.; B/G/S I-LEU, Art. 157 N. 50; G/J/S-SCHMID, Art. 157 N. 5; KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 1 und 3; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 910; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 101; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 157 N. 21. Relativierend wohl B&M-PASSADELIS, Art. 157 N. 11. Vgl. auch S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 19 und 49, der im Streichen von Art. 150 Abs. 2 VE-ZPO ausdrücklich kein qualifiziertes Schweigen sieht und die Berücksichtigung des Verhaltens analog zu Art. 164 ZPO fordert.

⁴⁰⁰ Vgl. hierzu N. 134.

⁴⁰¹ Vgl. auch BERTI, ZPO, N. 398; in diese Richtung auch HEER, S. 173.

ii) ... vor der rechtlichen Subsumtion

- 148 Wie im Kapitel 2 ausführlich beschrieben, erfolgt die Erstellung des rechtsrelevanten Sachverhalts immer mit Blick auf die potentiell einschlägigen Normen.⁴⁰² Die Phase der Beweiswürdigung an sich stellt jedoch noch keine Subsumtion unter eine Rechtsnorm dar, denn die Beweiswürdigung entspricht weder einer Übersetzung der in Alltagssprache eingebrachten Aussagen zum Sachverhalt in die Rechtssprache, noch zieht sie einen Schluss darüber, ob aufgrund der Darstellungen der Tatbestand einer Norm erfüllt ist. Die Beweiswürdigung befasst sich einzig mit der Frage, ob ein Vorbringen wahr ist oder nicht. Hierzu seien erneut an die Worte von Henri DESCHENAUX erinnert: «[...] *pour constater un fait, il faut appliquer les lois de la logique, on est tenté de penser que cette activité ressortit au droit. [...] C'est sans doute juger, mais c'est juger en fait, ou juger d'un fait, de son existence; ce n'est pas encore juger le fait, c'est-à-dire lui donner sa qualification juridique.*»^{403, 404}

**b. Würdigung und Feststellung
als maximenunabhängige Aufgaben des Gerichts**

- 149 Der Lehre und Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass nicht nur das Beantworten der Rechtsfragen, sondern auch die Beweiswürdigung in jedem Fall eine gerichtliche Aufgabe darstellt.⁴⁰⁵ Tatsächlich muss aber auch die aus der Beweis-

⁴⁰² Vgl. hierzu N. 88–89 und 136.

⁴⁰³ DESCHENAUX, S. 21 (Hervorhebungen im Original anders; Zitat mit den Originalhervorhebungen bereits bei der Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen in N. 99 verwendet).

⁴⁰⁴ Vgl. auch ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 29, wonach es bei der Beweiswürdigung um die Feststellung des Sachverhalts (Tatfrage) und nicht um die rechtliche Würdigung von Tatsachen (Rechtsfrage) geht.

⁴⁰⁵ Vgl. GULDENER, ZPR, S. 163, zur Beweiswürdigung, die naturgemäss nicht von den Parteien vorgenommen werden kann; vgl. des Weiteren BUCHER, S. 79 f., zu Art. 40 BZP: «Die Beweiswürdigung ist Gerichtssache, und die Parteien können sie auch mit gemeinsamen Übereinkünften nicht beeinflussen.»; zudem HOTZ, S. 17, der die richterliche Tätigkeit zum einen in der Sachverhaltsfeststellung, d.h. der «Entscheidung der Tatfrage», und andererseits im Komplex der Rechtsfragen (Auffinden und Auslegen der Rechtsnorm, Würdigung der Tatbestandsmässigkeit des festgestellten Sachverhalts und Rechtsfolgeverkündung) sieht; LARENZ/CANARIS, S. 128: «Über die <Tatfrage> urteilt der Richter aufgrund des Vorbringens der Parteien und der Beweisaufnahme, die Rechtsfrage entscheidet er, ohne daß es auf das Vorbringen der Parteien ankäme, aufgrund seiner eigenen Rechts- und Gesetzeskenntnis, die er sich zu verschaffen hat

würdigung letztlich resultierende Feststellung desjenigen Sachverhalts, der in die Subsumtionsarbeit eingehen wird, für sämtliche Prozessbeteiligten verbindlich – also autoritativ – erfolgen. Entgegen des Eindrucks, den die Aufforderung *da mihi facta* erwecken mag, ist die eigentliche Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts deshalb nie Sache der Parteien.⁴⁰⁶ Ein anders lautendes Fazit lässt sich nicht via Umkehrschluss aus der vom Prozessgesetz verschiedentlich verwendeten Formulierung der *Feststellung* des Sachverhalts *von Amtes wegen* ableiten. Diese Wendung signalisiert gemeinhin eine eingeschränkte Form der Untersuchungsmaxime und bezieht sich somit auf die Phase der Prozessstoffsammlung *vor* der Beweiswürdigung. Zusammengefasst bedeutet dies: Ungeachtet dessen, welches Prozesssubjekt die Verantwortung für das Einbringen des Sachverhalts trägt, die Beweiswürdigung wie auch die verbindliche Sachverhaltsfeststellung verbleiben stets in der Hand des Gerichts und bilden demnach nicht Regelungsgegenstand des sachverhaltsrelevanten Prozessmaximenpaars.

II. Partei- und Gerichtsaufgabe: Einbringen des Prozessstoffs

a. Methode: Differenzierung zwischen den Tätigkeiten des Einbringens und der personellen Verantwortung für den Prozessstoff

Wie im Kapitel 2 erläutert, sind vor einer Subsumtion bei der Anwendung des Sachrechts verschiedene Rechtsfragen des Verfahrensrechts zu behandeln.⁴⁰⁷ In Bezug auf das Einbringen der Sachverhaltshypothesen in den Prozess sind zwei solche Rechtsfragen von vorrangiger Bedeutung: Nämlich zum einen diejenige nach dem *Wie* die konkreten Einbringttätigkeiten zu bewerkstelligen sind, und zum anderen die Frage nach dem *Prozesssubjekt*, das im Verfahren die grundsätzliche Verantwortung für den Prozessstoff trägt. Eben diesen beiden Fragestellungen widmen sich die nachfolgenden Unterkapitel B. II. b. über die inhaltliche Beschreibung der Tätigkeiten des Einbringens von Prozessstoff und B. II. c. zur personellen Verantwortung für den Prozessstoff.

(*jura novit curia*).»); vgl. des Weiteren auch BGE 118 Ia 144 E. 1c; 4A_505/2012 E. 3.5.

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu N. 312–313.; zum Begriff Tatfrage des Sachrechts vgl. N. 107.

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu N. 131–134.

- 151 Diese vorliegend gewählte Darstellungsweise distanziert sich von einer ausschliesslichen Assoziation der Parteitätigkeiten des Behauptens, Bestreitens, Substantiierens und Beweisens mit der Verhandlungsmaxime, aber auch von einer primären Verbindung amtswegiger Stoffsammlung mit der Untersuchungsmaxime. Veranschaulicht wird dies anhand der im Unterkapitel C. aufgezeigten Gegenüberstellung der beiden Perspektiven: Das heisst zwischen den *Einbring-tätigkeiten* auf der einen und der *generellen Verantwortungszuteilung im Sinne der sachverhaltsrelevanten Maximen* auf der anderen Seite. Diese Gegenüberstellung eröffnet einen eigenen Zugang zur zivilprozessualen Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung und ebnet den Weg zu einer systematischen Verortung der materiellen Prozessleitung – der Thematik, auf die sich der Teil III der Abhandlung weiter fokussiert. Durch die Gegenüberstellung wird auch die Bedeutung der Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* erweitert. Hierin liegen letztlich die Gründe, weshalb es vorliegend als lohnenswert erachtet wird, das *da mihi facta* nicht sogleich als Synonym zur Verhandlungsmaxime aufzufassen und dementsprechend auch nicht die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen als primären Strukturgeber dieses dritten Kapitels zu verwenden.
- 152 Dass dieser Weg über die Unterscheidung zwischen den Einbring-tätigkeiten auf der einen und der Verantwortung für den Prozessstoff auf der anderen Seite durchaus über rechtswissenschaftliche Anschlussfähigkeit verfügt, lässt sich anhand verschiedener Aussagen aus der Literatur belegen. Etwa durch diejenige von Pierre JOLIDON, der in einem Aufsatz ausführte: «[...] *il est manifestement faux de dire que, dans le cadre d'une loi de procédure déterminée, la «maxime des débats» impose aux parties la charge d'alléguer et de prouver les faits. Ce n'est pas une «maxime» qui peut imposer quoi que ce soit aux parties, pas plus qu'au juge. Ce dernier n'a pas à appliquer une quelconque «maxime», mais bien des dispositions légales déterminées.*»⁴⁰⁸ Dass diese Ansicht in einem gänzlich anderen Kontext als dem vorliegenden, und zudem bereits längere Zeit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung geäussert wurde, tut dem in der Aussage implizit enthaltenen Umstand, dass die Prozessmaximen an sich erst recht nichts darüber auszusagen vermögen, wie genau ein Prozesssubjekt eine ihm obliegende Verantwortung wahrnimmt, keinen Abbruch. Dass die sachverhaltsrelevanten Maximen mit dem Art. 55 ZPO inzwischen eine explizite Niederschrift als Verhandlungs- und Untersuchungs-«grundsatz» in der Prozessordnung gefunden haben,⁴⁰⁹ ändert

⁴⁰⁸ JOLIDON, S. 189.

⁴⁰⁹ Anders noch Art. 89–96 aZPO-BE und aArt. 3–8 BZP, auf die sich JOLIDON, S. 189, bezieht.

hieran nichts: Egal ob gesetzlich geregelt oder als Resultat der Rechtsprechung, in der Praxis verlangt das konkrete Umsetzen der verschiedenen Aufgaben, welche die Sachverhaltserstellung mit sich bringt, mehr als eine grundsätzliche Zuteilung der Verantwortung für den Prozessstoff an die Parteien oder ausnahmsweise an das Gericht. Es braucht Regelungen zur Erfüllung der Einbringtätigkeiten und zu den Konsequenzen im Fall der ungenügenden Umsetzung dieser Aufgaben. Weitere Autoren wie namentlich Martin SARBACH⁴¹⁰, Jürgen BRÖNNIMANN⁴¹¹ und Raoul MEIER⁴¹² werden diese Auffassung wohl teilen. Denn sie alle bringen mit ihren vorliegend in den Fussnoten wiedergegebenen Zitaten einen Gedanken zum Ausdruck, wie er besonders prägnant in einem Hinweis in Lorenz DROESES Dissertation zusammengefasst ist: «Wie sich die Parteien ihrer Obliegenheit [Anm.: relevante Tatsachen zu behaupten und nachzuweisen] entledigen, kann die Verhandlungsmaxime jedoch nicht bestimmen. Dies liegt von vornherein jenseits des Regelungsbereichs einer die Aufgabenteilung zwischen Gericht und Parteien regelnden Vorschrift.»⁴¹³

⁴¹⁰ SARBACH M., Wandel, S. 134 f., der JOLIDON zustimmt und einen Teil von dessen Zitat ebenfalls anbringt; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 686 (ebenfalls mit Zitat von JOLIDON) und S. 688: «Der Verfahrensgrundsatz als Grundkonzept bedarf in vielen Einzelfragen der Konkretisierung»; SARBACH M., Diss., S. 8 f.: «Auch wenn sich die Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten nicht aus den Verfahrensgrundsätzen, sondern aus konkreten gesetzlichen Bestimmungen ergeben, so handelt es sich doch um gesetzgeberische Richtlinien oder Leitideen [...]», ebenfalls mit dem Zitat von JOLIDON in FN. 17.

⁴¹¹ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 331 f.: «Wenn anschliessend von Maximen oder Verfahrensgrundsätzen als den wichtigsten Prinzipien des Verfahrens die Rede ist, so darf doch nicht vergessen werden, dass jede Auseinandersetzung sich in erster Linie an den konkreten gesetzlichen Bestimmungen zu orientieren hat, und nicht an gedanklichen Abstraktionen.» (Hervorhebung im Original), ebenfalls m.H.a. JOLIDON. Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 12: «In welcher Weise – wie substantiert – dieses Bestreiten zu erfolgen hat, um prozessual wirksam zu sein, wird hingegen nicht mehr durch die Verhandlungsmaxime beantwortet, sondern muss von andern prozessgesetzlichen Bestimmungen festgelegt werden. [...] Die Verhandlungsmaxime äussert sich jedoch nicht dazu, welchen inhaltlichen und formellen Anforderungen die Parteien mit ihren Behauptungen und Bestreitungen zu genügen haben.» (Hervorhebungen im Original).

⁴¹² MEIER R., N. 15: «Nach dem Vorgesagten bestimmt der Verhandlungsgrundsatz zwar, dass die rechtserheblichen Tatsachen von den Prozessparteien beigebracht werden müssen, nicht aber die Art und Weise, wie diese Beibringung zu erfolgen hat.»

⁴¹³ DROESE, Diss., S. 254 (Hervorhebung zugefügt).

b. Inhalt der Einbringtätigkeiten

- 153 Nach dem prozessrechtskonformen Auslösen der Rechtshängigkeit bezwecken die weiteren Verfahrensschritte das Zusammentragen des Prozessstoffs im Hinblick auf die Feststellung des für das Urteil relevanten Sachverhalts.⁴¹⁴ Entsprechend des eben erläuterten Vorgehens wird nachfolgend in Abhängigkeit des jeweils aktiven Prozesssubjekts untersucht, wie dieses die Teile des Sachverhalts zusammenträgt und so zum Prozessstoff erhebt.

i) Einbringen durch die Parteien

- 154 Beschrieben werden an dieser Stelle ausschliesslich die Tätigkeiten der Parteien beim Einbringen von Prozessstoff. Erst ab dem nachfolgenden Unterkapitel C. wird auf die diese Aktivitäten ergänzende Tätigkeit des Gerichts eingegangen.⁴¹⁵

1. Von der Parteirolle unabhängige inhaltliche Konkretisierung der Tätigkeiten

- 155 Ein Blick auf die *leges generales* zu den Rechtsschriften zeigt, wie die Einbringtätigkeiten der Parteien konkretisiert werden: Der Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO fordert vom Kläger, dass er seine Sachverhaltshypothese mit Tatsachenbehauptungen vorträgt.⁴¹⁶ Als Gegenstück⁴¹⁷ verlangt der Art. 222 Abs. 2 ZPO von der beklagten Partei, dass diese im Einzelnen dartut, welche Tatsachenbehauptungen des Klägers sie bestreitet. Leider geht aus den zitierten Gesetzesbestimmungen nicht mit der

⁴¹⁴ BERTI, ZPO, N. 18.

⁴¹⁵ Vgl. ab N. 231 und schliesslich der *Teil III* der Abhandlung (ab N. 356) zur Notwendigkeit und zum Umfang der materiellen Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess.

⁴¹⁶ Eingehend zu dieser Bestimmung insb. BGE 144 III 54.

⁴¹⁷ ASPRION STÖCKLIN, S. 62; WUILLEMIN, N. 205, und BERTI, ZPO, N. 313, zur Bestreitungslast als prozessuales Gegenstück bzw. Gegenpart der Behauptungslast; vgl. auch B&M-DÜRR, Art. 222 N. 4, der diese jedoch Pflichten nennt. Vgl. zudem BRÖNNIMANN, Diss., S. 21 f.: «*Stehen sich zwei unvereinbare Sachdarstellungen gegenüber, kann Behauptung im Rechtssinne nur die eine sein, die andere ist Bestreitung; welche von beiden Erklärungen als Behauptung und welche als Bestreitung zu gelten hat, hängt von der Verteilung der Beweislast für die einzelnen erheblichen Sachumstände ab. [...] Zusammengefasst wird als Behaupten im Rechtssinne bezeichnet das Anführen von Tatsachen, welche die Tatbestandsmerkmale des anzuwendenden Rechtssatzes ausfüllen; der diese Behauptungen der beweisbelasteten Partei verneinende Sachvortrag der Gegenpartei ist die Bestreitung im Rechtssinne.*» (Hervorhebung im Original); vgl. auch DENS., a.a.O., S. 133 und 160, sowie BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57, und BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1264.

wünschenswerten Deutlichkeit hervor, dass weder das Aufstellen von Tatsachenbehauptungen exklusiv mit der Parteirolle des Klägers noch die Tätigkeit des Bestreitens ausschliesslich mit der beklagten Seite verbunden ist.⁴¹⁸ Dies zeigt sich aber in Gegenwart von rechtsauflösenden beziehungsweise rechtsvernichtenden⁴¹⁹ und rechtshemmenden⁴²⁰ Tatsachen: Soweit solche Tatsachen nicht gerade Gegenstand einer negativen Feststellungsklage bilden⁴²¹, sind sie regelmässig vom Beklagten zu behaupten⁴²² und vom Kläger wiederum zu bestreiten⁴²³.

Im Summarverfahren sind von Seiten des Klägers das Einreichen eines Gesuchs und von der Gegenpartei eine zugehörige Stellungnahme vorgesehen. Hinsichtlich der eigentlichen Einbringtätigkeiten⁴²⁴ werden jedoch keine abweichenden Bestimmungen statuiert. Somit greift der Verweis in Art. 219 ZPO, weshalb grundsätzlich auch in diesen Verfahren behauptet und bestritten wird.⁴²⁵ Im laienfreundlichen verein-

⁴¹⁸ Zur Unabhängigkeit bez. der Parteirollenverteilung vgl. z.B.: SCHWEIZER, S. 559; B/G/S II-PAHUD, Art. 222 N. 10; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 16; BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 24; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 27; SCHMID/HOFER, S. 284 f.

⁴¹⁹ Vgl. zu diesen z.B.: STEINAUER, N. 705 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 851; MEIER R., N. 158 m.H. auf das Geltendmachen mittels Einwendungen; vgl. diesbez. auch HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 50 ff.

⁴²⁰ Vgl. zu diesen z.B.: STEINAUER, N. 707 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 851; MEIER R., N. 159 m.H. auf das Geltendmachen mittels Einreden; vgl. diesbez. auch HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 53 ff.

⁴²¹ Diesbez. zur negativen Feststellungsklage z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 212 ff.; PC-HEINZMANN, Art. 222 N. 18; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 27; B/G/S II-PAHUD, Art. 221 N. 14; vgl. auch DOLGE, Anforderungen, S. 20, und DOLGE, Zivilprozess, S. 37, zum Vorbehalt von Klagen mit vertauschten Parteirollen.

⁴²² Vgl. auch MEIER R., N. 242 ff.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 23 ff.; G/J/S-ENGLER, Art. 222 N. 6; BRÖNNIMANN, Diss., S. 156; B/G/S II-PAHUD, Art. 222 N. 10 und 12; DOLGE, Anforderungen, S. 20; DOLGE, Zivilprozess, S. 36 f.; SARBACH R., N. 74; HEINZMANN, Kommentar BGE 144 III 519, S. 141; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 15.

⁴²³ Vgl. auch zur Beweislast von rechtsaufhebenden/rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen z.B. die Urteile 4A_592/2015 E. 3 oder 5A_336/2019 E. 5.4.2. Zur Vorwirkung der allgemeinen Beweislastregel vgl. N. 212 m.w.H.

⁴²⁴ Die in Art. 252 Abs. 2 ZPO angesprochenen Formen beziehen sich auf die Anforderungen nach Art. 130 ZPO über die Papierform bzw. die elektronische Eingabe, nicht aber auf den Inhalt der Eingabe respektive auf die Einbringtätigkeiten an sich.

⁴²⁵ Art. 219 ZPO: «Die Bestimmungen dieses Titels gelten für das ordentliche sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.» Vgl. auch CHAIX, faits, N. 33 und 37, für Präzisierungen zu Art. 221 f. ZPO für das Summarverfahren und das vereinfachte Verfahren. Zur analogen Anwendung von Art. 221 (i.V.m. 219) ZPO im Summarverfahren vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 54.

fachten Verfahren finden sich Spezialvorschriften zu den Rechtsschriften. Inwiefern dies zu Abweichungen von Art. 221 f. ZPO führt, wird jeweils im Anschluss an die Erörterungen zu den beiden Grundregeln ausgeführt.⁴²⁶ Neben dem Aufstellen von Behauptungen und dem Bestreiten verlangt jede Verfahrensart die Bezeichnung beziehungsweise die Eingabe von Beweismitteln.⁴²⁷ Generell lassen sich also die Tätigkeiten der Parteien zum Einbringen des Sachverhalts als ein *Behaupten* und *Bestreiten* sowie als das *Einbringen von Beweisen* beschreiben.⁴²⁸

2. Hinweis zur Terminologie

- 157 Sowohl die Aufgabe des Behauptens als auch diejenige des Bestreitens ist jeweils in einer minimalen, aber je nach Tätigkeit unterschiedlich weitreichenden Ausführlichkeit umzusetzen.⁴²⁹ Das Gesetz ist diesbezüglich nicht sonderlich ergiebig,⁴³⁰ Lehre und Rechtsprechung sind es dafür umso mehr. Hier jedoch variiert die Terminologie erheblich:⁴³¹

⁴²⁶ Vgl. hierzu N. 164–166 in Bezug auf das Behaupten und N. 174–176 in Bezug auf das Bestreiten.

⁴²⁷ Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. c und d ZPO (ordentliches Verfahren), Art. 244 Abs. 3 lit. c ZPO (vereinfachtes Verfahren) und Art. 254 ZPO (Summarverfahren).

⁴²⁸ Die sachverhaltsrelevanten parteiseitigen Erwirkungshandlungen umfassen nach WILLISEGGER, S. 206, «das Vorbringen von *Tatsachenbehauptungen* ([...] *Behaupten und Bestreiten*)» sowie das Einbringen von *Beweismitteln zwecks Beweises und Einwendungen gegen die Beweisführung der Gegenpartei* ([...] *Beweisen und Einwenden*)» (Hervorhebungen im Original).

⁴²⁹ Vgl. insb. den verbreiteten Hinweis, dass an die Substantiierung der Bestreitung nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden dürfen wie an Sachbehauptungen, z.B. in: BGE 105 II 143 E. 6a) bb); BGE 115 II 1 E. 4; des Weiteren auch bei: BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 22; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 27; BK I-HURNI, Art. 55 N. 39; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 34.

⁴³⁰ Vgl. lediglich Art. 222 Abs. 2 ZPO «*im Einzelnen*»; und diesbez. N. 169–173.

⁴³¹ Hinweise, dass die Behauptungs- und die Substantiierungslast nicht scharf auseinandergehalten werden, z.B. bei: ASPRION STÖCKLIN, S. 49 f.; MEIER, R., Diss., N. 165; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 278 f. und 281; SARBACH M., Diss., S. 30; MÜLLER R., S. 109 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 24. Eine gewisse Vermischung der Lasten zeichnet sich z.B. in folgenden Werken ab: BRÖNNIMANN, Diss., S. 130; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 56 (vgl. zu BRÖNNIMANN auch die Bemerkung von MEIER R., N. 134); KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 2; B&M-DÜRR, Art. 221 N. 8; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 43; DOLGE, Anforderungen, S. 22 f.; DOLGE, Zivilprozess, S. 37; TSCHUDI, S. 34 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 110; MEIER I., ZPR, S. 297 f.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 650 ff.; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 15, und FELLMANN, Notwendigkeit, S. 281 f.; LEUENBERGER/

So finden sich etwa für die Tätigkeit⁴³² des Behauptens neben dieser schlichten Bezeichnung⁴³³ verschiedene Kompositionen vom *abstrakten Behaupten*⁴³⁴ bis hin zum *abstrakten Substantiieren*⁴³⁵.⁴³⁶ All diese Begrifflichkeiten möchten eine Abgrenzung signalisieren: Nämlich gegenüber der sich später aktualisierenden Aufgabe, einen zwischenzeitlich bestrittenen Tatsachenvortrag aufzugliedern und zu präzisieren. Jene Aufgabe wiederum wird in der Lehre als *konkrete Substantiierungslast*⁴³⁷, *Substantiierungslast im engeren Sinn*⁴³⁸, *konkrete Behauptungslast*⁴³⁹ oder auch schlicht als *Substantiierungslast*⁴⁴⁰ beschrieben.⁴⁴¹ Des Weiteren wird

UFFER-TOBLER, N. 4.14 ff.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 4. Zudem variiert die Schreibweise des Begriffs *substantiieren*, vgl. diesbez. z.B.: MEIER R., FN. 889; SCHWEIZER, S. 559; DOLGE, Anforderungen, S. 19; DOLGE, Zivilprozess, S. 36; SARBACH M., Diss., S. 30 FN. 130.

⁴³² Mit den in der Folge aufgezählten Begriffen werden jedoch regelmässig nicht die Tätigkeiten, sondern die Lasten, d.h. die mit den Tätigkeiten verbundenen Verantwortlichkeiten, bezeichnet. Zur vorliegenden Differenzierung dieser beiden Aspekte vgl. die Erläuterungen in N. 150–152.

⁴³³ *Behauptungslast*: LIENHARD A. [b], N. 76 f.; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 65; BK I-HURNI, Art. 55 N. 12 ff. (m.H.a. die Rechtsprechung); Letzterem folgt grundsätzlich MEIER R., N. 167, 302, 309, 312 und 362, zuweilen aber mit Klammerzusätzen i.S.v. (abstrakter) Behauptungslast und (konkreter) Substantiierungslast.

⁴³⁴ *Abstrakte Behauptungslast*: SARBACH M., Diss., S. 25 ff. (m.H.a. die Übernahme der Terminologie aus der neueren deutschen Literatur); SCHWEIZER, S. 558.

⁴³⁵ *Abstrakte Substantiierungslast*: BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 200; diese deckt sich, gemäss MEIER R., N. 136 und 312, mit dem von anderen Autoren verwendeten Begriff der abstrakten Behauptungslast.

⁴³⁶ Eine übersichtliche Darstellung über die verschiedenen Begrifflichkeiten und Inhalte findet sich bei MEIER R., N. 128 ff. (deutsches Recht) sowie N. 132 ff. (schweizerisches Recht).

⁴³⁷ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 200; MEIER R., N. 167, 302, 309 und 362 (mit Klammerzusätzen), jedoch in der N. 312 unter Abgrenzung von BK ZGB I/1-WALTER.

⁴³⁸ HABSCHIED, Grundlagen, N. 650; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 128; MEIER R., N. 302.

⁴³⁹ SCHWEIZER, S. 558; SARBACH M., Diss., S. 27 ff.

⁴⁴⁰ LIENHARD A. [b], N. 76 f.; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 66; BK I-HURNI, Art. 55 N. 23 ff.; MEIER R., N. 167 und 300 ff., zudem m.H. in N. 137, dass dies der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht.

⁴⁴¹ Vgl. auch MEIER R., N. 138 (der beobachtet, dass sich trotz der unterschiedlichen Begriffe unerwarteterweise eine überwiegende Übereinstimmung hinsichtlich der Inhalte der Definitionen zeigt): «Die allgemeinen Anforderungen an das erstmalige Behaupten werden demzufolge entweder als *abstrakte Behauptungslast*, *abstrakte*

der Begriff des Substantiierens regelmässig auch in Verbindung mit der Bestreitungstätigkeit verwendet.⁴⁴²

- 159 In Anbetracht der terminologischen Vielfalt zur Bezeichnung verschiedener Tätigkeiten, die sich unter unterschiedlichen Gegebenheiten aktualisieren, ist Raoul MEIERS Feststellung beizupflichten, dass *«der nahezu inflationäre Gebrauch des Wortes <substantiieren> es generell schwierig macht, eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Institute vorzunehmen, da jedes Mal geprüft werden muss, welcher Aspekt sich hinter dem Gebrauch des Wortes <substantiieren> bzw. <Substantiierungslast>, verbirgt»*⁴⁴³. Im Rahmen seiner Dissertation zur Verhandlungsmaxime beobachtet MEIER, dass das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung in Bezug auf die Anforderungen an den Erstvortrag schlicht den Begriff Behaupten verwendet.⁴⁴⁴ Dies in Abgrenzung zur späteren Phase des Substantiierens, das auf eine Bestreitung der Gegenpartei hin aktuell wird. Tatsächlich entspricht es einer eigentlich konstanten Rechtsprechung, dass die Substantiie-

Substantiierungslast oder ganz schlicht als Behauptungslast bezeichnet, währenddessen die Anforderungen an das Behaupten aufgrund einer Bestreitung als konkrete Behauptungslast, konkrete Substantiierungslast bzw. schlicht als Substantiierungslast bezeichnet werden», unter Vorbehalt der Definition von BRÖNNIMANN.

⁴⁴² Vgl. z.B.: BGE 117 II 113 E. 2; BGE 136 III 322 E. 3.4; 4A_225/2011; BGE 144 III 519 insb. Regeste und E. 5.2.2.3; 4A_69/2012 E. 4.1; 4A_591/2012 E. 2.1 und 3.2; 4A_414/2016; 4A_281/2017 E. 4.3; 4A_487/2018 E. 4.2.1. Botschaft ZPO, S. 7339 zu Art. 217–220 (vgl. auch S. 7348 zu Art. 240 und 241 über die substantiierte Klageantwort). Von substantiiertem Bestreiten sprechen in der Lehre z.B.: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 771 und 1084; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 16; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.15, 9.4 und 11.82; ASPRION, S. 33; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 96, 112 und 116 ff.; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 77 f.; G/J/S-SCHMID, Art. 150 N. 8; G/J/S-ENGLER, Art. 222 N. 5; GASSER/RICKLI, Art. 222 N. 3; B&M-PASSADELIS, Art. 150 N. 11; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 21 f.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 20; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 13; BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 16; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 4; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 5; BERTI, ZPO, N. 215; SCHWEIZER, S. 557 und 566; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 29 ff.; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 129; MEIER I., ZPR, S. 273, 291, 295, 297 f. und 384; OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1045 f.; MILANI, Klage, S. 11. Kritisch zur Begriffsverwendung: HUGUENIN-DUMITTAN, S. 33 f.; MEIER R., FN. 768 und N. 304; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 43.

⁴⁴³ MEIER R., N. 305.

⁴⁴⁴ MEIER R., N. 137 und 167 ff. sowie FN. 503 m.H.a. BK I-HURNI, Art. 55 N. 17 ff. (Behauptungslast), und das Urteil 4A_210/2009 E. 3.2; gl. Resultat auch bei LIENHARD A. [b], N. 76 f.; BOHNET/JEANNIN, Note 4A_504/2015, S. 302 f.; vgl. auch den Hinweis von JEANNIN/BOHNET, N. 7, auf die deutschsprachige Lehre.

rungslast über die Behauptungslast hinausgeht.⁴⁴⁵ Nun ist allerdings dem französischsprachigen BGE 144 III 519 zu entnehmen, dass die «Substantiierungslast der Tatsachenbehauptungen» unter anderem dazu dient, dass sich die Gegenpartei klar darüber äussern kann, welche Behauptungen sie anerkennt oder bestreitet.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Vgl. z.B.: 4A_210/2009 E. 3.2; 4A_7/2012 E. 2.3.1; 4A_591/2012 E. 2.1; 2C_194/2013 E. 3.1; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_625/2015 E. 6.2 (nicht publiziert im BGE 142 III 581); 4A_1/2016 E. 2.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 4A_724/2016 E. 3.1; 5A_749/2016 E. 4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 4.2; 4A_443/2017 E. 2.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 144 III 319); 4A_661/2017 E. 5.3; 4A_9/2018 E. 2.2; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_412/2019 E. 4.1; 4A_533/2019 E. 4.4.1; 4A_605/2019 E. 4.1.1; ebenso: BPatGer O2015_017 E. 4.2 (S. 14 f.) vom 11.08.2016; KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020. Vgl. diesbez. auch: KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; BERTI, ZPO, N. 311; JOSI, S. 57; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 128; LIENHARD A. [b], N. 76; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 280; HAAS/BÜHLER, S. 288, 298, 305 und 312; BK I-HURNI, Art. 55 N. 19 ff. und 23 ff.; MEIER R., N. 137, 167 ff. und 301 f.; SARBACH R., N. 50.

⁴⁴⁶ Vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1: «*Les faits pertinents allégués doivent être suffisamment motivés (charge de la motivation des allégués, Substantiierungslast der Tatsachenbehauptungen; onere di sostanziare le allegazioni) pour que, d'une part, le défendeur puisse dire clairement quels faits allégués dans la demande il admet ou conteste et que, d'autre part, le juge puisse, en partant des allégués de fait figurant dans la demande et de la détermination du défendeur dans la réponse, dresser le tableau exact des faits admis par les deux parties ou contestés par le défendeur; pour lesquels il devra procéder à l'administration de moyens de preuve (art. 150 al. 1 CPC; ATF 144 III 67 consid. 2.1. p. 68 s.), et ensuite appliquer la règle de droit matériel déterminante.*» (Hervorhebungen weggelassen); erneut in 4A_243/2018 E. 4.2.1; 4A_535/2018 E. 4.2.1. Auch der Aufbau einer deutschsprachigen Textpassage zur Behauptungs- und Substantiierungslast, die das BGE auch noch nach Inkrafttreten der eidg. ZPO verwendet hat, leistet leicht der Vermischung der beiden Vorschub: «*Die Pflicht einer Prozesspartei, ihre Sachdarstellungen zu substantzieren, bedeutet, dass die Partei die Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Dabei bestimmt das Bundesrecht, wie weit ein Sachverhalt zu substantzieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantziertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b; 108 II 337 E. 2b S. 339).*» (zitiert nach 4A_155/2014 E. 7.3, Hervorhebungen hinzugefügt); dadurch, dass zunächst eindeutig von der Substantiierungslast gesprochen wird, im Anschluss daran aber wieder von den Behauptungen, die zu bestreiten sind, kommt nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch hier der Umstand, dass die Substantiierungslast über die Behauptungslast hinausgeht, nicht mehr klar zum Tragen.

Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass die eigentliche Substantiierung bereits vor einer Bestreitung gefordert wäre. Tatsächlich aber unterscheidet auch dieses Präjudiz hinsichtlich des Detaillierungsgrads der vorgebrachten Tatsachen zwischen der Phase vor und derjenigen nach der Bestreitung.⁴⁴⁷ Auch aufgrund des Umstands, dass in nur wenig später ergangenen Urteilen erneut die Wendung zu finden ist, dass die Substantiierungslast über die Behauptungslast hinausgeht,⁴⁴⁸ ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht seine Differenzierung zu revidieren gedenkt. Ein Bedürfnis, von der schlichten Terminologie und Abgrenzung abzuweichen, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch nicht auszumachen, besticht doch diese dadurch, dass sie griffig und einleuchtend ist – ein weiterer Grund, sie zu unterstützen. Überdies bietet sie einen sehr sinnvollen Anknüpfungspunkt zur Auslegung der verschiedenen Tatbestandsvarianten der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, worauf später noch im Detail einzugehen sein wird.⁴⁴⁹

- 160 Wie erwähnt ist der Begriff «substantiieren» auch in Verbindung mit der Bestreitungstätigkeit verbreitet, um damit dem Erfordernis eines Bestreitens «*im Einzelnen*» im Sinne des Art. 222 Abs. 2 ZPO Nachdruck zu verleihen. Diese Komposition bringt indessen keinen Zusatznutzen, sondern führt mehr noch zum Gegenteil⁴⁵⁰: Zwischenzeitlich entfachte nämlich eine Debatte zur Terminologie

⁴⁴⁷ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1: «*Les exigences quant au contenu des allégués et à leur précision dépendent, d'une part, du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée et, d'autre part, de la façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure: dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquelles elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves; dans un second temps, si la partie adverse a contesté des faits [...], le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillé le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier (ATF 127 III 365 consid. 2b p. 368).*» (Hervorhebungen weggelassen).

⁴⁴⁸ Vgl. z.B. die Urteile 4A_9/2018 E. 2.2 vom 31.10.2018; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2 vom 25.02.2019 oder 4A_533/2019 E. 4.4.1 vom 22.04.2020, während der BGE 144 III 519 am 08.10.2018 gefällt wurde.

⁴⁴⁹ Vgl. hierzu N. 810.

⁴⁵⁰ Vgl. auch BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 22, m.H., dass die Substantiierungslast über die Anforderungen der Bestreitungslast hinaus – («*substantiiertes*» *Bestreiten*)» – kaum eine eigene Bedeutung hat. Dass die Verwendung dieses Begriffs sogar kontraproduktiv sein kann, da er zu Vergleichen führt, die gemessen am grundsätzlich unterschiedlichen Schwierigkeitsgrad der Einbringtätigkeiten nicht sinnvoll sind, belegt das vorliegend in N. 610 aufgezeigte Bsp. des Urteils 4A_45/2014.

rund um die Bestreitungstätigkeit; befeuert wohl nicht zuletzt durch das eben erwähnte bundesgerichtliche Urteil aus dem Jahr 2018.⁴⁵¹ Vermutlich führten Symmetriegedanken dazu, dass dieser eigentlich doch mehr mit der Behauptungstätigkeit assoziierte Begriff für die Bestreitung übernommen wurde. Wenn auch in Bezug auf das Bestreiten im Sinne von Art. 222 Abs. 2 ZPO von *substantiiieren* gesprochen wird, liegt das Problem nach der vorliegend vertretenen Ansicht darin, dass damit zwar ein aussagekräftiger Begriff exportiert wird, dessen angestammter semantischer Gehalt allerdings nicht: Wie in der Folge gezeigt wird, geht es beim Substantiiieren in seinem Ursprungskontext darum, allgemein gehaltene Behauptungen mit zusätzlicher inhaltlicher Substanz anzureichern.⁴⁵² Demgegenüber erschöpft sich der Inhalt der geforderten Bestreitung allgemein und grundsätzlich in der schlichten Aussage, *«dieses Vorbringen der Gegenpartei entspricht nicht den wahren Gegebenheiten»*. Ist der Inhalt mit der Verneinung des Wahrheitsgehalts quasi gesetzt, geht es beim Erfordernis des Bestreitens *im Einzelnen* um die Frage, wie viel Behauptungsumfang eine Bestreitung als unwahr abzudecken vermag. Mit anderen Worten also nicht darum, den *Inhalt der Bestreitung* detaillierter darzustellen. Exportierte man auch die Bedeutung, so ergibt die Wendung des «substantiierten Bestreitens» doch mehr Sinn, um damit diejenigen Ausnahmefälle zu bezeichnen, bei denen die schlichte Verneinung einzelner Behauptungen nicht genügt; wenn somit neben dem eigentlichen Bestreiten noch inhaltliche Erläuterung – oder eben *zusätzliche Substanz* – verlangt wird. In diesem Sinn fasste bereits Jürgen BRÖNNIMANN die substantiierte Bestreitung in seiner Dissertation auf.⁴⁵³ Um Konfusionen zu vermeiden, ist es wegen der heute verbreiteten

⁴⁵¹ DROESE, Note 4A_11/2018, S. 18 ff.; HIRSCH/GEISSBÜHLER, S. 268 ff.; BOHNET, *dialectique*, S. 346 und 348 ff., letztere drei Autoren nicht nur bez. des BGE 144 III 519, sondern auch zum Urteil 4A_126/2019.

⁴⁵² Vgl. auch die französische Umschreibung des *Substantiiierens*: Das BGE spricht im BGE 144 III 54 E. 4.1.1 von der *«charge de la motivation suffisante des faits allégués»*; vgl. auch bereits das Urteil 4A_566/2015 E. 4.2.2, wo von einer *«charge de la motivation en fait»* gesprochen wird, oder dann den BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 zur *«charge de la motivation des allégués»*. Vgl. des Weiteren RÉTORNAZ, S. 117 ff.; CR-TAPPY, Art. 221 N. 18a, der selbst wenig überzeugt den Begriff *«substantification»* in Anführungszeichen verwendet. Eine Darstellung der Begriffsverwendung und Bedeutungen des Worts Substanziieren findet sich schon bei BRÖNNIMANN, Diss., S. 22 ff.; vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 30 ff.; SCHWEIZER, S. 557.

⁴⁵³ BRÖNNIMANN, Diss., S. 24, 160, 162 und schliesslich S. 176: *«Der Begriff des substantiierten Bestreitens wird im folgenden auf Fälle beschränkt, in denen die bestreitende Partei eine eigene Gegendarstellung der in Frage stehenden tatsächlichen Geschehnisse zu geben hat; deshalb gilt eine Bestreitung auch dann noch als «einfach» oder «unsubstanziert», wenn die bestreitende Partei zwar die Tatsachenbehauptungen des*

anderweitigen Begriffsverwendung⁴⁵⁴ sinnvoll, in solchen Ausnahmefällen vom Erfordernis des *begründeten* Bestreitens zu sprechen.⁴⁵⁵ Diese Wendung ist selbsterklärend. Trotzdem sollte nach der vorliegend vertretenen Ansicht in Bezug auf die Regelanforderung, wie sie Art. 222 Abs. 2 ZPO vorsieht – das Bestreiten im Einzelnen –, darauf verzichtet werden, auch noch von einer Substantiierung zu sprechen.⁴⁵⁶

3. Notwendige Ausführlichkeit der Einbringtätigkeiten

- 161 Trotz der aufgezeigten terminologischen Variationen⁴⁵⁷ werden die Richtlinien hinsichtlich des für eine Einbringtätigkeit verlangten Detaillierungsgrads doch überraschend einheitlich formuliert.⁴⁵⁸ Dies soll indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bestimmung des «*Mass[es] an gebotener Detailgenauigkeit*»⁴⁵⁹ im konkreten Fall doch öfters zu Schwierigkeiten führt, da es keinen «*(logisch richtigen) Grad der Detaillierung*»⁴⁶⁰ gibt.⁴⁶¹ Um für die verschiedenen Einbring-

Gegners einzeln zu verneinen hat, jedoch keine tatsächlichen Gründe für ihre Bestreitung vorbringen muss.» (Hervorhebungen weggelassen); vgl. auch BRÖNNIMANN, ZPO, S. 324 (linke Spalte); BRÖNNIMANN, Überblick, S. 88; dann aber auch BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 62 ff., wo er zwei Fälle der Substantiierung auseinanderhält. Auch BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 22 ff., scheint anzunehmen, dass der Begriff Substantiierung in diesem Zusammenhang mehr Sinn ergibt, verwendet ihn jedoch trotzdem wie die h.L. Zur unterschiedlichen Verwendung vgl. auch Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.135.

⁴⁵⁴ Vgl. nur schon die Angaben im vorliegenden Unterkapitel, FN. 442.

⁴⁵⁵ Vgl. z.B. MEIER R., N. 265 und 275; BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 19 f.; BUNDI/SONDEREGGER, S. 407. Vgl. des Weiteren HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 43, und SCHMID, S. 15 f., zur qualifizierten Bestreitung.

⁴⁵⁶ Die Wendung auch ablehnend insb. bereits HUGUENIN-DUMITTAN, S. 33: «*Es ist an sich ungeschickt, die Pflicht zu substantiiertem Bestreiten vom Begriff der Substantiierungspflicht umfassen zu lassen. Denn substantiiertes Bestreiten ist nicht substantiiertes Behaupten mit negativem Vorzeichen*», und weiter S. 34: «*Das, was die Substantiierung des Behauptens ausmacht, geht über das hinaus, was die Substantiierung beim Bestreiten ausmacht.*» sowie MEIER R., FN. 768 und N. 304.

⁴⁵⁷ Vgl. hierzu N. 157–160.

⁴⁵⁸ Vgl. auch die Feststellung bei MEIER R., N. 138.

⁴⁵⁹ Begriff von KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 12, spezifisch zum Grad der *Substantiierung*; auch zitiert bei SCHWEIZER, S. 557.

⁴⁶⁰ SCHWEIZER, S. 558 zur *Substantiierung*.

⁴⁶¹ Vgl. diesbez. zur Substantiierung: SCHWEIZER, S. 557 f.; diesem zustimmend: MEIER R., N. 339 und 364; vgl. des Weiteren auch MEIER I., ZPR, S. 298 und 394; CR-HALDY,

tätigkeiten greifbarer zu machen, wie viel Detailreichtum angebracht ist, knüpfen die nachfolgenden Beschreibungen jeweils am Zweck an, den es mit der entsprechenden Tätigkeit zu erreichen gilt.⁴⁶²

3.1. Ausführen der einem Rechtsschutzgesuch zugrunde liegenden Tatsachen

3.1.1. Zweck

Eine Partei, die einen Rechtsschutzanspruch gerichtlich prüfen und (gegebenenfalls zwangsweise) durchsetzen lassen möchte, muss sich mit der entsprechenden Hypothese über das tatsächliche Geschehen an die zuständige Behörde wenden. 162

3.1.2. Detaillierungsgrad

3.1.2.1. Schlüssiges Behaupten von Tatsachen

Mit Blick auf den im Kapitel 2 dargestellten Syllogismus⁴⁶³ beschrieben, müssen dem Gericht für eine sogenannt *schlüssige* Klage zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen, welche für die Subsumtion unter die einschlägigen Rechtsnormen notwendig und ausreichend sind,⁴⁶⁴ Aussagen über das Geschehen vorgetragen wer- 163

Art. 55 N. 5; HAAS/BÜHLER, S. 293 ff.; BRÄNDLI, N. 454; LIENHARD A. [b], N. 134. Vgl. auch die Feststellung von DOLGE, Anforderungen, S. 36: «*Die Substanziierung wird immer etwas Unberechenbares haben [...]*.» Hinweise, dass die Substantiierungsanforderungen auch vom jeweiligen Gericht bzw. der Gerichtsperson abhängen, z.B. bei: TSCHUDI, S. 35 f.; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637; HÜRLIMANN, S. 211. Nach SCHWEIZER, S. 561, werden die Anforderungen an die Substantiierungslast auch unter der eidg. ZPO weitgehend durch Richterrecht bestimmt.

⁴⁶² Vgl. auch SCHWEIZER, S. 557 ff., der als Lösungsansatz bei der konkreten Fallbearbeitung vorschlägt, sich am Zweck der Substantiierungslast für das Behaupten und das Bestreiten zu orientieren; dem zustimmend: MEIER R., N. 344; HAAS/BÜHLER, S. 293 ff. und 307. SCHWEIZER, S. 569, fordert denn auch, dass im Fall der ungenügenden Substantiierung das Gericht auszuführen habe, welchen Zweck die ungenügende Substantiierung nicht zu erfüllen vermag, dem wiederum zustimmend: MEIER R., FN. 972.

⁴⁶³ Zum juristischen Syllogismus vgl. N. 74–78.

⁴⁶⁴ Zum Gegenstand der Behauptungslast vgl. z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 11; BK I-HURNI, Art. 55 N. 17; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 5; MEIER R., N. 9, 139, 149, 172 f. und 216 ff.; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 45; SARBACH R., N. 44 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 33; BRÖNNIMANN, Diss., S. 130 ff.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 56 f.; GULDENER, ZPR, S. 196; MARTIN P., S. 41.

den, die diese Merkmale auszufüllen vermögen⁴⁶⁵. Neben dieser Vollständigkeit der Behauptungen bedingt eine solche Zuordnung der Aussagen zum Tatbestand auch eine inhaltlich ausreichende Konkretisierung. Was diese zweite Voraussetzung betrifft, so reichen dem Gericht vorerst einfache Behauptungen: Das heisst, solange der gewählte Konkretisierungsgrad der Behauptungen diese Zuordnung zu den Tatbestandsmerkmalen zulässt⁴⁶⁶, und die Gegenpartei mittels Bestreitung auf die Behauptung reagieren kann⁴⁶⁷, genügen grundsätzlich in allgemeiner Form

⁴⁶⁵ Vgl. auch die Rechtsprechung zum schlüssigen Tatsachenvortrag z.B. in: 4A_210/2009 E. 3.2; 2C_194/2013 E. 3.1; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 und 7.3.4 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_504/2015 E. 2.1.3; 4A_1/2016 E. 2.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 4A_724/2016 E. 3.1; 5A_749/2016 E. 4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 4.1; 4A_443/2017 E. 2.1; 4A_453/2017 E. 2.2.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_661/2017 E. 5.3; 4A_9/2018 E. 2.1; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.1 und 11.1; 4A_412/2019 E. 4.1 und 7.4.2.1; 4A_533/2019 E. 4.4.1; 4A_605/2019 E. 4.1; vgl. auch BPatGer O2015_017 E. 4.2 (S. 14) vom 11.08.2016 oder HGer ZH HG130183-O vom 09.04.2014. Vgl. auch zum (schlüssigen) Tatsachenvortrag im Rahmen der Behauptungslast z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 65; BK I-HURNI, Art. 55 N. 19 ff.; SARBACH M., Diss., S. 26; MEIER R., N. 149, 170 ff., 221, 328 und 362; HAAS/BÜHLER, S. 286; SARBACH R., N. 48; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 279 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; GULDENER, ZPR, S. 196; SCHWEIZER, S. 558; BRÖNNIMANN, Diss., S. 137 f.; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57 f.; BERTI, ZPO, N. 218 und 311; MARTIN P., S. 41.

⁴⁶⁶ Explizit die Zuordnungsfähigkeit betonen z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 148; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57 f.; MEIER R., N. 187; WUILLEMIN, N. 189.

⁴⁶⁷ Vgl. die bundesgerichtliche Standardformulierung z.B. im BGE 136 III 322 E. 3.4.2: *«Immerhin muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann.»* (Hervorhebung zugefügt); vgl. auch BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1: *«dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves; [...]»*; vgl. auch die Urteile 4C.220/2002 E. 2.1; 4C.255/2005 E. 1.1; 4C.11/2006 E. 2.2; 4C.166/2006 E. 3; 4C.434/2006 E. 3.6; 4A_291/2007 E. 3.4; 4A_70/2008 i.V.m. 4A_230/2009 E. 4.5.2; 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_438/2010 E. 3.4.2.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 545); 4A_499/2010 E. 3.1; 4A_588/2011 E. 2.2.1; 4A_709/2011 E. 3.1; 4A_7/2012 E. 2.3.1; 4A_69/2012 E. 4.1; 5A_362/2012 E. 4.1; 4A_591/2012 E. 2.1; 4A_271/2013 E. 6.1; 4A_155/2014 E. 7.3; 4A_264/2015 E. 4.2.2; 4A_299/2015 E. 2.3 (nicht publiziert im BGE 142 III 84); 4A_651/2015 E. 4.3; 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206); 4A_535/2018 E. 4.2.1. Vgl. des Weiteren auch z.B.: MEIER R., N. 187; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 21; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 280; MÜLLER H. A., S. 376.

beziehungsweise in Grundzügen gehaltene Behauptungen zu den rechtsrelevanten Geschehnissen.⁴⁶⁸

3.1.2.2. Abweichungen im vereinfachten Verfahren?

Wie bereits erwähnt, sind für die Rechtsschriften im vereinfachten Verfahren eigene Anforderungen vorgesehen. So kennt die Klage hier zwei verschiedene Formen, mit je unterschiedlichem Prozessfortgang: Die Variante der vereinfachten Klage mit *Begründung* hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anforderungen des Art. 221 ZPO einzuhalten.⁴⁶⁹ Andernfalls wird die Klage nach der zweiten Variante behandelt; das heisst, sie wird der Gegenpartei zugestellt und die Parteien sogleich zur Verhandlung vorgeladen. Nun fordert der Art. 244 Abs. 1 lit. c ZPO zwar für sämtliche Klagen dieser Verfahrensart «*die Bezeichnung des*

⁴⁶⁸ 2C_194/2013 E. 3.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.1; vgl. auch die verbreitete Formulierung z.B. im BGE 136 III 322 E. 3.4.2: «*Eine Tatsachenbehauptung braucht nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden ist.*» Gleich oder ähnlich z.B. auch die Urteile 4A_210/2009 E. 3.2; 4A_225/2011 E. 2.2; 4A_709/2011 E. 3.1; 4A_7/2012 E. 2.3.1; 4A_69/2012 E. 4.1; 5A_362/2012 E. 4.1; 4A_591/2012 E. 2.1; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_625/2015 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 581); 5A_749/2016 E. 4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_281/2017 E. 4.1; 4A_443/2017 E. 2.1; 4A_453/2017 E. 2.2.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_661/2017 E. 5.3; 4A_9/2018 E. 2.1; 4A_374/2018 E. 3.1; 4A_280/2019 E. 4.1; 4A_412/2019 E. 4.1; 4A_533/2019 E. 4.4.1; 4A_605/2019 E. 4.1. Vgl. des Weiteren auch z.B.: GULDENER, ZPR, S. 163 f.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 148; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 60; MEIER R., N. 170, 187 und 231; BERTI, ZPO, N. 310; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 21 und 26; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23 f.; SCHWEIZER, S. 557 f.; HAAS/BÜHLER, S. 305; SARBACH M., Diss., S. 26 ff.; JOSI, S. 57; BOHNET, faits, N. 34; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 128; SARBACH R., N. 48; CR-TAPPY, Art. 221 N. 18a.

⁴⁶⁹ BGE 140 III 450 E. 3.1; BGE 146 III 297 E. 2.1. Gl.M. z.B.: HEINZMANN, Habil., N. 312; BK II-KILLIAS, Art. 245 N. 3 f.; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 245 N. 2, die im Zweifel für eine unbegründete Klage plädieren. Vom Erfordernis *substantiiert*er Tatsachenbehauptungen sprechen neben Letzteren z.B. auch: BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N. 11 f. und 16; BERTI, ZPO, N. 256; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 245 N. 3. A.M. wohl BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 42, nach dem aufgrund der Gleichbehandlung und der Chancengleichheit der Parteien bei Kurzbegründung und im Zweifel eine schriftliche Begründung anzunehmen ist; ähnlich S/H/L-HAUCK, Art. 244 N. 9 und Art. 245 N. 8, der von einer Begründung ausgeht, soweit mehr vorgebracht wird als die blosser Umschreibung des Streitgegenstands.

Streitgegenstands», zu welchem auch Darstellungen zum strittigen Sachverhalt gehören.⁴⁷⁰ Mit der Option der sogenannt *begründungslosen* Klage⁴⁷¹ eröffnen aber die Art. 244 Abs. 2 und Art. 245 Abs. 1 ZPO dem Kläger die Möglichkeit, eine Klage einzureichen, die keine Behauptungen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht⁴⁷² enthalten muss. Welche Konsequenzen dies für die vorliegend interessierende Tätigkeit des Behauptens effektiv hat, soll an dieser Stelle erörtert werden:

- 165 Bereits anlässlich der parlamentarischen Beratung erläuterte der Bundesrat diese vereinfachte Klage dahingehend, dass der Kläger eine solche nicht wortlos einreichen kann: Aus dem Beispiel, das der damalige Bundesrat Christoph BLOCHER dem Ständerat schilderte, geht hervor, dass der Kläger gehalten ist, der beklagten Partei mit minimalen Behauptungen und allenfalls auch bereits mit zugehörigen Beweisen anzuzeigen, wogegen sich diese zu verteidigen hat.⁴⁷³
- 166 An einem minimalen Begründungserfordernis wird auch in der Lehre festgehalten.⁴⁷⁴ Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass der Art. 244 ZPO lediglich die

⁴⁷⁰ Zum Begriff des Streitgegenstands vgl. N. 145.

⁴⁷¹ KuKo-FRAEFEL, Art. 245 Titel vor N. 1.

⁴⁷² 5A_211/2017 E. 3.1.3.2: «*aussi bien la motivation juridique que factuelle*»; vgl. auch KuKo-FRAEFEL, Art. 245 N. 1; HEINZMANN/EGLOFF, S. 1070; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 351.

⁴⁷³ Bundesrat Christoph BLOCHER, AB 2007 S. 532: «*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.*» Weiter habe der Gesuchsteller «*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. [...] 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.*»

⁴⁷⁴ Vgl. z.B.: G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 244 N. 11 und 17, nach denen der Beklagte erkennen muss, wofür und woraus er belangt wird, und eine «*minimalen Begründungslast*» besteht; ähnlich BK II-KILLIAS, Art. 244 N. 16 f. und 25. Nach HEINZMANN/EGLOFF, S. 1070, benötigt die Klage keine Tatsachenbehauptungen, jedoch muss der Streitgegenstand bezeichnet werden, was bedeutet, dass die Klage *nicht substantiiert* zu sein braucht; wohl ähnlich BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 53; GASSER/RICKLI, Art. 244 N. 4; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 244 N. 6.

technischen Anforderungen im Bereich der *Rechtsschrift* gegenüber denjenigen des ordentlichen Verfahrens erleichtert, indem nicht bereits mit dem Anheben der Klage umfassende Einbringtätigkeiten gefordert werden. Inhaltlich betrachtet führt dies – selbst für den Fall, dass der Prozess mit einer sogenannt begründungslosen Klage eingeleitet wurde – zu keiner Veränderung der *Tätigkeit* des Behauptens im vereinfachten Verfahren: Denn in einer späteren Instruktionsverhandlung, zu der das Gericht gemäss Art. 246 Abs. 2 ZPO vorladen kann, allerspätestens aber an der Hauptverhandlung, werden die Parteien die entsprechenden Einbringtätigkeiten, und somit auch das schlüssige Behaupten der dem Rechtsschutzgesuch zugrunde liegenden Tatsachen, zumindest mündlich wahrnehmen müssen. Dies unabhängig davon, wie viel Begründung bislang in einer Rechtsschrift geliefert wurde.⁴⁷⁵ Aus

HEINZMANN, Habil., N. 299 über eine «*obligation de circonscrire les grandes lignes de l'état de fait*»; CR-TAPPY, Art. 221 N. 18 zum Gesuch «*sans allégations de faits détaillées*» und Art. 244 N. 12 zu einem «*bref exposé*» bzw. einer unerlässlichen Angabe, die es erlaubt, «*de vérifier la nature et l'identité exacte de l'action exercée*»; KuKo-FRAEFEL, Art. 244 N. 8 und Art. 245 N. 1 zum Rechtsbegehren, das in den Grundzügen konkretisiert wird, sodass zumindest ersichtlich ist, um welches Rechtsverhältnis gestritten wird; ähnlich BERTI, ZPO, N. 253. Nach MILANI, Klage, S. 6 f. und 14, braucht es eine klare und unzweideutige Umschreibung des Lebenssachverhalts (i.S. einer minimalen Begründungslast), wobei diese summarisch, d.h. stichwortartig ausfallen könne; auch dieser Autor nennt als Faustregel, dass die Gegenpartei erkennen können muss, was zum Rechtsstreit erhoben wurde – dies decke sich mit der Begründungsdichte für das Betreibungsbegehren nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Nach BK II-KILLIAS, Art. 244 N. 19, und BSK ZPO-MAZAN, Art. 244 N. 15, genügt auch der Verweis auf die Klagebewilligung, in welcher nach Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO der Streitgegenstand beschrieben ist, womit dieses Dokument eine bedeutsame Rolle erhält; diesbez. kritisch: S/H/L-HAUCK, Art. 244 N. 6.

⁴⁷⁵ Vgl. die Urteile 4D_57/2013 E. 3.2 und 5A_211/2017 E. 3.1.3.2: «*La phase des allégations peut se dérouler oralement, c'est-à-dire à l'audience, cas échéant avec l'aide du juge [...]*»; des Weiteren das Urteil 5D_17/2020 E. 2.2. Vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 351; HEINZMANN, Habil., N. 300, der schreibt, dass die Schlüssigkeit der Behauptung bei Klageeinreichung noch nicht gefordert ist, und weiter N. 376 ff. zur Bedeutung der Instruktionsverhandlung sowie N. 382 ff. zur Bedeutung der Hauptverhandlung; vgl. aber auch DENS., a.a.O., N. 407, zu den *premières plaidoiries*: «*C'est en effet à ce stade de la procédure que les parties doivent alléguer les faits et produire leurs moyens de preuve. Autrement dit, la phase d'allégation, qui en procédure ordinaire a lieu principalement en amont et par écrit, est reportée aux débats principaux en procédure simplifiée.*» Allgemein zum Ablauf der mündlichen Verhandlungen und den Einbringtätigkeiten der Parteien im vereinfachten Verfahren vgl. auch BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N. 13 und 18 und Art. 246 N. 8 ff. und 19 ff. Zur substantiierten Begründung des Anspruchs anlässlich der Gerichtsverhandlung vgl. z.B.: BK II-KILLIAS, Vorbem. vereinfachtes Verfahren, S. 2415 N. 9;

der französischen Marginalie «*Demande simplifiée*» – nicht etwa *Action simplifiée* – geht dies ungleich deutlicher hervor⁴⁷⁶. Das Gericht wird die Parteien hierbei mehr oder minder intensiv unterstützen, je nachdem wie die im Kapitel 7 erläuterten Angemessenheitsfaktoren dies gebieten.⁴⁷⁷ Auf die Einordnung dieser gerichtlichen Hilfestellung ist im nachfolgenden Unterkapitel C. zurückzukommen.

3.2. Gegnerische Reaktion

3.2.1. Zweck

3.2.1.1. Verhindern eines Zugeständnisses

- 167 Reagiert nun die Gegenpartei nicht mit einer rechtsgenügenden Bestreitung, wirkt sich dies bei der Verhandlungsmaxime regelmässig, in der Praxis aber zuweilen auch bei der Untersuchungsmaxime, als prozessual verbindliches Zugeständnis⁴⁷⁸ der Behauptung aus.⁴⁷⁹ Durch das Bestreiten der Behauptung verhindert demnach der Gegner diese Zugeständniswirkung.⁴⁸⁰ Eine sogenannt beachtliche, schlüssige beziehungsweise erhebliche⁴⁸¹ Bestreitung führt dazu, dass eine vormals bestan-

B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 245 N. 2; KuKo-FRAEFEL, Art. 245 N. 3 und Art. 247 N. 5; BK II-KILLIAS, Art. 244 N. 24 und Art. 246 N. 13; MILANI, Klage, S. 8 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 140.

⁴⁷⁶ Auf den sprachlichen Vergleich hinweisend auch CR-TAPPY, Art. 244 N. 2.

⁴⁷⁷ Zu den Angemessenheitsfaktoren der materiellen Prozessleitung vgl. N. 641–651. Zu den Konklusionen bez. der Prozessleitung im vereinfachten Verfahren vgl. N. 926–960 (Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht) und N. 964–1001 (soziale Untersuchungsmaxime).

⁴⁷⁸ Zur terminologischen Unterscheidung zwischen *Zugeständnis* und *Anerkennung* vgl.: ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 8; MEIER R., FN. 693; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 772.

⁴⁷⁹ Zur Zugeständniswirkung vor dem Hintergrund der Verhandlungsmaxime vgl.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 20; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 22; MEIER R., N. 226 ff.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 12 und 173; ASPRION STÖCKLIN, S. 61 und 67; des Weiteren auch BERTI, ZPO, N. 313; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 771. Zur möglichen Zugeständniswirkung bei Geltung der Untersuchungsmaxime vgl.: S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 16a ff.; WUILLEMIN, N. 206. Zum diesbez. Differenzierungsbedarf bei den Untersuchungsmaximen vgl. N. 388–390 sowie die Konklusionen in N. 980–984 (unterstützend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime) i.V.m. 1013–1014 (lenkende Untersuchungsmaximenausprägungen).

⁴⁸⁰ Vgl. auch die Beschreibung der primären prozessualen Funktion der Bestreitungslast bei JOSI, S. 66.

⁴⁸¹ Zu den verschiedenen Begriffen und Hinweisen auf die entsprechende Verwendung durch verschiedene Autoren vgl. z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 173; ASPRION STÖCKLIN, S. 65 f.; MEIER R., N. 229.

dene Schlüssigkeit der eingebrachten Sachverhaltshypothese zerstört wird, womit das Gericht die bestrittene Behauptung nicht mehr ohne Weiteres als wahr hinnehmen darf⁴⁸². Das heisst, in ihren blossen Grundzügen gehalten reicht eine solche nun nicht mehr aus, um ein positives Prozessresultat zu erzielen.

3.2.1.2. Veranlassen der Beweisführung?

Basierend darauf, dass die Bestreitung eine Beweisführung erforderlich macht, 168 scheinen einige Autorinnen und Autoren im Veranlassen zur Beweisführung beziehungsweise der Beweisabnahme teilweise den Zweck des Bestreitens zu sehen.⁴⁸³ Allenfalls mag dies von einer bekannten bundesgerichtlichen Passage herrühren, wonach die Bestreitung *«ihrem Zweck entsprechend konkretisiert wird, um den Behauptenden zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen»*^{484, 485}. Wird allerdings in der schlichten prozessualen Konsequenz, dass über bestrittene relevante Tatsachen eine Beweisführung notwendig ist, sogleich auch der «Zweck» des Bestreitens gesichtet, leistet dies dem Bestreiten ohne jeden sachlichen Grund – das heisst ohne Zweifel an der Richtigkeit einer Behauptung – Vorschub. Bereits Raoul MEIER wies darauf hin, dass solches Gebaren dem wertungsbelasteten Begriff *bestreiten* nicht gerecht wird: Tatsächlich ist mit einer Bestreitung eine Negierung, zumindest aber ein Anzweifeln der entsprechenden Aussage verbunden.⁴⁸⁶ Auch MEIER besteht darauf, dass aus der fehlenden Notwendigkeit, eine Bestreitung zu begründen, noch lange nicht zu schliessen ist, dass auch ohne jeglichen Zweifel an der Richtigkeit, einzig in der Hoffnung, die Gegenpartei möge am

⁴⁸² Zur Wirkung der Bestreitung vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 26; MEIER R., N. 229.

⁴⁸³ ASPRION STÖCKLIN, S. 61 und 104; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 54; SARBACH R., N. 58; HAAS/BÜHLER, S. 302.

⁴⁸⁴ BGE 105 II 143 E. 6a) bb.

⁴⁸⁵ Vgl. auch BGE 115 II 1 E. 4. Solche Formulierungen übernehmen z.B. auch: MEIER I., ZPR, S. 298; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 117 und § 43 N. 81; B/G/S II-PAHUD, Art. 222 N. 11; HAAS/BÜHLER, S. 302.

⁴⁸⁶ MEIER R., N. 109; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 88, nach dem mit dem Bestreiten die *Richtigkeit* einer Behauptung der Gegenpartei in Abrede gestellt wird; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 4, nach dem die *Wahrheit* der Tatsachenbehauptung infrage gestellt wird. A.M. dagegen NAEGELI, S. 294 f., welcher in der Bestreitung prozesssprachlich keine Zusicherung an das Gericht sieht, dass die Behauptung der Gegenpartei unwahr wäre, m.H.a. HAFTER, Strategie Voraufgabe, N. 1363 ff. und 2599, wobei HAFTER in der neuen Auflage seines Buchs diese Passagen neu formuliert hat, vgl. diesbez. HAFTER, Strategie, N. 1705 f. und 3207 ff.

Erbringen des rechtsgenügenden Beweises scheitern,⁴⁸⁷ bestritten werden darf.⁴⁸⁸ So wenig vom Behauptungsgegner verlangt werden kann, dass er aus eigenem Antrieb Tatsachen vorträgt, die seine Position schwächen,⁴⁸⁹ so sehr ist von ihm doch auch zu fordern, von Bestreitungen entgegen seiner sicheren Überzeugung Abstand zu nehmen. Dass Bestreitungen wider besseres Wissen nicht mit Art. 52 ZPO zu vereinen sind, entspricht auch der Ansicht zahlreicher Autorinnen und Autoren sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁴⁹⁰ In Anbetracht dessen ist es als erhebliche Verbesserung zu werten, dass das Bundesgericht im BGE 141 III 433 seine Erwägung, wonach die Bestreitung ihrem Zweck entsprechend

⁴⁸⁷ MEIER, R., FN. 342, in der N. 111 hält MEIER die Zweischneidigkeit einer solchen Ansicht vor Augen: *«Deshalb wird auch bei den Vertretern dieser Meinung davor gewarnt, eine Behauptung wider besseres Wissen zu bestreiten, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Gegenpartei die Richtigkeit ihrer Behauptungen belegen kann». Diese Warnung wäre jedoch unnötig, wenn im anders verstandenen Bestreiten wirklich nur die Aufforderung enthalten wäre, der Behauptungsbelastete möge seine Behauptung beweisen. Ehrlicher ist an dieser Stelle, wenn man sagt, dass man zwar aus taktischen Gründen wider besseres Wissen bestreiten kann, man sich aber dabei nicht erwischen lassen sollte.»* (das verwendete Wortzitat stammt von NAEGELI, S. 295). Von einer Bestreitung wider besseres Wissen als *«jedenfalls anwaltsrechtlich zulässig»* sprechen KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 5, und NAEGELI, S. 294 ff. (wogegen aber Behauptungen wider besseres Wissen sowohl zivilprozessual als auch anwaltsrechtlich unzulässig seien, vgl. KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 20; NAEGELI, S. 293 f. und 296). KuKo-SCHMID, Art. 160 N. 5, ist der Ansicht: *«Im Behauptungsstadium sind die Parteien nicht der Wahrheitspflicht unterworfen; in Grenzen darf gelogen werden, solange falsches Behaupten – und vielleicht mehr noch Bestreiten – nicht in bös- oder mutwillige Prozessführung mündet (Art. 115), weil dann die Grenzen des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 52) überschritten sind.»* (Hervorhebungen weggelassen).

⁴⁸⁸ MEIER, R., Diss., N. 109, und N. 355 mit der Forderung, dass verhindert werden muss, dass durch haltlose Bestreitungen das Beweisverfahren aufgebläht wird.

⁴⁸⁹ Vgl. diesbez. z.B.: MEIER, R., Diss., N. 99 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 28; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 6; BK I-HURNI, Art. 52 N. 12 und 30; CR-BOHNET, Art. 52 N. 47a; PC-CHABLOZ, Art. 52 N. 25; SARBACH R., N. 449; GULDENER, ZPR, S. 166.

⁴⁹⁰ 4A_221/2015 E. 2 (nicht publiziert im BGE 141 III 549); SUTTER-SOMM, ZPR, N. 453; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 11; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 6; BAUMGARTNER/DOLGE/ MARKUS/SPÜHLER, § 26 N. 78; B&M-SCHENKER, Art. 52 N. 10 f.; GULDENER, ZPR, S. 189; BK I-HURNI, Art. 52 N. 28 und 31; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 160 N. 9; zur Wahrheitspflicht und dem Verbot, das Gericht anzulügen, vgl. MÜLLER R., S. 64; zudem MEIER, R., Diss., N. 113, sowie sein Hinweis in FN. 349, dass die Pflicht zur Interessenwahrnehmung der Mandantschaft keinesfalls zum Kampf mit allen Mitteln verpflichtet, sondern sich am geltenden Recht zu orientieren hat.

so konkret sein muss, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie zu beweisen hat, um den Hinweis ergänzt: *«Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird [...]»*⁴⁹¹ Hieraus geht augenscheinlich hervor, dass es im Prozess um die Erstellung der *wahren Gegebenheiten* geht. Vom treuwidrigen Ausnutzen des prozesstechnischen Mechanismus, das helfen kann, diese Gegebenheiten zu verschleiern, ist Abstand zu nehmen.

3.2.2. Detaillierungsgrad

3.2.2.1. Bestreiten «im Einzelnen» nach Art. 222 Abs. 2 ZPO

Wie bereits mit der eben zitierten Rechtsprechung angetönt, lässt die hinreichende Bestreitung die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche Behauptungen sie zu substantiieren und schliesslich zu beweisen hat⁴⁹². Daher ist der im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in die *lex generalis* eingefügte Zusatz des Bestreitens *im Einzelnen* dahingehend zu verstehen, dass lediglich pauschale Bestreitungen unzureichend sind.⁴⁹³ Solche verlängern und verteuern das Beweisverfahren unnö-

⁴⁹¹ BGE 141 III 433 E. 2.6 (Hervorhebung zugefügt; im Übrigen wird zum ersten Teil auf den BGE 115 II 1 verwiesen); nunmehr auch: 4A_281/2017 E. 4.3; 4A_443/2017 E. 4.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_605/2019 E. 4.1.2; 4A_106/2020 E. 2.3.2.

⁴⁹² BGE 141 III 433 E. 2.6; 4A_225/2011 E. 2.3; 4A_9/2015 E. 5.4; 4A_318/2016 E. 3.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 und 2.5 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_281/2017 E. 4.3; 4A_443/2017 E. 4.1; 4A_9/2018 E. 2.3; 4A_487/2018 E. 4.2.1; 4A_605/2019 E. 4.1.2; 4A_106/2020 E. 2.3.2; zur Bestimmbarkeit, welche einzelnen Behauptungen strittig sind, vgl. auch z.B.: BGE 141 III 433 E. 2.6; BGE 144 III 519 E. 5.2 und 5.3; 4C.374/2001 E. 3.1; 4A_74/2008 i.V.m. 4C.68/2007 E. 5.2; 4A_225/2011 E. 2.2 f.; 4A_390/2011 E. 3.1.1; 5A_892/2014 E. 2.2; 4A_281/2017 E. 4.3; 4A_443/2017 E. 4.1; 4A_106/2020 E. 2.3.2.

⁴⁹³ Vgl. auch die Erläuterungen der Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148 und S. 7339 zu Art. 217–220, sowie Ständerat Hansheiri Inderkum, AB 2007 S. 528, mit dem Kommissionsantrag um Einführung der Wendung *«im Einzelnen»*. Zu den ungenügenden Pauschal-/Globalbestreitungen vgl. z.B.: BGE 141 III 433 E. 2.6; BGE 144 III 519 E. 5.2.2.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_243/2018 E. 4.2.3; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_487/2018 E. 4.2.1; 4A_535/2018 E. 4.2.2; 4A_605/2019 E. 4.1.2; 4A_106/2020 E. 2.3.2; des Weiteren auch z.B.: KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 5; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 14; PC-HEINZMANN, Art. 222 N. 19; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.15, 9.4 i.V.m. 11.82; BERTI, ZPO, N. 215; SCHWEIZER, S. 557 und 567; MEIER R., N. 254 und 363; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 5 und § 21 N. 3; MEIER I., ZPR, S. 384; SUTTER-SOMM,

fig.⁴⁹⁴ Die Anforderung des Bestreitens im Einzelnen fördert somit die Verschlan-
kung des Beweisverfahrens.⁴⁹⁵ Wenn nun die Bestreitung, wie das Bundesgericht
ausführt, «ihrem Zweck entsprechend konkretisiert»⁴⁹⁶ werden muss, bedeutet
dies zunächst, dass sich die Gegenpartei mit den vorgebrachten Behauptungen
individuell auseinanderzusetzen und zu erkennen zu geben hat, welche davon
sie bestreitet.^{497, 498} Zur Erfüllung des Erfordernisses der Vollständigkeit muss die
bestreitende Partei jedoch nicht jede Tatsachenbehauptung in Einzeltatsachen auf-
gliedern und diese einzeln bestreiten;⁴⁹⁹ eine solche Aufgliederung ist Sache des
Behauptenden. Umgekehrt muss aber gelten, dass es nicht genügt, lediglich die

ZPR, N. 771; CHAIX, procédure ordinaire, S. 73; TANNER, S. 737; FELLMANN, Substan-
tiationspflicht, S. 30; BRÄNDLI, N. 456; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 15; S/H/L-
LEUENBERGER, Art. 222 N. 20. BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 4, erachtet pauschale
Bestreitungen als nicht empfehlenswert, sie sollten möglichst substantiiert erfolgen.

⁴⁹⁴ SUTTER-SOMM, ZPR, N. 771. Vgl. auch die Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148; MEIER
R., N. 254, und BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 17, die eine pauschale Bestreitung ableh-
nen, da das Beweisverfahren nicht durch *haltlose* Behauptungen verlängert und ver-
teuert werden soll.

⁴⁹⁵ 4A_106/2020 E. 2.3.2; SCHWEIZER, S. 559 und 566 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. hierzu N. 168.

⁴⁹⁷ Vgl. z.B. bereits BGE 117 II 113 E. 2, wonach die Auffassung des OGer nicht zu
beanstanden ist, dass es dem Beklagten obliegen hätte, im Einzelnen darzulegen,
welche Arbeiten der Kläger nicht erbracht oder doppelt verrechnet haben soll. Zur
individuellen Auseinandersetzung vgl. auch die Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148,
wonach einer Partei «auch die beliebte Floskel nichts [nützt], wonach alles bestrit-
ten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden werde»; diesbez. auch: GASSER/RICKLI,
Art. 222 N. 3; BK I-HURNI, Art. 55 N. 41 und 43; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 14;
BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 18; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 19; S/H/L-SUTTER-SOMM/
SCHRANK, Art. 55 N. 27; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 52; SUTTER-SOMM, ZPR,
N. 771; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 5; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 21 N. 3; MEIER I.,
ZPR, S. 295 und 384; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 21; MORDASINI-ROHNER,
Diss., N. 52; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.82; G/J/S-SCHMID, Art. 150 N. 9;
DOLGE, Anforderungen, S. 24; DOLGE, Zivilprozess, S. 38; BAUMGARTNER/DOLGE/
MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 116.

⁴⁹⁸ Vgl. auch die wichtige Präzisierung von DROESE, Note 4A_11/2018, S. 18 ff., zur Wen-
dung «*circonstances exceptionnelles*», die im BGE 144 III 519 E. 5.2.2.3 erstaun-
licherweise verwendet wurde; zu dieser Urteils Passage vgl. auch HIRSCH/GEISSBÜHLER,
S. 270; BOHNET, faits, N. 57. Die Wendung wurde erneut z.B. im Urteil 4A_535/2018
E. 4.2.2 m.H.a. BGE 144 III 519 und BGE 141 III 433 aufgegriffen.

⁴⁹⁹ MEIER R., N. 255; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 30 f. B&M-DÜRR, Art. 222
N. 4, empfiehlt allerdings, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin in ihre Einzelteile
zu zergliedern und zu jeder einzelnen Behauptung im Detail Stellung zu nehmen.

übergeordneten Tatsachen zu bestreiten, wenn die behauptende Partei bereits in ihrem ersten Tatsachenvortrag die Aufgliederung vorgenommen hat.⁵⁰⁰

Als Grenze der Bestreitungsanforderungen wurde und wird regelmässig das Verbot der Umkehr der Beweislast zitiert.⁵⁰¹ Erklären lässt sich dies damit, dass es dazu führen kann, dass das Gericht eine konkrete Bestreitung fälschlicherweise als prozessual ungenügend erachtet und somit die Behauptung der Gegenpartei ohne Weiteres als zugestanden taxiert, wenn die Anforderungen an das Bestreiten überhöht werden.⁵⁰² Oft wird darauf hingewiesen, dass es mit Art. 8 ZGB insbesondere unvereinbar ist, vom Behauptungsgegner generell eine Begründung der Bestreitung oder eine eigene Version des Sachverhalts zu verlangen.⁵⁰³ Grundsätz-

⁵⁰⁰ Vgl. z.B.: BGE 117 II 113 E. 2; BGE 141 III 433 E. 2.6; 4A_299/2015 E. 2.3 (nicht publiziert im BGE 142 III 84); BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2 f.; 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206); 4A_318/2016 E. 3.1; 4A_284/2017 E. 3.3 und 4.3; 4A_443/2017 E. 4.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_9/2018 E. 2.3; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_487/2018 E. 4.2.1; 4A_605/2019 E. 4.1.2; vgl. in der Lehre z.B.: MEIER R., N. 218 und 256; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 54; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 30; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 5; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 282; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 96; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.82; HAAS/BÜHLER, S. 302; TSCHUDI, S. 35; ASPRION STÖCKLIN, S. 64 f.; ASPRION, S. 33.

⁵⁰¹ Vgl. z.B.: BGE 105 II 143 E. 6a) bb); BGE 115 II 1 E. 4; BGE 117 II 113 E. 2; 4C.374/2001 E. 3.1; 5P.1/2006 E. 2.2; 4A_225/2011 E. 2.2; 4A_390/2011 E. 3.1.1; 4A_709/2011 E. 3.2; 4A_318/2016 E. 3.1; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 23; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 4; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 23; BK I-HURNI, Art. 55 N. 39; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 15; BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 19; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 771; CR-TAPPY, Art. 222 N. 20; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 27 f.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 22; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 5; KuKo-NAEGEL/RICHERS, Art. 222 N. 7; MEIER R., N. 251 und 263; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 117 und § 43 N. 81; SARBACH R., N. 63; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 31; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 283. Zur Lehre vor der eidg. ZPO: BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 62; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 113 ZPO N. 8; MEIER I., Privatrecht, S. 23; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1267 f.; ASPRION, S. 33.

⁵⁰² In diese Richtung vgl.: BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 62; BRÖNNIMANN, Diss., S. 188; SCHWEIZER, S. 566. Zur Zugeständniswirkung vgl. N. 167.

⁵⁰³ Vgl. z.B.: BGE 117 II 113 E. 2; 4A_504/2015 E. 2.4; 4A_443/2017 E. 4.1 und 4.3; vgl. auch z.B.: MEIER R., N. 263; B/G/S II-PAHUD, Art. 222 N. 11; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 27; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 22; LEUENBERGER, Behaupten, S. 4; CR-TAPPY, Art. 222 N. 19 f.; BK I-HURNI, Art. 55 N. 43; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 5; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 52 f.; SARBACH R., N. 64; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 31; GASSER/RICKLI, Art. 222 N. 4; SCHWEIZER, S. 567;

lich darf es der Behauptungsgegner also beim blossen Bestreiten der gegnerischen Tatsachenvorbringen bewenden lassen.⁵⁰⁴ Nur besondere Umstände, etwa die Situation der Beweisnot unter gleichzeitiger Beweisnähe der Gegenpartei, können die Ausnahme rechtfertigen, von der bestreitungsbelasteten Partei eine Begründung zu verlangen.⁵⁰⁵ Neben der schlichten Verneinung sind aber auch andere Äusserungsformen denkbar: Ohne das grundsätzliche Erfordernis einer Begründung muss zumindest unter bestimmten Voraussetzungen ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig sein.⁵⁰⁶ Grundsätzlich möglich ist auch die Behauptung des Gegenteils, also die eigene, zur Behauptung gegenteilige Darstellung.⁵⁰⁷

- 171 Heikel wird es, wenn eine Behauptung keine ausdrückliche Würdigung der Gegenpartei erhalten hat. Die Rechtslage ist nicht so leicht zu beurteilen: Denn die Frage, welche prozessualen Konsequenzen die Streichung von Art. 148 Abs. 2 E-ZPO nach der parlamentarischen Beratung mit sich bringe, sorgte für Diskussionsstoff.

G/J/S-ENGLER, Art. 222 N. 6; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.82; HAAS/BÜHLER, S. 303; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 7. A.M. KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 6 und Art. 55 N. 12.

⁵⁰⁴ BGE 144 III 519 E. 5.2.2.2 f.; 4A_487/2018 E. 4.2.1; 4A_605/2019 E. 4.1.2; 4A_106/2020 E. 2.3.2; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 23; MEIER R., N. 240, 263 und 363; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 52. A.M. wohl CHAIX, *procédure ordinaire*, S. 73 f.

⁵⁰⁵ Zur Ausnahme der Beweisnot vgl. BGE 115 II 1 E. 4 sowie z.B.: BK I-HURNI, Art. 55 N. 44; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 5; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 32; GASSER/RICKLI, Art. 222 N. 4; DOLGE, Anforderungen, S. 24; DOLGE, Zivilprozess, S. 38; SCHWEIZER, S. 568; MEIER R., N. 210, 278 ff. und 363; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.84; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 23; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 27; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 8; ASPRION STÖCKLIN, S. 58 und 65; CR-BOHNET, Art. 52 N. 48. Weitere Ausnahmen z.B. bei: BK I-HURNI, Art. 55 N. 44; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 5; SCHWEIZER, S. 569.

⁵⁰⁶ Vgl. hierzu z.B.: BGE 115 II 1 E. 4; 4A_261/2017 E. 4.4; 4A_443/2017 E. 4.3; BRÖNNIMANN, Diss., S. 183; MEIER R., N. 266 und 363; DOLGE, Anforderungen, S. 24; DOLGE, Zivilprozess, S. 38; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 18; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 98; GASSER/RICKLI, Art. 150 N. 2; BOHNET, faits, N. 58; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 18 und § 43 N. 81; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 20; ASPRION STÖCKLIN, S. 65 und 69 f.; SARBACH R., N. 64; HAAS/BÜHLER, S. 302. Kritisch: CR-TAPPY, Art. 222 N. 22. Zur Frage, wann überhaupt Unkenntnis angenommen werden darf, vgl. insb: MEIER R., N. 267 ff.; ASPRION STÖCKLIN, S. 69 f.

⁵⁰⁷ Vgl. auch 4A_453/2017 E. 2.5 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); LIENHARD A. [b], N. 159; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 108. Nach BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 21, genügt allerdings die Einführung einer «*Gegen-geschichte*» nicht, die Bestreitungen müssen sich auf konkrete Behauptungen des Gegners beziehen.

Jene Bestimmung sah vor, dass das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens und Verhaltens einer Partei beurteilt, ob eine weder ausdrücklich bestrittene noch zugestandene Tatsache als strittig zu gelten hat. Implizite Bestreitungen, womit solche gemeint sind, die klar erkennbar in expliziten enthalten sind, müssen nach verschiedenen Autoren, analog zu impliziten Behauptungen⁵⁰⁸, möglich sein.⁵⁰⁹ Diese Ansicht dürfte vom Bundesgericht geteilt werden.⁵¹⁰ Aus dem Umstand, dass aber der Art. 148 Abs. 2 E-ZPO letztlich keinen Eingang ins Gesetz fand, schliesst Andreas LIENHARD, dass der stillschweigenden Bestreitung indessen generell eine Absage erteilt wurde: So sei das Gericht nicht berechtigt, aufgrund der Auslegung der übrigen Äusserungen und des übrigen Verhaltens der bestreitungsbelasteten Partei eine Tatsache trotzdem als bestritten zu qualifizieren^{511, 512}. In Anbetracht der Äusserung des Bundesrats in der parlamentarischen Beratung könnte diese Argumentation Zustimmung finden: Schliesslich forderte Christoph BLOCHER, dem Streichungsantrag der Kommission stattzugeben. Dies mit der Begründung, es handle sich bei Art. 148 Abs. 2 E-ZPO um eine unverständliche Norm, die im *Widerspruch* stehe zu Art. 219 Abs. 2 E-ZPO – dem heutigen Art. 222 Abs. 2 ZPO, der die Bestreitung *im Einzelnen* fordert.⁵¹³ Erst im Anschluss hieran erläuterte Pierre BONHÔTE den Streichungsantrag. Allerdings dahingehend, dass die beratende Kommission den Art. 148 Abs. 2 E-ZPO *aufgrund der Bestimmung zur freien Beweiswürdigung* als *überflüssig* erachtet.⁵¹⁴ Basierend auf der Erklärung des Kommissionssprechers lehnt nun etwa Raoul MEIER die Ansicht von LIENHARD explizit ab und erläutert, dass eine Unzulässigkeit konkludenter Bestreitungen, als deren Unterfall er die stillschweigende ein-

⁵⁰⁸ Zu den impliziten Sachvorbringen vgl. z.B.: BGE 144 III 519 E. 5.3.2; 4A_243/2018 E. 4.2.1 und 4.3.1; MEIER R., N. 59 ff.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 42, 3. Spiegelstrich; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 698 f.

⁵⁰⁹ LIENHARD A. [b], N. 159; ähnlich LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.82; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 21; JOSI, S. 80. Für die Zulässigkeit auch z.B.: BK I-HURNI, Art. 55 N. 41; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 31; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 83; wohl auch BK II-KILLIAS, Art. 222 N. 18.

⁵¹⁰ Vgl. das Urteil 5A_91/2014 E. 3.3, in welchem die kantonale Instanz nicht dafür gerügt wird, dass sie eine Tatsachenbehauptung im Ergebnis zumindest implizit als bestritten qualifiziert hat.

⁵¹¹ LIENHARD A. [b], N. 156 zur Beschreibung der stillschweigenden Bestreitung.

⁵¹² LIENHARD A. [b], N. 158 f. (ordentliches Verfahren) und N. 436 ff. (vereinfachtes Verfahren nach Art. 247 Abs. 1 ZPO); a.M. MEIER R., N. 241 und FN. 729.

⁵¹³ Bundesrat Christoph BLOCHER, AB 2007 S. 514.

⁵¹⁴ Ständerat Pierre BONHÔTE, AB 2007 S. 514.

ordnet⁵¹⁵, der Auslegung von Parteierklärungen durch das Gericht widerspricht.⁵¹⁶ So könnten Gerichte nach «*objektiver Auslegung*» des Parteivorbringens zum Schluss gelangen, dass «*nach den allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben*» eine Tatsache als bestritten zu gelten hat.⁵¹⁷

- 172 Aufgrund der Situation, wie sie sich in der Videoaufzeichnung präsentiert,⁵¹⁸ hätte die Erläuterung des Streichungsantrags von Seiten des Kommissionssprechers BONHÔTE wohl vor der Stellungnahme des Bundesrats BLOCHER erfolgen sollen. Nun aber sprach zuerst der Bundesrat und der Kommissionssprecher legte daraufhin die Erläuterungen für die Kommission dar. Der Bundesrat liess die Erläuterungen so stehen und es gab vor der Annahme der Änderung auch keine anderweitigen Wortmeldungen mehr.⁵¹⁹ Auch der Nationalrat als Zweitrat stimmte der Streichung ohne Weiteres zu.⁵²⁰ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht bleibt damit offen, welcher Grund für die Streichung einschlägig ist: Der vom Bundesrat in Art. 148 Abs. 2 E-ZPO gesehene *Widerspruch* zum Erfordernis des Bestreitens im Einzelnen im Sinne des heutigen Art. 222 Abs. 2 ZPO oder doch eine *Überflüssigkeit* von Art. 148 Abs. 2 E-ZPO aufgrund dessen, dass die freie richterliche Beweiswürdigung im Gesetz verankert ist. Der augenscheinlich springende Punkt liegt darin, dass aus dem Grund der Streichung, wie dies die beispielhaft aufgezeigten Meinungen von LIENHARD und MEIER belegen⁵²¹, ganz unterschiedliche

⁵¹⁵ MEIER R., FN. 729 i.V.m. 694 m.H., dass die stillschweigende Willenserklärung ein Unterfall der konkludenten Willenserklärung ist, weshalb auch statt von stillschweigenden besser von konkludenten Bestreitungen gesprochen werden sollte.

⁵¹⁶ MEIER R., N. 241, unter expliziter Ablehnung der Meinung von LIENHARD in FN. 729.

⁵¹⁷ MEIER R., N. 241 (inkl. Wortzitate, m.H.a. BGE 105 II 149 E. 2), wobei der Schluss auf eine konkludente Bestreitung nach MEIER jedoch nur Wirksamkeit entfalten kann, wenn sie dem Gericht keine Rätsel aufgibt: «*Der Schluss auf eine konkludente Bestreitung sollte aber nur erfolgen, wenn hinreichend gesicherte Anhaltspunkte eindeutig dafür sprechen.*»

⁵¹⁸ Video zum Votum einsehbar auf: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Amtliches Bulletin > Geschäft 06.062 > Ständerat [Erstrat], Sommersession 2007, 14.06.2007. Entsprechender Ausschnitt erst im Video zum Votum Pierre BONHÔTE, AB 2007 S. 514 f., enthalten (zuletzt besucht am 02.06.2023).

⁵¹⁹ AB 2007 S. 514.

⁵²⁰ AB 2008 S. 945 f.

⁵²¹ Auch weitere Ansichten, insb. auch zum konkludenten Zugeständnis (vgl. diesbez. die Bemerkung von BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 25, wonach «*konkludente*» oder «*stillschweigende prozessuale Zugeständnisse*» i.S. der Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148, keine eigene prozessuale Kategorie, sondern eine umgangssprachliche Bezeichnung für das Vorliegen einer Nichtbestreitung ist), zeigen ein buntes Bild: BK

Schlüsse gezogen werden können. Nicht nur der Inhalt einer Bestimmung, sondern auch eine spätere Streichung kann somit für eine prozessual sehr folgenreiche Verwirrung sorgen.

In seinen 2020 erschienenen Aufsätzen verweist François BOHNET nicht nur auf 173
Materialien zur eidgenössischen Prozessordnung, sondern auch auf die herrschende Lehre, um zum Schluss zu gelangen, dass Behauptungen der Gegenpartei als unbestritten zu gelten haben, wenn sich eine Partei zu diesen nicht äussert.⁵²² Dass das Bundesgericht durchaus eine wahrnehmbare Ausdrucksweise der Partei verlangt, zeigt nach der vorliegend vertretenen Ansicht insbesondere die hiervor zitierte, vom Bundesgericht bereits mehrfach verwendete Erwägung, wonach für eine substantiierte Bestreitung «*eine klare Äusserung*» dahingehend erforderlich ist, dass der Wahrheitsgehalt einer gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.⁵²³ Auch stellte das Bundesgericht mit Hinweis auf die Autoren Hans

II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 13 f. und N. 17, geht m.H. darauf, dass Art. 148 Abs. 2 E-ZPO gestrichen wurde, davon aus, dass unter der eidg. ZPO Stillschweigen im Zweifel als Zugeständnis anzusehen ist; nach DOLGE, Beweisverfahren, S. 34, ist von einem stillschweigenden bzw. konkludenten Zugeständnis auszugehen, wenn sich die beklagte Partei zu einer behaupteten, prozessentscheidenden Tatsache überhaupt nicht äussert; demgegenüber CR-SCHWEIZER, Art. 150 N. 4, der die Streichung von Art. 148 Abs. 2 E-ZPO begrüsst: «*Cette formule alambiquée étant de nature à semer la confusion dans les esprits, et on ne peut que se réjouir de sa disparition. Personnellement, j'en déduis qu'en principe un fait non expressément admis est réputé contesté [...]*». Vgl. aber auch DENS., a.a.O., N. 12 und 14. Nach KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 222 N. 9, kann bei fehlender expliziter Bestreitung nur dann auf die Behauptung abgestellt werden, «*wenn in der fehlenden Bestreitung effektiv eine (stillschweigende) Anerkennung der Tatsache zu erblicken ist*». Nach verschiedenen Autoren gilt in der Sache der Art. 148 Abs. 2 E-ZPO trotz Streichung noch immer, womit ein Schweigen nicht zwingend ein Zugeständnis bedeuten muss, vgl. GASSER/RICKLI, Art. 150 N. 2; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 94; G/J/S-SCHMID, Art. 150 N. 11.

⁵²² BOHNET, dialectique, S. 348 f.; BOHNET, faits, N. 59; vgl. auch JEANNIN/BOHNET, N. 8 f.

⁵²³ Vgl. hierzu N. 168. Die Aussage im BGE 105 II 143 E. 6a) bb), wonach vom Nachweis behaupteter rechtserheblicher Tatsachen nur das klare, ausdrückliche oder stillschweigende prozessuale Zugeständnis der Gegenpartei entbindet, kann nicht auf das heutige Recht übertragen werden, das keine Pauschalbestreitungen mehr zulässt. Das BGer befürwortete im Urteil 4A_33/2015 E. 6.2.2 f., dass «*das insgesamt prozessuale Verhalten*» berücksichtigt und daraus abgeleitet wurde, dass der eingeklagte Unfallverursacher zwar den Unfall an sich, nicht aber den genauen Hergang zugestanden hatte; dies aber mit der Begründung, dass der Unfallhergang bis zur Verhandlung gar nicht Diskussionsgegenstand bildete und somit aus dem Verhalten des Beklagten «*logischerweise*» kein Zugeständnis abgeleitet werden kann. In jenem Urteil war

SCHMID, Dominik GASSER und Brigitte RICKLI umgekehrt zur Anerkennung von Behauptungen bereits 2015 fest: *«Les faits allégués peuvent être reconnus expressément ou tacitement.»*⁵²⁴ Lässt der Gegner eine Behauptung ohne ausdrückliche Würdigung stehen, ist also das Risiko sehr erheblich, dass das Gericht dies als Zugeständnis wertet.⁵²⁵

3.2.2.2. Abweichungen im vereinfachten Verfahren?

- 174 Wie bereits gesehen, kennt das vereinfachte Verfahren in Bezug auf die Rechtschriften der Parteien eigene Anforderungen: Die hiervor erläuterte, mit einer Begründung eingereichte vereinfachte Klage wird der Gegenpartei zur schriftlichen Stellungnahme zugesandt.⁵²⁶ Was deren Klageantwort betrifft, so fällt auf, dass der Art. 245 Abs. 2 ZPO keinen Zusatz über eine Bestreitung «im Einzelnen» enthält. Trotzdem geht die Botschaft davon aus, dass der Beklagten eine Frist *«zur schriftlichen (und substantiierten) Klageantwort»* anzusetzen ist, wenn der Kläger die Option wählt, eine vollständige und begründete Klageschrift nach Art. 218 E-ZPO einzureichen.⁵²⁷ Unter dem Klammerausdruck müsste eigentlich, angesichts der Erläuterungen zu Art. 148 E-ZPO⁵²⁸, ein Ungenügen von lediglich pauschalen Bestreitungen zu verstehen sein. Allerdings gehen in der Literatur sehr viele davon aus, dass der Art. 222 Abs. 2 ZPO in Bezug auf die Rechtsschrift

somit nicht eine stillschweigende Bestreitung Thema, denn es fehlte bereits an rechtsgenügenden Behauptungen zum Kausalzusammenhang (vgl. zu diesem Urteil auch JEANNIN/BOHNET, N. 1 ff.); vgl. auch das Urteil 5A_641/2016 E. 2.4.1, wonach sich das Anerkennen oder das Unterlassen der Bestreitung nur auf *behauptete* Tatsachen beziehen kann, nicht aber auf gar nie behauptete Tatsachen.

⁵²⁴ 5A_892/2104 E. 2.2 (Hervorhebungen zugefügt).

⁵²⁵ Auch auf diese Gefahr hinweisend SUTTER-SOMM, ZPR, N. 771; BRÖNNIMANN, auf den das BGer zumindest in einem altrechtlichen Entscheid zur Beschreibung des Ausmasses der im Einzelfall erforderlichen Substantiierung des Bestreitens abstellte (vgl. 4A_390/2011 E. 3.1.2 m.H.a. BRÖNNIMANN, Diss., S. 179 f.), geht davon aus, dass unter vereinheitlichtem Prozessrecht ein Stillschweigen im Zweifel als Zugeständnis anzusehen ist, vgl. BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 13 f. (m.H.a. die Streichung von Art. 148 Abs. 2 E-ZPO) und N. 17.

⁵²⁶ Zur vereinfachten Klage mit Begründung vgl. N. 164.

⁵²⁷ Botschaft ZPO, S. 7347 f. zu Art. 240 und 241 mit Wortzitat. Hierauf verweisend auch: B&M-GIGER, Art. 245 N. 3.

⁵²⁸ Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148: *«Bestreitungen haben substantiiert zu erfolgen (Art. 219 Abs. 2). Bei bloss pauschaler Bestreitung darf das Gericht eine unbestrittene Tatsache annehmen, denn das Beweisverfahren soll nicht durch haltlose Behauptungen verlängert und verteuert werden können.»* (Hervorhebung zugefügt).

der Beklagten im vereinfachten Verfahren keine Anwendung findet.⁵²⁹ Allein dass das Bundesgericht mit den Anforderungen nach Art. 221 ZPO die Messlatte hoch ansetzt, um von einer vereinfachten Klage mit Begründung auszugehen,⁵³⁰ berechtigt auch nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht zum Schluss, dass die schriftliche Stellungnahme ebenso bereits dem Erfordernis des Art. 222 Abs. 2 ZPO gerecht werden müsste. Denn es bleibt insbesondere zu berücksichtigen, dass bei der Verfahrenseinleitung einzig dem Kläger die Wahl offensteht, ob er eine Klage mit oder ohne Begründung einreicht; selbst eine Mischform schadet ihm in der Praxis zuweilen nicht.⁵³¹ Doch auch der Beklagten, die dieser Wahl ausgeliefert ist, soll die technische Vereinfachung in dieser Verfahrensart zugute kommen: Deshalb darf es ihr nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie auf eine vollständige und begründete Klage mit einer Rechtschrift reagiert, die lediglich eine Pauschalbestreitung enthält. Aus ihrer Perspektive hat die Beklagte damit lediglich die Chance vertan, ihre Ansichten zu diesem Zeitpunkt, also noch vor der Hauptverhandlung, ebenfalls detailliert und schriftlich festzuhalten.⁵³²

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum ordentlichen Verfahren 175 liegt der Zweck der Klageanforderungen nach Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO zum einen darin, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich die

⁵²⁹ BK II-KILLIAS, Art. 245 N. 10; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 245 N. 5; KuKo-FRAEFEL, Art. 245 N. 4.; BSK ZPO-MAZAN, Art. 246 N. 19; BERTI, ZPO, N. 257; HEINZMANN, Habil., N. 317; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.160 (nur beschränkte Anwendung von Art. 222 i.V.m. Art. 221 ZPO); vgl. auch CR-TAPPY, Art. 245 N. 7 f.; BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N. 17, und LIENHARD A. [b], N. 435, mit Kritik an der Botschaft. Vgl. auch das Urteil des OGer BE ZK 18 534 vom 12.02.2019 E. IV. 15.5. B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 245 N. 3, möchten eine Ausrichtung an Art. 222 ZPO, der aber hier nicht zu streng auszulegen wäre. A.M. MILANI, Klage, S. 11 m.H.a. Art. 219 i.V.m. Art. 222 Abs. 2 ZPO analog i.V.m. Art. 244 ZPO und die Botschaft ZPO, S. 7339.

⁵³⁰ Vgl. hierzu N. 164 m.w.H.

⁵³¹ Vgl. HEINZMANN, Habil., N. 311; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 42; BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N. 18. Gl.M. zum Wahlrecht des Klägers MILANI, Klage, S. 14, jedoch S. 10 a.M. bez. Mischformen. Zur Zulässigkeit von Mischformen vgl. insb. GASSER/RICKLI, Art. 245 N. 4 und Art. 247 N. 5, 2. Spiegelstrich; CR-TAPPY, Art. 244 N. 16 f. und Art. 245 N. 4.

⁵³² KuKo-FRAEFEL, Art. 245 N. 8, führt sogar zur Säumnis aus, dass sich der beklagten Partei einzig die Gelegenheit entzieht, zum klägerischen Begehren noch vor der Hauptverhandlung begründete Ausführungen machen zu können. A.M. zur Säumnis das OGer BE ZK 18 534 vom 12.02.2019 m.H.a. Art. 223 Abs. 2 ZPO.

Partei stützt und womit sie diese beweisen will. Zum anderen soll die Gegenpartei wissen, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich zu verteidigen hat.⁵³³ Zur Bestreitungslast führte das Bundesgericht wiederum aus, dass sich zwar jede Partei darauf beschränken kann, die Behauptungen der anderen Partei zu bestreiten, *«mais elle doit le faire de manière assez précise pour que cette dernière sache quels allégués sont contestés en particulier et qu'elle puisse en administrer la preuve [...]»*⁵³⁴. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht stehen diese Zwecke letztlich in jedem Gerichtsverfahren hinter den prozessualen Einbringtätigkeiten. Inwiefern die Parteien diesen Tätigkeiten in schriftlicher oder mündlicher Form und wie weit sie ihnen eigenständig nachzukommen haben, ist demgegenüber eine Frage der Verfahrensausgestaltung. Was den weiteren Prozessverlauf angeht, muss demnach ebenso in einem vereinfachten Verfahren gelten, dass die Prozesssubjekte die Beweisthemen herauszuarbeiten haben. Hierzu gehört, dass die Gegenpartei dann zumindest mündlich, und gegebenenfalls mit entsprechender gerichtlicher Hilfestellung, darlegt, welche Punkte *im Einzelnen* strittig sind.⁵³⁵ Eine bis zuletzt zulässige Pauschalbestreitung führt unabhängig der Verfahrensart zu einer Aufblähung des Beweisverfahrens, was augenscheinlich der besonders ressourcenschonenden Konzeption des vereinfachten Verfahrens widerspricht; sollte dieses doch nach Art. 246 Abs. 1 ZPO möglichst an einem Verhandlungstag erledigt werden. Ein ehrgeiziges Bestreben,⁵³⁶ dessen Umsetzung erst recht illusorisch wird, wenn

⁵³³ 4A_281/2017 E. 5; 4A_284/2017 E. 4.2 f. und 4A_443/2017 E. 2.2 und 2.2.1; die Präzisierung, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt, dass die Partei ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachkommt und der pauschale Verweis auf Beilagen regelmässig ungenügend ist, ist nach der vorliegenden Ansicht mit Blick auf das dortige ordentliche Verfahren zu verstehen.

⁵³⁴ 5A_892/2014 E. 2.2 insb. m.H.a. BGE 115 II 1 E. 4; vgl. auch 5A_710/2009 E. 2.3.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 257).

⁵³⁵ Vgl. auch HEINZMANN, Habil., N. 376 ff. zur Bedeutung der Instruktionsverhandlung und insb. N. 378 zu dieser bei Klage mit Begründung als Möglichkeit einer mündlichen Klageantwort sowie N. 382 ff. zur Bedeutung der Hauptverhandlung und insb. N. 384 zu dieser bei Klage mit Begründung, vgl. auch DENS., a.a.O., N. 407, zu den *premières plaidoiries*: *«C'est en effet à ce stade de la procédure que les parties doivent alléguer les faits et produire leurs moyens de preuve. Autrement dit, la phase d'allégation, qui en procédure ordinaire a lieu principalement en amont et par écrit, est reportée aux débats principaux en procédure simplifiée.»* Zum Ablauf der mündlichen Verhandlung im vereinfachten Verfahren vgl. auch BSK ZPO-MAZAN, Art. 245 N. 13 und zudem N. 18 und Art. 246 N. 8 ff. und 19 ff.

⁵³⁶ BERTI, ZPO, N. 261 über ein ehrgeiziges Ziel; KuKo-FRAEFEL, Art. 246 N. 1 über ein äusserst ambitioniertes Ziel; MEIER I., ZPR, S. 350, spricht diesbez. vom *«alten Traum» jedes Prozessgesetzgebers*; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 363: *«En*

aufgrund einer aufrechterhaltenen Pauschalbestreitung sämtliche Behauptungen von A bis Z zu beweisen wären, obschon sie bei genauer Betrachtung gar nicht alle strittig sind.⁵³⁷ Die Anforderung des Bestreitens *im Einzelnen* trägt, wie erwähnt, zu einer Verschlinkung des Beweisverfahrens bei,⁵³⁸ worauf gerade das vereinfachte Verfahren seiner Zielsetzung nach angewiesen ist.

Zusammengefasst lässt sich auch hier feststellen, dass der Unterschied zwischen vereinfachtem und ordentlichem Verfahren weniger im Resultat respektive in der Tätigkeit an sich besteht, als vielmehr im Weg, der zu rechtsgenügenden Bestreitungen führt. Somit kann sinngemäss auf die Ausführungen zur Behauptungstätigkeit im vereinfachten Verfahren, namentlich auf die Bedeutung der Instruktions- und der Hauptverhandlung, verwiesen werden.⁵³⁹ 176

3.3. Weitergehendes Detaillieren der Behauptungen

3.3.1. Zweck

3.3.1.1. Sinnvolles und rationelles Beweisverfahren

Verschiedentlich ist zu lesen, dass die behauptende Partei nach einer Bestreitung gezwungen ist, die Schlüssigkeit ihrer Darstellungen, also die Subsumtionsfähigkeit ihrer Vorbringen, wiederherzustellen.⁵⁴⁰ Diese Aufgabe wird mit einer vielbeachteten Formel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend umschrieben, dass wenn «[...] *der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei [bestreitet], [...] diese gezwungen sein [kann], die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber*

 177

pratique, il s'agit davantage d'un idéal que d'un objectif réaliste.» Die Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, gesteht ein «hochgestecktes Ziel» ein, worauf z.B. auch B&M-GIGER, Art. 246 N. 1; BK II-KILLIAS, Art. 246 N. 2; S/H/L-HAUCK, Art. 246 N. 2, und CR-TAPPY, Art. 246 N. 3 f., verweisen. GASSER/RICKLI, Art. 246 N. 1, bemerken, dass dies kaum je zu bewerkstelligen ist, wenn kein Vergleich zustande kommt. Vgl. des Weiteren S/H/L-LEUENBERGER, Art. 231 N. 2, zu diesem Ziel bez. des ordentlichen Verfahrens.

⁵³⁷ Vgl. auch JOSI, S. 69, wonach kaum Fälle denkbar sind, in denen jede einzelne Tatsache vollumfänglich strittig ist; JOSI weist darauf hin, dass die Anforderungen an das Bestreiten auch disziplinierende Wirkung haben und der Versuchung entgegenwirken, den Prozessstoff zulasten der Gegenpartei schikanös aufzublähen.

⁵³⁸ Vgl. hierzu N. 169.

⁵³⁹ Vgl. hierzu N. 164–166.

⁵⁴⁰ Vgl. z.B.: BK I-HURNI, Art. 55 N. 25; BRÖNNIMANN, Diss., S. 149 f.; SARBACH M., Diss., S. 29; SARBACH R., N. 52.

*Beweis abgenommen werden kann»^{541, 542} Wie dem Unterkapitel zur Terminologie im Bereich der Einbringtätigkeiten zu entnehmen ist, spricht gerade die neuere Rechtsprechung und Lehre auch von der *Substantiierungslast, die über die Behauptungslast hinausgeht*.⁵⁴³ Aus diesen Erwägungen zum Substantiierungserfordernis geht hervor, dass der Unterschied zwischen Substantiierung und Behauptungstätigkeit grundsätzlich im Zeitpunkt ihrer Aktualisierung sowie im Ausmass der geforderten Konkretisierung des Tatsachenvorbringens liegt.⁵⁴⁴ Dies bedeutet indessen nicht, dass mit der Substantiierung per se zuzuwarten wäre: Wie verschied-*

⁵⁴¹ BGE 127 III 365 E. 2b f. (Hervorhebung zugefügt); identische oder ähnliche Formulierungen z.B. auch in: BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 4C.374/2001 E. 4; 4C.220/2002 E. 2.1; 5P.210/2005 E. 4.1; 4C.255/2005 E. 1.1; 4C.11/2006 E. 2.2; 4C.166/2006 E. 3; 4C.434/2006 E. 3.6; 4A_291/2007 E. 3.4; 4A_70/2008 i.V.m. 4A_230/2009 E. 4.5.2; 4A_144/2009 E. 3.2; 4A_210/2009 E. 3.2; 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_499/2010 E. 3.1; 4A_438/2010 E. 3.4.2.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 545); 4A_588/2010 E. 2.2.1; 4A_169/2011 E. 6.2; 4A_709/2011 E. 3.2; 4A_7/2012 E. 2.3.1; 4A_69/2012 E. 4.1; 4A_591/2012 E. 2.1; 4A_178/2013 E. 2.3.3; 2C_194/2013 E. 3.1; 4A_271/2013 E. 6.1; 4A_155/2014 E. 7.3; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_504/2015 E. 2.1.3; 4A_625/2015 E. 6.2 und 6.4 (nicht publiziert im BGE 142 III 581); 4A_1/2016 E. 2.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 4A_724/2016 E. 3.1; 5A_749/2016 E. 4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 4.2; 4A_443/2017 E. 2.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_661/2017 E. 5.3; 4A_9/2018 E. 2.2; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_126/2019 E. 6.1.3; 4A_280/2019 E. 4.1; 4A_412/2019 E. 4.1; 4A_533/2019 E. 4.4.1; 4A_605/2019 E. 4.1.1; vgl. auch BPatGer O2015_017 E. 4.2 (S. 14 f.) vom 11.08.2016; KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020.

⁵⁴² Vgl. auch BERTI, ZPO, N. 311; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 3; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 22; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 280; BK I-HURNI, Art. 55 N. 25; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 23, 2. Spiegelstrich; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30 und Art. 222 N. 22; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 4; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 67; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 23 f.; MEIER R., N. 317; SARBACH R., N. 50; JOSI, S. 56; BOHNET, faits, N. 35; MÜLLER H. A., S. 376.

⁵⁴³ Vgl. hierzu N. 159.

⁵⁴⁴ Vgl. auch die Erläuterungen von ASPRION STÖCKLIN, S. 49 f.; ASPRION, S. 32; des Weiteren HUGUENIN-DUMITTAN, S. 34, der bereits lange vor der eidg. ZPO schrieb: «[...] zu den von der Behauptungslast gegebenen Kriterien fügt jedoch die Pflicht zu substantiiertem Behaupten noch eines hinzu, nämlich die Orientierung nicht nur an den anwendbaren Normen, sondern auch an den Bestreitungen». Vgl. zudem die Darstellung von JOSI, S. 57 f., sowie die Ausführungen von HAAS/BÜHLER, S. 305 f.

dene Autorinnen und Autoren betonen, empfiehlt es sich nicht, soweit Bestreitungen zu erwarten sind, im Erstvortrag nur einfache Behauptungen aufzustellen.⁵⁴⁵

Das weitergehende Ausführen einer Behauptung dient insbesondere auch der 178
Gegenpartei.⁵⁴⁶ Ein solches ermöglicht dieser gegebenenfalls eine sachgerechtere
und überzeugendere Bestreitung, indem sie nicht nur schlicht bestreitet, sondern
gezielt die Unglaubwürdigkeit einzelner Behauptungsdetails mit Gegendarstel-
lungen und -beweisen⁵⁴⁷ untermauern kann.⁵⁴⁸ Anhand der dialektischen Abfolge
Behaupten, Bestreiten und weitergehendes Zergliedern⁵⁴⁹ können die strittigen
und somit beweisbedürftigen Einzeltatsachen, die Beweisthemen, aus dem Sach-

⁵⁴⁵ MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 281; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 8; MEIER R., N. 217 ff.; HÜRLIMANN, S. 209 f.; BRUGGER, S. 536; vgl. zudem die Ausführungen von TSCHUDI, S. 35. Dabei aber gilt, dass die Behauptungs- und die Substantiierungslast die Partei nicht zwingt, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften, vgl. diesbez.: 4A_7/2012 E. 2.3.2; 4A_591/2012 E. 3.2; 4A_281/2017 E. 4.2; 4A_443/2017 E. 2.1 und 3; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_9/2018 E. 2.2; 4A_533/2019 E. 4.4.1; 4A_605/2019 E. 4.1.1. Vgl. zudem ZPR-GROLIMUND, § 14 N. 3, 4. Spiegelstrich, zur Frage der Prozesstaktik, ob selbst unter der Verhandlungsmaxime der Sachverhalt insgesamt dargelegt oder gewisse Fakten bzw. Beweismittel für später «aufgespart» würden.

⁵⁴⁶ Vgl. 5A_658/2014 E. 6.3.2 m.H.a. die prozessuale Stellung der Gegenpartei als wichtigen Grund für die Forderung nach substantiierten Behauptungen; vgl. auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 131; HUGUENIN-DUMITAN, S. 19; HAAS/BÜHLER, S. 295 f.

⁵⁴⁷ Den Antritt des Gegenbeweises setzt das BGer in der neueren Rechtsprechung in den Kontext der Substantiierung, vgl. z.B.: 4A_210/2009 E. 3.2; 4A_7/2012 E. 2.3.1; 4A_591/2012 E. 2.1; 2C_194/2013 E. 3.1; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_625/2015 E. 6.2 und 6.4 (nicht publiziert im BGE 142 III 581); 4A_1/2016 E. 2.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 4A_724/2016 E. 3.1; 5A_749/2016 E. 4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 4.2; 4A_443/2017 E. 2.1; 4A_661/2017 E. 5.3. Vgl. demgegenüber die ältere Standardformulierung zur Tatsachenbehauptung und zum Gegenbeweis in FN. 467, wobei die terminologischen Hinweise in N. 157–160 zu beachten sind.

⁵⁴⁸ SCHWEIZER, S. 562 f., mit dem Bsp., dass wenn neben der Behauptung des mündlichen Vertragsschlusses auch Ort und Zeit der angeblichen Vereinbarung angegeben werden, die Gegenpartei nicht nur den Vertragsschluss allgemein bestreiten, sondern ggf. nachweisen kann, dass sie zur besagten Zeit gar nicht am angegebenen Ort war, wodurch die behauptete Geschichte in sich zusammenfällt; ähnliches Bsp. bei MEIER R., N. 323 f. SCHWEIZER, S. 563, betont jedoch, dass dieser Nutzen der Gegenpartei wiederum nicht zu überhöhten Anforderungen an die Substantiierungslast führen darf.

⁵⁴⁹ Vgl. die Ausdrucksweise von MEIER R., N. 169, 234 und 323.

verhaltenskomplex herausgeschält werden.⁵⁵⁰ Das Substantiierungserfordernis ermöglicht also einen sinnvollen und rationellen Einsatz von Beweis und Gegenbeweis.⁵⁵¹

3.3.1.2. Verhindern des Ausforschungsbeweises?

- 179 Neben diesem Sinn, wie er sich aus der zitierten Rechtsprechung unmittelbar erschliesst – nämlich das Herauskrystallisieren der Beweisthemen und damit auch die Wahrung der Verteidigungsrechte der Gegenpartei –, findet sich zuweilen der Hinweis, das Erfordernis der hinreichenden Substantiierung bezwecke auch, den Ausforschungsbeweis zu verhindern⁵⁵². Hierbei soll das Substantiierungserfordernis unterbinden, dass der Beweisgegner mithilfe des Gerichtsverfahrens dazu gezwungen wird, sämtliche Beweismittel mit einem auch nur entfernten Zusam-

⁵⁵⁰ HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19 f.; MEIER R., N. 317 ff. und 323.

⁵⁵¹ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 166, zum sinnvollen und rationellen Einsatz der Beweismittel; zustimmend TANNER, S. 738; MEIER R., N. 317 ff. zum sinnvollen, rationellen Beweisverfahren, N. 322 ff. zum Ermöglichen des Gegenbeweises und N. 364 zu beidem; SCHWEIZER, S. 561 f. zum Ermöglichen des Beweisverfahrens und S. 562 ff. zur Verteidigung des Beklagten; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19 f. zum sinnvollen Beweisverfahren, zum Ermöglichen der Verteidigung sowie zum Ermöglichen der Subsumtion; SARBACH M., Diss., S. 35 f. zur Berechtigung prozessualer Anforderungen an den Tatsachenvortrag zum Ermöglichen des Beweisverfahrens; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 130, spricht von der geordneten Durchführung eines Beweisverfahrens m.H.a. das Urteil 4A_144/2009 E. 3.2; HAAS/BÜHLER, S. 293 f. über die gezielte und rationale Gestaltung des Beweisverfahrens.

⁵⁵² SCHWEIZER, S. 559 und 564 f.; DOLGE, Anforderungen, S. 35; MEIER R., N. 325 ff. und 364; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 33; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 53; TANNER, S. 738; HAAS/BÜHLER, S. 296 f.; HABSCHEID, Grundlagen, N. 641. Zum Zusammenhang der Substantiierung und des Ausforschungsbeweises vgl. auch BGE 127 III 365 E. 2c sowie bereits BGE 108 II 337 E. 3, ebenfalls noch zum kantonalen Recht, wo die verbreitete Ansicht, dass das Beweisverfahren nicht dazu dient, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen, unter Vorbehalt der bundesrechtlich vorgesehenen amtlichen Sachverhaltsermittlung oder von Fällen, die wie Art. 42 Abs. 2 OR gelagert sind, vom BGer nicht bemängelt wird; vgl. des Weiteren BGE 144 III 67 E. 2.1: «Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dies setzt entsprechende, substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite genügend substantiiert bestritten werden [...]» (Hervorhebungen weggelassen). Und weiter: «Das Beweisverfahren dient also nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus [...]»; 5P.210/2005 E. 4.1; 4C.434/2006 E. 3.9.1; 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_504/2015 E. 2.4; 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_261/2017 E. 4.5.

menhang zum geltend gemachten Anspruch zu edieren, anhand derer der Beweislastträger seine Behauptungen dann erst substantiiert.⁵⁵³

Basierend auf der schlichten Tätigkeit des weitergehenden Detaillierens, wie sie an dieser Stelle untersucht wird, kann jedoch noch kein Verbot des Ausforschungsbeweises ins Spiel gebracht werden. Dies zeigt sich daran, dass ein solches Verbot grundsätzlich kein Thema ist, soweit die Verantwortung für den Prozessstoff beim Gericht liegt.⁵⁵⁴ Erst wenn die Verantwortung für die Stoffsammlung den Parteien zugeschrieben wird, geht damit ein Verbot des Ausforschungsbeweises einher, wobei hier das Erfordernis des Substantiiierens wohl eher als Mittel zum Zweck, also zur Aufrechterhaltung ebendieser Parteiverantwortung, zu betrachten ist. Erschliessen wird sich dies im nachfolgenden Unterkapitel C., im Rahmen dessen die Gegenüberstellung zwischen den vorliegend besprochenen Einbringtätigkeiten und den noch zu erläuternden sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen vorgenommen wird.⁵⁵⁵ 180

3.3.2. Detaillierungsgrad

Verschiedene Autoren orientieren sich am hiavor beschriebenen Zweck und stellen für das erforderliche Mass an Substantiierung wie etwa Stephen BERTI darauf ab, ob «*sinnvolle Beweissätze*» formuliert werden können.⁵⁵⁶ Wie sich anhand der Erläuterungen des 2. Kapitels leicht verstehen lässt,⁵⁵⁷ sollten in solchen Beweissätzen Rechtsbegriffe vermieden werden; vielmehr sind darin die die Rechts- 181

⁵⁵³ SCHWEIZER, S. 564 m.H.a. die Rechtsprechung des OGer ZH.

⁵⁵⁴ Vgl. den Hinweis bei MÜLLER R., S. 77: «*Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass im Inquisitionsprozess die Behauptungslast stark durchlöchert ist [...]. Dasselbe muss auch für die Substanziierungslast gelten, die ein Aspekt der Behauptungslast ist. Deshalb kann der Inquisitionsrichter den Beweis trotz ungenügender Bestimmtheit des Antrags erheben, ja er ist unter Umständen sogar dazu verpflichtet, wenn das Ergebnis weitere Aufklärung verspricht.*» Zur Voraussetzung der ausreichend substantiierten Tatsachenbehauptungen für eine Beweisabnahme bringt das BGer zuweilen den Hinweis an, dass andernfalls *vorbehältlich Art. 153 ZPO* kein Raum für eine Beweisabnahme besteht, vgl. z.B. BGE 144 III 67 E. 2.1; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.7.4; 5A_763/2018 E. 2.1.2.1; wie auch bereits 4C.332/2000 E. 4a zum Vorbehalt einer allfälligen Pflicht der amtswegigen Sachverhaltsabklärung.

⁵⁵⁵ Vgl. hierzu N. 211–213.

⁵⁵⁶ BERTI, ZPO, N. 312 (inkl. Wortzitat); in diese Richtung auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 129 f., m.H.a. BGE 108 II 337 E. 3; vgl. auch BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1265 f.

⁵⁵⁷ Vgl. N. 100–103 zum Übersetzungsprozess.

begriffe ausfüllenden, erheblichen und zu beweisenden Lebensstatsachen aufzunehmen.⁵⁵⁸ Ganze «*Litaneien an Beweissätzen*» können darauf zurückzuführen sein, dass ein Detailreichtum mit «*mikroskopische[m]*» *Präzisionsgrad*» erwartet wird, wie ihn Daniel SCHWANDER etwa in Zürich beobachtet hat.⁵⁵⁹ Das Bild zweier Parteien und eines Gerichts ausgestattet mit Spezialinstrumenten, um Tatsachen zu sezieren, mag eine etwas eigentümliche Vorstellung sein; allerdings in Anbetracht dessen, dass sich diverse Tatsachenbehauptungen praktisch *ad infinitum* in weitere Einzeltatsachen zerlegen lassen,⁵⁶⁰ eine nicht gänzlich abwegige. Womöglich prägten BERTI ähnliche Erfahrungen, als er schrieb, die sich auf eine relevante juristische Tatsache berufende Partei müsse diese in ihre tatbestandlich-konstituierenden (Lebens-)Tatsachen herunterbrechen – «*atomisieren*» –, damit das Gericht die rechtliche Qualifikation selbst nachvollziehen könne.⁵⁶¹ Es stellt sich somit die Frage, wann beim juristisch relevanten Stoff die Ebene der Atome – respektive der Zweck der Substantiierung – erreicht ist und ab welchem Punkt über diese Anforderungen hinausgegangen und in eine zu weit führende Elementarteilchenforschung vorgedrungen wird.

- 182 Trotz der grossen praktischen Relevanz der Substantiierungstätigkeit ist auch in der vereinheitlichten Prozessordnung keine Bestimmung hierzu vorgesehen.⁵⁶²

⁵⁵⁸ Vgl. auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 130, zudem m.H.a. eine Verwendung von Alltagssprache in den Beweissätzen; sodann B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 46 und Art. 154 N. 66 ff., m.H., dass nur Tatsachen, keine Rechtsbegriffe in die Beweisverfügung aufzunehmen sind.

⁵⁵⁹ SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 129 f. (inkl. Wortzitate), beschreibt den Präzisionsgrad in Zürich, insb. am HGer, als schweizweit einmalig extrem; er nennt das Bsp. eines Haftpflichtprozesses, in welchem der Geschädigte gemäss Beweissatz nicht bloss die Einschränkung in der Haushaltsführung zu beweisen hatte, «*sondern u.a. dass er den Wäschekorb nicht mehr tragen konnte und beim Aufhängen und Bügeln der Wäsche behindert war*» etc.» Vgl. des Weiteren Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.74; HÜRLIMANN, S. 209 und 211.

⁵⁶⁰ MEIER R., N. 340, mit dem Bsp. von SCHWEIZER, S. 558, der Ähnliches feststellt; in diese Richtung auch HAAS/BÜHLER, S. 293.

⁵⁶¹ BERTI, ZPO, N. 312 (Zitat im Original mit Hervorhebung), m.H.a. BGE 108 II 337, in welchem die Klägerin – anscheinend aber auf eine fehlende Substantiierung hingewiesen – sich ausschliesslich auf Arbeitsrapporte bezieht, die den Stundenaufwand und die Stundenkosten während acht Arbeitstagen detailliert aufführen, hinsichtlich der ausgeführten Arbeiten aber nur summarische Hinweise wie Obstbäume schneiden, Fällen eingegangener Obstbäume, Ausgraben von Wurzelstöcken, Holz spalten etc. angegeben hat, jedoch nicht, wie viele Bäume gepflegt oder gefällt worden sind und was dies im Einzelnen gekostet hat.

⁵⁶² BERTI, ZPO, N. 312; SCHWEIZER, S. 561; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.86 f.

Dies ist nicht zuletzt dem bereits angesprochenen Umstand geschuldet, dass kein logisch richtiger Detaillierungsgrad auszumachen ist,⁵⁶³ der sich generell-abstrakt beschreiben liesse. Tatsächlich kann eine vergleichbare Tatsache im einen Fall als genügend substantiiert gelten, während in einem anderen derselbe Detaillierungsgrad als ungenügend eingestuft würde.⁵⁶⁴ Die Antwort, dass es die *Umstände des Einzelfalls* sind, welche darüber entscheiden, wie viel an Substantiierung letztlich notwendig ist, ist ebenso verbreitet⁵⁶⁵ wie zuweilen wenig befriedigend. Zu den zu berücksichtigenden Umständen gehört nach einer weiteren, nicht weniger geläufigen Formulierung neben den *Tatbestandsmerkmalen* der potentiell einschlägigen Bestimmungen das *prozessuale Verhalten der Gegenpartei*.⁵⁶⁶ Wie weit eine ins

⁵⁶³ Vgl. hierzu N. 161 m.w.H. Vgl. auch SCHWEIZER, S. 557 f., zur Substantiierung, dass es nicht gelingen kann, einen generell-abstrakten Obersatz zu formulieren, um durch Anwendung des juristischen Syllogismus zu bestimmen, ob im konkreten Fall ausreichend substantiiert wurde, vgl. zudem seinen Verweis auf S. 561 auf die richterrechtliche Bestimmung der Anforderungen an die Substantiierungslast auch unter der eidg. ZPO. Sich auf SCHWEIZER beziehend: MEIER R., N. 339 und 364; HAAS/BÜHLER, S. 293.

⁵⁶⁴ MEIER R., N. 341 f., mit Hinweisen und Beispielen, die aufgrund dieser Tatsache auch das Bild einer scheinbar widersprüchlichen, inkonstanten Rechtsprechung zeigen könnten, wobei MEIER darauf hinweist, dass eine mangelnde Ausführlichkeit bei der Entscheidungsbegründung es erschwert, einen Induktionsschluss für die Formulierung generell-abstrakter Richtlinien vorzunehmen; in FN. 972 stimmt er der Forderung von SCHWEIZER, S. 569, zu, dass im Urteil jeweils festzuhalten und zu begründen ist, welchem Zweck die mangelnde Substantiierung nicht gerecht geworden ist.

⁵⁶⁵ MEIER R., N. 364; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.68; HAAS/BÜHLER, S. 293 und 297 ff.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 45.

⁵⁶⁶ BGE 127 III 365 E. 2b; BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 4C.220/2002 E. 2.1; 4C.434/2006 E. 3.6; 4A_291/2007 E. 3.4; 4A_144/2009 E. 3.2; 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_438/2010 E. 3.4.2.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 545); 4A_499/2010 E. 3.1; 4A_169/2011 E. 6.2; 4A_588/2011 E. 2.2.1; 4A_7/2012 E. 2.3.1 f.; 4A_591/2012 E. 2.1 und 3.2; 4A_178/2013 E. 2.3.3; 4A_271/2013 E. 6.1; 4A_57/2014 E. 1.3.3; 4A_155/2014 E. 7.3; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 4A_33/2015 E. 6.2.2; 4A_264/2015 E. 4.2.2; 4A_651/2015 E. 4.3; 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206); 4A_113/2017 E. 6.1.1; 4A_281/2017 E. 4.1; 4A_443/2017 E. 2; 4A_661/2017 E. 5.3; 4A_453/2017 E. 2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_9/2018 E. 2; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 4.6.2; 4A_535/2018 E. 4.2.1; 4A_412/2019 E. 4.1; 4A_533/2019 E. 4.4.1; KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 29; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 23; TANNER, S. 738; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 12; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 22; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 19 und 33 f.; MEIER R., N. 169 und 309; SARBACH R., N. 52; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.68; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 280; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 23; MILANI, Klage,

Detail gehende Darstellung im Einzelfall *zumutbar* ist, ist ebenfalls von Bedeutung.⁵⁶⁷ In der Literatur wird verschiedentlich empfohlen, grundsätzlich genaue Angaben zum *Wer* und zum *Wo*, zum *Inhalt* und zu den *Umständen* rund um Vereinbarungen und die sonstigen Geschehnisse einzubringen.⁵⁶⁸ Hinsichtlich des im konkreten Fall tatsächlich bestehenden Detaillierungsbedarfs ist allerdings auch die Hilfestellung, die solche abstrakten Leitlinien bieten, eine beschränkte.⁵⁶⁹

3.4. Beweisen strittiger oder solchen gleichgestellter Tatsachen

- 183 Wie eingangs des 3. Kapitels erläutert, bilden neben den Aussagen zum Sachverhalt auch die zugehörigen Beweise den Prozessstoff.⁵⁷⁰ Das heisst, Beweise gilt es ebenfalls in das Verfahren einzubringen.

3.4.1. Zweck

- 184 Sowohl die hiervor dargestellte Einbringdialektik als auch der Art. 150 Abs. 1 ZPO zeigen, dass sich der Beweisbedarf grundsätzlich aus der Strittigkeit einer rechts-erheblichen Behauptung ergibt.⁵⁷¹ Diesen Tatsachen zuzufügen sind solche, die zwar nicht strittig, aber diesen gleichzustellen sind. Hierzu gehören namentlich

S. 9; TSCHUDI, S. 35; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 22; MÜLLER H. A., S. 376; weitere Umstände anschaulich auflistend und erläuternd: HAAS/BÜHLER, S. 297 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. z.B. das Urteil 4A_588/2011 zum hypothetischen Kausalverlauf. Vgl. des Weiteren BRÖNNIMANN, Diss., S. 168; GULDENER, ZPR, S. 167; DOLGE, Anforderungen, S. 23; DOLGE, Zivilprozess, S. 38; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 131 f.

⁵⁶⁸ BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1266, zur konkreten Darlegung und zu Schilderungen im Einzelnen von Gesprächen, geäusserten Willenserklärungen, inneren Vorstellungen, Mahnungen, Gestaltungsgeschäften, Handlungen, erbrachten Leistungen und Geschehnissen; die handelnden natürlichen Personen seien mit Vor- und Nachnamen zu benennen, Vertragsinhalte, Handlungen, Ort und Zeit von Geschehnissen genau und detailliert anzugeben; vgl. des Weiteren auch MEIER R., N. 343; BK I-HURNI, Art. 55 N. 25; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 280; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.98 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. MEIER R., N. 343. Vgl. aber auch den Hinweis von SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 130 f., dass die «*Befolgung von Substanziierungshinweis-Litaneien wie beispielsweise, «wer wem wann wo was in welchen Worten» gesagt hat,*» im Grundsatz keineswegs eine Standardvoraussetzung zur Durchführung eines Beweisverfahrens sei, vielmehr bedürfe es derartige Präzisierungen nur, wenn das Vorbringen einer Partei im Zuge der gegnerischen Bestreitung tatsächlich unklar wird.

⁵⁷⁰ Vgl. hierzu N. 144 m.w.H.

⁵⁷¹ Vgl. auch die Umschreibung bei HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 26: «*Beweis muss geführt werden, wenn ein für eine behauptete [...] Rechtslage erheblicher Sach-*

Tatsachen, die unter Art. 153 ZPO fallen: Das heisst Tatsachen, über deren Richtigkeit das Gericht *erhebliche Zweifel* hegt⁵⁷², sowie solche, deren Vorhandensein das Gericht im Prinzip von Amtes wegen abzuklären hat⁵⁷³. Aus dem so umschriebenen zu beweisenden Tatsachenpool zeichnet sich der Zweck des Beweisens ab: nämlich die Überprüfung des Wahrheitsgehalts einer Aussage zum Sachverhalt, die ein Prozessteilnehmer in das Verfahren eingebracht hat.⁵⁷⁴

3.4.2. Form des Beweisantritts

Das Einbringen von Beweisen wird von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (für die Klageantwort in Verbindung mit Art. 222 Abs. 2 ZPO)⁵⁷⁵ dahingehend konkretisiert, dass die Parteien den behaupteten Tatsachen die einzelnen Beweismittel zuzuordnen haben. Dies entspricht dem Erfordernis der Beweisverbindung.⁵⁷⁶ Das

umstand – handle es sich dabei um eine innere [...] oder äussere [...] Tatsache – bestritten ist.» (Hervorhebungen weggelassen).

⁵⁷² Vgl. auch die Aussagen von BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 12, wonach das Gericht eine unstrittige Tatsache «*streitig machen*» und so einen neuen Beweisgegenstand festlegen kann, ähnlich BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 19 zu Art. 153 Abs. 2 ZPO.

⁵⁷³ BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 1 f. m.H. darauf, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 150 Abs. 1 ZPO zu kurz greift, weil er *feststellungsbedürftige* Tatsachen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aussen vorlässt. Vgl. z.B. auch die Aussage von MÜLLER R., S. 70: «*Im Inquisitionsprozess [...] sind alle in irgend einer Form eingebrachten Tatsachen, die Teil der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage sind, zu überprüfen*», und DIES. S. 75, wo sie anfügt, dass unter dem Untersuchungsgrundsatz über sämtliche rechtserheblichen Tatsachen Beweis zu erheben ist. Zur bedeutenden Relativierung in der Praxis vgl. N. 220.

⁵⁷⁴ Vgl. zum Zweck des Beweises als Überprüfung der Richtigkeit/Wahrheit des Beweis-themas z.B.: GULDENER, ZPR, S. 318; MEIER R., N. 109 und 318.

⁵⁷⁵ B/G/S II-PAHUD, Art. 222 N. 5 m.H., dass auch bez. der Beweise für die Klageantwort der Verweis nach Art. 222 Abs. 2 ZPO gilt.

⁵⁷⁶ Zur Beweisverbindung vgl. z.B.: BGE 144 III 67 E. 2.1; BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; 4A_414/2013 E. 4.4; 4A_431/2015 E. 5.1.3; 4A_262/2016 E. 3, 4.1 und 4.3; 4A_103/2017 E. 2.1 f. und 3.3; 5A_763/2018 E. 2.1.2.1 und 5.4.2; MÜLLER H. A., S. 370 m.H., dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Beweisantrag nur dann formgerecht ist, wenn sich eine eindeutige Zuordnung zwischen Beweisofferte und Tatsachenbehauptung (und umgekehrt) vornehmen lässt; vgl. des Weiteren z.B. auch: BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 31; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 26; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 29; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 51; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1056; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 1169.

Beweisangebot⁵⁷⁷ ist somit grundsätzlich im Behauptungsstadium des Prozesses⁵⁷⁸ abzugeben, und zwar im Prinzip unabhängig von einer späteren Reaktion der Gegenpartei⁵⁷⁹.

3.4.3. Abweichungen im vereinfachten Verfahren?

- 186 Nach besonderer Vorschrift, nämlich dem Art. 244 Abs. 3 lit. c ZPO, wird im vereinfachten Verfahren lediglich verlangt, dass verfügbare Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, der Klage beigegeben werden. Wenngleich nun dem Schrifttum zu entnehmen ist, dass bei der vereinfachten Klage keine eben erwähnte Beweisverbindung notwendig sei,⁵⁸⁰ gilt es auch dies für den weiteren Verfahrensverlauf zu relativieren: Denn wie aus der in Kapitel 7 dargestellten Stufenfolge zur materiellen Prozessleitung entnommen werden kann, wird in dieser Verfahrensort von den Gerichten ebenso⁵⁸¹ betont, dass es nicht an ihnen gelegen ist, in Akten herauszusuchen, was sich zugunsten der einen oder der anderen Partei ableiten lässt.⁵⁸² Auch wird das vereinfachte Verfahren nicht etwa dergestalt geführt, dass die Gerichte generell selbstständig nach Beweisen forschen und solche erheben würden. Vielmehr unterstehen diese im Grundsatz einer lediglich erweiterten Fragepflicht; wie zu zeigen sein wird, wird dies selbst in Fällen hervorgehoben, für die eine soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt.⁵⁸³ Analog zu den

⁵⁷⁷ Zu den Synonymen Beweisantritt, Beweisanretung und Beweis Antrag vgl. PFEIFFER, S. 1 FN. 1.

⁵⁷⁸ Vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 49 N. 101 zum ordentlichen Verfahren; MEIER R., N. 7.

⁵⁷⁹ Vgl. auch GASSER/RICKLI, Art. 221 N. 3, wonach die frühen Beweis Anträge eigentlich auf Vorrat erfolgen; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 31 «*bereits mit der Klagebegründung*», bzw. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 26 «*bereits in der Klageantwort*»; vgl. auch BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 29 ff.; B/G/S II-PAHUD, Art. 221 N. 16.

⁵⁸⁰ Vgl. GASSER/RICKLI, Art. 244 N. 4; BK II-KILLIAS, Art. 244 N. 31; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 244 N. 8; CR-TAPPY, Art. 244 N. 20; KuKo-FRAEFEL, Art. 244 N. 7; S/H/L-HAUCK, Art. 244 N. 12 ff. m.H., dass weder eine Beweisverbindung noch ein Beweismittelverzeichnis notwendig ist. Vgl. auch OGer BE ZK 18 534 vom 12.02.2019 E. IV. 15.2.

⁵⁸¹ Ablehnung einer Durchforstungspflicht auch für das *ordentliche* Verfahren: 4A_281/2017 E. 5; 4A_443/2017 E. 2.2.1.

⁵⁸² Selbst bei der ausgeprägteren Prozessleitungskompetenz, der sozialen Untersuchungsmaxime, vgl. diesbez. N. 973–974.

⁵⁸³ Vgl. diesbez. zur sozialen Untersuchungsmaxime N. 966 sowie N. 978; ansonsten gilt in den vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO die Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht.

substantiierten Behauptungen und den Bestreitungen wird demnach das Gericht die Parteien spätestens anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung dazu anhalten, auch eine Zuordnung der Beweismittel zum massgeblichen Sachverhalt vorzunehmen.⁵⁸⁴

ii) Einbringen durch das Gericht

Nachdem die Einbringtätigkeiten der Parteien bei der Prozessstoffsammlung detaillierter betrachtet wurden, soll nun auf die Fragen eingegangen werden, wie solche Tätigkeiten seitens des Gerichts aussehen und welche Besonderheiten es hier zu berücksichtigen gilt. 187

1. Urteilendes Gericht als aussenstehende Behörde zum strittigen Rechtsverhältnis

Wie bereits im Teil I erläutert, gehört das Gericht zwar wie die Parteien zu den Teilnehmern am Prozessrechtsverhältnis, allerdings haben die involvierten Richterinnen und Richter die im strittigen Rechtsverhältnis vorgefallenen Ereignisse nicht persönlich miterlebt.⁵⁸⁵ Bereits aus diesem Grund ist es dem Gericht grundsätzlich unmöglich, selbst Aussagen zum Sachverhalt zu machen. Allein schon aufgrund dessen müssen sich also seine Tätigkeiten bei der Prozessstoffsammlung massgeblich von denjenigen der Parteien unterscheiden. 188

2. Inhaltliche Konkretisierung der gerichtlichen Einbringtätigkeiten

2.1. Offene Erschliessung von Prozessstoff

2.1.1. Basierend auf gerichtlicher Initiative

So wird ersichtlich, dass die Einbringtätigkeit «des Gerichts» namentlich darin bestehen muss, andere sachkundige Personen zum Einbringen ihrer Aussagen in den Prozess einzuladen. Fordert das Gericht die involvierten Parteien zu einer Äusserung auf, ist dabei nach der Form der Stellungnahme zu unterscheiden: Das 189

⁵⁸⁴ Vgl. auch KuKo-FRAEFEL, Art. 244 N. 7 und Art. 247 N. 5; WUILLEMIN, N. 286 ff.; vgl. auch OGer BE ZK 18 534 vom 12.02.2019 E. IV. 15.4. Vgl. zudem die Erläuterungen zum vereinfachten Verfahren in N. 164–166 (zum Behaupten) und N. 174–176 (zum Bestreiten).

⁵⁸⁵ Zum Gericht als Teilnehmer am Prozessrechtsverhältnis vgl. N. 23–24 und N. 47. Zum Gericht als Aussenstehender des strittigen Rechtsverhältnisses vgl. N. 84–87 und sodann N. 214–216 zum Grund des Parteibeitrags bei der Untersuchungsmaxime.

heisst, ob das Gericht seine Fragen im Rahmen einer Parteibefragung⁵⁸⁶ oder einer Beweisaussage⁵⁸⁷ stellt, und damit ein Beweismittel produziert wird, oder ob es vorab informative Fragen zur Klärung mangelhafter Parteiangaben einbringt⁵⁸⁸ und dadurch Behauptungen, Bestreitungen, allenfalls auch Beweismittelanträge verbessern lässt.⁵⁸⁹ Darüber hinaus können Gerichte auch von weiteren Personen Auskünfte in Form von Beweismitteln einholen: etwa von Zeugen⁵⁹⁰, die unmittelbare Kenntnis vom strittigen Sachverhalt haben, oder von Gutachtern⁵⁹¹, die eine fachliche Einschätzung der Lage abgeben können. Schliesslich können auch Amtsstellen oder Privatpersonen um schriftliche Auskünfte⁵⁹² ersucht werden. Eine demgegenüber eigene, direktere Wahrnehmung von Tatsachen und ein besseres Verständnis des Sachverhalts erlaubt ein Augenschein⁵⁹³ in relevanten Lokaltäten oder an Gegenständen.⁵⁹⁴

- 190 Die geschilderten Einbringtätigkeiten haben eine dahingehende Gemeinsamkeit, dass sie den Prozessstoff regelmässig in einer offenen Weise formen: Das Ergebnis, welches das angeordnete Mittel zutage fördern wird, ist vorab noch wenig fassbar, denn der Prozessstoff stammt hier nicht aus fallübergreifend identischen Quellen. Vielmehr sind die befragten Personen und betrachteten Objekte in besonderer Weise mit dem spezifischen Fall verbunden.
- 191 Wie weit das Gericht die Kompetenz hat, sich solcher Quellen zu bedienen, ist von der personellen Verantwortung für den Prozessstoff und somit von der sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime abhängig.⁵⁹⁵

⁵⁸⁶ Parteibefragung, Art. 191 ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁸⁷ Beweisaussage, Art. 192 ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁸⁸ Vgl. insb. Art. 56 und 247 Abs. 1 ZPO, ausserhalb des Kapitels über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁸⁹ Vgl. auch N. 618–620 zur Mittelbarkeit des gerichtlichen Eingriffs mit Blick auf die Dialektik des Einbringens.

⁵⁹⁰ Zeugnis, Art. 169 ff. ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁹¹ Gutachten, Art. 183 ff. ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁹² Schriftliche Auskunft, Art. 190 ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁹³ Augenschein, Art. 181 f. ZPO, im Kapitel über die Beweismittel der Prozessordnung.

⁵⁹⁴ LIENHARD A. [b], N. 501, betont, dass das Gericht beim Augenschein selbst Ermittlungsapparat ist; vgl. auch den Hinweis von HABSCHEID, Grundlagen, N. 653, dass der Richter beim Augenschein «*sein eigenes Beweismittel*» ist; in diese Richtung auch DESCHENAUX, S. 21.

⁵⁹⁵ Zur Prozessmaxime als personelle Verantwortungszuteilung vgl. N. 200 m.w.H.

2.1.2. Basierend auf gesetzlicher Anordnung

Im Kapitel 1 wurde gezeigt, dass das Gericht indirekt Einfluss auf den Prozessstoff 192 nimmt, wenn es basierend auf den Art. 69 und 132 ZPO Anordnungen trifft, die den Parteien beziehungsweise ihrer Vertretung zur Postulationsfähigkeit verhelfen.⁵⁹⁶ Das gerichtliche Handeln erfolgt hierbei zwar fallübergreifend in analoger Weise, führt aber, was den Prozessstoff betrifft, im weiteren Verlauf ebenfalls zu einem offenen Ergebnis: Denn nach diesem richterlichen Eingriff in einem regelmässigen frühen Prozessstadium liegt es nicht mehr in den Händen des Gerichts, was die nunmehr postulationsfähigen Personen in der Folge an Prozessstoff einbringen.

Ähnliches gilt, wenn Gerichte Eingaben gestützt auf Art. 132 Abs. 2 ZPO zur 193 Überarbeitung zurückweisen, weil diese etwa unverständlich oder weitschweifig abgefasst worden sind: Das Gericht hat es nicht mehr in der Hand, was die Parteien nach der Rückweisung hiervon noch zum Prozessstoff erheben, gibt ihnen aber die Chance, ihrem bisher anhängig gemachten Anliegen doch noch Gehör zu verschaffen und das Verfahren fortzuführen.

2.1.3. Basierend auf der gerichtlichen Beweiswürdigung

Eine weitere gerichtliche Einbringtätigkeit liegt vor, wenn die Richterschaft mit 194 natürlichen Vermutungen arbeitet: Solche sind nicht in Gesetzesbestimmungen vorgesehen und können auch nicht wie die Erfahrungssätze nach Art. 151 ZPO über den konkreten Sachverhalt hinaus verallgemeinert werden.⁵⁹⁷ Basierend auf der allgemeinen Lebenserfahrung lassen die natürlichen Vermutungen aber ebenfalls zulässige Schlussfolgerungen von fallbekannten Tatsachen auf andere Tatsachen zu. Die Vermutungsfolgen werden Teil der zu beantwortenden Tatfrage des Sachrechts⁵⁹⁸, das heisst der verbindlichen Sachverhaltsfeststellung; ein direkter Beweis der entsprechenden Tatsache ist nicht mehr nötig. Anerkanntermassen handelt es sich hierbei um eine Form des Indizienbeweises⁵⁹⁹. Der definitive Einbezug solcher Tatsachen geschieht jedoch erst im Rahmen der maximenunabhängigen,

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu N. 40.

⁵⁹⁷ Zu den natürlichen Vermutungen und deren Abgrenzung von Art. 151 ZPO vgl. z.B.: S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 151 N. 12; B/G/S-LEU, Art. 154 N. 126 ff.; MEIER R., N. 47 ff.; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 11 i.V.m. N. 57 ff. Vgl. des Weiteren bereits BGE 126 III 10 E. 2 b), wo das BGer anschaulich beschrieben hat, wann einem Erfahrungssatz Regelfunktion zukommt.

⁵⁹⁸ Zum Begriff vgl. N. 107.

⁵⁹⁹ Zu natürlichen Vermutungen als Anwendungsfall des Indizienbeweises vgl. z.B.: MEIER I., ZPR, S. 281; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 60; MEIER R., N. 49.

freien Beweiswürdigung des Gerichts⁶⁰⁰ und ist damit das Ergebnis richterlicher Überzeugung auf der Basis des gesamten Prozessstoffs⁶⁰¹. In dieser Phase angesiedelt, erfolgt die Gestaltung des Prozessstoffs somit in einem späteren Verfahrensstadium. Da vorab nicht abschätzbar ist, welche weitergehenden Schlüsse sich aus dem bislang eingebrachten Prozessstoff ziehen lassen, kann hierbei ebenfalls von einer eher offenen gerichtlichen Prozessstoffgestaltung gesprochen werden.

2.2. Bestimmte Prozessstofferweiterung

- 195 Eine weitere Form des Einbringens durch das Gericht kann in der amtlichen Berücksichtigung bestimmter Tatsachen erblickt werden, für welche aufgrund gesetzlicher Anordnung die Beweisbedürftigkeit entfällt: So ist das Gericht etwa gehalten, bekannte Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO ohne Weiteres zu berücksichtigen; selbst auf eine vorgängige Behauptung ist es hierfür nicht angewiesen.⁶⁰² Anderes gilt für die Basis einer gesetzlichen Vermutung.⁶⁰³ Soweit aber

⁶⁰⁰ Vgl. auch BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 13, zu den tatsächlichen/richterlichen/natürlichen Vermutungen, welche das Ergebnis einer Beweiswürdigung von Indizien i.V.m. Erfahrungssätzen darstellen. Auch zu natürlichen Vermutungen als Ergebnis der Beweiswürdigung vgl. z.B.: S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 18; B/G/S I-LEU, Art. 154 N. 127; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.30 und 9.152; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 60; MEIER R., N. 49; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 75; STEINAUER, N. 657.

⁶⁰¹ Zur Phase der Beweiswürdigung vgl. N. 147–149.

⁶⁰² Zum Absehen des Behauptens der entsprechenden Tatsachen vgl.: 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.1 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); B/G/S I-LEU, Art. 151 N. 3, 9 und 21; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 30; BSK ZPO-GUYAN, Art. 151 N. 2 und 4; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 9; in diese Richtung auch S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 20, 38 ff. und 41 ff.; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 151 N. 3c f., 8 und 10; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 42, 1. und 2. Spiegelstrich; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 151 N. 8; PERROUD, S. 880 f.; SARBACH R., N. 55; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 21; TSCHUDI, S. 35; B&M-PASSADELIS, Art. 151 N. 7. Von einer Behauptung zwar grundsätzlich absehend, aber ebenso auch empfehlend: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.28 und 11.66. A.M. G/J/S-SCHMID, Art. 151 N. 1, der m.H.a. HABSCHIED, Grundlagen, N. 636, der Ansicht ist, dass bekannte Tatsachen nicht von Amtes wegen in den Prozess eingeführt werden dürfen; vgl. demgegenüber MEIER R., N. 39 f., der u.a. m.H.a. SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 705, schlussfolgert, dass den Parteien keine Dispositionsbefugnis über allen bekannten Tatsachen zukommen kann.

⁶⁰³ Zum Behaupten und nötigenfalls Beweisen der Vermutungsbasis vgl.: SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 708; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 45; ASPRION, S. 35. Zu den gesetzlichen Vermutungen vgl.: STEINAUER, N. 643 und 645 ff.; MEIER R., N. 52, jeweils auch mit Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechts-

eine solche erstellt ist, ist das Gericht verpflichtet, auch den Tatsachen der Vermutungsfolge ohne Weiteres Rechnung zu tragen.

Das Gericht ist aufgrund von *dabo tibi ius* respektive von Art. 57 ZPO verpflichtet, solche Bestimmungen in jedem Verfahren anzuwenden und die daraus resultierenden Tatsachen in die Sachverhaltsfeststellung einfließen zu lassen.⁶⁰⁴ Natürlich sind auch die hiervor an erster Stelle erläuterten Einbringtätigkeiten, die das Gericht eigenständig mittels Beweisanordnungen oder via informative Fragen an die Prozessbeteiligten ausführt, in Gesetzesbestimmungen vorgesehen.⁶⁰⁵ Im Unterschied zu jenen Mitteln, ist indessen das Einbringen von Tatsachen basierend auf Art. 151 ZPO oder aufgrund einer gesetzlichen Vermutung an keine maximenabhängigen Voraussetzungen gebunden. Hierauf wird zurückzukommen sein.⁶⁰⁶ 196

Abgesehen hiervon gilt es auch zu bedenken, dass der Gesetzgeber die Entbehrlichkeit einer bestimmten Behauptung oder des zugehörigen Beweises von Seiten der Parteien nur dann in generell-abstrakter Weise statuieren kann, wenn es sich dabei um klar umrissene, objektivierbare Resultate handelt, die fallübergreifend mit identischen Mitteln auffindbar sind. Genau dies ist nun aber bei den hiervor im Unterkapitel B. II. b. ii) 2.1.1. beschriebenen Mitteln, die allesamt einen spezifischen Bezug zur konkreten Angelegenheit haben und daher ganz individuelle Ergebnisse zutage fördern, nicht der Fall. 197

3. Von den Parteiprollen unabhängige, eigene Arten der Prozessstoffsammlung

Die aufgezeigten Tätigkeiten machen es deutlich: Weder behauptet noch bestreitet oder substantiiert das Gericht, so wie die Parteien dies tun. Je nach Intensität, 198

vermutungen (wiederum zu dieser Unterscheidung vgl. z.B.: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 865 ff.; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 51 ff.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 46 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.18 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 43 N. 66 ff.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 646; kritisch: MEIER ZPR, S. 281).

⁶⁰⁴ Vgl. z.B. die Aussagen in Bezug auf gesetzliche Vermutungen bei SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 708, wonach diese aufgrund *bundesrechtlichen Befehls* von der Behauptungslast ausgenommen sind, oder MEIER R., N. 52, der von einer «Anweisung des Gesetzgebers an das Gericht» spricht, die entsprechende Vermutungsfolge zu berücksichtigen.

⁶⁰⁵ Vgl. die Angaben in FN. 586 ff. und FN. 590–593.

⁶⁰⁶ Vgl. zu den maximenabhängigen Voraussetzungen für gewisse gerichtliche Einbringtätigkeiten N. 255–256.

mit der es zur Prozessstoffsammlung beizutragen hat,⁶⁰⁷ obliegt dem Gericht vor der verbindlichen Sachverhaltsfestlegung die Pflicht, gewisse Einbringttätigkeiten eigenständig zu initiieren⁶⁰⁸, zuweilen den Sachverhalt von *Amtes wegen festzustellen*, gar zu *erforschen*⁶⁰⁹ oder doch immerhin auf dessen *Ergänzung hinzuwirken*⁶¹⁰.

- 199 Zudem unterscheidet sich die gerichtliche Haltung bei der Prozessstoffsammlung von derjenigen der Parteien: Denn wie im Kapitel 1 erläutert, hat das Gericht in jedem Verfahren seine Unparteilichkeit zu wahren⁶¹¹ – dies selbstverständlich auch im Rahmen seiner Aktivitäten bei der Prozessstoffsammlung.

c. Verantwortung für den Prozessstoff: die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen

- 200 Im Anschluss an die Darstellung der *Tätigkeiten* der Parteien und des Gerichts bei der Prozessstoffsammlung ist nun, entsprechend des im Unterkapitel B. II. a. beschriebenen Vorgehens, auf die Zuteilung der grundsätzlichen *personellen Verantwortung* für den Prozessstoff einzugehen. Diese Zuteilung von Verantwortung an die Prozesssubjekte ist Regelungsgegenstand der Prozessmaximen.⁶¹² Bevor

⁶⁰⁷ Vgl. auch MEIER R., N. 62, der schreibt, dass das Gesetz bez. der Untersuchungsmaxime *«je nach Intensität der materiellen Prozessleitung durch das Gericht»* zwischen Feststellen und Erforschen unterscheidet; vgl. auch den Hinweis von DIETSCHY, *devoir d'interpellation*, S. 88: *«Bien que la maxime des débats et la maxime inquisitoire demeurent les piliers en la matière, le législateur les a dotées de différentes nuances, qui les caractérisent en fonction de l'intensité avec laquelle le juge doit intervenir dans la recherche des faits et des moyens de preuve pertinents.»*

⁶⁰⁸ Selbst im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime im ordentlichen Verfahren.

⁶⁰⁹ Zu den vom Gesetzgeber i.d.R. verwendeten Formulierungen zur Unterscheidung zwischen eingeschränkter und uneingeschränkter Untersuchungsmaxime vgl. N. 683.

⁶¹⁰ Vgl. die gesetzliche Formulierung für die Verhandlungsmaxime mit verstärkter Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) sowie N. 656.

⁶¹¹ Vgl. hierzu N. 50–51.

⁶¹² Zur Verhandlungs-/Untersuchungsmaxime als personelle Verantwortungszuteilung vgl. z.B.: DROESE, S. 254; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; MÜLLER R., S. 61; BERTI, ZPO, N. 307; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 332; ASPRION STÖCKLIN, S. 12, 14 und 225. ff.; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 13; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 96 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 1; aber auch das BGer im BGE 143 III 1 E. 4.1: *«[...] la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) [...] réglemente les rôles respectifs du juge et des parties dans le rassemblement des faits [...]»* Erläuterungen zum Regelungsgegenstand der Prozessmaximen im Allgemeinen z.B. bei SUTTER-SOMM, ZPR, N. 292:

im Detail auf deren Inhalt eingegangen wird, soll einleitend der Begriff der Prozessmaxime erläutert werden. Dies geschieht aufgrund der Überlegung, dass die Relativierung dessen, was ein Rechtssatz statuiert – in diesem Fall eine *exklusiv einseitige* Verantwortung für den Prozessstoff –, nur dann sinnvoll zu rechtfertigen ist, wenn zuvor Rechenschaft darüber abgelegt wurde, wie der Rechtssatz im Rechtssystem einzuordnen ist und welche Tragweite er hieraus für sich zu beanspruchen vermag.

i) Begriffsherkunft

Die Prozessmaxime als verfahrenstechnischer Begriff wird Niklaus Thaddäus 201 VON GÖNNER zugeschrieben.⁶¹³ Anhand von Maximen erläuterte dieser zu Beginn des 19. Jahrhunderts in seinem *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess* zwei berechnete⁶¹⁴ prozessuale Wege, die beide zum gleichen Ziel führen, in der Ausgestaltung jedoch unterschiedlich ausfallen:⁶¹⁵

In einem Prozess kann gelten, dass sich das Gericht hinsichtlich des Tatsachen- 202 fundaments auf das Vorbringen der Parteien zu beschränken hat.⁶¹⁶ Diese Haltung des Richters umschreibt VON GÖNNER wie folgt: «[...] *E*]r ist im ganzen Laufe des Prozesses nur thätig, wo ihn das Vorbringen der Parteien in Bewegung setzt; und er ist im Ganzen, wo es nicht der Subsumtion unter das Gesetz allein gilt, sondern wo es auf Thatsachen ankommt, eingeschränkt auf das Vorbringen der streitenden

«Vereinfacht ausgedrückt geht es in erster Linie um die Frage, wer – das Gericht oder die Parteien – wann welche Prozesshandlung vornehmen muss.»; vgl. des Weiteren auch: B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 2; KÖLZ, S. 3; DROESE, Diss., S. 254; OEHLER, S. 93; MEIER I., ZPR, S. 380, 403 und 405; WILLISEGGER, S. 247; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 241.

⁶¹³ OTTOMANN, S. 77; BOMSDORF, S. 20 f. und 121 ff.; VON HIPPEL, S. 165; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 1; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 292; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 6; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 1 und 359; TROLLER, Grundlagen, S. 32; HEINZMANN, Habil., N. 30; KÖLZ, FN. 1; SARBACH M., Diss., S. 7; LEIPOLD, S. 442.

⁶¹⁴ VON GÖNNER, S. 179, 184 f. und 190; KLEIN, Pro Futuro, S. 11 f.; BUCHER, S. 4; TROLLER, Grundlagen, S. 66 f.; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 223. Feststellung, dass die Frage, wer den Prozessstoff beschaffen soll, primär eine rechtspolitische ist, z.B. bei: JAUERNIG/HESS, § 25 N. 7 und 10; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 7; MEIER R., N. 14; SALZGEBER, S. 12.

⁶¹⁵ VON GÖNNER, S. 182; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 3. BOMSDORF, S. 121 ff., befasst sich ausführlich und kritisch (vgl. bereits BOMSDORF, S. 21 und 120) mit VON GÖNNERS Maximenschöpfung; weitere Kritik bei VON HIPPEL, insb. S. 164 ff.

⁶¹⁶ VON GÖNNER, S. 182 f. und S. 190 ff.

Theile. Nichts von Amtswegen ist hier die allgemeine Maxime [...].»^{617, 618} Diese Verfahrensweise bezeichnet VON GÖNNER als Verhandlungsmaxime, «weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt»⁶¹⁹.

- 203 Den Gegensatz hierzu erläutert VON GÖNNER wie folgt: *«Eine positive Gesetzgebung kann auch von dem Grundsatz ausgehen, daß der Staat, wenn der verletzte Theil seinen Schutz reclamirt, unmittelbar auf die Mittel wirkt, ohne welche dieser Zweck nicht gedacht werden kann, daß sie demnach es dem Richter zur Pflicht macht, alles von Amtswegen vorzukehren, wodurch die Merkmale des Factums, welches einem Prozesse zum Grunde liegt, nach dem gesetzlichen Grade als gewiß hergestellt werden. Hier geschieht nach angebrachter Klage Alles von Amtswegen [...].»⁶²⁰ Dabei handelt das Gericht gemäss VON GÖNNER im Sinne der Untersuchungsmaxime.⁶²¹*

⁶¹⁷ VON GÖNNER, S. 183 (Hervorhebung im Original).

⁶¹⁸ VON GÖNNER ging noch nicht von einer klaren Trennung zwischen Dispositions- und Verhandlungsmaxime aus, vgl. hierzu: LEIPOLD, S. 442; BOMSDORF, S. 130; SARBACH M., Diss., S. 9 f.; ASPRION STÖCKLIN, S. 4; SUTTER, N. 230 und FN. 1141; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 2 und 16. Die Trennung der beiden Maximen wird von verschiedenen Autoren Raban VON CANSTEIN im Jahr 1877 zugerechnet, vgl. z.B.: BOMSDORF, S. 175; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 687 FN. 6, und SUTTER, N. 231.

⁶¹⁹ VON GÖNNER, S. 183 (Hervorhebung im Original), vgl. auch S. 175 f.

⁶²⁰ VON GÖNNER, S. 183 f. (Hervorhebungen im Original anders), vgl. auch S. 176.

⁶²¹ VON GÖNNER, S. 184, vgl. auch DENS., S. 191, zur Parteihandlung als *Beförderungsmittel* (eine Erleichterung der richterlichen Untersuchung), im Gegensatz einer solchen als *Bedingung* für das richterliche Handeln.

ii) **Heutiger Gehalt der Prozessmaxime**

1. **Grundsätzlicher Gehalt des sachverhaltsrelevanten Prozessmaximenpaars**

Nachfolgend wird beschrieben, welche prozessualen Konsequenzen aus heutiger Sicht⁶²² mit den sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen in ihrer theoretischen Form⁶²³ verbunden sind. 204

1.1. **Verhandlungsmaxime**

Bei der Verhandlungsmaxime liegt die Verantwortung für das Einbringen der rechtsrelevanten Tatsachen und Beweismittel ausschliesslich bei den *Parteien*.⁶²⁴ Dies hat ganz grundsätzliche Auswirkungen: Für das Gericht haben Tatsachen und Beweismittel, die von den Parteien nicht vorgebracht worden sind, keine Existenz. 205

⁶²² Vgl. den Hinweis von MEIER R., N. 13, dass die noch heute verwendeten Begriffe Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime eine längere Entwicklung durchlaufen haben. Zur erst späteren Trennung der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime vgl. FN. 618 der vorliegenden Abhandlung. Zur Verwendung des Begriffs Officialmaxime (i.e.S.) für die Untersuchungsmaxime vgl. LIENHARD A. [b], N. 568; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 1; OTTOMANN, S. 79 ff.; SUTTER, N. 234; BRÖNNIMANN, Diss., S. 95 f.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 340; vgl. des Weiteren die Hinweise von FELLMANN, Berührungspunkte, S. 96 FN. 6; JOLIDON, S. 189 f. zur uneinheitlich verwendeten Terminologie.

⁶²³ Zur in der Praxis nicht reinen Umsetzung (bzw. dass die Prozessmaximen in ihrer reinen Form nur Theorie sind) vgl. FN. 643 sowie N. 234.

⁶²⁴ Vgl. auch BGE 142 III 462 E. 4.1; BGE 144 III 519 E. 5.1; 4A_447/2011 E. 2.2; 5A_330/2013 E. 3.1.3 und 3.3; 4A_142/2014 E. 5; 5A_344/2015 E. 7.1; 4A_243/2018 E. 4.2; 4A_487/2018 E. 4.2.1; 4A_374/2018 E. 3.1; 4A_435/2018 i.V.m. 4A_441/2018 E. 4.3.1; 4A_535/2018 E. 4.1; 4A_126/2019 E. 6.1.1; 5A_166/2019 E. 3.4.1 f.; 5A_635/2019 E. 3.3.2; in diesem Sinn z.B. auch: BRÖNNIMANN, Diss., S. 5; MÜLLER R., S. 62; MEIER I., ZPR, S. 383; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 1; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 1; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 3; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 1 f.; WILDHABER BOHNET, N. 4; JEANNIN/BOHNET, N. 6 und 18; KOFMEL, S. 92; SARBACH R., N. 36; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 686 f.; KUMMER, ZPR, S. 76; KÖLZ, S. 7; GULDENER, ZPR, S. 159; MARTIN P., S. 76. Hinweise, dass die Verhandlungsmaxime daher auch *Beibringungsgrundsatz* genannt wird, z.B. bei: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 15; KUMMER, ZPR, S. 77; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 9; BRÖNNIMANN, Diss., S. 5; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 12 und 31b; SARBACH R., N. 36; BERTI, ZPO, N. 307; MÜLLER R., S. 62; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 3 f. mit weiteren Synonymen. Zum Verbot der gerichtlichen Sachverhaltsergänzung als «*Sperwirkung*» der Verhandlungsmaxime vgl. z.B.: BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 350 f.; SARBACH M., Diss., S. 18; MEIER R., N. 17, 224 und 295.

Es ist ihm untersagt, solche von Amtes wegen beizuziehen beziehungsweise den Sachverhalt zu erforschen.⁶²⁵ Umgekehrt hat es nicht (rechtsgenüglich) bestrittene Aussagen zum Sachverhalt sowie Zugeständnisse ohne Weiteres als wahr hinzunehmen und damit als feststehende Tatsachen zu werten.⁶²⁶

1.2. Untersuchungsmaxime

- 206 Demgegenüber liegt bei einer reinen Untersuchungsmaxime die Verantwortung für den Prozessstoff beim *Gericht*.⁶²⁷ Auch dies hat Folgen: Es hat die entscheidungsrelevanten Tatsachen von Amtes wegen zu beschaffen und ebenso mittels geeigneter Beweise über deren Richtigkeit zu befinden.⁶²⁸ Für seinen Entscheid darf das Gericht grundsätzlich nur Tatsachen berücksichtigen, von deren Vorhandensein es überzeugt ist.⁶²⁹ Sodann ist es nicht an die Tatsachenbehauptungen der Parteien gebunden und hat auch nicht behauptete Tatsachen, von denen es Kenntnis

⁶²⁵ In diesem Sinn (z.T. auch sogleich mit Relativierungen) z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 12 f. und 97; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 323; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 15; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 9; SARBACH R., N. 39; GULDENER, ZPR, S. 159 f.; KUMMER, ZPR, S. 76; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 2, 2. und 3. Spiegelstrich; MÜLLER R., S. 62; CR-HALDY, Art. 55 N. 3; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 12 f.; MEIER I., ZPR, S. 383; MEIER R., N. 17; KUMMER, ZPR, S. 77; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 7; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 3 und 5; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 9 ff.; BK I-HURNI, Art. 55 N. 9; WILDHABER BOHNET, N. 4; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 97; MARTIN P., S. 76 f.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 5 f.; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 686 f. Als Parömie: *Quod non est in actis non est in mundo*.

⁶²⁶ In diesem Sinn (z.T. auch sogleich mit Relativierungen) z.B.: BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 61 f.; MEIER I., ZPR, S. 383; MEIER R., N. 17; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 37; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 3; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 2, 1. Spiegelstrich; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 10; MÜLLER R., S. 62 f.; GULDENER, ZPR, S. 160; KUMMER, ZPR, S. 77; BRÖNNIMANN, Diss., S. 173 und 193; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 97; OTT, S. 14.

⁶²⁷ In diesem Sinn z.B.: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 102; KUMMER, ZPR, S. 77; BK I-HURNI, Art. 55 N. 50; CR-HALDY, Art. 55 N. 7; KÖLZ, S. 7; MEIER I., ZPR, S. 383, schreibt «*letztlich*».

⁶²⁸ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 24; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 8; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 17.

⁶²⁹ KUMMER, ZPR, S. 77; KuKo-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N. 2; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 61; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 97; BK I-HURNI, Art. 55 N. 56; GULDENER, ZPR, S. 168 f.; ASPRION STÖCKLIN, S. 14; KOFMEL, S. 94; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 367 und 391.

erlangt, zu berücksichtigen⁶³⁰. Ebenso wenig vermögen fehlende rechtsgenügli-
che Bestreitungen oder ein explizites Zugeständnis das Gericht zu binden.⁶³¹ Zudem
darf und muss es auch nicht beantragte Beweismittel abnehmen⁶³² und hat allfällig
überschüssende Beweisergebnisse ohne Weiteres zu verwerten⁶³³.

2. Von der höchsten Regel hin zum Grundsatz

Der Terminus *Maxime* soll auf BOETHIUS zurückgehen, der sich mit der aristo- 207
telischen Logik beschäftigte und hierbei die Wendung *maximas propositiones*
prägte:⁶³⁴ «Höchste und oberste Sätze also nennen wir diejenigen, die sowohl uni-
versal sind als auch derart bekannt und offenkundig, daß sie des Beweises nicht
bedürfen, sondern vielmehr Sätze, die ihrerseits zweifelhaft sind, beweisen.»⁶³⁵
Tatsächlich bedeutet auch der lateinische Ausdruck *maxima (regula)* so viel wie
die höchste (Regel)⁶³⁶. Dass es sich bei der Prozessmaxime nun nicht um eine im
normhierarchischen Sinn verstandene höchste Regel⁶³⁷ handelt, welche absolute
Geltung beanspruchen könnte, zeigen bereits die Untersuchungen von Niklaus

⁶³⁰ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; BK I-HURNI, Art. 55 N. 55; B/G/S I-GLASL, Art. 55
N. 34; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 61; KOFMEL, S. 94; MEIER I., ZPR,
S. 383; CR-HALDY, Art. 55 N. 7; BERTI, ZPR, N. 318.

⁶³¹ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 34; CR-HALDY, Art. 55
N. 7; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 61; MÜLLER R., S. 63; KOFMEL, S. 94;
MEIER I., ZPR, S. 383; BK I-HURNI, Art. 55 N. 56.

⁶³² MEIER I., ZPR, S. 383; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; S/H/L-SUTTER-SOMM/
SCHRANK, Art. 55 N. 61; BERTI, ZPR, N. 318; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 49; BK
I-HURNI, Art. 55 N. 57.

⁶³³ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 61;
BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 17.

⁶³⁴ Vgl. WILLISEGGER, S. 247 FN. 758.

⁶³⁵ Übersetzung von «*Supremas igitur ac maximas propositiones vocamus, quae et uni-
versales sunt et ita notae atque manifestae, ut probatione non egeant, eaque potius que
in dubitatione sunt probent.*» in Philosophie-BUBNER/DIERSE, Eintrag *Maxime*, S. 942.

⁶³⁶ Duden Universalwörterbuch, Eintrag *Maxime*; OTTOMANN, S. 76. Den Begriff *Maxime*
im Sinne einer höchsten Regel verwendet HABSCHEID, Philosophie, S. 9 («Über diesen
technischen Regeln stehen die Maximen des Prozeßrechts.»), wobei er aber die Ver-
handlungsmaxime und das Inquisitionsprinzip nur nebenbei erwähnt (a.a.O., S. 10)
und sich auf das *Fairnessprinzip* konzentriert, dem nach seiner Meinung drei neue
Maximen zugehören (a.a.O., S. 11 ff.: Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes,
Recht auf Beweis und Grundsatz des Verbots eines überspitzen Formalismus).

⁶³⁷ Vgl. auch OTTOMANN, S. 76 f., dass die *Maxime* als oberste Regel eigentlich ein ihr
untergeordnetes Regelwerk begrifflich voraussetzt.

Thaddäus VON GÖNNER: Dieser fügte zu seiner Verhandlungs- und seiner Untersuchungsmaxime selbst an, dass «Ausnahmen abgerechnet»⁶³⁸ werden müssen. An späterer Stelle führte er auch aus: «Man darf sich indessen nicht wundern, wenn man einem jeden Prozesse, der auf eine dieser beiden Maximen berechnet ist, Grundsätze beygemischt sieht, welche der anderen Maxime zukommen [...]; denn der Prozeß ist immer ein sehr zusammengesetzter Gegenstand, und bei ihm treten in vielen Fällen so verschiedene Rücksichten ein, daß nach dem obersten Gesetze, der Zweckgemäßheit öfters nothwendig wird, die Bestimmungen nach einer oder der anderen Rücksicht zu machen.»^{639, 640}

- 208 Ob dem Urheber nun effektiv bewusst oder nicht⁶⁴¹ – im Grunde mussten die Prozessmaximen bereits zum Zeitpunkt ihrer Schaffung nur eine begriffliche, im Prozessalltag nicht in reiner Form realisierbare Unterscheidung gewesen sein. Sie gehören in der Diktion von Pierre JOLIDON ausgedrückt zu den «*constructions systématiques et abstraites*»⁶⁴² und sind in ihrer reinen Beschreibung noch heute ausschliesslich Theorie⁶⁴³.

⁶³⁸ VON GÖNNER, S. 183 (Verhandlungsmaxime) und S. 184 (Untersuchungsmaxime).

⁶³⁹ VON GÖNNER, S. 192 f.

⁶⁴⁰ Hinweis auf VON GÖNNERS Relativierung auch bei FISCHLI, S. 92; GRASS, S. 3; TROLLER, Grundlagen, S. 32. Kritisch zu VON GÖNNERS Eingeständnis BOMSDORF, S. 131 ff.

⁶⁴¹ Vgl. BOMSDORF, S. 133: «Gönnner hat die beiden Maximen als ein Alles oder Nichts von Amts wegen konzipiert. Nun kommt er, durch das positive Recht gezwungen, zu der Einsicht, daß Inhalt der Maximen kein Alles oder Nichts, sondern nur ein Mehr oder Weniger von Amts wegen bildet. Eigentliche Maxime jedes Verfahrens wäre danach das «oberste Gesetz der Zweckgemäßheit», das Gönnner selbst zur Begründung der Abweichungen von seinen Maximen heranzieht. Doch Gönnner verschließt sich bewußt oder unbewußt dieser Erkenntnis und setzt zur vernunftrechtlichen Umformung an. Die Ausflüsse der jeweils anderen Maxime sind für ihn «Nebenprodukte», auf die es nicht weiter ankommt. Wichtig sei allein, «in den Geist eines Verfahrens im Ganzen» einzudringen.»

⁶⁴² JOLIDON, S. 188.

⁶⁴³ SUTTER-SOMM, ZPR, N. 297 generell zu den Prozessmaximen; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 2 zur Dispositions-, zur Official-, zur Verhandlungs- und zur Untersuchungsmaxime; diesbez. zur Verhandlungsmaxime z.B.: GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 3; HEINZMANN, Habil., N. 403; MEIER R., N. 23 und 358; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 7; KOCH, S. 74. Noch vor Inkrafttreten der ZPO diesbez. zur Verhandlungs- und zur Untersuchungsmaxime: SARBACH M., Diss., S. 10; BAUR, Parteirechte, S. 80; diesbez. zur Verhandlungsmaxime VOGEL, Richter, S. 67; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 11 FN. 42; BUCHER, S. 25; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 352 und 377; LUTZ, S. 56; MILANI, Diss., N. 431 f.

Auch dass bereits VON GÖNNER im entsprechenden Kapitel seines Handbuchs zunächst von einem «*allgemeinen Grundsatz*»⁶⁴⁴ spricht, *auf dem* die Einleitung und die Ordnung des ganzen Verfahrens *ruht*,⁶⁴⁵ deutet darauf hin, dass die Maxime mehr im Sinne eines Leitgedankens⁶⁴⁶ denn als etwas Unumstössliches zu verstehen ist. Bildlich gesprochen nimmt die vermeintlich *höchste* Regel damit die ebenfalls relevante Position einer *Grundlage* beziehungsweise einer Basis ein.⁶⁴⁷ Darin scheint auch heute noch der eigentliche Wert der Maximen gesichtet zu werden: Immer wieder wird betont, dass der Entscheid darüber, auf welcher Maxime ein Verfahren basiert, diesem einen prägenden Charakter gibt⁶⁴⁸, oder dass die Maxime bei unklaren Verfahrensordnungen auch als Auslegungshilfe oder zur allfälligen Lückenfüllung beizuziehen ist⁶⁴⁹. Nach Paul OBERHAMMER sind in den sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen denn auch sehr allgemeine Handlungsanweisungen an das Gericht für die Konkretisierung seines Verfahrensermessens zu erblicken.⁶⁵⁰ Die Gewichtigkeit der Prozessmaximen liegt demnach darin, dass sie letztlich die Gestaltung und die Anwendung der Verfahrensordnung insgesamt beeinflussen. In diesem Sinn vermittelt die allgemeinsprachliche Umschreibung des Begriffs «Grundsatz» ganz treffend, was die Prozessmaxime heute darstellt: Nämlich ein «*allgemein gültiges Prinzip, das einer Sache zugrunde liegt, nach*

⁶⁴⁴ Auch heute werden die Prozessmaximen regelmässig Prozessgrundsätze genannt, vgl. das Gesetz mit Art. 55 und 58 ZPO, aber auch in der Literatur, z.B.: MEIER I., ZPR, S. 5; ZPR- STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 1.

⁶⁴⁵ VON GÖNNER, S. 175; differenzierend: OTTOMANN, S. 76 f.

⁶⁴⁶ Zur Prozessmaxime als *Leitidee* vgl.: SARBACH M., Diss., S. 9 und S. 10 FN. 25 m.H.a. SARBACH M., Wandel, S. 135 f.; GREGER, S. 78; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Kapitel 5 N. 1 (S. 105) über die «*wichtigsten normativen Richtlinien*», wozu sie nicht nur die Maximen, sondern die Verfahrensgrundsätze im Allgemeinen zählen. Die Prozessmaximen als Leitidee lässt wohl auch JOLIDON, S. 188 f. gelten: «*On ne conteste certes pas l'utilité des catégories rationnelles et conceptuelles grâce auxquelles on peut classer le réel. Mais rien ne va plus dès lors que ces constructions de l'esprit se poussent au premier rang, prennent la place du réel concret, le masquent, le supplantent, et créent des confusions.*» (Zitat von S. 188).

⁶⁴⁷ Ähnliche Betrachtungsweise bei OTTOMANN, S. 76 ff.

⁶⁴⁸ Vgl. die Hinweise in FN. 4.

⁶⁴⁹ KÖLZ, S. 2; MÜLLER R., S. 97; GREGER, S. 81; SUTTER, N. 225; RÜTSCH/SCHNEIDER, S. 71 f. Zur Lückenhaftigkeit der ZPO vgl.: Botschaft ZPO, S. 7236; BERTI, ZPO, N. 3; BRÖNNIMANN, Überblick, S. 80; DOMEJ, Struktur, S. 243; HEINZMANN/EGLOFF, S. 1050.

⁶⁵⁰ KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58, N. 9.

dem sie ausgerichtet ist, das sie kennzeichnet»^{651, 652} Systematisch wie grammatikalisch ergibt es somit Sinn, dass die Prozessmaximen ihren Platz bei den Verfahrensgrundsätzen im 1. Kapitel des 3. Titels der neuen Prozessordnung – also in einem derer Kernbereiche –⁶⁵³ gefunden haben.⁶⁵⁴ Damit wird anerkannt, dass die Prozessmaximen noch heute als nützliche konzeptuelle Kategorisierungen zu verstehen sind. Auch der bereits zitierte Autor JOLIDON bestreitet dies nicht, mahnt aber zugleich: «*Mais rien ne va plus dès lors que ces constructions de l'esprit se poussent au premier rang, prennent place du réel concret, le masquent, le supplantent, et créent des confusions.*»^{655, 656} In Anbetracht dessen, dass die mit den hiervor geschilderten Herausforderungen verbundene Aufforderung *da mihi facta*⁶⁵⁷ regelmässig gerade eben mit der reinen Verhandlungsmaxime gleichgesetzt wird⁶⁵⁸, ist festzustellen, dass auch JOLIDONS Warnung durchaus ihre Berechtigung hat.

⁶⁵¹ Duden Universalwörterbuch, Eintrag *Grundsatz*, Bedeutungsvariante b).

⁶⁵² Vgl. auch OTTOMANN, S. 76 ff., insb. den Hinweis S. 78 f., wonach sich eine Differenzierung zwischen Verfahrensgrundsätzen und Prozessmaximen im Einzelfall gar nicht mehr konsequent durchführen lässt.

⁶⁵³ SUTTER-SOMM, Entstehung, S. 68, bezeichnet den 3. und 4. Titel als die Kernbereiche der ZPO.

⁶⁵⁴ Ausführlich zu diesem Gesetzeskapitel vgl. N. 376–379 sowie N. 401–404.

⁶⁵⁵ JOLIDON, S. 188 zu Maximen und Verfahrensprinzipien m.H.a. die Verhandlungsmaxime, das Prinzip der Rechtskraft, die Eventualmaxime etc.

⁶⁵⁶ Vgl. auch die Aussage von KOCH, S. 351 (m.w.H.): «*Die Gefahr, dass eine Maxime der angemessenen Prozessführung entgegensteht, besteht nur, wenn der Verhandlungsgrundsatz als Dogma verstanden wird, aus dem sich das zivilprozessuale Verfahren vollkommen ergibt. [...] Der Verhandlungsgrundsatz ist eben als Grundsatz zu verstehen, der Durchbrechungen und Ausnahmen kennt. Damit wird er nicht obsolet, sondern kann gerade als Orientierung dienen.*» (Hervorhebung im Original).

⁶⁵⁷ Zur Abhängigkeit des *da mihi facta* von *ius* vgl. insb. N. 63–66 sowie N. 135–138.

⁶⁵⁸ Vgl. hierzu N. 16 m.w.H.

C. Gegenüberstellung: Tätigkeiten – Verantwortung

I. Gesamtbild des personellen Zusammenwirkens bei der Prozessstoffsammlung

Nach dem Beschrieb der *Tätigkeiten* der Prozesssubjekte bei der Stoffsammlung 210 einerseits⁶⁵⁹ und der *personellen Verantwortungszuteilung* im Sinne der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen andererseits⁶⁶⁰ soll im vorliegenden Unterkapitel C. das untersucht werden, was der eben zitierte Pierre JOLIDON als *«le réel concret»* bezeichnet⁶⁶¹. Dass die Realität bei der zivilprozessualen Stoffsammlung einiges komplexer aussieht, als es die theoretische Unterscheidung zweier Prozessmaximen suggeriert, lässt eine Ende 2017 im scheidungsrechtlichen Kontext ergangene Erwägung des Bundesgerichts erahnen: *«D'éventuelles lacunes de la demande, de même qu'un éventuel défaut de collaboration des parties au cours de la procédure, pourraient selon les circonstances et la maxime applicable, avoir pour conséquence un rejet de certaines prétentions dans le cadre du jugement de divorce à intervenir [...]»*⁶⁶² Um zu erfassen, wie nun *die Umstände und die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen* die prozessualen Folgen einer *ungenügenden Prozessstoffsammeltätigkeit der Parteien* bestimmen, wird hiernach ein Gesamtbild über das Zusammenwirken der Prozesssubjekte bei der zivilprozessualen Prozessstoffsammlung beschrieben. Dies geschieht anhand der Kombinationsmöglichkeiten zwischen den Verantwortungsträgern, dem *Wer*, und den Tätigkeiten der Subjekte, dem *Wie*. Diesem Bild lässt sich entnehmen, dass keine Reibungspunkte bestehen, soweit dasjenige Prozesssubjekt Tätigkeiten zum Einbringen von Prozessstoff ausführt, dem die anwendbare Prozessmaxime auch die Verantwortung hierfür auferlegt. Diese Vorgehensweise bietet aber zudem Raum zur Diskussion, was mit den Verpflichtungen eines Prozesssubjekts geschieht, wenn nun die *gegensätzliche* Prozessmaxime Anwendung findet – also diejenige, die für den Prozessstoff das andere Subjekt in die Pflicht nimmt.⁶⁶³ Im Rahmen dieser Gegenüberstellung zwischen Tätigkeiten und Verantwortung ist somit insbesondere zu erörtern, welche Aufgaben bei der Sachverhaltserstellung bei dem-

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu N. 153–199.

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu N. 200–206.

⁶⁶¹ JOLIDON, S. 188.

⁶⁶² 5A_213/2017 E. 5 (nicht publiziert im BGE 144 III 54, Hervorhebungen zugefügt).

⁶⁶³ Vgl. auch ASPRION STÖCKLIN, S. 225, m.H., dass keine Prozessmaxime die andere Seite vollständig von ihren Pflichten entbindet.

jenigen Prozesssubjekt *verbleiben*, das nicht im Sinne der Prozessmaxime in der originären Verantwortung steht. Konkret gefragt: Was geschieht im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime mit den unter der Verhandlungsmaxime bestehenden Parteilasten des Behauptens, Bestreitens, Substantiierens und Beweisens? Und inwiefern ist das Gericht von Pflichten bei der Sachverhaltserstellung befreit, wenn statt des Untersuchungsgrundsatzes die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt? Da die Gegenüberstellung zwischen den Tätigkeiten und der Verantwortung für den Prozessstoff somit auch eine systematische Analyse dessen ermöglicht, was in der Lehre mit dem Hinweis auf eine nicht reine Umsetzung der Prozessmaximen⁶⁶⁴ bedacht wird, lässt sich mit dieser Methode auch die materielle Prozessleitung – der weitere Fokus der vorliegenden Abhandlung – anschaulich greifen und einordnen.

II. Verantwortung der Parteien bei der Sachverhaltserstellung

a. Verhandlungsmaxime → Parteiseitige Einbringtätigkeiten als individuelle Lasten

- 211 Die *Verhandlungsmaxime* legt, wie im Unterkapitel B. II. c. ii) 1.1. dargestellt, die Verantwortung für den Prozessstoff in die Hände der *Parteien*. Um dieser nachzukommen, führen die Parteien die im Unterkapitel B. II. b. i) beschriebenen Tätigkeiten aus: Sie *behaupten*, *bestreiten*, *substantiieren* und *bieten Beweise* für rechtserhebliche Tatsachen an.⁶⁶⁵
- 212 Nun schreibt die Prozessmaxime nicht vor, ob die von ihr vorgesehene Verantwortung in eine Last oder Pflicht zu kleiden ist. Da die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt, wenn das zu fällende Urteil einzig die Rechtsstellung respektive die persönlichen Interessen der Parteien betrifft,⁶⁶⁶ ist es hier regelmässig möglich, sogleich und vollumfänglich den Parteien im Verfahren die Nachteile

⁶⁶⁴ Vgl. hierzu N. 207–209 und dort insb. die Hinweise in FN. 643.

⁶⁶⁵ Vgl. hierzu N. 162–186.

⁶⁶⁶ Bzw. umgekehrt, dass die Untersuchungsmaxime insb. dann gilt, wenn öffentliche Interessen oder Drittinteressen impliziert sind, vgl. hierzu N. 215. Dass bei der sozialen bzw. unterstützenden Untersuchungsmaxime auch Parteiinteressen im Vordergrund stehen, wird in der Praxis mit einer stärkeren Gewichtung der Parteiverantwortung bedacht, vgl. hierzu N. 265 und N. 972–974.

ihrer ungenügenden prozessualen Leistungen zu überbürden⁶⁶⁷. Dies ist zum einen der Vorwirkung der Beweislast geschuldet, die dazu führt, dass eine erst gar nicht in den Prozess eingebrachte Aussage zum Sachverhalt, also eine nicht behauptete Tatsache, und gemäss Praxis auch eine unsubstantiierte⁶⁶⁸, einer nicht bewiesenen Tatsache gleichkommt.⁶⁶⁹ Zum anderen wird die negative Reflexwirkung dadurch sichergestellt, dass das Gegenstück, also die Bestreitung – soweit sie prozessual ungenügend ausfällt – als Zugeständnis gewertet wird⁶⁷⁰. Da unter dem Verhandlungsgrundsatz sowohl unzureichend bestrittene als auch nicht behauptete sowie ungenügend substantiierte Tatsachen kein Beweisverfahren auszulösen vermögen,⁶⁷¹ zeichnen sich die prozessualen Nachteile oft noch vor der Phase der Beweiswürdigung ab.⁶⁷² Die Gefahr, dass eine Schlechterfüllung der Einbringtätigkeiten

⁶⁶⁷ Zur Beschreibung der Last bzw. prozessualen Obliegenheit vgl. N. 44–45.

⁶⁶⁸ 5P.210/2005 E. 4.1; vgl. auch: KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 12; WILLISEGGER, S. 134 f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30; SARBACH R., N. 53; SCHWEIZER, S. 559; MEIER R., N. 315 und 347; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 86; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 28; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 31a; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 283 f.; HAAS/BÜHLER, S. 288 und 307; TSCHUDI, S. 35; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 35.

⁶⁶⁹ Nach dem BGer folgt die Behauptungslast der Beweislast vgl.: 4A_23/2016 E. 3.2; 5A_749/2016 E. 4; in BGE 118 II 521 E. 3b und BGE 121 III 60 E. 3c werden gleich beide Lasten jeweils zusammen genannt; vgl. auch: BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 58; BRÖNNIMANN, Diss., S. 151; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 16 f.; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 283; WUILLEMIN, N. 415 ff., und MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 37, zur «Vorwirkung» der Beweislastregel des Art. 8 ZGB. Zum Zusammenhang zwischen Behauptungs- und Beweislast vgl. zudem: GULDENER, ZPR, S. 166; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 113 ZPO N. 1a; HEER, S. 169; SCHWEIZER, S. 559; BRÖNNIMANN, Diss., S. 33 und 158 f.; MEIER R., N. 120 und 154 ff.; SARBACH R., N. 42; JOSI, S. 60; BOHNET, faits, N. 13; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 16; AEBI-MÜLLER, S. 186; ASPRION STÖCKLIN, S. 57 und 60; BRÖNNIMANN, Diss., S. 3 f. und 33; HAAS/BÜHLER, S. 287 f.; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 21; DOLGE, Anforderungen, S. 20; DOLGE, Zivilprozess, S. 36 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2.

⁶⁷⁰ Zur Zugeständniswirkung vgl. N. 167; zur Bestreitung als Gegenstück zur Behauptung vgl. N. 155 m.w.H.

⁶⁷¹ Zu diesen Voraussetzungen für die Durchführung eines Beweisverfahrens vgl. z.B.: ASPRION, S. 34; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 23; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 22; JOSI, S. 62; MARKUS/HUBER-LEHMANN, S. 283 f. inkl. grafischer Darstellung. Vgl. auch 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 8.2.1.

⁶⁷² Vgl. auch den Hinweis bei WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 3, wonach im Beweisverfahren vielfach die Weichen für den Prozessausgang gestellt werden und auch werden sollen.

nicht im Verfahren sanktioniert wird, ist durch diese prozessualen Mechanismen jedenfalls klein; begründen doch die Parteien anhand ihrer Vorbringen die von ihnen gestellten Rechtsbegehren⁶⁷³, also das, was sie mit dem Urteil letztlich erreichen möchten. Im Sinne des im Kapitel 1 erläuterten Abgrenzungskriteriums, der Spiegelung sämtlicher Nachteile aus der Schlechterfüllung gegen den Verantwortlichen und zwar innerhalb des Verfahrens,⁶⁷⁴ genügt es somit, die Parteitätigkeiten zum Einbringen der Sachverhaltshypothesen allesamt als Lasten⁶⁷⁵ (und demnach nicht als Pflichten) auszugestalten.

- 213 Die *vorherrschende Parteiverantwortung* rechtfertigt, dass bei der *Verhandlungsmaxime jede Einbringstätigkeit individuell belastet* wird: So kann die Schlechterfüllung jeder Parteitätigkeit negative prozessuale Konsequenzen herbeiführen – etwa das ungenügende Bestreiten oder auch das ungenügende Substantiieren von Behauptungen. Daher können die Parteien nicht erst das gerichtliche Beweisverfahren nutzen, um anhand dessen ihre bisherigen Aufgaben rechtsgenügend zu erfüllen: Vielmehr haben sie strittige Punkte genau herauszuarbeiten, bevor das Gericht das Beweisverfahren durchführt.⁶⁷⁶ Die individuelllastliche Sanktionierung im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime bekräftigt die vorherrschende Parteiverantwortung und führt dazu, dass hier, wie bereits hingewiesen, der Ausforschungsbeweis verpönt ist.⁶⁷⁷

⁶⁷³ BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 26 und Art. 222 N. 16; vgl. in diese Richtung auch FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 14.

⁶⁷⁴ Vgl. hierzu N. 44–45.

⁶⁷⁵ Vgl. die Bezeichnungen in drei Landessprachen in: BGE 144 III 54 E. 4.1.1; 4A_243/2018 E. 4.2. Zur Statuierung als Lasten vgl. des Weiteren z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 44 und 129; ASPRION, S. 31 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 17 N. 14; BRÖNNIMANN, Diss., S. 34 ff.; DOLGE, Anforderungen, S. 19; DOLGE, Zivilprozess, S. 36; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 8.4, 3., 4. und 5. Spiegelstrich; BOHNET, dialectique, S. 346 f.; SARBACH R., N. 40, 51, 60 und 71; JEANNIN/BOHNET, N. 10; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 111 und § 40 N. 70, 2. Spiegelstrich; HÜRLIMANN, S. 209; WILLISEGGER, S. 132 ff.; vgl. auch MEIER R., N. 116 m.H., dass eine Behauptungspflicht unzutreffend wäre.

⁶⁷⁶ Vgl. die Hinweise in FN. 671 betreffend Voraussetzungen für die Durchführung eines Beweisverfahrens.

⁶⁷⁷ Vgl. hierzu N. 179–180.

b. Verbleibende Parteilast zur Mitwirkung bei Geltung der Untersuchungsmaxime

i) Grund des Parteibeitrags

Wenngleich die Untersuchungsmaxime die Gerichte zur Sachverhaltsabklärung in die Pflicht nimmt, herrscht Einigkeit darüber, dass dies in einem Zivilverfahren nicht im gleichen Zuge bedeuten kann, dass die Parteien von sämtlichen Verpflichtungen bei der Prozessstoffsammlung entbunden wären. So stellt Walter FELLMANN klar: *«Man sollte sich freilich über die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes im Zivilprozess keine falschen Hoffnungen machen: Auch die Untersuchungsmaxime entlastet die Parteien nicht von der Sammlung des Prozessstoffs!»*^{678, 679} Die Parteien stehen also in einer Mitwirkungsverantwortung.⁶⁸⁰ 214

⁶⁷⁸ FELLMANN, Fragepflicht, S. 96.

⁶⁷⁹ Vgl. auch HABSCHEID, Effektivität, S. 384: *«Angesichts der beschränkten Investigationsmöglichkeiten des Richters unterscheidet sich zudem in praxi ein Prozess mit Verhandlungsmaxime kaum von einem solchen mit Untersuchungsgrundsatz. Man sollte daher die beiden Prinzipien nicht überstrapazieren.»* (Hervorhebung weggelassen). Verschiedene Autorinnen und Autoren beschäftigten sich weitergehend mit der Annäherung von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, vgl. z.B. die Aufsätze von: HEER, S. 153 ff.; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 95 ff.; RÜTSCH/SCHNEIDER, S. 67 ff.

⁶⁸⁰ Im Allgemeinen zur parteiseitigen Mitwirkungsverantwortung: BGE 130 I 180 E. 3.2; 4P.239/2005 E. 4.2; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 26a; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 246; AEBI-MÜLLER, S. 190; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 14 f.; B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 8; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 64; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 365; HOFMANN/LÜSCHER, S. 47; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 360 f.; MEIER I., ZPR, S. 386; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 18 N. 14; B&M-PASSADELIS, Art. 153 N. 5; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 17. Zur parteiseitigen Mitwirkung bei speziell als *sozial* bezeichneter Untersuchungsmaxime: BGE 125 III 231 E. 4a; BGE 136 III 74 E. 3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BGE 141 III 569 E. 2.3; BGE 142 III 402 E. 2.1; 4C.392/1999 E. 2c; 4C.301/2000 E. 2a; 4C.332/2000 E. 4c) aa); 4C.143/2002 E. 3; 4C.242/2003 E. 3.1; 5C.134/2004 E. 2.2; 4C.211/2004 E. 2.1; 4C.255/2005 E. 3.4; 4C.273/2005 E. 3.1; 4C.395/2005 E. 4.3; 4C.11/2006 E. 2.3; 4C.36/2006 E. 3.2; 4C.52/2006 E. 1.2 und 3.1; 4C.212/2006 E. 3.1.3; 4C.441/2006 E. 4.3.1; 5C.20/2007 E. 6.2 f. (nicht publiziert im BGE 133 III 607); 4A_259/2007 E. 3.1; 4A_32/2007 E. 4.1; 4D_80/2009 E. 2; 4A_140/2009 E. 6; 4A_375/2009 E. 2; 4A_448/2009 E. 2.2; 4A_450/2009 E. 2.3; 4A_492/2009 E. 1.3; 4A_635/2009 E. 2.1; 4A_12/2010 E. 3.1; 4D_109/2010 E. 3; 4A_295/2010 E. 2.2.2; 4A_364/2010 E. 3.1; 4A_517/2010 E. 3.2.3; 4A_519/2010 E. 2.2 f.; 4A_577/2010 E. 4.2; 4A_685/2010 E. 2.2; 4A_8/2011 E. 3; 4A_71/2011 E. 5.2; 4A_150/2011 E. 2.1.2; 4A_338/2011 E. 4.2; 4A_484/2011 E. 2.2; 4A_79/2012 E. 4.3; 4A_612/2012 E. 2.1; 4A_701/2012 E. 1.2; 4A_397/2013 E. 4.4; 4A_354/2014 E. 3.1; 4A_491/2014 E. 2.6.1; 4A_561/2014

- 215 Mit dem Argument, dass im Zivilverfahren die privaten Interessen der Parteien auf dem Spiel stehen, kann eine Mitwirkungsverantwortung der Parteien bei der Prozessstoffsammlung indes nicht hinlänglich begründet werden: Zunächst wird die Untersuchungsmaxime doch gerade dann angeordnet, wenn parteifremde Interessen die Verfügungsfreiheit der Parteien über den Streitgegenstand einschränken, oder auch dann, wenn das soziale Privatrecht Prozessgegenstand bildet,⁶⁸¹ dessen besonderer Schutz letztlich ebenfalls ein Anliegen der Allgemeinheit darstellt. Zu

E. 3.1.2; 4A_705/2014 E. 3.2; 4A_360/2015 E. 4.2; 4A_415/2015 E. 3.4; 4A_476/2015 E. 3; 5A_476/2015 E. 3.3.2; 4A_592/2015 E. 3; 4A_23/2016 E. 3.1; 4A_46/2016 E. 7.1.2; 4A_428/2016 E. 3.2.2.2; 4A_703/2016 E. 7 (nicht publiziert im BGE 143 III 344); 4A_705/2016 E. 7; 4A_217/2018 E. 4.3; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.4.1; 4A_533/2018 E. 4.2; 4A_563/2019 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 146 III 339); 4A_106/2020 E. 2.1; 4A_184/2010 E. 1.4; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 229, 231, 243; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 33; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 8; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 13; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 10; DIETSCHY, devoir d'interpellation, S. 86 f.; BERTI, ZPO, N. 320; CR-TAPPY, Art. 247 N. 23. Zur parteiseitigen Mitwirkung bei als *eingeschränkt* bezeichneter Untersuchungsmaxime: BGE 140 III 485 E. 3.3; 5C.142/2000 E. 2a; 5A_661/2011 E. 4.2.1; 5A_517/2012 E. 5.3.2 ff.; 5A_833/2012 E. 3.1; 5A_953/2012 E. 4.2; 5D_65/2014 E. 5.1; 5A_175/2015 E. 4.1; 5A_298/2015 E. 2.1.2; 5A_541/2015 E. 5; 5A_776/2015 E. 6.3 und 7.3; 5A_778/2015 E. 3.4; 5A_446/2016 E. 4.1 f.; 5A_681/2016 E. 3.1.3; 5A_519/2019 E. 3.4.3; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 5; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 272 N. 3; S/H/L-KLINGLER, Art. 255 N. 1; S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 19a; CR-BOHNET, Art. 255 N. 5; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 463; BK I-HURNI, Art. 55 N. 64; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 357; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 40; LIENHARD A. [b], N. 502 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 340. Zur parteiseitigen Mitwirkung bei *uneingeschränkter* Untersuchungsmaxime: BGE 128 III 411 E. 3.2.1; BGE 140 III 485 E. 3.3; 5C.299/2001 E. 2b) aa) (nicht publiziert im BGE 128 III 161); 5C.207/2004 E. 2.1; 5C.14/2005 E. 1.2.3; 5A_722/2007 E. 5.2; 5A_394/2008 E. 2.2; 5A_27/2009 i.V.m. 5A_37/2009 E. 4.3; 5A_453/2009 E. 5.3; 5A_205/2010 E. 4.3; 5A_771/2010 E. 5.1; 5A_830/2010 E. 4.3.2; 5A_149/2011 E. 2.4.1; 5A_361/2011 E. 5.3.1; 5A_194/2012 E. 4.2; 5A_535/2013 E. 4.3; 5A_31/2014 E. 3.3; 5A_446/2016 E. 4.1 f.; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3; 5A_111/2017 E. 4.3 und 5.2; 5A_242/2019 E. 3.2.1; 5A_361/2019 E. 5.3; 5A_446/2019 E. 4.3.2; 5A_1037/2019 E. 2.5; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 N. 2 ff.; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 244; WUILLEMIN, N. 131; CR-TAPPY, Art. 272 N. 4a; CR-JEANDIN, Art. 295 N. 5; CR-JEANDIN, Art. 296 N. 3; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 69; WILDHABER BOHNET, N. 12; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 36; HEINZMANN, Habil., N. 344; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 12; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 8.

⁶⁸¹ Zu diesen Bereichen der Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 62; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 25; vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 98 ff., der eine amtswegige Sachverhaltsermittlung im öffent-

bedenken gilt es zudem, dass die Parteien dann kaum mitwirken und ihre Tatsachenvorträge gegenseitig korrigieren, wenn ihre Interessen zufällig gleichgelagert sind, was in solchen Belangen nicht ausgeschlossen ist.⁶⁸² Soweit es Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit zu schützen gilt, ist somit eigentlich weniger das Übertragen von Verantwortung für den Prozessstoff an die Parteien angebracht; eher doch wäre – natürlich rein theoretisch – eine strafrechtliche Untersuchungsmaxime zweckdienlicher. Dass eine solche nicht der zivilprozessualen Realität entspricht,⁶⁸³ ist wiederum weniger in der Tatsache zu suchen, dass die Parteien den Geschehnissen am nächsten stehen. Selbstverständlich ist diese Feststellung richtig und wird nicht selten in die Begründung der Mitwirkungspflicht einbezogen⁶⁸⁴. Sie unterscheidet jedoch das Zivil- vom Strafverfahren ebenso wenig⁶⁸⁵ wie

lichen Interesse und im Parteiinteresse unterscheidet; MEIER I., ZPR, S. 385 f., der eine lenkende und eine unterstützende Untersuchungsmaxime unterscheidet.

⁶⁸² Zur indirekten Disposition über den Streitgegenstand via Tatsachenvortrag vgl. N. 672 und dort insb. FN. 2133. Vgl. auch Feststellungen, dass sich selbst bei der Untersuchungsmaxime eine bloss formelle Wahrheit nicht gänzlich vermeiden lässt z.B. bei: KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 4; MÜLLER R., S. 75; vgl. auch JOLIDON, S. 190 f. und 196 ff.

⁶⁸³ Hinweise auf eine mit der strafrechtlichen nicht vergleichbaren Untersuchungstätigkeit des Zivilgerichts bzw. auf den Unterschied zwischen den beiden Untersuchungsmaximen z.B. bei: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 348; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 26a; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 36; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 63; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 31; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 4; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 35; B&M-GUSTERER, Art. 272 N. 2; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 3; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 17; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 8; BK I-HURNI, Art. 55 N. 59; MORET, N. 247; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 365. B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 7, wie auch GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 11, erachten die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime aufgrund der gerichtlichen Pflicht, den Sachverhalt unabhängig der Erfüllung der parteiseitigen Mitwirkungs- und Vorschusspflichten zu erforschen, als *der (strafrechtlichen) Inquisitionsmaxime ähnlich*. GRASS, S. 6, möchte indessen die zivilrechtliche von der strafrechtlichen Untersuchungsmaxime durch den vom Autor ZINK stammenden Begriff der *freien richterlichen Forschungsmaxime* auch formell weiter abgrenzen.

⁶⁸⁴ Vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 504; SCHUMACHER PE., S. 385.

⁶⁸⁵ Vgl. die Hinweise, jedoch generell zu Untersuchungsmaximen ausserhalb des Strafverfahrens, z.B. bei: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 117 (Vergleich zum Verwaltungsverfahren); BRÖNNIMANN, Diss., S. 7 sowie 112: «*Da die Parteien dem umstrittenen Geschehen näher stehen als das Gericht, stammen Angaben zum Sachverhalt naturgemäss auch bei einer Tatsachenermittlung nach der Untersuchungsmaxime in erster Linie von ihnen.*» (Hervorhebung zugefügt); JAUERNIG/HESS, § 25 N. 52, m.H., dass insoweit zwischen Inquisitions- und Verhandlungsmaxime kein Unterschied

auch das Ziel, dass letztlich ein Urteil gefällt wird, das den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht⁶⁸⁶.

- 216 Im Unterschied zum zivilprozessualen Verhältnis wirken im Strafverfahren jedoch nicht zwei sich gegenseitig korrigierende, prozesshierarchisch gleichgestellte Parteien mit:⁶⁸⁷ Vielmehr ist es hier am Staat gelegen, zur Begründung seines eigenen (Straf-)Anspruchs⁶⁸⁸ das Verschulden des Angeklagten nachzuweisen. Es gilt die Unschuldsvermutung anstelle einer Beweislastverteilung⁶⁸⁹ und der Beschuldigte hat das grundsätzliche Recht, Aussagen zu verweigern⁶⁹⁰. Staatsanwaltschaft und Polizei als Untersuchungsapparat sind somit erforderlich und angemessen, um dem Gericht als aussenstehende Behörde die Verwirklichung des objektiven Strafrechts zu ermöglichen. Demgegenüber stellt der Staat der durchaus ebenso aussenstehenden wie an der Wahrheit interessierten Zivilrichterschaft keinen mit den entsprechenden strafprozessrechtlichen Kompetenzen ausgestatteten Ermittlungsapparat zur Seite⁶⁹¹. Deren Aufklärungsinstrumente sind somit weniger umfas-

besteht. Vgl. auch SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 694 f. zu Aussagen, dass bei beiden sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen die Parteien die gleiche Sachverhaltsnähe und das gleiche Interesse am Prozessausgang haben: Gemäss SARBACH sind für die Untersuchungsmaxime andere Gründe vorrangig, nämlich die Verhinderung einer unzulässigen materiell-rechtlichen Verfügung im Prozess und die Verminderung der der Verhandlungsmaxime anhaftenden Risiken.

⁶⁸⁶ Vgl. GAUL, S. 50; GRASS, S. 1 f. Des Weiteren DROESE, Diss., S. 253 ff., und insb. S. 256 ff., wonach die formelle Wahrheit kein zivilprozessuales Wahrheitsziel, sondern vielmehr die faktische Konsequenz der Verhandlungsmaxime darstellt.

⁶⁸⁷ SCHWANDER D., Streifzug, S. 574. Vgl. auch den Hinweis von SCHMIDT, S. 37, dass es im Strafprozess nicht um einen Interessenausgleich zwischen gleichberechtigten Parteien geht.

⁶⁸⁸ GRASS, S. 1; SCHWANDER D., Streifzug, S. 574; HABSCHEID, Grundlagen, Einleitung zum § 13 Zivilgerichtsbarkeit und Strafgerichtsbarkeit vor N. 145.

⁶⁸⁹ Zur Unschuldsvermutung: Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 1 StPO; vgl. des Weiteren MÜLLER R., S. 91; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 849; MEIER I., ZPR, S. 274; SCHWANDER D., Streifzug, S. 578 f.

⁶⁹⁰ Zum Recht, die Aussage und die Mitwirkung zu verweigern, vgl. Art. 113 Abs. 1 StPO; zu diesem Vergleich der Mitwirkung auch SCHWANDER D., Streifzug, S. 577.

⁶⁹¹ Hinweise auf die fehlenden, der Strafuntersuchung entsprechenden Ermittlungsorgane des Zivilgerichts (regelmässig auch als Grund für die Mitwirkungsverantwortung der Parteien angegeben) z.B. bei: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 26a; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 36 und § 50 N. 152; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 348; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 63 f.; B&M-GUSTERER, Art. 272 N. 2 f.; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 3; BK I-HURNI, Art. 55 N. 59 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 8; B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 6; B/G/S I-LEU,

send und können darüber hinaus oftmals auch nicht wider den Willen der Parteien ein- und durchgesetzt werden.⁶⁹² *«Niemals kann es sich in einem Zivilprozesse darum handeln, Polizisten auszuschicken, um zu erfahren, wer denn eigentlich im Wirtshaus zugegen war, als der streitige Vertrag abgeschlossen wurde oder wer sonst über dieses oder jenes gründlich Aufschluß geben könnte. Niemals darf von einem Editionsgesuche auf eine mögliche Hausdurchsuchung geschlossen werden. Dadurch würden Interessen verletzt, die höher stehen als diejenigen, die durch die Wahrheitsforschung geschützt werden sollen. Privatrechtsverhältnisse, die ihrer innersten Natur nach geheim bleiben dürfen, wären dadurch der Entdeckung preisgegeben. Die eigenen, richterlichen Handlungen müssen nur geeignet sein, für das von den Parteien selbst in den Prozeß eingeführte Prozeßmaterial neue Gründe, neue Erkenntnisse aufzudecken.»*^{693, 694} – so bereits die Worte von

Art. 153 N. 6; B&M-PASSADELIS, Art. 153 N. 5; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 31; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 10; MABILLARD, Note 5A_587/2011, S. 179; WUILLEMIN, N. 131; SCHWANDER D., Streifzug, S. 583; MILANI, Diss., N. 446; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 35 f. insb. auch FN. 64; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 231 und 245; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N. 3; B&M-SCHENKER, Art. 55 N. 19; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 341; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 117; FELLMANN, Fragepflicht, S. 96; MÜLLER R., S. 63; KOFMEL, S. 96; MEIER I., ZPR, S. 386; MEIER R., N. 63; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 365, 425 und 463; SCHUMACHER PE., S. 385; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.32; VOGEL, Richter, S. 68; LIENHARD A. [b], N. 16, 500 f. und 622.

⁶⁹² Vgl. auch die Bemerkungen von GAUL, S. 50: *«Natürlich heiligt der Zweck nicht die Mittel. Es kommt nicht nur darauf an, daß die Wahrheit gefunden wird, sondern in einem rechtsstaatlichen Verfahren ebensosehr, wie die Wahrheit gefunden wird. [...] Wahrheitsfindung als Ziel des Prozesses bedeutet eben nicht Wahrheitsfindung um jeden Preis.»* (Hervorhebung weggelassen); oder KOCH, S. 21: *«Das Verfahrensrecht intendiert nicht die Erforschung der Wahrheit um jeden Preis, sondern in den prozessual zulässigen Grenzen. In diesen Grenzen strebt es nach dem materiell richtigen Ergebnis.»* Zur Mitwirkungsverweigerung und ihrer Auswirkung auf die gerichtliche Verantwortung für den Prozessstoff vgl. N. 734–742 und schliesslich N. 1032. Zur Ausnahme der zwangsweisen Durchsetzung einer DNA-Analyse in kindesrechtlichen Statusprozessen zur Eruiierung der Abstammung vgl. N. 1027 m.w.H. i.V.m. N. 797.

⁶⁹³ GRASS, S. 6 (Hervorhebungen weggelassen).

⁶⁹⁴ Vgl. auch bereits die Ausführungen von KLEIN, Pro Futuro, S. 30, aus dem Jahr 1891, vor der Reform der österreichischen ZPO: *«Derartiges behördliches Ausspüren und Durchstöbern unserer Privatverhältnisse um einer civilrechtlichen Sache willen widerstrebt nun aber unseren heutigen gesellschaftlichen Anschauungen ganz und gar. Infolge der bisherigen Haltung der Gesetzgebung und unserer neueren politischen Entwicklung sind wir von der Vorstellung erfüllt, es legitimire einzig das sog. Criminalunrecht die Behörde zum nachforschenden Eindringen in unsere Privatbeziehungen*

Josias GRASS. Hierin ist also der Grund zu suchen, weshalb das Zivilgericht selbst im Rahmen seiner eigenen (Mit-)Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung dringend auf die Mitarbeit der Parteien *angewiesen*⁶⁹⁵ ist.

ii) Einbringtätigkeiten der Parteien als «Mitwirkungslast»

- 217 Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass die Verhandlungsmaxime etwa die Behauptungslast, die Bestreitungslast oder auch die Beweisführungslast begründet, beziehungsweise dass diese Lasten aus den Teilgehalten der Maxime folgten,⁶⁹⁶ während die Parteien beim Untersuchungsgrundsatz nicht alle (subjektiven) Lasten gleichermassen tragen⁶⁹⁷. Solche Aussagen bedürfen nach der vorliegend vertretenen Ansicht einige auf inhaltliche wie auch auf formale Aspekte bezogene Erläuterungen:

1. Inhaltlicher Aspekt – einzelne Einbringtätigkeiten

- 218 Inhaltlich erwarten Rechtsprechung und Lehre im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime von den Parteien eine Mitwirkung im Sinne einer *Orientierung des Gerichts über den Sachverhalt* verbunden mit der *Nennung der verfügbaren*

und zumal in die dem Vermögensverkehre angehörigen.» Vgl. auch den Hinweis bei LIENHARD A. [b], N. 622, dass auch im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime keine Hausdurchsuchung möglich ist.

⁶⁹⁵ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 76: «[...] denn naturgemäss stellen die Parteien die primäre Quelle für Informationen zum Sachverhalt dar; und das Gericht ist rein praktisch gesehen für das Beibringen, Ergänzen und Überprüfen des Tatsachenstoffes wie insbesondere auch für das Auffinden von Beweismitteln darauf angewiesen, von den Parteien zumindest Anhaltspunkte zum Sachverhalt zu erhalten.»; sowie DERS., a.a.O., S. 101: «Zu Recht betonen Lehre und Praxis, es obliege auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime in erster Linie den Parteien, den Tatsachenstoff zu beschaffen, da dem Richter kein Ermittlungsapparat zur Verfügung stehe und er deshalb auf die Beschaffung des Prozessstoffes und die Nennung der Beweismittel durch die Parteien angewiesen sei.» (Hervorhebung in beiden Zitatstellen zugefügt).

⁶⁹⁶ Vgl. in diese Richtung z.B.: BK I-HURNI, Art. 55 N. 12, 37 und 45; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 14; MEIER R., N. 18 und 125.

⁶⁹⁷ Vgl. die Hinweise in Bezug auf verschiedene Lasten z.B. bei: BRÖNNIMANN, Diss., S. 104 f., 112 und 135; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 50; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 355 ff.; BK I-HURNI, Art. 55 N. 75; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 16; MEIER I., ZPR, S. 297; MEIER R., N. 125; ASPRION STÖCKLIN, S. 15; HABSCHEID, Grundlagen, N. 642 f.; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 45; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 13; VOGEL, Richter, S. 71 f.; MABILLARD, Note 5A_587/2011, S. 179.

Beweismittel.⁶⁹⁸ Wie eingangs des vorliegenden Kapitels aufgezeigt, werden genau diese beiden Elemente, die Aussagen zum Sachverhalt und die zugehörigen Beweise, auch als die beiden Teilaspekte des Prozessstoffs (*facta*) definiert, den es in das Verfahren einzubringen gilt.⁶⁹⁹ Die Parteitätigkeiten zum Einbringen von solchem Prozessstoff wurden wiederum hiervor ganz generell mit dem Aufstellen von Behauptungen, Bestreitungen, mit weitergehendem Detaillieren und dem Anbieten von Beweisen beschrieben.⁷⁰⁰ Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime, unter der die Parteien originär die Verantwortung für den Prozessstoff innehaben, stellen diese verschiedenen Einbringttätigkeiten jeweils individuelle Lasten dar.⁷⁰¹ Rein *inhaltlich* betrachtet, bleiben die erläuterten Parteitätigkeiten allerdings *unabhängig von der Prozessmaxime immer dieselben*: Ob nun die Verhandlungsmaxime anwendbar ist oder ob die Parteien im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes das Gericht *über den Sachverhalt orientieren* und die verfügbaren *Beweismittel nennen*, sie werden unter der einen wie der anderen Maxime nichts anderes tun als *behaupten, bestreiten*, präzisieren respektive *substantiieren* und *Beweise anbieten*.⁷⁰²

⁶⁹⁸ BGE 107 II 233 E. 2b; BGE 125 III 231 E. 4a; BGE 128 III 411 E. 3.2.1; BGE 130 III 102 E. 2.2; BGE 130 I 180 E. 3.2; BGE 141 III 569 E. 2.3.2; 4P.297/2001 E. 2a; 4C.143/2002 E. 3; 4C.242/2003 E. 3.1; 4P.239/2005 E. 4.2; 4C.395/2005 E. 4.3; 4C.11/2006 E. 2.3; 4C.36/2006 E. 3.2; 4A_259/2007 E. 3.1 f.; 4A_375/2009 E. 2; 5A_453/2009 E. 5.3; 4D_109/2010 E. 3; 5A_205/2010 E. 4.3; 4A_577/2010 E. 4.2; 5A_771/2010 E. 5.1; 5A_781/2010 E. 2.1; 5A_830/2010 E. 4.3.2; 4A_71/2011 E. 5.2; 5A_361/2011 E. 5.3.1; 5A_194/2012 E. 4.2; 4A_723/2012 E. 3.3; 5A_814/2012 E. 5.1; 4A_2/2013 E. 4.2; 5A_535/2013 E. 4.3; 5A_31/2014 E. 3.3; 4A_354/2014 E. 3.1; 4A_561/2014 E. 3.1.2; 5A_608/2014 E. 4.2.1 f.; 4A_705/2014 E. 3.2; 5A_298/2015 E. 2.1.2; 4A_415/2015 E. 3.4; 4A_476/2015 E. 3; 5A_476/2015 E. 3.3.2; 5A_776/2015 E. 6.3 und 7.3; 5A_778/2015 E. 3.4; 5D_8/2016 E. 4.4; 4A_46/2016 E. 7.1.2; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3; 4A_702/2016 E. 3.1; 4A_703/2016 E. 7 (nicht publiziert im BGE 143 III 344); 4A_705/2016 E. 7; 5A_111/2017 E. 4.3; 5A_242/2019 E. 3.2.1; 5A_361/2019 E. 5.3; 5A_446/2019 E. 4.3.2; 5A_1037/2019 E. 2.5; vgl. auch z.B.: AEBI-MÜLLER, S. 190; ASPRION STÖCKLIN, S. 15 f.; HOFMANN/LÜSCHER, S. 47; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 243 ff.; B&M-GIGER, Art. 247 N. 8; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 13 und Art. 255 N. 6; BK I-HURNI, Art. 55 N. 75; MEIER R., N. 65; VOGEL, Richter, S. 68; PERROUD, S. 882; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 10; CR-HALDY, Art. 55 N. 7; CR-BOHNET, Art. 255 N. 5; CR-JEANDIN, Art. 296 N. 3.

⁶⁹⁹ Vgl. hierzu N. 144.

⁷⁰⁰ Vgl. hierzu N. 162–186 i.V.m. 150–152 zur Methode.

⁷⁰¹ Vgl. hierzu N. 211–213.

⁷⁰² Eine ähnliche Sichtweise dürften auch andere Autorinnen und Autoren haben, z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 425 (i.V.m. N. 32 ff.), wenn sie schreibt: «Die einge-

- 219 Hieran ändert auch die Verfahrensart, in der die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, nichts: Wie bereits im Rahmen der Einbringtätigkeiten der Parteien erwähnt, werden für Gesuch und Stellungnahme im Summarverfahren inhaltlich keine von Art. 221 f. ZPO abweichenden Bestimmungen für Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen statuiert.⁷⁰³ Insbesondere auch nicht für den Fall, dass das Gericht im Sinne von Art. 255 lit. a ZPO als Konkurs- oder Nachlassgericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Auch eine im ordentlichen Verfahren zu behandelnde Klage über die Kernenergiehaftpflicht untersteht im Sinne des Art. 22 Abs. 1 KHG der Untersuchungsmaxime.⁷⁰⁴ Dem KHG sind aber

schränkte Untersuchungsmaxime entlastet die Parteien also grundsätzlich nicht, den aus der Verhandlungsmaxime resultierenden inhaltlichen Anforderungen an Tatsachenvorträge nachzukommen.» (Hervorhebung zugefügt); und DIES., a.a.O., N. 466 (i.V.m. N. 32 ff.), wonach «[...] die Parteien hinsichtlich der Sammlung des Prozessstoffs eine allgemeine Mitwirkungsobliegenheit trifft, aufgrund dieser sie auch im Rahmen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht gänzlich davon entbunden sind, den aus der Verhandlungsmaxime resultierenden inhaltlichen Anforderungen an Tatsachenvorträge nachzukommen.» (Hervorhebung zugefügt); vgl. auch die Aufzählung von Mitwirkungstätigkeiten der Parteien im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime bei B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 8: Ansprüche substantiieren und substantiiert bestreiten, Fragen des Gerichts beantworten und Beweismittel beibringen; vgl. zudem HIGI, S. 471: «Bei ihrer Führung des Prozesses fällt den Parteien als Kernaufgabe – selbst im modernen Prozess – als erstes die Sachverhaltsdarstellung zu, also die Information des Gerichts durch das «Behaupten» des Tatsächlichen zum Streit. Das gilt auch dann, wenn das Gericht seiner gewöhnlichen oder – wie im vereinfachten Verfahren – erweiterten Fragepflicht nachgeht.», wozu anzumerken ist, dass HIGI, S. 462 m.H.a. die Botschaft ZPO, S. 7348, die soziale Untersuchungsmaxime als eine solche verstärkte Fragepflicht des Gerichts auffasst; vgl. des Weiteren auch ZPR-GROLIMUND, § 14 N. 3, 4. Spiegelstrich, sowie B&M-DÜRR, Art. 221 N. 7, die beide bei der Beschreibung der Tatsachendarstellung Ausführungen zur Verhandlungs- und zur Untersuchungsmaxime machen. Allenfalls a.M. MEIER R., N. 72: «Aufgrund von vereinzelt Parallelismen zwischen der Behauptungslast des Verhandlungsgrundsatzes und dem Behaupten, wie sie den Mitwirkungspflichten und -lasten des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes entspringt, soll aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht ohne weiteres auf die Kongruenz ihres Inhaltes geschlossen werden.», wobei aber MEIER als Indizien hierfür insb. die Präklusionswirkung (unter der Verhandlungsmaxime) und eine allgemeine Aufklärungslast des Beweisgegners (unter der Untersuchungsmaxime) nennt, vgl. DENS., N. 72 ff.

⁷⁰³ Vgl. hierzu N. 155–156.

⁷⁰⁴ Art. 22 Abs. 1 KHG (Verfahrensgrundsätze): «Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden.» Beschreibung der Verfahrensgrundsätze nach KHG bei FELLMANN, Haftpflichtrecht, N. 2224 ff.; Verweise auf die Untersuchungsmaxime z.B. bei: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER,

ebenso wenig von den Art. 221 und 222 ZPO abweichende Spezialbestimmungen zu den Tätigkeiten der Parteien für das Einbringen von Prozessstoff zu entnehmen. Darüber hinaus ging das Bundesgericht im Rahmen einer Scheidung auch bei den Themen der elterlichen Sorge, der Obhut und dem Kindesunterhalt – wofür die Untersuchungsmaxime gilt – von der analogen Anwendbarkeit der Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO aus.⁷⁰⁵ Die allgemeinen Bestimmungen zur Klage und zur Klageantwort konkretisieren somit die prozessualen Einbringttätigkeiten der Parteien unabhängig von der anwendbaren sachverhaltsrelevanten Maxime. Im Minimum sind demnach auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime summarische Darlegungstätigkeiten seitens der Parteien erforderlich, damit das Gericht durch eigene Tätigkeiten den Sachverhalt weiter ergründen kann.⁷⁰⁶ Nichts anderes gilt für das bei den Erläuterungen zu den Einbringttätigkeiten jeweils separat betrachtete vereinfachte Verfahren: Selbst hier unterscheiden weder die Spezialbestimmung zu den erleichterten Rechtsschriften noch diejenigen über den weiteren Verfahrensverlauf dahingehend, ob das Verfahren nach der Verhandlungsmaxime (mit erweiterter Fragepflicht) oder unter der (sozialen) Untersuchungsmaxime geführt wird. Wie bei den einzelnen Tätigkeiten dargestellt, kann sich im vereinfachten Verfahren lediglich der Zeitpunkt des ausführlichen Behauptens, Bestreitens und Beweisanbietens in die mündliche Phase verschieben.⁷⁰⁷

Man mag möglicherweise anmerken wollen, dass im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime, aufgrund der originären Verantwortung des Gerichts für den Prozessstoff, zumindest Bestreitungstätigkeiten nicht nötig sind; die Bestreitung vielmehr im Grundsatz vorweggenommen ist.⁷⁰⁸ Für die Praxis gilt es allerdings

ZPR, § 18 N. 13b; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 46; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 419; HOFMANN/LÜSCHER, S. 47; G/J/S-SCHMID, Art. 153 N. 3. Zur Gesetzesänderung vgl. CR-HALDY, Art. 55 N. 19 i.V.m. Art. 38a N. 2 ff. m.w.H.

⁷⁰⁵ Vgl. den BGE 144 III 54. Vgl. in diesem Sinn auch den Rückgriff auf Art. 221 f. ZPO bei DOLGE, Anforderungen, S. 29, die zu den Kinderbelangen unter uneingeschränkter Untersuchungsmaxime schreibt: «Zwar sind die Parteien – entsprechend den allgemeinen Bestimmungen (Art. 221 und 222 i.V.m. Art. 219 ZPO) – gehalten, ihre Vorbringen zu substantzieren, doch entbinden ungenügende Sachvorträge das Gericht nicht von seiner Verantwortung für die Sachverhaltsfeststellung.» (Hervorhebung zugefügt).

⁷⁰⁶ ZPR-GROLIMUND, § 14 N. 3, 4. Spiegelstrich; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 28; B&M-DÜRR, Art. 221 N. 7.

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu N. 164–166, N. 174–176 und N. 186.

⁷⁰⁸ Aussagen, die in diese Richtung verstanden werden könnten, z.B. bei: BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 18, wonach bei Art. 55 Abs. 2 ZPO auch unstrittige Tatsachen beweisbedürftig sind und das Nichtbestreiten oder Zugestehen von Tatsachen den

zu differenzieren: Das Gericht soll von den Urteilsgrundlagen *überzeugt*⁷⁰⁹ sein. Dies impliziert nicht, dass es von Amtes wegen über jede Gegebenheit Beweishebungen zu initiieren hätte: So prägnant wie treffend stellte Max KUMMER diesbezüglich fest, dass *klar* ist, dass der Richter *«dort nicht fahndet, wo rein nichts ihn zu fahnden veranlasst [...]»*^{710, 711} Gerade um Zweifel beim Gericht zu wecken und damit Fahndungsbedarf zu erzeugen, bleibt den Parteien kaum etwas anderes übrig, als Bestreitungen am Tatsachenvortrag der Gegenpartei vorzunehmen.⁷¹² Denn, so diesmal Jürgen BRÖNNIMANN: *«[G]anz allgemein leuchtet ein, dass es für eine Partei vorteilhafter sein dürfte, das Gericht auf bestehende Schwächen der gegnerischen Position ausdrücklich aufmerksam zu machen, als im Vertrauen auf die Untersuchung des Sachverhaltes von Amtes wegen das Feld der Gegenpartei und dem Spürsinn des Gerichts zu überlassen.»*^{713, 714} Es ergibt somit durchaus Sinn, dass die Gesetzesbestimmungen sowohl zum Inhalt der Rechtsschriften

Beweis nicht überflüssig macht; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 50, wonach die *«Behauptungslast und Bestreitungslast [...] dem Grundsatz nach aufgehoben [sind]»*; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 244, mit der Bemerkung *«la partie adverse ne porte aucun fardeau de la contestation»*; ASPRION STÖCKLIN, S. 19, nach der die Bestreitungslast *«obsolet»* ist; MEIER R., N. 75, der m.H.a. BRÖNNIMANN, Diss., S. 107 f. und 113, die Meinung vertritt, dass von einer Bestreitungslast ohnehin nicht gesprochen werden könne, *«da alle klagebegründenden Tatsachen ohne weiteres als bestritten gelten und deshalb unabhängig von einer Bestreitung des Beklagten beweisbedürftig sind»*; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 109, und B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 64, zum Entfallen der subjektiven Bestreitungslast. Nach LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 9.5, 2. Spiegelstrich, ist die Bestreitungslast in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz zumindest eingeschränkt.

⁷⁰⁹ Vgl. hierzu N. 206 m.w.H.

⁷¹⁰ KUMMER, Rechtsprechung, S. 231 m.H.a. BGE 107 II 233.

⁷¹¹ Zustimmend: BRÖNNIMANN, Diss., S. 103 f.; VOGEL, Richter S. 70 FN. 28; SARBACH M., Wandel, S. 151 (vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 100 FN. 471); LIENHARD A. [b], N. 498.

⁷¹² Vgl. auch das Urteil 4A_20/2018 E. 2.5 bez. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO, dass *«[w]ie bei der gewöhnlich anwendbaren Verhandlungsmaxime [...] es indessen grundsätzlich an den Parteien [liegt], den Prozessstoff beizubringen; sie sind namentlich nicht von ihrer jeweiligen Behauptungs- bzw. Bestreitungs- und (Gegen-) Beweislast befreit (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3 mit zahlreichen Hinweisen)»* (Hervorhebung im Original anders).

⁷¹³ BRÖNNIMANN, Diss., S. 112.

⁷¹⁴ Vgl. auch allgemein HEER, S. 165: *«Die Parteien werden gut daran tun, sich nicht auf dessen [Anm.: des Richters] Phantasie zu verlassen und ihr Wissen an Tatsachenmaterial, das zweifellos grösser ist, möglichst lückenlos in den Prozess einzubringen suchen.»*

wie auch zum weiteren Prozessverlauf keine Differenzierung nach Art. 55 ZPO vorsehen.

2. Formale Aspekte

2.1. Verpflichtungsart

Auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime herrscht Entscheidzwang des Gerichts, und zwar auch dann, wenn das Beweisergebnis offenbleibt.⁷¹⁵ Auskunft darüber, zu wessen Ungunsten diesfalls zu entscheiden ist, gibt die objektive Beweislastregel.⁷¹⁶ Als alleinige Adressatinnen des Urteils hat somit auch unter dieser Maxime eine der beiden Prozessparteien die Konsequenzen der Beweislosigkeit zu tragen.⁷¹⁷ Diese umfassen nicht nur ein Versagen des anbegehrten Rechtsschutzes, sondern insbesondere auch die daraus resultierende Kostentragungspflicht. Obschon solche Verfahren regelmässig Interessen der Öffentlichkeit oder von Dritten tangieren, sollte es den Parteien also durchaus ein Anliegen sein, auf ein für sie bestmögliches Prozessergebnis hinzuarbeiten.⁷¹⁸ Dennoch stellt sich die Frage, ob ihre persönlichen Interessen die Parteien motivieren, ausreichend an

⁷¹⁵ Zum Entscheidzwang vgl. N. 56 m.w.H.; zum Zustandekommen der *non liquet*-Situation bei Untersuchungsgrundsatz vgl. auch N. 225.

⁷¹⁶ Zur Beschreibung und Bedeutung der objektiven Beweislast vgl. z.B.: MEIER I., ZPR, S. 274 ff.; GULDENER, ZPR, S. 58 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 43 N. 41 ff., 45; BRÖNNIMANN, Diss., S. 153; ASPRION STÖCKLIN, S. 50; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.9.

⁷¹⁷ Hinweis, dass im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime die *objektive* Beweislast unverändert bleibt, z.B. in: 4C.211/2004 E. 2.1; 4A_577/2010 E. 4.2; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3; 5A_899/2019 E. 3.3.2; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 244 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 16; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 272 N. 4a; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 76; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 37; G/J/S-SCHWANDER, Art. 272 N. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 15; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 17; BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N. 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 1; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 21; BK I-HURNI, Art. 55 N. 58; MABILLARD, Note 5A_587/2011, S. 179; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 468; ASPRION STÖCKLIN, S. 17; BRÖNNIMANN, Diss., S. 112 und 135; HABSCHIED, Grundlagen, N. 373 und 642; STEINAUER, N. 640; CR-TAPPY, Art. 272 N. 10; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 362; MÜLLER R., S. 76; WILLISEGGER, S. 240; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.14; MEIER I., ZPR, S. 274 f. und 297; VOGEL, Richter, S. 71.

⁷¹⁸ KOFMEL, S. 96 f., betont denn im Übrigen auch die Bedeutung des Rechts auf Beweis im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime.

der Prozessstoffsammlung mitzuwirken, falls ihnen andernfalls keine zusätzlichen Sanktionen drohen.⁷¹⁹

- 222 Auf den ersten Blick könnte man womöglich geneigt sein, dies zu verneinen, verweisen doch gewisse Urteile wie auch einige Vertreterinnen und Vertreter der Lehre für die Mitwirkungsverantwortung der Parteien im Rahmen der Untersuchungsmaxime auf den Art. 160 ZPO,⁷²⁰ der explizit eine «*Mitwirkungspflicht*» statuiert. Hierzu bedarf es allerdings Erläuterungen in verschiedener Hinsicht: Zunächst belegt die Lektüre des besagten Artikels, dass die Regelung sich auf die Mitwirkung bei der Beweiserhebung bezieht – gemeint ist die Beweisabnahme im Sinne von Art. 155 ZPO⁷²¹. Damit handelt es sich bei Art. 160 ZPO nicht um diejenige Mitwirkungsverantwortung, die hiervor mit einer Orientierung über den Sachverhalt und der Nennung der verfügbaren Beweismittel umschrieben wurde: Mit jener werden nämlich sämtliche Tätigkeiten der Parteien zum Einbringen des Prozessstoffs erfasst, also auch diejenigen, die *vor* der Beweiserhebung stattfinden.⁷²² Diese *generelle* Mitwirkungsverantwortung im Rahmen der gesamten Sachverhaltserstellung basiert demnach nicht auf der besagten Bestimmung – vielmehr fusst sie auf dem Grundsatz von Treu und Glauben.⁷²³ Des Weiteren stellt Art. 160 ZPO keine Bestimmung zur Untersuchungsmaxime dar, sondern gilt unabhängig von der anwendbaren sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime⁷²⁴.

⁷¹⁹ Zu den Unterschieden zwischen den Verpflichtungsarten der Parteien vgl. N. 42–45.

⁷²⁰ Vgl. z.B.: BGE 139 III 278 E. 4.3; 4A_229/2017 E. 3.1; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 273; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 8 f. und 11; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 5; DIETSCHY, *devoir d'interpellation*, S. 86 f., und DIETSCHY, *déroulement*, N. 37.

⁷²¹ B/G/S I-HIGI, Art. 160 N. 8.

⁷²² Vgl. auch BK II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160–167, N. 8 zu den unterschiedlichen Funktionen der *allgemeinen Mitwirkungslast der Parteien bei der Sachverhaltsabklärung* (als Obliegenheit der Parteien bez. Beibringen von Tatsachen und Beweismitteln zur Stützung des jeweils eigenen Prozessstandpunkts) und der *allgemeinen Mitwirkungspflicht der Parteien und Dritten bei der Beweiserhebung nach Art. 160* (als Obliegenheit des Beweisgegners bzw. die Pflicht Dritter zur Mitwirkung an Beweiserhebungen auf Antrag des Beweisführers).

⁷²³ Ebenfalls auf Treu und Glauben abstellend z.B.: 5C.299/2001 E. 2b) aa) (nicht publiziert im BGE 128 III 161); 5C.207/2004 E. 2.1; 5C.14/2005 E. 1.2.3; BK II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160–167, N. 8. Zumindest in Bezug auf die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime so ausgedrückt: BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 12; LIENHARD A. [b], N. 671 und 674.

⁷²⁴ Botschaft ZPO, S. 7316 zu Art. 157–159; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 66; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N. 4; GASSER/RICKLI, Art. 160 N. 2; CR-JEANDIN, Art. 160 N. 5.

Somit ist sie gleichermassen im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime von Bedeutung. Und schliesslich statuiert Art. 160 ZPO, entgegen der anderslautenden Bezeichnung, eigentlich eine Parteilast.⁷²⁵ Die ungerechtfertigte Weigerung der Parteien, an der Beweiserhebung mitzuwirken, hat nämlich insofern prozessuale Konsequenzen, als solches Verhalten gemäss Art. 164 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt wird.⁷²⁶

Doch auch in Bezug auf die vorliegend interessierende generelle Mitwirkungsverantwortung im Rahmen der Untersuchungsmaxime sprach das Bundesgericht in einem altrechtlichen Präjudiz von einer Mitwirkungspflicht der Parteien. Diesen inzwischen vielbeachteten BGE 125 III 231 erläuterte Martin KAUFMANN allerdings dahingehend, dass hier tatsächlich eine (nicht erzwingbare) Mitwirkungslast gemeint ist.⁷²⁷ Soweit aus ihrer Weigerung unnötige Prozesskosten entstehen, kann sich zwar die in Art. 108 ZPO statuierte, echte Pflicht aktualisieren, dass die fehlbare Partei diese Kosten tragen muss. Dies aber gilt in jedem Verfahren unabhängig der anwendbaren Prozessmaxime. Grundsätzlich wird die ungenügende Mitwirkung bei der Prozessstoffsammlung im Bereich der Untersuchungsmaxime nicht noch weitergehend sanktioniert.⁷²⁸ Daraus ist zu schliessen, dass rein pro-

⁷²⁵ Vgl. insb. Bericht VE-ZPO, S. 78 Vorbem. zur Mitwirkungspflicht; Botschaft ZPO, S. 7316 zu Art. 157–159; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 65 und 83; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 881; MEIER I., ZPR, S. 299 ff.; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, N. 9.57; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 45 N. 114 und 134; WILLISEGGER, S. 131; KuKo-SCHMID, Art. 160 N. 1; B/G/S I-HIGI, Art. 160 N. 10 f.; G/J/S-SCHÖNMANN, Art. 160 N. 5; B&M-BERNI, Art. 160 N. 3; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N. 8; BK II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160–167, N. 2; SCHWANDER D., Streifzug, S. 577; GASSER/RICKLI, Art. 164 N. 1; HOFMANN/LÜSCHER, S. 133. Zur Unterscheidung zwischen Pflicht und Last vgl. N. 42–45.

⁷²⁶ BGE 140 III 264 E. 2.3; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 83; MEIER I., ZPR, S. 299 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 881; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 45 N. 114 und 134; SCHWANDER D., Streifzug, S. 577; WILLISEGGER, S. 131. Vgl. auch die Bemerkungen von BUCHER, S. 81 f., dass die Beweiswürdigung dem Richter alle «Sünden» wachruft, welche die Parteien sich während des Verfahrens haben zu Schulden kommen lassen, und er werde diese in das Ergebnis dieser Rückschau auf den Prozessverlauf bei der Würdigung mit in Betracht ziehen, was aber nicht nur ungefährlich ist, da die Gründe für das Verhalten selten eindeutig sind; der zweite Satz von Art. 40 BZP sei daher mit Vorsicht zu gebrauchen; vgl. auch WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 3, wonach im Beweisverfahren vielfach die Weichen für den Prozessausgang gestellt werden.

⁷²⁷ B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 FN. 13 m.H.a. BGE 125 III 231 E. 4a.

⁷²⁸ Dass es zulässig ist, die Mitwirkung in kindesrechtlichen Statusprozessen zur Erueierung der Abstammung zu erzwingen, vgl. hierzu N. 1027, wird vorliegend nicht als

zessuale Nachteile, wie sie im Kapitel 1 erörtert wurden,⁷²⁹ im Prinzip auch für den Fall einer ungenügenden Wahrnehmung dieser Mitwirkungsverantwortung als ausreichend erachtet werden. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass ein Gericht zum Schutz parteiferner Interessen eine Beweisaussage anordnen kann: Denn die Verbindung zum Strafrecht bei diesem grundsätzlich unabhängig der Prozessmaxime existierenden Beweismittel verschafft schlicht der in jedem Verfahren geltenden Wahrheitspflicht Nachdruck.

2.2. Unterschied: Vermehrte Kompensationsmöglichkeiten aufgrund gerichtlicher Verantwortung für den Prozessstoff

- 224 Der Unterschied, ob Einbringtätigkeiten in einem Verfahren unter der Verhandlungs- oder unter der Untersuchungsmaxime stattfinden, ist somit weniger in *inhaltlichen* Aspekten zu suchen⁷³⁰ und liegt auch nicht in der Verpflichtungsart, also in den *rechtlichen Konsequenzen* im Fall der Schlechterfüllung⁷³¹, begründet. Hinweise der Lehre, wonach gewisse unter der Verhandlungsmaxime bestehende Lasten im Bereich der Untersuchungsmaxime nicht gleichermassen existieren,⁷³² gründen letztlich in einem anderen formalen Aspekt: Während die vorherrschende Parteiverantwortung unter der Verhandlungsmaxime die Ausgestaltung der Parteitätigkeiten als individuelle Lasten rechtfertigt,⁷³³ kann im Geltungsbereich der *Untersuchungsmaxime* aufgrund dessen, dass das *Gericht dort originär die Verantwortung für den Prozessstoff trägt, nicht jede Einbringtätigkeit der Parteien individuell-förmlich gewertet werden*. Mit anderen Worten ausgedrückt: Der Umstand, dass die Untersuchungsmaxime auch die der Beweiswürdigung und der autoritativen Sachverhaltsfeststellung vorgelagerte Aufgabe der Prozessstoffsammlung in gewissem Mass dem Zivilgericht zuschreibt, führt dazu, dass das, was im Bereich der Verhandlungsmaxime als Schlechterfüllung einer einzelnen Last zu qualifizieren wäre, wie etwa das Fehlen einer ausreichenden Behauptung oder Bestreitung oder auch von prozesskonform gestellten Beweisanträgen, in

maximenspezifisch gewertet, da dies vom besonderen *Prozessgegenstand* abhängt; m.a.W. sieht die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime nicht generell (d.h. auch in anderen Bereichen) eine derartige Durchsetzung der Mitwirkung vor.

⁷²⁹ Vgl. hierzu N. 44–45.

⁷³⁰ Vgl. hierzu auch N. 218–220.

⁷³¹ Vgl. hierzu N. 221–223.

⁷³² Zu solchen Hinweisen vgl. N. 217 m.w.H.

⁷³³ Vgl. hierzu N. 211–223.

einem der Untersuchungsmaxime unterstellten Verfahren nicht unmittelbar zu den selben prozessualen Nachteilen führen muss.

Diese fehlende individuelllastliche Sanktionierung manifestiert sich dadurch, 225 dass unter der Geltung einer Untersuchungsmaxime verschiedene Wege denkbar sind, auf denen Tatsachen in den Prozess eingebracht und widerlegt werden können: Tatsachen lassen sich selbst ohne vorgängige Behauptung und Substantiierung oder auch Bestreitung direkt, durch einen von einer Partei eingebrachten Beweis oder auch anlässlich einer vom Gericht eigenständig initiierten Abklärung, erstellen oder aber widerlegen.⁷³⁴ Demgegenüber stellen sich bei Geltung der Verhandlungsmaxime regelmässig die Fragen, ob und in welchem Umfang etwa ein überschüssendes Beweisergebnis⁷³⁵ die fehlende oder nicht ausreichend substantiierte Behauptung aufzuwiegen vermag⁷³⁶ oder ob zumindest ein nachträgliches Verbessern von Einbringtätigkeiten noch möglich ist und wie weit das Gericht hierauf hinzuweisen hat⁷³⁷. Zusammengefasst bedeutet dies, dass im Geltungs-

⁷³⁴ Vgl. auch den Hinweis bei BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 3, wonach die Beweiserhebung von Amtes wegen im Bereich der Untersuchungsmaxime nicht auf die behaupteten Tatsachen beschränkt ist; vgl. auch die Ansicht von WUILLEMIN, N. 689 ff.

⁷³⁵ Anschauliche Beispiele bei LEUENBERGER, Ergebnisse, S. 313 f.: Ein Zeuge sagt über eine Tatsache aus, die von keiner Partei behauptet wurde, Erkenntnisse aus einem Gutachten, an die keine Partei gedacht hat, Spontanberichte im Rahmen von Beweisaussagen einer Partei, Elemente aus Urkunden, die sich bei Dritten befinden oder die von der Gegenpartei ediert werden müssen.

⁷³⁶ Zusammenstellung verschiedener Lehrmeinungen zur Verwendbarkeit überschüssender Beweisergebnisse im Urteil 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.2 f. (nicht publiziert im BGE 140 III 602), allerdings ohne abschliessende Behandlung des BGer. Zur Lehre noch vor Inkrafttreten der eidg. ZPO vgl. z.B.: GULDENER, ZPR, S. 165; LEUENBERGER, Ergebnisse, S. 313 ff.; LEUENBERGER, Behaupten, S. 15; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 708 ff.; HEER, S. 171; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 ZPO N. 3, vgl. auch N. 7a; LUTZ, S. 58. Seit Inkrafttreten der eidg. ZPO z.B.: SARBACH R., N. 57; MEIER R., N. 55 ff.; JEANNIN/BOHNET, N. 12 ff.; LEUENBERGER/UFFERTOBLE, N. 4.30, 9.149 und 11.66, 3. Spiegelstrich; BK I-HURNI, Art. 55 N. 36; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 17; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 276 f.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 42, 4. Spiegelstrich. G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 183 N. 3b, und BK II-RÜETSCHI, Art. 183 N. 44 ff., zur Berücksichtigung überschüssender Beweisergebnisse aus einem gerichtlichen Gutachten. BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 79 ff. zu den überschüssenden Beweisergebnissen aus Parteiaussagen.

⁷³⁷ Nach KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 10, hat der Richter bei rechtserheblichen Tatsachen die Pflicht, basierend auf dem Tatbestand der offensichtlichen Unvollständigkeit nach Art. 56 ZPO nachzufragen und darauf hinzuwirken, dass der Partei die Notwendigkeit der Ergänzung klar wird. Hier wird auch ein Unterschied in vereinfachten Verfahren sichtbar, den KLINGLER, N. 637, damit beschreibt, dass das Gericht bei Geltung

bereich der Untersuchungsmaxime, aufgrund der hier vorherrschenden gerichtlichen Verantwortung, *verschiedene Einbringtätigkeiten unabhängig davon, ob diese von Seiten der Parteien oder des Gerichts stammen, sich vermehrt zu kompensieren vermögen*. Im Prinzip ergibt sich somit eine *non liquet*-Situation⁷³⁸ bei der Untersuchungsmaxime nicht, weil es dem Gericht aus formalen Gründen verboten wäre, eine Tatsache, die es eigentlich kennt, zu berücksichtigen, sondern vielmehr weil es Tatsachen schlicht nicht berücksichtigen kann, die trotz Ausschöpfung der ihm offenstehenden Mittel nicht in Erfahrung zu bringen sind.⁷³⁹

- 226 Damit ist auch angesprochen, dass, obschon ein solch gesteigerter Kompensationsmechanismus zwischen den Einbringtätigkeiten existiert, dies keineswegs bedeutet, dass er im Einzelfall auch stets Wirkung zeigt: Wenn somit zwar nicht zwingend ist, dass die Schlechterfüllung einer bestimmten parteiseitigen Einbringtätigkeit im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime die selben prozessualen Konsequenzen zeitigt wie in Bereichen der Verhandlungsmaxime, sind prozessuale Nachteile hieraus ebenso wenig ausgeschlossen. Geschuldet ist dies der auch unter der Untersuchungsmaxime fortbestehenden objektiven Beweislast und der erwähnten, mit dieser verbundenen Vorwirkung.⁷⁴⁰ Dies führt dazu, dass die negativen Konsequenzen regelmässig doch denjenigen treffen, der unter Geltung der Verhandlungsmaxime die entsprechende individuelllastlich sanktionierte Verantwortung zu tragen hätte, soweit eine bestimmte ungenügende Einbringtätigkeit im konkreten Fall nicht kompensiert werden konnte.⁷⁴¹ Aus diesem Grund erstaunt es nicht, wenn einerseits gewisse Autorinnen und Autoren auch im Geltungsbereich

der sozialen *Untersuchungsmaxime* i.S.v. Art. 247 Abs. 2 ZPO eine Tatsache auch dann als erwiesen erachten darf, wenn sich das Beweisergebnis aus anderen Umständen als aus den von den Parteien eingereichten Beweismitteln ergibt, während es bei der *Verhandlungsmaxime* nach Art. 247 Abs. 1 ZPO einzig auf fehlende Beweismittel hinzuweisen hat und nur durch das Einreichen derselben die betreffende Tatsache als bewiesen gilt, vgl. hierzu auch in der vorliegenden Abhandlung die N. 972 m.w.H.

⁷³⁸ Zur *non liquet*-Situation vgl. die Hinweise in FN. 161.

⁷³⁹ In diese Richtung auch MEIER R., N. 123 f.

⁷⁴⁰ Zur Geltung der objektiven Beweislast bei Untersuchungsmaxime vgl. N. 221; zur Vorwirkung der objektiven Beweislast vgl. N. 212.

⁷⁴¹ Vgl. auch WUILLEMIN, N. 426 ff. zur Vorwirkung der objektiven Beweislast bei Untersuchungsmaxime; oder BRÖNNIMANN, Diss., S. 106: «*Dieses Risiko, dass rechtserhebliche Umstände im Prozess völlig unbekannt bleiben und aus diesem Grunde ein ungünstiger Entscheid gefällt wird, besteht – als objektive Behauptungslast – bei jeder Art von Sachverhaltsermittlung und ist immer von der einen oder andern Partei zu tragen.*» (Hervorhebung weggelassen).

der Untersuchungsmaxime an einzelnen Parteilasten festhalten⁷⁴² oder diesbezüglich nur vorsichtige Relativierungen wählen – sei es, dass die Behauptungs- und die Substantiierungslasten hier eine *starke Durchlöcherung*⁷⁴³ aufweisen, dass die subjektive Beweislast bloss *abgeschwächt*⁷⁴⁴ ist, oder dass Lasten eine *Milderung* oder *Reduktion* erfahren⁷⁴⁵. Hans-Peter EGLI schreibt zum arbeitsrechtlichen Verfahren, dass der Richter die Parteien auffordern kann, ihm zu helfen, indem er ihnen hierzu «*Substanziierungsaufgaben*» macht, dies obwohl die Partei zuweilen «*keine eigene Substanziierungspflicht*» trifft.⁷⁴⁶ Selbst beim Hinweis auf das Fehlen gewisser Lasten wird zuweilen gleichzeitig die Mitwirkungslast der Parteien im Rahmen der Untersuchungsmaxime besonders betont⁷⁴⁷. Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich solche Relativierungen entnehmen, beispielsweise: «*Dass der Sachrichter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 277 Abs. 3 ZPO) oder gegebenenfalls zu erforschen hat (Art. 296 ZPO), enthebt den Unterhaltsschuldner zwar von der subjektiven Beweislast oder Beweisführungslast, ändert aber nichts an seiner Mitwirkungspflicht, aufgrund derer die Sparquote behauptet, beziffert und soweit möglich belegt werden muss [...]*»⁷⁴⁸. Die vorliegend vorgenommenen Hervorhebungen in diesem Zitat erhellen, dass angesichts der drohenden prozessualen Nachteile die Parteien sich gezwungen sehen, ihre *Einbringtätigkeiten* inhaltlich so auszuführen, wie wenn das Verfahren der Verhandlungsmaxime unterstünde.⁷⁴⁹ Verschiedene (subjektive) Aspekte der unter der Verhandlungsmaxime individuell sanktionierten Lasten lassen sich daher im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime auch als allge-

⁷⁴² Wendungen im Sinne von *keiner Entbindung* oder *keine Abnahme* einer Last z.B. bei: ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 54; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 5; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 153; BK I-BÜHLER, Art. 118 N. 23; vgl. des Weiteren auch BK I-HURNI, Art. 55 N. 64, und PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 30.

⁷⁴³ MÜLLER R., S. 77.

⁷⁴⁴ S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 14.

⁷⁴⁵ DOLGE, Anforderungen, S. 29; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 64; WUILLEMIN, N. 200, 203, 206, 322 ff., 688 und 693 zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime.

⁷⁴⁶ EGLI H.-P., S. 42 (inkl. Wortzitate); vgl. auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 243 f.

⁷⁴⁷ ASPRION STÖCKLIN, S. 15: «*Wenn von Bundesrechts wegen die Untersuchungsmaxime gilt, entbindet diese die Parteien nicht davon, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken, selbst wenn die Behauptungs- und Beweisführungslast, die im Verfahren mit Verhandlungsmaxime gelten, nicht anwendbar sind.*»

⁷⁴⁸ BGE 140 III 485 E. 3.3 (Hervorhebung im Original anders).

⁷⁴⁹ Vgl. auch die Beschreibung der Mitwirkungspflicht bei BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 154, wonach diese u.a. in der Substantiierung und Bezeichnung von Beweismitteln liegen kann.

meine Mitwirkungslast der Parteien begreifen. Da nun aber hier zugleich die eben geschilderten, umfangreicheren Kompensationsmöglichkeiten bestehen und somit die Schlechterfüllung einer Einbringtätigkeit nicht zwingend zu den selben Konsequenzen führen muss wie im Bereich der Verhandlungsmaxime, ist es nach der vorliegend vertretenen Ansicht angezeigt, nicht die individuellen, unter der Verhandlungsmaxime gebräuchlichen Lastenbegriffe zu verwenden.⁷⁵⁰

c. Resultat: Unterschiedliche Interpretationen der Parömie in Bezug zu den Maximen

i) Da mihi facta als reine Verhandlungsmaxime

- 227 Wie erwähnt, wird der Parömieteil *da mihi facta* gemeinhin als Synonym der reinen Verhandlungsmaxime aufgefasst.⁷⁵¹ Dies erschliesst sich ohne Weiteres, liegt doch unter dieser Maxime die Verantwortung für die Prozessstoffsammlung bei den Parteien, die diese anhand der im Unterkapitel B. II. b. i) erläuterten Tätigkeiten wahrnehmen.

ii) Da mihi facta als notwendige Relativierung der Untersuchungsmaxime

1. Allgemeine Mitwirkungslast als Relativierung der Untersuchungsmaxime

- 228 Die vorliegende Gegenüberstellung zwischen den Einbringtätigkeiten und der Verantwortung für den Prozessstoff ergibt Folgendes: Die Aussage, dass die Prozessmaximen nicht in ihrer reinen Form umgesetzt werden,⁷⁵² ist für die Untersuchungsmaxime dahingehend zu verstehen, dass hier eine Relativierung der exklusiven Gerichtsverantwortung für den Prozessstoff im Sinne einer allgemeinen Mitwirkungslast der Parteien angezeigt ist. Aus einem inhaltlichen Blickwinkel betrachtet, zeigte sich, dass die Einbringtätigkeiten der Parteien sowohl in Verfahren unter der Verhandlungs- als auch in solchen unter der Untersuchungsmaxime grundsätzlich dieselben sind. Der eigentliche Unterschied zwischen den Prozes-

⁷⁵⁰ Ebenfalls den Gebrauch jener Begriffe ablehnend: MEIER R., N. 65 f., 71 f., 75 und 359 (zur Behauptungs- und Bestreitungslast), jedoch mit anderen Ausführungen. Offen, ob damit die Begriffe ablehnend, wenn BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 42, schreibt, dass die Parteien bei Geltung der Untersuchungsmaxime «keine prozessualen Lasten (Behauptungs- und Bestreitungslast, Substantiierungslast und subjektive Beweisführungslast) [tragen], [...] aber an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken [haben]».

⁷⁵¹ Vgl. hierzu N. 16 m.w.H.

⁷⁵² Vgl. hierzu die Hinweise in FN. 643.

sen besteht darin, dass sich keine per se individuelle Sanktionierung jeder ungenügend erfüllten Parteitätigkeit bei der Prozessstoffsammlung rechtfertigt, wenn das Gericht im Sinne der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für den Prozessstoff trägt. Das heisst, die Mitwirkung im Sinne einer Orientierung über den Sachverhalt und der Nennung verfügbarer Beweise ist umfassender zu betrachten: Spätere Tätigkeiten der Parteien, aber auch solche des Gerichts, sind potentiell geeignet, zuvor Unterlassenes zu kompensieren. Aus diesem Grund führen Schlechterfüllungen nicht zwingend zu den selben prozessualen Konsequenzen wie im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime. Da die objektive Beweislast allerdings auch im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime bestehen bleibt, fällt eine nicht kompensierte Schlechterfüllung in der Regel auf diejenige Partei zurück, welche unter der Verhandlungsmaxime die entsprechende subjektive Last zu tragen hätte. Tatsächlich gleicht in der Praxis das Zusammentragen des rechtserheblichen Sachverhalts somit letztlich (auch)⁷⁵³ im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime einer Art «*Zusammenarbeit*» von Gericht und Parteien⁷⁵⁴. Dies einerseits aufgrund der Abhängigkeit des Gerichts von der Kooperation der Parteien⁷⁵⁵ und andererseits aufgrund des aus Parteisicht bestehenden Eigeninteresses an der Erfüllung ihrer Mitwirkungslast. Denn nur so können die Parteien das Risiko des Prozessverlusts mit den damit verbundenen Konsequenzen reduzieren.⁷⁵⁶

2. *Da mihi facta* als Ausdruck der allgemeinen Mitwirkungslast im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes

Weil das Gericht auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime bei der Prozessstoffsammlung auf die Mithilfe der Parteien angewiesen bleibt, haben diese auch eigene Einbringaktivitäten zu leisten.⁷⁵⁷ In diesem Sinn lässt sich die Aufforderung *da mihi facta* – die Aufforderung, an der Prozessstoffsammlung mit-

⁷⁵³ Vgl. N. 366 m.w.H. zur Zusammenarbeit bei Verhandlungsgrundsatz sowie N. 714 über das Bild einer Arbeitsgemeinschaft und den Weg von der Verhandlungs- zur Kooperationsmaxime.

⁷⁵⁴ SUTTER-SOMM, ZPR, N. 361; vgl. auch: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 63; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 10; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 5; WUILLEMIN, N. 125; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 364 und Titel vor N. 424; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 20.

⁷⁵⁵ Vgl. hierzu N. 214–216.

⁷⁵⁶ Zum Prozessverlust und seinen Konsequenzen vgl. N. 221 m.w.H.

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu N. 214–216.

zuwirken – auch als eine faktisch oder zivilprozessual *notwendige Ergänzung der reinen Untersuchungsmaxime* auffassen.

- 230 Dem vorliegend als Ausgangspunkt der Abhandlung gewählten Rechtsspruchwort *da mihi facta dabo tibi ius* kann somit auch für den Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime eine eigenständige Bedeutung beigemessen werden: Hier ist das *da mihi facta* allerdings nicht als Sinnbild der reinen Maxime, sondern vielmehr als *deren Relativierung* zu verstehen – also als die hiervor beschriebene allgemeine Mitwirkungslast der Parteien.

III. Verantwortung des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung

a. Untersuchungsmaxime → Gerichtliche Einbringtätigkeit als gesetzliche Pflicht

- 231 Die in den Unterkapiteln B. II. b. und B. II. c. getroffene Unterscheidung zwischen den Tätigkeiten und der personellen Verantwortung im Rahmen der Stoffsammlung ist auch für die *gerichtliche Perspektive* sinnvoll: Schliesslich ergeben sich auch aus der schlichten Untersuchungsmaxime weder die konkreten Tätigkeiten des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung noch die Verpflichtungsart, mit der diese belegt sind.⁷⁵⁸
- 232 Die Verantwortung zur amtswegigen Prozessstoffsammlung, wie sie vom Gesetz punktuell der Richterschaft aufgetragen wird, bedeutet gemäss Stephen BERTI vorab, «dass das Gericht auch Tatsachen zum Prozessstoff erheben kann, die weder von einer Partei behauptet wurden noch notorisch sind, und dass es Beweise abnehmen kann, die keine Partei angeboten (<offeriert>) hat»⁷⁵⁹. Bernhard RÜTSCHKE und Danielle SCHNEIDER fassen die Lehre und die Rechtsprechung zu dieser Gerichtsverantwortung auch dahingehend zusammen, dass alle mit der Sachverhaltsfeststellung verbundenen Tätigkeiten erfasst werden: Das *Abklären* und das *Sammeln* der entscheiderelevanten Sachverhaltselemente, das *Führen* eines ordnungsgemässen Beweises sowie das *Beschaffen* der für das Verfahren notwen-

⁷⁵⁸ Vgl. auch den Hinweis von RÜTSCHKE/SCHNEIDER, S. 70, dass mit der Untersuchungsmaxime an sich noch keine Angaben über die konkreten, aus dieser Verfahrensmaxime fließenden Pflichten bzw. Aufgaben der Behörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung gemacht werden.

⁷⁵⁹ BERTI, ZPO, N. 318 (Hervorhebungen zugefügt).

digen Unterlagen.⁷⁶⁰ Entsprechend ist analog zur Situation, bei der die Einbring-tätigkeiten der Parteien der Verhandlungsmaxime gegenübergestellt wurden⁷⁶¹, für die Untersuchungsmaxime festzustellen, dass ebenso das *Gericht mit all seinen Einbringtätigkeiten*⁷⁶² *die ihm von der Maxime aufgetragene Verantwortung wahr-nimmt* und dadurch den Prozessstoff massgeblich gestaltet.

Wie bereits im Kapitel 1 ausgeführt, kennt das Gericht, was das *dabo tibi ius* 233 betrifft, keine Lasten.⁷⁶³ Dies gilt natürlich weiterhin, wenn das Gericht verfahren-rechtliche Gesetzesnormen anwendet, die eine amtswegige Sammlung von *facta* zum Gegenstand haben. Auch zeigen die bisherigen Ausführungen im vor-liegenden Kapitel, dass dem Gericht, welches selbst nicht Adressat seines Urteils ist,⁷⁶⁴ aus einem lückenhaften Sachverhalt keine prozessualen Nachteile erwach-sen können. Ist das Gericht gehalten, den Sachverhalt abzuklären, trägt ihm das Gesetz demnach eine *Pflicht* auf. Nach dessen Wortlaut verpflichtet es die Rich-terschaft in der Regel, den Sachverhalt *von Amtes wegen festzustellen* oder gar zu *erforschen*.⁷⁶⁵

b. Verbleibende Gerichtspflicht zur materiellen Prozessleitung bei Geltung der Verhandlungsmaxime

i) Grund des Gerichtbeitrags

Wie gesehen, legt die Verhandlungsmaxime die Verantwortung für die Beschaf- 234 fung des Prozessstoffs in die Hände der Parteien.⁷⁶⁶ Zur Erfüllung ihrer Lasten haben diese die relevanten Tatsachen zu behaupten, Behauptungen zu bestreiten, Bestrittenes zu substantiieren und schliesslich zu beweisen.⁷⁶⁷ Doch für die Ver-handlungsmaxime gilt bekanntlich ebenfalls, dass sie in der Praxis nicht in ihrer

⁷⁶⁰ RÜTSCHÉ/SCHNEIDER, S. 70, zudem m.H., dass z.T. auch die pflichtgemässe Würdi-gung der Ergebnisse des Beweisverfahrens hinzugezählt wird. Wie die vorliegende Darstellung zeigt, vgl. N. 149, wird dieser Punkt gesetzlich jedoch unabhängig der anwendbaren sachverhaltsrelevanten Maxime dem Gericht zugeschrieben; gl.M. wohl auch RÜTSCHÉ/SCHNEIDER, S. 79 und 88.

⁷⁶¹ Zu jener Gegenüberstellung vgl. N. 211–213.

⁷⁶² Zu den Tätigkeiten des Gerichts zur Prozessstofferschliessung vgl. N. 189–197.

⁷⁶³ Vgl. hierzu N. 52.

⁷⁶⁴ Vgl. hierzu auch N. 221.

⁷⁶⁵ Zu dieser Terminologie vgl. N. 198 sowie N. 683.

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu N. 205.

⁷⁶⁷ Vgl. hierzu N. 211–213.

reinen Form verwirklicht wird.⁷⁶⁸ Das heisst, ebenso wenig wie bei der Untersuchungsmaxime die Gerichtsverantwortung für die Parteien bedeutet, gänzlich untätig bleiben zu können, führen auch die mit der Verhandlungsmaxime verbundenen Parteilasten nicht dazu, dass das Gericht sich vollständig von der Prozessstoffsammlung enthalten könnte. Besteht Einigkeit darüber, dass das andere Prozesssubjekt eine Mitwirkungsverantwortung innehat, ist nun auch für diese Maxime zu ergründen, worin der Anlass zur Relativierung besteht.

- 235 Der Hauptgrund hierfür ist in der im Teil I aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchteten Tatsache zu suchen, dass *da mihi facta* in vielschichtiger Weise von *ius* abhängt.⁷⁶⁹
- 236 Obschon das Sprichwort *da mihi facta dabo tibi ius* anderes suggeriert, sind – wie hiavor gezeigt – die Parteien nicht gänzlich davon entbunden, sich mit dem syllogistischen Obersatz, also mit den potentiell einschlägigen Rechtsnormen, auseinanderzusetzen.⁷⁷⁰ Verschiedene Autoren haben auf diesen Umstand hingewiesen.⁷⁷¹ So auch Adrian STAEHELIN und Eva BACHOFNER, die festhalten, dass die richterliche Rechtsanwendung die Parteien und deren berufsmässige Vertretung nicht von der Prüfung der Rechtsfragen befreit, da doch von diesen abhängt, welche Tatsachen die Parteien in ihrem Interesse vorzubringen haben.⁷⁷² Raoul MEIER spricht von einem hohen Mass an Rechtskenntnissen, das den Parteien bereits beim Behaupten abverlangt wird.⁷⁷³ Für eine umfassende Darstellung der Abhängigkeiten der Sachverhaltserstellung vom Rechtlichen ist der Fokus allerdings nicht auf die sachrechtliche Ebene zu beschränken. Wenn es den Parteien nicht gelingt, ihr Recht selbstständig zu verwirklichen und im Zuge dessen eine der beiden die gerichtliche Entscheidung verlangt, kommt nämlich hinzu, dass sich in ihrer Streitigkeit die Verbindung zwischen Sach- und Prozessrecht aktualisiert: Zu den Aufgaben im Gerichtsverfahren gehört alsdann nicht nur die Anwendung des Sachrechts auf das strittige Rechtsverhältnis, sondern auch sämtliche vorgelagerten Aufgaben – insbesondere diejenigen, die mit der prozessualen Erstellung des Sachverhalts zusammenhängen. Die hierfür notwendige Koordination zwischen Sach- und Verfahrensrecht wurde hiavor mithilfe einer Aufgliederung des juris-

⁷⁶⁸ Vgl. hierzu die Hinweise in FN. 643.

⁷⁶⁹ Zu dieser Abhängigkeit vgl. insb. N. 63–66 und N. 135–138.

⁷⁷⁰ Vgl. insb. das Fazit in N. 136–138.

⁷⁷¹ Vgl. die Hinweise auf die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen in FN. 379.

⁷⁷² ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 19.

⁷⁷³ MEIER R., N. 175.

tischen Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts dargestellt.⁷⁷⁴ Anhand dieses Konzepts konnte aufgezeigt werden, inwiefern für die eigentliche Sachverhaltserstellung mehrschichtige Rechtskenntnisse notwendig sind: Vor der finalen Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts, der Feststellung des verbindlichen Seins im strittigen Verhältnis, sind diverse Rechtsfragen des Verfahrensrechts zu beantworten. Zu diesen gehören insbesondere diejenigen, welche im vorliegenden Kapitel näher betrachtet wurden: Nämlich *wer auf welche Weise* Aussagen zum Sachverhalt und Beweise in den Prozess einzubringen hat.⁷⁷⁵

Diese Abhängigkeit des Teilaspekts *da mihi facta* von der Beantwortung verschiedenster sach- wie auch verfahrensrechtlicher Rechtsfragen bewirkt nun, dass eine in ihrer reinen Form umgesetzte Verhandlungsmaxime sowohl in verfahrens- als auch urteilstechnischer Hinsicht zu unannehmbaren Auswüchsen führen würde. Diese sind bereits lange erkannt⁷⁷⁶ und wurden auch im Einzelnen umschrieben:

1951 führte etwa Jörg BUCHER, sein Augenmerk auf das Ziel eines möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils⁷⁷⁷ gerichtet, aus: «[E]in Prozess, der auf der reinen Verhandlungsmaxime aufgebaut ist, [kann] zu argen Missständen führen; denn wenn dem Richter im Stadium der Prozessstoffsammlung nur eine passive Rolle zukommt (nach der strengen Auslegung des Grundsatzes *«da mihi factum, dabo tibi ius»*), dann mag es nicht verwundern, wenn er schlussendlich sein Urteil oft auf ungenügenden oder schiefen Grundlagen aufbauen muss. Der materiellen Wahrheit ist damit wenig gedient. Deshalb ist die Verwendung der Verhandlungsmaxime heute gar nicht mehr denkbar ohne gleichzeitige Ergänzung

⁷⁷⁴ Vgl. hierzu N. 105–107 für das Sachrecht und N. 119–125.

⁷⁷⁵ Vgl. hierzu N. 131–134.

⁷⁷⁶ Vgl. z.B. die Worte von KLEIN, Pro Futuro, S. 10, der 1891 zur Verhandlungsmaxime schrieb: «Dieses Proceßdogma hat mehrere Seiten. Auch für die Kritik. Zu solcher ist hier Anlaß, insofern es Regulator für das Aufbringen des beim Urtheilen zu verarbeitenden Behauptungs- und Beweismaterials sein will – und (leider) ist.»; oder von TROLLER, Grundlagen, S. 31, im Jahr 1945 zu «*da mihi factum, dabo tibi ius*»: «Dieser Grundsatz hat mit seinen beiden Vasallen: *«quod non est in actis, non est in mundo»* und *«iudex debet iudicare secundum allegata et probata»* bald ein Jahrtausend ordentliche Prozesse beherrscht und wohl nicht selten auch tyrannisiert.» Heute werden auch öfters die Gefahren der Verhandlungsmaxime betont, vgl. z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 9; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 19; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 17 N. 1, vgl. auch § 19 N. 1; VOGEL, Menschenbild, S. 522 f.; BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1264 f.; MÜLLER R., S. 64 zu deren *Risiken*; SARBACH M., Wandel, S. 152 f. zum «*Monster «Verhandlungsmaxime»*».

⁷⁷⁷ Zu diesem Ziel vgl. N. 496–502.

durch das Prozessleitungsamt, das den Richter seiner Passivität enthebt und ihn zum Mitverantwortlichen am Prozessgeschehen macht.»⁷⁷⁸

239 Auch hinsichtlich der Missstände darf die Betrachtung indessen nicht auf das sachrechtliche Resultat reduziert werden. Ebenso ist das vorangehende Verfahren, in welchem auf das Urteil hingearbeitet wird, zu würdigen. Dies tat Jürgen BRÖNNIMANN und unterstrich dabei ebenfalls den Korrekturbedarf an einer reinen Verhandlungsmaxime: *«Denn die mit der Verhandlungsmaxime verbundenen Risiken sind nicht Selbstzweck und sollen keineswegs den Nebeneffekt haben, unbeholfene Parteien über prozessuale Hindernisse stolpern zu lassen und damit Prozesse aus der Sicht des Gerichts möglichst rationell abzuschliessen.»⁷⁷⁹* Er kommt zum Schluss, dass durch das Nebeneinander von Parteilichkeit und der Richtertätigkeit im Sinne einer Fragepflicht *«das Erfordernis einer geordneten Prozessführung und das Anliegen, unverschuldete Prozessverluste zu vermeiden, optimal aufeinander abgestimmt»⁷⁸⁰* sind. So wird auch das Ziel einer fairen Verfahrensausgestaltung⁷⁸¹ ins Blickfeld gerückt.

240 Nicht zuletzt gründet die Abkehr von einer reinen Verhandlungsmaxime auch in prozessökonomischen Überlegungen.⁷⁸² Namentlich Paul OBERHAMMERS Kommentierung der gerichtlichen Fragepflicht zeigt, dass Ressourcen (über-)strapaziert werden, wenn die Prozessstoffsammlung wenig zielgerichtet verläuft, weil es manchen Parteien nicht gelingen will, die rechtliche Relevanz tatsächlicher Elemente einzuschätzen.⁷⁸³

ii) Einbringtätigkeiten des Gerichts als «materielle Prozessleitung»

1. Definitionen und Kontext der materiellen Prozessleitung in Lehre und Rechtsprechung

241 Einem Aufsatz von Oscar VOGEL ist das Fazit zu entnehmen, dass gutes prozessuales Management⁷⁸⁴ nicht nur der Beschleunigung, sondern auch der inhaltlichen

⁷⁷⁸ BUCHER, S. 25 (Hervorhebungen zugefügt).

⁷⁷⁹ BRÖNNIMANN, Diss., S. 74 (Hervorhebung zugefügt).

⁷⁸⁰ BRÖNNIMANN, Diss., S. 75, der hierbei von der richterlichen Fragepflicht spricht.

⁷⁸¹ Zu diesem Ziel vgl. N. 503–512.

⁷⁸² Zu diesem Ziel vgl. N. 513–516.

⁷⁸³ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1, 3 und 8; vgl. des Weiteren auch TROLLER, Grundlagen, S. 64 f.

⁷⁸⁴ Zu diesem Begriff vgl. die Erläuterungen von VOGEL, Handelsgericht, S. 18: *«Dabei ist es vielleicht ungewöhnlich, von <Prozessmanagement> zu reden, könnten doch*

Aufwertung des Verfahrens dient und somit neben formellen auch materielle Vorteile bringt.⁷⁸⁵ Dieses Prozessleitungsamt des Gerichts weist bekanntlich zweierlei Komponenten auf: Zum einen die formelle Prozessleitung, welche den äusseren Gang des Verfahrens gestaltet.⁷⁸⁶ Zum anderen wertet die Richterschaft das Verfahren insbesondere dann *inhaltlich* auf, wenn sie den soeben beschriebenen Missständen⁷⁸⁷ entgegenwirkt, die mit einer reinen Umsetzung des *da mihi facta* verbunden sind. Die verschiedenen Elemente, die das *da mihi facta* beziehungsweise die reine Verhandlungsmaxime relativieren, werden in der Lehre unter dem «Schlagwort der (materiellen Prozessleitung)» zusammengefasst⁷⁸⁸. An dieser Stelle soll aufgezeigt werden, was verschiedene Autoren und schliesslich auch das Bundesgericht hierunter verstehen:

Eine relativ frühe Umschreibung dessen, was als materielle Prozessleitung aufzufassen ist, stammt vom Ober- und späteren Bundesrichter Georg LEUCH: Gemäss seinem Aufsatz zur bernischen Prozessleitung aus dem Jahr 1923 sind darunter richterliche Massnahmen zu verstehen, «die der Verwirklichung des wahren Rechts

Begriffe aus der Unternehmensführung dem ernsten Juristen, der sich vorab um die Qualität der Urteilsfindung sorgt, leicht suspekt erscheinen. Aber das Gericht ist eben auch ein Unternehmen als Organisationseinheit, das eine bestimmte Aufgabe möglichst effizient – wenn auch nicht gewinnstrebend, sondern verlustminimierend – zu erfüllen hat. An die Stelle des Unternehmensgewinns tritt als Ziel der Wiedergewinn des Rechtsfriedens unter den Parteien, der im Interesse der Wiedererlangung der wirtschaftlichen Beweglichkeit – d. h. der Unbelastetheit von unproduktiven Rechtsfehden – mit möglichst wenig Zeitverlust erlangt werden soll.» Der Begriff wird auch von der Botschaft ZPO, S. 7305 zu Art. 122, verwendet und findet sich des Weiteren auch z.B. bei: SCHUMACHER PE., S. 383; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Titel vor N. 8.6; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 124 N. 1; BK I-FREI, Art. 124 N. 1 und Titel davor; KuKo-WEBER, Art. 124 N. 3; MULLER, S. 4.

⁷⁸⁵ VOGEL, Handelsgericht, S. 22.

⁷⁸⁶ Zur Beschreibung dieser formellen Prozessleitung vgl. z.B.: B/G/S I-KAUFMANN, Art. 124 N. 6 f.; KUMMER, ZPR, S. 9 und 76; GULDENER, ZPR, S. 179 ff.; MEIER I., ZPR, S. 389 ff.; SARBACH M., Diss., S. 37; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 89 N. 1.a.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 70; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 39 N. 2; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 124 N. 1; UNTERNÄHRER, S. 18 ff.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 71; SALZGEBER, S. 19 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 1; BK I-FREI, Art. 124 N. 1; BRÖNNIMANN, Diss., S. 65; BUCHER, S. 25 f.; GRASS, S. 11; HABSCHEID, Grundlagen, N. 554; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 22 N. 1 ff.; WILLISEGGER, S. 196 f.; SUTER, S. 11 ff.; MULLER, S. 5.

⁷⁸⁷ Vgl. zu diesen N. 237–240.

⁷⁸⁸ Zitierter Ausdruck von DROESE, Diss., S. 255 m.H.a. KOFMEL, S. 93 f., und JOLIDON, S. 196.

durch den Prozeß dienen sollen.»^{789, 790} Dabei forderten Zweckmässigkeitsüberlegungen⁷⁹¹ den Richter auf, «dass [er] der Partei behülflich sein soll, ihr Recht zu finden»⁷⁹². Eine weitere prominente Definition der materiellen Prozessleitung, die auch nach wie vor Beachtung findet,⁷⁹³ ist diejenige in Max KUMMERs lange vor der eidgenössischen Zivilprozessordnung erschienenem *Grundriss des Zivilprozessrechts*: KUMMER beschreibt darin die materielle Prozessleitung als richterliche Kompetenz «in die Sammlung und Sichtung des Prozessstoffes gestaltend ein[zu]greifen und insoweit über die Verhandlungsmaxime hinaus[zu]gehen»⁷⁹⁴. Diese Definition ist im Kapitel zur Verhandlungsmaxime zu finden⁷⁹⁵, respektive im Unterkapitel über deren Einschränkungen⁷⁹⁶. Daneben erwähnt er die materielle Prozessleitung aber auch bereits ganz zu Beginn seines Werks, im § 2 «Das Zivilprozessverfahren», und zwar im Unterkapitel über die Arbeitsteilung zwischen Richter und Parteien. An jener Stelle führt KUMMER aus, dass «[d]ie materielle Prozessleitung [...] in der Fundamentalfrage des Zivilprozesses, wieweit der Richter für die «Wahrheit» mitverantwortlich sei[, aufgeht]»⁷⁹⁷. Zum Stichwort der materiellen Prozessleitung beziehen sich sowohl LEUCH als auch KUMMER auf den Prozessualisten Franz KLEIN, dessen österreichische Prozessordnung (auch)

⁷⁸⁹ LEUCH, Prozeßleitung, S. 562; praktisch gleiche Wortwahl desselben Autors 1937 in LEUCH, BE-ZPO 2. Aufl., Art. 89 N. 1.

⁷⁹⁰ Zustimmung zu dieser Definition z.B. von: UNTERNÄHRER, S. 19; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 363; SARBACH M., Diss., S. 37; ASPRION STÖCKLIN, S. 122 f., die dann u.a. daraus ableitet, dass als die materielle Prozessleitung «sämtliche Fragen, Hinweise und Anordnungen des Gerichts» aufzufassen sind, «welche auf eine lückenlose Darstellung des relevanten Sachverhalts und auf eine materiell sachgerechte Erledigung des Verfahrens hinzielen».

⁷⁹¹ LEUCH, Prozeßleitung, S. 563 f.

⁷⁹² LEUCH, Prozeßleitung, S. 568.

⁷⁹³ Vgl. z.B.: BERGER/GÜNGERICH, N. 504; DROESE, Diss., S. 255; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 112 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 70 und 79. Zur Bezugnahme des BGR auf KUMMER vgl. das Ende des vorliegenden Unterkapitels.

⁷⁹⁴ KUMMER, ZPR, S. 78 f., vgl. aber auch DENS., a.a.O., S. 8 f., wo er die materielle Prozessleitung dahingehend definiert, dass der Richter ermächtigt wird, «in die Beschaffung und Sammlung des Prozessstoffes aktiv einzugreifen», sowie S. 76, wo er von der Einflussnahme des Richters «auf das «Prozessmaterial», indem er bei der Sammlung des Prozessstoffes mitwirkt (informatrische Befragung, «Richterpflicht») [...]» spricht.

⁷⁹⁵ KUMMER, ZPR, S. 74 ff.

⁷⁹⁶ KUMMER, ZPR, S. 78 f.

⁷⁹⁷ KUMMER, ZPR, S. 9.

KUMMER als die «*einflussreichste moderne Zivilprozesskodifikation überhaupt*»⁷⁹⁸ erachtet. Wie diverse andere Autoren rezipiert auch er die berühmten Worte des Österreichers: «*Aufgabe des Richters ist es, nach Wahrheit zu forschen, Wahrheit zu verkünden, denn ein wahres richtiges Bild der Tatsachen ist die Hauptbedingung eines gerechten Spruches.*»^{799, 800} Ähnlich wie KUMMER verstand dann auch Jürgen BRÖNNIMANN in seinen 1990 verfassten Gedanken zur Untersuchungsmaxime die materielle Prozessleitung als «[...] *Mitwirkung des Richters bei der Beschaffung und Klärung des Tatsachenstoffes*»⁸⁰¹. In einem weiteren, zehn Jahre später datierenden Aufsatz, in welchem er die materielle Prozessleitung mit der richterlichen Frageaktivität gleichsetzt, beschreibt BRÖNNIMANN Letztere dann dahingehend, dass der Richter «*auch auf den Inhalt des Verfahrens einzuwirken [...] und eine möglichst vollständige Darstellung des Sachverhalts durch die Parteien anzustreben*»⁸⁰² hat.

In der Lehre findet die Diskussion der materiellen Prozessleitung aber nicht nur vor dem Hintergrund einer Relativierung der Verhandlungsmaxime – beziehungsweise vorliegend des *da mihi facta* – statt.⁸⁰³ Eine weitere thematisch passende Einbettung für deren Umschreibung bietet auch die hiervor angetönte Abgrenzung zur formellen Prozessleitung.⁸⁰⁴ Namentlich Walther UNTERNÄHRER wählte

⁷⁹⁸ KUMMER, ZPR, S. 9, unter wörtlicher Wiedergabe der von Erik WOLF verwendeten Bezeichnung sowie mit dem Hinweis, dass die bahnbrechenden Leistungen von Franz KLEIN auch in der Schweiz nachhaltigen Einfluss hatten. LEUCH, Prozeßleitung, S. 500 f., bezeichnete Franz KLEIN auch als den «*geistvolle[n] Redaktor des österreichischen Prozeßgesetzes*»; HABSCHIED, Philosophie, S. 7, spricht vom «*genialen Franz Klein, dessen österreichische Zivilprozeßordnung bis in unsere Zeit die Prozeßgesetze, man könnte sagen, der Welt beeinflußt hat und beeinflußt [...]*» (Hervorhebung im Original).

⁷⁹⁹ KLEIN, Geistesströmungen, S. 122.

⁸⁰⁰ Weitere Autoren, welche sich auf diese Worte von Franz KLEIN stützen, sind z.B.: PARKER/LEWISCH, S. 204 und 221; TROLLER, Grundlagen, S. 55 f.; KININGER, S. 66.

⁸⁰¹ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 362.

⁸⁰² BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 51.

⁸⁰³ Ausführungen zur materiellen Prozessleitung als *Relativierung der Verhandlungsmaxime* z.B. auch bei: HEER, S. 161 ff.; BERGER/GÜNGERICH, Titel vor N. 500 i.V.m. N. 504.

⁸⁰⁴ Eine Abgrenzungsdarstellung in unterschiedlich ausführlicher Form wählten neben den im Text erwähnten z.B. auch folgende Autorinnen und Autoren: LEUCH, Prozeßleitung, S. 561 f.; KUMMER, ZPR, S. 8 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 71 ff.; SUTER, S. 11 ff.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 22; SCHUMACHER PE., S. 383 f.; JÉQUIER, S. 61 f.; BK I-FREI, Art. 124 N. 2 f.; SALZGEBER, S. 19 f.;

1956 aufgrund des Gegenstands seiner Dissertation, nämlich die formelle Prozessleitung des Amtsgerichtspräsidenten im ordentlichen luzernischen Zivilprozessverfahren, primär eine solche Darstellungsweise.⁸⁰⁵ In Bezug auf die vorliegend im Fokus stehende materielle Prozessleitung ist in seiner Abhandlung der folgende Beschrieb zu finden: «Zur materiellen Prozessleitung gehören diejenigen Massnahmen des Richters, die den Inhalt des Endentscheidendes beeinflussen. Die Sorge für die Beschaffung der Urteilsgrundlagen, die eine inhaltlich richtige Entscheidung gestatten, liegt in erster Linie bei den Parteien. Im Momente, in welchem diese Sorge auch dem Richter obliegt, kann man von einer materiellen Prozessleitung sprechen.»^{806, 807} Die Abgrenzung zur formellen Prozessleitung zieht der zitierte Autor so, dass Prozesshandlungen, welche «sich nicht auf den äusseren Verfahrensgang beschränk[en], sondern in irgendwelcher Weise den Entscheid beeinfluss[en]»⁸⁰⁸, zur materiellen Prozessleitung gehören.⁸⁰⁹ Neben UNTERNÄHRER grenzt auch Martin SARBACH in seiner Dissertation die materielle von der formellen Prozessleitung ab und schreibt, dass im Rahmen ersterer «das Gericht für eine materiell sachgerechte Erledigung des Rechtsstreits sorgen und möglichst zu einem mit der materiellen Rechtslage übereinstimmenden Urteil gelangen»⁸¹⁰ soll. Andreas LIENHARD wählt wiederum für seine Doktorarbeit einen Abgrenzungsansatz, der zusätzliche Elemente aufgreift: Er zerlegt den Terminus in die

BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 39 N. 2; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 1; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 1 f.; S/H/L-STAEHELIN, Art. 124 N. 3; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 1 inkl. FN. 2; B/G/S I-KAUFMANN, Art. 124 N. 6 ff.; MÜLLER R., S. 64 f.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 5; MULLER, S. 5 ff.

⁸⁰⁵ UNTERNÄHRER, S. 18 ff.

⁸⁰⁶ UNTERNÄHRER, S. 18.

⁸⁰⁷ Auch eine Dissertation über die richterliche Prozessleitung verfasste 1964 Hans Peter SALZGEBER, der ebenfalls eine Abgrenzungsdarstellung zwischen formeller und materieller Prozessleitung vornimmt (SALZGEBER, S. 19 f.), im Rahmen derer er wiederum in FN. 26 und 28 auf UNTERNÄHRERS Abhandlung verweist.

⁸⁰⁸ UNTERNÄHRER, S. 21.

⁸⁰⁹ In dieser Umschreibung zeichnet sich ab, was wiederum SUTER, S. 11 ff., in seiner Dissertation über die Grundsätze der prozessleitenden Entscheidung im Zivilprozess feststellt: Nämlich, dass sich die formelle Prozessleitung aufgrund ihrer Vielfältigkeit kaum positiv umschreiben lässt, weshalb sich SUTER, S. 13, für diese formelle Prozessleitung einer Negativdefinition bedient: alle prozessleitenden Tätigkeiten des Gerichts, die weder unter die materielle Prozessleitung noch unter die Gerichtspolizei fallen; zur Negativumschreibung vgl. auch: JÉQUIER, S. 61; MULLER, S. 5.

⁸¹⁰ SARBACH M., Diss., S. 37.

Begriffe materiell, Prozess und Leitung und legt diese aus.⁸¹¹ Hiernach gelangt er zum Schluss, dass für seine Abhandlung *«jede Einflussnahme eines Gerichts oder einer Schlichtungsbehörde auf den Tatsachenstoff oder die Parteianträge ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit eines konkreten Verfahrens»* als materielle Prozessleitung aufzufassen sei, wobei nicht vorausgesetzt sei, dass das Gericht oder die Behörde äusserlich sofort erkennbar aktiv werden müsse.^{812, 813}

Eine eigens höchstrichterlich entwickelte Definition der *materiellen Prozessleitung* scheint nicht auszumachen. Auch verwendet das Bundesgericht im Gegensatz zur Lehre den Terminus selten.⁸¹⁴ Finden lässt er sich im Zusammenhang mit Entscheiden, die das bernische Prozessrecht betreffen; unter anderem in einem Entscheid aus dem Jahr 2009, in welchem er im Rahmen einer Erwägung zur Richterpflicht nach Art. 89 aZPO-BE verwendet wurde. Eine kantonale Bestimmung, die auch amtswegige Abklärungen bei der Sachverhaltserstellung vorsah. Das Bundesgericht erläuterte damals, dass der Art. 89 aZPO-BE im Zusammenhang mit der Verhandlungsmaxime stehe, und erwog sodann, unter Verweis auf den vorliegend bereits zitierten Autor KUMMER, dass das Gericht *«kraft seiner materiellen Prozessleitung auf eine möglichst lückenfreie Darstellung des Sachverhalts hinwirken [soll]»*⁸¹⁵. Im Anschluss bezog sich das Bundesgericht betreffend dieser materiellen Prozessleitung auch auf die hiervor aufgezeigte Lehrmeinung des Autors LEUCH.⁸¹⁶ 244

2. Inhaltlicher Aspekt – einzelne Einbringtätigkeiten

2.1. Gerichtstätigkeiten bei der materiellen Prozessleitung nach Lehre und Rechtsprechung

Nachdem anhand verschiedener Beispiele dargestellt wurde, wie die materielle Prozessleitung definiert und in welchem Kontext sie erläutert wird, stellt sich die Anschlussfrage, welche gerichtlichen Instrumente die Lehre und die Rechtsprechung hierunter subsumieren. Mit anderen Worten ausgedrückt: Wie nehmen 245

⁸¹¹ LIENHARD A. [b], N. 6 ff.

⁸¹² LIENHARD A. [b], N. 8 f. wie auch N. 13.

⁸¹³ Den ersten Teil zitieren z.B.: B/G/S I-KAUFMANN, Art. 124 N. 8; MULLER, S. 6.

⁸¹⁴ Abgesehen des im Text aufgegriffenen Urteils 5A_153/2009 E. 5.4 (nicht publiziert im BGE 135 III 489) findet sich eine Verwendung z.B. auch im Urteil 5P.376/2006 E. 2.2.

⁸¹⁵ 5A_153/2009 E. 5.4 m.H.a. KUMMER, ZPR, S. 78 f. (nicht publiziert im BGE 135 III 489).

⁸¹⁶ 5A_153/2009 E. 5.4 m.H.a. LEUCH, Prozeßleitung, S. 561 ff. (nicht publiziert im BGE 135 III 489).

Gerichte konkret *gestaltenden Einfluss* auf die «*Sammlung und Sichtung des Prozessstoffes*», also «*auf den Inhalt des Verfahrens*»? Welche Massnahmen stehen ihnen für die «*Verwirklichung des wahren Rechts*» zur Verfügung? Wie wirken sie darauf hin, zu einer «*möglichst vollständige[n] Darstellung des Sachverhalts*» zu gelangen, und können damit «*der Partei behülflich sein [...], ihr Recht zu finden*»?⁸¹⁷

- 246 Es scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass die Richterschaft ihr materielles Prozessleitungsamt insbesondere mittels Fragetätigkeiten wahrnimmt: Regelmässig wird die richterliche Frage- und Hinweispflicht, unter kantonalem Recht zuweilen auch noch als Fragerecht ausgestaltet⁸¹⁸, unter die materielle Prozessleitung subsumiert.⁸¹⁹ Verschiedentlich wird die materielle Prozessleitung sprachlich sogar unmittelbar mit diesem Institut gleichgesetzt,⁸²⁰ was zeigt, dass dieses wohl als die prominenteste Form der materiellen Prozessleitung zu werten ist⁸²¹. Bemerkenswert ist zudem der weite Umfang, der dieser Frage- und Hinweispflicht früher selbst im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime zuweilen zuge-

⁸¹⁷ Alle diese Zitate zur materiellen Prozessleitung gehen auf die im N. 241–243 mit Belegstelle angegebenen Autoren KUMMER, BRÖNNIMANN und LEUCH zurück.

⁸¹⁸ Vgl. SARBACH M., Diss., S. 38 f. mit einer Übersichtsdarstellung zur früheren kantonalen Situation.

⁸¹⁹ Vgl. z.B.: SARBACH M., Diss., S. 37 ff.; UNTERNÄHRER, S. 19 f.; ASPRION STÖCKLIN, S. 128 ff.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 362 ff.; GRASS, S. 14; MEIER I., ZPR, S. 389; LIENHARD A. [b], N. 14 und 16; MÜLLER R., S. 64 ff.; DROESE, Diss., S. 255 f.; KOFMEL, S. 93 f.; BERGER/GÜNGERICH, N. 504 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 73; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 2; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 6; SIX, S. 88 und 108.

⁸²⁰ So mehrheitlich z.B. bei: MABILLARD, Zukunft, S. 10 ff.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 70 ff.; TSCHUDI, S. 34; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1, 2, 3a, 8; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 1, 2, 3; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 6. SARBACH M., Diss., S. 37 ff., subsumiert zwar auch die Durchführung der Beweisabnahme und die Beweiserhebung von Amtes wegen unter die materielle Prozessleitung, klammert diese beiden dann aber aus seinen Analysen aus und verwendet den Begriff fortan für die gerichtliche Fragepflicht (vgl. SARBACH M., Diss., S. 37 FN. 163).

⁸²¹ SCHUMACHER PE., S. 384 zum *Hauptwerkzeug*; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 73, bzw. MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 16, zum *Hauptbestandteil* der materiellen Prozessleitung (vgl. auch a.a.O., N. 95); ähnlich WILLISEGGER, S. 197. S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 2; SIX, S. 108; LIENHARD A. [b], N. 55; MEIER I., ZPR, S. 393 und 395, und DOMEJ, Struktur, S. 254, zur Fragepflicht als *wichtigstes Instrument* der materiellen Prozessleitung; LOOSLI, S. 64 zum *Hauptanwendungsfall*; MÜLLER, S. 6 zur Fragepflicht als *Kern* der materiellen Prozessleitung; vgl. auch die Formulierung von HEINZMANN, Habil., N. 327 «*bien sûr l'art. 56 CPC*» (Hervorhebung zugefügt).

standen wurde: Etwa bei Georg LEUCH, der basierend auf dem «*Grundsatz der Gewährung des bestmöglichen Schutzes des geltend gemachten Privatrechts*»⁸²² davon ausgeht, dass der Richter – unter dem Vorbehalt des sorgfältigen Prozessierens⁸²³ und der Voraussetzung der Billigkeit⁸²⁴ – nicht nur Substantiierungs-⁸²⁵ und Bestreitungshinweise⁸²⁶ erteilen, sondern auch auf Beweismittellücken⁸²⁷, auf fehlerhafte Rechtsbegehren⁸²⁸, auf Klageänderungs-⁸²⁹ sowie Einredemöglichkeiten und Ähnliches⁸³⁰ hinweisen kann.⁸³¹ Auch Max KUMMER, von dem die hiervor an zweiter Stelle zitierte Definition der materiellen Prozessleitung stammt, geht von einer sehr weitreichenden richterlichen Kompetenz aus, wenn er schreibt: «*Er [Anm.: Der Richter] soll – so die praktische Durchführung – die Parteien auf mangelhafte, unzulässige oder unmögliche Rechtsbegehren aufmerksam machen und sie veranlassen, Tatsachen und Beweismittel vollständig anzugeben, ihre Vorbringen zu verdeutlichen, zu berichtigen, zu ergänzen, soll also auf eine möglichst lückenfreie Darstellung des Sachverhaltes hinwirken.*»^{832, 833} Obschon die Umschreibungen der materiellen Prozessleitung dieser beiden Autoren auch noch in neuerer Zeit grosse Beachtung finden,⁸³⁴ ist doch festzustellen, dass im Rahmen des vereinheitlichten Rechts gemeinhin von einer demgegenüber deutlich eingeschränkteren Tragweite der heutigen Fragepflicht ausgegangen wird – zumindest was deren Anwendung im ordentlichen Verfahren betrifft.⁸³⁵

⁸²² LEUCH, Prozeßleitung, S. 564.

⁸²³ LEUCH, Prozeßleitung, S. 567 f.

⁸²⁴ LEUCH, Prozeßleitung, S. 573 f.

⁸²⁵ LEUCH, Prozeßleitung, S. 565 ff.

⁸²⁶ LEUCH, Prozeßleitung, S. 565 und 567.

⁸²⁷ LEUCH, Prozeßleitung, S. 565 ff.

⁸²⁸ LEUCH, Prozeßleitung, S. 568 ff.

⁸²⁹ LEUCH, Prozeßleitung, S. 568 f.

⁸³⁰ LEUCH, Prozeßleitung, S. 571 f.

⁸³¹ Auch im Kommentar zum bernischen Recht, LEUCH, BE-ZPO 2. Aufl., Art. 89 N. 1, geht LEUCH davon aus, dass dem Richter neben der formellen eine «*weitreichende materielle Prozessleitung*» übertragen wurde, und beschreibt den Umfang dort in ähnlicher Weise wie in seinem Aufsatz.

⁸³² KUMMER, ZPR, S. 79.

⁸³³ Dem zustimmend: FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 97.

⁸³⁴ Vgl. die Hinweise in FN. 790 sowie in FN. 793.

⁸³⁵ Vgl. insb. das abschliessende Fazit in N. 961–963. Sowohl LEUCH wie auch KUMMER befassen sich im Rahmen ihrer Ausführungen jeweils besonders mit dem bernischen Recht. MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 295 f., stellen fest, dass die tenden-

- 247 Sodann übt das Gericht nach verschiedenen Autorinnen und Autoren eine wichtige materielle Prozessleitungstätigkeit aus, wenn es von Amtes wegen nicht beantragte Beweise erhebt.⁸³⁶ In einem altrechtlichen Entscheid aus dem Jahr 2006, der ebenfalls die erwähnte bernische Richterpflicht (Art. 89 aZPO-BE) zum Gegenstand hatte, wurde auch vom Bundesgericht nicht nur die informatorische Befragung der Parteien, sondern auch der amtliche Beizug von Beweismitteln, für welche die Anbringen der Parteien Anhaltspunkte bieten oder die das Gericht aus eigener Wahrnehmung kennt, unter den Begriff der materiellen Prozessleitung subsumiert.⁸³⁷ In Anbetracht dessen ist insbesondere die unter der heutigen eidgenössischen Zivilprozessordnung auch im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime bestehende Möglichkeit des Gerichts, unter den Voraussetzungen des Art. 153 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen eine Beweiserhebung zu initiieren, ebenfalls zur materiellen Prozessleitung zu zählen.⁸³⁸
- 248 Je nachdem, wie weit die Autoren den Begriff verstanden haben möchten, gesellen sie weitere Instrumente zu diesem Kern: So zählt etwa Andreas LIENHARD auch die gerichtliche Nachfristansetzung, die zwangsweise Bestellung einer Vertretung sowie die Berücksichtigung bekannter Tatsachen, Indizien und impliziter Sachvorbringen zu den Instrumenten der materiellen Prozessleitung.⁸³⁹ Lorenz DROESE fasst zudem die Verwendung überschüssender Beweisergebnisse als materielle Prozessleitung auf.⁸⁴⁰ In Max GULDENERS Lehrbuch wiederum werden als weitere Elemente, die von einer nicht reinen Umsetzung der Verhandlungsmaxime zeu-

ziell restriktive Regelung der gerichtlichen Fragepflicht in der eidg. ZPO wesentliche Änderungen gegenüber einigen kantonalen Prozessordnungen – z.B. auch gegenüber Art. 89 Abs. 1 aZPO-BE – gebracht hat.

⁸³⁶ Vgl. z.B.: HEINZMANN, Habil., N. 327; ASPRION STÖCKLIN, S. 131 f.; SARBACH M., Diss., S. 37; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 365 ff.; KOFMEL, S. 93 f.; MEIER I., ZPR, S. 389; LIENHARD A. [b], N. 14, 42 i.V.m. 48 ff. und N. 321 ff.; MÜLLER R., S. 68 f.; BERGER/GÜNGERICH, N. 505; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 73.

⁸³⁷ 5P.376/2006 E. 2.2 m.H.a. LEUCH/MARBACH/KELLER/STERCHI, Art. 89 N. 1b, 1c und 2b und Art. 214 N. 1.

⁸³⁸ Dieser Ansicht wohl auch: MEIER I., ZPR, S. 389 i.V.m. 308; LIENHARD A. [b], N. 322 ff., der dieses Institut in seiner Arbeit ausführlich behandelt.

⁸³⁹ LIENHARD A. [b], N. 14, zudem ist dieser, jedoch ohne weitergehende Behandlung, in der N. 12 der Ansicht, dass auch die Leitung der Beweisabnahme und nach N. 17 die Auslegung von Parteivorbringen zur materiellen Prozessleitung zählen; vgl. des Weiteren: SARBACH M., Diss., S. 37; HEINZMANN, Habil., N. 327, der ebenfalls Art. 151 ZPO nennt.

⁸⁴⁰ DROESE, Diss., S. 256.

gen, auch das Abstellen auf Indizien, die für eine behauptete Tatsache sprechen, sowie die von Gesetzes wegen zu vermutenden Tatsachen aufgelistet.⁸⁴¹

2.2. Vorliegend vertretene Ansicht

Blickt man zurück auf die maximenunabhängigen Ausführungen über mögliche 249
prozessuale Einbringtätigkeiten des Gerichts im Unterkapitel B. II. b. ii), wie auch auf die Ergebnisse aus der Gegenüberstellung dieser Tätigkeiten mit der Untersuchungsmaxime im Unterkapitel C. III. a., und vergleicht die Resultate mit den eben zusammengetragenen Instrumenten, die in der Lehre als Beleg für eine nicht reine Umsetzung der Verhandlungsmaxime gehandelt werden, so gelangt man zu folgender Erkenntnis: Analog zu den Parteitätigkeiten im Rahmen der Mitwirkungslast im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime⁸⁴² gilt auch für die gerichtlichen Einbringtätigkeiten im Rahmen der materiellen Prozessleitung unter der Verhandlungsmaxime, dass diese sich – vom *rein inhaltlichen* Gesichtspunkt betrachtet – nicht von denjenigen Tätigkeiten unterscheiden, die das Gericht im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime wahrnimmt. Mit anderen Worten ausgedrückt: Wenn nun das Gericht zur Relativierung der Verhandlungsmaxime die Parteien bei deren Einbringen von Prozessstoff zu unterstützen hat, tut es dies hier anhand seiner hiervor im Unterkapitel B. II. b. ii) beschriebenen Tätigkeiten, die es aber auch dann ausübt, wenn es im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime selbst die originäre Verantwortung für den Prozessstoff trägt. Unter der einen wie der anderen Maxime verlangt das Gericht zuweilen von bestimmten Personen, wie Parteien, Zeugen oder auch von Sachverständigen, dass sie ihre Aussagen und Einschätzungen in den Prozess einbringen. Hierfür stellen Richterinnen und Richter Fragen, die mündlich beantwortet werden, oder holen schriftliche Auskünfte ein. Mitunter nimmt das Gericht auch einen Augenschein vor. Diese Arten der Einbringtätigkeiten unterscheiden sich grundsätzlich nicht davon, ob sie nun in einem Verfahren unter der Untersuchungs- oder einem solchen unter der Verhandlungsmaxime ausgeführt werden.⁸⁴³ Hieran ändert sich auch nichts, wenn

⁸⁴¹ GULDENER, ZPR, S. 162 ff. unter weiteren Elementen, die darauf hinweisen, dass, so GULDENERS Titel II. S. 161, die Verhandlungsmaxime im positiven Recht nicht bis zur letzten Konsequenz durchgeführt wird.

⁸⁴² Diesbez. zur Mitwirkungslast vgl. N. 218–220.

⁸⁴³ Vgl. vor diesem Hintergrund auch die Bemerkungen z.B. von: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, N. 27, wonach die *Tätigkeit des Gerichts auf allen Stufen seiner Mitwirkung* vor allem darin bestehe, durch *Belehrung* und *Befragung* der Parteien darauf hinzuwirken, dass diese den prozessrelevanten Sachverhalt vorbringen und ergänzen; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 9, wonach die *Frage- und Aufklärungspflicht* im Gel-

die gerichtlichen Tätigkeiten dahingehend unterschieden werden, ob damit der Prozessstoff *unmittelbar* gestaltet wird oder ob der Einfluss eine bloss *mittelbare* Wirkung zeigt, weil es daraufhin an den Parteien gelegen ist, selbst weitere Vorbringen zu tätigen⁸⁴⁴.

- 250 Wie sich aus den im letzten Unterkapitel aufgezeigten Lehrmeinungen weiter folgern lässt, wird zudem das, was zu Beginn des vorliegenden Kapitels 3 als maximenunabhängiges Erschliessen von Prozessstoff durch das Gericht thematisiert wurde, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime zuweilen ebenfalls unter den Begriff der materiellen Prozessleitung subsumiert: Etwa die Herstellung der Postulationsfähigkeit mittels Nachfristansetzung oder amtswegiger Bestellung einer Rechtsvertretung⁸⁴⁵ oder auch das Anordnen einer Möglichkeit zur Überarbeitung gewisser formell mangelhafter Rechtsschriften⁸⁴⁶. Beides wurde hiavor als ein offenes Erschliessen von Prozessstoff basierend auf gesetzlicher Anordnung erläutert.⁸⁴⁷ Des Weiteren wurden vorliegend auch natürliche Vermutungen den gerichtlichen Einbringtätigkeiten im Rahmen der Beweiswürdigung zugerechnet⁸⁴⁸ und die gesetzliche Vermutung als Berücksichtigung von bestimmtem Prozessstoff aufgrund gesetzlicher Anordnung verstanden⁸⁴⁹. Tatsächlich zählt namentlich Max GULDENER auch Tatsachen, welche von Gesetzes wegen zu vermuten sind, explizit zu den Belegen dafür, dass die Verhandlungsmaxime nicht bis

tungsbereich der *Untersuchungsmaxime* eine *breitere Stellung* einnimmt; MEIER I., ZPR, S. 395, wonach die Fragepflicht *auch bei der Untersuchungsmaxime* das wichtigste Instrument zur Erfüllung der gerichtlichen Pflicht darstellt; BK I-HURNI, Art. 56 N. 7, wonach die aus dem Untersuchungsgrundsatz fließende, auf die Stoffsammlung bezogene *Fragepflicht des Art. 55 Abs. 2 ZPO* über den *Standard von Art. 56 ZPO* hinausgeht; auch der Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54, ist zu entnehmen, dass die *Fragepflicht bei der Untersuchungsmaxime* weiter geht als in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht werden.

⁸⁴⁴ Solche Unterscheidungen z.B. bei: UNTERNÄHRER, S. 19 f., der davon ausgeht, dass das richterliche Fragerecht sowohl *direkt* auf den Endentscheid als auch *nur auf die Parteien* einwirkt und auch einen Grenzfall der formellen und der materiellen Prozessleitung darstellt; LIENHARD A. [b], N. 54, 267, 278, 304, 307, 321, 328, 358 und 363, unterscheidet zwischen *mittelbarer* und *unmittelbarer* materieller Prozessleitung.

⁸⁴⁵ LIENHARD A. [b], N. 14 und 307 ff.

⁸⁴⁶ LIENHARD A. [b], N. 14 und 278 ff.

⁸⁴⁷ Vgl. hierzu N. 192–193 im Unterkapitel «Offene Erschliessung von Prozessstoff».

⁸⁴⁸ Vgl. hierzu N. 194.

⁸⁴⁹ Vgl. hierzu N. 195–197.

zu den letzten Konsequenzen durchgeführt wird⁸⁵⁰. Zur Kategorie von bestimmtem Prozessstoff, welcher aufgrund gesetzlicher Anordnung zu berücksichtigen ist, wurden vorliegend zudem die bekannten Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO gezählt.⁸⁵¹ Auch dies ein Element, das in der Lehre wiederum als Form der materiellen Prozessleitung im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime gewertet wird⁸⁵². Wie bereits angesprochen, nimmt das Gericht jedoch gerade diese Tätigkeiten unabhängig davon wahr, welche Prozessmaxime im Verfahren zur Anwendung gelangt.⁸⁵³

Angemerkt sei, dass die Anordnung einer Instruktionsverhandlung, welche gemäss 251 Art. 226 ZPO «zur freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung» dient, (auch) nach der vorliegenden Ansicht nicht als Instrument der materiellen Prozessleitung zu werten ist: Vielmehr bildet diese Verhandlung einen geeigneten Ort und Zeitpunkt, um die Mittel der materiellen Prozessleitung anzuwenden.⁸⁵⁴

Aus einer rein inhaltlichen Perspektive betrachtet, können somit die gerichtlichen 252 Tätigkeiten zum Erschliessen von Prozessstoff maximenübergreifend als «materielle Prozessleitung» bezeichnet werden.⁸⁵⁵

⁸⁵⁰ GULDENER, ZPR, S. 162 ff., insb. S. 164.

⁸⁵¹ Vgl. hierzu N. 195–197.

⁸⁵² LIENHARD A. [b], N. 14 und 363 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 327; vgl. auch GULDENER, ZPR, S. 161 (noch vor der eidg. ZPO).

⁸⁵³ Vgl. hierzu insb. N. 192 (fallübergreifend analoges Handeln), N. 194 (maximenunabhängige, freie Beweiswürdigung) und N. 196 (keine maximenabhängigen Voraussetzungen).

⁸⁵⁴ Gl.M. wohl: LIENHARD A. [b], N. 260 und 262 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 345; MEIER I., ZPR, S. 340 und 393; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 32 und § 49 N. 107; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 294; BK I-HURNI, Art. 56 N. 39.

⁸⁵⁵ Den Begriff der materiellen Prozessleitung auch im Bereich der Untersuchungsmaxime verwendet z.B. bei: SUTER, S. 13; MEIER R., N. 24 ff. und 62; LIENHARD A. [b], N. 9 und 13, der ab N. 467 ff. in seiner Arbeit zur materiellen Prozessleitung auch die Verfahren unter Untersuchungsmaxime behandelt.

3. Formale Aspekte

3.1. Verpflichtungsart

- 253 Die Gründe, weshalb das Gericht bezüglich seiner eigenen Einbringtätigkeiten im Bereich der Verhandlungsmaxime nur verpflichtet, nicht aber belastet sein kann, sind dieselben, wie sie zur Verpflichtungsart der gerichtlichen Prozessstoffsammeltätigkeit im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime ausgeführt wurden.⁸⁵⁶
- 254 Dass Kann-Vorschriften im Bereich der materiellen Prozessleitung per se ausgeschlossen wären, soll damit nicht gesagt sein: Vielmehr ist die Richterschaft auch in Gegenwart einer solchen Bestimmung *verpflichtet*, diese *lege artis* auszulegen. Ein allfälliges Ermessen ist pflichtgemäss wahrzunehmen. Sowohl die Diskussionen um das initial vorgesehene richterliche Fragerecht⁸⁵⁷ als auch diejenige darüber, inwieweit die amtliche Bestellung einer Vertretung für eine postulationsunfähige Partei entgegen des Gesetzeswortlauts eine unmittelbare richterliche Pflicht darstellt⁸⁵⁸, belegen aber, dass ein Rechtsfolgeermessen im Rahmen der materiellen Prozessleitung leicht zu Kritik führt – insbesondere wegen grundrechtlicher Bedenken.

3.2. Unterschied(e)

3.2.1. Maximenabhängige Voraussetzungen für gewisse gerichtliche Tätigkeiten

- 255 Ähnlich wie bei den Parteitätigkeiten im Rahmen der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime ist somit auch der Unterschied der gerichtlichen Prozessstoffsammlung im Rahmen der beiden sachverhaltsrelevanten Maximen weder in den eigentlichen *Tätigkeiten*, beziehungsweise in den Mitteln der Einflussnahme, noch in der damit verbundenen *Verpflichtungsart* zu suchen.⁸⁵⁹ Vielmehr gibt auch hier ein anderer, formaler Aspekt zur Differenzierung Anlass:
- 256 Im Bereich der Untersuchungsmaxime, in welchem das Gericht eine originäre Verantwortung für den Prozessstoff trägt, müssen die richterlichen Kompetenzen weit gefasst sein, damit die Gerichte eben dieser besonderen Verantwortung entsprechen können. Umgekehrt rechtfertigt es sich, *dass bestimmte Instrumente der gerichtlichen Einbringtätigkeit bei Belangen, für die originär die Parteien die Verantwortung für den Prozessstoff innehaben, an einschränkende Voraus-*

⁸⁵⁶ Vgl. hierzu N. 233.

⁸⁵⁷ Zur Kritik an Art. 51 VE-ZPO zum gerichtlichen Fragerecht vgl. N. 543.

⁸⁵⁸ Zur Diskussion über die Kann-Formulierung in Art. 69 Abs. 1 ZPO vgl. N. 39–40.

⁸⁵⁹ Zum formalen Unterschied bei den Parteitätigkeiten vgl. N. 224–226.

setzungen geknüpft sind.⁸⁶⁰ Aufgrund solcher Voraussetzungen resultiert für den Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime eine materielle Prozessleitung, deren Umfang gegenüber der gerichtlichen Einflussnahme, wie sie im Bereich der Untersuchungsmaxime stattfindet, stärker limitiert ist⁸⁶¹: So zeigt Art. 56 ZPO, dass in Verfahren unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht informative gerichtliche Fragen und Hinweise ausserhalb des Beweisverfahrens an die Voraussetzung gebunden sind, dass die Parteivorbringen eine von vier bestimmten Mangelarten aufweisen. Auch amtlich initiierte Beweiserhebungen unterstehen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO der Voraussetzung, dass das Gericht erhebliche Zweifel an einer unstrittigen Tatsache hegt.⁸⁶² Demgegenüber entfallen⁸⁶³ im Bereich der Untersuchungsmaxime solche limitierenden Voraussetzungen, oder sie sind bei einer schwächeren Ausprägung dieser Maxime zumindest weniger restriktiv ausgestaltet, so dass das Gericht seine Abklärungstätigkeiten dort ohne grössere Hürden vornehmen kann.

3.2.2. Maximenorientierte bzw. zielakzentorientierte Auslegung anderer Bestimmungen?

Wie gezeigt, gibt es zudem Tätigkeiten zum Erschliessen von Prozessstoff, welche die Gerichte grundsätzlich ungeachtet der anwendbaren sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime wahrzunehmen haben: Das Herbeiwirken der Postulationsfähigkeit der Parteien⁸⁶⁴, das Anbieten einer Verbesserungsmöglichkeit bei gewissen formalen Mängeln der Rechtsschriften⁸⁶⁵ oder auch die Berücksichtigung bekann-

⁸⁶⁰ Zu diesen Instrumenten vgl. N. 189–191.

⁸⁶¹ Vor diesem Hintergrund lassen sich die nachfolgenden Aussagen verstehen: BK I-HURNI, Art. 56 N. 7, nach dem die aus dem Untersuchungsgrundsatz fließende, auf die Stoffsammlung bezogene *Fragepflicht des Art. 55 Abs. 2 ZPO über den Standard von Art. 56 ZPO hinausgeht*; die Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54, der zu entnehmen ist, dass die *Fragepflicht bei der Untersuchungsmaxime weitergeht* als in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht werden; ähnlich auch ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 22.

⁸⁶² Vgl. hierzu N. 892–897 und 948–950.

⁸⁶³ Vgl. auch den Titel von MORDASINI-ROHNER, Diss., vor N. 423, «*Kein Erfordernis bestimmter Voraussetzungen*» (mit Vergleich zwischen gerichtlicher Fragepflicht und eingeschränkter Untersuchungsmaxime), der in ähnliche Richtung aufgefasst werden kann.

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu N. 192.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu N. 193.

ter Tatsachen⁸⁶⁶. Gesetzliche Bestimmungen, die eine solche gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff vorsehen, sind regelmässig auslegungsbedürftig: *Wann* etwa ist eine Tatsache *allgemein bekannt*? Es stellt sich die Frage, ob bei solchen Bestimmungen eine maximenorientierte Auslegung angezeigt ist, soweit sie sich eignen und eine Graduierung möglich ist. Im Kapitel 7 wird erläutert, dass nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine *zielakzentorientierte Auslegung* auf der Stufe Untersuchungsmaxime in Betracht zu ziehen ist; und zwar für diejenigen Belange, bei denen tatsächlich die originäre Prozessstoffverantwortung des Gerichts im Sinne einer *lenkenden* Untersuchungskompetenz gelebt wird^{867 868}.

3.2.3. Fazit: Limitierte materielle Prozessleitung im Bereich der Verhandlungsmaxime

- 258 Da sich rein inhaltlich betrachtet die diversen Tätigkeiten des Gerichts zum Erschliessen von Prozessstoff grundsätzlich nicht dahingehend unterscheiden, ob sie im Rahmen eines Verfahrens unter der Verhandlungs- oder unter der Untersuchungsmaxime erfolgen, lässt sich die gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff unter der einen wie der anderen Prozessmaxime als «materielle Prozessleitung» auffassen.⁸⁶⁹ Weil aber im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime einige bedeutende Gerichtsinstrumente an einschränkende Voraussetzungen geknüpft sind,⁸⁷⁰ fällt der richterliche Kompetenzbereich hier schmäler aus. Für die Theorie, welche schlicht zwischen zwei Maximen unterscheidet – der Verhandlungsmaxime auf der einen und der Untersuchungsmaxime auf der anderen Seite –, ergibt es daher nach der vorliegend vertretenen Ansicht Sinn, zwischen einer *limitierten materiellen Prozessleitung* im Geltungsbereich der ersten und einer *umfassenden materiellen Prozessleitung* unter der zweitgenannten Maxime zu unterscheiden.⁸⁷¹ Dass aber in der Geltung der Untersuchungsmaxime an sich, wie sie in verschiedenen Bestimmungen der Prozessordnung vorgesehen ist,⁸⁷² kein Instrument oder Institut der materiellen Prozessleitung zu sehen ist, sollte

⁸⁶⁶ Vgl. hierzu N. 195–197.

⁸⁶⁷ Zu dieser Differenzierung vgl. N. 697–699.

⁸⁶⁸ Vgl. hierzu N. 1015.

⁸⁶⁹ Vgl. hierzu N. 249–252.

⁸⁷⁰ Vgl. hierzu N. 189–191 i.V.m. N. 255–256.

⁸⁷¹ Vgl. aber die Präzisierung zur praktischen Einordnung der hybriden sozialen Untersuchungsmaxime als blosse Relativierung des *da mihi facta* in N. 265.

⁸⁷² Vgl. insb. Art. 247 Abs. 2, Art. 255, Art. 272, Art. 277 Abs. 3, Art. 296 Abs. 1 ZPO, jeweils i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO.

in Anbetracht der vorliegenden Erläuterungen nachvollziehbar sein.⁸⁷³ Wie das Unterkapitel B. II. c. gezeigt hat, schreibt der Gesetzgeber mit der Statuierung der Untersuchungsmaxime den Gerichten schlicht eine originäre personelle (Mit-) Verantwortung für den Prozessstoff zu.

c. Resultat: Relativierung des *da mihi facta* im Bereich der Verhandlungsmaxime

Die vorliegende Gegenüberstellung zwischen den Einbringtätigkeiten auf der einen und der Verantwortung für den Prozessstoff auf der anderen Seite ergab Folgendes: Die Aussage, dass die Prozessmaximen nicht in ihrer reinen Form umgesetzt werden,⁸⁷⁴ ist für die Verhandlungsmaxime dahingehend zu verstehen, dass hier eine Relativierung der Parteiverantwortung im Sinne einer gerichtlichen Pflicht zur (limitierten) materiellen Prozessleitung besteht.

Was die Wirkungsweise dieser Prozessleitung betrifft, werden in der Lehre, je nach analysiertem Institut,⁸⁷⁵ von einer *Ergänzung*⁸⁷⁶, *Erweiterung*⁸⁷⁷, *Präzisierung*⁸⁷⁸, *Modifizierung*⁸⁷⁹, *Korrektur*⁸⁸⁰ über die *(Auf-)Lockerung*⁸⁸¹, *(Ab-)Mil-*

⁸⁷³ Anders z.B.: LIENHARD A. [b], N. 14, 19, 470 und 481; allenfalls auch MEIER I., ZPR, S. 389 und 393; BERGER/GÜNGERICH, N. 505.

⁸⁷⁴ Vgl. hierzu die Hinweise in FN. 643.

⁸⁷⁵ Sehr individuelle Begriff- und Synonymverwendungen führen dazu, dass vorliegend darauf verzichtet wird, zu präzisieren, wer welchen Begriff in Bezug auf welche/s Institut/e verwendet. Zur Begriffsvielfalt allein schon beim Verhältnis der Aufklärungs- und der Fragepflicht zur Verhandlungsmaxime vgl. z.B.: SARBACH M., Diss., S. 17; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 717 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 90.

⁸⁷⁶ Z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1, 4, 11; BRÖNNIMANN, Diss., S. 74 f.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 364 und 377; MEIER I., ZPR, S. 394 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 98, 251 und 358; HIGI, S. 462; KLINGLER, N. 626; MÜLLER R., S. 68; OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1040; MORET, N. 247.

⁸⁷⁷ S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 36 sowie Titel davor.

⁸⁷⁸ Z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 98.

⁸⁷⁹ Z.B.: HABSCHIED, Grundlagen, N. 555.

⁸⁸⁰ Z.B.: MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 284 f. und 295; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 30 ff. sowie Titel davor. LEUENBERGER, Behaupten, S. 4, und BRÄNDLI, N. 468, sprechen von Korrektiv.

⁸⁸¹ Z.B.: BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10; LORENZ, N. 227; SCHUMACHER PE., S. 388. Zur Auflockerung des Prinzips der *formellen* zugunsten desjenigen der *materiellen* Wahrheit vgl. KUMMER, ZPR, S. 79, und WILLISEGGER, S. 265.

derung⁸⁸², Abschwächung⁸⁸³, Abweichung⁸⁸⁴, Relativierung⁸⁸⁵, Entschärfung⁸⁸⁶, Beschneidung⁸⁸⁷, Eindämmung⁸⁸⁸, Be-/Einschränkung⁸⁸⁹ bis hin zum Einbruch⁸⁹⁰ und der Durchbrechung⁸⁹¹ sämtliche Graduierungen eines mehr oder minder star-

⁸⁸² Z.B.: Bericht VE-ZPO, S. 34 zu Art. 51; FARNER, S. 20; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 Titel vor N. 7; SIX, Fragepflicht, S. 88; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 16; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 9 und Titel vor N. 31; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 Titel vor N. 20; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 310 und 342; BRÖNNIMANN, Überblick, S. 83; BRÖNNIMANN, ZPO, S. 323; MEIER R., N. 175; VOGEL, Richter, S. 67; SCHUMACHER PE., S. 384; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 7; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 36 sowie Titel davor und N. 47 f.; BERTI, ZPO, N. 314 sowie Titel davor; HIGI, S. 462; MEIER R., N. 24; B&M-SCHENKER, Art. 55 N. 4 und 8; BRÖNNIMANN, Diss., S. 75, 78 und 86; WILLISEGGER, S. 252 und 266 f.; SARBACH R., N. 503 und 735; ASPRION STÖCKLIN, S. 115; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 29. Vgl. auch den BGE 146 III 413 E. 4.2 (bez. Art. 56 ZPO als «*atténuation de la maxime des débats*»).

⁸⁸³ Z.B.: Bericht VE-ZPO, S. 34 zu Art. 51; Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54 und S. 7360 zu Art. 272 und 273; ASPRION STÖCKLIN, S. 73 und 234; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 56; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 2; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 11; G/J/S-MUSTER, Art. 55 N. 4; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 29 und 31; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 4; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 7; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 2; BK I-HURNI, Art. 56 Titel vor N. 3; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 8; WILLISEGGER, S. 252 und 265; BRÖNNIMANN, Diss., S. 75; ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 2; FELLMANN, Fragepflicht, S. 77 und 97; SALZGEBER, S. 25 f.; BERGER/GÜNGERICH, N. 504; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, MEIER R., N. 177; S. 307; SCHUMACHER PE., S. 384; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 2.

⁸⁸⁴ Z.B.: DOLGE, Beweisverfahren, S. 35.

⁸⁸⁵ Z.B.: G/J/S-SCHWANDER, Art. 277 N. 3; DROESE, Diss., S. 255; HEER, S. 161 und 165.

⁸⁸⁶ Z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 75.

⁸⁸⁷ Z.B.: SALZGEBER, S. 20.

⁸⁸⁸ Z.B.: BK I-FREI, Art. 124 N. 3; MEIER R., N. 23 und Titel vor N. 20.

⁸⁸⁹ Z.B.: MARTIN P., S. 76, 79 und 83; BUCHER, S. 7; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 36 und Titel davor; HABSCHEID, Grundlagen, N. 540; S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 Titel vor N. 12, N. 16 und Titel davor; B&M-SCHENKER, Art. 55 Titel vor N. 8 und 13; WILLISEGGER, S. 252; MÜLLER R., S. 78 und 96; ASPRION STÖCKLIN, S. 139; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 ZPO N. 4; SUTTER-SOMM, Entstehung, S. 68; SCHWEIZER, S. 566; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 17 N. 11; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 307 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.19; AEBI-MÜLLER, S. 187 f.; LUTZ, S. 56.

⁸⁹⁰ Z.B.: DOLGE, Beweisverfahren, S. 35; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 100; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 5; ZÜRCHER, S. 215.

⁸⁹¹ Z.B.: UNTERNÄHRER, S. 21; KÖLZ, S. 129; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 36 und Titel davor; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 1 und 9; WILLISEGGER, S. 252 f.

ken Einflusses auf die Prozessmaxime verwendet. Diese für juristische Begriffsverhältnisse eindruckliche Diversität deutet darauf hin, dass die Wortwahl letztlich auf den persönlichen Geschmack zurückzuführen ist.⁸⁹² Eine Tendenz lässt sich dahingehend feststellen, dass die Wahl oft von der Mittel- beziehungsweise der Unmittelbarkeit des gerichtlichen Eingriffs auf den Prozessstoff abhängig gemacht wird. Beispielhaft illustrieren lässt sich dies anhand des Aufsatzes von Jürgen BRÖNNIMANN, der sich mit verschiedenen Instituten beschäftigt:⁸⁹³ Zur richterlichen Fragepflicht, die eine mittelbare gerichtliche Einflussnahme darstellt,⁸⁹⁴ präzisiert BRÖNNIMANN, dass diese *«die Verantwortung der Parteien für die Beschaffung des Tatsachenstoffes und deren Herrschaft über den Prozessstoff intakt [lässt]. Sie ist kein Gegensatz zur Verhandlungsmaxime, sondern ist dieser untergeordnet; sie bedeutet eine im Interesse der Wahrheitsfindung (und nicht zuletzt auch der Prozessbeschleunigung) liegende Ergänzung der Verhandlungsmaxime»*⁸⁹⁵.⁸⁹⁶ In Bezug auf den amtswegigen Beizug von Beweismitteln, die von den Parteien nicht angerufen wurden – ein demgegenüber unmittelbarer Eingriff in die Prozessstoffsammlung –⁸⁹⁷ spricht derselbe Autor von einer eigentlichen *«Durchbrechung der Verhandlungsmaxime»*⁸⁹⁸. Die Anordnung einer Beweisführung trotz Säumnis des Gegners bezeichnet er als *«Abweichung von der Verhand-*

und 265; GRASS, S. 11 und 14 f.; KOFMEL, S. 94; SALZGEBER, S. 25; B&M-GIGER, Art. 247 N. 1; BK I-HURNI, Art. 55 Titel vor N. 46 und N. 47.

⁸⁹² Das Verhältnis zwischen Verhandlungsmaxime und der richterlichen Fragepflicht bezeichnet KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 7, als eine *«beliebte Spielweise ideologisch motivierter Begriffsmeditationen»*.

⁸⁹³ Als weiteres Bsp. liessen sich etwa die Ausführungen von Josias GRASS in seiner Dissertation zur materiellen Wahrheitsforschung im bündnerischen Zivilprozess aus dem Jahr 1945 aufführen, vgl. GRASS, S. 14 f.

⁸⁹⁴ LIENHARD A. [b], N. 54 f., 267, 304, 321, 328; vgl. auch UNTERNÄHRER, S. 19 f., der aber auch von einem direkten Einfluss auf den Endentscheid, d.h. von einem Grenzfall, ausgeht.

⁸⁹⁵ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 364 (Hervorhebung im Original).

⁸⁹⁶ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 7 f. und FN. 36 sowie S. 74 f.

⁸⁹⁷ LIENHARD A. [b], N. 54, 278, 321, 328, 358.

⁸⁹⁸ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 365 (Hervorhebung zugefügt). Angemerkt sei, dass BRÖNNIMANN, Überblick, S. 83, bez. des heutigen Art. 153 Abs. 2 ZPO von einer *«Milderung der Verhandlungsmaxime»* spricht und erst beim Untersuchungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 2 ZPO) von einem *gänzlichen Durchbruch* ausgeht.

lungsmaxime», wobei BRÖNNIMANN dies wertmässig der Durchbrechung gleichzustellen scheint.⁸⁹⁹

- 261 Da nun die vorliegende Abhandlung von einem weiten Begriff der materiellen Prozessleitung ausgeht, der sowohl die direkte wie die bloss indirekte gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff umfasst, soll für die allgemeine Wirkung der materiellen Prozessleitung auf das *da mihi facta* ein Begriff verwendet werden, der die Intensität des Eingriffs nicht wertet: Diesbezüglich generell von einer *Relativierung* zu sprechen, erscheint nach der vorliegend vertretenen Ansicht passend.

IV. Fokus der weiteren Analysen zur materiellen Prozessleitung

a. Relativierung des *da mihi facta* als Teil der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung

- 262 Das vorliegende Kapitel 3 hat ein Bild über die zivilprozessuale Sachverhaltserstellung aufgezeigt, dem sich auch der Platz der materiellen Prozessleitung entnehmen lässt. Im Anschluss hieran soll im Kapitel 4 die Aufgabenverteilung bei der Sachverhaltserstellung mithilfe des im Kapitel 2 erstellten Konzepts der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen erfasst werden. So kann die Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung ermittelt werden. Im Kapitel 5 wird dann der Brückenschlag von *da mihi facta dabo tibi ius* hin zur materiellen Prozessleitung mit einer Definition dieser Prozessleitungsform vollendet.
- 263 Was das Rechtssprichwort betrifft, das die Abhandlung begleitet, wurden vorliegend zwei Interpretationsmöglichkeiten aufgezeigt – eine für den Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime sowie eine für denjenigen der Untersuchungsmaxime.⁹⁰⁰ Im Hinblick auf die weitere Fokussierung auf die materielle Prozessleitung im Teil III sei Folgendes angemerkt:
- 264 Im Bereich der Untersuchungsmaxime verleiht der Gesetzgeber den Gerichten eine weitergehende Ermächtigung zur Sachverhaltsabklärung. Probleme bezüglich der materiellen Prozessleitung zeigen sich daher weniger hier als vielmehr dort, wo die Parteien originär für den Prozessstoff verantwortlich sind: Gedenkt

⁸⁹⁹ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 367 (Hervorhebung zugefügt), zur wertmässigen Gleichstellung mit der Durchbrechung vgl. 1. Satz a.a.O.

⁹⁰⁰ Vgl. hierzu N. 227–230 i.V.m. N. 259–261.

das Gericht in solchen Belangen das *da mihi facta* zu relativieren, stellt sich stets die Frage, ob insbesondere auch diejenigen Voraussetzungen erfüllt sind, die dem gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff Grenzen setzen⁹⁰¹. Den Entscheid hierüber hat das Gericht pflichtgemäss, in neutraler Weise zu treffen. Welche Faktoren hierbei allgemein zu berücksichtigen sind, gibt ihm die Prozessordnung allerdings nicht unmittelbar vor. Da sich die Parömie bereits über die Verbindungen zwischen *da mihi facta* und *ius* ausschweigt, ist auch von dieser keine Hilfestellung zu erwarten. Der Teil III der vorliegenden Abhandlung macht es sich daher zur Aufgabe, nach geeigneten Orientierungshilfen für die Relativierung des *da mihi facta* zu suchen. Soweit es zur Beschreibung der Stufenfolge der verschiedenen in der Praxis existierenden Relativierungsgrade des *da mihi facta* notwendig ist, werden auch Überlegungen zur umfassenden materiellen Prozessleitung im Bereich der Untersuchungsmaxime miteinbezogen.

b. Vorliegende Behandlung der sozialen Untersuchungsmaxime als Fall einer Relativierung des Grundsatzes *da mihi facta*

Vor der Erstinstanz bringt die Untersuchungsmaxime als Nebenwirkung ein offenes Novenrecht mit sich, das es unter der mit einer Präklusionswirkung verbundenen Verhandlungsmaxime nicht gibt.⁹⁰² In der Theorie ist auch ein Verhandlungs- ohne einen Eventualgrundsatz denkbar: Damit wäre es den Parteien in jedem Verfahren gestattet, Noven uneingeschränkt bis zur Urteilsberatung einzubringen. Soweit aber die Parteien die originäre Verantwortung für den Prozessstoff tragen, sieht die heutige Zivilprozessordnung in ihrem 229. Artikel gerade dies nicht vor. Während die Parteien im Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime zwar von dieser Nebenwirkung der Maxime profitieren, wird gleichzeitig betont, dass die gerichtliche Abklärungstätigkeit hier nicht weiter reichen soll, als sie nötig ist.⁹⁰³ Gemäss Bundesgericht ist diese Untersuchungsmaximenausprägung *erheblich* eingeschränkt, was letztlich bedeutet, dass an die Mitwirkung der Parteien im Geltungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime besonders hohe Erwartungen gestellt werden.⁹⁰⁴ Das Kapitel 7 wird im Detail aufzeigen, dass der *Stellenwert der Prozesssorgfalt* unter dieser Maximenausprägung ein *vorrangiger*

⁹⁰¹ Zum Vorhandensein von einschränkenden Voraussetzungen vgl. N. 255–256.

⁹⁰² Ausführlich zur Novenschranke vgl. N. 523–526; zum erstinstanzlich offenen Novenrecht bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. N. 975–976.

⁹⁰³ Vgl. hierzu N. 661.

⁹⁰⁴ Vgl. hierzu N. 971 i.V.m. N. 973–974.

bleibt.⁹⁰⁵ Dies führt dazu, dass in diesem Fall die im vorliegenden Kapitel erläuterten Kompensationsmöglichkeiten zwischen den verschiedenen Einbringtätigkeiten⁹⁰⁶ nicht im gleichen Masse spielen, wie sie es bei der Untersuchungsmaxime an sich tun würden. Letztlich kommt damit die gerichtliche Prozessstoffgestaltung bei der sozialen Untersuchungsmaxime einer blossen Relativierung des *da mihi facta* gleich.⁹⁰⁷ Aus diesem Grund wird vorliegend diese hybride Maximenausprägung nicht der eigentlichen Untersuchungsmaxime zugerechnet, bei der das *da mihi facta* eine Ergänzung der originären Gerichtsverantwortung bildet, sondern als Konstellation behandelt, in der das *da mihi facta* – wie bei der Verhandlungsmaxime – lediglich *relativiert* wird. Damit liegt also der Fokus des dritten Teils der vorliegenden Abhandlung neben der Verhandlungsmaxime auch auf der sozialen Untersuchungsmaxime.

⁹⁰⁵ Vgl. hierzu N. 736–738 i.V.m. den Konklusionen zur sozialen Untersuchungsmaxime in N. 964–1004.

⁹⁰⁶ Vgl. hierzu N. 224–226.

⁹⁰⁷ In diese Richtung auch das Resultat von WUILLEMIN, N. 321 insb. FN. 939. BOHNET/ JEANNIN, Note 4A_36/2017, S. 220 f. zur geteilten Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung bei der sozialen Untersuchungsmaxime. Illustrativ diesbez. auch die Urteile 4A_635/2009 E. 2.1 und 2.2; 4A_517/2010 E. 3.2; 4A_519/2010 E. 2.2 f. Für Hinweise, dass die *soziale Untersuchungsmaxime* z.T. auch bloss *gemilderte Verhandlungsmaxime* genannt wird, vgl. die FN. 1239.

Kapitel 4 Über die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsaufgaben bei der Sachverhaltserstellung

Die Analyse der beiden herausgeschälten Kontaktbereiche zwischen Sach- und Prozessrecht im Kapitel 3 zeigt im Einzelnen auf, wie das zwischen den Parteien strittige Geschehen entsprechend den verfahrensrechtlichen Regeln in den Prozess Eingang findet. So erhellte jenes Kapitel einerseits die verschiedenen Aufgaben, die mit der Erstellung des strittigen ausserprozessualen Seins verbunden sind. Andererseits wurde greifbar, wie sich die Prozesssubjekte diesen Aufgaben, entsprechend der ihnen zugewiesenen Verantwortung, anzunehmen haben, um dann ein erstes prozessuales Zwischenziel – die Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts⁹⁰⁸ – zu erreichen. 266

Vor diesem Hintergrund soll nun im vorliegenden Kapitel 4, mithilfe des im Teil I erarbeiteten Konzepts der Tat- und der Rechtsfragen des Sach- und des Prozessrechts,⁹⁰⁹ die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsaufgaben im Bereich der Sachverhaltserstellung ermittelt werden. Um den Zugang hierzu zu erleichtern, werden vorab im Unterkapitel A. in aller Kürze und mit den entsprechenden Querverweisen diejenigen Elemente aus den ersten drei Kapiteln zusammengestellt, die für dieses Vorgehen im Unterkapitel B. besonders bedeutsam sind. Aufgrund des weiteren Fokus interessiert dann natürlich vor allem auch, wie sich die materielle Prozessleitung aus dieser Systematik ablesen lässt. Hierauf wird im nachfolgenden Kapitel 5, das gleichzeitig den Abschluss des vorliegenden zweiten Teils der Abhandlung bildet, im Detail eingegangen. 267

⁹⁰⁸ Zum Begriff vgl. N. 107.

⁹⁰⁹ Zum Konzept für das Sachrecht vgl. N. 105–107 und für das Verfahrensrecht vgl. N. 119–125.

A. Zusammenfassung bedeutender Aspekte für das Ergründen der Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung

I. Bedeutung des Prozessrechtsverhältnisses, vorgestellt im Kapitel 1

- 268 Für die vorliegende Abhandlung hat das im Kapitel 1 erläuterte Prozessrechtsverhältnis grosse Bedeutung, denn es eröffnet in verschiedener Hinsicht neue Zugänge zum Thema der zivilprozessualen Aufgabenteilung bei der Sachverhaltserstellung: So wurde im Teil I das sinnbildlich für dieses Verhältnis stehende *da mihi – dabo tibi* zunächst verwendet, um die Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und vom Prozessrecht (*ius*) aufzudecken.⁹¹⁰ Sodann fungierte das Prozessrechtsverhältnis in der Beschreibung von Oskar BÜLOW als Anknüpfungspunkt, um die Übernahme des Konzepts der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen auf das Verfahrensrecht methodisch zu stützen.⁹¹¹ Dieses Konzept wiederum wird hier im Teil II nutzbar gemacht, um die materielle Prozessleitung an sich zu erfassen und systematisch zu verorten.⁹¹² Ein weiteres Mal wird das Prozessrechtsverhältnis im Teil III eine zentrale Rolle spielen, nämlich bei der Suche nach verfahrens- und maximenübergreifenden Kriterien zur Relativierung des *da mihi facta*. Dort werden die Konstellation im Prozessrechtsverhältnis mit einer klassischen Grundrechtskollision verglichen und die Grenzen der materiellen Prozessleitung insbesondere anhand einer sinngemässen Orientierung an der Prüfung des Art. 36 BV ausgelotet.⁹¹³

II. Methode im Kapitel 2: Einteilen des juristischen Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen, um Kontaktbereiche zwischen Sach- und Verfahrensrecht aufzudecken

- 269 Das analysierte Rechtssprichwort *da mihi facta dabo tibi ius* schweigt zur Verbindung zwischen den Aspekten des Tatsächlichen und des Rechtlichen. Ein paralleler und aufschlussreicherer Zugang zu dieser Problematik wurde anhand einer

⁹¹⁰ Vgl. insb. das Fazit jeweils in N. 63–66 und N. 135–138.

⁹¹¹ Vgl. hierzu N. 119–123; vgl. hiernach auch N. 281–282 sowie N. 296–297.

⁹¹² Vgl. hierzu N. 341–351.

⁹¹³ Vgl. hierzu N. 422–444.

Betrachtung der Rechtsnorm und des juristischen Syllogismus ermöglicht: Denn sowohl dieses juristische Werkzeug wie auch die Methode seiner Anwendung setzen sich ebenfalls mit dem Tatsächlichen und dem Rechtlichen auseinander. Eine funktionierende Rechtsanwendung verlangt, dass eine Verbindung zwischen *facta* und *ius* hergestellt werden kann.⁹¹⁴

Die Rechtsanwendung operiert allerdings in erster Linie mit Tat- und Rechts- 270 fragen. Eine Aufteilung, die wiederum für die zivilprozessuale Aufgabenteilung wichtig ist. Dabei ist klar, dass die Entscheidung von Rechtsfragen einzig dem Gericht obliegen kann. Die Parteien sind demgegenüber zu *da mihi facta* aufgefordert. Da nun die Annahme, dass sich der Tatbestand eines Rechtssatzes verwirklicht hat, nicht ausschliesslich auf tatsächlichem Gebiet liegt,⁹¹⁵ treffen im Zivilprozess bei der Erstellung des strittigen, syllogistisch im Untersatz angesiedelten Sachverhalts nicht nur Tat- und Rechtsfragen aufeinander, es muss hier also auch eine Trennlinie zwischen Partei- und Gerichtsaufgaben auszumachen sein. Es bot sich daher an, die Teilschritte des Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen aufzugliedern und dieses Konzept auf die Anwendung des Verfahrensrechts zu übertragen.⁹¹⁶ Mithilfe dieser Methode konnte auf der Ebene der Tat- und Rechtsfragen aufgezeigt werden, in welcher Weise das Prozess- und das Sachrecht bei der Sachverhaltserstellung zusammenwirken: So verlangen das Einbringen von Prozessstoff und das Feststellen der verbindlichen Antwort auf die Tatfrage des Sachrechts vorab nach Antworten auf Rechtsfragen des Verfahrensrechts.⁹¹⁷ Als Folge dessen befindet man sich hier somit nicht nur im Kontaktbereich zwischen Sach- und Verfahrensrecht, sondern eben zugleich auch in demjenigen zwischen Partei- und Gerichtsaufgaben.

⁹¹⁴ Zur Konditionalnorm vgl. N. 72–73 und zur Ergründung der Verbindung zwischen *facta* und *ius* via den Mechanismus der Rechtsanwendung vgl. N. 93–95 m.w.H.

⁹¹⁵ Zu diesem Schluss von GULDENER vgl. N. 104.

⁹¹⁶ Vgl. hierzu N. 105–107 (für das Sachrecht) und N. 119–125 (für das Verfahrensrecht), je mit Erläuterungen der Begriffe.

⁹¹⁷ Vgl. hierzu N. 131–134.

III. Methode im Kapitel 3: Differenzierung zwischen Tätigkeiten und Verantwortung, um das Zusammenwirken der Subjekte bei der Stoffsammlung zu ergründen

- 271 Im Kapitel 3 wurde gezeigt, dass sowohl der *zweite Kontaktbereich* zwischen Sach- und Prozessrecht, das Feststellen der verbindlichen Sachverhaltsversion als Antwort auf die Tatfrage des Sachrechts, wie auch die dahin führende Prozessstoffwürdigung unabhängig der sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime in der alleinigen Verantwortung des Gerichts liegen.⁹¹⁸
- 272 Im *ersten Kontaktbereich* zwischen dem Sach- und dem Prozessrecht wurde sodann zwischen den Tätigkeiten des Einbringens von Prozessstoff und der Verantwortung für den Prozessstoff im Sinne des sachverhaltsrelevanten Maximenpaars unterschieden.⁹¹⁹ Durch die Gegenüberstellung dieser beiden Aspekte konnte das Kapitel 3 dem verbreiteten Hinweis, dass die Prozessmaximen nicht in ihrer reinen Form verwirklicht werden, Kontur verleihen: Aus dem Gesamtbild über das Zusammenwirken der Prozesssubjekte beim Einbringen des Prozessstoffs, welches mithilfe dieser Methode beschrieben wurde, ist ersichtlich, dass das Zivilgericht aufgrund seiner eingeschränkten Ermittlungsmöglichkeiten doch auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen bleibt, selbst wenn es unter der Untersuchungsmaxime die Pflicht hat, von Amtes wegen Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen.⁹²⁰ Somit kann das *da mihi facta* auch als eine notwendige Relativierung der Untersuchungsmaxime interpretiert werden: Das heisst als eine Last der Parteien, auch vor der Beweiserhebung allgemein an der Stoffsammlung mitzuwirken.⁹²¹ Umgekehrt sind die Parteien, die im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime die prozessualen Lasten zum Behaupten, zum Bestreiten, zum Substantiieren und zum Beweisen treffen, ihrerseits auf Unterstützung angewiesen, soweit ihnen die für das Einbringen ihrer Sachverhaltshypothesen nötigen Rechtskenntnisse fehlen.⁹²² Vor diesem Hintergrund ist die limitierte materielle Prozessleitung des Gerichts als notwendige Relativierung der reinen Verhandlungsmaxime – beziehungsweise des *da mihi facta* – zu verstehen.⁹²³ Diesen Ergebnissen zum Zusammenwirken

⁹¹⁸ Vgl. hierzu N. 147–149; zum Begriff Tatfrage des Sachrechts vgl. N. 107.

⁹¹⁹ Vgl. hierzu N. 150–152.

⁹²⁰ Vgl. hierzu N. 214–216.

⁹²¹ Vgl. hierzu N. 228–230.

⁹²² Vgl. hierzu N. 234–240.

⁹²³ Vgl. hierzu N. 258–261.

der Prozesssubjekte wiederum entspricht es, in der Folge die Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts weiter in diesem ersten Kontaktbereich des Einbringens von Prozessstoff zu suchen.

IV. Fazit: Komplexe Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und vom Verfahrensrecht

Die bisherigen Analysen zeigen, dass sich die Kopplung der Sachrechtsanwendung mit dem Verfahrensrecht aktualisiert, sobald eine der Parteien eine gerichtliche Streitentscheidung verlangt.⁹²⁴ Während das Kapitel 1 den Schwerpunkt auf subjektbezogene, verfahrenstechnische Aspekte legte, ging das Kapitel 2 die Problematik ausgehend vom Dualismus *facta | ius* zunächst von Seiten des Sachrechts an. Das daraufhin herausgeschälte Zusammenwirken des Sachrechts mit den Regeln zur prozessualen Sachverhaltserstellung wurde im Kapitel 3 genauer betrachtet. Es zeichnet sich ab, dass dieses Zusammenwirken zwischen Sach- und Verfahrensrecht komplex ist und das Erfüllen der von den Parteien verlangten Einbringtätigkeiten – also des *da mihi facta* – nach einem gewissen Einschätzungsvermögen hinsichtlich dieses anspruchsvollen Zusammenspiels der beiden Rechtsbereiche (*ius*) verlangt.⁹²⁵ 273

Ein striktes *da mihi facta dabo tibi ius* kann somit keine sinnvolle und faire Aufgabenteilung darstellen. Entschuldbare Fehler der Parteien beim Einbringen ihrer jeweiligen Sachverhaltshypothesen müssen in geeigneter Form überbrückt werden können. Hierbei hat gleichzeitig das Gericht stets seine unabdingbare Neutralität zu wahren.⁹²⁶ 274

⁹²⁴ Vgl. hierzu N. 118 und N. 137–138.

⁹²⁵ Zur Abhängigkeit des *da mihi facta* von *ius* aus der Perspektive der Prozesssubjekte vgl. N. 63–66 und aus der Perspektive des Gegenstands der Aufgabenteilung vgl. N. 135–138; vgl. auch auf Ebene der Tat- und der Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts N. 131–134.

⁹²⁶ Vgl. hierzu auch N. 138–139.

V. Ziel im Teil II: Brückenschlag von der Parömie zur materiellen Prozessleitung

a. Kapitel 3: Interpretationen der Parömie in Bezug zu den Prozessmaximen

- 275 Aus der Gegenüberstellung zwischen den Einbringtätigkeiten der Prozesssubjekte auf der einen Seite und der Verantwortung für den Prozessstoff im Sinne der sachverhaltsrelevanten Maximen auf der anderen resultierte auch die Erkenntnis, dass der Unterschied, ob sich ein Prozesssubjekt im Rahmen der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime an der Prozessstoffsammlung beteiligt, weniger in inhaltlichen als vielmehr in formalen Aspekten zu suchen ist. Das bedeutet, dass sich die Tätigkeiten der Parteien beim Einbringen von Prozessstoff unter den beiden Prozessmaximen inhaltlich nicht substantiell unterscheiden,⁹²⁷ während die Wahl der Maxime aber zunächst Einfluss auf die Sanktionierung der Schlechterfüllung einer Einbringtätigkeit hat: So führt die originäre gerichtliche Verantwortung bei der Untersuchungsmaxime nämlich dazu, dass, anders als im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime,⁹²⁸ nicht mehr jede einzelne Einbringtätigkeit der Parteien individuell als Last sanktioniert wird. Vielmehr bestehen hier vermehrt Kompensationsmöglichkeiten zwischen den einzelnen Einbringtätigkeiten, selbst wenn diese nicht von den Parteien stammen.⁹²⁹ Umgekehrt knüpft die Verhandlungsmaxime, welche die originäre Verantwortung den Parteien zuschreibt, das gerichtliche Mitwirken an der Prozessstoffsammlung zuweisen an limitierende Voraussetzungen.⁹³⁰ Von einem wiederum rein inhaltlichen Gesichtspunkt betrachtet, unterscheiden sich aber auch hier die richterlichen Stoffsammeltätigkeiten grundsätzlich nicht von denjenigen, die das Gericht im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime wahrnimmt. Sowohl unter der einen wie unter der anderen sachverhaltsrelevanten Maxime lassen sich die gerichtlichen Tätigkeiten zum Erschliessen von Prozessstoff als materielle Prozessleitung auffassen.⁹³¹ Dem erneut formalen Unterschied des erweiterten gerichtlichen Kompetenzumfangs, inklusive der erläuterten weiterreichenden Kompensationsmöglichkeiten von unzureichenden Parteitätigkeiten im Rahmen der Untersuchungsmaxime, wird vorliegend Rechnung getragen, indem von einer *umfassenden*, bei der Verhandlungsmaxime dagegen von einer

⁹²⁷ Vgl. hierzu N. 218–220.

⁹²⁸ Vgl. hierzu N. 211–213.

⁹²⁹ Vgl. hierzu N. 224–226.

⁹³⁰ Vgl. hierzu N. 189–191 i.V.m. N. 255–256.

⁹³¹ Vgl. hierzu N. 249–252.

limitierten materiellen Prozessleitung gesprochen wird.⁹³² Dabei wird die Prozessleitungskompetenz unter der hybriden sozialen Untersuchungsmaxime ebenfalls als eine blosse Relativierung des *da mihi facta* gewertet.⁹³³ Mit diesen Ergebnissen wurde im Kapitel 3 zum Brückenschlag von *da mihi facta dabo tibi ius* hin zur materiellen Prozessleitung angesetzt.

**b. Methode im vorliegenden Kapitel 4:
Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung
im Bereich der Sachverhaltserstellung
mithilfe der Tat- und der Rechtsfragen**

Im vorliegenden Kapitel 4 soll das personelle Zusammenwirken bei der Prozess- 276
stoffsammlung mithilfe der vier im Teil I ausgearbeiteten Fragekategorien – den
Tat- und den Rechtsfragen des Sach- und des Prozessrechts – beschrieben werden.
Von hier aus lässt sich die Trennlinie zwischen den Partei- und den Gerichtsauf-
gaben bei der Prozessstoffsammlung orten.

**c. Kapitel 5: Materielle Prozessleitung in dieser Systematik
verorten und definieren**

Aus diesem Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung soll dann im Kapi- 277
tel 5 die materielle Prozessleitung herausgelesen werden. Mit einer Definition
dieses Begriffs, welche die bisherigen Erkenntnisse der Abhandlung einschliesst,
sowie einer Erläuterung der Bedeutung dieser Prozessleitungsform für das kontra-
diktorische Verfahren wird der Brückenschlag von der Parömie *da mihi facta dabo
tibi ius* hin zur gerichtlichen Einflussnahme auf den Prozessstoff im vorliegenden
Teil II abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund können dann im Teil III die vom
schweizerischen Gesetzgeber gewählten Lösungen zur materiellen Prozessleitung
wie auch deren praktische Umsetzung durch die Gerichte erörtert werden.

⁹³² Vgl. hierzu N. 258.

⁹³³ Vgl. hierzu N. 265.

B. Beschrieb der zivilprozessualen Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung mithilfe der Tat- und Rechtsfragen des Sach- und Verfahrensrechts

I. Grundlegende Prämissen zur Ermittlung der Trennlinie

- 278 Wie bereits ausgeführt, lassen sich die Aufgaben bei der Sachverhaltserstellung als den jeweiligen Beitrag der Prozesssubjekte zur Antwort auf Tat- und Rechtsfragen auffassen.⁹³⁴ Wird ein Verfahren eingeleitet, aktualisiert sich die Frage nach der Zuteilung dieser Aufgaben zu den verschiedenen Subjekten. Hierbei ist von drei grundlegenden Prämissen auszugehen:
- 279 Eine abschliessende Streitentscheidung verlangt, dass sämtliche Tat- und Rechtsfragen, die sich im Gerichtsverfahren effektiv stellen, beantwortet werden. Für die Erledigung einer damit verbundenen Aufgabe ist entweder das Gericht oder sind die Parteien zuständig – für fehlende Zuteilung hat das System keinen Platz. Um eine nahtlose Aufteilung zu garantieren, ergibt sich daraus eine zweite Bedingung: Wo die Zuständigkeit des einen Prozesssubjekts in Bezug auf eine Tat- oder Rechtsfrage endet, ohne dass zugleich der Prozess abgeschlossen ist, setzt der Auftrag des anderen Subjekts ein. Dementsprechend reicht der gerichtliche Kompetenzumfang so weit, wie die Erledigung einer anfallenden Aufgabe nicht der Parteiseite zuteilwird. Zusammengefasst geht es demnach beim Zuteilungsgegenstand um *sämtliche* sich im Prozess stellenden Aufgaben und, was deren Aufteilung zwischen dem Gericht und den Parteien betrifft, um ein *Entweder-oder*.
- 280 Für diese Zuteilung der Aufgaben an die Parteien respektive an das Gericht ist für die dritte Prämisse die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu berücksichtigen: Nach dieser obliegt das für sämtliche Prozessteilnehmer verbindliche Beantworten von Rechtsfragen eindeutig dem Gericht.⁹³⁵ Dies hat namentlich auch dann zu gelten, wenn die Beantwortung einer Rechtsfrage der Erstellung des Sachverhalts dient.

⁹³⁴ Vgl. hierzu N. 118 i.V.m. N. 106–107 zu den Tat- und den Rechtsfragen des Sachrechts sowie N. 119–125 zu denjenigen des Verfahrensrechts.

⁹³⁵ BGE 118 Ia 144 E. 1c; 4A_505/2012 E. 3.5; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 35; vgl. auch BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 19: «*Nicht in den Bereich des Untersuchungsgrundsatzes fallen Rechtsfragen, die das Gericht von Amtes wegen festzustellen hat [...].*» (Hervorhebung im Original).

II. Ermittlung der Trennlinie der Aufgabenteilung bei der Sachverhaltserstellung

a. Rechtliche Natur der Parteitätigkeiten im Bereich des Einbringens des Sachverhalts

i) Anknüpfen an BÜLOWs Prozessrechtsverhältnis

Die vorliegende Abhandlung übernahm im zweiten Kapitel das Konzept der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen auf die Anwendung des Verfahrensrechts.⁹³⁶ Hierbei wurde auf das von Oskar BÜLOW beschriebene Prozessrechtsverhältnis zurückgegriffen, dem ein neues, sich fortlaufend entwickelndes Sein zwischen den Prozessbeteiligten zugrunde liegt.⁹³⁷ Ähnlich wie die Tatfrage im Rahmen der Anwendung des Sachrechts beantwortet, was im streitgegenständlichen Zivilrechtsverhältnis aktuell ist, was dort war und was allenfalls noch sein wird,⁹³⁸ beantwortet nun die Tatfrage im Rahmen der Anwendung des Verfahrensrechts, was sich im prozessualen Sein abspielt⁹³⁹. 281

In zeitlicher Hinsicht beginnt sich das Prozessrechtsverhältnis zwar *später* zu entwickeln als das strittige Zivilrechtsverhältnis;⁹⁴⁰ das prozessuale Sein ist dem zivilrechtlichen also grundsätzlich nachgelagert. Wie im Kapitel 2 dargestellt, verlangt aber die Erstellung des materiell-rechtlichen Sachverhalts, dass gewisse Rechtsfragen zum Einbringen und Feststellen des Prozessstoffs *vorab* beantwortet werden. Hierbei handelt es sich namentlich um die Fragen wer welche Urteilsgrundlagen in welcher Weise unter welcher Verpflichtungsart in den Prozess einzubringen hat.⁹⁴¹ Da eine verbindliche Antwort auf diese Rechtsfragen erst mit der Begründung des beschriebenen Prozessrechtsverhältnisses zum Gericht erforderlich wird, also erst dann, wenn sich im konkreten Fall die Verbindung zwischen Sach- und Prozessrecht aktualisiert, wurden sie vorliegend als Rechtsfragen des Verfahrensrechts klassifiziert. 282

⁹³⁶ Vgl. hierzu N. 112–125.

⁹³⁷ Zum Prozessrechtsverhältnis vgl. N. 23–24.

⁹³⁸ Vgl. hierzu N. 107.

⁹³⁹ Vgl. hierzu N. 119–123 .

⁹⁴⁰ Vgl. hierzu N. 23.

⁹⁴¹ Vgl. hierzu N. 131–134.

ii) Uneinigkeit hinsichtlich der Rechtsnatur gewisser Lasten und Anforderungen

1. Einordnung der Diskussion

- 283 Nun herrscht in der Lehre allerdings Uneinigkeit darüber, ob gewisse Lasten beziehungsweise bestimmte Anforderungen an die Parteitätigkeiten dem Prozess- oder dem Sachrecht zuzurechnen sind. In der Folge gilt es zu prüfen, ob die zugunsten einer materiell-rechtlichen Zuordnung vorgebrachten Argumente dazu führen, dass an der vorliegend getroffenen Zuteilung von Tat- und Rechtsfragen zum Verfahrensrecht Präzisierungen in dieser Hinsicht vorzunehmen wären. Bevor hierauf eine Antwort gegeben werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass sich in diesem Zuteilungsdisput verschiedene Themen verknäueln:
- 284 Zunächst stellt sich grundlegend die Frage, wie eine Last umschrieben wird. Diesbezüglich wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Begriff der Substantiierung in der Lehre nicht einheitlich verwendet wird: Verschiedene Autorinnen und Autoren assoziieren bereits mit dem erstmaligen Behaupten, und zuweilen auch mit der Bestreitungstätigkeit, eine gewisse Substantiierungslast.⁹⁴² Diese verschiedenen Interpretationen führen zu Schwierigkeiten, wenn es darum geht, Vergleiche zu ziehen.⁹⁴³
- 285 Ist die Definitionsfrage der Lasten geklärt, stellt sich im Anschluss die Frage, nach welchen Kriterien Autorinnen und Autoren die Zuordnung zum Sach- oder zum Prozessrecht entscheiden. Bei Zuordnungsschwierigkeiten stellt die herrschende Lehre darauf ab, ob bei einer gegebenen Fragestellung der prozessuale oder der materiell-rechtliche Aspekt des Instituts im Vordergrund steht.⁹⁴⁴ Dass nun gerade im Kontaktbereich zwischen Sach- und Verfahrensrecht, wo auch die vorliegend interessierenden Tätigkeiten zum Einbringen des Prozessstoffs hingehören, die Argumentationen in vertretbarer Weise in die eine wie in die andere Richtung gehen können, erstaunt doch wenig.
- 286 Und schliesslich ist zu berücksichtigen, welcher Epoche eine zu diesen Punkten geäußerte Meinung angehört: Denn seit der Vereinheitlichung der Zivilprozessordnung und der damit einhergehenden Abschaffung der entsprechenden kantonalen Regelungen hat die Frage, inwiefern kantonales Recht auch im Bereich der Sachverhaltserstellung geeignet sein kann, die Entfaltung des Bundesprivatrechts zu beeinträchtigen, an Brisanz verloren. Da solche derogatorischen Argumente

⁹⁴² Vgl. hierzu N. 157–158 und insb. die Hinweise in FN. 431.

⁹⁴³ Zu dieser Feststellung gelangte auch MEIER R., N. 305.

⁹⁴⁴ HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 7.

für die Zuteilung von Parteilasten zum materiellen Recht nunmehr eine ungleich geringere Rolle spielen, ist nicht auszuschliessen, dass ältere Meinungen, welche für Abgrenzungsfragen noch besonderen Wert auf dieses Argument legten, unter den neuen Gegebenheiten auch revidiert würden.

Es führte zu weit, all diese Punkte in Bezug auf jede Lehrmeinung aufzuschlüsseln. Vorliegend soll es genügen, auf diese thematischen Verflechtungen aufmerksam zu machen und nunmehr darauf zu fokussieren, welche Konsequenzen aus diesem Lehrstreit auf die Zuteilung der Tat- und der Rechtsfragen zum Prozess- respektive zum Sachrecht zu ziehen sind. 287

2. Substantiierungsanforderungen

Das Bundesgericht führte bereits vor langer Zeit aus, es sei das materielle Bundesrecht, welches bestimmt, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, um von einem unter eine Bundesnorm subsumtionsfähigen Vortrag ausgehen zu können.⁹⁴⁵ Dass sich der nun vereinheitlichten Prozessordnung keine Bestimmung zur Substantiierung von Behauptungen entnehmen lässt, ist nicht zuletzt auch auf den bereits erwähnten Umstand zurückzuführen, dass sich schlicht kein generell 288

⁹⁴⁵ BGE 98 II 113 E. 4a (mit der Präzisierung der vermeintlich anders lautenden Aussage im BGE 97 II 216 E. 1, wonach sich «*die Behauptungs- und Substanziierungspflicht [...] nicht aus Art. 8 ZGB ergibt, sondern dem kantonalen Recht angehört, dieses folglich darüber zu bestimmen hat, wieweit die Parteien ihre Ansprüche begründenden Tatsachen vorzubringen haben und wieweit der Richter nicht vorgebrachte Tatsachen von sich aus berücksichtigen darf* (BGE 78 II 98, 87 II 141, 89 II 121, 95 II 451).»); BGE 105 II 143 E. 6a) aa); BGE 107 II 172 E. 1; BGE 108 II 337 E. 2b; BGE 112 II 172 E. I.2. c); BGE 123 III 183 E. 3e; BGE 127 III 365 E. 2b; 4C.408/1999 E. 1b) aa); 4C.332/2000 E. 4b; 4C.374/2001 E. 3.1; 4C.82/2006 E. 3.4; 4C.166/2006 E. 3; 4C.434/2006 E. 3.6; 4A_291/2007 E. 3.4; 4A_70/2008 i.V.m. 4A_230/2009 E. 4.5.2; 4A_210/2009 E. 3.3; 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_499/2010 E. 3.1; 4A_438/2010 E. 3.4.2.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 545); 4A_169/2011 E. 6.2; 4A_225/2011 E. 2.2; 4A_390/2011 E. 3.1.1; 4A_588/2011 E. 2.2.1; 4A_709/2011 E. 3; 4A_591/2012 E. 2.1; 4A_178/2013 E. 2.3.3 und 3.2.2; 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206), alle i.d.R. m.H.a. die Rechtsprechung; im Urteil 4A_69/2012 E. 4.1 bezieht sich das BGer zudem ausdrücklich auf Art. 8 ZGB: «*Art. 8 ZGB bestimmt ebenfalls darüber, wie weit ein Sachverhalt zu substanziieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann [...]*».», m.w.H. Vgl. zu dieser Thematik auch: SCHWEIZER, S. 557 und 559 f.; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 43 und FN. 41 f. sowie N. 81; BRÖNNIMANN, Diss., S. 132; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 51 und 56 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 ZPO N. 6 und § 113 ZPO N. 1; TSCHUDI, S. 35; WALTER, Bundesprivatrecht, S. 286 ff.; DOLGE, Anforderungen, S. 21; MEIER I., Prinzipiennormen, S. 43.

logisch richtiger Substantiierungsgrad ausmachen lässt⁹⁴⁶. Diese Gegebenheit steht somit der Frage nicht im Wege, ob es sich mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung tatsächlich noch immer rechtfertigt, an dieser sogar bereits mehr als hundertjährigen Rechtsprechung⁹⁴⁷ festzuhalten.

- 289 Während die gegenwärtige Ansicht des Bundesgerichts noch schwierig einzuordnen scheint,⁹⁴⁸ ist sich die Lehre uneinig: Die Mehrheit vertritt weiterhin die Meinung, dass sich die Anforderungen an die Substantiierung aus dem materiellen Bundesrecht ergeben.⁹⁴⁹ Zur Rechtfertigung dieser Auffassung werden die anspruchsbegründende Sachrechtsnorm selbst, ein ungeschriebener Satz des materiellen Bundesrechts oder auch der Art. 8 ZGB als mögliche Anknüpfungspunkte gewählt.⁹⁵⁰ Den gemeinsamen Nenner dieser Begründungsansätze erblickt

⁹⁴⁶ Vgl. hierzu N. 161.

⁹⁴⁷ BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 56; SCHWEIZER, S. 559, beide m.H.a. BGE 26 II 287 E. 4, wo zu lesen ist: *«Die Einrede der mangelhaften Substanziierung der Klage ist insoweit civilrechtlicher Natur und daher geeignet, mittels der Berufung der Beurteilung des Bundesgerichtes unterstellt zu werden, als es sich dabei um die Frage handelt, was für Thatsachen behauptet sein müssen, damit die sämtlichen materiellrechtlichen Voraussetzungen des erhobenen Anspruches in der Klage geltend gemacht seien. Sie gehört dagegen ausschließlich dem Prozeßrecht an, [...] soweit sie sich darauf stützt, daß die zum Klagefundament gehörigen Thatsachen nicht in der prozessualisch vorgeschriebenen Form vorgebracht worden seien.»*; ebenfalls auf diesen Entscheid hinweisend: HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 FN. 42.

⁹⁴⁸ Nach JOSI, S. 58, m.H.a. das Urteil 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206), scheint das BGer noch immer von einer materiell-rechtlichen Quelle auszugehen, während HAAS/BÜHLER, S. 290, m.H.a. die Rechtsprechung erläutern, dass das BGer die Frage nach der Rechtsnatur der Substantiierungslast auch bereits ausdrücklich offengelassen hat.

⁹⁴⁹ So die Feststellung von SCHWEIZER, S. 560, der aber selbst a.M. ist. Für die weiterhin materiell-rechtliche Zugehörigkeit einstehend z.B.: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N. 113; DOLGE, Anforderungen, S. 21 f.; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 286; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 19 f.; OEHLER, S. 94; TANNER, S. 738; KuKo-SCHMID, Art. 150 N. 3; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 4; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 29; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 21; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 72 und 74; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 22. Zu Autoren, die demgegenüber wie SCHWEIZER die Substantiierungspflicht dem Prozessrecht zuordnen, vgl. N. 292 in der vorliegenden Abhandlung.

⁹⁵⁰ SCHWEIZER, S. 559 f.; vgl. auch HAAS/BÜHLER, S. 288 f. zur Rechtsgrundlage; DOLGE, Anforderungen, S. 21 f.; MEIER I., Prinzipiennormen, S. 43. Zu den bundesgerichtlichen Begründungsansätzen eines ungeschriebenen Satzes des materiellen Bundesrechts und zu Art. 8 ZGB vgl. insb. BGE 108 II 337 E. 2b und 2c m.w.H.

Mark SCHWEIZER darin, dass sie alle die zur Durchsetzung des materiellen Rechts notwendigen Vorschriften ebenfalls dem Sachrecht zurechnen.⁹⁵¹

3. Objektive Beweislast

Das Beweisrecht gehört grundsätzlich dem Prozessrecht an.⁹⁵² Klarerweise gilt dies für die subjektive Beweislast, mit anderen Worten für die Beweisführungs-
last,⁹⁵³ für die zulässigen Beweismittel, die Art und Weise der Beweiserhebung
und für die Beweiswürdigung. Neben all diesen Aspekten ist aber auch die Frage
zentral, wie im Fall eines offenen Beweisergebnisses vorzugehen ist. In Bezug auf
diese objektive Beweislastfrage geht Art. 8 ZGB davon aus, dass eine beweisbe-
dürftige, aber unbewiesen gebliebene Tatsache *im Verfahren* keine Rechtsgrund-
lage bilden kann.⁹⁵⁴ Ohne anderslautende Bestimmung sollen die Nachteile der
non liquet-Situation also denjenigen treffen, der aus der entsprechenden Tatsache
Rechte abzuleiten versuchte. Dieser Grundsatz wurde aus historischen Gründen –
zur Sicherung der einheitlichen prozessualen Durchsetzung des bundesrechtlich
kodifizierten Privatrechts – ins Zivilgesetzbuch aufgenommen. Damit war also die
Regulierung dieser Beweislast dem kantonalen Prozessrecht entzogen.⁹⁵⁵

Noch heute allerdings herrscht auch Uneinigkeit hinsichtlich der Einordnung
der Beweislastregel als materielles oder formelles Recht.⁹⁵⁶ Als ebenfalls zent-
rale Norm im hier diskutierten Kontaktbereich zwischen Sach- und Prozessrecht
lassen sich für die eine wie die andere Seite nachvollziehbare Argumente finden:
Befürworter einer Zuordnung zum materiellen Recht⁹⁵⁷ sind etwa der Ansicht,
dass Beweislastnormen dem Rechtsgebiet zuzurechnen sind, dem der Rechtssatz

⁹⁵¹ SCHWEIZER, S. 560 m.H.a. MEIER I., Privatrecht, S. 24.

⁹⁵² GULDENER, Bundesprivatrecht S. 47; MEIER I., ZPR, S. 24.

⁹⁵³ HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 40 f., wonach die Beweislast im subjektiven Sinn nicht von Art. 8 ZGB betroffen ist; vgl. auch: KAUFMANN M., S. 1199; MEIER I., ZPR, S. 24.

⁹⁵⁴ GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 13 f.

⁹⁵⁵ Vgl. STEINAUER, N. 692; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 6; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 9 ff. und 33.

⁹⁵⁶ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 25; WALTER, Rechtsfragen, S. 28 f., spricht davon, dass Art. 8 ZGB eine materielle und eine formelle Seite hat, die beide an den Begriff der Beweislosigkeit gebunden sind. Vgl. auch die Beschreibung zweier Sichtweisen bei GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 13 ff.

⁹⁵⁷ Z.B.: SCHMID, S. 14 und FN. 9; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 3 und FN. 4 sowie KAUFMANN M., S. 1199 und FN. 2, je mit Listen weiterer Befürworter; des Weiteren

angehört, der die streitige Tatsache als Voraussetzung enthält; denn schliesslich hat die Beweislast die materiell-rechtliche Behandlung dieses offenen Beweisergebnisses zum Gegenstand.⁹⁵⁸ Auch wird argumentiert, dass das Verhältnis von Beweisbarkeit und Rechtsschutz, als Ausschnitt aus dem Beweisrecht, durch dessen Regelung im ZGB zu materiellem Zivilrecht gemacht wird.⁹⁵⁹ Und nicht zuletzt erfolgt zuweilen der Hinweis, dass im Bereich des internationalen Privatrechts die Beweislast der *lex causae* und nicht der *lex fori* untersteht.⁹⁶⁰

iii) Auswirkungen auf die Zuordnung von Rechtsfragen zum Verfahrensrecht

1. Argumente für die Zugehörigkeit der Substantiierungsanforderungen und der objektiven Beweislast zum Verfahrensrecht

1.1. Substantiierungsanforderungen

- 292 Bereits im Kapitel 2 wurde Wolfram HENCKELS Definition zum Regelungsgegenstand des Zivilprozesses beigezogen, auf die nun an dieser Stelle zurückzukommen ist:⁹⁶¹ Wie gesehen, geht es gemäss HENCKEL beim Zivilprozessrecht um den *«Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln»*^{962 963}. Unter Bezugnahme auf diese Definition vertritt Mark SCHWEIZER die Ansicht, dass auch die Anforderungen an die Substantiierung zu ebendiesem zu regelnden

WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 30 ff.; LEUENBERGER/UFFERTOBLE, N. 9.9; HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 3.

⁹⁵⁸ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 25; vgl. auch die Darstellung bei GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 13 f.

⁹⁵⁹ HAUSHEER/JAUN, Art. 8, 9 und 10 N. 3 (vgl. aber auch DIES., N. 10 f., wo sie Art. 8 ZGB als *prozessuale* Vorschrift des Bundesrechts bezeichnen).

⁹⁶⁰ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 25. Zu den *lex fori*- und den *lex causae*-Fragestellungen vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 7 N. 80 ff.

⁹⁶¹ Vgl. hierzu N. 116.

⁹⁶² HENCKEL, Prozessrecht, S. 24 f., vgl. auch S. 22 und im Ansatz bereits S. 8 f.

⁹⁶³ Aufgenommen wurde HENCKELS Ansatz z.B. auch von: MEIER I., Diss., S. 9; MEIER I., ZPR, S. 24; MEIER I., Privatrecht, S. 5 und 15; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 3 N. 10 ff.; BERTI, Diss., S. 26; BERTI, Verhältnis, S. 12; SCHWEIZER, Substantiieren, S. 561; WILLISEGGER, S. 48 FN. 177. Ergänzung von HENCKELS Abgrenzung um den Begriff des Streitgegenstands durch KONZEN, S. 48 ff. (vgl. diesbez. auch die Erläuterungen bei BERTI, Verhältnis, S. 12 f., und BERTI, Diss., S. 27); vgl. zudem die Kritik bei HABSCHIED, Grundlagen, N. 38.

menschlichen Verhalten zu zählen sind.⁹⁶⁴ Auch wenn das Prozessrecht als «*Normen, die das Verfahren vor Zivilgerichten regeln*» zusammengefasst wird, gelangt SCHWEIZER noch immer zum selben Resultat.⁹⁶⁵ Der genannte Autor zeigt in sehr anschaulicher Weise auf, dass die Frage, welche Tatsachen gegeben sein müssen, damit ein Anspruch entsteht, zwar vom materiellen Zivilrecht beantwortet wird; demgegenüber lässt sich aber die Antwort auf die Frage, *wie detailliert* der Sachvortrag zu sein braucht, gerade nicht dem materiellen Recht entnehmen.⁹⁶⁶ Bereits rund 20 Jahre vor der Zeit der eidgenössischen Zivilprozessordnung beschäftigte sich auch Stephen BERTI zu Beginn eines Aufsatzes unter anderem mit der vorliegend zitierten Formel von HENCKEL und gelangte im weiteren Verlauf zum Schluss, dass «[d]ie Normen, welche das Vorbringen der Tatsachen, ihre Substanziierung und ihren Beweis regeln [...] prozessualer Art [sind], denn sie betreffen Voraussetzungen im Verhältnis zwischen Rechtspflegeorgan und Privatrechtssubjekt im Vorfeld des materiellen Subsumtionsvorganges, in welchem über die Begründetheit der Rechtsfolgebehauptung befunden wird»⁹⁶⁷. Und auch der nur wenige Jahre zuvor erschienenen Dissertation von Jürgen BRÖNNIMANN ist die Feststellung zu entnehmen: «Über die erforderliche Substanziierung – die Art und Weise, den Umfang und Detaillierungsgrad der Tatsachenvorbringen – zu bestimmen, ist als Formfrage Sache der jeweiligen Prozessordnung; [...]»⁹⁶⁸ Als eine «jedenfalls seit Inkrafttreten der ZPO zivilprozessuale Frage» klassifiziert auch Paul OBERHAMMER den gebotenen Grad der Substantiierung, der sich aus dem Substantiierungsgrad der vom Gegner vorgetragenen Behauptungen oder Bestreitungen ergibt.⁹⁶⁹ Reto MARGHITOLA pflichtet diesen Autoren bei.⁹⁷⁰ Und mit einer ähnlichen Beschreibung reiht sich nicht zuletzt auch Daniel WILLISEGGER bei den

⁹⁶⁴ SCHWEIZER Substanziieren, S. 561.

⁹⁶⁵ SCHWEIZER, S. 560 f. m.H.a. das Werk von VOGEL/SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, deren «*Begriff des Zivilprozessrechts*» (§ 2 N. 12) unverändert von BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 1 N. 12, übernommen wurde, sowie auf MEIER I., ZPR S. 3.

⁹⁶⁶ SCHWEIZER, S. 561; vgl. auch HAAS/BÜHLER, S. 292.

⁹⁶⁷ BERTI, Verhältnis, S. 27 (Hervorhebung im Original); vgl. auch DENS., a.a.O., S. 29.

⁹⁶⁸ BRÖNNIMANN, Diss., S. 12.

⁹⁶⁹ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 12.

⁹⁷⁰ Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.76; neben diesem Autor gehört auch der zweite Herausgeber des Fachhandbuchs, Ulrich HAAS, zusammen mit Sophie BÜHLER zu der Vertreterschaft der prozessualen Natur der Substantiierungslast, vgl. HAAS/BÜHLER, S. 290 f. und 312.

Autorinnen und Autoren ein, welche die grundsätzliche Zugehörigkeit der Substantiierungsanforderungen zum Verfahrensrecht befürworten.⁹⁷¹

1.2. Objektive Beweislast

293 Wie aus den vorliegenden Erläuterungen hervorgeht, existiert zur objektiven Beweislastverteilung – im Gegensatz zum gebotenen Substantiierungsgrad – eine schriftliche Grundregel. Deren Verortung im Zivilgesetzbuch ist, wie bereits erwähnt, im Kontext der historischen Legiferierungskompetenzen zu verstehen.⁹⁷² Nach dem diesbezüglichen Wechsel, den die Vereinheitlichung des Prozessrechts mit sich gebracht hat, erläuterte Hans Peter WALTER den Art. 8 ZGB dahingehend, dass der eidgenössische Gesetzgeber im äusseren System die Bestimmung im Privatrecht «belassen» und «darauf verzichtet» hat, sie «auch» in der Prozessordnung zu verankern.⁹⁷³ Wenngleich WALTER auch im inneren System von einer nach wie vor privatrechtlichen Norm ausgeht,⁹⁷⁴ klingt eine solche Äusserung doch wenig nach einer kategorischen Absage an die gegenteilige Ansicht. Nun stellt eine historische Verortung im materiell-rechtlichen oder prozessualen Regelwerk gemäss Wolfram HENCKEL kein verbindliches Kriterium für die Klassifikation einer Regelung dar: Nach HENCKEL ist das Prozessrecht vielmehr durch seinen Gegenstand, den Prozess, gekennzeichnet.⁹⁷⁵ Dass das Belassen einer Bestimmung im materiell-rechtlichen Regelwerk keinen Hinderungsgrund für deren verfahrensrechtliche Zuteilung darstellt, belegt auch Isaak MEIER: Nicht nur, indem sich dieser in seinem Lehrbuch auf HENCKELS Abgrenzung zwischen Privat- und Prozessrecht bezieht und hierzu ausführt, dass Beweislast und Beweislastverteilung dem Prozessrecht zuzuordnen sind.⁹⁷⁶ Sondern auch dadurch, dass er die allgemeine Beweislastnorm in seiner eigenen Abhandlung zum Verhältnis zwischen Prozess- und Privatrecht schlicht zu den «*ausdrücklichen* prozessualen Normen im Bundes-

⁹⁷¹ WILLISEGGER, S. 133 m.H., dass das Sachrecht bestimmt, wen für welche Tatsache die Substantiierungslast trifft, während der Grad der gebotenen Substantiierung durch das Prozessrecht und in der Praxis durch das Wechselspiel der Parteivorträge bestimmt wird.

⁹⁷² Vgl. hierzu N. 290.

⁹⁷³ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 8; zum Belassen der Regelung im ZGB vgl. z.B. auch: WALTER, Beweis, S. 48; STEINAUER, N. 692; MEIER I., ZPR, S. 25.

⁹⁷⁴ BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 25; WALTER, Beweis, S. 48.

⁹⁷⁵ HENCKEL, Prozessrecht, S. 5.

⁹⁷⁶ MEIER I., ZPR, S. 24 und 276.

recht»⁹⁷⁷ zählt. Dass die Normen zur Beweislastverteilung mit der Neuaufteilung der Gesetzgebungskompetenzen nicht verschoben wurden, erachtet MEIER denn im Übrigen auch explizit als richtig: Zwar handle es sich um prozessuale Institute; da diese aber so sehr mit privatrechtlichen Ansprüchen verbunden sind, dränge es sich auf, sie zusammen mit den entsprechenden materiellen Fragen zu regeln.⁹⁷⁸ Dies leuchtet ein; im Kontext der vorliegenden Analysen ist nun zugleich hervorzuheben, dass sachrechtlich betrachtet die Entstehung eines Anspruchs nicht von seiner Beweisbarkeit abhängt⁹⁷⁹. Soweit die beteiligten Parteien sich selbstständig über ihre Rechtsverhältnisse einigen können, spielt denn auch die Frage der Beweislastverteilung keine Rolle.⁹⁸⁰

Obschon also das Sachrecht selbst ohne Beweislast auskommen könnte, trifft selbiges nicht für die autoritative Entscheidung über strittige Ansprüche in einem Prozess zu. Die objektive Beweislastregel macht deutlich, dass das Gericht strittige Tatsachen später nur unter der Bedingung eines geglückten Beweises in die verbindliche Sachverhaltsfeststellung einfließen lassen kann. Damit ist zugleich ein chronologisches Element angesprochen, das auch in Stephen BERTIS bereits hiervoor zitierten Zuordnung zu finden ist: *«Die Normen, welche das Vorbringen der Tatsachen, ihre Substanziierung und ihren Beweis regeln, sind prozessualer Art, denn sie betreffen Voraussetzungen im Verhältnis zwischen Rechtspflegeorgan und Privatrechtssubjekt im Vorfeld des materiellen Subsumtionsvorganges, in welchem über die Begründetheit der Rechtsfolgebehauptung befunden wird.»*⁹⁸¹ Nicht nur bei den Substantiierungsanforderungen, sondern auch bei der Beweislastregel steht somit das Geschehen vor dem Rechtspflegeorgan im Zentrum, respektive der prozessuale Aspekt. Besonders auf die Regelung der objektiven Beweislast angewiesen ist nämlich letztlich die Richterschaft, welche die strittigen Geschehnisse nicht persönlich kennt⁹⁸², im Verfahren aber dennoch unter Entscheidzwang⁹⁸³ steht. So ist durchaus anzuerkennen, dass die Beweislastverteilung zwar über das materielle Schicksal einer Streitigkeit entscheidet; allerdings

⁹⁷⁷ MEIER I., Privatrecht, S. 43 f. (vgl. Titel, Hervorhebung zugefügt).

⁹⁷⁸ MEIER I., ZPR, S. 25 und 276.

⁹⁷⁹ WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 34.

⁹⁸⁰ Vgl. MEIER I., ZPR, S. 24, nach dem u.a. die Fragen der Beweislast und deren Verteilung ausserhalb des Lebensbereichs der Rechtspflege irrelevant sind.

⁹⁸¹ BERTI, Verhältnis, S. 27 (Hervorhebung im Original anders).

⁹⁸² Zur Richterschaft als aussenstehende Personen vgl. N. 84 sowie N. 188 und N. 215–216.

⁹⁸³ Zum Entscheidzwang vgl. N. 56 m.w.H.

geht gerade mit einem offenen Beweisergebnis immer auch ein augenscheinliches Risiko einher, dass der entsprechend der Beweislastregel getroffene Entscheid nicht die *tatsächliche* materielle Rechtslage widerspiegelt: Das heisst, dass die Dinge in Tat und Wahrheit anders liegen, ist besonders in solchen Fällen nicht ausgeschlossen. Daher handelt es sich bei der Beweislast doch in erster Linie um eine prozessuale Handlungsanweisung, was die Gerichte im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung als richtig zu erachten haben, soweit es ihnen ansonsten nicht möglich ist, dies klar zu erkennen.⁹⁸⁴

2. Fazit

2.1. Keine Verschiebung in Richtung Rechtsfragen des Sachrechts

- 295 Für die Beschreibung der Aufgabenteilung ist die Kategorisierung in Tat- und Rechtsfragen zentral.⁹⁸⁵ Dies gilt auch dann, wenn, wie vorliegend, die Aufgabenteilung im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltsfeststellung im Fokus steht. Die Frage, ob die mit den Einbringtätigkeiten verbundenen Anforderungen letztlich dem Sach- oder dem Verfahrensrecht angehören, ist für die Aufgabenverteilung an sich zwar von untergeordneter Bedeutung, doch wie der weitere Verlauf der Abhandlung aufzeigt, macht diese zusätzliche Einordnung der Tat- und Rechtsfragen die Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gericht noch einiges anschaulicher.
- 296 Bei genauer Betrachtung liegen die hiervoor aufgezeigten Argumente, welche für eine Zuordnung der Substantiierungsanforderungen und der objektiven Beweislast zum Verfahrensrecht sprechen, auch der vorliegend im Kapitel 2 vorgenommenen Einteilung zugrunde: Denn das Konzept der Tat- und Rechtsfragen bei der Anwendung des Verfahrensrechts, für welches auf Oskar BÜLOWS Prozessrechtsverhältnis zurückgegriffen wurde, berücksichtigte bereits Wolfram HENCKELS Beschreibung des Zivilprozessrechts als Regelung von *menschlichem Verhalten vor einer Rechtspflegeinstanz*⁹⁸⁶. Aber auch dem eben erläuterten *zeitlichen Aspekt*, nämlich dass gewisse Rechtsfragen zum Einbringen des Prozessstoffs sich vor der autoritativen Sachverhaltsfeststellung und der sachrechtlichen Subsumtion aktualisieren und vorab beantwortet werden müssen, wurde Rechnung getragen.⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ JOLIDON, S. 187 f.

⁹⁸⁵ Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen für die Aufgabenteilung vgl. N. 96–97.

⁹⁸⁶ Vgl. hierzu N. 116.

⁹⁸⁷ Vgl. hierzu N. 132–133.

Basierend auf diesen Überlegungen wurde vorliegend die rechtliche Regelung des Einbringens von Prozessstoff, welches das neue, sich kontinuierlich entwickelnde prozessuale Sein mitprägt, dem Verfahrensrecht zugeordnet.⁹⁸⁸

Stellt man sich bildlich vor, wie das Prozessrechtsverhältnis nach BÜLOWS 297 Beschrieb zum strittigen Verhältnis *hinzutritt*, kommt die *prozessuale Erstellung des strittigen Sachverhalts* quasi im *Überlagerungsbereich* der beiden Rechtsverhältnisse zu liegen. Mit einer solchen Betrachtung ist es selbstverständlich, dass Regelungen zum Einbringen einer Streitsache in den Prozess letztlich eine Verbindung zum Sachrecht eingehen müssen. Würden allerdings aufgrund der Aufgabe des Verfahrensrechts, das Sachrecht durchzusetzen,⁹⁸⁹ diejenigen Regeln, die zur Durchsetzung des Sachrechts notwendig sind, ebenfalls diesem zugerechnet, muss dies dazu führen, was bereits Mark SCHWEIZER signalisierte: Nämlich, dass zum Ende hin fast jede zivilprozessuale Vorschrift als Teil des materiellen Zivilrechts aufzufassen wäre.⁹⁹⁰ Somit vermögen die Argumente für eine Angliederung der Substantiierungsanforderungen und der objektiven Beweislast zum Sachrecht für die vorliegende Analyse zwar keine Umteilung von Rechtsfragen des Verfahrensrecht hin zum Sachrecht zu rechtfertigen. Sie unterstreichen aber die Notwendigkeit, in der Folge aufzuzeigen, wie die Überlagerung der Rechtsverhältnisse funktioniert und welche Rolle dabei dem materiellen Recht zukommt.

2.2. Einbezug einer verschachtelten Subsumtionsprüfung zwischen Prozess- und Sachrecht

Wie gerade erläutert, könnte der Prozess seine Aufgabe – die Verwirklichung des materiellen Rechts – nicht erfüllen, würden seine Regeln zu den Tätigkeiten des Einbringens von Sachverhaltshypothesen letztlich nicht auf die sachrechtlichen Tatbestandsmerkmale zurückgreifen. Dieser Rückgriff kann nun, so die vorliegend vertretene Ansicht, auch als eine Art *verschachtelte Subsumtionsprüfung* betrachtet werden, wie sie im Kapitel 2 – dort jedoch im rein sachrechtlichen Kontext – beschrieben wurde:⁹⁹¹ 298

So lässt sich annehmen, dass die im Kapitel 3 behandelten prozessualen Grundbestimmungen zu den Einbringtätigkeiten, Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO sowie 299

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu insb. N. 131–134 über relevante Rechtsfragen des Verfahrensrechts im Rahmen des Einbringens von Prozessstoff.

⁹⁸⁹ Zur dienenden Funktion des Prozessrechts vgl. N. 114–115.

⁹⁹⁰ SCHWEIZER, S. 560.

⁹⁹¹ Vgl. hierzu N. 91–92.

Art. 222 Abs. 2 ZPO,⁹⁹² mit den geforderten Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Beweisen zu den rechtsrelevanten Tatsachen einen Rückgriff auf die einschlägigen Sachrechtsnormen enthalten. Gedanklich kann sodann eine Parallele etwa zur Nichtigkeit von widerrechtlichen Verträgen nach Art. 20 Abs. 1 OR gezogen werden. Im Sinne einer verschachtelten Subsumtionsprüfung verlangen nämlich beide Analysen ähnlich gelagerte Zwischen-Subsumtionsschritte⁹⁹³: Die Widerrechtlichkeit eines Vertrags lässt sich durch den Rückgriff auf eine entsprechende materiell-rechtliche Strafbestimmung begründen, wie sie etwa dem Strafgesetzbuch zu finden ist.⁹⁹⁴ Dabei wandelt sich weder die strafrechtliche Norm in eine zivilrechtliche noch umgekehrt. Auch die Sachrechtsnormen müssen sich ebenso wenig in verfahrensrechtliche wandeln – aber eben auch nicht umgekehrt⁹⁹⁵ –, wenn die in Art. 221 f. ZPO statuierten Einbringtätigkeiten anhand der potentiell einschlägigen sachrechtlichen Bestimmungen konkretisiert werden. Die geschachtelte Subsumtion lässt sich hier wie folgt beschreiben:

- 300 Ganz offensichtlich hat sich die Tätigkeit des Behauptens⁹⁹⁶ an der sachrechtlichen Norm auszurichten, aus welcher ein Anspruch abgeleitet wird – beziehungsweise an deren Tatbestandsmerkmalen. Ein Umstand, der auch in der Lehre und der Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben wird.⁹⁹⁷ Zudem belegt die im Prozess notwendige Verbindung der Beweise mit den zugehörigen rechtsrelevanten Tatsachen,⁹⁹⁸ dass mit dem Beweisantritt ebenfalls ein entsprechender Rückgriff auf die Tatbestandsmerkmale des Sachrechts verbunden ist.

⁹⁹² Vgl. hierzu N. 155–156.

⁹⁹³ Zu solchen Schritten vgl. N. 91.

⁹⁹⁴ TSCHENTSCHER, S. 100 f., spricht in diesem Fall von der *Kombination von Rechtsnormen*.

⁹⁹⁵ Vgl. auch das Fazit zur Verschiebung in N. 295–296.

⁹⁹⁶ Ausführlich zu dieser Tätigkeit vgl. N. 162–166.

⁹⁹⁷ BGE 143 III 297 E. 8.2.5.3; 4A_210/2009 E. 3.2 f.; 2C_194/2013 E. 3.1; 5A_658/2014 E. 6.3.1; 4A_1/2016 E. 2.1; 4A_427/2016 E. 3.3; 5A_641/2016 E. 2.3.1; 4A_724/2016 E. 3.1; 5A_749/2016 E. 4; 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_280/2019 E. 3.2; DOLGE, Anforderungen, S. 21; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 283; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 17 und 20; HAAS/BÜHLER, S. 291 f.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 41; BERTI, ZPO, N. 310; BRÖNNIMANN, Diss., S. 4, 130 f., 134 und 138; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.41; SARBACH M., Diss., S. 20; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; MEIER R., N. 139.

⁹⁹⁸ Zu dieser Verbindung vgl. N. 185.

Aber auch die reaktive Tätigkeit, die gegnerische Bestreitung⁹⁹⁹, die sich im Sinne von Art. 222 Abs. 2 ZPO zwar in erster Linie an der gegnerischen Rechtsschrift orientiert, kommt letztlich ebenso wenig ohne Rückgriff auf das materielle Recht aus: Denn für den von der Gegenpartei angestrebten Prozessersfolg sind allem voran diejenigen unrichtigen Behauptungen zu bestreiten, die rechtserhebliche Umstände beschreiben.¹⁰⁰⁰ Welche Umstände dies sind, bestimmen wiederum allein die Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Sachrechtsnormen, die mit den aufgestellten Behauptungen ausgefüllt werden sollen.¹⁰⁰¹ Auch für diese Tätigkeit lässt sich somit eine geschachtelte Subsumtionsprüfung unter zumindest mittelbarem Rückgriff auf das Sachrecht ausmachen.

Zwar lässt sich dem materiellen Recht entnehmen, welche Tatbestandselemente potentiell einer Substantiierung bedürfen, soweit die diesen zugehörigen Behauptungen bestritten werden. Der Detaillierungsgrad, welcher im Rahmen der weitergehenden Substantiierung¹⁰⁰² von bestrittenen Behauptungen gefordert ist, lässt sich allerdings anhand einer geschachtelten Subsumtionsprüfung nicht ableiten. Denn hierüber schweigt, wie gezeigt, eben auch das generell-abstrakt formulierte Sachrecht, auf das zurückgegriffen wird.¹⁰⁰³

2.3. In Bezug auf die Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts (*ius*) unabdingbares Einschätzungsvermögen zur Erfüllung des *da mihi facta*

Diese Überlegungen zur geschachtelten Subsumtionsprüfung helfen, die Art der für das Einbringen von Prozessstoff notwendigen Rechtskenntnisse¹⁰⁰⁴ zu erfassen. Mit Blick auf den Syllogismus betreffen diese namentlich das Erkennen voll-

⁹⁹⁹ Ausführlich zu dieser Tätigkeit vgl. N. 167–176.

¹⁰⁰⁰ Vgl. auch B/G/S I-GLASL-Art. 55 N. 11: «*Gegenstand der Behauptungs- und Bestreitungs-last bilden rechtsbegründende, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen, d.h. Tatsachen, welche Tatbestandsmerkmal des Rechtssatzes bilden, dessen Anwendung in Frage steht.*» (Hervorhebung zugefügt); Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.127: «*Zu bestreiten sind einzig rechtserhebliche Tatsachen. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche eine Rechtsfolge nach sich ziehen.*» (Hervorhebung weggelassen).

¹⁰⁰¹ Zu den rechtserheblichen Umständen vgl. N. 87 i.V.m. N. 88–89.

¹⁰⁰² Ausführlich zu dieser Tätigkeit vgl. N. 177–182.

¹⁰⁰³ Vgl. hierzu N. 292.

¹⁰⁰⁴ Zu Autorinnen und Autoren, welche die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen hervorheben, vgl. FN. 379.

ständiger Obersätze, deren Auslegung wie auch den Bereich der Subsumtion im Untersatz. Dies alles in zweierlei Hinsicht:

- 304 Weil das Prozessrecht im Sinne einer geschachtelten Subsumtionsprüfung letztlich auf das Sachrecht zurückgreift für die Beschreibung dessen, was Gegenstand von Behauptungen, Bestreitungen und Beweisen zu bilden hat,¹⁰⁰⁵ wird den Parteien ein *Einschätzungsvermögen in Bezug auf Rechtsfragen des Sachrechts* abverlangt: Nach dem Auffinden der relevanten Gesetze sind die für den Fall potentiell einschlägigen Normen und deren Verknüpfungen zu eruieren. Aus der Perspektive *facta* gilt es insbesondere, die Rechtserheblichkeit von einzelnen Sachverhaltselementen sowie deren Fähigkeit, einen Teil oder auch ein ganzes Tatbestandsmerkmal einer Norm auszufüllen¹⁰⁰⁶, zu beurteilen.¹⁰⁰⁷
- 305 Um die Sachverhaltshypothese sodann korrekt in den Prozess einzubringen, ist darüber hinaus eine gewisse Gewandtheit mit der Verfahrenstechnik beziehungsweise ein *Einschätzungsvermögen in Bezug auf Rechtsfragen des Verfahrensrechts* nötig: Wer hat in welcher Form und mit welcher Detailtreue Tatsachen prozessual rechtsgenüglich zu behaupten, zu bestreiten, zu substantiieren und zu beweisen? Hierbei genügt es regelmässig nicht, die entsprechende Verfahrensbestimmung zu finden und zu lesen, um die Konklusionen in Bezug auf die eigene Sachverhaltshypothese zu ziehen.¹⁰⁰⁸ Nicht alles Prozessrelevante ist im Gesetz geregelt: Bereits zur Substantiierung fehlt jegliche Norm und auch für das Behaupten, das Bestreiten und das Beweisen ist weitergehendes juristisches Beurteilungsvermögen notwendig, da das Gesetz den jeweils geforderten Detaillierungsgrad, wie er hiervor im Kapitel 3 zu den einzelnen Einbringtätigkeiten umschrieben wurde¹⁰⁰⁹, grundsätzlich nicht erläutert. Selbst Logik hilft kaum weiter, existiert doch gerade kein logisch richtiger Detaillierungsgrad.¹⁰¹⁰ Sogar juristisch geschulten Personen fällt es zuweilen schwer, bei der Substantiierung abzuschätzen, wie viel Detailreichtum die Gerichte als notwendig erachten.¹⁰¹¹ Umso mehr ist dies beim juris-

¹⁰⁰⁵ Vgl. hierzu N. 298–301.

¹⁰⁰⁶ Vgl. hierzu N. 102 i.V.m. N. 87.

¹⁰⁰⁷ Vgl. auch die syllogistisch klassifizierten Rechtsfragen des Sachrechts in N. 106, die sich in gewissem Masse auch den Parteien stellen.

¹⁰⁰⁸ Vgl. auch die syllogistisch klassifizierten Rechtsfragen des Verfahrensrechts in N. 124, die sich in gewissem Masse auch den Parteien stellen.

¹⁰⁰⁹ Vgl. hierzu N. 161–186.

¹⁰¹⁰ Vgl. hierzu N. 161.

¹⁰¹¹ Hinweise, dass die Einschätzung über die rechtsgenügli- che Erfüllung der Substantiierungslast auch für Rechtskundige schwierig sein kann, z.B. bei: G/J/S-SARBACH,

tischen Laien der Fall, der eigenständig die richtige Einschätzung vornehmen soll.¹⁰¹²

In Anbetracht all dessen, findet in der Praxis tatsächlich kein trennscharfes Tauschgeschäft statt, wie es in der Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* angedacht ist. Dass nun von den Parteien quasi ein Vorschlag zur möglichen Rechtsanwendung verlangt wird, kann in Anbetracht des Art. 57 ZPO tatsächlich als gewisse «Systemwidrigkeit» gewertet werden.¹⁰¹³

b. Beschrieb der Aufgabenteilung mithilfe des Konzepts der Tat- und der Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts

i) Grundlagen: GULDENER sowie die vorliegende Analyse zum Einbringen von Prozessstoff

Einem Aufsatz von Max GULDENER zufolge tragen die Parteien «[...] die Verantwortung für die prozeßordnungsgemäße Einführung der Tatsachen, auf die das Gericht die Rechtssätze zur Anwendung zu bringen hat. Lassen sie es daran fehlen, so wirkt sich das notwendig auf die materielle Entscheidung aus»^{1014, 1015}

Art. 56 N. 2; MEIER I., ZPR, S. 394 i.V.m. 298; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 27; LIENHARD A. [b], N. 124 und 237; MEIER R., N. 348.

¹⁰¹² Vgl. auch MARTIN P., S. 79, sowie S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 7, der m.H.a. MARTIN schreibt: «Welcher juristische Laie kann schon beurteilen, ob die von ihm vorgebrachten Tatsachen hinreichend substantiiert, die genannten Beweismittel ausreichend oder die gestellten Anträge hinreichend bestimmt sind [...]?».

¹⁰¹³ So FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23, und FELLMANN, Notwendigkeit, S. 288 f. (in Bezug auf die Substantiierung, wobei zu bemerken ist, dass dieser Autor zu denjenigen gehört, die Behauptungs- und Substantiierungslast nicht strikt trennen [vgl. diesbez. in der vorliegenden Abhandlung FN. 431]); vgl. auch FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 23, und FELLMANN, Notwendigkeit, S. 289: «Läuft der Vorwurf mangelnder Substanziierung daher auf den Vorwurf mangelnder Rechtskenntnis hinaus, verstösst die Abweisung der Rechtsbegehren der betroffenen Partei wegen mangelhafter Substanziierung gegen Art. 57 ZPO.» (Hervorhebungen weggelassen). FELLMANNs Argumentation zustimmend z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 41; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 72 m.H.a. FELLMANN in FN. 92. Vgl. auch KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 20 i.V.m. 24, die finden, dass an die Behauptungslast kein zu strenger Massstab angelegt werden darf, der die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkt, da dies einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkäme.

¹⁰¹⁴ GULDENER, Bundesprivatrecht S. 57 f. (Hervorhebung zugefügt).

¹⁰¹⁵ Vgl. auch die Gründe für ein unrichtiges Urteil bei HABSCHIED, Grundlagen, N. 8.

Diese Aussage lässt sich gewissermassen mit dem Kapitel 3 der vorliegenden Abhandlung veranschaulichen: So wurden hiervor zunächst die Tätigkeiten der Parteien im Rahmen der «*Einführung der Tatsachen*» beschrieben und dabei ausgeführt, welchen grundsätzlichen, «*prozeßordnungsgemäße[n]*» Anforderungen diese im Hinblick auf ihre Vollständigkeit und inhaltliche Bestimmtheit zu genügen haben.¹⁰¹⁶ Die später folgende Gegenüberstellung der Tätigkeiten bei der Prozessstoffsammlung und der «*Verantwortung*» hierfür im Sinne der sachverhaltsrelevanten Maximen zeigte sodann auf, welche Konsequenzen es mit sich bringt, wenn es die Parteien an einer prozessordnungsgemässen Einführung der Tatsachen im Anwendungsbereich der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime fehlen lassen.¹⁰¹⁷

- 308 Im vorliegenden Kapitel 4 wurde sodann erläutert, dass zur ordnungsgemässen Erfüllung der verfahrensrechtlichen Lasten, respektive für deren fallspezifische Konkretisierung, regelmässig ein Rückgriff auf das potentiell einschlägige Sachrecht stattfindet.¹⁰¹⁸ Im Sinne eines Gedankenspiels kann die Sachverhaltserstellung im Verfahren nun auch in Form eines Konditionalsatzes beschrieben werden, welcher diese Verbindungen zwischen Prozess- und Sachrecht explizit aufnimmt:
- 309 «*Wenn* das Einbringen von Aussagen und Beweisen zu den Tatbestandsmerkmalen der potentiell einschlägigen Sachrechtsnormen, unter Berücksichtigung des Verhaltens der Gegenpartei, *prozessual rechtsgenügend* erfolgt und *wenn* sich in der Folge bei der richterlichen Würdigung herausstellt, dass das Vorgebrachte inhaltlich den realen Gegebenheiten entspricht, *dann* wird dieses Vorbringen im Prozess bei der autoritativen Feststellung des Gesamtgeschehens in der Streitsache verwendet.»
- 310 Ebenso wie die hiervor zitierte Aussage von GULDENER über die Parteiverantwortung bei der Sachverhaltserstellung differenziert der vorliegend formulierte Satz die Einbringttätigkeiten, die es prozessordnungsgemäss zu erfüllen gilt, nicht einzeln aus. Dies im Anliegen darum, die Veranschaulichung der Aufgabenverteilung nicht unnötig komplex zu gestalten. Dafür enthält die stark komprimierte Formulierung zur prozessualen Sachverhaltserstellung diverse Aspekte der bisherigen Analysen, die für die Aufgabenverteilung in diesem Bereich von besonderer Bedeutung sind. Der Inhalt dieser Formel wird nachfolgend im Hinblick

¹⁰¹⁶ Vgl. hierzu N. 154 und N. 161–186.

¹⁰¹⁷ Vgl. hierzu insb. N. 212–213 (Verhandlungsmaxime) und N. 224–226 (Untersuchungsmaxime).

¹⁰¹⁸ Vgl. hierzu N. 298–301.

auf die Tat- und die Rechtsfragen im Rahmen der Anwendung des Sach- und des Verfahrensrechts¹⁰¹⁹ aufgeschlüsselt. So kann vor dem Hintergrund der im Unterkapitel B. I. aufgestellten Prämissen der Beitrag der verschiedenen Prozesssubjekte zur Beantwortung dieser Fragen eruiert werden. Auf diese Weise soll mithilfe der Kategorisierung aus dem Teil I der Verlauf der Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung ermittelt werden.

**ii) Beschrieb der Aufgabenverteilung
im Bereich der Sachverhaltserstellung**

1. Aufgaben der Parteien

Mit dem von Oskar BÜLOW beschriebenen zusätzlichen und ab Verfahrensein- 311
leitung sich in kontinuierlicher Entwicklung befindlichen Prozessrechtsverhältnis
wurde im Kapitel 2 ein prozessuales Sein assoziiert,¹⁰²⁰ das vorliegend als Tatfrage
klassifiziert wurde, die es für die Anwendung des Verfahrensrechts zu beantwor-
ten gilt. Wenn sich nun die Parteien um die tatsächlichen Aspekte zu kümmern
haben, stellt sich also die Frage, was die Aufforderung *da mihi «facta»* zu bedeu-
ten hat, in zweierlei Hinsicht. Einerseits in Bezug auf den strittigen Sachverhalt,
kurz gefasst: die *Tatfrage des Sachrechts*. Andererseits aber gestalten die Parteien
auch das Geschehen im Prozessrechtsverhältnis, analog: die *Tatfrage des Verfah-
rensrechts*.¹⁰²¹

1.1. In Bezug auf die Tatfrage des Sachrechts

Damit das Gericht im Zivilverfahren einen verbindlichen Entscheid über den ihm 312
zunächst unbekannten, strittigen Sachverhalt fällen kann, ist die Angelegenheit in
den Prozess einzubringen. Die Darstellungen im Kapitel 3 haben ergeben, dass
die eigentliche Beantwortung der Tatfrage im Rahmen der Anwendung des Sach-
rechts, also die Feststellung, welche der von den Parteien dargelegten Hypothesen
über die rechtserheblichen Elemente als verbindlich zu gelten hat, eindeutig dem
Gericht obliegt.¹⁰²² Selbiges gilt auch für den zu dieser Feststellung hinführenden
Prozess der freien Beweiswürdigung.¹⁰²³ Basierend auf der Prämisse, dass die Auf-

¹⁰¹⁹ Vgl. hierzu N. 106–107 (Sachrecht) und N. 119–130 (Verfahrensrecht).

¹⁰²⁰ Vgl. hierzu N. 119 i.V.m. N. 23–24.

¹⁰²¹ Zu den Begriffen vgl. N. 107 (Sachrecht) und N. 119–122 (Verfahrensrecht).

¹⁰²² Vgl. hierzu N. 149.

¹⁰²³ Vgl. hierzu N. 147–149.

gaben des einen Prozesssubjekts jeweils dort beginnen, wo diejenigen des anderen aufhören,¹⁰²⁴ lässt sich schliessen, dass gar nicht die Parteien damit betraut sind, diese Tatfrage selbst zu beantworten, obschon dieser Eindruck aufgrund der mit *da mihi facta* vermittelten Passivität des Gerichts im Bereich des Prozessstoffs entstehen könnte.

- 313 Dies führt, wie bereits gesehen, dazu, dass sich die Trennlinie bei der Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gericht bereits im Bereich des Einbringens des Sachverhalts befinden muss.¹⁰²⁵ Nur hier tragen die Parteien eine durch die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen definierte Verantwortung: Nämlich dem Gericht das Material zur Verfügung zu stellen, damit dieses die Tatfrage des Sachrechts verbindlich beantworten kann.¹⁰²⁶
- 314 Im oben formulierten Konditionalsatz zur Sachverhaltserstellung wird diese Parteiverantwortung im Rahmen der Tatfrage des Sachrechts mit dem Einbringen von «*Aussagen und Beweisen zu den Tatbestandsmerkmalen der potentiell einschlägigen Sachnormen*»¹⁰²⁷ umschrieben.

1.2. In Bezug auf die Tatfrage des Verfahrensrechts

- 315 Im Verfahren soll einerseits die strittige sachrechtliche Geschichte, die sich ausserhalb des Prozessrechtsverhältnisses zugetragen hat, aufgearbeitet werden. Zum anderen schreiben die Verfahrensbeteiligten zusammen aber auch eine eigene Gegenwartsgeschichte: Nämlich diejenige, die erzählt, wie sich die Akteure innerhalb des laufenden Gerichtsverfahrens verhalten. Diese Tatfrage, die im Kapitel 2 vorgestellt wurde, konzentriert sich also auf das, was sich im Verfahren selbst zuträgt: Das heisst insbesondere darauf, welche Handlungsmöglichkeiten die Parteien und das Gericht effektiv wahrnehmen.¹⁰²⁸ Ein wichtiger Unterschied zwischen dem Tatsächlichen ausserhalb des Prozesses¹⁰²⁹, das heisst demjenigen im strittigen Zivilrechtsverhältnis, und diesem sich entwickelnden Sein innerhalb des Prozesses liegt darin, dass das Gericht aufgrund seiner Teilnahme am Prozess-

¹⁰²⁴ Vgl. hierzu N. 279.

¹⁰²⁵ Vgl. hierzu N. 272.

¹⁰²⁶ Zur Verantwortung der Parteien bei Verhandlungsmaxime vgl. N. 211–213 und zu derjenigen bei Untersuchungsmaxime vgl. N. 214–226.

¹⁰²⁷ Vgl. hierzu N. 309.

¹⁰²⁸ Vgl. hierzu N. 119–123.

¹⁰²⁹ Zum Gericht als Aussenstehender des strittigen Rechtsverhältnisses vgl. N. 84 und N. 215–216.

rechtsverhältnis dieses prozessuale Geschehen in der Regel¹⁰³⁰ unmittelbar wahrnimmt.¹⁰³¹ Aufgrund dessen muss also nicht autoritativ zwischen verschiedenen Versionen eines prozessualen Geschehens entschieden werden. Das bedeutet, die Beantwortung dieser Tatfrage des Verfahrensrechts verlangt im Gegensatz zu derjenigen des Sachrechts grundsätzlich keine gesonderte Rekonstruktion im Sinne einer förmlich-verbindlichen Feststellung.¹⁰³² Vielmehr ergibt sich die Antwort, was als prozessuales Geschehen zu gelten hat, grundsätzlich unmittelbar mit der Vornahme der Tätigkeiten durch die Prozesssubjekte: So bilden das zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommene Einbringen von Behauptungen und weiterer Detaillierungen sowie das Einbringen von Bestreitungen und von Beweisen jeweils Antworten auf denjenigen Teil der Tatfrage des Verfahrensrechts, der in der Einflussphäre der Parteien liegt. Weiter können Anträge oder Zustimmungserklärungen, aber auch Zahlungen seitens der Parteien getätigt respektive *eingbracht* und so zu einem Teilgehalt dieser Tatfrage werden.

Im hiavor formulierten Konditionalsatz zur Sachverhaltserstellung wird das Beantworten der Tatfrage des Verfahrensrechts durch die Parteien mit dem *«Einbringen [...], unter Berücksichtigung des Verhaltens der Gegenpartei,»*¹⁰³³ umschrieben. 316

2. Aufgaben des Gerichts

2.1. In Bezug auf die Tatfrage des Verfahrensrechts

Auch das Gericht ist Teilnehmer am prozessualen Rechtsverhältnis und gestaltet, wiederum in seinem Einflussbereich, ebenfalls dieses sich kontinuierlich entwi- 317

¹⁰³⁰ *«Prozeßhandlungen der Parteien»* wie sie etwa GULDENER, ZPR, S. 258, nennt, sind nicht telquel mit den vorliegenden Erläuterungen gleichzusetzen, da solche auch ausserhalb eines Verfahrens vorgenommen werden (vgl. GULDENERS Beispiele: Schiedsvertrag, Prorogation, Erteilung einer Prozessvollmacht), jedoch nimmt GULDENER, ZPR, S. 258 FN. 1, auch den vorliegend interessierenden Aspekt auf, nämlich, dass solche Aspekte *zur Berücksichtigung im Prozessfall dem Gericht auch kundgetan* werden müssen. Diese *Kundgabe* bildet nach dem vorliegenden Verständnis Teil der Tatfrage des Verfahrensrechts, d.h. der Entwicklung des prozessualen Seins (zu dieser Tatfrage vgl. N. 119–123).

¹⁰³¹ Vgl. auch das Bsp. bei ENGISCH, Studien, S. 62 f., zum ungebührlichen Verhalten an einer Gerichtsverhandlung, welches der Richter durch Verhängen einer Ordnungsbusse ahndet, wobei die Feststellung der Tatsachen, in denen die Ungebühr gründet, grundsätzlich unmittelbar durch Wahrnehmung erfolgt.

¹⁰³² Zum Spezialfall der Rüge von Verfahrensfehlern vgl. N. 318.

¹⁰³³ Vgl. hierzu N. 309.

ckelnde Sein unmittelbar mit: Etwa, wenn es den Wahrheitsgehalt von Aussagen bewertet¹⁰³⁴, was im hiervor formulierten Konditionalsatz zur Sachverhaltserstellung mit der richterlichen Würdigung, wie weit «*das Vorgebrachte inhaltlich den realen Gegebenheiten entspricht*», umschrieben wird¹⁰³⁵. Aber auch dann, wenn das Gericht Vorladungen und andere Verfügungen an die Parteien adressiert, wenn es Parteierklärungen entgegennimmt und Beweise erhebt oder wenn es Entscheidungen fällt und anderweitige Anordnungen trifft, schafft das Gericht dadurch Teilantworten auf die Tatfrage des Verfahrensrechts¹⁰³⁶ in seiner Einflussosphäre.

- 318 Wie bereits erläutert, ist aufgrund der Teilnahme des Gerichts am Prozessrechtsverhältnis eine autoritativ-förmliche Feststellung des prozessualen Seins grundsätzlich nicht nötig.¹⁰³⁷ Eine Ausnahme, im Rahmen derer dieser prozessuale Sachverhalt an besonderem Interesse gewinnt, besteht dann, wenn eine Partei Handlungen oder Unterlassungen eines Gerichts bei der Rechtsmittelinstanz rügen will. Als Beispiel hierfür lässt sich die Rüge der Missachtung von Ausstandsregeln der Vorinstanz anführen, wie sie im BGE 139 III 120 behandelt wurde: Hier war das kantonale Urteil zwar noch nicht rechtskräftig, doch wurde der Ausstandsgrund erst nach Abschluss des kantonalen Verfahrens, während der Rechtsmittelfrist, entdeckt. Das Bundesgericht bestätigte, dass unter diesen Umständen die Ausstandsrüge im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen zu beurteilen ist. Im bundesgerichtlichen Entscheid machte die letzte nationale Instanz hierzu die folgenden Ausführungen, welche das vorliegend interessierende prozessuale Sein betreffen: «*Aussi bien, le Tribunal fédéral est juge du droit, et non du fait. Cette règle connaît une exception lorsque c'est la décision de l'autorité précédente qui, pour la première fois, a rendu pertinents ces faits ou moyens de preuve. Il peut s'agir, notamment, de faits et moyens de preuve qui se rapportent à la procédure conduite devant l'instance précédente, telle une prétendue irrégularité affectant la composition de l'autorité ayant rendu la décision querellée [...]*»¹⁰³⁸ In einem solchen Fall wird das prozessuale Sein Gegenstand rechtlicher Beurteilung durch

¹⁰³⁴ Dies entspricht dem, was DESCHENAUX, S. 21, als «*juger en fait, ou juger d'un fait, de son existence*» bezeichnet und anfügt: «*ce n'est pas encore juger le fait, c'est-à-dire lui donner sa qualification juridique.*» (Hervorhebungen im Original). Vgl. auch HOTZ, S. 18 und 20, wo dieser betont, dass sich die Tatfrage dadurch charakterisiert, dass deren Beantwortung «*unabhängig von rechtlichen Erwägungen vorgenommen werden kann*».

¹⁰³⁵ Vgl. hierzu N. 309.

¹⁰³⁶ Zum Begriff vgl. N. 119–122.

¹⁰³⁷ Vgl. hierzu N. 315.

¹⁰³⁸ BGE 139 III 120 E. 3.1.2 (Hervorhebung zugefügt).

eine Rechtsmittelinstanz. Bei genauer Betrachtung stellt aber auch diese Instanz wiederum als Aussenstehende zum ursprünglichen prozessualen Verhältnis die ihr fremden Vorkommnisse vorab verbindlich fest. Hier also überlagert das neue, sich entwickelnde Prozessverhältnis, in welches die Rechtsmittelinstanz eingebunden ist, nicht ein strittiges zivilrechtliches, sondern ein *prozessuales Verhältnis*. Dies liesse sich ohne Weiteres in die vorliegenden Analysen aufnehmen. Um die Komplexität indessen nicht unnötig zu steigern, wurde und wird diese Konstellation in den vorliegenden Erläuterungen aussen vor gelassen. Diese konzentrieren sich also ganz auf das erstinstanzliche Verfahren, in welchem es einen strittigen *sachrechtlichen* Sachverhalt zu beurteilen gilt.

2.2. In Bezug auf die mit dem Einbringen des Prozessstoffs verbundenen Rechtsfragen des Verfahrensrechts

Wie erläutert, beantworten die Parteien mit ihrem Verhalten, namentlich mit ihren 319 Eingaben zuhanden des Gerichts, die Tatfrage des Verfahrensrechts¹⁰³⁹ in ihrem Einflussbereich: Das heisst, sie gestalten damit ihren Anteil am sich fortlaufend entwickelnden prozessualen Sein im Prozessdreieck. Dies ist nach der vorliegenden vertretenen Ansicht zugleich auch als deren verfahrensrechtliche Aufgabe zu verstehen. Hierbei ist der Kontakt zum Sachrecht darin zu sehen, dass die Parteien mit ihren Eingaben dem Gericht das Material für dessen verbindliche Antwort auf die Tatfrage des Sachrechts, die autoritative Feststellung des Seins im strittigen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, liefern.

Davon, dass das Gericht zwar keine förmlich-verbindliche Feststellung zu den 320 prozessualen Geschehnissen trifft, ist die *rechtliche Würdigung* des Beitrags zu dieser Tatfrage des Verfahrensrechts klar zu trennen – insbesondere die rechtliche Beurteilung, ob die Parteihandlungen den verfahrensrechtlichen Anforderungen genügen: Während eine Sachverhaltsfeststellung zum ersten Teil des Untersatzes gehört, ist diese rechtliche Bewertung des im Prozess wahrgenommenen Partei-verhaltens im *zweiten Teil des Untersatzes* angegliedert und damit als Rechtsfrage zu qualifizieren.¹⁰⁴⁰ Hierbei geht es um die rechtliche Subsumtion des prozessualen Seins unter das einschlägige Prozessrecht und damit um eine im Kompetenzbereich des Gerichts liegende Aufgabe.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁹ Zum Begriff vgl. N. 119–123.

¹⁰⁴⁰ Zu den Teilaspekten des syllogistischen Untersatzes vgl. N. 83–90; zur Einteilung des Syllogismus in Tat- und Rechtsfragen vgl. N. 106–107 (Sachrecht) und N. 119–125 (Verfahrensrecht).

¹⁰⁴¹ Vgl. hierzu N. 124 i.V.m. N. 280.

- 321 Zur Subsumtion wurde im Kapitel 2, dort im rein sachrechtlichen Kontext, Folgendes festgehalten: Der Verbindungsschritt der Subsumtion im Untersatz des juristischen Syllogismus umfasst den Übersetzungsprozess der Aussagen über das tatsächlich Vorgefallene in die Rechtssprache sowie, unmittelbar darauffolgend, den Schluss über die Kongruenz zwischen dem übersetzten Sachverhaltselement und dem entsprechenden rechtlichen Tatbestandsmerkmal.¹⁰⁴² Wie nun zu zeigen ist, ist dies auf das Geschehen im Verfahren, das die Prozessparteien gestalten, zu übertragen, um die Trennlinie der Aufgaben zu präzisieren.

2.2.1. Übersetzungsprozess des prozessualen Seins in die (Prozess-) Rechtssprache

- 322 Die Eingaben der Parteien enthalten die regelmässig in der Alltagssprache verfasste Aussagen zum strittigen sachrechtlichen Sachverhalt, welche es aufzugliedern und einzeln in der Prozessrechtssprache als Behauptung, Bestreitung, weitergehende Substantiierung oder als Beweisangebot im Sinne des Prozessrechts zu qualifizieren gilt.¹⁰⁴³ Wie im hiavor formulierten Konditionalsatz festgehalten, erfolgt auch diese Qualifikation im Hinblick auf die potentiell einschlägige (Sach-)Rechtsnorm: Es geht nämlich um Aussagen und Beweise *«zu den Tatbestandsmerkmalen der potentiell einschlägigen Sachrechtsnormen»*¹⁰⁴⁴.¹⁰⁴⁵ Das Gericht gelangt somit zu folgender Übersetzung: Der Kläger *will die Behauptung aufstellen, dass X sich zugetragen hat*. Dabei steht X für Aussagen, die geeignet sein müssen, zusammen das Tatbestandselement der potentiell einschlägigen Sachrechtsnorm zu erfüllen.¹⁰⁴⁶ Die Beklagte *will hingegen bestreiten, dass X sich ereignet hat*. Aus der Darstellung des Syllogismus im Kapitel 2 leitet sich ab,

¹⁰⁴² Vgl. hierzu N. 101.

¹⁰⁴³ Vgl. auch den Hinweis von BRÖNNIMANN, Diss., S. 21, und BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1264, dass, wenn sich zwei unvereinbare Sachdarstellungen gegenüberstehen, nur eine der beiden eine Behauptung *«im Rechtssinne»* sein kann, die andere wiederum stellt deren Bestreitung dar.

¹⁰⁴⁴ Vgl. hierzu N. 309.

¹⁰⁴⁵ Dass diese Qualifikation einen Rückgriff auf das materielle Recht verlangt, belegt der Hinweis von BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 57: *«Nach materiellem Recht entscheidet sich auch, ob der Sachvortrag einer Partei eine Behauptung oder eine Bestreitung im Rechtssinne darstellt, und ob demnach eine Tatsache zur Behauptungslast oder zur Bestreitungslast gehört: Gegenstand der Behauptungslast sind bloss Behauptungen im Rechtssinne als die Sachvorbringen, die das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der anzuwendenden Rechtsnorm ergeben sollen; der diesen Anbringen widersprechende Tatsachenvortrag ist Bestreitung.»* (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁰⁴⁶ Vgl. hierzu N. 101–103.

dass dieser Übersetzungsprozess in die Prozessrechtssprache eine Rechtsfrage im Rahmen der Subsumtion darstellt.¹⁰⁴⁷ Diese verbindliche prozessrechtliche Qualifikation einer Aussage als Behauptung oder Bestreitung gehört somit im Sinne des *dabo tibi ius* ebenfalls zu den Aufgaben des Gerichts.¹⁰⁴⁸

2.2.2. Auslegung der prozessrechtlichen Anforderungen und Schluss über die Kongruenz, d.h. über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit

Der Begriff der *prozessualen Rechtsgenügllichkeit* im hiavor formulierten Konditionalsatz zur Sachverhalsterstellung – oder in der Diktion von Max GULDENER ausgedrückt: die «*prozeßordnungsgemäße Einführung der Tatsachen*»¹⁰⁴⁹ ist in Bezug auf die Art der Einbringtätigkeit des verpflichteten Prozesssubjekts zu konkretisieren: Denn die Anforderungen unterscheiden sich, ob es sich dabei nun um eine Behauptung, eine Bestreitung, eine Substantiierung, ein Beweisangebot oder eine anderweitige Mitwirkung handelt.

Für diesen Schluss, ob eine Partei eine Behauptung oder eine Bestreitung prozessual rechtsgenügllich aufgestellt hat, spielen neben den im Kapitel 3 beschriebenen Einbringensanforderungen¹⁰⁵⁰ insbesondere zwei weitere Aspekte eine zentrale Rolle: Zum einen die Bewertung des bisherigen prozessualen Verhaltens beider Parteien, da entsprechend der prozessualen Dialektik grundsätzlich die Bestreitung auf eine Behauptung und die Substantiierung auf eine Bestreitung hin notwendig wird. Zum anderen ist dann aber auch die Frage von Bedeutung, wie weit die anwendbare sachverhaltsrelevante Prozessmaxime eine Kompensation von ungenügend Eingebachtem durch andere beziehungsweise spätere Einbringtätigkeiten zulässt.¹⁰⁵¹

Zu den vom Gericht zu beantwortenden Rechtsfragen des Verfahrensrechts gehört einerseits die Auslegung dieses Begriffs der *prozessualen Rechtsgenügllichkeit* im Obersatz: Das heisst das abstrakte Bestimmen, welchen rechtlichen Anforderungen eine Einbringtätigkeit zu genügen hat. Zu diesen Rechtsfragen gehört aber

¹⁰⁴⁷ Vgl. hierzu N. 106 i.V.m. N. 124.

¹⁰⁴⁸ Zur verbindlichen Beantwortung von Rechtsfragen als Aufgabe des Gerichts vgl. N. 280.

¹⁰⁴⁹ Vgl. hierzu N. 307–310 zum Zitat von GULDENER und dem vorliegend formulierten Konditionalsatz.

¹⁰⁵⁰ Vgl. N. 162–166 zum Behaupten, N. 167–176 zum Bestreiten, N. 177–182 zum weitergehenden Detaillieren und N. 183–186 zum Beweisen.

¹⁰⁵¹ Vgl. hierzu N. 212–213 (Verhandlungsmaxime) und N. 224–226 (Untersuchungsmaxime).

auch die Schlussfolgerung im Rahmen der Subsumtion des Untersatzes, nämlich über die Kongruenz zwischen der konkreten, rechtlich als Behauptung, Bestreitung, Substantiierung oder als Beweisantritt qualifizierten Parteitätigkeit und den jeweiligen prozessrechtlichen Anforderungen. Mit Karl ENGISCHS Bild ausgedrückt, wandert auch hier der Blick des Gerichts hin und her:¹⁰⁵² Diesmal aber zwischen dem von den Parteien *durch ihre Eingaben gestalteten prozessualen Sein* (analog *facta*) und den *prozessrechtlichen Anforderungen an deren Einbring-tätigkeiten* (analog *ius*).

2.2.3. Beurteilung dieser Rechtsfrage des Verfahrensrechts zur prozessual rechtsgenüglichen Umsetzung der Einbringtätigkeiten

2.2.3.1. Sachverhaltshypothese vs. verbindlich festgestellter Sachverhalt

- 326 Bislang wurden im vorliegenden Unterkapitel B. II. b. ii) 2. diejenigen Aufgaben betrachtet, welche *das Prozessrecht* dem Gericht stellt: Nämlich das Beantworten der Tatfrage des Verfahrensrechts, soweit diese in seiner Einfluss-sphäre liegt, wie auch das Beantworten von Rechtsfragen des Verfahrensrechts, die im Zusammenhang mit dem Einbringen von Prozessstoff stehen.¹⁰⁵³ Diese Darstellungsweise unterstreicht, dass eine Streitangelegenheit *vor ihrer inhaltlichen Beurteilung* erst entsprechend den verfahrensrechtlichen Bestimmungen in den Prozess eingeführt werden muss. Weiter geht mit dieser Darstellungsform einher, dass das Gericht in der Einbringphase, zur Bestimmung der vorliegend thematisierten prozessualen Rechtsgenügllichkeit, zunächst eine rein prozessrechtlich orientierte Qualifikation der Aussagen vornimmt: Auch wenn bei dieser Prüfung ein Rückgriff auf die Tatbestandsmerkmale des potentiell einschlägigen Sachrechts stattfindet, bedeutet dies grundsätzlich nicht, dass das Gericht hierbei spätere Phasen vorzieht: Selbst wenn das Gericht in diesem Stadium mit Vermutungen arbeitet, dann doch stets unter dem Vorbehalt, dass sich die Vermutungsbasis und die Indizien bei der Beweiswürdigung tatsächlich bewahrheiten werden. Tun sie dies nicht, wird die Vermutung fallengelassen. Mit anderen Worten ausgedrückt, ist bislang die Tatfrage des Sachrechts¹⁰⁵⁴ noch nicht beantwortet: Vor Abschluss der vollständigen Prozessstoffwürdigung fehlt die einzige, verbindlich festgestellte Sachverhaltsvariante, die es in der Folge anhand des Sachrechts abschliessend juristisch zu beurteilen gilt. Um diese Differenzierung hervorzuheben, ist es daher sinnvoll, bis zu diesem Zeitpunkt noch explizit von der Gegenüberstellung verschiedener «*Sachverhaltshypothesen*» zu

¹⁰⁵² Zum Bild von ENGISCH vgl. N. 88–90.

¹⁰⁵³ Zu den Begriffen vgl. N. 119–125.

¹⁰⁵⁴ Zum Begriff vgl. N. 107.

sprechen, wie dies Edward OTT unter Bezugnahme auf Karl ENGISCH und Reinhold ZIPPELIUS vorschlägt.¹⁰⁵⁵ Die dem strittigen Geschehen aussenstehende Richterschaft nimmt also zum Zeitpunkt des Einbringens des Prozessstoffs erst Kenntnis von verschiedenen, sich in der Regel zu einem bestimmten Grad widersprechenden Sachverhaltshypothesen der Parteien.

Im hiervor aufgestellten Konditionalsatz wird dies durch das explizite Differenzieren verschiedener Phasen hervorgehoben: «*Wenn* das Einbringen [...] *prozessual rechtsgenüglich* erfolgt und *wenn sich in der Folge* bei der richterlichen Würdigung herausstellt, dass das Vorgebrachte inhaltlich den realen Gegebenheiten entspricht, *dann* wird dieses Vorbringen im Prozess bei der autoritativen Feststellung des Gesamtgeschehens in der Streitsache verwendet.»¹⁰⁵⁶ 327

2.2.3.2. Beurteilung der Einbringtätigkeiten in Bezug auf die Sachverhaltshypothesen

Unter Berücksichtigung der Parteilhaltung und der im Hinblick auf das potentiell einschlägige *ius* kompletten Sachverhaltshypothese ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht die prozessuale Rechtsgenüglichkeit der Einbringtätigkeiten insbesondere auf das Nachfolgende hin zu beurteilen: 328

In Bezug auf die Behauptungstätigkeit wird das Gericht prüfen, ob die eingebrachte Hypothese zu sämtlichen Merkmalen der potentiell einschlägigen Sachrechtsnorm(en), Behauptungen enthält. Bezüglich der auf diese Hypothese folgende Gegenreaktion wird es die Vollständigkeit der Bestreitungstätigkeit in dem Sinn prüfen, ob grundsätzlich eine Auseinandersetzung mit den Behauptungen *im Einzelnen* stattgefunden hat. Auch wird entschieden, ob eine Sachverhaltshypothese eine Konstellation enthält, in der eine Bestreitung durch blosses Verneinen nicht ausreicht. Weiter wird zu prüfen sein, ob für die relevanten Elemente der dargestellten Hypothese ein Beweismittel angeboten wird: Das heisst, ob ein Beweisantritt mit einer Verbindung zu den vorgebrachten Hypothesenelementen stattgefunden hat und dieser, soweit im konkreten Verfahren Voraussetzung, den zivilrechtlichen *numerus clausus* respektiert. Das angebotene Beweismittel muss 329

¹⁰⁵⁵ OTT, S. 12: «Das zweckmäßige Vorgehen besteht in diesen Fällen darin, daß die möglichen Sachverhaltsvarianten festgehalten und als Sachverhaltshypothesen einander gegenübergestellt werden (sog. «Fallhypothesen», «Modelle möglicher Geschehensabläufe»).» (Hervorhebungen weggelassen), m.H.a. Voraufgaben der auch vorliegend berücksichtigten Werke von Reinhold ZIPPELIUS (Einführung in die juristische Methodenlehre) und von Karl ENGISCH (Einführung in das juristische Denken).

¹⁰⁵⁶ Vgl. hierzu N. 309 (weitere Hervorhebung zugefügt).

zudem grundsätzlich geeignet beziehungsweise tauglich sein, die behauptete Tatsache überhaupt beweisen zu können, was beispielsweise bei einer Fotografie zum Nachweis von übermässigen Geruchsemissionen nicht der Fall wäre. Auch bei der Beurteilung der prozessualen Rechtsgenüglichkeit des Beweisantritts handelt es sich somit grundsätzlich um eine auf prozessrechtliche Aspekte fokussierte *ex ante*-Beurteilung. Das heisst, die Beurteilung der effektiven Beweiskraft beziehungsweise des tatsächlichen Überzeugungswerts eines zur Untermauerung einer bestimmten Hypothese eingebrachten (tauglichen) Beweismittels gehört demgegenüber in die spätere Beweiswürdigung.¹⁰⁵⁷ Das Gericht wird somit analysieren, ob die beiden Parteidarstellungen jeweils so aufgebaut sind, dass der gestellte Rechtsschutzantrag mit der vorgetragenen Sachverhaltshypothese kongruent ist, unabhängig davon, ob und wie weit sich diese mit den Beweisen effektiv für alle Beteiligten wird verbindlich feststellen lassen.¹⁰⁵⁸

- 330 Was die Frage der Substantiierung der Darlegungen betrifft, wird das Gericht prüfen, ob in Anbetracht der vorgetragenen Sachverhaltshypothesen ein ausreichender Zergliederungsgrad erreicht wird, um sinnvolle Beweissätze zu formulieren. Auch hier ist eine Differenzierung der Phasen angezeigt: Das Bundesgericht grenzt die Beweiswürdigung und die vorherige Substantiierung voneinander ab, wenn es ausführt, dass die Frage, inwieweit es gelingt, die Vorbringen zu beweisen, das heisst, das Gericht von deren Wahrheit zu überzeugen, die materielle Begründetheit der Forderung und damit den Umfang, in welchem die eingeklagten Ansprüche ausgewiesen sind, beschlage. Dies sei allerdings für die Frage, ob die Sachbehauptungen den Substantiierungsanforderungen genügen, nicht erheblich.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁷ Vor dem Hintergrund der richterlichen Fragepflicht vgl. z.B.: 4A_444/2013 E. 6.3.3 und 6.3.5; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 16; LIEBER, S. 176, der mit Zitat der kantonalen Rechtsprechung schreibt, dass sich richterliche Fragepflicht und Beweiswürdigung gegenseitig ausschliessen, so diene die Fragepflicht nur der Feststellung dessen, *was Parteidarstellung* ist, wogegen die Beweiswürdigung wiederum nur der Feststellung diene, *was wirklich* ist. A.M. KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 9. (Auch) Nach der vorliegend vertretenen Ansicht darf hieraus indes nicht der Schluss gezogen werden, dass die Fragepflicht nicht auf das fehlende Beweisangebot anwendbar ist (vgl. hierzu N. 844–848).

¹⁰⁵⁸ Vgl. auch FISCHLI, S. 86 zur Fragepflicht vor der eidg. ZPO: «*Das kann sich natürlich nicht beziehen auf das Genügen des Stoffes, soweit sich das erst beurteilen läßt, wenn die gegnerische Beweisführung geglückt oder gescheitert ist, es kann sich ebensowenig beziehen auf die Tauglichkeit der angerufenen eigenen Beweismittel. Wohl aber kann und soll geprüft werden, ob in sich selbst der Schriftsatz so aufgebaut ist, daß das Petium mit der Substanz und die Substanz mit den Beweisansetzungen kongruent ist.*»

¹⁰⁵⁹ BGE 136 III 322 E. 3.4.4; vgl. auch 4A_588/2011 E. 2.2.5.

Zusammengefasst entscheidet das Gericht in diesem Stadium somit grundsätzlich nicht, welches die einzige, sinnergiebige und somit verbindliche Gesamtgeschichte darstellt. Entsprechend den Erläuterungen zu Beginn des 3. Kapitels wird das Gericht diese Tatfrage bei der Anwendung des Sachrechts erst nach Abschluss der freien richterlichen Beweiswürdigung für sämtliche Prozessteilnehmer verbindlich beantworten und den sodann feststehenden Sachverhalt der Subsumtionsarbeit unter die einschlägigen Sachrechtsnormen unterziehen. 331

2.3. In Bezug auf die Tatfrage des Sachrechts

Wie bereits gesehen, ist entgegen dem, was die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* suggeriert, die eigentliche Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts – das heisst, der auf die Würdigung des Prozessstoffs folgende Entscheid, welche Elemente der dargestellten Sachverhaltshypothesen zusammen für Aussenstehende effektiv Sinn ergeben und daher für alle Beteiligten als verbindlich zu gelten haben – die alleinige Angelegenheit des Gerichts.¹⁰⁶⁰ Deshalb wird im hiavor formulierten Konditionalsatz von der «*autoritative[n] Feststellung des Gesamtgeschehens in der Streitsache*»¹⁰⁶¹ gesprochen. Hier zementieren sich Mängel der Einbringtätigkeiten, da Ungenauigkeiten, Ungereimtheiten und Unvollständigkeiten regelmässig dazu führen, dass die mangelbehafteten Elemente nicht in die richterliche Sachverhaltsfeststellung einfließen. 332

2.4. In Bezug auf die Rechtsfragen des Sachrechts

Syllogistisch aufgegliedert sind dem Kapitel 2 Rechtsfragen des Sachrechts zu entnehmen, deren Beantwortung, entsprechend den hiavor aufgestellten Prämissen,¹⁰⁶² dem Gericht zuteil wird: Nämlich die Festlegung der fallrelevanten Sachrechtsnormen, deren Auslegung und Verknüpfung, die Subsumtion der verbindlich festgestellten Sachverhaltsvariante unter das Sachrecht sowie das Ziehen der Konklusion, also der Rechtsfolgen.¹⁰⁶³ 333

¹⁰⁶⁰ Vgl. hierzu N. 149 i.V.m. N. 312–314. Zum Begriff Tatfrage des Sachrechts vgl. N. 107.

¹⁰⁶¹ Vgl. hierzu N. 309.

¹⁰⁶² Zu den Prämissen vgl. N. 278–280.

¹⁰⁶³ Vgl. hierzu N. 106.

c. Resultat: Lokalisierung der Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung

- 334 Aus dieser Beschreibung der Aufgaben mithilfe des Konzepts der syllogistisch kategorisierten Tat- und Rechtsfragen bei der Anwendung des Sach- und des Verfahrensrechts¹⁰⁶⁴ lässt sich Folgendes ablesen: Die gesuchte Trennlinie kommt nicht etwa zwischen dem Einbringen des Tatsachenmaterials durch die Parteien und der verbindlichen Feststellung des Sachverhalts durch das Gericht zu liegen. Bei genauer Betrachtung setzt die Grenze zwischen Partei- und Gerichtsaufgaben bereits früher ein: Durch ihr Verhalten im Prozess – namentlich durch das Einbringen ihrer jeweiligen Sachverhaltshypothesen zum strittigen sachrechtlichen Geschehen – gestalten die Parteien unmittelbar die Tatfrage des Verfahrensrechts, soweit diese in ihrer Einflussssphäre liegt. Das Gericht wiederum hat dann zunächst dieses prozessuale Geschehen rechtlich zu beurteilen und die daraus folgenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen zu bestimmen. Insbesondere wird zu entscheiden sein, ob unter den gegebenen Umständen eine materielle Prozessleitung angezeigt ist.
- 335 Dementsprechend verläuft die Trennlinie zwischen der Aufgabe der *Parteien*, das prozessuale Geschehen durch das Einbringen (ihrer Sachverhaltshypothesen) mitzugestalten – also der Beantwortung oder auch Gestaltung der *Tatfrage des Verfahrensrechts in ihrer Einflussssphäre* – auf der einen Seite, und der *gerichtlichen Bewertung* dieser Parteitätigkeiten auf der anderen Seite. Die verbindlichen Bewertungen des Gerichts bilden *Antworten auf Rechtsfragen des Verfahrensrechts* und sind der ebenfalls dem Gericht obliegenden Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts, also der verbindlichen Sachverhaltsfeststellung, vorgelagert.
- 336 Unter Bezugnahme auf diese Darstellung der zivilprozessualen Aufgabenverteilung bei der Sachverhaltserstellung soll im nachfolgenden Kapitel 5 erörtert werden, worin genau die materielle Prozessleitung besteht.

¹⁰⁶⁴ Vgl. hierzu N. 105–107 (betreffend Sachrecht) und N. 119–125 (betreffend Verfahrensrecht).

Kapitel 5 Über die Definition der materiellen Prozessleitung sowie deren Herausforderung im kontradiktorischen Verfahren

Aus den bisherigen Analysen zeigt sich, dass die materielle Prozessleitung des 337
Gerichts in unterschiedlicher Weise erfasst werden kann: In der Literatur wird sie
etwa regelmässig der formellen Prozessleitung gegenübergestellt.¹⁰⁶⁵ Neben einer
solch grammatikalischen Auslegung wurde im Kapitel 3 auch ein weiterer, in der
Lehre verbreiteter Ansatz aufgegriffen, der vermehrt teleologischer Natur ist: Ange-
setzt wird bei der Erkenntnis, dass eine reine Umsetzung der Verhandlungsmaxime
zu erheblichen Missständen führt, die darin gründen, dass die Sachverhaltserstel-
lung, insbesondere auch der Parteiauftrag *da mihi facta*, von einem komplexen
Zusammenspiel zwischen Sach- und Verfahrensrecht (*ius*) abhängt. Verfügen die
Parteien nicht über das hierfür unabdingbare rechtliche Einschätzungsvermögen,
können insbesondere die Verfahrensfairness wie auch die Urteilsrichtigkeit bedroht
sein.¹⁰⁶⁶ Wie weit hier die materielle Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess
Abhilfe schafft, wird Hauptgegenstand des dritten Teils dieser Abhandlung sein.

Abgesehen von diesen beiden Ansätzen wird vorliegend noch eine weitere, sys- 338
tematische Herangehensweise an die Thematik verfolgt: Anhand einer Gegen-
überstellung zwischen den prozessualen Einbringtätigkeiten und der personellen
Verantwortung für den Prozessstoff, wie sie die sachverhaltsrelevanten Prozess-
maximen vorsehen, konnte die materielle Prozessleitung im Kapitel 3 im Gesamt-
bild über das personelle Zusammenwirken bei der Prozessstoffsammlung verortet
werden. Diesem Bild ist zu entnehmen, dass die Untersuchungsmaxime eine
weitreichende gerichtliche Einflussnahme auf die Prozessstoffsammlung erfordert
– also eine *umfassende* materielle Prozessleitung. Demgegenüber sind für
gewisse Institute des Prozessleitungsamts einschränkende Voraussetzungen vor-
gesehen, soweit es die Parteien sind, welche originär die Verantwortung für den
Prozessstoff innehaben. Hieraus resultiert in jenen Prozessen eine weniger weit-
reichende – respektive eine *limitierte* – materielle Prozessleitung.¹⁰⁶⁷ Um nun im
vorliegenden Kapitel 5 präzisieren zu können, worin die materielle Prozessleitung
an sich besteht, wurde zunächst im Kapitel 4 unter Zuhilfenahme des Konzepts

¹⁰⁶⁵ Vgl. hierzu N. 243.

¹⁰⁶⁶ Vgl. hierzu N. 234–240; zu diesen Zielen vgl. auch N. 496–502 sowie N. 503–512.

¹⁰⁶⁷ Zur Unterscheidung vgl. N. 258.

der Tat- und der Rechtsfragen des Sach- und des Verfahrensrechts aufgezeigt, wo die Trennlinie zwischen den Aufgaben der Parteien und denjenigen des Gerichts im Bereich der Sachverhaltserstellung grundsätzlich zu liegen kommt.¹⁰⁶⁸ Wichtige Erkenntnisse aus dieser Beschreibung der Aufgabenverteilung fliessen nun im Unterkapitel A. in die Begriffsdefinition der materiellen Prozessleitung ein. Zum Abschluss des vorliegenden zweiten Teils der Abhandlung folgen im Unterkapitel B. einige Bemerkungen zu den Herausforderungen der materiellen Prozessleitung in einem kontradiktorischen Verfahren. Vor diesem Hintergrund können dann im Teil III die vom schweizerischen Gesetzgeber gewählten Lösungen zur materiellen Prozessleitung, wie auch deren praktische Umsetzung, erörtert werden.

A. Definition der materiellen Prozessleitung

- 339 Bevor im Teil III die Relativierung des *da mihi facta* durch die materielle Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozessrecht ergründet wird, soll basierend auf den bisherigen Erkenntnissen und Ableitungen eine Definition dieser materiellen Prozessleitung erstellt werden.

I. Basis: Gestaltende Einflussnahme des Gerichts auf den Prozessstoff (KUMMER)

- 340 Im Kapitel 3 wurden verschiedene Umschreibungen des materiellen Prozessleitungsamts aus der Lehre zusammengetragen. Die griffigste und möglicherweise meist zitierte Definition dürfte diejenige von Max KUMMER sein: Die gestaltende Einflussnahme des Richters in die Sammlung und die Sichtung des Prozessstoffs.¹⁰⁶⁹ Wie bereits erwähnt, hat auch das Bundesgericht, das den Terminus der materiellen Prozessleitung ansonsten eigentlich nicht verwendet, diesbezüglich KUMMERs Ausführungen aufgegriffen.¹⁰⁷⁰ Im Bestreben, dem Begriff der materiellen Prozessleitung weitere Konturen zu verleihen, sollen dieser prägnanten Basis verschiedene Erkenntnisse aus der vorliegenden Abhandlung zugefügt werden.

¹⁰⁶⁸ Vgl. hierzu N. 334 i.V.m. N. 106–107 (Tat- und Rechtsfragen des Sachrechts) und N. 119–125 (Tat- und Rechtsfragen des Verfahrensrechts).

¹⁰⁶⁹ KUMMER, ZPR, S. 78 f.; zur Zustimmung, die diese Definition erfahren hat, vgl. FN. 793 der vorliegenden Abhandlung.

¹⁰⁷⁰ 5A_153/2009 E. 5.4 (nicht publiziert im BGE 135 III 489); vgl. N. 244.

II. Einbezug der Erkenntnisse aus den Teilen I und II

a. Allgemeiner Gegenstand der materiellen Prozessleitung

i) Gerichtliche Kommunikation der Schlüsse über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Einbringtätigkeiten im Hinblick auf eine komplette Sachverhaltshypothese

Zur Aufgabenverteilung wurde im Kapitel 4 festgehalten, dass die Parteien 341 durch ihr Verhalten im Prozess, namentlich durch das Einbringen ihrer jeweiligen Sachverhaltshypothesen, unmittelbar die Tatfrage des Verfahrensrechts¹⁰⁷¹ in ihrer Einflussssphäre gestalten. Das Gericht wiederum beurteilt dieses prozessuale Geschehen rechtlich. Hierzu gehört es, die Einbringtätigkeiten der Parteien als Behauptungen, Bestreitung, weitergehende Substantiierung oder als Beweisantritt zu qualifizieren.¹⁰⁷² Weiter erforderlich sind eine Auslegung des Begriffs der prozessualen Rechtsgenügllichkeit im Hinblick auf eine bestimmte Einbringtätigkeit und schliesslich der gerichtliche Entscheid, ob die konkrete Handlung im Verfahren diesen prozessualen Anforderungen genügt.¹⁰⁷³ All diese Schritte gehören zu den Rechtsfragen des Verfahrensrechts. Wie zum Ende des vorherigen Kapitels festgestellt, ist dementsprechend die Trennlinie zwischen der Aufgabe der Parteien, das prozessuale Geschehen (durch Einbringen ihrer Sachverhaltshypothesen) mitzugestalten – also dem Beantworten der Tatfrage des Verfahrensrechts in ihrer Einflussssphäre –, auf der einen Seite und der rechtlichen Bewertung dieser Parteitätigkeiten durch das Gericht auf der anderen Seite zu ziehen.¹⁰⁷⁴

Wie im letzten Kapitel ausgeführt, hat das Gericht somit zunächst dieses prozes- 342 suale Geschehen rechtlich zu beurteilen und die daraus folgenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen zu bestimmen. Das heisst, nach der personellen Aufgabenverteilung stellen sich Anschlussfragen: Nämlich, *wann und in welcher Form* ist das Gericht verpflichtet, den Beteiligten seine Schlüsse über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Einbringtätigkeiten zu bekunden?¹⁰⁷⁵ Denn nicht jede

¹⁰⁷¹ Zum Begriff vgl. N. 119–123.

¹⁰⁷² Vgl. hierzu N. 322.

¹⁰⁷³ Vgl. hierzu N. 323–331.

¹⁰⁷⁴ Vgl. hierzu N. 334–336.

¹⁰⁷⁵ Vgl. auch die Ausführungen bei LOOSLI, S. 4: «*Da die Begriffe <Vollständigkeit>, <Klarheit> und <Bestimmtheit> ihrerseits unbestimmt und damit interpretationszugänglich sowie interpretationsbedürftig sind, erzeugen sie auf der Seite der Prozessparteien ein Informationsbedürfnis. Im Rahmen der Streitentscheidung kann die Frage nach dem Vorliegen eines ausreichenden Informationsgehaltes der Parteiäusserungen nur der*

Partei ist gleichermassen in der Lage, selbstständig einzuschätzen, ob sie ihre Sachverhaltshypothese zur Erreichung ihres Verfahrensziels prozessual rechtsgenügend in das Verfahren eingebracht hat. Damit droht sie einen Rechtsstreit zu verlieren, obgleich nach der tatsächlichen Sachlage eigentlich ihre Position zu schützen gewesen wäre.¹⁰⁷⁶ Wie erläutert, kann es in diesem Stadium grundsätzlich nicht darum gehen, vom Gericht bereits einen Entscheid über den Wahrheitsgehalt von Tatsachen beziehungsweise eine verbindliche Feststellung der gesamten Sachlage zu erwirken.¹⁰⁷⁷ Im Zentrum steht vielmehr die Frage, *wie weit das Gericht gehalten ist*, – unter Berücksichtigung der Parteihaltung und der im Hinblick auf das *ius* kompletten Sachverhaltshypothese – *seine Einschätzung über die Kongruenz der Parteitätigkeiten mit den hiervor erläuterten prozessualen Anforderungen*¹⁰⁷⁸ zu kommunizieren. Dies entweder in einer Weise, die es den Parteien ermöglicht, ihre Tätigkeiten noch vor der autoritativen Sachverhaltsfeststellung, also der gerichtlichen Beantwortung der Tatfrage des Sachrechts¹⁰⁷⁹, anzupassen, oder indem das Gericht zuweilen sogar eigenständig notwendige Ergänzungen vornimmt. Beide Wege bewirken im Sinne von Max KUMMERS Definition eine gestaltende Einflussnahme des Gerichts auf den Prozessstoff – im ersten Fall eine mittelbare, im zweiten sogar eine unmittelbare. Im Sinne der bisherigen Analysen sind somit beide Wege als materielle Prozessleitung zu qualifizieren.¹⁰⁸⁰

- 343 Mit seiner je nach Prozessmaxime mehr oder minder weit gesteckten materiellen Prozessleitungskompetenz hat das Gericht Einfluss darauf, dass Vorbringen rechtsgenügend Eingang in den Prozess finden. Damit trägt es massgeblich dazu bei, dass der Übergang zwischen Tatsächlichem und Rechtlichem – mit der Parömie gesprochen zwischen *facta* und *ius* – auch für die Parteien permeabel ist; denn unzurei-

Richter beantworten. Im Hinblick auf die Erfüllung der prozessualen Obliegenheiten benötigen damit die Parteien eine diesbezügliche richterliche Information. Diese richterliche Informationspflicht ist enthalten in der Fragepflicht des Richters. Denn, verpflichtet das Gesetz den Richter, einer Partei «Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben», impliziert dies notwendigerweise, dass er die betreffende Partei hinsichtlich des Bestehens eines derartigen Mangels informiert.»

¹⁰⁷⁶ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 362, zur Partei, die ihren Obliegenheiten nicht genügt. Zum Auseinanderfallen von Recht haben und Recht bekommen vgl. N. 114 m.w.H.

¹⁰⁷⁷ Vgl. hierzu N. 326–327.

¹⁰⁷⁸ Vgl. hierzu N. 328–331.

¹⁰⁷⁹ Zum Begriff vgl. N. 107.

¹⁰⁸⁰ Vgl. auch die Definitionen zur materiellen Prozessleitung in der Lehre und der Rechtsprechung, dargestellt in N. 241–244.

chende Rechtskenntnisse werden dadurch, zumindest was die Einbringtätigkeiten anbelangt, überbrückbar. In welchem Mass dies in den Verfahren des schweizerischen Zivilprozesses *de lege lata* der Fall ist, wird im Kapitel 7 ergründet.

ii) **Umfassende Kommunikationsmöglichkeiten**

1. **Mittels Einbringtätigkeiten des Gerichts**

Seinen Befund über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit von Parteihandlungen kommuniziert das Gericht namentlich in Form einer Anwendung derjenigen Instrumente, die hiervor im Kapitel 3 als seine Tätigkeiten zur Erschliessung von Prozessstoff dargestellt wurden.¹⁰⁸¹ Im Rahmen der Verantwortung, die ihm die Prozessmaximen übertragen, signalisiert das Gericht weitergehenden Klärungsbedarf, indem es beispielsweise den Parteien Fragen stellt. Aber auch indem es eigenständig Anordnungen trifft, damit formelle Auskünfte bei Personen, die einen besonderen Bezug zum Sachverhalt aufweisen, eingeholt oder auch Augenscheine an Objekten und Örtlichkeiten durchgeführt werden. Eine Kommunikation über die fehlende Rechtsgenügllichkeit der Einbringtätigkeiten findet aber auch statt, wenn das Gericht Vorkehrungen trifft, um den Parteien zur Postulationsfähigkeit zu verhelfen, sodass deren Prozessstoffeingaben doch noch (sinnvoll) verwertbar werden. Ähnlich kommuniziert es eine fehlende Prozesskonformität, wenn es eine Nachfrist nach Art. 132 Abs. 2 ZPO anordnet, um ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Parteieingaben verbessern zu lassen. Ganz bestimmte Gegebenheiten, welche in den Parteidarlegungen fehlen, rettet das Gesetz beziehungsweise das Gericht selbst in den Prozessstoff, wenn sie offenkundig oder gerichtsnotorisch sind oder auch wenn sie im Rahmen einer Vermutung berücksichtigt werden können. Durch den gerichtlichen Einbezug einer Tatsache in den Prozessstoff wird den Parteien letztlich kundgetan, dass das bislang fehlende Element relevant ist. Dank dieses Einbezugs kann das mangelhafte Einbringen der entsprechend belasteten Partei nicht mehr schaden. Je nach Kommunikationsmittel unterscheidet sich die Unterstützung, die den Parteien zuteilwird, in ihrer Intensität: Sie reicht von einer einfacheren Hilfestellung für die Partei, welche die notwendige Verbesserung aber immer noch selbst ausführt, bis hin zur punktuellen Abnahme einer bestimmten Tätigkeit. Es rechtfertigt sich daher, von einem umfassenden Begriff der gerichtlichen Kommunikation und dementsprechend der materiellen Prozessleitung auszugehen.¹⁰⁸²

¹⁰⁸¹ Vgl. hierzu N. 189–197.

¹⁰⁸² Auch von einem umfassenden Begriff der materiellen Prozessleitung ausgehend insb.: ASPRIEN STÖCKLIN, S. 123; LIENHARD A. [b], N. 6 ff.

2. Mittels Beweisverfügung?

- 345 Obwohl sie zwischenzeitlich zu kippen drohte, fand letztlich doch noch eine Regelung zur Beweisverfügung Eingang in die Prozessordnung.¹⁰⁸³ Die nun im Gesetz vorgesehene Beweisverfügung ist zwar jederzeit änderbar.¹⁰⁸⁴ Soweit eine solche Verfügung den Parteien aber aufzeigt, welche Tatsachen das Gericht als rechtlich relevant erachtet und daher von ihnen prozessual rechtsgenügend einzubringen sind, gibt sie wichtige Einblicke in die richterlichen Gedankengänge.¹⁰⁸⁵ Kommunikationswert und Tauglichkeit der Beweisverfügung als Mittel zur materiellen Prozessleitung hängen aber nicht nur von deren konkreten Inhalt, sondern auch massgeblich vom Zeitpunkt ihres Erlasses ab: Nur wenn die Parteien daraufhin

¹⁰⁸³ Nach der Kritik in der Vernehmlassung wollte der Bundesrat auf die Regelung der Beweisverfügung gänzlich verzichten; aufgrund der parlamentarischen Beratungen gibt es heute doch noch den Art. 154 ZPO im Gesetz; zur Entstehungsgeschichte vgl. z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 154 N. 1 ff.; B&M-PASSADELIS, Art. 154 N. 1; BSK ZPO-GUYAN, Art. 154 N. 1; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 154 N. 1 f.; GUYAN, S. 5 f. Die *qualifizierte* Beweisverfügung (Erläuterung der Funktionsweise im Bericht VE-ZPO, S. 108 zu Art. 219) wurde als zu schwerfällig/aufwändig kritisiert (vgl. z.B.: ZS VN VE-ZPO, S. 582 FR, S. 583 LU [bereits zur einfachen Beweisverfügung], S. 584 VS, S. 585 BE, S. 586 LU, S. 586 f. Uni LA) oder als überflüssig bezeichnet (vgl. z.B.: ZS VN VE-ZPO, S. 585 AG, BE, S. 586 Grüne Partei, Uni BE) und schaffte es nicht ins Gesetz.

¹⁰⁸⁴ Vgl. hierzu z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 154 N. 24 ff.; B&M-PASSADELIS, Art. 154 N. 15 f.; BSK ZPO-GUYAN, Art. 154 N. 7 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.43; GASSER/RICKLI, Art. 154 N. 7; KuKo-SCHMID, Art. 154 N. 4. Hinweis auf die Notwendigkeit dieser Eigenschaft bereits im Vernehmlassungsverfahren: ZS VN VE-ZPO, S. 582 f. JU, S. 583 SO, S. 586 f. Uni LA implizit.

¹⁰⁸⁵ Vgl. auch MEIER I., Vorentwurf, S. 59 und 62, darüber, dass durch die qualifizierte Beweisverfügung in Erfahrung gebracht wird, welche Tat- und Rechtsfragen das Gericht als entscheidend erachtet (MEIER I., ZPR, S. 389, zählt die Beweisverfügung allerdings nicht als Institut der materiellen Prozessleitung auf). Zum Kommunikationswert der Beweisverfügung vgl. insb. die Erläuterung gewisser Funktionen bei: S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 154 N. 5 und 5a (Leitungs- oder Steuerungsfunktion sowie Klarstellungsfunktion); B/G/S I-LEU, Art. 154 N. 29 f. (Informationsfunktion) N. 32 (Kontrollfunktion); B&M-PASSADELIS, Art. 154 N. 3 (wegweisende Wirkung); allgemein zu den verschiedenen Funktionen vgl.: WUILLEMIN, N. 335 ff. und 442 ff., insb. N. 342 ff. und 455 ff. zur Informations- und zur Kontrollfunktion, sowie GUYAN, S. 4 f. Vgl. auch den Hinweis von LEUCH, Prozeßleitung, S. 557, jedoch zum kantonalen Recht (1923): «Nimmt es der Richter ernst mit der Beweisverfügung, so zwingt sie ihn, eine interne rechtliche Prüfung des Prozessstoffes vorzunehmen, die Notwendigkeit der einzelnen Beweise zu untersuchen, das Erhebliche vom Unerheblichen, das Beweisbedürftige vom Feststehenden zu scheiden.» BERTI, ZPO, N. 372, mahnt, dass wegen der wichtigen Einblicke, welche die Beweisverfügung offenbart, diese entsprechend sorgfältig zu entwerfen ist.

noch die Möglichkeit haben, ihre Einbringtätigkeiten zu ergänzen, kann sich die Beweisverfügung als Instrument der materiellen Prozessleitung erweisen, da sie diesfalls mittelbar auf den Prozessstoff wirkt.¹⁰⁸⁶ Zumindest soweit das Gericht eine umfassende Verantwortung für den Prozessstoff trägt, kann eine Beweislastverfügung das Potential eines Prozessleitungsinstruments haben. Für Belange, bei denen das *da mihi facta* lediglich zu relativieren ist, führt ein frühzeitiger Erlass indessen dazu, dass die limitierenden Voraussetzungen der materiellen Prozessleitung, etwa das Einhalten der parteiseitigen Sorgfalt als Voraussetzung für die richterliche Fragepflicht¹⁰⁸⁷, obsolet würden.¹⁰⁸⁸ Da im Teil III der Fokus auf ebendieser Relativierung des *da mihi facta* liegt, wird die Frage, wie weit die Beweisverfügung als Instrument der materiellen Prozessleitung fungieren sollte, vorliegend nicht weitergehend thematisiert.

3. Mittels Rechtsaufklärung?

Vor dem Hintergrund der vorliegend interessierenden Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* kann von einem indirekten Eingriff in die Prozessstoffsammlung im Prinzip auch dann gesprochen werden, wenn das Gericht zu einem Zeitpunkt, in dem es den Parteien noch möglich ist, ihr prozessual ungenügendes *da mihi facta* zu verbessern, Einblicke in das vorläufige Resultat seiner eigenen Aufgabe – das *dabo tibi ius* – gewährt. Aufgrund dessen, dass vorliegend von einem weiten Begriff der materiellen Prozessleitung ausgegangen wird, der vielfältige Möglichkeiten umfasst, um über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Parteivorbringen zu kommunizieren,¹⁰⁸⁹ gehört auch eine solche Aufklärung über potentiell einschlä-

¹⁰⁸⁶ Vgl. bereits MEIER I., Vorentwurf, S. 62, der schreibt, dass auch die qualifizierte Beweisverfügung nach Art. 219 VE-ZPO kommunikationstechnisch auf halbem Weg stehen bleibt, wenn die Novenbeschränkung nach Art. 215 VE-ZPO gilt und damit die Parteien keine *Antwortmöglichkeit* mehr haben. Nach BAUMGARTNER/DOLGE/ MARKUS/SPÜHLER, § 49 N. 110, wird unter geltendem Recht die Beweisphase durch die Beweisverfügung eingeleitet, unter Vorbehalt zulässiger Noven hätten die Parteien keine Gelegenheit mehr, ihre bisherigen Beweisofferten zu vervollständigen. Ausführlich zum Erlasszeitpunkt der Beweisverfügung: WUILLEMIN, N. 654 ff.

¹⁰⁸⁷ Zum Verhältnis zwischen den gerichtlichen und den parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten vgl. insb. N. 714–732.

¹⁰⁸⁸ Vgl. auch den Hinweis von WUILLEMIN, N. 660, wonach eine Beweislastverfügung mit Angabe der Beweismittel, Beweisgegenstände und Beweislast vor dem Zeitpunkt, in dem sich beide Parteien zweimal unbeschränkt geäußert haben, dem Sinn und Zweck der gerichtlichen Fragepflicht widerspricht.

¹⁰⁸⁹ Vgl. den Titel vor N. 344 «Umfassende Kommunikationsmöglichkeiten». Dass eine solche Aufklärung zu den Instrumenten der materiellen Prozessleitung zu zählen ist,

gige Bestimmungen in das gerichtliche Instrumentarium. Wie weit eine solche Prozessleitung im schweizerischen Recht entwickelt und verbreitet ist, wird im Teil III zu prüfen sein.¹⁰⁹⁰

b. Abstraktion von den Prozessmaximen

- 347 Die Analyse des Kontaktbereichs des Einbringens im Kapitel 3 zeigte, dass unter der Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich eine ausgeprägte materielle Prozessleitung des Gerichts notwendig ist: Als weitreichende gerichtliche Kompetenz wird diese vorliegend als umfassende materielle Prozessleitung bezeichnet. Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime dagegen wird diese Art Prozessleitung zuweilen anhand von Voraussetzungen eingeschränkt, weil hier originär die Parteien die Verantwortung für den Prozessstoff tragen. Daher lässt sich die richterliche Kompetenz hier als limitierte materielle Prozessleitung verstehen.¹⁰⁹¹ Da dem Gericht somit letztlich in jedem Prozess in mehr oder minder grossem Umfang eine Eingriffskompetenz in den Prozessstoff zukommt, ist eine Definition der materiellen Prozessleitung *unabhängig der Prozessmaximen* aufzustellen.
- 348 Auch aus der Perspektive der Prozessparteien bedarf es diesbezüglich keiner Differenzierung: Denn wie im Kapitel 3 festzustellen war, fallen deren Einbringtätigkeiten, bei denen das Gericht sie mittels Prozessleitung begleitet, rein inhaltlich betrachtet nicht unterschiedlich aus, ob ihr Prozess nun der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime untersteht. Aus Parteisicht entscheiden die Prozessmaximen vor allem darüber, ob ihre Einbringtätigkeiten als Einzellasten sanktioniert werden, wie dies bei der Verhandlungsmaxime der Fall ist, oder ob Mängel durch spätere Einbringtätigkeiten und durch weitergehende, da bei der Untersuchungsmaxime niederschwelliger einsetzende Gerichtsaktivitäten vermehrt kompensiert werden können.¹⁰⁹² Auf die Definition der materiellen Prozessleitung hat dieser formale Unterschied indessen keinen Einfluss.

ergibt sich auch aus dem Umstand, dass sich die rechtliche Aufklärung der Parteien zur Begegnung von Überraschungsentscheidungen anhand der allgemeinen richterlichen Fragepflicht von Art. 56 ZPO erörtern lässt, vgl. hierzu N. 571 m.w.H.

¹⁰⁹⁰ Vgl. hierzu N. 563–575 und N. 621–626.

¹⁰⁹¹ Vgl. hierzu N. 258 i.V.m. N. 255–256.

¹⁰⁹² Vgl. diesbez. für den Bereich der Verhandlungsmaxime N. 211–213 und für den Bereich der Untersuchungsmaxime N. 224–226.

c. Einbezug sowohl der Partei- wie auch der Gerichtsperspektive

Möglicherweise weil es letztlich die Parteien sind, die mit der Prozesseinleitung einen Einsatz des Staats fordern und im Rahmen dessen auch darauf angewiesen sind, dass Rechtskenntnisse, die ihnen für das rechtsgenügeliche Einbringen ihres Rechtsstreits in das Verfahren fehlen, überbrückt werden, wird vorwiegend die Wirkung der materiellen Prozessleitung für die Parteien betont: Nämlich, dass das Gericht dadurch Hilfestellung leistet,¹⁰⁹³ womit sich die Gefahr minimiert, dass ein in Tat und Wahrheit bestehendes Recht wegen eines ungenügend aufgeklärten Sachverhalts untergeht oder umgekehrt ein eigentlich ungerechtfertigter Anspruch geschützt wird. Wie hiavor angesprochen, betrifft der Zivilprozess aber nicht nur die rein persönlichen Interessen der Parteien: Einerseits können von einem Prozessergebnis auch konkrete *Drittinteressen* tangiert sein, die durch Rechtsunkenntnis der Parteien, aber auch durch eine von den Parteien absichtlich bewerkstelligte Disposition über den Sachverhalt gefährdet sind.¹⁰⁹⁴ Abgesehen hiervon liegt es andererseits selbstverständlich auch im *Interesse der Allgemeinheit*, dass der Zivilprozess bestmöglich funktioniert. Hierfür muss dieser mit Unerfahrenheit in rechtlichen Belangen, teilweise aber auch mit gewissem Widerwillen der Parteien umzugehen wissen und trotz solcher Hürden ein faires Verfahren mit möglichst der tatsächlichen Sachlage entsprechenden Urteilen erreichen. Nicht zuletzt liegt es auch im allgemeinen Interesse, dass die Parteien in einem Verfahren nicht allerlei rechtlich Irrelevantes vortragen und damit nicht einzig ihre eigenen Mittel, sondern auch die beschränkten staatlichen Ressourcen ineffizient nutzen.¹⁰⁹⁵ Das Gericht trägt somit in seiner rechtsprechenden Funktion eine Verantwortung, die über diejenige für den Schutz berechtigter Parteiinteressen hinausreicht. Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit, in der die Aufgaben *da mihi facta* und *dabo tibi ius* stehen,¹⁰⁹⁶ rechtfertigt es sich, für die Wirkung der materiellen Prozessleitung insbesondere *auch die Gerichtsperspektive einzubeziehen*: Damit nämlich

¹⁰⁹³ Vgl. z.B.: LEUCH, Prozeßleitung, S. 568 (beihilflich sein); GRASS, S. 12 f. (zu helfen); STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 658 (über richterliche Hilfspflichten).

¹⁰⁹⁴ Vgl. hierzu N. 215.

¹⁰⁹⁵ Vgl. hierzu N. 240 und N. 513–516.

¹⁰⁹⁶ Zur Abhängigkeit der Rechtsanwendung von der Tätigkeit der Parteien vgl. z.B. BGE 115 II 464 E. 1 (unter Verhandlungs- und Dispositionsmaxime): «*Ein Rechtssatz kann daher nicht von Amtes wegen angewendet werden, wenn sein Tatbestand nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen ist [...].*»; vgl. zudem den Hinweis von GULDENER, ZPR, S. 286, dass die *Rechtsfindung des Gerichts* in weitem Umfang von der *Sorgfalt abhängt, mit der die Parteien den Prozess führen*; so habe das Gericht im *Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts* darauf hinzuwirken, dass die

das Gericht seiner eigenen Aufgabe, dem *dabo tibi ius*, korrekt und effizient nachkommen und so nicht nur Partei-, sondern auch die besagten Drittinteressen und Interessen der Allgemeinheit schützen kann, müssen ihm möglichst prozessual rechtsgenügend eingebrachte Sachverhaltshypothesen vorliegen.¹⁰⁹⁷

- 350 Die positive Wirkung der materiellen Prozessleitung ist demnach eine mehrseitige¹⁰⁹⁸: Für die profitierende Partei stellt sie eine Hilfeleistung bei der Erfüllung ihrer prozessualen Aufgaben dar. Deren verbesserte Qualität wiederum bewirkt eine Hilfestellung für das Gericht bei der Erfüllung seiner Pflichten – nämlich, in einem fair und effizient ausgestalteten Verfahren nach einem möglichst der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil zu streben. Dass das Gericht dies tut, entspricht letztlich auch einem Interesse der Allgemeinheit. Deshalb ergibt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht Sinn, die Definition der materiellen Prozessleitung nicht einzig auf die persönlichen Interessen der Parteien auszurichten.

Prozesshandlungen der Parteien fehlerfrei vorgenommen und allfällige Mängel, soweit zulässig, verbessert werden.

¹⁰⁹⁷ Zur Fragepflicht aus Gerichtsperspektive beschrieben vgl. z.B. die Stellungnahme von SARBACH M., Diss., S. 59, zur Klarstellungsfunktion der richterlichen Fragepflicht nach SPOHR: *«Die Klarstellungsfunktion ist eine Art Grundfunktion der richterlichen Aufklärungs- und Fragepflicht. Bleibt das Vorbringen der Parteien unklar, so ist dem Gericht – Folge der engen gegenseitigen Abhängigkeit von Sachverhalt und Rechtsanwendung – eine an den tatsächlichen Verhältnissen orientierte Rechtsanwendung gar nicht möglich.»* (Hervorhebung weggelassen); GRASS, S. 12, zum Hauptzweck des einfachen richterlichen *Fragerechts*, nämlich dass *der Richter versteht*, worum es geht, worüber *er* näheren Aufschluss braucht, und schliesslich S. 14: *«Der Richter wird angerufen, um Recht zu sprechen. Damit er dazu in der Lage ist, wird ihm das selbstverständliche Recht und die Pflicht eingeräumt werden müssen, sich für das Urteil eine klare Grundlage zu verschaffen.»* (Hervorhebung weggelassen).

¹⁰⁹⁸ Gerade die Zweiseitigkeit schimmert zuweilen auch in Ausführungen der Lehre durch, vgl. z.B.: REICHEL, S. 106: *«Der Zweck des Civilprozesses soll nicht vereitelt werden dadurch, dass der Richter infolge der Gestaltung des Verfahrens gezwungen wird, etwas als Recht zu erklären, was er in seiner innersten Ueberzeugung nicht als Recht ansieht. Der Wille der Parteien soll nicht vereitelt werden dadurch, dass Mängel in ihrem prozessualischen Verhalten eine Folge haben, die gar nicht in ihrer Absicht liegt. Denn keine Partei will mit ihrem Sachantrag unterliegen.»* (Hervorhebungen zugefügt); des Weiteren GRASS, S. 12, zum Hauptzweck des einfachen richterlichen *Fragerechts*, nämlich dass *der Richter versteht*, worum es geht, und zur weiteren *Funktion* der Fürsorge für die Parteien.

III. Resultat: Definition der materiellen Prozessleitung

Diese wichtigen Erkenntnisse sollen in stark komprimierter Form in die Definition der materielle Prozessleitung einfließen. Vorliegend wird diese somit verstanden als: 351

Jede zur Überbrückung von (unverschuldetermassen) unzureichenden Rechtskenntnissen, (entschuldbaren) Versehen und allfälligen Verschleierungstaktiken an die Prozessinvolvierten adressierte wie zuweilen auch unmittelbar den Prozessstoff gestaltende Kommunikation des Gerichts über die prozessual rechtsgenüßliche Umsetzung der Einbringtätigkeiten, welche sich an der im Hinblick auf das ius kompletten Sachverhaltshypothese sowie an der Parteihaltung orientiert und bezweckt, das Gericht in die Lage zu versetzen, am Ende eines fair und effizient gestalteten Verfahrens ein möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechendes Urteil zu fällen.

B. Herausforderung der materiellen Prozessleitung im kontradiktorischen Verfahren

In Anbetracht der kontradiktorischen Situation im Zivilprozess und der zugleich immerwährenden Verpflichtung des Gerichts, als Träger der staatlichen Justizhoheit stets unparteilich zu bleiben,¹⁰⁹⁹ erweist sich eine gestaltende Einflussnahme des Gerichts in den Prozessstoff nicht als gänzlich unproblematisch:¹¹⁰⁰ Schliesslich bezweckt jede Partei mit der von ihr jeweils eingebrachten Sachverhaltshypothese letztlich, ihre Interessen durchzusetzen, die mit denjenigen ihrer Gegenpartei kollidieren. Der Umkehrschluss, dass das Gericht sich daher von Eingriffen in die Prozessstoffsammlung zu enthalten hätte, funktioniert indessen nicht:¹¹⁰¹ Die kontradiktorische Ausgestaltung des Zivilverfahrens führt nämlich dazu, dass eine 352

¹⁰⁹⁹ Zur Unparteilichkeit als grundlegende Anforderung an das Gericht vgl. N. 50–51.

¹¹⁰⁰ Vgl. auch die Hinweise auf das *Spannungsverhältnis/-feld* zwischen richterlicher Fragepflicht und Unparteilichkeit in FN. 1356.

¹¹⁰¹ Vgl. auch die Aussage von TROLLER, Grundlagen, S. 48: «[...] er [Anm.: der Richter] handelt seiner Richterpflcht zuwider, wenn er sich tatenlos mit der Unvollständigkeit des Tatbestandes abfindet und die Partei, zu deren Ungunsten sich die Situation auswirkt, ins Unrecht versetzt, ohne den Versuch zu einer lückenlosen Orientierung unternommen zu haben.»; in diese Richtung auch HABSCHIED, Philosophie, S. 15; vgl. zudem STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 658 f.

gerichtliche Enthaltung nicht weniger entscheidende Konsequenzen zeitigen kann als ein aktiver richterlicher Eingriff: Erhält die betroffene Partei keine Möglichkeit, ihre prozessual ungenügend eingebrachte Sachverhaltshypothese zu verbessern, wird sie ihr Zwischenziel, nämlich dass ihre Hypothese in die verbindliche Sachverhaltsfeststellung eingeht, nicht erreichen. So kann eine Partei letztlich den Prozess verlieren, obschon ihre Position nach den tatsächlichen Gegebenheiten rechtlichen Schutz verdient hätte. Kommuniziert dagegen das Gericht die prozessuale Unzulänglichkeit der Einbringtätigkeiten durch einen mittelbaren oder einen unmittelbaren Eingriff in den Prozessstoff, können der Gegenpartei keine Vorteile zufallen, soweit die Mängel behoben worden sind.¹¹⁰² Daher wird die unterlegene Partei der Urteilsbegründung entnehmen wollen, woran ihr Rechtsschutzgesuch scheiterte, und sich alsdann zwei Fragen stellen: Einerseits, ob das Gericht ihr nicht zu einem früheren Zeitpunkt *hätte* allfällige prozessuale Unzulänglichkeiten ihrer Einbringtätigkeit *kommunizieren müssen*, und ob das Gericht andererseits die Gegenpartei beim Einbringen derer Hypothese womöglich *zu sehr unterstützt hat*?

- 353 All dies bedeutet für das Gericht zunächst, dass es auch bei der materiellen Prozessleitung nicht *nicht* entscheiden kann: Anders ausgedrückt, steht es auch hier unter unentwegtem Zwang, sich entweder für oder gegen seine Einflussnahme auf den Prozessstoff zu entscheiden. Des Weiteren folgt aus der kontradiktorischen Prozesssituation, dass – wie auch immer der Prozessleitungsentscheid des Gerichts ausfällt – sowohl bei einem Eingriff in den Prozessstoff wie auch bei seiner Enthaltung sich eine der Parteien darüber weniger glücklich zeigen wird als die andere, und allenfalls die Frage nach einer Parteilichkeit oder mangelnder Fairness aufwirft.¹¹⁰³

¹¹⁰² Zu diesem Resultat vgl. auch z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 140; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 226; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 15; FELLMANN, Fragepflicht, S. 92; SARBACH R., N. 691.

¹¹⁰³ SARBACH R., N. 691: «*Übt das Gericht die gerichtliche Fragepflicht aus, bedeutet dies aber stets eine Hilfestellung des Gerichts zu Gunsten derjenigen Partei, deren Vorbringen mangelhaft ist. Nichts anderes gilt, wenn das Gericht seine Fragepflicht nicht ausübt: Durch seine Unterlassung hilft das Gericht der Gegenpartei, die vom mangelhaften Vorbringen der anderen Partei profitiert.*» Vgl. des Weiteren LIENHARD A. [b], N. 219, und LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637 f., wonach sich die Unparteilichkeit sowohl gegen wie auch für die Ausübung von Art. 56 ZPO ins Feld führen lässt. Die gleichzeitige Betroffenheit beider Parteien zeigt sich auch in der Formulierung des Urteils 4A_284/2017 E. 3.2: «*Die Beschwerdeführerin war anwaltlich vertreten, und es ist nicht ersichtlich, inwiefern in der konkreten Situation Anlass bestanden hätte, ihr mittels der richterlichen Fragepflicht zum Nachteil der*

Ihre gegenläufigen Interessen lassen demnach beide Parteien bereits am Scheitelpunkt der prozessualen Aufgaben bei der Sachverhaltserstellung in empfindlicher Weise von der Kommunikation des Gerichts zur prozessualen Rechtsgenügsamkeit von Einbringtätigkeiten abhängen, was die hohe Relevanz gerichtlicher Entscheide im Rahmen der materiellen Prozessleitung belegt. 354

Das Recht der eidgenössischen Zivilprozessordnung, so hob dies Ramon MABILLARD hervor, wird direkt von den verfassungsmässig verbürgten Verfahrensgarantien abgeleitet.¹¹⁰⁴ Tatsächlich kann somit das Verfahrensrecht auch als «*weitgehend angewandtes Verfassungsrecht*»¹¹⁰⁵ beschrieben werden, wie Walther HABSCHEID dies tat. Beziehungsweise sollte es, in der Diktion von Paul OBERHAMMER ausgedrückt, «*gelebtes Verfassungsrecht*»¹¹⁰⁶ darstellen.¹¹⁰⁷ Nach dem bisher Gesagten ist die Aufgabenverteilung im Bereich der Sachverhaltserstellung ein anschaulicher Beleg dafür, dass das Verfassungsrecht zugleich aus zwei gegensätzlichen Werten gelebt werden muss: Vor dem Hintergrund, dass das *da mihi facta* von einem komplexen Zusammenspiel zwischen Sach- und Verfahrensrecht (*ius*) abhängt, das für den Einzelnen nicht so leicht zu beherrschen ist, ist die Summe der einzelnen Verfahrensgarantien von zwei Parteien mit gegenläufigen Interessen in einer Weise zu konkretisieren, die es der Justiz erlaubt, auch in der Phase der Prozessstoffsammlung beiden Streitparteien gerecht zu werden.¹¹⁰⁸ 355

Gegenpartei zu helfen.» (Hervorhebung zugefügt), ähnliche Formulierung im Urteil 4A_540/2017 E. 5.5.

¹¹⁰⁴ In einem anderen als dem vorliegenden Kontext führt MABILLARD, Zukunft, S. 14 f. m.H. namentlich auf die Rechtsprechung, weiter aus: «*Nicht erst mit Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, sondern bereits mit der totalrevidierten Bundesverfassung, wurde dem neuen Jahrhundert ein prozessualer Paradigmenwechsel in die Wiege gelegt.*» Vgl. des Weiteren auch MEIER I., Prinzipiennormen, S. 34, der im Jahr 1993, d.h. für die Zeit vor der eidg. ZPO, zur Feststellung gelangte, dass sich unter Berücksichtigung vieler berechtigter verfahrensrechtlicher Forderungen aus Art. 6 EMRK zur Verfahrensfairness letztlich ein grundrechtliches Rahmengesetz zum Zivilprozess bildet (vgl. aber auch DENS., a.a.O., S. 66 ff., zur Kritik am Prinzipienrecht und Ansätze für seine Einschränkung [diesbez. zur Verfahrensfairness S. 70]).

¹¹⁰⁵ HABSCHEID, Philosophie, S. 8 (bereits vor der eidg. ZPO).

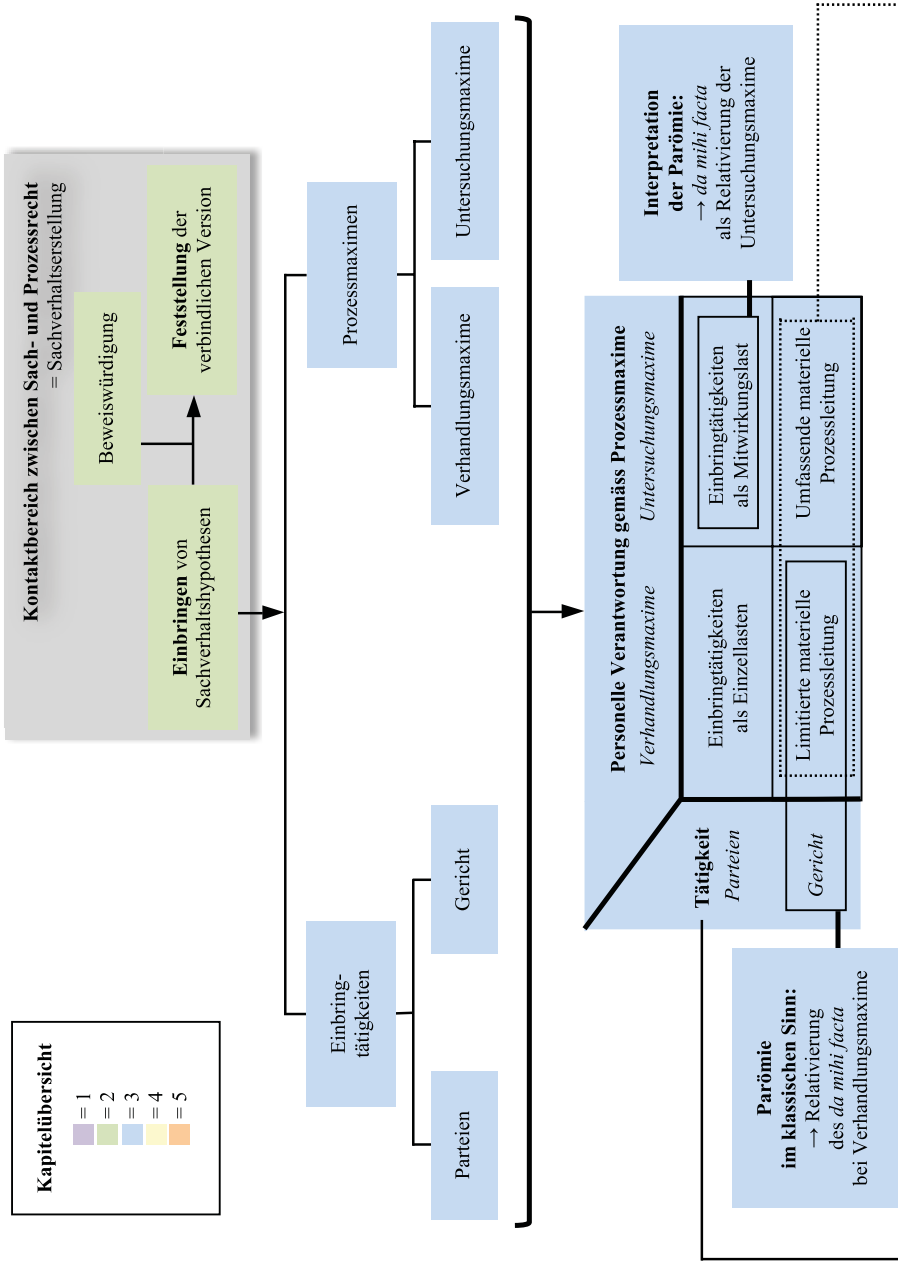
¹¹⁰⁶ OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1029, und OBERHAMMER, Richterbild, S. 131 (bereits vor der eidg. ZPO).

¹¹⁰⁷ STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 648, spricht von der «*oft zitierten Formel, Verfahrensrecht sei <angewandtes Verfassungsrecht>*», der jedoch selbst dieses Verhältnis der beiden Rechtsgebiete als zu eng umschrieben erachtet (vgl. auch DENS., a.a.O., S. 666).

¹¹⁰⁸ Vgl. auch die Feststellung bei LIENHARD A. [b], N. 242, dass das Gericht hoheitlich handelt und die Grundrechte und die Rechtsgleichheit zu achten hat.

Kurzum: Es muss letztlich ein angemessener Ausgleich zwischen den verfahrensrechtlichen Grundrechtspositionen beider Prozessparteien gefunden werden. Die Frage nun, wie der Gesetzgeber der eidgenössischen Zivilprozessordnung diesen gemäss geltendem Recht zu erreichen gedenkt, bildet Gegenstand des nachfolgenden Teils III der Abhandlung.

GRAFIK 4 – ÜBERSICHT TEIL II



Analyse Prozesssubjekte → Kapitel 1

Beschreibung der Aufgabenteilung bei der Sachverhaltesterstellung im Zivilprozess	Parteien Teilnehmer Sachrechtsverhältnis Teilnehmer Prozessrechtsverhältnis	Gericht Aussenstehender Sachrechtsverhältnis Teilnehmer Prozessrechtsverhältnis
	Tatfrage des Sachrechts sachrechtliches Sein	Zurverfügungstellen von Sachverhaltsmaterial Beantwortung = autoritative Feststellung nach Beweiswürdigung
	Rechtsfragen des Sachrechts	<i>Einschätzungsvermögen zu potentiell einschlägigen Tatbeständen</i> Beantwortung (<i>iura novit curia</i>) Rechtliche Bewertung des Sachrechtsverhältnisses
	Tatfrage des Verfahrensrechts Entwicklung des prozessualen Seins → Kapitel 1 (BÜLOW)	Einflussphäre Parteien: Unmittelbare Beantwortung insb. durch Einbringfähigkeit Einflussphäre Gericht: Unmittelbare Beantwortung insb. durch Prozessleistungsfähigkeit
	Rechtsfragen des Verfahrensrechts	<i>Einschätzungsvermögen über die prozessualen Anforderungen für die Einbringfähigkeiten</i> Beantwortung (<i>iura novit curia</i>) Insb. Übersetzung in Verfahrensschissprache + Kongruenzentscheid zum Verfahrensrecht

Trennlinie der Aufgabenteilung bei der Sachverhaltesterstellung im Zivilprozess

Materielle Prozessleitung:

Jede zur Überbrückung von (unverschuldetermassen) unzureichenden Rechtskenntnissen, (entschuldbaren) Versehen an die Prozessinvolvertierten adressierte wie zuweilen auch unmittelbar den Prozessstoff gestaltende **Kommunikation des Gerichts über die prozessual rechtsgenügende Umsetzung der Einbringfähigkeiten**, welche sich an der im Hinblick auf das *ius* kompletten Sachverhaltschypothese sowie an der Parteilhaltung orientiert und bezweckt, das Gericht in die Lage zu versetzen am Ende eines fair und effizient gestalteten Verfahrens ein möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechendes Urteil zu fällen.

Siehe online:
<https://www.dike.ch/anderegg-grafiken-direct-link-grafik-4>

Teil III

Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung im schweizerischen Zivilprozess und Synthese ihrer Stufenfolge

Die ersten zwei Teile der vorliegenden Abhandlung beleuchteten die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius*. Besondere Aufmerksamkeit verlangte dabei der Umstand, dass die beiden in diesem Sprichwort enthaltenen Aufgaben kein isoliertes Nebeneinander führen, sondern vielmehr stark voneinander abhängig sind. Soweit die Parteien nicht über diejenigen Kenntnisse des Sach- und des Prozessrechts verfügen, die für den Vortrag des rechtsrelevanten Geschehens notwendig sind, besteht eine gewisse Gefahr, dass das Gericht ein in Tat und Wahrheit bestehendes Recht nicht erkennt oder umgekehrt auch ungerechtfertigte Ansprüche schützt. Diese Gefahr vergrössert sich zusehends, je mehr dieses Sprichwort im Sinne einer strikten Aufgabenteilung verstanden wird. Im Anschluss an die Analyse zur Aufgabenverteilung bei der Sachverhaltserstellung liess sich das Fazit ziehen, dass das Gericht mit seiner materiellen Prozessleitung die prozessuale Rechtsgenüchtigkeit der parteiseitigen Einbringtätigkeiten beeinflusst. Damit trägt es massgeblich dazu bei, dass der Übergang zwischen Tatsächlichem und Rechtlichem – mit der Parömie gesprochen zwischen *facta* und *ius* – auch für die Parteien permeabel ist: Denn mithilfe dieser gerichtlichen Kommunikation werden unzureichende Kenntnisse desjenigen Rechts überbrückbar, das beim Einbringen von relevanten Sachverhaltshypothesen in den Prozess zur Anwendung gelangt. Der vorliegende Teil III fokussiert nun ganz auf die konkrete Ausgestaltung dieser materiellen Prozessleitungskompetenz im aktuellen schweizerischen Recht. 356

Wie aus dem Teil II hervorgeht, wird die materielle Prozessleitung vorliegend nicht als Phänomen verstanden, welches einzig im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime anzutreffen wäre. Sie wird dort lediglich vermehrt und kon- 357

troverser diskutiert, da ein gerichtlicher Eingriff in den Prozessstoff bei grundsätzlicher Parteiverantwortung augenscheinlich heikler erscheint, als wenn eine umfassende gerichtliche Kompetenz zur Prozessstoffgestaltung gegeben ist. Wie bereits erwähnt, liegt daher in diesem letzten Teil der Abhandlung der Fokus hauptsächlich auf der *limitierten materiellen Prozessleitung*.¹¹⁰⁹

- 358 Einen zentralen Diskussionsgegenstand des nachfolgenden 6. Kapitels bildet die Frage, inwiefern die nunmehr vereinheitlichten Prozessstrukturen solche partei-externen Möglichkeiten zur Kompensation von unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen, von entschuldbaren Versehen, aber auch von allfälligen Verschleierungstaktiken der Prozessbeteiligten erfordern. Ferner soll dort untersucht werden, anhand welcher Kriterien das *da mihi facta* zu relativieren und das Gericht somit, in Diktion der Botschaft ausgedrückt, insbesondere zu «*einer so genannten <Richterpflicht> [...] zu gezielten Fragen*» angehalten ist.¹¹¹⁰ Von den festgelegten Kriterien geleitet, soll dann im Kapitel 7 die materielle Prozessleitung des gegenwärtigen schweizerischen Rechts gewürdigt und eine Stufenfolge hierfür aufgezeigt werden.

¹¹⁰⁹ Zum Themenfokus vgl. N. 262–265.

¹¹¹⁰ Betreffend dieses Zitat vgl. auch die Einleitung in die Abhandlung, N. 3–6.

Kapitel 6 Über die Notwendigkeit und die Kriterien zur Relativierung des *da mihi facta* im schweizerischen Zivilprozess

Fehlen den Parteien die für die Prozessstoffsammlung im Zivilverfahren unabdingbaren Sach- und Verfahrensrechtskenntnisse, besteht die Gefahr, dass der strittige Sachverhalt nicht gegebenheitsgetreu festgestellt wird. Dies wiederum fördert bekanntermassen das Risiko, dass tatsächlich *Recht haben* und im Verfahren *Recht bekommen* auseinanderdriften.¹¹¹¹ Wie der Teil II zeigte, ist hier die materielle Prozessleitung fähig, eine Brücke zwischen den vermeintlich isolierten Aspekten *da mihi facta* und *ius* zu bilden. 359

Die beschriebene Gefahr und deren Begegnungsmöglichkeit sah bereits Franz KLEIN: 1891 forderte dieser für die Reform des österreichischen Zivilprozessrechts¹¹¹² die «[u]nverblünte Anerkennung der Befugniß und Pflicht des Richters, wo das Anbringen der Parteien für die ihm obliegende Urtheilsfällung quantitativ oder qualitativ nicht genügt (also nach den Parteien, nicht vor ihnen), dort von sich aus die Ergänzung und Aufklärung des Sachverhaltes in gesetzlich zulässiger Weise herbeizuführen»¹¹¹³. Überdies verlangte er eine «möglichst anschauliche Begrenzung dieser Befugniß mit Hilfe leicht zu practicirender Kriterien!»^{1114, 1115} 360

120 Jahre später trat in der Schweiz eine nunmehr landesweit einheitliche Zivilprozessordnung in Kraft. Mit Blick auf die eben zitierten Worte des berühmten österreichischen Juristen soll im vorliegenden Kapitel 6 Unterkapitel A. der Frage nachgegangen werden, wie weit auch die für die Schweiz neugestalteten Verfahren eine materielle Prozessleitung erfordern. Weiterer Schwerpunkt bildet im Unterkapitel B. die Suche nach Kriterien, mit deren Hilfe sich diese Prozessleitungsform beziehungsweise die Relativierung des *da mihi facta* für das hiesige Recht, in der Diktion von KLEIN ausgedrückt, *anschaulich begrenzen* lässt, und 361

¹¹¹¹ Zu diesem Auseinanderdriften vgl. N. 114.

¹¹¹² Darstellungen zu KLEINS Gedanken und Reformen z.B. bei: PARKER/LEWISCH, S. 203 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 10 ff.

¹¹¹³ KLEIN, Pro Futuro, S. 28 f. (Hervorhebung weggelassen).

¹¹¹⁴ KLEIN, Pro Futuro, S. 29.

¹¹¹⁵ Eine wichtige Grenze scheinen für KLEIN, Pro Futuro, S. 31, die Sachanträge der Parteien zu sein, in diesem Rahmen könne dem Richter «mit Beruhigung freie Bewegung» zugestanden werden.

die darüber hinaus möglichst *leicht zu praktizieren* sind. Selbstverständlich muss es sich hierbei um Kriterien handeln, die den am Ende des 5. Kapitels beschriebenen Herausforderungen Rechnung tragen: Nämlich, dass jeder materiell den Prozess leitende Entscheid des Gerichts, ob dieser nun zu einem Eingriff in den Prozessstoff führt oder nicht, Auswirkungen auf beide sich im kontradiktorischen Zivilverfahren gegenüberstehenden Parteien zeitigt, die gleichermaßen Anspruch auf ein faires Verfahren vor einem neutralen Gericht haben.¹¹¹⁶

A. Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung für die Schweiz

I. Neue Prozessordnung – Neuordnung eines sozialen Systems

- 362 Bereits aus den Erläuterungen zum Prozessrechtsverhältnis im Kapitel 1 lässt sich folgern, dass das Zivilverfahren zu den sozialen Systemen gehören muss, welche nach Niklas LUHMANNs Konzeption *«eine spezifische Funktion erfüllen, nämlich eine einmalige verbindliche Entscheidung zu erarbeiten, und dadurch von vorneherein in ihrer Dauer begrenzt sind»*^{1117, 1118}. In seiner berühmten Schrift führte LUHMANN hierzu weiter aus: *«Für jede Systembildung ist bezeichnend, daß sie nur einen Ausschnitt der Welt erfaßt, nur eine begrenzte Zahl von Möglichkeiten zuläßt und verwirklicht.»*¹¹¹⁹ Stephen BERTI interessierte sich für das *ideenreiche Werk* des Juristen und Soziologen.¹¹²⁰ Prägnant fasste er LUHMANNs Gedanken zum *Verfahrensfortgang* dahingehend zusammen, dass das Verfahren *«durch Regeln der Irrelevanz, der Zulassung von Personen und der Einführung von Themen»* eingegrenzt wird: *«Es ziehen sich die Handlungsmöglichkeiten der Parteien zusam-*

¹¹¹⁶ Vgl. hierzu N. 352–355.

¹¹¹⁷ LUHMANN, S. 41.

¹¹¹⁸ Zum Prozessrechtsverhältnis vgl. N. 23–24.

¹¹¹⁹ LUHMANN, S. 41.

¹¹²⁰ Das *ideenreiche Werk* des Juristen und Soziologen LUHMANN, wie BERTI dessen Schrift *Legitimation durch Verfahren* nennt, berücksichtigt BERTI, ZPO, N. 20, in seinem Lehrbuch.

*men; jede muss auf alles Rücksicht nehmen, was sie schon gesagt oder zu sagen unterlassen hat.»*¹¹²¹

Seit der Einführung der eidgenössischen Verfahrensordnung – einem Kondensat mit Kompromisscharakter aus 26 kantonalen Systemen zur verbindlichen Entscheiderarbeitung¹¹²² – werden ebensolche Fragen zum zivilprozessualen Verfahrensgang nunmehr landesweit einheitlich geregelt. Hiervor thematisierte das 1. Kapitel der vorliegenden Abhandlung verschiedene Regeln über die *Zulassung von Personen* in dieses neu gestaltete System zur Behandlung von Rechtsstreitigkeiten. Die Kapitel 2 und 3 widmeten sich sodann den Regeln über die *Einführung des strittigen Geschehens* in das Gerichtsverfahren. Darüber hinaus zeigten die bisherigen Darstellungen, wie das Verfahrensrecht zur Festlegung der *relevanten* Themen auf die Tatbestände des Sachrechts zurückgreift. Anhand all dessen erhellte sich, wie die Sachverhaltserstellung im Zivilverfahren von einem Zusammenwirken zwischen Sach- und Verfahrensrecht abhängt. Gelingt es den Parteien nun nicht, das konkrete Zusammenspiel zwischen dem Verfahrensrecht und dem Sachrecht ihres Falls in ausreichendem Mass zu überblicken, fällt es ihnen zunehmend schwer, einzuschätzen, wie sich – in der eben zitierten Diktion gesprochen – ihre Handlungsmöglichkeiten im Verfahrensfortgang zusammenziehen.

Eingebunden in das gemäss Oskar BÜLOW sich in beständiger Entwicklung befindliche Prozessrechtsverhältnis¹¹²³, müssen die Parteien auf ihrem Weg Richtung Urteil eine Umsicht walten lassen, die sich mithilfe von LUHMANNs «*Trichter*

¹¹²¹ So die prägnante Zusammenfassung einer etwas längeren Passage aus LUHMANN, S. 45, von BERTI, ZPO, N. 20.

¹¹²² MABILLARD, Zukunft, S. 2, verwendet, basierend auf den Ausführungen der Botschaft ZPO, S. 7222 f., den Ausdruck «*Kondensat der 26 kantonalen Regelwerke mit Kompromisscharakter*»; NOBEL, S. 508, nennt die ZPO m.H.a. die Botschaft ZPO, S. 7236 f., ein «*föderalistisches Kompromissprodukt*»; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 3 N. 8, sprechen von einer «*saubere[n] Kompromissarbeit*» (Hervorhebung weglassen). Zum Kompromisscharakter vgl. auch SUTTER-SOMM, Entstehung, S. 64 ff., der die Expertenkommission zur Ausarbeitung des Entwurfs für die eidg. ZPO präsidierte (zur Einsetzung und zur Zusammensetzung der Expertenkommission vgl. Bericht VE-ZPO, S. 6 f.; Botschaft ZPO, S. 7235; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 35 f.). Vgl. demgegenüber OBERHAMMER, Kodifikation, S. 757 und 774, der kritisiert, dass insb. das Bundes-Richterrecht zum Zivilprozessrecht, das zu einer Vereinheitlichung bez. verschiedener Grundfragen geführt hat, sowie diejenigen ausländischen Rechtsordnungen, die für die schweizerische Prozesstradition immer schon Bedeutung hatten, nicht ausreichend ausgewertet wurden; kritisch auch bereits in OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1027 ff.

¹¹²³ Vgl. hierzu N. 23.

des Verfahrens»¹¹²⁴ erfassen lässt: *«Nur durch Beachtung der Grenzen des Möglichen, die sich zunehmend verengen, können sie hoffen, eine günstige Entscheidung zu erhalten. Um konsensfähige Punkte zu gewinnen, müssen sie ihre Freiheit einschränken, bestimmte Zweifel auswählen, Argumente zuspitzen [...]»*^{1125, 1126} Auf den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung – die zivilprozessuale Sachverhaltserstellung – übertragen, lässt sich diese Aussage dahingehend interpretieren, dass die Parteien diejenigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen haben, welche sie mit Normen in Verbindung bringen, die sie für ihre Rechtslage für einschlägig halten. Weiter wählen sie aus, welche gegnerischen Äusserungen sie anerkennen oder bestreiten, und machen gegebenenfalls Aussagen zur Rechtserheblichkeit.¹¹²⁷ In diesem Sinn schränken sie mit der Auswahl ihrer Aussagen über erhebliche Tatsachen ihre weitere prozessuale Handlungsfreiheit ein: Denn wollen sie ihre Glaubwürdigkeit möglichst unbeschadet aufrechterhalten, können sie ihre Aussagen nicht beliebig revidieren.¹¹²⁸ Vielmehr noch sollten sie ihre Argumente weiter zuspitzen. Somit verengen die Parteien auch durch ihre Entscheidungen darüber, wie sie ihre Einbringtätigkeiten wahrnehmen, zusehends und in erheblichem Mass ihre Möglichkeiten. Auch wenn sie beim Prozessieren nunmehr landesweit einheitliche Regeln zu befolgen haben, ändert dies nichts an der Tatsache,

¹¹²⁴ LUHMANN, S. 115; aufgegriffen auch z.B. von: BERTI, ZPO, N. 20 f.; RÖHL/RÖHL, S. 515 f.

¹¹²⁵ LUHMANN, S. 115, vgl. auch DENS., S. 40: *«Im Unterschied zum alternativlosen Ablauf des Rituals ist es für Verfahren gerade kennzeichnend, daß die Ungewißheit des Ausgangs und seiner Folgen und die Offenheit von Verhaltensalternativen in den Handlungszusammenhang und seine Motivationsstruktur hineingenommen und dort abgearbeitet werden. Nicht die vorgeprägte konkrete Form, die Geste, das richtige Wort treiben das Verfahren voran, sondern selektive Entscheidungen der Beteiligten, die Alternativen eliminieren, Komplexität reduzieren, Ungewißheit absorbieren oder doch die unbestimmte Komplexität aller Möglichkeiten in eine bestimmbar, greifbare Problematik verwandeln.»*

¹¹²⁶ Noch längere Passage wiedergegeben bei BERTI, ZPR, S. 336, und bei BERTI, ZPO, N. 21, der im Übrigen, a.a.O., N. 54, auch selbst schreibt: *«Jede Bestimmung eines Lebenssachverhalts setzt dem Streitgegenstand normative Grenzen, deren sich eine Klägerin möglicherweise gar nicht bewusst ist.»* Unter Bezugnahme auf LUHMANNs Werk Legitimation durch Verfahren spricht WILLISEGGER, S. 246, von der *Kanalisierungsfunktion* des Verfahrens: *«Der Verfahrensgang eröffnet Handlungsmöglichkeiten und schränkt sie sukzessiv wieder ein, bis der Gegenstand seiner Erledigung zugeführt werden kann.»*

¹¹²⁷ Vgl., jedoch in einem anderen Kontext, auch BERTI, ZPO, N. 177.

¹¹²⁸ Vgl. auch den Hinweis bei LOOSLI, S. 19 f., dass Argumente zwar wohl korrigiert werden können, jedoch nicht ungeschehen zu machen sind.

dass diese Entscheide nach wie vor Kenntnisse oder zumindest ein gewisses Einschätzungsvermögen hinsichtlich des konkreten Zusammenspiels von sach- und verfahrensrechtlichen Regeln bedingen¹¹²⁹.

II. Zentrale Aspekte der neuen Prozessordnung für die Sachverhaltserstellung

a. Möglichkeit des Laienprozesses

i) Weder ein genereller Anwaltszwang noch eine richterliche Sphinx

Obwohl das *da mihi facta* in bedeutendem Mass von *ius* abhängt, sieht die vereinheitlichte Verfahrensordnung für das Prozessieren vor den schweizerischen Zivilbehörden keinen generellen Anwaltszwang vor¹¹³⁰. 365

Aufgrund dessen könnte angenommen werden, dass hierzulande das materielle Prozessleitungsamt des Gerichts zumindest gegenüber juristischen Laien¹¹³¹ stark hervorgehoben¹¹³² wird. Wie aus der Einleitung der vorliegenden Abhandlung zu 366

¹¹²⁹ Zu den Arten von Rechtskenntnissen vgl. N. 303–306.

¹¹³⁰ Art. 68 Abs. 1 ZPO *e contrario*. Hinweise auf den fehlenden (grundsätzlichen) Anwaltszwang z.B. bei: B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 1; BOHNET, parties, S. 80; BERTI, ZPO, N. 78; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 1; CR-JEANDIN, Art. 69 N. 5; KuKo-DOMEJ, Art. 68 N. 9; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11; FELLMANN, Fragepflicht, S. 89; MEIER I., ZPR, S. 392 f. und 541; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 187; HEINZMANN, Habil., N. 332; LIENHARD A. [b], N. 95; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 24. Die Ausnahme der Postulationsunfähigkeit beschreibt die Botschaft ZPO, S. 7280 zu Art. 67, als «Anwaltszwang» (kritisch hierzu: BERTI, ZPO, N. 78 FN. 91). Erörterungen über einen Anwaltszwang im Zivilprozess vor der eidg. ZPO z.B. bei: MARTIN P., S. 71 f.; ASPRION STÖCKLIN, S. 238 ff.; SARBACH M., Diss., S. 63 ff. m.H.a. einen solchen in anderen Ländern.

¹¹³¹ Vgl. auch den Hinweis bei HESS, S. 2 f., dass mit dem Anwaltsprozess eine grundsätzliche Zurückhaltung des Gerichts bei der Stoffsammlung korrespondiert, hingegen umgekehrt im *Parteiprozess* die richterliche Prozessleitung und Beratung der regelmässig rechtsunkundigen Partei ungleich *wichtiger* ist. Zur materiellen Prozessleitung als Ausgleich eines fehlenden Anwaltszwangs vgl. N. 591 m.w.H.

¹¹³² Hervorhebung der Bedeutung insb. von OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 82; OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1040, der betont, dass gerade international im Rahmen verschiedener Reformbewegungen die Frage nach der Rolle des Richters bei der prozessualen Stoffsammlung «zum *harten Kern*» der zivilprozessualen *«Megatrends»* gehört» und sich ein vermehrter Blick über die Grenzen als lohnenswert erweist, es entspreche heute der internationalen *communis opinio*, dass ein «*state of the art*»-Zivilverfahren» den Verhandlungsgrundsatz um eine stark ausgeprägte richter-

entnehmen ist, wird die Aufgabenteilung zwischen Parteien und Gericht tatsächlich bereits auf der ersten Seite der Botschaft zur Zivilprozessordnung thematisiert – sogar als erster Punkt in der Liste zentraler Gegenstände einer Prozessordnung.¹¹³³ Diesem Aspekt wird somit durchaus wichtiger Regelungsbedarf zugestanden. Mehr rhetorisch liest sich denn auch die dort gestellte Frage, ob sich das Gericht wie eine Sphinx verhält, die im Sinne der Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* abwartet, was ihr die Parteien vortragen.¹¹³⁴ Rhetorisch nicht zuletzt deshalb, weil schon die Botschaft zum Entwurf eines neuen Gesetzes über den Bundeszivilprozess vom 14. März 1947 festhielt, dass sich eine reine Verhandlungsmaxime nicht mit der bereits damals¹¹³⁵ herrschenden Auffassung über die Aufgabe und die Stellung des Gerichts verträgt.¹¹³⁶ Dies belegen denn auch Schlussfolgerungen von Alois TROLLER, die dieser in einem Aufsatz niederschrieb: Im fünften Paragraphen mit der Titelgebung *da mihi factum, dabo tibi ius* stellte TROLLER im Anschluss an rechtshistorische Vergleiche¹¹³⁷ fest, dass das «[...] *Fernhalten des Richters von der freien Sacherwahrung nirgends aus schweizerischer Eigenart und Rechts-tradition herausgewachsen ist* [...]»¹¹³⁸. Bereits der von Pierre-François BELLOT¹¹³⁹

liche Frage- und Hinweispflicht (materielle Prozessleitung) ergänzt; vgl. des Weiteren GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 1 zum starken Trend zu einem aktiveren Gericht. Vgl. auch BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 139 D-ZPO N. 1, zu § 139 D-ZPO mit der Marginalie «*materielle Prozessleitung*»: «*Es handelt sich um eine der wichtigsten und auch schwierigsten Vorschriften der ZPO. Sie enthält die Magna Charta des Zivilprozesses*» (Hervorhebung zugefügt), vgl. diesbez. auch: SARBACH M., Diss., S. 108 und bereits S. 55; SARBACH M., Wandel, S. 153; LIENHARD A. [b], N. 1; vgl. des Weiteren KUMMER, ZPR, S. 9, zur materiellen Prozessleitung als «*Fundamentalfrage des Zivilprozesses, wieweit der Richter für die *Wahrheit* mitverantwortlich sei.*» (Hervorhebung zugefügt).

¹¹³³ Vgl. hiervor N. 2–3.

¹¹³⁴ Botschaft ZPO, S. 7228. Vgl. auch GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 3 f., wonach das Gericht bei einer reinen Verhandlungsmaxime einer Sphinx gleicht, es jedoch *auf der Hand liege*, dass dieser Prozessgrundsatz nicht buchstabengetreu durchgeführt werden kann.

¹¹³⁵ Hinweis, dass sich die reine Verhandlungsmaxime nicht mehr mit der heutigen Auffassung von Aufgaben und Stellung des Gerichts verträgt, bei BK I-FREI, Art. 124 N. 3.

¹¹³⁶ Botschaft BZP, S. 990. Vgl. auch WALTER, Weg, S. 318 f.

¹¹³⁷ Vgl. TROLLER, Grundlagen, S. 31 ff.; ein weiterer Überblick findet sich bei LIENHARD A. [b], N. 31 ff.

¹¹³⁸ TROLLER, Grundlagen, S. 75 (Hervorhebung weggelassen).

¹¹³⁹ TROLLER, Grundlagen, S. 47 f.: «*Wir erkennen aus dem Gesetzestext und den Erläuterungen Bellots, daß das Auffinden der gerechten Konfliktlösung in freier und ungezwungener Zusammenarbeit des Richters und der Parteien angestrebt wurde. Der Richter wird von Beginn an zum Mitwirkenden; er hat nicht erst in der letzten Phase*

redigierte Genfer Code de procédure civile aus dem Jahr 1819 und nach dessen Vorbild auch die Basler Zivilprozessordnung von 1848 zeigten, dass «*die richterliche Sacherwahrungsbefugnis und -pflicht ihre praktische Brauchbarkeit in der demokratischen Rechtspflege schweizerischer Kantone längst bewiesen hatte*»¹¹⁴⁰.¹¹⁴¹ Dass der Grundsatz einer «*Zusammenarbeit*» Richter/Parteien»¹¹⁴² an sich nicht bestritten ist, erwähnte auch Max KUMMER in seinem Grundriss zum Zivilprozess – entscheidend und vieldiskutiert sei dagegen die Frage der Grenzziehung, also wie stark die Richterschaft beziehungsweise die Parteien sollen einwirken können.¹¹⁴³ Die Hypothese, das Gericht könnte sich bei der Sachverhalts-erstellung wie eine Sphinx im Sinne von *da mihi facta dabo tibi ius* verhalten, ist für ein modernes Prozessgesetz somit eindeutig zu verwerfen.¹¹⁴⁴ Die Ansicht von

des Prozesses, dem Urteilsstadium, gestützt auf die von ihm unbeeinflusste Stoffsammlung der Parteien den Entscheid zu fällen; er handelt seiner Richterpflicht zuwider; wenn er sich tatenlos mit der Unvollständigkeit des Tatbestandes abfindet und die Partei, zu deren Ungunsten sich die Situation auswirkt, ins Unrecht versetzt, ohne den Versuch zu einer lückenlosen Orientierung unternommen zu haben.»

¹¹⁴⁰ TROLLER, Grundlagen, S. 57.

¹¹⁴¹ Auf die Prozessordnungen von Genf und Basel wie auch auf die Darstellungen von TROLLER hinweisend, in der Fussnote aber auch KLEIN erwährend: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 116 und FN. 57 f. Hinweis auf andere schweizerische Prozessordnungen bei BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 226. HABSCHIED, Philosophie, S. 14 f., zur richterlichen Fragepflicht als Überwindung der Maxime *da mihi facta dabo tibi ius* und zum Verdienst von Franz KLEIN.

¹¹⁴² KUMMER, ZPR, S. 10, erläutert die Zusammenarbeit dahingehend, dass diese zwischen Gericht und Parteien stattfindet, während die Parteien unter sich gegeneinander arbeiten. Das Fazit des deutschen Autors KOCH, S. 109, lautet dahingehend, dass «*[u]nter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes [...] eine Zusammenarbeit zwischen Gericht und Parteien statt[findet], deren Verhältnis im Einzelnen auszutarieren ist. Es geht nicht um Parteiherrschaft oder Richtermacht, sondern um die Verteilung und Balance zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht.*» (Hervorhebungen im Original). Zur Zusammenarbeit zwischen Gericht und Parteien im Bereich der Untersuchungsmaxime vgl. N. 228.

¹¹⁴³ KUMMER, ZPR, S. 8 f.

¹¹⁴⁴ Vgl. auch z.B.: GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 3 f. und Art. 56 N. 2; des Weiteren MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 98, N. 154 und 307 zum verbotenen Schlaf der Sphinx; DOMEJ, Struktur, S. 268, zum Richter, der nicht passiver Zuseher sein kann; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1: «*[Die Pflicht und Befugnis des Gerichts zur materiellen Prozessleitung] beruht auf der Einsicht, dass der aktive Richter eine wesentliche Ergänzung zu den für die Sachverhaltsaufklärung primär verantwortlichen Parteien auch und gerade im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes darstellt.*» (Hervorhebung im Original); zustimmend: FELLMANN, Notwendigkeit, S. 281; vgl. zudem KuKo-

TROLLER, dass der nur noch historischen Autorität dieses Grundsatzes nicht die Macht verlichen werden darf, heutiges materielles Recht zu verdrängen,¹¹⁴⁵ wird von der Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung geteilt, denn schliesslich qualifiziert sie das Prozessrecht explizit als *dienendes* Recht¹¹⁴⁶. Ob allerdings den Problemen, die mit der gegenseitigen Abhängigkeit des *da mihi facta* und des *dabo tibi ius* verbunden sind, allein mit einer «so genannten Richterpflicht» [...] zu gezielten Fragen»¹¹⁴⁷ ausreichend begegnet werden kann, muss an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben.

ii) **Gefahr eines faktischen Anwaltszwangs?**

1. **Vergleich zwischen der botschaftlichen Darstellung des ordentlichen und des vereinfachten Verfahrens**

- 367 Die Botschaft präsentiert unter dem Titel «*Profil des neuen Zivilprozesses*»¹¹⁴⁸ eine «*Palette verschiedener Verfahren*»¹¹⁴⁹: Mit der Ausgestaltung der Verfahren seien, je nach Art des Streits, die Akzente anders gesetzt worden. So könne «[e]in grosser vermögensrechtlicher Prozess etwa auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts

OBERHAMMER, Art. 56 N. 2, wonach «die auf das 19. Jh. zurückgehende Vorstellung, wonach richterliche Passivität ein Ausdruck liberaler Rechtsstaatlichkeit sei; [...] in der informierten internationalen Diskussion heute weitgehend einheitlich als überholt angesehen [wird]»; TROLLER, Grundlagen, S. 74 f., stellte fest, dass insb. Parteien mit gutem Gewissen «die ihnen unheimliche, allen anderen Lebensgewohnheiten widersprechende, richterliche Passivität beseitigen» möchten. Vgl. in der deutschen Literatur KOCH, S. 101, wonach der Verhandlungsgrundsatz in seiner heutigen Ausprägung «[...] nicht mehr den freien Kampf der Parteien vor dem passiven Richter» [...] bedeutet. Vgl. auch bereits die Ausführungen von KLEIN, Pro Futuro, S. 24 f., über Scheingründe für die These eines Richters, der «den verhandelnden Parteien ruhig und kalt, nur als Hörer» gegenübersteht, und weiter dann das Lob für das französische Recht, wo «der Richter in Prüfen, Glauben und Urtheilen eine lebendige Person mit zu achtenden intellektuellen und moralischen Bedürfnissen, nicht ein blutleerer Judicaturapparat» ist.

¹¹⁴⁵ TROLLER, Grundlagen, S. 76.

¹¹⁴⁶ Vgl. hierzu N. 114.

¹¹⁴⁷ Botschaft ZPO, S. 7228.

¹¹⁴⁸ Botschaft ZPO, S. 7245 (Titel 3.2.2).

¹¹⁴⁹ Botschaft ZPO, S. 7245 (Untertitel).

[...] nicht gleich ablaufen wie eine Auseinandersetzung im sozialen Privatrecht (Familienrecht, Arbeit, Miete, Gleichstellung und Konsumentenschutz)»¹¹⁵⁰.

Wird im Beschrieb dieser Verfahrenspalette gezielt nach Lösungen für das Problem, dass das *da mihi facta* rechtliches Einschätzungsvermögen in verschiedener Hinsicht bedingt, gesucht, stösst man bei den Erläuterungen zum sogenannten ordentlichen Verfahren – dem immerhin auch als «Grundverfahren»¹¹⁵¹ bezeichneten Zivilprozess – auf die Aussage, dass «[d]as Gericht [...] sich grundsätzlich auf die formelle Prozessleitung beschränken [kann]»¹¹⁵².¹¹⁵³ Gedacht sei das anspruchsvolle ordentliche Verfahren «*naturgemäss für höhere Streitwerte und Streitigkeiten aus dem Wirtschaftsprivatrecht (Handelsrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerbsrecht)* [...]»¹¹⁵⁴. Während die Wichtigkeit eines bürgernahen, einfachen und kostengünstigen Verfahrens im Bereich des sozialen Privatrechts durchaus hervorgehoben wurde,¹¹⁵⁵ orientiert sich die Botschaft beim Beschrieb des ordentlichen Verfahrens sehr stark am Geschäftsleben und am Bild grosser Wirtschaftsakteure,¹¹⁵⁶ die zuweilen sogar über eigene Rechtsabteilungen verfügen. Dabei gälte es zu berücksichtigen, dass auch im privaten Bereich der Bürgerinnen und Bürger beispielsweise Erbteilungen oder Kauf- und Werkverträge anzutreffen

¹¹⁵⁰ Botschaft ZPO, S. 7245.

¹¹⁵¹ Botschaft ZPO, S. 7338 zu Art. 216. Vor der eidg. ZPO verwendete KUMMER, ZPR, S. 72, den Begriff des «Normalverfahrens» als synonym für das ordentliche Verfahren. Das BGer spricht z.B. im BGE 139 III 368 E. 3.1 vom «Verfahrensgrundtypus». «Ordentlich» ist gemäss Botschaft ZPO, S. 7245 und 7245, nicht mit Gerichtsalltag gleichzusetzen, diesen sollten das vereinfachte und das summarische Verfahren bestimmen.

¹¹⁵² Botschaft ZPO, S. 7245 (Hervorhebungen weggelassen); diese Beschränkung wird bereits in der einleitenden Übersichtsdarstellung der Botschaft ZPO, S. 7223, erwähnt und auf S. 7338 zu Art. 216 wiederholt. Zur Würdigung dieser Aussage vgl. N. 922–925.

¹¹⁵³ Vgl. auch B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1, der schreibt: «Hauptanwendung findet die gerichtliche Fragepflicht indessen im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 1 ZPO) und in Verfahren, welche vom Untersuchungsgrundsatz geprägt sind (Art. 55 Abs. 2 ZPO, Art. 247 Abs. 2 ZPO).»; DOMEJ, Struktur, S. 254, bemerkt m.H.a. die Botschaft, dass, obwohl die Fragepflicht als allgemeiner Prozessgrundsatz festgeschrieben wird, deren primärer Anwendungsbereich im vereinfachten Verfahren liegen soll, was DOMEJ, Struktur, S. 256, in Anbetracht des fehlenden Anwaltszwangs kritisiert.

¹¹⁵⁴ Botschaft ZPO, S. 7245.

¹¹⁵⁵ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7237, 7245 und auch bereits S. 7223.

¹¹⁵⁶ Insb. die Formulierung des «*grosse[n] vermögensrechtliche[n] Prozess etwa auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts*» in der Botschaft ZPO, S. 7245, bestärkt diesen Eindruck.

sind,¹¹⁵⁷ die bald zu einem Streitwert führen können, der die (durchaus nicht niedrige¹¹⁵⁸) Schwelle von CHF 30'000 überschreitet.¹¹⁵⁹ Anzunehmen, dass Parteien weniger auf gerichtliche Unterstützung bei der Prozessstoffsammlung angewiesen wären, wenn sie über einen höheren Streitwert prozessieren, ergibt wenig Sinn.¹¹⁶⁰ Insbesondere deshalb, weil der Streitwert per se nichts darüber aussagen kann,

¹¹⁵⁷ Die Botschaft ZPO, S. 7231 f., spricht zwar durchaus an, dass die Justiz «*omnipräsent*» ist («*Sie betrifft Markt und Wirtschaft genauso wie das Privat- und Familienleben.*»), was sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht allerdings in einer laienfreundlicheren Ausgestaltung des ordentlichen Verfahrens hätte widerspiegeln müssen, vgl. auch das Fazit in N. 922–925 und N. 961–963.

¹¹⁵⁸ Angemerkt sei, dass die Botschaft ZPO, S. 7242 f., in Bezug auf das Schlichtungsverfahren zwischen «*kleineren Streitwerten*» und «*hohen Streitwerten*» unterscheidet, wobei im Fall Letzterer das Schlichtungsobligatorium entfallen kann. Art. 199 Abs. 1 ZPO verrät, dass die Schwelle zu einem solch «*hohen*» Streitwert bei CHF 100'000 angesetzt ist. Bereits in Anbetracht dessen erscheint es nach der vorliegend vertretenen Ansicht wenig schlüssig, mit dem Hinweis, dass die Parteien im ordentlichen Verfahren (d.h. bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ab einem Streitwert von CHF 30'000) *in aller Regel* anwaltlich vertreten sein werden, eine grundsätzliche Beschränkung auf die formelle Prozessleitung des Richters zu betonen, denn offensichtlich geht es zumindest *aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger* nicht erst bei einem Betrag ab CHF 100'000 um viel, so dass sie eine fachkundige Vertretung an ihrer Seite wissen möchten.

¹¹⁵⁹ Kritik an der gewählten Verfahrenstypisierung und zum Problem, dass ein konkretes Verfahren nicht das vom Gesetzgeber vorgesehene Konzept erfüllt, z.B. bei: LIENHARD A. [b], N. 989 ff., insb. N. 994; MEIER I., Vorentwurf, S. 66, der Streitwertgrenzen zur Lösung von prozessualen Fragen kritisch gegenübersteht, sieht aber auch keine bessere Alternative. Letzterer plädierte im Übrigen, a.a.O., S. 66, dafür, die im Vorentwurf vorgesehene Schwelle von CHF 20'000 (Art. 237 lit. g VE-ZPO) zur Abgrenzung ordentliches/vereinfachtes Verfahren zu erhöhen, denn «*[p]raktisch jedes Auto, jede kleinere Reparatur an einem Haus oder auch ein Kleinkredit sprengt die Grenze von Fr. 20'000.–*»; ähnlich in MEIER I./MÜRNER, S. 598; auch GASSER, S. 311, sah diesbez. Nachbesserungsbedarf: «*Gerade im Haftpflichtrecht, bei der Produkthaftung, bei Werk-, Leasing- oder Versicherungsverträgen von Konsumenten kann es schon bald einmal um einiges mehr als CHF 20'000 gehen.*»; vgl. zur Kritik an der ursprünglichen Grenze auch die ZS VN VE-ZPO, S. 11 und S. 627 ff. Die ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) brachte diesbez. keine weitere Änderung (vgl. die Abstimmung in AB 2022 N 707).

¹¹⁶⁰ Vgl. z.B. auch: DOLGE, Anforderungen, S. 29, zur Unabhängigkeit von Komplexität eines Falls und dessen Streitwert; LIENHARD A. [b], N. 395, der es als fragwürdig erachtet, eine Partei bei niedrigerem Streitwert als schützenswerter einzustufen; FARNER, S. 21, der nicht einsieht, warum einem Kläger bei einem Streitwert unter CHF 30'000 zu helfen ist, demjenigen, der eine höhere Forderung einklagt, hingegen nicht, und der zudem der Ansicht ist, es wäre besser gewesen, dem Bsp. von § 139

wie weit bei einer Partei die fallnotwendigen Kenntnisse des Sach- und des Verfahrensrechts vorhanden sind oder eben nicht. Nicht zuletzt ist auch zu bedenken, dass sich eine Partei in durchaus komplexen sachrechtlichen Bereichen, wie beispielsweise dem Patentrecht, auskennen mag, dies indessen nicht zu bedeuten hat, dass sie ebenso auf anderen Sachrechtsgebieten¹¹⁶¹ und auch in der technisch anspruchsvollen Prozessführung bewandert wäre¹¹⁶².

Unmittelbar auf das Zugeständnis in der Botschaft, dass das ordentliche Verfahren tatsächlich ein anspruchsvolles ist, folgt die Bemerkung, dass die Parteien in diesem «*in aller Regel anwaltlich vertreten sein werden*»¹¹⁶³. Eine «*reale Mög-*

D-ZPO zu folgen und eine einzige Bestimmung für sämtliche Zivilprozesse vorzusehen (vgl. hierzu N. 961).

¹¹⁶¹ Vgl. SARBACH M., Diss., S. 102 f. m.H., dass das Abstützen auf bestimmte Rechtsgebiete für eine besonders weitgehende Fragepflicht sich nicht rechtfertigt, denn «*es ist eigentlich nicht einzusehen, warum demselben Menschen unterschiedliche richterliche Hilfe zukommen soll, je nachdem, ob er nach einem Verkehrsunfall Rechtsschutz sucht oder ob er sich mit einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit von begrenzter finanzieller Tragweite an den Richter wendet. Auch wenn sich das Fortbestehen der <sozialen Untersuchungsmaxime> in einer vereinheitlichten ZPO eigentlich nur noch aus den historischen Begebenheiten erklären liesse, so bleibt allerdings zweifelhaft, ob sich der Gesetzgeber zu einer solchen Bereinigung wird durchringen können.*»; vgl. des Weiteren SARBACH M., Wandel, S. 153 f., wo klar ersichtlich ist, dass der genannte Autor mit dieser Argumentation nicht etwa einen Sozialabbau wünscht, sondern vielmehr für eine Stärkung der bislang verkannten Verhandlungsmaxime einsteht. Vgl. auch die Bemerkung von WALTER, Weg, S. 314 (vgl. auch S. 319), dass mit der «*Erfindung des <sozialen Zivilprozesses>*» die Gesellschaft der Rechtsuchenden in zwei Klassen geschieden wurde.

¹¹⁶² Vgl. BK I-BÜHLER, Art. 118 N. 35, wonach von einem Laien keine vertieften Rechtskenntnisse verlangt werden dürfen, «*schon gar nicht in Verfahrensfragen*»; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 2, m.H., dass nicht nur im materiellen Recht Gleichgewichts- und Ungleichgewichtslagen zu beobachten sind, sondern gerade im Prozessrecht Wissen und Macht, die unterschiedlich auf die beteiligten Personen verteilt sind, seit jeher eine massgebliche Rolle spielen; VOGEL, Menschenbild, S. 519: «*Die Fähigkeit zur Prozessführung schliesslich: Sie entspricht zwar dem hohen Menschenbild unserer Prozessordnungen, aber die Prozessgesetzgeber wissen zugleich, dass sie damit wohl etwas hoch gegriffen haben, dass der einfache Bürger vor Staat und Gerichtsapparat Scheu empfindet, dass er zwar sein Recht zu kennen meint, aber Mühe hat, den Weg zur Durchsetzung dieses Rechts zu finden, und dass ihm alles Formelle – allein schon die schriftliche, hochdeutsche Sprache – ein Graus ist. Darum suchen sie Wege, dieser korrekten Prozesspartei, dem einfachen anwaltslosen Bürger den Zugang zum Gericht und zu seinem Recht zu erleichtern.*»

¹¹⁶³ Botschaft ZPO, S. 7245.

lichkeit, das Verfahren auch ohne anwaltliche Vertretung zu führen», wird den Parteien¹¹⁶⁴ gemäss dem Vorentwurf der Expertenkommission im vereinfachten Verfahren geboten.¹¹⁶⁵ Zieht man den Vergleich zwischen diesen beiden Verfahrensarten weiter, zeigt sich, dass die Risiken und Nebenwirkungen einer gerichtlichen Beschränkung auf die formelle Prozessleitung in der Botschaft – indirekt – durchaus erkannt werden: Via Umkehrschlüsse aus der Passage über die Erleichterungen im einfachen, bürgernahen und laienfreundlichen vereinfachten Verfahren¹¹⁶⁶ lässt sich feststellen, dass für das ordentliche Verfahren schwierigere Regeln spielen, die Fragepflicht eben nicht verstärkt ist und keine soziale Untersuchungsmaxime herrscht.¹¹⁶⁷

- 370 Der ordentliche Prozess ist somit nicht wie das vereinfachte Verfahren «bewusst niederschwellig und damit laienfreundlich»¹¹⁶⁸ konzipiert. Insbesondere ist in

¹¹⁶⁴ GASSER, S. 300, spricht vom «juristische[n] Laien mit landesüblicher Durchschnittsintelligenz».

¹¹⁶⁵ Bericht VE-ZPO, S. 117, Vorbemerkungen zum vereinfachten Verfahren nach Art. 237–241. Zur Konzeption des vereinfachten Verfahrens als laientaugliches Verfahren vgl. BGE 140 III 450 E. 3.1; BGE 142 III 402 E. 2.1: «*Par ailleurs, la partie non juriste doit pouvoir mener elle-même le procès sans l'assistance d'un représentant professionnel.*»; BGE 146 III 297 E. 2.4 ff.; des Weiteren auch Bundesrat Christoph BLOCHER, AB 2007 S. 532; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 21 N. 15; HEINZMANN, Habil., N. 65; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 244 N. 2. BERTI, ZPO, N. 250 zur «sog. laientaugliche[n], beschleunigten Verfahrensart» (Hervorhebung im Original). A.M. zum VE-ZPO: RÜEGG, S. 68, über die «Formular-Falle» im vereinfachten Verfahren als «*Einladung des Gesetzgebers zum Prozessieren ohne Anwalt*», was sich jedoch angesichts des geplanten eingeschränkten Novenrechts als «*bedenkliche Prozessfalle*» auswirke, daher sein Schluss auf S. 69: «*Die für sich sprechende Quintessenz aus diesem gesetzestechnischen Missgriff besteht darin, dass allen Rechtssuchenden vom Prozessieren ohne Anwalt generell abgeraten werden müsste!*»

¹¹⁶⁶ Vgl. auch den Untertitel in der Botschaft ZPO, S. 7245.

¹¹⁶⁷ Der Originaltext in der Botschaft ZPO, S. 7245, zum vereinfachten Verfahren als «*[e]in einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag*» lautet demgegenüber: «*Im gewöhnlichen Gerichtsalltag – so bei Forderungstreitigkeiten bis 30 000 Franken und in Materien des sozialen Privatrechts – werden einfachere Regeln spielen, nämlich jene des vereinfachten Verfahrens. Auch für das Scheidungsverfahren werden eigene Regeln vorgeschlagen, die vom ordentlichen Verfahren abweichen. Das vereinfachte Verfahren ist vorwiegend mündlich, wobei dem Gericht eine verstärkte Fragepflicht obliegt (es gilt die sog. soziale Untersuchungsmaxime).*» (Hervorhebungen im Original). Vgl. auch den Vergleich zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren im BGE 142 III 402 E. 2.1 m.H.a. die Botschaft zur ZPO.

¹¹⁶⁸ Botschaft ZPO, S. 7245. Vgl. auch die Feststellung im Urteil OGer BE ZK 19 328 E. III. 9.5 vom 29.10.2019, wonach das ordentliche Verfahren im Vergleich zum ver-

diesem klassischen Zivilprozess die Eventualmaxime nicht ausgeschaltet.¹¹⁶⁹ Das Verfahren erfordert Rechtsschriften,¹¹⁷⁰ ist zudem bürokratisch gestaltet und kann langwierig ausfallen.¹¹⁷¹ So edel sich die Absichten für das vereinfachte Verfahrens anhören, so sehr lassen sie gleichzeitig das ordentliche Verfahren unattraktiv wirken.¹¹⁷² Es drängt sich die Frage auf, ob denn nicht erst hieraus die Konsequenz folgt, dass die Parteien in ordentlichen Verfahren *«in aller Regel anwaltlich vertreten sein werden»*¹¹⁷³, als dass dieser Umstand umgekehrt eine Beschränkung des Gerichts auf die formelle Prozessleitung¹¹⁷⁴ zu legitimieren vermag¹¹⁷⁵. Wäre dem

einfachten Verfahren kein laienfreundlicher Prozess ist.

¹¹⁶⁹ Der Originaltext in der Botschaft ZPO, S. 7245, zum vereinfachten Verfahren als *«[e]in einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag»* lautet demgegenüber: *«Auch die so genannte Eventualmaxime ist ausgeschaltet: Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen die Parteien bis zuletzt vorbringen – andernfalls könnte die vorherrschende Mündlichkeit zur Prozessfalle werden. Parteifreundlichkeit bedeutet jedoch nicht Einladung zu unsorgfältigem oder gar trölerischem Prozessieren. Wer etwa durch Weiläufigkeit unnötige Kosten verursacht, hat dafür gerade zu stehen [...]»*

¹¹⁷⁰ Vgl. auch den Hinweis bei TROLLER, Grundlagen, S. 96, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit manchen, der seinen Rechtsstreit selbst ausfechten möchte, dazu zwingt, eine rechtskundige Vertretung zu beauftragen; vgl. in diese Richtung auch BOHNET, procédure, N. 841.

¹¹⁷¹ Der Originaltext in der Botschaft ZPO, S. 7245, zum vereinfachten Verfahren als *«[e]in einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag»* lautet demgegenüber: *«Formerleichterungen und Mündlichkeit sollen den Gerichtsalltag zu einem guten Teil entbürokratisieren und beschleunigen und damit auch zur Entlastung der Gerichte beitragen.»* (Hervorhebungen im Original).

¹¹⁷² Vgl. auch den Hinweis von BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 255: *«Elle [Anm.: la maxime inquisitoire sociale] permet ainsi de faciliter l'accès à la justice dans des hypothèses où les rapports de force entre les parties sont souvent inégaux. En effet, dans cette hypothèse, la maxime des débats, qui constitue la règle en procédure civile suisse, défavoriserait systématiquement la partie faible, puisqu'elle n'est souvent pas en mesure d'alléguer ou de prouver les faits déterminants dans les formes exigées, faute de connaissance juridiques ou d'informations nécessaires, les ressources financières ne lui permettant pas nécessairement de se faire représenter par un avocat.»*

¹¹⁷³ Botschaft ZPO, S. 7245.

¹¹⁷⁴ Botschaft ZPO, S. 7223, 7245 und 7338.

¹¹⁷⁵ Im Sinne einer Legitimation der Beschränkung ist möglicherweise die Botschaft ZPO, S. 7245, zu lesen. Vgl. demgegenüber den berechtigten Einwand von DOMEJ, Struktur, S. 268, zum E-ZPO: *«Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass diese Verfahren mit Blick auf die materielle Prozessleitung und die Prozessförderungspflicht der Parteien so unterschiedlich konzipiert sind, ist m.E. nicht zu sehen. Die Unterscheidung zwi-*

so, lässt dies möglicherweise bei manch einem die Erinnerung an einen Schluss von Oscar VOGEL aufkommen, den dieser bereits 1990 in einem Festgabebeitrag über das *«Menschenbild im Zivilprozessrecht»* gezogen hat: So wiegt es nach VOGEL doch schwer, dass die Kantone die Fragepflicht eher beschneiden würden und sie nicht schon dann einsetzen lassen wollten, wenn sich, im Hinblick auf die anzuwendende Rechtsnorm, der Verdacht der Unvollständigkeit ergibt. *«Damit wird aber»*, so seine mahnenden Worte, *«das zum Muster für die Ausgestaltung der Prozessordnung genommene Bild des allein prozessierenden Bürgers verraten, sei es um der Bequemlichkeit der Richter willen, sei es deshalb, weil dieses Bild mehr und mehr verdrängt wird durch jenes des ohnehin anwaltlich vertretenen Bürgers.»*¹¹⁷⁶ Eindringliche Worte, die insbesondere auch bei den Diskussionen rund um die Auslegung von Art. 56 ZPO gebührend bedacht werden sollten.

- 371 Es mutet vielleicht grosszügig an, den Rechtsunterworfenen ihre Entscheidungsfreiheit zuzugestehen und ihnen nicht prophylaktisch eine professionelle Vertretung aufzuzwingen.¹¹⁷⁷ Sogleich aber stellt sich die Frage, ob juristische Laien gerüstet sind, diese Freiheit unter realistischer Einschätzung der im ordentlichen Verfahren auf sie zukommenden Herausforderungen wahrzunehmen.¹¹⁷⁸ Mög-

schen Anwaltsprozess und ‹laienfreundlichem› Verfahren kann schon deshalb keine Rechtfertigung dafür liefern, weil die Anwaltpflicht dem schweizerischen Zivilprozess völlig fremd ist.» Sodann LIENHARD A. [b], N. 989, nach dem wegen der restriktiven Ausgestaltung der materiellen Prozessleitung im ordentlichen Verfahren die anwaltliche Vertretung in diesen Verfahren die Regel sein wird.

¹¹⁷⁶ VOGEL, Menschenbild, S. 523 (Hervorhebung zugefügt).

¹¹⁷⁷ Vgl. auch ZÜRCHER, S. 118, der sich vor der eidg. ZPO in seiner Abhandlung auf immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren konzentrierte: *«Das Gesetz geht von der an sich sympathischen Vermutung aus, jeder Bürger und jede Bürgerin solle die eigene Sache persönlich vertreten können. [...] Nichtsdestoweniger erweist sich faktisch die Vorstellung einer unvertretenen Partei, welche – allenfalls mit der erwähnten richterlichen Assistenz – den Massnahmeprozess ohne besondere Schwierigkeiten führen kann, von wirklich einfachen Fällen abgesehen, als überholt. [...] Ihr Risiko [Anm.: das der rechtsuchenden Partei], sich ohne Rechtsbeistand im Normengestrüpp zu verheddern, ist jedenfalls erheblich.»* (Hervorhebung im Original).

¹¹⁷⁸ Kritisch z.B.: MEIER I., Diss., S. 139; SARBACH M., Diss., S. 135; LIENHARD A. [b], S. 145 FN. 519. Vgl. auch das vorliegende Fazit in N. 467–469. Zu Einschätzungsschwierigkeiten des juristischen Laien im Allgemeinen vgl. auch die Bemerkungen von JOLIDON, S. 178: *«C'est ainsi que la plupart des justiciables sont fondamentalement persuadés de leur bon droit, et ne comprennent pas qu'il puisse être nié ou même simplement mis en doute par le juge. Ils en déduisent que le procès leur donnera nécessairement raison. [...] Et puisqu'ils ont raison, le juge reconnaîtra leurs droits:*

licherweise hat nicht zuletzt auch dieser Aspekt Tanja DOMEJ dazu bewogen, bei ihrer Würdigung des Entwurfs zum ordentlichen Verfahren anzumerken: «[W]ird allerdings das Verfahren ganz allgemein (und unabhängig davon, ob eine Partei tatsächlich vertreten ist oder nicht) so gestaltet, dass unvertretenes Prozessieren als grob fahrlässiges Unterfangen erscheinen muss, so wäre es ehrlicher, die Anwaltpflicht auch förmlich festzuschreiben.»¹¹⁷⁹ Nur wenige Zeilen zuvor mahnte diese Autorin bereits: «Der Verzicht auf die Anwaltpflicht verträgt sich freilich schlecht mit der ganz bewussten Schaffung eines Verfahrens, dessen Anforderungen für Laien nicht sinnvoll zu bewältigen sind.»^{1180,1181} Neben DOMEJ weisen viele weitere Autorinnen und Autoren auf die Gefahr hin, dass die technische Verfahrensausgestaltung bald zu einem faktischen Anwaltszwang führen kann.¹¹⁸² Wie sehr diese Gefahr im ordentlichen Verfahren präsent ist, wird sich bei der Analyse der materiellen Prozessleitung im Kapitel 7 erhellern.¹¹⁸³ Die vorliegend aufgegriffenen Auszüge aus den Materialien deuten aber bereits an, dass ein Alleingang durch den frostigen Zivilprozess, der nach Max KUMMERS Beschrieb für Laien «jenes grausame, undurchsichtige, mit Fussangeln und Stolperdrähten

sinon, il n'y aura pas de Justice. Rien ne peut entamer leur intime certitude. L'idée que la partie adverse nourrit probablement des sentiments identiques, que la procédure obéit à des règles impératives, et que d'ailleurs il y a des juridictions de recours qui en toute hypothèse peuvent rendre des arrêts différents, ne pénètre pas dans leur esprit. [...] Avec quelle insistance l'avocat ne doit-il pas répéter à ses mandants que ce qui est déterminant quant aux faits contestés, ce n'est pas ce dont le justiciable est absolument certain, ce n'est pas même ce qui s'est réellement et effectivement passé, mais c'est avant tout ce dont on pourra faire la preuve.»

¹¹⁷⁹ DOMEJ, Struktur, S. 256.

¹¹⁸⁰ DOMEJ, Struktur, S. 256.

¹¹⁸¹ Vgl. auch STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 658 f.: «Das Gebot des ‹fairen Verfahrens› fordert darüber hinaus einen Prozeß, dessen Gesamtsystem die Parteien zur vollen Ausfüllung ihrer prozessualen Rolle befähigt, Tatsachen und Beweismittel vollständig einzubringen. Die Betonung richterlicher Prozessleitung, Verfahren ohne Anwaltszwang, niedrige Zulassungsschwelle für Gerichtsanwälte sind Elemente einer Gerichtsverfassung, die richterliche Hilfspflichten zum rechtsstaatlichen Gebot werden lassen; d.h. aber nicht, daß dem Rechtsstaat die Umorientierung zum Parteienprozeß mit besonders qualifizierten Anwälten verwehrt wäre.»; dem zustimmend: SARBACH M., Diss., S. 64 f.

¹¹⁸² Vgl. z.B.: GULDENER, ZPR, S. 414 f.; SARBACH M., Diss., S. 42 und 64; SARBACH M., Wandel, S. 153; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 238 f.; MEIER R., N. 175. Relativierend LIENHARD A. [b], N. 95, dahingehend, dass die Parteien immer noch die Wahl haben, eigene Recherchen anzustellen.

¹¹⁸³ Vgl. neben den Konklusionen in N. 809–925 insb. auch das Fazit in N. 961–963.

gespickte, die Gerechtigkeit zum Verzweifeln bringende Paragraphengewirr»¹¹⁸⁴ darstellt, zumindest auch gewissen Mut erfordert.¹¹⁸⁵ In Anbetracht der Beobachtungen einiger Juristinnen und Juristen in manchen Regionen der Schweiz heute zuweilen mehr als noch vor der Vereinheitlichung des Prozessrechts.¹¹⁸⁶

2. Begegnung eines faktischen Anwaltszwangs durch wirksame materielle Prozessleitung

- 372 Der Botschaft zur Zivilprozessordnung ist im Kontext des vereinfachten Verfahrens weiter zu entnehmen, dass die Profile der verschiedenen Verfahrenstypen im Ausgangspunkt klar unterscheidbar sein sollen, *«doch ist Durchlässigkeit geboten, damit der Prozess den konkreten Anforderungen des Einzelfalls gerecht und effizient abgewickelt werden kann»*¹¹⁸⁷. Dass das Bestreben nach einem anforderungsgerechten und effizienten Verfahren in jedem einzelnen Fall besteht, versteht sich von selbst. Weniger dagegen, ob und wie das Versprechen einer Durchlässigkeit zwischen den Verfahrenstypen auch die Regeln zur materiellen Prozessleitung erfassen soll.¹¹⁸⁸ Dass der gerichtlichen Prozessleitung aber generell eine sehr bedeutsame Stellung zusteht, wird in anderen Ländern im näheren Umkreis stark betont: Franz KLEIN¹¹⁸⁹, geistvoller Redaktor der österreichischen Zivilprozessordnung, wie der ehemalige Bundesrichter Georg LEUCH ihn nannte,¹¹⁹⁰ gab

¹¹⁸⁴ KUMMER, ZPR, S. 6. Vgl. auch VOGEL, Menschenbild, S. 517, zum Zivilprozess als Grenzsituation.

¹¹⁸⁵ Vgl. zudem die Bemerkung von WALTER, Weg, S. 317, wonach gemäss dem Willen der Experten namentlich einfache Zivilverfahren auch ohne anwaltlichen Beistand sollten geführt werden können; die Frage jedoch, ob dies realistisch und empfehlenswert ist, bleibe dahingestellt.

¹¹⁸⁶ Berichte, dass sich die Prozessführung für rechtsunkundige und unvertretene Parteien seither erschwert hat, z.B. bei: AEBI-MÜLLER, S. 191; LIENHARD A. [b], N. 58; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 295 f.

¹¹⁸⁷ Botschaft ZPO, S. 7245 f. (Hervorhebung im Original).

¹¹⁸⁸ Auch LIENHARD A. [b], N. 994, sieht wenig Spielräume, um die materielle Prozessleitung anzupassen, wenn ein Fall das vom Gesetzgeber vorgesehene Verfahrenskonzept nicht erfüllt.

¹¹⁸⁹ Zu Franz KLEIN als Redaktor der österreichischen ZPO vgl. z.B.: RECHBERGER, Ideen, S. 101; TROLLER, Grundlagen, S. 51; REISCHL, S. 95; OBERHAMMER, Zivilprozessrecht, S. 221 ff. und FN. 23; HEINZMANN, Habil., N. 9 ff., 31 f. und 634; LIENHARD A. [b], N. 38; BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 14a. Hinweise, dass das Werk (mit einigen Änderungen) noch immer in Kraft ist, z.B. bei: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 48 und 352; HEINZMANN, Habil., N. 17, 32 und 634; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 226 f.

¹¹⁹⁰ LEUCH, Prozeßleitung, S. 500.

seinerzeit zu bedenken: «Die Prozeßleitung ist, das zeigt sich so in jeder ihrer Anwendungen, der Lebensnerv unseres Processes. Fast allein an ihr liegt es, ob wir [...] im Verfahren der Zivilprozeßordnung ein gutes, einfaches, volksthümliches, rasches und billiges Verfahren besitzen. Alle Regeln der Wahrheitsfindung und Rechtsprechung erhalten erst durch die Prozeßleitung Werth, Kraft, Geltung.»¹¹⁹¹ Die Kette der Adjektive über den Zusammenhang zwischen Prozessleitung und der Qualität eines Verfahrens weckt zwar Assoziationen zum Beschrieb des vereinfachten Verfahrens in der hiesigen Botschaft als ein *einfaches, bürgernahes und laienfreundliches*¹¹⁹². Indessen gelangt Michel HEINZMANN in seiner Habilitationsschrift zum vereinfachten Verfahren zur Feststellung, dass der Bundesgesetzgeber zu keiner Zeit unmittelbare Bezüge zum österreichischen Recht hergestellt hat.¹¹⁹³ Neben Österreich¹¹⁹⁴ gesteht auch Deutschland seinen Richterinnen und Richtern mit dem § 139 D-ZPO, der seit der Reform im Jahr 2002¹¹⁹⁵ die Marginalie «mate-

¹¹⁹¹ KLEIN, Vorlesungen, S. 96 f. (Hervorhebungen zugefügt), auch zitiert bei LEUCH, Prozeßleitung, S. 574 f. Aus KLEIN, Vorlesungen, S. 68, ist zu entnehmen, dass KLEIN die gute Sachleitung auch als Verstand und Wille bzw. als Seele des einzelnen Prozesses beschreibt.

¹¹⁹² Botschaft ZPO, S. 7245 Untertitel; vgl. diesbez. auch N. 369.

¹¹⁹³ HEINZMANN, Habil., N. 82 ff. und 635. Die Botschaft ZPO, S. 7248 ff., enthält zumindest einen sehr allgemeinen Teil zum *internationalen Rechtsvergleich*, während im Vernehmlassungsverfahren zum VE-ZPO kritisiert wurde, dass für den Vorentwurf kein solcher vorgenommen wurde, vgl. z.B. ZS VN VE-ZPO, S. 59 GE, implizit wohl S. 65 AVZH, S. 73 OAFRI, S. 76 Uni ZH (mit Bsp. zur richterlichen Fragetätigkeit) und S. 398 Uni ZH (zur Bestreitungstätigkeit); Kritik kam insb. auch von OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1027 ff., und OBERHAMMER, Kodifikation, S. 751 ff. Relativierend: HEINZMANN, 83 f.

¹¹⁹⁴ Die österreichische ZPO ist gekennzeichnet durch eine derart ausgeprägte materielle Prozessleitung, dass zuweilen angemerkt wird, diese gehe im Grundsatz nicht von der Verhandlungsmaxime, sondern von einem abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz aus, vgl. diesbez. z.B.: OBERHAMMER, Richterbild, S. 139; ASPRION STÖCKLIN, S. 9 f.; KOCH, S. 65 und 68; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 352; REISCHL, S. 94 ff.

¹¹⁹⁵ Unmittelbar vor der Reform in Deutschland gab GREGER, S. 84, zu bedenken, dass England dank einem «*active case management*» auf dem Weg in die prozessuale Moderne soeben an ihnen vorbeigezogen sei, m.H.a die englischen Civil Procedural Rules; vgl. zudem den Hinweis von HESS, S. 6 ff., dass die (damalige) Diskussion in Europa maßgeblich von den Prozessreformen in England bestimmt wurde. Zur Situation in England vgl. des Weiteren KOCH, S. 57 ff., mit einer Übersichtsdarstellung der Tatsachenerstellung; zur Stoffsammlertätigkeit in Deutschland und England vgl. auch PRÜTTING, S. 321 ff.

rielle Prozessleitung» trägt,¹¹⁹⁶ weitreichende Kompetenzen zur Einflussnahme auf den Prozessstoff zu¹¹⁹⁷. Zwei Länder mit umfangreichen Prozessleitungsbefugnissen, welche – im Gegensatz zum schweizerischen Zivilprozess¹¹⁹⁸ – sogar einen grundsätzlichen Anwaltszwang kennen.¹¹⁹⁹

- 373 Die Botschaft zur Zivilprozessordnung ging zwar davon aus, mit einer richterlichen Fragepflicht im ordentlichen Verfahren und der sozialen Untersuchungsmaxime für das vereinfachte Verfahren eine sehr ähnliche Richtung zu verfolgen wie Deutschland, Österreich oder auch die Niederlande.¹²⁰⁰ Tatsächlich aber wurden im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bestimmte Bereiche des vereinfachten Verfahrens wieder aus der sozialen Untersuchungsmaxime ausgeklammert und lediglich einer *Verhandlungsmaxime mit erweiterten Fragepflicht* unterstellt.¹²⁰¹ Dieser neugeschaffenen Maximenausprägung, die gemäss Martin FARNER etwa dem ursprünglichen Standard der D-ZPO von 1877, wie er in sämtlichen Verfahren galt, entspricht¹²⁰², wurde in der Schweiz allerdings kein umfassender Raum zugestanden: Eine erweiterte Fragepflicht in das ordentliche Verfahren einzuführen, stand ausser Diskussion. Vielmehr noch bestand das Anliegen gerade darin, die gerichtliche Fragekompetenz im ordentlichen gegenüber derjenigen im vereinfachten Verfahren abzugrenzen.¹²⁰³ Im Resultat grenzte sich die Schweiz damit insbesondere auch vom heutigen Standard der beiden erwähnten Nachbarstaaten ab: Während die deutsche Zivilrechtsreform 2002 die Stellung des Gerichts gestärkt und faktisch dem österreichischen Recht angeglichen hat,¹²⁰⁴ bemerken neben FARNER auch wei-

¹¹⁹⁶ Vgl. die Marginalien vor und nach der Zivilprozessrevision 2002 bei SARBACH M., Diss., S. 109.

¹¹⁹⁷ Vgl. die Hinweise im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1205. Ausführlich zu dieser Bestimmung: REISCHL, S. 81 ff.

¹¹⁹⁸ Zur Situation in der Schweiz vgl. N. 365 m.w.H.

¹¹⁹⁹ G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 1. Vgl. des Weiteren auch den Exkurs über die ausländischen Regelungen zur Fragepflicht bei SARBACH M., Diss., S. 111 ff.; sowie die rechtsvergleichenden Grundlagen zur Tatsachenermittlung und -feststellung bei KOCH, S. 45 ff.

¹²⁰⁰ Botschaft ZPO, S. 7251.

¹²⁰¹ Vgl. hierzu N. 655–657.

¹²⁰² FARNER, S. 21.

¹²⁰³ Vgl. hierzu N. 543–548.

¹²⁰⁴ ASPRIEN STÖCKLIN, S. 8 f. Nach OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1042, spielt die in § 139 D-ZPO verankerte materielle Prozessleitung heute wahrscheinlich eine noch grössere Rolle als in Österreich; relativierend SARBACH M., Diss., S. 112 f. Über den österreichischen Einfluss auf das deutsche Recht vgl. auch HEINZMANN,

tere Autorinnen und Autoren, dass die materielle Prozessleitung im ordentlichen Verfahren der Schweiz hinter der deutschen Regelung zurücksteht¹²⁰⁵.

Nach der sehr treffenden Feststellung von LORENZ DROESE variieren die Auswirkungen der Verhandlungsmaxime, und damit auch die Diskrepanz zwischen materieller und formeller Wahrheit, mit der Bereitschaft des Richters, seine Befugnisse zur materiellen Prozessleitung auszuschöpfen.¹²⁰⁶ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht muss nun, gerade weil sich die Schweiz gegen die Einführung eines generellen Anwaltszwangs entschieden hat, das hiervor aus der Botschaft zitierte Bestreben, ein jedes Verfahren den konkreten Anforderungen des Einzelfalls gerecht und zudem effizient abzuwickeln, als Signal an die Richterinnen und Richter gewertet werden, dass diese die mit der materiellen Prozessleitung geschaffenen Möglichkeiten, so umfassend wie es ihnen die gerichtliche Neutralität erlaubt, wahrnehmen sollen.¹²⁰⁷ Hinsichtlich der Ausschöpfung des Instrumentariums der materiellen Prozessleitung ist allerdings die Richterpersönlichkeit zentral.¹²⁰⁸ 374

Habil., N. 19. LIENHARD A. [b], N. 990, bezeichnet die extensivere materielle Prozessleitung in Deutschland und Österreich als modernere Regelungen.

¹²⁰⁵ DOMEJ, Struktur, S. 257 m.H., dass die Fragepflicht im ordentlichen Verfahren sehr zurückhaltend formuliert ist und hinter einer umfassenden Pflicht wie in § 139 D-ZPO und § 182 und in 182a Ö-ZPO deutlich zurückbleibt; gl.M.: LIENHARD A. [b], N. 990; vgl. das Fazit von SARBACH R., N. 512 ff., dass der § 139 D-ZPO nicht als Vergleichsbasis beigezogen werden kann, weil dieser weit über den Art. 56 ZPO hinausgeht.

¹²⁰⁶ DROESE, Diss., S. 256.

¹²⁰⁷ Auch SEELIG, S. 107, plädiert dafür, dass der Richter den gesetzlichen Rahmen, den ihm die deutschen zivilprozessualen Regelungen zur Aufklärung stecken, voll auszuschöpfen hat und sich nicht auf «Mindest-Initiativen» beschränken darf; in diese Richtung auch die Forderung für die Schweiz von MEIER R., N. 354 f., oder von LOOSLI, S. 21 f.

¹²⁰⁸ BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 377; MARTIN P., S. 104: «[D]ie Optimalität des gerichtlichen Rechtsschutzes [kann nicht] allein mit einer entsprechend ausgestalteten Zivilprozessordnung [...] erreicht werden [...]. Im Vordergrund steht die Person des Richters, der diese Ordnung anzuwenden hat. Ihm obliegt die Verantwortung für die Prozessleitung. Dabei kommt, nebst der korrekten und straffen Handhabung des Verfahrensrechts und der richtigen Subsumption eines Tatbestandes unter bestimmte Rechtsnormen, der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht sowie der Beweiswürdigung die größte Bedeutung zu. Bei einem sehr großen Prozentsatz der Streitigkeiten liegt das Schwergewicht nicht auf Rechtsfragen, sondern auf der richtigen Feststellung von Tatsachen und der Beurteilung dieser Tatsachen.»; des Weiteren auch die Ausführungen zur «Richterpersönlichkeit» bei STREBEL, S. 158 ff.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 2, kommentiert die richterliche Fragepflicht mit den Worten, dass die materielle Prozessleitung durch das Gericht «auf bestens vorbereitete, rechtlich gut qualifizierte

Diese Feststellung machte nicht nur Jürgen BRÖNNIMANN; bereits Franz KLEIN gelangte zum Schluss, dass die Prozessleitung viel über den Menschen auszusagen vermag, der sie führt.¹²⁰⁹ Auf eine sachgerechte materielle Prozessleitung zu verzichten, um unliebsamer Arbeit zu entgehen, ist somit auch in dieser Hinsicht nicht ratsam: Bald könnte der Vorwurf im Raum stehen, man sei der Verführung des *sehr bequemen Ruhe kissens*, als das Alexander REICHEL die Verhandlungsmaxime im Kontext der materiellen Prozessleitung einst bezeichnete¹²¹⁰, erlegen.¹²¹¹

und einigermaßen selbstbewusste Richterpersönlichkeiten» abstellt (Hervorhebung weggelassen); des Weiteren auch OBERHAMMER, Kodifikation, S. 771 f., über das Richterbild, von welchem eine materielle Prozessleitung mit weitem Verfahrensermessen ausgeht; oder auch bereits BUCHER, S. 31 f., zur Handhabung des Fragerichts: *«Nur ein Richter von einem gewissen Format wird dieser Aufgabe dank seiner souveränen Stellung gewachsen sein; denn auch die spezielle Fragetechnik ist eine recht delikate Angelegenheit, die ein subtiles Fingerspitzengefühl verlangt.»*

¹²⁰⁹ LEUCH, Prozeßleitung, S. 500 f.: *«Professor Klein, der geistvolle Redaktor des österreichischen Prozeßgesetzes, dem das unsrige in dieser Beziehung stark gleicht, hat einmal gesagt: «Wie der Mensch, so die ihm anvertraute Prozeßleitung. Zeige mir, wie deine Prozeßleitung ist, und ich werde dir sagen, wer, was und wie du bist.»; zu diesem Zitat vgl. KLEIN, Vorlesungen, S. 57.*

¹²¹⁰ REICHEL, S. 116: *«Die Verhandlungsmaxime bildet ja ein sehr bequemes Ruhe kissen. Viel leichter ist es, sich passiv zu verhalten und nur über den Prozessstoff, den einem die Parteien darbieten, zu urteilen, als selbstthätig mitzuwirken. Letzteres fordert eben, dass der Richter vom Anbeginn des Prozesses sich in denselben hinein arbeitet und nicht erst beim Urteil.»*; auf diese Metapher Bezug nehmen z.B. auch: TROLLER, Grundlagen, S. 59; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 117. Unabhängig hiervon, aber erst kürzlich, mahnte das OGer ZH im Beschluss PF190060 E. 3 vom 06.01.2020, nachdem es gerade Ausführungen zu Art. 56 und Art. 52 ZPO gemacht hatte: *«Und nicht ganz überflüssig ist der Hinweis, dass das Verfahrensrecht im Rahmen des Möglichen der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, und jedenfalls nicht der Bequemlichkeit der Gerichte.»*

¹²¹¹ Vgl. auch z.B.: HAFTER, Strategie, N. 119 f., der feststellt, dass gewisse Richter im Bestreben, Arbeiten zu vermeiden, die sie nicht unbedingt als erforderlich erachteten, zu weit gehen und zuweilen nicht mehr bereit sind, in die Problematik eines komplizierten Prozesses wirklich einzusteigen; VOGEL, Prozess-Ökonomie?, S. 2, mit der Einleitung, dass mit Prozessökonomie nicht die Kunst des Richters gemeint ist, an seinen Prozessen möglichst wenig arbeiten zu müssen, wiewohl auch dies in der Praxis bekannt sei; des Weiteren auch STREBEL, S. 158, nach dem praktischer Sinn und gewisse charakterliche Eigenschaften für das Richteramt sogar wichtiger sind als juristische Kenntnisse, wobei der genannte Autor zuvor, S. 144, schreibt, dass der Richter, bevor er das Versprechen *dabo tibi ius* erfüllen kann, das Recht gar oft *«mit heissem Bemühen»* suchen muss; S. 164 f. gelangt er zur Feststellung, dass die Geduld zu den wichtigen richterlichen Eigenschaften zählt. Im strafrechtlichen BGE 137 I 227

Wie gross nach aktuellem schweizerischem Recht das für die materielle Prozessleitung vorhandene Potential sein kann, ist im Kapitel 7 zu ergründen. In einem Prozesssystem wie dem schweizerischen, das ein Aufeinandertreffen zwischen einem juristischen Laien und einer professionell vertretenen Gegenpartei nicht ausschliesst, stellen sich darüber hinaus die Fragen, ob und welche Auswirkungen eine solche Situation auf die materielle Prozessleitung des Gerichts zeitigt.¹²¹² Gerade um die Wahlfreiheit zwischen eigenständigem und professionell vertretenem Prozessieren sinnvoll wahrzunehmen, muss eine Partei einschätzen können, welche Erwartungen sie als juristische Laiin an die gerichtliche Unterstützung haben darf. Darüber hinaus sollte auch Klarheit darüber herrschen, welche Erwartungen wiederum das Gericht an eine mit Fähigkeitsausweis ausgestattete Rechtsvertretung stellen kann. Auch diese Fragen werden Gegenstand des 7. Kapitels sein.¹²¹³

b. Gesetzliche Verankerung der grundsätzlichen Aufgabenteilung

i) Verfahrensgrundsätze der Zivilprozessordnung: 1. Kapitel des 3. Titels im Teil der allgemeinen Bestimmungen

Bei der Schaffung einer Prozessordnung hat sich der Gesetzgeber auch eingehend mit der Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gericht auseinanderzusetzen. Seine Entscheide über die grundsätzliche Verantwortungszuteilung für den Prozessstoff liefert er durch den Geltungsbereich der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen.¹²¹⁴ Das Prinzip hierzu wurde mit Art. 55 ZPO festgelegt; einer im Kapi-

E. 2.6.4 hielt das BGer fest: «*Keinesfalls sollte ein Richter den Rückzug des Rechtsmittels fordern und dabei offen oder verdeckt Druck ausüben. Ebenso wenig darf der Eindruck entstehen, dass sich der Richter mit der Sache nicht urteilsmissig befassen wolle (BGE 134 I 238 E. 2.4 S. 244). Eine Praxis, welche den dargelegten Anforderungen nicht nachkommt, ist mit Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK unvereinbar [...]*» (Hervorhebungen zugefügt). Die Bewertung in der zitierten Passage lässt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht sinngemäss auf das Zivilverfahren übertragen – die Regeln des hierarchisch übergeordneten Rechts gelten auch für dieses.

¹²¹² Hinweise auf den Diskussionsbedarf über den Umfang der Fragepflicht bei anwaltlicher Vertretung z.B. bei: DOMEJ, Struktur, S. 256; FELLMANN, Fragepflicht, S. 89.

¹²¹³ Zur Erschwerung einer realistischen Einschätzung des Vertretungsbedarfs aufgrund von Art. 56 ZPO vgl. N. 467–469; zur Differenzierung des Sorgfaltsmassstabs vgl. N. 703–713, zur Berücksichtigung des Differenzierungsgebots vgl. N. 763–781 und zum Fazit zum zulässigen Vergleich vgl. N. 782–791.

¹²¹⁴ Zu den Prozessmaximen vgl. N. 200–206.

tel über die *Verfahrensgrundsätze* verankerten Bestimmung. Bereits im Kapitel 3 der vorliegenden Abhandlung wurde der Umstand angetönt, dass die Prozessmaximen dort nicht allein stehen.¹²¹⁵ Um die vom Gesetzgeber vorgesehene Aufgabenteilung besser zu erfassen, lohnt sich ein vertiefter Blick in den systematischen Aufbau jenes zentralen Gesetzeskapitels:

- 377 Zunächst wurde dort mit dem Art. 52 ZPO das Gebot zum Verhalten nach Treu und Glauben, wie es bislang der Bundesverfassung und dem Zivilgesetzbuch zu entnehmen war, nunmehr auch im Prozessgesetz explizit niedergeschrieben.¹²¹⁶ In der Folge hat der Gesetzgeber mit dem Art. 53 ZPO zum rechtlichen Gehör und dem Art. 54 ZPO über die Öffentlichkeit des Verfahrens für den Zivilprozess bedeutsame Grundrechte ebenfalls wiederholt und konkretisiert. Somit leiten also wichtige Grundsätze aus vorwiegend gesetzeshierarchisch übergeordneten Regelwerken¹²¹⁷ das besagte Kapitel der Prozessordnung ein.
- 378 Hierauf folgt mit den Art. 55–58 ZPO die Verankerung der grundsätzlichen *Aufgabenteilung* zwischen Parteien und Gericht.¹²¹⁸ Neben der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime in Art. 55 ZPO sowie der Dispositions- und der Offizialmaxime in Art. 58 ZPO wird mit dem Art. 57 ZPO auch die gerichtliche Aufgabe der Rechtsanwendung berücksichtigt. Bemerkenswert ist nun, dass mit dem Art. 56 ZPO die allgemeine Fragepflicht des Gerichts ebenfalls Eingang in dieses bedeutsame Kapitel der Prozessordnung gefunden hat. Tatsächlich hat dieses zentrale Institut der materiellen Prozessleitung¹²¹⁹, welches eine Verbindung zwischen *da mihi facta* und *ius* zu schaffen vermag, zwischen dem Art. 55 ZPO zur Verantwortung für den Prozessstoff und dem maximenunabhängigen Grund-

¹²¹⁵ Vgl. hierzu N. 209.

¹²¹⁶ Zu dieser Bestimmung vgl. N. 716–719.

¹²¹⁷ Allgemeiner Hinweis, dass die ZPO die verfassungsmässigen Rechte *konkretisiert*, teilweise *wiederholt* oder über das verfassungsrechtlich Gebotene *hinausgeht*, bei BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 5, 6 und 24. Hinweise auf die verfassungs- und die völkerrechtliche Verankerung bei BK I-HURNI, Art. 53 N. 1 und 5 (rechtliches Gehör) und Art. 54 N. 1 (Öffentlichkeit des Verfahrens). Zum Zusammenwirken von Verfahrensgrundrechten und Prozessordnungen vgl. auch E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 10 ff.

¹²¹⁸ ASPRION STÖCKLIN, S. 11, zählt den Inhalt, den die heutigen Art. 55–58 ZPO beschreiben, zur Aufgabenteilung zwischen Parteien und Gericht; nach GASSER/RICKLI, Vorbem. Art. 52–58 N. 3, umschreiben Art. 55, 56 und 57 ZPO die Arbeitsteilung zwischen Gericht und Parteien; vgl. des Weiteren auch z.B.: WILLISEGGER, S. 246 f.; SARBACH R., N. 11 f.; HOFMANN/LÜSCHER, S. 44 über die Art. 55 ff.

¹²¹⁹ Vgl. hierzu N. 246.

satz *iura novit curia* in Art. 57 ZPO gar in zweierlei Hinsicht seinen sinnvollsten Platz im Gesetz erhalten: Zunächst, weil sich die Fragepflicht so auch gesetzes-systematisch zwischen den Tatsachen- beziehungsweise *facta*-bezogenen Maximen in Art. 55 ZPO und der in Art. 57 ZPO festgehaltenen, *ius*-bezogenen Aufgabe des Gerichts positioniert. Vor allem aber auch deshalb, weil ein gesetzgeberischer Entscheid *für* die Positionierung dieser materiellen Prozessleitungsform innerhalb der Verfahrensgrundsätze, oder umgekehrt der Entscheid *gegen* deren Niederschrift lediglich innerhalb der Regelungen zum ordentlichen Verfahren (Art. 219 ZPO ff.), auch von einer wertenden Komponente zeugt: Von diversen Seiten eng mit dem rechtlichen Gehör assoziiert¹²²⁰ oder auch als Ausfluss der Ver-

¹²²⁰ Vgl. das Urteil 4P.19/2003 E. 3.1 zur Fragepflicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Hinweis im Urteil 4P.84/2003 E. 4.2, dass z.T. aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör eine Aufklärungs- und Fragepflicht abgeleitet wird; das Urteil des KassGer ZH AA080051/U/Ia E. II. 3. b) aa) vom 17.03.2009, wonach die Fragepflicht i.S.v. § 55 aZPO-ZH eine Konkretisierung des allgemeinen Gehörsanspruchs darstellt und deren Nichtausübung grundsätzlich einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkommt. Das BGer selbst liess die Frage, wie weit sich aus dem rechtlichen Gehör eine richterliche Fragepflicht ergibt, mehrfach offen, vgl. 5P.147/2001 E. 2a) cc); 4A_330/2010 E. 2.2; 4D_101/2014 E. 2.2; 4A_661/2018 E. 2.3.3; im Urteil 5A_712/2010 E. 3.1.4 erfolgte zumindest der Hinweis, dass sich aus dem Gehörsanspruch von Verfassungen wegen eine Fragepflicht ergeben könnte, wo nach den Umständen die Unkenntnis einer Partei über die prozessualen Erfordernisse klar ersichtlich ist. In einem kurzen «*in Erwägung, dass*»-Entscheid, 4A_24/2017, erwog das BGer aber auch, dass sich eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte jedenfalls nicht ohne Weiteres aus der Verletzung der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ergibt. Für Bezüge zwischen Fragepflicht und rechtlchem Gehör vgl. in der Lehre z.B.: HABSCHEID, Grundlagen, N. 556; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 3; BRÖNNIMANN, Diss., S. 79 ff.; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247; GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 5; SARBACH M., Diss., S. 69; MÜLLER R., S. 65; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 124 f. und 137; MARTIN P., S. 79 f.; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 21; LIEBER, S. 184 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 55 ZPO N. 1 f. und § 113 ZPO N. 6; WILDHABER BOHNET, N. 15 und 25; MABILLARD, Zukunft, S. 18 f.; OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1040. SARBACH R., N. 479 zur inhaltlichen Nähe, jedoch auch m.H., dass praktisch jede zivilprozessuale Norm als Ausfluss des rechtlichen Gehörs verstanden werden kann. Zum deutschen Recht vgl. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTFELD, § 77 N. 18.

fahrensfairness¹²²¹ beziehungsweise als Konkretisierung von Treu und Glauben¹²²² verstanden,¹²²³ ist es gerechtfertigt, dass sich die gerichtliche Fragepflicht neben prozessualen Grundrechtsansprüchen in die Systematik der Verfahrensgrundsätze einreihen darf. Diese Position belegt denn auch ihren Beitrag zur Legitimation des staatlichen Gerichtsverfahrens.¹²²⁴

- 379 Es sei angemerkt, dass zuweilen bemängelt wird, die Positionierung der allgemeinen Fragepflicht wäre insofern nicht geglückt, als diese vor der Dispositions- und

¹²²¹ Vgl. z.B.: HABSCHEID, Philosophie, S. 15: «*Wir möchten hinzusetzen, daß nur ein Prozeß, der eine Partei nicht – und es ist dann meist die schwächere, schlechter vertretene – blindlings in ihr Unheil laufen läßt, ein fairer; der Durchsetzung des Rechts und der Gerechtigkeit verpflichteter Prozeß ist. Die Pflicht des Richters, durch Ausübung seines Fragerechts in die Verhandlungsführung der Parteien einzugreifen, ist daher ein Ausfluß des Gebots der Fairneß.*»; HABSCHEID, Grundlagen, N. 555; AEBI-MÜLLER, S. 193 FN. 66; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79; MEIER R., N. 26; WILLISEGGER, S. 264 f.; MABILLARD, Zukunft, S. 18 f. Vgl. zudem die zwar nicht spezifisch auf den Zivilprozess bezogenen Ausführungen von BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 39 über die prozessuale Fürsorgepflicht aus dem Fairnessgebot von Art. 29 Abs. 1 BV i.V.m. der fürsorgenden Funktion der materiellen Prozessleitung in N. 591–593.

¹²²² Vgl. z.B.: WILLISEGGER, S. 264 f.; AEBI-MÜLLER, S. 193; BK I-HURNI, Art. 56 N. 3 f.; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247; HEER, S. 173 ff.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79 und 88 f.; WILDHABER BOHNET, N. 15; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.38; SARBACH M., Diss., S. 80 f. und 83 ff.; vgl. auch das OGer ZH PF190060 E. 3 vom 06.01.2020. Über die aus dem Vertrauensprinzip resultierende Pflicht des Gerichts, die Parteien im Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts auf fehlerhafte Prozesshandlungen hinzuweisen und Gelegenheit zur Verbesserung zu geben, vgl. z.B.: STAEHELIN, S. 112; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 39. Zur materiellen Prozessleitung und Art. 52 ZPO vgl. auch N. 716–723.

¹²²³ Vgl. auch die Kondensation dieser Verbindungen zum Verfassungsrecht in der Aussage von KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4, wonach Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine «*faire*» *Ausserungsmöglichkeit*» für die Parteien gebietet, weshalb eine gerichtliche Fragepflicht zur Begegnung von Überraschungsentscheiden besteht.

¹²²⁴ Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 N. 10, zur Funktion von Verfahrensgarantien, wonach diese das Vertrauen in die gerechten Verfahren sichern und letztlich die Legitimation der Justiz im Rechtsstaat sicherstellen. Dies zeichnet sich auch aus SARBACHS Einleitung in seine Dissertation zum Verbot überraschender Rechtsanwendung ab, vgl. SARBACH R., N. 4, wo dieser – in Anlehnung an die Beschreibung des Zivilprozesses nach KUMMER, ZPR, S. 6 – die *Verfahrensgrundsätze*, zu denen die richterliche Fragepflicht gehört, als Spielregeln betrachtet, die «*über die Zeit hinweg erprobt wurden und die ein Verfahren garantieren sollen, das ein gerechtes Ende verbürgt*».

der Officialmaxime steht.¹²²⁵ Die Relativierung der Dispositionsmaxime bildet, wie erläutert, nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.¹²²⁶ Täte sie es doch, stellt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht trotzdem weniger die Frage, ob die Position der Fragepflicht gelungen ist. Vielmehr wäre zu diskutieren, ob nicht die Maximen nach Art. 58 ZPO in unmittelbarem Anschluss an diejenigen von Art. 55 ZPO, und somit ebenfalls nicht nur *vor* die Fragepflicht, sondern auch *vor* die amtliche Rechtsanwendung zu setzen gewesen wären.¹²²⁷ Denn in Bezug auf das *petita partium* besteht, wie gesehen, eine ähnliche Abhängigkeit von *ius* wie sie bei *da mihi facta* herrscht, die es gegebenenfalls in gewissem Umfang auch mittels gerichtlicher Fragen zu überbrücken gälte.¹²²⁸

ii) Weitere Verfahrensgrundsätze

Die Erläuterungen in den Kapiteln 2 und 3 der vorliegenden Abhandlung führen 380 zum Schluss, dass es sinnvoll und eigentlich auch vorzuziehen gewesen wäre, noch weitere wichtige Aspekte der Aufgabenteilung in diesem Katalog der Prozessgrundsätze zu verankern.¹²²⁹

Wenn nämlich die Art. 55 ff. ZPO die grundsätzliche Aufgabenteilung regeln, so 381 fehlt in Bezug auf den Prozessstoff mindestens ein sehr wichtiges Element – nämlich dessen Würdigung, welche in die verbindliche Feststellung des Sachverhalts, den zweiten wichtigen Kontaktbereich zwischen Sach- und Verfahrensrecht, über-

¹²²⁵ Vgl. etwa MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 157. Kritik zur Position der Dispositionsmaxime im Entwurf auch bei SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 301 f.

¹²²⁶ Vgl. hierzu N. 146.

¹²²⁷ Der Bundesrat sah jedoch, anders als die Expertenkommission, lediglich den Bezug zur Verhandlungsmaxime (vgl. hierzu MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 100 und 158); die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO bezieht sich auf sämtliche *Vorbringen* der Parteien, vgl. daher z.B. BK I-HURNI, Art. 56 N. 4, nach dem die Fragepflicht auch den Dispositionsgrundsatz mildert. Zum Aufbau dieses Kapitels der ZPO vgl. auch CORBOZ, S. 34 f.

¹²²⁸ Vgl. hierzu N. 146.

¹²²⁹ Vgl. weitere Ansichten zu verschiedenen Unvollständigkeiten z.B. von: SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 301 (über ergänzende und präzisierende Vorschriften); WILLISEGGER, S. 247 (Verweis auf Art. 229 ZPO) und S. 257 und 270 ff. (gerichtliche Auskunftspflicht und Art. 152 ZPO); KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 2 f. (insb. bez. Art. 152 f. und 157 ZPO sowie einiger weiterer Grundsätze). Der letztgenannte Autor kritisiert in OBERHAMMER, Kodifikation, S. 761 f., zudem die fehlende systematische Stringenz und gedankliche Klarheit bei der Betitelung einzelner Bestimmungen als *Grundsatz*.

führt¹²³⁰. Wie die in Art. 57 ZPO verankerte Rechtsanwendung ist auch die *freie Beweiswürdigung* nach Art. 157 ZPO unabhängig der anwendbaren sachverhaltsbezogenen Maxime ausschliessliche Aufgabe des Gerichts und gehört doch anerkanntermassen zu den bedeutendsten prozessualen Prinzipiennormen¹²³¹. Sie hätte es somit verdient, nicht erst im 10. Titel zum Beweisrecht, sondern ebenfalls bei den Verfahrensgrundsätzen im Teil der allgemeinen Bestimmungen verankert zu werden.¹²³²

- 382 Da zudem auch *amtlich initiierte Beweiserhebungen* zum eigentlichen Kern des materiellen Prozessleitungsamts gehören,¹²³³ und solche überdies einen noch direkteren gerichtlichen Einfluss auf den Prozessstoff aufweisen als die Fragepflicht, hätte es sich gut rechtfertigen lassen, den Art. 153 ZPO ebenfalls bei den Verfahrensgrundsätzen einzufügen¹²³⁴. Dessen Formulierung lässt sich denn auch reibungslos mit dem Wortlaut von Art. 55 ZPO übers Kreuz kombinieren, der das Beweisrecht sogar explizit anspricht: Während nämlich der Art. 153 Abs. 2 ZPO die Ausnahme einer amtswegig angeordneten Beweiserhebung im Geltungsbereich der im ersten Absatz von Art. 55 ZPO vorgesehenen Verhandlungsmaxime¹²³⁵ statuiert, nimmt der Absatz 1 der erstgenannten Bestimmung Bezug auf den Vorbehalt des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 55 Abs. 2 ZPO.

¹²³⁰ Vgl. hierzu N. 133–134 i.V.m. N. 147.

¹²³¹ KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 2; HIGI, S. 464, bezeichnet sie auch als eine der «*Sachverhaltsfeststellungsmaximen*».

¹²³² Ebenfalls für eine Verankerung von Art. 157 ZPO bei den Prozessgrundsätzen: KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 2.

¹²³³ Vgl. hierzu N. 247.

¹²³⁴ Ebenfalls für eine Verankerung von Art. 153 ZPO bei den Prozessgrundsätzen: KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 2.

¹²³⁵ BERTI, ZPO, N. 313, spricht bei Art. 153 Abs. 2 ZPO auch von einer «*ad hoc-Ausübung des Untersuchungsgrundsatzes*» (Hervorhebung im Original); zustimmend: BK I-HURNI, Art. 55 N. 46; MEIER I., ZPR, S. 384, spricht von einer «*Untersuchungsmaxime bei Einzelfragen betreffend alle Streitsachen*», was nach der vorliegend vertretenen Ansicht den Bezug zu den Prozessmaximen unterstreicht.

III. Kritik an der gesetzlichen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung

a. Kritik der Lehre: Wenig Klarheit

Der Art. 56 ZPO enthält den Grundsatz der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime. Darüber hinaus baute der Gesetzgeber die gerichtliche Kompetenz für Frage- und Hinweistätigkeiten mit weiteren Maximenausprägungen aus. Besonders zur Stufenfolge dieser Form der materiellen Prozessleitung gibt es kritische Meldungen: Der Tenor lautet dahingehend, dass sie für die Praxis wenig klar oder schwierig bis zuweilen kaum sinnvoll umsetzbar ist.¹²³⁶ 383

Der Ursprung des Aneckens ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht darin zu finden, dass neben den drei Verfahrensarten – ordentliches, vereinfachtes und summarisches Verfahren – eine noch grössere Anzahl an Ausprägungen der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen geschaffen wurde:¹²³⁷ Nämlich nicht nur eine Verhandlungsmaxime sowie eine einfache und eine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, sondern auch noch die hybriden Formen¹²³⁸ einer Ver- 384

¹²³⁶ Vgl. z.B. die Ansichten von: KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3a f.; OBERHAMMER, Kodifikation, S. 766 f.; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 2 f. und 10; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 26a f., implizit auch § 21 N. 21; SCHUMACHER PE., S. 386; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1635; BERTI, ZPO, N. 268; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 249 und 253 f.; MABILLARD, Zukunft, S. 10 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 341, 344 und 346; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 10; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 311; GUYAN, S. 12; LIENHARD A. [b], N. 995; vgl. auch KLINGLER, N. 635 ff. A.M. wohl FELLMANN, Fragepflicht, S. 97: «Dieses Konzept überzeugt! Die Frage bleibt, ob es im Gerichtsalltag gelingt, ihm Leben einzuhauchen.» Fließende Übergänge werden auch bei den oberen Stufen der materiellen Prozessleitung (eingeschränkte/uneingeschränkte Untersuchungsmaxime) festgestellt, vgl. z.B.: BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 18; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 11; BK II-SPYCHER, Art. 272, N. 5 ff.; JOSI, S. 75 f.; AEBI-MÜLLER, S. 190; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 34; MORET, N. 249 f.

¹²³⁷ Dass dies Herausforderungen bringen muss, zeigt sich etwa an der Feststellung von BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 255: «*Néanmoins, les procédures simplifiées ne sont pas toutes soumises à la maxime inquisitoire sociale, et la maxime inquisitoire sociale est également applicable à certaines matières soumises à la procédure sommaire, voire ordinaire, ce qui complique son analyse.*»

¹²³⁸ Vgl. auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 223 f. über die Möglichkeit von Zwischenformen.

handlungsmaxime mit verstärkter Fragepflicht¹²³⁹ sowie einer sozialen Untersuchungsmaxime¹²⁴⁰. Selbst wenn man die Ansicht vertritt, dass die einfache Untersuchungsmaxime dasselbe ist wie die soziale¹²⁴¹, bleibt eine Überzahl an Maximen bestehen: Dies, weil der Umfang der gerichtlichen Kompetenzen bei der Prozessstoffsammlung nicht einzig an der neu geschaffenen Verfahrenspalette¹²⁴² festgemacht wurde, sondern darüber hinaus auch teilweise an der Streitmaterie¹²⁴³, etwa für das soziale Privatrecht des vereinfachten Verfahrens, sowie am Streitwert, nämlich für die Abgrenzung des ordentlichen vom vereinfachten Verfahren.

- 385 Wird die materielle Prozessleitung auf die gerichtliche Fragepflicht reduziert, die je nach anwendbarer Maxime eine andere Intensität annehmen sollte, gestaltet es sich in der Praxis tatsächlich schwierig, eine Stufenfolge sinnvoll umzusetzen, die aus *Fragen* bei der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht, *weiteren Fragen* bei verstärkter Fragepflicht, *noch mehr Fragen* bei sozialer und/oder eingeschränkter Untersuchungsmaxime und letztlich *ganz vielen Fragen* im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime besteht.¹²⁴⁴ Da aber die vorliegende Abhandlung, wie im Kapitel 5 aufgezeigt, von einem weit gefassten Begriff der materiellen Prozessleitung ausgeht,¹²⁴⁵ lässt sich dieses Prozessleitungsamt einerseits anhand des Zusammenspiels verschiedener Instrumente – respektive mithilfe derer auslegungsbedürftigen Voraussetzungen – und andererseits

¹²³⁹ Ständerat Hansheiri IDERKUM, AB 2007 S. 532, mit der Erläuterung zu einer Verhandlungsmaxime, «*allerdings durchbrochen durch eine verstärkte richterliche Fragepflicht*». Für Art. 247 Abs. 1 ZPO wird z.T. auch der Begriff «*maxime des débats atténuée*»/«*milde Verhandlungsmaxime*» verwendet, vgl. z.B.: CR-TAPPY, Art. 247 N. 8; HOHL, procédure II, N. 1161; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 3; MILANI, Diss., N. 438 und 441 f.; HALDY, N. 585. Dabei gilt es zu beachten, dass bei der *sozialen Untersuchungsmaxime* z.T. von einer «*gemilderte[n] Verhandlungsmaxime*» gesprochen wird, vgl. vor der eidg. ZPO: BGE 125 III 231 E. 4a; 4C.300/2000 E. 4a; 4P.1/2001 E. 3d (bez. dieser Rechtsprechung vgl. den Hinweis von FRÖHLICH, N. 21, auf BRÖNNIMANN); und danach z.B. auch BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 152.

¹²⁴⁰ Botschaft ZPO, S. 7245 wie auch S. 7248, 7251, 7348.

¹²⁴¹ Zur Gleichsetzung vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 1250.

¹²⁴² Ausdruck der Botschaft vgl. hierzu N. 367.

¹²⁴³ Vgl. DIETSCHY, déroulement, N. 29, wonach die «*nature des prétentions*» unterscheidet, welche Maxime im vereinfachten Verfahren zur Anwendung gelangt.

¹²⁴⁴ Vgl. auch KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3a, bzw. OBERHAMMER, Kodifikation, S. 767, der in ähnlicher Weise mit «*Fragen*», «*mehr Fragen*» und «*noch mehr Fragen*» (Art. 56, Art. 247 Abs. 1 und Abs. 2) drei verschiedene Stufen der materiellen Prozessleitung beschreibt, wozu sich noch ein Untersuchungsgrundsatz i.e.S. gesellt.

¹²⁴⁵ Vgl. auch den Titel vor N. 344 «Umfassende Kommunikationsmöglichkeiten».

durch die Berücksichtigung der Nebenwirkungen, welche die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen und die unterschiedlichen Verfahrenskonzeptionen mit sich bringen, über verschiedene Stufen hinweg ausdifferenzieren.

b. Vorliegende Kritik: Unausgewogene Wahl und Gestaltung von Maximenausprägungen

Ohne zu weit in das Kapitel 7 vorgreifen zu wollen, ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nach der vorliegend vertretenen Ansicht die aktuelle Stufenfolge der Prozessmaximen in zweierlei Bereichen nicht ausbalanciert erscheint: 386

Einerseits wird die materielle Prozessleitungskompetenz auf Stufe der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht zuweilen zu restriktiv ausgelegt.¹²⁴⁶ 387 Damit droht in solchen Verfahren eine Laienbeteiligung zur Illusion zu verkümmern.¹²⁴⁷ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht wäre bei der Schaffung der Prozessordnung eine Verhandlungsmaxime, ausgestattet mit einer einzigen, aber umfassenden Form der Fragepflicht, die sich mit Blick auf alle Verfahrensbeteiligten fair umsetzen lässt, zu prüfen gewesen. Für die vorliegende Abhandlung ist indessen mit sämtlichen Stufen zu arbeiten, die der Gesetzgeber im Bereich der Verhandlungsmaxime *de lege lata* statuiert hat.

Zum anderen scheint es demgegenüber gemeinhin an einer wichtigen auslegungstechnischen Differenzierung im Bereich der Untersuchungsmaxime zu fehlen, die zu vermehrter Klarheit über die gerichtlichen Kompetenzen am anderen Ende der Stufenfolge führen kann.¹²⁴⁸ 388 Damit ist der breite Gebrauch des Begriffs «soziale» Untersuchungsmaxime für sämtliche Fälle einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime angesprochen: Tatsächlich hat der Gesetzgeber neben den für das vereinfachte Verfahren abschliessend¹²⁴⁹ in Art. 247 Abs. 2 ZPO genannten Fällen der sozialen Untersuchungsmaxime eine amtswegige Sachverhaltserstellung auch für gewisse Belange der anderen Verfahrensarten vorgesehen. Wohl aufgrund der Tatsache, dass er auch hier regelmässig zur Formulierung des *Feststellens* von Amtes wegen gegriffen hat, werden auch solche eingeschränkten Untersuchungsmaxi-

¹²⁴⁶ Vgl. hierzu insb. N. 882–886.

¹²⁴⁷ Vgl. hierzu insb. N. 963 sowie PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 9 f. zum *de facto*-Anwaltszwang im ordentlichen Verfahren. Zur Gefahr des faktischen Anwaltszwangs vgl. auch N. 367–371.

¹²⁴⁸ Vgl. insb. das Fazit in N. 697–699.

¹²⁴⁹ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 22; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 19; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 401.

men nicht selten als sozial bezeichnet. Das heisst, die Begriffe eingeschränkte und soziale Untersuchungsmaxime werden heute auch ausserhalb des vereinfachten Verfahrens oft synonym verwendet.¹²⁵⁰ Soweit damit allerdings nicht auf sämtliche

¹²⁵⁰ Vgl. z.B. zu Art. 272 ZPO: 5A_298/2015 E. 2.1.2: «*Cette disposition ne prévoit que la maxime inquisitoire limitée (dite aussi simple ou atténuée ou encore sociale) [...]*» (Hervorhebung zugefügt); 5A_565/2015 E. 4.2.1: «*Im Eheschutzverfahren gilt die sog. soziale oder eingeschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 272 ZPO [...]*»; 5A_2/2013 E. 4.2; 5A_608/2014 E. 4.2.1; dann aber auch zu Art. 255 lit. a ZPO z.B.: 5A_300/2016 E. 5.1 f.: «*maxime inquisitoire simple ou sociale*», und zu Art. 255 lit. b ZPO z.B.: 5A_636/2018 E. 3.3.2: «*maxime inquisitoire simple ou sociale*»; 5A_142/2019 E. 3.4.1.3.1. Vgl. des Weiteren Formulierungen in der Lehre z.B. von MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 396: «*die eingeschränkte (oder soziale, gemässigte) Untersuchungsmaxime*»; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 349: «*Es ist zwischen der eingeschränkten (sog. sozialen) und uneingeschränkten Untersuchungsmaxime zu unterscheiden. Im ersten Fall spricht das Gesetz konsequent von «Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen», im zweiten Fall von «Erforschung des Sachverhalts von Amtes wegen»*»; ähnlich auch DERS., a.a.O., N. 1166; KuKo-SCHMID, Art. 153 N. 3: «*die beschränkte Untersuchungsmaxime (auch soziale Untersuchungsmaxime genannt)*» (Hervorhebungen weggelassen); BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 8: «*In Lehre und Rechtsprechung wird unterschieden zwischen der abgeschwächten Form der sozialpolitisch begründeten beschränkten Untersuchungsmaxime [...] einerseits und der klassischen, sog. uneingeschränkten Untersuchungsmaxime [...] andererseits [...]*» (Hervorhebung weggelassen), und auch DIES., N. 9. B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 9 bez. Art. 255 ZPO: «*Angesichts der geltenden Mitwirkungslast oder -pflicht gilt hier die «soziale oder beschränkte Untersuchungsmaxime»*» (Hervorhebung im Original); S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68: «*der uneingeschränkten (klassischen oder strengen) und der eingeschränkten (sog. sozialen) Untersuchungsmaxime*» (Hervorhebungen weggelassen) bzw. CHAIX, faits, N. 11: «*«sociale» ou «atténuée»*». Vgl. des Weiteren auch: LIENHARD A. [b], N. 468 ff. und 478; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 18; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 3 f.; PERROUD, S. 881 f.; WILDHABER BOHNET, N. 9 und 21; WILLISEGGER, S. 254. BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 225, beobachten, dass die westschweizerische Doktrin und Rechtsprechung hauptsächlich den Begriff soziale Untersuchungsmaxime verwendet, während demgegenüber in der deutschschweizerischen Lehre überwiegend von einer abgeschwächten, gemässigten, gemilderten oder eingeschränkten bzw. beschränkten Untersuchungsmaxime gesprochen wird, vgl. auch DIES., S. 250 ff. Vgl. ansonsten auch die verbreitete Ansicht über die insgesamt (lediglich) vier Stufen/Grade der richterlichen Mitwirkung (d.h. zwei Ausprägungen der Verhandlungsmaxime und zwei Ausprägungen der Untersuchungsmaxime): WILLISEGGER, S. 254; HEINZMANN, Habil., N. 333 ff. und 404; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1635; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 497 ff.; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 16; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.37a; LIENHARD A. [b], N. 995; SCHWANDER D., Streifzug, S. 582; MOSIMANN, S. 1147; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3a; OBERHAMMER, Kodifikation, S. 767; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 26 ff. Vgl. demgegenüber vor der eidg. ZPO

prozessualen Konsequenzen Bedacht genommen wird, ist eine solche Gleichsetzung der Stringenz der Stufenfolge zur materiellen Prozessleitung abträglich.¹²⁵¹ Das Problem liegt darin, dass dies zu Verwirrungen darüber führt, für welche Streitigkeiten, allenfalls auch für welche Teilbelange einer Streitigkeit, die Prozesssorgfalt der Parteien dergestalt im Vordergrund steht, dass das Gericht primär auf die prozessuale Eigenverantwortung der Parteien abzustellen hat. Mit anderen Worten ausgedrückt, führt die Gleichsetzung zu Unklarheiten darüber, wann das Gericht eine Pflicht trifft, Beweiserhebungen von sich aus zu initiieren respektive wie weit Zugeständnisse der Parteien dem entgegenstehen.¹²⁵²

Während bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime klarerweise davon 389 auszugehen ist, dass Zugeständnisse für die Gerichte keine Verbindlichkeit aufweisen,¹²⁵³ ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht bei den eingeschränkten Formen der Untersuchungsmaxime Differenzierungsbedarf angezeigt.¹²⁵⁴ Bereits im Kapitel 3 wurde erläutert, dass sich die materielle Prozessleitung unter der

zu den drei Varianten von Untersuchungsmaximen BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 375 f. und insb. bereits S. 349 f., 360 f. zur teilweisen Überprüfung des Sachverhalts von Amtes wegen; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 142: «Auch die sozialpolitisch motivierte Untersuchungsmaxime ist mithin eine «eingeschränkte Untersuchungsmaxime». Dieser Begriff ist aber bereits anderweitig besetzt.» m.H.a. auf die Scheidung auf Klage; ASPRION STÖCKLIN, S. 22 ff. und 206: «die eingeschränkte sowie die soziale Untersuchungsmaxime»; ASPRION, S. 38, wonach unter die beschränkte Untersuchungsmaxime der neuen eidg. ZPO «die eingeschränkte sowie die soziale Untersuchungsmaxime» subsumiert werden.

¹²⁵¹ Aus der Darstellung von B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 3 ff., über die vier Grade der Beteiligung des Gerichts bei der Sachverhaltsfeststellung wird ersichtlich, dass der Bereich der Untersuchungsmaxime fehlt, der nicht das soziale Privatrecht im vereinfachten Verfahren (B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 6) oder die klassische Untersuchungsmaxime (B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 7) betrifft.

¹²⁵² Nicht ausgeschlossen, dass die Kritik von MABILLARD, Zukunft, S. 2, auch solches impliziert, wenn dieser schreibt, dass die Regelung der Untersuchungsmaxime angesichts der notwendigen Kompromisse den Preis der wünschbaren Klarheit bezahlen musste. Vgl. zudem S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 16a ff., m.H.a. die Kontroverse, ob im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes Zugeständnisse den Beweis ersetzen.

¹²⁵³ BGE 128 III 411 E. 3.2.1; 5A_31/2014 E. 3.3; 5A_298/2015 E. 2.1.2; vgl. auch S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 17; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 244; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N. 1; CR-TAPPY, Art. 147 N. 27a; WILDHABER BOHNET, N. 12.

¹²⁵⁴ Vgl. auch die Feststellung von LIENHARD A. [b], N. 515, wonach im Bereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime die Frage über die Zugeständnisse nicht überall gleich beantwortet werden kann.

sozialen Untersuchungsmaxime in der Praxis einer blossen Relativierung des *da mihi facta* annähert, wie dies sonst auf die materielle Prozessleitung im Bereich der Verhandlungsmaxime zutrifft. Denn gerade bei dieser Form der Untersuchungsmaxime werden die Mitwirkungslasten der Parteien ganz besonders hervorgehoben; praktisch so, wie wenn die Verantwortung für den Prozessstoff originär bei den Parteien liegt.¹²⁵⁵ Bei der Verhandlungsmaxime, wo dies tatsächlich der Fall ist, sind Zugeständnisse der Parteien bekanntlich regelmässig bindend.¹²⁵⁶ Wenn nun auch die soziale Untersuchungsmaxime des vereinfachten Verfahrens Streitgegenstände betrifft, über welche die Parteien Verfügungsgewalt haben, ist hier ebenfalls davon auszugehen, dass Zugeständnisse grundsätzlich den Beweis ersetzen.¹²⁵⁷ Dem entspricht, dass die gerichtlichen Kompetenzen bei der sozialen Untersuchungsmaxime aufgrund einer Akzentuierung der Verfahrensfairness zwar erweitert wurden, dem Gericht aber gleichzeitig Zurückhaltung aufgetragen wird.¹²⁵⁸ Diese Zurückhaltung muss allem voran für die vom Gericht amtlich initiierte Beweiserhebung gelten. Was all dies im Einzelnen bedeuten soll, wird bei der Stufenfolge im Unterkapitel F. im Detail dargestellt.¹²⁵⁹

- 390 Wo es indessen Themenbereiche gibt, in denen die Verfügungsberechtigung der Parteien eingeschränkt ist, zielt auch die Prozessleitung unter einer bloss eingeschränkten Untersuchungsmaxime primär darauf ab, dass ein rechtlicher Schluss korrekt, das heisst basierend auf dem richtigen Tatsachenmaterial, gezogen werden kann. Hier darf das Gericht bei Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen somit nicht an Zugeständnisse gebunden werden, beziehungsweise muss es zuweilen weitere Abklärungen tätigen.¹²⁶⁰ Die Gerichte sind in diesen Belangen also – angelehnt an die Terminologie von Isaak MEIER¹²⁶¹ – weniger *unterstützend* als vermehrt bereits *lenkend* tätig. Aufgrund solcher Unterschiede wird es vor-

¹²⁵⁵ Vgl. hierzu N. 256.

¹²⁵⁶ Vgl. hierzu N. 205.

¹²⁵⁷ Vgl. hierzu N. 660–661 i.V.m. N. 983–984.

¹²⁵⁸ Vgl. hierzu N. 265 i.V.m. N. 660–661.

¹²⁵⁹ Vgl. hierzu N. 969–976 und N. 977–994.

¹²⁶⁰ Vgl. hierzu N. 1013–1014 sowie bereits N. 1002–1004.

¹²⁶¹ MEIER I., ZPR, S. 385 ff., unterscheidet zunächst zwischen der *Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren* (Art. 247 Abs. 2 ZPO), der *Untersuchungsmaxime bei Einzelfragen betreffend alle Streitsachen* (Art. 60 ZPO, Art. 153 Abs. 2 ZPO, Augenschein, Gutachten etc. als Beweismittel) sowie der *Untersuchungsmaxime für einzelne Rechtsbereiche, Verfahrenstypen und Klagen* (Art. 255, Art. 277 ZPO, Art. 296 Abs. 1 ZPO, Art. 446 Abs. 1 ZGB) und schreibt dann einleitend ins nächste Unterkapitel: «Die genannten Fälle der Untersuchungsmaxime lassen sich in zwei Gruppen unter-

liegend nicht als förderlich erachtet, den Begriff soziale Untersuchungsmaxime, unabhängig von der konkreten Fragestellung, für jegliche Anwendung einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime zu verwenden. Mit einer besonderen Akzentuierung des Ziels eines möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils geht notwendigerweise eine Unabhängigkeit von Parteizugeständnissen, und damit auch eine Erweiterung der gerichtlichen Kompetenz für selbstständig initiierte Beweiserhebungen, einher. Deshalb gehören solche Belange der eingeschränkten Untersuchungsmaxime bereits zum Bereich, in welchem die Aufforderung *da mihi facta* als notwendige Ergänzung der gerichtlichen Verantwortung für den Prozessstoff zu werten ist. Welche Fragestellungen einer solch *lenkend-eingeschränkten* Untersuchungsmaxime unterstehen, lässt sich ergründen, indem analysiert wird, welches Ziel mit der grundsätzlichen Kompetenzerweiterung des Gerichts bei der Prozessstoffsammlung besonders akzentuiert wird.¹²⁶² Auch dies wird im Kapitel 7 im Detail erläutert.¹²⁶³ Dass es neben der sozialen Untersuchungsmaxime, die vorliegend als Fall der Relativierung des *da mihi facta* gewertet wird,¹²⁶⁴ und der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime effektiv einen Bereich geben muss, in welchem dem Gericht auch unter der eingeschränkten Untersuchungsmaxime eine vermehrt lenkende Aufgabe zukommt, belegt die

teilen», wo er sodann zwischen einer *lenkenden* und einer *unterstützenden* Untersuchungsmaxime differenziert.

¹²⁶² Ähnliches wird gemacht, um im Bereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime beim Umgang mit materiell rechtswidrig erlangten Beweisen zu einer Triage zu gelangen: Anhand des *Interesses an der Wahrheitsfindung* im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO (also des Ziels, das nach der vorliegend vertretenen Ansicht bei der *lenkend-eingeschränkten* Untersuchungsmaxime eine besondere Akzentuierung erfährt) werden diejenigen Belange ausgeschieden, für die ein solch problematisches Beweismittel eher zu berücksichtigen ist, während die übrigen diesbezüglich so behandelt werden, als handelte es sich um einen Fall im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime, vgl. G/J/S-SCHMID, Art. 152 N. 31; KuKo-SCHMID, Art. 152 N. 15; B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 91; BSK ZPO-GUYAN, Art. 152 N. 13. Damit soll nicht gesagt sein, dass jene Triage zwingend deckungsgleich mit der vorliegenden Kategorisierung von unterstützend- und lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaximen ausfallen müsste. Dies wird vorliegend nicht untersucht. Auch wird im Allgemeinen auf Zuteilungsentscheide einzelner Belange zu den eingeschränkten Untersuchungsmaximenausprägungen verzichtet. Auf die Existenz einer lenkenden Form der eingeschränkten Untersuchungsmaxime wird im Anliegen um eine Vervollständigung des Gerüsts der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung hingewiesen.

¹²⁶³ Vgl. hierzu N. 652 und zudem N. 1002–1004.

¹²⁶⁴ Vgl. hierzu N. 265.

bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer *anderen Form der eingeschränkten Untersuchungsmaxime* als die sozial geprägte.¹²⁶⁵

- 391 Die Erörterung der originären gerichtlichen Verantwortung für den Prozessstoff im Bereich der lenkenden Untersuchungsmaximenausprägungen bildet indessen nicht Schwerpunkt der Abhandlung. Der vorliegende Teil III befasst sich vielmehr mit der Rechtfertigung einer Relativierung des *da mihi facta* unter der Verhandlungsmaxime und der sozialen beziehungsweise unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime.¹²⁶⁶ Im Rahmen des Unterkapitels F. – der Synthese der Ergebnisse zur Relativierung des *da mihi facta* zu einer Stufenfolge – werden aber zumindest einige bedeutsame Schlüsse für die beiden lenkenden Ausprägungen der Untersuchungsmaxime in einem Exkurs aufgeführt.

B. Kriterien zur Relativierung des *da mihi facta* als Grundlage für eine sinnvolle Stufenfolge der materiellen Prozessleitung

- 392 Das Rechtssprichwort *da mihi facta dabo tibi ius* wurde im Kapitel 3 auf zwei Arten interpretiert: Klassischerweise wird mit dem *da mihi facta* die Verantwortung der Parteien für den Prozessstoff im Sinne der Verhandlungsmaxime assoziiert. Die Analysen haben aber gezeigt, dass das *da mihi facta* darüber hinaus auch als Relativierung der Untersuchungsmaxime, im Sinne einer allgemeinen Mitwirkungslast der Parteien bei der Prozessstoffsammlung, gelesen werden kann.¹²⁶⁷ Da im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für den Prozessstoff originär beim Gericht liegt, besteht für dessen umfassende materielle Prozessleitungskompetenz bereits eine grundsätzlich ausreichende Rechtfertigungsgrundlage. Anders liegen die Dinge bei der Verhandlungsmaxime: Wie gesehen, schafft hier die materielle Prozessleitung eine Brücke zwischen *da mihi facta* und *ius*, indem sie den ersten Teilaspekt der Parömie – die exklusive Parteiverantwortung für den Prozessstoff – relativiert.¹²⁶⁸ Nachdem im Unterkapitel A.

¹²⁶⁵ Vgl. hierzu N. 676–677.

¹²⁶⁶ Vgl. hierzu N. 357 i.V.m. N. 265.

¹²⁶⁷ Vgl. hierzu N. 227 (bez. Verhandlungsmaxime) und N. 228–230 (bez. Untersuchungsmaxime).

¹²⁶⁸ Zur Relativierung vgl. N. 259–261 und zur materiellen Prozessleitung als Kommunikation über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Einbringtgigkeiten vgl. N. 341–343.

gezeigt wurde, dass im schweizerischen Zivilprozess, insbesondere aufgrund des gesetzgeberischen Entscheids für ein Laienprozesssystem, besonders dringender Bedarf nach gerichtlicher Kommunikation über die prozessual rechtsgenügli- che Umsetzung von Einbringtätigkeiten besteht, stellt sich nunmehr die Frage, wie die Grenze einer derartigen Relativierung des *da mihi facta* auszuloten und damit der zulässige Umfang dieser limitierten materiellen Prozessleitung abzustecken ist.

I. Methode: Kriterien zur Begrenzung der Relativierung des *da mihi facta* führen zum zulässigen Umfang der limitierten materiellen Prozessleitung

Eingangs des vorliegenden Kapitels wurde darauf hingewiesen, dass weniger das Bestehen einer «Zusammenarbeit» zwischen Parteien und Gericht an sich¹²⁶⁹ als vielmehr die Grenzziehung zwischen der Parteiverantwortung und den Gerichts- kompetenzen seit jeher für Diskussionsstoff sorgt.¹²⁷⁰ So erstaunt es kaum, dass bereits vor der eidgenössischen Zivilprozessordnung beobachtet werden konnte, dass sowohl bei der Richterschaft als auch bei Rechtsuchenden gewisse Unsicher- heiten über den Umfang der materiellen Prozessleitung bestehen.¹²⁷¹ Die Verein- heitlichung des Prozessrechts vermochte diesbezüglich vorerst noch keine Abhilfe zu schaffen: Auch fünf Jahre danach stellte Ramon MABILLARD im Rahmen seiner Ausführungen zur richterlichen Fragepflicht fest, dass die genaue Ausgestaltung der Stufen der materiellen Prozessleitung noch ungewiss scheine.¹²⁷²

Was aber mag geschehen, wenn Gerichte beim Entscheiden über einen Eingriff in den Prozessstoff zögern? Aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Prozesses kann selbst das Unterlassen eines solchen Eingriffs zu Parteilichkeits- vorwürfen führen: Nämlich, wie bereits erläutert, seitens derjenigen Partei, welche dank gerichtlicher Massnahmen prozessuale Nachteile doch noch hätte abwen- den können. Dennoch ist zu vermuten, dass unentschlossene Richterinnen und Richter sich in der Tendenz wohl eher dem aktiven Handeln enthalten. Diese Ver-

¹²⁶⁹ Zur *Zusammenarbeit* der Parteien und des Gerichts im Rahmen der Verhandlungs- maxime vgl. N. 366 (sowie N. 714 über das Bild einer Arbeitsgemeinschaft und den Weg von der Verhandlungs- zur Kooperationsmaxime); zur *Zusammenarbeit* im Rahmen der Untersuchungsmaxime vgl. N. 228.

¹²⁷⁰ Vgl. hierzu N. 366.

¹²⁷¹ So die Feststellung von HEER, S. 164, für den Kanton Luzern; ähnlich auch TROLLER, Methode, S. 4.

¹²⁷² MABILLARD, Zukunft, S. 11; vgl. auch bereits WILDHABER BOHNET, N. 1 und 78.

mutung wird durch die bereits aufgegriffenen Beobachtungen bestärkt, welche Oscar VOGEL 1990 niederschrieb: Zwar würden praktisch alle kantonalen Prozessordnungen ausdrücklich eine Fragepflicht oder zumindest ein richterliches Fragerecht vorsehen, doch: «*Die Richter machen davon indessen nur ungenügend – oft scheint es: nur widerwillig – Gebrauch (und wo konsequent davon Gebrauch gemacht wird, wie z.B. am Zürcher Handelsgericht, geschieht dies gerade nicht gegenüber dem allein prozessierenden Bürger, sondern den hier regelmässig auftretenden Anwälten).*»¹²⁷³ Manch einem mag der Parteilichkeitsvorwurf im Fall einer aktiven Prozessleitung noch heute näherzuliegen scheinen.¹²⁷⁴ Immerhin treffen die prozessualen Nachteile bei der gerichtlichen Enthaltung regelmässig diejenige Seite, die es grundsätzlich in der Hand gehabt hätte, ihre Aufgaben besser umzusetzen. Nicht nur, dass eine solche Haltung keineswegs Schutz vor Parteilichkeitsvorwürfen zu garantieren vermag, sie fördert ganz allgemein die Verbreitung eines argwöhnischen Umgangs mit der materiellen Prozessleitung. Angesichts der wichtigen Ziele, die sie verfolgt, ist dies bedenklich.

- 395 Sinnvolle Kriterien zur Relativierung des *da mihi facta* führen zu einer Balance, bei der unverschuldetermassen unzureichende Rechtskenntnisse und entschuld-
bare Versehen überbrückt werden, ohne dass zugleich die mit dem Ausspruch zum
Ausdruck gebrachte Eigenverantwortung der Parteien uferlos infrage gestellt wird.
Dabei sollte eine Rechtfertigung der Relativierung möglichst anhand von Krite-
rien erfolgen, welche über die verschiedenen Verfahrensarten und die Maximen-
ausprägungen hinweg von Bedeutung sind. So lässt sich dazu beitragen, dass sich
Divergenzen sowie Fragezeichen zum zulässigen Umfang der materiellen Pro-
zessleitung auflösen. Angesprochen sind also Kriterien, mit denen eine kohärente
Stufenfolge beschrieben werden kann, was zu mehr Sicherheit im Umgang mit der
materiellen Prozessleitung führen wird. Hiernach steigt die Wahrscheinlichkeit,
dass Richterinnen und Richter ihre entsprechenden Kompetenzen in sämtlichen
Verfahren tatsächlich ausschöpfen.

¹²⁷³ VOGEL, Menschenbild, S. 523.

¹²⁷⁴ Vgl. die Beobachtungen zehn Jahre nach Inkrafttreten der eidg. ZPO von DOMEJ, Formalismus, S. 117 f., dazu, dass Art. 56 ZPO zu wenig genutzt wird, wobei sie auch die einfachere Vermeidung eines Anscheins der Befangenheit anspricht.

II. Suche nach Kriterien für die Relativierung des *da mihi facta*

a. Bedarf an maximen- und verfahrensübergreifenden Orientierungshilfen

Die Voraussetzungen für einen gerichtlichen Eingriff in die Prozessstoffsammlung werden im Gesetz generell-abstrakt umschrieben: Beispielsweise in Art. 56 ZPO mit dem Vorliegen einer *Unklarheit*, einer *Widersprüchlichkeit*, einer *Unbestimmtheit* oder einer *Unvollständigkeit* in den Parteivorbringen. Oder durch die *Unlesbarkeit*, die *Ungebührlichkeit*, die *Unverständlichkeit* oder die *Weitschweifigkeit* einer Eingabe im Sinne von Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO, die es von den *querulatorischen* und den *rechtsmissbräuchlichen* abzugrenzen gilt. Auch das *offensichtlich nicht instande*-Sein, den Prozess selbst zu führen, als Bedingung für die amtliche Bestellung einer Rechtsvertretung nach Art. 69 Abs. 1 ZPO, oder die *erheblichen Zweifel* für die amtlich initiierte Beweiserhebung im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO geben dem Gericht die Situationen vor, in denen es tätig werden soll. Anhand eines sogenannt *pragmatischen Methodenpluralismus*¹²⁷⁵ wird dieses über die Auslegung¹²⁷⁶ solcher Voraussetzungen und sodann über deren Erfüllung im konkreten Fall entscheiden. Greifbare Kriterien indessen, mit deren Hilfe sich die Grenzen der gerichtlichen Kompetenz in Bezug auf den Prozessstoff maximen- und verfahrensübergreifend ausloten lassen, finden sich in der vereinheitlichten Prozessordnung keine.

Die bereits vor der eidgenössischen Zivilprozessordnung regelmässig wiederkehrende Feststellung, dass die materielle Prozessleitung weitgehend Ermessenssache ist,¹²⁷⁷ verwundert somit kaum. In dieser Hinsicht schrieb Ernst FISCHLI in seinem

¹²⁷⁵ Vgl. hierzu N. 540.

¹²⁷⁶ Zur Interpretationszugänglichkeit und -bedürftigkeit solcher Begriffe vgl. LOOSLI, S. 4.

¹²⁷⁷ Zum Ermessen im Rahmen der materiellen Prozessleitung bereits vor der eidg. ZPO vgl. z.B.: SALZGEBER, S. 20 f.; STAEHELIN, S. 112 f. und 129 f.; LEUCH, Prozeßleitung, S. 500 i.V.m. S. 561 sowie S. 573; UNTERNÄHRER, S. 20; SUTER, S. 39 ff. und bereits S. 30; TAPPOLET, S. 18; LOOSLI, S. 62 f.; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 118. Auch das BGer spricht im Urteil 5P.376/2006 E. 2.2 von einem erheblichen Ermessensspielraum. Vgl. zudem für das deutsche Recht auch den Hinweis bei BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 139 D-ZPO N. 13: «Das Gericht muß in jeder Lage des Verfahrens und gegenüber jedem Prozeßbeteiligten die seiner eigenen streitentscheidenden Stellung entsprechende unbedingt erforderliche Unabhängigkeit bewahren, [...]», wobei sie aber auch klar betonen: «Die Würde des Gerichts erfordert

Aufsatz zur richterlichen Fragepflicht aus dem Jahr 1954 Folgendes: *«Die Gewährung richterlicher Nachhilfe wird an sich also wie im Ausmaß immer eine Sache sorgfältiger Erwägung und Abwägung aller ins Gewicht fallenden Einzelheiten des konkreten Falles sein. Die Begrenzung der Parteiverantwortlichkeit und der Hilfe des Richters durch eine Formel festzuhalten, ist daher sinnlos. Eine solche könnte nur entweder kurz und daher allgemein und unbestimmt sein. Sie würde nur die Lösung der Frage verschieben. Wäre sie aber lang und kasuistisch, dann wäre sie immer noch unvollständig und in vielen Fällen auch unpassend. [...] Vertiefung der Einsicht in das Problem ist zu erwarten, wenn einmal der Überblick über die entsprechende Praxis es gestatten wird, Fallgruppen und aus diesen Teilregeln zu isolieren, die es erlauben, die Kriterien der gebotenen, der bloß erlaubten und der unstatthaften richterlichen Lenkung der Parteitätigkeit deutlicher zu erkennen.»*^{1278,1279} Mit der noch jungen eidgenössischen Zivilprozessordnung gewinnen diese Worte von FISCHLI an erneuter Aktualität: Denn auch mit Inkrafttreten des neuen Regelwerks wird sich an der bedeutenden Weite des Ermessensspielraums bei der materiellen Prozessleitung nicht allzu viel geändert haben.¹²⁸⁰ Und selbst

freilich auch keine ängstliche Überbetonung seiner Unparteilichkeit. Der Richter hat auch im Zivilprozeß einen weiten Handlungsspielraum.» Zur Situation seit Inkrafttreten der eidg. ZPO vgl. im vorliegenden Unterkapitel FN. 1280.

¹²⁷⁸ FISCHLI, S. 95.

¹²⁷⁹ Vgl. HEER, S. 159, mit der ähnlichen Kritik, dass Lösungsmustern der Makel der Oberflächlichkeit und Verallgemeinerung anhaften, dann aber auch DIES., S. 180, zu Richtlinien. Vgl. in dieser Hinsicht bez. anderer Themenbereiche z.B.: MARTIN P., S. 221 f. und 249 ff., über regelhafte Konkretisierungen und über herausgearbeitete Leitlinien und Entscheidungskriterien im Rahmen von Grundrechtskollisionen oder die Ausführungen von LARENZ/CANARIS, S. 112 f., zu Werturteilen in Bezug auf noch abstraktere Rechtsbegriffe, wie z.B. Treu und Glauben, Billigkeit, Zumutbarkeit, ausgewogenes Verhältnis, Ausgleich etc.: *«Gewiß lassen sich aus solchen allgemeinen Rechtsgedanken und Prinzipien unmittelbar noch keine konkreten Entscheidungen gewinnen; gänzlich inhaltslos sind sie aber nicht. Durch ihre Verdeutlichung an «einleuchtenden» Beispielen und sodann durch den Vergleich mit anderen, nach ihnen beurteilten Fällen, sowie durch die Herausarbeitung weiterer, speziellerer Rechtsgedanken aufgrund einer rechtlichen Analyse derjenigen Fälle, an denen sie hervortreten, gelingt es der Rechtsprechung nach und nach, den relativ «unbestimmten» Maßstab inhaltlich anzureichern, mit Bezug auf bestimmte Fälle und Fallgruppen zu konkretisieren und dadurch schließlich ein Geflecht von Entscheidungsmustern zu schaffen, in das neu zu beurteilende Fälle größtenteils eingeordnet werden können.»*

¹²⁸⁰ Zum Ermessen im Rahmen der materiellen Prozessleitung unter der eidg. ZPO vgl. z.B.: MABILLARD, Zukunft, S. 19; WILDHABER BOHNET, N. 35 und 56; CORBOZ, S. 37; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 3; JÉQUIER, S. 78; HEINZMANN, Habil., N. 346 ff. zudem m.H.a. Art. 4 ZGB. SCHUMACHER PE., S. 387 f. und 397,

wenn und wo dieser enger ausfällt, dürfte mancher Kanton geneigt sein, an seiner bisherigen Praxis anzusetzen.¹²⁸¹ So wird erst die bundesgerichtliche Rechtsprechung für den nötigen Überblick und ein schweizweit einheitliches Verständnis der unbestimmten Begrifflichkeiten und Ermessensspielräume in diesem Bereich sorgen.¹²⁸² Dies zu erreichen, beansprucht allerdings Zeit.¹²⁸³

ist der Ansicht, dass es ausserhalb des Pflichtbereichs der richterlichen Fragepflicht auch einen Bereich gäbe, wo der Richter seine Fragetätigkeit nach eigenem Ermessen ausüben darf, ohne es zu müssen. Vgl. des Weiteren die Feststellung von CR-TAPPY, Art. 247 N. 10: *«En conséquence, s'il y a de nombreux arrêts qui se prononcent sur la portée de cette disposition, on ne trouve pratiquement pas de jurisprudence sanctionnant effectivement une violation de l'art. 247 al. 1, que ce soit pour retenir que le juge inférieur était intervenu indûment, ou pour admettre qu'il avait omis à tort de le faire.»*

¹²⁸¹ SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 320, wies bereits 2007 darauf hin, dass u.a. die gerichtliche Fragepflicht ziemlich offen formuliert ist und eine grosse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die bisherige kantonale Gerichtspraxis noch eine gewisse *Nachwirkung* haben kann; gl.M. MEIER I., ZPR, S. 394. MABILLARD, Zukunft, S. 14, stellt fünf Jahre nach Inkrafttreten der eidg. ZPO zu den von ihm beispielhaft behandelten Themen fest, dass zentrale Anliegen – eben auch die Stufenfolge der materiellen Prozessleitung (S. 10 ff.) – noch keine systematische Klärung erfahren haben. Vgl. zudem DIETSCHY, déroulement, N. 46, zum wenig präzise und detailreich geregelten vereinfachten Verfahren, dass diejenigen getröstet werden, welche befürchteten, dass die regionalen Eigenheiten verschwinden würden, dagegen diejenigen enttäuscht, die sich endlich eine schweizweit einheitlich angewendete Prozessordnung gewünscht haben. Hinweise auf solche Unterschiede z.B. bei: GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 1, wonach *«die Fragefreudigkeit der Richter»* in der kantonalen Praxis höchst unterschiedlich war; nach der Feststellung von MEIER I., ZPR, S. 394, nicht nur kantonal, sondern auch von Gericht zu Gericht, sogar von Richter zu Richter, vgl. diesbez. auch CR-SCHWEIZER, Art. 150 N. 3c; WILDHABER BOHNET, N. 1.

¹²⁸² Vgl. auch den Schlusssatz von WILDHABER BOHNET, N. 78, über die Kontroverse zur Fragepflicht.

¹²⁸³ Bereits der Bericht VE-ZPO, S. 15, kündigte an, dass die Rechtsvereinheitlichung Flexibilität und Bereitschaft bedingt, sich auf Neuerungen einzulassen, doch müsse dabei keineswegs mit der bisherigen Rechtstradition gebrochen werden. Ein Jahr nach Inkrafttreten der schweizerischen ZPO stellte SUTTER-SOMM, Entstehung, S. 73 f., fest, dass von einer einheitlichen Praxis noch keine Rede sein könne, vielmehr falle ein gewisses Beharren der kantonalen Gerichte auf, weiterhin ihre bisherige Praxis fortzuführen; vgl. des Weiteren den Hinweis bei MABILLARD, Zukunft, S. 14, dass die von ihm gewählten Beispiele zeigen, was es bedeutet, den schweizerischen Zivilprozess nicht nur im Gesetz, sondern auch in der geübten Praxis auf ein gemeinsames Fundament zu stellen (zum Zeitpunkt seiner Abhandlung standen *«5 Jahre der Einheit [...] einem ausgedehnten Jahrhundert der Vielfalt»* gegenüber); auch nach sechseinhalb Jahren beobachtet WEBER, S. 109, allgemein die *«bekannten kantonalen Unter-*

- 398 Den Weg hin zu FISCHLIS vorgebrachten Fallgruppen, die sich national etablieren sollen, können anschauliche, verfahrensübergreifende Orientierungshilfen spürbar erleichtern: Anhand solcher lassen sich Funktion und Inhalt einzelner Institute der materiellen Prozessleitung auch über die verschiedenen Stufen hinweg besser einordnen, was einer einheitlichen Praxis klar zuträglich ist. Daher besteht vorliegend das Anliegen nicht darin, die Tatbestandselemente einzelner Institute zu isolieren und zu kommentieren; *vielmehr sollen in der Folge diejenigen übergreifenden Leitlinien und Faktoren für Auslegungs- und Ermessensentscheide herausgearbeitet werden, welche zu einer koordinierten Stufenfolge der materiellen Prozessleitung führen.*

b. Bedarf an inhaltlich aussagekräftigen Orientierungshilfen neben den Maximen

- 399 Der Vorschlag von Ramon MABILLARD, die gerichtliche Hilfestellung vor den Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu setzen, indem deren Zulässigkeit durch die drei Kriterien der *Unbeholfenheit* der betroffenen Partei, der *Mangelhaftigkeit* der Prozesshandlungen und der *sozialen Prägung der anwendbaren Verfahrensart* bestimmt wird,¹²⁸⁴ ist als Ausdruck dafür zu werten, dass eine Orientierung an abstrakten Maximenbegriffen allein nicht weiterhilft, um zu einer im Gerichtsalltag praktikablen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung zu gelangen. Ähnlich wie MABILLARD suchte bereits Benedikt SUTER nach übergreifenden Leitlinien; er allerdings vor der Rechtsvereinheitlichung und für die richterliche Prozessleitung an sich.¹²⁸⁵ Mit diesem erweiterten Fokus wäre es SUTER gar nicht möglich gewesen, sich hierfür auf die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen abzustützen, welche sich doch einzig über die Verantwortung für den Prozessstoff aussprechen. Stattdessen stiess dieser Autor auf die Kriterien der *Gesetzmässigkeit*¹²⁸⁶, der *Zweckmässigkeit*¹²⁸⁷, der *raschen Erledi-*

schiede». Entsprechende Bedenken waren bereits aus der ZS VN VE-ZPO, S. 71 und 73 OAFRI zu entnehmen.

¹²⁸⁴ MABILLARD, Zukunft, S. 18 ff.

¹²⁸⁵ Nach SUTER, S. 11 ff., ist der Begriff der richterlichen Prozessleitung zwar unscharf (in der Folge beschreibt er *Prozessbetrieb*, *formelle* und *materielle Prozessleitung* sowie *Sitzungs- bzw. Gerichtspolizei*), S. 16 kommt SUTER aber zum Schluss, dass trotz unklarer Abgrenzung im Einzelnen, die prinzipiellen Anforderungen an die richterliche Prozessleitung insgesamt dennoch klar definiert sind.

¹²⁸⁶ SUTER, S. 16 ff.

¹²⁸⁷ SUTER, S. 28 ff.

gung des Verfahrens¹²⁸⁸ sowie der erschöpfenden Verhandlung des Streitstoffs¹²⁸⁹. Zudem betonte SUTER, dass die Prozessleitung sich nicht nur in ihrer Gesamtheit, sondern auch in ihren Einzelakten an diesen Kriterien zu messen hat.¹²⁹⁰

Bereits die Strukturierung des Kapitels 3 der vorliegenden Abhandlung trug dem Gedanken Rechnung, dass die Prozessmaximen keine Aussage darüber machen, in welcher konkreten Form sich die Verfahrensteilnehmenden an der Prozessstoffsammlung beteiligen.¹²⁹¹ Die beiden eben aufgezeigten Lehrmeinungen stützen den Schluss, dass auch die Stufenfolge des gerichtlichen Beitrags zur Prozessstoffsammlung nicht einzig an wenig greifbaren Maximenbegriffen festgemacht werden kann. Vielmehr hat sich der Entscheid über einen gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff zusätzlich an inhaltlich aussagekräftigen Kriterien zu orientieren, welche sich für die materielle Prozessleitung eignen. Diese sollen sich ins geltende Recht eingliedern und insbesondere der kontradiktorischen Ausgestaltung des Zivilprozesses gerecht werden. Im Folgenden werden Vorschläge für solche Kriterien unterbreitet.

c. Vorschläge für materielle Relativierungskriterien

i) Ausgangspunkt: Betrachtung des Kapitels über die Verfahrensgrundsätze als eine Art prozessuale Verfassung

Bei der Zivilprozessordnung handelt es sich um ein Regelwerk, das dem öffentlichen Recht angehört.¹²⁹² Gleich auf die ersten beiden Titel betreffend «Gegenstand und Geltungsbereich» sowie «Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand» folgt im dritten Titel der allgemeinen Bestimmungen der Prozessordnung dasjenige Kapitel über die «Verfahrensgrundsätze». Wie gesehen, sind in diesem Kapitel auch die Normen zum Gegenstand der Parömie *da mihi facta dabo tibi ius*, also die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen und die gerichtliche Rechtsanwendung, anzutreffen. Diese grundsätzliche Aufgabenteilung zwischen den Parteien und dem Gericht positioniert sich somit am Anfang des Gesetzes. Aber auch im Hinblick auf ihren unmittelbaren systematischen Kontext hat sie eine prominente Stellung bekommen: Nämlich eingereiht im selben Kapitel wie verschiedene Verfahrensgrundrechte.

¹²⁸⁸ SUTER, S. 30 ff.

¹²⁸⁹ SUTER, S. 36 ff.

¹²⁹⁰ SUTER, S. 39 f.

¹²⁹¹ Vgl. hierzu N. 150–152.

¹²⁹² Vgl. hierzu auch die Hinweise in FN. 26.

- 402 Hinsichtlich seines Regelungsgegenstands lässt sich nun dieses Kapitel zu den Verfahrensgrundsätzen¹²⁹³ auch als eine Art prozessuale Verfassung lesen: So werden darin einerseits grundlegende Aspekte des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger geregelt. Prozessual gesprochen: die grundsätzliche Aufgabenteilung zwischen den prozesshierarchisch gleichgestellten Parteien und dem Gericht als Träger der staatlichen Justizhoheit. Andererseits wiederholen und konkretisieren die Verfahrensgrundsätze aber auch verfassungs- und konventionsrechtliche Aspekte und zeigen überdies auf, inwiefern diese wichtigen Grundsätze Relativierungen zugänglich sind¹²⁹⁴: So können gemäss dem zweiten Absatz von Art. 53 ZPO überwiegende öffentliche oder private Interessen den Anspruch auf rechtliches Gehör einschränken. Nach Art. 54 Abs. 2 ZPO bestimmt das kantonale Recht, ob die Urteilsberatung der Verfahrensöffentlichkeit entzogen ist. Absatz 3 sieht diesbezüglich explizit den Vorrang öffentlicher Interessen oder schutzwürdiger Interessen der Beteiligten vor. Sodann schliesst der vierte Absatz die Öffentlichkeit in familienrechtlichen Verfahren ganz aus.
- 403 Bereits im zweiten Teil der vorliegenden Abhandlung wurde aufgezeigt, dass die Bezeichnung *maxima regula* für die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen nicht wörtlich beziehungsweise nicht in einem normhierarchischen Sinn zu verstehen ist.¹²⁹⁵ Entsprechend kann auch die materielle Prozessleitung in Art. 56 ZPO als eine Relativierung des in Art. 55 Abs. 1 ZPO festgehaltenen Verfahrensgrundsatzes gelesen werden¹²⁹⁶. Die richterliche Fragepflicht vereint überdies sogar beide Aspekte, die für eine (prozessuale) Verfassung besonders relevant sind: Sie enthält zum einen eine Aussage über das (prozess-)organisatorische Verhältnis zwischen Staat und Bürger beziehungsweise eine Zuweisung von prozessualen Aufgaben: Die Parteien erstatten Vorbringen, zu denen das Gericht, wo nötig und angebracht, Fragen stellt. Zum anderen bildet die Fragepflicht selbst auch eine Konkretisierung von (verfahrens-)grundrechtlichen Aspekten der hiervon begünstigten Partei: Berücksichtigt man nämlich, dass der Gehörsanspruch der Parteien insbesondere

¹²⁹³ Zu diesem Kapitel der ZPO vgl. N. 376–379.

¹²⁹⁴ Zur Zulässigkeit gewisser Relativierungen von Verfahrensgrundrechten vgl. z.B.: BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 6; BIAGGINI, Art. 36 N. 4, 1. Spiegelstrich, nach dem trotz Minimalstandard-Charakter bei Verfahrensgarantien gewisse Relativierungen unter Umständen zulässig sind; vgl. des Weiteren BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 12; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 7.

¹²⁹⁵ Vgl. hierzu N. 207–209.

¹²⁹⁶ Vgl. auch die Bemerkung von FELLMANN, Fragepflicht, S. 80: «*Nach der Konzeption des Gesetzes bildet die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Grundsatz, die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO die Ausnahme.*»

die Rechte umfasst, sich vor Erlass eines Entscheids zur Sache zu äussern und mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden,¹²⁹⁷ erschliesst sich ohne Weiteres, dass mit dem Einbringen von Prozessstoff, also mit den Tätigkeiten des Behauptens, Bestreitens, Detaillierens und Beweisanbietens, dieser Grundrechtsanspruch wahrgenommen wird. Mit der materiellen Prozessleitung wiederum unterstützt das Gericht die Parteien bei diesen Einbringttätigkeiten, indem es seine Einschätzung über deren prozessual rechtsgenüglche Umsetzung kommuniziert.¹²⁹⁸ Darüber, dass die Lehre auch weitere grundrechtliche Bezüge der gerichtlichen Fragepflicht zur Verfahrensfairness und zum Grundsatz von Treu und Glauben herstellt, wurde vorliegend bereits berichtet.¹²⁹⁹ Somit trägt die materielle Prozessleitung, die das *da mihi facta* relativiert, zur Verwirklichung und Entfaltung der Verfahrensgrundrechte einer unverschuldetermassen überforderten Partei bei. Wie auch einzelne Sachgrundrechte den Rechtsunterworfenen teilweise Ansprüche auf positive Leistungen vermitteln, lässt sich daher nach der vorliegend vertretenen Auffassung gerade in der Fragepflicht ebenfalls eine solche Art staatliche Leistung erblicken, die für den Schutz und zur wirksamen Entfaltung der Verfahrensgrundrechte vonnöten sein kann. Dass die Parteien unter gegebenen Umständen hierauf auch einen eigentlichen Anspruch haben, unterstreicht die Entstehungsgeschichte zu Art. 56 ZPO: Aufgrund vielseitiger Kritik wurde diese Form der gerichtlichen Kommunikation über das prozessual rechtsgenüglche Einbringen der vertretenen Sachverhaltshypothese von einem blossen Recht in eine gerichtliche Pflicht gewandelt.¹³⁰⁰

Schliesslich ist zu bedenken, dass gerichtliches Handeln stets staatliches Handeln 404 darstellt und somit den Grundsätzen des Art. 5 BV untersteht: Es bedarf einer rechtlichen Grundlage, es muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Überdies haben auch die Gerichte nach Treu und Glauben zu handeln und das Völkerrecht – gerade die auch dort verankerten Verfahrensgrundrechte – zu beachten. Wie gezeigt, besteht die Herausforderung der Prozessleitung darin, dass dieses staatliche Handeln, egal ob es in einen Eingriff in den Prozessstoff mündet oder nicht, Auswirkungen auf beide sich im kontradiktorischen Prozess

¹²⁹⁷ Zu den verschiedenen Teilaspekten des rechtlichen Gehörs vgl. z.B.: SARBACH M., Diss., S. 68 f.; SARBACH R., N. 182, 190 ff., 356 und 409; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 423 ff.; MEIER I., ZPR, S. 35 f. und 396 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.61 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 26 N. 63 ff.; WIEDERKEHR, Habil., S. 20; BK I-HURNI, Art. 53 N. 16 ff.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 5 ff.

¹²⁹⁸ Vgl. hierzu N. 341–343. Zur Definition der materiellen Prozessleitung in der Lehre und Rechtsprechung vgl. N. 241–244.

¹²⁹⁹ Vgl. hierzu N. 378.

¹³⁰⁰ Zur Kritik vgl. N. 543 m.w.H.

gegenüberstehenden Parteien zeitigt, die gleichermassen Anspruch auf ein faires Verfahren vor einem neutralen Gericht haben. Die Kriterien des Art. 5 BV sind also mit Blick auf diese Situation und Herausforderung zu konkretisieren. Der Gedanke an eine prozessuale Verfassung inspirierte vorliegend die Suche nach konkretisierenden Leitlinien, mit denen die Relativierung des *da mihi facta* ausgelotet werden kann, und führte zu folgenden Betrachtungsweisen:

ii) Erste Perspektive: Die Relativierung des *da mihi facta* (bzw. die limitierte materielle Prozessleitung) kollidiert potentiell mit Grundrechten der nicht profitierenden Partei – Art. 36 BV

405 Da, wie bereits im Kapitel 5 erläutert, jeder gerichtliche Entscheid im Zusammenhang mit der Prozessstoffsammlung aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Zivilprozesses stets simultan Auswirkungen auf die Positionen beider Prozessparteien zeitigt, ist die materielle Prozessleitung nicht einzig im hiervor dargestellten Kontext der Grundrechte der begünstigten Partei zu betrachten: Kann nun eine Partei in der Regel prozessuale Vorteile davontragen, wenn ihr Gegenüber seine Aufgaben bei der Prozessstoffbeschaffung unzureichend erfüllt, wird in einer gegebenen Prozesssituation eine der beiden kein Interesse daran haben, dass der Auftrag *da mihi facta* durch gerichtliche Eingriffe relativiert wird. Diese Partei wird stets darauf bedacht sein, dass das Gericht im Rahmen seiner materiellen Prozessleitung auch ihre Verfahrensgrundrechte respektiert.¹³⁰¹ Für das gerichtliche Handeln im Zivilverfahren gilt es somit dem Umstand besonders Rechnung zu tragen, dass dem Verfassungsrecht zweier Parteien nachzuleben ist.¹³⁰² Natürlich liegt es auch im Interesse der Allgemeinheit, dass die Gerichte Grundrechte wie das rechtliche Gehör, die Verfahrensfairness, das Gleichbehandlungsgebot und die richterliche Neutralität gegenüber allen Beteiligten wahren.

406 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass im Umgang mit kollidierenden Grundrechten dem Art. 36 BV eine besondere Bedeutung zukommt.¹³⁰³ Die darin enthaltenen Kriterien erhellen den Weg auf der Suche nach einer Konkordanz¹³⁰⁴

¹³⁰¹ Vgl. hierzu N. 352–353.

¹³⁰² Vgl. hierzu N. 353–355.

¹³⁰³ Vgl. hierzu N. 422 und N. 425.

¹³⁰⁴ Zur Herstellung *praktischer Konkordanz* zwischen Grundrechten vgl. z.B. BGE 129 I 173 E. 5.1 m.H.a. Konrad HESSE; auch auf HESSE verweisen z.B. HOFFMANN-RIEM, S. 494, und HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 319, Letztere zur Konkordanz: «Hier geht es darum, die Freiheit des einen, der von einer staatlichen Anordnung direkt betroffen ist, mit der Freiheit derjenigen, die durch die Anordnung geschützt werden sollen, in optimaler Weise miteinander in Einklang zu bringen.»; vgl. diesbez. auch z.B.:

zwischen den implizierten Grundrechtspositionen. Das ausführliche Argumentarium im später folgenden Unterkapitel III. soll zeigen, dass eine sinngemässe Orientierung an der Struktur und dem Prüfungsschema des traditionellen Kriterien-Quartetts¹³⁰⁵ dieser Bestimmung ebenso geeignet wie sinnstiftend ist, um am Scheitelpunkt der prozessualen Aufgaben zu einem fairen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen und den implizierten Schutzbedürfnissen zu finden. Ein erster Vorschlag ist somit, die Kriterien des Art. 5 BV anhand der Gedanken, die durch die Anwendung des Art. 36 BV leiten, weiter zu konkretisieren, um so der kontradiktorischen Situation im Zivilverfahren gebührend Rechnung zu tragen.

iii) **Zweite Perspektive: Die Relativierung des *da mihi facta* (bzw. die limitierte materielle Prozessleitung) als positive staatliche Leistung zur Verwirklichung der Verfahrensgrundrechte einer prozesstechnisch überforderten Partei – Art. 35 BV**

Daran anknüpfend, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung gelten, ist 407 in Art. 35 BV ein Grundrechtsverwirklichungsauftrag verankert.

Der *zweite Absatz* des Art. 35 BV enthält diesen Auftrag für den vertikalen Bereich, 408 also für das Verhältnis zwischen Staat und Privaten:¹³⁰⁶ Darin wird zunächst statuiert, dass jede Wahrnehmung staatlicher Aufgaben der Bindung an die Grundrechte untersteht. Darüber hinaus fordert die Bestimmung, dass bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben zur Verwirklichung der Grundrechte beigetragen wird. Nach Bernhard WALDMANNs Erläuterung bedingt diese Verfassungsbestimmung, dass Rahmenbedingungen geschaffen werden, die eine tatsächliche Inanspruchnahme grundrechtlich geschützter Rechte und Freiheiten ermöglichen. Mit anderen Worten ausgedrückt, braucht es eine *Verwirklichungsbeihilfe*¹³⁰⁷, die auch in staatliche *Leistungs- und Gewährleistungspflichten* münden kann. Als Beispiele hierfür zählt WALDMANN unter anderem Vorkehren auf, welche die Grundrechtsausübung

TSCHANNEN, § 4 N. 40 ff.; MARTIN C., S. 224 ff. und 277; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 144; EGLI P., S. 318. Vgl. auch den Hinweis bei RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 524, dass dieses für die Verfassungausslegung entwickelte Prinzip der praktischen Konkordanz im Grunde genommen für die ganze Rechtsordnung gilt, sowohl im Verhältnis von Normen innerhalb der Verfassung und von Gesetzen wie auch zwischen Normen verschiedener Erlasse gleicher oder unterschiedlicher Stufe.

¹³⁰⁵ Zu diesem Ausdruck vgl. die Erläuterungen von BIAGGINI, Art. 36 N. 1. In Bezug auf Art. 36 BV verwenden einige auch den Begriff «*Schränkenträgers*», vgl. z.B. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1194.

¹³⁰⁶ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 30; SCHEFER, Schutzpflichten, S. 1134.

¹³⁰⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 35 und 37 ff.

in besonderen Rechtsverhältnissen ermöglichen, oder auch die Vermittlung von Informationen, damit Verfahrensrechte wirksam in Anspruch genommen werden können.¹³⁰⁸

- 409 Der *dritte Absatz* von Art. 35 BV verpflichtet wiederum die Behörden, dafür zu sorgen, dass Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Dies führt zu sogenannten staatlichen *Schutzpflichten*, mithilfe derer grundrechtliche Ansprüche auch vor Eingriffen Dritter geschützt werden.¹³⁰⁹
- 410 Solche staatlichen Leistungs-, Gewährleistungs- und Schutzpflichten können allerdings in der Abwägung mit anderen Interessen unterliegen und gelten daher nicht absolut.¹³¹⁰ Auch steht dem Gesetzgeber in Bezug auf Art und Umfang solcher Verwirklichungsbeihilfen ein erheblicher Gestaltungsspielraum offen.¹³¹¹ Diese Punkte treffen, in Anbetracht der bisherigen Analysen, auch für die Konkretisierung der Verfahrensgrundrechte durch die Prozessleitung zu. Vorderhand lassen sich also auf diesem Weg keine Kriterien gewinnen, mit deren Hilfe sich Umfang und Grenzen der staatlichen Leistung, welche Gerichte mit der materiellen Prozessleitung erbringen, fassen lassen. Allerdings entwickelte die staatsrechtliche Lehre – insbesondere in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR – Kriterien für den Leistungsumfang im Bereich der eben erläuterten staatlichen Schutzpflichten nach Art. 35 Abs. 3 BV.¹³¹² Eine Orientierung an jener Prüfungsstruktur verlangt jedoch zunächst nach einer Analyse, ob das Gericht, das mittels materieller Prozessleitung eine notwendige Hilfestellung zugunsten einer überforderten Partei leistet, tatsächlich eine Schutzpflicht im Sinne dieses Absatzes einlöst.

III. Abwägung der existierenden Prüfungsschemen zu Art. 35 Abs. 3 und 36 BV

- 411 Mit Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BV sind zwei Prüfungsschemen mit materiellen Kriterien verbunden. Inwiefern sich das eine Schema mehr anbietet als das andere,

¹³⁰⁸ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 38.

¹³⁰⁹ MABILLARD, Gutachten, S. 31 und 33 f.; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 35 und 40 ff. Zur Unterscheidung zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und Leistungsansprüchen vgl. EGLI P., S. 158 f.

¹³¹⁰ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 39 und 51.

¹³¹¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 39 und 45; vgl. auch BIAGGINI, Art. 35 N. 7, 2. Spiegelstrich.

¹³¹² Vgl. die Darstellungen bei: PULVER, S. 58 ff.; MABILLARD, Gutachten, S. 37 ff.

um die Relativierung des *da mihi facta* respektive die Grenzen der materiellen Prozessleitung auszuloten, soll nachfolgend erörtert werden.

a. Darstellung von Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BV bezogen auf die Situation der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung

i) Art. 35 Abs. 3 BV

Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Diese Bestimmung verlangt somit, dass die entsprechenden Grundrechte in den Verhältnissen zwischen Privaten nicht unbeachtet bleiben.¹³¹³ 412

1. Verhältnis zwischen Privaten

Was dieses Verhältnis zwischen Privaten betrifft, gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass sich die Rechtsverhältnisse mit der Einleitung eines Gerichtsverfahrens vermehren: Hebt eine Partei das Verfahren an, so entsteht das im Kapitel 1 beschriebene Prozessrechtsverhältnis. In dieses werden zum einen die beiden prozesshierarchisch gleichgestellten Parteien und zum anderen die richtende Behörde eingebunden. Wie erläutert, entsteht dieses Dreiecksverhältnis *zusätzlich* zur strittigen Sachrechtsbeziehung.¹³¹⁴ Sodann muss der strittige Sachverhalt für seine gerichtliche Beurteilung in dieses Verfahrensverhältnis eingebracht werden: Mittels Behaupten, Bestreiten, Substantiieren und Beweisangeboten bringen die Parteien ihre Sachverhaltshypothesen in den Prozess ein.¹³¹⁵ Dabei sind es die Verfahrensgrundrechte, die garantieren, dass sich beide in fairer Weise beim Gericht Gehör verschaffen können.¹³¹⁶ Wie im Teil II ausführlich erläutert, kann es nun dort, wo eine Partei ihre *verfahrensrechtlichen* Einbringtätigkeiten im Hinblick auf die durch das *materielle ius* vorgegebene, komplette Sachverhaltshypothese ungenügend erfüllt, am Gericht liegen, diese Partei mittels materieller Prozessleitung zu unterstützen.¹³¹⁷ Aufgrund dieser Überlagerung der Rechtsverhältnisse und der damit einhergehenden Verflechtung des Sach- und des Verfahrensrechts 413

¹³¹³ SCHEFER, Schutzpflichten, S. 1134; PULVER, S. 55 ff., auch hingewiesen bei MABILLARD, Gutachten, S. 33.

¹³¹⁴ Zum Prozessrechtsverhältnis vgl. N. 23–24.

¹³¹⁵ Zum Einbringen durch die Parteien vgl. N. 154–186.

¹³¹⁶ Zu den Verfahrensgrundrechten vgl. insb. N. 511–512 sowie N. 401–404 und N. 377–378.

¹³¹⁷ Zu dieser Einordnung und Umschreibung der materiellen Prozessleitung vgl. insb. N. 326–331 i.V.m. N. 341–343.

beeinflusst die materielle Prozessleitung letztlich den autoritativen Sachentscheid, der Wirkung zwischen den beiden Parteien entfaltet. Trotzdem ist das Prozessrechtsverhältnis, im Rahmen dessen auf die Sachverhaltserstellung hingearbeitet wird, kein zivil-, sondern ein öffentlichrechtliches Dreiecksverhältnis.¹³¹⁸ In diesem Dreieck prägen die im Kontext der materiellen Prozessleitung stehenden Verfahrensgrundrechte wie das rechtliche Gehör oder auch die gerichtliche Unparteilichkeit die *Beziehung der richtenden Behörde zu den Parteien*. Mit Blick auf den Art. 35 Abs. 3 BV ausgedrückt bedeutet dies: *Die vorliegend relevanten Verfahrensgrundrechte realisieren sich weder unmittelbar in der strittigen Sachrechtsbeziehung, noch eignen sie sich, um im prozessrechtlichen Verhältnis eine Wirkung zwischen den beiden Parteien zu entfalten*. Es ist zu vermuten, dass verschiedene Vertreter der staatsrechtlichen Lehre diese Sichtweise teilen mögen, soweit sie den Verfahrensgrundrechten doch weitestgehend die Eignung für eine Wirksamkeit *zwischen den Privaten* absprechen.¹³¹⁹

2. Gefahrenquelle

- 414 Wo es eines behördlichen Schutzes bedarf, besteht mindestens eine Gefährdung. Aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 3 BV lässt sich die Quelle der Gefahr für die Grundrechte nur bedingt entnehmen. Literatur und Rechtsprechung scheinen grundsätzlich davon auszugehen, dass in dieser Konstellation ein Dritter die Grundrechtsgefährdung zu verantworten hat.¹³²⁰ Nach Bernhard WALDMANN kommen hierfür insbesondere Private sowie Träger fremder Hoheitsgewalt, aber auch die Natur infrage.¹³²¹ Auch wenn es ohne sie nicht zum kontradiktorischen Zivilprozess kommen kann, dürfte die Gegenpartei im Prozessrechtsverhältnis, die als Drittperson zum jeweils anderen Grundrechtsträger ausgemacht werden kann, kaum als (unmittelbare) Urheberin einer Verfahrensgrundrechtsgefährdung ins Auge zu fassen sein. Als externe Quelle lässt sich sodann der Gesetzgeber in Betracht ziehen, soweit dieser ein Verfahren geschaffen hat, das von den

¹³¹⁸ Vgl. hierzu N. 23–24.

¹³¹⁹ Vgl. z.B.: BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 63; SCHEFER, Schutzpflichten, S. 1136 FN. 41; TSCHANNEN, § 7 N. 68 m.H.a. den Schutzzweck.

¹³²⁰ Vgl. z.B.: MABILLARD, Gutachten, S. 33 f.; PULVER, S. 54 ff. und 58 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 40 ff.; SCHEFER, Schutzpflichten, S. 1134 und 1136 über andere Private; im BGE 119 Ia 28 E. 2 spricht das BGer vom «*comportement d'autres particuliers*»; im BGE 126 II 300 E. 5a verwendet es den Begriff *Dritte*.

¹³²¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 42; vgl. ausführlich zur Gefahrenquelle auch EGLI P., S. 286 ff.

Parteien nicht sinnvoll zu bewältigen ist.¹³²² Bereits in Anbetracht von Bernhard WALDMANNs Aufzählung wird indessen der innerstaatliche Gesetzgeber nicht als Dritter im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV zur Debatte stehen. Es liesse sich weiter argumentieren, dass die Gefährdung der Verfahrensgrundrechte bei der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung vor allem in der eigenen Überforderung einer Partei gründet, mit den verfahrenstechnischen Anforderungen an das rechtsgenügeliche Einbringen von relevantem Prozessstoff umzugehen. Grundsätzlich erachtet Bernhard WALDMANN zwar eine Schutzpflicht nach Art. 35 Abs. 3 BV auch für Grundrechtsbeeinträchtigungen als möglich, die vom Grundrechtsträger selbst ausgehen, wobei allerdings beim Urteilsfähigen dessen Recht auf Selbstbestimmung zu beachten sei.¹³²³ Die von ihm genannten Beispiele betreffen qualifizierte Schutzgüter, wie das Leben und die Unversehrtheit, und sind entsprechend extrem: nämlich Fälle wie Hungerstreik, Selbstverstümmelung und Suizid.¹³²⁴

3. Zwischenfazit: Übernahmeproblem im Rahmen von Art. 35 Abs. 3 BV

Die postulationsfähige Partei, welche über ihre unzureichenden Rechtskenntnisse stolpert, ist regelmässig urteilsfähig. Die ihr schädlichen Verfahrensfehler wird sie im Allgemeinen kaum bewusst oder gar beabsichtigt begehen. Wie weit für diesen Fall eine Selbstgefährdung für die eigenen Verfahrensgrundrechte angenommen werden kann, die eine staatliche Schutzpflicht nach dem dritten Absatz von Art. 35 BV auslöst, kann offenbleiben: Wie gesehen, fällt dieser Absatz für die materielle Prozessleitung bereits aufgrund dessen ausser Betracht, dass sich die Verfahrensgrundrechte bei der Sachverhaltserstellung im Zivilprozess nicht unmittelbar im Verhältnis zwischen den Privaten realisieren.¹³²⁵ 415

ii) Art. 36 BV

1. Materielle Prozessleitung als staatliche Leistung basierend auf Art. 35 Abs. 2 BV

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung bildet die *materielle Prozessleitung* 416 dennoch eine *staatliche Leistung*, die zur Verwirklichung und zum tatsächlichen Schutz der Grundrechte beiträgt. Diese Ansicht stützen die gezeigten Verbin-

¹³²² Zur Frage, ob das neue ordentliche Verfahren die Gefahr eines faktischen Anwaltszwangs birgt, vgl. N. 367–375.

¹³²³ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 42 und 54; vgl. auch EGLI P., S. 292 f., 338 und 343.

¹³²⁴ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 54.

¹³²⁵ Vgl. hierzu N. 413.

dungen, welche die Lehre von der Verfahrensfairness respektive von Treu und Glauben und dem rechtlichen Gehör zur gerichtlichen Fragepflicht zieht.¹³²⁶ Die Verwirklichungsbeihilfe, welche der Staat leistet, beruht indessen nicht auf dem dritten, sondern ist vielmehr der hiervor dargestellten Pflicht des *zweiten* Absatzes von Art. 35 BV zuzuordnen, entsprechend der die an die Grundrechte gebundenen Gerichte gehalten sind, zur Verwirklichung der (Verfahrens-)Grundrechte beizutragen.¹³²⁷

2. Grundrechtsbetroffenheit beider Parteien bei der materiellen Prozessleitung

- 417 Wie mit dem Beschrieb der Herausforderung der materiellen Prozessleitung im kontradiktorischen Zivilverfahren im Kapitel 5 gezeigt wurde, ist sowohl das Erbringen wie auch das Unterlassen dieser Verwirklichungsbeihilfe potentiell geeignet, Verfahrensgrundrechte einer der beiden Prozessparteien zu verletzen. So namentlich, wenn das Gericht bei der materiellen Prozessleitung parteilich vorgeht und gegen die Verfahrensfairness verstösst.¹³²⁸
- 418 Tatsächlich lassen sich die drei kumulativen Elemente, die den staatlichen Grundrechtseingriff ausmachen, auch bei der materiellen Prozessleitung erkennen:
- 419 Grundrechtsverpflichtungen sind von allen staatlichen Organen im Rahmen ihrer funktionellen Zuständigkeit einzulösen: Dementsprechend hat auch die Judikative bei ihrer hoheitlichen Rechtsprechungstätigkeit die Grundrechte der Parteien zu achten.¹³²⁹ Der Grundrechtseingriff setzt ein *staatliches Handeln*, je nach Situation bestehend in einem *Tun* oder *Unterlassen*, im Kontext staatlicher Aufgabenbesorgung voraus.¹³³⁰ Bei der staatlichen Rechtsprechungstätigkeit liegt ein solches Handeln sowohl bei der aktiven materiellen Prozessleitung als auch beim Ent-

¹³²⁶ Vgl. hierzu N. 378 m.w.H. Vgl. zudem den Hinweis von LOOSLI, S. 28, dass Art. 6 EMRK eine eigentliche *Leistungspflicht des Staats und seiner Justizorgane* statuiert, nämlich die Sicherstellung der Anhörung jedes Bürgers in einem billigen (gerechten) und zeitlich angemessen durchgeführten Verfahren.

¹³²⁷ Zu Art. 35 Abs. 2 BV vgl. N. 408.

¹³²⁸ Zur Herausforderung der materiellen Prozessleitung im kontradiktorischen Verfahren vgl. N. 352–355.

¹³²⁹ TSCHANNEN, § 7 N. 27 und 30 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 959, 2. Spiegelstrich, N. 985 und 988.

¹³³⁰ TSCHANNEN, § 7 N. 87, Punkt 1.

scheid gegen den Eingriff in den Prozessstoff vor.¹³³¹ Vorliegend wird von einem weiten Kommunikationsbegriff ausgegangen. Also von sehr diversen Möglichkeiten, mit denen das Gericht seine Einschätzung über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit von Einbringtätigkeiten kundtut,¹³³² die nicht allesamt den Erlass von prozessleitenden Verfügungen im Sinne von Art. 124 ZPO bedingen. Dem steht der Art. 36 BV jedoch nicht entgegen, wird im Rahmen jener Prüfung nämlich kein förmlicher Rechtsakt wie ein Erlass, ein Entscheid oder eine Verfügung vorausgesetzt: Ein staatlicher Eingriff kann vielmehr auch durch Realakte und durch Unterlassungen erfolgen.¹³³³

Des Weiteren ist der *Eintritt eines Effekts* zu prüfen – die Verkürzung eines grundrechtlich vermittelten Anspruchs.¹³³⁴ Sinngemäss auf die materielle Prozessleitung übertragen, wird damit der Effekt auf die Verfahrensgrundrechte thematisiert, die mit einer Entlastung von der rechtssprichwörtlich exklusiv den Parteien zugeordneten Aufgabe *da mihi facta* einhergeht. Aufgrund dessen, dass im Rahmen der Prozessleitung den Verfahrensgrundrechten beider Parteien nachzuleben ist, gilt es, auch den negativen Effekt eines strikten Festhaltens an *da mihi facta* auf die Verfahrensgrundrechte der überforderten Partei zu berücksichtigen. 420

Schliesslich muss zur Bejahung eines relevanten Eingriffs der *verkürzende Effekt* auch dem *Staat zugerechnet* werden können.¹³³⁵ Dies darf bei der materiellen Prozessleitung, die den Trägern der staatlichen Justizhoheit obliegt, ohne Weiteres als gegeben erachtet werden. 421

¹³³¹ Vgl. auch den Hinweis von GULDENER, ZPR, S. 2 f., wonach die Tätigkeit des Gerichts dem Staat zugerechnet wird.

¹³³² Vgl. hierzu N. 344–346.

¹³³³ Zu verschiedenen möglichen Eingriffsformen vgl. z.B.: BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 15 und 17; SCHEFER, Dogmatik, S. 32 und S. 38 ff.; SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 34 und 40 ff.; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 2; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1186 ff.; BIAGGINI, Art. 36 N. 5.

¹³³⁴ TSCHANNEN, § 7 N. 84 und 87, Punkt 2; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 16 ff.; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 2.

¹³³⁵ TSCHANNEN, § 7 N. 87, Punkt 3.

3. Fazit: Relativierung des *da mihi facta* bzw. die materielle Prozessleitung impliziert das Finden eines Ausgleichs zwischen den Verfahrensgrundrechten beider Parteien

3.1. Spannungsverhältnis bzw. potentielle verfahrensrechtliche Grundrechtskollision

422 Entsprechend des bisher Gesagten, kann das in das dreieckige Prozessrechtsverhältnis eingebundene Gericht mit einer übermässigen Hilfeleistung zugunsten einer prozesstechnisch überforderten Partei die Verfahrensgrundrechte der Gegenpartei beeinträchtigen. Umgekehrt gilt, dass sich die Verfahrensgrundrechte einer überforderten Partei zuweilen nicht verwirklichen, wenn das Gericht die Hilfestellung vorenthält. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht liegt diesem *dreieckigen Zivilprozessrechtsverhältnis* somit ein *mehrpoliges Rechtsverhältnis*¹³³⁶ zugrunde, in welchem die Verfahrensgrundrechte der Parteien in einem Spannungsverhältnis stehen¹³³⁷ und daher potentiell in einer Weise kollidieren können, wie es das Bundesgericht im BGE 140 I 201 beschrieben hat: «*Lorsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne [...]*»^{1338,1339} Der Umfang der positiven Leistungen respektive die Schranken der materiellen Prozessleitung werden also durch entgegenstehende Verfahrensgrundrechte der Gegenpartei mitdefiniert. Dabei geht es nicht um die Frage, ob die gerichtliche Neutralität relativiert werden kann.¹³⁴⁰ Vielmehr ist zu erörtern, wie gerichtliche Neutralität und Verfahrensfairness durch das gerichtliche Handeln in ein und demselben Prozess gegenüber beiden Parteien eingehalten werden können.¹³⁴¹ Sehr

¹³³⁶ Zum mehrpoligen Rechtsverhältnis vgl. HOFFMANN-RIEM, S. 492.

¹³³⁷ Vgl. auch die Hinweise in N. 427 über das Spannungsverhältnis zwischen der richterlichen Fragepflicht – einer Konkretisierung von Verfahrensgrundrechten (vgl. hierzu N. 403) – und der richterlichen Neutralität – ein Grundrechtsanspruch der Gegenpartei.

¹³³⁸ BGE 140 I 201 E. 6.6 m.H.a. die Lehre; identische Erwägung auch im BGE 142 I 195 E. 5.5. Von einer allenfalls engeren Definition der Grundrechtskollision ausgehend MARTIN C., S. 30 ff., 105 und 279, nach der eine Privatperson in Ausübung ihrer grundrechtlichen Freiheit die Grundrechtssphäre eines anderen Grundrechtsträgers beeinträchtigt.

¹³³⁹ Vgl. zudem den Hinweis von HOTTELIER, N. 35, dass sich insb. bei den Verfahrensgarantien Grundrechtskollisionen ergeben können.

¹³⁴⁰ Vgl. hierzu N. 799.

¹³⁴¹ Vgl. auch die Bemerkung von MABILLARD, Zukunft, S. 18 f., die sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht mit Blick auf beide Parteilagen lesen lässt: «*Schliesslich muss auch die materielle Prozessleitung – in welcher Ausgestaltung auch immer –*

ähnlich wie bei einer klassischen sachrechtlichen Grundrechtskollision führt somit kein Weg daran vorbei, nach einem angemessenen Ausgleich der Verfahrenspositionen beider Parteien respektive nach einer Art Konkordanz zu suchen.¹³⁴²

3.2. Art. 36 BV auch zum sinngemässen Ausloten der Relativierung des *da mihi facta*

Vermutlich würde nicht jeder und jede sogleich den Art. 36 BV beiziehen, um die Relativierung des *da mihi facta* auszuloten. Die Bestimmung wird primär mit den klassischen Abwehrgrundrechten gegen den Staat in Verbindung gebracht, auf die sie *zugeschnitten* ist.¹³⁴³ Tatsächlich aber ist die Regelung nicht nur in diesem Kontext bedeutsam:

3.2.1. Anwendbarkeit auch im prozessualen Grundrechtskontext

Nach verschiedenen Stimmen soll die Schrankenregelung der Bundesverfassung, ob nun integral oder in ihren einzelnen Teilen, nicht nur auf Abwehrgrundrechte,

als Konkretisierung der Verfahrensgarantien gelesen werden. Nur so ist sichergestellt, dass der Verfahrensanspruch auf ein faires Verfahren vor einem unparteiischen Gericht und auf rechtliches Gehör nicht ausgehöhlt wird.» (Hervorhebung zugefügt).

¹³⁴² Dass im Rahmen der materiellen Prozessleitung Fairnessaspekte in Ausgleich zu bringen sind, geht aus verschiedensten Ausführungen der Lehre hervor, vgl. z.B. den Hinweis bei MABILLARD, Zukunft, S. 19, wonach die materielle Prozessleitung in einem Spannungsfeld zwischen *richterlicher Unparteilichkeit* und *rechtlichem Gehör* steht, oder ASPRION STÖCKLIN, S. 125 f., wonach das Verbot der materiellen Rechtsverweigerung (Art. 9 BV) eine Ober- wie auch eine Untermasssschranke für die Ausübung der materiellen Prozessleitung darstellt: «Mindeststandard insoweit, als es dem Gericht vorschreibt, die materielle Prozessleitung immer dann auszuüben, wenn ansonsten die Ungleichbehandlung derjenigen Partei droht, die in den Genuss davon gekommen wäre. Maximalstandard umgekehrt, als die Ausübung der materiellen Prozessleitung nicht die eine Partei gegenüber der anderen bevorzugen darf.» (Hervorhebungen zugefügt), m.H.a. LIEBER, S. 168 f. und 182, der basierend auf dem Gebot von Treu und Glauben zum gleichen Schluss gelangte. Vgl. des Weiteren die zahlreichen Hinweise auf das Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Neutralität und Fragepflicht in FN. 1356 der vorliegenden Abhandlung.

¹³⁴³ Der Botschaft BV, S. 194 f. zu Art. 32, ist zu entnehmen, worauf die Bestimmung ursprünglich «*zugeschnitten*» war. Zum Hinweis, dass oft angenommen wird, die Schrankenregelung von Art. 36 BV sei primär auf Freiheits- bzw. Abwehrrechte *zugeschnitten* vgl. z.B.: E/S/SV-SCHWEIZER, Kommentar, Art. 36 N. 5 und 8; SCHEFER, Kerngehalte, S. 63; SCHEFER, Dogmatik, S. 9 f., und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 9; TSCHANNEN, § 7 N. 92; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 8; LIENHARD A. [a], S. 131; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 N. 28 und § 9 N. 7 und 148.

sondern auf sämtliche Grundrechte Anwendung finden oder zumindest auch bei der Prüfung anderer Einschränkungen durchscheinen.¹³⁴⁴ Was konkret die Verfahrensgrundrechtsdiskussion betrifft, wurde bereits bei der Sichtung des Kapitels über die Verfahrensgrundsätze angemerkt, dass der Gesetzgeber gewisse Aspekte, welche das rechtliche Gehör betreffen, Relativierungen unterzieht.¹³⁴⁵ Giovanni BIAGGINI setzt sich gerade in Bezug auf diesen Verfassungsanspruch für einen Beizug der in Art. 36 BV normierten Erfordernisse, gegebenenfalls in adaptierter Form, ein.¹³⁴⁶ Tatsächlich aber sehen generell verschiedene Autorinnen und Autoren Möglichkeiten, die Kriterien von Art. 36 BV heranzuziehen, soweit eine Einschränkung bei Verfahrensgrundrechten möglich ist.¹³⁴⁷ Die Bestimmung hat also auch im *prozessualen* Grundrechtskontext Bedeutung.

¹³⁴⁴ Zur Diskussion, ob Art. 36 BV nur auf Freiheitsrechte passt, und zur dogmatischen Begründung der Prüfung der Kriterien von Art. 36 BV generell in anderen Bereichen vgl. z.B.: BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 8 ff., für eine Anwendbarkeit für *alle Grundrechte*, wobei zusätzlich den Besonderheiten des jeweiligen Grundrechts Rechnung zu tragen ist; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1191 f. zur Anwendbarkeit auf *alle Grundrechte* bereits nach dem Wortlaut; BIAGGINI, Art. 36 N. 4 gegen das *pauschale* Beiseiteschieben von Art. 36 BV; SCHEFER, Dogmatik, S. 9 f., und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 9 ff., wonach der Anwendungsbereich von Art. 36 BV für jeden der Absätze gesondert zu beurteilen ist; SCHEFER, Kerngehalte, S. 63 und 66 ff., wonach von einer materiellen Betrachtungsweise und nicht von einem technisch-formalistischen «*Vier-Punkte-Katalog*» bzw. von einem binären Verständnis (ein Alles oder Nichts) auszugehen ist; der genannte Autor bejaht die Anwendbarkeit auf alle Grundrechte, sowohl auf die Freiheitsrechte wie auf die Rechtsgleichheit, die Rechte prozessualer Fairness, die politischen Rechte und auf grundrechtliche Schutzpflichten, vgl. diesbez. zu SCHEFER auch N. 426; TSCHANNEN, § 7 N. 98, verneint eine integrale Anwendbarkeit, jedoch würden die Aspekte bei der Prüfung anderer Eingriffe durchscheinen.

¹³⁴⁵ Vgl. hierzu N. 402.

¹³⁴⁶ BIAGGINI, Art. 36 N. 4; wohl auch BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 42. A.M. scheinbar SARBACH R., N. 187 f. und 256, der für Einschränkungen des rechtlichen Gehörs auf Art. 5 BV verweist.

¹³⁴⁷ Vgl. z.B.: BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 12; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 7 (sinngemässe Anwendung des Art. 36 könne vertreten werden); KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 40 N. 28 und § 41 N. 51 (sinngemässe Anwendung), § 9 N. 10 (integrale Anwendung von Art. 36 BV auf Verfahrensgarantien nur ausnahmsweise tauglich) und § 9 N. 12 (weitere Anwendbarkeit von Art. 36 BV auf andere Grundrechte als Freiheitsrechte). Vgl. zudem den wichtigen Hinweis bei SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 10, dass auch Grundrechte, die nicht Freiheitsrechte darstellen, in Ausgleich zu bringen sind.

3.2.2. Kombination der beiden Perspektiven: Anwendbarkeit des Art. 36 BV auch bei staatlichen Grundrechtsverwirklichungsbeihilfen nach Art. 35 Abs. 2 BV, die mit Grundrechten Dritter kollidieren

Wurde eine Grundrechtskollision in einem bestimmten Kontext nicht durch den Gesetzgeber mittels einer normativen Harmonisierung der entgegengesetzten Interessen oder einer gesetzlichen Wertepriorisierung gelöst, obliegt es dem Gericht, zu überprüfen, ob ein strittiger Entscheid einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen implizierten Verfassungsgrundsätzen und Grundrechten schafft. Das Bundesgericht führte hierzu bereits aus: *«Pour parvenir, de façon rationnelle et transparente, à l'établissement d'un tel équilibre, le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux [...]»*^{1348,1349} 425

Wenn nun Art. 36 BV das Mittel zur Lösung von Grundrechtskollisionen bildet, erstaunt es doch wenig, dass die staatsrechtliche Lehre darauf hinweist, dass auch Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV, welche Grundrechte Dritter tangieren, nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig sind.¹³⁵⁰ Zur Schutzpflichthypothese wurde hiervor ausgeführt, dass aus dieser Warte betrachtet, die Gegenpartei im Zivilprozess eindeutig als Dritte zu qualifizieren ist.¹³⁵¹ All dies führt zunächst dazu, dass letztlich doch wieder die Kriterien des Art. 36 BV für das Erreichen eines Ausgleichs zwischen den Verfahrensgrundrechten verschiedener Träger beizuziehen sind, auch wenn bei der materiellen Prozessleitung von einer Schutzpflicht ausgegangen würde, für die der Art. 35 Abs. 3 BV von Belang ist. Die Auffassung, wie sie Markus SCHEFER vertritt, führt sogar unmittelbar zu ebendieser Bestimmung: SCHEFER lehnt nämlich ein *«binäres»* Verständnis, wonach Art. 36 BV nur in seiner Gesamtheit oder gar nicht angewendet wird, ab.¹³⁵² Vielmehr finde diese Bestimmung auf sämtliche Grundrechte Anwendung, 426

¹³⁴⁸ BGE 140 I 201 E. 6.7 (inkl. Wortzitat, Hervorhebungen zugefügt); ebenfalls in BGE 142 I 195 E. 5.6.

¹³⁴⁹ Vgl. auch HOTTELIER, N. 40 und 43 f.

¹³⁵⁰ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 51 und 53; vgl. auch den Hinweis bei PULVER, S. 59, Punkt c. und FN. 30, wenn durch Schutzmassnahmen Grundrechtsinteressen des Störers tangiert werden; ähnlich MATIN, S. 122; hierzu auch EGLI P., S. 310, 313 ff., 323 und 340; BIAGGINI, Art. 35 N. 7 m.H., dass der Grundrechtsverwirklichungsauftrag nicht von der Beachtung von Verfassungsnormen wie Art. 3, 5 oder 36 BV entbindet.

¹³⁵¹ Vgl. hierzu N. 414.

¹³⁵² SCHEFER, Kerngehalte, S. 62 ff.; vgl. auch SCHEFER, Dogmatik, S. 11, teilweise auch bei SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 11.

nicht nur auf Freiheitsrechte, auf die Rechtsgleichheit, die Rechte prozessualer Fairness und auf die politischen Rechte, sondern eben auch auf grundrechtliche Schutzpflichten. Dabei sollen die einzelnen Garantien des Art. 36 Abs. 1–3 BV, je nach infrage stehendem Grundrecht oder dem betroffenen Gehalt als Eingriffsverbot oder Schutzpflicht, eine spezifische Ausprägung annehmen können.¹³⁵³

- 427 Vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass die Kriterien des Art. 36 BV nicht weniger relevant sind, wenn eine staatliche Leistung auf die Pflicht zurückzuführen ist, die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen, also auf den *zweiten Absatz* des Art. 35 BV.¹³⁵⁴ Denn, wie die materielle Prozessleitung anschaulich zeigt, können auch solche staatlichen Leistungen zu Reibungen mit Grundrechten Dritter führen. Belegen lässt sich dies mit der gerichtlichen Fragepflicht, die nicht nur eng mit dem rechtlichen Gehör, der Verfahrensfairness und Treu und Glauben assoziiert wird,¹³⁵⁵ sondern bei der sowohl die juristische Lehre wie auch das Bundesgericht gleichzeitig ein *Spannungsverhältnis* zur gerichtlichen Unparteilichkeit sichten.¹³⁵⁶ Somit stellt sich die *Frage, wie weit das Gericht bei den materiellen Prozessleitungsleistungen gehen muss und darf, um nach Art. 35 Abs. 2 ZPO zur Verwirklichung der Verfahrensgrundrechte beizutragen, ohne dass Verfahrensgrundrechte Dritter, also der Gegenpartei, dem entgegenstehen*. Da der Art. 36 BV auch für die Verfahrensgrundrechte von Bedeutung ist,¹³⁵⁷ und überdies die Kriterien der gesetzlichen Grundlage, des Handelns im

¹³⁵³ SCHEFER, Kerngehalte, S. 66 ff. und insb. S. 70 f. zu Art. 36 BV in Bezug auf Schutzpflichten.

¹³⁵⁴ Vgl. auch den Hinweis von BIAGGINI, Art. 35 N. 7, dass der Grundrechtsverwirklichungsauftrag nicht von der Beachtung von Verfassungsnormen wie Art. 3, 5 oder 36 BV entbindet. Zum Grundrechtsverwirklichungsauftrag nach Art. 35 BV vgl. N. 407–410 der vorliegenden Abhandlung.

¹³⁵⁵ Vgl. hierzu N. 378.

¹³⁵⁶ Vgl. z.B. 4A_444/2013 E. 6.3.3; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 15; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 28 und 33; SIX, S. 89 und 105; PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 17; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 226; WILDHABER BOHNET, N. 72 f.; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.38; FELLMANN, Fragepflicht, S. 92; BK I-HURNI, Art. 56 N. 49; SARBACH R., N. 691; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.55; BÜTTEL, S. 21; STÜRNER, Aufklärung, N. 27 wie auch bereits N. 19; vgl. auch TSCHUDI, S. 38. SCHUMACHER PE., S. 382, über zwei *irgendwie konträre Funktionen* des Richters: ein unparteiischer, ungebundener, distanzierter Entscheidungsträger zum einen und aktiver, helfender Verfahrensleiter andererseits. Vgl. zudem die Ansicht von HABERBECK, S. 181 f., dass es sich nur um einen scheinbaren Widerspruch handelt. Des Weiteren MABILLARD, Zukunft, S. 19, zum Spannungsfeld zwischen Unparteilichkeit und rechtlichem Gehör.

¹³⁵⁷ Vgl. hierzu N. 424.

öffentlichen Interesse wie auch das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 BV ganz allgemein zu den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns gehören, steht nach der vorliegend vertretenen Ansicht einer zumindest sinngemässen Orientierung an dieser Prüfungsstruktur nichts entgegen, um so zu einem fairen Ausgleich zwischen den implizierten Verfahrensgrundrechten zu gelangen.

3.2.3. Konstellation des Art. 36 BV und die vorliegende Relativierung des *da mihi facta* – Parömie steht stellvertretend für die Grundrechtsposition der Gegenpartei

Mit der gerichtlichen Kommunikation im Rahmen der materiellen Prozessleitung profitiert *ex ante* betrachtet diejenige Partei, die gemäss Lastenverteilung eine neue Chance erhält, ihre Sachverhaltshypothese doch noch rechtsgenügend einzubringen. Die andere Partei hat demgegenüber das Interesse, dass gerade keine Relativierung des *da mihi facta* stattfindet: Wäre ein staatlicher Eingriff in den Prozessstoff unzulässig, könnte sie sich in der Regel darauf verlassen, dass ihr aus der ungenügenden Erfüllung der Lasten ihrer Gegenpartei prozessuale Vorteile zufallen.¹³⁵⁸ Aus ihrer Sicht stellen sich namentlich Fragen bezüglich der *gerichtlichen Neutralität* sowie des *Gleichbehandlungsgebots* – beides Aspekte mit elementar grundrechtlichem Gehalt. *Bei Prozessen, in denen einzig die persönlichen Interessen der Parteien impliziert sind, steht somit das Festhalten an da mihi facta quasi stellvertretend für den Schutz der Grundrechtsposition der ex ante betrachteten von der konkreten Prozessleitungsleistung nicht profitierenden Gegenpartei.* Diesen Gegenpol gilt es, mit den hiervor beschriebenen, im Spannungsverhältnis stehenden Grundrechten der an einer materiellen Prozessleitungshandlung interessierten Partei¹³⁵⁹ in Ausgleich zu bringen und somit bei der Relativierung des *da mihi facta* zu berücksichtigen. Auf die genaue Interessenkonstellation wird später eingegangen.¹³⁶⁰ Wie vor diesem Hintergrund die Prüfungsstruktur des Art. 36 BV in die vorliegenden Analysen einzubeziehen ist, wird im nachfolgenden Fazit erläutert.¹³⁶¹ Die sinngemässe Übertragung der einzelnen Kriterien auf die Relativierung des *da mihi facta* wird im Kapitel 7 im Detail beschrieben.¹³⁶²

¹³⁵⁸ Vgl. hierzu N. 352.

¹³⁵⁹ Zu diesen Grundrechten vgl. N. 378 m.w.H. N. 403.

¹³⁶⁰ Vgl. hierzu N. 479–483.

¹³⁶¹ Vgl. hierzu N. 440–444.

¹³⁶² Zum Analyseumfang vgl. N. 447–449; zu den einzelnen Kriterien vgl. N. 450–451 (gesetzliche Grundlage), N. 470–483 (öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter), N. 579–583 (Verhältnismässigkeit) und N. 792–793 (Kerngehalt).

b. Würdigung und Vergleich der Prüfungskriterien zur Schaffung eines Ausgleichs

i) Parallelen zwischen den Kriterien des Art. 36 BV und VON GÖNNERS Relativierung der reinen Prozessmaximen

- 429 Bislang wurde bei der Suche nach Kriterien für die Relativierung des *da mihi facta* auf die geltende Rechtsordnung abgestellt. Bereits bei der Beschreibung der Prozessmaximen als Regeln über die Verantwortungszuteilung für den Prozessstoff wurden im Kapitel 3 aber auch die historischen Grundlagen dieser Maximen berücksichtigt. An dieser Stelle nun, wo es um die Relativierung des *da mihi facta*, und somit auch der reinen Verhandlungsmaxime, geht, sollen erneut die relativierenden Worte von Niklaus Thaddäus VON GÖNNER aufgegriffen werden: *«Man darf sich indessen nicht wundern, wenn man einem jeden Prozesse, der auf eine dieser beiden Maximen berechnet ist, Grundsätze beygemischt sieht, welche der anderen Maxime zukommen [...]; denn der Prozeß ist immer ein sehr zusammengesetzter Gegenstand, und bei ihm treten in vielen Fällen so verschiedene Rücksichten ein, daß nach dem obersten Gesetze, der Zweckgemäßheit öfters nothwendig wird, die Bestimmungen nach einer oder der anderen Rücksicht zu machen.»*¹³⁶³ Hiermit brachte der Schöpfer der Maximen bereits vor über 200 Jahren zum Ausdruck, dass auch er für die Praxis nicht von einer reinen Umsetzung seiner Prozessmaximen ausgeht.
- 430 Im Sinne eines Gedankenspiels lassen sich diese Worte des Urhebers der Prozessmaximen aus dem Jahr 1804 den heutigen Art. 5 und 36 BV¹³⁶⁴ gegenüberstellen. Die nachfolgend dargestellte vergleichende Lektüre zwischen den beiden Quellen fördert die interessante Erkenntnis zutage, dass die Kriterien des geltenden Verfassungsrechts der Schweiz in gewisser Weise auch in jenem historischen Lehrbuch zum Prozessrecht durchschimmern:
- 431 Der Art. 36 Abs. 1 BV verlangt im Grundrechtskontext für Relativierungen grundsätzlich nach einer gesetzlichen Grundlage. Diese prüft das Bundesgericht auch im Rahmen von Grundrechtskollisionen¹³⁶⁵ und sie wird im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV ganz generell für das staatliche Handeln verlangt. In eine ebensolche

¹³⁶³ VON GÖNNER, S. 192 f.; vgl. dieses Zitat auch bereits in N. 207.

¹³⁶⁴ Der Verfassungstext von 1874, d.h. 70 Jahre jünger als VON GÖNNERS Handbuch, enthielt keine dem heutigen Art. 36 BV entsprechende Bestimmung, vgl. diesbez. BIAGGINI, Art. 36 N. 1; SCHEFER, Dogmatik, S. 1 FN. 3, zudem aber dessen Hinweis S. 6 f., dass die Garantien von Art. 36 BV Gehalt der Grundrechte sind.

¹³⁶⁵ BGE 140 I 201 E. 6.7.1; BGE 142 I 195 E. 5.7.

Richtung könnte auch VON GÖNNERS Passage zur Relativierung der Maximen, und somit auch des *da mihi facta*, aufgefasst werden, wenn dieser davon spricht, dass «Bestimmungen *nach der einen oder der anderen Rücksicht zu machen*»¹³⁶⁶ sind. So dürften sich beide Quellen als Hinweis interpretieren lassen, dass Möglichkeiten, um bestimmte Grundsätze beziehungsweise Grundrechte zu relativieren, in Rechtsnormen vorzusehen sind.

Absatz 2 des Art. 36 BV verlangt zudem eine Rechtfertigung anhand öffentlicher Interessen oder bedingt durch den Schutz von Grundrechten Dritter. Ähnliches wird von Art. 5 Abs. 2 BV gefordert. Bei VON GÖNNER lässt sich eine solche Abwägung mit anderen Interessen aus den «*so verschiedenen Rücksichten*»¹³⁶⁷, denen Rechnung zu tragen ist, entnehmen.

Auch VON GÖNNERS Hinweis auf das «*oberste[...] Gesetz[...], der Zweckgemässheit*»¹³⁶⁸, das es zu beachten gilt, ist der Bundesverfassung keineswegs fremd: Im Rahmen von Art. 36 Abs. 3 BV werden die Gebote der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des staatlichen Eingriffs zur Zweckerreichung geprüft und die Angemessenheit des Eingriffs gewürdigt. Sowohl für die Relativierung der Maximen als auch im Grundrechtskontext sind somit Verhältnismässigkeitsüberlegungen von zentraler Bedeutung. Dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz denn auch tatsächlich zu den *obersten Gesetzen* gehört, beweist der Art. 5 Abs. 2 BV, der dieses Gebot zu einem der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns erklärt.

Schliesslich kann die in der Bundesverfassung im Art. 36 Abs. 4 vorgesehene Kerngehaltsdiskussion insofern bei VON GÖNNER gesichtet werden, als dieser lediglich von einer Beimischung des anderen Grundsatzes in einen Prozess, der «*auf eine dieser beiden Maximen berechnet ist*»¹³⁶⁹, ausgeht. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht bringen damit beide Texte zum Ausdruck, dass das Grundrecht wie auch die Maxime, respektive das *da mihi facta*, als einzuhaltende Grundsätze zu werten sind; Relativierungen sollen diese nicht sinnentleeren respektive komplett ins Gegenteil verkehren.

¹³⁶⁶ VON GÖNNER, S. 193 (Hervorhebung zugefügt).

¹³⁶⁷ VON GÖNNER, S. 193 (Hervorhebung zugefügt).

¹³⁶⁸ VON GÖNNER, S. 193 (Hervorhebung zugefügt).

¹³⁶⁹ VON GÖNNER, S. 192.

ii) Parallelen zwischen den Kriterien des Art. 36 und des Art. 35 Abs. 3 BV

435 Ähnlich wie eine Beeinträchtigung von Grundrechten nicht voraussetzungslos möglich ist, entstehen umgekehrt staatliche Schutzpflichten nach Art. 35 Abs. 3 BV nicht bedingungslos: Wie erwähnt, hat die staatsrechtliche Lehre Kriterien zusammengetragen, die zu einem individualrechtlichen Anspruch auf staatlichen Schutz im Fall einer Grundrechtsgefährdung oder -verletzung durch Dritte führen können: Neben dem Vorliegen einer Beeinträchtigung oder Gefährdung eines Grundrechts einerseits und der Verfügbarkeit von geeigneten staatlichen Schutzmassnahmen andererseits sind mit Art. 35 Abs. 3 BV weitere Voraussetzungen verbunden, die dem Art. 36 BV nicht fremd sind.¹³⁷⁰ So bedingt die staatliche Schutzpflicht ebenfalls vorab eine Interessenabwägung sowohl mit kollidierenden Rechten von Dritten als auch mit den Interessen der Öffentlichkeit. Des Weiteren ist hier ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen: Das heisst, auch diese staatliche Massnahme muss im Lichte der betroffenen Grundrechte geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹³⁷¹ Wie erwähnt, führt insbesondere der Umstand, dass die materielle Prozessleitung potentiell die Verfahrensgrundrechte der Gegenpartei tangieren kann, dazu, dass selbst bei der Annahme einer Schutzpflicht im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV die Voraussetzungen nach Art. 36 BV zu prüfen wären.¹³⁷² Eine zusätzliche, sinngemässe Übernahme jener Kriterien erübrigt sich indes, da die für die materielle Prozessleitung relevanten Fragestellungen auch im Rahmen der nachfolgenden, sinngemässen Orientierung an den Kriterien von Art. 36 BV berücksichtigt werden können.

¹³⁷⁰ Vgl. auch PULVER, S. 59 über Ähnlichkeiten der Prüfungsstrukturen von Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BV.

¹³⁷¹ Für die Prüfungsstruktur des Art. 35 Abs. 3 BV vgl.: PULVER, S. 59 f., m.H.a. die Arbeiten von EGLI P., S. 283 ff., LIENHARD A. [a], S. 125 ff. (vgl. insb. S. 128 f.), und die Strassburger Rechtsprechung; dargestellt auch bei MABILLARD, Gutachten, S. 38 ff.

¹³⁷² Vgl. hierzu N. 426.

IV. Fazit

a. Art. 36 BV vermag die Herausforderungen im dreieckigen, öffentlichrechtlichen Prozessrechtsverhältnis widerzuspiegeln

Ausgehend von den beiden Feststellungen, dass das Kapitel über die Verfahrensgrundsätze der Zivilprozessordnung als eine Art prozessuale Verfassung gelesen werden kann¹³⁷³ und dass sich die Verfahrensteilnehmer in einem dreiseitigen Prozessrechtsverhältnis wiederfinden, führte die Suche nach maximen- und verfahrensübergreifenden Kriterien, mit deren Hilfe sich die Relativierung des *da mihi facta* ausloten lässt, zu Art. 5 BV und dessen weitergehenden Konkretisierung anhand der Prüfungsstruktur des Art. 36 BV. Obschon die Parömie selbst zwar kein Verfassungsrecht darstellt, lassen sich, wie aufgezeigt, sowohl mit dem *da mihi facta* als auch mit der Relativierung dieser Aufgabe unmittelbare Bezüge zu verschiedenen Verfahrensgrundrechten herstellen:¹³⁷⁴ So sind namentlich Gehörs- und Fairnessansprüche geeignet, das Gericht zu Unterstützungshandlungen zu bewegen, um im Fall entschuldbarer Mängel beim Einbringen der Sachverhaltshypothesen in den Prozess Abhilfe zu leisten. Dergestalt lässt sich die materielle Prozessleitung als eine positive Leistung des Staats auffassen, die auf Art. 35 Abs. 2 BV gründet.¹³⁷⁵ Einem Übermass an gerichtlicher Unterstützung stehen wiederum allen voran der grundrechtlich geschützte Fairness- und der Neutralitätsanspruch der Gegenpartei entgegen.¹³⁷⁶ Mit der Sachverhaltserstellung im Zivilprozess ist somit auch die Herstellung eines fairen Ausgleichs zwischen den verfahrensrechtlichen Grundrechtspositionen beider Parteien verbunden. Eine Aufgabe, die nach der vorliegend vertretenen Ansicht mit einer sinngemässen Orientierung an der Struktur und den Gedankengängen hinter Art. 36 BV angegangen werden kann.

Sehr ausführlich mit den Kriterien des Art. 36 BV auseinandergesetzt hat sich namentlich Markus SCHEFER. Seinen grundrechtlichen Abhandlungen ist zu entnehmen, dass die Kriterien der gesetzlichen Grundlage, des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit – welche SCHEFER auch als «*Gerechtigkeitsto-*

¹³⁷³ Vgl. hierzu N. 401–404.

¹³⁷⁴ Vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 ZPO N. 2, die das *rechtliche Gehör* auch als *Gegenstück* zur Verhandlungsmaxime bezeichnen. Dass sich jedoch die Parteitätigkeiten – das Behaupten, Bestreiten, Detaillieren und Beweisanbieten –, die vom Gericht «gehört» werden, nicht auf den Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime beschränken, zeigten bereits die N. 218–220 der vorliegenden Abhandlung.

¹³⁷⁵ Vgl. hierzu N. 416.

¹³⁷⁶ Zur Darstellung der Interessenkonstellation vgl. N. 479–483.

poi» bezeichnet – «dort von ganz besonderer Bedeutung [sind], wo der Einzelne in erhöhtem Masse verletzlich erscheint [...]»¹³⁷⁷. Dies trifft nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch für den Lebensbereich zu, der sich vor den Rechtspflegeinstanzen abspielt: Der Einzelne zeigt sich hier bereits insofern verletzlich, als er sich im Vertrauen in das rechtsstaatliche Handeln der Behörden spätestens am Ende des Instanzenzugs dem richterlichen Urteil fügen müssen, ohne vorab zu wissen, wie weit dieses für ihn positiv oder negativ ausfallen wird.¹³⁷⁸

438 In der Diktion von SCHEFER verankern die drei eben genannten Kriterien *«jene prozessualen und materiellen Garantien, welche sich in der bisherigen Erfahrung als unaufgebbare Aspekte eines gerechten Gemeinwesens herauskristallisiert haben»*¹³⁷⁹. Deren Zusammenspiel bringt *«erhärtete materielle, verfahrensrechtliche und organisatorische Anforderungen eines angemessenen Ausgleichs»*¹³⁸⁰. Gerade nach einem solchen Ausgleich ist auch im Rahmen der Aufgabenteilung zwischen Parteien und Gericht im Bereich der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung zu suchen: Einem Ort, an dem nicht einzig Verfahrens- und Sachrecht sowie Tat- und Rechtsfragen, sondern über all dies hinaus eben auch die grundrechtlichen Interessen der beiden Prozessparteien zusammentreffen. Das Gericht sieht sich somit vor die Herausforderung gestellt, nicht nur in seinem Schlussurteil materielle (Grund-)Rechte in Einklang zu bringen, sondern während des ganzen Prozesses ebenso auch die verfahrensrechtlichen Grundrechtspositionen beider Parteien in harmonischer Weise zu verwirklichen.

439 In diesem Spannungsfeld hat sich der Gesetzgeber mit Art. 55 Abs. 1 ZPO im Grundsatz für *da mihi facta* entschieden. Eine Orientierung an der Struktur und der Prüfung des Art. 36 BV zur Konkretisierung der Kriterien im Art. 5 BV stellt nun sicher, dass es nicht zum leichtfertigen Einbruch, sondern zu einer ausgewogenen Relativierung dieses Grundsatzentscheids kommt. Dabei soll es sich vorliegend

¹³⁷⁷ SCHEFER, Dogmatik, S. 2, und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 2, über die Bedeutung von Art. 36 BV im grundrechtlichen Kontext.

¹³⁷⁸ Die Verletzlichkeit des Einzelnen und die Bedeutung der Verfahrensgrundrechte zeichnet sich auch im Hinweis von TINNER, S. 310 f., ab: *«Einen falschen Entscheid mag der Betroffene allenfalls als ungerecht ertragen. Als Kränkung, als eine Verletzung seines Anspruches auf persönliche Geltung empfindet er aber ein zu seinen Ungunsten endigendes Verfahren, das ihn zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht hat.»* Diese Passage illustriert nach der vorliegend vertretenen Ansicht, dass mit einem Verfahren auch sehr Bedeutsames verbunden ist, das der gestellte Rechtsschutzantrag für sich nicht widerspiegelt.

¹³⁷⁹ SCHEFER, Dogmatik, S. 1 f., und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 2.

¹³⁸⁰ SCHEFER, Dogmatik, S. 1, und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 2.

um eine Prüfung handeln, die sich ausdrücklich *sinngemäss* an den mit Art. 36 BV verbundenen Gedankengängen orientiert: Es gilt, wie bei den unterschiedlichen Grundrechten, auf die der Art. 36 BV angewendet wird, ohnehin¹³⁸¹ und ebenso bei Analogien¹³⁸², den spezifischen Eigenheiten des Anwendungsbereichs Rechnung zu tragen. So soll nachfolgend erläutert werden, wie der Einbezug der Prüfungsstruktur vorliegend genau gedacht ist. Zudem hat sich das siebte und letzte Kapitel der vorliegenden Abhandlung dann im Detail mit der Frage zu beschäftigen, wie die vier Prüfungskriterien des Art. 36 BV für die Thematik der materiellen Prozessleitung zu verstehen sind.

b. Sinngemässe Orientierung an den mit Art. 36 BV verbundenen Gedankengängen zur Konkretisierung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) bei der materiellen Prozessleitung

Nach Art. 5 BV bildet das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. 440
Dieses Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben und sowohl Bund wie Kantone beachten das Völkerrecht. Diese Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns sind nicht nur von Bedeutung, wenn eine einzelne Bürgerin oder eine Gruppe

¹³⁸¹ Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 13: «Festzuhalten bleibt damit im Ergebnis, dass Art. 36 grundsätzlich für alle Grundrechte gilt; jedoch muss zusätzlich zu den Vorgaben dieser Bestimmung den Besonderheiten des jeweiligen Grundrechts Rechnung getragen werden. Dies ist aber freilich nicht nur bei Gleichheitsrechten, Sozial- bzw. Leistungsrechten und Verfahrensgarantien der Fall, sondern gilt bei allen Grundrechten, ist doch Art. 36 nicht abschliessend [...]» (Hervorhebungen im Original anders); vgl. zudem den BGE 140 I 201 E. 6.7 und BGE 142 I 195 E. 5.6 zur Grundrechtskollision: «Pour parvenir, de façon rationnelle et transparente, à l'établissement d'un tel équilibre, le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux [...]» (Hervorhebung weggelassen); zur Konkretisierung/Differenzierung von Art. 36 BV je nach Grundrecht vgl. des Weiteren z.B.: SCHEFER, Dogmatik, S. 12 ff.; SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 12 f.; BIAGGINI, Art. 36 N. 4.

¹³⁸² Vgl. den Hinweis von STEINAUER, N. 162 zur Analogie im Privatrecht: «Cela signifie que, dans la transposition de ces règles, il est possible de tenir compte des particularités du domaine où la règle doit être mise en œuvre. Ce domaine n'est en effet qu'«analogue» au champ d'application de cette règle: il présente des points semblables et des points qui ne le sont pas. Savoir s'il faut ou non faire prévaloir les premiers sur les seconds est affaire d'appréciation dans le cas concret.» m.H.a. die Rechtsprechung.

von Bürgern mit dem Staat in Kontakt tritt – sie sind selbstverständlich auch im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens einzuhalten. Somit untersteht, wie bereits erwähnt, auch die materielle Prozessleitung diesen Grundsätzen.¹³⁸³

- 441 Vorliegendes Ziel ist es, maximen- und verfahrensübergreifende Kriterien zu finden, welche inhaltlich möglichst aussagekräftig sind, um die Relativierung des *da mihi facta* auszuloten und zu einer ausgewogenen Stufenfolge der materiellen Prozessleitung zu gelangen. In Anbetracht der Ergebnisse aus diesem Kapitel lassen sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Grundsätze des Art. 5 BV spezifisch für die materielle Prozessleitung durch die Gedankengänge, die mit der Anwendung des Art. 36 BV verbunden sind, weiter anreichern beziehungsweise konkretisieren¹³⁸⁴.
- 442 Wie gesehen, hebt die Lehre zuweilen hervor, dass das Prozessrecht *gelebtes Verfassungsrecht* darstellt.¹³⁸⁵ In der Prozesssituation an sich, und bei der Prozessstoffsammlung im Besonderen, sind die Grundrechtspositionen beider Parteien

¹³⁸³ Vgl. hierzu N. 404.

¹³⁸⁴ Auch wenn die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV keine verfassungsmässigen Rechte darstellen (vgl. BGE 136 I 241 E. 2.5 und 3.1), können sie selbstständig geltend gemacht werden, wenn die Verletzung von Bundesrecht (wie z.B. der eidg. ZPO) Thema ist, vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 5 N. 32; E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 16. Vorliegend geht es ausdrücklich um das materielle Kriterium an sich zur Auslotung der Relativierung des *da mihi facta* und nicht um die Frage, auf welche Bestimmung(en) eine konkrete Rüge abzustützen ist. Zum Kriterium ist festzustellen, dass verschiedene Autoren in Art. 36 BV eine *Konkretisierung/Präzisierung* des Art. 5 BV sehen, vgl. z.B. BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 42; TSCHANNEN, § 7 N. 98; gemäss RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1183, nimmt Art. 36 BV die in Art. 5 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns wieder auf und reichert sie an (ohne im Text näher auf die Normunterschiede einzugehen); BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 7, spricht von Art. 36 BV als *lex specialis* und nennt verschiedene Präzisierungen; ähnlich E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 8. Selbst im Grundrechtskontext werden die beiden Bestimmungen zuweilen auch zusammen erwähnt, vgl. die Klammern z.B. in BGE 126 I 112 E. 3a und BGE 140 I 201 E. 6.7.3 sowie zudem die verschiedenen Ansätze zur Beschränkung des Grundschulunterrichts, dargestellt im Urteil 2C_446/2010 E. 5.3. Dass für bestimmte Fragestellungen gerade der Blick auf den Art. 36 BV wertvoll ist, zeigt nach der vorliegend vertretenen Ansicht insbesondere auch die Feststellung von BIAGGINI, Art. 5, N. 21, wonach das Verhältnismässigkeitsprinzip als allgemeiner Verfassungsgrundsatz (Art. 5 BV) noch keine restlos klaren Konturen erlangt hat, man dürfe aber davon ausgehen, dass staatliches Handeln auch hier den drei Teilanforderungen der Zweckgeeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit zu genügen hat.

¹³⁸⁵ Vgl. hierzu N. 355.

betroffen.¹³⁸⁶ Das Gericht muss mit ein und demselben Prozessleitungsentscheid den gegensätzlichen Grundrechtsinteressen von mehreren, in die gleiche (Prozess-)Situation eingebundenen Parteien gerecht werden.¹³⁸⁷ Die explizite Berücksichtigung der Grundrechte Dritter in Art. 36 BV zeigt an, dass anhand der mit dieser Bestimmung verbundenen Überlegungen gerade auch dem in der kontradiktorischen Prozesssituation anzustrebenden Ausgleich zwischen den Interessen zweier Parteien besonders Rechnung getragen werden kann. Der Art. 36 BV leitet somit durch die für die materielle Prozessleitung wichtigen Gedankengänge. So ergibt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht Sinn, im dreieckigen Prozessverhältnis die drei Kriterien der gesetzlichen Grundlage, des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit mit Blick auf den Art. 36 BV sinngemäss zu konkretisieren. Wie das nachfolgende Kapitel 7 belegt, lassen sich die wichtigen Diskussionsthemen rund um den gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff systematisch sinnvoll darin einbetten. Die von Art. 5 BV in seinen Absätzen 3 und 4 explizit ausgesprochene Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben und des Völkerrechts – hier namentlich von Art. 6 EMRK – kann denn auch bei der Verwendung des Art. 36 BV als Strukturgeber an geeigneter Stelle mitbehandelt werden.¹³⁸⁸

Dass das Prüfschema des Art. 36 BV als Strukturgeber verwendet wird, hat seinen 443 Grund auch darin, dass nur dieser Bestimmung sämtliche Elemente zu entnehmen sind, die sich in der hiervor zitierten Passage über die Relativierung der Prozessmaximen von Niklaus Thaddäus von GÖNNER finden lassen. Der Vergleich beider Texte zeigt, dass der Urheber der Prozessmaximen sich hierbei von sehr ähnlichen Aspekten leiten liess, wie sie die schweizerischen Gerichte heute bei der Beurteilung von grundrechtlichen Problematiken zu prüfen haben.¹³⁸⁹ Neben der Verhältnismässigkeitsprüfung stellt gerade die zusätzliche Besinnung auf den

¹³⁸⁶ Vgl. hierzu N. 405–406, N. 422 und N. 436 sowie die Darstellung der Interessenkonstellation in N. 479–483.

¹³⁸⁷ Vgl. auch die nicht spezifisch auf den vorliegenden Kontext bezogene Bemerkung von BIAGGINI, Art. 5 N. 17, wonach sich aufgrund der Vielfalt und der Gegenläufigkeit der legitimen öffentlichen Interessen fast zwangsläufig Kollisionen ergeben, wobei sich Art. 5 Abs. 1 BV nicht über den Umgang mit solchen ausspricht – Praxis und Lehre wendeten die Methode der Interessenabwägung an. Vgl. auch die Hinweise auf Art. 36 BV als *lex specialis* zu Art. 5 BV im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1384.

¹³⁸⁸ Zu Treu und Glauben vgl. N. 530–575 und 716–732; zur Verfahrensfairness gegenüber der Gegenpartei (Art. 29 BV und Art. 6 EMRK) vgl. N. 746–791.

¹³⁸⁹ Vgl. hierzu N. 429–434.

Kerngehalt¹³⁹⁰ sicher, dass eine Relativierung nicht in die vollständige Auflösung des *da mihi facta* umschlägt.¹³⁹¹ Dieser Aspekt würde beim alleinigen Abstützen auf den Art. 5 BV fehlen. Obschon inhaltlich von grosser Bedeutung, darf allerdings das zusätzliche Gewicht des Kerngehalts selbst bei einer Grundrechtsprüfung insofern nicht überschätzt werden, als für den Fall, dass dieser tangiert ist, doch regelmässig auch die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs verneint werden muss.¹³⁹² Darüber hinaus ist nicht gesichert, dass jedes Grundrecht tatsächlich über einen Kerngehalt verfügt.¹³⁹³ Beides könnte auch für die Relativierung des *da mihi facta* zutreffen. Und doch ist im grundrechtlichen Kontext, wie dies etwa Astrid EPINEY betont, nicht gleich von vornherein auszuschliessen, dass die mit Art. 36 Abs. 4 BV verbundene Wertentscheidung zum Zuge kommen könnte.¹³⁹⁴ Dies muss umso mehr für die vorliegende Thematik gelten, als bislang noch keine Analysen vorliegen, welche Elemente als Kerngehalt des *da mihi facta* in Betracht zu ziehen wären. Die eminente Wichtigkeit des potentiell vorhandenen Kerngehalts, die sich in seinem absoluten Schutz widerspiegelt,¹³⁹⁵ rechtfertigt es, ihm auch vorliegend gesondert Aufmerksamkeit zu schenken. Im Bestreben um eine umfassende *wissenschaftliche* Erörterung der Relativierung von *da mihi facta* wäre es schade, nicht sämtliche Anknüpfungspunkte aufzugreifen, welche die Kriterien des Art. 36 BV bieten. Selbst wenn letztlich der Schluss folgen müsste, dass der Kerngehalt von *da mihi facta* neben den Verhältnismässigkeitserwägungen keinen eigenständigen Gehalt mehr aufweist, oder wenn ein solcher gar nicht auszumachen wäre, muss dies nicht retrospektiv zum Wegfall von Art. 36 BV als Prüfungsschablone führen: Denn wie bereits gesehen, stellt diese Bestimmung nach

¹³⁹⁰ Vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1182 und 1194, dazu, dass die Kriterien der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts im Grunde genommen *Schranken* und nicht *Eingriffsvoraussetzungen* darstellen; zur «*Schrankschranke*» vgl. auch FN. 2507 der vorliegenden Abhandlung.

¹³⁹¹ Vgl. den Hinweis im grundrechtlichen Kontext von TSCHANNEN, § 7 N. 115, dass dem Kerngehaltsgedanken zumindest aus politisch-didaktischer Sicht grosse Bedeutung zukommt: Es werde das Bewusstsein dafür geschärft, dass es am Prinzip und der Substanz der einzelnen Freiheitsrechte nichts zu deuteln gibt.

¹³⁹² BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 61; Staatsrecht-GÄCHTER, § 30 N. 129; vgl. des Weiteren zur Bedeutung der Kerngehaltsgarantie z.B.: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 306; TSCHANNEN, § 7 N. 115; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1194; BIAGGINI, Art. 36 N. 24 und 26; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 45 m.H.a. viele weitere Meinungen.

¹³⁹³ BIAGGINI, Art. 36 N. 24.

¹³⁹⁴ BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 61.

¹³⁹⁵ Zum absoluten Schutz vgl. N. 792.

Markus SCHEFER *keine binäre Alles-oder-Nichts-Norm* dar.¹³⁹⁶ Dies bestätigt nur schon die wohl vielen bekannte Rechtsprechung zur Einschränkung der Gemeindeautonomie, bei der das Bundesgericht den Art. 36 BV ausserhalb des Grundrechtskatalogs angewandt hat.¹³⁹⁷

Nicht zuletzt bringt die sinngemässe Orientierung an der kombinatorischen Kriterienstruktur von Art. 36 BV Anhaltspunkte für die Bildung von Fallgruppen, wie sie der zu Beginn des vorliegenden Unterkapitels B. zitierte Autor Ernst FISCHLI bereits vor der eidgenössischen Prozessordnung als erarbeitenswert erachtete¹³⁹⁸: Denn die berühmte Systematik dieser Bestimmung hilft, die verschiedensten Ansichten – von den gewichtigen prozessleitenden Grundsätzen bis hin zu einer in der Literatur oder Rechtsprechung beinahe beiläufig erwähnten Prozessleitungsempfehlung – einzuordnen und bedeutende Zusammenhänge zu beleuchten. Nicht nur allfällige Ungereimtheiten in der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung lassen sich so leichter erkennen, sondern auch Fragen zu einem einzelnen gerichtlichen Eingriff möglichst systematisch, transparent und kohärent beantworten. Je zugänglicher und übersichtlicher das Zusammenspiel zwischen den Instrumenten und damit letztlich auch die Stufen der materiellen Prozessleitung erfasst werden können, umso mehr wird es gelingen, dass die Richterinnen und Richter ihre Kompetenzen in diesem für das gerechte Urteil in einem fair ausgestalteten Verfahren eminent wichtigen Bereich vollumfänglich ausschöpfen.¹³⁹⁹ 444

¹³⁹⁶ Vgl. hierzu N. 426.

¹³⁹⁷ BGE 129 I 290 E. 4.4; ein Abstützen auf Art. 5 BV wurde im betreffenden Entscheid nicht erörtert.

¹³⁹⁸ Vgl. hierzu N. 397–398.

¹³⁹⁹ Zur Forderung einer Ausschöpfung der richterlichen Kompetenzen vgl. N. 372–375 und N. 1032–1033.

Kapitel 7 Über die Relativierung des *da mihi facta* mithilfe der Kriterien des Art. 5 i.V.m. Art. 36 BV und die hieraus resultierende Stufenfolge der materiellen Prozessleitung (*de lege lata*)

445 Ausgangspunkt der vorliegenden Abhandlung bildet die Parömie *da mihi facta dabo tibi ius*, welche zu Beginn der Botschaft zur Zivilprozessordnung zitiert wird.¹⁴⁰⁰ Im Laufe der Analysen wurde die Abhängigkeit der Sachverhaltserstellung von *ius* aus verschiedenen Blickwinkeln herausgearbeitet¹⁴⁰¹ und hierauf basierend auf die Notwendigkeit der materiellen Prozessleitung gerade für das schweizerische Zivilprozesssystem hingewiesen¹⁴⁰². Mit dem vorliegenden Kapitel erfolgen die letzten Schritte ans Ziel der in der Einleitung aufgezeichneten Reise: Die Beschreibung der Gerichtspflichten im Rahmen der Prozessstoffsammlung nach dem vereinheitlichten Gesetz. Diesbezüglich wurde im letzten Kapitel festgehalten, dass der Umfang solcher positiven staatlichen Leistungen – respektive die Schranken der materiellen Prozessleitung – auch durch die dazu im Spannungsverhältnis stehenden Verfahrensgrundrechte der Gegenpartei mitdefiniert werden. Hierbei geht es nicht um die Frage, ob die richterliche Neutralität relativiert werden kann. Vielmehr ist zu erörtern, wie die Neutralität und die Verfahrensfairness durch das gerichtliche Handeln in ein und demselben Prozess gegenüber beiden Parteien eingehalten werden können. Ähnlich wie bei der klassischerweise sachrechtlichen Grundrechtskollision führt somit kein Weg daran vorbei, auch nach einem fairen Ausgleich zwischen den Verfahrenspositionen beider Parteien zu suchen.¹⁴⁰³ Im vorherigen Kapitel 6 wurde gezeigt, dass mithilfe einer sinngemässen Orientierung an der Prüfungsstruktur des Art. 36 BV und den damit verbundenen Gedankengängen die Kriterien des rechtsstaatlichen Handelns im Sinne von Art. 5 BV für die materielle Prozessleitung weiter konkretisiert werden können. Dieses Vorgehen soll in den nachfolgenden Unterkapiteln B. bis E. umgesetzt werden, um so die Grenzen einer Relativierung des *da mihi facta* auszuloten und damit den Umfang der vorliegend interessierenden, limitierten materiellen Prozessleitung abzustecken. Hierauf basierend wird im abschliessenden

¹⁴⁰⁰ Zur Vorgehensweise vgl. N 7–14.

¹⁴⁰¹ Vgl. hierzu insb. N. 63–66; N. 135–138, N. 235–240; N. 272 und N. 303–306; N. 341–343.

¹⁴⁰² Vgl. hierzu N. 372–375.

¹⁴⁰³ Vgl. hierzu N. 422.

Unterkapitel F. eine Stufenfolge der materiellen Prozessleitung unter den verschiedenen Ausprägungen der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen beschrieben. Dabei wird mit dem geltenden Recht gearbeitet.

Die vorliegend gewählte Methode soll Orientierungshilfen hervorbringen, welche den Gerichten bei der Auslegung von Rechtsbegriffen wie auch bei der Ausübung ihres Ermessens im Rahmen der Relativierung des *da mihi facta* nützlich sein können. Der Beizug des Art. 36 BV zu Art. 5 BV erfolgt dabei wie beschrieben sinngemäss: Das heisst, die Elemente werden in der Folge jeweils spezifisch im Hinblick auf die Thematik der Aufgabenteilung im Bereich der Sachverhalts-erstellung konkretisiert. Damit geschieht nichts Aussergewöhnliches, denn eine solche Konkretisierung ist auch bei der Beurteilung eines staatlichen Eingriffs in ein Grundrecht, also dem ureigenen Einsatzbereich von Art. 36 BV, notwendig.¹⁴⁰⁴ 446

A. Analyseumfang des vorliegenden Kapitels

Bereits im Kapitel 3 wurde der Fokus des vorliegenden dritten Teils erläutert: Hier soll das Augenmerk auf der Relativierung des *da mihi facta* im Sinne der limitierten materiellen Prozessleitung liegen.¹⁴⁰⁵ Dies, weil der gerichtliche Eingriff in den Prozessstoff dann besonders kritisch beobachtet wird, wenn es die Parteien sind, welche die originäre Verantwortung für den Prozessstoff innehaben. Demgegenüber erweist sich der Eingriff des Gerichts in den Prozessstoff im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime grundsätzlich als weniger problematisch, weil der Gesetzgeber hier dem Gericht eine weiterreichende Ermächtigung zur Sachverhaltsabklärung – vorliegend verstanden als umfassende materielle Prozessleitung – verleiht. Da aber verschiedene Aspekte der Rechtfertigungsprüfung die ganze Stufenfolge der materiellen Prozessleitung, also auch die Stufen mit umfassendsten Gerichts-kompetenzen, im Blick haben müssen, sind die intensiveren Ausprägungen der Untersuchungsmaxime, soweit nötig, bei der Konkretisierung der Prüfungsfaktoren mitzuberocksichtigen. Zur Vervollständigung der Stufenfolge werden die wichtigsten gerichtlichen Kompetenzerweiterungen auf dem Gebiet der umfassenden materiellen Prozessleitung in einem Exkurs dargestellt. 447

Wie bereits erläutert, bestehen im Geltungsbereich der hybriden sozialen Untersuchungsmaxime hohe Erwartungen in Bezug auf die Mitwirkung der Parteien. Zwar profitieren die Parteien vor erster Instanz mit dem Wegfall der Präklusions- 448

¹⁴⁰⁴ Vgl. auch das Fazit in N. 436–444.

¹⁴⁰⁵ Vgl. hierzu N. 262–265.

wirkung von einer Nebenwirkung der Untersuchungsmaxime. Durch das Betonen, dass die gerichtliche Abklärungstätigkeit bei der sozialen Untersuchungsmaxime nicht weiter greift, als sie notwendig ist, werden aber die Erwartungen an die Sorgfalt der Parteien klar ins Zentrum gerückt und dadurch die im Kapitel 3 erläuterten, bei der Untersuchungsmaxime in vermehrtem Mass bestehenden Kompensationsmöglichkeiten zwischen den prozessualen Einbringttätigkeiten¹⁴⁰⁶ erheblich eingeschränkt. Somit wird in solchen Belangen keine eigentlich originäre Gerichtsverantwortung für den Prozessstoff gelebt; vielmehr gleichen Rechtsprechung und Lehre die gerichtlichen Kompetenzen im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime einer lediglichen Relativierung des *da mihi facta* an, was der Leseart der Parömie entspricht, welche die limitierte materielle Prozessleitung im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime beschreibt. Wie bereits dargelegt, wird aus diesem Grund die Umsetzung der sozialen Untersuchungsmaxime vorliegend unter dem Titel Relativierung des *da mihi facta* mitbehandelt.¹⁴⁰⁷

- 449 Ziel ist eine Darstellung von maximen- und verfahrensübergreifenden Orientierungshilfen für Auslegungen und Ermessensentscheide im Bereich der materiellen Prozessleitung.¹⁴⁰⁸ Die Analyse jedes einzelnen Prozessleitungsinstituts hinsichtlich sämtlicher Aspekte der Art. 5 i.V.m. Art. 36 BV im Detail vorzunehmen, würde zu weit führen. Vorliegend wird daher grundsätzlich mit der materiellen Prozessleitung an sich gearbeitet und zur Veranschaulichung an geeigneten Stellen auf individuelle gerichtliche Tätigkeiten eingegangen.

B. Gesetzliche Grundlage

I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung

- 450 Das Recht, so bestimmt es der Art. 5 Abs. 1 BV, ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Dieser Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns erstreckt sich auch auf positive Leistungen des Staates.¹⁴⁰⁹ Wird die materielle Prozessleitung

¹⁴⁰⁶ Vgl. hierzu N. 224–226.

¹⁴⁰⁷ Vgl. hierzu N. 265.

¹⁴⁰⁸ Vgl. hierzu N. 396–398.

¹⁴⁰⁹ BSK BV-EPINEY, Art. 5 N. 40. E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 28 m.H.a. das *gesamte* Staatshandeln.

wie vorliegend als eine Art staatliche Leistung betrachtet,¹⁴¹⁰ muss sie somit eine gesetzliche Grundlage aufweisen. Eine solche verlangt auch der Art. 36 Abs. 1 BV, den das Bundesgericht bei Grundrechtskollisionen anwendet.¹⁴¹¹ Anhand der gesetzlichen Grundlage, die dem Gericht das nötige Handeln anzeigt, konkretisiert der Gesetzgeber somit auch den Ausgleich zwischen den (Grundrechts-) Positionen der beiden im kontradiktorischen Verfahren eingebundenen Parteien. Ausgedrückt mit der Diktion von Niklaus Thaddäus VON GÖNNER zur Relativierbarkeit von Prozessmaximen, wie sie hiervor zitiert wurde, ist in der heute geltenden Prozessordnung also nach «*Bestimmungen*» über gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff zu suchen, die der Gesetzgeber aufgestellt hat, um in Verfahren, die auf dem Grundsatz *da mihi facta* basieren, der «*anderen Rücksicht*» Rechnung zu tragen.¹⁴¹² Im Rahmen dieses ersten Erfordernisses ist im Sinne der Art. 5 und 36 BV nach dem generell-abstrakten Rechtssatz, dessen Normstufe und seiner Normdichte zu fragen.¹⁴¹³ Das heisst danach, wie die Norm, auf welcher das staatliche Handeln basiert, zustande gekommen und formuliert ist: Erforderlich ist ein gültiges Gesetz im materiellen¹⁴¹⁴, unter Umständen im formellen Sinn¹⁴¹⁵, das eine das staatliche Handeln legitimierende, generell-abstrakte Regelung mit ausreichendem Bestimmtheitsgrad¹⁴¹⁶ enthält.¹⁴¹⁷

Dieses auf die Rechtfertigung der Relativierung des *da mihi facta* zu übertragende 451
Erfordernis der gesetzlichen Grundlage gilt es in der Folge im Einzelnen zu prü-

¹⁴¹⁰ Vgl. hierzu N. 416.

¹⁴¹¹ BGE 140 I 201 E. 6.7; BGE 142 I 195 E. 5.6.

¹⁴¹² Zur vergleichenden Lektüre vgl. N. 429–431; zu VON GÖNNER vgl. N. 201–203 und N. 207–209.

¹⁴¹³ TSCHANNEN, § 7 N. 100, zudem m.H., dass sich Art. 36 Abs. 1 BV in der Sache mit dem allgemeinen Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) deckt; vgl. auch E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 32 ff.

¹⁴¹⁴ BIAGGINI, Art. 36 N. 9, 1. Spiegelstrich, erläutert den Vorbehalt des Rechtssatzes (*generell-abstrakte Regelung*) in Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV als vorab rechtsstaatlich motivierte *Minimalanforderung* (vgl. auch N. 10).

¹⁴¹⁵ BIAGGINI, Art. 36 N. 9, 2. Spiegelstrich, zum Vorbehalt des Gesetzes (*gesetzliche Grundlage im formellen Sinn*) in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV als demokratisch motivierte *erhöhte Anforderung* betreffend die Normstufe; vgl. auch TSCHANNEN, § 7 N. 100, Punkt 2.

¹⁴¹⁶ TSCHANNEN, § 7 N. 100, Punkt 3 zum ausreichenden Bestimmtheitsgrad als *Normdichte*.

¹⁴¹⁷ Vgl. im Einzelnen z.B.: E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 32 ff.; BIAGGINI, Art. 36 N. 9 ff.; BSK-BV-EPINEY, Art. 36 N. 29 ff., insb. N. 29 und 35.

fen. Hierfür muss auf die im Unterkapitel A. erwähnte Einschränkung verwiesen werden: Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung lassen sich nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale aller Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung in der beschriebenen Detailtreue analysieren. Der Leserschaft werden daher unter dem Stichwort der generell-abstrakten Regelung (Unterkapitel B. III. a.) und zur Frage der hinreichenden Bestimmtheit (Unterkapitel B. III. b.) Überlegungen zur materiellen Prozessleitung im Allgemeinen aufgezeigt. Zur Illustration wird besonders auf den Art. 56 ZPO eingegangen. Dies ohne in Abrede zu stellen, dass neben diesem Beispiel auch der Bestimmtheitsgrad anderer Institute für Diskussionsstoff sorgen könnte.

II. Anforderungen an die Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung

a. Generell-abstrakte Regelung

- 452 Nicht nur der Art. 5 BV statuiert, dass das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist; im Grundrechtskontext verlangt auch der Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV nach einer rechtssatzmässigen Grundlage: von der zuständigen Behörde erlassen sowie generell, das heisst auf unbestimmt viele Personen anwendbar¹⁴¹⁸, und abstrakt, also auf unbestimmt viele gleichgelagerte Sachverhalte passend¹⁴¹⁹, formuliert.¹⁴²⁰ Dies garantiert grundsätzliche Gleichbehandlung.¹⁴²¹ Ein Aspekt, der im Gerichtsverfahren von eminenter Bedeutung ist.
- 453 Welche Regelungen derart bedeutend sind, dass sie eines Gesetzes im formellen Sinn bedürfen, kann die sogenannte *Wesentlichkeitstheorie* beantworten, die vor

¹⁴¹⁸ TSCHENTSCHER, S. 74; vgl. auch Staatsrecht-GÄCHTER, § 30 N. 103.

¹⁴¹⁹ TSCHENTSCHER, S. 74; vgl. auch Staatsrecht-GÄCHTER, § 30 N. 103.

¹⁴²⁰ BIAGGINI, Art. 36 N. 10; HÄFELIN/MÜLLER/KELLER/THURNHERR, N. 308. Über den generell-abstrakten Charakter von Rechtsnormen allgemein vgl. auch JOLIDON, S. 182.

¹⁴²¹ SCHEFER, Dogmatik, S. 53, und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 53. Vgl. des Weiteren zum Verfahrenskontext die Aussage von BAUR, Funktionswandel, S. 168, der die Waffengleichheit der Parteien als ein elementares Erfordernis eines fairen und gerechten Prozesses beschreibt: *«Sie wird zunächst dadurch sichergestellt, daß die Gestaltung des Verfahrens nicht dem Belieben des einzelnen Richters überlassen bleibt, sondern im Prozeßgesetz generell für alle Verfahren normiert wird. Man sollte diesen oft als Formalismus gescholtenen, vom Gesetz erzwungenen Gleichklang der Prozesse nicht gering schätzen.»*

dem Hintergrund von Art. 164 BV zu verstehen ist:¹⁴²² Ausschlaggebend sind hiernach Elemente wie die *Eingriffsintensität* in Rechte und Freiheiten des Einzelnen, der *Betroffenheitsgrad der Rechtsgüter*, die *Zahl* der von einer Regelung *Betroffenen*, die *Grösse des Adressatenkreises*, die *Normbedeutung für das politische System*, die *finanziellen Auswirkungen* für den Staat und Private oder auch die *Akzeptierbarkeit* von Massnahmen durch die Betroffenen. Sodann kann eine Regelung auch wichtig sein, wenn sie *besonders umstrittene Fragen* zum Gegenstand hat, beträchtlich von *grundlegenden Regeln oder Prinzipien abweicht*, eine *grosse organisatorische Bedeutung* aufweist, oder auch, wenn aus unterschiedlichen Gründen ein *erheblicher Legitimationsbedarf* besteht.¹⁴²³ Diese von René WIEDERKEHR aufgelisteten Orientierungshilfen, die für eine besondere Bedeutsamkeit der Regelung sprechen, können sinngemäss auch in den vorliegenden Kontext der generell-abstrakten Ausgestaltung einer zivilprozessualen Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien im Bereich der Sachverhaltserstellung übertragen werden: Wie *intensiv* darf der Eingriff des Gerichts in grundsätzliche Parteiaufgaben sein? Wie steht eine solche staatliche Aktivität insbesondere *zu den Verfahrensgrundrechten beider Parteien*? Der Umstand, dass sich *im Prinzip jede und jeder als Beteiligte/r in einem Zivilverfahren wiederfinden* kann, erübrigt weitere Hinweise auf die Zahl der von einer Regelung Betroffenen und auf die Grösse des Adressatenkreises. Wie das Gesetzgebungsverfahren für die Prozessordnung zudem klar zeigt, war insbesondere für die Kantone die Frage nach den Auswirkungen auf *Arbeitsbelastung und Staatsressourcen*, die mit dem gerichtlichen Handeln zu verzeichnen sind, sehr wichtig.¹⁴²⁴ Und aus der vorliegenden Abhandlung geht hervor, dass die *Aufgabenverteilung zwischen Parteien und Gericht von eminenter Bedeutung* ist. Dies spiegelt sich auch darin wider, dass verschiedene Punkte hierzu im *Gesetzgebungsverfahren* Anlass zu sehr regen *Diskussionen* gaben und dass die (Lehr-)Meinungen über die konkreten gerichtlichen Kompetenzen *weiterhin unterschiedlich ausfallen*.

In Bezug auf die Relativierung des Grundsatzes *da mihi facta* ist nun festzustellen, 454 dass die vom Bundesgesetzgeber erlassene Zivilprozessordnung, und damit auch die darin enthaltenen generell-abstrakt formulierten Regelungen zur materiel-

¹⁴²² WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 408 f., m.H. auf ein Urteil des KGer BL sowie seine Ansicht, dass Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV eine Konkretisierung von Art. 164 BV darstellt.

¹⁴²³ Kriterien nach WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 408; ähnliche Listen bei TSCHANNEN, § 45 N. 23, oder BIAGGINI, Art. 164 N. 6 m.H.a. die Entwicklung aus Rechtsprechung und Lehre.

¹⁴²⁴ Vgl. hierzu N. 515.

len Prozessleitung, eine auf Bundesebene qualifizierte Grundlage, ein Gesetz im formellen Sinn¹⁴²⁵, darstellt. Sinngemäss wäre zu schliessen, dass die damit einhergehende erhöhte Legitimation des Erlasses grundsätzlich geeignet sein kann, auch Instrumente zu rechtfertigen, die intensivere Relativierungen des strikten *da mihi facta* bewirken.¹⁴²⁶ Damit erübrigt sich die Diskussion, ob die Relativierung, welche eine Prozessmaxime durch die materielle Prozessleitung erfährt, grundsätzlich schwer wiegt – ob sie einer «Durchbrechung» oder einer «Aufweichung» der Maxime gleichkommt.¹⁴²⁷ Die Grenzen der zulässigen Relativierbarkeit des *da mihi facta* – beziehungsweise der limitierten materiellen Prozessleitung – sind somit anhand der Eingriffsschranken, insbesondere mithilfe der Verhältnismässigkeits- und der Kerngehaltsanalyse, zu ziehen.

b. Hinreichende Bestimmtheit

i) Bedeutung für die Bestimmungen der materiellen Prozessleitung

- 455 Wie bereits angedeutet, verlangen neben dem Anliegen um demokratische Legitimation insbesondere auch die rechtsgleiche Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit eine generell-abstrakte Norm als Grundlage für das staatliche Handeln.¹⁴²⁸ Ebendiesen grundlegenden Bedürfnissen nach Gleichbehandlung sowie nach Berechen- und Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns kommt auch das Bestimmtheitsgebot nach – ein in der Verfassung nicht explizit erwähnter Teilgehalt des Art. 36 Abs. 1 BV, der auch dem allgemeinen Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV zugrunde liegt.¹⁴²⁹

¹⁴²⁵ Aus BIAGGINI, Art. 36 N. 9, 2. Spiegelstrich, i.V.m. N. 13, 2. Spiegelstrich, ergibt sich für die gesetzliche Grundlage im formellen Sinn auf Bundesebene ein referendumspflichtiger Erlass wie das Gesetz des Bundesgesetzgebers; vgl. auch BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 33.

¹⁴²⁶ Zum entsprechenden Vorbehalt des Gesetzes in Bezug auf die schwerwiegende Grundrechtseinschränkung vgl. z.B. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 33; BIAGGINI, Art. 36 N. 13 f.

¹⁴²⁷ Vgl. hierzu N. 259–261.

¹⁴²⁸ Vgl. hierzu N. 452–454; vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1198 f.; E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 18; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 15.

¹⁴²⁹ Zum Bestimmtheitsgebot im Kontext des Art. 36 BV vgl. z.B.: BGE 128 I 327 E. 4.2; BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 135 I 169 E. 5.4.1 und ausserhalb vgl. z.B. BGE 127 V 431 E. 2b) aa). Zum Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt von Art. 36 Abs. 1 BV und dessen Zweck vgl. z.B.: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1198; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 35; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 307 ff. und im Kontext von Art. 5 BV

Zu den grenzziehenden prozessualen Bestimmungen, die das *Wann* oder das *Wie* 456 der Handlungen von Prozessbeteiligten normieren, hält Alois TROLLER fest, dass all diese Normen die Aufgabe haben, «dem Prozeß die ihm unentbehrliche Stabilität zu geben, die nach den Fähigkeiten der drei prozessualen Akteurguppen berechnet werden muß. Parteien und Richter sollen ihre prozessualen Rechte, Pflichten und Befugnisse von vornherein kennen oder wenigstens annähernd zu berechnen vermögen. *Der Streit ums materielle Recht bringt regelmäßig mehr als genügend Ueberraschungen, so daß dem prozessualen Handeln im konkreten Verfahren nicht auch noch juristische Rätselraten zu widmen sind.*»^{1430,1431} Diese Aussage von TROLLER über die Rechte und Pflichten sämtlicher Prozessbeteiligten darf wohl auch dahingehend verstanden werden, dass gerade und ebenso die Instrumente der materiellen Prozessleitung einem vorliegend erörterten Bestimmtheitsgebot gerecht werden müssen. Übertragen auf die Relativierung des *da mihi facta* ist mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot somit zu fordern, dass die Prozessparteien abschätzen können müssen, in welchen Situationen, unter welchen Voraussetzungen das Gericht in den Prozessstoff eingreift, auch wenn die originäre Verantwortung für den Prozessstoff bei den Parteien liegt.

Jeder in einem Prozessrechtsverhältnis eingebundenen Person wird ohne Weiteres 457 klar sein, dass es nicht Zweck des Verfahrensrechts ist, die tatsächliche sachrechtliche Lage zu verschleiern. Wenn aber die Verantwortung für den Prozessstoff ganz ausschliesslich bei den Parteien liegt, können unzureichende Rechtskenntnisse oder gar Absicht genau zu diesem Resultat führen. Um dieser Gefahr zu begegnen, muss es dem Gericht, soweit der Gesetzgeber dies trotz der vorherrschenden Privatrechtssphäre verantworten kann, gestattet sein, im Interesse der Wahrheit gewisse neue Erkenntnisquellen zu erschliessen¹⁴³². Ohne zwingende Not soll das

vgl. z.B.: BIAGGINI, Art. 5 N. 10 und Art. 36 N. 9, 3. Spiegelstrich, und 11; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 2624; E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 33.

¹⁴³⁰ TROLLER, Grundlagen, S. 97 f. (Hervorhebung zugefügt).

¹⁴³¹ Vgl. des Weiteren MARTIN P., S. 69 f. und 87 ff. zur Prognostizierbarkeit des Verfahrens inkl. der Überschaubarkeit der Prozesswege als wichtiges Verfahrensziel, sowie die Aussage bei RÖHL/RÖHL, S. 235 (m.w.H.): «Dabei ist [...] zu beachten, dass jede Regelung eines Lebensbereiches mehrere Schichten mit entsprechend unterschiedlichen Adressatengruppen haben kann. So sollten etwa die Grundzüge der Gerichtsorganisation und des Verfahrens auch noch dem interessierten Laien ebenso zugänglich sein wie das Miet- oder Kaufrecht. Dagegen können einzelne Rechtskraft- oder Kostenvorschriften ruhig Spezialistensache bleiben [...]. Die unterschiedlichen Zielgruppen nötigen den Normgeber, der erfolgreich normieren will, zu einer differenzierten Gesetzessprache.»

¹⁴³² Vgl. auch eine ähnliche Forderung von GRASS, S. 5.

den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Urteil nicht einer prozessualen Formvorschrift, der im Grundsatz durchaus sinnvollen Verhandlungsmaxime, geopfert werden.¹⁴³³ Der Gesetzgeber der heutigen Zivilprozessordnung räumt dem Gericht nach Art. 56 ZPO die Kompetenz ein, bei *unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen* mittels *entsprechender Fragen* eine Ergänzung beziehungsweise Klarstellung des Prozessstoffs durch die Parteien herbeizuführen. Ebenso können *mangelhafte Eingaben*, denen es im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO an Elementen wie der *Unterschrift oder Vollmacht* fehlt oder die gemäss Absatz 2 *unleserlich, ungebührlich, unverständlich oder weitschweifig* sind, *innert einer gerichtlichen Nachfrist* verbessert werden und dadurch im Prozess Beachtung finden. Ist eine Partei nach Art. 69 Abs. 1 ZPO *offensichtlich nicht imstande, den Prozess selbst zu führen* – wozu namentlich das Erfüllen ihrer Aufgabe *da mihi facta* gehört –, *so bestellt ihr das Gericht eine Vertretung*, sofern sie die entsprechenden Vorkehrungen nicht selbst trifft. Hat das Gericht *an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel*, sind nach Art. 153 Abs. 2 ZPO *Beweiserhebungen von Amtes wegen* zu erwarten. Schliesslich kann das Gericht auch im Sinne von Art. 181 Abs. 1 ZPO *zum besseren Verständnis* einen *Augenschein* anberaumen oder, gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO, *bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen*. Die Lektüre dieser beispielhaft zitierten Bestimmungen der Prozessordnung zeigt, dass darin grundsätzlich in allgemein verständlicher Sprache beschrieben wird, in welchen Situationen mit bestimmten Gerichtshandlungen zu rechnen ist, die Auswirkungen auf den Prozessstoff zeitigen. Trotzdem handelt es sich hierbei nicht um eine eigentliche Alltagssprache; vielmehr enthalten die Formulierungen auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe, deren Bedeutung sich dem rechtsuchenden Publikum nicht zwingend ohne Weiteres erschliesst.¹⁴³⁴ Der Verwendung solcher Termini, die der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte geschuldet ist,¹⁴³⁵ steht selbst das Bestimmtheitsgebot im Kontext des Art. 36 BV nicht entgegen: Denn «[d]er Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung

¹⁴³³ In diesem Sinn vgl. ZR 103 (2004) Nr. 77, S. 306; auch hierauf abstellend: DROESE, Diss., S. 256.

¹⁴³⁴ Zum Unterschied zwischen Alltags- und Rechtssprache vgl. N. 100–103.

¹⁴³⁵ Diesbez. zur Grundrechtsthematik vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1202 f.; vgl. auch die Rechtsprechung im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1438. Weiter zum Umstand, dass sich der Gesetzgeber Schablonen bedienen muss, die sich im Leben bald als zu eng und bald als zu weit erweisen, vgl. GULDENER, Treu und Glauben, S. 392 f.

der Praxis überlassen werden muss»¹⁴³⁶. Um jenem Bestimmtheitsgebot Genüge zu tun, verlangt das Bundesgericht (lediglich) «eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit»¹⁴³⁷.¹⁴³⁸ Immerhin aber eine so präzise Formulierung, «dass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann, bzw. die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...]»¹⁴³⁹. Es darf angenommen werden, dass die hiervor zitierte Forderung von TROLLER nach einer annähernden Berechenbarkeit der Rechte und Pflichten der Prozessbeteiligten, sich mit dieser höchstrichterlichen Anforderung an das Bestimmtheitsgebot deckt. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht spricht daher nichts dagegen, für die Beurteilung der ausreichenden Bestimmtheit der Relativierung des *da mihi facta* die an dieser Stelle zitierten Passagen der Rechtsprechung beizuziehen.¹⁴⁴⁰

ii) Beispiel eines Problemfalls: Art. 56 ZPO

Soweit ersichtlich, wird nirgends unmittelbar postuliert, die Regeln, welche die gerichtlichen Kompetenzen im Rahmen der Prozessstoffsammlung abstecken, würden den so verstandenen Mindestgrad an Bestimmtheit nicht aufweisen.¹⁴⁴¹ Zwar bemerkte Hans Ulrich WALDER zum Vorentwurf, bei dessen weiterer Bear-

¹⁴³⁶ BGE 132 I 49 E. 6.2; vgl. auch z.B.: BGE 135 I 169 E. 5.4.1. Ausserhalb von Art. 36 BV vgl. auch die Formulierung in BGE 127 V 431 E. 2b) aa).

¹⁴³⁷ BGE 132 I 49 E. 6.2. Ausserhalb von Art. 36 BV vgl. auch z.B. BGE 127 V 431 E. 2b) aa).

¹⁴³⁸ Vgl. die Aufzählung der für die Bestimmtheit zu berücksichtigenden Aspekte im BGE 128 I 327 E. 4.2 m.w.H.: «Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.»; vgl. auch BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 135 I 169 E. 5.4.1 sowie BGE 127 V 431 E. 2b) aa).

¹⁴³⁹ BGE 108 Ia 316 E. 2b) aa) im Kontext mit Art. 10 Ziff. 2 EMRK; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 49 und 53, sowie E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 15 i.V.m. N. 23, und RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 2624, zur genügenden Bestimmtheit. Vgl. auch den Hinweis bei BERTI, ZPR, S. 335, dass die Normen der ZPO den Parteien und Anwälten signalisieren, mit welchem Verhaltensverhalten zu rechnen sein dürfte.

¹⁴⁴⁰ Im Übrigen ziehen SCHMID/HOFER, S. 295, ebenfalls diese Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip auch im Rahmen von Art. 229 ZPO bei.

¹⁴⁴¹ OBERHAMMER, Kodifikation, S. 762 f., kritisiert zwar «zahlreiche[...] begriffliche[...] und systematische[...] Unklarheiten» in der ZPO mit Beispielen, die jedoch offen-

beutung sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es vor allem die gewöhnlichen Bürger sind, welche die Schattenseiten eines Zivilprozesses zu erleben haben. WALDER bemängelte, dass der Vorentwurf wohl erst in letzter Linie aus deren Sicht geschrieben worden sei.¹⁴⁴² Ob und wie weit er mit dieser Kritik (auch) auf die Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung abzielte, lässt sich nicht einschätzen. Mehrheitlich wurde und wird die eidgenössische Zivilprozessordnung für eine einfache und prägnante Sprache gelobt.¹⁴⁴³ Aufhorchen lässt allerdings vor allem die Kritik von Ulrich HAAS und Sophie BÜHLER: Die Parteien hätten bei ihrer Rechtsdurchsetzung kaum Hilfe von Art. 56 ZPO zu erwarten, denn der richterlichen Fragepflicht seien verwirrende Schranken gesetzt.¹⁴⁴⁴

- 459 Tatsächlich ergeben sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht Bedenken hinsichtlich der hinreichenden und angemessenen Bestimmtheit der vordergründig harmlos, nicht sonderlich juristisch anmutenden Wendung des *offensichtlich unvollständigen* Vorbringens in Art. 56 ZPO. Wie sogleich zu zeigen ist, scheiden sich effektiv die Geister darüber, wie dieser im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Zusatz «*offensichtlich*»¹⁴⁴⁵ nun tatsächlich zu verstehen ist.

1. Die «offensichtlich» unvollständigen Vorbringen

- 460 In erster Linie auf die adjektivische Bedeutung des Begriffs offensichtlich stellt etwa Roland SARBACH ab, wenn dieser in seiner Dissertation ausführt, dass seines Erachtens dann von einem offensichtlich unvollständigen Vorbringen auszugehen ist, «*wenn das Vorbringen einer Partei eine eindeutig erkennbare Lücke aufweist, die für die formell- oder materiellrechtliche Beurteilung des Streitgegenstands von Bedeutung ist*»¹⁴⁴⁶. Erkennbar ist die Lücke nach dem Dafürhalten SARBACHS, wenn das Gericht merkt, dass ein «*spezifisches Element*» in den Vorbringen der Partei fehlt – beziehungsweise: «*Je weniger spezifisch die*

lassen, ob der genannte Autor darüber hinaus auch die Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung im Visier hat.

¹⁴⁴² ZS VN VE-ZPO, S. 80 f. HUW.

¹⁴⁴³ ZS VN VE-ZPO, S. 7, und Botschaft ZPO, S. 7237; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 1.12 und 1.16; WALTER, Weg, S. 321; SUTTER-SOMM, Werdegang, S. 761; CHAIX, procédure ordinaire, S. 87.

¹⁴⁴⁴ HAAS/BÜHLER, S. 307.

¹⁴⁴⁵ Zum Weg hin zu diesem Zusatz vgl. N. 543–553.

¹⁴⁴⁶ SARBACH R., N. 568 (Hervorhebung im Original anders), ebenfalls in den N. 612, 650, 738 und 751.

*fehlenden Elemente sind, umso weniger klar erkennbar ist die Lücke.»*¹⁴⁴⁷ Auch nach Peter SCHUMACHER ist *offensichtlich* etwas, was «*sofort ins Auge springt*»: Unvollständigkeiten, welche auch dem Gericht erst nach einem genauen Akten- und Rechtslagenstudium gegenwärtig werden, könnten somit nicht als offensichtlich gelten.¹⁴⁴⁸ Während sich nach SCHUMACHER der richterliche Pflichtbereich auf die so verstandene offensichtliche Lücke beschränkt, gesteht dieser Autor den Gerichten aber einen hierüber hinausgehenden Ermessensspielraum zu.¹⁴⁴⁹ Diesbezüglich gilt es anzumerken, dass ein blosses Fragerecht zumindest nicht aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht. In Anbetracht der Entstehungsgeschichte, die zeigt, dass das ursprüngliche Fragerecht aufgrund breiter Kritik einer Fragepflicht gewichen ist,¹⁴⁵⁰ erscheint bereits in dieser Hinsicht fraglich, wie weit auf eine solche Interpretation abgestellt werden kann.¹⁴⁵¹

Generell führt eine derartige wörtliche Auslegung als offensichtliche Unvollständigkeit dazu, dass das Gericht gerade der unsorgfältig prozessierenden Partei, deren Vortrag bald *offensichtliche Lücken* aufweist, zu Hilfe eilen müsste und so deren Nachlässigkeit ausgleicht.¹⁴⁵² Kaum erstaunlich, dass dies abgelehnt wird.¹⁴⁵³ Wird jedoch eine auf den ersten Blick durchaus naheliegend scheinende

¹⁴⁴⁷ SARBACH R., N. 568 inkl. Wortzitate, erneut in N. 612, 650, 738 und 751.

¹⁴⁴⁸ SCHUMACHER PE., S. 391. Auch WILLISEGGER, S. 267, bzw. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 28, verwendet die Formulierung, dass die Lückenhaftigkeit derart auf der Hand liegen muss, dass sie «*auf den ersten Blick ins Auge springt*».

¹⁴⁴⁹ SCHUMACHER PE., S. 392, und bereits allgemein zum richterlichen Ermessen über den Pflichtbereich hinaus S. 387. Allenfalls in eine ähnliche Richtung: BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 16, der fordert, dass diese Fragepflicht weitherziger zu handhaben ist, gleichzeitig aber eingesteht, dass der Gesetzgeber diese eigentlich auf die Behebung «klarer» Mängel hat beschränkt haben wollen. Vgl. zu solchen Verweisen auf «klare» Mängel auch den Hinweis in FN. 1765 der vorliegenden Abhandlung.

¹⁴⁵⁰ Vgl. hierzu N. 543.

¹⁴⁵¹ Allenfalls mag SCHUMACHER mit seinen Ausführungen zum Ermessensspielraum auch auf ein unbestimmtes Vorbringen abzielen; jedoch ist diesem in Art. 56 ZPO ein eigener Tatbestand gewidmet – zwar ohne Verbindung zu einem irgendwie gearteten «*offensichtlich*» –, doch fällt auch diese Tatbestandsvariante in den richterlichen Fragepflichtbereich.

¹⁴⁵² In diese Richtung auch HAAS/BÜHLER, S. 307 ff.

¹⁴⁵³ Nach LIENHARD A. [b], N. 82, geht die (wohl) h.L. davon aus, dass das Merkmal der Offensichtlichkeit nicht wörtlich zu verstehen ist, er selbst lehnt in den N. 108 und 111 eine wörtliche Auslegung ebenfalls ab; auch eine solche ablehnend z.B.: LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637 FN. 17; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 201. Zum

Interpretation verworfen, bleibt vorderhand unklar, wie die Wendung rechtlich zu verstehen ist.¹⁴⁵⁴

- 462 Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot, das für die vorliegende Thematik der materiellen Prozessleitung dahingehend konkretisiert wurde, dass sämtliche Prozessbeteiligten ihre prozessualen Rechte, Pflichten und Befugnisse von vornherein kennen und die Folgen ihres Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit abschätzen können sollen, ist bereits an dieser Stelle der Schluss zu ziehen, dass eine klarere Formulierung sehr wünschenswert gewesen wäre.¹⁴⁵⁵ Insbesondere, da es sich bei der gerichtlichen Fragepflicht um eine Bestimmung handelt, deren Bedeutung und Tragweite sich gerade auch juristischen Laien, die einen Prozess ins Auge fassen und hierfür ihren Bedarf an einer professionellen Rechtsvertretung einschätzen müssen, möglichst leicht erschliessen soll.
- 463 Eine Vielzahl von Lehrmeinungen – wohl gar die meisten¹⁴⁵⁶ – scheinen Walter FELLMANNs Ansicht zu teilen:¹⁴⁵⁷ Dieser möchte die Offensichtlichkeit weniger auf die Erkennbarkeit der Lücke als vielmehr auf die Erkennbarkeit der Folgen des unvollständigen Vorbringens beziehen. FELLMANN gelangt zum Schluss, der Richter habe dann auf den Schliessungsbedarf relevanter Darstellungslücken hinzuweisen, wenn eine solche Lücke Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung hat, sie mitunter die *«Entscheidfindung des Gerichts ausschliesst oder übermässig erschwert»*.¹⁴⁵⁸ Hierzu lässt sich festhalten, dass wohl Einigkeit darüber herrschen wird, dass das Gericht nur Vortragslücken überhaupt zu schliessen versuchen

verbreiteten Hinweis, dass die Fragepflicht keine Nachlässigkeiten kompensieren darf, vgl. N. 714–715.

¹⁴⁵⁴ Auch S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 26, stellt die Frage nach dem Bezug des *«offensichtlich»*.

¹⁴⁵⁵ Da er die wörtliche Auslegung ablehnt, bezeichnet LIENHARD A. [b], N. 111, die Formulierung von Art. 56 ZPO als ungeschickt; LIENHARD macht aber in der N. 88 darauf aufmerksam, dass der Bundesrat nach der Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54, die Offensichtlichkeit tatsächlich noch hätte wörtlich ausgelegt wissen wollen, da die Fragepflicht jenem Text entsprechend nur bei *«klaren»* Mängeln zur Anwendung gelange. Zu solchen Verweisen auf *«klare»* Mängel vgl. auch den Hinweis in FN. 1765 der vorliegenden Abhandlung.

¹⁴⁵⁶ SARBACH R., N. 561 und 565, bezeichnet dies als die (wohl) herrschende Lehre.

¹⁴⁵⁷ FELLMANN folgend z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 25 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 13; BK I-HURNI, Art. 56 N. 17; KLINGLER, S. 240 f. FN. 1393; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 201; MEIER, R., Diss., N. 29 und 178; WILDHABER BOHNET, N. 34; wohl auch SIX, S. 90 FN. 8.

¹⁴⁵⁸ FELLMANN, Fragepflicht, S. 82 f. (Hervorhebung weggelassen).

wird, welche Konsequenzen auf die rechtliche Beurteilung haben. Dies ist bei *rechtserheblichen* Tatsachen der Fall.¹⁴⁵⁹ Aufgrund der Regeln zur Beweislastverteilung sowie derer Vorwirkungen¹⁴⁶⁰ ist eine gerichtliche Entscheidfindung, wenn ein rechtserhebliches Element fehlt, allerdings nie ausgeschlossen. Auch ist sie kaum je übermässig erschwert, denn soweit sogar eine beweismässige Abklärung entfällt, kann das Verfahren relativ leicht abgeschlossen werden. Die Konsequenzen des Fehlens eines rechtserheblichen Elements, beziehungsweise der unzureichenden Erfüllung der auferlegten Lasten, sind somit grundsätzlich klar.¹⁴⁶¹ Wäre mit der zitierten Wendung gemeint, dass diejenige Entscheidfindung erschwert oder ausgeschlossen ist, die sich die Partei erhofft, deren Darstellungen unvollständig sind, bleibt zu bedenken, dass auch mit einer solchen Interpretation Lücken von der Fragepflicht erfasst werden, die auf ein nachlässiges Prozessieren zurückzuführen sind: Denn regelmässig wird solches Prozessieren zur offensichtlich erkennbaren Folge führen, dass die Entscheidfindung *zugunsten* der bequemen Partei erheblich erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen ist.¹⁴⁶²

Auf drei weitere Lehrmeinungen, die Ansätze verfolgen, welche das Wort «*offensichtlich*» etwas weniger ins Zentrum stellen, wird später noch einzugehen sein.¹⁴⁶³ 464

An dieser Stelle, wo es um die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage der materiellen Prozessleitung geht, ist festzustellen, dass sich die Bedenken über die ausreichende Bestimmtheit der Norm erhärten, wenn sogar das (Lese-)Verständnis der wohl herrschenden juristischen Lehre Fragen über die effektiven Rechte und Pflichten der Beteiligten aufwirft. Die nachfolgend erörterte Forderung nach einem Andeuten von Tatsachen respektive von Tatbestandsmerkmalen vergrössern diese Bedenken.

¹⁴⁵⁹ In ähnliche Richtung wohl: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 200; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 25; allenfalls auch SIX, S. 90 f. Zur Rechtserheblichkeit bzw. zu den relevanten Tatsachen vgl. N. 87.

¹⁴⁶⁰ Zur Beweislastregel und deren Vorwirkungen vgl. N. 212 und N. 221.

¹⁴⁶¹ Gleiches Resultat bei LIENHARD A. [b], N. 83, und SARBACH R., N. 565.

¹⁴⁶² Wohl letztlich gleiches Resultat bei LIENHARD A. [b], N. 83, zum Ausmass der Unvollständigkeit.

¹⁴⁶³ Diesbez. zu Raoul MEIER, Andreas LIENHARD und Claudia MORDASINI-ROHNER vgl. N. 813–815 und N. 816–821.

2. Forderung nach einem «Andeuten» beim Mangelfall der «Unvollständigkeit»?

465 Verbreitet sind Aussagen dahingehend, dass die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO nur greift, wenn eine Tatsache oder ein Tatbestandsmerkmal mindestens angedeutet wurde.¹⁴⁶⁴ Nun ist die Fragepflicht aber nicht nur bei unbestimmten, sondern expli-

¹⁴⁶⁴ Vgl. diesbez. (z.T. mit anderen/keinen Hervorhebungen im Original) z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 51 f.: «*Da aber sowohl bei der verstärkten als auch bei der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht, erfordert die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht, dass die Parteien eine Tatsache zumindest andeutungsweise behaupten oder bestreiten bzw. ein Beweismittel anbieten. [...] Auch die verstärkte Fragepflicht dient somit nicht dazu, darauf hinzuwirken, dass die Parteien Vorbringen überhaupt erst tätigen.*»; SARBACH R., N. 545: «*Der Kernbereich der gerichtlichen Fragepflicht betrifft die Behauptung von Tatsachen. Eine solche liegt vor, wenn eine Partei eine Tatsache mindestens ansatzweise behauptet hat oder Tatsachen wenigstens in allgemeiner Weise bestritten hat; es muss mindestens ein rudimentärer Sachverhaltsvortrag vorliegen. Wo hingegen nichts vorgebracht wird, gibt es auch nichts nachzufragen: Die gerichtliche Fragepflicht greift nicht, wenn kein Vorbringen vorliegt oder ein Vorbringen gänzlich substanzlos ist. Die gerichtliche Fragepflicht bezweckt nämlich nicht, eine Partei anzuleiten, überhaupt erst ein Vorbringen zu erstatten. Das Gericht hat deshalb grundsätzlich davon auszugehen, dass Tatsachen, die eine Partei nicht von sich aus vorträgt, sich auch nicht verwirklicht haben und aus diesem Grund nicht behauptet werden.*»; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 26: «*Behauptet eine Partei eine Tatsache nicht mindestens andeutungsweise, besteht hingegen für das Gericht kein Anlass nachzufragen [...]*»; zustimmend: SIMIC, S. 21; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 286: «*Das Gericht darf eine Partei nicht von Amtes wegen auf Tatsachen hinweisen, die sie nicht einmal ansatzweise vorgebracht hat.*»; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 188: «*Demnach hat das Gericht der allgemeinen Fragepflicht hauptsächlich nachzukommen, wenn eine Partei eine rechtserhebliche Tatsache zumindest andeutungsweise behauptet, dieses Tatsachenvorbringen aber einen gesetzlich aufgeführten Mangel aufweist, welcher beseitigt werden muss, damit der Tatsachenvortrag der Substanziierungspflicht genügt und dem Entscheid zu Grunde gelegt werden kann. Kurz ausgedrückt: Behauptet eine Partei eine Tatsache nicht mindestens andeutungsweise, darf das Gericht nicht nachfragen.*», vgl. auch N. 191, 202, 354 f. und 498 (sogar zu Art. 247 Abs. 1 ZPO), sowie MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 17; SCHUMACHER PE., S. 390: «*Die Partei muss die Tatsachen also mindestens andeutungsweise vorgebracht haben, damit mit Fragen daran angeknüpft werden kann.*» (zur Verhandlungsmaxime); BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 8: «*Damit die richterliche Fragepflicht im Rahmen des Tatsachenvortrages zum Tragen kommt, wird zunächst vorausgesetzt, dass die Parteien die betreffenden Tatsachen überhaupt behaupten.*»; MEIER R., N. 179: «*Da die gerichtliche Fragepflicht in Art. 56 ZPO jedoch nicht als Korrektur von gänzlich unterbliebenen Parteivorbringen dienen soll, muss jedes einzelne Tatbestandsmerkmal im Sachvortrag enthalten oder angedeutet sein.*» Vgl. demgegenüber wohl a.M. z.B.: FELLMANN, Fragepflicht,

zit auch bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen vorgesehen. Wie weit ein solches Andeutungserfordernis für diesen zweiten Mangelfall Sinn ergibt, ist fraglich: Festzustellen ist doch allem voran, dass eine notwendige Tatsache, die *fehlt*, eben fehlt und somit von einer *Unvollständigkeit* auszugehen ist. Wurde eine Tatsache oder ein Tatbestandsmerkmal demgegenüber *angedeutet*, wird dieser Fall nach der vorliegend vertretenen Ansicht vom eigens in Art. 56 ZPO vorgesehenen Tatbestand des zu *unbestimmten* Vorbringens erfasst.¹⁴⁶⁵ Auch das Bundesgericht führte im Kontext eines Rechtsbegehren aus, von *Unvollständigkeit* im Sinne von Art. 56 ZPO könne nur gesprochen werden, «*wenn eine eigentliche Lücke vorliegt*

S. 83: «*Es gilt aber zu bedenken, dass eine Partei eine bestimmte Tatsache auch deshalb nicht vorbringen kann, weil sie nicht erkennt, dass sie rechtserheblich wäre. Ist in solchen Fällen die Lücke aufgrund des übrigen Sachvorbringens erkennbar, hat das Gericht nach der hier vertretenen Ansicht nachzufragen.*» (dies obschon FELLMANN zuvor, S. 81, das Andeutungserfordernis ebenfalls aufgreift); zustimmend: SIX, S. 92 FN. 18 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 27; wohl auch HAAS/BÜHLER, S. 308 FN. 177. TANNER, S. 738, mit dem Beispiel: «*Klagt beispielsweise jemand ausservertraglich Schadenersatz im Sinn von Art. 41 OR ein und äussert er sich überhaupt nicht oder bloss in theoretischer Form zur Frage des Kausalzusammenhangs, sind seine Ausführungen unvollständig. In einem solchen Fall muss die Richterin oder der Richter gemäss Art. 56 bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO die Partei auf den Mangel hinweisen.*»; in diese Richtung wohl auch LIENHARD A. [b], N. 109: «*Hat nämlich ein Kläger die erhöhte prozessuale Sorgfalt gewahrt und das Tatsachenfundament seiner Klage im grossen Ganzen vollständig vorgetragen, jedoch lediglich ein oder einige wenige Tatbestandselemente zu behaupten vergessen, ist nach der hier vertretenen Ansicht die Voraussetzung der «Offensichtlichkeit» erfüllt und das Gericht zum Aktiv werden verpflichtet.*»; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 44, scheint eine Differenzierung nach dem Vertretungsentscheid zu machen, denn Art. 56 ZPO gelange zur Anwendung, «*wenn Behauptungen immerhin in andeutungsweiser Form erfolgt sind, oder wenn Laien nicht in der Lage sind, entsprechende Behauptungen aufzustellen [...]*». Vgl. vor der eidg. ZPO bereits GULDENER, ZPR, S. 165 inkl. FN. 15, der insofern nicht von einem Andeuten auszugehen scheint.

¹⁴⁶⁵ In diese Richtung wohl auch Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.56. Das Andeutungserfordernis könnte aus der Praxis zu § 55 aZPO-ZH gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien importiert worden sein (zumindest ist z.B. FAVALLI, S. 15 f., der Ansicht, dass die vom KassGer ZH entwickelten Grundsätze zu § 55 aZPO-ZH auch für Art. 56 ZPO gelten, da sich der Wortlaut der beiden Bestimmungen nur unwesentlich unterscheidet; eine gewisse Nähe sieht auch WILDHABER BOHNET, N. 1, aber mit Vorbehalt): Dem Urteil KassGer ZH AA080051/U/Ia vom 17.03.2009 ist zu entnehmen, dass anwaltlich vertretene Parteien grundsätzlich nur mit Substantiierungshinweisen rechnen können; man beachte aber, dass gerade die Frage, inwieweit ein nicht schlüssiges respektive lückenhaftes Parteivorbringen die richterliche Fragepflicht i.S.v. § 55 ZPO nach sich zieht, in E. II. 5 e) offenbleibt.

[...]» und verwies diesbezüglich auf die Ansicht des Autors Christoph HURNI im Berner Kommentar.¹⁴⁶⁶ HURNI, der im Jahr 2020 auch selbst zum Bundesrichter gewählt wurde, trennt die Tatsachenbehauptung klar von der Substantiierung.¹⁴⁶⁷ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Fragepflicht des Gerichts bei einer eigentlichen Behauptungslücke stets greift. Wie später zu zeigen ist, spielen in Belangen, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, Faktoren wie die prozessuale Sorgfalt¹⁴⁶⁸, die Parteihaltung und auch die mit Blick auf das *ius* komplette Sachverhaltshypothese¹⁴⁶⁹ eine bedeutende Rolle. Wird demgegenüber in Gegenwart einer eigentlichen Lücke per se argumentiert, dass es an der Andeutung der fehlenden Tatsache fehlt, verkümmert der Tatbestand der Unvollständigkeit neben demjenigen der Unbestimmtheit bald zum toten Buchstaben.¹⁴⁷⁰

- 466 Ebenso ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht mit der ebenfalls verbreiteten Aussage, der Art. 56 ZPO würde nicht bezwecken, dass ein Vorbringen überhaupt erst erstattet wird,¹⁴⁷¹ vorsichtig umzugehen: Sie ist in Situationen gerechtfertigt, in der sich eine Partei nachlässiges Prozessieren hat zu Schulden kommen lassen. Soweit damit allerdings generell eigentliche Lücken – im Sinne eines gänzlichen Fehlens eines einzelnen relevanten Elements – bedacht werden, gilt es zu berücksichtigen, dass solche Mängel doch gerade in einem Prozesssystem, in welchem durchaus auch sorgfältige juristische Laien mitwirken, keine Seltenheit sein werden. Tatsächlich aber lässt sich selbst der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen: «*[F]ür die Ausübung der richterlichen Fragepflicht besteht bei fehlenden Behauptungen keine Grundlage (Art. 56 ZPO).*»¹⁴⁷² Wie wörtlich solche Aussagen

¹⁴⁶⁶ 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102 E. 5.3.2, Hervorhebung zugefügt) m.H.a. BK I-HURNI, Art. 56 N. 17 und 22.

¹⁴⁶⁷ BK I-HURNI, Art. 55 N. 17 ff. (Behauptungslast) und N. 23 ff. (Substantiierungslast); vgl. auch den Hinweis in FN. 431 der vorliegenden Abhandlung zur nicht scharfen Trennung.

¹⁴⁶⁸ Die Prozesssorgfalt als Eingriffsschranke bei Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, wird vorliegend auf der Ebene der Verhältnismässigkeit geprüft, vgl. hierzu N. 700–745.

¹⁴⁶⁹ Vgl. N. 326 i.V.m. N. 828–834.

¹⁴⁷⁰ Gleiches Resultat bei LIENHARD A. [b], N. 63.

¹⁴⁷¹ Vgl. die Zitate im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1464, die z.T. diese Aussage enthalten. Die Formulierung findet sich auch bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 10, der sie aber weiter erläutert: «*Allerdings wird ja i.d.R. irgendein Vorbringen erstattet worden sein, welches eben – ganz i.S.v. Art. 56 – unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist [...].*»

¹⁴⁷² 4A_504/2015 E. 2.3; vgl. zu dieser knappen Erwägung auch N. 918.

aufzufassen sind und zu welchen Auswirkungen es führt, wenn sie isoliert und zu generellen Handlungsanweisungen erhoben werden, wird später erörtert.¹⁴⁷³

3. Fazit

Auch einer juristisch nicht geschulten Leserschaft von Art. 56 ZPO ist ersichtlich, dass die Variante der unvollständigen Vorbringen den Zusatz «*offensichtlich*» trägt. Wird dieser im Sinne einer sofort erkennbaren Unvollständigkeit ausgelegt, wären Gerichte selbst dann verpflichtet, mittels Fragen in den Prozessstoff einzugreifen, wenn eine Lücke der Nachlässigkeit der Partei zuzuschreiben ist. Das heisst in Konstellationen, in denen die Rechtsprechung und die herrschende Lehre gerade Einhaltung fordern.¹⁴⁷⁴ Eine solche materielle Prozessleitung geht im Grundsatz zu weit. Wie gesehen, vermag diesbezüglich auch die meistverbreitete Auslegungsvariante die Ungereimtheit nicht gänzlich auszuräumen. 467

Die Bedenken hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit der Bestimmung vergrössern sich, wenn für das Auslösen der gerichtlichen Fragepflicht Bedingungen zugezogen werden, die nun umgekehrt bewirken, dass eine gerichtliche Hilfestellung im Fall der Unvollständigkeit zum leeren Versprechen verkommt. Mit anderen Worten ausgedrückt: Mit einschränkenden Auslegungen, die der Unvollständigkeit von Vorbringen neben deren Unbestimmtheit keinen selbstständigen Platz mehr lassen, wird erheblich weniger eingelöst, als der Art. 56 ZPO in seiner aktuellen Fassung verspricht. Setzt sich nun eine restriktive Anwendung sowohl der richterlichen Fragepflicht als auch von Art. 69 Abs. 1 ZPO – dem gerichtlichen Absprechen der Postulationsfähigkeit einer Partei – durch, klafft eine empfindliche Lücke auf: Dergestalt kann der aktuelle Wortlaut von Art. 56 ZPO einen faktischen Anwaltszwang gar kaschieren und manchen juristischen Laien mit unzureichenden Rechtskenntnissen glauben lassen, ein Prozess ohne professionelle Vertretung wäre für ihn eine gangbare Option. 468

Es gilt hervorzuheben: Je weniger zuverlässig die gerichtliche Hilfestellung einschätzbar ist, umso weniger kann eine Partei abschätzen, wie weit sie den prozessualen Anforderungen gewachsen ist. *Sein eigenes Verhalten ausrichten zu können*, wie es das Bestimmtheitsgebot fordert, muss aber gerade bedeuten, dass der *juristische Laie* insbesondere anhand der Bestimmung, die den praktisch bedeutsamen Fall der mangelhaften Parteieingaben regelt, *einen sinnvollen Entscheid* 469

¹⁴⁷³ Vgl. hierzu N. 849–886.

¹⁴⁷⁴ Vgl. hierzu N. 714–715.

*über seinen Bedarf an einer professionellen Rechtsvertretung fällen kann.*¹⁴⁷⁵ Diesbezügliche Fehleinschätzungen wirken sich regelmässig gravierend auf die Sachverhaltserstellung im Prozess und damit nicht zuletzt ebenso auf die Urteilsrichtigkeit aus. Je schwerwiegender die Folgen, umso höhere Erwartungen sind an die Bestimmtheit des Rechtssatzes zu stellen.¹⁴⁷⁶ Setzt sich eine restriktive Auslegung des Art. 56 ZPO durch, ist somit insbesondere die Formulierung dieser Bestimmung zu überdenken.

C. Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechten Dritter

I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung

a. Aufgabenteilung und Ziele bzw. Zweck des Zivilprozesses

- 470 Der deutsche Autor Fritz BAUR schrieb einst, dass für den Versuch, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Richter und Parteien im Zivilprozess zu finden, vom Zweck des Zivilprozesses auszugehen ist.¹⁴⁷⁷ Umgekehrt legte Wolfram HENCKEL dar, dass auch die Analyse einzelner Prozessvorschriften, die deren Wertungsmassstäbe und Gerechtigkeitsgehalt aufdeckt, einen stets auf die Frage nach dem Zweck des Prozesses innerhalb der Rechtsordnung verweist.¹⁴⁷⁸ Beide Aussagen vereint ergeben, dass sowohl bei der Schaffung einer sinnvollen Aufgabenteilung, einer Herausforderung, der sich der eidgenössische Gesetzgeber vor nicht allzu langer Zeit gegenüber sah, als auch bei der Evaluation bestehender Lösungen, wie dies nun vor allem von wissenschaftlicher Seite vorgenommen wird, der Blick stets auf den Zweck des Zivilprozesses zu richten ist.

¹⁴⁷⁵ Zu dieser Einschätzung vgl. auch N. 371. Zur Forderung nach verfassungskonformer Auslegung des Art. 56 ZPO vgl. N. 557–562.

¹⁴⁷⁶ Vgl. in diese Richtung auch SCHMID/HOFER, S. 295, allerdings im Kontext des Art. 229 ZPO.

¹⁴⁷⁷ BAUR, Parteidrechte, S. 78 f.; vgl. auch MARTIN P., S. 69.

¹⁴⁷⁸ HENCKEL, Prozessrecht, S. 47.

Zweck respektive Ziele des Zivilprozesses werden mannigfach geordnet und umschrieben.¹⁴⁷⁹ Zwar kreisen die allermeisten Beschreibungen um ähnliche Aspekte, allerdings sucht es sich vergebens nach einer allgemeinen rechtlichen Definition des «Zwecks» oder des «Ziels» des Prozesses.¹⁴⁸⁰ Dass die Begriffe Ziel und Zweck austauschbar scheinen, belegt folgendes Beispiel: Daniel WILLISEGGER setzt den Zweck des Prozesses mit «Rechtsschutz» gleich, den er als «die autoritative Beurteilung von Rechtsschutzgesuchen in Zivilsachen» definiert.¹⁴⁸¹ Demgegenüber bildet der «Rechtsschutz» nach Samuel BAUMGARTNER, Annette DOLGE, Alexander MARKUS und Karl SPÜHLER, von diesen als «Durchsetzung des

¹⁴⁷⁹ Solche Feststellung z.B. auch bei: SCHMIDT, S. 9; HENCKEL, Prozessrecht, S. 48; MEIER I., Privatrecht, S. 30. Für Darstellungsbeispiele vgl. z.B.: HENCKEL, Prozessrecht, S. 5 ff. und 48 ff. (mit Kritik insb. an GOLDSCHMIDT, SAUER und PAWLOWSKI) sowie S. 61 ff. zur eigenen Definition; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 1 ff.; KUMMER, ZPR, S. 3 ff.; PFEIFFER, S. 10 f.; WILLISEGGER, S. 85 f.; SCHMIDT, S. 10 ff., insb. auch seinen Schluss S. 38; SUTTER, N. 224 und FN. 1112; BRÄNDLI, N. 75 ff.; VOGEL, Handelsgericht, S. 18; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 2 N. 14 ff.; MEIER I., Privatrecht, S. 30 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Titel vor N. 1.1 und Titel vor N. 1.3 und 1.6; HENCKEL, Prozessrecht, S. 5 ff.; GRASS, S. 1 ff.; RÜEGG, S. 64; MARTIN P., S. 22, 28 und 69 f.; KININGER, S. 64 ff. und 102; REISCHL, S. 90 f.; Fachhandbuch-HAAS/MROSE, N. 2.1 ff.; VON HIPPEL, S. 170 ff. Vgl. auch den Bericht VE-ZPO, S. 10, zum Zweck des Prozesses. Bereits im Buch von KLEIN/ENGEL, S. 186 ff., findet sich ein eigenes Kapitel über «Die Ziele des österreichischen Prozesses».

¹⁴⁸⁰ Anschaulich die Aussage wie auch die Formulierungsweise von JOLIDON, S. 180, welche die Begriffsvielfalt (Ziel, Aufgabe, Funktion, Zweck) belegt, als auch verschiedene Gegenstände aufzeigt, die unter diesen Bezeichnungen erläutert werden: «*La question de savoir quel est le but général de la procédure civile contentieuse, sa tâche, sa fonction essentielle – en d'autres termes: à quoi elle sert – ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Pour certains, elle doit fondamentalement établir la vérité matérielle; pour d'autres, il lui incombe en premier lieu de liquider des procès, et de les liquider rapidement; ou bien encore, elle doit réaliser la Justice, permettre la réalisation des prétentions de droit privé, ou protéger le justiciable contre l'arbitraire et la tromperie, ou enfin rétablir la paix et l'ordre social. Il semble bien qu'en réalité il y ait un peu de tout cela.*» (Hervorhebungen zugefügt); ähnlich die Ausführungen von GAUL, S. 27, (nach dem es in Lehr- und Erläuterungswerken zum Zivilprozessrecht üblich geworden und auch in Monografien nicht selten sei, einen Abschnitt über «*«Ziel», «Zweck» oder «Aufgabe» des Zivilprozesses*» vorauszuschicken) führt aus: «*Bewährung des objektiven Rechts, Sicherung und Durchsetzung subjektiver Rechte, Rechtsvergewisserung unter den Parteien und Wahrung des Rechtsfriedens sind die wesentlichen Zweckbestimmungen, die sich aus der Fülle der vertretenen Ansichten hervorheben lassen.*» Eine Liste der am häufigsten genannten Prozesszwecke in der deutschen Literatur findet sich bei RÖHL/RÖHL, S. 508 ff.

¹⁴⁸¹ WILLISEGGER, S. 85.

materiellen Rechts, d.h. der Feststellung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte» beschrieben, ein Ziel des Zivilprozesses.¹⁴⁸² Wie ein Blick in die deutsche Literatur zeigt, werden die beiden Begriffe zuweilen synonym verwendet. So wird in der Allgemeinen Rechtslehre von Klaus RÖHL und Hans Christian RÖHL im Paragraphen über «Zweck und Funktion, Bedürfnis und Interesse, Rechtsgut und Wert» der Zweck als «die beabsichtigten Folgen einer Handlung» definiert, und hierzu weiter ausgeführt: «Wer sich nicht treiben lässt, sondern sinnvoll handeln will, muss sich Ziele oder Zwecke setzen und nach Mitteln fragen, mit denen sie verwirklicht werden können. [...] Ziel oder Zweck einer Handlung ist also die Überführung der gegebenen Situation in eine bestimmte andere.»^{1483,1484} Spezifisch auf das Gerichtsverfahren bezogen, schreiben die Autoren RÖHL und RÖHL dann an anderer Stelle: «Wenn von den Zwecken des Prozesses die Rede ist, so sind damit jedoch nur die dogmatisch festgelegten Verfahrensziele gemeint, das heißt, die Ziele des Gesetzgebers, wie sie von der Rechtswissenschaft und den Gerichten verstanden und interpretiert werden.»^{1485,1486}

- 472 An dieser Stelle interessieren die Fragen, was der Zivilprozess in jedem Fall erreicht und was mit ihm in jedem Fall erreicht werden sollte. Wenngleich diese Fragestellungen eine rechtsphilosophische Prägung aufweisen, liegt das Augen-

¹⁴⁸² BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 2 N. 14 f. (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁴⁸³ RÖHL/RÖHL, S. 263 (Hervorhebung im dritten Zitat zugefügt). Daran ändert auch die spätere Aussage der Autoren RÖHL/RÖHL, S. 263, «Dabei ist das unmittelbare Ziel oft nur eine Zwischenstation, also seinerseits nur Mittel zu einem fernerem Zweck.», nicht wirklich viel, da gemäss den beiden auch der Zweck lediglich eine Zwischenstation sein kann: «So kann derselbe Zweck gleichzeitig bloß als Zwischenstation und als Selbst- oder Endzweck erscheinen.», und auch dem Kapitel über «Norm und Zweck» in RÖHL/RÖHL, S. 268 f., scheint nach dem vorliegenden Leseverständnis keine Differenzierung der Begriffe Ziel und Zweck zugrunde zu liegen.

¹⁴⁸⁴ Im Duden Universalwörterbuch zeigt sich die fehlende Unterscheidung auch in der Alltagssprache: Wird der Eintrag *Zweck* konsultiert, so ist dieser u.a. «etw., was jmd. mit einer Handlung beabsichtigt, zu bewirken, zu erreichen sucht; [Beweggrund und] Ziel einer Handlung» (Hervorhebung zugefügt) und das *Ziel* wiederum ist nach dessen Eintrag auch «etw., worauf jmds. Handeln, Tun o. Ä. ganz bewusst gerichtet ist, was jmd. als Sinn u. Zweck, angestrebtes Ergebnis seines Handelns, Tuns zu erreichen sucht» (Hervorhebung zugefügt).

¹⁴⁸⁵ RÖHL/RÖHL, S. 508.

¹⁴⁸⁶ Zur Gleichsetzung in der schweizerischen Rechtslehre vgl. z.B. ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4 (beide Begriffe im gleichen Abschnitt); wohl auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Titel vor N. 1.1 und Titel vor N. 1.3 (Zweck), dann ist unter diesen Titeln folgend in der N. 1.6 von Zielen die Sprache; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1 über «Aufgaben und Ziele» und der Titel zuvor: «Sinn und Zweck des Zivilprozesses».

merk vorliegend nicht hierauf, sondern auf prozesstechnischen Aspekten. Soweit diesbezüglich in dieser Abhandlung auch Begriffe wie Zweck oder Ziele des Zivilprozesses verwendet werden, geschieht dies nicht im Bestreben um eine begriffliche Abgrenzung. Vielmehr liegt das Anliegen darin, die überwiegenden Interessen, die sinngemäss nach dem Kriterium des Art. 36 Abs. 2 BV eine Relativierung des *da mihi facta* zu rechtfertigen vermögen, anschaulich darzustellen und dabei aufzuzeigen, dass die materielle Prozessleitung des Gerichts nicht unbedingt auf alles Einfluss hat, was in der Literatur als (Fern-)Ziel¹⁴⁸⁷, Zweck, aber auch als Funktion¹⁴⁸⁸ beziehungsweise Aufgabe¹⁴⁸⁹ des Zivilprozesses beschrieben wird.

b. Materielle Prozessleitung und Interessen am bzw. im Zivilprozess

Die sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen erfahren Relativierungen, um, in der 473
Diktion von Niklaus Thaddäus von GÖNNER ausgedrückt, «*verschiedenen Rücksichten*» Rechnung zu tragen.¹⁴⁹⁰ In grundrechtlichen Belangen sind aus Art. 36 Abs. 2 BV zwei Rechtfertigungsquellen für Relativierungen zu entnehmen: Überwiegende öffentliche Interessen sowie der Schutz von Grundrechten Dritter. Die separate Nennung des zweiten Motivs betont den hohen Stellenwert dieser Rechte. Deren Schutz entspricht im demokratischen Rechtsstaat aber grundsätzlich auch einem öffentlichen Interesse:¹⁴⁹¹ Da das Gemeinwesen diesen Rechten des Einzelnen einen erhöhten Schutz zusichert,¹⁴⁹² muss es umgekehrt auch daran interessiert sein, dass der zugesicherte Schutz ein effektiver ist. Beide Rechtfertigungsmotive lassen sich somit unter die öffentlichen Interessen des Art. 5 Abs. 2 BV subsumie-

¹⁴⁸⁷ Begriff des Fernziels verwenden z.B.: MARTIN P., S. 22; HABSCHEID, Philosophie, S. 11; HABSCHEID, Effektivität, S. 383; HABSCHEID, Grundlagen, N. 8 und 59.

¹⁴⁸⁸ Vgl. den Hinweis bei RÖHL/RÖHL, S. 264, dass eine Zweckanalyse zielgerichtet sei, eine Funktionsanalyse demgegenüber «*systematisch*» und dass Juristen nicht immer zwischen Zweck und Funktion unterscheiden würden, was sich in der Diskussion um die Prozesszwecke zeige.

¹⁴⁸⁹ SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1, über «*Aufgaben und Ziele*» verwendet zuvor den Titel «*Sinn und Zweck des Zivilprozesses*».

¹⁴⁹⁰ Zur vergleichenden Lektüre der Quellen vgl. N. 429–432; zu VON GÖNNER vgl. N. 201–203 und N. 207–209.

¹⁴⁹¹ BSK-BV-EPINEY, Art. 36 N. 48; BSK-BV-EPINEY, Art. 5 N. 65; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 35 f.; E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 43; WYSS, S. 204 f., wonach die kategoriale Trennung im Prinzip überflüssig ist; differenzierend: EGLI P., S. 168 f. und 314.

¹⁴⁹² TSCHANNEN, § 7 N. 2.

ren, denen das staatliche und so auch das gerichtliche Handeln Rechnung tragen muss.

- 474 Wie gesehen, können sowohl mit einer Relativierung wie auch mit dem Aufrechterhalten des strikten *da mihi facta* Grundrechtspositionen der beiden Prozessparteien assoziiert werden.¹⁴⁹³ Dass diese zu den relevanten, gewichtigen Anliegen zählen, auf die Rücksicht zu nehmen ist, versteht sich von selbst. Schliesslich geht es bei den Grundrechten um nicht weniger als die verfassungsmässig oder völkerrechtlich geschützten Rechte «*im Bereich elementarer Erscheinungen des menschlichen Lebens*»¹⁴⁹⁴ beziehungsweise um die «*zentralen Voraussetzungen*» des «*Daseins*»¹⁴⁹⁵.¹⁴⁹⁶ So wie der Art. 36 Abs. 2 BV aufgestellt wurde, anerkennt der Verfassungsgeber, dass Kollisionen mit Grundrechten Dritter einen Spezialfall von Grundrechtsbeeinträchtigungen bilden.¹⁴⁹⁷ Wie aufgezeigt, bedingt auch der Prozess der Sachverhaltserstellung im Zivilverfahren letztlich immer das Finden eines fairen Ausgleichs zwischen den implizierten Verfahrensgrundrechtspositionen der beiden Parteien.¹⁴⁹⁸ Stehen nicht Individualinteressen im Vordergrund, stellt das in Art. 36 Abs. 2 BV erstgenannte Motiv des überwiegenden öffentlichen Interesses sicher, dass Grundrechtsbeeinträchtigungen nur an diejenigen Aspekte des Gemeinwohls geknüpft werden, die sich «*im Verlauf einer längerfristigen demokratischen Auseinandersetzung in der Gesellschaft als besonders bedeutsam herauskristallisiert haben*»¹⁴⁹⁹.¹⁵⁰⁰ So also wird das Eingriffsmotiv einer verfas-

¹⁴⁹³ Vgl. hierzu N. 405–406, N. 428 sowie N. 479–483.

¹⁴⁹⁴ TSCHANNEN, § 7 N. 2; ähnlich RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 956: «*Gewährleistung elementarer Aspekte menschlicher Existenz*».

¹⁴⁹⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 952.

¹⁴⁹⁶ Allgemein zum Schutzobjekt von Grundrechten vgl. auch SCHEFER, Dogmatik, S. 15, und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 14 f.

¹⁴⁹⁷ SCHEFER, Dogmatik, S. 79 f., und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 92 f.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 114; HOTTELIER, N. 34; vgl. auch BGE 140 I 201 E. 6.6 ff.

¹⁴⁹⁸ Vgl. hierzu N. 422–428 und N. 436–439.

¹⁴⁹⁹ SCHEFER, Dogmatik, S. 76, vgl. auch DENS., a.a.O., S. 2; SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 86, vgl. auch DENS., a.a.O., N. 2.

¹⁵⁰⁰ Ähnlich z.B.: WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 401 (legitime Gemeinwohlüberlegungen); TSCHANNEN, § 7 N. 106 (Belange, die sich im demokratischen Rechtsetzungsprozess als solche des Gemeinwesens ausgewiesen haben); KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 107 (Anliegen der Rechtsgemeinschaft). Zu den öffentlichen Interessen vgl. des Weiteren z.B.: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1218 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/KELLER/THURNHERR, N. 313 ff.

sungsrechtlichen Überprüfung unterzogen.¹⁵⁰¹ Sämtliche Interessen sind nur dann zur Rechtfertigung geeignet, wenn sie, auf abstrakter Ebene betrachtet, überhaupt zulässige Gründe für die Beeinträchtigung der Grundrechtsausübung sein können.¹⁵⁰²

Für die sinngemässe Orientierung der Relativierung des *da mihi facta* an diesen Kriterien bedeutet dies Folgendes: Auch hier ist, analog zur grundrechtlichen Auseinandersetzung, zunächst die Interessenanalyse auf einer abstrakten Ebene zu führen.¹⁵⁰³ Bereits im Kapitel 3 wurde auf die Gründe für den gerichtlichen Beitrag zur Sachverhaltserstellung eingegangen: Die dargestellten Abhängigkeiten des *da mihi facta* vom Sach- und vom Verfahrensrecht (*ius*) würden, sowohl was das Urteil als auch was das Verfahren betrifft, zu gravierenden Missständen führen, wären die Parteien bei der Sachverhaltserstellung gänzlich auf sich allein gestellt.¹⁵⁰⁴ In Anbetracht der vorliegenden Orientierung an der Struktur des Art. 36 BV stellt sich nun die Frage, ob die Begegnung der erläuterten Missstände einzig als relevante Individualinteressen der betroffenen Parteien oder ebenfalls (auch) als Gemeinwohlangelegenheit einzustufen ist. Die Antwort muss folgende Gegebenheit berücksichtigen: Obwohl grundsätzlich private Interessen Gegenstand des Zivilprozesses bilden, sind längerfristig wirksame Gemeinwohlvorstellungen als öffentliche Interessen am Zivilprozess einzubeziehen: Schliesslich, so erläuterte dies bereits Franz KLEIN, «[endigt d]ie Interesselosigkeit des Staates – so will es scheinen – [...] bei privatrechtlichen Rechtsverletzungen mit der Anrufung des Gerichtes. Wo der Staat sich die Richterfunction als eine nahezu ausschliessliche beilegt, ist er daran erheblich interessirt, dass seine Gerichte bestehenden Streit

¹⁵⁰¹ TSCHANNEN, § 7 N. 105.

¹⁵⁰² Vgl. auch TSCHANNEN, § 7 N. 108, der von Interessenselektion spricht. SCHEFER, Dogmatik, S. 78, wonach die öffentlichen Interessen die entgegenstehenden Interessen an der Grundrechtsausübung auf einer abstrakten Ebene überwiegen müssen, um Grundrechtseingriffe rechtfertigen zu können; WYSS, S. 200, präzisiert, dass das Adjektiv «überwiegend» auf das Ergebnis der Verhältnismässigkeitsprüfung verweist, es kann keine öffentlichen Interessen geben, welche abstrakt grundrechtsverdrängende Kraft beanspruchen könnten.

¹⁵⁰³ Zum Vorgehen im grundrechtlichen Kontext vgl. SCHEFER, Dogmatik, S. 78 f., und auch SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 90 f. m.H., dass erst die Angleichung der Abstraktionshöhe die involvierten Interessen vergleichbar und einer Abwägung zugänglich macht.

¹⁵⁰⁴ Vgl. hierzu N. 235–240.

gerecht entscheiden.»^{1505,1506} Diese Worte haben bis heute nicht an Bedeutung eingebüsst. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass jedes Zivilverfahren auch für den Staat mit einigem Aufwand an Zeit und Kosten verbunden ist.¹⁵⁰⁷ All dies führt zum Schluss, dass auch bei der Relativierung von *da mihi facta* beide Perspektiven – sowohl diejenige der Parteien als auch die der Allgemeinheit – für die Rechtfertigungsmotive von Bedeutung sind.

- 476 Zu den bereits behandelten gegensätzlichen Interessen der konkret Beteiligten *im* kontradiktorischen Verfahren gesellen sich demnach Interessen der Allgemeinheit und eines jeden Einzelnen *am* Zivilprozess. Einige überschneiden sich und einige davon bilden letztlich auch die *ratio legis* der materiellen Prozessleitung. Bevor in der Folge auf einzelne Interessen eingegangen wird, lohnt es sich, vorab mithilfe der vorliegend verwendeten Hintergrundfolie des Art. 36 BV etwas Struktur in diese komplexe Interessenlage zu bringen.

c. Interessenkonstellationen

i) Sicht der Allgemeinheit vs. Sicht des Einzelnen

- 477 Wie eben gesehen, können auf einer ersten Ebene zwei Perspektiven eingenommen werden.¹⁵⁰⁸ Der Einzelne verlangt mit der Anrufung des Zivilgerichts die möglichst rasche und effektive Durchsetzung des Schutzes seiner privatrechtl-

¹⁵⁰⁵ KLEIN, Parteihandlung, S. 128 f. Teilweise auch zitiert bei GRASS, S. 3. KLEIN unterstrich auch die gesamtwirtschaftliche und die gesellschaftliche Bedeutung des Prozesses und verstand ihn als Wohlfahrtsaufgabe (vgl. diesbez. z.B.: RECHBERGER, Vorbild, S. 3; SALZGEBER, S. 13; TROLLER, Grundlagen, S. 51 und 55; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 5, 48 und 352; HEINZMANN, Habil., N. 23 und 25; OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 81 f.).

¹⁵⁰⁶ Ähnlich auch SALZGEBER, S. 13; vgl. auch BAUR, Funktionswandel, S. 165: «[D]ie Tatsache, daß es im Prozeß um private Rechte und Interessen geht, hindert den Gesetzgeber nicht, Belange des Gemeinwohls bei der Normierung des Verfahrensablaufs, bei der Verteilung der Gewichte zwischen Richtermacht und Parteimacht zu berücksichtigen.»; vgl. des Weiteren auch REISCHL, S. 91 f.; VON HIPPEL, S. 181 f.

¹⁵⁰⁷ Dies betonen z.B.: SALZGEBER, S. 13 f.; HEER, S. 162; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4.

¹⁵⁰⁸ Vgl. auch ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4, zu den Perspektiven des Einzelnen und der Allgemeinheit; SALZGEBER, S. 12, zu zwei grossen Gruppen von Interessensphären: Interessen der Gemeinschaft/des Staats sowie die Privatinteressen der Prozessbeteiligten.

chen Ansprüche.¹⁵⁰⁹ Mit dem Bereitstellen der staatlichen Institutionen zur Rechtsprechung ist wiederum die Allgemeinheit darum besorgt, die Rechtsordnung möglichst effizient zu wahren und den Rechtsfrieden nachhaltig zu sichern.¹⁵¹⁰ Diesbezüglich besteht, wie zu zeigen sein wird, kaum Widerspruch zwischen den Perspektiven der Allgemeinheit und des Einzelnen: Wenn es dem Einzelnen möglich ist, seine von Rechts wegen gerechtfertigten Ansprüche durchzusetzen, kann der Streit abgeschlossen, der Rechtsfrieden bald wiederhergestellt und die Rechtsordnung bewahrt werden.¹⁵¹¹

Zwischen einzelnen Zielen am und im Zivilprozess besteht jedoch ein Spannungs- 478
verhältnis, auf das noch im Detail einzugehen ist.¹⁵¹² Die dabei besonders relevanten Aspekte – das materiell richtige Urteil am Ende eines fairen Verfahrens und die möglichst rasche und kostengünstige Verfahrensgestaltung – spiegeln sich auch in verfahrensrechtlichen Grundrechtsansprüchen, also in den Interessen der Parteien. Deren Wahrung wiederum stellt, wie bereits erwähnt, auch ein zentrales Anliegen der Allgemeinheit dar. Grundsätzlich liesse sich demnach vieles aus beiden Perspektiven erläutern. Im Bestreben darum, die Orientierung an Art. 36 Abs. 2 BV weiterzuverfolgen, gleichzeitig aber Wiederholungen zu vermeiden, werden im nachfolgenden Unterkapitel C. III. diese Interessen, die eine Relativierung des *da mihi facta* zu rechtfertigen vermögen, primär aus der Sicht der Allgemeinheit (Unterkapitel C. III. a.) dargestellt, wobei selbstverständlich die Bezüge zu den Verfahrensgrundrechten der Parteien vermerkt sind. Da im Verfahren jedoch zwei sich streitende Parteien auftreten, zwischen deren verfahrensgrundrechtlichen Positionen ein Ausgleich herzustellen ist, ist auf das Ziel der Verfahrensfairness zusätzlich aus der Perspektive des Einzelnen detaillierter einzugehen (Unterkapi-

¹⁵⁰⁹ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1; MARTIN P., S. 22; BAUR, Funktionswandel, S. 161.

¹⁵¹⁰ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4; MARTIN P., S. 22; BAUR, Funktionswandel, S. 161; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 3 f. Mit der Möglichkeit, an das Gericht zu gelangen, wird die Selbsthilfe weitgehend ersetzt, vgl. diesbez. z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 2 f.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 1.2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 1 N. 1; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 8.

¹⁵¹¹ Aus der anderen Richtung blickend ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4: «Durch die Wahrung des objektiven Rechts (Rechtsordnung) wird gleichzeitig dem Einzelnen Rechtsschutz gewährt [...]» Vgl. des Weiteren GAUL, S. 46 f.: «Der alte Streit, ob der Zweck des Zivilprozesses in der Bewährung der objektiven Rechtsordnung oder in der Durchsetzung subjektiver Privatrechte zu sehen ist, kann m.E. heute nur im Sinne eines 'Sowohl-als-auch' entschieden werden. Denn wie sollte beides ein Widerspruch sein?»

¹⁵¹² Vgl. hierzu N. 517–529.

tel C. III. b.). In Bezug auf diese Interessenlage der Prozessparteien sind die nachfolgenden Präzisierungen zu berücksichtigen.

ii) Sicht der beiden Parteien im kontradiktorischen Prozess

- 479 Wie bereits verschiedentlich erwähnt, folgt aus der kontradiktorischen Ausgestaltung des Zivilprozesses, dass ein gerichtliches Eingreifen in den Prozessstoff zwar Konsequenzen auf die Situation beider in das Verfahren eingebundenen Parteien hat; diese beiden Parteien allerdings einen solchen Eingriff, aufgrund ihrer gegensätzlichen Interessen, in der Regel unterschiedlich schätzen.¹⁵¹³ Diesem Umstand gilt es hinsichtlich des Interesses an beziehungsweise des Ziels nach einem fairen Verfahren besonders Rechnung zu tragen. Daher erfolgt, wie eben erwähnt, dessen Darstellung nicht einzig aus Sicht der Allgemeinheit, sondern auch aus der Perspektive der Parteien. Aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Verfahrens verlangt also die Wendung der «Grundrechte [...] Dritter» in Art. 36 Abs. 2 BV für die vorliegende Relativierung des *da mihi facta* nach den folgenden Erläuterungen:
- 480 Wenn nun zwar die gesetzlich statuierte Verhandlungsmaxime die Verantwortung für den Prozessstoff den Parteien zuschreibt, so «gehört» diese Maxime doch keiner der beiden: Die Parteien behaupten und bestreiten, sie detaillieren und bieten Beweise an, doch wie bereits im Kapitel 3 aufgezeigt, ist keine dieser Einbring-tätigkeiten exklusiv mit nur einer Parteirolle im Verfahren verbunden.¹⁵¹⁴ So wird auch durch die Relativierung der Parteiverantwortung mittels eines gerichtlichen Eingriffs in den Prozessstoff nicht etwa generell die Rechtsstellung des Klägers oder diejenige des Beklagten negativ beeinträchtigt. Vielmehr ist gegenüber der Prozessmaxime jede am Verfahren teilnehmende Partei quasi als potentieller Dritter im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV zu betrachten, welchem die Maximenrelativierung entgegenkommen kann. Mit anderen Worten ausgedrückt: Erst die konkrete Prozesssituation zeigt, wer in den Genuss einer Relativierung des *da mihi facta* durch eine gerichtliche Unterstützung kommt, ohne auszuschliessen, dass im nächsten Moment die Gegenpartei von einem weiteren staatlichen Eingriff in den Prozessstoff profitieren kann.
- 481 Wie bereits im Kapitel 6 aufgezeigt, lassen sich die Analyse und die Abwägung der Interessen *beider* Parteien, denen jeder gerichtliche Entscheid im Bereich der materiellen Prozessleitung Rechnung tragen muss, besonders anschaulich mit-

¹⁵¹³ Vgl. hierzu N. 352–355.

¹⁵¹⁴ Vgl. hierzu N. 155.

hilfe der Struktur des Art. 36 BV vornehmen, der die Mehrpoligkeit des (Prozess-) Rechtsverhältnisses berücksichtigt.¹⁵¹⁵ Hierbei nimmt das *da mihi facta* stellvertretend den Platz derjenigen Partei ein, deren Situation – *ex ante* betrachtet – durch den gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff potentiell negativ beeinträchtigt wird: Wenn nun ein Grundrecht der Person A grundsätzlich durch ein Grundrecht einer Person B eingeschränkt werden kann, sind demnach die grundrechtlichen Interessen der demgegenüber an einer Relativierung des *da mihi facta* interessierten Partei an die Position von B zu setzen. Mit den Grundrechten «Dritter» im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV ist somit diese Position von B angesprochen – also derjenigen Partei, die *ex ante* betrachtet mit dem richterlichen Eingriff eine neue Chance erhält, ihre Sachverhaltshypothese doch noch rechtsgenügend einzubringen. Im vorliegenden Kapitel zu den Relativierungsmotiven ist dementsprechend aus der Individualperspektive über die mit dieser Position B verbundenen Grundrechtsinteressen zu berichten.

Dieser Schutz der Rechte einer in diesem Sinn von der materiellen Prozessleitung 482 profitierenden Person B findet allerdings beim Schutz der Grundrechte anderer seine Grenzen – konkret: bei der auch gegenüber ihrer Gegenpartei A einzuhaltenen Verfahrensfairness. Sieht man in Verfahren, welche die persönlichen Belange der Prozessparteien zum Gegenstand haben, im Aufrechterhalten der strikten Parteiverantwortung im Sinne des *da mihi facta* stellvertretend den Schutz der Gegenpartei A, welche ohne den gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff passiv prozessuale Vorteile davontragen würde, zeigt sich die potentielle Kollision der Verfahrensgrundrechte der beiden Prozessparteien.¹⁵¹⁶ Ziel ist es, diese Grundrechtspositionen beider Parteien in einen fairen Ausgleich zu bringen.

Pierre TSCHANNEN weist darauf hin, dass «*gerechtfertigt sein*» im Sinne von Art. 36 483 Abs. 2 BV einzig eine Interessenselektion verlangt: Unter diesem Titel sind demnach erst die Interessen herauszukristallisieren, welche grundsätzlich ein zulässiges Eingriffsmotiv darstellen. Eine Abwägung zwischen den gegenläufigen Interessen erfolgt demgegenüber noch nicht.¹⁵¹⁷ Die Frage, ob das zulässige Eingriffsmotiv dann auch überwiegt, wird im grundrechtlichen Kontext im Rahmen der Verhältnismässigkeit geprüft.¹⁵¹⁸ Entsprechend der Systematik von Art. 36 BV ist somit die Fairness gegenüber der Gegenpartei (also A), welche die materielle Prozessleitungs-

¹⁵¹⁵ Vgl. hierzu N. 422–428 und N. 436–444.

¹⁵¹⁶ Vgl. hierzu N. 405–406 und N. 422–428.

¹⁵¹⁷ TSCHANNEN, § 7 N. 108.

¹⁵¹⁸ TSCHANNEN, § 7 N. 108 und zur Abwägung mit widerstreitenden Interessen N. 111 f.; vgl. auch den Hinweis bei BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 50, dass das Gewicht des öffent-

massnahme nicht wünscht, als Eingriffsschranke aufzufassen, die es für den sinnvollen Interessenausgleich innerhalb des Prozessrechtsverhältnisses erst auf der Ebene der Verhältnismässigkeitsprüfung im Unterkapitel D. IV. d., wie auch in den Kerngehalt des *da mihi facta* im Unterkapitel E., einzubeziehen gilt. Können nun in einer konkreten Prozesssituation unter Umständen gar beide Parteien von einem richterlichen Hinweis profitieren, wiegt dieses im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigende Gegengewicht entsprechend weniger schwer. Diese Methodik belegt, dass sich das Gericht bei der materiellen Prozessleitung im Hintergrund mit Fragen über das Spannungsverhältnis zwischen verfahrensrelevanten Grundrechten der beiden Parteien zu beschäftigen hat, und zeigt, wie bei der Herstellung eines Ausgleichs systematisch vorgegangen werden kann.

II. Mit *da mihi facta* verbundene Interessen

484 Unabhängig davon, welche Motive für eine Relativierung des *da mihi facta* sprechen, ist zunächst allgemein festzuhalten, welche Interessen zugunsten des Parteieinsatzes bei der Sachverhaltserstellung in die Waagschale zu legen sind. Immerhin entspricht die originäre Parteiverantwortung dem Grundsatz, für den sich der Gesetzgeber mit Art. 55 Abs. 1 ZPO ausgesprochen hat. Diese Interessen sind hiervor bereits an verschiedenen Stellen erläutert worden, weshalb sie hier nur zusammengefasst werden. Das *da mihi facta* geht davon aus, dass die Parteien:¹⁵¹⁹

(i.) aufgrund ihrer Nähe zu den Geschehnissen am genauesten und effizientesten Auskunft über diese geben können, während der Zivilrichterschaft nur beschränkte Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung offenstehen.¹⁵²⁰

lichen Interesses bei der Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Verhältnismässigkeit relevant ist.

¹⁵¹⁹ Es sei angemerkt, dass *da mihi facta* auch im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime im Sinne einer Mitwirkungspflicht von Bedeutung ist (vgl. hierzu N. 228–230), weshalb die an dieser Stelle zusammengetragenen Aspekte zumindest teilweise auch vor jenem Hintergrund eine Rolle spielen. Dies ist daher bedeutsam, weil die soziale Untersuchungsmaxime i.S.v. Art. 247 Abs. 2 ZPO aufgrund derer praktischen Umsetzung vorliegend auch unter dem Titel *da mihi facta* betrachtet wird (vgl. hierzu N. 265). Aus diesem Grund werden an dieser Stelle auch nicht einfach die ideologische/rechtsdogmatische und technische/pragmatische Begründung der *Verhandlungsmaxime* ausgeführt (wohl aber Belege hierzu angegeben, vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 1522 und 1520).

¹⁵²⁰ Zum Richter als Aussenstehender bzw. zur Sachnähe der Parteien vgl. N. 84 m.w.H. und N. 214–216. Bei der Verhandlungsmaxime wird m.H.a. eine in diesem Sinn bes-

- (ii.) sich hierbei insbesondere aufgrund ihrer Eigeninteressen gegenseitig korrigieren und so eine weitgehend vollständige Rekonstruktion der Ereignisse, wie sie sich aus objektiver Sicht zugetragen haben müssen, möglich wird.¹⁵²¹
- (iii.) ihre persönlichen Interessen, über die sie Verfügungsberechtigung besitzen, auch im Zivilprozess autonom verfolgen¹⁵²² beziehungsweise, dass in diesen Belangen der staatliche Einfluss auf das hierfür Notwendige zu reduzieren ist¹⁵²³. Hier kann der Schutz der einer materiellen Prozessleitungsmassnahme

sere, schnellere, zuverlässigere, d.h. insgesamt zweckmässigere Aufklärung durch die Parteien auch von der *technischen bzw. pragmatischen Begründung der Verhandlungsmaxime* gesprochen, vgl. zu dieser z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 12 und 14 (sowie N. 92 zum Verhältnis zur Fragepflicht); ASPRION STÖCKLIN, S. 149; ASPRION, S. 30; SARBACH M., Diss., S. 12 (sowie S. 20 zum Verhältnis zur Fragepflicht); SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 688 f.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 351; BK I-HURNI, Art. 55 N. 6; HEER, S. 161 f. und 168; SARBACH R., N. 33; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 2, 2. Spiegelstrich; RÜTSCH/SCHNEIDER, S. 70; zumindest implizit, d.h. auf solche Aspekte hinweisend, auch z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 5; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 9; BUCHER, S. 21; GULDENER, ZPR, S. 160; MARTIN P., S. 41 und 77; MÜLLER R., S. 73; DROESE, Diss., S. 254; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 117 f.; TSCHUDI, S. 34; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 N. 2; KÖLZ, S. 8; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 77 N. 3; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 15.

¹⁵²¹ Auch dies wird als Teil der technischen bzw. pragmatischen Begründung der Verhandlungsmaxime aufgefasst, vgl. zu dieser die Hinweise im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1520. Zu den unterschiedlichen Sachverhaltshypothesen vgl. insb. N. 326–327 und zur Sachverhalterstellung als solche vgl. N. 84–87.

¹⁵²² Bei der Verhandlungsmaxime wird m.H.a. die Fortsetzung der Privatautonomie bzw. der Konsequenz der materiell-rechtlichen Verfügungsfreiheit der Rechtssubjekte von der *ideologischen bzw. rechtsdogmatischen Begründung der Verhandlungsmaxime* gesprochen, vgl. zu dieser z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 12 f. (sowie N. 91 und 96 f. zum Verhältnis zur Fragepflicht); ASPRION STÖCKLIN, S. 149 f.; ASPRION, S. 30; SARBACH M., Diss., S. 12 (sowie S. 18 ff. zum Verhältnis zur Fragepflicht); SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 689; HEER, S. 161; SARBACH R., N. 32; RÜTSCH/SCHNEIDER, S. 70; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 351 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 9; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 2, 1. Spiegelstrich; BK I-HURNI, Art. 55 N. 5 f.; implizit auch bei: GULDENER, ZPR, S. 160 f.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 77 N. 3. Zur Verhandlungsmaxime und zur Privatautonomie vgl. auch N. 59–62 und insb. die Hinweise in FN. 173 und N. 65 mit den Hinweisen in FN. 195 der vorliegenden Abhandlung.

¹⁵²³ Vgl. auch den Hinweis von SCHWANDER D., Streifzug, S. 575, zur privatautonomen Ausgestaltung der Sachverhaltsermittlung bei der Verhandlungsmaxime oder den Hinweis von BRÖNNIMANN, Diss., S. 6 f., zur Sperrwirkung der Verhandlungsmaxime, die «eine aus der Sicht der Parteien allenfalls unnötige oder unerwünschte richterliche Einmischung verhindert». Zum Bezug der Verhandlungsmaxime zum liberalen Zivil-

kritisch gegenüberstehenden Partei in solchen Verfahren hinzugesetzt werden – also deren Interesse, dass das Gericht der Gegenpartei bei der Durchsetzung derer rein persönlichen Interessen nicht über Gebühr hilft.

III. Interessen an der Relativierung des *da mihi facta* aus verschiedenen Perspektiven

485 Nachdem die wesentlichen Interessen hinter *da mihi facta* zusammengefasst sind, geht es nun entsprechend der hiervor aus Art. 36 Abs. 2 BV übertragenen Prüfungsweise¹⁵²⁴ darum, die Gegengewichte darzustellen, die nach einer Relativierung des Grundsatzes verlangen.

a. Sicht der Allgemeinheit: Öffentliche Interessen am Zivilprozess

486 Zu Beginn steht die schlichte Erkenntnis, dass für ein friedliches Zusammenleben dringender Bedarf nach Möglichkeiten besteht, Streitangelegenheiten nachhaltig beizulegen.¹⁵²⁵ Auf eine solch endgültige und dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse zielt das kontradiktorisch geführte Verfahren vor dem Gericht oder einer anderen Spruchbehörde ab.¹⁵²⁶

i) Formale Verbindlichkeit der Streiterledigung

487 Eine erste Voraussetzung für ein friedliches Neben- und Miteinander ist somit eine *endgültige* Streitbeendigung – das Erreichen eines Schlusspunkts. Oftmals

prozess vgl. z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 5; ASPRION, S. 30; MÜLLER R., S. 62; HEER, S. 155 f.

¹⁵²⁴ Vgl. hierzu N. 477–483.

¹⁵²⁵ Vgl. auch GIGER, S. 478, m.H., dass der Mensch schon früh erkannt hat, dass ein ungehindertes Zulassen von Konflikten zu einer das Zusammenleben verunmöglichenden Eskalation ausarten kann; TROLLER, Methode, S. 3 f., wonach sich nirgends Rechtsfriede einstellt, gäbe es keine Richter, weshalb diese unerlässlich vorgegebenes Element jeglicher Rechtsordnung darstellen. Zu dem von allen Prozessbeteiligten getragenen Bedürfnis, den Konflikt aus der Welt zu schaffen, vgl. auch: LOOSLI, S. 31 f.; TROLLER, Grundlagen, S. 84.

¹⁵²⁶ Vgl. für die *endgültige* und *dauernde* Regelung von Zivilstreitigkeiten z.B.: BGE 107 II 499 E. 2b (zum Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit nach Art. 44 lit. a–f aOG) und BGE 123 III 346 E. 1 (zu Art. 46 aOG); des Weiteren auch BERTI, ZPO, N. 15. Das Ziel des definitiven und endgültigen Entscheids bezeichnet SUTTER-SOMM, ZPR, N. 4, auch als *Wiederherstellung des Rechtsfriedens*.

können die Parteien in ihren privaten Angelegenheiten diesen Punkt ausserhalb eines Gerichtsverfahrens selbstständig setzen und sich über die Verwirklichung «ihres» Rechts einigen.¹⁵²⁷ Hierbei können sie ihre Rechtsbeziehung innerhalb der rechtlichen Schranken inhaltlich autonom und mit gegenseitigen Zugeständnissen regeln; mitunter also anders beurteilen, als es ein autoritativ entscheidendes Gericht tun würde. Der kontradiktorische, richterlich geleitete Zivilprozess ist in dieser Hinsicht als Alternative oder doch eher als letzter Ausweg zu betrachten, um entstandenen Streitigkeiten ein Ende zu bereiten. Auch dieser Weg, der beschritten wird, wenn eine Partei entscheidet, vorbehältlich allfälliger Urteilssurrogate, die Streitentscheidung abzugeben,¹⁵²⁸ ist von vornherein kein unendlicher.¹⁵²⁹ Der aller kleinste gemeinsame Nenner von Sachurteilen und verfahrensabschliessenden Abschreibungsentscheiden, der spätestens im letztinstanzlichen Verfahren in jedem Fall erreicht wird, ist also ein Abschluss der Streitigkeit.

Abgesehen davon, dass dieser Schlusspunkt durch gerichtliches Mitwirken allenfalls früher erreicht wird, weil das Verfahren effizienter abläuft, hat die materielle Prozessleitung keinen Einfluss auf den rein verfahrenstechnischen, wertungsfreien Rechtskrafteintritt¹⁵³⁰.

¹⁵²⁷ Vgl. z.B.: BERTI, Diss., S. 12, zum sich einander Anpassen als Alternative zum Rechtsstreit; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 7 zur eigenverantwortlichen Konsensfindung der Parteien insb. auch im Rahmen alternativer Streiterledigungsmodelle (sog. Alternative Dispute Resolution, ADR).

¹⁵²⁸ Vgl. den Hinweis bei WILLISEGGER, S. 204, wonach die Willenserklärung zur Rechtsverfolgung im Prozess bedingungslos ist, allerdings kann die Klage später zurückgezogen werden, die ursprüngliche Verfahrenseinleitung hat aber trotzdem Wirkung entfaltet; zu den nach Klageeinleitung möglichen Verfahrensausgängen vgl. BERTI, ZPO, N. 18.

¹⁵²⁹ Vgl. auch die Beschreibungen in N. 23–24 zu Oskar BÜLOWs Prozessrechtsverhältnis und N. 362–364 zu Niklas LUHMANN.

¹⁵³⁰ Vgl. auch den Hinweis von JOLIDON, S. 201: «*Or l'autorité de la chose jugée n'est à aucun degré tributaire de la «qualité» du jugement.*»; zur Notwendigkeit der Rechtskraft vgl. BGE 115 II 187 E. 3d: «*Die Funktion der Rechtsprechung, die Rechtsgewissheit und den Rechtsfrieden herzustellen, erheischt, dass jedes formell rechtskräftige Sachurteil auch materielle Rechtskraft entfaltet, selbst wenn es auf unrichtigen Grundlagen beruht [...]*»; GULDENER, Treu und Glauben, S. 406: «*Und endlich fällt in Betracht, daß Rechtsfriede und Rechtssicherheit erfordern, daß der Rechtsstreit ein definitives Ende finden muß. Infolgedessen kann sich eine Partei einer rechtskräftigen Entscheidung gegenüber nicht darauf berufen, daß die Entscheidung unrichtig sei und daß sie der Gegner durch eine Treu und Glauben verletzende Prozeßtaktik erschlichen habe. Zwar fehlt es nicht an allen Mitteln, um eine rechtskräftige Entscheidung anzufechten. Dafür stehen die außerordentlichen Rechtsmittel zu Gebot, doch ist*

ii) **Rechtliche Verpflichtung zum Streben nach verschiedenen Zielen**

1. **Ablehnung eines Selbstzwecks der Verfahrensvorschriften**

- 489 Wie bereits im Kapitel 1 festgehalten, kann ein richtiges Urteil nicht garantiert werden.¹⁵³¹ Ein reduzierender Schluss, dass daher die Rechtskraft eines streitabschliessenden Entscheids für sich ausreichen würde, um den Zweck des Verfahrens oder dessen Ziel zu beschreiben, heisst, von einem rein formalen und von jedem Sinnzusammenhang mit dem Sachrecht losgelösten Verfahrensverständnis auszugehen. Ein solches wird der modernen Prozessauffassung nicht gerecht.¹⁵³² So sehen sich Autoren, die wie etwa James GOLDSCHMIDT in der Herbeiführung eines rechtskräftigen Urteils den Prozesszweck erblicken,¹⁵³³ mit dem Vorwurf konfrontiert, dadurch einen rein innerprozessualen Selbstzweck zu kreieren.¹⁵³⁴ Auch Niklas LUHMANNs Werk *Legitimation durch Verfahren* blieb unter diesem Gesichtspunkt nicht kritiklos: So schreibt etwa Ewald KININGER, dass LUHMANN mit der Betonung der Notwendigkeit des Entscheids faktisch die Rechtskraft zum Prozessziel erkläre; eine solch inhaltsleere, bloss formale Zielsetzung vermöge aber das Wesentliche des Prozesses nicht zu erfassen.¹⁵³⁵ Auch Horst KONZEN wirft LUHMANN vor, dieser sehe den Sinn des Prozesses überhaupt nicht im Inhaltlichen,

die Anfechtung auf diesem Weg auf wenige, scharf begrenzte Fälle beschränkt.»; vgl. sodann auch GULDENER, ZPR, S. 50; GULDENER, Bundesprivatrecht, S. 15 f. und 59.

¹⁵³¹ Vgl. hierzu N. 57–58.

¹⁵³² HEER, S. 159 f. zur Stellung des Richters im Wandel der Zeit: *«Die Äusserung, die Zivilrechtspflege diene nicht der Ermittlung der materiellen Wahrheit, sondern der Erledigung des Zivilrechtsstreits, das Urteil habe nicht notwendigerweise der materiellen Wahrheit zu entsprechen, erscheint vor diesem Hintergrund vollständig überholt.»*; SCHMIDT, S. 24, betont, dass nur ein *materiales* Prozessverständnis den rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird.

¹⁵³³ GOLDSCHMIDT, S. 150 ff., 187 f. und 211 ff.

¹⁵³⁴ Kritik an GOLDSCHMIDT z.B. bei HENCKEL, Prozessrecht, S. 5 f. und 48 ff., insb. S. 50: *«Nur dann, wenn man nach der Richtigkeit eines Urteils fragt, ist es möglich, Wertmaßstäbe zu entwickeln, an denen das Prozeßrecht ausgerichtet werden kann. Der Fehler in GOLDSCHMIDTs Gedankengang liegt also darin, daß er aus der Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen prozessualen und materiellrechtlichen Kategorien den Schluß ableitet, daß auch die Wertungen, die dem Prozeßrecht zugrundeliegen, vom materiellen Recht unabhängig sein müßten.»*; HENCKEL, Gerechtigkeitswert, S. 10 ff.; GAUL, S. 56 ff.; SCHMIDT, S. 11 FN. 15; KONZEN, S. 117 f.

¹⁵³⁵ KININGER, S. 20 m.H.a. LUHMANN, wonach es auf die *«Notwendigkeit des Entscheidens»* ankommt. LUHMANN, S. 21, führte dort aus: *«All das vermag jedoch nicht zu gewährleisten, daß stets Wahrheit gefunden, stets eine richtige Entscheidung getroffen wird. Dem steht die Notwendigkeit des Entscheidens entgegen. Ein System, das die*

also nicht im Finden der materiellen Wahrheit, nicht in Gerechtigkeit und Rechtsschutz, sondern suche die Legitimation für die Rechtsfindung in der Form, im Verfahren.¹⁵³⁶ Dass «[d]ie Entscheidung [...] das Bestrittene unbestreitbar [macht]. Mehr nicht.», weil eben die Antwort auf die Frage, «[o]b der konkrete Prozess – darüber hinaus – *Rechtsverwirklichung*, *Rechtssicherheit* oder *Rechtsfrieden* (im Sinne objektiver Rechtsbewährung) herzustellen vermag, [...] auf einem ganz anderen Blatt [steht]»¹⁵³⁷, wurde zwar auch in jüngerer Zeit geschrieben. Doch auch Daniel WILLISEGGER, von dem diese Worte stammen, stellt klar: «Gewiss lässt sich darin kein selbständiger Prozesszweck erkennen.»¹⁵³⁸

Wie bereits aus der Erläuterung des Verhältnisses zwischen Sach- und Verfahrensrecht im Kapitel 2 hervorgeht, sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass das Prozessrecht nicht zum reinen Selbstzweck verkommen darf.¹⁵³⁹ Daher kann die aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stammende Wendung einer nicht nur endgültigen, sondern auch *dauernden* Streiterledigung¹⁵⁴⁰ wohl dahingehend interpretiert werden, dass hierbei zwingend bestimmte Ziele anzustreben sind, so dass der Streitabschluss ein effektiver und nachhaltiger sein wird.¹⁵⁴¹ Der Art und Weise der Streitbeilegung werden somit Wertungen zugefügt.

Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren.»

¹⁵³⁶ KONZEN, S. 47 f. Weitere Kritik an LUHMANN z.B. bei SCHMIDT, S. 18 ff.

¹⁵³⁷ WILLISEGGER, S. 85.

¹⁵³⁸ WILLISEGGER, S. 85 und weiter S. 86: «Das will und muss nicht heissen, der Prozess werde durch Einhaltung von Prozessvorschriften bereits hinreichend legitimiert und gewissermassen zum Selbstzweck. Wohl aber hat es die Bedeutung, dass der Prozess eine *richtige* Entscheidung nicht gewährleisten kann; vor allem auch deshalb nicht, weil der Rechtsschutz unter der Voraussetzung des Beweises steht (si probetur).», vgl. auch DENS., S. 245 sowie FN. 755.

¹⁵³⁹ Vgl. hierzu N. 114–115; vgl. auch die Erläuterungen zum überspitzten Formalismus in N. 720–723 und dort insb. die Hinweise in FN. 2323.

¹⁵⁴⁰ BGE 107 II 499 E. 2b; BGE 123 III 346 E. 1.

¹⁵⁴¹ Vgl. auch die Hinweise z.B. bei HABSCHIED, Effektivität, S. 385 (m.H.a. das deutsche Bundesverfassungsgericht in FN. 21): «Effektivität des Rechtsschutzes bedeutet aber nicht nur, dass der Rechtsschutz schnell erfolgen soll, sondern auch, dass der Rechtsschutzordnung das Ziel des gerechten Urteils anzustreben hat.» (Hervorhebung zugefügt); fast identisch HABSCHIED, Grundlagen, N. 559, der dort vom *Fernziel* des richtigen, mit dem materiellen Recht im Einklang stehenden und daher gerechten Urteils spricht; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 1.6, sprechen vom *Streben* nach einem gerechten Entscheid; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 121 m.w.H. zur Erkenntnis, «dass dem Richter die Erforschung der materiellen Wahrheit zwar vielfach nicht mög-

- 491 Für die Ausgestaltung des Verfahrens ist nach Tanja DOMEJ die Frage in den Mittelpunkt zu stellen, «*wie mit ökonomischem Ressourceneinsatz der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren bestmöglich verwirklicht und möglichst ein der materiellen Rechtslage entsprechendes Urteil erreicht werden kann*»¹⁵⁴². Wenn nun die Verfahrensausgestaltung an sich hierauf ausgerichtet sein soll, können die drei in diesem Zitat hervorgehobenen Elemente auch als Ziele aufgefasst werden, die es letztlich in jedem Zivilverfahren anzustreben gilt. Dass solche Ziele nicht allesamt in maximalem Umfang erreicht und zuweilen gar verfehlt¹⁵⁴³ werden können, illustriert die etwa von Walther HABSCHEID gewählte Unterscheidung zwischen Nah- und Fernzielen¹⁵⁴⁴: Ersteres stellt ein endgültiges, rechtskräftiges Urteil dar, denn schliesslich kann nicht ewig gestritten werden; Fernziel ist die materielle Gerechtigkeit. Ein gutes Prozessordnungssystem müsse darum besorgt sein, dass Fern- und Nahziel möglichst zusammentreffen.¹⁵⁴⁵ Hieraus lässt sich folgern, dass auch die Qualität des Schlusspunkts, also der einzelnen Streitentscheidung, davon abhängt, wie weit die Ziele, die mit dem Verfahren und dem Urteil verwirklicht werden sollen, in einem konkreten Fall erreicht werden.¹⁵⁴⁶
- 492 Ein weiterer Blick in die Literatur verrät, dass ziemlich genau die drei eben zitierten Ziele, welche es für die Ausgestaltung der Verfahrensordnung zu berücksichtigen gilt, auch zusammen auftauchen, wenn die Interessen an der materiellen Prozessleitung – und somit an der Relativierung des *da mihi facta* – beschrieben werden: Der Aspekt eines fairen Verfahrens kann in der Kommentierung der richterlichen Fragepflicht von Thomas SUTTER-SOMM und Alain GRIEDER letztlich im Ziel, «*allfällige Lücken oder*

lich ist, er aber als Wahrer des Rechts trotzdem immerfort danach trachten muss, ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen» (Hervorhebung zugefügt); ähnlich auch GULDENER, ZPR, S. 165; SCHMIDT, S. 24.

¹⁵⁴² DOMEJ, Struktur, S. 268 (Hervorhebungen zugefügt).

¹⁵⁴³ Vgl. z.B. GAUL, S. 53: «*Zweck des Zivilprozesses ist die Verwirklichung des sachlichen Rechts auf der Grundlage der Wahrheit. [...] Es ist nicht zu leugnen, daß der bezeichnete Zweck verfehlt werden kann.*»; GULDENER, ZPR, S. 50: «*Ziel des Prozesses ist Rechtsgewißheit und Rechtsverwirklichung. Der Prozess kann aber sein Ziel verfehlen, doch kann auch das fehlerhafte Urteil Rechtskraft erlangen und verbindlich werden.*»

¹⁵⁴⁴ So auch WILLISEGGER, S. 85 f. über die Verwendung des Begriffs «*Fernziel*».

¹⁵⁴⁵ HABSCHEID, Grundlagen, N. 8.

¹⁵⁴⁶ Vgl. auch die Ansicht von KOCH, S. 4, wonach sich in der Übereinstimmung zwischen formeller und materieller Wahrheit die Qualität des Prozesses und übergeordnet der Rechtspflege insgesamt zeigt. Zur Frage nach der Gewichtung der verschiedenen Ziele vgl. N. 527–529.

Unklarheiten bei der Sammlung der prozessrelevanten Tatsachen zu schliessen»¹⁵⁴⁷, gesichtet werden. Am gleichen Ort erwähnen die beiden Autoren auch den Beitrag der Fragepflicht zu einer gerichtlichen Entscheidung, welcher «möglichst der Wahrheit» entspricht,¹⁵⁴⁸ womit auch das hiervor genannte, der materiellen Rechtslage entsprechende Urteil angesprochen ist. An etwas späterer Stelle kommen die beiden Autoren dann auch auf die mit der Fragepflicht zu erreichende «Beschleunigung des Prozesses durch eine gesteigerte Effizienz»¹⁵⁴⁹ zu sprechen, was dem von DOMEJ erwähnten, ökonomischem Ressourceneinsatz gleichkommen dürfte. Solche Gegenüberstellungen lassen sich auch mit den drei von Marianne HEER aufgezählten Gründen für die richterliche Mitwirkung bei der Prozessstoffsammlung machen: Zu diesen zählt HEER das «Höchstmass an materieller Wahrheit», die Herstellung der «Waffengleichheit zwischen den Parteien», auch ein Aspekt, welcher gemeinhin unter den Titel Verfahrensfairness subsumiert wird,¹⁵⁵⁰ sowie den häufigen Beitrag der richterlichen Mitwirkung zur «Prozessbeschleunigung».¹⁵⁵¹ Tatsächlich lassen sich die drei Elemente, die es nach DOMEJ bei der Suche nach der optimalen Verfahrensausgestaltung zu berücksichtigen gilt, allesamt in den unterschiedlichsten Publikationen zum Thema der materiellen Prozessleitung aus verschiedenen Zeiten wiederfinden.¹⁵⁵² Etwa auch in Andreas LIENHARDS Dissertation aus dem Jahr 2012, in der dieser die Zwecke der materiellen Prozessleitung für sämtliche Verfahren beschreibt: Diese sieht LIENHARD im Beitrag zur Ermittlung der materiellen Wahrheit¹⁵⁵³, im Beistehen des Gerichts bei der Prozessführung der Parteien¹⁵⁵⁴ und in einem allfälligen Beitrag an die Verfahrensbeschleunigung¹⁵⁵⁵. Aber auch bereits 1945 zählte Alois TROLLER in seinem Aufsatz über die Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus drei ähnlich gelagerte Gründe für eine richterliche Mitwirkung bei der Tatsachenerwahrung auf: 1. Prozess-

¹⁵⁴⁷ S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 2 sowie N. 11 über die Unterstützung von Laien.

¹⁵⁴⁸ S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 2.

¹⁵⁴⁹ S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 11 (Hervorhebung weggelassen).

¹⁵⁵⁰ Zum Begriff der Verfahrensfairness vgl. N. 507–512.

¹⁵⁵¹ HEER, S. 186.

¹⁵⁵² Vgl. des Weiteren auch WILDHABER BOHNET, N. 22 ff. zur *clarification et la compréhension des faits par le tribunal*, worunter sie auch die Suche der materiellen Wahrheit subsumiert, N. 25 ff. zur *assistance des parties face aux spécificités des procédures judiciaires* und N. 30 f. zur *célérité du procès*; dies übernehmend JEANNIN/BOHNET, N. 16.

¹⁵⁵³ LIENHARD A. [b], N. 22.

¹⁵⁵⁴ LIENHARD A. [b], N. 27.

¹⁵⁵⁵ LIENHARD A. [b], N. 23 ff.

*beschleunigung, 2. das Erreichen eines Höchstmasses an materieller Wahrheit sowie 3. der Ausgleich des materiellen und geistigen Kampfpotentials der Parteien.*¹⁵⁵⁶

493 Damit ist festzustellen, dass die drei Ziele,

- (a.) Urteilsrichtigkeit,
- (b.) Verfahrensfairness und
- (c.) Ressourcenschonung,

zugleich die Interessen an der Relativierung des *da mihi facta* bilden müssen.

494 Auch in dieser Abhandlung wird in der Folge mit diesen drei Motiven gearbeitet. Im vorliegenden Unterkapitel C. III. gilt es nun weiter aufzuzeigen, wie diese Motive zu präzisieren sind.

495 Insbesondere im Unterkapitel D. zum Thema Verhältnismässigkeit wird sich erhehlen, dass, auch wenn die materielle Prozessleitung auf das von Walther HABSCHEID genannte Nahziel (das Erreichen eines endgültigen, rechtskräftigen Urteils) keinen Einfluss hat, sie doch umso mehr den drei nachfolgend umschriebenen (Fern-) Zielen des Zivilprozesses zuträglich sein kann.

2. Interesse an der Verwirklichung des objektiven Sach- und Verfahrensrechts

2.1. Ziel eines möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils

2.1.1. Vollständiger Sachverhalt (*facta*) als zwingende Voraussetzung für das richtige Urteil

496 Nach einer verbreiteten Formulierung soll das Gericht möglichst «*ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil*»¹⁵⁵⁷ fällen.¹⁵⁵⁸ Ein solches ist als gerecht zu werten.¹⁵⁵⁹ Das Kapitel 2 der vorliegenden Abhandlung beschäftigte sich mit

¹⁵⁵⁶ TROLLER, Grundlagen, S. 64.

¹⁵⁵⁷ GULDENER, ZPR, S. 165. Gleiche oder ähnliche Wendungen z.B. auch bei: BRÖNNIMANN, Diss., S. 72; FELLMANN, Fragepflicht, S. 70; FELLMANN, Berührungspunkte, S. 121; HABSCHEID, Grundlagen, N. 559; MARTIN P., S. 22; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 1; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 2, sowie im Bericht VE-ZPO, S. 34 zu Art. 51.

¹⁵⁵⁸ Zu dieser Forderung vgl. z.B. KONZEN, S. 48: «*Die <Sachrichtigkeit> der Entscheidung ist demgegenüber auch im Zivilprozeß unverzichtbar.*», eine Aussage im Anschluss an die Kritik an LUHMANN, vgl. hierzu N. 489.

¹⁵⁵⁹ HABSCHEID, Grundlagen, N. 559, über das Fernziel des richtigen, «*mit dem materiellen Recht im Einklang stehende[n] und daher gerechte[n] Urteil*», das der Richter anzu-

der Methode bei der Rechtsanwendung und erläuterte ausführlich die Wechselwirkung zwischen den Tatsachen und dem Rechtlichen, die den juristischen Syllogismus prägt.¹⁵⁶⁰ Aus dieser Wechselwirkung folgt, dass der vollständig aufgeklärte Sachverhalt eine unabdingbare Voraussetzung bildet, um dieses Ziel des tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils zu erreichen. Hierauf hat unter vielen anderen auch der vorliegend bereits verschiedentlich zitierte Autor Max GULDENER hingewiesen: *«Es liegt in der Aufgabe des Richters als Wahrer des Rechts begründet, daß er darnach trachten muß, ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen. Ob das gelingt, hängt nicht nur von der Rechtsanwendung durch das Gericht, sondern auch davon ab, ob ihm die Parteien das Tatsachenmaterial richtig und vollständig unterbreiten. Pflicht des Gerichtes ist es, darauf hinzuwirken, daß dies geschieht.»*^{1561, 1562}

2.1.2. Einwirkungsfaktoren auf «die» Wahrheit

2.1.2.1. Rückblick auf das Kapitel 2

In eben jenem Kapitel 2 wurde bezüglich des Untersatzes auch auf den Umstand 497 hingewiesen, dass die Parteien im Prozess lediglich *Aussagen zum Sachverhalt* vortragen.¹⁵⁶³ Dies aufgrund der simplen Gegebenheit, dass bereits Geschehenes unwiederbringlich in der Vergangenheit liegt. Dem Gericht können einzig mündliche oder schriftliche Verbal- und allenfalls auch Bildproduktionen über die Ereignisse für seine Subsumtionsarbeit zugänglich gemacht werden. Wie beschrieben, müssen für den Mechanismus der Rechtsanwendung einzelne Tatsachen aus

streben hat; zustimmend: MARTIN P., S. 22.

¹⁵⁶⁰ Vgl. N. 74–79 und insb. N. 88–89 sowie N. 135–138.

¹⁵⁶¹ GULDENER, ZPR, S. 165 (Hervorhebungen zugefügt).

¹⁵⁶² Vgl. des Weiteren auch GULDENER, ZPR, S. 286, und neben diesem auch die Ausführungen über die Bedeutung des richtigen und vollständigen Sachverhalts für das zu fällende Urteil z.B. bei: FELLMANN, Fragepflicht, S. 70 und 97; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 52; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 72; WALTER, Weg, S. 315 f.; AEBI-MÜLLER, S. 185; CHAIX, faits, N. 1; TROLLER, Prinzipien, S. 129; STREBEL, S. 141; SARBACH R., N. 75; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 16; BSK BGG-DORMANN, Art. 105 N. 2; KOCH, S. 1 f.; RÖHL/RÖHL, S. 182, sowie bereits KLEIN, Geistesströmungen, S. 122; KLEIN, Parteihandlung, S. 128 ff. Zur korrekten Feststellung des relevanten Sachverhalts als sog. *Dreh- oder Kern- und Angelpunkt* aller Rechtsprechung vgl. z.B.: KU-KO-BRUNNER, Art. 310 N. 4 (m.H.a. BGE 138 III 374 E. 4.3); MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 270; BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 162, spricht von Eckpfeiler.

¹⁵⁶³ Vgl. hierzu N. 85.

dem Lebensfluss der implizierten Personen herausgelöst und anschliessend vom Gericht auf ihre Relevanz geprüft und zum rechtsrelevanten Sachverhalt zusammengefügt werden.¹⁵⁶⁴ Dies kommt einem nachträglichen Eingriff in ein komplexes Lebensbild gleich, weshalb das Resultat nicht telquel mit den tatsächlichen Geschehnissen gleichzusetzen ist.¹⁵⁶⁵ Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil Aussagen zum Sachverhalt mit Wahrnehmung, Erinnerung aber auch mit persönlicher Interpretation, nicht nur vom Sender, sondern auch des Adressaten, verbunden sind.¹⁵⁶⁶ Auch Pierre JOLIDON brachte dies zum Ausdruck: *«Il n'est donc pas exagéré de dire qu'à la base même du procès, les faits qui y sont apportés présentent nécessairement un écart, une distorsion par rapport à la réalité effective. C'est sur ce donné déformé que se déroule la procédure. Le juge à son tour ne tablera pas sur les faits tels qu'ils lui sont présentés, mais bien tels qu'ils lui apparaissent dans la conscience qu'il en prend. Il faut reconnaître que toute l'administration des preuves n'est en soi pas telle qu'elle puisse permettre dans la procédure une rectification de ce gauchissement fondamental du réel.»* JOLIDON gelangte daher auch zum Schluss: *«Dans le meilleur des cas, le jugement sera, pour ce motif déjà, fondé sur une réalité relative.»*¹⁵⁶⁷

- 498 Mit der Erkenntnis, dass vorgetragene Hypothesen potentiell von den tatsächlichen Ereignissen wegdriften, befindet man sich bereits mitten in der Diskussion

¹⁵⁶⁴ Vgl. hierzu N. 84–87.

¹⁵⁶⁵ TROLLER, Methode, S. 7 f.; JOLIDON, S. 194, spricht von *«découpage»*; vgl. auch die *«Selektion»* der vorgetragenen Geschehnisse durch die Parteien bei HIGI, S. 462.

¹⁵⁶⁶ Zu den zwei Perspektiven vgl. insb. TROLLER, Methode, S. 7 ff. über die *Wahrnehmungen und Erinnerungen der Parteien, Zeugen und Sachverständigen* und S. 9 f. über die *Formung des Tatbestandes im Bewusstsein des Richters*. Zur Perspektive des Gerichts im Besonderen z.B.: DESCHENAUX, S. 21 zum Umstand, dass der Richter die Wiedergabe der Sachumstände, ausser beim Augenschein, nur durch die Darstellung anderer Personen (*«[...] les parties elles-mêmes, dans leurs allégations, les aveux, leurs écrits; les témoins, dans leurs dépositions; les experts, dans leurs rapports»*) kennt: *«La tâche préalable du juge est d'opérer un choix parmi ces représentations. C'est la première phase de l'appréciation des preuves, la seconde étant l'élaboration même des données retenues. Or, pour mesurer la portée d'un aveu, choisir entre des témoignages contradictoires, apprécier la valeur concluante d'une expertise, le juge s'inspirera de nouveau de sa connaissance personnelle des hommes et des choses, à moins que la loi ne lui impose certains critères d'appréciations.»* (Hervorhebungen weggelassen); RASELLI, S. 68, wonach Tatsachenforschung und Rekonstruktion nie frei von Wertungen ist. Zur Perspektive der Sender vgl. N. 86.

¹⁵⁶⁷ JOLIDON, S. 192 (beide Zitate). Zuweilen wird auch der Begriff *Wahrheit* in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzt, vgl. z.B.: KUMMER, ZPR, S. 9; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 2.

zur Wahrheit im Zivilprozess: Wie weit lassen sich Wahrheit und Zivilverfahren auf einen Nenner bringen, beziehungsweise inwiefern sind dem scheinbar Eindeutigen doch zwei Deutungen¹⁵⁶⁸ – nämlich eine *formelle* und eine *materielle*¹⁵⁶⁹ – beizumessen?¹⁵⁷⁰

2.1.2.2. Rückblick auf den Teil II

Neben der Tatsache, dass einerseits die subjektiven Wahrnehmungen sämtlicher Prozessbeteiligten wie auch das Überführen dieser Wahrnehmungen in das Medium der Sprache unbestrittene Einflussfaktoren auf das Produkt *verbindlich festgestellter, rechtsrelevanter Sachverhalt* bilden,¹⁵⁷¹ wurde in den ersten beiden Teilen der vorliegenden Abhandlung andererseits auch aufgezeigt, wie praktisch un(über)schätzbar gross der Einfluss verfahrensrechtlicher Normen auf ebendieses Produkt – also auf die Antwort der Tatfrage des Sachrechts¹⁵⁷² – ist: Denn im

¹⁵⁶⁸ VON RECHENBERG, S. 391, erläutert sogar fünf: je das, wovon Kläger und Beklagte wirklich glauben, es sei die Wahrheit, je das, was die beiden dem Richter als Wahrheit vortragen bzw. ausgeben, und schliesslich die prozessuale Wahrheit, die der Richter aufgrund des Beweisverfahrens als erwiesen betrachten muss.

¹⁵⁶⁹ Zum Begriffspaar materielle/formelle Wahrheit vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 22; RASELLI, S. 67 ff.; KÖLZ, S. 128 f.; DROESE, Diss., S. 191 f.; Hinweise zum Auseinanderfallen der beiden z.B. bei: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 9; MEIER R., N. 21 f.; MÜLLER R., S. 73 f.; TSCHUDI, S. 34; MARTIN P., S. 77; Hinweise zum Ziel, materielle und formelle Wahrheit in Einklang zu bringen, z.B. bei: B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 2; KOCH, S. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 57; KÖLZ, S. 128 f. Vgl. auch N. 114 bez. tatsächlich Recht haben/im Verfahren Recht bekommen.

¹⁵⁷⁰ Vgl. JOLIDON, S. 184: «*La Vérité est une valeur absolue. [...] Dans cette optique, la vérité est une, indivisible, définitive, intransigeante; elle ne connaît ni limites ni degrés; elle est, ou bien elle n'est pas. Cela signifie d'emblée que ce n'est pas de cette Vérité-là qu'il peut s'agir dans le procès civil.*» JOLIDON beschreibt S. 184 f. das Phänomen *Wahrheit* vor verschiedenen Hintergründen, religiös, philosophisch, naturwissenschaftlich und historisch, und kommt S. 185 zum Schluss: «*Ce ne peut être qu'à une sorte de vérité de nature historique que l'on a affaire dans le procès civil. Du moins se trouve-t-on à un semblable niveau de réalité toute relative. [...] Il ne saurait à ce propos être question de Vérité absolue, ni même d'une vérité d'ordre philosophique ou scientifique.*» Vgl. aber auch die Aussage von TROLLER, Methode, S. 11: «*Wer jedoch sagt, der prozessuale Tatbestand ist nur Schein und nicht wahr; geht von einer unrichtigen Fiktion aus. Er meint, hinter diesen Bewußtseinserscheinungen sei noch eine andere, die wirkliche, Wahrheit verborgen, zu der das Gericht nicht gelange. Ein derartiger absoluter Tatbestand aber existiert nicht.*»

¹⁵⁷¹ Zur bloss formellen Wahrheit im Zivilprozess vgl. auch N. 120 m.H.a. LUHMANN.

¹⁵⁷² Zum Begriff vgl. N. 107.

Zivilprozess kann eine Tatsache grundsätzlich nur dann als wahre Gegebenheit in den amtlich festgestellten Sachverhalt einfließen, wenn sie unbestritten, notorisch oder bewiesen ist.¹⁵⁷³ Namentlich die im Kapitel 3 geschilderten rechtlichen Anforderungen an die prozessualen Einbringttätigkeiten führen zum beschriebenen Phänomen, dass eine Tatsache, obwohl in der Realität vorhanden, keines dieser drei prozessualen Wahrheitssiegel erhält. So können letztlich tatsächlich *Recht haben* und im Prozess *Recht bekommen* auseinanderfallen¹⁵⁷⁴, beziehungsweise auch *materielle* und *formelle Wahrheit*¹⁵⁷⁵ eben zweierlei darstellen¹⁵⁷⁶. Da die Chance, dass sich dieses Risiko realisiert, nicht unerheblich ist, gilt es umso mehr, sich den sehr berechtigten Hinweis von LORENZ DROESE zu vergegenwärtigen: Die sogenannte formelle Wahrheit, von der oft die Rede ist, stellt kein spezifisch zivilprozessuales Wahrheitsziel, sondern vielmehr die faktische Konsequenz der Verhandlungsmaxime dar; einer aus prozessökonomischen Überlegungen aufgestellten Verfahrensregel.¹⁵⁷⁷

2.1.3. Fazit: Notwendige Präzisierung des Relativierungsmotivs

- 500 Pierre JOLIDON hat sich in seinem Aufsatz aus dem Jahr 1973 ausführlich mit dem Thema «*Vérité, Justice et Procédure civile*» und insbesondere mit den Verbindungen und Unüberwindbarkeiten zwischen diesen Aspekten beschäftigt. In ebendiesen Elementen, die vorliegend als Einflussfaktoren auf die Sachverhaltsfeststellung identifiziert wurden, erblickt JOLIDON im Wesentlichen die Grenzen

¹⁵⁷³ Ähnlich, im Zusammenhang mit der Begründetheit der Klage, KUKO-OBERHAMMER, Art. 55 N. 2; vgl. auch STEINAUER, N. 625, der zudem auf Implizites hinweist. Vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 127, zum Einfluss des Prozessrechts.

¹⁵⁷⁴ Bez. tatsächlich Recht haben/im Verfahren Recht bekommen vgl. N. 114.

¹⁵⁷⁵ Zur materiellen/formellen Wahrheit vgl. N. 498.

¹⁵⁷⁶ Vgl. auch MARTIN P., S. 77: «*Nun können die Parteien aber eine beliebige Menge juristisch erheblicher Umstände – gewollt oder ungewollt – vom wirklichen Sachverhalt in Abzug bringen. So kann ohne weiteres ein falscher Sachverhalt zur Urteilsgrundlage werden, ohne daß das Urteil deswegen fehlerhaft, gesetzeswidrig oder sonstwie unzulänglich zustandegekommen wäre. Ein solches Urteil, dem lediglich die <formelle Wahrheit> zugrunde liegt, liegt von der Sachverhaltsrichtigkeit und damit auch von der Objektivität weit entfernt.*» Vgl. zudem das Unbehagen des Richters, welches STREBEL, S. 143, beschreibt.

¹⁵⁷⁷ DROESE, Diss., S. 256 f. Für weitere Lehrmeinungen, die den Schluss nicht zulassen, dass generell nur die formelle Wahrheit ergründet würde, vgl. z.B.: KÖLZ, S. 8 und 128 f.; HABSCHEID, Effektivität, S. 384; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 77 N. 7; MARTIN P., S. 77 f.; KOCH, S. 122; MÜLLER R., S. 73.

beim Erreichen der «*vérité (pleine et entière)*»): Nämlich im Faktor Mensch¹⁵⁷⁸, im Unterschied zwischen reell ereignetem und gerichtlich festgestelltem respektive feststellbarem Sachverhalt¹⁵⁷⁹ sowie in gewissen verfahrensrechtlichen Regeln¹⁵⁸⁰.¹⁵⁸¹ Ob und wie viele verschiedene Deutungen die Wahrheit braucht, ist vorliegend nicht zu erörtern. Wichtig ist der Konsens, dass der prozessuale Rahmen Auswirkungen auf das hat, was als verbindliches Sein im strittigen Rechtsverhältnis zwischen den beiden Parteien zutage gefördert wird – das heisst, in der Systematik dieser Abhandlung gesprochen: auf die Antwort zur Tatfrage des Sachrechts¹⁵⁸².

So werden denn auch die meisten dem Schluss von JOLIDON beipflichten können: *«En réalité, la vérité que la procédure civile permet d'atteindre est de nature relative et est confinée dans des limites assez étroites. Les règles légales peuvent réaliser plus ou moins un certain idéal, notamment par le jeu des pouvoirs respectifs qu'elles donnent au juge et aux parties. Mais cette vérité ne peut avoir qu'un caractère formel et fictif, elle remplace dans le jugement la vérité abso-*

¹⁵⁷⁸ JOLIDON, S. 191 ff., zur Einflussquelle «*la condition humaine de ceux qui participent au procès*»; vgl. des Weiteren auch RÖHL/RÖHL, S. 509, zur Suche nach Wahrheit und Recht.

¹⁵⁷⁹ JOLIDON, S. 193 ff. zur Einflussquelle der «*différence inévitable entre d'une part les faits réels, tels qu'ils se sont passés, et d'autre part ce qu'on appelle peut-être improprement l'état de fait*», à savoir *l'ensemble des circonstances que le juge retient finalement pour le mettre à la base de sa décision (le «Tatbestand»)*.»

¹⁵⁸⁰ JOLIDON, S. 195 ff., zur Einflussquelle der «*diverses règles spécifiques de la procédure civile*».

¹⁵⁸¹ Verschiedene weitere Autorinnen und Autoren gehen auf den einen oder anderen der vorliegend zusammengetragenen Aspekte und deren Wirkung auf das ein, was von «der» Wahrheit im Prozess übrig bleibt. Neben den bereits in N. 84–87 insb. in den Fussnoten ausführlich zitierten Autoren (namentlich JOLIDON und TROLLER) vgl. z.B. auch: GRASS, S. 4 f. über *unvollkommene menschliche Sinne*; BUCHER, S. 4 f. zur *menschlichen Unvollkommenheit*; HABSCHEID, Effektivität, S. 385 zur *menschlichen Unzulänglichkeit*; HEER, S. 162 zu den *Verfahrensregeln*, welche die Feststellung der Wahrheit nicht fördern.

¹⁵⁸² Zum Begriff vgl. N. 107.

lue, inaccessible.»^{1583,1584} Wenngleich die absolute Wahrheit im Prozess nicht oder nur asymptotisch¹⁵⁸⁵ erreicht werden kann, ist heute ebenso unbestritten, dass bei der Feststellung der tatsächlichen Gegebenheiten das Streben nach Wahrheit ein wichtiges Ziel des Zivilprozesses bleibt:¹⁵⁸⁶ *«Il faut accepter qu'au niveau de sa réalisation par les hommes, le droit soit essentiellement marqué par un caractère de relativité, de formalisme, de praticabilité. Il faut constamment – pour le praticien surtout – réapprendre à ne pas demander à un jugement civil qu'il soit Vrai, ni qu'il soit Juste, afin de pouvoir exiger d'autant plus fort qu'il soit rendu dans le plus strict respect des règles du jeu et avec la plus profonde honnêteté intellectuelle. [...] Le droit, qui doit tendre à la Vérité, et en même temps viser la Justice, sans jamais perdre de vue l'exigence de sécurité juridique, n'est pas une voie faci-*

¹⁵⁸³ JOLIDON, S. 199, der anschliessend zusammenfasst: *«Il s'agit d'une vérité (légal), juridique; d'une vérité approximative; d'une vérité pratique; en un mot d'une vérité accessible et efficace dans son ordre et à son niveau, mais qui ne doit pas avoir d'autre prétention.»*

¹⁵⁸⁴ Explizite Betonung, dass «die» Wahrheit unerreichbar ist, z.B. auch bei GRASS, S. 4 f.: *«Die Aufdeckung der eingetretenen Ereignisse, die Herausschälung einer mathematisch genauen Wahrheit ist infolge der unvollkommenen menschlichen Sinne und infolge der ungenügenden Mittel, die der Justiz zur Verfügung stehen, unmöglich.»* (Hervorhebungen weggelassen); HEINZMANN, Habil., N. 329: *«la vérité ne peut jamais être établie avec une certitude absolue.»*; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 3: *«Die Wahrheit besteht in der Übereinstimmung von Behauptung und wirklichem Geschehen [...]. Diese Übereinstimmung lässt sich im Rahmen des Zivilprozesses allerdings nicht mit naturwissenschaftlicher Präzision erreichen.»*

¹⁵⁸⁵ Über eine bloss asymptotische Annäherung an die gerechte Entscheidung vgl. KUMMER, Grundriss, S. 6 f.; BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 168; BRÖNNIMANN, Diss., S. 105.

¹⁵⁸⁶ Betonung der Verpflichtung zum Streben nach der Wahrheit bzw. nach einem möglichst der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil z.B. bei: HABSCHEID, Philosophie, S. 7 (zum «menschennmöglich» richtigen Urteil); HABSCHEID, Effektivität, S. 383; HASLER K., S. 21; BUCHER, S. 4 f.; GIGER, S. 480; KININGER, S. 64; MARTIN P., S. 69; HEINZMANN, Habil., N. 329; vgl. auch bereits KLEIN/ENGEL, S. 199 ff. Vgl. auch die Kritik an der Haltung von WACH bereits 1885 bei KLEIN, Parteihandlung, S. 125 und 128; oder auch bei GRASS, S. 4: *«Den zitierten Argumenten Wachs inbezug auf den Zweck eines zivilprozessualen Verfahrens dürfen wir heute nicht mehr zustimmen; denn der Zivilprozeß muss ebenso wie das strafprozessuale Verfahren als oberste Pflicht die Erforschung der materiellen, tatsächlichen Wahrheit zum Gegenstande haben. [...] Auch der Einwand Wachs, die materielle Wahrheit können nur ein rein zufälliges Prozeßergebnis sein, kann in dieser Art wohl nicht gehört werden [...].»* (Hervorhebungen im Original).

le.»^{1587,1588} Diese Schlussfolgerung von JOLIDON schimmert auch in Jörg BUCHERS prägnant formuliertem Satz durch: «*Ein Maximum lässt sich nicht erreichen, ein Optimum wohl aber erstreben!*»¹⁵⁸⁹

Nach dem Gesagten würde mit der Forderung nach dem Erreichen der einen, absoluten Wahrheit vom Zivilprozess – und damit auch von der materiellen Prozessleitung – zu viel verlangt. Daher ist das vorliegend ergründete Eingriffsmotiv zwingend unter der Präzisierung zu verstehen, dass sich auch mit der Relativierung des *da mihi facta* nicht ein im Sinne der absoluten Wahrheit verstandenes Maximum erreichen lässt. Wohl aber strebt die materielle Prozessleitung zweifelsohne nach dem Optimum – also nach den *möglichst* den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Entscheidgrundlagen. 502

2.2. Ziel eines fairen Verfahrens

2.2.1. Verfahrensrecht als Teil des anzuwendenden objektiven Rechts

Wie im Teil I erläutert, bildet auch das formelle Recht Teil der Rechtsordnung.¹⁵⁹⁰ 503 Als deren Teilgehalt hat das Gericht auch dieses Verfahrensrecht im Sinne des von Stephen BERTI beschriebenen, umfassenden Rechtsanwendungsgebots¹⁵⁹¹ richtig anzuwenden. Dementsprechend ist das gerichtliche Erkenntnisverfahren durch zwei Elemente geprägt: durch den gerichtlichen Endentscheid, die abschliessende

¹⁵⁸⁷ JOLIDON, S. 203.

¹⁵⁸⁸ Vgl. auch die Gedanken zur Wahrheit und Gerechtigkeit von TROLLER, Methode, S. 11. Zur Gerechtigkeit im Zivilprozess vgl. zudem JOLIDON, S. 185 ff. und S. 200 f.; VON RECHENBERG, S. 389 ff. Zur lediglich asymptotischen Annäherung an die gerechte Entscheidung vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 1585. Zum Begriff *Fernziel* vgl. N. 491.

¹⁵⁸⁹ Zu diesem Schluss gelangt BUCHER, S. 5 (Hervorhebungen zugefügt), nachdem er S. 4 f. schreibt: «*Es gilt heute, sich auf diesen ersten und vornehmsten Zweck zu besinnen: Die Feststellung der materiellen Wahrheit. Wir sind uns bewusst, dass es nicht möglich sein wird, die materielle Wahrheit immer zu finden. Aber es ist ebenso klar, dass die Verwirklichung dieses Postulates nicht bloss an irgendeinem System scheitert, sondern ganz allgemein an der menschlichen Unvollkommenheit. Trotzdem muss der Zivilprozess versuchen, mit allen Mitteln die tatsächliche Wahrheit festzustellen, wenn auch das Resultat oft ein relatives sein wird, eingeengt durch die Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit.*» (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁵⁹⁰ Vgl. hierzu N. 116.

¹⁵⁹¹ Vgl. hierzu N. 57–58.

Erkenntnis, welche möglichst die materielle Rechtslage widerspiegeln soll,¹⁵⁹² aber auch durch das dahin führende Verfahren.¹⁵⁹³

- 504 Dass der Zivilprozess nicht auf sein Urteil reduziert werden darf, geht besonders deutlich aus Rolf TINNERS Aufsatz zum rechtlichen Gehör hervor, in welchem dieser ausführt: *«Einen falschen Entscheid mag der Betroffene allenfalls als ungerecht ertragen. Als Kränkung, als eine Verletzung seines Anspruches auf persönliche Geltung empfindet er aber ein zu seinen Ungunsten endigendes Verfahren, das ihn zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht hat.»*^{1594,1595} Bereits Walther HABSCHEID stellte fest, dass *«eine materielle Gerechtigkeit ohne Verfahrensgerechtigkeit nicht zu verwirklichen ist»*.¹⁵⁹⁶ Mit seiner Ansicht, dass die Parteien hierfür ein feines Gespür haben, wird HABSCHEID gerade in Anbetracht von TINNERS Einschätzung richtig liegen.¹⁵⁹⁷ Dass die Verfahrensfairness zudem nicht einzig im Interesse der konkreten Prozessparteien liegt, zeigt insbesondere der Hinweis in der Dissertation von Hans Peter SALZGEBER, wonach auch das Allgemeininteresse verlangt, dass der weniger Gewandte nicht in Unkenntnis von Verfahrensrecht gegenüber dem Gewandteren Nachteile erleidet, an denen sein materielles Recht sonst vielleicht zugrunde ginge.¹⁵⁹⁸
- 505 Sozialpsychologen haben unter dem Titel *«Procedural Justice»* die positiven Funktionen des Verfahrens untersucht. Nach den Erläuterungen der Autoren Klaus RÖHL und Hans Christian RÖHL erheben deren Erklärungsversuche indessen nicht

¹⁵⁹² Zu diesem Ziel vgl. N. 496–502.

¹⁵⁹³ SUTER, S. 2.

¹⁵⁹⁴ TINNER, S. 310 f.

¹⁵⁹⁵ Vgl. des Weiteren JOLIDON, S. 183: *«Ce qui importe essentiellement en matière de jurisprudence en droit privé (et sauf exception, évidemment), ce n'est en effet pas que l'on puisse se déclarer d'accord avec le contenu du jugement; c'est bien plutôt que l'on puisse reconnaître que les prescriptions selon lesquelles les parties doivent faire valoir leurs droits, et le juge diriger la procédure et rendre son arrêt, ont été correctement appliquées.»*; DERS., kommt S. 202 zum Schluss, dass Urteile, welche die Verfahrensvorschriften respektieren, weitgehend dem entsprechen, was ihnen an Wahrheit und Gerechtigkeit abverlangt werden kann.

¹⁵⁹⁶ HABSCHEID, Grundlagen, S. 308 als Einleitung in den Hauptteil über Grundsätze und Ablauf des Zivilprozesses.

¹⁵⁹⁷ HABSCHEID, Philosophie, S. 10: *«Mit Recht hat sich der einfache Bürger ein Gespür dafür bewahrt, daß unfaires Prozedieren ungerechtes Prozedieren ist, und zwar ohne Rücksicht auf den dadurch bewirkten richtigen oder unrichtigen Ausgang des Prozesses.»*

¹⁵⁹⁸ SALZGEBER, S. 14. Vgl. auch BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 343, zum mittelbaren öffentlichen Interesse, die Parteien bei der Beschaffung der Urteilsgrundlagen zu unterstützen.

den Anspruch, die Akzeptanz des Ergebnisses allein oder auch nur überwiegend aus den Verfahren zu erklären: Vielmehr sähen diese darin nur eine mitlegitimierende Funktion.¹⁵⁹⁹ Erkannt wird damit aber allemal, dass Verfahrensregeln den ihrigen Beitrag zur Legitimation des Urteils leisten können. Auf dem Rechtsweg dürfen Rechtsuchende somit nicht nur erwarten, dass ihnen ein möglichst den wahren Gegebenheiten entsprechendes Urteil beschieden sein wird, sondern ebenso sehr, dass das vorgängige Verfahren ein korrektes, rechtsgleiches und faires ist.¹⁶⁰⁰

In der Bundesverfassung wird der Begriff der Fairness zwar nicht verwendet; die 506
Verfassung spricht aber in Art. 29 Abs. 1 BV vom «Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung».¹⁶⁰¹ Explizit ein «Recht auf ein faires Verfahren», in welchem über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen geurteilt wird, statuiert der sechste Artikel der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.¹⁶⁰² Die Beachtung dieses völkerrechtlich geschützten Grundrechts wird auch durch den Art. 5 Abs. 4 BV explizit erwartet. Ein gerechtes beziehungsweise faires Verfahren gehört somit zu den obersten Geboten respektive zu den wichtigen Zielen, nach denen der Zivilprozess zu streben hat.

¹⁵⁹⁹ RÖHL/RÖHL, S. 513 f., zur «Procedural Justice», insb. m.H.a. die Forschung von THIBAUT/WALKER und LIND/TYLER. Vgl. des Weiteren RÖHL/RÖHL, S. 514 ff., über LUHMANN'S Theorie.

¹⁶⁰⁰ Vgl. in diese Richtung SUTER, S. 26. Die beiden Aspekte werden auch in der Rechtsprechung hervorgehoben, z.B. in: BGE 114 Ia 50 E. 3c; BGE 137 I 227 E. 2.1 und 2.6.1 und BGE 139 III 433 E. 2.1.2 f., wenn das BGer schreibt, dass Art. 58 Abs. 1 aBV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu der für einen *korrekten und fairen Prozess notwendigen Offenheit des Verfahrens* im Einzelfall beitragen und damit letztlich ein *gerechtes Urteil* ermöglichen (vgl. diesbez. auch BIAGGINI, Art. 30 N. 2).

¹⁶⁰¹ Art. 29 Abs. 1 BV. Zum darin enthaltenen Gebot eines fairen Verfahrens vgl. z.B.: BIAGGINI, Art. 29 N. 1; MABILLARD, Zukunft, S. 18 f. inkl. FN. 81; WIEDERKEHR, Habil., S. 1; LIENHARD A. [b], N. 101; MEIER I., ZPR, S. 39; BÜHLER, S. 329; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 8; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 17 und 39; Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 21; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 8 und 16, zudem in der N. 4 m.H.a. Art. 14 UNO-Pakt II. Vgl. auch BGE 139 I 121 E. 4.2.1.

¹⁶⁰² Vgl. auch den Hinweis bei HABSCHEID, Philosophie, S. 11, dass das Gericht zu einem fairen Verfahren *verpflichtet* ist und die Parteien ein *Recht* hierauf haben.

2.2.2. Aspekte der «Verfahrensfairness»

2.2.2.1. Begriffsverständnis in verschiedenen Rechtsgebieten

- 507 Die Lehre subsumiert verschiedenste *Teilgehalte* der hiervor genannten Bestimmungen sowie deren weitere *Konkretisierungen*¹⁶⁰³ unter den Begriff der Verfahrensfairness. Darüber hinaus wird die Bedeutung von Art. 29 Abs. 1 BV als *Auffanggrundrecht* hervorgehoben: So lässt dessen offene Formulierung auch Raum für neue Konkretisierungen zu.¹⁶⁰⁴ Die insgesamt mannigfaltigen Beschreibungen in der Lehre belegen, dass Isaak MEIER richtig liegen muss: Nämlich, dass es sich bei der Verfahrensfairness um die am weitesten gefasste Prinzipiennorm handelt, die man sich vorstellen kann.¹⁶⁰⁵ Nach Peter KARLEN und Julia HÄNNI ist denn auch eine präzise begriffliche Umschreibung dieses Rechts weder möglich noch wünschenswert.¹⁶⁰⁶
- 508 Tatsächlich wird in der Grundrechtsliteratur vor allem die eben erwähnte Offenheit von Art. 29 Abs. 1 ZPO für Weiterentwicklungen betont.¹⁶⁰⁷ Zuweilen ist auch der Hinweis zu finden, dass sämtliche in Art. 29 ff. BV verbürgten Verfahrensgarantien zur Verfahrensfairness beitragen.¹⁶⁰⁸ Der eben erwähnte Autor MEIER beschreibt in seinem zivilprozessualen Lehrbuch die Verfahrensfairness auch als Sammelbecken der Grundsätze, die ein rechtsstaatliches Verfahren ausmachen; namentlich diejenigen in den Art. 29, 29a, 30 und 191c BV sowie Art. 6 EMRK,

¹⁶⁰³ Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 6 und 16, über die Minimalgarantien in Art. 29 BV, die der Bundesgesetzgeber durch die Verfahrensordnungen (ZPO, StPO, VwVG) weiter konkretisiert, und über Teilgehalte, mit denen der Verfassungsgesetzgeber in nicht abschliessender Weise das prozessuale Fairnessgebot verdeutlicht; vgl. auch Fachhandbuch-HAAS/MROSE, N. 4.7.

¹⁶⁰⁴ E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 17 und 39 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 16; Fachhandbuch-BAUER, N. 4.7; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N. 2; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 8; BIAGGINI, Art. 29 N. 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 830, zur verfahrensrechtlichen Auffanggrundnorm als mögliche Verfassungsgrundlage zur Weiterentwicklung durch das BGer. Vgl. zudem MEIER I., Prinzipiennormen, S. 56 ff., zur richterlichen Rechtsschöpfungskompetenz, die mit der Konkretisierung von Gerechtigkeitsprinzipien wie Fairness im Verfahren und dem Willkürverbot verbunden ist.

¹⁶⁰⁵ MEIER I., ZPR, S. 39.

¹⁶⁰⁶ BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 8; vgl. zudem BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 16.

¹⁶⁰⁷ Vorliegendes Unterkapitel, FN. 1604.

¹⁶⁰⁸ Vgl. TSCHANNEN, § 7 N. 15; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1018; WIEDERKEHR, Habil., S. 2 f. und 17 ff.

wobei noch weitere Grundsätze entwickelt werden können.¹⁶⁰⁹ So führt nun beispielsweise Walther J. HABSCHIED neben *audiatur et altera pars*, dem Rechtsgespräch¹⁶¹⁰ und der Chancengleichheit¹⁶¹¹, welche er unter die herkömmlichen Fairnessgrundsätze¹⁶¹² subsumiert, drei weitere zivilprozessuale Grundsätze an, die er als Ausdruck des Fairnessgedankens wertet:¹⁶¹³ Namentlich den Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes¹⁶¹⁴, das Recht auf den Beweis¹⁶¹⁵ sowie den Grundsatz des Verbots eines überspitzten Formalismus¹⁶¹⁶. In der zivilprozessualen Literatur ist der Begriff der Verfahrensfairness aber auch ganz spezifisch im Kontext der vorliegend besonders interessierenden materiellen Prozessleitung anzutreffen. Anschauliches Beispiel bildet die Arbeit von Martin SARBACH. In dieser untersuchte der Autor die Ableitbarkeit einer gerichtlichen Frage- und Aufklärungspflicht aus verschiedenen Teilaspekten, welche er dem Anspruch auf ein faires Verfahren zurechnet: aus dem Verbot des überspitzten Formalismus, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und aus der Waffengleichheit.¹⁶¹⁷

In einer nicht abschliessenden Aufzählung des Bundesgerichts zum «*Gebot der Fairness des Verfahrens*» im sozialversicherungsrechtlichen Kontext sind der Anspruch auf persönliche Teilnahme am Verfahren, das Recht auf Waffengleichheit und der Anspruch auf rechtliches Gehör enthalten.¹⁶¹⁸ 509

¹⁶⁰⁹ MEIER I., ZPR, S. 39 i.V.m. 33 ff. MEIER I., Prinzipiennormen, S. 31, sieht namentlich in der Waffengleichheit und im rechtlichen Gehör die Grundpfeiler eines *fairen Verfahrensablaufs*, vgl. auch DENS., S. 33 f., zu weiteren «*Grundpfeilern*» sowie der Folgerung, dass Art. 6 EMRK ein grundrechtliches Rahmengesetz zum Zivilprozessrecht bildet; vgl. aber auch DENS., a.a.O., S. 66 ff., insb. auch S. 70 ff. zur Kritik am Prinzipienrecht und zu Ansätzen für seine Einschränkung.

¹⁶¹⁰ HABSCHIED, Philosophie, S. 13 ff.

¹⁶¹¹ HABSCHIED, Philosophie, S. 17 ff.

¹⁶¹² HABSCHIED, Philosophie, S. 13 Titel.

¹⁶¹³ HABSCHIED, Philosophie, S. 11.

¹⁶¹⁴ HABSCHIED, Philosophie, S. 11.

¹⁶¹⁵ HABSCHIED, Philosophie, S. 12.

¹⁶¹⁶ HABSCHIED, Philosophie, S. 12 f.

¹⁶¹⁷ SARBACH M., Diss., S. 80 ff. LIENHARD A. [b], N. 101, verwendet m.H.a. SARBACH für die Auslegung von Art. 56 ZPO (offensichtliche Unvollständigkeit) dieselben drei Aspekte der Verfahrensfairness.

¹⁶¹⁸ BGE 122 V 157 E. 2 b.). Zu diesen Aspekten vgl. insb. WIEDERKEHR, Habil., S. 19 ff.

2.2.2.2. Fazit: Notwendige Präzisierung des Relativierungsmotivs

- 510 Im Sinne der Erläuterungen zur vorliegend sinngemässen Orientierung an Art. 36 Abs. 2 BV stellt der Grundrechtsschutz – und somit auch das Sicherstellen eines gerechten beziehungsweise fairen Verfahrens im Sinne der Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK – zwar durchaus ein Interesse der Allgemeinheit dar.¹⁶¹⁹ Wie aber bei der Übertragung des Prüfungsschritts weiter dargelegt, ergibt es Sinn, diesen vielseitigen Grundrechtsanspruch aus der Parteiperspektive zu erfassen: Wird nämlich die Sicht der beiden Parteiseiten eingenommen, gelingt es, diese schillernde Prinzipiennorm sinnvoll auf diejenigen Teilgehalte einzugrenzen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem *da mihi facta* beziehungsweise mit dessen Relativierung stehen, und zwischen denen es somit einen Ausgleich herzustellen gilt.
- 511 Bezüglich der Motive, die das *da mihi facta* zu relativieren vermögen, lassen sich David HOFMANN und Christian LÜSCHER zitieren: «*En clair, la maxime des débats trouve sa limite dans le respect du droit d'être entendu des parties et du principe de la bonne foi.*»¹⁶²⁰ Wie eben gesehen, rechnen Lehre und das Bundesgericht den an erster Stelle genannten Parteianspruch auf rechtliches Gehör gebietsübergreifend der Verfahrensfairness zu.¹⁶²¹ Zu diesem Anspruch gehört die Möglichkeit, sich zu äussern.¹⁶²² In der Diktion von Paul OBERHAMMER ausgedrückt, ist eine «*«faire» Äusserungsmöglichkeit*»¹⁶²³ gefordert. In Anbetracht des zweitgenannten Motivs von HOFMANN und LÜSCHER ist im vorliegenden Unterkapitel C., welches sich den Interessen an einer Relativierung des *da mihi facta* annimmt, auch die Erwartung, dass sich Gerichte entsprechend des Gebots von Treu und Glauben verhalten,¹⁶²⁴ zu behandeln. Tatsächlich handelt es sich hierbei um ein Gebot, das Martin SARBACH in seinem Werk zur Fragepflicht auch der Verfahrensfairness zuschreibt¹⁶²⁵ und dem der Art. 5 Abs. 3 BV explizit den Status eines rechtsstaatlichen Grundsatzes beimisst.

¹⁶¹⁹ Vgl. hierzu N. 473.

¹⁶²⁰ HOFMANN/LÜSCHER, S. 47 (nach ihrem Hinweis auf Art. 56 ZPO); vgl. auch die N. 378 über verfassungsrechtliche Bezüge der Lehre zur Fragepflicht.

¹⁶²¹ Vgl. hierzu N. 507–509.

¹⁶²² Zu den Teilaspekten des rechtlichen Gehörs vgl. die Belege in FN. 1297.

¹⁶²³ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4 m.H.a. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

¹⁶²⁴ Zum Loyalitätsgebot und Missbrauchsverbot inkl. Bezug zu den Gerichten vgl. zudem N. 716–723.

¹⁶²⁵ Vgl. hierzu N. 508. Vgl. zudem SALADIN, S. 56 ff. und 85 ff. zu Treu und Glauben als Teil des Prinzips der Fairness; diesbez. zu SALADIN auch WIEDERKEHR, Habil., S. 7 ff.

Nicht zuletzt wird in der Lehre und der Rechtsprechung regelmässig auch das Anliegen um prozessuale Waffen- beziehungsweise Chancengleichheit, der ein gerichtlicher Eingriff in den Prozessstoff zuträglich sein kann,¹⁶²⁶ mit der Verfahrensfairness assoziiert.¹⁶²⁷ Dies erklärt sich damit, dass durch den verfahrensrechtlich erzwungenen Gleichlauf der Prozesse zwar eine rechtliche, allerdings mit Blick auf die jeweilige Ausgangssituation der Parteien nicht auch deren faktische Gleichstellung erreicht wird.¹⁶²⁸ Fritz BAUR spricht damit die wirtschaftliche Potenz, das durch Herkunft und soziale Stellung bedingte Bildungsniveau, die Kenntnis des Rechts, die Gewandtheit im Umgang mit Gerichten und Behörden im Allgemeinen, mögliche Sprachbarrieren sowie eine allfällige Schwellenangst an.¹⁶²⁹ Die Einsicht, dass sich in der Realität die Parteien oft nicht waffengleich gegenüberstehen, muss sich, so Marianne HEER, zwangsläufig auf die Ausgestaltung des Zivilprozesses auswirken.¹⁶³⁰ Damit gilt es, in der vorliegenden Abhandlung auch diesen Aspekt der Verfahrensfairness zu erörtern; dies allerdings erst im Rahmen von Verhältnismässigkeitsüberlegungen. Der Grund hierfür liegt darin, dass in diesem Unterkapitel noch einzig das Verhältnis zwischen dem *Gericht* und der *ex ante* betrachtet von dessen Eingriff in den Prozessstoff *profitierenden Partei* im Fokus steht. Da der Chancenvergleich demgegenüber einen Blick auf beide in das Verfahren involvierten Parteien impliziert, wird hierauf erst im Rahmen der Angemessenheitsprüfung eingegangen: Das heisst, erst nachdem im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die Verfahrensfairness auch aus der Sicht der

¹⁶²⁶ Zur Chancenangleichung vgl. N. 785–787.

¹⁶²⁷ KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 2, spricht von der prozessualen Waffengleichheit als wichtigem grundrechtlichem Prozessgrundsatz und verweist u.a. auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK, auf Art. 29 Abs. 1 BV sowie auf Art. 14 UNO-Pakt II; MEIER I., Prinzipiennormen, S. 31, sieht namentlich in der Waffengleichheit und dem rechtlichen Gehör die Grundpfeiler eines *fairen Verfahrensablaufs*; vgl. des Weiteren SARBACH M., Diss., S. 80 f. und 85 ff.; LIENHARD A. [b], N. 101; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 829a. Zur Waffen-/Chancengleichheit als Teilgehalt der Verfahrensfairness vgl. z.B. auch: BGE 122 V 157 E. 2 b.); BGE 133 I 1 E. 5.3.1; BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1; BGE 139 I 121 E. 4.2.1; 5A_763/2011 E. 5; 5A_218/2014 E. 6.1.

¹⁶²⁸ BAUR, Funktionswandel, S. 169.

¹⁶²⁹ BAUR, Funktionswandel, S. 169. Vgl. des Weiteren die Ausführungen von TROLLER, Grundlagen, S. 65 f.

¹⁶³⁰ HEER, S. 159 und 186. Vgl. auch den Hinweis von KININGER, S. 15, dass das Verfahrensrecht sozialpolitische Determinanten zu berücksichtigen hat, wozu u.a. gehört, dass sich wirtschaftliche Asymmetrien zwischen den Prozessbeteiligten für die wirtschaftlich schwächere Partei nicht nachteilig auf das Prozessergebnis niederschlagen.

Gegenpartei – nämlich als Grundrechte, die dem staatlichen Handeln Grenzen setzen – erläutert wurde. Aus deren Perspektive sind unter der Verfahrensfairness als Schranke für die Relativierung des *da mihi facta* insbesondere die gerichtliche Neutralität und das Gleichbehandlungsgebot zu analysieren.

3. Interesse am schonenden Ressourcenumgang

- 513 Aus der hiervor zitierten Passage von Tanja DOMEJ über die zentrale Fragestellung für die Verfahrensausgestaltung ist zu entnehmen, dass das bereits erörterte Ziel eines möglichst der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteils, das den Abschluss eines fair ausgestalteten Verfahrens bildet, unter einem möglichst ökonomischen Ressourceneinsatz erreicht werden soll.¹⁶³¹ Es ist somit auch danach zu trachten, dass Rechtsschutz erschwinglich ist und der Rechtsfrieden innerhalb angemessener Frist hergestellt werden kann.¹⁶³² Ein Verfahren soll demnach nur so lange und so teuer wie nötig respektive so zeit- und so kostenschonend wie möglich ausfallen.¹⁶³³ Mit anderen Worten ausgedrückt: Effizienter und effektiver Rechtsschutz beziehungsweise Rechtsfrieden hängen sowohl für den Einzelnen wie auch für die Allgemeinheit von den Faktoren Zeit und den damit zusammenhängenden Kosten ab.¹⁶³⁴ Dieses wiederum gemeinsame Ziel ist nach eingemommener Perspektive zu differenzieren:
- 514 Das auch als Grundrechtsanspruch verankerte Beschleunigungsgebot nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sichert den Parteien eine Beurteilung innert angemessener Frist zu. Damit enthält dieses Gebot zugleich eine Aufforderung an das den Prozess leitende Gericht: Es soll das Verfahren zügig vorbereiten und

¹⁶³¹ Vgl. hierzu N. 491. Zum Ziel eines möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils vgl. N. 496–502; zum Ziel eines fairen Verfahrens vgl. N. 503–512.

¹⁶³² JOLIDON, S. 196 zur «*nécessité pratique de liquider le procès sans frais disproportionnés et dans un laps de temps convenable*»; VOGEL, Prozess-Ökonomie?, S. 10 f. zur «*wahren Prozessökonomie*»; KININGER, S. 15, spricht von der Verhältnismässigkeit von Prozessaufwand und -ergebnis; ausführlich zum Begriff der Prozessökonomie vgl. BRÄNDLI, N. 54 ff.

¹⁶³³ Es geht um *Zeitangemessenheit*, was nicht mit einer möglichst schneller Verfahrenserledigung gleichzusetzen ist: vgl. Art. 29 Abs. 1 BV zur «*Beurteilung innert angemessener Frist*» oder KININGER, S. 126 zum Ziel der *Zeitangemessenheit*.

¹⁶³⁴ Für die beiden Perspektiven in Bezug auf die Verfahrensbeschleunigung vgl. HEINZMANN, Habil., N. 409 f.

durchführen^{1635, 1636} Wird die strittige Rechtslage möglichst bald geklärt, kommt die rasche Beendigung des bis dahin herrschenden Zustands der Ungewissheit den Parteien auch finanziell entgegen, da das Verfahren auch für sie persönlich kostengünstiger ausfällt.¹⁶³⁷

Um die Kontrolle der staatlichen Ressourcen zur Rechtspflege muss sich in erster Linie der Staat selbst kümmern.¹⁶³⁸ Ein Blick in die Materialien des vereinheitlichten Gesetzes zeigt, wie sehr allseits die Kontrolle über einen ökonomischen Ressourcenumgang eingefordert wurde.¹⁶³⁹ Vorschläge zu Bestimmungen, welche den Kantonen Mehrkosten verursachen könnten, wurden oft in dieser Hinsicht kritisiert.¹⁶⁴⁰ Der Bundesrat sah sich verpflichtet, gleich einleitend in der Botschaft beruhigende Worte auszusprechen: Das einheitliche Recht soll den Kantonen keine Mehrkosten verursachen.¹⁶⁴¹ 515

¹⁶³⁵ Vgl. insb. Art. 124 Abs. 1 ZPO.

¹⁶³⁶ Vgl. zudem SARBACH R., N. 156 ff., dass das Beschleunigungsgebot nach Art. 29 Abs. 1 ZPO das *Gericht verpflichtet*, einen Zivilprozess innert angemessener Frist zu beenden; zum Verfassungsrang des Beschleunigungsgebots vgl. BRÄNDLI, N. 39 ff. und 45 ff. zur Konkretisierung im Zivilprozess.

¹⁶³⁷ Vgl. auch HEINZMANN, Habil., N. 409.

¹⁶³⁸ Vgl. den Hinweis bei LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 89 N. 1a, dass die Hauptverantwortung beim Richter liegt, den Prozess voranzutreiben und über- langer, das Vertrauen in die Justiz untergrabender Prozessdauer entgegenzuwirken. SALZGEBER, S. 13, weist darauf hin, dass sich die Parteien, deren Ziel der Rechtsschutz ist, weniger interessieren, in welchem Masse hierfür die Justizbehörden beansprucht werden.

¹⁶³⁹ ZS VN VE-ZPO, S. 8 zu Ziff. 313 zu den Prozesskosten, sowie die Botschaft ZPO, S. 7238 zum *«Hauptanliegen der Kantone: Keine Mehrkosten! Wie ein roter Faden zieht sich die Sorge der Kantone über allfällige Mehrkosten für die Justiz durch die Stellungnahmen.»*; vgl. auch LÜSCHER, S. 26; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 38 zum Hauptanliegen der Kostenneutralität.

¹⁶⁴⁰ Vgl. zum Hauptanliegen der Kantone *«Keine Mehrkosten!»* die Beispiele in der Botschaft ZPO, S. 7238, insb. auch den Hinweis, dass im Hinblick auf befürchtete Mehrkosten *«auch das Anliegen eines <sozialen Zivilprozesses> keinen leichten Stand»* hatte; vgl. hierzu auch ZS VN VE-ZPO, S. 7 f., 5. Spiegelstrich. Zu Recht kritisch dazu, dass eine eingeschränkte materielle Prozessleitung Mehrkosten verhindert: LIENHARD A. [b], N. 989.

¹⁶⁴¹ Botschaft ZPO, S. 7223, 3. Spiegelstrich, vgl. auch S. 7236 zu den diesbezüglichen Leitlinien des VE-ZPO sowie S. 7241 die Zustimmung des Bundesrats, diesem Grundanliegen der Kantone besondere Bedeutung zuzumessen. Ständerat Franz WICKI, AB 2007 S. 499, bezeichnete dies als Zusicherung des Bundesrats. Vgl. auch die Ausführungen der Bundesrätin Eveline WIDMER-SCHLUMPF, AB 2008 N. 638. WEBER,

- 516 Ganz offensichtlich ermöglicht es das formelle Prozessleitungsamt dem Gericht, darüber zu wachen, dass auch dem Interesse der Allgemeinheit am rationellen Umgang mit dem Gut *Rechtspflege*¹⁶⁴² Rechnung getragen¹⁶⁴³ und der Verschwendung staatlicher Ressourcen aufgrund «*ziellose[r], zeitlose[r], gleichgültige[r], trölerhafte[r] oder gar unredliche[r] Prozessführung*» seitens der Parteien Einhaltung geboten wird.¹⁶⁴⁴ Dass aber auch die materielle Prozessleitung einen Beitrag zur Ressourcenschonung leisten kann, hebt insbesondere Paul OBERHAMMER deutlich hervor.¹⁶⁴⁵ Hierauf wird bei der Frage nach der Geeignetheit des gerichtlichen Eingriffs in den Prozessstoff zur Verwirklichung des Ziels nach Ressourcenschonung im Detail eingegangen.

4. Zielkonflikt

4.1. Spannungsverhältnis zwischen den dargestellten Zielen respektive Interessen

- 517 Die Ausführungen zeigen: Um die Nachhaltigkeit der autoritativen Streiterledigung und somit einen effektiven Rechtsfrieden zu gewährleisten, ist *danach zu streben, zeitnah, nach einem fair und kostenschonend ausgestalteten Verfahren, ein möglichst auf den tatsächlichen Gegebenheiten und im Einklang mit dem materiellen Recht stehendes Urteil zu fällen*. Diese Ziele stehen allerdings in einem gewissen *Spannungsverhältnis* zueinander:¹⁶⁴⁶ Denn die Suche nach den wahren

S. 111 ff., stellt allerdings fest, dass die Gesamtkosten für die Gerichtsorganisation wie auch für die Zivilgerichtsbarkeit seit Inkrafttreten der ZPO eher gestiegen als gesunken sind, vgl. auch dessen Schlussbemerkung auf S. 122, dass das Kostenthema ein eigentlicher Dauerbrenner des Zivilprozessrechts darstellt.

¹⁶⁴² Für Wendungen wie *Rechtsschutz/Rechtsgewährung als knappes Gut* und zur *knappen Ressource Recht* vgl. z.B. STÜRNER, Aufklärung, N. 51; MARTIN P., S. 54 f.; HESS, S. 7; BRÄNDLI, N. 103; OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 88 und 91. Die Botschaft ZPO, S. 7231, spricht von den Ressourcen der Justiz, die *ein kostbares Gut* darstellen. Zur Ressourcenknappheit als hinzutretendes Rechtsschutzproblem vgl. auch ROHNER, S. 234 ff.

¹⁶⁴³ Vgl. SALZGEBER, S. 13 ff. und 18.

¹⁶⁴⁴ SALZGEBER, S. 14 ff. (Wortzitat S. 14), insb. auch S. 17 ff. über die Prozessleitung und ihren Zweck; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 89 N. 1a m.H.a. die formelle Prozessleitung.

¹⁶⁴⁵ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1, 3 und 8; vgl. auch TROLLER, Grundlagen, S. 64 f.

¹⁶⁴⁶ Vgl. auch den Bericht VE-ZPO, S. 13 über die «*Antinomie der Ziele, den Prozess auf der einen Seite beförderlich und kostengünstig durchzuführen und Prozessverschleppungen zu unterbinden, den Streit aber andererseits möglichst gerecht und auf Grund der materiellen Wahrheit zu entscheiden*»; zudem die Botschaft ZPO, S. 7245 über das

Gegebenheiten und die Sicherstellung von Verfahrensfairness benötigen Zeit und finanzielle Mittel. Eine möglichst lange Prozessdauer verbessert die Rechtsprechung jedoch nicht.¹⁶⁴⁷ Nicht nur, dass ein überlanger Prozess weniger die Qualität des Resultats als vielmehr den Verlust des Vertrauens in das Funktionieren des Justizapparats fördert¹⁶⁴⁸, ein in weiter Ferne liegender Streitabschluss nützt den Parteien auch regelmässig wenig¹⁶⁴⁹.

Für die Fragen nun, wie die erörterten Ziele zu gewichten und in Ausgleich zu bringen sind,¹⁶⁵⁰ lohnt sich ein Ausflug in zivilprozessuale Themengebiete, bei denen der geschilderte Zielkonflikt besonders deutlich zutage tritt. Dies trifft insbesondere auf die antizipierte Beweiswürdigung, aber auch auf die Novenschränke zu: Beide betonen die Speditivität im Verfahren, bergen aber auch gerade deshalb die Gefahr, dass Relevantes übergangen und so letztlich ein Urteil gefällt wird, das nicht die tatsächliche Rechtslage widerspiegelt. Aufgrund ihres immanenten Zielkonflikts¹⁶⁵¹ sind diese beiden Themen nicht nur in der Lehre generell viel

Spannungsfeld und zuvor S. 7232 über *handfeste Zielkonflikte*; vgl. des Weiteren z.B.: RÜEGG, S. 64; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 4; MEIER R., N. 2; VOGEL, Prozess-Ökonomie?, S. 11; BRÄNDLI, N. 91 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 2 N. 14; KININGER, S. 127; HASENBÖHLER, *Spannungsfeld*, S. 109.

¹⁶⁴⁷ Vgl. z.B.: GAUL, S. 52; KUMMER, ZPR, S. 6 f.; sodann die Bemerkung von BRÖNNIMANN, Diss., S. 42, dass eine lange Prozessdauer der Erforschung der Wahrheit nicht förderlich ist.

¹⁶⁴⁸ Vgl. auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 89 N. 1a; RÜEGG, S. 64 f.

¹⁶⁴⁹ Besonders zur zeitlichen Dimension des Rechtsfriedensziels vgl. z.B.: ASPRIEN STÖCKLIN, S. 232; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 2 N. 19 f.; MARTIN P., S. 70; ROHNER, S. 233; RÜEGG, S. 64. Auch bereits KLEIN betonte immer wieder, dass der Prozess seine Funktion nur erfüllen kann, wenn er «*Gegenwartshilfe*» leistet: KLEIN/ENGEL, S. 197; KLEIN, Vorlesungen, S. 10; KLEIN, Anwendung, S. 88, vgl. hierzu auch KININGER, S. 103, sowie HEINZMANN, Habil., N. 26 f.

¹⁶⁵⁰ Vgl. auch BUCHER, S. 5 f.: «*Es wird nie eine Lösung geben, die alle diese Gesichtspunkte gleichermaßen berücksichtigt, d.h. es wird z.B. nie einen Prozess geben, der materiell gerecht ist, beide Parteien befriedigt und innert kürzester Zeit durchgeführt ist. Es bleibt also nichts anderes, als einem bestimmten Gesichtspunkt mehr Gewicht, mehr Bedeutung beizumessen, auf Kosten der andern.*»

¹⁶⁵¹ In Bezug auf die *antizipierte Beweiswürdigung* wird insb. das *Spannungsverhältnis* zum Recht auf Beweis betont (vgl. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7312 zu Art. 150; darauf verweisend: 4A_505/2012 E. 4.2; des Weiteren auch z.B.: G/J/S-SCHMID, Art. 152 N. 11; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 21; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 55; B/G/S II-LEU, Art. 152 N. 117; HASENBÖHLER, *Spannungsfeld*, S. 105), wobei der Beweis letztlich zur Erstellung der *tatsächlichen Geschehnisse* dient. Die *Eventualmaxime* steht ebenfalls in einem *Spannungsverhältnis* zur materiellen Wahrheit (vgl. z.B. SUTTER-

diskutiert – wie nachfolgend gezeigt, gehörten sie insbesondere auch im Gesetzgebungsverfahren zur eidgenössischen Prozessordnung zu den umstrittensten.

4.2. Exkurs: Zielgewichtung anhand zweier typischer zivilprozessualer Beispiele

4.2.1. Beispiel 1: Antizipierte Beweiswürdigung

- 519 Nicht nur besteht vor Gericht ein «*Zugang zum Recht*», sondern auch ein «*Zugang zu den Fakten*». Diesen erläutert Paul OBERHAMMER dahingehend, dass taugliche, objektiv zur Wahrheitsfindung geeignete Beweismittel abzunehmen sind: Mit anderen Worten besteht ein «*Anspruch auf Wahrheitssuche mit dazu geeigneten Mitteln*».¹⁶⁵² Daneben gibt es allerdings die ebenso bekannte wie kritisch gewürdigte antizipierte Beweiswürdigung, in welcher die Botschaft zur Zivilprozessordnung einen im Interesse eines konzentrierten Verfahrens «*notwendige[n] Ausgleich zum Recht auf Beweis*»¹⁶⁵³ sieht. Der wohl prominenteste Fall einer antizipierten Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht weitere Abklärungen aus dem Grund verweigert, dass bereits abgenommene Beweise zu einer Überzeugung geführt haben, an der selbst andere taugliche Beweismittel nichts mehr zu ändern vermöchten.¹⁶⁵⁴ Jene weitere Beweisabnahme unterbleibt, es kommt also diesbe-

SOMM, ZPR, N. 371; RÜEGG, S. 64; G/J/S-ENGLER, Art. 229 N. 1; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N. 16; ASPRION STÖCKLIN, S. 142 «*Widerspruch*»; B&M-WIDMER, Art. 229 N. 1 *widerstrebende Interessen*; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 229 N. 1 «*an der materiellen Wahrheit vorbeiführen*»; vgl. auch die Beschreibung von BK II-KILLIAS, Art. 229 N. 2 f.).

¹⁶⁵² OBERHAMMER, Recht, S. 419 (inkl. der drei Wortzitate). Vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.27 f., wonach Art. 152 Abs. 1 ZPO ein Recht auf Abnahme von tauglichen, form- und fristgerecht eingereichten Beweisen zu rechtlich relevanten, ausreichend eingebrachten Tatsachen verleiht.

¹⁶⁵³ Botschaft ZPO, S. 7312 zu Art. 150. Gleiche Bezeichnung auch z.B. bei: BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 21; G/J/S-SCHMID, Art. 152 N. 14. Konkret bedeutet dies, dass der Anspruch auf Zulassung zum Beweis entfällt, vgl. WILLISEGGER, S. 272 f.

¹⁶⁵⁴ Vgl. auch die Formulierungen des BGer, z.B. im Urteil 4A_216/2008 E. 4.2: «[...] weil es [Anm.: das Sachgericht] seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten (BGE 122 III 219 E. 3c S. 223 f. mit zahlreichen Hinweisen).»; 4A_158/2018 E. 3.2: «Wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde, ist der Beweisführungsanspruch nicht verletzt (BGE 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 130 II 425 E. 2.1 mit Hinweisen).», oder im BGE 143 III 297 E. 9.3.2:

züglich zu keinem realen, sondern bloss zu einem hypothetischen Ergebnis.¹⁶⁵⁵ Es liegt auf der Hand, dass damit nicht restlos ausgeschlossen werden kann, dass das abgelehnte Beweismittel die richterliche Überzeugung doch gleichwohl noch hätte erschüttern können, wäre es abgenommen worden.¹⁶⁵⁶

«[...] wo der Richter zum Schluss kommt, ein form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweis vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten oder bestrittenen Tatsache nicht zu erschüttern (BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; BGE 90 II 219 E. 4b S. 224).» (Hervorhebungen jeweils weggelassen); eine ähnliche Umschreibung verwendet das BGer auch in den Urteilen BGE 146 III 203 E. 3.3.2 und 5A_763/2018 E. 2.1.1.2 und spricht dabei von einer *echten* antizipierten Beweiswürdigung bzw. einer antizipierten Beweiswürdigung *im eigentlichen Sinn*. Zu dieser Form antizipierter Beweiswürdigung vgl. z.B. auch: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 431 und 782; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 50; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 23, 3. Spiegelstrich; TANNER, S. 746 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 93; GASSER/RICKLI, Art. 152 N. 3; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 37 und 45; KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 14 und 16; B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 107; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.158, 4. Spiegelstrich; HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 107 f. Zur gerichtlichen Selektion aus einer Vielzahl angebotener Beweismittel, die alle dem Beweis desselben Elements dienen sollen, als weitere Form von antizipierter Beweiswürdigung vgl. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7312 zu Art. 150; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 23, 2. Spiegelstrich; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 95; BRÄNDLI, N. 500 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.158, 5. Spiegelstrich; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 35 und 43; KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 14 und 17; GASSER/RICKLI, Art. 152 N. 3; B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 108; HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 112; vgl. auch BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 170, wonach hier keine antizipierte Beweiswürdigung vorliegt. Zuweilen werden weitere Kategorien erstellt, vgl. ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 23, 1. und 4. Spiegelstrich.

¹⁶⁵⁵ KOFMEL, S. 256; HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 106; TANNER, S. 744. Differenzierend BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 59, nach dem eigentlich keine vorweggenommene Bewertung eines hypothetischen Beweisergebnisses erfolgt, sondern es werden bereits abgenommene Beweismittel gewürdigt. BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 14, und S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 38, sprechen auch von einer verkürzten Würdigungsbasis. Zum Verstoß gegen Denkgesetze vgl. OBERHAMMER, Verfahrensmangel, S. 512 und 519.

¹⁶⁵⁶ Zur Überzeugungskraft, die eigentlich erst nach der Erhebung des Beweises beurteilt werden kann, vgl. z.B.: BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 180; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 152 N. 22; von einer «über den Daumen gepeilte[n] Schätzung» sprechen BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 94. Zum abgelehnten Gegenbeweismittel, das hätte Zweifel säen können, vgl. SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 138.

- 520 Eine Bestimmung im Vorentwurf sah eine ausgeprägte Form der antizipierten Beweiswürdigung vor.¹⁶⁵⁷ Aufgrund starker Kritik wurde sie gestrichen.¹⁶⁵⁸ Was aber gemäss Botschaft nicht bedeutet, dass eine antizipierte Beweiswürdigung per se unzulässig wäre; vielmehr sei sie dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung inhärent.¹⁶⁵⁹ Daniel SCHWANDER erklärt dieses Vorgehen damit, dass der Gesetzgeber das Institut im Grundsatz beibehalten wollte. Mit der Streichung sei in eher symbolischer denn problemlösender Weise der Kritik am Vorentwurf Rechnung getragen und die Definition sachgerechter Anwendungskriterien der Rechtsprechung überlassen worden.¹⁶⁶⁰ Tatsächlich zeigt die höchstrichterliche Rechtsprechung, dass selbst im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes – sogar bei uneingeschränkter Form – eine antizipierte Beweiswürdigung zulässig sein kann.¹⁶⁶¹ Allerdings ist von einem engen Verständnis der antizipierten Beweis-

¹⁶⁵⁷ Vgl. SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 138 zur weiten Definition der antizipierten Beweiswürdigung des VE-ZPO. Nach SUTTER-SOMM, ZPR, N. 431, entsprach die Vorschrift des VE-ZPO zur antizipierten Beweiswürdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; im Vernehmlassungsverfahren äusserten insb. der Kanton ZH und das dortige KassGer dagegen die Ansicht, dass dem nicht so ist, vgl. ZS VN, VE-ZPO, S. 399 ZH und S. 400 KassZH. SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 137, nennt in FN. 172 f. Urteile des BGer, die eine uneinheitliche Praxis abbilden.

¹⁶⁵⁸ Starke Kritik an Art. 147 Abs. 2 VE-ZPO insb. zu lesen bei: OBERHAMMER, Recht, S. 421 f.; OBERHAMMER, Verfahrensmangel, S. 511 ff.; wie auch in der ZS VN, VE-ZPO, S. 401 Uni ZH; MEIER I., Vorentwurf, S. 46 f. Zur Diskussion im Vernehmlassungsverfahren vgl. TANNER, S. 740 f.

¹⁶⁵⁹ Botschaft ZPO, S. 7312 zu Art. 150. Zur Rechtsgrundlage vgl. die verschiedenen Meinungen z.B. von: BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 39, insb. FN. 134 ff.; GASSER/RICKLI, Art. 152 N. 3; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 783; WILLISEGGER, S. 273; kritisch zu Art. 157 ZPO als gesetzliche Grundlage insb.: B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 105; BSK ZPO-GUYAN, Art. 152 N. 7 und 14 f.

¹⁶⁶⁰ SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 136. Diese Interpretation zeigt sich im Übrigen auch am Votum AKBS in der ZS VN, VE-ZPO, S. 399; wohl auch B&M-PASSADELIS, Art. 152 N. 8. Kritisch zu diesem Vorgehen TANNER, S. 741 f. Vgl. demgegenüber aber auch die Würdigung der Streichung bei BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 14 f.

¹⁶⁶¹ Vgl. z.B.: BGE 130 III 734 E. 2.2.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 f.; 5P.147/2001 E. 3a) aa); 5C.299/2001 E. 2b) aa) (nicht publiziert im BGE 128 III 161); 5P.157/2003 E. 3 und 4.4; 5C.207/2004 E. 2.1; 5C.14/2005 E. 1.2.3; 5C.34/2006 E. 2; 5A_416/2008 E. 4; 5A_798/2009 E. 3.1 (nicht publiziert im BGE 136 I 178); 5A_859/2009 E. 4.3.1; 5A_22/2010 E. 4.2 ff.; 5A_361/2010 E. 4.2.1; 5A_22/2011 E. 4.1; 5A_402/2011 E. 3.1; 4A_505/2012 E. 4.2; 5A_834/2012 E. 3.1; 5A_877/2013 E. 4.1.3; 5A_513/2014 E. 4.1; 5A_256/2015 E. 2.2.2; 5A_59/2016 E. 4.4; 5A_346/2016 E. 5.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 361); 5A_446/2016 E. 4.1; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3 f.; 5A_468/2017 E. 6.1; 5A_262/2019 E. 5.2; zur antizipierten Beweiswür-

würdigung auszugehen: Eine Verletzung des Anspruchs auf Beweis ist immer dann gegeben, wenn das Gericht taugliche und formgültig beantragte Beweismittel zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obgleich es die entsprechenden Sachvorbringen weder als erstellt noch als widerlegt erachtet;¹⁶⁶² demnach weder ein positives noch ein negatives Beweisergebnis vorliegt. Oder mit dem Bild von SCHWANDER ausgedrückt: *«Solange eine Partei von der ihr obliegenden Beweislast erdrückt zu werden droht, darf das Gericht ihr Recht auf Beweis nicht beschränken.»*¹⁶⁶³

Die Lehre bringt die ihrerseits geforderte Zurückhaltung¹⁶⁶⁴ namentlich dadurch zum Ausdruck, dass sie verlangt, eine Ablehnung weiterer Beweismittel dürfe nur dann ins Auge gefasst werden, wenn eine feste gerichtliche Überzeugung in sorg-

digung in Bezug auf eine Kindesanhörung vgl. BGE 146 III 203 E. 3.3. Vgl. in der Lehre z.B.: BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 17; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 2; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 N. 2; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 11; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 142; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 474; LIENHARD A. [b], N. 217, 525 und 692.

¹⁶⁶² BGE 114 II 289 E. 2a; BGE 123 III 35 E. 2b; BGE 143 III 297 E. 9.3.2; 4A_74/2008 i.V.m. 4C.68/2007 E. 9.1; 4A_216/2008 E. 4.2; 4A_491/2014 E. 2.5; 5A_468/2017 E. 5.1; 5A_763/2018 E. 2.1.1.2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 9; BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 37.

¹⁶⁶³ SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 138.

¹⁶⁶⁴ Mit Mahnung nach Zurückhaltung/Begrenzung zulassend z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 118 f.; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 152 N. 22 und Art. 157 N. 42 ff., insb. N. 48; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 63; BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 179 ff.; HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 109 f. und 113. Generell kritisch zur antizipierten Beweiswürdigung z.B.: HABSCHEID, Effektivität, S. 383 und 385 f. (m.H.a. das rechtliche Gehör); HABSCHEID, Philosophie, S. 12; HABSCHEID, Grundlagen, N. 559: *«Nach alledem sollte für den heutigen rechtsstaatlichen Prozess gelten, was für das corpus iuris civilis unbestreitbar war, nämlich dass Beweise über erhebliche Tatsachen nicht beschränkt werden dürfen (<... ne probationem facultas angustetur>, C. 1, 5, 21, 3 a.E. [Justinian]).»* (Hervorhebungen weggelassen; erwähnt sei, dass HABSCHEID, Effektivität, S. 386, den Terminus wie folgt definiert: *«Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Von antizipierter Beweiswürdigung kann man nur sprechen, wenn erhebliche Beweise nicht erhoben werden, und zwar mit der Begründung, die Beweismittel seien nicht glaubwürdig.»* [Hervorhebungen weggelassen]); HABSCHEID zustimmend KOFMEL, S. 262 ff.; vgl. auch BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 39, der insb. auf OBERHAMMER verweist (zur Ansicht dieses Autors vgl. die Angabe im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1655). Eine Übersicht auch über die ältere Lehre findet sich bei HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 108 f., der feststellt, dass jüngere Autoren mehr Zurückhaltung üben.

fältiger Weise gebildet wurde.¹⁶⁶⁵ Um zu einer solchen zu gelangen, bedarf es eines gewissen Aufwands, der den Umständen und der Komplexität des konkreten Falls angemessen sein muss.¹⁶⁶⁶ Die Möglichkeiten zur Verifizierung der entsprechenden Tatsachen sind auch noch dann auszuschöpfen, wenn das Gericht der Meinung ist, dass der Rechtsstreit nun sein Ende finden müsse.¹⁶⁶⁷ Benedikt SUTER, Pascal GROLIMUND wie auch Franz HASENBÖHLER erwähnen des Weiteren die Unzulässigkeit, allein aus prozessökonomischen Gründen von der Einholung einer objektiv gebotenen Expertise abzusehen, welche in Anbetracht des Streitwerts vielleicht unsinnig erscheinen mag.¹⁶⁶⁸ Darüber hinaus verbieten Aspekte der Verfahrensfairness, namentlich das Gebot der Gleichbehandlung wie auch der Anspruch auf rechtliches Gehör, ein einseitiges Vorgehen bei der Meinungsbildung: Das Gericht darf sich also nicht bloss mit den Darstellungen der einen Partei befassen und nur dahingehend Beweise geprüft haben.¹⁶⁶⁹

¹⁶⁶⁵ Von fester Überzeugung sprechen z.B.: BERTI, Verhältnis, S. 28 f.; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 45 und 47; B/G/S I-LEU, Art. 152 N. 119, vgl. aber auch N. 121; von Gewissheit spricht BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 58; vgl. auch OBERHAMMER, Verfahrensmangel, S. 255 über die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Vgl. auch die hypothetische Testfrage bei SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 139, dass selbst das aus Sicht des Antragstellers bestmögliche Resultat aus dem zur Diskussion stehenden Beweismittel rational begründbar nichts mehr an der gerichtlichen Überzeugung zu ändern vermag; ähnlich ZS VN, VE-ZPO, S. 400 KassZH: «[...] auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (Wahrunterstellung).», sowie KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 16.

¹⁶⁶⁶ Vgl. auch den Hinweis von KININGER, S. 108, dass ein gewisser Zeitaufwand notwendig ist, um die Objektivität des Verfahrens zu garantieren; und DERS., S. 126 f. zum Verhältnis zwischen den Zielen der Objektivität und der Zeitangemessenheit; zustimmend: MARTIN P., S. 96.

¹⁶⁶⁷ In diese Richtung SCHMIDT, S. 43. KININGER, S. 126 f. m.H., dass der Zeitaufwand immer so gross sein muss, dass die Prozessreife gegeben ist.

¹⁶⁶⁸ SUTER, S. 29 f.; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 21; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 152 N. 9a. Vgl. zudem GASSER/RICKLI, Art. 152 N. 1 m.H., dass die Bedeutung des Falls keine Rolle spielt.

¹⁶⁶⁹ Vgl. auch LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N. 9.158, 7. Spiegelstrich; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 157 N. 45 und 47; HASENBÖHLER, Spannungsfeld, S. 110 und 113; BRÄNDLI, N. 505. Vgl. auch die Betonung des Rechts auf Gegenbeweis z.B. im BGE 115 II 305. Vgl. zudem BERTI, ZPO, N. 308: «Im Alltag mag es nicht immer vermeidbar sein, dass Leute auf einseitige Aussagen von Personen über andere Personen abstellen, ohne sich um die Sicht der Dinge dieser anderen Person zu kümmern. Verfährt aber ein Gericht im Zivilverfahren so, verstösst es gegen das Recht der Parteien auf rechtliches Gehör. Dieses

In Anbetracht all dessen ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht der Schluss zu ziehen, dass die Ziele des der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils und der Verfahrensfairness, selbst wenn diese zur Verlängerung des Verfahrens führen, stärker zu gewichten sind, als eine diese Ziele beschneidende Möglichkeit, um Zeit und Geld einzusparen.¹⁶⁷⁰ 522

4.2.2. Beispiel 2: Novenschranke

Wie gesehen, haben sowohl die Allgemeinheit wie auch der einzelne Prozessteilnehmer je ein eigenes Interesse an der Schonung der jeweiligen finanziellen und zeitlichen Ressourcen.¹⁶⁷¹ Während das in Art. 29 Abs. 1 BV verankerte Grundrecht auf einen Entscheid innert angemessener Frist als *Anspruch der Parteien* gegenüber dem Gericht zu verstehen ist,¹⁶⁷² stellt die Eventualmaxime mit ihrem Anliegen um Verfahrensbeschleunigung eine ähnlich gelagerte *Forderung* nach zügigem Handeln *an die Adresse der Parteien*: Tritt nämlich in einem Verfahren ab einem bestimmten Zeitpunkt eine Präklusion ein, werden später folgende Vorbringen grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt.¹⁶⁷³ Der hiervoor für ein bemerkenswert weites Verständnis der materiellen Prozessleitung zitierte Richter Georg LEUCH schrieb im selben Aufsatz in Bezug auf die Eventualmaxime, dass auch dieser ein praktischer Sinn zukomme, dass sie sehr gesund wie auch notwendig sei: «*Sie mutet einerseits der einigermaßen diligenten Partei nichts Schwieriges und Unbilliges zu und garantiert andererseits in wirksamer Weise den geordneten Fortschritt des Prozesses, seine Konzentration.*»¹⁶⁷⁴ 523

Verfahrensgrundrecht wird gewährleistet von Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 53 ZPO. Zuletzt gründet es in der Menschenwürde.»

¹⁶⁷⁰ Vgl. auch KININGER, S. 108: «*Ein möglichst kurzes Verfahren darf nicht um jeden Preis angestrebt werden. Die kürzere Verfahrensdauer darf niemals auf Kosten anderer Verfahrensziele gehen.*»; gl.M. MARTIN P., S. 96; vgl. des Weiteren BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 178, nach dem das Argument der Prozessökonomie (inkl. Vermeidung der Prozessverzögerung) als Rechtfertigung für die Einschränkung des Beweisanspruchs mit Vorsicht heranzuziehen ist, und S. 181 f., dass bloße Zweifel an der Ergiebigkeit eines Beweismittels nicht zur Ablehnung führen dürfen. Zur unzulässigen antizipierten Beweismittelwürdigung vgl. z.B.: BGE 106 II 170 E. 6b f.; 5C.206/2006 E. 2.1 f.; 4C.212/2006 E. 3.1.3; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3 ff., zudem in E. 3.2.1 m.H.a. Art. 8 ZGB und Art. 152 Abs. 1 ZPO.

¹⁶⁷¹ Vgl. hierzu N. 513–516.

¹⁶⁷² Vgl. hierzu N. 514.

¹⁶⁷³ SUTTER-SOMM, ZPR, N. 368 und 400.

¹⁶⁷⁴ LEUCH, Prozeßleitung, S. 560 f. Vgl. aber auch den Hinweis von STAEHELIN, S. 129, dass das Ziel der durchaus berechtigten Eventualmaxime, der Schutz vor endloser Pro-

- 524 Auch bei diesem Beispiel ist jedoch nicht zu übersehen, dass eine im Anliegen um Prozessbeschleunigung¹⁶⁷⁵ statuierte Einschränkung des Novenrechts im Spannungsverhältnis zum Ziel der materiellen Wahrheit steht.¹⁶⁷⁶ Die Frage der Eventualmaxime zitiert denn auch der Bericht zum Vorentwurf der Zivilprozessordnung als typisches Beispiel für die Antinomie der Ziele eines Prozesses.¹⁶⁷⁷ Die vorderhand prozessuale Folge – das Ausser-Acht-Lassen von Vorbringen – kann erhebliche Auswirkungen bis hin zum gänzlichen Unterliegen im Verfahren nach sich ziehen, also auch zum Rechtsverlust führen.¹⁶⁷⁸ Nach LEUCH ist es jedoch weit besser, eine nachlässige Partei ab und zu an der Verhinderung verspäteter Vorbringen mit ihrem Anspruch scheitern zu lassen, als das Verfahren durch unangebrachte Nachsicht und allzu bereitwillige amtliche Berücksichtigung von Noven zu diskreditieren.¹⁶⁷⁹ Bei einem Grundsatz mit derart gewichtigen Auswirkungen¹⁶⁸⁰ stellt sich allerdings immer die Frage, wie streng er tatsächlich umgesetzt werden soll. Die konkrete Ausgestaltung des Novenrechts war eines der wohl umstrittensten Themen im Gesetzgebungsverfahren:¹⁶⁸¹ Die Entstehung des diesbezüglich vereinheitlichten Rechts war geprägt von einem Hin – das heisst einem strengen Vorentwurf der Expertenkommission¹⁶⁸² – und Her – in Form eines deutlich grosszügigeren Entwurfs des Bundesrats¹⁶⁸³ – und über die parlamentarische

zessverschleppung, häufig mit einer unnötigen Anschwellung des Prozeßstoffs teuer erkaufte werden müsse.

¹⁶⁷⁵ Zu weiteren Funktionen (wie Ordnungs- und Schutzfunktion) vgl. z.B.: B&M-WIDMER, Art. 229 N. 1; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 37; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 367 ff.; SARBACH R., N. 161.

¹⁶⁷⁶ Vgl. die Belege in FN. 1651.

¹⁶⁷⁷ Bericht VE-ZPO, S. 13.

¹⁶⁷⁸ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 46; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 400; SARBACH R., N. 160. Vgl. auch die Ausführungen von DOMEJ, Formalismus, S. 116 f.

¹⁶⁷⁹ LEUCH, Prozeßleitung, S. 561.

¹⁶⁸⁰ Bundesrätin Eveline WIDMER-SCHLUMPF, AB 2008 N. 965, und Nationalrätin Anita THANIEL, AB 2008 N. 965, betonten in der Debatte, dass es sich beim Novenrecht um eine *Kernfrage* des Zivilprozessrechts handelt; als eine solche auch in der Botschaft ZPO, S. 7340 zu Art. 224–230, sowie bei GASSER/RICKLI, Art. 229 N. 1, und bei BK II-KILLIAS, Art. 229 N. 1, bezeichnet.

¹⁶⁸¹ Feststellung von SUTTER-SOMM, ZPR, N. 371; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 229 N. 2; LÜSCHER, S. 27 f.

¹⁶⁸² Art. 215 VE-ZPO mit einer grundsätzlichen Präklusion nach der Replik und der Duplik.

¹⁶⁸³ Art. 225 Abs. 1 E-ZPO mit der Zulässigkeit von Noven bis und mit den ersten Parteivorträgen in der Hauptverhandlung.

Debatte wieder etwas zurück zu einer kompromissorientierten Lösung im Sinne des schliesslich in Kraft getretenen Art. 229 ZPO.¹⁶⁸⁴

Bemerkenswerterweise keinen Eingang ins Gesetz fand die im Vorentwurf vorgesehene Ausnahme der Präklusionswirkung für ein neues Vorbringen, das auf ein Ausüben der gerichtlichen Fragepflicht hin in den Prozess eingebracht wird. Der entsprechende Art. 215 Abs. 2 lit. b VE-ZPO schürte Bedenken hinsichtlich einer ungerechtfertigten Besserstellung einer Partei und führte sogar zur Befürchtung, die Verhandlungsmaxime würde «*de facto*» abgeschafft.¹⁶⁸⁵ Andere wiederum stellten diese Kritik entschieden infrage.¹⁶⁸⁶ Die herrschende Lehre versteht die Streichung dieser Präklusionsausnahme aber doch dahingehend, dass die gericht-

¹⁶⁸⁴ Zusammenfassung dieser Entstehungsgeschichte z.B. bei: BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N. 5; BK II-KILLIAS, Art. 229 N. 4 ff.; CR-TAPPY, Art. 229 N. 2; B/G/S II-PAHUD, Art. 229 N. 2; KuKo-NAEGELI/MAYHALL, Art. 229 N. 1 ff.; während der Entstehung vgl. auch SUTTER-SOMM, Werdegang, S. 767. SUTTER-SOMM, ZPR, N. 371, und S/H/L-LEUENBERGER, Art. 229 N. 2 m.H., dass eine Regelung Gesetz wurde, die im Wesentlichen bereits im Vorentwurf der Expertenkommission enthalten war. Der Art. 229 ZPO wurde im Rahmen der ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) im Parlament behandelt und erweitert (vgl. insb. die Vorlage Schlussabstimmung, Art. 229). Am 17.03.2023 hat das Parlament die Revision der ZPO in der Schlussabstimmung angenommen.

¹⁶⁸⁵ Zur Kritik in der Vernehmlassung vgl. z.B.: ZS VN VE-ZPO, S. 564 AG: «*führt de facto zur Abschaffung der Verhandlungsmaxime*»; S. 565 f. LU äussert Bedenken bez. der Unparteilichkeit des Gerichts und bez. einer Belohnung bzw. Bevorzugung gegenüber einer korrekt prozessierenden Partei, Noven sollten generell bis zum Abschluss des Beweisverfahrens zugelassen werden, ggf. unter Kostenaufgabe, ähnlich S. 570 AVL; S. 573 OAFRI: lit. b «*présente un caractère totalement aléatoire*»; und S. 575 SwissBanking, wonach das Novenrecht in diesem Fall ausschliesslich in die Hand des Richters gelegt wird. Es bleibt indessen anzumerken, dass Art. 51 VE-ZPO noch von einem blossen Fragerecht ausging, was die Frage aufwirft, ob gewisse Stellungnahmen unter der Hypothese einer Fragepflicht anders ausgefallen wären, da das Argument eines richterlichen Gutdünkens weniger hätte ins Gewicht fallen können. Die *de facto*-Abschaffung der Verhandlungsmaxime wird jedoch in der Botschaft ZPO, S. 7341 zu Art. 224–230 bestätigt.

¹⁶⁸⁶ DOMEJ, Struktur, S. 261 m.H. darauf, dass die Verhandlungsmaxime freilich nichts mit der Frage zu tun hat, wann eine allfällige innerprozessuale Präklusion eintritt. Kritisch zudem auch z.B.: SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 134 f.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 43; SARBACH R., N. 645 FN. 859. KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 12 zu einem klaren Widerspruch zu Art. 56 ZPO. MEIER I., ZPR, S. 346 f. zur nun herrschenden Unvereinbarkeit mit dem Fairnessgebot der EMRK und der BV.

liche Fragepflicht die Eventualmaxime nicht zu relativieren vermag.¹⁶⁸⁷ Damit hieraus nicht die absurde Situation entsteht, dass das Gericht zwar zum Fragen verpflichtet, dem Befragten aber wegen der Präklusion seine Antwort verwehrt ist,¹⁶⁸⁸ muss angenommen werden, dass das Gericht die Prozesssorgfalt umfassend gewürdigt hat, schon bevor es seine Frage stellt. Mit anderen Worten: Besteht die Pflicht zur Nachfrage, ist das Gericht zum Schluss gelangt, dass selbst eine bereits vorhandene Tatsache nicht zwingend bereits «vorher» (im Sinne des Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO) in das Verfahren hätte eingebracht werden müssen.¹⁶⁸⁹

- 526 Bereits lange bevor über die Ausgestaltung eines schweizweit einheitlichen Novenrechts debattiert wurde, mahnte Alois TROLLER zur Eventualmaxime: *«Ihre Existenzberechtigung kann nur so weit anerkannt werden, als sie für die rechtspolitische Aufgabe der Friedenswahrung benötigt wird. Wenn nun die mildere Form ausreicht, das Optimum an Prozessbeschleunigung zu erreichen und dabei das Minimum an Gefährdung des materiellen Rechts zu bewirken, so ist diese Lösung*

¹⁶⁸⁷ KLINGLER, N. 639 ff., insb. auch N. 646; SARBACH R., N. 641; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 36 f.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 43; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 287 f.; BK II-KILLIAS, Art. 229 N. 25; KuKo-NAEGELI/MAYHALL, Art. 229 N. 4 zudem m.H.a. im Einzelfall möglicherweise stossende Entscheidungen; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 229 N. 14 zudem m.H., dass das Gericht notwendige Fragen sinnvollerweise vor Aktenschluss zu stellen hat. Zur Novenschranke unter der Verhandlungsmaxime mit verstärkter Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO im Verhältnis zu Art. 229 i.V.m. Art. 219 ZPO) suchen einige Autoren nach laienfreundlichen Lösungen in der Richtung des VE-ZPO, vgl. z.B.: BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 46, nach dem die Novenschranke erst fällt, nachdem das Gericht seine Frage- und Aufklärungspflicht erfüllt hat, oder KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 13, nach dem die Eventualmaxime derart einzuschränken ist, dass sie neue Vorbringen nach dem letzten Vortrag zulässt, wenn diese das Ergebnis richterlicher Befragung sind.

¹⁶⁸⁸ Auf die Absurdität dieser Situation hinweisend z.B.: CR-TAPPY, Art. 229 N. 25a; DOMEJ, Struktur, S. 261 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 12; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1638. MEIER I., ZPR, S. 346 f., vertritt sogar eine Unvereinbarkeit mit der Verfahrensfairness nach der BV und der EMKR. A.M. wohl S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 16, der davon auszugehen scheint, dass in einem solchen Fall gar keine Fragepflicht mehr bestanden hat, weil die Partei ohnehin nicht mehr nachbessern kann; vgl. indessen auch die Argumentation DESS., N. 44, zum Fall der Verletzung der Fragepflicht durch das Gericht. Zur Problematik im Summarverfahren mit Vorschlägen und Hinweisen auf die Rechtsprechung vgl. SOGO/BAECHLER, S. 315 ff.

¹⁶⁸⁹ Vgl. auch die Auslegungen, die ebenfalls in diese Richtung gehen, z.B. von: SARBACH R., N. 646 f., 654 und 741; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 7; DOMEJ, Struktur, S. 261 f.; LIENHARD A. [b], N. 212 i.V.m. 215 f.; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1638. Zumindest für eine grosszügige Auslegung einstehe: KuKo-NAEGELI, Art. 229 N. 9; G/J/S-ENGLER, Art. 229 N. 4 und 8.

zu wählen. Mag das Gleichgewicht der beiden Interessenlagen ab und zu etwas schwanken, so wird wohl die materielle Gerechtigkeit den Vorzug verdienen.»¹⁶⁹⁰ Auch heute fordern verschiedene Autoren, dass im Allgemeinen die materielle Wahrheit nicht der Eventualmaxime zum Opfer fallen darf.¹⁶⁹¹ Soweit eine Antwort auf gerichtliche Fragen erlaubt sein wird, setzt die noch derzeitige Regelung des Novenrechts diese Forderung mindestens soweit um, als dass das Anliegen um Prozessbeschleunigung nicht per se höher gewertet wird als das Ziel eines materiell richtigen Urteils am Ende eines fairen Verfahrens.¹⁶⁹² Das Parlament erachtete im Rahmen der ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) zumindest gewisse Anpassungen beim Zeitpunkt der Novenschranke als notwendig.¹⁶⁹³

4.3. Fazit zur Zielgewichtung

Der Botschaft zur eidgenössischen Prozessordnung kann entnommen werden, dass 527 wenn ein Prozess effizient sein soll, «ein Mittelweg [...] zwischen den Grundanliegen einer schnellen, einfachen und kostengünstigen Erledigung einerseits und einer gerechten – sprich: richtigen (weil auf der materiellen Wahrheit beruhenden) – Entscheidung andererseits [zu finden]»¹⁶⁹⁴ ist.¹⁶⁹⁵ Die Beispiele der antizipierten Beweiswürdigung und des Novenrechts zeigen konkret, was es bedeutet, verschiedene in einem Spannungsverhältnis zueinander stehende Ziele beziehungsweise

¹⁶⁹⁰ TROLLER, Grundlagen, S. 92.

¹⁶⁹¹ BK II-BÜHLER, Art. 191 f. N. 81 (im Rahmen der Erörterung überschüssender Beweisergebnisse): «Dem übergeordneten Ziel des Beweisverfahrens, der materiellen Wahrheit möglichst nahe zu kommen, gebührt gegenüber der dem Novenverbot inhärenten formellen Wahrheit der Vorrang [...]»; HEINZMANN, Habil., N. 424: «Cela étant, quand bien même une maxime éventuelle restrictive permet d'accélérer le procès, elle ne doit pas avoir pour conséquence que la vérité matérielle soit sacrifiée sur l'autel de la célérité.»

¹⁶⁹² BSK ZPO-DOLGE, Art. 181 N. 16, ist der Ansicht (im Zusammenhang mit der Frage zu überschüssenden Beweisergebnissen aus Gutachten), dass die Konzeption der schweizerischen ZPO – insb. das Novenrecht und die starke Stellung des Gerichts im Instruktionsverfahren – klar dafür spricht, dass im Zweifel der materiellen Wahrheit gegenüber prozessualer Unsorgfalt Vorrang zukommt und dass das Interesse an materieller Wahrheit gegenüber der mit der Verhandlungs- und der Eventualmaxime verwirklichten Prozessbeschleunigung und Eigenverantwortung der Parteien klar überwiegt.

¹⁶⁹³ Vgl. insb. die Vorlage Schlussabstimmung, Art. 229. Am 17.03.2023 hat das Parlament die Revision der ZPO in der Schlussabstimmung angenommen.

¹⁶⁹⁴ Botschaft ZPO, S. 7245 (Hervorhebung zugefügt), vgl. auch bereits S. 7232 zur pragmatisch wertenden Suche nach Kompromissen.

¹⁶⁹⁵ Zum Mittelweg vgl. auch KuKo-BRUNNER, Vor Art. 308–334 N. 1.

Interessen im und am Zivilprozess auszutarieren. Hinsichtlich der Vorbereitungsarbeiten zeigten sich verschiedene Autorinnen und Autoren (noch) skeptisch, ob tatsächlich ein passabler Mittelweg gefunden würde: Etwa Karl SPÜHLER, der 2003 die Arbeiten mit den Worten bedachte: *«Allerdings hängt – und dies ist meine persönliche Ansicht – ein Damoklesschwert über der Vorlage: Einstweilen hat das Erledigungsprinzip über die Anforderungen eines modernen rechtsstaatlichen Rechtsschutzes der Rechtssuchenden obsiegt.»*¹⁶⁹⁶ Mit seiner Kritik blieb er nicht allein.¹⁶⁹⁷ Und auch noch der im Sommer 2006 erschienene Entwurf wurde in dieser Hinsicht von Tanja DOMEJ beanstandet: In Anbetracht der strengen Bestimmungen zur Präklusion verspäteter Vorbringen sowie der eingeschränkten Pflicht zur materiellen Prozessleitung stehe die zügige Prozesserledigung im ordentlichen Verfahren ganz im Vordergrund, während das materiell richtige Urteil auf Basis der vollständigen Tatsachengrundlage weitgehend der Eigenverantwortung und dem Geschick der Prozessparteien überlassen werde.¹⁶⁹⁸ Kritische Stimmen wurden durchaus wahrgenommen – zumindest bemerkte im Juni 2007 der damalige Bundesrat Christoph BLOCHER vor dem Ständerat: *«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.»*¹⁶⁹⁹ Dass die in Kraft getretene eidgenössische Prozessordnung den richtigen Weg gefunden hat, wird die Praxis (weiter) beweisen müssen. Gewisse Zweifel betreffend das ordentliche Verfahren wurden vorliegend bereits ausgesprochen.¹⁷⁰⁰ Hierauf wird zurückzukommen sein.¹⁷⁰¹

- 528 Auch ausserhalb dieser Gesetzesentstehung stösst eine Überbetonung der Prozessbeschleunigung auf Ablehnung. So lässt sich etwa der deutschen Literatur entneh-

¹⁶⁹⁶ SPÜHLER, S. 2 (Zitat im Text hervorgehoben).

¹⁶⁹⁷ Vgl. die Kritik zum Vorentwurf z.B. bei: RÜEGG, S. 64 ff.; WALTER, Weg, S. 318 f.; OBERHAMMER, Verfahrensmangel, S. 513 ff. Die SVP lehnte den Vorentwurf sogar generell ab und möchte ihn durch Praktiker grundlegend überarbeitet sehen, vgl. ZS VN VE-ZPO, S. 64: *«Der Entwurf hinterlässt den Eindruck, dass die Wahrheitsfindung einer – an sich begrüßenswerten – effizienten und kostensparenden Erledigung der Fälle geopfert werden soll. In der breit geführten wissenschaftlichen Diskussion wird diesbezüglich denn auch vieles kritisiert.»*

¹⁶⁹⁸ DOMEJ, Struktur, S. 266.

¹⁶⁹⁹ Bundesrat Christoph BLOCHER, AB 2007 S. 502.

¹⁷⁰⁰ Vgl. hierzu N. 367–375 (allgemein) sowie N. 467–469 (zu Art. 56 ZPO).

¹⁷⁰¹ Vgl. hierzu N. 542–562 (zu Art. 56 ZPO) sowie das Fazit in Bezug auf das ordentliche Verfahren in N. 922–925 und N. 961–963.

men,¹⁷⁰² dass die Prozessbeschleunigung keinen eigenen Prozesszweck darstellt, sondern *«allenfalls als Mittel zur Durchsetzung und Erreichung der eigentlichen Zwecke des Zivilverfahrens hilfreich [...]»*¹⁷⁰³ ist.¹⁷⁰⁴ Auch in der schweizerischen Lehre bekunden viele, sowohl vor wie nach der Vereinheitlichung des Prozessrechts, dass dem materiell richtigen Urteil und der Verfahrensfairness Priorität gebührt.¹⁷⁰⁵ Dies bedeutet indessen nicht, dass Ressourcenschonung gar kein Ziel mehr wäre.¹⁷⁰⁶ Wie bereits der hiervor zitierte Richter Georg LEUCH zur Novenschranke ausführte, dürfen einer trölerhaft, gleichgültig, mit anderen Worten unsorgfältig prozessierenden Partei denn auch negative Konsequenzen beschieden

¹⁷⁰² Vgl. z.B. KOCH, S. 353 ff.; SCHMIDT, S. 8 f., vgl. zudem dessen Ausführungen S. 42 ff. zu Bedeutung/Stellenwert der Prozessökonomie; vgl. des Weiteren auch KININGER, S. 108.

¹⁷⁰³ SCHMIDT, S. 8.

¹⁷⁰⁴ Vgl. aber auch den Hinweis des Österreichers KLEIN, Vorlesungen, S. 10: *«Zu große Schnelligkeit könnte nur dann ein Vorwurf sein, wenn die Schnelligkeit ein bloß äußerlich blendender Erfolg auf Kosten der Gründlichkeit und Richtigkeit der Rechtsprechung wäre. So lange das nicht der Fall ist, kann überhaupt der Proceß niemals zu schnell sein.»*

¹⁷⁰⁵ MARTIN P., S. 96: *«Die kürzere Verfahrensdauer darf nicht um jeden Preis angestrebt werden und darf auch niemals auf Kosten anderer Verfahrensziele gehen. Die Zeitangemessenheit als Verfahrensziel trägt dem Umstand Rechnung, daß ein gewisser Zeitaufwand notwendig ist, um die Objektivität des Verfahrens zu garantieren. Gesetz und Richter dürfen das Verfahren nur soweit abkürzen und vereinfachen, als dadurch nicht die Rechtssicherheit, das richtige Urteil beeinträchtigt werden. Je straffer ein Gesetz das Verfahren gestaltet, umso wichtiger wird die richterliche Fragepflicht.»*; BUCHER, S. 6: *«Es geht nicht an, dass Wahrheit und Recht der blossen Tatsache des Rechtsfriedens oder der Schnelligkeit des Verfahrens geopfert werden. Die Wahrheit steht an erster Stelle.»*; vgl. des Weiteren insb. auch die Ansichten von GAUL, S. 52; MEIER I., Vorentwurf, S. 58; HEINZMANN, Habil., N. 413; GRASS, S. 4.

¹⁷⁰⁶ KININGER, S. 102: *«Selbst wenn man das primäre Ziel des Prozesses in der richtigen Entscheidung sieht, kann es nicht gleichgültig sein, wie lange das Verfahren dauert.»*; SARBACH M., DISS., S. 34, betont, dass die volle Verwirklichung des materiellen Rechts als oberstes und alleiniges Ziel nicht dienlich wäre und verweist auf das Anliegen nach Prozessbeschleunigung. Nach SCHMIDT, S. 42, hat der Richter die Prozessökonomie als *Orientierungslinie* beizuziehen, etwa wenn dem Richter mehrere Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, so habe er den einfacheren dem umständlicheren Weg vorzuziehen und kostspielige Massnahmen nach Möglichkeit zu vermeiden. Vgl. des Weiteren die Bemerkungen von VOGEL, Prozess-Ökonomie?, S. 11 f., der bereits 1988 schrieb, dass *«Prozessbeschleunigung»* allemal auf dem Banner, unter welchem der Kampf für eine Revision der Prozessgesetze geführt wird, steht.

sein.¹⁷⁰⁷ Hierüber scheint in der Lehre und der Rechtsprechung tatsächlich kaum Diskussionsbedarf zu bestehen.¹⁷⁰⁸

- 529 Aus all dem ist zu schliessen, dass das Gericht im Einzelfall dafür zu sorgen hat, dass die primären Ziele des fairen Verfahrens und des möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils unter Rücksicht auf einen vernünftigen, vertretbaren Umgang mit den Ressourcen Zeit und Geld, respektive Arbeit, verfolgt werden. Dass diese Zielgewichtung besonders im erstinstanzlichen Verfahren von grösster Bedeutung ist, zeigt ein Gedanke, den Marianne HEER zwar geraume vor dem Rechtsvereinheitlichungsprojekt äusserte, der aber nach der hier vertretenen Ansicht auch im vorliegenden Kontext weiterhin Gültigkeit beanspruchen darf: *«Was einmal falsch eingefädelt wurde, ist nur noch mit Mühe später auf die richtige Bahn zurückzulenken. Eine Beschleunigung ist auf dieser Stufe eher durch eine Optimierung des Verfahrens zu suchen.»*^{1709,1710} Dass gerade auch die materielle Prozessleitung hilft, den Prozess zu optimieren und den richtigen Mittelweg zwischen den im Spannungsverhältnis stehenden Zielen zu beschreiten, wird sich mit den Verhältnismässigkeitserwägungen im Unterkapitel D. weiter verdeutlichen.

¹⁷⁰⁷ Vgl. hierzu N. 524.

¹⁷⁰⁸ Vgl. die verbreitete allgemeine Aussage, dass unsorgfältiges Prozessieren zum Rechtsverlust führen darf, z.B. in: BGE 108 II 337 E. 2d; BGE 115 II 464 E. 1; 5A_330/2013 E. 3.3; des Weiteren auch bei: SARBACH M., Diss., S. 132; FELLMANN, Fragepflicht, S. 88; KLINGLER, N. 626; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 185, 210 und 329; AEBI-MÜLLER, S. 192; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 17 und 19; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 16; BK I-HURNI, Art. 56 N. 26; ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 41; SARBACH R., N. 658; TSCHUDI, S. 38. Vgl. aber RÜEGG, S. 67 f., der sich dafür einsetzt, dass unsorgfältiges Prozessieren nicht mit Rechtsverlust, sondern mit Mehrkosten sanktioniert wird. Vgl. zudem N. 714–715 zur einhellig vertretenen Ansicht, dass die Fragepflicht nicht dazu da ist, Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen.

¹⁷⁰⁹ Damit fordert HEER, S. 185, ein Absehen von allzu viel Formalismus im erstinstanzlichen Verfahren.

¹⁷¹⁰ Vgl. ähnliche Gedanken bei SUTTER-SOMM, Überlegungen, S. 43 ff. Auch das BGer nimmt in einem wiederum anderen Kontext (unentgeltliche Rechtsverbeiständung) im Urteil 4A_87/2008 E. 3.2 (frz.) wie auch im BGE 130 I 180 E. 3.2 ebenfalls diesen Gedanken auf: *«Die Erfahrung zeigt, dass ein schlecht begonnenes Verfahren später nur sehr schwer in die richtige Bahn zu bringen ist.»*

b. Sicht des Einzelnen: Konkretisierung der Verfahrensfairness aus Sicht der *ex ante* betrachtet an der materiellen Prozessleitung interessierten Partei

i) Darstellung vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts sowie von *da mihi facta dabo tibi ius*

Im Anliegen darum, Wiederholungen zu vermeiden, werden nicht sämtliche hier- 530
vor aus Sicht der Allgemeinheit beschriebenen Interessen erneut aus der Individualperspektive aufgegriffen. Wie bereits im Detail aufgezeigt, ist aus der Sicht des Einzelnen im vorliegenden Unterkapitel zu den Relativierungsmotiven einzig auf diejenigen Fairnessaspekte einzugehen, welche die, *ex ante* betrachtet, von der materiellen Prozessleitung profitierende Partei für sich ins Feld führen kann: Dabei soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben nutzbar gemacht werden können, um das *da mihi facta* im Sinne einer gerichtlichen Pflicht zur Hilfeleistung bei der Prozessstoffsammlung zu relativieren.¹⁷¹¹

Wie im Kapitel 5 angeschnitten, zeigt die vorliegend thematisierte Parömie, dass 531
eine materielle Prozessleitung – also eine gerichtliche Kommunikation über die prozessual rechtsgenüßliche Umsetzung der parteiseitigen Einbringtätigkeiten – grundsätzlich über zwei Wege erfolgen kann: Entweder via eine unmittelbare Aufklärung darüber, welche Sachverhaltselemente rechtsrelevant und somit im Sinne des *da mihi facta* einzubringen sind. Oder dann aber auf indirektem Weg, nämlich anhand einer vorgängigen Aufklärung zum *dabo tibi ius*, das heisst über die von den Richterinnen und Richtern ins Auge gefasste Rechtsanwendung.¹⁷¹² Aufgrund der erläuterten Wechselwirkung zwischen *ius* und *facta*¹⁷¹³ ist es dadurch möglich, Rückschlüsse auf die rechtsrelevanten, einzubringenden Tatsachen zu ziehen.¹⁷¹⁴

Die nachfolgende Darstellung bezieht die zwei genannten Rechte wie auch die 532
beiden Kommunikationsgegenstände ein: So soll in der Folge erörtert werden, ob und wie weit das rechtliche Gehör respektive das Gebot des Verhaltens nach Treu

¹⁷¹¹ Zum Vorgehen und Gegenstand des Kapitels vgl. N. 479–483 und N. 510–512.

¹⁷¹² Vgl. hierzu N. 346.

¹⁷¹³ Vgl. hierzu N. 88–89 und N. 135–138.

¹⁷¹⁴ Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 4: «Indem sie Rechtsfolgen an bestimmte tatbeständliche Voraussetzungen knüpfen, sagen die anwendbaren Normen des materiellen Rechts, auf die Feststellung welcher Sachumstände die Tätigkeit der Parteien im Prozess sich auszurichten hat.» (Hervorhebungen weggelassen).

und Glauben den Weg zu einem gerichtlichen Hinweis auf *facta* oder auch auf *ius* ebnen können.

ii) **Vorgängiger Hinweis auf *facta* basierend auf dem Gehörsanspruch oder dem Gebot zu loyalen Verhalten?**

1. **Grundsatz: Kein genereller verfassungsbasierter Anspruch im umfassenden Sinn**

- 533 Das Bundesgericht stellte bereits im Jahr 1982 klar, dass das rechtliche Gehör keinen Anspruch verleiht, vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hingewiesen zu werden: Übersieht eine Partei den entscheidenden Punkt des Tatbestands, so ist diese gemäss Bundesgericht nicht in ihrem Äusserungsrecht beschränkt, *«sofern diese wesentliche Tatsache in den Akten enthalten und dem Richter nicht aus anderer Quelle bekannt ist»*¹⁷¹⁵.¹⁷¹⁶ Das Bundesgericht verweist im zitierten Entscheid auf den Autor Rolf TINNER, der eine Pflicht zur vorgängigen Aufklärung über den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ablehnt.¹⁷¹⁷ Auch dem Urteil 4A_169/2011 ist zu entnehmen, dass der verfassungsmässige Minimalanspruch auf rechtliches Gehör der anwaltlich vertretenen Prozesspartei keinen Anspruch auf Belehrung vermittelte: *«Die Behörde hat den Rechtsuchenden nur anzuhören; sie muss ihn jedoch nicht inhaltlich darin instruieren, was er zur Durchsetzung seines Rechtsbegehrens vorzutragen hat.»*¹⁷¹⁸ Zuvor verneinte das Bundesgericht in ebendiesem Urteil auch in genereller Weise, dass die Beschwerdeführerin aus ihrer Rüge über eine Verletzung von Treu und Glauben etwas zu ihren Gunsten ableiten könnte.¹⁷¹⁹ Dieses zwar nicht in die amtliche Sammlung eingegangene

¹⁷¹⁵ BGE 108 Ia 293 E. 4c.

¹⁷¹⁶ Hinweis auf diesen BGE 108 Ia 293 z.B. auch in: BGE 130 III 35 E. 5; 5P.1/2006 E. 2.7; 5A_795/2009 E. 3.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 123); 5A_561/2011 E. 10.1 (nicht publiziert im BGE 138 III 289); 5A_330/2013 E. 3.4.3; 4P.260/2000 E. 6a. Wiederum auf den BGE 130 III 35 E. 5 verweist z.B. 4A_487/2018 E. 4.2.3. Vgl. des Weiteren auch OGer ZH PP180026-O/U E. 3.5.2 vom 15.01.2019 m.w.H.

¹⁷¹⁷ TINNER, S. 357 f. Vgl. zudem die angegebene Lehre bei BRÖNNIMANN, Diss., S. 80 f. insb. auch FN. 424 f., die auch bereits lange vor der eidg. ZPO eine weitergehende Hinweispflicht des Gerichts ablehnte; neben den dort Erwähnten in der Folge auch LIEBER, S. 165; FRANK/STRÄUL/MESSMER, § 55 ZPO N. 2.

¹⁷¹⁸ 4A_169/2011 E. 5.4 und Zitat aus E. 5.5 (Entscheid ansonsten betreffend Art. 174 aZPO-SH); ebenfalls zu diesem Resultat und ebenfalls ohne Verweis auf BGE 108 Ia 293 gelangten z.B.: 5A_519/2008 E. 7.3; 5A_180/2009 E. 2.2; 5A_458/2010 E. 4.2 (Entscheid ansonsten betreffend Art. 138 Ziff. 4 aZPO-GR); 4A_330/2010 E. 2.2 (Entscheid ansonsten betreffend § 55 aZPO-ZH); 4A_428/2010 E. 4.2.1.

¹⁷¹⁹ 4A_169/2011 E. 4.3.

Urteil ist insbesondere auch deshalb an dieser Stelle nennenswert, weil der Entscheidung zwar noch das kantonale Prozessrecht zum Gegenstand hatte, die Aussagen zur Wirkung der beiden vorliegend interessierenden Rechte allerdings zu einem Zeitpunkt erfolgten, als das vereinheitlichte Prozessrecht bereits in Kraft war. Unter explizitem Verweis auf den hier wörtlich zitierten BGE 108 Ia 293 schliessen denn auch namentlich Walter FELLMANN, Myriam GEHRI, Daniel GLASL, Patricia TSCHUDI sowie Markus AFFENTRANGER unter der geltenden Prozessordnung einen Anspruch aus, auf den für die Urteilsfällung wesentlichen Sachverhalt hingewiesen zu werden.¹⁷²⁰ Mit Hinweis auf die beiden erstgenannten Autoren schliesst Patricia DIETSCHY, dass Art. 56 ZPO es dem Richter nicht erlaubt, «*d'interpeller les parties sur tous les éléments qui lui paraissent déterminants pour la résolution du cas*»¹⁷²¹. Ähnlich wie TINNER und das Bundesgericht begründen Martin SARBACH und Andreas LIENHARD eine grundsätzlich ablehnende Haltung dahingehend, dass eine auf dem *rechtlichen Gehör* basierende Aufklärungspflicht über den urteilsrelevanten Sachverhalt sich dadurch zu rechtfertigen hätte, dass die Parteien andernfalls ihr Äusserungsrecht gar nicht wahrnehmen könnten, was im Grundsatz jedoch nicht der Fall ist: Bei der Wahrnehmung ihrer Lasten können diese behaupten und bestreiten und haben die Möglichkeit, sich zu den Vorbringen des Gegners zu äussern.¹⁷²²

Eine Art prozessuale Fürsorge- beziehungsweise Schutzpflicht der Behörde, die sich aus der Verbindung des Fairnessgebots und dem *Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben* ableitet, erläutert Bernhard WALDMANN zwar dahingehend, dass Private von Amtes wegen über offensichtliche, rechtzeitig behebbare Verfahrensfehler zu informieren seien. Diese Aussage basiert aber insbesondere auf Entscheiden aus dem Verwaltungsrecht.¹⁷²³ Aus diesem Grund lässt sich hieraus kein verfassungsrechtlicher Anhaltspunkt für eine umfassende Aufklärungspflicht bei der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung ableiten. 534

¹⁷²⁰ FELLMANN, Fragepflicht, S. 78; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 12; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 24; TSCHUDI, S. 37; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 4; alle m.H.a. BGE 108 Ia 293; ohne diesen direkten Hinweis vgl. auch z.B.: WILLISEGGER, S. 267; GUYAN, S. 12.

¹⁷²¹ DIETSCHY, *devoir d'interpellation*, S. 83 (Hervorhebung zugefügt).

¹⁷²² SARBACH M., Diss., S. 70 f. i.V.m. S. 80; LIENHARD A. [b], N. 100, beide m.H.a. die Ausnahme der Überraschungsentscheide; vgl. hierzu N. 570–573.

¹⁷²³ BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 39 mit den Hinweisen auf die Rechtsprechung in FN. 126.

2. Ausnahme: Hinweispflicht auch bei Geltung von *da mihi facta*

2.1. Punktuelle Unvollständigkeiten

- 535 Auch wenn weder das rechtliche Gehör noch das Gebot von Treu und Glauben dem Gericht gebieten, die Parteien umfassend auf den rechtserheblichen Sachverhalt hinzuweisen, bedeutet dies nicht, dass das Gericht nicht gehalten wäre, unter bestimmten Umständen sich zumindest über punktuell fehlende Sachvorbringen zu erkundigen. Denn ebenso abgelehnt wird auch eine Richterschaft, die sich wie eine Sphinx verhält.¹⁷²⁴
- 536 Dies zeichnet sich im hiervor zitierten BGE 108 Ia 293 ab, in welchem das Bundesgericht einen relativierenden, mit «*sofern*» eingeleiteten Nebensatz anfügt: Damit bringt es zum Ausdruck, dass Fälle denkbar sind, in denen eben doch das Äusserungsrecht einer Partei infrage gestellt sein kann. Obschon das Bundesgericht auf Rolf TINNER verweist, unterscheiden sich die gewählten Formulierungen: Gemäss Bundesgericht verleiht das rechtliche Gehör keinen Anspruch auf den Hinweis einer entscheidenden Tatsache, sofern diese «*in den Akten enthalten und dem Richter nicht aus anderer Quelle bekannt ist*»¹⁷²⁵. TINNERs Text dagegen sieht explizit die Ausnahme vor, dass das Äusserungsrecht beschränkt sein kann, wenn das Gericht auf «*sein amtliches Wissen abzustellen wünscht; auf Tatsachen somit, die bisher nicht Gegenstand des Verfahrens bildeten*»¹⁷²⁶. Der Vergleich dieser Zitate führt zu folgender Frage: Was gilt nach heutigem, vereinheitlichtem Recht, wenn eine Tatsache nicht in den Rechtsschriften des Falls enthalten ist, die Richterschaft aber dank ihrer Rechtskenntnis (weil der Expertenblick stets zwischen *facta* und dem potentiell einschlägigen *ius* hin und her schweift) erkennt, dass eine möglicherweise existierende Tatsache fehlt, welche für die mit der Parteihaltung in Einklang stehende, nach dem potentiell einschlägigen *ius* komplette Sachverhaltshypothese notwendig ist? Womöglich ist den Richterinnen und Richter aus ihrer amtlichen Erfahrung sogar bewusst, dass die Einführung eines bestimmten Elements den Parteien regelmässig Mühe bereitet, weil seine Bedeutung unterschätzt wird. Würden nicht das rechtliche Gehör oder das Gebot zum Verhalten nach Treu und Glauben einen Hinweis auf das Fehlen eines solchen fallrelevanten Faktums gebieten? Und wo liegen die Grenzen?

¹⁷²⁴ Vgl. hierzu N. 366.

¹⁷²⁵ BGE 108 Ia 293 E. 4c.

¹⁷²⁶ TINNER, S. 358.

2.2. Konkretisierung der Ausnahme durch Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung

Wie bereits dargetan, wird die Fragepflicht regelmässig eng mit dem Gehörsanspruch assoziiert.¹⁷²⁷ Im Jahr 2003 bezeichnete das Bundesgericht die Fragepflicht explizit als Ausfluss des rechtlichen Gehörs und stellte im Kontext des zürcherischen Rechts, und unter Verweis auf den hiervor aufgegriffenen BGE 108 Ia 293, fest, dass die Fragepflicht nicht dazu da ist, eine Partei vor *unsorgfältiger* Prozessführung zu bewahren, indem diese beispielsweise auf nicht vorgetragene wesentliche Sachverhaltselemente hingewiesen würde.¹⁷²⁸ Darauf, dass bei prozessualer Unsorgfalt die Fragepflicht grundsätzlich nicht greift, ist bei der Schrankenanalyse zurückzukommen.¹⁷²⁹ Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass die bundesgerichtliche Erwägung zum kantonalen Recht keine Antwort liefert, wie der Prozess zu leiten ist, wenn ein wesentliches Sachverhaltselement *nicht sorgfaltspflichtwidrig*, also unverschuldetermassen nicht in das Verfahren eingebracht wurde. Die Frage, ob das Gericht in diesem Fall bei lückenhaften Sachverhaltshypothesen von postulationsfähigen Parteien Hinweise zu erteilen hat, beantwortet für das heutige ordentliche Verfahren unter der Verhandlungsmaxime der Art. 56 ZPO. Hier aber interessiert zunächst die Frage, wie die Grundrechte zur Antwort auf diese Frage beitragen.

Nachdem das Bundesgericht die Frage, ob aus dem verfassungsmässigen Minimalanspruch des rechtlichen Gehörs¹⁷³⁰ eine Fragepflicht abgeleitet werden kann, mehrfach offenliess,¹⁷³¹ erfolgte im Urteil 5A_712/2010 doch der Hinweis, dass sich aus diesem Anspruch von Verfassung wegen eine Fragepflicht ergeben könnte, wo nach den Umständen die Unkenntnis einer Partei über die prozessualen Erfordernisse klar ersichtlich ist.¹⁷³² Was demgegenüber das Gebot von Treu und Glauben im Prozess betrifft, so wird in der Lehre verschiedentlich darauf

¹⁷²⁷ Vgl. hierzu N. 378.

¹⁷²⁸ 4P.19/2003 E. 3.1.

¹⁷²⁹ Vgl. hierzu N. 714–715.

¹⁷³⁰ So wird das rechtliche Gehör im Kontext der gerichtlichen Aufklärungstätigkeit zuweilen explizit bezeichnet, vgl. z.B.: 5A_458/2010 E. 4.2; 4A_169/2011 E. 5.5.

¹⁷³¹ 5P.147/2001 E. 2a) cc); 4A_330/2010 E. 2.2.

¹⁷³² 5A_712/2010 E. 3.1.4; zu diesem Urteil vgl. auch MABILLARD, Note 5A_712/2010, S. 264; vgl. auch bereits das Urteil 4P.84/2003 E. 4.2. Im Urteil 5A_359/2019 E. 3.2 ist erwähnt, dass in jenem Fall nicht ersichtlich ist, weshalb sich aus dem rechtlichen Gehör eine erweiterte Fürsorgepflicht des Gerichts ergeben sollte; auf Art. 56 ZPO konnte sich der Beschwerdeführer i.c. nicht berufen.

hingewiesen, dass dieser Grundsatz zurückhaltend anzuwenden ist; insbesondere komme diesem insofern nur eine subsidiäre Bedeutung zu, als das Zivilprozessrecht verschiedene Spezialnormen kennt, die selbst Ausdruck von Treu und Glauben sind.¹⁷³³ Wie im Kapitel 6 erwähnt, wird gerade die gerichtliche Fragepflicht mit diesem Grundsatz in Verbindung gebracht.¹⁷³⁴

- 539 Wie hiervor dargestellt, ist aus den erörterten Verfassungsbestimmungen zumindest keine umfassende Hinweispflicht auf *facta* abzuleiten. Via Rückgriff sowohl auf den von einer Subsidiarität geprägten Grundsatz von Treu und Glauben als auch auf den Minimalanspruch, den das rechtliche Gehör verleiht, lassen sich die Grenzen der Fragepflichten somit nicht dahingehend erweitern. Tatsächlich aber scheinen die Grenzen der Fragepflichten – zumindest nach deren Wortlaut – gar nicht allzu eng. Denn selbst wenn im ordentlichen Verfahren unter der Verhandlungsmaxime grundsätzlich von *da mihi facta* auszugehen ist, obliegt gemäss dem Art. 56 ZPO den Gerichten eine Pflicht, nachzufragen respektive Hinweise¹⁷³⁵ zu erteilen: Dies nicht einzig, soweit die parteiseitigen Vorbringen unklar, widersprüchlich oder unbestimmt sind, sondern explizit auch dann, wenn sie offensichtlich unvollständig sind. Eine gerichtliche Aufklärung über Tatsächliches ist demnach selbst im wenig(er) laienfreundlichen ordentlichen Verfahren nicht etwa schlicht unzulässig. Umso mehr muss dies im vereinfachten Verfahren der Fall sein, welches eine reale Chance zum unvertretenen Prozessieren bieten soll.¹⁷³⁶ Die Lektüre von Art. 247 ZPO zur dort herrschenden gerichtlichen Frage- und Hinweiskompetenz bestätigt dies. Der Mittelweg zwischen einer gerichtlichen Sphinx und der gänzlichen Aufgabe des *da mihi facta* hängt somit in ganz wesentlichem Mass von der Auslegung der Voraussetzungen der materiellen Prozessleitung ab. Gerade im Rahmen dieser Auslegung kommt nun auch wieder den Grundrechten eine bedeutende Rolle zu, auf die es in der Folge einzugehen gilt.

¹⁷³³ BK I-HURNI, Art. 52 N. 13 f.; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 7; SARBACH R., N. 442 und 466.

¹⁷³⁴ Vgl. hierzu N. 378.

¹⁷³⁵ Es ist allgemein anerkannt, dass die Fragepflicht nicht nur in der Frageform, sondern auch mittels Erteilen von *Hinweisen* umzusetzen ist, vgl. hierzu FN. 2284.

¹⁷³⁶ Zur Laienfreundlichkeit des vereinfachten Verfahrens vgl. N. 369–370.

2.3. Verfassungskonforme Auslegung der Voraussetzungen der materiellen Prozessleitung

2.3.1. Verfassungskonforme Auslegung

Gemäss gefestigter Rechtsprechung ist bei der Auslegung einer Norm zunächst von deren Wortlaut auszugehen.¹⁷³⁷ Doch selbst von einem klar erscheinenden Wortlaut¹⁷³⁸ ist abzuweichen, wenn triftige Gründe, die in der Entstehungsgeschichte, im Sinn und Zweck oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen liegen können, dafür sprechen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt.¹⁷³⁹ An eine Rangordnung lässt sich das Bundesgericht dabei nicht binden: Es verfolgt einen zuweilen stark kritisierten¹⁷⁴⁰, *pragmatischen Methoden-*

¹⁷³⁷ BGE 131 II 562 E. 3.5; BGE 131 II 697 E. 4.1; BGE 135 II 78 E. 2.2; BGE 139 III 368 E. 3.2; BGE 142 III 402 E. 2.5.1; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.1; 5A_590/2016 E. 2.3 (nicht publiziert im BGE 143 III 624). Vgl. auch MEIER-HAYOZ, S. 174; SEILER, S. 52 i.V.m. S. 16 ff. zur Fallkonstellation 1 (klarer Wortlaut).

¹⁷³⁸ Zur umstrittenen Frage, ob ein Wortlaut denn «klar» sein kann, vgl. z.B.: TROLLER, Prinzipien, S. 116 f., m.H., dass beinahe alle Rechtssätze auslegungsbedürftig sind; AMSTUTZ/NIGGLI, N. 6 ff., vgl. insb. N. 11 f., 18 ff. und N. 38 ff., lehnen den klaren Wortlaut basierend auf der Sprachphilosophie von Ludwig WITTGENSTEIN ab. SEILER, S. 7 f. und 39 ff., dagegen erachtet es als «masslos übertrieben», wie die Autoren AMSTUTZ/NIGGLI, Titel vor N. 38, vom «Zusammenbruch des Wortlauts» zu sprechen, vgl. zudem SEILER, S. 87: «Die theoretische Kritik an dieser Methode übertreibt häufig einen wahren Kern und schüttet das Kind mit dem Bade aus.»; KRAMER, Methodenlehre, S. 361, weist darauf hin, dass «[k]onventionelle Regelhaftigkeit und damit allgemeine, objektive Verständlichkeit der Sprache im Rahmen eines kulturell abgegrenzten <Sprachspiels> [...] durch WITTGENSTEIN keineswegs ausgeschlossen worden zu sein [scheinen].»

¹⁷³⁹ BGE 131 II 697 E. 4.4; BGE 135 II 78 E. 2.2; BGE 137 III 470 E. 6.4; BGE 142 III 402 E. 2.5.1; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.1; 5A_590/2016 E. 2.3 (nicht publiziert im BGE 143 III 624); SUTTER-SOMM, ZPR, N. 44. Vgl. zudem SEILER, S. 52 f. i.V.m. S. 16 ff. zur Fallkonstellation 2 (Abweichung vom klaren Wortlaut).

¹⁷⁴⁰ Zusammenfassungen der Kritikpunkte z.B. bei: STEINAUER, N. 321 f. (zu viel Freiheit für das Gericht, *ex post*-Rechtfertigung eines vom Gericht auf Basis subjektiver Überzeugung gewünschten Resultats, zirkuläre Argumentation, Verminderung der Vorhersehbarkeit des Rechts, m.H.a. zahlreiche Autoren S. 110 FN. 107); SEILER, S. 7 ff.; KRAMER, Methodenlehre, S. 53 ff. und 359 ff.; PICHONNAZ/VOGENAUER, S. 424 f. Zum Vorwurf der «grundsätzliche[n] Grundsatzlosigkeit», vgl. PICHONNAZ/VOGENAUER, S. 417; STEINAUER, FN. 107 (S. 110), die (u.a.) auf BK ZGB I/1 1962-MEIER-HAYOZ, Art. 1 N. 221, verweisen (vgl. allerdings dort den Kontext zum historischen Element; MEIER-HAYOZ spricht aber auch in seinem Aufsatz, MEIER-HAYOZ, S. 173 f., von einer beinahe grundsätzlichen Grundsatzlosigkeit). Verteidigung und Verbesserungsvorschläge namentlich von SEILER, S. 84 ff. (Folgerungen für die Methodenlehre) und

*pluralismus*¹⁷⁴¹. Weiter ist seiner Rechtsprechung zu entnehmen, dass von demjenigen Normsinn auszugehen ist, der sich am besten mit den Verfassungswerten in Einklang bringen lässt, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten nebeneinander bestehen.¹⁷⁴² Wie bereits bei der Evaluation der Kriterien zur Relativierung des *da mihi facta* erläutert, verlangt der Art. 35 BV denn auch explizit, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu verwirklichen sind.¹⁷⁴³

- 541 Die Grundrechte wirken somit nicht einzig als direkt durchsetzbare Ansprüche. Auf einer weiteren Ebene spielt auch deren objektiv-rechtlicher Gehalt eine wichtige Rolle: Nach Pierre TSCHANNEN äussert sich dieser im Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger in der Pflicht der Behörden, «*die Vorschriften von Gesetz und Verordnung grundrechtskonform auszulegen [...]. Dies gilt besonders dort, wo das anwendbare Recht unbestimmte Gesetzesbegriffe enthält oder Ermessensspielräume vermittelt*»^{1744, 1745}. Darüber, dass gerade im Bereich der materiellen Prozessleitung seit jeher das gerichtliche Ermessen betont wird,

S. 129 (Quintessenz). Erläuterungen zum Methodenpluralismus bei ausländischen Gerichten z.B. bei: SEILER, S. 1 FN. 1 (m.w.H. zu Deutschland und Österreich); RÖHL/RÖHL, S. 120 f. und 607 ff., auch m.H.a. den Kritiker Josef ESSER, der die für Aufsehen sorgende Schrift «*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*» (1970) verfasst hat; Erläuterungen hierzu bei KRAMER, Methodenlehre, S. 366 ff.

¹⁷⁴¹ Vgl. z.B.: BGE 131 II 697 E. 4.1; BGE 132 V 93 E. 5.2.1; BGE 135 II 78 E. 2.2; BGE 139 III 368 E. 3.2; BGE 139 III 457 E. 4.4; BGE 141 III 481 E. 3.2.3; BGE 142 III 102 E. 5; BGE 142 III 402 E. 2.5.1; BGE 144 III 54 E. 4.1.3.1.

¹⁷⁴² BGE 144 III 54 E. 4.1.3.1; SEILER, S. 74; vgl. auch STEINAUER, N. 339 f., zur verfassungskonformen Auslegung im privatrechtlichen Kontext, soweit Zweifel am Willen des Gesetzgebers bestehen.

¹⁷⁴³ Vgl. hierzu N. 407–410.

¹⁷⁴⁴ TSCHANNEN, § 7 N. 35 (Hervorhebungen im Original anders).

¹⁷⁴⁵ Vgl. auch z.B.: PULVER, S. 57 (Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe, Gesetzeslücken); RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 985: «*Auf einer zweiten Ebene sind Grundrechte von allen rechtsanwendenden Organen (Behörden, Gerichte) bei der Auslegung des einfachen Rechts im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen, etwa im Zivil- oder Strafrecht, aber auch in Bereichen wie dem Steuerrecht, dem Sozialversicherungsrecht oder dem Bau- und Planungsrecht. Ihre Bedeutung als Auslegungsinstrument kommt dort am intensivsten zu tragen, wo im einfachen Recht die Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen den rechtsanwendenden Behörden einen grossen Gestaltungsspielraum lässt.*» (Hervorhebungen weggelassen). Vgl. des Weiteren BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N. 9, 2. Spiegelstrich, über die Doppelnatur der Grundrechte sowie N. 34 und 46 zur grundrechtskonformen Auslegung. HÄFELIN, S. 244 ff. und 259 (Auslegungsspielräume und Lückenfüllung, der aber sonst das

wurde im Kapitel 6 berichtet.¹⁷⁴⁶ Auch gingen bereits verschiedene Autoren auf die Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung für die generell-abstrakt formulierten Verfahrensnormen der Zivilprozessordnung ein.¹⁷⁴⁷ Diese Auslegungsmethode basiert auf den Gedanken der Überordnung der Verfassung sowie der Einheit der Rechtsordnung.¹⁷⁴⁸ Das Bundesgericht begründet sie mit den Worten: *«En effet, même s'il ne peut pas examiner la constitutionnalité des lois fédérales [...], le Tribunal fédéral part de l'idée que le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution fédérale, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi.»*¹⁷⁴⁹ Aus dieser Passage ist auch die bedeutende Grenze der verfassungskonformen Auslegung zu entnehmen: So vermag diese nicht, einen durch die allgemeinen Auslegungselemente eruierten klaren Sinn einer Gesetzesbestimmung zur Seite zu schieben.¹⁷⁵⁰

Abstützen auf eine verfassungskonforme Auslegung ohne jeden erkennbaren Anknüpfungspunkt in der auszulegenden Gesetzesnorm ablehnt).

¹⁷⁴⁶ Vgl. hierzu N. 397.

¹⁷⁴⁷ MABILLARD, Zukunft, S. 15 f.: *«[Die schweizerische Zivilprozessordnung] bildet die gesetzliche Grundlage, welche die verfassungsmässigen Garantien für den Zivilprozess konkretisiert. Die hierzu entwickelte Praxis muss, damit sie Bestand hat, auf dieses Verhältnis von Verfassungs- und Gesetzesrecht eingehen und die Bestimmungen der Zivilprozessordnung verfassungskonform auslegen. Wo die Zivilprozessordnung lückenhaft ist, kommt den Verfassungsgarantien sogar unmittelbare Wirkung zu.»* (Hervorhebung zugefügt); vgl. auch KuKo-OBERHAMMER, Vor Art. 52–58 N. 5; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 14; MEIER I., ZPR, S. 37 (zudem aber auch S. 34 f. und 74 m.H.a. das Bundesrecht als massgebliches Recht).

¹⁷⁴⁸ Vgl. BGE 131 II 562 E. 3.5; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 148; PULVER, S. 57. Zur verfassungskonformen Auslegung als Form der systematischen Auslegung vgl. z.B.: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 148; HÄFELIN, S. 242 und 244. Zur Vermutung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes vgl. HÄFELIN, S. 243 m.w.H. und S. 258.

¹⁷⁴⁹ BGE 131 II 562 E. 3.5.

¹⁷⁵⁰ Vgl. z.B.: BGE 131 II 697 E. 4.4: *«Im klaren Wortlaut und Sinn der Vorschrift findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Schranken [...]»*, vgl. auch E. 5.4; BIAGGINI, Art. 190 N. 9, wonach Art. 190 BV einer Auslegung entgegen dem Wortlaut nicht von vornherein entgegensteht, jedoch die verfassungskonforme Auslegung auch bei festgestellter Verfassungswidrigkeit im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke findet; des Weiteren auch HÄFELIN, S. 252 f.; STEINAUER, N. 340.

2.3.2. Zurück zum Problemfall: Art. 56 ZPO

- 542 Vorliegend wurde die Frage aufgeworfen, ob und in welchen Grenzen Gerichte verpflichtet sind, nach bestimmten Tatsachen zu fragen, die bislang nicht in das Verfahren eingebracht wurden. Für das ordentliche Verfahren unter der Verhandlungsmaxime enthält der Art. 56 ZPO die Antwort. In dieser Bestimmung wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens gerade der Fall des unvollständigen Vorbringens mit dem Zusatz «*offensichtlich*» versehen. Wie bereits im Rahmen des Bestimmtheitsgebots der gesetzlichen Grundlage erläutert, führt dieser Zusatz weniger zu einer Klarstellung als vielmehr zu Spekulationen um seine Bedeutung. Darauf, dass ein Abstellen auf die adjektivische Bedeutung des Worts «*offensichtlich*» nicht weiterhilft, wurde im Detail eingegangen.¹⁷⁵¹ An dieser Stelle nun, wo es um den gerichtlichen Hinweis auf *facta* zur Entfaltung der Verfahrensfairness aus Sicht der an der materiellen Prozessleitung interessierten Partei geht, ist zu erörtern, welche weiteren Elemente für die Sinnerhellung dieser wichtigen Tatbestandsvariante eine bedeutende Rolle spielen.

2.3.2.1. Entstehung der Tatbestandsvariante «offensichtlich» unvollständige Vorbringen

- 543 Um herauszufinden, welche Regelungsabsichten bezüglich unvollständiger Vorbringen bestanden haben, lohnt sich ein Blick zurück in das Gesetzgebungsverfahren:¹⁷⁵² Bei der gesetzlichen Verankerung der Fragetätigkeit des Gerichts konnte sich die Statuierung einer richterlichen *Pflicht* erst im Verlauf der Entstehung des neuen Gesetzes durchsetzen: Der Vorentwurf ging nämlich noch von einem allgemeinen Fragerecht aus, dem allerdings breite Kritik widerfuhr.¹⁷⁵³ Dieser wurde im darauffolgenden Entwurf und in der bundesrätlichen Botschaft Rechnung

¹⁷⁵¹ Vgl. hierzu N. 460–464.

¹⁷⁵² Zur Entstehungsgeschichte der Fragepflicht(en) vgl. z.B.: FELLMANN, Fragepflicht, S. 73 ff.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 1 f.; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 1 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 7 ff.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 141 ff., 212 und 298 ff. Vgl. auch die Fallbesprechung (1954) von FISCHLI, S. 90 zu § 97 aZPO-BL, bei der auch FISCHLI den *Wortlaut* und die *Entstehungsgeschichte* thematisiert.

¹⁷⁵³ Vgl. ZS VN VE-ZPO, S. 180 indirekt AG, BS, SH, S. 181 ZH, AVZH, S. 182 FSA, KassZH, OAFRI, S. 182 f. OGer ZH, S. 183 SchKG-Vereinigung, indirekt Uni BE, Uni ZH, S. 183 f. Hans Ulrich WALDER; vgl. insb. auch bereits MEIER I., Diss., S. 155 – im Jahr 1975, d.h. lange vor dem Vereinheitlichungsprojekt: «*Soweit der Richter zur Fragestellung berechtigt ist, muss er dazu auch verpflichtet sein!*» Vgl. des Weiteren OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1042 f., m.H., dass verschiedene Kantone schon vor dem VE-ZPO eine Fragepflicht aufgewiesen haben und der Vorentwurf diesbezüglich einem Rückschritt gleichkommt.

getragen.¹⁷⁵⁴ Allzu progressiv wollte man sich allerdings in verschiedenerlei Hinsicht nicht zeigen: Die im Vorentwurf für das ordentliche Verfahren vorgesehene Fragetätigkeit des Gerichts bei Unvollständigkeit erschien diversen Votanten des Vernehmlassungsverfahrens zu offen formuliert.¹⁷⁵⁵ Und auch die spätere Idee des Bundesrats, eine soziale Untersuchungsmaxime für sämtliche im vereinfachten Verfahren abzuhandelnden Streitigkeiten vorzusehen, wurde dann in der parlamentarischen Debatte nicht mit offenen Armen empfangen: Stattdessen erfuhr in jenem Stadium das vereinfachte Verfahren, mit der Neuschaffung einer sogenannt erweiterten Fragepflicht unter gleichzeitiger Geltung der Verhandlungsmaxime, eine bedeutende Überarbeitung.¹⁷⁵⁶

Wie aus den Vernehmlassungsunterlagen ersichtlich ist, geht die an dieser Stelle 544 besonders interessierende Änderung der gerichtlichen Fragetätigkeit unter der Verhandlungsmaxime im ordentlichen Verfahren – also deren Eingrenzung auf «*offensichtlich*» unvollständige Parteivorbringen – massgeblich auf einen zürcherischen Vorschlag zurück. Interessant sind die zusätzlichen Erläuterungen und Forderungen, die aus Zürich formuliert wurden:

In der Stellungnahme für den Kanton Zürich wird auf diejenige seines Kassations- 545 und Obergerichts sowie auf die des kantonalen Anwaltsverbands verwiesen.¹⁷⁵⁷ Aus der Stellungnahme des AVZH zum Fragerecht im ordentlichen Verfahren geht wiederum einzig hervor, dass der Zusatz *offensichtlich* im Anliegen um eine Limitierung der gleichzeitig geforderten Intensivierung als Fragepflicht eingefügt werden soll.¹⁷⁵⁸ Aufschlussreicher sind zunächst die Ansichten der oberen kantonalen Gerichtsinstanzen: Das Kassationsgericht Zürich ist der Meinung, dass für die auch seinerseits gewünschte *Fragepflicht* des Gerichts die Formulierung des Art. 35 Abs. 1 Satz 1 BZP zu bedenken ist.¹⁷⁵⁹ Nicht nur, dass das Kassationsgericht damit vorschlägt, sich an einem Gesetz zu orientieren, das eine grosszügig ausgestaltete Richterpflicht aufweist¹⁷⁶⁰; die Formulierung, die es in Betracht zie-

¹⁷⁵⁴ Vgl. die beiden Bestimmungen Art. 51 VE-ZPO (Erläuterung im Bericht VE-ZPO, S. 34) und Art. 54 E-ZPO (Erläuterung in der Botschaft ZPO, S. 7275).

¹⁷⁵⁵ Vgl. etwa ZS VN VE-ZPO, S. 180 AG, AR, LU, SG, S. 181 ZH, AVLÜ, AVZH, S. 182 wohl auch *economiesuisse*, die für eine enge und bestimmte Umschreibung entsteht, S. 182 f. OGer ZH, S. 183 wohl auch Roche, die sich generell skeptisch zeigt, Uni ZH.

¹⁷⁵⁶ Zu jener Änderung vgl. N. 655–657.

¹⁷⁵⁷ ZS VN VE-ZPO, S. 181 ZH.

¹⁷⁵⁸ ZS VN VE-ZPO, S. 181 AVZH.

¹⁷⁵⁹ ZS VN VE-ZPO, S. 182 KassZH.

¹⁷⁶⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 BZP sowie bereits N. 366.

hen möchte, entfernt sich auch vom Wortlaut des § 55 aZPO-ZH, den es gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien – die einem objektiven Sorgfaltsmassstab unterstehen¹⁷⁶¹ – tendenziell streng handhabte¹⁷⁶². Der Art. 35 Abs. 1 Satz 1 BZP lautet nämlich schlicht: *«In mündlicher Vorbereitungsverhandlung erörtert der Instruktionsrichter mit den Parteien den Streitfall und veranlasst sie nötigenfalls, ihre Ausführungen zu verdeutlichen, zu berichtigen, zu vereinfachen oder zu ergänzen.»* Explizite Einschränkungen sind in dieser Formulierung keine enthalten. Wie der Kanton, der Anwaltsverband und das Kassationsgericht fordert ebenfalls das zürcherische Obergericht eine Fragepflicht, begrüsst aber auch ausdrücklich die Differenzierung zwischen dem Fragerecht im Allgemeinen und der Formulierung für das vereinfachte Verfahren (Art. 240 Abs. 2 VE-ZPO). Es scheine jedoch der Fall der *«unvollständigen» Vorträge zu absolut formuliert»* – unter der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime bleibe es Sache der Partei, *«ihre Argumente vorzutragen»*. Trotz Verhandlungsmaxime erachtet es das Obergericht allerdings nicht als erforderlich, von dieser Tatbestandsvariante abzusehen, macht es doch einzig den Vorschlag, die Ergänzung *«offensichtlich»* aufzunehmen. Diese erläutert es wie folgt: *«Immerhin gibt es nach der Praxis durchaus Situationen, wo die Unvollständigkeit behoben werden darf und soll – etwa, wenn ein Käufer Mängel der Kaufsache geltend macht, aber nicht vorträgt, wann die Lieferung stattgefunden hat. Mit der Einschränkung, dass die Unvollständigkeit <offensichtlich> sein muss, möchten wir den Punkt klar stellen.»*¹⁷⁶³ Sehr interessant ist zudem die Ansicht von Seiten der Universität Zürich, die den Zusatz *«offensichtlich»* ebenfalls wünscht: Sie setzt sich unter Verweis auf Isaak MEIERS Aufsatz zum Vorentwurf nämlich gleichzeitig auch für eine richterliche Pflicht *«zum <Rechtsgespräch> über die Tat- und Rechtsfragen»* ein und möchte statt punktueller Verfahrenshilfen die Einführung einer allgemeinen Pflicht des Gerichts, die Parteien auf die ihnen zustehenden Verfahrensrechte hinzuweisen.¹⁷⁶⁴

¹⁷⁶¹ Vgl. hierzu N. 703 und N. 706–708.

¹⁷⁶² Vgl. KassGer ZH AA080051/U/Ia E. II. 3. b) ee) vom 17.03.2009, dieses Urteil lässt wohlbemerkt in E. 5 e) ausdrücklich offen: *«Auf die Frage, inwieweit ein nicht schlüssiges respektive lückenhaftes Parteivorbringen die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO nach sich zieht, braucht vorliegend nicht umfassend eingegangen zu werden. Eine weitergehende Pflicht der Vorinstanz, den fehlenden Kontext der Vorbringen des – anwaltlich vertretenen – Beschwerdeführers mittels richterlicher Befragung herzustellen, ist in casu jedenfalls zu verneinen.»*

¹⁷⁶³ ZS VN VE-ZPO, S. 182 f. OGer ZH (inkl. der Wortzitate; Hervorhebung im letzten Zitat zugefügt).

¹⁷⁶⁴ ZS VN VE-ZPO, S. 183 Uni ZH. Diesbez. zu MEIER vgl. auch N. 565.

Damit sind also unvollständige Vorbringen nicht etwa per se von der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht ausgeschlossen, vielmehr wurden sie als eine von vier eigenständigen Mangelkategorien beibehalten. Der Mangelfall wurde im Entwurf um die aus Zürich vorgeschlagene Wendung «*offensichtlich*» ergänzt und die neue Fragepflicht in der Botschaft mit den etwas schwierigen¹⁷⁶⁵ Worten bedacht, dass sie auf «*klare Mängel*» beschränkt sei¹⁷⁶⁶. Weder der eingefügte Zusatz an sich, noch der botschaftliche Hinweis auf die Schranke der klaren Mängel wurden im Parlament hinterfragt.

Die Entstehungsgeschichte zeigt nach der vorliegend vertretenen Ansicht zunächst, dass dieser neue Zusatz als eine Art Ausgleich für die Anhebung des Fragerechts zur gerichtlichen Pflicht zu werten ist, und zwar in dem Sinn, dass diese Fragepflicht ausdrücklich Grenzen kennt.¹⁷⁶⁷ Die Aussage in der Botschaft, die Fragepflicht sei auf *klare Mängel* beschränkt, lässt aber einiges an Interpretationsspielraum zu: Sogar dahingehend, dass eine Fragepflicht gerade bei unsorgfältigem Prozessieren angezeigt wäre, gehen doch aus solchem, wie im Unter-

¹⁷⁶⁵ Schwierig deshalb, weil für die Partei einzig entscheidend ist, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, egal ob dieser klar oder «unklar» – was mag denn eigentlich ein *unklarer Mangel* sein? – ist: Denn jeder Mangel kann ihr potentiell prozessuale Nachteile bringen, wenn er nicht behoben wird. Für das Gericht wiederum kann es nicht darum gehen, ob der Mangel klar ist, müsste dann doch allem voran die unsorgfältige Prozessführung, welche regelmässig *klare Mängel* verursacht, die Fragepflicht auslösen, was indes nicht sein soll.

¹⁷⁶⁶ Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54. Nunmehr auf diese Stelle in der Botschaft verweisend z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 13; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 4; PERROUD, S. 879; CR-HALDY, Art. 56 N. 3, 1. Spiegelstrich; DOMEJ, Struktur, S. 254. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwendet ebenfalls immer wieder den Begriff der *klaren Mängel*, auch ohne speziellen Hinweis auf die Botschaft, z.B. in: BGE 146 III 413 E. 4.2; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102); 5A_283/2016 E. 2.3.5; 4A_628/2016 E. 4.2.3; 4A_540/2017 E. 5.5; 4A_284/2017 E. 3.2; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.7; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 4A_502/2019 E. 7.1; 5A_635/2019 E. 3.3.2, und m.H.a. die Botschaft z.B. in: 4A_301/2013 E. 6.2; 4A_444/2013 E. 6.3.3. Im Urteil 4A_265/2017 E. 6 wird der botschaftliche Hinweis aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin erwähnt, das BGer verzichtet jedoch darauf, die Auslegung von Art. 56 ZPO im Rahmen der Verhandlungsmaxime zu erörtern.

¹⁷⁶⁷ Im Vernehmlassungsverfahren wurde von verschiedenen anderen Votanten eingebracht, dass die Verhandlungsmaxime zu sehr in Richtung Untersuchungsmaxime verlassen würde (ZS VN VE-ZPO, S. 180 AG, LU, S. 181 AVL, S. 182 economie-suisse) und dass die Verhandlungsmaxime jedenfalls im ordentlichen Verfahren uneingeschränkt durchzuziehen sei (ZS VN VE-ZPO, S. 180 AR, SG).

kapitel B. erläutert, bald auch klare Mängel hervor. Dies soll bekanntlich nicht sein.¹⁷⁶⁸ Die klaren Mängel werden aber zuweilen auch zitiert, wenn vom Hinweis auf eigentliche Darstellungslücken abgesehen wird.¹⁷⁶⁹ Dies rechtfertigt sich nur unter bestimmten Umständen, wie einer Unsorgfalt. Ein demgegenüber generelles Absehen von Hinweisen auf eigentliche Lücken übergeht verschiedene Umstände:

- 548 Dem Argument des Obergerichts Zürich, dass sich der richterliche Eingriff zu sehr mit der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime reibt, würde die Fragepflicht bei unvollständigen Vorbringen nicht auf ein – wie auch immer verstandenes – «*Offensichtlich*» beschränkt, folgte das Parlament ganz klar nicht. Im Gegenteil, hielt das Parlament doch selbst eine erweiterte Fragepflicht problemlos für möglich, explizit auch dann, wenn das Verfahren dem Verhandlungsgrundsatz unterstellt ist: «*Für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten, welche im vereinfachten Verfahren abgewickelt werden, soll dagegen weiterhin die sogenannte Verhandlungsmaxime gelten, allerdings durchbrochen durch eine verstärkte Fragepflicht gemäss Artikel 243 Absatz 1*», so der Kommissionssprecher des Ständerats.¹⁷⁷⁰ Hiergegen erhob der Nationalrat keine Einwände. Die parlamentarische Schöpfung des heutigen Art. 247 Abs. 1 ZPO im vereinfachten Verfahren ist somit eindeutiger Beleg dafür, dass auch nach dem Gesetzgeber selbst eine erweiterte gerichtliche Fragepflicht keine zu grosse Reibung an der Verhandlungsmaxime hervorruft. Da dem Art. 247 Abs. 1 ZPO zu entnehmen ist, dass das Gericht durch Fragen darauf hinwirkt, dass die Parteien «*ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen*», kann der gerichtliche Hinweis auf ein einzelnes, in der Rechtsschrift gänzlich fehlendes Element, sei es zum Sachverhalt oder ein Beweismittel, nicht per se im Widerspruch zur Verhandlungsmaxime stehen.
- 549 Die Frage stellt sich, ob sich daran etwas ändert, weil der Prozess im *ordentlichen* Verfahren abläuft. Dies ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu verneinen:
- 550 Das zürcherische Kassationsgericht erachtete selbst für das ordentliche Verfahren die Formulierung des BZP als erwägenswert, welche nicht nur ohne explizite Einschränkungen auskommt, sondern nach der das Gericht die Parteien vielmehr veranlasst, ihre Ausführungen «*zu ergänzen*». In Anbetracht dessen, dass der Wortlaut

¹⁷⁶⁸ Vgl. hierzu N. 461 i.V.m. N. 714.

¹⁷⁶⁹ Zur Diskussion über heikle Formulierungen in der Rechtsprechung vgl. ab N. 851, in diesem Kontext insb. die beiden Fälle in N. 856–873 und N. 874–875. Vgl. zudem die Bemerkung im vorliegenden Unterkapitel, FN. 1765.

¹⁷⁷⁰ Ständerat Hansheiri Inderkum, AB 2007 S. 532.

der BZP-Bestimmung starke Ähnlichkeit mit der Fragepflicht nach dem heutigen Art. 247 Abs. 1 ZPO aufweist,¹⁷⁷¹ die auch umfangreichere Unvollständigkeiten in den Parteivorträgen erfasst, spricht der Vorschlag des Kassationsgerichts Zürich nicht dafür, dass es im Sinn gehabt hätte, selbst die singuläre eigentliche Lücke im ordentlichen Verfahren von der Fragepflicht auszuschliessen.

Sodann begrüsst das Obergericht Zürich zwar, dass zwischen der Fragepflicht im 551
ordentlichen und derjenigen im vereinfachten Verfahren unterschieden wird. Der Schluss, dass die Gerichte im ordentlichen Verfahren auf keine einzige eigentliche Lücke im Sinne eines gänzlich fehlenden Elements hinweisen dürften, ist der Stellungnahme des Obergerichts, zumindest nach dem vorliegenden Textverständnis, nicht zu entnehmen. Vielmehr noch führt dessen Kaufrechtsbeispiel, bei dem ein Käufer zwar *«Mängel der Kaufsache geltend macht, aber nicht vorträgt, wann die Lieferung stattgefunden hat»*¹⁷⁷², gerade zum Gegenteil: Dass dieses Beispiel vom Obergericht vorgetragen wird, um hieran ausdrücklich den eigenständigen Fragepflichtstatbestand der Unvollständigkeit zu illustrieren, ist ein äusserst bedeutsamer Umstand. Dies impliziert nämlich, dass im Beispielfall das bislang in das Verfahren Eingebachte – entsprechend dem Mangelfall, den das Beispiel dartun soll – eben nicht nur zu *unbestimmt* ist, sondern dass ohne das Lieferdatum eine eigentliche Behauptungslücke vorliegt: Tatsächlich wird ein Gericht, wenn der Käufer nicht vorträgt, wann die Lieferung stattgefunden hat, kaum in der Lage sein, darauf zu schliessen, dass das explizite, temporale Tatbestandselement *«sofort»* des Art. 201 Abs. 1 OR erfüllt ist. In Anbetracht der Genehmigungsfiktion, die gemäss Art. 201 Abs. 2 und 3 OR selbst dann eintritt, wenn zwar eine Mängelrüge vorliegt, diese allerdings *verspätet* erfolgt ist, handelt es sich bei diesem *«sofort»* im Sinne des Art. 201 Abs. 1 OR nicht um eine Nebensächlichkeit: Vielmehr wird der Entscheid des Gerichts, das Lieferdatum zu erfragen, den Ausgang des Verfahrens bestimmen. Das Obergericht Zürich, das sich zur Klarstellung der gerichtlichen Kompetenzen bei Unvollständigkeiten für den Zusatz *«offensichtlich»* einsetzt, steht also dafür ein, dass gerade diese Lücke als eine solche Unvollständigkeit zu qualifizieren ist und sie die gerichtliche Fragepflicht auslöst. Damit sieht es beim Hinweis auf eine singuläre Lücke innerhalb der mit

¹⁷⁷¹ Art. 247 Abs. 1 ZPO: *«Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen.»*

¹⁷⁷² ZS VN VE-ZPO, S. 182 f. OGer ZH.

dem Parteiverhalten im Einklang stehenden Sachverhaltshypothese also weder ein Problem mit der Verhandlungsmaxime noch mit der richterlichen Neutralität.¹⁷⁷³

- 552 Auch die Tatsache, dass die Universität Zürich ebenfalls explizit für den Zusatz «*offensichtlich*» einsteht und sich zugleich ebenso ausdrücklich dem Wunsch ihres Professors, Isaak MEIER, nach einem ähnlichen «*Rechtsgespräch*» über die Tat- und Rechtsfragen» anschliesst wie es das revidierte deutsche Recht in § 139 D-ZPO vorsieht,¹⁷⁷⁴ verbietet den Schluss, dass mit dem besagten Zusatz den Gerichten generell hätte untersagt werden sollen, im ordentlichen Verfahren einen Hinweis auf eine eigentliche Lücke in der vorgebrachten Sachverhaltshypothese anzubringen. Wie im Kapitel 6 erwähnt, sieht das deutsche Recht tatsächlich selbst unter Anwaltszwang eine sehr weitreichende materielle Prozessleitungskompetenz des Gerichts vor.¹⁷⁷⁵
- 553 Der Tatbestand der unvollständigen Vorbringen nach Art. 56 ZPO droht nun aber aufgrund bereits im Unterkapitel B. aufgegriffener, sehr restriktiver Auslegungstendenzen in demjenigen der Unbestimmtheit aufzugehen, obschon er in der Bestimmung eigenständig ausgewiesen ist. Wie beschrieben, beeinträchtigt dies letztlich die realistische Einschätzung eines juristischen Laien über seinen Vertretungsbedarf, und zwar in für ihn gefährliche Weise.¹⁷⁷⁶ Wie später bei der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung weiter ausgeführt wird, tragen zudem (zu) reduziert formulierte Erwägungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu bei, den Weg dahin zu ebnen, dass Laien das ordentliche Verfahren nicht selbstständig sinnvoll nutzen können.¹⁷⁷⁷ Die Entstehungsgeschichte des Art. 56 ZPO hat diesen Weg nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht vorgegeben. Vielmehr liefert sie klare Hinweise darauf, dass es angezeigt ist, hiervon abzurücken. Wenngleich aufgrund des unabhängigen Daseins, das ein Gesetz entwickelt, die zugehörigen Materialien für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung allein entscheidend sind, darf der Wille des historischen Gesetzgebers, soweit dieser Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat, gemäss den bundesgerichtlichen Auslegungsgrundsätzen insbesondere bei verhältnismäs-

¹⁷⁷³ Das HGer ZH scheint im Übrigen den heutigen Art. 56 ZPO auf umfassende Behauptungslücken anzuwenden, vgl. HGer ZH HG130183-O vom 09.04.2014.

¹⁷⁷⁴ ZS VN VE-ZPO, S. 183 Uni ZH m.H.a. MEIER I., Vorentwurf, S. 58 ff. (der S. 60 FN. 53 auf § 139 D-ZPO verweist).

¹⁷⁷⁵ Vgl. hierzu N. 372–373.

¹⁷⁷⁶ Vgl. hierzu N. 465–469.

¹⁷⁷⁷ Vgl. hierzu N. 849–886.

sig jungen Gesetzen nicht übergangen werden.¹⁷⁷⁸ Um falsche Schlussfolgerungen zu vermeiden, die letztlich auf einen faktischen Anwaltszwang hinauslaufen,¹⁷⁷⁹ sind für die durchaus noch junge eidgenössische Zivilprozessordnung die vorliegend aufgezeigten Beobachtungen darüber, wie der Begriff «*offensichtlich*» bei den unvollständigen Parteivorbringen Eingang in den Gesetzestext gefunden hat, mitzubersichtigen.

2.3.2.2. Verhältnis zwischen Art. 56 ZPO und Art. 69 Abs. 1 ZPO

Im Kapitel 1 wurde bei den personellen Anforderungen für das Einbringen von Prozessstoff in das Verfahren die persönliche Postulationsfähigkeit der Parteien thematisiert. Als eine neben der Prozessfähigkeit geforderte, prozessspezifische Komponente wurde diese vorliegend als Fähigkeit beschrieben, sich in einer gegebenen Verfahrensart mit der konkreten Prozessführung, also mit dem fallspezifischen Zusammenwirken von Sach- und Verfahrensrecht, grundsätzlich hinreichend zurechtzufinden.¹⁷⁸⁰ Die Lektüre des Art. 69 Abs. 1 ZPO zeigt, dass erst das offensichtliche Ermangeln dieser Fähigkeit prozessuale Folgen – nämlich den Entzug der Berechtigung, persönlich zu prozessieren¹⁷⁸¹ – nach sich zieht. Im Gegensatz zur allgemeinen Fragepflicht enthielt die Bestimmung zum Unvermögen der Partei bereits im bundesrätlichen Gesetzesentwurf den Zusatz «*offensichtlich*».

In der Botschaft wurde diese Bestimmung dahingehend erläutert, dass das Gericht einen juristischen Laien «*auf unzumutbare oder gar schlechte Prozessführung hinweisen und [ihm] den Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts nahe legen kann*»¹⁷⁸².¹⁷⁸³ Kommt die betroffene Partei «*dieser Aufforderung*» nicht nach, wird eine Vertretung von Amtes wegen bestellt.¹⁷⁸⁴ Dies klingt nach einem nicht allzu hochschwellig angesetzten gerichtlichen Eingriff.¹⁷⁸⁵ Lehre wie Rechtsprechung betonen indes, dass die amtswegige Bestellung einer anwaltlichen Vertretung sich

¹⁷⁷⁸ Vgl. z.B.: BGE 139 III 368 E. 3.2; des Weiteren auch BGE 131 II 697 E. 4.1; BGE 137 III 470 E. 6.5.2; BGE 139 III 457 E. 4.4; BGE 141 III 481 E. 3.2.3 sowie SUTTER-SOMM, ZPR, N. 44.

¹⁷⁷⁹ Zur Gefahr des faktischen Anwaltszwangs vgl. N. 367–375.

¹⁷⁸⁰ Vgl. hierzu N. 37–38.

¹⁷⁸¹ Zu den Konsequenzen bei fehlender Postulationsfähigkeit vgl. N. 39–40.

¹⁷⁸² Botschaft ZPO, S. 7280 zu Art. 67.

¹⁷⁸³ Ähnliche Formulierung bei S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 2.

¹⁷⁸⁴ Botschaft ZPO, S. 7280 zu Art. 67.

¹⁷⁸⁵ Ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die botschaftliche Formulierung zu schwach ist, auch bei B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 2; vgl. auch BK I-STERCHI, Art. 69 N. 3.

erst bei einer Unfähigkeit ab einem bestimmten Schweregrad rechtfertigt.¹⁷⁸⁶ Das Bundesgericht sprach bereits wiederholt von einer *«incapacité totale manifeste de procéder»*¹⁷⁸⁷ und erwog, dass gerade ein unzweckmässiges oder auch ein für die Beteiligten lästiges Verhalten nicht genügt, um von Art. 69 Abs. 1 ZPO Gebrauch zu machen.¹⁷⁸⁸ Ebenso wenig reicht die schlichte Tatsache, dass das Verfahren eine psychische und eine intellektuelle Herausforderung darstellt, selbst wenn dies zu suboptimalen Prozesshandlungen führt.¹⁷⁹⁰ Eine Vertretung sei insbesondere auch nicht allein schon anzuordnen, wenn aus den Eingaben ersichtlich ist, dass diese von einem juristischen Laien verfasst wurden und lückenhaft erscheinen.¹⁷⁹¹ Damit ein gerichtliches Einschreiten basierend auf Art. 69 Abs. 1 ZPO zur Debatte steht, müssten etwa bildungsbedingte oder psychische Defizite oder aber Umstände wie eine andauernde Krankheit vorliegen.¹⁷⁹²

¹⁷⁸⁶ Vgl. z.B.: 5A_618/2012 E. 3.1; 4A_45/2014 E. 2.2.1; 5A_286/2015 E. 2.2.4; 5A_541/2015 E. 4.1; 5A_618/2015 E. 6.7; 5A_712/2017 E. 5.2; 5A_483/2018 E. 3.2 (restriktive Handhabung); OGer BE ZK 19 328 E. III. 8.2 f. vom 29.10.2019; vgl. auch 2E_2/2013 E. 5.4.3 zu Art. 41 Abs. 1 BGG. B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2, spricht von strengen Voraussetzungen, vgl. auch N. 6; ebenso BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8 m.H.a. die restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung, N. 11 ff. mit Beispielen und N. 18 über die hohen Anforderungen an die Begründung; MABILLARD, Zukunft, S. 13; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 2a und 5; BK I-STERCHI, Art. 69 N. 3, und B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 2, über das Unvermögen, das nicht leichthin anzunehmen ist; CR-JEANDIN, Art. 69 N. 5, spricht von einer *«application restrictive»*; LIENHARD A. [b], N. 311, spricht von *«ultima ratio»*.

¹⁷⁸⁷ 5A_541/2015 E. 4.2; fast identisch 5A_504/2018 E. 4. OGer BE ZK 19 328 E. III. 8.4 vom 29.10.2019 spricht von klarer und kontinuierlicher Überforderung.

¹⁷⁸⁸ 5A_286/2015 E. 2.2.4; 2C_708/2016 E. 2.2.

¹⁷⁸⁹ Vgl. auch BK I-STERCHI, Art. 69 N. 3, bloss unzweckmässiges Verhalten genügt nicht; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2 m.H., dass Art. 69 Abs. 1 ZPO *«kein Instrument zur Disziplinierung unbequemer Parteien»* ist.

¹⁷⁹⁰ G/J/S-MORF, Art. 69 N. 2.

¹⁷⁹¹ 5A_618/2012 E. 3.1; 4A_45/2014 E. 2.2.1; 5A_618/2015 E. 6.7; 5A_483/2018 E. 3.2; OGer BE ZK 19 328 E. III. 8.2 f. vom 29.10.2019; MABILLARD, Zukunft, S. 13; S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 5; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2; CR-JEANDIN, Art. 69 N. 6a; PC-MAY CANELLAS, Art. 69 N. 9; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8. Zur Hierarchie in Bezug auf andere Mittel der materiellen Prozessleitung vgl. auch FN. 1990.

¹⁷⁹² Vgl. die verschiedenen Beispiele bei: S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 7 ff.; B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 3; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 11 ff.; B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 2; LIENHARD A. [b], N. 311. Im Urteil 5A_286/2015 E. 2.2.4 werden dauernde Abwesenheit und gesundheitliche Beeinträchtigungen genannt.

Bereits aus dieser kurzen Übersicht zur Rechtsprechung und zur Lehre lässt sich 556 schliessen, dass es bei der Prüfung der Postulationsfähigkeit primär um einen gewissen Mindestschutz des Prozesssubjekts geht,¹⁷⁹³ nämlich gegen eine offensichtliche Selbstüberschätzung in Bezug auf seine Fähigkeit, eigenständig zu prozessieren. Entgegen dem Eindruck, den die Botschaft vermittelt, bedeutet dies, dass die Schwelle, ab der einer Person die Postulationsfähigkeit abgesprochen wird, hoch angesetzt ist. Wenn nun hierfür Lücken in einer Laieneingabe allein nicht ausreichen und in diesem Fall gleichzeitig auch von Art. 56 ZPO kein Gebrauch gemacht wird – etwa, weil eine für die mit der Parteihaltung im Einklang stehende, komplette Sachverhaltshypothese notwendige Tatsache *nicht angedeutet wurde* oder weil die allgemeine gerichtliche Fragepflicht angeblich *nicht bezweckt, dass ein Vorbringen überhaupt erst erstattet wird*¹⁷⁹⁴ – drohen selbst grundsätzlich sorgfältige juristische Laien bald zwischen Stuhl und Bank zu fallen. Dass dies der Verfahrensfairness klar zuwiderläuft, gilt umso mehr, als diese Gefahr im hiesigen System besonders tückisch ist: Denn gemäss Art. 56 ZPO stellen explizit nicht nur unbestimmte Vorbringen, sondern auch solche, die offensichtlich unvollständig sind, eine eigenständige Mangelart dar, bei der die Gerichte grundsätzlich Unterstützung leisten. Setzt sich nun aber eine besonders restriktive Auslegung des Art. 56 ZPO durch, lässt dessen Wortlaut vermutlich manchen juristischen Laien verkennen, dass er letztlich zu versiert ist, als dass ihm im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO eine Rechtsvertretung angeraten und angeordnet würde, gleichzeitig aber in Rechtsdingen doch zu sehr Laie bleibt, um sämtlichen Hürden des ordentlichen Verfahrens gewachsen zu sein.¹⁷⁹⁵ Einem faktischen Anwaltszwang ist somit durch eine angemessene gerichtliche Reaktion, das bedeutet, mit einer ebensolchen, verfassungskonformen Auslegung und einer Koordination der materiellen Prozessleitungsinstrumente zu begegnen.

¹⁷⁹³ Dass es sich hier bloss um einen Mindestschutz handelt, zeigt das Urteil 4A_45/2014 E. 2.2.1. GASSER/RICKLI, Art. 69 N. 2, sprechen von einer Art richterlichen Fürsorgepflicht; zustimmend: B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 2; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 5. KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2, wonach Art. 69 Abs. 1 «*eine Schutzvorschrift zugunsten unbeholfener Rechtsuchender*» ist. Es besteht aber auch ein öffentliches Interesse am Vertretungszwang bei Postulationsunfähigkeit, vgl. diesbez. S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 3; des Weiteren G/J/S-MORF, Art. 69 N. 2; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8; OGer BE ZK 19 328 E. III. 8.4 vom 29.10.2019.

¹⁷⁹⁴ Zu solchen Bedingungen wie ein *Andeuten* für das Auslösen der Fragepflicht vgl. N. 465–466.

¹⁷⁹⁵ Vgl. hierzu auch das Fazit in N. 467–469.

2.3.2.3. Fazit: Forderung nach verfassungskonformer Auslegung

- 557 Thema des vorliegenden Unterkapitels bildet die Frage, ob das Gericht ausserhalb des Bereichs der bekannten Tatsachen verpflichtet ist, die Parteien über punktuell fehlenden Prozessstoff aufzuklären. Wie erwähnt, ist es für das ordentliche Verfahren unter der Verhandlungsmaxime der Art. 56 ZPO, der Auskunft gibt, wann Gerichte verpflichtet sind, Hinweise auf ein fehlendes *factum* anzubringen.¹⁷⁹⁶ Nachdem bereits im Unterkapitel zur gesetzlichen Grundlage der materiellen Prozessleitung der Schluss gezogen wurde, dass die adjektivische Bedeutung des Zusatzes «*offensichtlich*» für die Sinnerhellung der Norm bei unvollständigen Vorbringen nicht überzeugt, da dies sogar zu unsorgfältigem Prozessieren animieren könnte,¹⁷⁹⁷ und da, soweit ersichtlich, noch keine andere sinnergiebige grammatikalische Auslegung vorgeschlagen wurde, ist die Hypothese eines klaren Wortlauts von Art. 56 ZPO vorderhand zu verwerfen. Mit Blick auf die aufgezeigte Rechtsprechung zur Gesetzesinterpretation treten damit die weiteren Auslegungsmethoden in den Vordergrund:¹⁷⁹⁸
- 558 Im Sinne einer teleologischen Auslegung ist festzuhalten, dass die Fragepflicht als prominentestes Mittel der materiellen Prozessleitung dazu da ist, den im Kapitel 3 beschriebenen Auswüchsen, zu denen eine reine Verhandlungsmaxime führt, zu begegnen.¹⁷⁹⁹ Auf den Zweckgedanken, den das Bundesgericht diesem Instrument explizit zuschreibt – nämlich, eine Partei nicht wegen einer Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen zu lassen –, wird im Rahmen der Verhältnismässigkeitserwägungen zurückzukommen sein.¹⁸⁰⁰ Der Systematik wurde bislang mit dem Hinweis Rechnung getragen, dass die Fragepflicht im vereinfachten Verfahren nach Art. 247 Abs. 1 ZPO gegenüber derjenigen nach Art. 56 ZPO erweitert ist.¹⁸⁰¹ Darüber hinaus wurde soeben aufgezeigt, dass eine zu restriktive Auslegung von Art. 56 ZPO dazu führen kann, dass postulationsfähige juristische Laien, die darauf vertrauen, dass zu unbestimmte und unvollständige Vorbringen jeweils eigenständige Mangelarten darstellen, bei denen das Gericht grundsätzlich Unterstützung leistet, aufgrund des gemeinhin ebenfalls restriktiv verstandenen Art. 69

¹⁷⁹⁶ Vgl. hierzu N. 537–539.

¹⁷⁹⁷ Vgl. hierzu N. 460–464.

¹⁷⁹⁸ Vgl. hierzu N. 540–541.

¹⁷⁹⁹ Vgl. hierzu N. 234–240.

¹⁸⁰⁰ Vgl. hierzu N. 592.

¹⁸⁰¹ Vgl. hierzu N. 543–553.

Abs. 1 ZPO bald zwischen Stuhl und Bank zu fallen drohen.¹⁸⁰² Was den Willen des Gesetzgebers anbelangt, so sprechen die Materialien zur Zivilprozessordnung nach der vorliegend vertretenen und ausführlich begründeten Ansicht nicht dafür, dass im ordentlichen Verfahren ein gerichtlicher Hinweis auf ein einzelnes, gänzlich fehlendes Element in der vermittelten Sachverhaltshypothese unzulässig wäre.¹⁸⁰³ Doch selbst wenn man vertreten wollte, der Wille des Gesetzgebers sei diesbezüglich unklar, sind doch zumindest keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich dieser über Verfassungsvorgaben hätte hinwegsetzen wollen.¹⁸⁰⁴

Wie hiervor erläutert, ist in solchen Fällen diejenige Auslegung zu bevorzugen, 559
welche am besten mit den Verfassungswerten in Einklang steht.¹⁸⁰⁵ Wenngleich aus dem rechtlichen Gehör und dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben keine Aufklärung über sämtliche einzubringenden Fakten abzuleiten ist,¹⁸⁰⁶ spielt angesichts des Art. 35 Abs. 1 und 2 BV doch auch der objektiv-rechtliche Gehalt dieser Fairnessaspekte bei der verfassungskonformen Auslegung der gerichtlichen Fragepflichten eine bedeutende Rolle.¹⁸⁰⁷ Aus dieser Perspektive gilt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht Folgendes zu bedenken:

Die selbstverständliche Annahme, dass die Vorbringen der Parteien vollständig 560
sein müssen, bedeutet in Anbetracht der aufgezeigten Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und vom Verfahrensrecht (*ius*), dass den Parteien eine vorgängige Rechtsfindung zugemutet¹⁸⁰⁸ und davon ausgegangen wird, dass sie die Prozessführung ausreichend beherrschen. Reagiert das Gericht nicht einmal auf eine einzelne Darstellungslücke innerhalb der Sachverhaltshypothese eines für seine

¹⁸⁰² Vgl. hierzu N. 554–556 i.V.m. N. 467–469.

¹⁸⁰³ Vgl. hierzu N. 543–553.

¹⁸⁰⁴ Nach LIENHARD A. [b], N. 99, sprechen nicht nur die wörtliche, sondern auch die historische Auslegung klar für eine zurückhaltende Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht im Fall einer «*offensichtlichen Unvollständigkeit*», weshalb nach LIENHARD fraglich ist, ob eine verfassungskonforme Auslegung überhaupt statthaft wäre.

¹⁸⁰⁵ Vgl. hierzu N. 540–541.

¹⁸⁰⁶ Vgl. hierzu N. 533–534.

¹⁸⁰⁷ Vgl. hierzu N. 540–541.

¹⁸⁰⁸ Vgl. auch OTT, S. 15, der betont, dass «*den Parteien natürlich eine vorgängige Rechtsfindungstätigkeit zugemutet*» wird, die auch mit der Aussage auf S. 16 konkretisiert wird: «*Absolut unerlässlich ist im Rahmen der Verhandlungsmaxime die Aufnahme der unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen in den Parteivorbringen (vgl. aber die Möglichkeit stillschweigender Sachvorbringen [...]).*» (Hervorhebung zugefügt). Zu solchen von den Parteien abverlangten Rechtskenntnissen vgl. insb. N. 135–138 und N. 303–306.

Verhältnisse sorgfältigen Prozessteilnehmers, ist der Vorwurf, es lasse diese Partei «– und es ist dann meist die schwächere, schlechter vertretene – blindlings in ihr Unheil laufen»¹⁸⁰⁹, nicht weit hergeholt. Es darf vermutet werden, dass auch Walther HABSCHEID, dessen Formulierung an dieser Stelle verwendet wurde, eine derartige richterliche Enthaltung nicht als Teil des von ihm geforderten «faire[n], der Durchsetzung des Rechts und der Gerechtigkeit verpflichtete[n] Prozeß»¹⁸¹⁰ erachten würde. Auch sei erneut an Tanja DOMEJ's mahnende Worte erinnert, dass «[w]enn das Verfahren ganz allgemein (und unabhängig davon, ob eine Partei tatsächlich vertreten ist oder nicht) so gestaltet [wird], dass unvertretenes Prozessieren als grob fahrlässiges Unterfangen erscheinen muss, so wäre es ehrlicher, die Anwaltpflicht auch förmlich festzuschreiben»¹⁸¹¹. Wie dem Kapitel 6 zu entnehmen ist, wurde indessen trotz des Bewusstseins, mit dem ordentlichen Prozess ein äusserst anspruchsvolles Verfahren gestaltet zu haben, von einem Anwaltszwang abgesehen.¹⁸¹² Da das Gebot des fairen Verfahrens gemäss Rolf STÜRNER einen Prozess fordert, «dessen Gesamtsystem die Parteien zur vollen Ausfüllung ihrer prozessualen Rolle befähigt, Tatsachen und Beweismittel vollständig einzubringen [...]»¹⁸¹³, muss der Gesetzgeber eine materielle Prozessleitung in Aussicht stellen, mit der umsichtigen Parteien grundsätzlich eine Chance eingeräumt wird, die mit ihrer tatsächlichen Haltung vereinbare, aber mit Blick auf das *ius* mangelhaft eingebrachte Sachverhaltshypothese zu verbessern.

- 561 Im Sinne des Gebots zu loyalen Verhalten hat das Gericht die Prozesshandlungen der Parteien zunächst nach Treu und Glauben auszulegen.¹⁸¹⁴ Dies setzt eine aktive Zuhörerschaft respektive aufmerksam lesende Richterschaft voraus.¹⁸¹⁵ Dabei hat das Gericht zu evaluieren, ob eine Partei als postulationsfähig eingestuft werden kann. Die Formulierung in Art. 69 Abs. 1 ZPO bezieht sich auf den konkreten Prozess. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist die Postulationsfähigkeit

¹⁸⁰⁹ HABSCHEID, Philosophie, S. 15.

¹⁸¹⁰ HABSCHEID, Philosophie, S. 15, der die richterliche Fragetätigkeit als Ausfluss des Fairnessgebots darstellt.

¹⁸¹¹ DOMEJ, Struktur, S. 256; bereits aufgenommen im N. 371.

¹⁸¹² Vgl. hierzu N. 365 i.V.m. N. 367–370.

¹⁸¹³ STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 658 f.

¹⁸¹⁴ Zur Auslegung der Prozesshandlungen der Parteien nach Treu und Glauben vgl. z.B.: B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 15; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 7a; SARBACH R., N. 446; FELLMANN, Fragepflicht, S. 85.

¹⁸¹⁵ Vgl. zudem den auf die Fragepflicht bezogenen Hinweis bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 8, dass zum Fragen auch das Zuhören-Können gehört.

somit vor dem Hintergrund der in der anwendbaren Verfahrensart bestehenden Verfahrenshilfen zu beurteilen. Mit anderen Worten ausgedrückt, kann eine Partei in einem vereinfachten Verfahren aufgrund der Begleitung der Parteien durch eine verstärkte gerichtliche Fragepflicht als postulationsfähig gelten, während ihr diese Fähigkeit im anspruchsvollen ordentlichen Verfahren unter der Verhandlungsmaxime abzusprechen wäre.

Gelangen die Gerichte zur Ansicht, dass mit Blick auf das *ius* eine Mangelhaftigkeit in der mit der Parteihaltung vereinbaren Sachverhaltshypothese verbleibt¹⁸¹⁶, haben sie die redlichen Bemühungen sorgfältiger postulationsfähiger Prozessparteien zu honorieren¹⁸¹⁷. Verfahrensfairness ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht aus der Perspektive der überforderten Partei dahingehend aufzufassen, dass dieser grundsätzlich auch im Fall, dass in der von ihr eingebrachten Sachverhaltshypothese ein notwendiges Element gänzlich fehlt, in einer geeigneten Form Hilfestellung zukommen soll, um unverschuldetermassen unzureichende Rechtskenntnisse und entschuldbares Versehen zu überbrücken. Etwas Gegenteiliges lässt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte zu Art. 56 ZPO ableiten.¹⁸¹⁸ Was dies für die Auslegung dieser Bestimmung konkret bedeutet, ist im Unterkapitel F. zu den Konklusionen für die Stufenfolge der materiellen Prozessleitung zu erörtern. Das heisst, nachdem die Eingriffsschranken – die Verhältnismässigkeitsprüfung (Unterkapitel D.) wie auch die Kerngehaltsdiskussion (Unterkapitel E.) und dort insbesondere die Grundrechtsansprüche der Gegenpartei – in

¹⁸¹⁶ Zur Feststellung der verbleibenden Mangelhaftigkeit des Parteivorbringens *erst im Anschluss* an die Auslegung vgl. z.B.: GULDENER, ZPR, S. 262; LIENHARD A. [b], N. 64 ff. (bez. Art. 56 ZPO), N. 283 (bez. Art. 132 Abs. 2 ZPO), N. 304 (bez. Art. 56 und 132 Abs. 2 ZPO); N. 409 und 440 (bez. Art. 247 Abs. 1 ZPO); SARBACH R., N. 547; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 8.3. Vgl. des Weiteren MEIER R., Diss., N. 28 (bez. der Unklarheit in Art. 56 ZPO) und N. 174 zur Aufdeckung konkludenter Behauptungen via Auslegung vor dem Schluss auf eine Unvollständigkeit. Das Urteil 5A_705/2013 E. 3.3.3 zeigt, dass das Gericht bei der *Auslegung* zum Schluss gelangen kann, dass das Vorbringen klar (d.h. nicht mangelhaft i.S.v. Art. 56 ZPO) ist, und aus diesem Grund auch nicht nachfragt.

¹⁸¹⁷ Zum Umfang der Fragepflicht, der sich nach Treu und Glauben bestimmt, vgl. z.B.: KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 5, nach dem das Gericht gegenüber einer Partei, die nach Treu und Glauben bemüht ist, das Ihre zur Ermittlung der Tatsachen beizutragen, dies jedoch nicht zur Gänze schafft, verpflichtet ist, «*auf halbem Wege entgegenzukommen*»; zustimmend: FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 27, der im Übrigen in FELLMANN, Fragepflicht, S. 88, auch darauf hinweist, dass bei sorgfältiger Prozessführung das Prozessrecht die Rechtsverwirklichung nicht durchkreuzen darf, und auf die gerichtliche Fragepflicht verweist; WILDHABER BOHNET, N. 67.

¹⁸¹⁸ Vgl. hierzu N. 543–553.

die Analysen miteinbezogen worden sind. Für das vorliegende Kapitel über die Selektion der Rechtfertigungsmotive genügt es, festzuhalten, dass auch die Verfahrensfairness respektive Teilgehalte hiervon grundsätzlich geeignet sind, eine Relativierung des *da mihi facta* zu rechtfertigen.

iii) Vorgängige Offenlegung von *ius* basierend auf dem Gehörsanspruch oder dem Gebot zu loyalen Verhalten?

- 563 Nachdem im Lichte der Verfahrensfairness die richterliche Hinweispflicht auf Tatsachen (*facta*) behandelt wurde, stellt sich nun auf einer zweiten Ebene die Frage, ob die Parteien unter Rückgriff auf das Verfassungsrecht einen Anspruch auf eine vorgängige Orientierung über die vom Gericht in Erwägung gezogene Rechtsanwendung (*ius*) ableiten könnten.¹⁸¹⁹ Wie bereits erwähnt, käme ihnen dies aufgrund der Wechselwirkung zwischen *facta* und *ius* zumindest mittelbar entgegen, denn aus dem offengelegten *ius* sind Rückschlüsse auf die im Sinne von *da mihi facta* in den Prozess einzubringenden Tatsachen möglich.

1. Grundsatz: Kein genereller verfassungsbasierter Anspruch im umfassenden Sinn

1.1. Auf eine rechtliche Diskussion oder eine vorgängige Bekanntgabe der ins Auge gefassten Rechtsanwendung

- 564 In seiner Dissertation zu *iura novit curia* vertrat Isaak MEIER 1975, namentlich unter Verweis auf den bereits erwähnten Autor Rolf TINNER, die Auffassung, dass die Gerichte auf Basis des rechtlichen Gehörs als Garantie eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht grundsätzlich gehalten sind, vor dem Entscheid ein Rechtsgespräch mit den Parteien zu führen: Es genüge, wenn der Richter die Parteivorträge mit der Urteilsfällung prüft und zu diesen Stellung nimmt.¹⁸²⁰ Soweit das Gericht die falsche Rechtsauffassung der Parteien nicht zu verantworten hat, liesse sich ebenso wenig eine generelle Informationspflicht des Gerichts aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten.¹⁸²¹ Diesem Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und *dabo tibi ius* folgte 1982 das Bundesgericht im bereits hiavor zitierten BGE 108 Ia 293 insoweit, als es, ebenfalls und erneut unter Verweis auf TINNER, ausführte, dass aus dem rechtlichen Gehör grundsätzlich kein Anspruch

¹⁸¹⁹ Zum Vorgehen vgl. N. 530–532.

¹⁸²⁰ MEIER I., Diss., S. 160 f. insb. m.H.a. TINNER, S. 357; gl.M. SUTER, S. 39.

¹⁸²¹ MEIER I., Diss., S. 161 f., unter Vorbehalt des Ausnahmefalls, dass das Gericht zweifellos gehalten ist, eine von ihm selbst verschuldete falsche Rechtsauffassung zu korrigieren; gl.M. HEER, S. 175 f.

der Parteien resultiert, «zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden»^{1822, 1823}.

Insbesondere die französischsprachige Rechtsprechung wie auch die Lehre betonen in der Folge, dass keine grundsätzliche Gerichtspflicht besteht, mit den Parteien eigentliche rechtliche *Diskussionen* beziehungsweise *Rechtsgespräche* zu führen.¹⁸²⁴ Martin SARBACH hebt zwar die gegenseitige Abhängigkeit zwischen Sachverhaltserstellung und Rechtsanwendung hervor, gelangt aber auch zum Schluss, dass das Gericht über die Rechtsanwendung, also darüber, ob der festgestellte Sachverhalt unter die in Betracht gezogene Norm subsumierbar ist oder nicht, im Urteil zu entscheiden hat.¹⁸²⁵ Mussten die Parteien mit dem Heranziehen bestimmter rechtlicher Argumente rechnen, fehle das Überraschungselement; die Parteien hätten ihre Möglichkeiten, Ergänzungen anzubringen, wahrnehmen können und müssen.¹⁸²⁶ Der zuvor genannte Autor MEIER dagegen könnte seine Ansicht, wenn auch aufgrund fehlender Bezugnahme zu den Verfassungsnormen möglicherweise nicht revidiert, so doch zumindest ergänzt haben: Nunmehr nämlich bezeichnet MEIER den modernen Zivilprozess als «*Forum für Kooperation*

¹⁸²² BGE 108 Ia 293 E. 4c.

¹⁸²³ Hinweis auf dieses Präjudiz z.B. in: 4P.260/2000 E. 6a; 5D_8/2016 E. 2.1. Zum gleichen Resultat, ohne Erwähnung dieses Präjudizes: 5A_519/2008 E. 7.3; 5A_776/2009 E. 4.2; 4A_330/2010 E. 2.2; 4A_428/2010 E. 4.2.1; vgl. auch B/G/S I-GöKSU, Art. 53 N. 12; NOBEL, S. 512; Fachhandbuch-BAUER, N. 4.16.

¹⁸²⁴ Vgl. z.B.: BGE 130 III 35 E. 5; 5A_795/2009 E. 3.1 (nicht publiziert im BGE 136 III 123); 5A_561/2011 E. 10.1 (nicht publiziert im BGE 138 III 289); WALDER-BOHNER, S. 409; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 15; SARBACH M., Diss., S. 76; KuKo-OBERHAMMER, Art. 53 N. 10 und Art. 56 N. 6, der zwar die Meinung von WALDER-BOHNER nicht teilt, aber dennoch der Ansicht ist, dass der Zivilprozess *kein akademisches Diskussionsforum* darstellt und das Gericht dementsprechend nicht gehalten ist, sich mit den Parteien auf ausführliche Wechselreden über Rechtsfragen einzulassen; auch kommt nach OBERHAMMER nicht jede Überraschung der Parteien über die Rechtsauffassung des Gerichts einem Entzug des rechtlichen Gehörs gleich; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1, befürwortet aber trotzdem, dass der Richter seine Meinungsbildung offenlegt, da dies der Effizienz dient.

¹⁸²⁵ SARBACH M., Diss., S. 71 f.

¹⁸²⁶ SARBACH M., Diss., S. 76. Diese Überlegung dürfte wohl auch hinter dem Urteil 5A_776/2015 E. 5 stehen: In einem Eheschutzverfahren, für welches die Untersuchungsmaxime nach Art. 277 Abs. 3 ZPO gilt, erwägt das BGer, dass das OGer i.c. auf das überdurchschnittliche Einkommen der Familie hingewiesen hat, weshalb die Parteien davon haben ausgehen müssen, dass der Unterhalt konkret ermittelt wird: «Das Obergericht war jedenfalls im Lichte von Art. 9 BV nicht gehalten, die Parteien vorgängig auf die ins Auge gefasste Methode aufmerksam zu machen.»

und Kommunikation zwischen Gericht, Parteien, Dritten und im beschränkten Rahmen auch der Öffentlichkeit»¹⁸²⁷. Wie bereits erwähnt, äusserte er nach Sichtung des Vorentwurfs zur eidgenössischen Zivilprozessordnung denn auch den Wunsch, dass eine Pflicht des Gerichts zum «Rechtsgespräch» über die Klage betreffend Sachverhalt und Rechtsfragen, ähnlich wie im deutschen Recht, vorgesehen würde.¹⁸²⁸ Eine Ansicht, welche im Vernehmlassungsverfahren von der Universität Zürich unterstützt wurde.¹⁸²⁹ In seinem Aufsatz zum «Recht auf ein faires Verfahren» aus dem Jahr 1991 erläutert Walther HABSCHEID, dass die Entwicklung in Deutschland zwar nicht zu einem *umfassenden*, aber doch zur Anerkennung einer Pflicht zu einem *sachgemässen* Rechtsgespräch geführt hat, soweit ein solches für eine gerechte Rechtsfindung erforderlich ist.¹⁸³⁰ In der neueren deutschen Literatur finden sich verschiedene Stimmen, welche die Nützlichkeit von Rechtsgesprächen unterstreichen.¹⁸³¹ In Österreich wurde mit dem § 182a Ö-ZPO im Jahr 2002 die Pflicht des Gerichts zu einem Gespräch, nicht nur über das Sach-, sondern auch über das Rechtsvorbringen der Parteien gesetzlich verankert.¹⁸³² Auch hiezulande stehen mit Autoren wie Ivo SCHWANDER, Thomas COTTIER, Walther HABSCHEID, Pierre MARTIN und wohl auch Gerold STEINMANN weitere Stimmen für Rechtsgespräche mit Parteien ein.¹⁸³³

¹⁸²⁷ MEIER I., Vorentwurf, S. 58.

¹⁸²⁸ MEIER I., Vorentwurf, S. 60 m.H.a. § 139 D-ZPO.

¹⁸²⁹ Vgl. hierzu N. 552.

¹⁸³⁰ HABSCHEID, Philosophie, S. 15 ff.

¹⁸³¹ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 139 D-ZPO N. 18: «Im übrigen vergibt sich derjenige Richter kaum etwas, der die Parteien freimütig an seinen bisherigen ja stets nur vorläufigen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen und Beurteilungen teilnehmen lässt. Er zeigt ja gerade durch eine solche freie Äußerung in der Verhandlung seine wahre Unparteilichkeit und Bereitschaft, sich eines Besseren belehren zu lassen. Das ehrt ihn und kann in der Praxis erfahrungsgemäß ausgezeichnet funktionieren. Indessen ist es nicht die Aufgabe des Gerichts, die Parteien an allen Verästelungen seines Denkprozesses in jeder Lage des Verfahrens vollständig teilnehmen zu lassen, BGH NJW 91, 704.» (Hervorhebung weggelassen); vgl. des Weiteren auch JAUERNIG/HESS, § 25 N. 4, und bereits HENCKEL, Prozessrecht, S. 57.

¹⁸³² HEINZMANN, Habil., N. 17.

¹⁸³³ SCHWANDER I., Einflussnahme, S. 374, der *de lege ferenda* wünscht: «Zu fordern ist ein förmliches Rechtsgespräch der Gerichte mit den Parteien, aber auch ein kontradiktorisches Gespräch über Beweismündigungsfragen und ausserjuristische Sachfragen. Ebenso sollten die Gerichte dazu angehalten werden, ihre Urteilsentwürfe den Parteien vor förmlicher Urteilsfällung zuzustellen, damit die Parteien das Gericht noch vorgängig auf Aktenwidrigkeiten oder falsche rechtliche Überlegungen aufmerksam machen können. Dies würde die Qualität der Urteile anheben und Rechtsmittel mög-

Zur Frage über eine besondere Anhörung der Parteien hinsichtlich der rechtlichen Würdigung der von ihnen eingebrachten Tatsachen wiederholte das Bundesgericht erst 2016 erneut die Ablehnung eines solchen Anspruchs, und zwar unter explizitem Verweis auf das Präjudiz BGE 108 Ia 293.¹⁸³⁴ So dürfte kaum damit zu rechnen sein, dass sich an den Gerichten bald eigentliche «Rechtsgespräche» mit den Parteien etablieren werden. Als die neue Zivilprozessordnung zumindest schon in Kraft war, lehnte das Bundesgericht zudem auch eine allgemeine Pflicht des Gerichts ab, die Parteien auf die anwendbaren Normen hinzuweisen.¹⁸³⁵

1.2. Auf Einsicht in gerichtsinterne Akten

In Anbetracht dieses Resultats lässt sich die Frage aufwerfen, ob die Parteien zumindest unilateral doch noch vorab Aufschluss über das *dabo tibi ius* erhalten könnten: Gemeint ist, ob diese durch Ausübung ihres Rechts auf Einsichtnahme in ihr Falldossier zu einem Erkenntnisgewinn über die von der Richterschaft ins Auge gefasste Rechtsanwendung gelangen können. Aus der besonders auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens geführten Diskussion ist ersichtlich, dass ein solcher bedingte, dass allfällig vorhandene interne, also nicht eigentlich an die Parteien gerichtete Akten über die Rechtsanwendung, wie interne Auskünfte,

licherweise seltener werden lassen.» (Hervorhebungen weggelassen); vgl. des Weiteren: COTTIER, S. 2; HABSCHEID, Philosophie, S. 17 (dagegen aber noch HABSCHEID, Grundlagen, N. 556, wo er eine Verpflichtung zu einem Rechtsgespräch über Überraschungsentscheide hinaus noch als zu weitgehend einschätzt); MARTIN P., S. 84; vgl. auch E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 46, nach dem die Rechtsprechung, wonach kein Äusserungsrecht zur rechtlichen Würdigung bzw. nur bei Unvorhersehbarkeit neuer juristischer Argumente besteht, in dieser allgemeinen Form *fragwürdig* und in neueren Entscheiden auch relativiert worden ist (womit er z.B. die Aufklärung bei grossem Ermessensspielraum [vgl. H.a. BGE 129 II 497 E. 2.2] sowie bei unbestimmten Normen [vgl. H.a. BGE 127 V 431] anspricht, vgl. hierzu N. 574–575 der vorliegenden Abhandlung). KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1 i.V.m. Art. 53 N. 10 und Art. 56 N. 6, ist zwar der Ansicht, dass der Zivilprozess *kein akademisches Diskussionsforum* darstellt und das Gericht dementsprechend nicht gehalten ist, sich mit den Parteien auf ausführliche Wechselreden über Rechtsfragen einzulassen, er befürwortet aber doch, dass der Richter seine Meinungsbildung offenlegt, da dies der Effizienz dient.

¹⁸³⁴ 5D_8/2016 E. 2.1 unter Bezugnahme auf Art. 29 Abs. 2 BV und m.H.a. BGE 108 Ia 293 E. 4c.

¹⁸³⁵ 4A_665/2012 E. 3.2.4; vgl. auch 5A_561/2011 E. 10.1 (nicht publiziert im BGE 138 III 289). Vgl. zudem SARBACH M., Diss., S. 72; SARBACH R., N. 352, 360 und 411; BK I-HURNI, Art. 57 N. 22; SUTER, S. 39.

Aktennotizen sowie mögliche Entwürfe des Sachbearbeiters und Ähnliches, nicht dem gehörbasierten Einsichtsanspruch der Parteien entzogen sind.¹⁸³⁶

- 568 Vor nicht allzu langer Zeit bediente sich die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts eines Entscheids der I. verwaltungsrechtlichen Abteilung aus dem Jahr 1999, um hierauf basierend festzustellen, dass praxisgemäss rein interne Akten, die ausschliesslich für die interne Meinungsbildung bestimmt sind und denen kein Beweischarakter zukommt, vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind.¹⁸³⁷ Diesen Ausschluss begründet die zivilprozessuale Lehre dahingehend, dass das Gericht zur Entwurfsentwicklung auf Freiraum angewiesen ist. Deshalb sollen auch schriftliche Rechtsabklärungen oder Entscheidungsentwürfe, die ausschliesslich der gerichtsinternen Vorbereitung und Willensbildung dienen, nicht ausgebreitet werden.¹⁸³⁸ Im Grundsatz werden die Parteien somit auf diesem Weg kaum Rückschlüsse auf die für ihr Zivilverfahren notwendigen Vorbringen gewinnen können.

2. Ausnahme: Aufklärung in bestimmten Konstellationen

- 569 Wenngleich also auch das *dabo tibi ius* nicht dahingehend aufgefasst werden kann, dass generell eine in Betracht gezogene Rechtsanwendung vor der Urteilsfällung offenzulegen wäre, gibt es auch in dieser Hinsicht Ausnahmefälle, in denen Grundrechtsansprüche der Parteien den Gerichten gebieten, ihre vorläufige Rechtseinschätzung bekannt zu geben.

¹⁸³⁶ COTTIER, S. 122 ff., schliesst sich dem Autor Willy HUBER an, wobei COTTIER aber auch *Schranken der Akteneinsicht* diskutiert, für die er insb. das Interesse, Entscheidungsprozesse innerhalb von Regierung und Verwaltung schriftlich in aller Offenheit und diskursiv zu führen, anerkennt, er möchte jedoch Beschränkungen in das Akteneinsichtsrecht nur *punktuell*, begründet und richterlicher Kontrolle unterworfen – nicht aber durch die generelle und begriffliche Ausnahme sogenannt interner Akten –, bestehen lassen. Auch zur Einsicht in Akten zur verwaltungsrechtlichen Rechtsanwendung und Auslegung vgl. ALBERTINI, S. 230 ff.; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 51.

¹⁸³⁷ 5A_125/2016 E. 3.3 m.H.a. BGE 125 II 473; im Urteil 5A_770/2018 E. 4.1 und 4.3 ist ersichtlich, dass die Vorinstanz einen auf Art. 29 Abs. 2 BV basierenden Anspruch auf Einsicht in rein interne Akten zur Meinungsbildung m.H.a. das Urteil 8C_37/2014 verneinte.

¹⁸³⁸ Zum Ausschluss solcher Akten vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N. 19; SARBACH R., N. 215, 217 sowie N. 221, 260, 268, 359, 410, 749 und 797; des Weiteren auch BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 28; B/G/S I-GÖKSU, Art. 53 N. 31, aber auch FN. 66 m.H.a. die nach dessen Erachtens berechtigte Kritik.

2.1. Bei sogenannten Überraschungsentscheiden

Prominentestes Beispiel, das in der Lehre breit diskutiert wird, ist die Rechtsaufklärung zum Schutz vor Überraschungsentscheiden.¹⁸³⁹ Ein solches Schutzbedürfnis basiert auf dem Umstand, dass sich zumindest teilweise auch die Rechts- 570 erheblichkeit auf andere, bislang von den Parteien unberücksichtigt gebliebene Tatsachen (*facta*) verlagern kann, wenn sich plötzlich ein anderer als der bislang angenommene Rechtsgrund (*ius*) für die Fallbeurteilung als einschlägig erweist. Die im Kapitel 2 aufgezeigte Wechselwirkung zwischen dem Rechtlichen und dem Tatsächlichen¹⁸⁴⁰ führt dazu, dass ein neuer Rechtsgrund den Parteien zum Verhängnis werden kann. Vital SCHWANDER thematisiert genau dieses Phänomen, das er als Störung des Spiels *da mihi facta dabo tibi ius* bezeichnet. Er zeigt auf, dass der nicht rechtzeitig angezeigte Wechsel der rechtlichen Urteilsgrundlagen letztlich gegen die materiale Gerechtigkeit verstossen kann, wenn daraus, je nachdem, ob die vernachlässigte Tatsache zur Verteidigung oder zum Klagegrund gehört, die Gutheissung nichtexistenter oder die Abweisung berechtigter Ansprüche resultiert.¹⁸⁴¹ Nach SCHWANDER verlangen «*Sinn und Geist der richterlichen Rechtsfindung*», dass das Gericht die Parteien rechtzeitig auf den zutreffenden Rechtsgrund hinweist und sie veranlasst, unter diesem Gesichtspunkt anzugreifen und sich zu verteidigen.¹⁸⁴²

¹⁸³⁹ Zu den Umständen eines Überraschungsentscheids vgl. z.B.: B/G/S I-GöKSU, Art. 52 N. 10; LIENHARD A. [b], N. 270 ff.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 53 N. 10 und Art. 56 N. 6; SARBACH M., Diss., S. 72 ff.; LIEBER, S. 174 und 185; NOBEL, S. 512; SARBACH R., N. 352, 360, 411, 771 und 797. Zur Rechtsprechung bez. Überraschungsentscheide vgl. z.B.: BGE 114 Ia 97 E. 2a; BGE 115 Ia 94 E. 1; BGE 124 I 49 E. 3c; BGE 130 III 35 E. 5 f.; 4P.260/2000 E. 6; 5P.210/2003 E. 3.2 f.; 5A_776/2009 E. 4.2 ff.; 4A_428/2010 E. 4.2.1 f.; 5A_361/2011 E. 6.3; 4A_35/2013 E. 4; 4A_428/2016 E. 3.1.1; 4A_487/2018 E. 4.2.3 jeweils m.w.H. Vgl. des Weiteren auch den verbreiteten Hinweis auf die Praxis des KassGer ZH, das zudem verlangt, dass anzunehmen ist, die Parteien würden ihre tatsächlichen Vorbringen im Hinblick auf diese von ihnen bislang nicht vorgetragene Rechtsauffassung vervollständigen, z.B. bei: KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 6; SARBACH M., Diss., S. 77 f. und 80; SARBACH R., N. 350; MEIER I., ZPR, S. 394 FN. 719; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 55 ZPO N. 6; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 15; LIENHARD A. [b], N. 270 ff.; vgl. auch den Hinweis z.B. bei S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 12, dass dies nach dem BGer nicht entscheidend ist.

¹⁸⁴⁰ Vgl. hierzu N. 88–89.

¹⁸⁴¹ SCHWANDER V., N. 16.

¹⁸⁴² SCHWANDER V., N. 18.

- 571 Roland SARBACH beschäftigte sich in seiner vor nicht allzu langer Zeit erschienenen Arbeit eingehend mit der Frage, inwiefern eine vorgängige Orientierung der Parteien über die beabsichtigte Rechtsanwendung geboten ist, um Rechtsuchende vor einer überraschenden Rechtsanwendung zu schützen. Nach einer Übersichtsdarstellung verschiedener Lehrmeinungen¹⁸⁴³ sowie einer eingehenden und kritischen Prüfung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸⁴⁴ gelangt SARBACH zum Schluss, dass für den Anspruch auf vorgängige Orientierung keine einheitlichen Kriterien auszumachen sind.¹⁸⁴⁵ Er selbst vertritt sodann die Ansicht, dass basierend auf dem rechtlichen Gehör ausnahmsweise ein solcher Aufklärungsanspruch besteht, wenn «(1) neue Tatsachen rechtserheblich werden, die von den Parteien noch nicht vorgebracht worden sind, und (2) die Parteien mit den Entscheidungsgrundlagen in rechtlicher Hinsicht nicht rechnen mussten».¹⁸⁴⁶ Auch die gerichtliche Fragepflicht, so sein Fazit weiter, verbiete eine überraschende Rechtsanwendung unter denselben Bedingungen.¹⁸⁴⁷ Einen weitergehenden Anspruch basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben lehnt SARBACH ab.¹⁸⁴⁸ Dies mit der Begründung, dass unter den eben genannten Bedingungen bereits das rechtliche Gehör als speziellere Regel eine Orientierung der Parteien über die beabsichtigte Rechtsanwendung gebiete. Mit anderen Worten habe der Art. 52 ZPO hinter der exakter auf die Situation zugeschnittenen Regelung des rechtlichen Gehörs zurückzutreten.¹⁸⁴⁹
- 572 Der Autor Martin SARBACH geht auch für den Fall, dass die Gegenpartei einen Rechtsstandpunkt aufstellt, dessen Rechtserheblichkeit die rechtsunkundige Partei verkennt, von einer richterlichen Hinweispflicht aus, wenn sich das Gericht für den Unkundigen unerwartet diesem Standpunkt anzuschliessen gedenkt: Hierbei handle es sich um eine Hinweispflicht auf rechtliche Gesichtspunkte, die von nur *einer* Partei thematisiert wurden.¹⁸⁵⁰ Dies ist im hiesigen Prozesssystem nicht unbedeutend, ist es doch möglich, dass ein juristischer Laie auf eine professionell vertretene Partei trifft. Auch in einer solchen Konstellation kann es sein, dass

¹⁸⁴³ SARBACH R., N. 307 ff.

¹⁸⁴⁴ SARBACH R., N. 278 ff.

¹⁸⁴⁵ SARBACH R., N. 340, 342, 360, 411, 771 und 797.

¹⁸⁴⁶ SARBACH R., N. 352, des Weiteren auch N. 360, 411, 749, 771 und 797.

¹⁸⁴⁷ SARBACH R., N. 752 f. Gl.M. wohl LIENHARD A. [b], N. 276 m.H., dass die Fragepflicht zur Vermeidung von Überraschungsentscheiden auch unter die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO subsumierbar ist.

¹⁸⁴⁸ Gl.M. ASPRION STÖCKLIN, S. 34 f.

¹⁸⁴⁹ SARBACH R., N. 464 ff. und 750.

¹⁸⁵⁰ SARBACH M., Diss., S. 78 f.

eine rechtskundige Partei im Wissen um die tatsächlichen Geschehnisse durchaus damit rechnet, den Prozess basierend auf einer anderen Rechtsgrundlage zu verlieren. Aus Selbstschutz zieht sie es dann womöglich vor, diese Norm(en) nicht aufzugreifen. Dieses Beispiel zeigt nach der vorliegend vertretenen Ansicht, dass das Gericht seinen materiellen Prozessleitungsentscheid aus Fairnessgründen nicht an dem ausrichten kann, womit «die Parteien» – im Plural – rechnen mussten. Denn damit würde es beide Parteien an den Rechtskenntnissen der kundigeren messen und von einer Aufklärung absehen, sobald etwa die professionell vertretene mit dem Beizug der Rechtsgrundlage hätte rechnen müssen. In Belangen, die dem Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, ist somit zur Begegnung von Überraschungsentscheiden zu prüfen, ob diejenige Partei¹⁸⁵¹ ihren persönlichen Sorgfaltsanforderungen nachgekommen ist, die durch den neuen rechtlichen Aspekt unmittelbar eine Chance auf (neue) prozessuale Vorteile erhält.¹⁸⁵²

Neben der grossen Vertreterschaft, die in Überraschungsentscheiden eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblicken¹⁸⁵³, sehen andere Fachleute darin entweder 573

¹⁸⁵¹ Partei im Singular z.B. auch bei BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 45, und im Urteil 5D_8/2016 E. 2.1.

¹⁸⁵² Diese Aufklärungspflicht kann somit gegenüber jeder Partei zur Anwendung gelangen; vgl. auch G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 4, m.H., dass diese Hinweispflicht gegenüber Laien und Anwälten gleichermassen gilt; vgl. des Weiteren KELLERHALS/BERGER, S. 400 (schiedsgerichtlicher Kontext), die ebenfalls von den einzelnen Parteien und ihren jeweiligen Sorgfaltspflichten sprechen; die beiden Autoren sind der Ansicht, dass, wenn der Aufbau der *Klage* oder der *Verteidigung* einen bestimmten Rechtssatz nicht miteinbezieht, eine gewisse Vermutung besteht, dass die Partei mit der Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes nicht rechnet und es sich deshalb aufdrängen kann, dass das Gericht den Parteien die Gelegenheit gibt, zu der nicht behaupteten rechtlichen Würdigung Stellung zu nehmen und allenfalls die Sachvorträge in dieser Hinsicht zu ergänzen; zu den Sorgfaltserwägungen führen KELLERHALS/BERGER, S. 394 f., aus: «Hat die Partei die Unterlassung der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, weil sie mit der Anwendung des fraglichen Rechtssatzes rechnen musste, hat sie grundsätzlich keinen Anspruch, das Versäumte nachzuholen [...]. Kommt die Anwendung des fraglichen Rechtssatzes hingegen derart überraschend, dass die Partei nicht damit rechnen konnte bzw. musste, erscheint das Versäumnis unverschuldet, so dass die Verweigerung des Nachholens das rechtliche Gehör, insbesondere das Recht auf Beweis, verletzt [...]» (Hervorhebungen im Original anders). Zum subjektbezogenen Angemessenheitsfaktor vgl. N. 700–745.

¹⁸⁵³ Das rechtliche Gehör als Grundlage nennen neben Roland SARBACH z.B. auch: B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 25; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 18; BK I-HURNI, Art. 56 N. 20; MEIER I., ZPR, S. 393 f.; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 15; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 458; LIEBER, S. 185, vgl. aber

ein gerichtliches Handeln wider Treu und Glauben¹⁸⁵⁴, das sich nach Ansicht von Daniel WILLISEGGER sekundär in einer Gehörsverletzung niederschlagen kann¹⁸⁵⁵, oder erachten einen solchen Entscheid generell als Verstoss gegen das Gebot der Verfahrensfairness¹⁸⁵⁶. In Bezug auf die Rechtsgrundlage kombinierte das Bundesgericht in einem schiedsgerichtlichen Entscheid aus dem Jahr 2013 die genannten Verfassungsrechte: Im Fall einer bislang nicht angesprochenen Rechtsnorm oder rechtlichen Erwägung, deren Wichtigkeit die Parteien nicht abschätzen konnten, sei ein entsprechender richterlicher Hinweis basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben in Verbindung mit dem rechtlichen Gehör geboten.¹⁸⁵⁷

2.2. Fazit: Ausbaufähigkeit dieser Prozessleitungsform für bestimmte Konstellationen

- 574 Ebenfalls ein gewisses Überraschungsmoment kann in Situationen erblickt werden, in welchen sich die Rechtslage geändert hat.¹⁸⁵⁸ Aber auch dann, wenn das Gericht in einem konkreten Fall seine Rechtsauffassung bereits kundgetan hat, diese jedoch im weiteren Verlauf revidieren möchte.¹⁸⁵⁹ In beiden Fällen wird ein gerichtlicher Hinweis auf die neue Rechtsauffassung regelmässig geboten sein,

auch S. 174 (Treu und Glauben); LIENHARD A. [b], N. 268, vgl. aber auch N. 276 (Art. 56 ZPO).

¹⁸⁵⁴ Zu Treu und Glauben als Grundlage vgl. z.B.: LIEBER, S. 174, vgl. aber auch S. 185 (rechtliches Gehör).

¹⁸⁵⁵ WILLISEGGER, S. 264.

¹⁸⁵⁶ Zur Verfahrensfairness vor diesem Hintergrund vgl. HABSCHEID, Philosophie, S. 15 ff. MEIER I., Prinzipiennormen, S. 31, scheint nicht auszuschliessen, dass eine Fragepflicht zur Begegnung von Überraschungsentscheiden (auch) auf das Fairnessgebot i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu stützen ist, wobei dieser aber insb. auch im rechtlichen Gehör einen Grundpfeiler des fairen Verfahrens sieht.

¹⁸⁵⁷ 4A_214/2013 E. 4.3.1. Einzig auf das rechtliche Gehör verweisend z.B.: 4A_428/2016 E. 3.1.1; 4A_487/2018 E. 4.2.3.

¹⁸⁵⁸ Zur Ausnahme des gerichtlichen Hinweises bei Änderung der rechtlichen Situation vgl. z.B.: BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 45; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.55; SARBACH M., Diss., S. 84 f.; SARBACH R., N. 304 zum rechtlichen Gehör mit Zitaten aus BGE 129 II 497 E. 2.2; 4P.75/2005 E. 4.2 und 5P.245/2005 E. 2.1 sowie DERS., N. 448 zum Grundsatz von Treu und Glauben m.H.a. BGE 135 II 78 E. 3.2.

¹⁸⁵⁹ Zur Ausnahme des gerichtlichen Hinweises beim Zurückkommen auf eine bereits kundgegebene Rechtsauffassung vgl. z.B.: SARBACH R., N. 463, 468, 474 und 750; SARBACH M., Diss., S. 84 f., MEIER I., Diss., S. 161 f.; HEER, S. 175 f.; vgl. auch LIEBER, S. 168 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 88 f.; KassGer ZH AA080051/U/Ia E. II. 3 b) cc) vom 17.03.2009.

wobei auch hier diskutiert werden kann, ob nun das rechtliche Gehör oder das Verhalten nach Treu und Glauben im Sinne eines Vertrauensschutzes einen solchen Hinweis gebietet.¹⁸⁶⁰ Ableitungen hingegen, welche die Parteien selbst aus Prozessleistungstätigkeiten des Gerichts vornehmen, bei denen dieses nicht explizit und vorbehaltlos eine Rechtsgrundlage genannt hat – etwa eigene rechtliche Schlüsse aus dem Inhalt einer gerichtlichen Frage oder aus einer jederzeit abänderbaren Beweisverfügung –, dürften wohl regelmässig keine Vertrauensgrundlage bilden können.

Demgegenüber hat das Bundesgericht einen Anspruch auf vorgängige Orientierung über die rechtliche Würdigung auch schon bestätigt, wenn sich das Gericht einer unbestimmt gehaltenen Norm oder einem besonders grossen Ermessensspielraum gegenüber sah und der Entscheid für die Betroffenen von grosser Tragweite war.¹⁸⁶¹ Auch solchen Konstellationen ist letztlich ein Überraschungspotential eigen, was rechtfertigt, dass auch sie zu den Ausnahmesituationen gehören, in denen eine Bekanntgabe der gerichtlichen Rechtsauffassung geboten ist. Weiterentwicklungen dieser Prozessleitungsform scheinen damit nicht ausgeschlossen. Inwiefern in weiteren Konstellationen selbst ohne Überraschungsmoment ein solcher Hinweis nützlich sein kann, wird im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung erörtert.¹⁸⁶² 575

IV. Weiteres Vorgehen: Auf die Interessenselektion folgt der Interessenausgleich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung

Im vorliegenden Unterkapitel C. wurde aufgezeigt, welche Interessen mit *da mihi facta* zu assoziieren sind und welche wiederum für eine Relativierung dieses Grundsatzes in Betracht kommen.¹⁸⁶³ Mit den Analysen wurden die Relativie- 576

¹⁸⁶⁰ Vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 84 f. (sowie DERS., a.a.O., S. 128 zur Frage der Befangenheit). Allgemein zum Vertrauensschutz in behördliche Auskünfte und Zusicherungen vgl. Staatsrecht-KELLER, § 39 N. 21 f. (kumulative Voraussetzungen und typische Sachverhalte).

¹⁸⁶¹ Vgl. z.B.: BGE 127 V 431 E. 2b; BGE 129 II 497 E. 2.2; 4P.75/2005 E. 4.2; 5P.245/2005 E. 2.1. Vgl. des Weiteren E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 46; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 45; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.55; SARBACH R., N. 305; ALBERTINI, S. 221 f. und 305 ff. (zum Verwaltungsverfahren).

¹⁸⁶² Vgl. hierzu N. 621–626. Vgl. auch den Hinweis auf «*noch viel Luft nach oben*» von DOMEJ, Formalismus, S. 118, in Bezug auf die richterliche Fragepflicht als bewusstes Instrument zur Effizienzförderung und Urteilsrichtigkeit.

¹⁸⁶³ Vgl. hierzu N. 484 und 491–495.

rungsinteressen für die zivilprozessuale Realität dahingehend präzisiert, dass es um die primären Ziele geht, letztlich ein möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechendes Urteil zu fällen¹⁸⁶⁴ und Verfahrensfairness in dem Sinn sicherzustellen, dass eine Partei im Zivilprozess nicht aufgrund entschuldbarer Fehler im Rahmen ihrer Einbringtätigkeiten ihrer Rechte verlustig geht¹⁸⁶⁵. Dies gilt es, bei einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschriften zur materiellen Prozessleitung zu berücksichtigen. Die diese Ziele verfolgende Relativierung des *da mihi facta* kann im besten Fall der Ressourcenschonung, dem sorgsamem Umgang mit Zeit und Kosten, zuträglich sein. Doch darf das Anliegen nach Prozessökonomie nicht Überhand über die anderen beiden Ziele nehmen.¹⁸⁶⁶

- 577 Der aufgezeigte Zielkonflikt belegt, dass selbst die Interessen, die für eine Relativierung sprechen, nicht allesamt gleichgerichtet sind.¹⁸⁶⁷ Ein einzelner Eingriff in den Prozessstoff wird somit nicht nur von den Parteien unterschiedlich geschätzt, er ist zuweilen auch nicht sämtlichen Relativierungsmotiven gleichermassen zuträglich. Wie dies in der Folge abwägungstechnisch zu berücksichtigen ist, wird in der Einleitung zur Angemessenheitsprüfung – der Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S. – im Detail aufgezeigt.¹⁸⁶⁸
- 578 Wurden hiermit die Interessen an der Relativierung des *da mihi facta* ausführlich beschrieben, ist die Frage nach einem fairen Ausgleich mit den Interessen am Aufrechterhalten dieses Grundsatzes anzugehen. Dieser Ausgleich bildet insbesondere Gegenstand der nachfolgenden Verhältnismässigkeitsanalyse im Unterkapitel D.

¹⁸⁶⁴ Vgl. hierzu N. 500–502. i.V.m. N. 527–529.

¹⁸⁶⁵ Vgl. hierzu N. 510–512 i.V.m. N. 527–529.

¹⁸⁶⁶ Vgl. hierzu N. 513–516 i.V.m. 527–529.

¹⁸⁶⁷ Zum Zielkonflikt vgl. N. 517.

¹⁸⁶⁸ Vgl. hierzu N. 641–651.

D. Verhältnismässigkeit

I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung

a. Drei Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung

In der hiervor zitierten Passage zur Relativierbarkeit der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen spricht Niklaus Thaddäus VON GÖNNER von einer blossen *Beimischung* von Grundsätzen der jeweils anderen Maxime, wodurch verschiedenen anderweitigen Rücksichten Rechnung getragen wird.¹⁸⁶⁹ Demnach ist und bleibt der Ausgangspunkt der vom Gesetzgeber für einen bestimmten Belang gefällte Grundsatzentscheid – entweder die Verhandlungs- oder die Untersuchungsmaxime. Für die vorliegende Abhandlung ist vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen. Im Sinne einer Beimischung wird dieser Grundsatz durch die gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff relativiert, um so anderen Interessen, nämlich den im Unterkapitel C. besprochenen Eingriffsmotiven, Rechnung zu tragen. Hierbei gilt es, gemäss VON GÖNNER, nach dem «*obersten Gesetze, der Zweckgemässheit*»¹⁸⁷⁰ vorzugehen.

«*Wer sinnvoll handeln will*», so die beiden deutschen Autoren Klaus RÖHL und Hans Christian RÖHL, «*muss Ziele setzen und nach den Mitteln fragen, die geeignet sind, die Ziele herbeizuführen.*» Aus dem Zusammenhang von Mittel und Zweck resultierten sodann die verschiedenen Teilgebote des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.¹⁸⁷¹ Da sinnvolles Handeln selbstverständlich gerade bei Grundrechtsthematiken von eminenter Bedeutung ist, werden auch im Rahmen von Art. 36 Abs. 3 BV die Gebote der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des staatlichen Handelns zur Zweckerreichung geprüft und die Verhältnismässigkeit i.e.S. gewürdigt.¹⁸⁷² Der Art. 5 Abs. 2 BV belegt zudem, dass dieser Verhältnismässigkeits-

¹⁸⁶⁹ Zur vergleichenden Lektüre der Quellen vgl. N. 429–433; zu VON GÖNNER vgl. N. 201–203 und N. 207–209.

¹⁸⁷⁰ VON GÖNNER, S. 193.

¹⁸⁷¹ RÖHL/RÖHL, S. 655 inkl. vorheriges Wortzitat (Hervorhebung weggelassen). BGE 132 I 49 E. 7.2 spricht nach den drei Elementen der Verhältnismässigkeit auch von einer *vernünftigen Zweck-Mittel-Relation*.

¹⁸⁷² Zu den drei Elementen der Verhältnismässigkeit in Bezug auf Grundrechtseingriffe vgl. z.B.: BGE 129 I 12 E. 9.1; BGE 129 I 173 E. 5; BGE 132 I 49 E. 7.2; BGE 135 I 169 E. 5.6; BGE 136 I 17 E. 4.4 sowie in der Lehre z.B.: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1221; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 37 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/

grundsatz tatsächlich zu den obersten Leitlinien gehört, hat sich doch sämtliches staatliches Handeln hieran zu messen.¹⁸⁷³ In Anbetracht all dessen könnte auch VON GÖNNER mit seinem Hinweis auf das oberste Gesetz der Zweckgemässheit durchaus gemeint haben, dass bei der Relativierung seiner Prozessmaximen Verhältnismässigkeitsüberlegungen anzustellen sind. Was nun die drei Elemente – die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit i.e.S. – in Bezug auf die materielle Prozessleitung bedeuten, wird jeweils eingangs der nachfolgenden Unterkapitel D. II., III. und IV. erläutert. Vorab sind allerdings einige Präzisierungen zum Analysenumfang im vorliegenden Unterkapitel D. angezeigt.

b. Analysenumfang im vorliegenden Unterkapitel D.

- 581 Es sei zunächst daran erinnert, dass sich das Kapitel 7 damit beschäftigt, wie weit ein gerichtlicher Eingriff in die Sachverhaltserstellung zu rechtfertigen ist, wenn ein bestimmtes Verfahren auf dem Grundsatz *da mihi facta* basiert. In den Unterkapiteln B. und C. wurden bereits auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage des staatlichen Handelns eingegangen und die Eingriffsmotive erläutert, welche eine Relativierung dieses Grundsatzes potentiell zu rechtfertigen vermögen. Da, wie gesehen, der Grundrechtsschutz des Einzelnen letztlich auch ein Interesse der Allgemeinheit darstellt,¹⁸⁷⁴ lassen sich sämtliche im Unterkapitel C. behandelten Ziele des Zivilprozesses unabhängig dieser beiden Perspektiven auch als drei Eingriffsmotive zusammenfassen: das Interesse an dem möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteil, das Interesse am fairen Verfahren sowie dasjenige am schonenden Ressourcenumgang. In der Folge wird schlicht mit diesen drei Motiven gearbeitet.
- 582 Wie zudem aus dem Kapitel 3 ersichtlich ist, gibt es gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff, die nicht von der fallrelevanten Prozessmaxime abhängen: Diese

THURNHERR, N. 320 ff.; TSCHANNEN, § 7 N. 111; BIAGGINI, Art. 36 N. 23; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 54 ff. Zur Verhältnismässigkeit im Kontext von Grundrechtskollisionen: BGE 140 I 201 E. 6.7.3; HOTTELIER, N. 43 f.

¹⁸⁷³ Nach BIAGGINI, Art. 5, N. 21, hat das Verhältnismässigkeitsprinzip als allgemeiner Verfassungsgrundsatz, Art. 5 BV, noch keine restlos klaren Konturen erlangt, man dürfe aber davon ausgehen, dass staatliches Handeln auch hier den drei Teilanforderungen der Zweckgeeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit zu genügen hat. Auch im Rahmen von Art. 5 BV auf drei Teilgehalte eingehend: BSK BV-EPINEY, Art. 5 N. 69 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 2632; E/S/S/V-SCHINDLER, Art. 5 N. 48 und 50.

¹⁸⁷⁴ Vgl. hierzu N. 473, vgl. auch N. 478.

werden also im Grundsatz gleichermassen ausgeführt, ob nun das *da mihi facta* – beziehungsweise die reine Verhandlungsmaxime – durch den Eingriff relativiert wird oder ob das Gericht mit dem Eingriff seine aufgrund einer lenkenden Untersuchungsmaximenausprägung originär bei ihm liegende Verantwortung für den Prozessstoff wahrnimmt. Hierunter fallen gerichtliche Tätigkeiten mit Auswirkungen auf den Prozessstoff, die keine einschränkenden Voraussetzungen kennen, wenn es die Parteien sind, welche die originäre Verantwortung für diesen tragen: Die Sprache ist beispielsweise von der gerichtlichen Ermächtigung, sich im Rahmen der Beweiswürdigung auf Indizienbeweise abzustützen, auf gesetzliche Vermutungsfolgen zu schliessen oder allgemein bekannte und gerichtsnotorische Tatsachen ohne Weiteres zu berücksichtigen. Solche Gerichtstätigkeiten ordnet der Gesetzgeber grundsätzlich unabhängig der sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen an¹⁸⁷⁵ und hat damit bereits entschieden, dass diese Tätigkeiten gänzlich unabhängig davon, wer die originäre Verantwortung für den Prozessstoff trägt, angebracht sind. Demgegenüber interessiert vorliegend diejenige Verhältnismässigkeitsprüfung, welche das Gericht in einem konkreten Verfahren selbst zu vollziehen hat: Eine solche Prüfung erfordern diejenigen Instrumente der Prozessleitung, für deren Anwendung der Gesetzgeber höhere Hürden statuiert hat in Belangen, deren Verfahren dem Grundsatz *da mihi facta* untersteht, als wenn eine entsprechende Tätigkeit in einer Angelegenheit erfolgt, bei der das Gericht die originäre Verantwortung für den Prozessstoff trägt.

Der vorliegende Rahmen erlaubt es jedoch nicht, sämtliche gerichtlichen Mittel im Lichte aller Teilaspekte der Verhältnismässigkeit zu betrachten und dabei anhand jedes einzelnen Ziels des Zivilprozesses unter Berücksichtigung aller Gegengewichte darzustellen.¹⁸⁷⁶ Ebenso wenig soll die nachfolgende Darstellung als eine reine Kommentierung der Verhältnismässigkeit gerichtlicher Eingriffe in verschiedenen Praxisbeispielen ausfallen. Stattdessen setzt auch das vorliegende Unterkapitel D. das Bestreben fort, generelle Leitlinien und Bewertungskriterien für Auslegungs- und Ermessensentscheide im Zusammenhang mit der materiellen Prozessleitung herauszuarbeiten, die dann für den Beschrieb einer sinnvollen Stufenfolge des Prozessleitungsamts nutzbar gemacht werden können.¹⁸⁷⁷ Das heisst, vor dem Hintergrund der Teilaspekte der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit i.e.S. sollen die für Abwägungen im Rahmen der materiellen Prozessleitung massgeblichen Faktoren zusammengetragen und beschrieben

¹⁸⁷⁵ Vgl. hierzu N. 192–197.

¹⁸⁷⁶ Zum Analyseumfang vgl. bereits N. 447–449.

¹⁸⁷⁷ Vgl. hierzu die Erläuterungen in N. 393–400.

werden. Dies in der Hoffnung, dass ein solch systematisierter Zusammenzug einen positiven Beitrag dazu leisten mag, dass Unsicherheiten hinsichtlich der Grenzen zulässiger gerichtlicher Einflussnahme auf den Prozessstoff abgebaut werden können.

II. Geeignetheit

a. Faktor: Keine vorab ersichtliche Untauglichkeit, mindestens zu einem der primären Eingriffsmotive merklich beizutragen

- 584 Als Erstes ist die Eignung der Mittel der materiellen Prozessleitung zur Erreichung ihres Eingriffsmotivs zu analysieren. Dieses Erfordernis der Geeignetheit, auch als *Zwecktauglichkeit* oder *Zielkonformität* bezeichnet, verlangt, dass es mit dem staatlichen Eingriff möglich sein muss, das angestrebte Ziel zu erreichen, oder dass der Eingriff einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag zur Zielerreichung leistet.¹⁸⁷⁸ Häufig aber prüft das Bundesgericht auf dieser Ebene die Massnahme nur dahingehend, dass diese sich nicht als ungeeignet erweist.¹⁸⁷⁹
- 585 Da die drei Ziele – ein möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechendes Urteil, ein faires Verfahren und der schonende Ressourcenumgang – in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen,¹⁸⁸⁰ können an die Tauglichkeit der materiellen Prozessleitung zum Erreichen dieser Ziele nicht unrealistische Erwartungen gestellt werden: Mit anderen Worten ausgedrückt, wäre Unmögliches verlangt, wenn eine Massnahme gleichzeitig sämtlichen Motiven, die für eine Relativierung des *da mihi facta* sprechen, maximal zuträglich sein müsste. Nicht zu vernachlässigen ist auch, dass ein Gericht regelmässig nicht wissen kann, welche Strategien die Parteien verfolgen. So wird es sich diesem zuweilen erst im Nachhinein erschliessen, dass eine Prozessleitungsmassnahme zur Zielerreichung eigentlich

¹⁸⁷⁸ TSCHANNEN, § 7 N. 111, Punkt 1 im Grundrechtskontext; vgl. des Weiteren z.B.: E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 38; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 321; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 127; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1222 zur Bedingung, dass das anvisierte öffentliche Interesse mit dem staatlichen Eingriff «hinreichend geschützt werden kann».

¹⁸⁷⁹ BIAGGINI, Art. 36 N. 23, 1. Spiegelstrich m.H.a. die Rechtsprechung. Vgl. des Weiteren auch den Hinweis aus der deutschen Literatur von RÖHL/RÖHL, S. 655, dass das nötige Wissen häufig nicht vorhanden ist, um die Folgen einer Massnahme zu beurteilen, weshalb dem Gesetzgeber und ggf. der Verwaltung ein erheblicher Prognosespielraum zugebilligt wird.

¹⁸⁸⁰ Vgl. hierzu N. 517–518.

gar nicht geeignet war. Dies kann dem Gericht nicht zum Vorwurf gereichen. Um der aufgezeigten Zielgewichtung und der verborgenen inneren Parteilichkeit Rechnung zu tragen, ist somit unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit zu fordern, dass die Prozessleitungsmassnahme nicht bereits vorab ersichtlich untauglich ist, mindestens zur Erreichung eines der beiden primären Eingriffsmotive – der Urteilsrichtigkeit und der Verfahrensfairness – merklich beizutragen.

b. Eignung der materiellen Prozessleitung, um ein möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen

i) Voraussetzung zur Zielerreichung: Vollständigkeit des relevanten Sachverhalts

Wie bereits bei der Erörterung der Eingriffsmotive dargestellt, setzt das Ziel eines 586
möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils voraus, dass das
relevante Tatsachenmaterial vollständig und korrekt in den Prozess eingeführt
wird: Denn einzig ein vollständiger Sachverhalt kann effektiv zur sachgerechten
Anwendung des einschlägigen Rechts führen.¹⁸⁸¹

ii) Beitrag der materiellen Prozessleitung

Wie bereits beim Eingriffsmotiv ausführlich erläutert, ist aufgrund verschiedener 587
Einflussfaktoren das Erreichen absoluter Wahrheit im Prozess eine Illusion.¹⁸⁸²
Alois TROLLER, der sich mit dieser Thematik befasst hat, beschreibt das Risiko,
dass der festgestellte Sachverhalt die wirklichen Geschehnisse nicht gegeben-
heitsgetreu abbildet, als «eine unvermeidliche Grenzsituation der menschlichen
Existenz, ebenso wie Krankheit und Tod»¹⁸⁸³. Doch: «So wie man diesen wenig-
stens entgegenwirken kann, wenn man die Ursachen kennt und sie nicht nur als
Schicksal hinnimmt, vermag man auch dafür zu wirken, daß der Tatbestand im
Urteil dem wirklichen Geschehen näher kommt oder sogar oft mit ihm überein-
stimmt.»¹⁸⁸⁴ Das Erreichen eines gewissen Ideals hinsichtlich der Wahrheit im Pro-
zess ist nach Pierre JOLIDON von der Ausgestaltung namentlich derjenigen Regeln
abhängig, welche die Kompetenzen zwischen Gericht und Parteien verteilen.¹⁸⁸⁵

¹⁸⁸¹ Vgl. hierzu N. 496.

¹⁸⁸² Vgl. hierzu N. 500–502.

¹⁸⁸³ TROLLER, Methode, S. 5.

¹⁸⁸⁴ TROLLER, Methode, S. 5.

¹⁸⁸⁵ JOLIDON, S. 199.

Dass es zu den Gerichtspflichten gehört, darauf hinzuwirken, dass die Parteien dem Gericht das Tatsachenmaterial richtig und vollständig unterbreiten, verlangte namentlich Max GULDENER, der, neben vielen anderen¹⁸⁸⁶, auf die Bedeutung des Tatsachenmaterials für das zu fällende Urteil besonders hingewiesen hatte.¹⁸⁸⁷

- 588 Mit ihren Regeln zur materiellen Prozessleitung gesteht auch die heute vereinheitlichte Zivilprozessordnung dem Gericht Kompetenzen zur Einflussnahme auf den Prozessstoff zu, und zwar in gewissem Umfang auch bei Belangen, für die vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist. Wie aus den verschiedenen Umschreibungen dieser Form der richterlichen Prozessleitung im Kapitel 3 ersichtlich wird, sehen viele Autorinnen und Autoren in dieser einen Weg, um der Wahrheit näherzukommen.¹⁸⁸⁸ Sabine ASPRION STÖCKLIN und Andreas LIENHARD wie auch bereits Walther UNTERNÄHRER haben den Beitrag zur möglichst lückenfreien Darstellung des Sachverhalts beziehungsweise zur Wahrheitsermittlung gar als *primäres Ziel*, als *primären Zweck* oder auch als *primäre Aufgabe* der materiellen Prozessleitung bezeichnet.¹⁸⁸⁹
- 589 Da nun der vollständige, gegebenheitsgetreue Sachverhalt unabdingbare Voraussetzung auf dem Weg zum Ziel des der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils bildet, leistet somit die materielle Prozessleitung durch ihren Beitrag zur Wahrheitsermittlung auch einen wesentlichen Beitrag hin zu diesem Ziel.¹⁸⁹⁰ Dies

¹⁸⁸⁶ Vgl. die Hinweise in FN. 1562.

¹⁸⁸⁷ GULDENER, ZPR, S. 165 und 286; zustimmend: MARTIN P., S. 79.

¹⁸⁸⁸ Vgl. hierzu N. 241–243.

¹⁸⁸⁹ ASPRION STÖCKLIN, S. 123 f., zum *primären Ziel* der materiellen Prozessleitung, den Sachverhalt möglichst umfassend abzuklären, damit sich das Urteil auf die materielle Wahrheit stützt; LIENHARD A. [b], N. 22, zum Beitrag zur Ermittlung der materiellen Wahrheit als *primären Zweck* aller Instrumente der materiellen Prozessleitung; UNTERNÄHRER, S. 18 f. i.V.m. S. 21, nach dem die materielle Prozessleitung der Vollständigkeit und der Gründlichkeit des Verfahrens dient, sie wirke *zudem* wie die formelle Prozessleitung auch der Prozessverschleppung entgegen und diene dem geordneten Verfahrensverlauf, was aber *nicht* ihre *primäre Aufgabe* sei. Vgl. auch B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1, und SARBACH R., N. 506 und 735, die bez. der Suche nach materieller Wahrheit vom *Leitgedanken* der richterlichen Fragepflicht sprechen; zudem HEINZMANN, Habil., N. 329: «*Le but principal de la participation active du juge à l'établissement des faits est sans doute celui d'assurer la mise en œuvre du droit matériel.*» (Hervorhebungen zugefügt).

¹⁸⁹⁰ Zum Beitrag zur Ermittlung der Wahrheit/des wahren bzw. vollständigen Sachverhalts vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 22, 98 und 394; WUILLEMIN, N. 107 und 121; TROLLER, Grundlagen, S. 64, Punkt 2; ASPRION STÖCKLIN, S. 123 f.; KUMMER, ZPR, S. 9 und 79; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 363; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 1 sowie Art. 56 N. 1

darf für normale Prozessumstände so stehen bleiben. Im Detail wird sich später zeigen, dass sich unter besonderen Umständen herausstellen kann, dass ein bloss mittelbarer gerichtlicher Eingriff, etwa eine informative Frage, nicht geeignet ist, das Ziel des mit der tatsächlichen Rechtslage übereinstimmenden Urteils zu erreichen.¹⁸⁹¹

c. Eignung der materiellen Prozessleitung, um Verfahrensfairness im Fall entschuldbarer Mängel bei der Prozessstoffsammlung herzustellen

**i) Voraussetzung zur Zielerreichung:
Hinreichendes Verständnis der prozessualen Anforderungen**

Schwierigkeiten im Umgang mit dem Recht wie auch mit Sprachlichem können sich in der Streiterledigung und damit auf die Rechtsverwirklichung niederschlagen.¹⁸⁹² Wie gesehen wird betont, dass das Zivilverfahren allgemein so auszugestalten ist, dass die Parteien die ihnen zugedachten Aufgaben sinnvoll wahrnehmen können.¹⁸⁹³ Insbesondere ist in Anbetracht des Art. 6 Ziff. 1 EMRK sicherzustellen, dass den Parteien, nach der Diktion von Paul OBERHAMMER, eine «*faire*» *Äusserungsmöglichkeit*»¹⁸⁹⁴ im Verfahren zukommt. Ein in diesem Sinn fairer, der Durchsetzung des Rechts und der Gerechtigkeit verpflichteter Prozess

und 4; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 1; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3 f.; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 20; LEUCH, Prozeßleitung, S. 568; GULDENER, ZPR, S. 165 und 286; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 55 ZPO N. 2; FISCHLI, S. 90; DROESE, Diss., S. 255 f.; GRASS, S. 14 f.; KININGER, S. 67; AEBI-MÜLLER, S. 191; WILDHABER BOHNET, N. 24; SARBACH R., N. 506 und 735; differenzierend: OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 91 f. Darüber hinaus zur Verwirklichung des richtigen Rechts bzw. zu dem der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil z.B.: HEINZMANN, Habil., N. 329; LEUCH, Prozeßleitung, S. 561 f.; LEUCH, BE-ZPO 2. Aufl., N. 1; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 1; TSCHUDI, S. 34; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 1; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3; MARTIN P., S. 79; UNTERNÄHRER, S. 18 f. und 21; FELLMANN, Fragepflicht, S. 70 und 79; DROESE, Diss., S. 255 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 343; SALZGEBER, S. 18 und 20; BRÖNNIMANN, Diss., S. 65; BUCHER, S. 29; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247.

¹⁸⁹¹ Vgl. hierzu N. 730–732 i.V.m. N. 890–914, N. 948–950 bzw. N. 985–994.

¹⁸⁹² Vgl. LOOSLI, S. 7 f. und 16 f.

¹⁸⁹³ Vgl. hierzu N. 560.

¹⁸⁹⁴ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4 im Kontext der Überraschungsentscheide, wobei sich die Forderung nach der vorliegend vertretenen Ansicht auf den ganzen Zivilprozess an sich erweitern lässt, vgl. nämlich LOOSLI, S. 28, wonach Art. 6 EMRK eine eigentliche Leistungspflicht des Staats und seiner Justizorgane statuiert, nämlich die

ist gemäss Walther HABSCHEID aber nur derjenige, «*der eine Partei nicht – und es ist dann meist die schwächere, schlechter vertretene – blindlings in ihr Unheil laufen läßt*»¹⁸⁹⁵. Man darf die umsichtige Partei «*nicht sehenden Auges scheitern*»¹⁸⁹⁶, sie «*nicht ohne vorherige Warnung in ihr Verderben laufen*»¹⁸⁹⁷ oder gar «*«dumm sterben lassen»*»¹⁸⁹⁸, fordern auch andere. Für ein faires Verfahren ist somit sicherzustellen, dass die Parteien im Grundsatz fähig sind, das prozessuale Geschehen ausreichend verstehen zu können, und dass unverschuldetermassen unzureichende Rechtskenntnisse wie auch entschuldbare Fehler bei der Prozessstoffsammlung grundsätzlich überbrückbar bleiben.

ii) Beitrag der materiellen Prozessleitung

- 591 Aufgrund des Art. 57 ZPO – respektive in Anbetracht des Grundsatzes *iura novit curia* – bildet die Richterschaft diejenige Teilnehmerin am Prozessrechtsverhältnis, die zwingend über die fallnotwendigen Rechtskenntnisse verfügen muss oder doch zumindest fähig ist, sich diese zu beschaffen.¹⁸⁹⁹ Da es am Gericht gelegen ist, die Rechtslage für beide Parteien verbindlich zu klären, ist ganz offensichtlich gerade seine Kommunikation in besonderem Mass geeignet, rechtliche Unzulänglichkeiten zu überbrücken.¹⁹⁰⁰ Damit trägt die materielle Prozessleitung massgeblich dazu bei, das Verfahren für unbeholfene Parteien fairer zu gestalten.¹⁹⁰¹ Wie

Sicherstellung der Anhörung jedes Bürgers in einem billigen (gerechten) und zeitlich angemessen durchgeführten Verfahren.

¹⁸⁹⁵ HABSCHEID, Philosophie, S. 15.

¹⁸⁹⁶ BK I-HURNI, Art. 56 N. 3.

¹⁸⁹⁷ FARNER, S. 20.

¹⁸⁹⁸ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 4 im Kontext der Überraschungsentscheide, jedoch m.H.a. BK-HURNI, Art. 56 N. 3, der die hiervor zitierte Aussage zur Fragepflicht des Richters im Allgemeinen macht.

¹⁸⁹⁹ Einen Anspruch auf einen Richter mit juristischer Ausbildung basierend auf Art. 30 Abs. 1 BV verneint das BGE indessen im BGE 134 I 16.

¹⁹⁰⁰ Vgl. aber den Vorbehalt in N. 628.

¹⁹⁰¹ Zur Unterstützung/Fürsorge der unbeholfenen Partei: GRASS, S. 12 und 15; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 11; MEIER I., ZPR, S. 380; LEUCH, Prozeßleitung, S. 568 (vgl. auch bereits S. 564); ASPRION STÖCKLIN, S. 124 f.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 363; SARBACH M., Diss., S. 61 und 65; BK I-HURNI, Art. 56 N. 3; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285; SALZGEBER, S. 18; TROLLER, Grundlagen, S. 64, Punkt 3, und S. 65 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1; DROESE, Diss., S. 256; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 343; SCHUMACHER PE., S. 389; WILDHABER BOHNET, N. 25 ff.; HEINZMANN, Habil., N. 420. Darüber hinaus

bereits gesehen, wird die Fragepflicht als Instrument dieser Prozessleitung zuweilen auch gerade als Konkretisierung des Fairnessgebots aufgefasst.¹⁹⁰² Ohne Weiteres erklärt sich damit auch, dass verschiedentlich von einer kompensatorischen oder von einer fürsorgenden Funktion der materiellen Prozessleitung gesprochen wird¹⁹⁰³, und einige in dieser auch einen Ausgleich für den fehlenden Anwaltszwang erblicken¹⁹⁰⁴.

Zu den in dieser Hinsicht besonders geeigneten Mitteln der materiellen Prozess- 592
leitung gehören sicherlich die Aufforderung zur Bestellung einer professionellen Vertretung wie auch die Ausprägungen der gerichtlichen Frage- und Hinweistätigkeit. Während in der Lehre verschiedentlich die Wahrheitsermittlung als primärer Zweck der materiellen Prozessleitung hervorgehoben wird,¹⁹⁰⁵ ist der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen, dass der Zweckgedanke der Fragepflicht darin besteht, eine Partei nicht wegen einer Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen zu lassen¹⁹⁰⁶. Martin SARBACH sieht dies denn auch als

zur Verwirklichung von Verfahrensfairness: FARNER, S. 20; ASPRION STÖCKLIN, S. 124; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11; MÜLLER, S. 6. Zur richterlichen Unterstützung zur Herstellung von Waffengleichheit: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 28; ASPRION STÖCKLIN, S. 125; zu dieser Thematik vgl. N. 785–787.

¹⁹⁰² Vgl. hierzu N. 378.

¹⁹⁰³ Zur Fürsorge und zur kompensatorischen Funktion vgl. z.B.: SARBACH M., Diss., S. 61 und 65; ASPRION STÖCKLIN, S. 124; TSCHUDI, S. 36 und 38; zur kompensatorischen Funktion des Weiteren auch z.B.: BK I-HURNI, Art. 56 N. 3; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285; SCHUMACHER PE., S. 389.

¹⁹⁰⁴ Zur materiellen Prozessleitung als Ausgleich des fehlenden Anwaltszwangs vgl. z.B.: HEINZMANN, Habil., N. 332; SARBACH M., Diss., S. 64; LIENHARD A. [b], N. 27 und 394; MEIER I., ZPR, S. 392 f.; ASPRION STÖCKLIN, S. 240; vgl. des Weiteren auch SUTTER-SOMM, ZPR, N. 343.

¹⁹⁰⁵ Vgl. hierzu N. 588.

¹⁹⁰⁶ 4A_444/2013 E. 6.3.3; 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3.3.3; 4A_336/2014 E. 7.6; 5A_921/2014 E. 3.4.2; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102 E. 5.3.2); 5A_283/2016 E. 2.3.5, 4A_628/2016 E. 4.2.3; 4A_540/2017 E. 5.5; 4A_284/2017 E. 3.2; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 5D_111/2019 E. 2.3.1; 4A_502/2019 E. 7.1; 5A_635/2019 E. 3.3.2. Vgl. auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247; HAAS/BÜHLER, S. 307. Im Urteil 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.7 wird der Zweckgedanke von Art. 56 ZPO auch dahingehend beschrieben, dass bei klaren Mängeln helfend eingegriffen werden soll.

deren *primären* Zweckgedanken¹⁹⁰⁷; andere Autoren betonen zumindest die in dieser Hinsicht vordringliche Rolle der Fragepflicht¹⁹⁰⁸.

- 593 Die Frage, wann die Prozessleitung eine Unfairness gegenüber der Gegenpartei schafft, also deren Grundrechte verletzt, entspricht der Frage nach dem angemessenen Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen der beiden Prozessparteien. Jene Verfahrensfairness aus Sicht der – *ex ante* betrachtet – von der materiellen Prozessleitung nicht profitierenden Gegenpartei, welche der Relativierung des *da mihi facta* Grenzen setzt, ist später bei den Angemessenheitserwägungen und ferner bei der Kerngehaltisdiskussion zu erörtern.¹⁹⁰⁹

d. Eignung der materiellen Prozessleitung zur Ressourcenschonung?

- 594 Der Beitrag der materiellen Prozessleitung zum Ziel der Ressourcenschonung wird in der Lehre teilweise bejaht¹⁹¹⁰, teilweise aber auch als fraglich¹⁹¹¹ eingestuft. Tatsächlich hängt die Einschätzung massgeblich davon ab, wie weit der Blickwinkel angesetzt wird:

¹⁹⁰⁷ G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 1 und 11.

¹⁹⁰⁸ BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3, wonach die Fragepflicht *in erster Linie* verhindern soll, dass juristische Laien um ihr Recht gebracht werden; nach S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 11, gehört der Schutz von Laien vor unbeabsichtigtem Rechtsverlust *zu den wichtigsten Funktionen* der gerichtlichen Fragepflicht. B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 1 verwendet den Begriff *Leitgedanke* und MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 89, N. 156 und 310, den des *Grundgedankens*.

¹⁹⁰⁹ Vgl. hierzu N. 746–791 und N. 799–805.

¹⁹¹⁰ Vgl. in diese Richtung z.B.: UNTERNÄHRER, S. 21; TROLLER, Grundlagen, S. 64, Punkt 1; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247; SCHWANDER V., N. 26; BERTI, ZPO, N. 314; KININGER, S. 112 f.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 4; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 364; HEINZMANN, Habil., N. 331 und 420; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 11; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.40; BK I-HURNI, Art. 56 N. 5; OBERHAMMER, Richterbild, S. 142; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1, 3 und 8; OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 91; OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1040; DOMEJ, Struktur, S. 256 f.; HESS, S. 5 f. m.H.a. die internationale Prozessrechtsdiskussion. Vgl. auch bereits KLEIN, Geistesströmungen, S. 134 ff.

¹⁹¹¹ SARBACH M., Diss., S. 61 ff.; ASPRION STÖCKLIN, S. 234 f.; LIENHARD A. [b], N. 23 und 26; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 88; vgl. auch die zurückhaltenden Formulierungen von HEER, S. 183 und 185 f. («unter Umständen» und «häufig»).

Das zeitige Ausüben der materiellen Prozessleitung kann einem Prozessieren über Irrelevantes entgegenwirken, was augenscheinlich Ressourcen spart.¹⁹¹² Erfolgt der gerichtliche Hinweis hingegen spät(er), kann sich bislang angefallener Zeit- und Kostenaufwand auch plötzlich als unnötig erweisen. Zudem wird im Nachgang an die gerichtliche Einflussnahme, soweit die Parteien daraufhin neuen Prozessstoff einbringen, regelmässig zusätzlicher Aufwand generiert.¹⁹¹³ Auf den entsprechenden Verfahrensabschnitt reduziert, spart die materielle Prozessleitung hier keine Ressourcen ein, vielmehr hätte es die gerichtliche Enthaltung.¹⁹¹⁴ Aus verschiedenen Gründen greift eine solche Betrachtungsweise zu kurz: Denn die richterliche Zurückhaltung kann dazu führen, dass der Sachverhalt unkorrekt beziehungsweise unvollständig bleibt, und somit zu einem Urteil führt, das nicht die tatsächliche Rechtslage abbildet. Soweit es der Instanzenzug erlaubt, kann eine Partei ein entsprechendes Rechtsmittel ergreifen und damit das Gesamtverfahren verlängern.¹⁹¹⁵ Dies führt dazu, dass der Prozessökonomie letztlich wenig gedient ist: Mit dem neuen Verfahren wird regelmässig mehr Aufwand generiert, als die gebotene Massnahme, welche im ersten Prozess erst spät umgesetzt wird, verursacht.¹⁹¹⁶ Mit dem ganzen Instanzenzug im Blick kann also ein Mittel, das in

¹⁹¹² Vgl. insb. KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. und 3. Forderung nach möglichst frühzeitiger Ausübung z.B. bei: SARBACH M., Diss., S. 61 ff., 153, 157; SIX, S. 95 und 97; ASPRION STÖCKLIN, S. 136; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 223; WILDHABER BOHNET, N. 30 f. und 47; WUILLEMIN, N. 120 und 123; vgl. auch den «*Idealfall*» bei SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 135.

¹⁹¹³ Bereits die zusätzliche Verfahrensdauer durch das Ansetzen einer Nachfrist, damit die Parteien zu richterlichen Fragen Stellung nehmen, ihre formell mangelhaften Rechtschriften überarbeiten oder i.S.v. Art. 69 Abs. 1 ZPO eine Vertretung bestellen (der dann, selbst bei bereits verstrichenen Fristen, eine Frist zur Einarbeitung ins Dossier und zur Vornahme von Prozesshandlungen zu gewähren ist, vgl. diesbez. z.B.: S/H/L-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 69 N. 14 f.; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 27; B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 4; LIENHARD A. [b], N. 316; a.M. BK I-STERCHI, Art. 69 N. 13). Zudem bedeuten neue/überarbeitete Eingaben selbstverständlich auch für das Gericht Verarbeitungsaufwand.

¹⁹¹⁴ Vgl. auch den Hinweis bei SARBACH M., Diss., S. 62, dass die Nichterfüllung der Fragepflicht nicht selten daran liegt, dass der Richter eine Verfahrensverlängerung befürchtet und mit dem entsprechenden Hinweis «*kein neues Fass aufmachen*» möchte.

¹⁹¹⁵ LIENHARD A. [b], N. 24, zur *unzulässigen Nichtausübung* der materiellen Prozessleitung als unrichtige Rechtsanwendung i.S.v. Art. 310 lit. a ZPO, Art. 320 lit. a ZPO und Art. 95 lit. a BGG.

¹⁹¹⁶ Vgl. auch SIX, S. 96, der sich wünscht, dass die durch rechtzeitige Parteivorbringen ausgelöste Fragepflicht bis zur Urteilsfällung ausgeübt werden kann, da die Verfah-

einem sehr engen Zeitfenster betrachtet als ungeeignet qualifiziert würde, sich oft noch vor derselben Instanz als äusserst geeignete Ressourcenschonung erweisen. Der Umstand, dass sich eine gebotene Prozessleitungsmassnahme als ressourcenschonender erwiesen hätte, wäre sie früher angeordnet worden, darf das weitere sachgerechte Handeln jedenfalls nicht beeinflussen. Hüten sollte sich ein Gericht unbedingt davor, in der vorausschauenden Hoffnung auf eine allfällig willkommene Verkürzung des Verfahrens, pflichtwidrig von der gebotenen materiellen Prozessleitung abzusehen: Damit würde das Ziel der Ressourcenschonung überhandnehmen und die vordringlichen Ziele des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils wie auch der Verfahrensfairness verdrängen, was der hiervor aufgezeigten Zielgewichtung¹⁹¹⁷ widerspricht.

- 596 Auch wenn sich der effektive Beitrag der materiellen Prozessleitung nicht generell bestimmen lässt, genügt es für den vorliegenden Prüfungsschritt festzuhalten, dass die rechtmässige materielle Prozessleitung aufgrund der daraufhin fokussierteren Einbringtätigkeiten der Parteien oft geeignet oder zumindest prospektiv nicht per se klar ungeeignet ist, auch einen Beitrag zur Ressourcenschonung zu leisten.

III. Erforderlichkeit

a. Vorzug der geringsten Eingriffsintensität in allen relevanten Dimensionen

- 597 Mit der Schranke der Erforderlichkeit wird im Grundrechtskontext verlangt, dass ein staatlicher Eingriff nicht weitergeht, als es das öffentliche Interesse respektive das Schutzbedürfnis für Rechtsgüter anderer erfordert.¹⁹¹⁸ Für die materielle Prozessleitung bedeutet dies, dass das Gericht grundsätzlich gehalten ist, nach demjenigen Prozessleitungsmittel zu greifen, das die mildere Massnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels darstellt, soweit das Gericht die Wahl zwischen gleich geeigneten Prozessleitungsmitteln selbst zu treffen hat¹⁹¹⁹.

rensverzögerung geringer ausfällt als der Weiterzug der Angelegenheit wegen unzulässiger Nichtausübung der Fragepflicht.

¹⁹¹⁷ Vgl. hierzu N. 527–529.

¹⁹¹⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 320. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1222, sprechen vom *zweckkonformen mildesten Eingriff*.

¹⁹¹⁹ Im Grundrechtskontext vgl. z.B.: TSCHANNEN, § 7 N. 111, Punkt 2; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 39; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 130.

Stehen mehrere Mittel zur Verfügung, kann es allerdings sein, dass der Gesetzgeber die Wahl bereits entschieden hat: So hat das Gericht beispielsweise eine gesetzliche Vermutungsfolge nach dem Erstellen der entsprechenden Basis oder auch eine bekannte Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO unmittelbar zu berücksichtigen. Das bedeutet, die daraus resultierende Tatsache ist nicht etwa indirekt, via Nachfrage bei der einbringbelasteten Partei, zu erstellen, obwohl dieser Weg als milderer gerichtlicher Eingriff gewertet werden kann. Wie einleitend zum Analysenumfang im vorliegenden Unterkapitel dargelegt, haben die Gerichte solche vom Gesetzgeber vorweg getroffene, maximenunabhängige Verhältnismässigkeitsentscheidungen zu respektieren. Sie sind daher nicht Gegenstand der vorliegenden Verhältnismässigkeitsabwägungen, die sich nur auf die gerichtliche Wahlkompetenz beziehen.¹⁹²⁰ 598

Damit das Gericht bei einer ihm obliegenden Wahl die Grenzen des eben beschriebenen Übermassverbots¹⁹²¹ einhält, hat es, in der grundrechtsbezogenen Diktion ausgedrückt, das in allen relevanten Dimensionen mildeste Mittel unter allen mindestens gleich geeigneten Mitteln zu wählen¹⁹²². Vorliegend geht es somit darum, die für die materielle Prozessleitung relevanten Dimensionen aufzuzeigen, in denen die Intensität des Eingriffs in das *da mihi facta* zu prüfen ist. Dass auch die Nebenwirkungen eines gerichtlichen Eingriffs nicht weiter reichen sollen als nötig,¹⁹²³ wird in der vorliegenden Darstellung mitberücksichtigt. 599

b. Faktor: Primärwirkungen des gerichtlichen Eingriffs

Eine im Vergleich mildere Eingriffsintensität kann an einer bloss mittelbaren Einflussweise liegen. So ist zu erörtern, in welcher Hinsicht ein Eingriff in den Prozessstoff «mittelbar» sein kann und wie weit ihn dies tatsächlich vorziehbar macht. 600

¹⁹²⁰ Vgl. hierzu N. 581–583.

¹⁹²¹ Im Grundrechtskontext: TSCHANNEN, § 7 N. 111, Punkt 2.

¹⁹²² Zum Grundrechtseingriff – sachliche, räumliche, zeitliche und personelle Dimension – vgl. z.B.: BSK BV-EPINEY, Art. 36 N. 56; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 322; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 130; Staatsrecht-GÄCHTER, § 30 N. 126.

¹⁹²³ Vgl. den Hinweis aus der deutschen Literatur von RÖHL/RÖHL, S. 655, zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz: «Mittel sind nicht wertneutral, sondern sie haben oft unerwünschte Nebenfolgen. In jedem Fall verursachen sie Kosten. Wer sinnvoll handeln will, muss Kosten und Nebenfolgen so gering wie möglich halten. Daraus folgt das Teilgebot der Erforderlichkeit.» (Hervorhebung weggelassen).

i) Personelle Dimension: Mittelbarkeit in Bezug auf das Prozesssubjekt

1. Richterinnen und Richter vs. profitierende Partei

- 601 Im Vergleich zu einer direkten Ergänzung des Prozessstoffs durch das Gericht ist von einem mittelbaren Eingriff auszugehen, wenn dieses lediglich Anstoss gibt, die eigentliche Ergänzung oder Klärung des Prozessstoffs dann aber durch die Parteien umgesetzt wird.¹⁹²⁴ Mit anderen Worten ausgedrückt, das Gericht weist die Parteien darauf hin, dass diese ihren Aufgaben prozessual noch nicht rechtsgenüglich nachgekommen sind, woraufhin diese selbst die nötigen Verbesserungsmaßnahmen ergreifen. Augenscheinlich führt dies zu einer leichter wiegenden Relativierung des *da mihi facta*, da nach wie vor die Parteien selbst, jedoch durch die gerichtliche Frage oder den Hinweis angeleitet, mangelhafte Einbringtätigkeiten verbessern. Ist diese mittelbare Einflussnahme mit Blick auf die primären Ziele des materiell richtigen Urteils und der Verfahrensfairness ausreichend geeignet, wird sie auch das erforderliche Mittel sein. Selbst das zusätzliche Interesse an Ressourceneinsparung sollte grundsätzlich keinen weitergehenden Einfluss von Seiten des Gerichts erfordern: Müsste sich nämlich das aussenstehende Gericht selbst um den Prozessstoff kümmern, zieht sich dadurch das Verfahren in die Länge und wird kostenintensiver, als wenn die bereits im Bilde stehenden Parteien mithilfe punktueller Fragen selbstständig konzise Eingaben zu den Geschehnissen machen.
- 602 Soweit das Gericht vor einer von ihm zu treffenden Wahl steht, ist somit, im Sinne der Erforderlichkeit, die betreffende Partei mittels Ausübung der richterlichen Frage- oder Hinweispflicht auf den Mangel aufmerksam zu machen und ihr, soweit nötig, eine Nachfrist anzusetzen, damit sie die Verbesserung selbstständig ausführt.¹⁹²⁵ Schliessen jedoch insbesondere die noch zu erörternden Angemessenheitsfaktoren bereits einen solchen gerichtlichen Hinweis aus oder kommt die Partei einem solchen nicht nach, darf das Gericht, soweit vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist, die Lücken im Prinzip nicht eigenständig, mittels amtlich initiiierter Beweiserhebung, zu schliessen versuchen.¹⁹²⁶ Einen wichtigen Vorbehalt gilt es

¹⁹²⁴ Zu dieser Einteilung der Instrumente der materiellen Prozessleitung in die Kategorien mittelbarer/unmittelbarer bzw. direkter/indirekter Eingriff in den Prozessstoff vgl. N. 260 m.w.H.

¹⁹²⁵ Vgl. insb. Art. 56 ZPO, Art. 247 Abs. 1 ZPO und Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO. Über die Freiheit der Parteien, dem richterlichen Hinweis zu folgen, vgl. N. 619.

¹⁹²⁶ Zum Verhältnis Fragepflicht/amtswegige Beweisordnung i.S.v. Art. 56 ZPO/ Art. 181 bzw. 183 ZPO: LIENHARD A. [b], N. 351 ff. (der Augenschein und Gutachten immer als Beweismittel ansieht, vgl. LIENHARD A. [b], N. 345 ff.); i.S.v. Art. 56 ZPO/

insbesondere dort anzubringen, wo die Untätigkeit der Parteien das Gericht in eine nicht mehr hinnehmbare Zwangslage versetzt und es ein Urteil sprechen müsste, welches ganz augenscheinlich der tatsächlichen Rechtslage zuwiderläuft.¹⁹²⁷ Diese bereits hiervor angetönten Ausnahmefälle, in denen ersichtlich wird, dass die mittelbare Prozessleitung ihre Eignung, das möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Urteil zu erreichen, verliert, gilt es bei der Beschreibung der materiellen Prozessleitung über die verschiedenen Maximenausprägungen hinweg zu berücksichtigen.¹⁹²⁸

2. Einfluss weiterer Personen auf die Erforderlichkeit der materiellen Prozessleitung

Wenn ein milderes Mittel zur Zielerreichung darin gesehen werden kann, dass anstelle des Gerichts die Parteien den Prozessstoff selbst gestalten, stellt sich die Frage, ob weitere in den Prozess involvierte Personen den Eingriff des Gerichts in den Prozessstoff entbehrlich machen. Auch hier bleibt indes stets zu bedenken, dass nur der Einfluss gleich geeigneter Mittel gegeneinander abzuwägen ist. Daher sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht in Bezug auf verschiedene weitere prozessinvolvierte Personen Präzisierungen notwendig.

2.1. Professionelle Rechtsvertretung

Josef Jakob STREBEL, zeitgleich Bundesrichter wie der vorliegend bereits verschiedentlich zitierte Georg LEUCH, schrieb 1953 in seinem Aufsatz über das Richteramt, dass Anwälte gerne als Mitarbeiter der Richter bezeichnet würden. Das sei richtig und falsch zugleich. Falsch, soweit man damit die rechtliche Würdigung des Falls im Blick hat: Hierbei ist der Anwalt gemäss STREBEL insofern

Art. 153 Abs. 2 ZPO z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 26; PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 8; Fachhandbuch-AEPLI, N. 20.36; SIX, S. 94 f.; LIENHARD A. [b], N. 338 ff. Zum verbreiteten Hinweis, dass das Gericht im Rahmen der Fragepflicht nur Anstoss geben darf, nicht aber den Sachverhalt selbst abklären, vgl. z.B.: HABSCHEID, Grundlagen, N. 556; MÜLLER R., S. 67 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 84 und 86; BK I-HURNI, Art. 56 N. 38; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 21; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 1. und 2. Spiegelstrich; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 18; KUMMER, Grundriss, S. 79; GULDENER, ZPR, S. 156 FN. 9; CORBOZ, S. 37; HAAS/BÜHLER, S. 310; BRÖNNIMANN, Diss., S. 73; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 51; ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 38. Zum Vorbehalt der Vermutungsfolgen und bekannten Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO vgl. N. 581–583.

¹⁹²⁷ Zu dieser Gefahr vgl. N. 730–732.

¹⁹²⁸ Vgl. hierzu N. 890–914, N. 948–950 sowie N. 985–994.

eher Widersacher denn Gehilfe des Richters, als die Rechtsvertretung kein objektives Urteil abzugeben, sondern – soweit dies mit guten Argumenten geschehen kann – die für ihre Mandantschaft günstige These zu vertreten hat.¹⁹²⁹

- 605 Zumindest dass sich die Rechtsvertretung für die Interessen ihrer Mandantschaft einsetzt, wird noch heute unbestritten sein.¹⁹³⁰ Sie giesst deren Willen in die rechtlich notwendigen Formen. Zudem wird sie von Vertretenen regelmässig für eine prozessstrategische Beratung im Hinblick auf das persönlich bestmögliche Prozessergebnis mandatiert.¹⁹³¹ Stephen BERTI fasst den Prozessführungsauftrag des Rechtsvertreters als dessen Pflicht zusammen, *«den Sachverhalt abzuklären, die Rechtslage zu prüfen, alle Fristen einzuhalten und seine Mandantin darüber zu beraten und belehren. Vor allem hat er die Pflicht, den für die Mandantin sichersten Weg einzuschlagen und die prozessualen Erfolgschancen laufend im Auge zu*

¹⁹²⁹ STREBEL, S. 142.

¹⁹³⁰ Zur Frage des *Gehilfen* des Richters vgl. z.B.: MÜLLER O., S. 58; dass die Anwaltperson nicht Gehilfe des Gerichts ist, betonen z.B.: FELLMANN, Notwendigkeit, S. 290; Anwaltsgesetz-FELLMANN, Art. 12 N. 38; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 25, und NAEGELI, S. 292 f., jeweils m.H.a. BGE 106 Ia 100 E. 6b, wo das BGer *«Diener des Rechts»* und *«Mitarbeiter der Rechtspflege»* dahingehend präziserte, dass der Anwalt nicht staatliches Organ und damit auch nicht *«Gehilfe des Richters»* ist, sondern Verfechter von Parteiinteressen. Im Kontext, dass das Gericht auf die Fähigkeiten der berufsmässigen Vertretung vertrauen darf, bezeichnete das BGer im BGE 113 Ia 84 E. 3d (m.H.a. GULDENER, ZPR, S. 636 und 640) den Anwalt als *«collaborateur de justice»*. STREBEL, S. 142, erachtet die Bezeichnung des Anwalts als Mitarbeiter des Richters richtig, soweit man dabei an die Feststellung der zu beurteilenden Tatsachen denkt: Dabei würden Anwälte, die sich selbst achten und von Richtern geachtet werden wollen, mit diesen dahingehend zusammenarbeiten, dass sie helfen, die tatsächlichen Verhältnisse abzuklären, soweit dies nach der prozessualen Lage möglich und notwendig ist. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 24 N. 126, von der Anwaltschaft als *«Diener des Rechts»* und dass der Anwalt dem Gericht behilflich zu sein, stets aber die Parteiinteressen zu verfechten hat; HABSCHEID, Grundlagen, N. 117 und 119, über eine doppelte Mission des Anwalts bzw. dass dieser auch *«Organ der Rechtspflege»* ist, denn er wirke bei der Rechtsfindung mit.

¹⁹³¹ Dies lässt sich auch aus den Ausführungen von MEIER I., ZPR, S. 426, zur Voraussetzung der *Notwendigkeit* eines unentgeltlichen Rechtsbeistands zur Wahrung der Rechte der mittellosen Partei schliessen: *«Zu Letzterer [Anm. der umsichtigen anwaltlichen Vertretung] gehört selbstverständlich nicht nur eine Vertretung an der Verhandlung, sondern auch eine eingehende Vorbereitung mit intensiver Erörterung des Sachverhaltes und Entscheidungsbildung über die am meisten erfolgsversprechende Vorgehensweise.»*

behalten.»¹⁹³² In Anbetracht dieses Beschriebs ist sogleich klar, dass die Unterstützung, welche die Gerichte unbeholfenen Parteien selbst zukommen lassen können, bei Weitem nicht so umfassend ausfällt. Schliesslich hat das Gericht auch im Rahmen der materiellen Prozessleitung seine Funktion als staatliche und somit neutral urteilende Behörde zu wahren. BERTIS Umschreibung des Prozessführungsauftrags zeigt zudem, dass mit einer berufsmässigen Vertretung wenig Anlass zur Sorge besteht, dass die vertretene Partei den rechtlichen Schwierigkeiten nicht gewachsen wäre. Mit anderen Worten ausgedrückt: Die Überbrückung fehlender Rechtskenntnisse im Anliegen um Verfahrensfairness ist durch die professionelle Vertretung grundsätzlich gesichert; ein gerichtlicher Eingriff in das *da mihi facta* aus dieser Perspektive im Prinzip also nicht mehr erforderlich. Ähnlich dürfte dies das Bundesgericht gesehen haben, als es unmissverständlich feststellte, dass für den Beschwerdeführer, der seit Verfahrensbeginn anwaltlich vertreten war, «keine Gefahr von Nachteilen wegen Rechtsunkenntnis» bestanden hat.¹⁹³³ Ausnahmsweise aber kann ein gerichtlicher Eingriff auch mit Bedacht um Verfahrensfairness geboten sein; namentlich dann, wenn der Rechtsvertretung, gemessen an den an sie zu stellenden Erwartungen, ein entschuldbarer Fehler unterläuft.¹⁹³⁴

Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, besteht neben Verfahrensfairness ein ebenso zentrales Anliegen im Erreichen eines möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils.¹⁹³⁵ In dieser Hinsicht ist, wie der eben aufgegriffene Aufsatz von STREBEL belegt, die Parteilichkeit einer berufsmässigen Vertretung von grosser Bedeutung. «Ob Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime gilt, muß sich der Richter immer vor Augen halten, daß die Aktivitäten der Parteien nicht in erster Linie auf die Wahrheitsfindung, sondern auf den Prozeßerfolg ausgerich-

¹⁹³² BERTI, ZPO, N. 79. Eine weitere Umschreibung der professionellen anwaltlichen Unterstützung findet sich bei MOSIMANN, S. 1146.

¹⁹³³ 4A_169/2011 E. 5.4. Vgl. auch das Urteil 5A_897/2013 E. 3.2: «Es trifft zu, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin nicht als unbeholfen bezeichnet werden kann [...]» (Hilfestellung i.c. dennoch bejaht); vgl. insb. auch TSCHUDI, S. 38 über den fehlenden Bedarf an gerichtlicher Fürsorge; in diese Richtung wohl auch MOSIMANN, S. 1146. Allerdings hat sich auch der Laie im Rahmen seiner Möglichkeiten zu bemühen, vgl. hierzu N. 711.

¹⁹³⁴ Vgl. hierzu N. 915–921, N. 953–960 sowie N. 995 i.V.m. 997–1001.

¹⁹³⁵ Zu diesen beiden Zielen des Zivilprozesses vgl. N. 496–502 zur Urteilsrichtigkeit und 503–512 i.V.m. N. 530–575 zur Verfahrensfairness sowie schliesslich N. 527–529 zur Zielgewichtung.

tet sind»^{1936, 1937} stellte auch Pierre MARTIN fest. Regelmässig korrigieren sich die Parteien zwar gegenseitig, womit in der Tendenz und Theorie ein objektives Bild der Geschehnisse rekonstruierbar wird.¹⁹³⁸ Sicher ist dies jedoch in verschiedener Hinsicht keineswegs: Denn auch die vertretene Partei wird Tatsachen, die für sie ungünstig sind, nicht vorbringen.¹⁹³⁹ Die Gegenpartei wiederum wird solche nicht vorbringen können, soweit ihr diese nicht bekannt sind. Auch ist nicht auszuschliessen, dass eine Partei eine wahre Tatsache wider besseres Wissen bestreitet, wenn sie sich sicher ist, dass die Gegenpartei daran scheitern wird, diese zu beweisen; denn über die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens scheinen sich nicht alle einig.¹⁹⁴⁰ Und nicht zuletzt stellt eine Vertretung auch keine Garantie dafür dar, dass die beiden Parteien durchwegs gegensätzliche Interessen haben und Unwahrheiten im gegnerischen Vortrag tatsächlich korrigieren.¹⁹⁴¹ Kurzum, nicht jedes prozesstaktische Vorgehen, das die Parteien an den Tag legen, ist dem materiell richtigen Urteil zuträglich. Insbesondere aus dieser Perspektive lässt die Anwesenheit einer Rechtsvertretung nicht auf eine fehlende Erforderlichkeit des gerichtlichen Eingriffs in den Prozessstoff schliessen.

- 607 Ähnliches gilt für das ergänzende Ziel des schonenden Ressourcenumgangs: Die Rechtsvertretung wird sich nicht primär um die staatlichen Ressourcen kümmern.¹⁹⁴² Soweit ein geeigneter Eingriff des Gerichts zur zielgerichteteren Stoffsammlung die übergeordneten Ziele des fairen Verfahrens und des materiell richtigen Urteils nicht übergeht und er zugleich den vernünftigen Umgang mit den staatlichen Ressourcen zu gewährleisten vermag, kann er durchaus die Erforderlichkeitsprüfung auch dann bestehen, wenn anwaltliche Vertretungen zugegen

¹⁹³⁶ MARTIN P., S. 77.

¹⁹³⁷ Vgl. auch Anwaltsgesetz-FELLMANN, Art. 12 N. 38 m.H., dass, obwohl der Anwalt bei seiner Tätigkeit zwar den Zielen des Rechtsstaats verpflichtet ist, er in erster Linie die Interessen seiner Auftraggeber zu wahren hat.

¹⁹³⁸ Vgl. hierzu N. 484 sowie der Hinweis in FN. 1519.

¹⁹³⁹ Vgl. hierzu N. 168 m.w.H.

¹⁹⁴⁰ Vgl. hierzu N. 168, insb. dort auch die FN. 487.

¹⁹⁴¹ Vgl. auch den Hinweis von VOGEL, Freibeweis, S. 614 f., zu Konventionalscheidungen, wo die Gefahr besteht, dass bei gegenseitigen Zugeständnissen nicht mehr das Kindeswohl leitender Gedanke ist.

¹⁹⁴² Vgl. den Hinweis von SALZGEBER, S. 13, wonach sich die Parteien, deren Ziel der Rechtsschutz sei, weniger interessieren, in welchem Masse hierfür die Justizbehörden beansprucht werden.

sind.¹⁹⁴³ Hierauf ist im Rahmen der vorliegenden Erforderlichkeitsprüfung zurückzukommen.¹⁹⁴⁴

Dass die Anwesenheit einer professionellen Rechtsvertretung die materielle Prozessleitung nicht per se ausschliesst, belegen Deutschland und Österreich, die trotz Vertretungszwang weitreichende Gerichtskompetenzen in Bezug auf den Prozessstoff statuieren.¹⁹⁴⁵ In einem System wie dem schweizerischen, welches den Laienprozess zulässt, stellt sich zusätzlich die Frage, wie weit sich entsprechend dem Vertretungsentscheid der Parteien Differenzierungen bei der materiellen Prozessleitung aufdrängen. Dies wird im Unterkapitel D. IV., auf der Ebene der Angemessenheitsbeurteilung gerichtlicher Eingriffe, zu erörtern sein.¹⁹⁴⁶

2.2. Gegenpartei

Ähnlich wie die Erforderlichkeit der materiellen Prozessleitung grundlegend infrage gestellt werden kann, wenn eine berufsmässige Vertretung zugegen ist, scheint sie auch diskussionswürdig, wenn die Gegenpartei Hinweise auf die rechtlich unzulängliche Erfüllung von Einbringtätigkeiten einer Partei vorgebracht hat.

Im Urteil 4A_57/2014, das Mitte 2014 erging, erinnerte das Bundesgericht daran, schon ausdrücklich erwogen zu haben, dass selbst in einem Verfahren, das der sozialen Untersuchungsmaxime untersteht, kein Grund für die richterliche Fragepflicht besteht, «wenn die Gegenpartei bereits auf die mangelnde Substanziierung hingewiesen und die beweisbelastete Partei ihr Unterlassen daher (ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben) hat [...]».¹⁹⁴⁷ So knüpfte das Bundesgericht mit diesem Urteil, das die erweiterte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO thematisierte, an seine Rechtsprechung zur Zeit des noch nicht vereinheitlichten Prozessrechts an.¹⁹⁴⁸ Nur wenige Tage später zeigte es sich dann im Urteil 4A_45/2014 gegenüber einer Klägerin, die vor den ersten beiden Instanzen durch ihren Ehemann vertreten prozessierte, sehr streng: Mit der Begründung, dass diese Auffassung

¹⁹⁴³ Vgl. auch DOMEJ, Struktur, S. 256 f., die dafür plädiert, dass die Effizienzsteigerung durch die materielle Prozessleitung bei umfangreichen Prozessen auch in Gegenwart von Anwälten zu berücksichtigen ist.

¹⁹⁴⁴ Vgl. hierzu N. 621–626 und N. 639–640.

¹⁹⁴⁵ Vgl. hierzu N. 372.

¹⁹⁴⁶ Vgl. hierzu N. 703–713 und N. 746–791, insb. N. 763–781 sowie das Fazit in N. 782–784.

¹⁹⁴⁷ 4A_57/2014 E. 1.3.3.

¹⁹⁴⁸ 4A_635/2009 E. 2.2 und 4A_169/2011 E. 4.3 und 5.4.

auch in der Literatur vertreten werde, stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei offensichtlich keiner Willkür verfallen, wenn diese davon ausging, die Erstinstanz hätte selbst keinen weiteren Hinweis anzubringen gehabt, da bereits in der Klageantwortsschrift Substantiierungshinweise der Gegenpartei zu finden waren.¹⁹⁴⁹ Als Literatur wird einzig eine Kommentierung des aargauischen Prozessrechts angegeben, der allerdings nicht zu entnehmen ist, ob jener Autor, Alfred BÜHLER, diese Auffassung so tatsächlich auch gegenüber Laienparteien vertritt.¹⁹⁵⁰ BÜHLER selbst verweist im Kommentar auf die SJZ aus dem Jahr 1973.¹⁹⁵¹ In der dortigen Mitteilung eines Gerichtsschreibers des Kassationsgerichts Zürich ging es darum, dass die einschlägige kantonale Prozessordnung von den Parteien verlangte, dass diese sich *im Einzelnen* über die tatsächlichen Behauptungen des Prozessgegners aussprechen. Obwohl es in jenem Fall der Partei möglich gewesen wäre, sich zu den einzelnen Rechnungsbestandteilen zu äussern, liess sie es dabei bewenden, die an sie getragene Forderung lediglich generell zu bestreiten. Aufgrund dessen, dass ihre Gegenpartei in der Replik mehrfach eine fehlende «Substantiierung» – der Bestreitung – bemängelt hatte, entschied das Kassationsgericht tatsächlich, es hätte keine Pflicht der Vorinstanz bestanden, auch noch ihrerseits auf den Mangel aufmerksam zu machen.¹⁹⁵² Ob jene fehlbare Partei, auf die das Bundesgericht indirekt, via BÜHLERS Kommentar, letztlich abstellt, ebenfalls als juristische Laiin prozessierte, lässt sich aus der Mitteilung nicht entnehmen. War sie anwaltlich vertreten, wäre zunächst eine Erklärung von Seiten des Bundesgerichts angezeigt gewesen, weshalb die Laienpartei in dem von ihm zu beurteilenden Fall 4A_45/2014 auch hätte selbstständig erkennen müssen, dass die Kritik ihrer Gegenpartei *aus rechtlicher Sicht berechtigt* war. Hinzu kommt, dass es in der Angelegenheit, die das Kassationsgericht 1973 zu beurteilen hatte, im Gegen-

¹⁹⁴⁹ 4A_45/2014 E. 2.3.2 m.H.a. ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 38. Tatsächlich ist die Ansicht verbreitet, dass bei bereits erfolgtem Hinweis der Gegenpartei zuweilen kein richterlicher Hinweis mehr nötig ist (HAAS/BÜHLER, S. 309, sprechen von der wohl h.L.), vgl. z.B.: B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 8; WILLISEGGER, S. 269; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 211; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 7; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17; ASPRION STÖCKLIN, S. 134; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 ZPO N. 4, § 55 N. 7 und § 113 N. 15a; HEER, S. 180; wohl auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.22; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.42; SCHUMACHER PA., S. 19; DOLGE, Anforderungen auf S. 25 f. und 35 bei anwaltlich vertretener Partei. Allerdings gibt es auch andere Meinungen in der Literatur vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 1965.

¹⁹⁵⁰ 4A_45/2014 E. 2.3.2.

¹⁹⁵¹ ZPO-BÜHLER, § 75 N. 38 m.H.a. KassGer ZH, 09.04.1973, HASLER J., S. 329.

¹⁹⁵² KassGer ZH, 09.04.1973, HASLER J., S. 329.

satz zum Fall vor Bundesgericht, nicht um die Substantiierung des Schadens – also nicht um eine *Substantiierung von Behauptungen* – ging, sondern darum, dass mit einer lediglich generellen Bestreitung der Forderung die gesetzliche Last des *Bestreitens im Einzelnen* nicht erfüllt worden war. Jene Last, bedauerlicherweise oft ebenfalls als «Substantiierung» bezeichnet,¹⁹⁵³ bedingt indessen einzig eine individuelle Auseinandersetzung mit den der bestreitungsbelasteten Partei *vorgelegten* Behauptungen. Die Erfüllung dieser Last gestaltet sich im Grundsatz also ungleich einfacher als das freie Substantiieren von Behauptungen. Der Schluss, dass die gerichtliche Fragepflicht entfällt, wenn bereits die Gegenpartei auf die fehlende «Substantiierung» (der Bestreitung) hingewiesen hat, kann jedenfalls nicht unesehen auf Fälle übertragen werden, die gar nicht die gleiche Parteiaufgabe (sondern das äusserst anspruchsvolle Zergliedern von Behauptungen) betreffen. Die Strenge des Bundesgerichts in diesem zweitgenannten Entscheid aus dem Jahr 2014 erstaunt aber nicht zuletzt auch deshalb, als es selbst einräumte, dass zumindest der gegenparteiliche Hinweis, die Partei hätte nicht alle wesentlichen Voraussetzungen des behaupteten Anspruchs geltend gemacht, nicht optimal war: *«Zwar fehlt, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ein konkreter Bezug zur Substanziierung des Schadens. Die Ausführungen lassen aber erkennen, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Voraussetzungen für ihren Anspruch darzulegen hat.»* An anderer Stelle verwies die Gegenpartei zur Schadenberechnung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.¹⁹⁵⁴ Hieraus kann geschlossen werden, dass ein *gerichtlicher* Hinweis zumindest gegenüber einer juristischen Laiin präziser respektive für diese verständlicher hätte ausfallen müssen. Es drängt sich somit auch die Frage auf, ob ein Gericht, wenn überhaupt, auch auf einen suboptimalen Hinweis der Gegenpartei abstellen darf. Insgesamt zeigen verschiedene Elemente dieses Falls an, dass die Rechtsprechung zur materiellen Prozessleitung bei kritischen Hinweisen der Gegenpartei erneut bedacht werden sollte. Tatsächlich liess das Bundesgericht nur gut vier Monate später die Frage, ob die gerichtliche Fragepflicht allgemein entfällt, wenn die Gegenpartei auf den Mangel aufmerksam gemacht hat, ausdrücklich offen.¹⁹⁵⁵ Bei der Beantwortung dieser Frage sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht folgende Punkte zu berücksichtigen:

¹⁹⁵³ Vgl. hierzu N. 157–160.

¹⁹⁵⁴ 4A_45/2014 E. 2.4.1 (Zitat) und E. 2.4.2 m.H.a. die Rechtsprechung.

¹⁹⁵⁵ 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3.3.3. SARBACH R., N. 518, ist u.a. m.H.a. dieses Urteil der Ansicht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf diese Frage keine eindeutige Antwort liefert.

- 611 Ganz grundlegend ist festzustellen, dass es ausschliesslich dem Gericht obliegt, über die prozessual rechtsgenügende Umsetzung der Einbringtätigkeiten der Parteien zu befinden, denn, wie gesehen, handelt es sich hierbei um Rechtsfragen des Verfahrensrechts.¹⁹⁵⁶ Aus diesem Grund ist eine allfällige Stellungnahme von Seiten der Gegenpartei nicht nur unnötig, eine solche ist für das Gericht auch genauso unverbindlich wie die Stellungnahme zu einer Rechtsfrage, die das Sachrecht betrifft¹⁹⁵⁷.
- 612 Sodann ist an dieser Stelle auf ein Element der Angemessenheitsprüfung vorzugreifen: Das Gericht hat in Belangen, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, vor seinem Eingriff in den Prozessstoff zu prüfen, ob die von der betreffenden Partei an den Tag gelegte Sorgfalt einen gerichtlichen Hinweis auf einen Mangel gebietet, oder aber einem solchen gerade entgegensteht.¹⁹⁵⁸ Im Grundsatz gilt: Hat die Partei die von ihr zu erwartende Sorgfalt aufgebracht, sind im Fall eines verbleibenden, aber somit unverschuldeten Mangels die Voraussetzungen für die gerichtliche Fragepflicht erfüllt. War sie indessen unsorgfältig, dann nicht. Die verbreitete Ansicht, dass die gerichtliche Fragepflicht entfallen soll, soweit der Partei klar sein müsste, dass das Gericht den Standpunkt der Gegenpartei teilt,¹⁹⁵⁹ geht wohl davon aus, dass sich die Partei unsorgfältiges Prozessieren¹⁹⁶⁰ hat zu

¹⁹⁵⁶ Zur Rechtsfrage des Verfahrensrechts vgl. N. 124–125; zu derjenigen der Prüfung der prozessual rechtsgenügenden Umsetzung der Parteitätigkeiten vgl. insb. N. 326–331.

¹⁹⁵⁷ Zur Unverbindlichkeit der (selbst übereinstimmenden) Rechtsauffassung der Parteien für das Gericht vgl. z.B.: B&M-AFFENTRANGER, Art. 57 N. 13; S/H/L-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N. 9 und 17; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, ZPR, N. 4.49 und 11.71; BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N. 5; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 14; G/J/S-SARBACH, Art. 57 N. 2; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 48; BERTI, ZPO, N. 364; TSCHUDI, S. 35; KuKo-OBERHAMMER, Art. 57 N. 3; Grundsatz und Vorbehalte auch bei BK ZGB I/1-WALTER, Art. 8 N. 19 und FN. 59 f.; SARBACH R., N. 105 sowie N. 78, wo dieser von der rechtlichen Begründung der Parteien als blosse Anregungen für das Gericht spricht.

¹⁹⁵⁸ Vgl. hierzu N. 714.

¹⁹⁵⁹ Vgl. z.B. BURKHALTER KAIMAKLIOTIS, S. 1266 (u.a. m.H.a. KassGer ZH, 09.04.1973, HASLER J., S. 329); FELLMANN, Fragepflicht, S. 86, 88 und 91; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 292 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 211 und 330 zu einer Entbindung des Gerichts; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15, der in diesem Fall von einer bewussten Nachlässigkeit spricht; vgl. auch SIX, S. 91 f., der von einem Verzicht des Gerichts auf die Fragepflicht spricht; zudem LIENHARD A. [b], N. 123 f. und 415, der zwischen ordentlichem und vereinfachtem Verfahren sowie zwischen Behauptungslücke und zusätzlicher Substantiierung differenziert und dabei teilweise zu diesem Ergebnis gelangt.

¹⁹⁶⁰ Grade eben die Fälle von *klaren bzw. eindeutigen Mängeln*, die etwa FELLMANN, Fragepflicht, S. 86, 88 und 91; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27; FELLMANN, Not-

Schulden kommen lassen. Da nun die Parteien im Verfahren aber nicht nur eine einzige Äusserungsmöglichkeit haben, ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt der Unsorgfaltsvorwurf entstanden ist:

Angenommen, die Partei hat es bereits für die mangelbehaftete Klage an der von ihr zu fordernden Sorgfalt missen lassen, bedeutet dies nicht, dass eine gerichtliche Fragepflicht «entfällt», die zuvor bestanden hätte, sondern vielmehr, dass die Voraussetzungen hierfür von vornherein nicht erfüllt waren. Wie noch zu zeigen sein wird, sind je nach Vertretungsentscheid unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe anzuwenden. Dies führt dazu, dass bei einer mangelhaften Klage einer anwaltlich vertretenen Partei die Fragepflicht vergleichsweise seltener ausgelöst wird.¹⁹⁶¹ Obwohl nun beispielsweise die Formulierung der nachfolgend zitierten Erwägung 4.2.4 im Urteil 4A_628/2016 suggeriert, dass in jenem Fall die Fragepflicht entfallen ist, weil die Gegenpartei einen Hinweis angebracht hat,¹⁹⁶² könnte es sein, dass es sich hier tatsächlich um einen solchen Fall handelt, bei dem die Fragepflicht von vornherein gar nie bestanden hat: So war die vor der Vorinstanz anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin bezüglich der entscheidenden Behauptungen zur Forderung sehr vage und unbestimmt geblieben, worauf sie in der Klageantwort hingewiesen wurde. Das Bundesgericht erwog: *«Wenn die Beschwerdeführerin es trotz Hinweises der Beschwerdegegnerin unterliess, ihre Forderung rechtsgenügend zu substantizieren, wozu in der Replik Gelegenheit bestanden hätte, hat sie dies ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben (vgl. Urteil 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3 mit Hinweisen). Es ist nicht Sache des Gerichts, im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Für die Vorinstanz bestand nach dem Gesagten kein Grund, die Beschwerdeführerin auf die mangelhafte Substanziierung hinzuweisen.»*¹⁹⁶³ Vor dem vorliegend dargestellten Hintergrund könnte diese Passage folgendermassen einzuordnen sein: Eine Partei ist zwar nicht gezwungen, bereits im Rahmen ihrer ersten Äusserungsmöglichkeit alle Details in das Verfahren einzubringen; sind aber Bestreitungen zu erwarten, tut sie gut daran, sich bezüglich dieser Punkte nicht bloss auf die Grundzüge zu beschränken. Gehört das Aufgesparte nämlich zum Umfang, von dem ex ante zu erwarten ist, dass die betreffende Partei ihn eigenständig rechtsgenügend

wendigkeit, S. 292 f., und SIX, S. 91 f., ansprechen, die dann der Ansicht sind, bei entsprechendem Hinweis der Gegenpartei *entfalle* die richterliche Fragepflicht bzw. das Gericht *verzichte* darauf.

¹⁹⁶¹ Zum Sorgfaltsmassstab vgl. N. 703 und N. 706–708 i.V.m. N. 782–784.

¹⁹⁶² 4A_628/2016 E. 4.2.4.

¹⁹⁶³ 4A_628/2016 E. 4.2.4.

einzubringen vermag, wird diese vor ihrer zweiten Äusserungsmöglichkeit eben nicht mit einem gerichtlichen Hinweis auf das Aufgesparte rechnen dürfen. Das heisst, der *Hinweis der Gegenpartei* ist in diesem Fall insofern *irrelevant*, als *auch ohne diesen keine gerichtlichen Rückfragen angezeigt* sind. Das Gericht könnte somit bei der Partei im zitierten Urteil angenommen haben, dass diese, bei Aufbringen der von ihr zu erwartenden Sorgfalt, die rechtsgenügende Substantiierung der geltend gemachten Forderung grundsätzlich eigenständig vornehmen können muss. Hat sich die Partei, der die strittigen Geschehnisse ja bekannt sind, nicht die Mühe gemacht, bereits Substantiierungen für die absehbaren Bestreitungen vorzutragen, geht sie ein Risiko ein: Wäre die Partei ihre Aufgabe angegangen, hätte das Gericht womöglich anerkannt, dass ihr die Substantiierung in bestimmten Punkten doch unverschuldetermassen nicht lückenlos gelungen ist, und wäre ihr entgegengekommen. Mit dem Aufsparen von absehbar Relevantem werden somit bewusst gewisse Risiken in Kauf genommen. Wird in der Folge der Hinweis der Gegenpartei ignoriert, begründet nicht erst dies die Nachlässigkeit – vielmehr hat die Nachlässigkeit bereits zuvor eingesetzt. Dass das Gericht in dieser Konstellation auf den Hinweis der Gegenpartei aufmerksam macht, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht als Bemerkung zu werten, dass die fehlbare Partei doch sogar noch Gelegenheit gehabt hätte, auf diesen Hinweis zu reagieren, und es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn sie selbst dies nicht getan hat. Ohne Kenntnis der Rechtschriften lässt sich nicht beurteilen, ob dieser Gedankengang auf den konkreten Fall zutrifft. Trotzdem kann er generell materielle Prozessleitungsentscheide verständlicher machen.¹⁹⁶⁴

- 614 Sind demgegenüber die Voraussetzungen für die gerichtliche Frage erfüllt, was bei Laienparteien mit Blick auf die an diese gestellten Sorgfalterwartungen öfter der Fall sein wird, und kommt die Gegenpartei der gerichtlichen Kommunikation mit einem eigenen, inhaltlich ausreichend konkreten Hinweis zuvor, bedarf

¹⁹⁶⁴ Dem Urteil 4A_724/2016 E. 4.1 ist etwa zu entnehmen, dass die Vorinstanz dargelegt hat, *«dass für Hinweise des Gerichts auf mangelhafte Substanziierung kein Anlass besteht, wenn die Gegenpartei auf diesen Mangel bereits hingewiesen hat und dieser Mangel auf die Nachlässigkeit der beweisbelasteten Partei zurückzuführen ist.»* (Hervorhebung zugefügt), die anwaltlich vertretene Partei erachtete es als *«rechtmisbräuchlich»*, hätte sie zu allen Positionen die erforderlichen Behauptungen aufzustellen; das BGer bestätigt in E. 4.2: *«Es ist von der Feststellung der Vorinstanz auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen an die Substanziierung kannte, jedoch angesichts des Aufwands bewusst darauf verzichtete.»* Es ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass hier aufgrund der Sorgfalterwartungen wohl von Anfang an – selbst ohne Hinweis der Gegenpartei – kein Anlass für die Fragepflicht bestanden hat.

es (auch) nach der vorliegend vertretenen Ansicht eines Zustimmungshinweises von Seiten des Gerichts¹⁹⁶⁵. Denn wartete das Gericht bis nach der nächsten Äusserungsmöglichkeit der kritisierten Partei zu, gibt es neu entstehenden Rechtsfragen Raum, deren Beantwortung durch das gerichtliche Schweigen allein der Kritisierten obliegt: Nämlich, ob die gegnerische Kritik, im Hinblick auf die rechtlichen Anforderungen, die die Partei beim Einbringen ihrer Sachverhaltshypothese zu erfüllen hat, gerechtfertigt ist. Dies ist problematisch, soweit die Partei ohne die Kritik der Gegenpartei in den Genuss eines gerichtlichen Hinweises kommen müsste: Denn beim gerichtlichen Hinweis stellt sich für sie die Frage nach dessen rechtlicher Begründetheit selbstverständlich nicht. Mit anderen Worten ausgedrückt: In Fällen, bei denen das Gericht zur Nachfrage verpflichtet ist, darf dieses nicht durch sein Schweigen zulassen, dass sich die Parteien dergestalt prozessuale Zusatzaufgaben zuschanzen. Dies zu dulden, muss erstaunen, weil damit einer aktiv um den Prozessgegenstand streitenden Partei zugestanden wird, eine rechtliche Beurteilung zu verkünden und den richterlichen Hinweis, der ohne ihr Zutun aufgrund einer Gerichtspflicht hätte erfolgen müssen, zu Fall zu bringen. Man bedenke, dass demgegenüber – aufgrund des in Art. 47 ZPO erstgenannten Ausstandsgrunds – jeder noch so professionellen Gerichtsperson von vornherein die Legitimation abgesprochen wird, eine Fallbeurteilung abzugeben, sofern diese ein persönliches Interesse in der Sache hat. So muss dies zur Frage führen, ob es denn mit der gerichtlichen Neutralität vereinbar ist, würden einer Partei durch gerichtliches Schweigen derartige «Kompetenzen» zugestanden. Soll hierzu argumentiert werden, das Gericht beurteile die prozessuale Rechtsgenügllichkeit des Einbringens durchaus selbst, es überlasse letztlich «nur» die Kommunikation des Resultats der Gegenpartei, so ist auf das vorliegende Kapitel 5 verwiesen: Diesem ist zu entnehmen, dass gerade die Kommunikation über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der parteiseitigen Einbringttätigkeiten die materielle Prozessleitung ausmacht.¹⁹⁶⁶ Die Prozessleitung kann nach Art. 124 Abs. 2 ZPO an Gerichtsmitglieder, niemals aber an eine Prozesspartei delegiert werden. Selbst wenn eine Partei in sach- oder eben auch verfahrensrechtlichen Fragen richtig liegt, im Gerichtsverfahren ist es trotzdem nicht an ihr, Recht zu sprechen. Weiter fällt bei einer derartigen «Stellvertretung» negativ ins Gewicht, dass sich

¹⁹⁶⁵ Für einen solchen richterlichen Zustimmungshinweis z.B.: LIEBER, S. 182; BK I-HURNI, Art. 56 N. 35; SARBACH M., Diss., S. 150 f.; SARBACH R., N. 535 und 736; HIGI, S. 462; wohl auch MEIER R., N. 349; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 133 f. Vgl. auch ZR 60 (1961) Nr. 64, S. 126. Einen Zustimmungshinweis zumindest empfehlend: SIX, S. 91 f.

¹⁹⁶⁶ Vgl. hierzu N. 341–343 und N. 351.

weder Motivation noch Adressatin des gegnerischen Hinweises mit denjenigen decken, die mit dem ausbleibenden gerichtlichen Hinweis verbunden gewesen wären: Denn wenn doch mit Pierre MARTIN davon auszugehen ist, dass die Aktivitäten der Parteien in erster Linie auf den persönlichen Prozesserverfolg gerichtet sind,¹⁹⁶⁷ lässt es sich kaum aufrichtig vertreten, eine Partei, die fremde Einbringtätigkeiten bemängelt, würde damit bezwecken, sich für Hilfestellung und Fairness zugunsten ihrer Gegenpartei einzusetzen.¹⁹⁶⁸ Das Motiv der Kritikerin wird vielmehr darin liegen, *dem Gericht* in Erinnerung zu rufen, dass *ihr* aus einer Schlechterfüllung der Lasten ihrer Gegenpartei *passiv prozessuale Vorteile zufallen müssten*.¹⁹⁶⁹ Der dergestalt lediglich indirekten Adressatin wiederum wird ihre neue Aufgabe, die Beurteilung, ob aus objektiv-rechtlicher Sicht die an ihren Einbringtätigkeiten geäußerte Kritik effektiv gerechtfertigt ist oder ob sie lediglich subjektive Nörgelei darstellt, oft nicht leicht fallen.¹⁹⁷⁰ Würde anstelle der gebotenen gerichtlichen Hinweiserteilung von einem juristischen Laien erwartet, dass er eine solche prozessrechtliche Beurteilung korrekt vornimmt, kommt dies bald dem Vorwurf gleich, dass er eigentlich bereits mit dem Wahrnehmen seines Rechts, als Laie zu prozessieren, unsorgfältig handelt.¹⁹⁷¹ Selbstverständlich kann das Gericht zur gleichen Einschätzung über die prozessuale Rechtsgenügllichkeit der Einbringtätigkeiten gelangen wie die Kritik übende Gegenpartei. Ähnlich wie wenn es letztlich der sachrechtlichen Argumentation einer Partei folgt, hat aber das Gericht dieses Resultat selbst zu kommunizieren.

- 615 Wartete das Gericht mit einem angebrachten Hinweis bloss zu bis die von der Gegenpartei Kritisierte eine weitere Äusserungsmöglichkeit vergeben hat, verträgt sich dies schlecht mit dem bereits geschilderten Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren zur vereinheitlichten Prozessordnung die Ausnahme der Präklusionswirkung für neue Vorbringen, die durch die Wahrnehmung der richterlichen Fragepflicht ausgelöst werden, explizit verworfen wurde.¹⁹⁷² Gerade dies erfordert nämlich umso mehr, dass Gerichte ihre Fragepflicht möglichst frühzeitig ausüben. Es darf also nicht sein, dass die gerichtliche Hinweiserteilung zu Beginn aufge-

¹⁹⁶⁷ MARTIN P., S. 77, vgl. auch dessen Zitat hiervor in N. 606.

¹⁹⁶⁸ In diese Richtung auch SARBACH M., Diss., S. 151; LIENHARD A. [b], N. 124 und 415.

¹⁹⁶⁹ Vgl. hierzu N. 352.

¹⁹⁷⁰ Ähnlich SARBACH M., Diss., S. 151; SARBACH R., N. 535. Hinweis, dass für die Partei nicht klar ist, ob das Gericht die Auffassung teilt, z.B. auch bei: LIEBER, S. 182; MEIER R., N. 349.

¹⁹⁷¹ Zur Unzulässigkeit eines solchen Vorwurfs vgl. N. 710 m.w.H.

¹⁹⁷² Vgl. hierzu N. 525.

spart und gleichzeitig zum Ende hin der zeitliche Horizont für Antworten verkürzt wird.

Gegen gerichtliche Zustimmungshinweise gibt nun Martin SARBACH zu bedenken, dass der gegnerische Vortrag bald routinemässig als unsubstantiiert gerügt würde, um das Gericht zu einer Äusserung zu veranlassen.¹⁹⁷³ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist bei mutwilliger Prozessführung deren Urheber zu ahnden; dies wird dazu beitragen, dass unsachliche Substantiierungskritik und Nörgeleien wenig attraktiv bleiben. Auch fragt sich, wie gross die Verlockung für routinemässige Kritik tatsächlich ist: Eine (zustimmende) Äusserung des Gerichts bedarf es schliesslich nur, soweit eine Fragepflicht tatsächlich besteht. Dies bringt der kritisierenden Partei nichts; eher doch riskiert sie, ihre Gegenpartei auf Mängel aufmerksam zu machen, die deren Unsorgfalt geschuldet sind, worüber das Gericht ihr nicht hinweggeholfen hätte. Auch ist keineswegs sicher, dass gerichtliches Schweigen prozessuale Kritikfreudigkeit tatsächlich reduziert: Wird nämlich geduldet, dass angebrachte, eindeutige und verständliche Gerichtshinweise zu Fall gebracht werden, könnten die Parteien darin allenfalls eine willkommene Möglichkeit sehen, ihrem Gegenüber Steine in den Weg zu legen. 616

Dem Gesagten nach ist – so die vorliegend vertretene Ansicht – der alleinige Hinweis einer Gegenpartei auf die prozessual ungenügende Umsetzung von Einbringtätigkeiten als eine quasi-stellvertretende Prozessleitung nicht mit geltendem Recht zu vereinen. Damit fehlt es diesem «Mittel» bereits an der Eignung zur Prozessleitung. Eine angebrachte gerichtliche Relativierung des *da mihi facta* zur Erreichung der im Zivilprozess angestrebten Ziele kann die Kritik der Gegenpartei somit nicht entbehrlich machen. 617

ii) Chronologische Dimension: Mittelbarkeit mit Blick auf die Dialektik des Einbringens

Im Teil II wurde gezeigt, dass sich das Einbringen des Prozessstoffs in eine Dialektik gliedern lässt: Dabei agieren die Parteien und reagieren aufeinander. Den Beweis nimmt das Gericht grundsätzlich nur und erst ab, wenn feststeht, welche Elemente der Beweisführung bedürfen.¹⁹⁷⁴ Wenn nun in einem Verfahren, ganz 618

¹⁹⁷³ SARBACH M., Diss., FN. 689. SARBACH R., N. 535, berichtet zwar, dass die Gegenpartei oft viele Hinweise anbringt und regelmässig eine ungenügende Substantiierung der Behauptungen rügt, was diesen Autoren jedoch nicht davon abhält, trotzdem einen Zustimmungshinweis zu befürworten; wohl auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 133 f., und MEIER R., N. 349.

¹⁹⁷⁴ Vgl. hierzu insb. N. 178 und die Hinweise in FN. 671.

im Sinne des Grundsatzes *da mihi facta*, die Verantwortung für den Prozessstoff originär bei den Parteien liegt und daher, wie im Kapitel 3 erläutert, Kompensationsmöglichkeiten zwischen den einzelnen Einbringtätigkeiten höchstens in sehr beschränktem Umfang möglich sind,¹⁹⁷⁵ bedeutet dies für die materielle Prozessleitung, dass das Gericht zu unterscheiden hat, auf welche Parteitätigkeit es Einfluss nimmt:

- 619 Im Grundsatz ist in solchen Verfahren davon auszugehen, dass bei Anordnung einer Beweismittelabnahme zuvor ein rechtsgenügender Vortrag des zu beweisenden Elements einer Sachverhaltshypothese und ein entsprechendes Beweisangebot erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, ist zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die informative Befragung der Parteien gegeben sind, wodurch diese bei ihrer Einbringtätigkeit ausserhalb des Beweisabnahmestadiums¹⁹⁷⁶ unterstützt werden.¹⁹⁷⁷ Wenngleich aus der Parteireaktion allenfalls Zugeständnisse entnommen werden können, sind solche Vorbringen, die als Antwort auf die gerichtliche Frage- und Hinweispflicht folgen, keine Beweismittel, sondern lediglich Parteibehauptungen.¹⁹⁷⁸ Dabei bleibt es den Parteien überlassen, ob sie auf informa-

¹⁹⁷⁵ Zu den weitergehenden Kompensationsmöglichkeiten bei Untersuchungsmaxime vgl. N. 224–226; zur individuelllastlichen Sanktionierung der parteiseitigen Einbringtätigkeiten bei Verhandlungsmaxime vgl. N. 211–213.

¹⁹⁷⁶ Zu berücksichtigen ist, dass die ZPO keine scharfe Trennung zwischen Behauptungs- und Beweisverfahren kennt, vgl. z.B.: BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 231 N. 3; LORENZ, N. 29 und 166; BK II-BÜHLER, Art. 191 f. N. 23 m.H., dass dies sehr hohe Anforderungen an die Verhandlungsdisziplin des die Befragung durchführenden Richters stellt.

¹⁹⁷⁷ Zur richterlichen Fragepflicht als informatorische/informative Befragung der Parteien im Unterschied zum Verhör im Beweisverfahren vgl. z.B.: B/G/S I-MÜLLER, Art. 191 N. 4 f.; BK II-BÜHLER, Art. 191 f. N. 22; SARBACH R., N. 492 und 734; HASENBÖHLER, Beweisrecht II, N. 9.3 ff.; LORENZ, N. 150 ff.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 135; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 16; BSK ZPO-HAFNER, Art. 191 N. 14; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 191 N. 2 f.; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 363; WILLISEGGER, S. 197 f. und 266 (mit der Unterscheidung Sachverhaltsklärung und Sachverhaltserwahrung); implizit auch ASPRIEN STÖCKLIN, S. 129; vgl. des Weiteren auch MARTI-SCHREIER, S. 439 ff.

¹⁹⁷⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 253; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f., N. 3 f.; WILDHABER BOHNET, N. 38; LORENZ, N. 151. Hinweis, dass Antworten der Parteien hier keine Beweismittel, sondern Parteibehauptungen darstellen, z.B. auch bei: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.129; SARBACH M., Diss., S. 47; SARBACH R., N. 492 und 734; OEHLER, S. 99; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 135; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 29 N. 9; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 16; BSK ZPO-HAFNER, Art. 191 N. 14; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 191 N. 2 f.; BK II-BÜHLER, Art. 191 f. N. 22; SARBACH M., Diss., S. 47 und 51 (mit der Unterscheidung

tive Fragen und Hinweise des Gerichts reagieren.¹⁹⁷⁹ Wollen sie dies nicht, sind in diesem Rahmen – anders als bei einer richterlichen Befragung anlässlich einer Beweisabnahme – nicht einmal beschränkte Verweigerungsrechte vorzubringen.

Auch in Bezug auf die Chronologie gilt es auf den bereits erwähnten Vorbehalt hinzuweisen: Nämlich den Fall, wenn sich das Gericht durch eine unzureichende Parteimitwirkung gezwungen sieht, ein Urteil zu sprechen, welches ganz offensichtlich an der tatsächlichen Rechtslage vorbeigeht.¹⁹⁸⁰ Diese Ausnahmefälle, bei denen ersichtlich wird, dass die informative Befragung ihre Eignung zur Erreichung des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils gänzlich verliert, gilt es bei der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung über die verschiedenen Maximenausprägungen hinweg zu berücksichtigen.¹⁹⁸¹ 620

iii) Sachliche Dimension: Mittelbarkeit in Bezug auf das Objekt

1. Einflussnahme auf den Prozessstoff via *ius* als entwicklungsfähiges Instrument der materiellen Prozessleitung?

Damit die Parteien nicht «*in der Hoffnung, das <Richtige zu treffen>*» das Gericht «*mit allerlei Überflüssigem überhäufen*»¹⁹⁸², befürwortet Paul OBERHAMMER eine aktive Richterschaft, die den Parteien den Prozess ihrer Meinungsbildung offenlegt: Hierdurch gewinne der Prozess wesentlich an Effizienz, da so die Wahrscheinlichkeit steige, einen richtigen Entscheid zu fällen, während der damit verbundene Aufwand in der Tendenz sinke.¹⁹⁸³ 621

Was OBERHAMMER unter den Aspekten Prozessökonomie und Urteilsrichtigkeit thematisiert, wurde hiervor im Unterkapitel zur Verfahrensfairness gegenüber der 622

Streit- und Beweisstoff). Zu dieser Unterscheidung der Antworten im Rahmen von Art. 56 ZPO und Art. 191 ZPO vgl. auch das Urteil 4A_498/2014 E. 3.3.

¹⁹⁷⁹ ASPRION STÖCKLIN, S. 138 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 86; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 135, 225, 336 und 356; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 719; SARBACH M., Diss., S. 41; SARBACH R., N. 700 f., 743 und 791; MÜLLER R., S. 67 f.; HABSCHIED, Grundlagen, N. 556; MARTIN P., S. 81, spricht von einer «*Obliegenheit*» der Mängelbehebung nach der richterlichen Befragung. Vgl. auch FN. 1926 der vorliegenden Abhandlung zum verbreiteten Hinweis, dass der Richter nur Anstoss geben darf, nicht aber selbstständig Abklärungen treffen.

¹⁹⁸⁰ Zu dieser Gefahr vgl. N. 730–732.

¹⁹⁸¹ Vgl. hierzu N. 890–914, N. 948–950 und N. 985–994.

¹⁹⁸² KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1.

¹⁹⁸³ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1 und 3; zum gleichen Resultat gelangt MARTIN P., S. 84.

von der materiellen Prozessleitung begünstigten Partei aufgegriffen. Den dortigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass eine generelle Pflicht des Gerichts zu einem Rechtsgespräch mehrheitlich abgelehnt und eine punktuelle Rechtsaufklärung zurzeit wohl auf Situationen beschränkt bleibt, denen ein gewisses Überraschungsmoment eigen ist.¹⁹⁸⁴ Aus der angegebenen Rechtsprechung und Lehre ist zu schliessen, dass selbst eine unilateral vom Gericht ausgehende Rechtsinformation, im Hinblick darauf, dass die Parteien ihre Sachverhaltshypothesen zielgerichteter einbringen können, zumindest aktuell nicht gemeinhin als entwicklungsfähiges Instrument der materiellen Prozessleitung begrüsst zu werden scheint.¹⁹⁸⁵ Dies, obschon eine solche, bei bedachter Umsetzung, durchaus beiden Parteien nützlich sein kann, und sie immerhin in dem Sinn als bloss mittelbare gerichtliche Einflussnahme auf die Prozessstoffsammlung zu qualifizieren ist, als das Gericht bei seiner eigenen Aufgabe, dem *dabo tibi ius*, bleibt. Allerdings gilt es, zum Thema der gerichtlichen Rechtsaufklärung unter dem Titel der Erforderlichkeit die folgenden Dinge zu berücksichtigen:

- 623 Die Frage der Erforderlichkeit stellt sich nicht, soweit nicht mindestens gleich geeignete Mittel miteinander verglichen werden können. Muss sich das Gericht entscheiden, *entweder* einen Hinweis auf das potentiell einschlägige Recht *oder* einen solchen auf ein fehlendes Faktum anzubringen, ist für juristische Laien anzunehmen, dass ihnen Ausführungen zu den Fakten regelmässig zugänglicher sind als abstrakte Rechtsbegriffe: Denn bei Letzteren wissen sie nicht zwingend, welche Tatsachen sie in das Verfahren einzubringen haben, um die Begriffe zu füllen.¹⁹⁸⁶ Bei der berufsmässig vertretenen Partei fällt dies weniger ins Gewicht, sollte die Anwaltsperson doch grundsätzlich wissen, welche Tatsachen vorzutragen sind, um eine vollständige Subsumtion unter ein Tatbestandselement zu erreichen; es sei denn, der erforderliche Substantiierungsgrad wäre im konkreten Fall sehr schwierig auszuloten. Jedenfalls ist festzustellen, dass, soweit der Gesetzgeber einen unmittelbaren Hinweis auf *facta* als zulässig erachtet, zumindest bei Laienparteien wenig dafür spricht, dass Gerichte stattdessen *via ius* um einen fehlenden Sachumstand herumreden.
- 624 Zudem spielt es auch eine Rolle, in welcher Form ein Hinweis auf das Rechtliche erfolgt: Zitierte das Gericht nicht bloss einzelne Tatbestandselemente, sondern verweist stattdessen auf ganze Normen und Normverbände, wird eingewendet werden, dass die Parteien, insbesondere soweit sie mit der juristischen Ausdrucksweise umzugehen wissen, hiervon mehr haben als beim Hinweis auf ein unge-

¹⁹⁸⁴ Vgl. hierzu N. 563–575.

¹⁹⁸⁵ Vgl. hierzu N. 566.

¹⁹⁸⁶ Dazu, dass nicht abstrakte Rechtsbegriffe zu behaupten sind, vgl. N. 102–103.

nügend vorgetragenes Faktum. Weisen die Parteien nicht die gleiche juristische Gewandtheit auf, kann ein solcher Hinweis ohne weitere Erläuterungen somit potentiell zu Fairnessproblemen führen.

Nicht zuletzt stellt sich auch die Frage, wie weit ein solcher Hinweis auf einschlägiges Recht mit der Konzeption einer Verfahrensart *de lege lata* zu vereinen ist.¹⁹⁸⁷ Der Hinweis auf ganze Normen oder Normkomplexe, welche Aufschluss über die gesamte in das Verfahren einzubringende Hypothese – *facta* – liefert, kann insbesondere im ordentlichen Verfahren, soweit die Verhandlungsmaxime Anwendung findet, über das Ziel hinausschiessen, mitunter die dort herrschenden Sorgfaltsanforderungen zu stark reduzieren. 625

Lassen es die Parteien, die mit der Rechtssprache vertraut sind, in einem Verfahren, das vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt ist, an der von ihnen zu erwartenden Sorgfalt missen, ist der zwar mittelbare, aber umfassende Hinweis auf *ius* erst recht nicht als mildes Mittel der Prozessleitung zu werten, das zur Anwendung gelangen könnte. Anders liegen die Dinge, wenn nicht diverse eigentliche Lücken¹⁹⁸⁸ im Prozessstoff bestehen, sondern wenn gewissenhafte Parteien, die beide gleichermaßen mit der Rechtssprache umzugehen wissen, wie von OBERHAMMER angesprochen, in der Hoffnung, das Richtige zu treffen, das Gericht mit viel Unnötigem überhäufen. Soweit unter diesen Umständen in der konkreten Prozesssituation ein Hinweis auf das ins Auge gefasste *ius* beiden Parteien gegenüber fair scheint (das heisst, insbesondere auch hinsichtlich allfälliger Unvollständigkeiten die die Fragepflicht limitierenden Voraussetzungen erfüllt sind), sprechen nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch die Urteilsrichtigkeit und besonders der schonende Ressourcenumgang dafür, den Fokus der Parteien mittels einer Offenlegung des ins Auge gefassten *ius* auf das Wesentliche zu richten. 626

2. Einflussnahme mit Wirkung über das gesamte Zivilverfahren hinweg

In Anbetracht dessen, dass dem Gericht gerade mit der Fragepflicht ein Mittel zur Verfügung steht, bei dem es die Hilfestellung selbst vornimmt, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung, wenn das Gericht die juristische Unterstützung auslagert. Schliesslich wird die Bestellung einer Vertretung erhebliche Auswirkungen über den gesamten weiteren Prozessverlauf haben. 627

¹⁹⁸⁷ Zu unterschiedlichen Verfahrenskonzeptionen vgl. die vorliegend vertretene Ansicht in N. 822–827 (Verhandlungsmaxime mit Art. 56 ZPO) und in N. 930–932 (vereinfachtes Verfahren).

¹⁹⁸⁸ Zur eigentlichen Lücke vgl. die Erläuterungen in N. 465.

2.1. Postulationsunfähigkeit: Zwang zur Vertretung

628 Wie hiervor erwähnt, eignet sich das Gericht aufgrund der Tatsache, dass dieses zwingend über fallrelevante Rechtskenntnisse für die Streitentscheidung verfügen muss, durchaus, um fehlendes rechtliches Einschätzungsvermögen zu überbrücken.¹⁹⁸⁹ Zum Verständnis der prozessualen Situation und der Vertretung ihrer rechtlichen Interessen braucht eine postulationsunfähige Partei jedoch mehr als eine bloss punktuelle Unterstützung: Mit anderen Worten ausgedrückt, erweist sich bei einer postulationsunfähigen Partei die Hilfestellung nicht als Ausnahme, sondern stellt vielmehr den Regelfall dar. Diesem umfassenden Unterstützungsbedarf lässt sich auch mittels Ausschöpfen der Instrumente, welche dem Gericht gewisse Eingriffe in den Prozessstoff erlauben,¹⁹⁹⁰ nicht mehr beikommen.¹⁹⁹¹ Da das Gericht immerzu das verfassungsrechtlich verankerte Neutralitätsgebot zu beachten hat, ist es für eine persönliche Interessenvertretung gänzlich ungeeignet.¹⁹⁹² Um diesem auf Seite der Gegenpartei anzuführenden Aspekt der Verfah-

¹⁹⁸⁹ Vgl. hierzu N. 591–593.

¹⁹⁹⁰ Hinweise, dass zunächst Instrumente wie die gerichtliche Fragepflicht und die Nachfristansetzung auszuschöpfen sind bzw. dass diese Mittel der Partei nicht zu helfen vermögen, z.B. bei: G/J/S-MORF, Art. 69 N. 1; BK I-STERCHI, Art. 69 N. 7; KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 2; CR-JEANDIN, Art. 69 N. 4; B&M-AFFENTRANGER, Art. 69 N. 2; MABILLARD, Zukunft, S. 13; MEIER I., ZPR, S. 157; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.25; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 14; LIENHARD A. [b], N. 311 und 562 spricht von *ultima ratio*. Vgl. auch den Hinweis bei MARTIN P., S. 80: *«Erst wenn die betroffene Partei diese ihren Fähigkeiten angepasste Gelegenheit zur Mängelbehebung nicht oder nicht in dem ihr zumutbaren Maß ergreift, treffen sie die prozessualen Folgen zu Recht. In einem solchen Fall ist aber vorerst noch zu prüfen, ob sie nicht anzuhalten ist, einen Vertreter zu bestellen oder gar, ob ihr nicht ein Vertreter zu bestellen ist [...]»*.

¹⁹⁹¹ Vgl. BGE 132 I 1 E. 3.3, hier war der Beschwerdeführer *«nicht einmal mit Hilfe der richterlichen Befragung»* fähig, die Replik zu erstatten; vgl. auch den Hinweis von B/G/S I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69 N. 3, dass im Fall der offensichtlichen Postulationsunfähigkeit die Gelegenheit zur Verbesserung oder Ergänzung, die das Gericht einräumen kann, zur effektiven Interessenwahrung der Partei nicht ausreicht.

¹⁹⁹² Vgl. auch GASSER/RICKLI, Art. 69 N. 1, darüber, dass die Partei tatsächlich in der Lage sein muss, ihre Interessen sachgerecht zu vertreten: *«Die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56, 247 I) sowie gegebenenfalls die Untersuchungsmaxime (Art. 55 II) mögen einer Partei diesbezüglich gewiss etwas helfen, doch haben sie mit Interessenswahrung nichts zu tun.»* (Hervorhebungen weggelassen); BAUR, Funktionswandel, S. 171: *«[...] der Richter kann beraten und helfen, aber er kann nicht Richter und Anwalt der Schwachen sein. Wer dies – wenn auch gutgläubig – fordert, vertritt eine Klassenjustiz, diesmal mit umgekehrten Vorzeichen.»*; HEER, S. 183 f.: *«Stets ist auch im Auge zu behalten, dass der Richter die Parteien nicht eigentlich zu beraten hat. Es ist nicht*

rensfairness und gleichzeitig dem Anliegen um Fairness gegenüber der schutzbedürftigen Partei gerecht werden zu können, rechtfertigt sich ab einer bestimmten Schwelle die einschneidende Massnahme,¹⁹⁹³ Letzterer das Recht abzusprechen, ihren Prozess selbstständig zu führen.¹⁹⁹⁴

2.2. Koordination der materiellen Prozessleitungsmittel

2.2.1. Zurück zum Problemfall: Art. 56 ZPO

In Anbetracht des eben Ausgeführten wäre anzunehmen, dass die individuellen 629
Verfahrenshilfen, die das Gericht selbst wahrnimmt, wie etwa die Nachfristansetzung oder die gerichtliche Fragepflicht, bei der postulationsfähigen Partei ausreichen müssen, damit diese die verfahrenstechnischen Hürden unbeschadet überstehen kann. Dass dies zumindest im ordentlichen Verfahren nicht zwingend der Fall ist, wurde hiervor insbesondere im Rahmen der Verfahrensfairness als Rechtfertigungsmotiv für die Relativierung des *da mihi facta* bereits erläutert: Dort wurde festgestellt, dass bei einer zu restriktiven Auslegung des Art. 56 ZPO sich eine Lücke auftut, in welche Rechtsuchende zu fallen drohen, die einerseits zu versiert sind, um im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO als postulationsunfähig qualifiziert zu werden, zugleich aber in Rechtsdingen doch zu sehr Laien bleiben, um sämtlichen Anforderungen dieses technisch anspruchsvollen Verfahrens tatsächlich selbstständig gerecht zu werden.¹⁹⁹⁵ In Anbetracht dessen, dass aktuell Tendenzen bestehen, dem Fragepflichttatbestand der *offensichtlich unvollständigen Vorbringen* weniger Raum zuzugestehen, als ihn der Art. 56 ZPO eröffnet,¹⁹⁹⁶ droht der juristische Laie, der die Bestimmung beim Wort nimmt, im Regen zu stehen. Das Anliegen um Fairness verbietet es, dies beim bemühten Rechtsuchenden zuzulassen. So wurde bereits im Unterkapitel C. die Forderung formuliert, einerseits

ausser acht zu lassen, dass der Richter nicht Interessensvertreter ist und demzufolge seinen Einwirkungen auf die Vorbringen einer Partei immer Grenzen gesetzt sind.»
Vgl. zudem N. 804–805 zur Postulationsfähigkeit als möglicher Ansatz für den Kerngehalt des *da mihi facta*.

¹⁹⁹³ So auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 3.25. Vgl. den Hinweis auf die Abwägung bei G/J/S-MORF, Art. 69 N. 2, zwischen dem öffentlichen Interesse an der Waffen- gleichheit der Parteien sowie der Schutz von rechtsunerfahrenen Personen *gegen die persönliche Freiheit der fraglichen Partei* (m.H.a. die sankt-gallische Rechtsprechung); zustimmend: BSK ZPO-TENCHIO, Art. 69 N. 8.

¹⁹⁹⁴ Zur prozessualen Konsequenz bei fehlender Postulationsfähigkeit vgl. N. 39–40; zur Schwelle vgl. N. 554–556.

¹⁹⁹⁵ Vgl. hierzu N. 554–556 sowie N. 467–469.

¹⁹⁹⁶ Ausführlich zum Problem des Art. 56 ZPO vgl. N. 458–469 und 542–562.

den Art. 56 ZPO nicht restriktiv und andererseits den Art. 69 Abs. 1 ZPO generell mit Blick auf die im konkreten Prozess anwendbaren Verfahrenshilfen auszulegen. Dies führt dazu, dass eine Partei nicht unbedingt unter allen Maximenausprägungen in sämtlichen Verfahrensarten gleichermassen als postulationsfähig zu qualifizieren ist.¹⁹⁹⁷ Aus der vorliegenden Perspektive, der Suche nach geeigneten, aber milderer Mitteln, stellt sich die Frage, welche Abhilfen einer umsichtigen Partei zu bieten sind, soweit sich demgegenüber eine sehr restriktive Auslegung beider Bestimmungen durchsetzt und eine grössere Lücke zwischen den beiden aufklafft.

2.2.2. Empfehlung zur Vertretung?

- 630 Es wurde bereits erläutert, dass gegenüber einem unmittelbaren gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff ein mittelbarer darin gesehen werden kann, dass das Gericht statt über *facta* über *ius* aufklärt. Hieraus ist es den Parteien im Grundsatz möglich, Rückschlüsse auf die einzubringenden Tatsachen zu ziehen. Fraglich scheint indes, wie weit rechtliche Belehrungen juristischen Laien nützen. Täten sie es, so wurde erwogen, dass bald der Einwand fällt, eine weitgehende Rechtsaufklärung seitens des Gerichts würde die Sorgfaltserwartungen im ordentlichen Verfahren unter der Verhandlungsmaxime zu sehr relativieren.¹⁹⁹⁸ Ein Weg, um den richterlichen Eingriff noch mittelbarer zu gestalten, liegt in einem gerichtlichen Hinweis an den postulationsfähigen, aber dennoch überforderten Laien, dass er Bedarf an professioneller Vertretung aufweist, ohne eine solche von Amtes wegen zu bestellen, falls er dem Rat nicht folgt. Obschon nicht alle dieselbe Rechtsgrundlage beiziehen, finden sich, scheinbar auch unter Gerichten, Befürworter eines blossen Vertretungsratschlags.¹⁹⁹⁹

¹⁹⁹⁷ Vgl. hierzu N. 561.

¹⁹⁹⁸ Vgl. hierzu N. 621–626.

¹⁹⁹⁹ WILLISEGGER, S. 271 (im Kontext der Fragepflicht, Waffengleichheit und von Treu und Glauben); MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 222 (zur allgemeinen Fragepflicht); LIENHARD A. [b], N. 113, 318 ff. und 395 (m.H.a. Art. 56 ZPO); MEIER R., N. 181 (m.H.a. Art. 69 ZPO in FN. 550) und N. 258; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 9 (Kommentar zu Art. 56 ZPO im Kontext, dass nur eine Partei anwaltlich vertreten ist). Im vereinfachten Verfahren vgl. z.B.: FELLMANN, Fragepflicht, S. 95; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 3. Bereits vor der eidg. ZPO vgl. z.B.: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 120. Für Fälle, in denen anscheinend zuvor Hinweise auf Vertretungsbedarf erteilt wurden, vgl. z.B.: 4A_203/2013 E. 3.2; 5A_639/2014 E. 7.4; 5A_541/2015 E. 4.3; 5A_588/2015 E. 4.3.2 (vgl. auch Sachverhalt B. B.a.); 4A_339/2016; OGer BE ZK 19 328 E. III. 2.2 vom 29.10.2019.

Im streng ausgefallenen Urteil aus dem Jahr 2014, das bereits für die Frage nach 631 der Entbehrlichkeit einer gerichtlichen Prozessleitung im Fall einer zuvor geäusserten Kritik der Gegenpartei herangezogen wurde,²⁰⁰⁰ rügte die postulationsfähige Beschwerdeführerin, dass ihr keine anwaltliche Vertretung angeraten worden war. Das Bundesgericht jedoch prüfte einzig, ob sie im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO offensichtlich ausserstande war, den Prozess selbst zu führen, und sah in dieser Hinsicht keinen Anlass, die Rüge zu schützen.²⁰⁰¹ Auch dem Argument eines Beschwerdeführers, der sich auf den Standpunkt stellte, angesichts der komplexen prozessualen Situation hätte man ihn, gestützt auf Art. 69 ZPO, wenigstens dazu auffordern müssen, einen Anwalt beizuziehen, war kein Erfolg beschieden: Das Bundesgericht folgte auch dieser Rüge nicht, da der Beschwerdeführer postulationsfähig war.²⁰⁰² Die höchstrichterliche Instanz scheint demnach nicht davon auszugehen, dass der Art. 69 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch für die postulationsfähige, jedoch überforderte Partei Bedeutung haben könnte. Tatsächlich ist eine Gesetzesgrundlage, welche sich explizit zu dieser Situation äussert, nicht auszumachen. Dies mag erstaunen und nährt weiter die hiervor erläuterte Ansicht, dass im Gesetzgebungsverfahren nicht eine derart restriktive Auslegung der offensichtlich unvollständigen Vorbringen als Voraussetzung für die allgemeine gerichtliche Fragepflicht beabsichtigt wurde, wie sie heute zuweilen suggeriert wird.²⁰⁰³ Denn wäre man sich der grösseren folgenreichen Lücke zwischen Art. 56 und 69 ZPO bewusst gewesen, die durch eine allzu restriktive Auslegung entsteht, ist anzunehmen, dass es Stimmen gegeben hätte, die aus Fairnessgründen weitere Abhilfen gefordert hätten.

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht sind primär die Fragepflicht und die 632 Postulationsfähigkeit so aufeinander abzustimmen, dass sorgfältige Laien grundsätzlich nicht zwischen Stuhl und Bank fallen. Setzt sich aber eine sehr restriktive Auslegung von Art. 56 ZPO durch, wird die Lücke zu gross – ein Schutzmechanismus ist diesfalls erforderlich. Dies, weil die Gefahr, in diese Lücke zu fallen, wegen der Formulierung der allgemeinen Fragepflicht so erheblich ist, wie es auch die Folgen hiervon sind. Nun aber passt der Wortlaut beider Bestimmungen, die zuweilen von Befürwortern eines richterlichen Ratschlags nach Vertretung beigezogen werden, nicht auf die Situation: Denn einerseits ist die postulationsfähige Partei bei Nichtbefolgen des gerichtlichen Hinweises nicht

²⁰⁰⁰ Vgl. hierzu N. 610.

²⁰⁰¹ 4A_45/2014 E. 2 und 2.2.1.

²⁰⁰² 5A_618/2015 E. 6.7.

²⁰⁰³ Vgl. hierzu N. 543–553 i.V.m. N. 465–466.

zwangsweise zu vertreten.²⁰⁰⁴ Andererseits springt auch nicht gerade ins Auge, dass ein Gericht, das einer Partei *«durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung [ihres Vorbringens]»* gibt, ihr den Rat erteilen kann, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Auch wenn der Wortlaut bekanntlich weder das einzige noch das allein entscheidende Auslegungsmittel darstellt, verbleibt nach der vorliegend vertretenen Ansicht einzig das verfahrensübergreifende, in Art. 52 ZPO statuierte Gebot des Handelns nach Treu und Glauben – ein unmittelbarer Ausfluss der Verfahrensfairness –, auf das als Rechtsgrundlage abgestellt werden kann.

2.2.3. Prävention und Einschätzungshilfe für den persönlichen Vertretungsbedarf

- 633 Wie weit es einem juristischen Laien gelingen will, sich innert kurzer Zeit sämtliche verfahrensnotwendigen Rechtskenntnisse selbstständig anzueignen, ist fraglich.²⁰⁰⁵ Bereits das Auffinden sämtlicher potentiell einschlägiger Bestimmungen birgt die erste Herausforderung. Der richtige Umgang mit ihnen die zweite; weist doch die juristische Fachsprache gewisse Eigenheiten auf.²⁰⁰⁶ Wie im Teil II gezeigt

²⁰⁰⁴ Vgl. auch den Hinweis bei GASSER/RICKLI, Art. 69 N. 2: *«Wer alles besser weiss und seinen Prozess unbedingt selber führen will, soll durchaus ein zusätzliches Risiko tragen. Weitschweifigkeiten und allfälligem Querulieren lässt sich sodann auch anderswie begegnen (Art. 128 und 132 III).»*; zustimmend: CR-JEANDIN, Art. 69 N. 6; im Resultat wohl auch KuKo-DOMEJ, Art. 69 N. 5.

²⁰⁰⁵ Vgl. die Worte von SARBACH M., Wandel, S. 152: *«Woher sollte der (imaginäre) <Durchschnittsbürger> (geschweige denn, man verzeihe den Ausdruck, der <Unterdurchschnittsbürger>) wissen, bis zu welchem Zeitpunkt er was vorbringen oder bestreiten muss und vor allem: wie detailliert? Oder wäre ihm zuzumuten, nicht nur die Bedeutung von Fremdwörtern wie <Substanziierungslast> zu entschlüsseln, sondern auch noch selbst zu erforschen, wie weit deren Anforderungen gehen?»*; in ähnliche Richtung auch S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 7 m.H.a. MARTIN P., S. 79; vgl. zudem die Zitate im vorliegenden Unterkapitel, FN. 2007. Zuversichtlicher über Erfolgsaussichten von Laienrecherchen zeigt sich LIENHARD A. [b], N. 131, nach dem die Partei ihre erhöhte Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Unvollständigkeit des Tatsachenvortrags nur dann erfüllt, *«wenn sie vor dem Prozess eingehend recherchiert und sich über das relevante materielle Recht kundig gemacht hat»* (vgl. im Einzelnen LIENHARDS Erwartungen an Personen mit akademischer Bildung und an solche mit Volksschulbildung in LIENHARD A. [b], N. 117, 422 f., 427 f., 438, 440 und 446 f.), demgegenüber sind seine Formulierungen bez. Rechtskenntnisse der berufsmässigen Rechtsvertretung auffallend zurückhaltend gewählt, vgl. LIENHARD A. [b], N. 233 und auch DENS., N. 242 und 336.

²⁰⁰⁶ Eine sehr kritische Beobachtung findet sich etwa in der Einleitung des strafrechtlich geprägten Aufsatzes von KAUFMANN A., S. 3, der in Bezug auf die Rechtssprache zum

wurde, reicht auch die blosser Lektüre der Gesetze regelmässig nicht aus, gerade dann, wenn es darum geht, prozesstechnische Anforderungen realistisch einzuschätzen.²⁰⁰⁷ Um ein gewisses juristisches Rätselraten²⁰⁰⁸ dürfte besonders der Laie kaum herumkommen. Dass aber ausreichende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf – den nicht nur formelle Abläufe, sondern auch inhaltliche Anforderungen ausmachen – zu den Voraussetzungen für eine sachgerechte Wahrnehmung des Äusserungsrechts und des Rechts auf Beweis gehören, anerkannte das Bundesgericht zumindest für das Einbürgerungsverfahren explizit. In jenem Kontext lief dies auf ein Recht hinaus, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden.²⁰⁰⁹

Für den Zivilprozess wäre es zu begrüssen, gäbe es eine gewisse vom einschlägigen Sachrecht gelöste Aufklärung über die Erwartungen an die Parteien bei der Prozessstoffsammlung. Dies umfasst eine allgemeine Information über bestimmte 634

Schluss gelangt, dass *«der Nichtjurist von ihr in doppelter Weise ausgeschlossen ist: er findet weder von seinem Sprachverständnis noch von seinem logischen Verständnis einen Zugang zu ihr»*.

²⁰⁰⁷ Vgl. hierzu N. 303–306. Vgl. auch das Fazit bei DIETSCHY, *devoir d’interpellation*, S. 88, nach ihrer Analyse der Fragepflicht und der verschiedenen Prozessmaximen: *«Le Code ne pose toutefois les principes que dans les grandes lignes et la simple lecture de ses dispositions ne permet pas de dégager la réelle portée des divers types d’établissement des faits, faute pour le texte d’être suffisamment précis – à tout le moins dans sa version française – et détaillé. La jurisprudence et la doctrine jouent par conséquent un rôle important dans le domaine.»* Vgl. des Weiteren auch den hervorgehobenen Hinweis bei BERTI, ZPR, S. 332: *«Zudem hat sich noch nie anhand der blossen Betrachtung des Wortlautes einer Zivilprozessordnung erschliessen lassen, was sich praktisch in einem Zivilverfahren abspielt.»*, sowie die Worte von WALTER, Weg, S. 317: *«Wer jemals versucht hat, allein mit dem Text einer ihm nicht bereits aus der juristischen Kinderstube vertrauten Prozessordnung ein Verfahren einzuleiten und durchzuziehen, wird ohne Zweifel schon nach kurzer aber fruchtloser Einarbeitungszeit resigniert zum Telefon gegriffen und einen benachbarten Kollegen um praxisnahe Hilfe ersucht haben.»*, oder auch den Hinweis bei KAUFMANN A., S. 16, jedoch im strafrechtlichen Kontext: *«Kein juristischer Laie – die verschwindenden Ausnahmen fallen nicht ins Gewicht – nimmt von den Gesetzen Kenntnis, und wenn er es täte, hülfe es ihm wenig, weil er die Gesetzessprache nicht richtig verstehen kann und weil sich der Sinn des Gesetzes aus ihm allein gar nicht entnehmen läßt, sondern nur im Zusammenhang mit dem Kontext der juristischen Judikatur und Literatur, die sich jedoch nur dem geschulten Fachmann erschließen.»*

²⁰⁰⁸ Begriff von TROLLER, Grundlagen, S. 97 f., als Zitat in N. 456.

²⁰⁰⁹ BGE 140 I 99 E. 3.4.

Rechtsfragen des Verfahrensrechts:²⁰¹⁰ Nämlich über die fallunabhängige Auslegung von verfahrensrechtlichen Anforderungen, denen parteiseitige Einbringtätigkeiten zu genügen haben – ähnlich wie dies hiervor im Kapitel 3 aufgezeigt wurde.²⁰¹¹ Eine solche Aufklärung über ihre prozessuale Verantwortung kann Rechtsuchenden helfen, ihre eigenen Fähigkeiten hinsichtlich einer Prozessführung, und somit ihren individuellen Vertretungsbedarf, realistischer einzuschätzen. In der heutigen Zeit lassen sich solche Informationen leicht dem breiten Publikum als Gerichtspublikation zugänglich machen.²⁰¹² Die Prozessinvolvierten sollten zudem frühzeitig und explizit vom Gericht darauf verwiesen werden.

- 635 Nach der Vereinheitlichung des Prozessrechts²⁰¹³ setzte sich namentlich Andreas LIENHARD in seiner Dissertation dafür ein, dass die Parteien beispielsweise in der Vorladung zur Hauptverhandlung in allgemeiner Weise darüber informiert werden, was im Verlauf des Verfahrens an Eigenleistung von ihnen erwartet wird.²⁰¹⁴ Zudem empfiehlt Peter SCHUMACHER, dass der Richter den Parteien seine Funktion erklärt, insbesondere auch die gerichtliche Fragetätigkeit als Teil seines Pflichtenhefts. Dies würde dazu beitragen, dass weniger Argwohn bei Fragen an die Gegenpartei herrscht und dass die Parteien eher bereit wären, auf richterliche Fragen

²⁰¹⁰ Zur syllogistischen Kategorisierung dieser Rechtsfragen vgl. auch N. 124–125.

²⁰¹¹ Vgl. hierzu N. 161–186.

²⁰¹² Sehr allgemeine Informationen für das rechtsuchende Publikum finden sich beispielsweise auf der Website des Bundesgerichts, vgl. die allgemeinen Hinweise zum Schriftenwechsel und zum unbedingten Replikrecht (www.bger.ch > Rechtsprechung > Schriftenwechsel und freiwillige Bemerkungen), zudem gibt es eine Rubrik FAQ (www.bger.ch > Bundesgericht > FAQ) (zuletzt besucht am 02.06.2023).

²⁰¹³ Ältere Diskussionen zu prozessualen Informationspflichten z.B. bei: MEIER I., Diss., S. 154 ff.; MARTIN P., S. 88.

²⁰¹⁴ LIENHARD A. [b], N. 113 m.H., dass Art. 133 ZPO (Inhalt der Vorladung) nicht abschliessend ist (vgl. DENS., FN. 193) und dass das BGer und die h.L. die Gerichte in Verfahren unter eingeschränkter Untersuchungsmaxime verpflichten, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflichten hinzuweisen, was nach Ansicht von LIENHARD dazu führen muss, dass dasselbe im Verfahren unter Verhandlungsmaxime gilt, gehen hier die Pflichten der Parteien bedeutend weiter (vgl. DENS., FN. 195). Vgl. auch die Aussage von BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 25, die nicht spezifisch auf eine Aufklärung über die erwartete Eigenleistung bezogen ist, jedoch in eine solche Richtung interpretiert werden könnte: «*Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf; entsprechend sind die Parteien in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg zu orientieren.*»

einzugehen.²⁰¹⁵ Tatsächlich könnten damit auch Missverständnisse bezüglich der Hilfestellung vorgebeugt werden, die das Gericht den Parteien bieten kann.

Vom potentiell einschlägigen Sachrecht des Falls gelöst und nicht auf konkrete Parteivorbringen bezogen, kann eine solche Aufklärung über die Anforderungen in Bezug auf die Einbringtätigkeiten klar nicht als materielle Prozessleitung qualifiziert werden. Diese Information ist vielmehr als Prävention und Einschätzungshilfe über den persönlichen Bedarf nach professioneller Vertretung zu werten. Als solches darf und soll sie das Gericht nicht von einer gebotenen, fallbezogenen Kommunikation über die konkrete prozessual rechtsgenügli- 636 che Umsetzung der Einbringtätigkeiten, also über das fallindividuelle Zusammenspiel zwischen einschlägigem Sach- und Verfahrensrecht, entbinden.²⁰¹⁶

c. Faktor: Nebenwirkungen des gerichtlichen Eingriffs

Wie bei der sinngemässen Übertragung der Erforderlichkeitsprüfung erläutert, sollen auch die mit dem gerichtlichen Eingriff in das *da mihi facta* verbundenen Nebenwirkungen nicht über das Erforderliche hinausgehen. Diesbezüglich ist auf zwei Punkte besonders einzugehen. 637

i) Wirkungen ausserhalb des zivil(prozessual)en Raums

Fragen zum Übermass wird sich das Gericht bei dem in seinem Ermessen liegenden Entscheid stellen, ob es statt einer Parteibefragung eine Beweisaussage anordnet.²⁰¹⁷ Im aktuellen Zivilverfahren selbst machen weder die konkrete Fragestellung des Gerichts noch die darauffolgende Antwort der Partei den Unterschied 638

²⁰¹⁵ SCHUMACHER PE., S. 394. Die Universität BE warf im Vernehmlassungsverfahren die Frage auf, ob nicht auch ein Hinweis auf die Fragepflicht angezeigt wäre, vgl. ZS VN VE-ZPO, S. 183 Uni BE.

²⁰¹⁶ Deshalb ist FELLMANN selbstverständlich beizupflichten, dass es im Prozessverlauf nicht ausreicht, wenn das Gericht die Parteien i.S. einer allgemeinen Rechtsbelehrung auf generelle Weise und ohne konkrete Bezugnahme auf deren Vorbringen auf die Anforderungen einer gehörigen Substantiierung ihrer (künftigen) Vorbringen und die Konsequenzen einer diesbezüglichen Ungenügllichkeit hinweist, vgl. FELLMANN, Fragepflicht, S. 85; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 292; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 26 f., jeweils unter Bezugnahme auf KassGer ZH, 05.07.2004, NIETLISPACH, S. 44. Zur gerichtlichen Kommunikation mit den Parteien vgl. auch N. 712–713.

²⁰¹⁷ Zum gerichtlichen Ermessen bez. des Mittels der Befragung vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 56; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f. N. 7 i.V.m. N. 5 und 10 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 844.

zwischen diesen beiden Beweismitteln aus, sondern einzig und allein die Sanktion bei einer bewusst inhaltlich unkorrekten Antwort: So wird das Lügen einer Partei im ersten Fall mit einer Ordnungsbusse – eine Disziplinar massnahme –, die bewusst falsche Beweisaussage hingegen strafrechtlich nach Art. 306 StGB geahndet.²⁰¹⁸ Auch wenn grundsätzlich keine Subsidiarität zwischen diesen Beweismitteln herrscht,²⁰¹⁹ wird doch, soweit sich beide Mittel in einem konkreten Fall gleichermassen eignen, aus Sicht der Erforderlichkeit der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO der Vorzug zu gewähren sein²⁰²⁰. Denn die Handhabung der Beweisaussage nach Art. 192 ZPO bringt, aufgrund eines potentiell folgenden Strafverfahrens, besondere Herausforderungen mit sich, die es nicht ohne besonderen Grund zu aktualisieren gilt.²⁰²¹ Ein besonderer Grund, womit vorliegend

²⁰¹⁸ Zur unterschiedlichen Sanktionierung vgl. z.B.: S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f. N. 15 f.; MARTI-SCHREIER, S. 442 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 44 N. 107; BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 51 ff. und 82 ff., der aber in der N. 64 betont, dass die unterschiedliche Sanktionierung nicht zu einer Rangfolge der Beweismittel führen darf.

²⁰¹⁹ Vgl. auch MARTI-SCHREIER, S. 442 ff., m.H.a. die Parteibefragung als Normalfall und die Beweisaussage als Ausnahme, allerdings ohne generelle Hierarchie. Über gute Gründe und Fälle, wo es zweckmässig sein kann, direkt eine Beweisaussage anzuordnen, vgl. z.B.: LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N. 9.137; KuKo-SCHMID, Art. 191–193 N. 6 und 9; generell auf richterliches Ermessen verweisen z.B.: S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f. N. 5, 7 und 10 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 56; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 844; keine Subsidiarität zur Parteibefragung z.B. auch nach: G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 192 N. 3; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N. 9, 135; B&M-CARCAGNI ROESLER, Art. 192 N. 2. Demgegenüber verlangen einige vorab zwingend eine Parteibefragung, z.B.: BSK ZPO-HAFNER, Art. 191 N. 1 und 3 und Art. 192 N. 2; B/G/S I-MÜLLER, Art. 191 N. 37, 39 und 41 f. und Art. 192 N. 3 und 22 ff., der von einer materiellen Subsidiarität spricht. Nach dem Urteil 5A_113/2015 E. 3.2 lässt sich ein Entscheid vollständig auf eine Parteiaussage stützen und es gibt keine gesetzliche Hierarchie zwischen den in Art. 168 ZPO vorgesehenen Beweismitteln. Die Beweisaussage ist somit auch nicht subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln, vgl. diesbez. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7326 zu Art. 188–190, 2. Spiegelstrich; Bericht VE-ZPO, S. 91 f. zu Art. 186; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 192 N. 3 und 7; KuKo-SCHMID, Art. 191–193 N. 6; B&M-CARCAGNI ROESLER, Art. 192 N. 2; BSK ZPO-HAFNER, Art. 191 N. 4 und Art. 192 N. 5; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f., N. 5; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 130; BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 14, 14b, 16 f. und 60 ff. Etwas relativierend: B/G/S I-MÜLLER, Art. 192 N. 5.

²⁰²⁰ Vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 358.

²⁰²¹ Zum Zwiespalt Nichtberücksichtigung einer Beweisaussage/Frage der Überweisung an die Strafbehörde vgl. z.B.: BUCHER, S. 85 f.; MARTI-SCHREIER, S. 443; GASSER/RICKLI, Art. 192 N. 4. Der VE-ZPO sah keine Parteiaussage vor, was in der Vernehmlassung kritisiert wurde – die anspruchsvolle Handhabung der Beweisaussage wäre

eine nicht gleiche Eignung der Parteibefragung gemeint ist, stellt etwa der Fall einer gemeinsamen Würdigung mit einer Zeugenaussage dar. Denn hier weist nur die Beweisaussage die der falschen Zeugenaussage ebenbürtige Straffolge auf.²⁰²²

ii) Ergänzende prozessökonomische Erwägungen

Hinsichtlich des Spannungsverhältnisses, in dem die drei Motive für einen Eingriff in das *da mihi facta* stehen, war der Schluss zu ziehen, dass das Ziel nach Ressourcenschonung gegenüber den Zielen des materiell richtigen Urteils und des fairen Verfahrens zwar nicht überhandnehmen darf, unter dieser Voraussetzung aber erstrebenswert bleibt.²⁰²³ Stehen verschiedene gleich geeignete Mittel zur Erreichung der übergeordneten Ziele zur Verfügung, kann daher auch das Ziel eines möglichst schonenden Umgangs mit der Zeit und den finanziellen Mitteln als entscheidender Faktor bei der Beurteilung der Erforderlichkeitsfrage mitspielen.

Prozessökonomische Argumente spielen etwa beim *Fachrichtervotum* im Sinne von Art. 183 Abs. 3 ZPO eine Rolle: Gegenüber einem solchen Votum generiert nämlich der Beizug einer externen sachverständigen Person nach Art. 183 Abs. 1 ZPO regelmässig einen grösseren Ressourcenaufwand, da sich eine neue Person in die Fallfragen einzuarbeiten hat. Auch das gerichtliche Einholen²⁰²⁴ einer *schriftlichen Auskunft* gründet auf ökonomischen Überlegungen: So hebt die Botschaft die Raschheit der schriftlichen Auskunft und deren vielseitige Einsetzbarkeit hervor, die diese Auskunft zu einer effizienten Erkenntnisquelle für das Gericht machen.²⁰²⁵ Dem Art. 190 Abs. 2 ZPO ist zu entnehmen, dass eine solche selbst

dann die Regel, vgl. insb. ZS VN VE-ZPO, S. 455 f. BE; einige Votanten wollten keine Beweisaussage vgl. S. 457 BL S. 458 SO, S. 460 SchKG-Vereinigung.

²⁰²² Zu diesem Fall vgl. z.B.: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.137 f.; KuKo-SCHMID, Art. 191–193 N. 7 und 9; LIENHARD A. [b], N. 358; LORENZ, N. 268 ff.

²⁰²³ Vgl. hierzu N. 527–529.

²⁰²⁴ Vgl. den Hinweis, dass das Beweismittel der schriftlichen Auskunft nur vom Gericht, nicht auch von einer Partei, eingeholt werden kann: KuKo-SCHMID, Art. 190 N. 1; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 1. Eine Einholung bedarf im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime allerdings grundsätzlich eines Parteiantrags, vgl. GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 4; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 190 N. 2; KuKo-SCHMID, Art. 190 N. 3; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 2; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 9.

²⁰²⁵ Botschaft ZPO, S. 7325 zu Art. 187; vgl. z.B. auch: G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 190 N. 1; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 6; BERTI, ZPO, N. 393; GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 1; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 2; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 1; KuKo-SCHMID, Art. 190 N. 1. Für eine weite Anwendung von Art. 190 ZPO aufgrund möglicher Verschlinkung des Verfahrens plädiert CR-SCHWEIZER, Art. 190 N. 11 und 15.

bei Privatpersonen²⁰²⁶ ausreicht, «*wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint*».²⁰²⁷ Der zitierte Nebensatz impliziert, dass die schriftliche Auskunft nicht in jedem Fall die gleiche Eignung aufweist wie die Zeugenaussage. Tatsächlich kann die Glaubwürdigkeit in einer Zeugeneinvernahme oft besser geprüft werden.²⁰²⁸ Entscheidende Kriterien werden daher der Inhalt der Beweisfrage und die Person des Berichterstatters sein.²⁰²⁹ In diesem Sinn ist der Aufwand einer Zeugenbefragung nicht erforderlich, soweit beispielsweise ein ärztliches Attest oder ein Vorsorgeausweis ausreicht.²⁰³⁰ Befriedigt die Auskunft nicht, insbeson-

²⁰²⁶ Vgl. BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 3 ff., nach dem dieses Kriterium auch bei schriftlichen Auskünften von Amtsstellen gelten muss, da bei diesen grundsätzlich von einer objektiven Berichterstattung auszugehen ist.

²⁰²⁷ Ausführungen zu «*nicht erforderlich*» sowie zum Unterschied zur ursprünglichen *Unverhältnismässigkeit* im VE-ZPO vgl. z.B.: B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 14; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 4; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 2; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 9. Zum Vergleich der Beweiskraft vgl. z.B.: BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 5; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 8; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 4. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.126, sprechen indessen von grösserer Autorität der Zeugenbefragung.

²⁰²⁸ BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 4 zudem m.H., dass sich die schriftliche Auskunft bei Privatpersonen als vereinfachte Beweisform insb. dort von vornherein verbietet, wo Zweifel an der Unbefangenheit der Auskunftsperson bestehen, und dass, je wichtiger die zu beweisende Tatsache und die Möglichkeit für Ergänzungsfragen ist, die schriftliche Auskunft umso weniger das adäquate Beweismittel darstellt, eine Zeugenbefragung also erforderlich wird. Das BGer betonte z.B. im BGE 130 II 169 E. 2.3.4, dass im Zivilprozess die Zeugeneinvernahme die Regel und die Einholung schriftlicher Auskünfte die Ausnahme bilden soll, was z.B. B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 6, und S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 2, befürworten.

²⁰²⁹ B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 16; gl.M. wohl S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 10; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 3 und 4 m.H., dass es rechtsstaatlich problematisch wäre, unabhängig hiervon die schriftliche Auskunft gegenüber Amtsstellen als primäres Beweismittel zu behandeln, der schriftlichen Auskunft einer Amtsstelle komme nicht generell ein höherer Beweiswert zu als derjenigen einer Privatperson.

²⁰³⁰ Vgl. auch die Botschaft ZPO, S. 7325 f. zu Art. 187, sowie die Ausführungen und Beispiele z.B. bei: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 248; GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.125 f.; BERTI, ZPO, N. 393; MEIER I., ZPR, S. 317; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 133; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 190 N. 4; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 17; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 4; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 4.

dere wenn Zweifel an ihrer Richtigkeit bestehen, kann nachträglich eine Zeugenbefragung nötig sein.²⁰³¹

IV. Verhältnismässigkeit i.e.S. – Angemessenheit

a. Eruiieren von fallübergreifenden Faktoren für die Interessenabwägung

Als letztes Kriterium der Verhältnismässigkeit wird im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 641 BV verlangt, dass die staatliche Massnahme in Anbetracht der involvierten Interessen angemessen ist.²⁰³² Dieser dritte Schritt ist auch als Prüfung der *Verhältnismässigkeit im engeren Sinn* beziehungsweise im Grundrechtskontext auch als Prüfung der *Zumutbarkeit* bekannt.²⁰³³ Dabei ist eine Abwägung zwischen Zweck und Wirkung des staatlichen Eingriffs vorzunehmen: Werden diese beiden Aspekte in die Waagschalen gelegt, darf zwischen ihnen kein Missverhältnis resultieren.²⁰³⁴ Für die vorliegende Thematik bedeutet dies sinngemäss, dass das mit der gericht-

²⁰³¹ Nach der Botschaft ZPO, S. 7326 zu Art. 187, ist eine nachträgliche Zeugeneinvernahme selbstverständlich möglich; vgl. hierzu auch z.B.: S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 6 und 8; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 5; CR-SCHWEIZER, Art. 190 N. 12; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 249; GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 5; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 190 N. 5 und 10; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 133; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 23; B&M-PERROULAZ, Art. 190 N. 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.126; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 4 zudem m.H., dass so der Versuch einer Vereinfachung des Beweisverfahrens unternommen werden kann (vgl. auch DENS., N. 9 f. und 30). Die schriftliche Auskunft ist somit auch nicht etwa eine schriftliche Zeugenaussage, vgl. diesbez. z.B.: B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 8 und 29; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 6. Vgl. zudem B&M-PERROULAZ, Art. 190 N. 2; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 3; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 7, und BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 1, dass eine geladene Person nicht selbst entscheiden kann, statt eines Zeugnisses eine schriftliche Auskunft abzugeben.

²⁰³² BSK BV-EPINEY, Art. 5 N. 69 ff.; vgl. auch BIAGGINI, Art. 5 N. 21, 3. Spiegelstrich.

²⁰³³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 323; TSCHANNEN, § 7 N. 111, Punkt 3; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 37 und 40.

²⁰³⁴ Im Grundrechtskontext vgl. z.B.: TSCHANNEN, § 7 N. 111, Punkt 3; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1224; E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 37 und 40; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N. 139; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 320 i.V.m. 323. Zu Art. 5 Abs. 2 BV vgl. BIAGGINI, Art. 5 N. 21, 3. Spiegelstrich. Vgl. auch den allgemeinen Hinweis bei RÖHL/RÖHL, S. 656, dass der Zweck nicht das Mittel heiligt und aufgrund der Forderung nach Verhältnismässigkeit i.e.S. nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden darf.

lichen Prozessleitung angestrebte Ziel auf der einen Seite und die mit dem geeigneten und erforderlichen Eingriff in den Prozessstoff verbundenen Wirkungen auf der anderen Seite in einem vernünftigen Verhältnis stehen müssen. So ist also zu prüfen, wie bei der Relativierung des *da mihi facta* jeweils ein angemessener Ausgleich zwischen den implizierten Interessen erreicht wird.

642 Der Gesetzgeber der eidgenössischen Prozessordnung hat sich mit Art. 55 ZPO im Grundsatz für die Geltung des *da mihi facta* entschieden. Mit diesem Grundsatz sind verschiedene Interessen assoziiert, die hiervor im Unterkapitel C. II. zusammengefasst wurden:

- (i.) Die Parteien können aufgrund ihrer Nähe zu den Geschehnissen am genauesten und effizientesten Auskunft über diese geben, während der Zivilrichterschaft nur beschränkte Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung offenstehen.
- (ii.) Die Parteien korrigieren sich hierbei insbesondere aufgrund ihrer Eigeninteressen gegenseitig, so dass eine weitgehend vollständige Rekonstruktion der Ereignisse, wie sie sich aus objektiver Sicht zugetragen haben müssen, möglich wird.
- (iii.) Die Parteien verfolgen ihre persönlichen Interessen, über die sie Verfügungsberechtigung besitzen, auch im Zivilprozess möglichst autonom. Der staatliche Einfluss wird in diesen Belangen auf das hierfür Notwendige reduziert. Hier kann der Schutz der einer materiellen Prozessleitungsmassnahme kritisch gegenüberstehenden Partei in solchen Verfahren hinzugesetzt werden – also deren Interesse, dass das Gericht der Gegenpartei bei der Durchsetzung derer rein persönlichen Interessen nicht über Gebühr hilft.

643 Als Motive, die für eine Relativierung des *da mihi facta* in Betracht zu ziehen sind, wurden sodann im Unterkapitel C. III. die folgenden Elemente erwogen:

- (a.) Das Interesse an einem möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteil.
- (b.) Das Interesse an einem fair ausgestalteten Verfahren.
- (c.) Das Interesse an einem schonenden Einsatz von Zeit und finanziellen Mitteln.

644 Im Gegensatz zur vorangegangenen Interessenselektion erfolgt eine Interessenabwägung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nicht mehr auf hoher Abstrak-

tionsebene, sondern beurteilt sich anhand der konkreten Fallumstände.²⁰³⁵ Für die Umsetzung dieses Schritts in der vorliegenden Abhandlung ist jedoch erneut darauf zu verweisen, dass das Anliegen hier nicht in einer reinen Kommentierung gerichtlicher Eingriffe aus Praxisbeispielen liegt. Vielmehr geht es auch bei der Angemessenheitsprüfung weiterhin darum, fallübergreifende Faktoren für Entscheide im Bereich der materiellen Prozessleitung zu eruieren.²⁰³⁶ Dies aus der Überzeugung, dass eine systematische Darstellung relevanter Einflussfaktoren in diesem praktisch bedeutsamen Bereich zur besseren Begründ- und Nachvollziehbarkeit gerichtlicher Ermessens- und Auslegungsentscheidungen beitragen kann. Indessen erhebt das vorgeschlagene Konzept auch auf der Ebene der Verhältnismässigkeit i.e.S. nicht den Anspruch, als abschliessend zu gelten. Verfeinerungen und weitere Faktoren könnten hinzukommen. Der Vorschlag bietet somit Anknüpfungspunkte für die Diskussion über (weitere) Orientierungshilfen der materiellen Prozessleitung. Im vorliegenden Unterkapitel D. IV. soll mit drei verschiedenen Einflussfaktoren gearbeitet werden, deren Bezug sich wie folgt erklärt:

Der Gesetzgeber der neuen Prozessordnung hat eine ganze Palette an verschiedenen Verfahren kreiert, bei denen, so die Botschaft, je nach Art des Streits die Akzente im klassischen Spannungsfeld der verschiedenen Grundanliegen am und im Prozess anders gesetzt worden sind.²⁰³⁷ Aufgrund dessen muss nach der vorliegend vertretenen Ansicht ein *verfahrensbezogener Faktor* das Gerüst der Stufenfolge bilden, welcher der Gewichtung der verschiedenen Ziele und Interessen im Verfahren Rechnung tragen kann. Wie bereits erläutert, dürfte die in der Lehre zuweilen erhobene Kritik an der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung darin gründen, dass neben den drei Verfahrensarten – ordentliches, vereinfachtes und summarisches Verfahren – eine noch grössere Anzahl an Ausprägungen von sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen geschaffen wurde. Damit wurde der Umfang der gerichtlichen Kompetenzen im Rahmen der Prozessstoffsammlung nicht einzig an den neu geschaffenen Verfahrensarten festgemacht, sondern darüber hinaus teilweise auch an der Streitmaterie und am Streitwert.²⁰³⁸ Da nun die Maximenausprägungen *de lege lata* in der Überzahl sind, ist die Stufenfolge der materiellen

²⁰³⁵ Im Grundrechtskontext, vgl. SCHEFER, Dogmatik, S. 84 sowie bereits S. 78, und SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 101 sowie bereits N. 90.

²⁰³⁶ Zum Ziel der vorliegenden Analyse vgl. insb. N. 393–400 i.V.m. N. 581–583.

²⁰³⁷ Botschaft ZPO, S. 7245.

²⁰³⁸ Vgl. hierzu N. 384.

Prozessleitung an diesen und nicht an den drei Verfahrenstypen auszurichten:²⁰³⁹ Denn andernfalls würden Abgrenzungen übergangen, wie sie etwa im vereinfachten Verfahren aufgrund der verschiedenen Absätze des Art. 247 ZPO bestehen. Dabei ist die Stufenfolge allerdings nicht an abstrakten Maximenbezeichnungen festzumachen: Vielmehr ist die eben erwähnte unterschiedliche Akzentuierung der Ziele im Zivilprozess, wie sie jeweils hinter diesen Maximenausprägungen steht, ins Zentrum zu rücken.²⁰⁴⁰

- 646 Bezüglich dieser Zielakzentuierung gilt es, sich daran zu erinnern, dass auch zwischen den einzelnen Rechtfertigungsmotiven für die Relativierung des *da mihi facta* ein gewisses Spannungsverhältnis besteht.²⁰⁴¹ Dies muss unweigerlich dazu führen, dass die einzelnen Motive nicht allesamt in einem gleichartigen Verhältnis zu den Gegeninteressen, also den Interessen an einem strikten Festhalten am *da mihi facta*, stehen. Was dies für die Abwägung im Rahmen der vorliegenden Angemessenheitsprüfung zu bedeuten hat, ist Folgendes:
- 647 Zunächst zeigt sich eine harmonische Ergänzung zwischen gewissen Aspekten der beiden Interessenlagern: Die Tatsachen, dass die Parteien den Geschehnissen *am nächsten stehen* (i.) und ihre jeweiligen Sachverhaltshypothesen im kontradiktorischen Verfahren *gegenseitig korrigieren* (ii.), schliessen im Prinzip eine ergän-

²⁰³⁹ Vgl. auch zu der in der Theorie engen Koordination der Fragepflichten mit den verschiedenen Maximen z.B.: MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 270 f.; wie auch die Darstellung bei SCHUMACHER PE., S. 384 f. LIENHARD A. [b], N. 54 ff. und 387 ff., strukturiert seine Abhandlung über die materielle Prozessleitung mittels Differenzierung zwischen dem ordentlichen Verfahren und den besonderen Verfahren (worunter alle anderen zu verstehen sind), unterscheidet dann aber auch wieder zwischen den Maximen.

²⁰⁴⁰ Die Berücksichtigung der Zielakzentuierung hinter den Maximen dürfte ein Vorgehen sein, das mit dem Ansatz von KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3b, harmoniert, denn nach dessen Ansicht ist es sachgerecht, die inkonsistente Regelungslage bez. der materiellen Prozessleitung (bzw. Fragepflicht) *im Sinne der zugrunde liegenden rechtspolitischen Zielsetzungen* durch Auslegung so zu vereinfachen und zu akzentuieren, dass es in der Praxis möglich wird, sich daran in sinnvoller Weise zu orientieren. Einen ähnlichen Ansatz wählte im Übrigen MEIER I., ZPR, S. 385 ff., für seine Behandlung der Untersuchungsmaxime: MEIER bringt deren Graduierungen mit dem *Zweck*, den eine Ausprägung besonders ansteuert, in Verbindung und unterscheidet so die *unterstützende* von der *lenkenden* Untersuchungsmaxime; damit gibt der Zweck der Maxime auch Aufschluss über Umfang und Art der richterlichen Bemühungen, was nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht nur für die Untersuchungsmaxime ein sinnvoller Ansatz ist.

²⁰⁴¹ Vgl. hierzu N. 517–518.

zende Einflussnahme des aussenstehenden Gerichts auf den Prozessstoff nicht aus. So zeigte sich denn auch im Kapitel 3, dass selbst eine originäre gerichtliche Verantwortung für den Prozessstoff im Zivilverfahren nicht dazu führen kann, dass die Parteien mit der Stoffsammlung gar nichts mehr zu tun hätten: Selbst im Fall ausgeprägtester Gerichtskompetenz bleibt die Richterschaft auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen, um die *tatsächlichen Gegebenheiten* zu ergründen und das diesen möglichst *entsprechende Urteil* zu fällen (a.). So erklärt es sich, dass gerade diese beiden erstgenannten, hinter dem *da mihi facta* stehenden Motive (i. und ii.) auch die Relativierung der Untersuchungsmaxime im Sinne einer Mitwirkungslast der Parteien stützen.²⁰⁴²

Des Weiteren kann bereits ein einzelner Eingriff des Gerichts den Parteien dabei 648 *helfen*, zu erkennen (b.), *welche Elemente* des sie *umgebenden Geschehens* zu rekonstruieren beziehungsweise von ihnen in den Prozess *einzubringen* sind (i.), und in welchen Belangen es wichtig ist, allfällige *Unkorrektheiten der Gegenpartei aufzudecken* (ii.). Nicht zuletzt können die tatsächlichen Gegebenheiten, welche die unabdingbare Grundlage für das *materiell richtige Urteil* darstellen (a.), dank eines ergänzenden gerichtlichen Eingriffs oft auch *effizienter* (c.) ergründet werden.

Trotz reichlich Harmonie verbleiben relevante Interessen, die einander entgegen- 649 stehen und daher mittels Abwägung in Ausgleich zu bringen sind:

Wenn, wie erläutert, prozessuale Regeln – und so auch der Grundsatz *da mihi* 650 *facta* – nie einen reinen Selbstzweck darstellen dürfen,²⁰⁴³ muss sich auch dieser an die grundsätzliche Gewichtung der konfligierenden Ziele des Zivilprozesses²⁰⁴⁴ halten: Dementsprechend darf dem Grundsatz *da mihi facta*, der in gewissem Mass auch für die Eigenverantwortung der Parteien bei der Prozessstoffsammlung steht (iii.), nicht derart viel Gewicht beigemessen werden, dass er rücksichtslos überhand über die vordringlichen Zielen des möglichst materiell richtigen Urteils am Ende eines fair ausgestalteten Verfahrens nehmen würde. Dies wäre namentlich dann der Fall, würde einer so sichtlich bemüht wie überforderten Partei regungslos beim Scheitern an ihren prozessualen Aufgaben zugeschaut [was (b.) widerspricht], ein möglicherweise daraufhin ergangenes Fehlurteil [was (a.) widerspricht] als

²⁰⁴² Zum Grund des Parteibeitrags bei Untersuchungsmaxime vgl. N. 214–216. Zur Interpretation des *da mihi facta dabo* im Bereich der Untersuchungsmaxime vgl. N. 228–230.

²⁰⁴³ Vgl. hierzu N. 114–115 und N. 490 sowie die Hinweise in FN. 2323. Vgl. insb. auch das Zitat von BRÖNNIMANN in N. 239.

²⁰⁴⁴ Zur Zielgewichtung vgl. das Fazit in N. 527–529.

parteiautonomes Handeln im Sinne des Interesses an der Aufrechterhaltung des *da mihi facta* betrachtet (iii.), und der kurze Prozess als ein Erreichen des Ziels nach Ressourceneinsparung (c.) gewertet. Das Anliegen, dass die Parteien in ihren rein privaten Belangen primär selbstständig (iii.) ihre Rechte durchsetzen sollen, ist grundsätzlich legitim, jedoch nur solange sichergestellt ist, dass einerseits sorgfältige Parteien dieser Eigenverantwortung gewachsen sein können (b.), und dass andererseits die Parteien ihre Verantwortung nicht in einer Weise verwenden, die das Gericht dazu zwingt, dass das Ziel des materiell richtigen Urteils (a.) augenscheinlich übergehen zu müssen. Umgekehrt soll in Belangen, für welche die Parteien die originäre Verantwortung für den Prozessstoff tragen, die gerichtliche Einflussnahme nicht über das Mass hinausgehen, mit dem diese beiden Ziele (a.) und (b.), die für bestimmte Belange zuweilen noch besonders akzentuiert werden, ausreichend sichergestellt sind. Da mit den Prozessmaximen verschiedene prozessuale Wirkungen verbunden sind und die gerichtliche Prozessleitung sowohl diverse mittelbare wie unmittelbare Tätigkeiten²⁰⁴⁵ umfasst, ist der gerichtliche Einfluss auf den Prozessstoff durchaus graduierbar. Somit ist also in Prozessen, welche rein persönliche Anliegen der Parteien zum Gegenstand haben, die mit den vordringlichen Prozesszielen vereinbare Eigenverantwortung der Parteien als Schranke für den maximenabhängigen gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff aufzufassen. Diese Eigenverantwortung wird nachfolgend im Unterkapitel D. IV. c. in Form eines *subjektbezogenen Faktors* berücksichtigt.

- 651 Die zweite Reibungsquelle ergibt sich aus dem Umstand, dass der Zivilprozess grundsätzlich kontradiktorisch ausgestaltet ist. Das Ziel nach Verfahrensfairness muss somit zweien, allerdings gegeneinander antretenden Parteien gerecht werden. Diese Bipolarität führt dazu, dass auch hier teilweise Harmonie zu einem Interesse besteht, das mit *da mihi facta* verbunden ist: Darauf, dass das Festhalten am Grundsatz *da mihi facta* denn auch stellvertretend für das grundrechtliche Interesse der *ex ante* betrachtet an der materiellen Prozessleitung nicht interessierten Gegenpartei an einem ebenso für sie fairen Verfahren gelesen werden kann, wurde bereits im Kapitel 6 eingegangen. Im Rahmen der Interessenkonstellationen im Zivilprozess wurde dies dann im Kapitel 7 noch detaillierter aufgezeigt.²⁰⁴⁶ Mit anderen Worten ausgedrückt, ist aus dieser Perspektive die Eigenverantwortung der Parteien im Sinne des *da mihi facta* (iii.) mindestens so weit aufrechtzuerhalten, als bei rein persönlichen Belangen der Parteien die Verfahrensfairness eben auch eine richterliche Enthaltung gebietet. In diesem Sinn sind die Verfahrens-

²⁰⁴⁵ Zum Erschliessen von Prozessstoff durch das Gericht vgl. N. 187–197.

²⁰⁴⁶ Vgl. hierzu N. 428 i.V.m. N. 479–483.

grundrechte der Gegenpartei, wie selbstverständlich in jedem Zivilverfahren, als weitere wichtige Eingriffsschranke zu berücksichtigen. In der Folge wird diesen im Unterkapitel D. IV. d. als *kontradiktorischer Faktor* Rechnung getragen.

b. Verfahrensbezogener Faktor

i) Methode: Mit den Maximenausprägungen verbundene, relative Zielgewichtung als Gerüst der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung

Niklaus Thaddäus VON GÖNNER beschrieb zu Beginn des 19. Jahrhunderts zwei 652
Maximen, die einander nicht ausschliessen, sondern beide auf hinreichenden
Gründen beruhen.²⁰⁴⁷ Der schweizerische Gesetzgeber hat denn auch beide in der
eidgenössischen Zivilprozessordnung berücksichtigt, sich aber mit dem Art. 55
Abs. 1 ZPO für die grundsätzliche Geltung der Verhandlungsmaxime ausgespro-
chen.²⁰⁴⁸ Ohne abweichende Regelung liegt die personelle Verantwortung für
den Prozessstoff somit originär bei den Parteien. Doch selbst in Verfahren, die
von *da mihi facta* geprägt sind, vermögen verschiedene Interessen, beziehungs-
weise Ziele des Zivilprozesses, diesen Grundsatz zu relativieren. Dem Gericht
wird in gewissem Umfang eine ergänzende Einflussnahme auf den Prozessstoff
aufgetragen. Wie bereits erwähnt, wird vorliegend für die verschiedenen Relati-
vierungsgrade nicht primär auf die abstrakte Maximenbezeichnungen abgestellt:
Vielmehr ist das Gerüst der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung an der hin-
ter diesen Prozessmaximen stehenden Akzentuierung der verschiedenen Ziele des
Zivilprozesses auszurichten.²⁰⁴⁹ Dabei ist die Gewichtung der drei thematisierten
Ziele unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner gerichtlicher Fragepflicht
als Ausgangspunkt zu wählen. Der Einwand, dass nicht absolut bestimmbar ist,
wie gross jeweils der Beitrag der gerichtlichen Relativierung des *da mihi facta* an
jedes der drei Motive – an die Urteilsrichtigkeit, die Verfahrensfairness und an die
Ressourcenschonung – ausfällt, wenn diese Verhandlungsmaxime zur Anwendung
gelangt, ist durchaus berechtigt. Bei der Zielgewichtung hiervor im Unterkapi-

²⁰⁴⁷ Vgl. hierzu N. 201–203.

²⁰⁴⁸ Vgl. diesbez. auch z.B.: G/J/S-MUSTER, Art. 55 N. 1; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 1 und 16; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 24; G/J/S-SCHWANDER, Art. 272 N. 1; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 7; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 363; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 270; BRÖNNIMANN, Überblick, S. 83; MEIER R., N. 14; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 324; MEIER I., ZPR, S. 384; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 306 f. zu Art. 53 E-ZPO; BOHNET, procédure, N. 805 und 810.

²⁰⁴⁹ Zu diesem Vorgehen vgl. N. 645.

tel C. wurde denn auch einzig festgehalten, dass eine Prozessbeschleunigung nicht rücksichtslos überhand über die Ziele des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils und der Verfahrensfairness nehmen darf.²⁰⁵⁰ Ob nun zwischen letzteren beiden Zielen eine Rangfolge besteht, wie dies einige Aussagen in der Literatur vermuten lassen könnten,²⁰⁵¹ ist für die vorliegende Analyse irrelevant: Hier wird die materielle Prozessleitung unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner gerichtlicher Fragepflicht als Nullpunkt eines Koordinatensystems gesetzt, dessen Achsen die drei Ziele bilden – das möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Urteil, die Verfahrensfairness im Sinne einer Überbrückungshilfe im Fall entschuldigbarer Mängel bei den parteiseitigen Einbringstätigkeiten sowie die Ressourcenschonung. In diesem Raum soll dann eine relative Zielgewichtung für die weiteren Maximenausprägungen vorgenommen werden: Das heisst, es wird mit Blick auf diesen Ausgangspunkt erörtert, welche(s) dieser Ziele der Gesetzgeber bei der Statuierung einer weiteren Maximenausprägung, die mit einer Steigerung der gerichtlichen Einflusskompetenz auf den Prozessstoff einhergeht, zusätzlich akzentuiert haben wollte. Dabei wird selbstverständlich anerkannt, dass die Intensivierung der richterlichen Mitwirkung auch den übrigen Zielen vermehrt zuträglich sein kann. Es soll aber stets nach den Hauptmotiven für eine weitere Stufe gefragt werden. Denn hätte der Gesetzgeber alle Ziele maximal betonen wollen, hätte dies die grösstmögliche Einflusskompetenz des Gerichts in sämtlichen Belangen zur Konsequenz gehabt. Die Verhandlungsmaxime mit den ihr inhärenten Gefahren wäre kaum mehr als Grundsatzwahl zu rechtfertigen.²⁰⁵² Wie gesehen, beweist der Gesetzgeber aber vielgradige Differenzierungsabsichten, indem er etwa eigens eine Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht geschaffen hat, da die «soziale» Untersuchungsmaxime explizit nicht für das gesamte vereinfachte Verfahren erwünscht war.²⁰⁵³ So sehen sich die Gerichte bei der Anwendung des aktuellen Systems mit (je nach Ansicht) vier oder

²⁰⁵⁰ Vgl. hierzu N. 527–529.

²⁰⁵¹ Vgl. z.B. die Erörterungen bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 1; des Weiteren auch die Darstellung von TROLLER, Grundlagen, S. 64, die jedoch aus der Zeit vor der eidg. ZPO datiert.

²⁰⁵² Vgl. auch den kritischen Hinweis von HEER, S. 162, zur theoretischen Rechtfertigung des Prinzips der Verhandlungsmaxime: *«Es wirkt allerdings widersprüchlich, zunächst die Feststellung der Wahrheit als Ziel eines jeden Prozesses zu bezeichnen, dann aber, ohne weitere Begründung, Regeln zu rechtfertigen, welche der Feststellung des wahren Hergangs nicht notwendigerweise förderlich sind.»*

²⁰⁵³ Zu dieser Entstehungsgeschichte vgl. N. 655–656.

fünf verschiedenen Maximenausprägungen konfrontiert.²⁰⁵⁴ Für diese gilt es nun, die dahinterstehenden Ziele respektive deren weitergehenden Akzentuierungen zu ergründen.

ii) Zielgewichtung und -akzentuierung bei Verhandlungsmaxime

Die Verhandlungsmaxime kennt in der heutigen Zivilprozessordnung zwei Ausprägungen: Diejenige unter der allgemeinen Fragepflicht sowie eine mit verstärkter Fragepflicht im vereinfachten Verfahren. Mit dieser Erweiterung der Prozessleitungskompetenz geht die erste Zielakzentuierung einher. 653

1. Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht

Der vorliegend gesetzte Nullpunkt ist nicht etwa als ein reines *da mihi facta* zu verstehen. Wie aus den bisherigen Darstellungen, insbesondere den Erläuterungen zu Art. 56 ZPO,²⁰⁵⁵ hervorgeht, hat der Gesetzgeber zwar hinsichtlich des Prozessstoffs eine originäre Verantwortung der Parteien, dennoch aber keine reine Verhandlungsmaxime vorgesehen: Verschiedene Möglichkeiten des Gerichts, auf den Prozessstoff Einfluss zu nehmen, führen dazu, dass die Parteien beim Behaupten, Bestreiten, Substantiieren und Beweisanbieten nicht ausschliesslich auf sich gestellt sind. Damit sollen die im Kapitel 3 beschriebenen Gefahren der Verhandlungsmaxime in gewissem Mass gebannt werden.²⁰⁵⁶ Wie eben erläutert, braucht für die vorliegende relative Zielgewichtung indessen nicht bestimmt zu werden, wie gross bei dieser Maximenausprägung der gerichtliche Beitrag an die einzelnen Ziele jeweils ausfällt. 654

2. Verhandlungsmaxime mit verstärkter Fragepflicht im vereinfachten Verfahren

Tatsächlich wäre nach der Botschaft die Geltung einer abgeschwächten Untersuchungsmaxime für die Laienfreundlichkeit des vereinfachten Verfahrens «*unabdingbar*» gewesen.²⁰⁵⁷ Trotzdem bemerken Samuel BAUMGARTNER, Annette 655

²⁰⁵⁴ Zur Anzahl Stufen bzw. zum Differenzierungsbedarf bei der Untersuchungsmaxime vgl. N. 388–390 und N. 697–699.

²⁰⁵⁵ Vgl. hierzu N. 458–469 und N. 542–562.

²⁰⁵⁶ Vgl. hierzu N. 234–240.

²⁰⁵⁷ Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, wobei diese gemäss den Erläuterungen einzig eine verstärkte Fragepflicht fordert, keine eigenen gerichtlichen Ermittlungen, aber doch als «*Nebeneffekt*» ein offenes Novenrecht mit sich bringt; auf diese Bot-

DOLGE, Alexander MARKUS und Karl SPÜHLER, dass der Untersuchungsgrundsatz kein Merkmal des vereinfachten Verfahrens darstellt – die meisten vereinfachten Verfahren würden der Verhandlungsmaxime unterstehen.²⁰⁵⁸ Zu erklären ist dies mit dem bereits erwähnten Umstand, dass die Intention des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren nicht umgesetzt worden ist: Wie aus der Entstehungsgeschichte zu Art. 247 ZPO hervorgeht, kam bereits für die Expertenkommission, die für den Vorentwurf zuständig war, und dann auch für den Ständerat, der den späteren Entwurf des Bundesrats sichtete, keine soziale Untersuchungsmaxime für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten infrage.²⁰⁵⁹ Auch die ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) brachte diesbezüglich keine Änderung.²⁰⁶⁰

- 656 Aus der Lektüre der beiden Absätze des Art. 247 ZPO wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber sich für einen Mittelweg entschieden und dabei eine neue Maximenausprägung geschaffen hat: Gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 unterstehen grundsätzlich der Verhandlungsmaxime, womit nach wie vor die Parteien die Hauptverantwortung für den Prozessstoff tragen,²⁰⁶¹ doch wird die Verhandlungsmaxime mittels einer gegenüber

schaftspassage hinweisend auch: CR-TAPPY, Art. 247 N. 2; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 230 und 233 f., wobei die genannten Autoren auf S. 249 und 254 bemerken, dass sie den bundesrätlichen Entwurf bevorzugt hätten; vgl. auch BOHNET, *procès*, N. 2 und 77, und PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 2 f. Der Bericht VE-ZPO, S. 119 zu Art. 240, aus dem Jahr 2003 nannte die Untersuchungsmaxime immerhin als «*wichtiges Merkmal des Sozialprozesses*», wenngleich die Expertenkommission davon absehe, diese für den gesamten Bereich des vereinfachten Verfahrens vorzusehen.

²⁰⁵⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 150; ähnlich HEINZMANN, *Habil.*, N. 77, der diesbez. von einer «*décision de principe*» und einem «*changement (partiel) de paradigme par rapport au P-CPC*» spricht.

²⁰⁵⁹ Bericht VE-ZPO, S. 119 zu Art. 240, und Ständerat Hansheiri IDERKUM, AB 2007 S. 532. Vgl. auch die Erläuterungen dieser Entstehungsgeschichte z.B. bei: HEINZMANN, *Habil.*, N. 75 ff. und 86; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 6 f.; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 1; CR-TAPPY, Art. 247 N. 2 f. und 18; MORDASINI-ROHNER, *Diss.*, N. 299 ff.; SUTTER-SOMM, *Verfahrensgrundsätze*, S. 309; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 230.

²⁰⁶⁰ Im Rahmen der ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) sah es zunächst danach aus, als würde eine generelle amtswegige Sachverhaltsfeststellung im vereinfachten Verfahren eingeführt (zum vorgeschlagenen Text vgl. AB 2021 S. 684), letztlich wurde dann aber an der bisherigen Rechtslage festgehalten, vgl. insb. Ständerat Philippe BAUER, AB 2023 S. 8 f. und Nationalrat Beat FLACH, AB 2023 N 209.

²⁰⁶¹ Vgl. z.B.: 4D_57/2013 E. 3.2; 4A_57/2014 E. 1.3.3; 4A_33/2015 E. 6.2.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 5D_17/2020 E. 2.2. Im Rahmen der ZPO-Revision (Praxis-

Art. 56 ZPO erweiterten richterlichen Fragepflicht zusätzlich abgeschwächt.²⁰⁶² Damit trifft das Gericht eine *«besondere Verantwortung im Rahmen der Kommunikation»*²⁰⁶³, indem es, im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO, *«durch entsprechende Fragen darauf hin[zuwirken hat], dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen»*. Diese Verhandlungsmaxime des vereinfachten Verfahrens mit ihrer verstärkten Fragepflicht ist als erstes Teilergebnis der eidgenössischen Prozessordnung zu werten,²⁰⁶⁴ mit dem der Gesetzgeber, *«[e]in einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren für den Gerichtsalltag»*²⁰⁶⁵ umsetzen wollte.

Aus dieser Entstehungsgeschichte zeichnet sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht ab, dass es bei dieser neu kreierte, gegenüber der vom Bundesrat ursprünglich geplanten Untersuchungsmaxime allerdings reduzierten Maximenausprägung in erster Linie darum ging, trotz Verhandlungsmaxime die im vereinfachten Verfahren besonders angestrebte Laienfreundlichkeit auch bei der Prozessstoffbeschaffung nicht zu verlieren. Das heisst, den Parteien sollte die im Bericht zum Vorentwurf erwähnte *«reale Möglichkeit»*²⁰⁶⁶ erhalten bleiben, auch ohne anwaltliche Vertretung zu prozessieren.²⁰⁶⁷ Dies bedingt natürlich, dass sie nicht an unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen scheitern. Angesichts der Tatsache, dass indessen die Einführung einer eigentlichen Untersuchungsmaxime klar abgelehnt wurde, ist die gegenüber dem ordentlichen Verfahren eingeführte gerichtliche Kompetenzerweiterung primär dem Anliegen um Verfahrensfairness und nicht einem vermehrten Streben nach Wahrheit geschuldet. Dass sie im Endeffekt natürlich *auch* dem der tatsächlichen Rechtslage ent-

tauglichkeit) ergab sich keine Änderung der Streitwertgrenze (vgl. die Abstimmung in AB 2022 N 707).

²⁰⁶² Vgl. auch KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 1 f. über einen Kompromiss zwischen Art. 56 und Art. 247 Abs. 2 ZPO; HEINZMANN, Habil., N. 76 f. zur *«création d'un nouveau degré de participation»*, sowie PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 2.

²⁰⁶³ B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 9, die sie als eigentliche Mitwirkungspflicht des Gerichts bezeichnen.

²⁰⁶⁴ Vgl. auch die Titelgebung bei B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 Titel vor N. 8, *«Konkretisierungen des sozialen Zivilprozesses»*, worunter sowohl Art. 247 Abs. 1 (N. 8 f.) als auch Art. 247 Abs. 2 (N. 10 f.) ZPO behandelt werden.

²⁰⁶⁵ Botschaft ZPO, S. 7245.

²⁰⁶⁶ Bericht VE-ZPO, S. 117 Vorbemerkungen zum vereinfachten Verfahren nach Art. 237–241.

²⁰⁶⁷ Vgl. hierzu N. 369–370.

sprechenden Urteil zuträglich ist, dürfte unbestritten sein.²⁰⁶⁸ Wie bereits im Kapitel 6 erwähnt, stellt zudem die zügige Streiterledigung ein generelles Bestreben im vereinfachten Verfahren dar,²⁰⁶⁹ der auch die erweiterte Fragepflicht besonders zuträglich sein kann.

iii) Zielakzentuierung bei Untersuchungsmaxime

- 658 In der Schweiz gibt es keinen einheitlichen Typus Untersuchungsgrundsatz, sondern, mit den Worten von Paul OBERHAMMER ausgedrückt, «nach dem Zweck der Anordnung amtswegiger Wahrheitsforschung abgestufte richterliche Stoffsammlungspflichten»²⁰⁷⁰. Dass das gerichtliche Pflichtprogramm im Rahmen der Prozessstoffsammlung vom Anliegen abhängt, dem die jeweilige Anordnung einer Untersuchungsmaxime dienen soll, bemerkte allerdings nicht nur OBERHAMMER; auch Jürgen BRÖNNIMANN oder Isaak MEIER machten ähnliche Feststellungen.²⁰⁷¹ Die Frage nach dem Hauptmotiv des hiesigen Gesetzgebers, wenn dieser ausnahmsweise eine mehr oder minder weitreichende Verpflichtung zur amtswegigen Sachverhaltsabklärung statuierte, ist demnach zentral.²⁰⁷²

²⁰⁶⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 145 f., wie auch DOLGE, Anforderungen, S. 32, schreiben, dass das Gericht «im Interesse der materiellen Wahrheit» den Parteien «bei der Sammlung des Prozessstoffs notfalls behilflich zu sein» hat (Hervorhebungen in beiden Quellen anders), womit diese nach dem vorliegenden Leseverständnis beide Ziele gleichermassen in den Fokus stellen.

²⁰⁶⁹ Vgl. hierzu N. 175 sowie das Zitat aus der Botschaft in FN. 1171.

²⁰⁷⁰ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 8.

²⁰⁷¹ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 15 zudem m.H., dass dem Untersuchungsgrundsatz nicht pauschal der Grundgedanke des sozialen Zivilprozesses zugrunde liegt; ähnlich der Hinweis, noch vor der eidg. ZPO, von BRÖNNIMANN, Diss., S. 97, und BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 342, wonach eine gesetzlich statuierte Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen (also eine Untersuchungsmaxime) nicht zwingend überall die gleiche Bedeutung haben muss; vgl. auch MEIER I., ZPR, S. 385 ff. Vgl. zudem den Hinweis speziell zur sozialen Untersuchungsmaxime bei KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 7, wonach deren Motiv, der Schutz der schwächeren Partei, auch Massstab ihrer Anwendung ist.

²⁰⁷² Vgl. auch den Hinweis bei BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 1, wonach je nach Verfahren und Gegenstand Gründe bestehen, die Sachverhaltsdarstellung und die Tatsachenfeststellung/Beweisführung zu erleichtern; vgl. auch ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 25, wonach aus rechtspolitischer Sicht vor allem zwei Bereiche, öffentliches Interesse/Interesse Dritter sowie sozialpolitische Überlegungen, die Untersuchungsmaxime rechtfertigen. Zur primär rechtspolitischen Frage, wer die tatsächlichen Urteilsgrundlagen im Prozess beschaffen soll, vgl. FN. 614 der vorliegenden Abhandlung.

Der in der eidgenössischen Zivilprozessordnung abgesteckte Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime zeigt, dass eine solch weiterreichende gerichtliche Prozessstoffsammelkompetenz nicht per se in einer bestimmten Verfahrensart angeordnet wurde, sondern der Gesetzgeber sie grundsätzlich von besonderen Verfahrensthemen abhängig gemacht hat. Namentlich in vier für das erstinstanzliche Erkenntnisverfahren relevanten Gebieten hat er eine Untersuchungsmaxime statuiert;²⁰⁷³ Zunächst für ganz bestimmte Streitgegenstände des vereinfachten und des summarischen Verfahrens. Dann in weiten Teilen familienrechtlicher Prozesse sowie verfahrensübergreifend auch im Bereich der Prozessvoraussetzungen. Nicht zuletzt bildet nach Lehre und Rechtsprechung auch das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege einen weiteren Anwendungsfall. 659

1. Amtswegige Feststellung im vereinfachten Verfahren über das soziale Privatrecht

Neben der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht lässt sich im Art. 247 ZPO auch eine sogenannt soziale Untersuchungsmaxime finden²⁰⁷⁴. Dieser unterstehen die in Art. 243 Abs. 2 ZPO aufgelisteten Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens: Solche, die auf dem Gleichstellungs- oder dem Mitwirkungsgesetz basieren, oder auch Prozesse, im Rahmen derer das Auskunftsrecht des Datenschutzgesetzes durchgesetzt werden soll. Weiter sind Streitigkeiten aufgeführt, die Gewalt, Drohung oder Nachstellungen nach Art. 28b ZGB oder eine elektronische Überwachung nach Art. 28c ZGB zum Gegenstand haben. Und ebenfalls in der Liste zu finden sind einerseits Verfahren über Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG und andererseits ganz bestimmte Streitthemen aus dem Bereich Miete und Pacht. Abgesehen von diesen Themen unterstehen das Miet-, das Pacht- und das Arbeitsrecht auch, was deren übrige Angelegenheiten betrifft, der sozialen Untersuchungsmaxime, sofern der Streitwert den Betrag von CHF 30'000 nicht übersteigt. Diese Maximenausprägung 660

²⁰⁷³ Auf Bestimmungen ausserhalb der ZPO, die bestimmte Gegenstände einer Untersuchungsmaxime unterstellen (vgl. z.B. das KHG und diesbez. die N. 219 oder das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ausserhalb des Art. 255 lit. a ZPO), wird vorliegend nicht eingegangen; auch nicht auf Art. 341 Abs. 1 ZPO zur Prüfung der Vollstreckbarkeit durch das Vollstreckungsgericht, da diese ausserhalb des vorliegend behandelten Gegenstands (Erkenntnisverfahren) liegt.

²⁰⁷⁴ Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243 m.H.a. die Urteile 4C.211/2004 (Mietrecht) und 4C.340/2004 (Arbeitsrecht, nicht vollständig publiziert im BGE 131 III 243).

spricht somit augenscheinlich Angelegenheiten des sozialen Privatrechts²⁰⁷⁵ an, bei denen zuweilen auch das materielle Recht besondere Schutzmechanismen vorsieht. Daran, dass das Verfahrensrecht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem von ihm gepflegten materiellen Recht zu betrachten ist, erinnerte Marianne HEER bereits längere Zeit bevor das Prozessrecht vereinheitlicht wurde: *«Je mehr der Gesetzgeber mit dem materiellen Recht gestaltend in die soziale Wirklichkeit eingreift, desto mehr Verantwortung wird damit dem Richter dafür zugeschoben, dass dem Grundgedanken der Norm auch verfahrensmässig Nachachtung verschafft wird.»*²⁰⁷⁶ Dies beteuert der hiesige Gesetzgeber, indem er die Gerichte beauftragt, sich in solchen vereinfachten Verfahren vermehrt an der Prozessstoffsammlung zu beteiligen.²⁰⁷⁷ Auch diese zusätzliche Kompetenzerweiterung der Gerichte im Sinne der sozialen Untersuchungsmaxime gehört deshalb zur Antwort,²⁰⁷⁸ wenn nach der konkreten Ausgestaltung eines *«einfache[n], bürgernahe[n] und laienfreundliche[n] Verfahren[s] für den Gerichtsalltag»*²⁰⁷⁹ gefragt wird.

- 661 In Prozessen des vereinfachten Verfahrens, die von der sozialen Untersuchungsmaxime geprägt sind, können die Parteien regelmässig über die strittigen Sachansprüche verfügen.²⁰⁸⁰ In dieser Hinsicht wäre somit, zumindest in der Theorie,

²⁰⁷⁵ Begriffsverwendung z.B. bei: MEIER I., ZPR, S. 384; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 6. Des Weiteren ist auch von *sozialem Zivilprozess* die Sprache, dessen Bestandteil das vereinfachte Verfahren bildet (insb. auch mit der dort zuweilen herrschenden Untersuchungsmaxime), vgl. diesbez. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7345 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 5 i.V.m. 1151; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 151; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 1.5; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 34 und § 21 N. 15; vgl. auch BK II-KILLIAS, Vorbem. vereinfachtes Verfahren, S. 2414 N. 3, 2. Spiegelstrich.

²⁰⁷⁶ HEER, S. 159, vgl. zudem bereits S. 154 f.

²⁰⁷⁷ Vgl. auch den BGE 144 III 235 E. 2.3 (Arbeitsrecht), wo das BGer erwägt, dass Art. 247 Abs. 2 ZPO zu den Regeln gehört, die dem Schutz der sozial schwächeren Partei dienen sollen und u.a. damit auch der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck kommt, den materiell-rechtlichen Schutz ins Prozessrecht zu verlängern.

²⁰⁷⁸ Vgl. auch die Titelgebung bei B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 Titel vor N. 8, *«Konkretisierungen des sozialen Zivilprozesses»*, worunter sowohl Art. 247 Abs. 1 (N. 8 f.) als auch Art. 247 Abs. 2 (N. 10 f.) ZPO behandelt werden.

²⁰⁷⁹ Botschaft ZPO, S. 7245.

²⁰⁸⁰ Vgl. diesbez. zur sozialen Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren z.B.: MEIER I., ZPR, S. 386; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 153; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 9; derselbe Hinweis, jedoch allgemein zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime z.B. bei: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 363; LIENHARD A. [b], N. 506 (unter Ausnahme der Prozessvoraussetzungen in FN. 802). Vgl. diesbez. vor

auch eine Verhandlungsmaxime denkbar. Aus den Materialien ist ersichtlich, dass mit Art. 247 Abs. 2 ZPO denn auch nicht eine umfassende, sondern eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime statuiert wurde, die eine speziell soziale Zielsetzung aufweist.²⁰⁸¹ Sie greift gemäss Botschaft explizit nur so weit dies tatsächlich geboten ist: «[V]or allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien (z.B. Arbeitgeber gegen Arbeitnehmer) oder bei ungleichem Know how (Laie gegen anwaltlich vertretene Partei). Wenn sich jedoch zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber stehen, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen Prozess zurückhalten.»^{2082, 2083} Diese explizite Betonung des Schutzes der (stereotyp) schwächeren Partei auf der einen Seite, unter gleichzeitig ausdrücklicher Beschränkung der gerichtlichen Mitwirkung auf das tatsächlich Gebotene auf der anderen Seite, spricht nach der vorliegend vertretenen Ansicht dafür, dass hier eine auf sensible Materien bezogene, besondere Verfahrensfairness gegen-

der eidg. ZPO z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 19 und 22; ASPRION, S. 31; SARBACH M., Diss., S. 98; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 142. Vgl. auch die Ausführungen von KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 5, zum sozialen Zivilprozessrecht: «In solchen Fällen hat die richterliche Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsforschung nicht den Zweck, verpönte Parteidispositionen im Wege koordinierten Verhaltens bei der prozessualen Stoffsammlung zu verhindern, sondern soll typischerweise schutzwürdige Parteien von ihren prozessualen Handlungsobliegenheiten entlasten [...]», oder noch vor der eidg. ZPO von BRÖNNIMANN, Diss., S. 77: «Dient der Untersuchungsgrundsatz dagegen der staatlichen Fürsorge für die unbeholfene, schwächere Partei, wie dies in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der Fall ist, stellt sich die Situation etwas anders dar: Hier ist die Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand nicht eingeschränkt und an der Ermittlung des wahren Sachverhalts besteht kein öffentliches Interesse.» (Hervorhebungen weggelassen), vgl. auch DENS., a.a.O., S. 99 f.; ähnlich auch BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 345 f. und 365.

²⁰⁸¹ Hinweise auf die soziale Zielsetzung, insb. auf den Schutz *schwächerer* Parteien, bei der sozialen Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren sind verbreitet, vgl. z.B.: MEIER I., ZPR, S. 386 f.; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 7; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 20; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 27; FRÖHLICH, N. 13. Vgl. auch den Hinweis bei BK I-HURNI, Art. 55 N. 69, dass im Zusammenhang mit Art. 247 Abs. 2 ZPO der beschränkte Untersuchungsgrundsatz auch als «sozial» oder «sozialpolitisch motiviert» bezeichnet wird (vgl. diesbez. aber auch die vorliegenden Hinweise in N. 388–391). Vgl. auch die Beschreibung der sozialen Untersuchungsmaxime vor der eidg. ZPO z.B. bei: BRÖNNIMANN, Diss., S. 99 f.; SARBACH M., Diss., S. 98 f.

²⁰⁸² Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243 (Hervorhebungen zugefügt).

²⁰⁸³ Vgl. auch, m.H.a. die Botschaft, die Urteile 4A_701/2012 E. 1.2; 4A_106/2020 E. 2.1. Des Weiteren auch die Hinweise von SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 309 f., und G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 8; vgl. zudem BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 232.

über einer schematisch schutzbedürftigen Laienpartei das primäre Motiv für *diese* eingeschränkte Form der Untersuchungsmaxime bildet.²⁰⁸⁴ Erneut gilt, dass die zeitige Mithilfe des Gerichts bei der Stoffsammlung das Verfahren regelmässig beschleunigt,²⁰⁸⁵ was ebenfalls zu den erklärten Absichten des vereinfachten Verfahrens gehört²⁰⁸⁶.

2. Amtswegige Feststellung und Prüfung in weiteren Belangen

2.1. Eingeschränkte Formen der Untersuchungsmaxime bei bestimmten Streitgegenständen

- 662 Eine explizit amtswegige Sachverhaltsfeststellung ist abgesehen der Fälle des Art. 247 Abs. 2 ZPO auch für weitere, ganz bestimmte Belange vorgesehen:

2.1.1. Art. 255 ZPO

- 663 In Art. 255 ZPO findet sich eine eingeschränkte Form der Untersuchungsmaxime für bestimmte Summarverfahren. Wie insbesondere aus einem Aufsatz von François BOHNET und Pascal JEANNIN, aber auch aus der Kommentierung zur amtswegigen Beweiserhebung von Jürgen BRÖNNIMANN hervorgeht, gründet der Art. 255 ZPO nicht auf den selben Motiven wie die soziale Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO.²⁰⁸⁷

²⁰⁸⁴ Vgl. auch das Urteil 4A_229/2017 E. 3.3.1: «Die einfache (oder soziale) Untersuchungsmaxime verpflichtet nicht zur eigentlichen Erforschung des Sachverhaltes, sondern dient in erster Linie dazu, eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen [...]» (Hervorhebungen zugefügt). Vgl. z.B. auch den Hinweis bei BRÖNNIMANN, Diss., S. 99 f., zur Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen im Parteiinteresse vor der eidg. ZPO: «Es können auch sozialpolitische Überlegungen dazu führen, die wirtschaftlich schwächere Partei im Prozess bei der Stoffsammlung zu unterstützen, wie in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dem Arbeitnehmer im Interesse der Rechtsverwirklichung besonders richterliche Hilfe zuteil werden soll. Hier steht nicht die Suche nach dem wahren Sachverhalt oder die Beschränkung der Verfügung über den materiellen Anspruch im Vordergrund des öffentlichen Interesses, sondern die staatliche Fürsorge für die schwächere Partei.» (Hervorhebungen weggelassen); des Weiteren auch BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 4, über die im Parteiinteresse erlassene soziale Untersuchungsmaxime; ferner BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 245 (zitiert hiernach in FN. 2087); KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 6 f., zum Motiv der sozialen Untersuchungsmaxime.

²⁰⁸⁵ Vgl. auch BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 4A_360/2015 E. 4.2; des Weiteren KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 7.

²⁰⁸⁶ Vgl. hierzu N. 175 sowie das Zitat aus der Botschaft in FN. 1171.

²⁰⁸⁷ BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 245: «Contrairement à la maxime inquisitoire pure, la maxime inquisitoire sociale n'a pas pour but la recherche de la vérité matérielle

2.1.1.1. Konkurs- oder Nachlassgericht

Im Sinne des Art. 255 lit. a ZPO werden die gerichtlichen Kompetenzen bei der Prozessstoffsammlung erweitert, wenn das Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht zu entscheiden²⁰⁸⁸ hat. Eine Besonderheit solcher Verfahren bilden die echten Mitwirkungspflichten, die sich aus dem Zusammenspiel des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs mit dem Strafgesetzbuch ergeben: Missachtet der Schuldner die vom SchKG geforderte Mitwirkung, wonach insbesondere er selbst wie auch alle seine Vermögenswerte dem Konkursamt zur Verfügung stehen müssen, drohen ihm nicht nur zivilprozessuale Nachteile, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen.²⁰⁸⁹ Dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, die zwar oft nicht allesamt am Zivilverfahren teilnehmen, die aber letztlich alle von dessen Resultat betroffen sein können, wird auch durch die besagte Statuierung einer

à des fins d'intérêt public, mais l'assistance étatique pour la partie faible dans une relation contractuelle ou familiale pour permettre à celle-ci la consécration de ses droits.» (Hervorhebung weggelassen), i.V.m. S. 225, wonach sich die amtswegige Sachverhaltsfeststellung zwar nicht auf das soziale Privatrecht beschränkt, eine weiterreichende richterliche Intervention etwa im Bereich von Art. 255 ZPO jedoch aus anderen Gründen geboten ist. BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 4 ff., schreibt zur «Beweiserhebung von Amtes wegen» (Titel) gerade nicht im Anschluss zur sozialen Untersuchungsmaxime, sondern unmittelbar anschliessend an seine Erläuterungen zur Offizial- und zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, welche zur Verhinderung einer Verfügung über den Streitgegenstand statuiert werden, dass die gleichen Überlegungen auch dazu geführt hätten, dass die Verfahren i.S.v. Art. 255 ZPO dem Untersuchungsgrundsatz unterstehen, mit der entsprechenden Konsequenz der Beweiserhebung von Amtes wegen nach Art. 153 Abs. 1 ZPO. Für LIENHARD A. [b], N. 486 ff. und 585, sind andere Zwecke als der Schutz der sozial schwächeren Partei in besonders sensiblen Materien – wie etwa der Schutz von Interessen Dritter oder der Ausgleich der fehlenden Gegenpartei – für die eingeschränkte Untersuchungsmaxime «atypisch» bzw. stellt die Verhinderung einer Streitgegenstandsverfügung «nur ein fragwürdiger und unpassender Nebenzweck» der eingeschränkten Untersuchungsmaxime dar. Auch wenn diese Auffassung vorliegend nicht geteilt wird (vgl. hierzu N. 697), zeigt auch sie, dass die eingeschränkte Untersuchungsmaxime noch andere Zwecke hat.

²⁰⁸⁸ Zu Angelegenheiten des Konkurs- und des Nachlassgerichts vgl. B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 14 f.

²⁰⁸⁹ B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 12 m.H.a. Art. 222 SchKG i.V.m. Art. 163 Ziff. 1 und Art. 323 Ziff. 4 StGB (Pflicht des Schuldners, beim Konkursamt alle seine Vermögensgegenstände abzugeben und zur Verfügung zu stellen) und auf Art. 229 SchKG i.V.m. Art. 323 Ziff. 5 StGB (Pflicht des Schuldners, während des Konkursverfahrens der Konkursverwaltung zur Verfügung zu stehen, nötigenfalls mithilfe von Polizeigewalt).

Untersuchungsmaxime Rechnung getragen.²⁰⁹⁰ Das Bündel dieser Mechanismen ist Beleg dafür, dass in diesem Bereich zumindest für bestimmte Fragestellungen das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung erfahren hat.

- 665 Obschon die Verfügungsbeschränkung des Schuldners über seine Vermögenswerte abzusichern ist, sprach das Bundesgericht im Urteil 5A_300/2016, welches eine Konkursangelegenheit betraf, in Bezug auf Art. 255 lit. a ZPO von einer eingeschränkten oder sozialen Untersuchungsmaxime²⁰⁹¹. In der Folge fasste es dann auch mit der Aussage, «[c]ette maxime a été conçue pour protéger la partie faible au contrat, pour garantir l'égalité entre les parties au procès et pour accélérer la procédure»²⁰⁹², die Zielsetzung der Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO zusammen. Also der Zielsetzung, wie sie der Untersuchungsmaxime beim sozialen Privatrecht des vereinfachten Verfahrens zugeschrieben wird.²⁰⁹³ Lehnt man sich an die Terminologie von Isaak MEIER an, ging das Bundesgericht somit hier nicht von einer lenkenden, sondern von einer lediglich *unterstützenden* Aufgabe der Untersuchungsmaxime aus.²⁰⁹⁴ Letztlich wurde dadurch die Vorinstanz geschützt, die nicht von Amtes wegen neuere Auszüge aus den einschlägigen Registern beigezogen hatte. Hierzu wäre sie gemäss einer früheren Rechtsprechung durchaus *berechtigt* gewesen,²⁰⁹⁵ nach der Präzisierung des Bundesgerichts in diesem neueren Entscheid jedoch in keinsten Weise *verpflichtet*.²⁰⁹⁶ Darüber

²⁰⁹⁰ Hinweise auf die folgensweren Massnahmen, die im Verfahren gegenüber dem Schuldner getroffen werden und die auch Auswirkungen auf verfahrensexterne Gläubiger haben, was die Untersuchungsmaxime rechtfertigt, z.B. bei: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 21 N. 46; KuKo-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N. 5; B&M-RUBIN, Art. 255 N. 4; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 238; S/H/L-KLINGLER, Art. 255 N. 4; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 409; BK II-GÜNGERICH, Art. 255 N. 4; BSK ZPO-MAZAN, Art. 255 N. 3; GASSER/RICKLI, Art. 255 N. 1; CR-BOHNET, Art. 255 N. 3.

²⁰⁹¹ 5A_300/2016 E. 5.1 f.

²⁰⁹² 5A_300/2016 E. 5.1 m.H.a. BGE 130 III 102 E. 2.2 und BGE 125 III 231 E. 4a. Die praktisch identische Passage findet sich auch im konkursrechtlichen Urteil 5A_354/2016 E. 4.1, ebenfalls mit den Verweisen auf die älteren Entscheide aus dem Bereich des sozialen Privatrechts. Solche Ausführungen finden sich demgegenüber nicht im konkursrechtlichen Entscheid 5A_175/2015 oder auch 5A_519/2019 E. 3.4.3.

²⁰⁹³ Vgl. hierzu N. 698–699 und N. 964–965.

²⁰⁹⁴ MEIER I., ZPR, S. 385 ff., i.V.m. der Erläuterung in N. 2045.

²⁰⁹⁵ 4A_427/2013 E. 4; 5A_175/2015 E. 5.

²⁰⁹⁶ 5A_300/2016 E. 5.2: «Si la jurisprudence admet qu'un tel extrait peut être requis d'office par l'autorité saisie d'un recours contre un prononcé de faillite, la maxime inquisitoire simple applicable ne l'oblige toutefois nullement à le faire. Ceci vaut d'au-

beschwerte sich die Konkursitin, hätten doch die neueren Auszüge angeblich geringere Schulden ausgewiesen.²⁰⁹⁷ Da sie jedoch anwaltlich vertreten war, was das Bundesgericht auch mehrfach betonte,²⁰⁹⁸ war es nach dessen Ansicht auch nicht Aufgabe der Vorinstanz, eine Fragepflicht bezüglich irgendwelcher veralteten Belege auszuüben.²⁰⁹⁹ Sicherlich darf davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin in jenem Fall unsorgfältig prozessiert hat. Wenn Gerichte jedoch bei konkursrechtlichen Streitgegenständen unter Verweis auf eine Unsorgfalt der Schuldnerin generell von der materiellen Prozessleitung absehen würden, könnten insbesondere auch verfahrensexterne Gläubiger zu Schaden kommen und der Schuldnerin ihre mangelnde Prozesssorgfalt oder ihr fehlender Mitwirkungswille zuweilen zuträglich sein. Die vorliegend zitierte Rechtsprechung zum amtswegigen Registerbeizug lässt sich somit schwerlich generalisieren. So hatte denn auch im Fall 5A_175/2015 die Konkursitin gerade kein Interesse am gerichtlichen Beizug neuerer Registerauszüge und beklagte sich, ihre Insolvenz sei auf der Grundlage von Noven erstellt worden, welche von Amtes wegen beigezogen worden waren. Tatsächlich finden sich in jenem Urteil keine Ausführungen zur sozialen Untersuchungsmaxime; vielmehr erläutert das Bundesgericht die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes der Vorinstanz nun mit den Worten: *«A cet égard, il est constant que dite autorité est fondée à requérir d'office un extrait du registre des poursuites pendantes contre le débiteur qui recourt contre le prononcé de sa faillite [...]»*²¹⁰⁰

Da *ex ante* regelmässig nicht klar ist, wessen Interessen die aktuellen Registerauszüge entgegenkommen, ist eine konsequente Umsetzung einer asymmetrischen Verteilung von zwei Maximenausprägungen, wie dies etwa bei den Prozessvoraussetzungen vorgenommen wird²¹⁰¹, schwierig: Ob eine Gläubigerschädigung resultiert, wenn das Gericht nicht über die Sorgfalts- oder die Mitwirkungspflichtverletzung des Schuldners hinwegsieht, wird sich erst *nach* der materiellen Pro-

tant qu'en l'espèce, la recourante était assistée d'un avocat, de sorte que la maxime inquisitoire sociale ne s'applique qu'avec retenue à la présente procédure.»

²⁰⁹⁷ 5A_300/2016 E. 5; im dort erwähnten Entscheid 5A_175/2015 E. 5 hatte die Konkursitin dagegen kein Interesse am amtswegigen Beizug des Registerauszugs und wehrte sich dagegen.

²⁰⁹⁸ 5A_300/2016 E. 5.

²⁰⁹⁹ 5A_300/2016 E. 5.2.

²¹⁰⁰ 5A_175/2015 E. 5; praktisch dasselbe Zitat sowie einen Verweis auf diesen Entscheid findet sich in den Urteilen 5A_681/2016 E. 3.1.3; 5A_1009/2017 E. 2.3; 5A_252/2020 E. 4.1.2 und 5A_264/2020 E. 4.1.2.

²¹⁰¹ Zum asymmetrischen Untersuchungsgrundsatz vgl. N. 676–677.

zessleitungsmassnahme des Gerichts weisen, das heisst nach dem amtlichen Einholen der Registereinzüge.²¹⁰² Als Grundsatz muss jedenfalls gelten: Hinsichtlich Fragestellungen, bei denen das Ziel eines den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung erfährt, stellt das Unterlassen einer angezeigten materiellen Prozessleitungsmassnahme keine geeignete Sanktion für unsorgfältiges Prozessieren dar.²¹⁰³

2.1.1.2. Freiwillige Gerichtsbarkeit

667 Ungeachtet dessen, welche sachverhaltsrelevante Maxime zur Anwendung gelangt, sind in einem kontradiktorisch ausgestalteten Verfahren die Korrekturen, welche die Parteien gegenseitig an ihren Sachverhaltshypothesen vornehmen, ein wertvolles Element bei der Rekonstruktion der tatsächlichen Geschehnisse.²¹⁰⁴ Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit²¹⁰⁵ im Sinne von Art. 248 lit. e ZPO fehlt jedoch die Gegendarstellung einer zweiten Partei. Ist davon auszugehen, dass auch diese Verfahren einer der beiden sachverhaltsrelevanten Maximen zuzuordnen sind, stellt aufgrund dessen, dass keine «Verhandlung» mit zwei Parteien stattfinden kann, die Geltung der Untersuchungsmaxime tatsächlich die logische Konsequenz dar.²¹⁰⁶ Durch eine aktive Mitwirkung übernimmt das aussenstehende Gericht zumindest ein Stück weit auch die fehlende gegenparteiliche Kontrolle der Richtigkeit der vom Gesuchsteller eingebrachten Sachverhaltshypothese. Ein solcher Ausgleich wird regelmässig als Grund für die mit Art. 255 lit. b ZPO statuierte amtswegige Sachverhaltsfeststellung genannt.²¹⁰⁷ Dementsprechend soll dem

²¹⁰² Deshalb macht es nach der vorliegend vertretenen Ansicht letztlich Sinn, dass, wie MABILLARD, Note 5A_872/2010, S. 250 f., bemerkt, die neue ZPO nunmehr regelt, dass der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist, ohne zwischen konkursbegründenden und konkurshindernden Tatsachen zu unterscheiden.

²¹⁰³ Vgl. hierzu auch N. 739.

²¹⁰⁴ Vgl. auch N. 484 und insb. den Hinweis in FN. 1519.

²¹⁰⁵ Zum Begriff vgl. z.B. das Urteil 5A_142/2019 E. 3.4.1.1.

²¹⁰⁶ Hinweise, dass die Untersuchungsmaxime logisch ist, die Verhandlungsmaxime gar nicht zur Anwendung kommen kann oder dass sich die Untersuchungsmaxime aufdrängt, z.B. bei: B/G/S II-KAUFMANN, Art. 255 N. 16; ASPRION STÖCKLIN, S. 209 f.; KuKo-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N. 4; B&M-RUBIN, Art. 255 N. 5.

²¹⁰⁷ Vgl. insb. Bericht VE-ZPO, S. 129 zu Art. 268; Botschaft ZPO, 7350 f. zu Art. 248–252; hierauf verweist auch das BGer im Urteil 4A_336/2019 E. 3.4; vgl. des Weiteren z.B.: G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 255 N. 1; BSK ZPO-MAZAN, Art. 255 N. 4; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.219; B&M-RUBIN, Art. 255 N. 5; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 1250; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 51 N. 246; S/H/L-

Gesuchsteller nicht einfach das zugesprochen werden, was dieser sich wünscht, sondern nur das, worauf er nach den wahren Sachumständen effektiv Anspruch hat.²¹⁰⁸ Dies spräche dafür, dass die Steigerung der Gerichtskompetenz in Bezug auf den Prozessstoff primär dem Anliegen um den Entscheid, der den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird, geschuldet ist. Damit unterscheidet sich diese Zielakzentuierung von derjenigen hinter der Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO.²¹⁰⁹

Nun allerdings sprach das Bundesgericht auch in Bezug auf Art. 255 lit. b ZPO 668 erst gerade noch von der *«maxime inquisitoire simple ou sociale»*: Zu beurteilen war die von einer Pfarrgemeinde verlangte gerichtliche Einberufung einer ausserordentlichen Versammlung. In seiner maximenbezogenen Erwägung verwies das Gericht auf einen mietrechtlichen Leitscheid, dem die Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO zugrunde lag.²¹¹⁰ Genau dasselbe tat das Bundesgericht bereits rund eineinhalb Jahre zuvor, als es eine Beschwerde entschied, die aus einem Verfahren zur Adoption einer volljährigen Person hervorging. Dort plante die Beschwerdeführerin, den bei ihr eingezogenen Neffen aus Marokko zu adoptieren, der zu Studienzwecken in der Schweiz weilte, dann aber kurz vor dem Adoptionsantrag keine Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung mehr erhalten hatte.²¹¹¹ Die prozessuale Nachlässigkeit der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin, namentlich beim Beibringen von Beweismaterial, spielte letztlich gegen sie. Die Abweisung des Adoptionsantrags wurde vom Bundesgericht bestätigt.²¹¹² Die Ergebnisse in der Sache aussen vor gelassen, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Begründungstechnik in diesen beiden Entscheiden zu hinterfragen. Dies, weil es im doch sehr heterogenen Bereich der freiwilligen

KLINGLER, Art. 255 N. 5; GASSER/RICKLI, Art. 255 N. 2; BK I-HURNI, Art. 55 N. 52; CR-BOHNET, Art. 255 N. 3; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 238 f.

²¹⁰⁸ Vgl. auch die Hinweise bei SARBACH M., Wandel, S. 143: *«Würde die Sachverhaltsfeststellung der Partei anvertraut, käme dabei regelmässig die Sachverhaltswunschvorstellung des Gesuchstellers zum Tragen.»*; MEIER I., ZPR, S. 371, wonach es unerlässlich ist, dass das Gericht den möglicherweise einseitig dargestellten Sachverhalt ergänzen und zusätzliche Beweismittel erheben kann.

²¹⁰⁹ Zur Zielakzentuierung hinter der Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO vgl. N. 660–661.

²¹¹⁰ 5A_142/2019 E. 3.4.1.3.1 (inkl. Wortzitat) m.H.a. BGE 141 III 569 E. 2.3.1, vgl. zu diesem BGE auch N. 978–979.

²¹¹¹ 5A_636/2018 E. 3.3.2 auch m.H.a. BGE 141 III 569 E. 2.3.1., 2.3.2 und 3.1, vgl. zu diesem BGE auch N. 978–979.

²¹¹² 5A_636/2018 E. 3.1 und 3.3.

Gerichtsbärkeit in verschiedener Hinsicht wenig glücklich scheint, Verweise auf die Rechtsprechung zur sozialen Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO anzubringen: Der erstgenannte Entscheid zur Pfarrgemeinde stellt insofern eine sehr spezielle Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbärkeit dar, als das gerichtliche Anberaumen der verlangten Vereinsversammlung, welcher sich der Vorstand widersetzt, eine starke Ähnlichkeiten zu einem streitigen Zivilverfahren aufweist.²¹¹³ Tatsächlich können in einer derartigen Konstellation die Darstellungen der gesuchstellenden Partei durch eine Gegenseite korrigiert werden. Der Prozessleitungsentscheid ist daher wohl weniger mit Blick auf eine «soziale» Zielsetzung als doch eher vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die besondere Fallkonstellation zu einer Sachverhaltsaufarbeitung führte, wie sie durch gerichtliche Abklärungen nicht möglich wäre. Wie erwähnt, ist die Daseinsberechtigung der Untersuchungsmaxime nach Art. 255 lit. b ZPO in klassischeren Fällen der freiwilligen Gerichtsbärkeit darin zu sehen, dass sie die fehlende Korrekturmöglichkeit durch eine Gegenpartei kompensiert. So auch im zweiterwähnten Entscheid zum Adoptionsgesuch – eine in dieser Hinsicht eben klassischere Angelegenheit. Die dortige Gesuchstellerin argumentierte, ihre vor zweiter Instanz vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel seien aufgrund der Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen, sie trage einzig das Risiko der dadurch zusätzlich entstandenen Kosten. Ihrer Ansicht nach stellte das Berufungsverfahren hier eine Verlängerung des erstinstanzlichen Verfahrens dar.²¹¹⁴ Das Bundesgericht wandte indessen streng die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO an, wonach das Berufungsgericht neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie selbst mit der zumutbaren Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgetragen werden können.²¹¹⁵ Das Bundesgericht erläuterte, dass sich die Rechtsprechung bezüglich dieser Voraussetzungen lediglich im Rahmen der *uneingeschränkten* Untersuchungsmaxime milder zeigt.²¹¹⁶ Der Beschwerdeführerin gelang es nicht, darzutun, dass sie mit ihrem Neffen, dem sie ein Zimmer zur Verfügung stellte, eine eigentliche Hausgemeinschaft lebte: Kein einziges prozesskonform vorgebrachtes Dokument belegte gemeinsame Momente, Erlebnisse, Feierlichkeiten oder Reisen aus den letzten zehn Jahren. Damit lagen für eine Adoption des volljährigen Neffen letztlich auch

²¹¹³ Vgl. auch den Hinweis im Urteil 5A_142/2019 E. 3.4.1.1, dass einige Autoren hierbei von einem streitigen Verfahren ausgehen, was das BGer allerdings ablehnt.

²¹¹⁴ 5A_636/2018 E. 3.2.

²¹¹⁵ 5A_636/2018 E. 3.4.

²¹¹⁶ 5A_636/2018 E. 3.3.3 m.H.a. 5A_788/2017 (teilweise publiziert als BGE 144 III 349). Vgl. hierzu auch N. 1022 (m.H.a. den neuen Art. 317 Abs. 1^{bis} ZPO).

keine anderen wichtigen Gründe im Sinne von Art. 266 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vor.²¹¹⁷ Das Gericht äusserte zudem explizit die Vermutung, dass die Adoptionsbemühungen eher der Problematik rund um den Aufenthaltsstatus des Neffen geschuldet waren, als dass sie tatsächlich auf einer adoptionsberechtigten Beziehung beruhten.²¹¹⁸ In dieser Erwägung schimmert nach der vorliegend vertretenen Ansicht durch, dass in solchen Angelegenheiten mit der Untersuchungsmaxime doch in erster Linie das Ziel eines Entscheids, welcher die tatsächlichen Gegebenheiten abbildet, sichergestellt und damit besonders akzentuiert werden soll. Dies bedingt, dass das Gericht insbesondere auch denjenigen Umständen nachgehen und gebührend Rechnung tragen können muss, die gegen das Anbegehrte sprechen. Durch den Verweis auf Art. 247 Abs. 2 ZPO und die mit jener Maximenausprägung verbundenen Zielakzentuierung wird nun aber die Diskussion abgeschnitten, ob und wie weit Noven auch bei einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime, die eben nicht in erster Linie eine gerichtliche Hilfestellung für schwächere Parteien betont, von der Zweitinstanz vermehrt zu berücksichtigen sind. Wäre sie geführt worden, hätte bereits damals eine Passage aus Max GULDENERS Werk zur freiwilligen Gerichtsbarkeit aus dem Jahr 1954 beigezogen werden können, auf die das Bundesgericht dann in einer Klammerbemerkung in einem Ende 2019 ergangenen Urteil verwiesen hat: GULDENER schiebt zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, dass sich der gerichtliche Entscheid nur auf solche Tatsachen stützen darf, von deren Vorhandensein sich die Behörde überzeugt hat. Bei allfälligen Tatsachen, die der Zulässigkeit der Amtshandlung entgegenstehen könnten, ist im Rahmen der Prüfungspflicht von Amtes wegen nachzuforschen.²¹¹⁹ In Anbetracht dieser Passage ist hervorzuheben, dass, selbst wenn Noven auch bei der *eingeschränkten* Untersuchungsmaxime, der eine *lenkende* Funktion zukommt, vermehrt zugelassen würden, diese Noven es immer noch schaffen müssten, die Gerichte im Rahmen der Beweiswürdigung *inhaltlich zu überzeugen*. Abgesehen hiervon läge es am Gericht, auch eigene Abklärungen anzuordnen, welche Tatsachen aufdecken, die gegen das Anbegehrte sprechen. Das Schlussresultat des Adoptionsentscheids müsste damit nicht zwingend anders ausfallen. Allerdings wäre nicht mit den für den Verfahrensgegenstand unpassenden Erwägungen zu argumentieren gewesen, dass die soziale Untersuchungsmaxime dazu da ist, die schwächere *Vertragspartei* zu schützen – *«la partie faible au contrat»* –, die Gleichheit zwischen den *Prozessparteien* – *«l'égalité entre les parties»* – sicherzustellen und das Verfahren

²¹¹⁷ 5A_636/2018 E. 4.2.

²¹¹⁸ 5A_636/2018 E. 4.2.

²¹¹⁹ 4A_336/2019 E. 3.4 (vgl. auch die Hervorhebung im Entscheid) m.H.a. GULDENER, Gerichtsbarkeit, S. 55.

zu beschleunigen.²¹²⁰ Im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist daher eher zu prüfen, ob für gesuchsbegründende und gesuchshindernde Tatsachen zuweilen von einer asymmetrischen Verteilung von zwei verschiedenen Maximenausprägungen auszugehen wäre, ähnlich wie dies bei den Prozessvoraussetzungen der Fall ist²¹²¹. Dies könnte auch eine Kombination aus der vorliegend vertretenen *unterstützend*-eingeschränkten Untersuchungsmaxime für gesuchsbegründende und der *lenkend*-eingeschränkten Untersuchungsmaxime für gesuchshindernde Tatsachen sein.²¹²²

2.1.2. Schutz und Auflösung des Ehe- und des Partnerschaftsverhältnisses

- 669 Die Art. 272 und Art. 306 ZPO statuieren für bestimmte Massnahmen zum Schutz der ehelichen sowie der partnerschaftlichen Gemeinschaft (Art. 271 und Art. 305 ZPO) eine weitere amtswegige Sachverhaltsfeststellung. Eine demgegenüber noch intensivere Mitwirkung wird vom Gericht für Belange der Kinder erwartet.²¹²³ Mit derselben Ausnahme²¹²⁴, und unter Vorbehalt des nahehelichen beziehungsweise nachpartnerschaftlichen Unterhalts, für den hingegen von den Parteien eine grössere Eigenverantwortung statuiert wird²¹²⁵, verlangen auch die Art. 277 Abs. 3 und Art. 307 ZPO für den Scheidungs- beziehungsweise Auflösungsprozess ebenfalls eine Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen: Diese betrifft namentlich die Frage, ob die Scheidungs- beziehungsweise Auflösungsvoraussetzungen erfüllt

²¹²⁰ 5A_636/2018 E. 3.3.2.

²¹²¹ Vgl. hierzu N. 676–677.

²¹²² Zu dieser vorliegend vertretenen Graduierung vgl. N. 697–699.

²¹²³ Zum Vorbehalt der Kinderbelange vgl. z.B.: CR-TAPPY, Art. 272 N. 4; LIENHARD A. [b], N. 478.

²¹²⁴ Zum Vorbehalt der Kinderbelange vgl. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7360 zu Art. 272 und 273; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 31 f. und 32; GASSER/RICKLI, Art. 277 N. 3; CR-TAPPY, Art. 277 N. 3 und 5, Punkt d), und N. 23 ff.; BK II-SPYCHER, Art. 277 N. 27; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 277 N. 2 und 5.

²¹²⁵ Zur Verhandlungsmaxime bez. des nahehelichen Unterhalts vgl. z.B.: 5A_749/2016 E. 4; 5A_807/2018 E. 2.3.2; zur Verhandlungsmaxime bez. der güterrechtlichen Auseinandersetzung vgl. z.B.: 5A_346/2015 E. 5.3 f.; 5A_737/2016 E. 2.4. Vgl. auch den Hinweis auf den Unterschied bez. der Prozessmaximen in vermögensrechtlichen Belangen beim Eheschutz (Untersuchungsmaxime) und bei der Scheidung (Verhandlungsmaxime mit besonderer Hinweispflicht auf fehlende Dokumente) sowie die z.T. unterschiedlichen Ansichten über die Begründbarkeit dieser Unterscheidung z.B. bei: G/J/S-SCHWANDER, Art. 272 N. 2; S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 11a; BK II-SPYCHER, Art. 272 N. 9; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.221; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 1.

sind oder diejenige über das Schicksal der Familienwohnung.²¹²⁶ Zudem erstreckt sich hier auf die Thematik der beruflichen Vorsorge eine Untersuchungsmaxime.²¹²⁷ Für die unter diesen Umständen anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen verweist schliesslich der Art. 276 Abs. 1 ZPO auf den eben erwähnten Schutz der ehelichen Gemeinschaft und damit auch auf den dort nach Art. 272 ZPO geltenden eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz.²¹²⁸

Die dergestalt in ehe- und partnerschaftlichen Verfahren relativ weit verbreitete gerichtliche Mitverantwortung für den Prozessstoff ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht in zwei Richtungen zu erklären. Beide knüpfen an den besonderen Prozessrechtsverhältnissen in diesen Verfahren an: Denn bei den Parteien handelt es sich um Menschen, die sich zu einem früheren Zeitpunkt explizit füreinander und für das Teilen ihres Privatlebens ausgesprochen haben, sich nun aber als Gegenparteien in einem Gerichtsverfahren wiederfinden.²¹²⁹ 670

Zwar lässt sich die Gemeinschaft auf einen bestimmten Zeitpunkt hin auch rechtlich auflösen, ein künftiger Umgang miteinander aber oft noch für eine ganze Weile nicht gänzlich vermeiden, egal wie zerstritten die Parteien sind. Sei es, weil sie aufgrund von nahehelichem respektive nachpartnerschaftlichem Unterhalt oder doch vor allem durch ihre Kinder miteinander in Kontakt stehen. In diesem 671

²¹²⁶ Zum Scheidungs-/Auflösungspunkt vgl. Botschaft ZPO, S. 7360 zu Art. 272 und 273; des Weiteren z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 31; S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 18 ff.; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 45; GASSER/RICKLI, Art. 277 N. 3; CR-TAPPY, Art. 277 N. 5, Punkt b), und N. 20; BK II-SPYCHER, Art. 277 N. 27. Zur Familienwohnung vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 21; GASSER/RICKLI, Art. 277 N. 3; CR-TAPPY, Art. 277 N. 5, Punkt b), und N. 21 und 23.

²¹²⁷ Zur Maximenausprägung bei (Teil-)Verzicht vgl. N. 693–696.

²¹²⁸ Vgl. hierzu z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 31; CR-TAPPY, Art. 272 N. 3 und Art. 276 N. 11; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 44; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 416; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 23 f.; OEHLER, S. 94; LIENHARD A. [b], N. 478; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.222. Vgl. aber die Urteile 5A_2/2013 E. 4.2, 5D_8/2016 E. 4.4 und 5A_625/2017 E. 3.2.2 m.H.a. die Strittigkeit dieser Thematik bzw. zur offenen Fragestellung; vgl. allerdings den Hinweis im Urteil 5A_335/2019 E. 5.2, wonach das BGer dennoch in mehreren Urteilen davon ausging, dass bei vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Untersuchungsmaxime nach Art. 272 i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangt, vgl. z.B. das Urteil 5A_476/2015 E. 3.3.2 sowie weitere Hinweise im Urteil.

²¹²⁹ Die Besonderheit des Verhältnisses zeigt auch das umfassende Verweigerungsrecht Dritter nach Art. 165 Abs. 1 lit. a ZPO (Ex-Ehegatten, die nicht Prozesspartei sind), wodurch gemäss Bericht VE-ZPO, S. 82 zu Art. 157, das Vertrauen, das sich die Gatten während der Ehe entgegengebracht haben, geschützt wird.

Sinn besteht nach der vorliegend vertretenen Ansicht generell in Verfahren, die dieses Prozessrechtsverhältnis im familienrechtlichen Kontext zum Gegenstand haben, ein besonderes Bedürfnis nach Entschärfung der Situation, nach Erreichen gütlicher Lösungen und nach raschem Rechtsschutz, auch ohne Beizug von Anwaltspersonen.²¹³⁰ Insbesondere die Bewältigung sämtlicher Scheidungs- und Auflösungsaspekte ist indes nicht einfach.²¹³¹ Nur soweit eine materielle Prozessleitung vorhanden ist, welche dafür sorgt, dass die Parteien nicht über ihre unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnisse und ihre entschuldbaren Versehen stolpern, wird ein Prozessieren ohne berufsmässige Vertretung in Betracht gezogen werden können. Ist in solchen Verfahren die gerichtliche Prozessleitungskompetenz in Bezug auf die Sachverhaltserstellung ausgebaut, dann also sicherlich im Anliegen um das Ziel nach Verfahrensfairness.²¹³²

- 672 Dass die Expartner einst so sehr vertraut miteinander waren wie kaum zwei Parteien in sonst einem Prozessrechtsverhältnis, führt zu sehr unterschiedlichen Ausgangslagen: Überwiegen werden die Fälle, in denen das Vertrauen stark erschüttert ist und die Expartnerinnen und Expartner einander wenig gönnen mögen. Umgekehrt gibt es zuweilen auch diejenigen, die nicht im Streit auseinandergehen und auch zu mehr Zugeständnissen bereit sind. Aufgrund dessen, dass früher in ausgeprägtem Mass Gemeinsamkeiten bestanden haben, ist es jedenfalls in keinem Kontext ausgeschlossen, dass die Expartner noch weiterhin gleichgelagerte

²¹³⁰ Für das Eheschutzverfahren: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 30; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 20; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 7; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 272 N. 2; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 23. Solche Bedürfnisse bestehen nach der vorliegend vertretenen Ansicht aber durchaus auch bei Auflösung der Gemeinschaft: Insb. die Einigungsbemühungen (vgl. Art. 273 Abs. 3 ZPO zum Eheschutz) gehören gemäss Botschaft ZPO, S. 7358 zu Art. 267–269, in allen eherechtlichen Verfahren zur Aufgabe des Gerichts – die Gesetzessystematik, 2. Teil, 6. Titel der ZPO, belegt, dass hierzu auch die Scheidung gehört.

²¹³¹ Vgl. auch den Hinweis von B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 11, auf die anspruchsvolle Aufgabe des Stellens klarer, detaillierter und bezifferter Rechtsbegehren zu allen Scheidungsfolgen.

²¹³² Dies scheint nach verschiedenen Autorinnen und Autoren denn auch der primäre Zweckgedanke der Untersuchungsmaxime in diesen Verfahren zu sein, vgl. z.B. die Aussagen von: S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 12 (m.w.H., insb. auf das Urteil 5A_2/2013 E. 4.2); BSK ZPO-BÄHLER, Art. 272 N. 1; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 272 N. 1 f.; BK II-SPYCHER, Art. 272 N. 3 und Art. 277 N. 30; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 239; LIENHARD A. [b], N. 471 f. i.V.m. N. 484. Im Übrigen wurden die Prozessleitungskompetenzen in diesen Verfahren, soweit der Verhandlungsgrundsatz gilt, auch durch besondere Frage- und Hinweispflichten ausgebaut; zum sozialpolitischen Hintergrund von Art. 277 Abs. 2 ZPO vgl. B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 5.

Interessen haben und einander nicht korrigieren würden, selbst wenn der dargelegte Sachverhalt nicht den wahren Gegebenheiten entspricht. Wo es in anderen Situationen wünschenswert wäre, die Parteien fänden zu mehr Einigkeit, ist eine solche dort, wo ein Prozessgegenstand nicht in der freien Disposition der Parteien steht, mit Risiken verbunden: Durch Abstimmen ihrer Vorbringen ist es den Parteien möglich, eine verpönte Verfügung zu bewerkstelligen, also eine Rechtslage zu erwirken, die sie ausserhalb des Verfahrens nicht hätten erreichen können.²¹³³

Für die Teilung der beruflichen Vorsorge im Rahmen einer Scheidung beziehungsweise eines Auflösungsprozesses ist dies leicht erkennbar.²¹³⁴ Hier stehen Fragen der Existenzsicherung, beziehungsweise das Vermeiden von Sozialhilfe, im Fokus, woran selbstverständlich ein öffentliches Interesse besteht.²¹³⁵ Für die ebenfalls hier vor erwähnten Auflösungsvoraussetzungen mag dies – zumindest heutzutage – nicht gleichermassen evident sein. Der gesellschaftliche und der rechtliche Wandel, namentlich die mit der Revision des Scheidungsrechts einhergegangene Lockerung der Voraussetzungen für die Auflösung einer Ehe, lässt den Ausspruch *in favorem matrimonii* in einem anderen Licht erscheinen.²¹³⁶ Die Parteien sind letzten Endes berechtigt, ihr Rechtsverhältnis aufzulösen; mit der Untersuchungsmaxime haben sich die Gerichte allerdings bereits bei mindererheblichen Zweifeln von der Einhaltung einer vorausgesetzten Trennungszeit oder vom Vorhandensein wichtiger Gründe, die eine Weiterführung der Ehe unzumutbar machen, weitergehend zu überzeugen,²¹³⁷ und auch ohne Parteibehauptung Tatsachen aus den Akten zu berücksichtigen, die dazu führen, dass die Ehe erst zu einem späteren Zeitpunkt auflösbar sein wird.²¹³⁸ 673

²¹³³ Allgemeine Hinweise auf die mittelbare Dispositionsmöglichkeit durch eine Koordination der Einbringtätigkeiten der Parteien z.B. bei: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 7 und § 10 N. 25; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 4; BK I-HURNI, Art. 55 N. 52; S/H/L-SUTTER-SOMM/SHRANK, Art. 55 N. 62; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 344; ASPRION STÖCKLIN, S. 27 f.; MEIER I., ZPR, S. 385 f.; SARBACH M., Wandel, S. 138 f. und 145 f.

²¹³⁴ Hinweis auf die eingeschränkte Disposition bei der beruflichen Vorsorge z.B. bei: B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 8 m.H.a. Art. 122 ff. ZGB und Art. 280 f. ZPO. Zum (teilweisen) Verzicht auf Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge vgl. N. 693–696.

²¹³⁵ Vgl. hierzu N. 694 m.w.H.

²¹³⁶ Allgemein zur Wandlung des Familienrechts vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 52 N. 317.

²¹³⁷ Bei der Verhandlungsmaxime ist dagegen insbesondere die Schwelle des Art. 153 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen, vgl. hierzu N. 899.

²¹³⁸ Zu den Fragen, welche das Gericht prüft und welche nicht, vgl. insb. CR-TAPPY, Art. 277 N. 20. Es besteht keine Pflicht, nach scheidungs begründenden oder -hindernden Tatsachen zu suchen, ergeben sich allerdings scheidungs hindernde Tatsachen aus

- 674 Diese beiden Beispiele, *«les conditions du divorce et la prévoyance professionnelle»*, veranlassen François BOHNET und Pascal JEANNIN zur Feststellung, dass hier nicht ohne Weiteres von einer sozialen Untersuchungsmaxime gesprochen werden kann: *«le juge doit sur certains points instruire d'office et non simplement rendre attentives les parties aux lacunes dans leurs allégués et dans leurs preuves.»*^{2139,2140} Immerhin taucht auch in der Botschaft zur Zivilprozessordnung der Hinweis auf, dass sich das Gesetz in den besonderen eherechtlichen Verfahren *«dem materiellen Wahrheitsprinzip verpflichtet»*²¹⁴¹, indem dort allgemein die Untersuchungsmaxime vorgeschrieben wird.²¹⁴² Fragestellungen in ehe- und partnerschaftsrechtlichen Belangen, bei denen eine materielle Prozessleitung nicht einzig die besondere Unterstützung rechtsunkundiger Parteien beabsichtigt, sondern auch das Ziel, die materielle Wahrheit zu finden, noch eigens akzentuiert, sind möglich – und somit auch in solchen Belangen eine zuweilen eingeschränktenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts.

2.2. Verfahrenübergreifend geltende Formen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime

- 675 Zu zwei bestimmten Themen, von denen das eine in jedem Verfahren zur Diskussion steht und das andere potentiell Gegenstand eines jeden Verfahrens bilden kann, ist nach der Lehre und der Rechtsprechung von einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime auszugehen, obschon das Gesetz nicht die übliche Formulierung der amtswegigen Sachverhaltsfeststellung verwendet: Gemeint ist die Prüfung, ob die Voraussetzungen zur Fällung eines Sachentscheids oder auch diejenigen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben sind.

den Akten (z.B. das Nichteinhalten der Trennungsfrist im Fall einer Scheidung nach Getrenntleben), sind diese auch ohne Parteibehauptung zu berücksichtigen, vgl. diesbezt. S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 19.

²¹³⁹ BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 240.

²¹⁴⁰ Vgl. insb. auch die Zweckbeschreibung der Untersuchungsmaxime im sozialen Zivilprozessrecht und diejenige im Familienrecht bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 4 f. Das BGer allerdings scheint in Art. 272 ZPO generell eine lediglich soziale Untersuchungsmaxime zu sehen, die in erster Linie dem Richter aufträgt, eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen: vgl. z.B. die Urteile 5A_2/2013 E. 4.2; 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.3.

²¹⁴¹ Botschaft ZPO, S. 7358 zu Art. 267–269 (Hervorhebung weggelassen).

²¹⁴² Auf dieses *materielle Wahrheitsprinzip* hinweisend auch z.B.: B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 2; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 310, der dies als *neu* bewertet.

2.2.1. Amtswegige Prüfung der Prozessvoraussetzungen

Wie bereits im Kapitel 3 dargestellt, sprechen sich die sachverhaltsrelevanten Maximen über die personelle Verantwortungszuteilung für den Prozessstoff aus.²¹⁴³ Nun machen allerdings weder Art. 59 und Art. 60 ZPO noch die Botschaft explizit Angaben über das Sammeln des Tatsachenfundaments, das den Prozessvoraussetzungen zugrunde liegt. Trotzdem geht die Lehre davon aus, dass die amtswegige Prüfung nach Art. 60 ZPO grundsätzlich einen auf bestimmte Punkte bezogenen, eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz einschliesst.²¹⁴⁴ Das Bundesgericht bezeichnete diesen Ende 2017 ausdrücklich als *asymmetrisch*.²¹⁴⁵ Dies erläuterte es dahingehend, dass lediglich diejenigen Tatsachen, die gegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sprechen, von Amtes wegen zu erforschen²¹⁴⁶

²¹⁴³ Vgl. hierzu N. 200.

²¹⁴⁴ 4A_229/2017 E. 3.3–3.4 zur Beschreibung der Tragweite der aus Art. 60 ZPO fließenden Untersuchungsmaxime insb. in der Literatur. Zu diesem Untersuchungsgrundsatz vgl. z.B.: S/H/L-ZÜRCHER, Art. 60 N. 3 f.; KuKo-DOMEJ, Art. 60 N. 5; BK I-ZINGG, Art. 60 N. 4 ff.; LIENHARD A. [b], N. 558 i.V.m. 603 ff.; vgl. auch ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 36 und § 11 N. 6, die schreiben, dass sich der Untersuchungsgrundsatz auf bestimmte Punkte bezieht und für die Prozessvoraussetzungen nicht schlechthin die eingeschränkte Untersuchungsmaxime anzuwenden ist. SARBACH M., Diss., S. 176 f., sprach vor der eidg. ZPO bei der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen von einem Anwendungsfall der Untersuchungsmaxime, die inhaltlich einer ausgedehnten Fragepflicht nahekommt. Insb. zum Vorbehalt, wenn die Sache materiell der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime untersteht, vgl. z.B.: BK I-ZINGG, Art. 60 N. 4; S/H/L-ZÜRCHER, Art. 60 N. 4.

²¹⁴⁵ 4A_229/2017 E. 3.4.

²¹⁴⁶ Das BGer spricht von einer anderen Form *eingeschränkter* Untersuchungsmaxime, verwendet aber gleichzeitig das Verb *erforschen*. Dies könnte nach der vorliegend vertretenen Ansicht unterstreichen, dass Gerichte bez. eintretenshindernder Tatsachen nicht erst bei *erheblichen* Zweifeln selbstständig weitergehende Abklärungen initiieren, sondern bereits bei mildererheblichen Zweifeln: Zu dieser Differenzierung vgl. die vorliegend vertretene Bedeutung der Schwelle in Art. 153 Abs. 2 ZPO im Bereich der lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime (N. 988–989) und demgegenüber N. 1013 zur Schwelle der schlichten Zweifel bei lenkenden Untersuchungsmaximenausprägungen. Das BGer spricht denn auch im Urteil 4A_229/2017 E. 3.2 von *Anhaltspunkten*, ebenso im Urteil 4A_100/2016 E. 2.1.1 und 2.1.2 (nicht publiziert im BGE 142 III 515). M.H.a. das erörterte Urteil gehen indessen BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N. 35, beim asymmetrischen Untersuchungsgrundsatz in Bezug auf die Tatsachen, welche gegen das Vorhandensein einer Prozessvoraussetzung sprechen, vom *klassischen* Untersuchungsgrundsatz aus; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Note 4A_229/2017, S. 91, stellen die Frage, wie die Einschränkung im Urteil zu verstehen ist, dass das Gericht keine Pflicht für eigene aus-

sind. Demgegenüber gilt für den Kläger die Verhandlungsmaxime beziehungsweise das gewöhnliche Verfahrensrecht einschliesslich des darin vorgesehenen Novenrechts. So wird im Grundsatz nicht verlangt, Tatsachen zu berücksichtigen, die für das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen sprechen, wenn diese nicht oder verspätet vorgebracht wurden.²¹⁴⁷ Was letztere Tatsachen betrifft, wird also die Eigenverantwortung der Klägerschaft grundsätzlich höher gewertet. Im besagten Urteil nahm das Bundesgericht in Bezug auf solche Elemente tatsächlich auch Sorgfaltserwägungen vor.²¹⁴⁸

- 677 Zudem ging das Bundesgericht in jenem Urteil explizit von einer «*andere[n] Form einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime*» aus: Eine soziale Untersuchungsmaxime würde nämlich das Erreichen der mit den Prozessvoraussetzungen verbundenen Ziele nicht ausreichend zu gewährleisten vermögen.²¹⁴⁹ Damit bringt es zum Ausdruck, dass die Verantwortung für das diesbezügliche Tatsachenfundament nicht allein den Parteien überlassen werden kann, da ansonsten die Gefahr besteht, dass öffentliche Interessen übergangen würden.²¹⁵⁰ Schliesslich beschreiben die Prozessvoraussetzungen zugleich die Grenzen, innerhalb derer

gedehnte Nachforschungen hat. Vgl. diesbez. die Erläuterungen von S/H/L-ZÜRCHER, Art. 60 N. 4, zum eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz i.S.v. Art. 60 ZPO.

²¹⁴⁷ 4A_229/2017 E. 3.4 und 3.4.3.

²¹⁴⁸ Vgl. 4A_229/2017 E. 3.4 zur gewöhnlichen Verhandlungsmaxime bzw. zum gewöhnlichen Verfahrensrecht inkl. Novenrecht und E. 3.4.3 über das unsorgfältige Prozessieren. Vgl. auch BRÖNNIMANN, Diss., S. 106 ff. zur Verhandlungsmaxime auf Klägerseite und der Untersuchungsmaxime auf Beklagtenseite.

²¹⁴⁹ 4A_229/2017 E. 3.3.2 und das Zitat in E 3.4, was die Rechtsprechung auch an der Wendung *Prüfung von Amtes wegen* festmacht. Vgl. auch MEIER I., ZPR, S. 386, der die Prüfung der Prozessvoraussetzungen nicht der unterstützenden, sondern der *lenkenden* Untersuchungsmaxime zuordnet.

²¹⁵⁰ Vgl. etwa BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N. 3, die feststellt, dass, wenngleich der Richter bei den Prozessvoraussetzungen zuweilen auch auf Parteivorbringen angewiesen und es ihm nicht zumutbar ist, weitgehende Nachforschungen anzustrengen, dies doch nichts an der grundsätzlichen Amtsprüfungspflicht ändert: Es käme einem Widerspruch gleich, würde man die Beachtung von schwerwiegenden Verfahrensmängeln, die im öffentlichen Interesse liegt, von förmlichen Einreden und Einwendungen einer Partei abhängig machen; vgl. noch zum kantonalen Recht: ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 58 und 60 zum öffentlichen Interesse an der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, sowie die Abgrenzung in Bezug auf die Interessen bei der sozialen Untersuchungsmaxime in ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 50. Vgl. des Weiteren auch bereits die Botschaft BZP, S. 996 f.: «*In bezug auf Fragen, die von Amtes wegen zu prüfen sind – wie die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Klage und der übrigen Prozesshandlungen – hat der Richter ohne Rücksicht auf das Verhalten der Parteien für restlose Abklärung der*

eine Rechtsverwirklichung durch das Gericht erfolgen darf. Das Einhalten dieser Grenzen darf nicht allein vom Willen der Parteien abhängen.²¹⁵¹ Der Staat kann seine beschränkten Ressourcen denn auch nicht in Verfahren investieren, die gar nicht geführt werden dürften.²¹⁵² In diesem Sinn ist für die Voraussetzungen, welche gegen ein Eintreten auf die Sache sprechen, das Interesse am Aufdecken der wahren Gegebenheiten als primäres Ziel zu werten, das mit der Untersuchungsmaxime besonders akzentuiert wird.

2.2.2. Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege

Mittellose Parteien, die einen nicht aussichtslosen Prozess führen wollen, haben 678 einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Der Antrag hierfür wird in einem Summarverfahren behandelt, das einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime untersteht.²¹⁵³ Als Begründung für diese Maximenwahl werden insbesondere fiskalische Interessen des Staats²¹⁵⁴ und die Zugehörigkeit dieser Verfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit²¹⁵⁵ genannt. Diese Argumente könnten auf den ersten Blick nahelegen, dass hier das Ziel des mög-

massgebenden Tatsachen zu Sorgen (Art. 3 Abs. 1); denn insoweit hat der Staat ein eigenes Interesse zu wahren.»

²¹⁵¹ 4P.239/2005 E. 4.3; 4A_229/2017 E. 3.3.2; GULDENER, ZPR, S. 224; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 5.17. Vgl. auch den Hinweis bei S/H/L-ZÜRCHER, Art. 60 N. 6 f., dass im Grundsatz die Prozessvoraussetzungen der Parteidisposition entzogen sind.

²¹⁵² Vgl. auch, jedoch aus dem Kontext zur Relativierung der Verhandlungsmaxime entnommen, den Hinweis von HEER, S. 162: «Jeder Zivilprozess ist für den Staat zu aufwendig und zu kostspielig, um lediglich als Phantom durchgeführt zu werden.» Vgl. auch N. 475 zum Hinweis auf das öffentliche Interesse, sobald die Parteien ihre Streitigkeiten vom Gericht entschieden haben möchten.

²¹⁵³ Zur Untersuchungsmaxime im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege vgl. z.B.: 4A_114/2013 E. 4.3.1; 5A_380/2015 E. 3.2.2; 4A_274/2016 E. 2.3; Botschaft ZPO, S. 7303 zu Art. 117; MEIER R., N. 70; WUFFLI/FUHRER, N. 409 und 845; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 418; LIENHARD A. [b], N. 479 und 559; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 38 N. 116; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 10.78; B/G/S I-HUBER, Art. 119 N. 18 ff.; S/H/L-EMMEL, Art. 119 N. 13; B/G/S I-HUBER, Art. 191 N. 18; B&M-KÖCHLI, Art. 119 N. 4; G/J/S-MOHS, Art. 119 N. 2; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 689 m.H.a. Art. 119 Abs. 3 i.V.m. Art. 248 lit. a und Art. 255 lit. b ZPO; KuKo-JENT-SØRENSEN, Art. 119 N. 10.

²¹⁵⁴ BSK ZPO-RÜEGG, Art. 119 N. 3; CR-TAPPY, Art. 119 N. 7; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 240.

²¹⁵⁵ BGE 141 I 241 E. 3.1; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 689 (m.H.a. Art. 119 Abs. 3 i.V.m. Art. 248 lit. a und Art. 255 lit. b ZPO); CR-TAPPY, Art. 119 N. 7; BK I-BÜHLER, Art. 119 N. 6; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 240.

lichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung erfahren soll, was mit einer grösseren Verantwortung des Gerichts für den Prozessstoff einhergeht. Verschiedene Besonderheiten des Verfahrens um unentgeltliche Rechtspflege zeigen, dass der Akzent in der Praxis anders gesetzt wird:

- 679 Diese Gründe, welche für eine Untersuchungsmaxime im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege sprechen, existieren nicht gleichermassen im Hauptverfahren. Dadurch, dass dieses aber für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht aussichtslos sein darf, wird eine inhaltliche Verbindung zum Gegenstand des Hauptverfahrens hergestellt. Für die unentgeltliche Rechtspflege wird zwar kein Beweis dahingehend verlangt, dass der Hauptprozess so gut wie gewonnen ist,²¹⁵⁶ allerdings muss die vorläufige und summarische Prüfung des Gesuchs ergeben, dass sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese.²¹⁵⁷ Aufgrund dieser Voraussetzung ergibt sich theoretisch eine Möglichkeit, die materielle Prozessleitung für Hauptprozesse unter einer schwächeren Maximenausprägung ein Stück zu erweitern – je nachdem, wie weit das Gericht im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege gehalten ist, gestaltend in den Prozessstoff einzugreifen. Nicht selten dreht es sich bei der fehlenden Aussichtslosigkeit um die Beweismittelfrage, bezüglich der, wie später zu zeigen sein wird, die materielle Prozessleitung bei der Verhandlungsmaxime unter allgemeiner Fragepflicht äusserst restriktiv gehandhabt wird²¹⁵⁸. Diese Koordination der materiellen Prozessleitung bildet nach der vorliegend vertretenen Ansicht letztlich auch den Hintergrund einer Rüge, mit der sich das Bundesgericht erst Ende 2019 zu beschäftigen hatte. Hier war einer Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege aufgrund fehlender Prozesschancen verwehrt worden. Dies mit der Begründung, dass ihre gegenüber den Geschwistern geltend gemachte Forderung im Wesentlichen darauf basieren sollte, dass die Beschwerdeführerin mit der zwischenzeitlich verstorbenen Mutter eine Erhöhung des Lohns für die von der Tochter erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen vereinbart hätte. Die Vorinstanzen schätzten die Chancen für diesen Nachweis als

²¹⁵⁶ Vgl. auch den Hinweis bei WUFFLI/FUHRER, N. 396 und 403 ff., dass durch die Prüfung der Erfolgsaussichten nicht der Hauptprozess ins Summarverfahren über die unentgeltliche Rechtspflege vorverlagert wird.

²¹⁵⁷ BGE 141 I 241 E. 4.3.4; 5A_380/2015 E. 3.2.1; 4A_274/2016 E. 2.2; 5A_327/2017 dritte E. 4; 5A_712/2017 E. 7.1; 5A_635/2019 E. 3.1. Ausführlich zur Bedingung der fehlenden Aussichtslosigkeit insb. WUFFLI/FUHRER, N. 364 ff.

²¹⁵⁸ Vgl. hierzu N. 844–846.

sehr gering ein.²¹⁵⁹ Die Beschwerdeführerin rügte daraufhin eine Verletzung der Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO mit dem Argument, dass, wenn sie als juristische Laiin ohne anwaltliche Unterstützung agiere, eine verstärkte gerichtliche Mitwirkung der Vorinstanzen geboten gewesen wäre. Dem entgegnete das Bundesgericht schlicht, dass die zitierte Bestimmung in Anbetracht des Streitwerts von CHF 58'640 keine Anwendung findet.²¹⁶⁰ Dies ist für das Hauptverfahren selbstverständlich korrekt. Dass indessen für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, basierend auf einer anderen Grundlage, eine weitergehende materielle Prozessleitung hinsichtlich des Nachweises der fehlenden Aussichtslosigkeit hätte zum Tragen kommen müssen, erwähnt das Bundesgericht nicht.

Wie an späterer Stelle dargestellt, gilt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht 680 allerdings ohnehin, die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf den Art. 56 ZPO im Bereich der Beweismittelfrage gegenüber Laienparteien zu überdenken.²¹⁶¹ Dies könnte letztlich auch zu einer Entschärfung in dieser Koordinationsthematik beitragen. Wird zudem die kumulative Voraussetzung der ausgewiesenen Mittellosigkeit für die unentgeltliche Rechtspflege vorab geprüft, grenzt sich der Kreis auf diejenigen Fälle ein, für die sich die Koordinationsfrage überhaupt gerechtfertigterweise stellen würde.

Relevant erweist sich des Weiteren der Umstand, dass bei der unentgeltlichen 681 Rechtspflege, ähnlich wie bei Prozessvoraussetzungen, die für den Klageeintritt gegeben sein müssen, das Interesse am Nachweis, dass die Voraussetzungen gegeben sind, praktisch einseitig bei der gesuchstellenden Partei liegt.²¹⁶² Auch

²¹⁵⁹ 4A_429/2019 E. 3.

²¹⁶⁰ 4A_429/2019 E. 4.5.

²¹⁶¹ Vgl. hierzu N. 847–848.

²¹⁶² Vgl. auch die Ausführungen, die das BGer im Urteil 5A_187/2011 E. 2.1 zu Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Untersuchungsmaxime in Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden) macht: «*Les parties intéressées à une procédure d'exécution forcée n'en sont pas moins tenues de collaborer à l'établissement des faits [...], il en est ainsi, notamment, lorsque la partie saisit dans son propre intérêt les autorités de surveillance ou qu'il s'agit de circonstances qu'elle est la mieux à même de connaître ou qui touchent à sa situation personnelle, surtout lorsqu'elle sort de l'ordinaire [...]; à défaut de collaboration, l'autorité de surveillance n'a pas à établir des faits qui ne résultent pas du dossier [...]*» (Hervorhebungen zugefügt). Wenngleich zu einem anderen Themenbereich, zeigt diese Erwägung nach der vorliegend vertretenen Ansicht doch anschaulich die grundsätzliche Mitwirkungserwartung, wenn aufgrund persönlicher Interessen gehandelt wird.

eine Untersuchungsmaxime kann dieser Partei die objektive Beweislast nicht von den Schultern nehmen.²¹⁶³ Zwar hat der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege gewichtige Bedeutung, was sein Verfassungsrang zum Ausdruck bringt. Gleichzeitig werden aber auch in verschiedener Weise die *umfassende* Mitwirkungslast sowie die auch in diesem Belang verlangte Prozessorgfalt besonders hervorgehoben: Nicht nur in Form ausführlicher Urteilsbegründungen,²¹⁶⁴ sondern auch durch den Umstand, dass die allgemeine Mitwirkungslast hier, anders als bei anderen Gegenständen der Untersuchungsmaxime, mit Art. 119 Abs. 2 ZPO einen expliziten gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Im Grundsatz wird der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege denn auch nicht als tangiert erachtet, sobald der Bittsteller seiner umfassenden Mitwirkungslast nicht nachkommt.²¹⁶⁵ Eine weitere, zumindest formale Betonung des geforderten Parteieinsatzes kann darin gesichtet werden, dass die Rechtsprechung trotz der Untersuchungsmaxime auf den Art. 56 ZPO verweist²¹⁶⁶ – eine Bestimmung, welche ansonsten lediglich die Verhandlungsmaxime relativiert und eben gerade nicht eine Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsfeststellung statuiert. Überdies betonte das Bundesgericht bereits, dass in Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine analoge Bestimmung zu Art. 277 Abs. 2 ZPO vorgesehen ist, die das Gericht zur Nachfristansetzung für das Einreichen von aktuelleren Unterlagen verpflichten würde.²¹⁶⁷ Dass allerdings eine zu strenge Betonung der Mitwirkung auch zu stossenden Ergebnissen führen kann, räumte die Rechtsprechung mit dem Urteil 5A_72/2007 ein: Hier war aufgrund von Suchtproblemen sowie psychischen Erkrankungen, welche nicht nur lange, sondern auch bereits den vierzigsten Klinikaufenthalt der Beschwerdeführerin erforderlich machten, auf deren offen-

²¹⁶³ Zur objektiven Beweislast bei Untersuchungsmaxime vgl. N. 221.

²¹⁶⁴ Ausführlicher Hinweis auf die Mitwirkungserwartung z.B. in den Urteilen: 4A_274/2016 E. 2.3 f.; 5A_536/2016 E. 4; 5A_327/2017 vierte E. 4; 5A_502/2017 E. 3 und 4; 4A_44/2018 E. 5.

²¹⁶⁵ 5A_726/2014 E. 4.3 f.; vgl. auch bereits das Urteil 5A_67/2009 E. 4.2 ff., insb. den Hinweis, dass der gesuchstellenden Partei unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel die Behauptungs- und die Beweislast für ihr Einkommen und Vermögen, und somit für ihre Bedürftigkeit, auferlegt werden darf.

²¹⁶⁶ 5A_897/2013 E. 3.2; 5A_556/2014 E. 3.2; 5A_380/2015 E. 3.2.2; 5A_924/2015 E. 3.2; 5A_327/2017 vierte E. 4; 5A_502/2017 E. 3.3; 5A_635/2019 E. 3.3.2; 5A_954/2019 E. 3.5.3.

²¹⁶⁷ 5A_536/2016 E. 4.2.1.

sichtliche Bedürftigkeit zu schliessen. Ein Beharren auf das Einreichen der verlangten Unterlagen wurde als überspitzt formalistisch qualifiziert.²¹⁶⁸

Aus dem Gesagten lässt sich der Schluss ziehen, dass die starke Betonung der Prozessorgfalt im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege darauf hinweist, dass gerichtliche Verfahrenshilfen hier primär bezwecken, unverschuldetermassen unzureichende Rechtskenntnisse für die entsprechende Gesuchstellung zu überbrücken.²¹⁶⁹ Mit anderen Worten ausgedrückt, wird in der Praxis in erster Linie das Ziel nach Verfahrensfairness besonders akzentuiert – die Gerichte handeln hier also primär unterstützend, nicht lenkend. Wie zu zeigen sein wird, muss es allerdings auch im Bereich der sozialen beziehungsweise der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime generell eine Schwelle geben, ab der das Gericht in bestimmten Konstellationen ungeachtet der Prozessorgfalt einzuschreiten hat, ansonsten es gezwungen würde, ein Urteil zu fällen, das augenscheinlich den tatsächlichen Gegebenheiten zuwiderläuft.²¹⁷⁰ Dieser Mechanismus wird nach der vorliegend vertretenen Ansicht für die unentgeltliche Rechtspflege durch das Ergebnis im eben aufgegriffenen Urteil 5A_72/2007 bestätigt.

3. Amtswegige Erforschung und Prüfung in weiteren Belangen

Ist nun in der deutschsprachigen Gesetzesfassung nicht bloss von einer Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen, sondern gar von der amtswegigen Sachverhaltserforschung die Rede,²¹⁷¹ bringt der Gesetzgeber damit eine zivilprozessual

²¹⁶⁸ 5A_72/2007 E. 2.3 f. unter Rückweisung an die Vorinstanz zur Überprüfung der weiteren Voraussetzungen der fehlenden Aussichtslosigkeit und der Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung.

²¹⁶⁹ Die anwaltlich vertretene Partei gilt diesbez. grundsätzlich nicht als unbeholfen; aber auch derjenige juristische Laie nicht, welcher sich bez. dieser Fragen aus früheren Verfahren auskennen sollte, vgl. das Urteil 4A_114/2013 E. 4.3.2; des Weiteren auch das Urteil 5A_536/2016 E. 4.1.2 und 4.2. Demgegenüber noch das Urteil 5P.376/2003 E. 2.4, wo das BGer zu Art. 103 Ziff. 1 aZPO-NW feststellte, dass sich aus dieser Bestimmung nicht ableiten lässt, dass die vorgesehene Untersuchungsmaxime nur zugunsten unbeholfener Rechtsuchenden angewendet werden soll, und die Mitwirkungspflicht nicht so weit gehen kann, dass auf die erkennbar mangelhaften Angaben eines anwaltlich vertretenen Gesuchstellers abgestellt werden darf.

²¹⁷⁰ Vgl. hierzu N. 985–994.

²¹⁷¹ Terminologische Unterscheidung auch in der italienischen, aber nicht von Anfang an in der französischen Fassung der ZPO, vgl. diesbez. z.B.: HEINZMANN, Habil., N. 342 und FN. 818 f.; CR-HALDY, Art. 55 N. 8; CR-TAPPY, Art. 247 N. 21; CR-TAPPY, Art. 272 N. 4; CR-TAPPY, Art. 277 N. 4; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 233. Nach dem

uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zum Ausdruck.²¹⁷² Auch für diese Maximenausprägung kursieren verschiedene Synonyme, wie etwa die Begriffe strenge, klassische oder lenkende Untersuchungsmaxime²¹⁷³. Sie sind dahingehend zu verstehen, dass das Gericht im entsprechenden Belang *«auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln»*²¹⁷⁴.

3.1. Kindeswohl und Erwachsenenschutz

- 684 Namentlich das grundrechtlich geschützte Kindeswohl²¹⁷⁵ rechtfertigt die umfassendsten gerichtlichen Kompetenzen in der Prozessstoffsammlung, wie sie der

Bericht VE-rev. ZPO, S. 77 f. zu Art. 296 soll dies ändern, d.h., Art. 296 Abs. 1 ZPO wird an aArt. 254 Ziff. 1 ZGB angepasst: *«[le juge] examine d'office les faits»*.

²¹⁷² Hinweis auf die terminologische Unterscheidung z.B.: Botschaft ZPO, S. 7366 zu Art. 290 und 291; BGE 141 III 569 E. 2.3 und 2.3.1; 4A_476/2015 E. 3; 4A_229/2017 E. 3.3.1; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 8 und 11; BK I-HURNI, Art. 55 N. 61 und 74; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 35; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 10; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 7; KuKo-JENT-SØRENSEN, Art. 255 N. 2; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 2; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 69 und 71; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 39; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 N. 2; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 18; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 11; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 394, 451, 462 und 473; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 308 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 349; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 16.

²¹⁷³ Hinweise auf verschiedene Synonyme z.B. bei: B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68; LIENHARD A. [b], N. 469; PC-DIETSCHY-MARTENET, Art. 296 N. 5.

²¹⁷⁴ Botschaft ZPO, S. 7366 zu Art. 290 und 291 zum Begriff uneingeschränkte Untersuchungsmaxime. Ähnliche Formulierungen verwenden z.B. auch: BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 15 (m.H.a. die Rechtsprechung); BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 35. Zur Kritik auch an der praktischen Umsetzung eines Unterschieds zwischen eingeschränkter und uneingeschränkter Untersuchungsmaxime vgl. FN. 1236.

²¹⁷⁵ Art. 11 Abs. 1 BV. Zum grundrechtlichen Schutz des Kindeswohls vgl. BGE 129 III 250 E. 3.4.2. Der BGE 142 III 153 E. 5.1.1 betont die *besondere Verantwortung des Gerichts* für das Kindeswohl im Scheidungsverfahren; im scheidungsrechtlichen Urteil 5A_716/2010 E. 4 nennt das BGer das Kindeswohl die *«oberste Richtschnur»* für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs nach Art. 273 Abs. 1 ZGB. Nicht nur die Botschaft ZPO, S. 7366 zu Art. 290 und 291, sondern auch die Lehre verweist in Bezug auf die Untersuchungsmaxime nach Art. 296 ZPO regelmässig explizit auf das Kindeswohl, vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 70; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 358 f.; G/J/S-SCHWANDER, Art. 296 N. 3; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 2; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.251;

Art. 296 Abs. 1 ZPO im Titel zu den Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten vorsieht. Aufgrund dessen, dass der Art. 314 Abs. 1 ZGB zum Verfahren um Kindesschutz eine sinngemässe Anwendung des Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde vorsieht und damit auf die dortige Sachverhaltserforschung im Sinne des Art. 446 Abs. 1 ZGB verweist, herrscht diese umfassendste Pflicht der Behörde, an der Prozessstoffsammlung mitzuwirken, zudem auch beim Erwachsenen-²¹⁷⁶ und beim Kindesschutz^{2177, 2178}

Mit dieser Maximenausprägung wird das Anliegen um einen effektiven Schutz 685 der Interessen solcher besonders auf Hilfe angewiesener Personen, und somit das Ziel des Urteils, welches der wahren Sachlage entspricht, zivilprozessual maximal akzentuiert.²¹⁷⁹ Die umfassendsten Kompetenzen der Behörden bei der Sachverhaltsergründung erklären sich damit, dass es in diesen Lebensbereichen nicht zu rechtfertigen wäre, wenn eine bloss relative Wahrheit, die durch eine Bindungswirkung gewisser prozessualer Vorschriften zustande gekommen ist, stärker gewichtet würde als das Wohl des vom Verfahren betroffenen, besonders schutzbedürftigen Menschen.

LIENHARD A. [b]; N. 572; MEIER I., ZPR, S. 354 i.V.m. 385 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/ MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 142 und § 52 N. 316 i.V.m. 319.

²¹⁷⁶ Zur Untersuchungsmaxime beim Erwachsenenschutz vgl. z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 457; GASSER/RICKLI, ZPO, Art. 55 N. 12; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 39.

²¹⁷⁷ Zur Untersuchungsmaxime beim Kindesschutz vgl. z.B.: 5C.207/2007 E. 2.1; 5A_877/2013 E. 4.1.1; 5A_266/2019 E. 3.3.2. Zur rechtlichen Abgrenzung vgl. BK II-SPYCHER, Art. 295 N. 3.

²¹⁷⁸ B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 7; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 25; BOHNET, Note 5A_877/2013, S. 257 f.

²¹⁷⁹ Vgl. auch BGE 142 III 502 E. 2.5 zur Maxime des Kindeswohls und E. 2.6 zur konkreten Entscheidungsbasis, die durch aktives Erforschen zu erstellen ist, m.H.a. Art. 296 ZPO und Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 ZGB; zum Kindesunterhalt und zur Abstammung vgl. den Hinweis im BGE 118 II 93 E. 1a (noch zu aArt. 280 Abs. 2 und 254 Ziff. 1 ZGB), wonach die amtswegige Sachverhaltserforschung in diesen Belangen ihren Grund im erhöhten Interesse an materieller Wahrheit hat; vgl. diesbez. auch das Urteil 5A_524/2017 E. 3.2.2 (noch zu aArt. 280 Abs. 2 ZGB). MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 449 und 489, schreibt allgemein zum Sinn und Zweck der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, dass diese der Findung der materiellen Wahrheit dient und primär im öffentlichen Interesse den Schutz der schwächeren Partei, hauptsächlich von Kindern und schutzbedürftigen Erwachsenen, bezweckt.

3.2. Kritisierte und neu geklärte Belange rund um die Untersuchungsmaxime

3.2.1. Selbstständige Klage um finanzielle Unterstützung volljähriger Familienmitglieder in gerader Linie

686 Im neunten Titel, erster Abschnitt zur Unterstützungspflicht in der Familiengemeinschaft findet sich im Zivilgesetzbuch der Art. 329 Abs. 3, welcher eine entsprechende Anwendung der *Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes und über den Übergang seines Unterhaltsanspruches auf das Gemeinwesen* vorsieht. Diese Bestimmung, so hielt es das Bundesgericht im Jahr 2013 fest, beinhaltet bei volljährigen Unterstützungsberechtigten keinen verfahrensrechtlichen Verweis auf die Zivilprozessordnung: Deren erklärtes Ziel sei es schliesslich gewesen, das materielle Recht möglichst von prozessualen Vorschriften zu befreien.²¹⁸⁰ Dass dem mündigen Gläubiger einer Verwandtenunterstützung der Schutz einer unbeschränkten Untersuchungsmaxime zukommt wie einem minderjährigen Kind, erachtete das Bundesgericht nicht als notwendig und wies darauf hin, dass dies auch nicht der früheren Praxis entsprochen habe.²¹⁸¹ Aus der Ablehnung der Verweisfähigkeit auf die Verfahrensordnung folgte der Schluss, dass volljährige Gläubiger eines Anspruchs von mehr als CHF 30'000 das ordentliche Verfahren zu beschreiten haben. Dort aber gilt die Verhandlungsmaxime, die bekanntlich durch die lediglich allgemeine Fragepflicht im Sinne des Art. 56 ZPO abgeschwächt wird.²¹⁸² Die Frage, wie es sich mit Klagen betreffend Verwandtenunterstützung zugunsten von Minderjährigen verhält, liess das Bundesgericht indessen ausdrücklich offen.²¹⁸³

687 Abzusehen war dieses Resultat nur schwerlich: Nicht nur, dass zahlreiche Lehrmeinungen mit der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime von einem quasi gegenteiligen Standpunkt ausgingen²¹⁸⁴, selbst die frühere bundesgerichtliche

²¹⁸⁰ BGE 139 III 368 E. 3.3.3 m.H.a. Botschaft ZPO, S. 7237 Ziff. 2.2 und S. 7407 Ziff. 5.27.

²¹⁸¹ BGE 139 III 368 E. 3.3.2.

²¹⁸² BGE 139 III 368 E. 3.3 f. mit der Feststellung, dass nur das ordentliche Verfahren bleibt.

²¹⁸³ BGE 139 III 368 E. 3.3.3.

²¹⁸⁴ Vor dem BGE 139 III 368 (Urteil vom 03.07.2013) noch für die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime: S/H/L 2013-SUTTER-SOMM/VON ARX, Art. 55 N. 68; S/H/L 2013-HAUCK, Art. 243 N. 21; BK I-HURNI, Art. 55 N. 78; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 37; BSK ZPO 2013-STECK, Art. 296 N. 5 i.V.m. N. 10; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 53 N. 407; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 316, 394, 452, 460 und 491; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 23. A.M., nämlich für eine eingeschränkte Untersuchungs-

Rechtsprechung trug im Rahmen der Verwandtenunterstützung mit explizitem Hinweis auf Art. 329 i.V.m. aArt. 280 Abs. 2 ZGB noch einer Untersuchungsmaxime Rechnung²¹⁸⁵. Die Lehre nahm das neue Urteil zur Kenntnis; zuvor geäußerte Ansichten wurden, wo nötig, revidiert.²¹⁸⁶ Einige Autorinnen und Autoren betonen allerdings, dass diese Rückstufung der materiellen Prozessleitungskompetenz ein wenig befriedigendes Resultat darstellt; dies zumindest dann, wenn nicht ein Gemeinwesen als klagende Partei auftritt, sondern volljährige Ansprecherinnen und Ansprecher ihre persönlichen, existenziellen Interessen vertreten.²¹⁸⁷ Dem ist zuzustimmen.

Anzumerken bleibt allerdings, dass sich der BGE 139 III 368, zumindest nach dem 688 vorliegenden Verständnis, wie eine Ausschlussanalyse liest, die zum Ergebnis gelangt, dass sich der bisherige Rechtszustand mit der neu geschaffenen Gesetzeslage nicht schlüssig erreichen lässt: Wenn der Art. 329 Abs. 3 ZGB als Verweis auf die Zivilprozessordnung aufzufassen wäre, würde dies nach dem Bundesgericht implizieren, dass gleichzeitig diejenigen Besonderheiten von Art. 295 f. ZPO ausgeschieden werden müssten, die dem früheren Recht nicht entsprechen. Dadurch würde ein weiteres Spezialverfahren geschaffen, wo doch die Zivilprozessordnung die geltenden Verfahrensarten grundsätzlich abschliessend aufführt.²¹⁸⁸ Eine Praxisänderung scheint somit nicht das Ziel gewesen zu sein, sondern in den Augen des Bundesgerichts wohl eher eine unvermeidliche Konsequenz der vom Gesetzgeber geschaffenen Lage. Dass das Bundesgericht nicht vor der Konsequenz *Verhandlungsmaxime im ordentlichen Verfahren* zurückschreckte, wird nicht zuletzt

maxime: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N. 33 (allerdings wurde die entsprechende Stelle in der Neuauflage überarbeitet); LIENHARD A. [b], N. 579 ff., insb. Konklusion N. 583. Dagegen bereits 2011 für eine Verhandlungsmaxime: CPCc-HALDY, Art. 55 N. 17.

²¹⁸⁵ BGE 136 III 1 E. 5.

²¹⁸⁶ Zu den Ansichten bis zum BGE 139 III 368 vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 2184; seither (ohne persönliche Würdigung) auf BGE 139 III 368 verweisend z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 39; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 358, 1157, 2. Spiegelstrich, und N. 1160; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68a; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 5; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 295 N. 2, 6. Spiegelstrich (wegen BGE 129 III 375 E. 3.4 aber kritisch bez. Unterhaltsklagen junger Mündiger zwischen 18 und 20 Jahren).

²¹⁸⁷ Kritik an BGE 139 III 368 z.B. von: HEINZMANN, Habil., N. 148; BOHNET, Note 5A_689/2012, S. 501 f.; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 295 N. 10; BACHOFNER/PESENTI, S. 619 ff.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 52 N. 389.

²¹⁸⁸ BGE 139 III 368 E. 3.3.3, in der dann auch das Fazit folgt, *es bleibe einzig* das ordentliche Verfahren.

dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass, wie es das Urteil ausdrücklich festhält, sehr häufig nicht die unterstützungsberechtigte Person selbst klagt, sondern eine Gemeinde, die in den entsprechenden Anspruch subrogiert ist. Einer solchen muss prozessual nicht speziell geholfen werden, zu ihrem Recht zu gelangen.²¹⁸⁹ Dass das Resultat allerdings nicht optimal ist, soweit die unterstützungsberechtigte Person selbst prozessiert, scheint auch das Bundesgericht zu sehen, weist es doch in seinem Urteil noch explizit auf die Möglichkeit hin, in diesem Fall unentgeltliche Rechtspflege und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu beantragen.²¹⁹⁰

- 689 Nach diesem umstrittenen BGE 139 III 368 sah der Gesetzgeber Revisionsbedarf und setzte hierfür bei Art. 295 ZPO im Titel zu den Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten an. Nach dem Vorentwurf zur Änderung der Prozessordnung sollte in einem zweiten Absatz bestimmt werden, dass für selbstständige Unterhaltsklagen von Kindern ungeachtet ihrer Volljährigkeit das vereinfachte Verfahren gilt.²¹⁹¹ In Bezug auf die anwendbaren Prozessgrundsätze ist dem erläuternden Bericht zu entnehmen, dass «weiterhin» zu unterscheiden sei: Art. 296 ZPO kommt lediglich in eigentlichen Kinderbelangen und insoweit bei Minderjährigen zur Anwendung, weil Minderjährige diesen besonderen Schutz brauchen. «In Verfahren betreffend Mündigenunterhalt gelten jedoch neu die Erleichterungen des vereinfachten Verfahrens (Art. 247 ZPO); eines weitergehenden prozessualen Schutzes bedürfen volljährige Kinder grundsätzlich nicht.»²¹⁹² In den Fussnoten des Berichts wird die Neuregelung mit der vorliegend erläuterten Rechtsprechung zur Verwandtenunterstützung im BGE 139 III 368 begründet.²¹⁹³
- 690 Das bedeutet, die ZPO-Revision (Praxistauglichkeit) zieht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Verwandtenunterstützung Schlüsse hinsichtlich des Verfahrens um Mündigenunterhalt. Um hierbei nicht zu falschen zu gelangen,²¹⁹⁴ muss nach der vorliegend vertretenen Ansicht allerdings auch das nach dem kriti-

²¹⁸⁹ BGE 139 III 368 E. 3.4.

²¹⁹⁰ BGE 139 III 368 E. 3.4.

²¹⁹¹ Vgl. auch den Hinweis von HEINZMANN, Habil., N. 141 f., dass *eigenständiges Verfahren* bedeutet, dass die Kinderbelange ausserhalb eines *besonderen eherechtlichen Verfahrens* im Sinne des 2. Teils, 6. Titel der ZPO, beurteilt werden.

²¹⁹² Bericht VE-rev. ZPO, S. 77 zu Art. 295 (Hervorhebungen zugefügt).

²¹⁹³ Bericht VE-rev. ZPO, FN. 194 und 195, S. 77.

²¹⁹⁴ Zurückhaltung bei weitergehenden Schlüssen ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch angebracht, da das BGer im BGE 139 III 368 E. 2.2 auffällig präzise und eng die Frage eingrenzt, die es mit seinem Urteil überhaupt entscheiden will: «Somit geht es nachfolgend um die Frage, welches Verfahren für den Verwandtenunterstüt-

schen Bundesgerichtsentscheid ergangene Urteil 5A_524/2017 Berücksichtigung finden. Dieses Urteil befasst sich im Detail mit den Prozessmaximen in diesem Bereich: Gemäss Sachverhalt wurde das Kind während des Eheschutzverfahrens seiner Eltern volljährig, weshalb das Bundesgericht eine Gegenüberstellung zur Situation des volljährigen Kindes vollzog, das von seinen Eltern gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB unabhängig eines eherechtlichen Verfahrens Volljährigenunterhalt verlangte: Bei dieser Hypothese prozessiert das Kind unabhängig eines Unterhalts zugunsten eines Ehepartners als eigenständige Partei für seinen eigenen Anspruch. Verglichen mit dem Unterhalt zugunsten Minderjähriger, für den gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu aArt. 280 Abs. 2 ZGB die Officialmaxime und die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, kommt gemäss Bundesgericht dem Volljährigenunterhalt im Sinne des Art. 277 Abs. 2 ZGB ein gewisser Ausnahmecharakter zu. Deshalb ist dieser Anspruch an Bedingungen geknüpft. Sodann erfolgt im vergleichenden Urteil ein Verweis auf die im BGE 118 II 93 behandelte Frage zur Officialmaxime, wozu das Bundesgericht in Erinnerung ruft, dass es sich bereits damals rechtfertigte, beim Mündigenunterhalt den Interessen der Eltern vermehrtes Gewicht zuzumessen und dem volljährigen gegenüber einem minderjährigen Rentengläubiger «*une protection procédurale moins grande*» zuzugestehen.²¹⁹⁵ Während seines ganzen Vergleichs mit dem Volljährigenunterhalt – bei dem der Vorentwurf der neusten Gesetzesrevision ansetzt – verliert das Bundesgericht kein Wort dazu, dass das vier Jahre zuvor ergangene Präjudiz 139 III 368 zur Verwandtenunterstützung besiegeln würde, dass der Prozess des volljährigen Kindes auch für dessen Unterhaltsforderung nach Art. 277 Abs. 2 ZGB der Verhandlungsmaxime unterstehe. Wenn es sodann festhält, dass für diesen Volljährigenunterhalt ein weniger umfassender prozessualer Schutz, als ihn die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime für minderjährige Kinder nach aArt. 280 Abs. 2 ZGB vorsieht, geboten ist, so wäre in Anbetracht dessen, dass das Bundesgericht 2006 die Untersuchungsmaxime beim Mündigenunterhalt stützte,²¹⁹⁶ anzunehmen, dass es eine eingeschränkte Form des

zungsanspruch einer volljährigen Person gilt, der zudem nicht von ihr selber geltend gemacht wird, sondern vom Gemeinwesen, das in den Anspruch subrogiert ist.»

²¹⁹⁵ 5A_524/2017 E. 3.2.1 f. m.H.a. BGE 118 II 93 E. 1a, aufgrund dessen, dass sich i.c. das mündig gewordene Kind im Eheschutzprozess weiterhin prozessstandschaftlich vom Sorgerechtsinhaber vertreten liess, erachtete es das BGer nicht als willkürlich, dass das Kind vom umfassendsten Maximenschutz profitiert.

²¹⁹⁶ 5P.333/2005 E. 2.1 m.H.a. ZPO-AG-BÜHLER, § 75 N. 48, 3. Spiegelstrich (zum bundesrechtlichen Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime), und BSK ZGB I 2002-BREITSCHMID, Art. 277 N. 24 (m.H., dass die Untersuchungsmaxime grosszügig zu handhaben ist).

Untersuchungsgrundsatzes durchaus angemessen fände.²¹⁹⁷ Es gilt somit sicherzustellen, dass nicht auf legislatorischem Weg ein niedrigerer prozessualer Schutz besiegelt wird, den das Bundesgericht vermutlich gar nicht wählen würde, wenn ihm auslegungstechnisch eine andere Möglichkeit offensteht. So ist insbesondere zu bedenken, dass mit einer Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht eine Novenschanke²¹⁹⁸ und weniger Kompensationsmechanismen zwischen den Einbringtätigkeiten²¹⁹⁹ verbunden sind.

- 691 Nach der Vernehmlassung erfuhr nun der Art. 295 ZPO weitere Anpassungen: Das vereinfachte Verfahren soll für alle selbstständigen Klagen gelten und zwar ausdrücklich für solche über Kinderbelange und über den Unterhalt von Kindern. Der Text für die parlamentarische Schlussabstimmung zeigt, dass dies explizit für minder- und für volljährige Kinder gilt.²²⁰⁰ Der Botschaft ist zudem zu entnehmen, dass die Anpassung von Art. 295 ZPO deutlich mache, dass die Regelung von Art. 296 ZPO für sämtliche Streitigkeiten über Kinderbelange einschliesslich Kindesunterhalt ungeachtet der Volljährigkeit des Kindes einschlägig ist.²²⁰¹ Überdies ging nicht nur die Botschaft zur Revision, sondern bereits der Bericht zum entsprechenden Vorentwurf davon aus, dass der Art. 329 Abs. 3 ZGB doch als Verweis fungieren kann, so dass auch Klagen betreffend Verwandtenunterstützung inskünftig streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren unterstehen werden.²²⁰²

²¹⁹⁷ Im Urteil 5A_865/2017 E. 1.3.2 versuchte der Beschwerdeführer vom BGer eine Antwort zu erhalten, ob der Volljährigenunterhalt der *Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO* oder der *uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO* untersteht; das BGer anerkannte, dass es diese Rechtsfrage bis dahin noch nicht zu entscheiden hatte, führte dann aber einzig aus, warum es sich auch in jenem Fall nicht damit zu befassen hatte.

²¹⁹⁸ Zur Novenschanke vgl. den Exkurs in N. 523–526.

²¹⁹⁹ Zu den Kompensationsmechanismen bei der Untersuchungsmaxime vgl. N. 224–226.

²²⁰⁰ E-rev. ZPO, Art. 295: «Für selbstständige Klagen über Kinderbelange sowie über den Unterhalt von Kindern gilt das vereinfachte Verfahren.»; Vorlage Schlussabstimmung, Art. 295: «Für selbstständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange gilt das vereinfachte Verfahren.»

²²⁰¹ Botschaft rev. ZPO, S. 2768 zu Art. 295 sowie bereits S. 2717.

²²⁰² Botschaft rev. ZPO, S. 2767 zu Art. 295; Bericht VE-rev. ZPO, S. 77 zu Art. 295. Das BGer stellte indessen im BGE 139 III 368 E. 3.3.3 fest, dass beim Schluss, dass Art. 329 Abs. 3 ZGB überhaupt einen Verweis auf die ZPO enthalten könnte, Zurückhaltung geboten ist.

Mit Blick auf die im vorliegenden Unterkapitel dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts hätte nach der vorliegend vertretenen Ansicht im Rahmen der Revision insbesondere evaluiert werden müssen, ob für volljährige Anspruchsgläubiger von familiären Unterstützungsleistungen, denen es zumutbar ist, eine gewisse prozessuale Verantwortung zu übernehmen, die Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO eine adäquate Lösung darstellt. Damit wird kein maximaler Akzent auf das materiell richtige Urteil gelegt, sondern die Verfahrensfairness gegenüber einer weiteren, bestimmten Parteigruppe besonders betont, so dass diese möglichst nicht an unzureichenden Rechtskenntnissen scheitert. 692

3.2.2. (Teilweiser) Verzicht auf Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge

Das Bundesgericht führte im Jahr 2012 aus, dass unter dem vereinheitlichten Prozessrecht für das Güterrecht und die nachehelichen Unterhaltsleistungen die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt, während das Gericht gemäss Art. 277 Abs. 3 ZPO den restlichen für das Scheidungsverfahren relevanten Sachverhalt von Amtes wegen feststellt – *«notamment pour toutes les questions qui touchent à la prévoyance professionnelle [...], sur lesquelles il statue même en l'absence de conclusions des parties [...]»*²²⁰³. Allerdings lässt sich für den (teilweisen) Verzicht auf berufliches Vorsorgeguthaben im Scheidungsfall die auf dem Gesetzeswortlaut basierende Unterscheidung zwischen eingeschränkter und uneingeschränkter Untersuchungsmaxime nicht ziehen: Denn der Art. 280 Abs. 3 ZPO verwendet weder die Formulierung der amtswegigen Sachverhaltsfeststellung noch diejenige einer ebensolchen Erforschung. Vielmehr *«prüft»* das Gericht bei Abweichen von der hälftigen Teilung oder bei einem Verzicht auf den Vorsorgeausgleich *«von Amtes wegen»*, ob eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge anderweitig gewährleistet ist. Einige Autorinnen und Autoren sind der Ansicht, dass dieser (teilweise) Verzicht der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime untersteht.²²⁰⁴ Andere sehen darin einen Fall eines eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes.²²⁰⁵ 693

²²⁰³ 5A_862/2012 E. 5.3.2 u.a. m.H.a. die Botschaft ZPO, S. 7360 zu Art. 272 und 273.

²²⁰⁴ Für eine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime z.B.: LIENHARD A. [b], N. 590 ff., insb. 600 sowie N. 833 f.; HOHL, *procédure I*, N. 1413; CR-HALDY, Art. 55 N. 16, 7. Spiegelstrich; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.36; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68; BK I-HURNI, Art. 55 N. 77; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 34, Punkt b; PC-FOUNTOLAKIS/D'ANDRÈS, Art. 280 N. 8; B&M-CHASSÉ, Art. 280 N. 3, 3. Spiegelstrich; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 31a; im Grundsatz, allerdings mit Relativierungen, auch CR-TAPPY, Art. 277 N. 5, lit. c), und N. 22a und Art. 280 N. 11.

²²⁰⁵ Für eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime z.B.: KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 277 N. 5; GASSER/RICKLI, Art. 277 N. 3; G/J/S-SCHWANDER, Art. 277 N. 5; B/G/S I-GLASL,

- 694 Wie bereits hiervor ausgeführt wurde, liegen der Ehescheidung und den Auflösungsverfahren von eingetragenen Partnerschaften sehr besondere Prozessrechtsverhältnisse zugrunde.²²⁰⁶ Gerade in dieser Parteienkonstellation ist auch dem Interesse an einer gemeinsamen Verfügung über Prozessgegenstände die nötige Aufmerksamkeit zu schenken. Eine verpönte Verfügung könnte insbesondere auf dem Weg übereinstimmender Sachverhaltshypothesen erreicht werden,²²⁰⁷ sei dies gewollt, möglicherweise aufgrund von Druck oder auch unbewusst wegen einer Fehleinschätzung der tatsächlichen Situation.²²⁰⁸ Die Verfügungsbefugnis der Parteien über das Vorsorgeguthaben ist insbesondere im öffentlichen Interesse eingeschränkt, da ein Verzicht ohne eine anderweitig angemessene Sicherheit dazu führen kann, dass der oder die Betroffene später auf staatliche Fürsorge angewiesen sein wird.²²⁰⁹ Die umfassend(st)e Kompetenz des Gerichts zur Einflussnahme auf den Prozessstoff ist daher dem Ziel des möglichst der tatsächlichen Sachlage entsprechenden Urteils geschuldet. So erklärt es sich denn auch, dass neben Art. 190 ZPO, der ganz allgemein die Möglichkeit des Gerichts vorsieht, schriftliche Auskünfte einzuholen, im FZG, im BVG sowie in den Steuergesetzen spezifische Mechanismen verankert sind, die dem Gericht eine Sachverhaltserstellung selbst dann ermöglichen, wenn die Ex-Paare nur ungenügend an dieser mitwirken²²¹⁰.
- 695 Im eingangs zitierten Urteil aus dem Jahr 2012 hob das Bundesgericht einen vorinstanzlichen Entscheid auf, der im Fehlen eines Antrags auf eine angemessene Entschädigung nach dem Eintritt eines Vorsorgefalls im Sinne von aArt. 124 Abs. 1 ZGB einen stillschweigenden Verzicht auf die Vorsorgeteilung sah.²²¹¹ Wie in jenem Entscheid führte das Bundesgericht auch zu einem Antrag auf Revision eines Scheidungsurteils im Jahr 2014 aus, dass das Scheidungsgericht die erforderlichen Angaben betreffend den Eintritt des Vorsorgefalls und die Höhe

Art. 55 N. 45; vermutlich auch BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 21, und AEBI-MÜLLER, S. 189; OEHLER, S. 111 f., der auf Art. 277 Abs. 3 ZPO verweist.

²²⁰⁶ Vgl. hierzu N. 670.

²²⁰⁷ Zur Verfügung über den Streitgegenstand via übereinstimmenden Tatsachenvortrag vgl. N. 672 m.w.H.

²²⁰⁸ Vgl. diesbez. zum Vorsorgeguthaben auch LIENHARD A. [b], N. 599.

²²⁰⁹ Zum öffentlichen Interesse an einer ausreichenden Altersvorsorge vgl. z.B.: BGE 129 III 481 E. 3.3; 5P.376/2006 E. 2.1; 5A_614/2007 E. 3.1; 5A_862/2012 E. 5.3.2; 5A_478/2016 E. 10.1; des Weiteren auch CR-TAPPY, Art. 277 N. 22 f. und Art. 280 N. 11; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 52 N. 316, 3. Spiegelstrich; LIENHARD A. [b], N. 590 ff.

²²¹⁰ Ausführlich hierzu: LIENHARD A. [b], N. 592 ff.

²²¹¹ 5A_862/2012 E. 5.

der Altersguthaben von Amtes wegen einzuholen hat und diesbezüglich *nicht* an übereinstimmende Parteierklärungen *gebunden* ist.²²¹² Da dieses zweite Scheidungsverfahren allerdings bereits im Dezember 2010 rechtshängig war, war es noch nach dem bisher geltenden Recht durchzuführen.²²¹³ Das höchste Gericht präzierte sodann, dass in Bezug auf diese beiden Fragestellungen durchaus auch auf Parteiaussagen abgestellt werden darf. Wie in anderen Bereichen des Familienrechts ergebe sich auch aus den damals einschlägigen aArt. 122 ff. ZGB *keine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime*.²²¹⁴ Daraufhin folgte es, dass der Beschwerdeführerin, die mit ihrem Ex-Gatten eine Vereinbarung geschlossen und erklärt hatte, güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt zu sein, ihre weitere Passivität zum Vorwurf des unsorgfältigen Prozessierens gereicht: So schützte das Bundesgericht die Vorinstanz und war wie diese der Ansicht, dass es im Anschluss an die Erklärung des Ex-Partners, dass er eine Pensionskassenrente bezieht, zuerst an der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin gelegen hätte, wenigstens nachzufragen, von welcher Kasse diese Rente stammt und ob allenfalls noch Pensionskassengelder hälftig zu teilen wären.²²¹⁵

Obschon der in diesem Urteil 5A_111/2014 vorgebrachte Vorwurf mangelnder Sorgfalt begründet ist, fragt sich, ob es sich im Scheidungsverfahren rechtfertigt, der Prozesssorgfalt in Belangen der beruflichen Vorsorge einen vorrangigen Stellenwert einzuräumen, so wie dies bei einer sozialen Untersuchungsmaxime, die primär zum Schutz der Parteiinteressen statuiert wird, der Fall ist: Denn immerhin sind bei diesen Fragen, wie dies auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich anerkennt,²²¹⁶ gewichtige öffentliche Interessen impliziert. Der Umstand, dass jener Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren noch die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde,²²¹⁷ zeigt an, dass im Verlauf auch im prozessualen Bereich eine weitere Abhängigkeit von staatlichen Mitteln eintreten kann. Seit 2017 sind zudem mit dem Art. 124b Abs. 1 ZGB und dem neu

²²¹² 5A_111/2014 E. 4.2 und wie erwähnt auch das Urteil 5A_862/2012 E. 5.3.2 sowie zuvor bereits BGE 129 III 481 E. 3.3; 5A_614/2007 E. 3.1; 5A_796/2011 E. 5.3; und später auch das Urteil 5A_478/2016 E. 10.1.

²²¹³ 5A_111/2014 E. 4.1.

²²¹⁴ 5A_111/2014 E. 4.1 f.; vgl. auch bereits das Urteil 5A_355/2011 E. 4.2.

²²¹⁵ 5A_111/2014 E. 4.3.

²²¹⁶ Vgl. vorliegendes Unterkapitel, FN. 2209.

²²¹⁷ Ihren scheinbar nicht weiter ausgeführten Gesuchen im Rechtsmittelverfahren waren dagegen wegen Aussichtslosigkeit kein Erfolg mehr beschieden, vgl. das Urteil 5A_111/2014 E. 6 f.

formulierten Art. 280 Abs. 3 ZPO die Hürden weniger hoch angesetzt: Bei einer Abweichung von der hälftigen Teilung oder beim Verzicht auf den Vorsorgeausgleich hat das Gericht nun nicht mehr zu prüfen, ob eine «entsprechende», sondern ob eine «angemessene» Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt.²²¹⁸ Während der Gesetzeswortlaut weicher wurde, liest sich die Rechtsprechung nun klarer. Einem zehn Monate nach Inkrafttreten dieser Bestimmungen ergangenen Bundesgerichtsentscheid ist zu entnehmen: «L'art. 280 al. 3 CPC n'impose la maxime inquisitoire (illimitée) qu'au juge de première instance [...]»²²¹⁹ Hierzu wird auf bereits im Jahr 2013 ergangene Urteile verwiesen, aus denen allerdings nicht ebenso explizit hervorgeht, welche Ausprägung der Untersuchungsmaxime gemeint ist.²²²⁰ Die im neuen Entscheid angegebenen Lehrmeinungen gehören allerdings eindeutig zur Vertreterschaft, die hinsichtlich Fragen zum (teilweisen) Verzicht auf berufliche Vorsorge für den Einsatz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime plädiert.²²²¹ Mit einer solch lenkenden Untersuchungsmaxime erfährt eindeutig das Ziel eines den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung.

4. Fazit zur Graduierung der Untersuchungsmaxime

- 697 Obschon sich vermutlich manche über eine zu grosse Anzahl an Stufen der materiellen Prozessleitung wenig glücklich zeigen,²²²² bestätigt die vorliegende Darstellung über die Zielgewichtung hinter den verschiedenen Maximenausprägungen, dass eine lediglich zweiteilige Unterscheidung zwischen einer eingeschränkten

²²¹⁸ Botschaft ZGB, Vorsorgeausgleich bei Scheidung, S. 4915 zu Art. 124b.

²²¹⁹ 5D_148/2017 E. 3.1.

²²²⁰ 5D_148/2017 E. 3.1. m.H.a. das Urteil 5A_862/2012 E. 5.3.3, wo zumindest von der Offizial- und Untersuchungsmaxime die Sprache ist, sowie auf das Urteil 5A_474/2013 E. 6.2.2, in welchem jedoch nur von einer *Untersuchungsmaxime* gesprochen wird und das selbst wiederum auf das 5A_796/2011 E. 5.3 verweist, wo ebenfalls der Terminus *maxime inquisitoire* verwendet wird.

²²²¹ 5D_148/2017 E. 3.1 m.H.a. HOHL, *procédure I*, N. 1413, und S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 68, beides Werke aus dem Jahr 2016. Für weitere Vertreter der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime vgl. auch das vorliegende Unterkapitel, FN. 2204.

²²²² Vgl. auch die Frage wie sie MARKUS/HUBER-LEHMANN, Note 4A_229/2017, S. 91, stellen, nämlich ob die partielle bzw. die asymmetrische Untersuchungsmaxime letztlich so zu verstehen ist, «dass wir uns bei den Sachverhaltsermittlungsgrundsätzen neu mit fünf (!) Abstufungen konfrontiert sehen?». Vgl. zudem die Kritik an der ungenügenden Klarheit der Stufenfolge in N. 383–385.

und einer uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht allen Fällen gerecht wird.²²²³ Dies insbesondere dann nicht, wenn mit der eingeschränkten Form durchwegs eine «soziale» Untersuchungsmaxime assoziiert wird: Denn es gibt Themenbereiche, die einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, bei denen nicht einzig frei verfügbare parteiinterne Interessen zur Debatte stehen. Auch kann sich dieses Gebiet durch die weitere sachrechtliche Gesetzgebung ständig vergrössern. Angesichts dessen erscheint nach der vorliegend vertretenen Ansicht ein dahingehender Schluss, dass der Schutz von Interessen Dritter oder der Ausgleich einer fehlenden Gegenpartei für die eingeschränkte Untersuchungsmaxime atypisch, die Verhinderung einer freien Streitgegenstandsverfügung gar nur ein fragwürdiger oder unpassender Nebenzweck dieser Maximenausprägung wäre,²²²⁴ nicht naheliegend. Wie bereits im Kapitel 6 erläutert, sind die Fragestellungen, welche der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, in zwei Kategorien einzuteilen, die mit unterschiedlichen prozessualen Konsequenzen verbunden sind: Auf der einen Seite all jene Fälle, bei denen der Kompetenzausbau des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung primär der *Verfahrensfairness*, im Sinne einer Hilfestellung für Parteien mit unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen, geschuldet ist. Auf der anderen Seite diejenigen Belange, bei welchen darüber hinaus das allgemeine Interesse an einem möglichst den *tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteil* eine noch weitergehende Akzentuierung erlangt hat. Diese letztgenannte Kategorie stellt den Bereich zwischen einer tatsächlich «sozialen» und einer «uneingeschränkten» Untersuchungsmaxime dar, für den es sich lohnt, ihm gesondert Rechnung zu tragen, da dies zu vermehrter Kohärenz, auch gegen Ende der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung hin, führen kann. Nach der vorliegenden Einschätzung hat auch das Bundesgericht mit dem hiervor erläuterten Urteil 4A_229/2017 zu den Prozessvoraussetzungen, in welchem es sich für eine «andere Form einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime» ausgesprochen hat, einen derartigen Zwischenbereich erkannt.²²²⁵ Hier ist, nach der vorliegend vertretenen Ansicht, in Bezug auf eintretenshindernde Prozessvoraussetzungen grundsätzlich eine lenkend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime anzunehmen.²²²⁶ Eine ähnliche Kategorie scheint Denis TAPPY zu sichten, wenn er die Frage aufwirft, ob etwa in Belangen der beruflichen Vorsorge im Scheidungsfall nicht von einer «*maxime inquisitoire intermédiaire*» auszugehen

²²²³ Vgl. auch die Ausführungen von MORET, N. 249 ff.

²²²⁴ Dies entspricht der Ansicht von LIENHARD A. [b], N. 485 ff. und 585.

²²²⁵ Vgl. hierzu N. 676–677.

²²²⁶ Vgl. diesbez. auch die Bemerkung dazu, dass das BGer von *erforschen* spricht, in FN. 2146.

ist, die zwischen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, wie sie beispielsweise bei den Scheidungsvoraussetzungen Geltung beansprucht, und der uneingeschränkten, wie sie namentlich für Kinderbelange gilt, zu liegen kommt.²²²⁷ Auch der Aufsatz von Sabine ASPRION, die sich im Übrigen bereits in ihrer Dissertation mit Prozessmaximen auseinandergesetzt hat, deutet eine derartige Unterscheidung an: Ihrer Schrift zur nunmehr eidgenössischen Zivilprozessordnung ist nämlich zu entnehmen, dass unter die beschränkte Untersuchungsmaxime, im Sinne einer Sachverhalts*feststellung* von Amtes wegen, die *eingeschränkte* sowie die *soziale* Untersuchungsmaxime zu subsumieren sind.²²²⁸

698 In Entlehnung der funktionalen Bezeichnungen der Untersuchungsmaxime wie sie Isaak MEIER gewählt hat,²²²⁹ wird vorliegend (abgesehen von der eigentlich lenkenden, uneingeschränkten Untersuchungsmaxime) einerseits von einer Kategorie eingeschränkter Untersuchungsmaxime ausgegangen, der sowohl die Fälle der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO als auch diejenigen ausserhalb des vereinfachten Verfahrens zuzurechnen sind, die eine ähnlich gelagerte Zielakzentuierung aufweisen. Diese Kategorie wird vorliegend als «unterstützend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime» bezeichnet. Als zweite Kategorie ist demgegenüber von einer «lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime» zu sprechen, in die beispielsweise Prozessvoraussetzungen gehören, die gegen den Eintritt auf die Klage sprechen, wie auch weitere Belange der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, bei denen das Finden der materiellen Wahrheit eine besonders betonte Bedeutung hat.

699 Wie bereits verschiedentlich angetönt, spielt für die prozessualen Konsequenzen, die mit diesen beiden Kategorien jeweils verbunden sind, der Stellenwert der prozessualen Eigenverantwortung der Parteien eine bedeutende Rolle.²²³⁰ Dieser weitere Einflussfaktor auf die Angemessenheit einer materiellen Prozessleitungsmassnahme wird im nächsten Unterkapitel erörtert. Auf die verschiedenen prozessualen Konsequenzen bei den eingeschränkten Untersuchungsmaximenausprägungen, die sich aus dem Zusammenspiel der Faktoren der vorliegenden Angemessenheitsprüfung ergeben, ist dann im Unterkapitel F., im Rahmen der Synthese einer Stufenfolge der materiellen Prozessleitung, einzugehen.

²²²⁷ CR-TAPPY, Art. 277 N. 22a.

²²²⁸ ASPRION, S. 38.

²²²⁹ MEIER I., ZPR, S. 385 ff.

²²³⁰ Vgl. hierzu N. 388–390. Zum Stellenwert der Prozesssorgfalt bei den Untersuchungsmaximen vgl. insb. N. 972–974 i.V.m. N. 265 zur unterstützend-eingeschränkten und schliesslich N. 1010 zu den lenkenden Untersuchungsmaximenausprägungen.

c. Subjektbezogener Faktor

i) Prozessorgfalt als Ausdruck der Eigenverantwortung

Einleitend in die vorliegende Prüfung der Angemessenheit eines gerichtlichen Eingriffs in den Prozessstoff wurden weitere für die Interessenabwägung zu berücksichtigende, fallübergreifende Faktoren zusammengetragen. Nachdem mit der relativen Zielakzentuierung hinter den Prozessmaximen im letzten Unterkapitel D. IV. b. auf das Gerüst der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung eingegangen wurde, soll nun im vorliegenden Unterkapitel D. IV. c. die erste Schranke für den gerichtlichen Eingriff in das *da mihi facta* thematisiert werden: der subjektbezogene Faktor. Dieser wurde hiervor in der mit den vordringlichen Prozesszielen vereinbaren Eigenverantwortung der Parteien gesichtet.²²³¹ 700

Diese von der Eigenverantwortung gesetzte Grenze betonte auch Marianne HEER, als sie darauf hinwies, dass die Mitwirkungspflicht des Richters bei der Prozessstoffsammlung *«keineswegs uneingeschränkt»*²²³² gilt: Diese Gerichtspflicht sei für die Parteien kein *Freipaß zu Denkfaulheit und Gleichgültigkeit*²²³³.²²³⁴ Im selben Sinn ist Georg LEUCHS *sehr wichtiger Vorbehalt* anzubringen. Der einstige Bundesrichter mahnt: *«Das Prozeßführen wäre gar zu bequem, wenn man dermaßen den Richter für sich sorgen lassen könnte. Voraussetzung dafür, daß der Richter hilft, ist, daß die Partei selbst die ihr im Prozesse zuzumutende Sorgfalt anwende.»*²²³⁵ 701

Auch in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist regelmässig der Hinweis zu finden, dass das Ausmass an richterlicher Hilfeleistung insbesondere von den intellektuellen Fähigkeiten der Parteien, der Schwierigkeit der Materie sowie 702

²²³¹ Vgl. hierzu N. 650.

²²³² HEER, S. 179 f.

²²³³ Ausdrucksweise von FISCHLI, S. 94, welche HEER, S. 181, übernimmt. Vgl. des Weiteren FISCHLI, S. 94: *«Ungenügende Diligenz soll richterliche Hilfe nicht veranlassen.»*

²²³⁴ In diese Richtung auch VON HIPPEL, S. 175: *«Und dann sind wir zwar in dem geschilderten Sinne unsererseits hilfsbereit, aber wir denken gar nicht daran, den Parteien das Essen vorzukauen und ihnen in alle Winkel vorzukriechen, sondern wir verlangen von ihnen, daß sie für ihre Person insoweit mitarbeiten, als das nach Lage der Sache angemessen ist.»* sowie S. 180: *«Denn wir sind als Richter zwar berufen und bereit, jenen Bittstellern für unsern Teil zu helfen, aber wir sind keineswegs verpflichtet und bereit, den auf sie entfallenden Arbeitsanteil auch noch zu übernehmen, wenn sie selber ihn nicht leisten, ihre Kräfte grundlos zu schonen, um die unsern grundlos anzuspannen.»* (alle Hervorhebungen weggelassen).

²²³⁵ LEUCH, Prozeßleitung, S. 567 (Hervorhebungen zugefügt).

vom Vorhandensein einer berufsmässigen Vertretung abhängt.²²³⁶ Unabhängig davon, welche sachverhaltsrelevante Prozessmaxime zur Anwendung gelangt, bestimmt sich somit das Mass an erwarteter Eigenverantwortung mit Blick auf den Vertretungsentscheid der Partei.

ii) **Sorgfaltsmassstab**

1. **Differenzierung**

- 703 Nicht nur das Bundesgericht, sondern auch die Lehre anerkennt, dass in rechtlichen Belangen höhere Anforderungen an die professionell vertretene Partei gestellt werden dürfen als an eine rechtsunkundige Partei.²²³⁷ Zahlreiche Autorinnen und Autoren wollen zur Beurteilung der Sorgfalt von juristischen Laien und derjenigen der Anwaltschaft unterschiedliche Massstäbe heranziehen: So seien Erstere an einem subjektiven, die professionelle Rechtsvertretung dagegen an einem objektiven Sorgfaltsmassstab zu messen.²²³⁸ Andreas LIENHARD hält der herrschenden Lehre entgegen, die Richterschaft könne gar keinen subjektiven Sorgfaltsmassstab anwenden, da Richterinnen und Richter die konkreten juristischen Kenntnisse einer Partei nicht kennen, sondern lediglich abschätzen können.

²²³⁶ 4D_57/2013 E. 3.2; 4A_57/2014 E. 1.3.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 4A_487/2018 E. 4.2.2. In diese Richtung, z.T. auch auf vorgenannte Urteile verweisend, z.B.: 4A_444/2013 E. 6.3.3; 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3.3.3; 4A_336/2014 E. 7.6; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102); 4A_628/2016 E. 4.2.3; 4D_87/2017 E. 3.3.1; 4A_171/2017 E. 4; 4A_284/2017 E. 3.2; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 4A_502/2019 E. 7.1. Sowie bereits vor der eidg. ZPO: 4C.340/2004 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 131 III 243); 4A_519/2010 E. 2.2. Die anwaltliche Vertretung und deren Einfluss auf die Fragepflicht werden z.B. auch in den Urteilen 4A_517/2010 E. 3.2.3 und 5D_17/2020 E. 2.2 besonders hervorgehoben. Zum Differenzierungsbedarf bei berufsmässiger Vertretung in Belangen, die von *da mihi facta* geprägt sind, vgl. N. 763–791.

²²³⁷ BGE 105 II 149 E. 3 f. unter Berufung auf Treu und Glauben; vgl. auch das Urteil 5A_408/2015 E. 2.1, wonach die Anforderungen an Anwälte «*naturgemäss erhöht*» sind. Vgl. zudem Hinweise über höhere Sorgfalterwartungen z.B. bei: ASPRIEN STÖCKLIN, S. 239; BUCHER, S. 31; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 279; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 16; LIENHARD A. [b], N. 233 und 336; HAAS/BÜHLER, S. 308 f. und 311; WILDHABER BOHNET, N. 67 f.

²²³⁸ Für diese Massstäbe vgl. z.B.: FELLMANN, Fragepflicht, S. 89 f.; SARBACH M., Diss., S. 134 ff.; MEIER, R., Diss., N. 31, 81 und 248; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 2; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 16 und 39; BK I-HURNI, Art. 56 N. 27 ff.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 278 ff. und 356; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 18; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285; SARBACH R., N. 662, 667 und 790, der sich aber in der N. 664 für Laien LIENHARDS Massstab anschliesst.

Deshalb schlägt er einen einzigen, objektiv-individualisierten Sorgfaltsmassstab vor, der *«auf diejenigen Fähigkeiten und juristischen Kenntnisse abstellt, über die eine durchschnittlich sorgfältige Person (objektives Element), die der gleichen Menschengruppe angehört wie die konkrete Prozesspartei (individuelles Element), i.d.R. verfügt»*.²²³⁹ ²²⁴⁰ Zumindest nach der vorliegenden Einschätzung dürfen sich allerdings die Ergebnisse nicht merklich unterscheiden, ob nun von zwei verschiedenen Massstäben ausgegangen wird oder ob man einen Massstab schafft, der zwei Komponenten enthält, von denen die eine, das individuelle Element, bei der berufsmässigen Rechtsvertretung quasi eine Konstante bildet.

2. Bei Auftritt mit anwaltlicher Vertretung

2.1. Position der anwaltlichen Vertretung

2.1.1. Gegenüber ihrer Mandantschaft

Die im Sinne von Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO schweizweit in sämtlichen Verfahren zur berufsmässigen Vertretung zugelassenen Personen sind nach Art. 4 i.V.m. Art. 6 BGFA in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen.²²⁴¹ Die Eintragung bedingt insbesondere, dass die betreffende Person über ein Anwaltspatent verfügt.²²⁴² Dieser staatliche Fähigkeitsausweis zur berufsmässigen Vertretung stellt eine klassische wirtschaftspolizeiliche Bewilligung zum Schutz des recht-suchenden Publikums dar.²²⁴³ Hinsichtlich der Rechtskenntnisse, die zum Erlangen dieses Ausweises vonnöten sind, kann sich eine Mandantschaft aufgrund von Art. 7 Abs. 1 BGFA grundsätzlich darauf verlassen, dass Ausweisinhaberinnen und -inhaber ein rechtswissenschaftliches Hochschulstudium abgeschlossen und darüber hinaus ein mindestens einjähriges Praktikum sowie das Anwaltsexamen

704

²²³⁹ LIENHARD A. [b], N. 117, des Weiteren auch N. 233 und 414.

²²⁴⁰ Für Laien zustimmend: SARBACH R., N. 664, nach dem es anmassend erscheint, schätzte das Gericht die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten der Parteien allein aus ihren Eingaben ein, hingegen vermöge das Gericht eine Partei einer bestimmten Gruppe zuzuordnen, deren durchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten als notorisch angesehen werden können; für anwaltlich vertretene Parteien geht SARBACH R., N. 696 und 742, von einem objektiven Massstab aus.

²²⁴¹ Für Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EFTA-Staaten vgl. Art. 21–33 BGFA.

²²⁴² Zu den Voraussetzungen zur Patenterteilung und zur Zulassung zum Anwaltsberuf, insb. auch zum Zusammenwirken von BGFA und kantonalem Recht, vgl. MEIER I., ZPR, S. 548 ff.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 195 ff.

²²⁴³ BGE 130 II 87 E. 3; vgl. auch die Ausführungen über das öffentliche Interesse am Schutz des recht-suchenden Publikums im BGE 125 I 166 E. 3b; des Weiteren ZPR-STAEHELIN/STAEHELIN, § 30 N. 2.

erfolgreich absolviert haben.²²⁴⁴ Wer einen konkreten Vertretungsauftrag aus freien Stücken übernimmt, gibt seiner Mandantschaft aber auch zu verstehen, dass er oder sie, unter Berücksichtigung des Zeitfaktors in der konkreten Angelegenheit, fähig ist, fallspezifische Abklärungen vorzunehmen und die Position der Mandantin mit der erforderlichen Sorgfalt²²⁴⁵ zu vertreten.

2.1.2. Gegenüber dem Gericht

- 705 Wie im Kapitel 5 erläutert, bildet die materielle Prozessleitung einen wichtigen Bestandteil der Kommunikation, die das Gericht mit den Parteien führt.²²⁴⁶ Hinsichtlich dieser materiellen Prozessleitung steht nun allerdings nicht die auftragsrechtliche Sorgfaltsfrage im Zentrum: Also nicht die Sorgfalt, welche die professionelle Vertretung ihrer Partei schuldet, sondern vielmehr diejenige, die das Gericht von den auftretenden Parteien erwartet. Diesbezüglich zeichnet sich aus verschiedenen höchstrichterlichen Urteilen deutlich ab, dass die von einer Anwaltsperson zu erwartenden, umfangreicheren juristischen Kenntnisse wie auch deren Handeln grundsätzlich ihrer Mandantin anzurechnen sind.²²⁴⁷ Gerade in einem 2020 ergangenen Bundesgerichtsurteil wurde die Anwaltsperson für die Teilnahme an der Beweisabnahme denn sogar explizit als Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR qualifiziert.²²⁴⁸ Zudem ist es nicht lange her, dass das Bun-

²²⁴⁴ Vgl. hierzu z.B. SARBACH M., Diss., S. 136; ZPR-STAEHELIN/STAEHELIN, § 30 N. 14 f.; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 201 ff. zudem m.H.a. die Gesetzesmaterialien bez. des Hochschulstudiums.

²²⁴⁵ Vgl. hierzu N. 706–708.

²²⁴⁶ Vgl. hierzu N. 341–343 und N. 351.

²²⁴⁷ Vgl. z.B.: BGE 105 II 149 E. 3; 5A_324/2017 E. 3; 5A_18/2018 E. 3.1 und 3.3.2; insb. zur Anrechnung des Wissens um die Begründungs- und Substantiierungsobliegenheiten vgl. 5A_897/2013 E. 3.2 (unentgeltliche Rechtspflege); allgemein eine vollumfängliche Anrechnung der Handlungen und Entscheide annehmend die Vorinstanz im Verfahren 4A_423/2014 E. 3.1, was vom BGer nicht beanstandet wird.

²²⁴⁸ 5A_336/2019 E. 4.3.2: *«So wenig wie das Äusserungsrecht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör einen abstrakten Anspruch der Partei begründet, sich persönlich äussern zu dürfen (BGE 142 I 188 E. 3.2.2), besteht auch kein absoluter Anspruch auf persönliche Teilnahme an der Beweisabnahme. Ist die Partei anwaltlich vertreten (Art. 68 ZPO) und konnte der Anwalt – wie hier – an der Beweisabnahme teilnehmen, sind die Rechte der Parteien gewahrt, ist jener doch berechtigt und verpflichtet (Art. 394 ff. OR), im Verfahren anstelle der Partei selbst zu handeln (Art. 32 ff. OR), und eine persönliche Mitwirkung derselben daher in der Regel nicht mehr nötig. Freilich kann im Einzelfall das Handeln durch einen Vertreter nicht genügen und die persönliche Mitwirkung der Partei an der Beweisabnahme erforderlich sein (vgl.*

desgericht einem Beschwerdeführer entgegenhielt, dass Fehler und Versäumnisse seines Anwalts ihm angerechnet werden können, denn im Zivilprozess trete jener als Vertreter und Hilfsperson einer Partei auf.²²⁴⁹ So ist zu schliessen, was sich durch die Rechtsprechung und die Lehre auch bestätigt: Das Gericht als Träger der Justizhoheit darf ebenfalls auf den hiervor erwähnten, staatlich verliehenen Fähigkeitsausweis vertrauen und somit bei der Anwaltsperson davon ausgehen, einer mit der juristischen Theorie und Praxis vertrauten Kommunikationspartnerin gegenüberzustehen.²²⁵⁰ Immerhin gehört eine sorgfältige und gewissenhafte Tätigkeitsausübung nach Art. 12 lit. a BGFA auch explizit zu den öffentlichrechtlichen Berufsregeln der Anwaltschaft, selbstverständlich auch bei ihrem Auftritt gegenüber Gerichten.²²⁵¹

mutatis mutandis: BGE 142 I 188 E. 3.3.)» (Hervorhebungen weggelassen). Auch auf das Stellvertretungsrecht hinweisend: LIENHARD A. [b], N. 232 und 536.

²²⁴⁹ 5A_344/2015 E. 5.2 insb. m.H.a. Art. 101 OR.

²²⁵⁰ Vgl. z.B.: BGE 113 Ia 84 E. 3d; 4C.143/2002 E. 3; 4C.340/2004 E. 4.2; (nicht publiziert im BGE 131 III 243); 5A_153/2009 E. 5.2 (nicht publiziert im BGE 135 III 489); 4D_57/2013 E. 3.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 5A_221/2018 E. 3.3.2 f.; 5D_17/2020 E. 2.2 und 4.2; KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020. Vgl. auch BK I-HURNI, Art. 56 N. 29; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 279; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 39; FELLMANN, Fragepflicht, S. 90; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285 f., sowie die Hinweise von SARBACH M., Diss., S. 136 f.: «*Da sich Anwalt (Fürsprecher, Advokat) nur nennen darf, wer über dieses Fähigkeitszeugnis verfügt, bestehen an die Fähigkeiten des Anwalts die mit diesem Zeugnis verbundenen Erwartungen, und zwar unabhängig von den individuellen Erfahrungen und Fähigkeiten des betreffenden Anwalts.*», oder bei ASPRION STÖCKLIN, S. 239: «*zumal von einem Rechtsvertreter erwartet werden kann, dass er das Prozessrecht kennt und die prozessualen Rechtsbehelfe zum Nutzen seiner Klientschaft einsetzt.*»; FELLMANN, Unkenntnis, S. 194, über die Erwartungen an die Anwaltsperson. Kritisch, was die Konsequenz auf die materielle Prozessleitung betrifft, zeigt sich LIENHARD A. [b], N. 230: «*Anders ausgedrückt vertraut in aller Regel auch die anwaltlich vertretene Partei, dass der gerichtliche Schutz nicht vermindert wird, obwohl sie selber mehr bezahlt hat.*» (Hervorhebungen im Original). Es stünden sich zwei Vertrauenstatbestände gegenüber, wobei nach Ansicht von LIENHARD das Vertrauen der vertretenen Partei in die Aufmerksamkeit des staatlichen Gerichts klar dem Vertrauen des Gerichts in die Fähigkeiten des Anwalts vorgehe, erneut in LIENHARD A. [b], N. 534. i.V.m. N. 484, für Verfahren unter eingeschränkter Untersuchungsmaxime, wo es eine sozial schwächere Partei zu schützen gilt. Zu dieser Argumentationsweise vgl. auch N. 997.

²²⁵¹ Allgemein zur Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA und deren Geltungsbereich vgl. ZPR-STAEHELIN/STAEHELIN, § 30 N. 24 ff.; vgl. des Weiteren auch das Urteil 2C_233/2021 E. 3 und 7.

2.2. Objektivierte Sorgfaltspflicht und materielle Prozessleitung

- 706 Wenngleich somit nicht dieselben Beziehungen im Fokus stehen, sind im Endeffekt sowohl die Mandantschaft, welche die konkreten Fähigkeiten der Anwaltsperson im Zeitpunkt der Beauftragung oft nicht kennt,²²⁵² als auch das Gericht, das für einen funktionierenden Geschäftsgang die für den Patenterwerb notwendigen Fähigkeiten nicht bei jedem Auftritt der Vertretung überprüfen kann, auf eine Sorgfaltsbemessung angewiesen, die nicht an den tatsächlich vorhandenen Fähigkeiten der professionellen Rechtsvertretung anknüpft.
- 707 Im privatrechtlichen Rechtsverhältnis zur Mandantschaft bemisst sich die Sorgfalt der anwaltlichen Vertretung grundsätzlich nach den Regeln des Auftragsrechts.²²⁵³ Hierfür wird ein objektivierter Massstab angesetzt,²²⁵⁴ wobei fallspezifische Komplexitäten, rechtsgebietsabhängige Regelungsdichte und Zeitumstände berücksichtigt werden.²²⁵⁵ Aber auch im Prozessrechtsverhältnis ist ein individuelles Element des Sorgfaltsmassstabs bei der berufsmässigen Vertretung quasi als Konstante zu fingieren, da diese Person aus prozessrelevanter Sicht der Gruppe zugelassener und somit befähigter Rechtsvertreter angehört.²²⁵⁶

²²⁵² Vgl. auch den Hinweis von SARBACH M., Diss., S. 135, dass jeder seinen Vertragspartner wählen können soll, ohne dessen persönliche Fähigkeiten zu kennen – ohne Objektivierung würde die Rechtsordnung aufgrund fehlender Verkehrssicherheit nachhaltig gestört.

²²⁵³ ZPR-STAEHELIN/STAEHELIN, § 30 N. 42. Zum Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Klient als einfachem Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR vgl. BGE 127 III 357 E. 1; SARBACH M., Diss., S. 136 FN. 632; BERTI, ZPO, N. 79; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 207; FELLMANN, Unkenntnis, S. 192 f.; FELLMANN, Haftung, N. 1. Zum Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung i.S.v. Art. 12 lit. a BGFA als Bestimmung des öffentlichen Rechts vgl. ZPR-STAEHELIN/STAEHELIN, § 30 N. 25, wo die Autoren von einem Heranziehen der unter Art. 398 OR entwickelten Grundsätze sprechen; MEIER I., ZPR, S. 558 f., erläutert, dass nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung zugleich eine Verletzung der Berufsregeln darstellt.

²²⁵⁴ Vgl. SARBACH, Diss., S. 133 f. über die Sorgfaltsmassstäbe des materiellen Rechts. Zu den prozessualen Sorgfaltsmassstäben vgl. N. 703.

²²⁵⁵ Vgl. SARBACH M., Diss., S. 137 m.H., dass die Berücksichtigung dessen nicht zur Resubjektivierung des Sorgfaltsmassstabs führt, sondern zur Präzisierung der Referenzgrösse; vgl. zudem die Ausführungen von FELLMANN, Haftung, N. 48 zum *bereichs- bzw. berufsspezifischen Sorgfaltsmassstab*.

²²⁵⁶ Vgl. die Bemerkung zu LIENHARDS Sorgfaltsmassstab in N. 703. Eine Differenzierung könnte sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht allenfalls zwischen Fachanwälten und Anwälten ohne Fachanwaltsausweis ergeben.

Damit ist im Resultat bei der Anwaltsperson sowohl gegenüber ihrer Mandantschaft als auch gegenüber dem Gericht auf einen objektiven Sorgfaltsmassstab abzustellen: Als Referenz wird gemeinhin auf die Anforderungen an die ordentlich beziehungsweise durchschnittlich sorgfältige Berufsperson verwiesen.²²⁵⁷ Zusammengefasst dürfen sämtliche Prozesssubjekte erwarten, dass die mandatierte berufsmässige Rechtsvertretung über die zum Erwerb des Fähigkeitsausweises grundsätzlich notwendigen Kenntnisse des Sach- und des Prozessrechts verfügt wie auch die erforderlichen juristischen Abklärungstechniken beherrscht.²²⁵⁸ Hinsichtlich der vorliegend interessierenden Thematik bedeutet dies, dass sich die Anwältin respektive der Anwalt insbesondere auch über die auftragsrechtlichen respektive die prozessualen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Prozessstoffsammlung im Klaren sein muss.

708

²²⁵⁷ Solche Beschreibungen der Referenzgrösse z.B. bei: SARBACH M., Diss., S. 136 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 90; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 279; SARBACH R., N. 667; BK I-HURNI, Art. 56 N. 29. Vgl. des Weiteren die bundesgerichtliche Rechtsprechung, in der zuweilen ausgeführt wird, was von *einem* bzw. *jedem* Anwalt erwartet werden darf, womit sich diese zumindest implizit auf einen abstrakten Referenzkollegen bezieht, z.B. in: BGE 120 II 270 E. 2; BGE 135 III 489 E. 4, 5P.1/2006 E. 2.4.2; 4D_15/2008 E. 2.4; 5A_153/2009 E. 4, 4.5, 5, 5.2 und 6.2 (nicht vollständig publiziert im BGE 135 III 489); 4A_232/2010 E. 6.2 oder 5A_461/2012 E. 4.3, 4A_44/2018 E. 5.3 f.

²²⁵⁸ Vgl. auch BK I-HURNI, Art. 56 N. 29, wonach davon ausgegangen werden darf, dass Anwälte gewisse *Kenntnisse des Rechts- und des Prozessbetriebs* mitbringen; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 279, und S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 39, sprechen davon, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf aufgrund eines Fähigkeitszeugnisses ausüben und damit *eine allgemeine Erwartung an ihre Befähigung zur Prozessführung* besteht. ASPRION STÖCKLIN, S. 239, schreibt, dass von einem Rechtsvertreter erwartet werden kann, dass er das *Prozessrecht kennt und die prozessualen Rechtsbehelfe zum Nutzen seiner Klientschaft einsetzt*. Über die erforderlichen Rechtskenntnisse für die sorgfältige Auftragserledigung und die Fähigkeit, diese Kenntnisse im Einzelfall bei der Rechtsprüfung, der Beratung und der Belehrung sachgerecht anzuwenden, vgl. FELLMANN, Haftung, N. 14 (präsenes und zu erarbeitendes Wissen), sowie DERS., a.a.O., N. 16, zu den diesbez. Standespflichten von Anwaltspersonen; FELLMANN, Unkenntnis, S. 194 m.H., dass die h.L. davon ausgeht, dass der Klient voraussetzen darf, dass der Anwalt die massgebenden Gesetze, die publizierte höchstgerichtliche Rechtsprechung und die Standardliteratur kennt. Zur Kenntnis und zum Verhalten bei ungeklärten, aber zentralen rechtstechnischen Fragen vgl. z.B. das Urteil 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102).

3. Bei Auftritt juristischer Laien

- 709 Im Gegensatz zur Gruppe der patentierten Rechtsvertreterschaft, deren Angehörige allesamt mindestens das juristische Hochschulstudium und eine kantonale Anwaltsausbildung abgeschlossen haben,²²⁵⁹ lassen sich die Mitglieder der Kategorie Laien nicht mehr auf einen solchen gemeinsamen Nenner bringen: Es gibt nicht «den» juristischen Laien; entsprechend variieren die Rechtskenntnisse in dieser Gruppe stark.²²⁶⁰ Daher steht hier ein subjektiver Sorgfaltsmassstab im Vordergrund beziehungsweise gewinnt das individuelle Element an Bedeutung.²²⁶¹
- 710 Im Erstkontakt kann das Gericht gegenüber juristischen Laien demnach kaum verallgemeinerbare Erwartungen hegen.²²⁶² So ist es bei diesen Parteien schwieriger zu beurteilen, ob eine mangelhafte Prozesshandlung auf unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen beziehungsweise prozessualer Ungewandtheit oder doch auf Unsorgfalt beruht.²²⁶³ Erstere beiden Punkte sollten ihnen allerdings in einem Prozesssystem, das den Laienprozess zulässt, nicht zum Verhängnis werden.²²⁶⁴ Das Bundesgericht hob zwar erst 2018 in einem nicht amtlich publizierten Urteil erneut den Grundsatz hervor, dass aus Rechtsunkenntnis keine Vorteile

²²⁵⁹ Vgl. hierzu N. 704.

²²⁶⁰ Vgl. auch den Hinweis von BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 16 f., dass es auch in einem reinen Laienprozess sein kann, dass eine Partei grösserer Unterstützung bedarf als ihre Gegenpartei.

²²⁶¹ Zur Beschreibung des Sorgfaltsmassstabs vgl. N. 703.

²²⁶² In diese Richtung auch: BK I-HURNI, Art. 56 N. 28; BK I-BÜHLER, Art. 118 N. 35; SARBACH M., Diss., S. 120 und 135 f. Nach SARBACH R., N. 664, ist es dem Gericht möglich, eine Partei einer bestimmten Gruppe zuzuordnen, deren durchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten als notorisch angesehen werden können.

²²⁶³ SARBACH M., Diss., S. 135 f.; TSCHUDI, S. 38. Über die verschiedenen Ursachen eines lückenhaften Vortrags (insb. Unkenntnis der Tatsache, Vergessen, bewusstes Nichtvortragen, Fehlen von sach- und/oder verfahrensrechtlichen Kenntnissen, Annahme der Selbstverständlichkeit einer Tatsache) vgl. z.B.: BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 362; SARBACH M., Diss., S. 6 und 14; SARBACH M., Verhandlungsmaxime, S. 691; VOGEL, Richter, S. 66.

²²⁶⁴ Vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 63 f., dass mangelnde Rechts- oder Prozesskenntnisse oder rechtliche Fehlbeurteilungen den Parteien grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen sollen; diesem zustimmend: BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 11; vgl. des Weiteren den Hinweis bei MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285, wonach beim Laien keine prozessuale Unsorgfalt vorliegt, wenn Mängel auf juristische Unkenntnis zurückzuführen sind; HIGI, S. 468 f., nach dem von einer nicht anwaltlich vertretenen Partei nicht erwartet werden kann, dass sie im Einzelnen weiss, was im Lichte eines für ihre Position sprechenden Rechtssatzes an Tatsachenbehauptungen alles erforderlich

abzuleiten sind.²²⁶⁵ Gerade für diesen Grundsatz ist es allerdings besonders wichtig, ihn im jeweiligen Kontext zu lesen, denn andernfalls könnte auch dieser bald zu absolut aufgefasst werden.²²⁶⁶ Im angesprochenen Entscheid scheint tatsächlich Nachlässigkeit der Partei die geltend gemachte Rechtsunkenntnis wettgemacht zu haben: Als die erstinstanzliche Gerichtspräsidentin sich beim Beschwerdeführer erkundigte, ob er Einwände gegen den Ablauf der Verhandlung hätte, verneinte dieser die Frage ausdrücklich. Er erwähnte lediglich sein Erstaunen darüber, so kurzfristig aufgeboten worden zu sein, und dass es reiner Zufall wäre, dass er da sei. Erst im Nachgang machte er dann geltend, er hätte sich aufgrund der angeblich kurzfristigen Vorladung nicht genügend auf die Verhandlung vorbereiten können. Er war der Auffassung, er hätte sein Recht, den angeblichen Verfahrensmangel geltend zu machen, nicht verwirkt, schliesslich sei er nicht anwaltlich vertreten und über seine Rechte nicht informiert gewesen. Die Vorsitzende des Bezirksgerichts hatte seiner Ansicht nach gegen die gerichtliche Fragepflicht verstossen, weil sie ihn nicht auf seine Rechte aufmerksam gemacht hatte.²²⁶⁷ Mit Verweis auf den erwähnten Grundsatz, dass aus der Rechtsunkenntnis keine Vorteile zu ziehen sind, und dem Hinweis, dass die von ihm geltend gemachte gerichtliche Fragepflicht auch bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht dazu dient, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen, wies das Bundesgericht die Rüge ab.²²⁶⁸ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist von einem postulationsfähigen, sorgfältigen juristischen Laien zu erwarten, dass er die gerichtliche Frage nach Einwendungen gegen den Ablauf der Verhandlung nicht verneint, wenn er tatsächlich auf mehr Zeit zur Vorbereitung bestehen wollte. Was nun die beiden Urteile betrifft, auf die das Bundesgericht hinweist, so handelt es sich dabei um zwei Entscheide, in denen der besagte Grundsatz dahingehend präzisiert wird, dass Gesetze mit der amtlichen Publikation des Texts grundsätzlich als bekannt gelten.²²⁶⁹ In einem der beiden Verweisentscheide werden zudem kritiklos die Ausführungen der Vorinstanz über eine Ausnahme erläutert, wo zur Rechtskenntnis Spezialwissen erforderlich ist und der Betroffene sich in einer Lage befindet, in der ihm die Beschaffung

ist. Zur Fürsorgefunktion und zum primären Zweck der Fragepflicht gemäss BGer vgl. N. 592.

²²⁶⁵ 5A_75/2018 E. 2.

²²⁶⁶ Zu dieser Gefahr bei der materiellen Prozessleitung vgl. N. 849.

²²⁶⁷ 5A_75/2018 E. 2.2.

²²⁶⁸ 5A_75/2018 E. 2.4.

²²⁶⁹ 5A_240/2011 E. 6.5 und BGE 136 V 331 E. 4.2.3.1.

von Experteninformationen weder möglich noch zumutbar ist.²²⁷⁰ Vergegenwärtigt man sich, wie das Sach- und das Verfahrensrecht in komplexer Weise miteinander interagieren²²⁷¹ und dass das rechtsgenügende Einbringen der Sachverhalts-hypothesen Kenntnisse verlangt, die sich nicht durch eine blosse Gesetzeslektüre erschliessen, wird man sich bei der Frage nach der Zumutbarkeit einer selbstständigen Beschaffung von prozesstechnischen Kenntnissen durch juristische Laien öfters zurückhaltend zeigen müssen. Dem gesetzgeberischen Entscheid, gerade keinen Anwaltszwang vorzusehen, ist schliesslich Rechnung zu tragen.²²⁷² Auch ist zu bedenken, was die Lehre zu Recht betont: Nämlich, dass aus dem schlichten Entscheid, die Möglichkeit wahrzunehmen, als Laie zu prozessieren, kein Vorwurf mangelnder Sorgfalt abzuleiten ist.²²⁷³ Soll der Laienprozess eine realistische Option bleiben, werden Gerichte stets darauf bedacht sein müssen, die juristischen Kenntnisse des betroffenen Laien nicht zu überschätzen.²²⁷⁴ Im Zweifelsfall haben sie sich über das Vorhandensein notwendiger Kenntnisse zu erkundigen beziehungsweise die entsprechenden fallrelevanten Fragen zu stellen und Hinweise zu erteilen²²⁷⁵.

- 711 Immerhin aber darf und muss erwartet werden, dass auch die Laienpartei sich «*im Rahmen ihrer Fähigkeit ersichtlich um die Wahrnehmung ihrer prozessualen Auf-*

²²⁷⁰ 5A_240/2011 E. 6.3.2, vgl. darüber hinaus auch den Hinweis in E. 5.4 zum klaren Gesetzeswortlaut. Eine weitere Ausnahme über bestimmte Informationspflichten findet sich im BGE 136 V 331 E. 4.2.3.1.

²²⁷¹ Vgl. hierzu N. 131–134; weiter dargestellt anhand einer verschachtelten Subsumtion in N. 298–302; vgl. zudem N. 633–636 zur fallunabhängigen Vorabinformation über gewisse Rechtsfragen des Verfahrensrechts.

²²⁷² Vgl. hierzu N. 365 m.w.H.

²²⁷³ SARBACH M., Diss., S. 135, der ein «*Übernahmeverschulden*» ablehnt; vgl. auch BK I-HURNI, Art. 56 N. 28; FELLMANN, Fragepflicht, S. 89; SARBACH R., N. 665. Streng dagegen STAEHELIN, S. 127 f. im Jahr 1967.

²²⁷⁴ Vgl. auch die Hinweise z.B. bei FELLMANN, Fragepflicht, S. 89: «*Will man das Recht der Parteien, den Prozess selbst zu führen, nicht beschränken, darf man an ihre Fähigkeiten, insbesondere an die prozessuale Gewandtheit, keinen objektivierten Sorgfalts-massstab anlegen.*»; oder bei KININGER, S. 34, wonach Rechtsunkenntnis nicht die Ausnahme, sondern die Regel ist. Vgl. zudem die restriktive Annahme des Verzehrs eines Laien auf eine Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren im BGE 140 III 450 E. 3.2.

²²⁷⁵ Vgl. auch FELLMANN, Fragepflicht, S. 98; HEER, S. 180 f., und SARBACH R., N. 616, die allgemein im Zweifel für die Fragepflicht plädieren.

gaben bemüht»^{2276, 2277} Das Gericht darf daher auf eine Unsorgfalt schliessen, wenn es erkennt, dass der juristische Laie redliche Bemühungen unterlässt, seinen prozessualen Aufgaben gerecht zu werden, und somit die negativen Konsequenzen hieraus in Kauf nimmt²²⁷⁸. Daraus folgt, dass effektiv vorhandene Rechtskenntnisse respektive solche, die bei ihr vorhanden sein müssten, auch der Laienpartei anzurechnen sind.²²⁷⁹ Dies ist namentlich der Fall, wenn das Gericht, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, bereits hinreichend deutlich Hinweise auf einen Mangel angebracht hat.²²⁸⁰ Aber auch allfälliges Wissen aus früheren Verfahren ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Partei anzurechnen.²²⁸¹ Kurzum: Auch in den vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Verfahren entbindet das Ziel der Verfahrensfairness den juristischen Laien ebenso wenig wie

²²⁷⁶ G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 2; vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 136.

²²⁷⁷ Ähnlich BK I-HURNI, Art. 56 N. 28; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 221. Zu den Erwartungen an die Präsentation des Sachverhalts durch einen Laien vgl. auch FISCHLI, S. 94.

²²⁷⁸ Im Urteil 5A_3/2019 E. 4.2 argumentiert das BGer mit bewusster Inkaufnahme eines Risikos durch den Laien (Unterlassung der Bezifferung des Rechtsbegehrens, womit angenommen wird, der Beschwerdeführer hätte wissen müssen, dass das Rechtsbegehren zu beziffern ist) und schliesst darauf, dass die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO deshalb nicht verletzt wurde. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht besteht die analoge Problematik, wenn eine Partei bewusst gewisses Tatsachenmaterial, von dem sie wissen musste, dass es relevant ist, nicht in den Prozess einbringt; auch diese Partei nimmt damit Risiken auf sich und darf nicht auf die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO vertrauen.

²²⁷⁹ Vgl. auch die Urteile 5P.410/2005 E. 3; 4A_114/2013 E. 4.3.2; 4A_444/2013 E. 6.3.4; 5A_761/2015 E. 3.3; 4A_228/2018 E. 4.3.

²²⁸⁰ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15. Vgl. auch den Hinweis, dass die Fragepflicht gemildert ist, wenn sich eine Partei bereits aufgrund des bisherigen Prozessverlaufs über ihre prozessualen Lasten hinreichend im Klaren sein muss, z.B. bei: LIEBER, S. 168 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 88 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 220 sowie N. 278. Zu Hinweisen der Gegenpartei vgl. N. 609–617 der vorliegenden Abhandlung.

²²⁸¹ Urteil 5A_677/2008 E. 3 zur notorischen Missachtung der einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorschriften, auf welche wiederholt und unter Androhung von Konsequenzen hingewiesen wurde; Urteil 2C_482/2007 E. 2.2 zu rechtsmissbräuchlichen Ausstandsbegehren, nachdem die Vorinstanz bereits den Zweck des Ausstandsverfahrens erläutert hatte; auch im Urteil 1P.457/2006 E. 2.2 und 3.1 ging es um ein missbräuchliches Ausstandsbegehren eines Laien; vgl. zudem die Urteile 4A_114/2013 E. 4.3.2 und 5A_536/2016 E. 4.1.2 und 4.2.1 (unentgeltliche Rechtspflege) zum anzurechnenden Wissen aus früheren Verfahren; Urteil des OGer ZH LF140001 E. II. 8 vom 30.01.2014.

die professionell vertretene Partei von einer sorgfältigen Prozessführung in Anbetracht der jeweiligen Möglichkeiten.

4. Gerichtliche Kommunikation mit den Parteien

- 712 Da die Kommunikation ein Kernelement der materiellen Prozessleitung darstellt, ist hervorzuheben, dass sich das Gericht in diesem Bereich auch sprachlich darauf abzustimmen hat, ob nun im Prozess juristische Laien oder professionell vertretene Parteien auftreten: Die Kommunikation zwischen Gericht und patentierter Rechtsvertretung stellt ein Fachgespräch dar. Bei der Laienpartei hingegen ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass ihr spezielle rechtliche Fachbegriffe und deren genaue Bedeutung bekannt sind.²²⁸²
- 713 Gelangt das Gericht zum Schluss, dass es Unterstützung zu leisten hat, ist es gehalten, diese so zu gestalten, dass es den Parteien daraufhin, in Anbetracht ihrer jeweiligen Fähigkeiten, zumutbar sein wird, ein *ausreichendes* Vorbringen zu formulieren.²²⁸³ Verbreitet wird auch betont, der betroffenen Partei müsse nach richterlichen Fragen respektive Hinweisen²²⁸⁴ klar sein, welche konkreten Vorbringen

²²⁸² BK I-HURNI, Art. 52 N. 19; vgl. auch den Hinweis bei S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 19, dass der Laie den Begriff Substantiierung nicht unbedingt kennen dürfte, und WILDHABER BOHNET, N. 58, zur gerichtlichen Kommunikation. Vgl. des Weiteren den zwar strafrechtlichen BGE 93 I 209, der aber auch das Problem des Laien mit rechtlichen Fachbegriffen aufzeigt. Vgl. zudem den Hinweis des deutschen Autors BAUR, Funktionswandel, S. 169, zum Anwaltszwang, dass dadurch u.a. sichergestellt wird, dass dem Richter gleichwertige Gesprächspartner gegenüberstehen.

²²⁸³ Zum Ermöglichen von *ausreichenden* Vorbringen vgl. auch S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 19. Fraglich, ob dies im Fall HGer ZH HG130183-O vom 09.04.2014 erfüllt war; im Urteil OGer ZH RU190033-O/U vom 09.07.2019 wurde diesbez. eine Verletzung der Fragepflicht und des rechtlichen Gehörs festgestellt; vgl. des Weiteren z.B.: OGer BE ZK 18 67 vom 12.03.2018; OGer ZH PD190016-O/U vom 11.10.2019.

²²⁸⁴ Zur Umsetzung des Art. 56 ZPO mittels Fragen und *Hinweisen*, vgl. z.B.: FELLMANN, Fragepflicht, S. 79, 86 und 94; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1638; AEBI-MÜLLER, S. 192; LIENHARD A. [b], N. 244 ff.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 215 und 333; BK I-HURNI, Art. 56 N. 34; SARBACH R., N. 619, 652, 740 und 788; SIX, S. 88 und 97; SCHUMACHER PE., S. 395; MEIER, R., Diss., N. 26; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 3 f.; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 9; WILDHABER BOHNET, N. 41 und 59; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 32; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 10 (zumindest in Bezug auf Art. 247 ZPO). Vgl. bereits vor der eidg. ZPO z.B.: FISCHLI, S. 90 f.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 67; ASPRIÖN STÖCKLIN, S. 129.

inwiefern der Vervollständigung bedürfen.²²⁸⁵ Umgekehrt qualifizieren viele einen lediglich allgemeinen und abstrakten Hinweis auf die ungenügende Substantiierung als unzureichend.²²⁸⁶ Ein demgegenüber aus- beziehungsweise hinreichend konkreter Hinweis bedeutet nach der vorliegend vertretenen Ansicht aber auch, dass dieser nicht über das Erforderliche und Angemessene hinausgeht – eine Schwelle, deren Höhe sich, wie die Sorgfaltspflicht im Allgemeinen, in Abhängigkeit des Adressaten bestimmt: Während von einer professionellen Rechtsvertretung im Prinzip erwartbar ist, dass sie mit einem Hinweis auf eine fehlende Substantiierung umzugehen weiss und die Möglichkeiten zur Mangelbehebung grundsätzlich selbst kennt,²²⁸⁷ wird der juristische Laie, dem solche Rechtsbegriffe regelmässig fremd sind, für eine rechtsgenügende Erfüllung seiner Lasten mehr Anleitung benötigen.²²⁸⁸ Von Suggestivfragen ist allerdings in jedem Fall Abstand

²²⁸⁵ Vgl. z.B. die Ausführungen von: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 19; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 32; FELLMANN, Fragepflicht, S. 85 f. und 94; LIENHARD A. [b], N. 251 ff. und 459; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 218, 334, 356, 431, 472 und 495; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 18 f.; SIX, S. 98; BK I-HURNI, Art. 56 N. 36; SARBACH R., N. 625 f., 653, 740 und 788; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 32 und Art. 56 N. 4; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 84; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 10; HAAS/BÜHLER, S. 310; WILDHABER BOHNET, N. 36, 42 und 58; LOOSLI, S. 66 ff. Ob dieses Erfordernis im Urteil 4A_45/2014 2.4, wo der Hinweis zudem nicht vom Gericht, sondern einzig von der Gegenpartei stammte, erfüllt war, scheint zumindest fraglich. Beispiele ausreichend formulierter Hinweise z.B. in: 5A_175/2015 E. 4.2 (Laienpartei); 4A_211/2015 Sachverhalt B. B.a. und E. 3.3 (anwaltliche Vertretung). Bereits vor der eidg. ZPO vgl. z.B.: SARBACH M., Diss., S. 152 und 193; ASPRION STÖCKLIN, S. 129; LIEBER, S. 183; MARTIN P., S. 81.

²²⁸⁶ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 19; BK I-HURNI, Art. 56 N. 36; SARBACH R., N. 625 f.; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 84; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 10; FELLMANN, Fragepflicht, S. 85 f.; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 247 f.; HAAS/BÜHLER, S. 310; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30; WILLISEGGER, S. 268, der aber zudem die Ansicht vertritt, dass die Anforderung an die Substantiierung nicht für jede Tatsachenbehauptung im Einzelnen zu umschreiben ist; SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 133 f., schreibt, dass der Hinweis sich nicht in einer Aufzählung von Standardfloskeln erschöpfen darf. Vgl. vor der eidg. ZPO z.B.: LIEBER, S. 183; sodann KassGer ZH AA080051/U/Ia E. II. 3. c) vom 17.03.2009 zu § 55 aZPO-ZH m.w.H.

²²⁸⁷ Vgl. in dieser Hinsicht z.B. die Erläuterungen im Urteil 4A_336/2014 E. 7.6.

²²⁸⁸ Hinweise auf eine solche Ausrichtung der Kommunikation nach dem Adressaten z.B. bei: SARBACH M., Diss., S. 152 und 193; MEIER I., ZPR, S. 396; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 19; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 13; BRÖNNIMANN, Diss., S. 70 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79 und 90; GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 3, 1. Spiegelstrich; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 284.

zu nehmen.²²⁸⁹ Soweit bei einer eigentlichen Vortragslücke die Voraussetzungen zur Nachfrage erfüllt sind, sollen daher auch nicht Tatsachenvorschläge unterbreitet werden. Vielmehr hat sich das Gericht diesfalls in so offener Weise, wie es für die betreffende Lücke möglich ist, über das fragliche Geschehen zu erkundigen und der sorgfältig prozessierenden Partei die Gelegenheit zu geben, mit ihrer Antwort den dunklen Fleck in der von ihr sonst schlüssig dargestellten Sachverhaltshypothese zu erhellen.

iii) Verhältnis zwischen den gerichtlichen und den parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten

1. Bei der Relativierung des *da mihi facta*

1.1. Kein Ausgleich prozessualer Nachlässigkeit respektive von Unsorgfalt

- 714 Dass die Verhandlungsmaxime nicht in ihrer reinen Form umgesetzt wird, wurde im Kapitel 3 mit der Gegenüberstellung zwischen den Tätigkeiten bei der Prozessstoffsammlung auf der einen und der personellen Verantwortung für den Prozessstoff auf der anderen Seite verdeutlicht: So zeigte sich, dass das Gericht auch in Prozessen, die dieser Maxime unterstehen, in gewissem Umfang an der Stoffsammlung mitzuwirken hat.²²⁹⁰ In der Literatur wurde der Prozess sogar bereits als prozessuale «*Arbeitsgemeinschaft*» zwischen Parteien und Gericht beschrieben.²²⁹¹ Einige sprechen zudem auch von einer *Kooperation* zwischen den Pro-

²²⁸⁹ LIENHARD A. [b], N. 255 (zu Art. 56) sowie 455 und 458 ff. (zu Art. 247 Abs. 1 ZPO); SCHUMACHER PE., S. 395 f. Vgl. auch G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 8, zur einseitigen Bevorzugung bei sichtlichem (emotionalen) Engagement, wenn «*dringend*» zu einem bestimmten Vorgehen geraten wird; vgl. des Weiteren auch den Hinweis bei SARBACH M., Diss., S. 126: «*Richterliche Hinweise müssen immer die volle Entscheidungsfreiheit offen lassen und dürfen nicht bestimmend sein.*» Hinweis auf das Verbot eines Drängens zu einer bestimmten Prozessstrategie z.B. auch bei: BK I-HURNI, Art. 56 N. 50; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 15.

²²⁹⁰ Zur Gerichtspflicht zur materiellen Prozessleitung vgl. N. 234–261; vgl. zudem N. 654 zur Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht.

²²⁹¹ Mit diesem Begriff wird insb. der deutsche Jurist Rudolf WASSERMANN in Verbindung gebracht, der diesen in seinem Buch «*Der soziale Zivilprozess*» im Kapitel «*Von der Verhandlungs- zur Kooperationsmaxime*» verwendet (WASSERMANN, S. 86 ff. und 97 ff.). Vgl. hierzu: KOCH, S. 351 f.; KATZENMEIER, S. 386; HEER, S. 167, die zudem in ihrem Aufsatz «*Von der Verhandlungs- zur Kooperationsmaxime – Eine neue Herausforderung für den Richter*» auf S. 169 den Titel «*Neues Verständnis des Prozesses als Arbeitsgemeinschaft*» setzt. Erläuterungen zu WASSERMANN zudem bei HEINZMANN, Habil., N. 33, der in der N. 29 m.H.a. KLEIN/ENGEL, S. 185, auch auf die Arbeitsgemeinschaft, wie sie bereits FRANZ KLEIN vertrat, hinweist, in FN. 119 aber bemerkt,

zesssubjekten.²²⁹² Doch auch Marianne HEER, die über ihren Aufsatz den Titel «*Von der Verhandlungsmaxime zur Kooperationsmaxime – neue Herausforderungen für den Richter*» gesetzt hat, gelangt zum Schluss, dass keine Verschmelzung der Verhandlungs- mit der Untersuchungsmaxime anzunehmen ist: Vielmehr gilt es, im Grundsatz von der Verhandlungsmaxime auszugehen, so dass die prozessstoffsammelnde Tätigkeit des Gerichts immer erst nach den Parteien einsetzt.²²⁹³ Mit anderen Worten ausgedrückt: Die gerichtliche Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung des Prozessstoffs ist nicht nur, wie hiervor erwähnt, keine uneingeschränkte,²²⁹⁴ sondern auch «*lediglich eine sekundäre*»²²⁹⁵. Primär haben sich also die Parteien aus eigenem Antrieb um das Zusammentragen des Prozessstoffs zu kümmern. Dies, wie die bereits vor der eidgenössischen Prozessordnung etablierte bundesgerichtliche Rechtsprechung belegt, mit Sorgfalt und Effort: Ist doch die richterliche Fragepflicht nicht dazu da, die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei

dass der Begriff tatsächlich auf Emil STEINBACH zurückgeht. Ebenfalls diesbez. Hinweise auf KLEIN bei OBERHAMMER, Zivilprozessrecht, S. 228; OBERHAMMER, Aufgabenverteilung, S. 94 f. KOCH, S. 351 FN. 16, bemerkt, dass der Begriff in früheren Auflagen von ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD noch Verwendung fand (vgl. hierzu auch GREGER, S. 77), heute jedoch nicht mehr. Kritisch zum Begriff auch BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 139 D-ZPO N. 4 und 14, und KOCH, S. 351, selbst.

²²⁹² Im Rahmen der Vorarbeiten zur eidg. ZPO schreibt MEIER I., Vorentwurf, S. 58 f.: «*Der moderne Zivilprozess ist als ein Forum für Kooperation und Kommunikation zwischen Gericht, Parteien, Dritten und in beschränktem Rahmen auch der Öffentlichkeit (vgl. BV 30 III; Grundsatz der Öffentlichkeit) zu verstehen. [...] Der Entwurf beschreitet in Sachen Kooperation und Kommunikation leider keine neuen Wege.*» (Hervorhebungen weggelassen). Vgl. des Weiteren BAUR, Parteirechte, S. 80, der von einer gewissen Kooperation zwischen Parteien und Gericht in Bezug auf die Tatsachenbeschaffung im deutschen Recht ausgeht. Von der «*Kooperation als Prozessmaxime*» spricht GREGER, S. 77 ff. Erläuterung zum Unterschied zur «*Kooperationsmaxime*» bei KOCH, S. 351. Von einer *Kooperationsmaxime* spricht z.B. auch wieder WASSERMANN, S. 109; OBERHAMMER, Zivilprozessrecht, S. 226, verweist für den Begriff auf den Autor HOLZHAMMER. Eine eigenständige *Kooperationsmaxime* ablehnend: REISCHL, S. 85 f.; wohl auch GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 9; KOCH, S. 351 f., welcher zur Kooperationsmaxime schreibt: «*Eine Kooperation findet nicht statt, weil es sich um ein kontradiktorisches Verfahren handelt. Die Parteien müssen ihren zivilprozessualen Pflichten entsprechen, doch bedeutet das keine Kooperation.*» Als Modifikation des Beibringungsgrundsatzes, aber nicht an dessen Stelle tretend, bejahen dies ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 77 N. 5; differenzierend auch STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 657; HEER, S. 167.

²²⁹³ HEER, S. 167 f.; vgl. für das deutsche Recht auch KOCH, S. 351 f.

²²⁹⁴ Vgl. hierzu N. 701 bereits m.H.a. HEER.

²²⁹⁵ HEER, S. 179.

der Feststellung des Sachverhalts zu ersetzen, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen oder gar Auswirkungen bewussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen, wo sich dieses im Nachhinein als nachteilig erweist.²²⁹⁶ Auch bei der hybriden sozialen Untersuchungsmaxime wird das Einhalten der Prozesssorgfalt ins Zentrum gestellt, so dass auch hier noch vermehrt Nachlässigkeiten der Parteien auf diese zurückfallen.²²⁹⁷

- 715 Wie zuletzt beim Analysenumfang des vorliegenden Unterkapitels zur Verhältnismässigkeit erneut hingewiesen, sind auch gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff zu verzeichnen, die der Gesetzgeber unabhängig von der sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime anordnet. Das Gericht hat solche Bestimmungen somit unabhängig davon anzuwenden, ob das *da mihi facta* durch seinen Eingriff zu

²²⁹⁶ 5P.147/2001 E. 2a) cc); 4P.84/2003 E. 4.2 f.; 4A_232/2010 E. 8.2; 4A_330/2010 E. 2.2; 4A_169/2011 E. 5.4. Seit Anwendung der ZPO z.B.: BGE 146 III 413 E. 4.2; 5A_115/2012 E. 4.5.2; 4D_57/2013 E. 3.2; 4A_114/2013 E. 4.3.2 und 4.4; 5A_330/2013 E. 3.5.3; 4A_57/2014 E. 1.3.2; 4A_444/2013 E. 6.3.3; 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3.3.3; 5A_209/2014 E. 3.2.1 und 3.2.3; 4A_336/2014 E. 7.6; 5A_556/2014 E. 3.2; 5A_818/2014 E. 4.2; 5A_921/2014 E. 3.4.2; 5A_344/2015 E. 7.5; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102 E. 5.3.2); 5A_810/2015 E. 3.3.3; 5A_283/2016 E. 2.3.5; 4A_628/2016 E. 4.2.3 f.; 4A_724/2016 E. 4.1 f.; 5A_736/2016 E. 4.1; 5A_49/2017 E. 3.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 4A_284/2017 E. 3.2; 4A_540/2017 E. 5.5; 5A_46/2018 E. 2.2 und 3.2.1; 5A_75/2018 E. 2.4; 4A_228/2018 E. 4.3; 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.7; 4A_487/2018 E. 4.2.2; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 5D_111/2019 E. 2.3.1; 4A_502/2019 E. 7.1; 5A_635/2019 E. 3.3.2; 5D_17/2020 E. 4.2 und 2.2; des Weiteren z.B.: KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020. Vgl. in der Lehre z.B.: KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 5; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 32 und 35; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 2; TSCHUDI, S. 38; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3, 7 und 14 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 16; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15; CR-TAPPY, Art. 247 N. 7; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 2; WILDHABER BOHNET, N. 67; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 185, 210, 319, 329 und 354; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285; SARBACH M., Diss., S. 120, 132 ff., 137, 193 und 217; LOOSLI, S. 38 f.; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 338, 370 und 395; AEBI-MÜLLER, S. 192; PERROUD, S. 879 f.; MEIER, R., Diss., N. 27 und 31; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.40 und 5.43; LIENHARD A. [b], N. 413; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79, 88 und 95; SARBACH R., N. 658 und 742; BK I-HURNI, Art. 56 N. 26 über eine ungeschriebene negative Voraussetzung der Fragepflicht. Nur teilweise der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend SIX, S. 92 ff.; a.M. als die herrschende Lehre und Rechtsprechung auch Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.57, der findet, dass die Sorgfalt nicht das massgebende Kriterium bei der Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht sein könne.

²²⁹⁷ Vgl. hierzu N. 265, N. 736–738 und N. 972–974.

relativieren ist oder ob das *da mihi facta* die notwendige Ergänzung seiner originären Verantwortung für den Prozessstoff darstellt. Hierbei spielt demnach die Frage, wie weit der richterliche Eingriff ansonsten ein sekundärer sein sollte, keine vordringliche Rolle.

1.2. Loyalität und Missbrauch bei der Prozessstoffsammlung

1.2.1. Loyalitätsgebot

Nach Art. 5 Abs. 3 BV haben staatliche Organe nach Treu und Glauben zu handeln. Dieser Grundsatz wurde mit Art. 52 ZPO nunmehr explizit und spezifisch auch für den gesamten zivilprozessualen Bereich niedergeschrieben.²²⁹⁸ In diesem Rahmen werden sämtliche Verfahrensbeteiligten dazu angehalten, sich redlich und korrekt zu verhalten.²²⁹⁹

Wenn nun in einem Verfahren vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist, lässt sich aus diesem Gebot folgern, dass die redlich handelnde Partei die ihr obliegenden Aufgaben bei der Prozessstoffsammlung, soweit es ihr möglich ist, aus eigenem Antrieb erfüllt. Ebenso sollen die Parteien aber auch darauf vertrauen dürfen, dass das Gericht die gesetzlichen Relativierungen des *da mihi facta* anwendet und ihnen im Fall einer mangelhaften Erfüllung ihrer Aufgaben entgegenkommt,

²²⁹⁸ Vgl. auch die Urteile 4A_485/2012 E. 6; 4A_590/2016 E. 2.1. Das BGer anerkannte im BGE 83 II 345 E. 2 f. die Geltung von Treu und Glauben und das ihm entsprechende Verbot des Rechtsmissbrauchs im Prozessrecht; vgl. des Weiteren z.B.: BGE 105 II 149 E. 3; BGE 123 III 220 E. 4d; BGE 132 I 249 E. 5. Vgl. zudem KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 1 zur kaum nachvollziehbaren Ablehnung in früheren Entscheidungen. Des Weiteren zur Geltung im Prozessrecht z.B.: B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 3; BK I-HURNI, Art. 52 N. 1 ff.; PFEIFFER, S. 7 f.; KUMMER, ZPR, S. 89; STAEHELIN, S. 109 f.; CORBOZ, S. 31; CR-BOHNET, Art. 52 N. 3 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 3 und 9 m.H., dass vor der ZPO einzig unklar war, ob sich Treu und Glauben im Zivilprozess aus Art. 2 Abs. 1 ZGB oder aus dem ungeschriebenen Bundesrecht ergibt.

²²⁹⁹ BK I-HURNI, Art. 52 N. 11; SARBACH R., N. 440; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 4 f.; vgl. auch in der Rechtsprechung z.B. das Urteil 4A_590/2016 E. 2.1. Vgl. zum Prinzip «Treu und Glauben» auch STEINAUER, N. 330: «*Il appelle toute personne engagée dans une relation sociale à se comporter de manière loyale et, en particulier, à rester fidèle à sa parole (Treu), de façon que son partenaire puisse donner foi à cette parole (Glaube) [...]*» (Hervorhebungen im Original), vgl. auch DENS., N. 470. Vgl. des Weiteren die Hinweise bei IMBODEN/RHINOW, S. 466, dass bereits der BGE 97 I 24 E. 2a bestätigte, dass auch die Justizorgane den Anforderungen von Treu und Glauben unterworfen sind.

soweit es ihnen, gemessen an der verlangten Sorgfalt, nicht zuzumuten ist, ihre Aufgaben auf Anhieb gänzlich eigenständig zu erfüllen.²³⁰⁰

1.2.2. Missbrauchsverbot

1.2.2.1. Art. 52 ZPO, Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 2 ZGB

- 718 Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben stellt ein Grundgebot der schweizerischen Rechtsordnung dar.²³⁰¹ Neben seinen grundlegendsten öffentlich-rechtlichen Verankerungen (unter anderem in Art. 5 Abs. 3 BV) steht er auch an zweiter Stelle in den Einleitungsartikeln des Zivilgesetzbuchs:²³⁰² Zusätzlich zum genannten Gebot statuiert jener Art. 2 ZGB in einem zweiten Absatz ausdrücklich auch das Verbot des offensichtlichen Missbrauchs von Rechten. Es ist leicht zu erkennen, dass die beiden Aspekte eine sehr enge Beziehung aufweisen.²³⁰³

²³⁰⁰ Zu Treu und Glauben bei der Ausübung der richterlichen Fragepflicht vgl. z.B.: KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 5, wonach das Gericht umso mehr der Partei «*auf halbem Wege entgegenzukommen*» hat, als diese sich redlich bemüht, das ihr Mögliche zur Sachverhaltserstellung beizutragen, ihr dies aber nicht zur Gänze gelingt (in eine ähnliche Richtung auch bereits BRÖNNIMANN, Diss., S. 74); vgl. des Weiteren auch: FELLMANN, Notwendigkeit, S. 292; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27; FELLMANN, Fragepflicht, S. 88 f.; WILLISEGGER, S. 268; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 220 und 335; SARBACH R., N. 630 f. und 740; LIEBER, S. 166 und 168 f. Sodann zur Fragepflicht als Konkretisierung von Treu und Glauben vgl. N. 378 m.w.H.

²³⁰¹ Botschaft ZPO, S. 7274; vgl. auch MEIER I., ZPR, S. 397; GASSER/RICKLI, Art. 52 N. 1; G/J/S-MUSTER, Art. 52 N. 1; B&M-SCHENKER, Art. 52 N. 1; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 1; PC-CHABLOZ, Art. 52 N. 1; S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 3. Vgl. insb. die Beschreibung im BGE 83 II 345 E. 2: «*Was Art. 2 ZGB ausspricht, ist ein Grundsatz allgemeinsten Art, ein *Leitstern der Gesetzesanwendung* überhaupt (EGGER, N. 6 zu Art. 2 ZGB), eine *Schranke aller Rechtsausübung* (BGE 45 II 398), also eine zu den die einzelnen Rechtsverhältnisse betreffenden Normen hinzutretende, sie ergänzende und ihre Anwendung mitbestimmende, aus ethischer Betrachtung geschöpfte Grundregel.*» (Hervorhebungen weggelassen), zitiert auch bei IMBODEN/RHINOW, S. 457.

²³⁰² Zur Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben in verschiedenen Bestimmungen vgl. z.B.: B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 1; S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 4 und 14 ff.; BK I-HURNI, Art. 52 N. 6; SARBACH R., N. 417 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 34 N. 6; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 58 ff.; NAEGELI, S. 295. Auch auf Art. 5 Abs. 3 BV verweisend: 4A_590/2016 E. 2.1; 5A_723/2016 E. 3.2; 5A_1036/2019 E. 4.3. B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 2 m.H., dass Art. 2 ZGB allgemeine Tragweite hat.

²³⁰³ Nach S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 10, stellt Art. 2 Abs. 2 ZGB eine blosser Konkretisierung des Abs. 1 dar.

Sie beide stehen letztlich im Dienst gerechter Entscheidungen. Rechtsprechung und Lehre nehmen zuweilen eine Differenzierung dahingehend vor, dass sie dem Gebot, sich bei der Pflichterfüllung und der Rechtsausübung als loyale und vernünftig denkende Person zu verhalten, eine interpretative Funktion zuordnen,²³⁰⁴ während beim Verbot des Rechtsmissbrauchs von einer berichtigenden Funktion auszugehen ist, die *ultima ratio* greift²³⁰⁵.

Gerade weil die beiden Aspekte in inhaltlich derart enger Beziehung stehen, leitet sich ohne Weiteres aus dem für das Prozessrecht geltenden Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ab, dass erst recht auch jegliches offenbar missbräuchliches Verhalten ebenso im Prozess verboten ist.²³⁰⁶ So ist im Rahmen des vorliegend thematisierten subjektiven Angemessenheitsfaktors auch zu erörtern, inwiefern Rechte und Pflichten beziehungsweise Kompetenzen im Bereich der

²³⁰⁴ BGE 120 II 105 E. 3a; STEINAUER, N. 478 f., 482 ff., 503 f. sowie N. 509 ff. («*Les fonctions interprétative et complétive des règles de la bonne foi*»); CHK-MIDDENDORF/GROB, Art. 2 ZGB N. 1 («*Beurteilungsnorm*»); ZELLER, S. 348 («*bestätigende und ergänzende Funktion*» als Schwerpunktage).

²³⁰⁵ Vgl. BGE 120 II 105 E. 3a. BGE 134 III 52 E. 2.1 m.w.H. zum korrigierenden Notbehelf für Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führt. CHK-MIDDENDORF/GROB, Art. 2 ZGB N. 1 («*Berichtigungsnorm*»); STEINAUER, N. 570 ff. («*La fonction corrective de l'interdiction de l'abus de droit*»); ZELLER, S. 348 («*Berichtigungsfunktion*» als Schwerpunktage). Vgl. zum Rechtsmissbrauchsverbot den Hinweis von NOBEL, S. 518: «*Der Richter ist nicht der bessere Gesetzgeber; vielmehr obliegt es ihm bloss, in Fällen nicht vorhersehbarer und missbräuchlicher Verwendung einer an sich gelungenen Norm sowie, ganz ausnahmsweise, bei eigentlichen legislatorischen, nämlich rechtsethisch schweren Missgriffen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem konkreten Einzelfall und den dabei zu berücksichtigenden besonderen Umständen die Anwendung zu versagen.*»

²³⁰⁶ Im Urteil 4A_485/2012 E. 6 schreibt das BGer, dass Art. 52 ZPO die gleiche Tragweite hat wie Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB; zudem bezeichnete es das Rechtsmissbrauchsverbot u.a. im BGE 110 Ib 332 E. 3a auch als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im öffentlichen Recht gilt (vgl. diesbez. auch BSK BV-EPINEY, Art. 5 N. 73; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 2637); ähnlich auch das Urteil 4A_104/2011 E. 3.2. Vgl. des Weiteren die Urteile 5P.410/2005 E. 3.2 und 5A_601/2013 E. 1, wonach Art. 2 Abs. 2 ZGB für die gesamte Rechtsordnung gilt. Vgl. des Weiteren in der Lehre z.B.: B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 2 und 26; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 4.206 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 10; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 3; CR-BOHNET, Art. 52 N. 6; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, S. 302; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 58 f.; PC-CHABLOZ, Art. 52 N. 1 und 5; LEUENBERGER/UFFERTOBLE, N. 4.66; HEINZMANN, Habil., N. 207; SARBACH R., N. 427 und 440 f.; BK I-HURNI, Art. 52 N. 10 m.H., dass rechtsmissbräuchliches Verhalten immer auch treuwidrig ist.

materiellen Prozessleitung nicht nur dem Loyalitätsgebot unterstehen, sondern auch Missbräuchlichkeiten zugänglich sein können.

1.2.2.2. Gericht

- 720 Das Gericht verfügt in Bezug auf die Einbringtätigkeiten der Parteien nicht über eigentliche «Ansprüche». Soweit ein echtes subjektives Recht Voraussetzung ist, kommt somit diesbezüglich kein Rechtsmissbrauch seitens des Gerichts infrage.²³⁰⁷ Doch das Bundesgericht anerkennt im Allgemeinen durchaus die Möglichkeit, dass auch Behörden durch «*zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will*»²³⁰⁸, einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten verfallen können.²³⁰⁹ Anknüpfungspunkte für einen dergestalt definierten Rechtsmissbrauch lassen sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch im Bereich der Sachverhaltserstellung finden: Bedenkt man nämlich, dass einerseits die Einbringtätigkeiten der Parteien von vielen Formalismen geprägt sind und dass andererseits das Gericht grundsätzlich *berechtigt* ist, Prozesshandlungen unberücksichtigt zu lassen, soweit die erforderlichen Frist- und Formvorschriften nicht eingehalten werden, könnte ein missbräuchliches Verhalten im eben erläuterten Sinn dort erblickt werden, wo ein Gericht seine Pflicht zur Verfahrensdurchführung zu umgehen sucht, indem es die Missachtung einer Formvorschrift mit übertriebener Schärfe rigoros ahndet.²³¹⁰ In einem strafrechtlichen Fall, der einen dergestalt überspitzten Forma-

²³⁰⁷ Vgl. STEINAUER, N. 471 f., zum «*véritable droit subjectif privé*» als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB.

²³⁰⁸ BGE 110 Ib 332 E. 3a.

²³⁰⁹ Vgl. auch den Hinweis bei RASELLI, S. 72, dass das *Rechtsmissbrauchsverbot* längst auch im öffentlichen Recht anerkannt ist, es gilt für die gesamte Rechtsordnung und richtet sich an Private wie auch an staatliche Organe. Zum Rechtsmissbrauchsverbot der Behörden aus Art. 9 BV vgl. S/H/L-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 52 N. 15; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 34 N. 16.

²³¹⁰ Vgl. STAEHELIN, S. 130, der schreibt: «*Jedermann kennt die Neigung einzelner Gerichte, den Prozeß aus formellen Gründen – wie man so schön sagt – (abzuwürgen), um sich die Prüfung heikler Tat- oder Rechtsfragen zu ersparen. Hier wird der prozesuale Formalismus mißbraucht, um der Entscheidung der Streitsache auszuweichen.*» (Hervorhebung zugefügt); weitere Hinweise auf die Gefahr des Abdriftens in Missstände z.B. bei: FELLMANN, Berührungspunkte, S. 108, wenn er von der Versuchung schreibt, «*Prozesse mit formalen Argumenten auf halbem Weg (abzuwürgen)*», die bei steigender Arbeitslast immer grösser werde; HUBER, S. 16, wonach der Formalismus eine «*fortgesetzte Versuchung*» bleibe, weil Richter oder Verwaltungsmänner «*sich auf diese Weise ihre Sache manchmal leicht machen können*»; im Übrigen auch zitiert bei

lismus zum Gegenstand hatte, bezeichnete es das Bundesgericht denn auch als «ohne weiteres klar», dass eine allenfalls wünschbare Entlastung einer Gerichtsinstanz kein schützenswertes Interesse darstellt, das es erlauben würde, in Gegenwart einer zwar falschen Bezeichnung, aber auch eines unmissverständlichen Willens eines juristischen Laien, nicht auf das angestrengte Verfahren einzutreten.²³¹¹ Nicht weniger fordern auch im zivilprozessualen Kontext verfassungsrechtlich geschützte Ansprüche der Parteien, dass das Gericht von einer falsch interpretierten Prozessökonomie²³¹² Abstand nimmt und stattdessen durch seine materielle Prozessleitung bestimmte behebbare Mängel korrigieren lässt.²³¹³

Eine solche Betrachtungsweise wurde auch bereits in der Literatur eingenommen: Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die im überspitzten Formalismus einen Bezug zum Grundsatz von Treu und Glauben sieht,²³¹⁴ schliesst Christoph HURNI darauf, dass das Gericht mit anderen Worten ausgedrückt *rechtsmissbräuchlich* handelt, wenn es die Formstrenge in überspitzter

HABSCHEID, Grundlagen, N. 560. E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 28, verwendet den anschaulichen Ausdruck der «*sachfremden Übersteigerung an sich berechtigter formeller Anordnungen*». Vgl. auch die Erläuterungen bei GULDENER, Treu und Glauben, S. 392.

²³¹¹ BGE 93 I 209 E. 2.

²³¹² VOGEL, Prozess-Ökonomie?, S. 2, dazu, was unter Prozessökonomie *nicht* zu verstehen ist.

²³¹³ Zu den Verfassungsansprüchen im Kontext der Fragepflicht vgl. N. 378; dazu, dass die Verhandlungsmaxime kein Ruhekitzchen ist, vgl. N. 374.

²³¹⁴ Neben den Angaben von HURNI vgl. auch z.B. die Urteile 5A_488/2015 E. 3.1: «*l'interdiction du formalisme excessif poursuit le même but que le principe de la bonne foi consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst.*»; 5A_618/2015 E. 6.2; 5A_206/2016 E. 4.1; 5A_723/2016 E. 3.2; 5A_1036/2019 E. 4.3. Ebenfalls den überspitzten Formalismus in den Kontext von Treu und Glauben stellend z.B.: WILLISEGGER, S. 257 f.; B&M-SCHENKER, Art. 52 N. 14; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 125; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 60; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 3; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 7a; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 34 N. 2; CR-BOHNET, Art. 132 N. 7. SCHWARTZ, S. 291 f., der zur Bedeutung von Treu und Glauben im Zivilprozess schreibt, dass der Richter den Prozess als einer der ernstesten Begebenheiten im menschlichen Leben erkennt, «*wenn er eine durch Rechtsunkenntnis oder Vergeßlichkeit bewirkte belanglose Säumnis einer Partei zum Anlaß nimmt, auf eine Rechtsvorkehr nicht einzutreten, oder wenn er einer Partei gestattet, prozessuale Vorschriften zur Verdunkelung der materiellen Wahrheit oder zur Verschleppung des Verfahrens auszunützen.*»

Weise durchsetzt.²³¹⁵ Auch François BOHNET vertritt die Ansicht, dass der überspitzte Formalismus sich einem Rechtsmissbrauch annähert.²³¹⁶ Verbreiteter aber ist die Qualifikation als besondere Form der Rechtsverweigerung,²³¹⁷ die in Anbetracht der vorliegenden Schilderungen ebenso nachvollziehbar sein sollte.

- 722 Das Charakteristikum eines «*regeldurchbrechende[n] Korrekturprinzip[s]*», das im Fall eines «*(krassen) Missbrauchs der Regelmäßigkeit (des [Regel]Rechts)*»²³¹⁸ zum Zuge kommt, schimmert zwar wohl auch im Verbot des überspitzten Formalismus durch. Selbstverständlich aber bleibt bei all dem zu bedenken, dass nicht jedes Festhalten an im Einzelfall allenfalls unbequemen Formalitäten als missbräuchlich qualifiziert werden kann; denn schliesslich kommt kein Prozess ohne Formalismus als ordnenden Faktor aus.²³¹⁹ Hinweise in diese Richtung schickt

²³¹⁵ BK I-HURNI, Art. 52 N. 67 insb. mit Zitat aus dem Urteil 1C_442/2007 E. 2.1.

²³¹⁶ CR-BOHNET, Art. 52 N. 9 m.H.a. BGE 125 I 166 E. 3a; vgl. in diese Richtung auch STAEHELIN, S. 130.

²³¹⁷ Vgl. z.B.: BGE 86 I 4 E. 3; BGE 93 I 209 E. 2; BGE 113 Ia 84 E. 1; BGE 115 Ia 12 E. 3b; BGE 120 V 413 E. 4b; BGE 125 I 166 E. 3a; BGE 132 I 249 E. 5; 4P.71/2001 E. 3b; 5A_126/2010 E. 5.3.1; 5A_194/2012 E. 3.2.1; 5A_427/2013 E. 5.3.1; 5A_751/2014 E. 2.5.2; 5A_488/2015 E. 3.1; 5A_618/2015 E. 6.2; 5A_206/2016 E. 4.1; 5A_723/2016 E. 3.2; 5A_502/2017 E. 2.1; 5A_18/2018 E. 3; 4A_44/2019 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 145 III 428); 5A_1036/2019 E. 4.3. HUBER, S. 15 m.H.a. den BGE 81 I 113 aus dem Jahr 1955, wo das BGer aus dem überspitzten Formalismus eine besondere verfassungsrechtliche Kategorie gemacht hat; vgl. auch: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 833; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 445; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 20; CR-BOHNET, Art. 132 N. 7; HABSCHIED, Grundlagen, N. 560; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 30; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 10; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 20 (wohlbemerkt im Unterkapitel «*Schutz vor missbräuchlichem Verhalten der Gerichte*»); BOHNET, *procédure*, N. 570, Punkt 1, vgl. aber auch N. 786, wo BOHNET den überspitzten Formalismus mit dem Grundsatz von Treu und Glauben darstellt.

²³¹⁸ Inhaltliche Umschreibung des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB von ZELLER, S. 413, vgl. auch DENS., S. 412 und zuvor S. 325 ff. und 356.

²³¹⁹ Vgl. auch TROLLER, Grundlagen, S. 10 f. zur Formstrenge als Rückgrat des Prozesses und S. 99: «*Wenn wir ab und zu den prozessualen Formalismus verwünschen möchten, so denken wir daran, daß er in einem wichtigen Rechtsgebiet der schlimmsten Gegnerin der Gerechtigkeit, der Willkür, die Hände bindet.*», oder BRÖNNIMANN, Diss., S. 39, über die Unerlässlichkeit bestimmter prozessualer Formen zur Sicherstellung der «*[...] ordnungsgemässe[n] und rechtsgleiche[n] Abwicklung des Verfahrens sowie [der] Durchsetzung des materiellen Rechts [...]*». Weitere Hinweise auf die Notwendigkeit von bestimmtem Formalismus im Verfahren z.B. bei: HABSCHIED, Grundlagen, N. 35 ff. und 560; SALZGEBER, S. 31; LEUCH, Prozeßleitung, S. 498 f.; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 10; BK I-HURNI, Art. 52 N. 13; SARBACH R., N. 164; SARBACH M., Diss., S. 81 f.; HABSCHIED, Philosophie, S. 12; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 31;

auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum überspitzten Formalismus voraus, um Missverständnisse auszuräumen:²³²⁰ So liegt ein überspitzter Formalismus erst vor, «wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt [...]»^{2321, 2322}

Der Gesetzgeber hat gewisse Formalismen, deren rigorose Ahndung im Missachtungsfall von keinem schutzwürdigen Interesse getragen wird²³²³ und somit als

WILLISEGGER, S. 46; BAUR, Funktionswandel, S. 168; BAUR, Richtermacht, S. 107 ff.; BOHNET, procédure, N. 558; VOGEL, Menschenbild, S. 524; LEUCH, Prozeßleitung, S. 498 ff.; DOMEJ, Formalismus, S. 98 f.

²³²⁰ Vgl. z.B.: BGE 113 Ia 84 E. 1 und 3; BGE 134 II 244 E. 2.4.2; 4P.22/2004 E. 3.1; 5A_72/2007 E. 2.2; 5A_751/2014 E. 2.5.2; 5A_618/2015 E. 6.2; 4A_357/2016 E. 5.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 782); 5A_723/2016 E. 3.2; 5A_18/2018 E. 3.3.1; 4A_44/2019 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 145 III 428); 5A_1036/2019 E. 4.3. HUBER, S. 18 m.H.a. frühere Urteile dieser Rechtsprechung.

²³²¹ 5A_751/2014 E. 2.5.2.

²³²² Vgl. auch BGE 115 Ia 12 3b; BGE 120 V 413 E. 4b; 5A_72/2007 E. 2.2; 5A_126/2010 E. 5.3.1; 5A_618/2015 E. 6.2; 5A_536/2016 E. 4.2.2; 5A_723/2016 E. 3.2; 4A_44/2019 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 145 III 428); 5A_1036/2019 E. 4.3. Vgl. in der Lehre z.B.: BK I-HURNI, Art. 52 N. 68; SARBACH M., Diss., S. 81 f.; SARBACH R., N. 166; G/J/S-MUSTER, Art. 52 N. 4; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 20; Staatsrecht-UHLMANN, § 40 N. 21; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 28. B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 4, betonen, dass sich die Gerichtspersonen bei der Kommunikationsregel, wie sie im ordentlichen Verfahren herrscht, nur dann dem Vorwurf des überspitzten Formalismus aussetzen, «wenn jeder unbefangene Adressat aus Vernunftgründen sofort klärende Rückfragen gestellt hätte». Ein Bsp., wo das BGer auch überspannte Substantiierungsanforderungen als überspitzten Formalismus qualifiziert, stellt der BGE 143 III 297 dar (vgl. E. 9.4.2).

²³²³ Vgl. auch die Rechtsprechung zum fehlenden schutzwürdigen Interesse beim überspitzten Formalismus z.B. in: BGE 125 I 166 E. 3a; BGE 127 I 31 E. 2a) bb); BGE 132 I 249 E. 5; BGE 134 II 244 E. 2.4.2; 4P.71/2001 E. 3b; 4P.22/2004 E. 3.1; 1P.254/2005 E. 2.2; 5A_72/2007 E. 2.2; 5A_194/2012 E. 3.2.1; 5A_427/2013 E. 5.3.1; 5A_751/2014 E. 2.5.2; 4A_375/2015 E. 7.2 (nicht publiziert im BGE 142 III 102); 5A_488/2015 E. 3.1; 5A_618/2015 E. 6.2; 5A_206/2016 E. 4.1; 5A_723/2016 E. 3.2; 5A_502/2017 E. 2.1; 5A_18/2018 E. 3.3.1; 5A_23/2019 E. 3.2.2; 4A_44/2019 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 145 III 428); 5A_1036/2019 E. 4.3; wie hier das BGer ebenfalls von blossen Selbstzweck sprechen z.B.: BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 20; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 3; BK I-HURNI, Art. 52 N. 68; BK I-FREI, Art. 132 N. 4; CR-BOHNET, Art. 132 N. 7; LIENHARD A. [b], N. 102; E/S/S/V-STEINMANN, Art. 29 N. 28;

überspitzt beziehungsweise unverhältnismässig gelten muss, bereits in der Verfahrensordnung unterbunden: So sehen beispielsweise die ersten beiden Absätze des Art. 132 ZPO vor, dass gewisse minder relevante Mängel in Parteieingaben verbesserungsfähig sind.²³²⁴ Der hierauf basierende gerichtliche Eingriff in die Umsetzung des *da mihi facta* wird vorliegend als materielle Prozessleitungsleistung im Sinne der im Kapitel 5 aufgestellten Definition qualifiziert.²³²⁵

1.2.2.3. Parteien

- 724 Selbst einzelne Prozesshandlungen, und insbesondere auch Eingaben der Parteien, können anerkanntermassen rechtsmissbräuchlich sein:²³²⁶ Der Art. 132 ZPO, welcher gerade eben Gegenstand in der Erörterung von missbräuchlichem Gerichtsverhalten bildete, belegt in seinem dritten Absatz, dass die Thematik des Rechtsmissbrauchs auch für die Gegenperspektive anzugehen ist.²³²⁷ Vorliegend sei daher die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern die materielle Prozessleitung von Seiten der Parteien missbrauchsanfällig ist. Vor dem Hintergrund des vorliegend thematisierten Verhältnisses zwischen gerichtlichen und parteiseitigen Einbringttätigkeiten sollen zweierlei Konstellationen aufgezeigt werden: Das missbräuchliche Forcieren einer materiellen Prozessleitungshandlung des Gerichts sowie der Missbrauch der primären Parteiverantwortung.

nebenbei auch KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 17. Zur Ablehnung des Prozessrechts als reiner Selbstzweck vgl. N. 114–115 und N. 489–495 der vorliegenden Abhandlung.

²³²⁴ Zur Nachfristansetzung als Ausdruck des Verbots von überspitztem Formalismus vgl. z.B.: BGE 134 II 244 E. 2.4.2; 5A_23/2019 E. 3.2.2; vgl. des Weiteren: BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 32; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, Art. 29 BV N. 20 f.; GASSER/RICKLI, Art. 132 N. 1; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 1 N. 10. Zu dieser Nachfristansetzung vgl. z.B. die Urteile 4A_375/2015 E. 7.2 (nicht publiziert im BGE 142 III 102) und 5A_1036/2019 E. 4.4, jeweils m.H., dass Art. 132 Abs. 1 ZPO nur Beispiele enthält; Urteil 5A_23/2019 E. 3.2.2 m.H., dass es um typische Versehen geht, die vor allem bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien vorkommen; vgl. des Weiteren auch BGE 120 V 413 E. 5c und 6a sowie das Urteil 1P.254/2005 E. 2.5 zu Art. 30 Abs. 2 aOG und Art. 52 VwVG sowie BGE 134 II 244 E. 2.4.2 zu Art. 42 Abs. 5 BGG. Das Ansetzen der Nachfrist basiert nach STAEHELIN, S. 112, auch auf dem Vertrauensprinzip.

²³²⁵ Vgl. hierzu N. 344 i.V.m. N. 351.

²³²⁶ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 59; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.67, 2. Spiegelstrich; BSK ZPO-GEHRI, Art. 52 N. 7 und 13.

²³²⁷ Die Zweiseitigkeit dieser Norm ergibt sich deutlich aus BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 1.

1.2.2.3.1. Kein offensichtlich missbräuchliches Forcieren der materiellen Prozessleitung

Missbräuchliches Verhalten ist zunächst dann zu prüfen, wenn Parteien die richterliche Unterstützungsbereitschaft im Wissen um den von ihnen verursachten Mangel – also künstlich – auslösen. Potentiell lässt sich somit bei einem Belang, der dem Grundsatz *da mihi facta* untersteht, einen Missbrauch der Parteien dort sichten, wo diese einen subsidiär gedachten gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff²³²⁸ ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu einem primären forcieren. Dass eine Missbrauchsmöglichkeit sogar noch in einem späteren Stadium besteht, beweist die Partei, welche versucht, ihre klar in Kauf genommenen Säumnisse zu heilen, indem sie das urteilende Gericht bei der Rechtsmittelinstanz einer Verletzung der gerichtlichen Fragepflicht bezichtigt.²³²⁹ 725

Für das missbräuchliche Provozieren der materiellen Prozessleitung kommen nach der vorliegend vertretenen Ansicht verschiedene von der Lehre und der Rechtsprechung erörterte Kategorien missbräuchlichen Verhaltens infrage²³³⁰: Vorab wird von einem *Institutsmissbrauch*²³³¹ zu reden sein. Zuweilen handelt es sich dabei auch um eine *Prozesshandlung, die einzig auf Prozessverschleppung abzielt* und sich in dieser Hinsicht eigentlich als *schikanös* erweist.²³³² Je nach Umständen ist auch ein *widersprüchliches Verhalten*²³³³ nicht auszuschliessen. 726

²³²⁸ Zum subsidiären gerichtlichen Eingriff vgl. N. 714.

²³²⁹ Zum rechtsmissbräuchlichen Berufen auf die richterliche Fragepflicht vgl. z.B. das Urteil 5A_761/2015 E. 3.3.

²³³⁰ Aufzählung verschiedener Fallkonstellationen insb. in: BGE 120 II 105 E. 3a; 4A_380/2016 E. 3.3.2 m.w.H.

²³³¹ Allgemein zu dieser Form des Rechtsmissbrauchs vgl. z.B.: BK I-HURNI, Art. 52 N. 55 f.; CR-BOHNET, Art. 52 N. 8; CR-BOHNET, Art. 132 N. 35; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 5a. Vgl. auch die Anerkennung als typische Form des Rechtsmissbrauchs in den Urteilen 5A_725/2016 E. 5.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 140); 4A_104/2011 E. 3.2.

²³³² Zu diesen Formen des Rechtsmissbrauchs vgl. z.B.: BK I-HURNI, Art. 52 N. 47 ff. und 52; SARBACH R., N. 453; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 28; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 5a; WILLISEGGER, S. 129, 2. Spiegelstrich; LIENHARD A. [b], N. 290; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 31; B/G/S I-KRAMER/ERK, Art. 132 N. 16.

²³³³ Zu dieser Form des Rechtsmissbrauchs (*venire contra factum proprium*) vgl. z.B.: BK I-HURNI, Art. 52 N. 59 ff.; SARBACH R., N. 454; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 28; WILLISEGGER, S. 129, 3. Spiegelstrich; CR-BOHNET, Art. 52 N. 47 d; KuKo-OBERHAMMER, Art. 52 N. 5a. Vgl. auch die Anerkennung als typische Form des Rechtsmissbrauchs in den Urteilen 4A_364/2010 E. 5.3; 4A_104/2011 E. 3.2; 4A_590/2016 E. 2.1.

- 727 Konkret dürfte der Fall, dass eine Partei eine Faxeingabe tätigt, eine der bekanntesten Diskussionen um rechtsmissbräuchliches Verhalten im Zusammenhang mit der materiellen Prozessleitung darstellen.²³³⁴ Da regelmässig davon ausgegangen wird, dass mit einer solchen Eingabe das Erfordernis der Originalunterschrift im Sinne von Art. 130 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt ist,²³³⁵ steht zuweilen die Vermutung im Raum, der Absender habe mithilfe dieses Mangels auf eine Nachfristansetzung spekuliert und damit missbräuchlich gehandelt. Bei der professionellen Rechtsvertretung wird dieser Vorwurf in der Regel greifen.²³³⁶ Da der Art. 132 ZPO zudem keine Grundlage für eine inhaltliche Ergänzung materiell ungenügender Rechtsschriften bietet,²³³⁷ würde dem Vorhaben, eine erforderliche Begründung nicht mit der Rekurserklärung mitzuliefern und stattdessen eine Fristerstreckung

²³³⁴ Vgl. z.B. den BGE 121 II 252 E. 4 zu Art. 52 Abs. 1 VwVG und Art. 30 Abs. 2 aOG; LIENHARD A. [b], N. 295 ff. und 300; auf die Faxthematik – z.T. kritisch – hinweisend z.B.: GASSER/RICKLI, Art. 132 N. 3, 1. Spiegelstrich; S/H/L-STAEHELIN, Art. 132 N. 3, 1. Spiegelstrich; BK I-FREI, Art. 132 N. 10; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18b, 3. Spiegelstrich. Weitere Beispiele, wo sich die Nachfristansetzung erübrigt, auch bei KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18b, sowie G/J/S-JENNY/JENNY, Art. 132 N. 5. LIENHARD A. [b], N. 819, erwähnt explizit Art. 277 Abs. 2 ZPO, der in ähnlicher Weise wie Art. 132 ZPO für Rechtsmissbräuchlichkeiten zugänglich ist.

²³³⁵ Die Botschaft ZPO, S. 7306 zu Art. 128–130, möchte die Frage, ob die Faxeinreichung der Schriftlichkeitsvoraussetzung entspricht, der Praxis überlassen, wobei sie aber doch erwähnt, dass das BGer dies im BGE 121 II 252 verneint hat. Verneinend z.B. auch: LIENHARD A. [b], N. 281, 295 und 300; B&M-KUMSCHICK, Art. 132 N. 4 f.; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 130 N. 4; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 4 und 18b, 3. Spiegelstrich; BK I-FREI, Art. 130 N. 7.

²³³⁶ LIENHARD A. [b], N. 300; wohl auch BK I-FREI, Art. 130 N. 7; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18b. Hinweise, dass dies jedoch bei der Laienpartei nicht zwingend der Fall ist, z.B. bei: BK I-FREI, Art. 132 N. 10; LIENHARD A. [b], N. 300; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 11; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18b, 3. Spiegelstrich.

²³³⁷ Vgl. die Rechtsprechung z.B. in: BGE 137 III 617 E. 6.4; 5A_408/2015 E. 5.2; 5A_488/2015 E. 3.2.2; 5A_736/2016 E. 4.3; 5A_206/2016 E. 4.2.2; 5A_483/2018 E. 3.2; 5A_49/2017 E. 3.2; 5A_23/2019 E. 3.2.2; 5A_1036/2019 E. 4.4. Kritisch DOMEJ, Formalismus, S. 110 ff., insb. S. 113.

zur Behebung des erkannten Mangels zu beantragen, wohl auch heute kein Erfolg beschieden sein^{2338 2339}.

Zum subjektiven Tatbestandselement des Rechtsmissbrauchs im Allgemeinen führt nun Heinrich HONSELL aus, dass der Missbrauch untrennbar mit einem Vorwurf verbunden ist. Abzustellen sei zwar nicht auf eine konkrete Schädigungsabsicht oder eine spezielle Form der Arglist; einem «*unverschuldeten Rechtsmissbrauch*» könne jedoch auch nicht das Wort geredet werden. Voraussetzung sei nicht die Kenntnis der Wertung, die zum Rechtsmissbrauch führt, sondern nur die Kenntnis des Sachverhalts, der den Vorwurf begründet.²³⁴⁰ Aus einer Sichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre im Bereich der materiel-

²³³⁸ BGE 108 Ia 209. Anders der Ausgang im Urteil 5A_897/2013 E. 3.2, bei dem allerdings ein Antrag um unentgeltliche Rechtspflege (der jederzeit für ein Verfahren gestellt werden kann) den Hintergrund darstellt: «*Sodann mag auch sein, dass von der Ausübung der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) abgesehen werden darf, wenn die betroffene Person ihre Obliegenheit kennt (in diesem Sinn namentlich: WALTER FELLMANN, Die richterliche Fragepflicht, Haftpflichtprozess 2009 S. 88/89; mit Bezug auf die unentgeltliche Rechtspflege: Alfred Bühler, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 109 zu Art. 119 ZPO mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre und kantonale Praxis). Im vorliegenden Fall hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin zwar die erforderliche Begründung sowie die entsprechenden Unterlagen nicht mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht, jedoch eine Nachreichung des Fehlenden in Aussicht gestellt. Unter den gegebenen Umständen war der Richter im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) gehalten, der Beschwerdeführerin entweder eine kurze Frist zur Einreichung der erforderlichen Unterlagen anzusetzen oder aber mit seinem Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege weiter zuzuwarten. Indem der Bezirksgerichtspräsident ohne Ansetzung einer Frist zur Nachreichung des Fehlenden nur sechs Tage nach Einreichung der unvollständigen Eingabe über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschied, hat er sowohl den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) als auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO) verletzt.*» Diese Rechtsprechung lässt sich so nicht auf die Situation übertragen, in welcher eine Rechtsmittelfrist abzulaufen droht.

²³³⁹ Nicht auf die vorliegend interessierende materielle Prozessleitung bezogen, aber dennoch in ähnlicher Weise missbrauchsanfällig wie Art. 132 ZPO, ist auch der Art. 63 ZPO, wenn in der Absicht, Zeit zu gewinnen, z.B. absichtlich ein Schlichtungsgesuch eingereicht wird, wo kein solches vorgesehen ist, vgl. diesbez. LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, N. 7.18a. Vgl. des Weiteren zum absichtlichen Einreichen von Rechtsschriften bei einer unzuständigen Behörde z.B.: BK I-HURNI, Art. 52 N. 56; CR-BOHNET, Art. 52 N. 36a; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18b, 5; explizit unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs ist nach BGE 141 III 481 E. 3.1 die Regel nach Art. 63 ZPO auch mehrmals in Folge anwendbar.

²³⁴⁰ BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N. 79.

len Prozessleitung zeichnet sich ab, dass dort Missbräuchlichkeit angenommen wird, wo seitens der Partei kein Versehen vorliegt respektive vorliegen kann.²³⁴¹ Aufgrund der Relevanz dieses subjektiven Elements folgt nun, dass sich hinsichtlich der den Parteien anzurechnenden rechtlichen Kenntnisse und Fähigkeiten eine Unterscheidung aufrängt: Wie den Erläuterungen zu den Sorgfaltsanforderungen zu entnehmen ist, sind der professionellen Rechtsvertretung bestimmte Fachkenntnisse, und dementsprechend auch solche zur Beurteilung rechtlicher Mangelhaftigkeiten, objektiv anzurechnen, während sich dies beim juristischen Laien so nicht rechtfertigt.²³⁴² Aus diesem Grund kommt beim Anwalt und bei der Anwältin die Schwelle vom blossen Versehen hin zum missbräuchlichen Verhalten tiefer zu liegen als bei der Laienpartei.²³⁴³ Gerade im technisch anspruchsvollen Bereich der Sachverhaltserstellung, in welchem Sach- und Prozessrecht in komplexer Weise zusammenwirken, kann es unter Umständen schwierig sein, zu erkennen, wie weit sich Laien einem missbräuchlichen Verhalten hingeben. Sowohl die unverschuldete Rechtsunkenntnis als auch deren bewusstes, jedoch unentdeckt gebliebenes Vorgaukeln führen dazu, dass das Gericht Hilfestellung leistet; im zweiten Fall jedoch basierend auf einem Irrtum und somit ungerechtfertigt. Beim juristischen Laien wird allerdings von einem *offensichtlichen* Missbrauch, wie er in Art. 2 Abs. 2 ZGB thematisiert wird, in der Regel nur auszugehen sein, wenn ihm nicht bloss unsorgfältiges, sondern tatsächlich *absichtlich* unkor-

²³⁴¹ Im BGE 108 Ia 209 war der anwaltlichen Vertretung der Mangel (fehlende Rekursbegründung) effektiv bewusst, spricht sie diesen nämlich selbst an; vgl. ansonsten aber auch die Rechtsprechung in unterschiedlichen Rechtsgebieten, z.B. in: BGE 121 II 252 E. 4; 5P.410/2005 E. 3.2; 1P.254/2005 E. 2.5; 5A_461/2012 E. 4.1 und 4.3; 4D_2/2013 E. 3; 5A_639/2014 E. 13.3.2. In der Lehre vgl. z.B.: G/J/S-JENNY/JENNY, Art. 132 N. 2a und 15; CR-BOHNET, Art. 52 N. 36a und Art. 132 N. 40; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 132 N. 6; BK I-FREI, Art. 132 N. 5 und 16; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 40 N. 118; B&M-KUMSCHICK, Art. 132 N. 12; KuKo-WEBER, Art. 130–132 N. 18, 4. Spiegelstrich, und N. 18b.

²³⁴² Zur anwaltlich vertretenen Partei vgl. N. 706–708; zur Laienpartei vgl. N. 709–711.

²³⁴³ Dies entspricht der Ansicht von LIENHARD A. [b], N. 300 (zu Art. 132 ZPO) und wohl auch den Erwägungen im strafrechtlichen Urteil 1P.254/2005 E. 2.5 ff.

rektes Prozessieren zur Last zu legen ist.²³⁴⁴ Im Zweifelsfall ist daher gerade beim Laien eine vorwerfbare Missbräuchlichkeit zu verneinen.²³⁴⁵

Einer vorgegaukelten, im Sinne einer Art Mentalreservation nicht vorhandenen Hilfsbedürftigkeit hat das Gericht im Anwendungsbereich der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime und besonders bei Geltung der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nicht zu entsprechen. Es fehlt am schutzwürdigen Bedürfnis. Im Bereich der lenkenden Untersuchungsmaxime, bei welcher das Gericht eine originäre Verantwortung für den Prozessstoff trifft, ist eine solche Verletzung der parteiseitigen Mitwirkungslast selbstverständlich ebenfalls als Verstoss gegen das Gebot loyalen Handelns zu qualifizieren. Soweit das Gericht lenkend tätig sein muss, vermag aber auch missbräuchliches Verhalten in der Regel nicht einen Verzicht auf sachlich notwendige materielle Prozessleitungsmassnahmen zu rechtfertigen. 729

1.2.2.3.2. Kein offensichtlicher Missbrauch der primären Parteiverantwortung

Wie bereits erwähnt, betonen sowohl die Lehre wie auch die konstante Rechtsprechung, dass unsorgfältige Prozessführung grundsätzlich nicht mit gerichtlichem Entgegenkommen im Sinne einer Fragepflicht zu honorieren ist.²³⁴⁶ Allerdings gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass es zwei vordringliche Ziele im Zivilprozess gibt, denen die materielle Prozessleitung zuträgt: Hierzu gehört neben dem Anliegen der Verfahrensfairness auch das Ziel eines möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils.²³⁴⁷ Letzteres Interesse besteht selbstverständlich auch in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind. 730

Nun schrieb Marianne HEER bereits rund 20 Jahre vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung, dass es eigenartig anmutet, zunächst zwar das Ziel 731

²³⁴⁴ Nach WILLISEGGER, S. 129, ist der Wiederholungsfall der praktisch einzige angezeigte Fall; vgl. zudem z.B. 5A_601/2013 E. 1 (bez. Fax-Eingabe): «*Wer sich nach mehrmaliger Belehrung uneinsichtig zeigt, ohne Not für seine Rechtsschrift eine unzulässige Form wählt und sich anschliessend darüber beklagt, dass ihm keine Gelegenheit zur Verbesserung eingeräumt worden sei, handelt offensichtlich rechtsmissbräuchlich.*»

²³⁴⁵ Vgl. auch das (allerdings strafrechtliche) Urteil 1P.254/2005 E. 2.5 ff. zu einer Einsprache per E-Mail, in welchem in E. 2.5. die auch für den Zivilprozess berechnete Aussage gemacht wird, dass das Vorliegen eines offensichtlichen Rechtsmissbrauchs insbesondere bei rechtsunkundigen Personen nicht leichthin angenommen werden darf.

²³⁴⁶ Vgl. hierzu N. 714–715.

²³⁴⁷ Zur Zielgewichtung vgl. N. 527–529.

des richtigen Urteils in jedem Prozess zu betonen, gleichzeitig aber Regeln zu rechtfertigen, welche diesem Ziel nicht notwendigerweise förderlich sind.²³⁴⁸ Tatsächlich besteht bei einer primären Parteiverantwortung für den Prozessstoff auch die Gefahr, dass die Parteien durch übereinstimmendes Verhalten dem Gericht eine Sachverhaltshypothese aufzwingen, die nicht den wahren Gegebenheiten entspricht: Bestreitet die Gegenpartei Behauptungen nicht oder gesteht sie solche sogar explizit zu, stellt das Gericht in Belangen, die vom *da mihi facta* geprägt sind, grundsätzlich auf die behauptete «Tatsache» ab; diese wird also nicht zum Beweisthema erhoben.²³⁴⁹ Wie bereits einleitend zu den Faktoren der vorliegenden Angemessenheitsprüfung erläutert wurde, ist das Anliegen, dass die Parteien in ihren rein privaten Belangen primär selbstständig ihre Rechte prozessual durchsetzen sollen, grundsätzlich legitim, jedoch nur solange zweierlei sichergestellt ist: Einerseits, dass sorgfältige Parteien dieser Eigenverantwortung gewachsen sein können, und andererseits, dass die beiden Parteien ihre Verantwortung nicht in einer Weise verwenden, die das Gericht dazu zwingt, das Ziel des materiell richtigen Urteils augenscheinlich übergehen zu müssen.²³⁵⁰ Stellt nun eine Partei eine falsche, das heisst nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Behauptung auf und sieht die Gegenpartei wiederum davon ab, diese richtig zu stellen, liegt zwar eine Mangelhaftigkeit vor, zuweilen aber kein entschuldbares Versehen, womit die parteiseitigen Sorgfaltspflichten nicht erfüllt sind. Die richterliche Fragepflicht kann somit nicht greifen. Auch wenn das Gericht dies zunächst nicht erkennt und nachfragt, oder selbst wenn man annähme, der gerichtliche Hinweis sei unter diesen Gegebenheiten trotzdem zulässig, wird eine solch mittelbare Form der gerichtlichen Einflussnahme ins Leere gehen, wenn die Parteien unwillig oder nicht in der Lage sind, ihren Vortrag sachkonform zu verbessern. Dies führt zum Schluss, dass die Voraussetzung des Einhaltens prozessualer Sorgfaltsanforderungen das Ziel der Urteilsrichtigkeit akut gefährden kann.

- 732 So erfordert es das Ziel des möglichst materiell richtigen Urteils, dass das Gericht zuweilen nicht durch die Voraussetzung, dass die Parteien primär ihre Sorgfaltspflichten einhalten, von der materiellen Prozessleitung ferngehalten wird. Dies nicht in Abkehr davon, dass Unsorgfalt nicht zu honorieren ist, sondern im Anliegen um den Schutz der Gerichtsbarkeit, die nicht von den beiden Parteien in eine

²³⁴⁸ HEER, S. 162; vgl. des Weiteren HENCKEL, Prozessrecht, S. 58 f. und 62.

²³⁴⁹ Zur Zugeständnisbindung der Verhandlungsmaxime vgl. N. 205; zur Rolle des Zugeständnisses bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. N. 980–984.

²³⁵⁰ Vgl. hierzu N. 650.

nicht mehr hinnehmbare Zwangslage manövriert werden darf²³⁵¹. Hier also erfährt das Ziel des materiell richtigen Urteils eine besondere Akzentuierung. In diesem Sinn muss sich selbst in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, ab einer bestimmten Schwelle – als *ultima ratio* – ein Bereich lenkender Untersuchungstätigkeiten des Gerichts eröffnen. Lenkend deshalb, weil das Gericht ab dieser Schwelle gerade nicht an übereinstimmendes Verhalten respektive an Zugeständnisse gebunden ist. Dieser Mechanismus sorgt dafür, dass das den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Urteil auch in diesen Verfahren nicht sehenden Auges gänzlich aufgegeben wird. Wie stark diese Absicherung ist, hängt davon ab, wie hoch die Schwelle zum Bereich der lenkenden Untersuchungstätigkeit angesetzt wird und in welchen Konstellationen von der primären Einhaltung der parteiseitigen Sorgfaltspflichten abgesehen werden kann. Wie bei der Synthese der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung im Unterkapitel F. gezeigt wird, kommt hierbei nach der vorliegend vertretenen Ansicht dem Art. 153 Abs. 2 ZPO eine zentrale Rolle zu.²³⁵²

²³⁵¹ Eine notwendige Begegnung dieser Gefahr, welche insb. die Verhandlungsmaxime birgt, thematisieren z.B.: die Botschaft ZPO, S. 7313 zu Art. 151, 2. Spiegelstrich über die Korrektur *«unhaltbare[r] Konsequenzen der Verhandlungsmaxime»*; ähnlich S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 9; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10: *«Vielmehr soll der Rechtsanwender nicht gezwungen sein, sein (geistiges) Auge vor Umständen zu verschliessen, die einer Darstellung den Boden unter den Füßen zu entziehen vermögen.»*; KuKo-SCHMID, Art. 153 N. 4, wonach nicht *«offensichtlichem Unrecht zum Durchbruch»* verholfen werden soll; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 150 N. 19, wonach das Gericht nicht *«mit Scheuklappen an den effektiven Gegebenheiten vorbei[...]sehen»* muss; BERTI, ZPO, N. 370 zum *«Interesse der Integrität des Wahrheitsfindungsprozesses»* (vgl. auch DENS., a.a.O., FN. 394); B&M-PASSADELIS, Art. 153 N. 6, und B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 11, sprechen u.a. von drohender *Irreführung des Gerichts*. S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 57, und BK I-HURNI, Art. 55 N. 47, von der *«missbräuchliche[n] Inanspruchnahme des Prinzips der formellen Wahrheit»* oder auch LIENHARD A. [b], N. 328 und 330, zum *«offenkundigem Missbrauch der Rechtspflege»*. KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 11: *«Bei alledem sollte jedoch die grundsätzliche Geltung des Verhandlungsgrundsatzes niemals aus den Augen verloren werden; es geht hier nicht darum, um jeden Preis die (materielle Wahrheit) aufzuklären, sondern nur offenkundigem Missbrauch der Rechtspflege vorzubeugen.»*

²³⁵² Vgl. hierzu N. 890–914, N. 948–950 sowie N. 985–994.

2. Bei *da mihi facta* als notwendige Ergänzung der originären Gerichtsverantwortung

2.1. Tatsächlicher Stellenwert der parteiseitigen Mitwirkung bei der Prozessstoffsammlung bzw. die Verantwortungszuschreibung in der Praxis

- 733 Aus dem Kapitel 3 ging hervor, dass tatsächliche wie rechtliche Hürden auch eine reine Umsetzung der Untersuchungsmaxime im Zivilprozess illusorisch machen: Das Gericht bleibt auf die parteiseitigen Vorbringen angewiesen, weshalb die Parteien auch eine Mitwirkungslast trifft.²³⁵³ Damit erhält das *da mihi facta* für den Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime eine eigene Bedeutung.²³⁵⁴ Diese Mitwirkung der Parteien ist nun derart bedeutend, dass das Bundesgericht selbst im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime regelmässig ausführt, dass es «*in erster Linie*» die Parteien sind, die den relevanten Sachverhalt und die zugehörigen Beweise zu vermitteln haben.²³⁵⁵ Auf dem Gebiet der «*maxime inquisitoire limitée (dite aussi simple ou atténuée ou encore sociale)*» ist der Rechtsprechung gar zu entnehmen, dass diese Maxime das Gericht nicht verpflichtet, «*à rechercher lui-même l'état de fait pertinent*»²³⁵⁶. Mit Aussagen, dass es in der Praxis auch im Bereich der Untersuchungsmaxime primär die Parteien sind, denen die Verantwortung für die Stoffsammlung obliegt,²³⁵⁷ während das Gericht lediglich mitwirkt

²³⁵³ Vgl. hierzu N. 214–216.

²³⁵⁴ Vgl. hierzu N. 228–230.

²³⁵⁵ BGE 111 II 225 E. 4; BGE 128 III 411 E. 3.2.1; 5C.257/2004 E. 2.2; 5A_394/2008 E. 2.2; 5A_205/2010 E. 4.3; 5A_254/2010 E. 3.2.4; 5A_771/2010 E. 5.1; 5A_830/2010 E. 4.3.2; 5A_149/2011 E. 2.4.1; 5A_840/2011 E. 3.2; 5A_194/2012 E. 4.2; 5A_357/2015 E. 4.2; 5A_806/2016 E. 4.3.2.

²³⁵⁶ 5A_298/2015 E. 2.1.2.

²³⁵⁷ Vgl. z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 64: «*Wegen der eingeschränkten Untersuchungsmöglichkeiten liegt es trotzdem hauptsächlich an den Parteien, die wesentlichen Tatsachen zu schildern und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen damit auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (mindestens de facto) die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung [...]*» (Hervorhebungen zugefügt); KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 272 N. 3: «*Im Zivilverfahren gilt aber auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, dass es primär an den Parteien liegt, den entscheiderelevanten Sachverhalt vorzutragen, und sie von der Mitwirkung bei der Sammlung des Prozessstoffes nicht entbunden sind (BGE 130 I 190 E. 3.2; 128 III 411 E. 3.2.1.)*» (Hervorhebungen im Original); vgl. des Weiteren auch z.B.: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 33; BK I-HURNI, Art. 55 N. 64; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 20; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 50; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 341 f.; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 10; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 12; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 6; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 244; BRÖNNIMANN, Diss.,

beziehungsweise Anleitung gibt,²³⁵⁸ gehen Rechtsprechung und Lehre quasi von einer Umkehr der Verantwortungszuteilung für den Prozessstoff aus, wie sie die reine Untersuchungsmaxime in der Theorie festlegt.²³⁵⁹

S. 101; ASPRION STÖCKLIN, S. 16; CHAIX, faits, N. 32; SUTER, S. 38; VOGEL, Richter, S. 69.

²³⁵⁸ Vgl. die Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243; des Weiteren auch z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 33, der von einer *Mitverantwortung* des Gerichts spricht, und N. 34, wo GLASL schreibt: «*Wenn der Zivilprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, bedeutet das primär, dass der Verhandlungsgrundsatz nicht mehr voll zum Tragen kommt. Das Gericht kann die Sammlung des Prozessstoffes nicht allein den Parteien überlassen.*»; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 365: «*Die Untersuchungsmaxime bewirkt, dass die Parteien bei der Erstellung des Sachverhalts durch das Gericht unterstützt werden.*», vgl. auch DIES., a.a.O., N. 367, 370, 425 und 426, wo sie von einer «*gerichtlichen Mitwirkungspflicht*» spricht; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N. 26a f., sprachen noch von einer *Mitwirkung* des Gerichts bei allen Stufen des Zusammenwirkens von Gericht und Parteien bei der Beschaffung des Sachverhalts (in der Neuauflage überarbeitet); BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 31, über eine «*(Mit-)Verantwortung*» des Gerichts bei der Sachverhaltserstellung im Rahmen des abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 10, wonach die Beteiligung des Gerichts bei der Prozessstoffsammlung lediglich *ergänzend* hinzutritt; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 4 f., darüber, dass das Gericht die Parteien *unterstützt*; ferner z.B.: KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 8; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 63 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 7; S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 19a; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N. 4; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 152. Vgl. bereits vor der eidg. ZPO auch z.B.: MARTIN P., S. 77, wonach der Tatsachenvortrag Sache der Parteien bleibt, während der Richter einen *Beitrag* leistet; BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 50: «*Gilt der Untersuchungsgrundsatz, ist die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes teilweise auch dem Gericht übertragen. Das Gericht hat den rechtserheblichen Sachverhalt auch in eigener Initiative aufzuklären.*» (Hervorhebungen zugefügt).

²³⁵⁹ Vgl. die Aussage von BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 341 f.: «*Jede realistische Einschätzung der Untersuchungsmaxime muss in die Einsicht münden, dass die Parteien zumindest de facto die Hauptverantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes tragen [...].*» (Hervorhebung zugefügt); ähnlich BRÖNNIMANN, Behauptungslast, S. 50 f. Nach SUTTER-SOMM, ZPR, N. 361, und MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 450, 464, 489 und 503, verlagert sich lediglich im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Prozessstoffsammlung auf das Gericht.

2.2. Ungenügende parteiseitige Mitwirkung als Grund für eine Entbindung des Gerichts von der materiellen Prozessleitung?

2.2.1. Problem der ungenügenden Mitwirkung der Parteien

- 734 Eine unkooperative Haltung bei der Sachverhaltserstellung im Prozess kann die Partei unterschiedlich zum Ausdruck bringen: Ganz augenscheinlich dadurch, dass sie erforderliche Handlungen nicht ausführt, etwa ihre Sachverhaltshypothese nicht in das Verfahren einbringt respektive Beweise nicht nennt oder einreicht, Vorschüsse nicht begleicht etc. Umgekehrt zeigt sie aber auch dann eine fehlende angemessene Mitwirkung, wenn sie unzählige Akten unkommentiert einreicht. Das Fazit hieraus muss lauten, dass die ungenügende parteiseitige Mitwirkung in einem weiten Sinn aufzufassen ist, da diese nicht einzig in Unterlassungen, sondern auch in einem übermässig aktiven Tun erblickt werden kann.
- 735 Die Verpflichtungsart der parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten, ob diese nun in einem Verfahren unter Verhandlungs- oder unter Untersuchungsmaxime stattfinden, wurde im Kapitel 3 als Last qualifiziert.²³⁶⁰ Dies bedeutet, dass eine unzureichende Erfüllung der Einbringaufgaben regelmässig einzig prozessuale Nachteile nach sich zieht. Ungeachtet der anwendbaren Prozessmaxime wird fehlende Kooperation in der Phase der Beweiswürdigung berücksichtigt.²³⁶¹ Wenn nun, wie eben gesehen, die Mitwirkungsverantwortung der Parteien selbst im Bereich der Untersuchungsmaxime in der Praxis derart zentral ist, dass davon gesprochen wird, dass primär die Parteien für die Stoffsammlung zuständig sind, stellt sich die Frage, ob und inwiefern eine ungenügende Erfüllung der parteiseitigen Mitwirkungslast auch Auswirkungen auf die weitere Tätigkeit des Gerichts zeitigt. Die Antwort hierauf hängt von der Ausprägung der Untersuchungsmaxime ab, denn es gilt, die dahinterstehende Zielakzentuierung, wie sie im Rahmen des ersten Faktors der Angemessenheitsprüfung erläutert wurde, zu berücksichtigen.

²³⁶⁰ Vgl. N. 211–213 zur Verhandlungsmaxime; N. 221–223 zur Untersuchungsmaxime.

²³⁶¹ Explizit zur Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: G/J/S-SCHWANDER, Art. 272 N. 4; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 272 N. 5; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 36. Zur Berücksichtigung des Parteiverhaltens bei der Beweiswürdigung vgl. FN. 399 der vorliegenden Abhandlung.

**2.2.2. Konsequenzen bei unterstützend-eingeschränkter
Untersuchungsmaxime – bzw. Rechtfertigung derer Behandlung
als ledigliche «Relativierung des *da mihi facta*»**

Bereits im Kapitel 3 wurde darauf hingewiesen, dass Belange, die der sozialen beziehungsweise generell der unterstützend-eingeschränkten²³⁶² Untersuchungsmaxime unterstellt sind, wertungsmässig denjenigen zuzurechnen sind, bei denen das Verfahren vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt ist: Mit anderen Worten ausgedrückt, rückt die Praxis die entsprechende Angelegenheit diesbezüglich in die Nähe von denjenigen Verfahrensgegenständen, bei denen die Parteien originär die Verantwortung für den Prozessstoff innehaben.²³⁶³ Die Frage nach der Zielakzentuierung bei der sozialen Untersuchungsmaxime hat zudem gezeigt, dass es hier noch immer primär Fairnessanliegen gegenüber juristisch tendenziell weniger gewandten Parteien sind, die mit der gesteigerten gerichtlichen Mitwirkung bei der Prozessstoffsammlung in den Fokus gesetzt werden.²³⁶⁴ Dies widerspiegelt sich insbesondere auch in der Aussage des Gesetzgebers, dass die Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO nur so weit greift, als dies «wirklich geboten ist».²³⁶⁵ Im Anschluss an seine Erläuterung zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime hebt Paul OBERHAMMER einen gar «*deutlichen Unterschied*» der sozialpolitisch motivierten Untersuchungsmaxime in dem Sinn hervor, als die Parteien hier nicht davon befreit sind, aktiv an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken und allfällig zu erhebende Beweise zu bezeichnen.²³⁶⁶ Mit Blick auf den vorliegend erörterten zweiten Faktor der Angemessenheit eines gerichtlichen Eingriffs in den Prozessstoff sind diese Aussagen dahingehend zu interpretieren, dass bei unterstützend-eingeschränkter Untersuchungsmaxime die Erfüllung der parteiseitigen Sorgfaltspflicht noch immer stark im Zentrum steht beziehungsweise der prozessualen Sorgfalt ein vorrangiger Stellenwert zukommt.²³⁶⁷

²³⁶² Zur Klassifikation vgl. N. 697–699.

²³⁶³ Vgl. hierzu N. 265.

²³⁶⁴ Vgl. hierzu N. 660–661.

²³⁶⁵ Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, 2. Spiegelstrich; vgl. auch bereits N. 661.

²³⁶⁶ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17; auch BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 4, betont diesen Unterschied.

²³⁶⁷ Zur konkreten Bedeutung der Prozesssorgfalt bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. N. 969–974. A.M. wohl LIENHARD A. [b], N. 509 und 536 i.V.m. N. 478 und 484, nach dem die prozessuale Sorgfalt in Verfahren mit Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, wo regelmässig eine sozial schwächere Partei in besonders sensiblen Materien speziell zu schützen ist, eine viel geringere Rolle spielt als im ordentlichen Verfahren.

- 737 Wo freie Verfügbarkeit über den Streitgegenstand herrscht und ein gerichtliches Eingreifen somit primär auf einer besonderen Akzentuierung der Verfahrensfairness gegenüber nicht ausreichend Rechtskundigen beruht, wird dieses Ziel denn auch erreicht, sobald die umsichtige Partei hinreichend über den Mangel aufgeklärt ist. Für den Fall, dass die von der Prozessleitung profitierende Partei sodann davon absieht, an der Sachverhaltserstellung rechtsgenüßlich mitzuwirken, ist das Gericht nicht nur von noch weitergehenden Eingriffen entbunden,²³⁶⁸ es wäre – unter normalen Umständen – unangemessen, einer solchen Partei eine gerichtliche Hilfeleistung, die sie offensichtlich als entbehrlich erachtet, aufzuzwingen, um sie vor den Konsequenzen ihrer Unsorgfalt zu bewahren.²³⁶⁹
- 738 Einen Vorbehalt gilt es für besondere Umstände anzubringen, wie sie hiervor unter dem Titel offensichtlicher Missbrauch der primären Parteiverantwortung erörtert wurden: So darf nämlich auch in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils nicht einfach gänzlich verdrängt werden. Im Geltungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime hat das Gericht also, mit den Worten von François BOHNET und Pascal JEANNIN ausgedrückt, «une certaine responsabilité dans l'établissement des faits»²³⁷⁰ inne. Zu dieser Verantwortung gehört nach der vorliegend

²³⁶⁸ Vgl. allgemein zum Absehen von der Beweisabnahme, wenn Parteien ihre Mitwirkung verweigern, z.B.: BGE 125 III 231 E. 4a; BGE 141 III 569 E. 2.3.2; vgl. des Weiteren z.B.: LIENHARD A. [b], N. 586 i.V.m. 506; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 343; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 8; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 6; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 4; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 357; EGLI H.-P., S. 43.

²³⁶⁹ Vgl. auch CR-TAPPY, Art. 247 N. 23: «[A] défaut d'une telle collaboration des parties, le procès peut être clos sans que le juge soit tenu d'instruire d'office, car la maxime inquisitoire atténuée sert à favoriser une procédure accessible à des non-juristes, non à suppléer les carences d'une partie négligente ou refusant de s'exprimer [...]» (m.H.a. die Rechtsprechung); ebenso BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 231. Gemäss LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641, und LIENHARD A. [b], N. 506 und 669, darf das Gericht (bei konkreter gerichtlicher Aufforderung) die unterbliebene Mitwirkung der Partei als *impliziten Verzicht* auf die gerichtliche Hilfe werten; ähnlich auch MEIER I., ZPR, S. 386 f., nach dessen Ansicht eine Berücksichtigung von Tatsachen und Abnahme von Beweismitteln *entgegen dem Willen der Parteien* bei der unterstützenden Untersuchungsmaxime nicht infrage kommt.

²³⁷⁰ BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 243 (Hervorhebung im Original anders), vgl. auch S. 249 und schliesslich S. 245 zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime: «la responsabilité finale dans l'établissement de l'état de fait incombe au tribunal, alors sa responsabilité dans l'établissement des faits n'est que partagée en maxime inquisitoire sociale.»

vertretenen Ansicht, dass es, wie in allen von *da mihi facta* geprägten Belangen, auch bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime eine Schwelle gibt, ab der das Gericht in gewissen Konstellationen, im Anliegen um das materiell richtige Urteil, nicht auf eigene Ermittlungstätigkeiten verzichten darf, sondern *lenkend* tätig werden muss. Dies, auch wenn – oder eben: *gerade wenn* – die Parteien ihre Sorgfaltspflicht verletzen.²³⁷¹ Wo diese Grenze für lenkende Ermittlungstätigkeiten liegt, ist bei den Konklusionen zur Stufenfolge der materiellen Prozessleitung im Unterkapitel F. zu erörtern.²³⁷²

2.2.3. Konsequenzen bei lenkender Untersuchungsaufgabe des Gerichts

Soweit die gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff geboten ist, um das zuweilen besonders akzentuierte Ziel eines möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils zu erreichen, kann eine Entbindung des Gerichts von der materiellen Prozessleitung nicht die richtige Antwort auf Unsorgfältigkeiten der Parteien sein. Mit anderen Worten ausgedrückt: Wird die Urteilsrichtigkeit besonders in den Fokus gerückt, muss die gerichtliche Gestaltung des Prozessstoffs unabhängig davon stattfinden, ob die Parteien vorab die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten erfüllt haben. 739

Zu Recht vertritt daher Andreas LIENHARD den Standpunkt, es gehe bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht an, dass gerichtliche Ermittlungstätigkeiten eingestellt werden, wenn Eltern oder die Kindesvertretung nicht an der Sachverhaltserstellung mitwirken; denn diesfalls würden deren Pflichtwidrigkeiten dem minderjährigen Kind angerechnet.²³⁷³ Zusammen mit Claudia MORDASINI-ROHNER weist LIENHARD darauf hin, dass hier nicht die Prozessparteien, sondern meist das minderjährige Kind Adressat und Grund der gerichtlichen Hilfe ist.²³⁷⁴ Auch andere Autorinnen und Autoren weisen explizit darauf hin, dass bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime die Missachtung der Mitwirkungslast 740

²³⁷¹ Vgl. hierzu N. 730–732; vgl. zudem auch den Hinweis auf das Urteil 5A_72/2007 in N. 681–682.

²³⁷² Vgl. hierzu N. 985–994.

²³⁷³ LIENHARD A. [b], N. 667 und 674. Der genannte Autor kritisiert sodann in LIENHARD A. [b], N. 678 i.V.m. 654 und 656 die Urteile 5A_27/2009 i.V.m. 5A_37/2009 E. 4.3 und 5A_722/2007 E. 5.2.

²³⁷⁴ LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1642.

seitens der Parteien das Gericht gerade nicht von der Erforschung des Sachverhalts entbindet.²³⁷⁵

- 741 Die Analysen zum verfahrensbezogenen Faktor der Angemessenheitsprüfung haben zum Schluss geführt, dass Streitigkeiten, oder zumindest Teilbelange von solchen, von deren Beurteilung auch Interessen der Allgemeinheit und von Dritten abhängen, zuweilen auch einer lediglich eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen.²³⁷⁶ Hier soll die gerichtliche Kompetenz im Rahmen der Prozessstoffsammlung gegenüber derjenigen, die dem Gericht unter der Verhandlungsmaxime zukommt, insbesondere (auch) im Anliegen um einen Schutz von parteifernen Interessen erweitert werden. Ob zum Schutz solcher Interessen die gerichtliche Sachverhaltsaufklärung im Sinne einer uneingeschränkten Untersuchungsmaxime von weiteren prozessualen Formalismen zu entkoppeln ist, indem ihm etwa ein Freibeweis oder zumindest bestimmte weitergehende Abklärungsmöglichkeiten offenstehen,²³⁷⁷ entscheidet der Gesetzgeber aufgrund von Verhältnismässigkeitserwägungen. In diese müssen Antworten auf verschiedene Fragen einfließen: Etwa, wie gross die Gefährdung externer Interessen effektiv ausfallen dürfte und ob die mit einem Prozessverlust zumindest einhergehenden finanziellen Konsequenzen dieser genügend begegnen, das heisst, die Parteien ausreichend zur Mitwirkung zu animieren vermögen.²³⁷⁸ Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber oft keine Notwendigkeit sieht, von einer Öffnung weiterer formaler Schranken abzusehen, und den Gerichten somit auch zum Schutz parteiferner Interessen zuweilen ausschliesslich die zivilprozessualen Standardmittel zur Verfügung stehen, darf nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht geschlossen werden, dass das Gericht hinter seinen Möglichkeiten zurückzubleiben hätte: Denn auch wenn die Parteien ihrerseits nicht kooperieren und ihre Sorgfaltspflicht verletzen, können, zumindest soweit keine Einwilligung der Parteien erforderlich ist, sachkundige Dritte aufgefordert werden, mündliche oder schriftliche Auskünfte zu erteilen oder die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden vorzulegen. Wo externe Interessen impliziert sind, liegt es nämlich an den Gerichten, *«ohne Rücksicht auf das Verhalten der Parteien dafür besorgt [zu] sein, daß die maßgebenden Tatsachen [...] restlos*

²³⁷⁵ S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 69; WILLISEGGER, S. 254; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 11; BK I-HURNI, Art. 55 N. 75; MEIER R., N. 66; OEHLER, S. 94; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 11.251.

²³⁷⁶ Vgl. hierzu N. 697–699.

²³⁷⁷ Zur Entkoppelung von bestimmten Formalismen bei uneingeschränkter Untersuchungsmaxime vgl. N. 1020–1028.

²³⁷⁸ Zum grundsätzlichen Ausreichen einer parteiseitigen Mitwirkungs*last* vgl. N. 221–223.

geklärt werden»²³⁷⁹. Kosten, die aufgrund fehlender Kooperation anfallen, sind als unnötig im Sinne von Art. 108 ZPO zu qualifizieren und können der sich ungeRechtfertigterweise weigernden Partei überbunden werden. Schöpfen indessen die Gerichte die ihnen offenstehenden Abklärungsmöglichkeiten mit der Begründung nicht aus, dass die Parteien ihrerseits nicht ausreichend mitwirken und somit ihre Sorgfaltspflichten verletzen, brechen sie ohne Not das mit der lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime besonders akzentuierte Ziel der Urteilsrichtigkeit ab. Damit schmälert das Gericht seinen Beitrag zur Verminderung der Gefahr, dass parteiferne Interessen geschädigt werden. Selbst wenn nicht alle Fälle hinsichtlich des potentiellen Verschleierungsbestrebens der Parteien dasselbe Risiko bergen, ist dem Entscheid für eine Untersuchungsmaximenausprägung, die das gerichtliche Streben nach materieller Wahrheit besonders akzentuiert, Rechnung zu tragen. Dies auch bei der hiervor angesprochenen Schwelle, die den Bereich definiert, in welchem das Gericht eine Pflicht zu selbstständiger, weitergehender Ermittlung trifft: Sie kommt tiefer zu liegen als in Belangen der unterstützend-eingeschränkte respektive der sozialen Untersuchungsmaxime, welche primär dem Schutz der Parteiinteressen geschuldet ist. Die Stufenfolge im Unterkapitel F. wird dies im Detail zeigen.²³⁸⁰

Im Fall einer Weigerung der Parteien können die Zivilgerichte natürlich an 742
unüberwindbare Grenzen stoßen: In einem solchen Fall ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht jedoch nicht von einer Entbindung des Gerichts von der amts-
wegigen Sachverhaltsermittlung zu sprechen, sondern vielmehr von der objek-
tiven Erschöpfung seiner Mittel.²³⁸¹ So zeigt sich, dass die Worte von Jürgen
BRÖNNIMANN auch in das vorliegende Unterkapitel mit den hier thematisierten
Ausprägungen der Untersuchungsmaximen passen: «[...] zuerst ist die volle Trag-
weite des bundesrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes festzustellen, auch wenn
dieser Betrachtung sogleich die Einsicht in die praktischen Grenzen der Sach-
verhaltsermittlung von Amtes wegen folgen muss. Denn auch die Untersuchungs-
maxime kann die Nachteile nicht beseitigen, welche die Parteien treffen, wenn zu
ihren Gunsten sprechende Sachumstände letztlich trotz aller Bemühungen seitens
des Gerichts nicht Prozessinhalt werden und deshalb im Urteil nicht berücksich-

²³⁷⁹ Worte von LEUCH, Prozeßleitung, S. 568, zu Streitigkeiten, an deren Ausgang nicht nur die Parteien interessiert sind, sondern das allgemeine Interesse mitbeteiligt ist, u.a. mit dem Bsp. der Prozessvoraussetzungen. Zur Zielakzentuierung im Rahmen der Untersuchungsmaxime bei den Prozessvoraussetzungen vgl. N. 676–677.

²³⁸⁰ Vgl. hierzu N. 988–994 (unterstützend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime) i.V.m. N. 1013–1014 (lenkende Untersuchungsmaximenausprägungen).

²³⁸¹ Vgl. hierzu N. 1032–1033.

tigt werden können [...]»^{2382, 2383} Ein dergestalt gezwungener Abbruch der Suche nach den tatsächlichen Gegebenheiten ist nicht als eine Abkehr vom Ziel des möglichst materiell richtigen Urteils zu werten.

iv) Verhältnis zwischen Sachverhaltshypothese, Beweisergebnis und limitierter materieller Prozessleitung

- 743 Wiederholt liess das Bundesgericht *ex post*-Argumentationen nicht gelten, mit denen Parteien aus einem für sie ungünstigen Beweisergebnis schliessen wollten, ihr Vorbringen wäre demnach im Sinne von Art. 56 ZPO mangelhaft gewesen und hätte die gerichtliche Fragepflicht auslösen müssen.²³⁸⁴
- 744 Wie hiervor gezeigt, zieht die limitierte materielle Prozessleitung zu den Sachverhaltshypothesen die eigentliche Sachverhaltsfeststellung nicht vor.²³⁸⁵ Das bedeutet: Hat die Partei zwar zu all ihren Vorbringen Beweise eingereicht, hierbei aber diejenigen ausgewählt, die letztlich nicht zur Überzeugung des Gerichts führen, lässt sich hieraus allein kein Rückschluss auf Unzulänglichkeiten der materiellen Prozessleitung ziehen: Es mag durchaus sein, dass die Partei sorgfältig prozessiert hat;²³⁸⁶ doch ist Sorgfalt kein Garant für den Prozessgewinn, wenn sich die Dinge in Tat und Wahrheit anders zugetragen haben oder wenn es schlicht keine Beweise gibt, welche die Richtigkeit der vorgetragenen Sachverhaltshypothese, wo dies nötig ist, ausreichend belegen. Das Risiko, dass es bei unsorgfältiger Prozessführung zu Mängeln kommt, die dazu führen, dass sich das Gericht nach der Beweiswürdigung von der Sachverhaltshypothese inhaltlich nicht überzeugt sieht, ist selbstverständlich grösser. Wie gesehen, vermag Unsorgfalt, soweit die prozessualen Sorgfalterwartungen im Vordergrund stehen, keine gerichtliche Frage-

²³⁸² BRÖNNIMANN, Diss., S. 105 f., im Zusammenhang, dass nur eine asymptotische Annäherung an das gerechte Urteil möglich ist. Zur blossen Annäherung an die materielle Wahrheit vgl. N. 497–502.

²³⁸³ Vgl. bereits KLEIN, Pro Futuro, S. 31 im Jahr 1891: «Mit der Eventualität, daß ungeachtet des besten Willens und Bemühens des Richters prägnante Punkte des Sachverhaltes im Dunkeln bleiben und der Richter zuletzt angewiesen sein wird, über dieselben auf Grund des bekannten Sachverhaltes seine Vermuthungen aufzustellen, mit dieser Eventualität müssen wir uns also mangels Zwanges von vornherein befreunden.»

²³⁸⁴ 5A_115/2012 E. 4.5.2; 4A_444/2013 E. 6.3.3; 5A_380/2016 E. 5. Eine ähnlich gelagerte Rüge der Verletzung einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime verwarf das BGer auch im Urteil 4A_723/2012 E. 3.3.

²³⁸⁵ Vgl. hierzu N. 326–331.

²³⁸⁶ Zum Sorgfaltsmassstab vgl. N. 703 i.V.m. 706–711.

pflicht auszulösen; die Rechtsprechung ist diesbezüglich so konstant wie klar.²³⁸⁷ Eine Partei kann sich somit namentlich nicht darüber beklagen, wenn sie Beweismittel absichtlich nicht einbringt, diese Taktik aber nicht aufgeht.²³⁸⁸

Wie die Beispiele bei der Stufenfolge zur materiellen Prozessleitung im Unterkapitel F. illustrieren, hat sich das Gericht bei der limitierten materiellen Prozessleitung im Sinne einer Relativierung des *da mihi facta* in der Normalsituation auch an weitere Grenzen zu halten: Nämlich an die mit der tatsächlichen Parteihaltung übereinstimmende und mit Blick auf das *ius* komplette Sachverhaltshypothese. Die effektiv eingebrachte Hypothese kann im Hinblick hierauf zwar eine Unvollständigkeit aufweisen, die es bei zureichender Sorgfalt zu beheben gilt. Indessen ist es dem Gericht untersagt, prozessleitend die Sachverhaltshypothese auszutauschen, indem es etwa eine neue vorschlägt, die von der Partei in keiner Weise vermittelt wurde, oder indem die bestehende so abgewandelt wird, dass sie nicht mehr mit dem Parteiverhalten kongruent ist, nunmehr aber zum gewünschten Prozessserfolg führen könnte.²³⁸⁹ Nach einem negativen Prozessergebnis kann somit dem Gericht auch nicht vorgeworfen werden, es hätte bei der Prozessleitung über diese Grenzen hinausgehen sollen. 745

d. Kontradiktorischer Faktor

i) Weitere Konkretisierung der Verfahrensfairness: Grundrechtsschutz der *ex ante* betrachtet an der materiellen Prozessleitungsmaßnahme nicht interessierten Partei

Wie im Unterkapitel C. zu den Motiven für einen Eingriff in das *da mihi facta* 746 gesehen, vermag die Verfahrensfairness einen gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff zugunsten einer hilfsbedürftigen Partei grundsätzlich zu legitimieren.²³⁹⁰ Allerdings gehört die Verfahrensfairness zu den wohl facettenreichsten Rechtsbegriffen,²³⁹¹ deren Teilaspekte gleichermassen Ansprüche beider im Prozess eingebundenen Parteien bilden. Dies bedeutet für die materielle Prozessleitung, dass bestimmte Elemente der Verfahrensfairness einen gerichtlichen Eingriff gebieten, gleichzeitig aber weitere grundrechtlich geschützte Rechte der Gegenpartei, die ebenso diesem komplexen Begriff zuzurechnen sind, dem Eingriff Grenzen set-

²³⁸⁷ Vgl. hierzu N. 714–715.

²³⁸⁸ Zu dieser Rechtsprechung vgl. N. 780.

²³⁸⁹ Vgl. hierzu N. 828–834 und N. 937.

²³⁹⁰ Vgl. hierzu N. 510–512 i.V.m. N. 557–562.

²³⁹¹ Zu dieser Feststellung vgl. N. 507.

zen. Die Verfahrensfairness gegenüber der Gegenpartei bildet daher eine interpretatorische Schranke bei der Auslegung der Regeln zur materiellen Prozessleitung, die es zwingend in eine sorgfältige Verhältnismässigkeitsprüfung einzubeziehen gilt²³⁹². Die Herausforderung für das Gericht besteht somit darin, in jedem Verfahren die verschiedenen Teilgehalte der beiden Parteien zustehenden Verfahrensfairness optimal miteinander in Ausgleich zu bringen.²³⁹³

- 747 Auf den Umstand, dass Richterinnen und Richter sich bei ihrer Prozessleitung zuweilen auf einer Gratwanderung zwischen den Grundrechtsansprüchen beider Parteien befinden, wurde bereits verschiedentlich hingewiesen.²³⁹⁴ Die Gefahr des Abrutschens lässt sich anhand eines Zusammenzugs verschiedener Aussagen aus der Lehre und der Rechtsprechung verdeutlichen:
- 748 Bereits im ersten Kapitel wurde die Unparteilichkeit als unabdingbare Voraussetzung aufgeführt, damit das Gericht die Aufgabe *dabo tibi ius* erfüllen kann und darf.²³⁹⁵ Dass das Gericht diese gebotene Neutralität gerade auch bei der Wahrnehmung seiner Fragepflicht zu wahren hat, heben in der deutschen juristischen Literatur beispielsweise Rolf STÜRNER und hierzulande Jürgen BRÖNNIMANN, Michael LAZOPOULOS, Stefan LEIMGRUBER oder Myriam GEHRI hervor.²³⁹⁶ Unter Verweis auf die rechtswissenschaftliche Lehre ist auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wiederholt eine mahnende Formel für diese Form der materiellen Prozessleitung zu entnehmen: Diese lautet dahingehend, dass die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht *«keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung*

²³⁹² Zum Einbezug in die Verhältnismässigkeitsanalyse vgl. auch den Hinweis des BGer zu Art. 36 Abs. 2 BV im BGE 128 I 327 E. 4.3.2: *«Diesfalls können sich unterschiedlichste Grundrechtsinteressen von Veranstaltern, Teilnehmern, interessierten Dritten und Unbeteiligten gegenüberstehen. Sie erfordern eine besonders sorgfältige Interessenabwägung und Beachtung der Verhältnismässigkeit ohne einseitige Bevorzugung einzelner Gruppen.»*

²³⁹³ Zur Herstellung von Konkordanz zwischen potentiell konfligierenden Verfahrensgrundrechten der Parteien vgl. inbs. N. 422–428 und N. 436–444 i.V.m. N. 479–483.

²³⁹⁴ Vgl. insb. N. 4–5; N. 352–355; vgl. des Weiteren auch die Ausführungen in N. 422 und N. 479 483.

²³⁹⁵ Vgl. hierzu N. 47 i.V.m. N. 50–51.

²³⁹⁶ STÜRNER, Aufklärung, N. 19 ff.; BRÖNNIMANN, Diss., S. 67; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 7; vgl. auch BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 15.

des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen [darf]»^{2397, 2398} Eine solch einseitige Bevorteilung einer Prozesspartei sehen Adrian STAEHELIN und Eva BACHOFNER etwa dann gegeben, wenn der Richter seine Fragepflicht nach Art. 56 ZPO «so extensiv» ausübt, dass sie «*letztlich auf eine Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen*» hinausläuft.²³⁹⁹ Sowohl die mit diesen Aussagen angesprochene richterliche Neutralität wie auch das Gleichbehandlungsgebot gehören, wie gesehen, zum zentralen Gehalt der Verfahrensfairness.²⁴⁰⁰

Diese Übersicht zeigt, dass der Einbezug der gegenparteilichen Sicht verschiedene Fragen hinsichtlich der gerichtlichen Unparteilichkeit und zum Gleichbehandlungsgebot aufwirft. Diese Fragen hängen dergestalt miteinander zusammen, dass die Antwort auf eine Frage durch Anschlussfragen erneut auf den Prüfstand gestellt wird. Dies möchten die nachfolgenden Unterkapitel ii) und iii) aufzeigen. 749

²³⁹⁷ 4A_444/2013 E. 6.3.3; ebenfalls im Urteil 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3.3.3; vgl. des Weiteren auch solche Formulierungen z.B. in: BGE 146 III 413 E. 3.2; 4A_336/2014 E. 7.6; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102); 4A_628/2016 E. 4.2.3; 4A_540/2017 E. 5.5; 4A_284/2017 E. 3.2; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 4A_502/2019 E. 7.1. Vgl. auch in der Lehre z.B.: BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3 und 9; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 285; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 8.

²³⁹⁸ Vgl. auch die Erwägung des BGer zur amtswegigen Beweisanordnung im Urteil 5A_723/2017 E. 6.5.4. Zu diesem Entscheid vgl. auch N. 912.

²³⁹⁹ ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 21; zustimmend: BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 7; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 29; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 4; GUYAN, S. 12; MILANI, Diss., N. 437. Ähnlich auch die Formulierung im Bericht VE-ZPO, S. 34 zu Art. 51, wozu allerdings Hans Ulrich WALDER im Vernehmlassungsverfahren, ZS VN VE-ZPO, S. 80 f. HUW. m.H.a. RÜEGG, S. 67, einwandte: «*Wenn in den Bemerkungen zum Vorentwurf S. 34 einerseits gesagt wird, dass das Fragerecht nicht <so extensiv> ausgeübt werden dürfe, dass im Ergebnis eine Abklärung von Amtes wegen stattfindet, andererseits aber der Wunsch ausgesprochen wird, <dass es möglichst zu einem den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Urteil> komme, so ist das eigentlich ein Widerspruch [...].*»

²⁴⁰⁰ Vgl. hierzu N. 507–508.

ii) **Unparteilichkeit**

1. **Frage zur Unparteilichkeit: «Einseitige Begünstigung»
durch eine materielle Prozessleitungshandlung?**

750 Leistet das Gericht Hilfestellung, hat es selbstverständlich dafür zu sorgen, dass beide Parteien davon Kenntnis erhalten.²⁴⁰¹ Sodann ist es keiner der beiden, also auch nicht derjenigen, welche bloss in zweiter Linie Adressatin des gerichtlichen Hinweises ist, verboten, ihr prozessuales Verhalten hieran anzupassen.²⁴⁰² Regelmässig aber kommt ein einzelnes, bestimmtes Handeln des Gerichts im Rahmen seiner materiellen Prozessleitung einer der beiden Parteien faktisch mehr zugute. Diese kann allenfalls prozessuale Vorteile daraus erlangen respektive Nachteile vermeiden. Alois TROLLERS Schilderungen zeigen dies deutlich: *«Wenn der Richter bemerkt, daß er aus dem Tatbestand keine überzeugende Folgerung ziehen kann, dann möchte er anregen, daß ihm weitere Tatsachen vorgetragen werden. Ab und zu bringt eine Partei die entscheidenden Tatsachen nicht vor, oder sie unterläßt es, die Beweise zu beschaffen. Der Richter neigt dazu, ihr zu helfen. Damit richtet er sein Augenmerk darauf, wie er die Stellung dieser Partei verbessern kann.»*²⁴⁰³ Aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Verfahrens bleiben dadurch aber bei der Gegenpartei Vorteile aus, die sie aus einem Belassen der Einbringtätigkeiten in prozessual unzureichender Form passiv hätte davontragen können.²⁴⁰⁴ In dieser Hinsicht ist eine individuelle Unterstützungsleistung also grundsätzlich und regelmässig «einseitig». Diese Betrachtungsweise wird ein Grund sein, weshalb die Lehre wie auch das Bundesgericht in der Fragepflicht des Gerichts ein Spannungsverhältnis zu dessen Neutralität respektive zur Unparteilichkeit sehen.²⁴⁰⁵ Entsprechend dem gesetzgeberischen Willen erklärt die Zivilprozessordnung gerade diese Form der Prozessleitung ausdrücklich zur Pflicht, soweit das Gericht nach kunstgerechter Auslegung der Bestimmung die Vorausset-

²⁴⁰¹ Vgl. WILDHABER BOHNET, N. 73 sowie bereits N. 44 f., wo diese, wie S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 35, auf die Befragung eingeht, die aus zeitlichen Gründen ausnahmsweise ausserhalb von förmlichen Verfahrensschritten, unter den *Bedingungen* der Protokollierung und der Gelegenheit zur Stellungnahme der Gegenpartei, erfolgt; zur Problematik telefonischer Hinweise vgl. FELLMANN, Fragepflicht, S. 87.

²⁴⁰² Insb. hat die Gegenpartei auch das Recht auf Stellungnahme zum verbesserten bzw. ergänzten Vorbringen, vgl. hierzu z.B.: SARBACH M., Diss., S. 153; FELLMANN, Fragepflicht, S. 87; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 224; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 32.

²⁴⁰³ TROLLER, Methode, S. 10.

²⁴⁰⁴ Vgl. hierzu N. 352.

²⁴⁰⁵ Vgl. hierzu N. 427 m.w.H.

zungen für seine Fragestellung oder Hinweiserteilung als erfüllt erachtet.²⁴⁰⁶ Erfüllen die Gerichte ihre legitime gesetzliche Pflicht *lege artis*, versetzte man sie in einen nicht auflösbaren Widerspruch, würde man ihnen damit zugleich mangelnde Neutralität vorwerfen.²⁴⁰⁷ Die schlichte Tatsache, dass ein einzelner, pflichtgemäss vorgenommener gerichtlicher Hinweis nur einer Partei dient, während der Gegenpartei passiver Profit aus der vormaligen Schlechterfüllung entgeht, kann somit nicht der Fairness zuwiderlaufen.

2. Unparteilichkeit gegenüber beiden Prozessparteien verlangt nach Berücksichtigung der Erforderlichkeitserwägungen und der Angemessenheitsfaktoren

Dass eine aktive materielle Prozessleitung des Gerichts, die klar über das Ziel 751 hinauschießt, Parteilichkeitsvorwürfe hervorrufen mag, wird einleuchten. Wie im Kapitel 5 dargetan, kann sich das Gericht aber auch dann mit dem Vorwurf der einseitigen Bevorzugung konfrontiert sehen, wenn es sich der gebotenen materiellen Prozessleitung enthält.²⁴⁰⁸ Da die Unparteilichkeit während des ganzen Verfahrens also stets gegenüber zwei Streitparteien gewahrt werden muss, bedingt eine pflichtgemässe Erfüllung der geeigneten materiellen Prozessleitung, dass neben

²⁴⁰⁶ Zur Wandelung des Fragerechts in eine -pflicht vgl. N. 543.

²⁴⁰⁷ FELLMANN, Fragepflicht, S. 92: «*Da die neue Schweizerische Zivilprozessordnung eine Fragepflicht ausdrücklich vorsieht, können Fragen des Gerichts bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen das Gebot der Unparteilichkeit für sich allein sicher nicht verletzen.*»; HABERBECK, S. 181 f., wonach mit der gerichtlichen Fragepflicht, aber u.a. auch mit der Möglichkeit des Ansetzens einer Instruktionsverhandlung, von der strikten Vorstellung Abstand genommen wurde, dass der Richter seine Neutralitätsanforderung einzig erfüllt, wenn er eine vollständig passiv-beobachtende Position einnehme; LIENHARD A. [b], N. 219, 455, 526 und 693, wonach der Gesetzgeber mit der Statuierung von Fragepflichten sowie Untersuchungsmaximen einerseits und Art. 47 ZPO (Ausstandsgründe) andererseits sich selbst widersprechen würde, führte die Wahrnehmung der Pflicht zu dieser materiellen Prozessleitung an sich zum Verstoss gegen das Unparteilichkeitsgebot. Bereits vor der eidg. ZPO: LIEBER, S. 164, der m.H.a. BRÖNNIMANN, Diss., S. 67 FN. 343, folgert: «*Geht man davon aus, dass es sich bei der Fragepflicht um eine Pflicht (und nicht bloss um ein Recht) handelt, kann bei deren pflichtgemässer Ausübung eine Verletzung des Gebotes der Unparteilichkeit in der Regel wohl ausgeschlossen werden.*» Vgl. in der deutschen Literatur z.B.: PETERS, S. 109; SEELIG, S. 91.

²⁴⁰⁸ Vgl. hierzu N. 352–355.

Erforderlichkeitserwägungen²⁴⁰⁹ insbesondere auch den vorliegend erörterten Angemessenheitsfaktoren²⁴¹⁰ Rechnung getragen wird:

- 752 So ist hinsichtlich des infrage stehenden Belangs zu überlegen, ob der Eingriff in den Prozessstoff, dessen Verhältnismässigkeit das Gericht selbst zu evaluieren hat,²⁴¹¹ erfolgen muss, weil eine *lenkende* Untersuchungsaktivität des Gerichts angezeigt ist. Wie geschildert, ist dies nicht einzig bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime der Fall: Nach der vorliegend vertretenen Ansicht existiert auch in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, eine Schwelle, bei der das Ziel des den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung erfährt. Dem trägt die schweizerische Prozessordnung mit dem Art. 153 Abs. 2 ZPO Rechnung. Bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen hat das Gericht in bestimmten Konstellationen in gewissem Umfang einzugreifen, auch wenn es die Parteien an der geforderten Sorgfalt haben missen lassen. Wenn auch hier der Eingriff letztlich dazu führt, dass die Position einer Partei verbessert wird, ist dem Gericht in diesem Fall grundsätzlich keine Parteilichkeit vorzuwerfen: Es verbündet sich nicht mit dieser Partei, sondern erfüllt vielmehr seine Pflicht, sicherzustellen, dass es das materiell richtige Urteil nicht augenscheinlich übergehen muss, weil es die beiden Parteien durch ihre primäre Parteiverantwortung für den Prozessstoff in eine nicht mehr hinnehmbare Zwangslage versetzt haben.²⁴¹² Die Parteilichkeitsfrage, die Verletzung eines Teilgehalts der Verfahrensfairness, stellt sich hier namentlich dann, wenn das Gericht bei der Abklärung der entsprechenden Gegebenheiten den Fokus systematisch nur in eine Richtung legt und hierbei für das Gegenteil nicht mehr offen ist.
- 753 Unterhalb dieser Schwelle der erheblichen Zweifel ist in den vorliegend interessierenden Belangen, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, die im Unterkapitel D. IV. c. iii) 1. beschriebene Hierarchie zwischen parteiseitiger und gerichtlicher Prozessstoffsammlung zu beachten: So gebietet die Verfahrensfairness zwar einerseits Unterstützung bei entschuldbaren Mängeln im Rahmen der Einbringtätigkeiten. Andererseits verlangt der subjektbezogene Angemessenheits-

²⁴⁰⁹ Zur Erforderlichkeitsanalyse vgl. N. 597–640.

²⁴¹⁰ Zur Angemessenheitsanalyse vgl. N. 641–791.

²⁴¹¹ Zur Verhältnismässigkeitsprüfung, die der Gesetzgeber für bestimmte Institute der materiellen Prozessleitung selbst vorgenommen hat, vgl. den Hinweis in N. 581–583.

²⁴¹² Zum Prinzip vgl. N. 730–732; im Hinblick auf den Kerngehalt vgl. N. 801–802; für die Konklusionen zu den einzelnen Verfahren vgl. N. 890–914, N. 948–950 und N. 985–994.

faktor, dass das Gericht nicht weiter in den Prozessstoff eingreift, soweit das prozessual ungenügende Einbringen erkennbar der Nachlässigkeit der betreffenden Partei geschuldet und keine Konstellation gegeben ist, für die der Gesetzgeber dem Gericht eine *besondere* Verantwortung für den Schutz der Urteilsrichtigkeit aufträgt.²⁴¹³ Dem Gericht steht ein Ermessen bezüglich der Vorwerfbarkeit von prozessual nicht rechtsgenügend umgesetzten Parteihandlungen zu. So begründet auch nicht jede gerichtliche Frage, die dem subjektbezogenen Angemessenheitsfaktor nicht gebührend Rechnung trägt, eine Verletzung des Unparteilichkeitsgebots; hierfür bedarf es einer gewissen Schwere oder Wiederholung des Fehlers²⁴¹⁴. Je offensichtlicher und schwerer eine parteiseitige Nachlässigkeit indes ausfällt, über die das Gericht hinweghilft, umso eher kann sich die Befangenheitsfrage stellen.

In sämtlichen Konstellationen parteilich handelt jedenfalls, wer seinen Prozesslei- 754 tungsentscheid aufgrund persönlicher Präferenzen wie Antipathie oder Sympathie gegenüber einer Partei fällt: Mit anderen Worten ausgedrückt, muss der richterliche Entscheid über einen Eingriff in den Prozessstoff stets gleich ausfallen, würde unter Belassen sämtlicher konkreter Umstände – insbesondere der auf der Kläger- und der Beklagtenseite vorhandenen Rechtskenntnisse – einzig die Persönlichkeit der beiden Parteien gegeneinander ausgetauscht.

²⁴¹³ Zum Stellenwert der Prozesssorgfalt unter dem Grundsatz *da mihi facta* vgl. N. 714–715; zur diesbezüglichen Einordnung der sozialen Untersuchungsmaxime vgl. N. 265 i.V.m. N. 736–738.

²⁴¹⁴ Hinweise, dass nicht jede Überschreitung der Fragepflicht sogleich geeignet ist, den Ausstand der betreffenden Gerichtsperson zu begründen, z.B. bei: BK I-HURNI, Art. 56 N. 50; SARBACH R., N. 694; SARBACH M., Diss., S. 121 ff. und insb. S. 124 ff.; Letzterem zustimmend: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 227. Vgl. des Weiteren den allgemeinen Hinweis von CR-BOHNET, Art. 47 N. 43, wonach Verfahrens- oder Ermessensfehler prinzipiell nicht für einen Ausstand reichen, erst wenn es sich um sehr schwerwiegende oder wiederholte Fehler handelt. In Anbetracht des Urteils 5A_1029/2018 E. 5.1 i.f. dürfte auch das BGer diese Meinung teilen. Nach CR-TAPPY, Art. 247 N. 10, ist kaum Rechtsprechung zu finden, die eine zu weitreichende oder auch zu restriktive Fragetätigkeit nach Art. 247 Abs. 1 ZPO sanktioniert.

iii) Gleichbehandlungsgebot im Bereich der materiellen Prozessleitung

1. Fragen zur gleichen wie auch gerechten Behandlung: Ausgleich einer singulären «einseitigen Begünstigung» im Prozessverlauf? Berücksichtigung der Ausgangslage?

- 755 Wie eben gesehen, toleriert das Unparteilichkeitsgebot zwar durchaus, dass ein einzelner Eingriff in den Prozessstoff nicht beiden Parteien gleichermassen nützt.²⁴¹⁵ Wenn nun, gemäss einer Mitteilung des einstigen Präsidenten des Handelsgerichts Zürich, Oscar VOGEL, der richterlichen Aufklärungspflicht der «*Makel einseitiger Hilfe an eine Partei*» fehlt, wenn diese richtigerweise als «*Aufklärung zu Gunsten beider Parteien in den sie betreffenden Fragen*» verstanden wird,²⁴¹⁶ lässt sich eine erste Anschlussfrage in den Raum stellen: Nämlich diejenige, ob Gerichte eine singuläre Einseitigkeit, die aus einem einzelnen Hinweis resultiert, im weiteren Verfahrensverlauf mit einer die andere Partei betreffenden Frage auszugleichen hätten, um so dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen?
- 756 Dies führt zu einer Auseinandersetzung darüber, was gleiche und gerechte Behandlung in Bezug auf die materielle Prozessleitung bedeuten kann und soll. Ähnlich wie bereits die Frage der Wahrheit ist auch das Thema Gerechtigkeit Gegenstand zahlreicher philosophischer Auseinandersetzungen.²⁴¹⁷ Der Allgemeinen Rechtslehre von Klaus RÖHL und Hans Christian RÖHL sind verschiedene Formen der Gerechtigkeit²⁴¹⁸ zu entnehmen, wobei die beiden Autoren in jenem Kapitel auch

²⁴¹⁵ Vgl. hierzu N. 750–754.

²⁴¹⁶ VOGEL, «helfen»? , S. 76 (Hervorhebung weggelassen); zitiert auch bei LIEBER, S. 164.

²⁴¹⁷ Vgl. auch die Feststellung von FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 11, dass es an Umschreibungen des Gerechtigkeitsbegriffs nicht mangelt; die Autoren zitieren ULPians Formulierung «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (Dig. 1, 1, 10) (*Gerechtigkeit ist der beständige und immer währende Wille, jedem das Seine zu geben*) sowie AUGUSTIN: «*Die Gerechtigkeit ist jene Tugend, die jedem gibt, was ihm gebührt.*» Beispielhaft erwähnt seien auch die *arithmetische* und die *geometrische* Gerechtigkeit von ARISTOTELES (Textausschnitt aus der Übersetzung des 5. Buches der Nikomachischen Ethik bei RÖHL/RÖHL, S. 339), die daraus hervorgebrachten Begriffe von Thomas von AQUIN der *austeilenden* und der *ausgleichenden* Gerechtigkeit (*iustitia distributiva* und *commutativa*, vgl. den Textausschnitt bei RÖHL/RÖHL, S. 339 f.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 394, bringt die lateinischen Begriffe direkt mit ARISTOTELES in Verbindung) sowie deren Unterscheidung von Gustav RADBRUCH in seinem Buch zur Rechtsphilosophie (Textausschnitt ebenfalls bei RÖHL/RÖHL, Rechtslehre, S. 340); vgl. zudem auch die weiteren Erläuterungen zu den Formen der Gerechtigkeit bei RÖHL/RÖHL, S. 340 ff.

²⁴¹⁸ RÖHL/RÖHL, S. 339 ff. «§ 41 Formen der Gerechtigkeit».

festhalten: «... *ultimately equity is in the eye of the beholder*»^{2419,2420} Die später folgende Auseinandersetzung mit der Literatur zeigt, dass diese Aussage gerade auch auf die materielle Prozessleitung zuzutreffen scheint, die in einem Prozesssystem umgesetzt werden soll, das eine Laienbeteiligung zulässt.

Was die materielle Prozessleitung betrifft, fragt sich, ob dasjenige Gericht die Parteien gleichbehandelt, das beiden in dem Sinn gleich viel Unterstützung gewährt, dass es für beide gleich oft eingreift. Oder vielleicht das Gericht, das die Prozesschancen beider Parteien in gleichem Mass verbessert, was eine eher qualitative Beurteilung darstellt. Beide Hypothesen gehen von «kompensatorischen» Eingriffen in dem Sinn aus, dass Gerichte, um sich vom Vorwurf der Einseitigkeit zu befreien, die Gegenpartei anderweitig unterstützen sollten.²⁴²¹ Beide Hypothesen werfen erneut eine Anschlussfrage auf: Kann eine Gleichbehandlung, welche nicht nach der individuellen Ausgangslage der Parteien differenziert, überhaupt zugleich eine von Art. 29 Abs. 1 BV geforderte *gerechte* Behandlung darstellen?

Gerade in einem Verfahrenssystem, das wie das hiesige die Laienbeteiligung zulässt, und in welchem somit Parteien aufeinandertreffen können, die sich hin-

²⁴¹⁹ RÖHL/RÖHL, S. 342.

²⁴²⁰ Da Gerechtigkeitsfragen oft umstritten sind, stellt SEILER, S. 64, zur «*Abwägung zwischen (gleichartigen) Interessen verschiedener Personen*» fest, dass «[v]om Rekurs auf abstrakte Gerechtigkeitsvorstellungen [...] deshalb für die Lösung der meisten konkreten Rechtsanwendungsprobleme keine Hilfe zu erwarten [ist]»; vgl. zudem WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 396: «*Die Relativität der Rechtsgleichheit ergibt sich somit einerseits aus den wandelbaren Zielen und Grundsätzen der Verfassungs- und Staatsordnung sowie der Gerechtigkeitsvorstellungen, andererseits aus der unterschiedlichen Wahrnehmung der gesellschaftlichen Wirklichkeit.*»; vgl. des Weiteren RASELLI, S. 70 ff. zum Kapitel «*Richter und Gerechtigkeit*».

²⁴²¹ Zu Kompensationen vgl. z.B. das Urteil 5A_826/2010 E. 3.5, wo eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV gerügt wird, weil der Gegenseite «*mindestens zweimal*» Gelegenheit zur Klarstellung gegeben worden ist – das BGer antwortet: «*Inwiefern sich aus dem Einfordern von Akten, die für die materielle Beurteilung der Überschuldung allenfalls hätten dienlich sein können, im Zusammenhang mit der Garantie eines fairen Verfahrens im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV ein Anspruch der Beschwerdeführerinnen ableiten liesse, wonach das Obergericht sie speziell hätte auffordern müssen, die von ihnen behauptete Gläubigerstellung zu belegen, ist nicht ersichtlich* [...]»; im Urteil 5A_1036/2019 E. 4.2 wird eine Verletzung des Gleichbehandlungsverbots beklagt, weil die Gegenpartei eine Nachfrist zur Nachbesserung der Klageantwort erhielt, während für die eigene Änderung der Rechtsbegehren keine solche angesetzt worden ist – auf diese Argumentation geht das BGer in E. 4.4 gar nicht ein, da die Beschwerdeführerin nicht ausführte, inwiefern die Nachfristansetzung bei der Gegenpartei auf einer Unterscheidung beruhte, für die kein vernünftiger Grund ersichtlich wäre.

sichtlich ihrer jeweiligen juristischen Kenntnisse und Fähigkeiten sehr stark unterscheiden, hat diese Frage eine zentrale Bedeutung: Denn kann es sich tatsächlich rechtfertigen, dass sich das Gericht nach einer Hilfestellung zugunsten einer Laienpartei gezwungen sieht, zum Ausgleich auch deren professionell vertretenen Gegenpartei anderweitig unter die Arme zu greifen; dies obwohl es letzteren Eingriff in den Prozessstoff in einem reinen Anwaltsprozess, angesichts der Fähigkeiten und Sorgfaltsanforderungen bei Anwaltspersonen, gar nicht in Erwägung gezogen hätte? Tatsächlich sind gewisse Forderungen an das materielle Prozessleitungsamt letztlich mit einer Art problematischen Kompensation verbunden, wie sie im letzten Abschnitt angesprochen wurde. Dies soll in der Folge aufgezeigt werden.

2. Materielle Prozessleitung in einem Prozesssystem, das Laienbeteiligung zulässt

2.1. Materielle Prozessleitung grundsätzlich auch zugunsten anwaltlich verteilter Parteien

- 759 Die Hypothese, dass ein richterlicher Eingriff generell entbehrlich wäre, sobald eine Partei anwaltlich vertreten ist, wurde bereits im Rahmen der Erforderlichkeitserwägungen verworfen.²⁴²² So wird vorliegend der wohl herrschenden Lehre zugestimmt, die sich dafür ausspricht, dass auch anwaltlich vertretene Parteien in den Genuss von richterlichem Engagement im Rahmen der Prozessstoffsammlung, wie etwa der Frage- und der Hinweispflicht, gelangen müssen, soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.²⁴²³

²⁴²² Vgl. hierzu N. 604–608.

²⁴²³ Vgl. z.B.: HEER, S. 184; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 6; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3 und 5; WILLISEGGER, S. 268; SIX, S. 100 ff.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79 und 90; BRÖNNIMANN, Diss., S. 70; SARBACH R., N. 537; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 2; BERTI, ZPO, N. 315; MEIER I., ZPR, S. 394; WILDHABER BOHNET, N. 69; HABSCHIED, Grundlagen, N. 555. S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 17 m.H., dass in der Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, nur von *zurückhalten*, aber nicht von *enthalten* gesprochen wird. S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 31 und 40, zu einem richterlichen Frage-recht bei anwaltlicher Vertretung, was KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11, nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu Recht ablehnt.

2.2. Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit

2.2.1. Stets vollständige Entfaltung einer verhältnismässigen materiellen Prozessleitung

Einige Vertreterinnen und Vertreter dieser herrschenden Lehre bringen in Bezug auf die gerichtliche Fragepflicht Präzisierungen dahingehend an, dass die gerichtliche Einflussnahme auf den Prozessstoff in Gegenwart einer professionellen Rechtsvertretung *gemildert* oder *eingeschränkt* sei.²⁴²⁴ Selbst das Bundesgericht verwendet Formulierungen, wonach die richterliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine (*sehr*) *eingeschränkte Tragweite*²⁴²⁵ aufweist oder dann *stark gemildert*²⁴²⁶ ist.²⁴²⁷ 760

Solche Formulierungen führen nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu einem falschen Bild; nämlich dass bei Beizug einer anwaltlichen Vertretung – gemäss Botschaft doch der Regelfall im ordentlichen Verfahren²⁴²⁸ – die materielle Prozessleitung nicht vollständig zum Tragen kommt. Die pflichtgemäss handelnde Gerichtsperson muss die Voraussetzungen für einen Eingriff in den Prozessstoff aber immerzu, umfassend und hinsichtlich sämtlicher im Zivilprozess angestrebten Ziele prüfen. Im Bestreben, die öffentlichrechtlichen Bestimmungen zur materiellen Prozessleitung im Einklang mit übergeordnetem Recht auszulegen, wird das Gericht einen Ausgleich zwischen den Verfahrensgrundrechten der beiden Prozessparteien schaffen, indem es den verschiedenen Teilaspekten des verfassungsrechtlich statuierten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Rechnung trägt. 761

²⁴²⁴ Vgl. z.B.: MÜLLER R., S. 67; FELLMANN, Fragepflicht, S. 89; MEIER, R., Diss., N. 30 und 32; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 277 und 345; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 17; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 6; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 3. Spiegelstrich; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 2; LORENZ, N. 157, und SARBACH R., N. 667.

²⁴²⁵ 4A_336/2014 E. 7.6. Vgl. auch z.B.: 4A_169/2011 E. 5.4; 4D_57/2013 E. 3.2; 4A_57/2014 E. 1.3.2; 4A_211/2015 E. 3.3; 4A_375/2015 E. 7.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 102); 4A_235/2016 E. 2.4; 4A_357/2016 E. 5.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 782); 4A_628/2016 E. 4.2.3; 4A_724/2016 E. 4.1 (zur Vorinstanz: «*sehr eingeschränkte Bedeutung*»); 4A_171/2017 E. 4; 4A_261/2017 E. 4.5; 4A_284/2017 E. 3.2; 4A_540/2017 E. 5.5; 5A_46/2018 E. 3.2.1; 4A_487/2018 E. 4.2.2; 5A_592/2018 E. 2.4; 5A_678/2019 E. 4.1.4; 5A_3/2019 E. 4.1; 5A_23/2019 E. 3.2.1; 4A_502/2019 E. 7.1; 5D_17/2020 E. 2.2; 5A_417/2020 E. 3.2.

²⁴²⁶ 4A_73/2014 E. 6.3.1.2 (nicht publiziert im BGE 140 III 312).

²⁴²⁷ Vgl. auch die Haltung in etwas älteren Urteilen wie z.B. 4C.395/2005 E. 4.3 m.H.a. 4C.392/1999 E. 2c oder 4D_15/2008 E. 2.4 m.H.a. 4C.340/2004 E. 4.2; vgl. auch die Präzisierung im Urteil 4A_522/2008 E. 3.4.

²⁴²⁸ Botschaft ZPO, S. 7245.

Eine dergestalt verfassungskonforme Anwendung der materiellen Prozessleitung berücksichtigt die Zielakzentuierung und somit den Stellenwert der Prozesssorgfalt für einen bestimmten Belang. Sie wird aufgrund dessen selbstverständlich nicht stets zum Resultat gelangen, dass gerichtliches Handeln geboten ist. Und sie wird dazu führen, dass, soweit eine geeignete gerichtliche Prozessstoffgestaltung angebracht ist, diese nicht über das Mass hinausgeht, das zur Verfolgung der verschieden gewichteten Ziele am und im Zivilprozess erforderlich und angemessen erscheint.

- 762 Diese Berücksichtigung der Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes führt nach der vorliegend vertretenen Ansicht eben nicht zu einer eingeschränkten Tragweite der materiellen Prozessleitung, sondern vielmehr zu deren *vollständigen Entfaltung in der konkreten Prozesssituation* – dies gerade auch dann, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist.²⁴²⁹

2.2.2. Verhältnismässigkeit verlangt nach Berücksichtigung des Differenzierungsgebots, soweit der Prozesssorgfalt ein vorrangiger Stellenwert zukommt

- 763 Gerade in Situationen, in denen mindestens zwei Teilnehmer gegeneinander antreten – so auch im Zivilprozess –, liegen Vergleiche nicht fern. Auch die Struktur des Gleichheitsbegriffs ist so angelegt, dass Fragen der Rechtsgleichheit immer komparativ ausgerichtet sind.²⁴³⁰ Bei der materiellen Prozessleitung in einem kontradiktorischen Gerichtsverfahren ist es besonders wichtig, zu hinterfragen, welche Vergleiche tatsächlich angezeigt sind. Dies gilt ganz besonders für ein Prozesssystem, welches zulässt, dass Parteien aufeinandertreffen, die sich hinsichtlich ihrer jeweiligen juristischen Kenntnisse und Fähigkeiten stark unterscheiden. Inwiefern die Verhältnismässigkeit des gerichtlichen Eingriffs es erfordert, dass hier eine Differenzierung vorgenommen wird, soll in der Folge erörtert werden.

2.2.2.1. Grundlagen: Art. 8 BV und Art. 4 ZGB

- 764 Die fundamentale Rechtsgleichheit ist nicht einzig bei den allgemeinen Verfahrensgarantien in Art. 29 BV verankert: Bereits die zweite Bestimmung im

²⁴²⁹ Ähnlich in Bezug auf Art. 56 ZPO MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 280: «*Vielmehr* gilt die *allgemeine Fragepflicht* uneingeschränkt, *nur hat das Gericht den unterschiedlichen Sorgfaltsmassstäben im konkreten Fall Rechnung zu tragen.*» (Hervorhebungen zugefügt). Vermutlich führt auch die Erläuterung des KassGer ZH AA080051/U/Ia E. II. 3. b) ff) vom 17.03.2009 in Bezug auf § 55 aZPO-ZH zum gleichen Resultat.

²⁴³⁰ Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 10.

Kapitel *Grundrechte* der Bundesverfassung hält zunächst fest, dass vor dem Gesetz alle Menschen gleich sind.²⁴³¹ Auf diesem Art. 8 Abs. 1 BV basiert eine der wohl berühmtesten Formeln der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich diejenige, wonach der Gesetzgeber gehalten ist, «*Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich*»²⁴³² zu behandeln. Die *Massgabe* ist hier wesentlich, wird verschiedentlich hingewiesen: Denn erst mithilfe einer Vergleichsbasis, die anhand eines bestimmten Massstabs bestimmt und mit der zu untersuchenden Konstellation verglichen wird, lassen sich verlässliche Aussagen über das Mass der Gleich- respektive der Ungleichbehandlung gewinnen.²⁴³³ Fälle, die hinsichtlich der rechtlich relevanten Elemente²⁴³⁴ gleichgelagert sind, bedürfen einer für alle Rechtssubjekte gleichen Behandlung. Gleichzeitig bedeutet dies, dass Unterscheidungen vorzunehmen sind, wo wesentliche Ungleichheiten herrschen. Sachlich haltbare und vernünftige Gründe rechtfertigen, ja gebieten sogar ein differenziertes Vorgehen.²⁴³⁵ Zusammengefasst folgt aus Art. 8 Abs. 1 BV nicht nur ein Gleichbehandlungs-, sondern auch ein Differenzierungsgebot.²⁴³⁶

²⁴³¹ Vgl. auch den Hinweis von Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 1, dass der Rechtsgleichheit im demokratischen Rechtsstaat eine fundamentale Bedeutung zukommt – sie bildet Ausgangspunkt jeder Gerechtigkeitsüberlegung und daher Grundlage für andere Grundrechte, und N. 23 zur Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung m.H.a. Art. 8 Abs. 1 BV.

²⁴³² BGE 136 I 17 E. 5.3; vgl. des Weiteren z.B.: BGE 125 I 173 E. 6b; BGE 129 I 1 E. 3 und 3.2.4; BGE 136 I 1 E. 4.1. WIEDERKEHR, *Ungleichbehandlungen*, S. 395 m.H., dass das BGer in ständiger Rechtsprechung die von ARISTOTELES geprägte Formel übernommen hat. Nach BIAGGINI, Art. 8 N. 10, ist die Formel zwar schön, nur leider nichtssagend; vgl. auch den Hinweis auf Leerformeln bei FORSTMOSER/VOGT, § 12 N. 13 f.

²⁴³³ WIEDERKEHR, *Ungleichbehandlungen*, S. 395; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1824.

²⁴³⁴ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35 N. 53.

²⁴³⁵ So verlangt BGE 136 I 345 E. 5, dass sich Ungleichbehandlungen im Rahmen der Rechtsanwendung in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten «*vernünftig begründen lassen bzw. sachlich haltbar*» sein müssen; von vernünftigem Grund in Bezug auf Erlasse sprechen z.B.: BGE 125 I 173 E. 6b; BGE 129 I 1 E. 3; BGE 136 I 1 E. 4.1. Vgl. zudem z.B.: BIAGGINI, Art. 8 N. 11; Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 33 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35 N. 53.

²⁴³⁶ Vgl. auch BGE 125 I 166 E. 2a zu Art. 4 aBV; vgl. des Weiteren BGE 140 I 201 E. 6.5.1. KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35 N. 6, 9, 13 und 15; Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 9 und 23, vgl. auch DIES., N. 22: «*Begriffsnotwendig müssen bei Rechtsgleichheitsfällen immer vergleichbare Sachverhalte im Hinblick auf eine Ungleichbehandlung resp. unterschiedliche Sachverhalte auf eine unterschiedslose Behandlung hin*

- 765 *«Il y a notamment inégalité de traitement lorsque l'Etat accorde un privilège ou une prestation à une personne, mais dénie ceux-ci à une autre personne qui se trouve dans une situation comparable.»*²⁴³⁷ Als Querschnittsgrundrecht gilt die Rechtsgleichheit nicht nur für die Rechtssetzung, sondern auch für die Rechtsanwendung.²⁴³⁸ Fasst man nun, wie im Kapitel 6 aufgezeigt, auch die gerichtliche Hilfestellung im Rahmen der materiellen Prozessleitung als staatliche Leistung – als *«prestation» de l'Etat* – auf,²⁴³⁹ stellt sich die Frage, wann im Sinne der zitierten Rechtsprechung *«une situation comparable»* vorliegt, in der sich Unterscheidungen nicht rechtfertigen. Hierzu scheint es verschiedene Ansichten zu geben:
- 766 Einerseits lässt sich der Fokus auf eine einzelne Prozesspartei richten: So wird verschiedentlich hingewiesen, es könne vorkommen, dass eine Partei für ihre Wahl, sich anwaltlich vertreten zu lassen, quasi bestraft wird: Nämlich dann, wenn ihr das Gericht aufgrund der Tatsache, dass sie professionell vertreten ist, keinen Hinweis erteilt und sie somit prozessuale Nachteile erleidet, während eine unvertretene Partei – oder auch sie selbst, wäre sie als juristische Laiin aufgetreten – *in derselben Situation* in den Genuss richterlicher Fragen gekommen wäre, und daraufhin den Mangel noch hätte beheben können.²⁴⁴⁰

geprüft werden.» KRAMER, Methodenlehre, S. 49, bezeichnet das Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln, als die negative Kehrseite des Rechtsgleichheitsgebots.

²⁴³⁷ BGE 140 I 201 E. 6.5.1.

²⁴³⁸ Zum Querschnittsgrundrecht vgl. z.B.: Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 32; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35 N. 6; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 747 m.H., dass kein Bereich staatlicher Tätigkeit davon ausgenommen ist. Zur Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung vgl. z.B.: Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 21, 27 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 750 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1841 ff. Zur Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung vgl. z.B.: Staatsrecht-KELLER, § 38 N. 23 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 765 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1855 ff.

²⁴³⁹ Vgl. hierzu N. 416.

²⁴⁴⁰ Vgl. z.B. die Aussagen bei: SIX, S. 102: *«Auch darf sich ein idealisiertes aber unzutreffendes Anwaltsbild nicht zu Lasten einer Partei auswirken, so dass diese im Ergebnis schlechter gestellt ist, als wenn sie sich gar nicht hätte vertreten lassen.»*, und S. 103: *«Es ist nicht Sinn und Zweck der richterlichen Fragepflicht, einen anwaltlich vertretenen Schuldner gegenüber einem nicht anwaltlich vertretenen Schuldner schlechter zu stellen.»*; HEER, S. 177: *«Im übrigen ist nicht einzusehen, weshalb eine Partei, die sich im Prozess durch einen unsorgfältigen oder fachlich nicht qualifizierten Rechtsvertreter verbeiständet sieht, schlechter gestellt werden soll als ein Rechtssuchender, der keinen Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt und somit als Rechtsunkundiger unbestrittenermaßen die Hilfe des Richter beanspruchen kann.»*; als reine Fragestellung CR-TAPPY, Art. 247 N. 27: *«Est-il vraiment juste qu'une partie qui a*

Andererseits können auch die beiden konkreten Prozessparteien betrachtet werden: So scheinen verpönte Ungleichbehandlungen zuweilen auch ausgemacht zu werden, würde in Verfahren, in denen eine anwaltlich vertretene Partei einem juristischen Laien gegenübersteht, nicht auf beiden Seiten derselbe grosszügige Massstab für die richterliche Prozessleitung angesetzt.²⁴⁴¹ Vertreterinnen und Vertreter dieser Ansicht gehen wohl davon aus, dass sich die beiden Parteien durch ihre Teilnahme am selben Zivilprozess in einer zumindest *vergleichbaren Situation* befinden. 767

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht stellt sich die Frage, ob damit zulässige Vergleiche gezogen werden: Folgt man diesen Sichtweisen, führt dies dazu, dass das Gericht die Erwartungen an eine vertretene Prozesspartei heruntersetzt, und damit, gemessen an den von dieser Partei eigentlich zu erwartenden Fähigkeiten, unnötige Hinweise erteilt. Dies führt zu Kompensationsleistungen, die Ungleichbehandlungen erzeugen, welche in Belangen, bei denen vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist und bei denen somit die Prozesssorgfalt einen vorrangigen Stellenwert einnimmt,²⁴⁴² nicht weniger Bedenken hinsichtlich der gerichtlichen Neutralität hervorrufen. Dies wird hiernach aufgezeigt.²⁴⁴³ Vorliegend wird daher die Ansicht vertreten, dass bei gerichtlichen Hilfestellungen, die von der Prozesssorgfalt abhängen, schlicht nach den jeweils anrechenbaren juristischen Kennt- 768

recours au service d'un mandataire professionnel, fût-ce en le choisissant mal (mais en cas d'assistance judiciaire le choix peut ne pas venir d'elle), soit moins bien traitée dans ce cas qu'un plaideur dans la même situation n'ayant pas pris la peine de consulter et agissant seul [...]?» Hinweise, dass die Prozessniederlage in aller Regel nicht die Vertretung, sondern die Partei bestraft, da diese von einem Haftpflichtprozess absieht oder in einem solchen unterliegt: LIEBER, S. 168 FN. 45; LIENHARD A. [b], N. 225 ff. und 531.

²⁴⁴¹ Vgl. z.B. die Ansichten von: GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 3; AEBI-MÜLLER, S. 192 f.; SARBACH R., N. 689, 696 und 742; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 9; SARBACH M., Diss., S. 141 f.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 32; BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 3. ZPO-AG-EDELMANN, § 184 N. 3 stellt fest: «*Falsch, weil dem Gebot der Gleichbehandlung widersprechend, wäre es allerdings, wenn im gleichen Prozess für die beiden Parteien unterschiedliche Massstäbe angewendet würden, weil bloss die eine Partei anwaltlich vertreten ist. Wenn eine Partei einen grosszügigen Massstab für sich in Anspruch nehmen kann, ist dieser auch der anderen Partei zuzubilligen. Das Gesetz darf den Beizug eines rechtskundigen Rechtsvertreters durch eine Partei nicht mit Rechtsnachteilen im Verhältnis zur Gegenpartei belegen.*» (Hervorhebungen weggelassen).

²⁴⁴² Zur Hierarchie von Partei- und Gerichtstätigkeiten in Belangen, bei denen vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist, vgl. N. 714–732 und N. 736–738 i.V.m. N. 265.

²⁴⁴³ Vgl. hierzu N. 772–779.

nissen und Fähigkeiten der Adressatin zu differenzieren ist.²⁴⁴⁴ Warum somit auch für Vergleiche bei den jeweiligen Erwartungen an die Sorgfalt angesetzt werden muss, wird im Rahmen des vorliegenden kontradiktorischen Angemessenheitsfaktors erörtert.

- 769 Wie namentlich René WIEDERKEHR festhält, bietet das Gleichheitsgebot selbst keine Kriterien, um die Legitimität der Gleich- beziehungsweise Ungleichbehandlung auf ihren Gerechtigkeitsgehalt hin zu beurteilen. So ist es weitgehend eine Wertungsfrage, ob Unterschiede relevant sind und eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung akzeptabel ist.²⁴⁴⁵ Ob die Gleichbehandlung beziehungsweise die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, kann nach WIEDERKEHR nur unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks, der diesem zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse sowie der herrschenden Anschauungen und Gerechtigkeitsvorstellungen schlüssig beantwortet werden.²⁴⁴⁶ Für die vorliegende Thematik gilt es in dieser Hinsicht anzumerken, dass zwar der Gesetzeswortlaut diesbezüglich keine Unterscheidung statuiert, aber die Botschaft zur Zivilprozessordnung wie auch die herrschende Lehre in der Anwesenheit von berufsmässigen Vertreterinnen und Vertretern im Allgemeinen dennoch einen Umstand sehen, der zu Differenzierungen Anlass geben soll.²⁴⁴⁷ Dass eine speziell ausgebildete Person mit

²⁴⁴⁴ Zur Differenzierung der Handhabung der materiellen Prozessleitung über das Mass der aufzuwendenden Sorgfalt vgl. z.B.: ASPRION STÖCKLIN, S. 134 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 280 und 283; MEIER, R., Diss., N. 30 ff. Allgemein schrieb STAEHELIN, S. 127, im Rahmen seiner Überlegungen zwischen strengem Recht und Billigkeit: *«Menschlichen Versehen liegt oft ein mehr oder weniger großes Verschulden zugrunde. Häufig wird daher bei der Beurteilung von Versehen auf das Verschulden ihres Urheber abgestellt und bei erheblichem Verschulden die Behebung und Heilung des Versehens abgelehnt. [...] Daß für die Bewertung des Verschuldens an einen sachkundigen Juristen höhere Maßstäbe gestellt werden als an einen unerfahrenen Laien, ist sicherlich angemessen.»*

²⁴⁴⁵ WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 395 f.; vgl. auch SEILER, S. 75, wonach sich nicht ohne Weiteres aus der Verfassung ergibt, welche Unterscheidungskriterien massgeblich oder zulässig sind.

²⁴⁴⁶ WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, S. 395 f., auch m.H., dass das Kriterium des *«sachlichen Grundes»* selbst einer Wertung unterliegt, vgl. insb. auch DENS., S. 407.

²⁴⁴⁷ Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243. Das Ausmass der richterlichen Fragepflicht von einer anwaltlichen Vertretung abhängig machen z.B.: ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 20; CHAIX, faits, N. 17; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 347; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 3; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11; PC-CHABLOZ, Art. 55 N. 18; B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 4; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 38 ff.; MEIER R., N. 185 f., 195 f. und 261; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 12; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 14 und 17; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 16 und

der entsprechenden Materie erheblich versierter umzugehen weiss als ein diesbezüglicher Laie, lässt sich nicht von der Hand weisen. Davon zeigt sich auch das Bundesgericht überzeugt, macht doch auch dieses das Ausmass an gerichtlicher Hilfestellung grundsätzlich von den intellektuellen Fähigkeiten der Parteien und dem Vorhandensein einer berufsmässigen Vertretung abhängig.²⁴⁴⁸

In der Lehre erachten einige eine Differenzierung hinsichtlich der rechtlichen Fähigkeiten der Parteien sogar als derart zentral, dass sie davon ausgehen, diese Fähigkeiten hätten ungleich grösseren Einfluss auf die Intensität der gerichtlichen Hilfe als die Frage, in welcher Verfahrensart respektive unter welcher sachverhaltsrelevanten Maximenausprägung sich der Prozess abspielt.²⁴⁴⁹ Zu diesem Resultat gelangt namentlich Michel HEINZMANN.²⁴⁵⁰ Für gebotene Differenzierungen sieht dieser Autor auch einen weiteren Anknüpfungspunkt: Er vertritt die Ansicht, dass das Bundesgericht bezüglich der gerichtlichen Verpflichtung, an der Sachverhaltserstellung mitzuwirken, implizit einen Anwendungsfall von Art. 4 ZGB geschaffen

19; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 3. Spiegelstrich; PERROUD, S. 879 f.; CR-TAPPY, Art. 247 N. 7 und 25; TSCHUDI, S. 36 f.; WILDHABER BOHNET, N. 15, 29, 37, 56 und 68; GASSER/RICKLI, Art. 247 N. 2; LOOSLI, S. 39; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 337; DIETSCHY, déroulement, N. 32; FELLMANN, Fragepflicht, S. 89 m.H., dass die ZPO selbst die Unterscheidung nicht vorsieht. A.M. wohl LIEBER, S. 168.

²⁴⁴⁸ Vgl. hierzu N. 702.

²⁴⁴⁹ Vgl. zu verschiedenen Stufen der materiellen Prozessleitung z.B.: BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 254: «*Cela étant, dans la pratique, les circonstances concrètes – niveau de formation des parties, complexité de l'affaire, représentation ou non par des avocats – auront souvent une influence plus importante sur le degré d'intervention du juge que le fait de savoir si la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale ou à la maxime des débats, avec un devoir d'interpellation simple ou renforcé.*»; MEIER I., ZPR, S. 396: «*Umfang und Inhalt der richterlichen Fragepflicht unterscheiden sich nicht so sehr danach, ob die allgemeine richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO oder die erweiterte Fragepflicht des vereinfachten Verfahrens zur Anwendung kommt, sondern ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht.*» (Hervorhebung weggelassen); BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 11 und 39 m.H., dass eine anwaltlich vertretene Partei in einem Verfahren nach Art. 247 Abs. 2 ZPO womöglich weniger gerichtliche Hilfe erfährt als ein Laie in einem Verfahren nach Art. 247 Abs. 1 ZPO; GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 3, 2. Spiegelstrich, und AEBI-MÜLLER, S. 193, schreiben zur allgemeinen richterlichen Fragepflicht, dass, wenn beide Parteien als Laien auftreten, das Gericht eine aktivere Rolle, nahe der sozialen Untersuchungsmaxime, hat; HEINZMANN, Habil., N. 346: «*Il est tout à fait possible que le tribunal se doive montrer plus actif dans une affaire relevant de la maxime des débats en procédure simplifiée que dans un litige concernant des contributions d'entretien soumis à la maxime inquisitoire au sens strict.*» (Hervorhebung weggelassen); PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 8.

²⁴⁵⁰ HEINZMANN, Habil., N. 346 und 350; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 8.

hat. Mit anderen Worten ausgedrückt, hat das Gericht das Element der *Würdigung der Umstände*, wie es im vierten Einleitungsartikel zum Zivilgesetzbuch vorgesehen ist, via Auslegung eingeführt. Auch mit diesem Ansatz gelangt HEINZMANN zum Schluss, dass sich Gerichtspersonen nicht von ihrem persönlichen Gutdünken führen lassen können, sondern vielmehr auf objektive Kriterien, wie den partei-seitigen Vertretungsentscheid, abzustellen haben.²⁴⁵¹

2.2.2.2. Laienprozesssystem: Die entscheidende Frage nach der zulässigerweise vergleichbaren Situation

- 771 Wie eben aufgezeigt, können situative Vergleiche bilateral zwischen den beiden Prozessparteien gezogen werden. Besonders beliebt sind solche natürlich in einem Prozesssystem, in dem es vorkommen kann, dass ein juristischer Laie einer anwaltlich vertretenen Partei gegenübersteht.²⁴⁵² Nicht nur aus diesem Blickwinkel lassen sich vermeintliche Ungerechtigkeiten finden: Wie gesehen lässt sich selbst unilateral – anhand einer Art «*was wäre wenn*»-Hypothese – argumentieren, ein unglücklicher Vertretungsentscheid ende darin, dass die betreffende Partei bestraft wird. Denn bei einem Auftritt als juristische Laiin hätte sie den gerichtlichen Hinweis erhalten, den ihr unterlaufenen Fehler zu korrigieren. Namentlich soweit in einem Belang der Prozessorgfalt ein vorrangiger Stellenwert gebührt, sind aber solche Vergleiche, wie hiernach gezeigt, nicht angemessen.

2.2.2.3. Probleme bei «was wäre wenn»-Hypothesen und «Bestrafungsargumentationen»

- 772 Es wurde eingangs angetönt, dass eine Gleichbehandlung in dem Sinn, dass ein gerichtlicher Eingriff in den Prozessstoff nur unter der Bedingung zulässig ist, dass auf diesen eine Kompensationsleistung zugunsten der Gegenpartei folgt, eine initiale Ungleichheit der Parteien hinsichtlich ihrer Rechtsgewandtheit noch vergrößert: Nämlich dann, wenn das Gericht (was der häufigere Fall sein wird) nach einem Eingriff zugunsten einer Laienpartei auch der anwaltlich vertretenen Gegenpartei ebenso Unterstützung bieten müsste, selbst wenn die Unterstützung der Anwaltsperson ansonsten gar nicht in Erwägung gezogen worden wäre.²⁴⁵³ Das Prozessieren als Laie dürfte damit sehr schnell zu einer gänzlich unattrak-

²⁴⁵¹ HEINZMANN, Habil., N. 346 ff.; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 8.

²⁴⁵² Was wenig erstaunt, wenn nur schon die Meinung von SARBACH R., N. 686, berücksichtigt wird, nämlich dass die Situation, wo sich Laie und professionell vertretene Partei gegenüberstehen, hinsichtlich des prozessualen Gleichbehandlungsgebots *heikel* sei.

²⁴⁵³ Vgl. hierzu N. 755–758.

tiven Option verkümmern. Es ist zu hoffen, dass auch unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung Martin SARBACHs Feststellung, dass richtigerweise nirgends postuliert wird, ein Hinweis wäre nur dann zulässig, wenn der Gegenpartei im gleichen Verfahren durch andere richterliche Hinweise mindestens die gleiche Unterstützung zukommt,²⁴⁵⁴ ihre Gültigkeit behält. Mit den nachfolgend aufgezeigten Vergleichen, die in der Lehre zuweilen gezogen werden,²⁴⁵⁵ tritt aber dennoch eine ähnliche Art problematischer Kompensationsleistungen auf.

2.2.2.3.1. «Was wäre wenn»-Hypothesen fordern, in Anbetracht der eigentlich erwartbaren Sorgfalt, nicht angemessene Hinweise

Rolf STÜRNER wird auch in der neueren schweizerischen Literatur, die sich ausführlich mit der gerichtlichen Fragepflicht auseinandersetzt, berücksichtigt.²⁴⁵⁶ 1982 war STÜRNER selbst als Richter und Professor in Deutschland tätig und befasste sich auch mit der Frage, ob denn die Parteien im Prozess zwei Helfer bräuchten. Seine Feststellung: *«Offenbar ja. Man ist heute geneigt, auf die Fehlsamkeit vieler Rechtsanwälte zu verweisen, ihren schlechten Kenntnisstand, aber auch darauf, daß selbst der beste Anwalt angesichts der Vielgestaltigkeit des Rechts den richterlichen Gedankengang nicht voraussehen kann und deshalb der Unterstützung bedarf.»*²⁴⁵⁷ Wenngleich es einleuchten möge, hierauf mit einer verstärkten richterlichen Fürsorge zu reagieren, birgt gemäss STÜRNER *«die Bemutterung des Anwalts durch die richterliche Amme»* gewaltige Schattenseiten:²⁴⁵⁸ Die Aufklärungspflicht des Richters dürfe nicht zum Freibrief für Nachlässigkeit und Versagen des Anwalts werden; die schlechte Vertretung müsse Prozesse verlieren können, andernfalls leide der Konkurrenzkampf um die Mandantschaft.²⁴⁵⁹ STÜRNER begründet seine Forderung nach Aktivierung der anwaltlichen Verantwortung des Weiteren mit einem über das Einzelschicksal hinausreichenden Blick: *«Der Richter wird nämlich letztendlich überfordert sein, wenn er bei fortlaufend nachlassender Qualität anwaltlicher Arbeit den Prozeß alleine bewältigen muß;*

²⁴⁵⁴ SARBACH M., Diss., S. 124. Vgl. auch G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 8, dass grundsätzlich nicht bereits eine einseitige Bevorzugung vorliegt, wenn die Fragepflicht nur gegenüber einer Partei ausgeübt worden ist.

²⁴⁵⁵ Vgl. hierzu N. 766–767.

²⁴⁵⁶ SARBACH M., Diss., S. XXV (Literaturverzeichnis); MORDASINI-ROHNER, Diss., S. 201 (Literaturverzeichnis); MEIER R., S. 184 (Literaturverzeichnis).

²⁴⁵⁷ STÜRNER, Aufklärung, N. 14.

²⁴⁵⁸ STÜRNER, Aufklärung, N. 16 (inkl. Wortzitat).

²⁴⁵⁹ STÜRNER, Aufklärung, N. 16.

dies führt zu Fehlentscheidungen oder [...] zu längerer Prozeßdauer.»^{2460, 2461} Diesen Bedenken wird sich kaum jegliche Berechtigung absprechen lassen.²⁴⁶²

- 774 Gerade für das hiesige Prozesssystem gilt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht aber insbesondere auch zu berücksichtigen, dass das mit der Anpassung des Sorgfaltsmassstabs einhergehende Herabsetzen der Erwartungen an die Sorgfalt einer anwaltlich vertretenen Partei letztlich einem Weg entspricht, der zu einer Art kompensatorischer Eingriffe seitens des Gerichts führt: Denn die Expertenperson erhält damit gerichtliche Hinweise, die in Anbetracht des ihr eigentlich anzurechnenden Wissensstands nicht angemessen sind. Auch hier handelt es sich also im Resultat um eine gerichtliche Hilfsleistung, die der professionellen Vertretung an sich nicht zusteht. Soweit nun in einem Belang der Prozesssorgfalt gerade ein vorrangiger Stellenwert gebührt, führt dies zu ungleich grösseren Bedenken hinsichtlich der richterlichen Neutralität als die schlichte Tatsache, dass das Gericht in einem Laienprozesssystem gegebenenfalls zwei verschiedene Sorgfaltsmassstäbe pflichtgemäss anzuwenden hat.²⁴⁶³ Dies aus den folgenden Überlegungen:
- 775 Ungeachtet davon, wie der Vertretungsentscheid der Gegenpartei ausfällt, geht mit der Forderung nach Reduktion der Erwartungen an eine Anwaltsperson einher, dass es gerechtfertigt wäre, von dieser nicht mehr den ihr objektiv möglichen Effort zu verlangen. Eine Laienpartei hingegen muss vollen Einsatz leisten und kann vom Gericht nichts fordern, das ihr eigentlich nicht zusteht. Aufgrund ihrer Neutralität werden Gerichtspersonen der Laienpartei insbesondere keine rechtliche Fallberatung liefern²⁴⁶⁴ oder prozesstaktische Überlegungen²⁴⁶⁵ für sie anstel-

²⁴⁶⁰ STÜRNER, Aufklärung, N. 18.

²⁴⁶¹ Es sei erwähnt, dass STÜRNER, Aufklärung, N. 17 f., aber auch dafür einstand, dass die Erkennbarkeitsschwelle bei Irrtümern (vgl. den damaligen § 139 I 2 D-ZPO) nicht allzu hoch angesetzt wird, wobei diese Gefahr bislang nicht bestanden hätte.

²⁴⁶² Vgl. insb. auch die Ausführungen von DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 337. Auch SARBACH M., Diss., S. 141, zitiert teilweise die vorliegend zuletzt wiedergegebene Passage von STÜRNER, steht dann allerdings bei einseitiger anwaltlicher Vertretung dafür ein, dass beide Parteien am gleichen grosszügigen Massstab zu messen seien, vgl. FN. 2441 der vorliegenden Abhandlung.

²⁴⁶³ Zu den beiden Massstäben vgl. N. 703.

²⁴⁶⁴ Vgl. auch den Hinweis bei FELLMANN, Haftung, N. 32, dass der Anwalt für seine Mandantschaft bei verschiedenen Massnahmen nach Massgabe der Möglichkeiten einer erfolgreichen Auftragsdurchführung grundsätzlich die sicherste zu ergreifen hat. Auch dies beurteilt der Anwalt anhand seines Fachwissens.

²⁴⁶⁵ Zur Prozesstaktik vgl. FN. 2472.

len.²⁴⁶⁶ Die vertretene Partei, die es im Prozessverlauf vorzieht, hinsichtlich eines bestimmten Mangels nun doch als juristische Laiin behandelt zu werden, hätte somit konsequenterweise auch den *bisherigen* Weg in diesen Schuhen zu absolvieren gehabt – also ohne zusätzliche Rechtskenntnisse und ohne strategische Beratung, dafür mit *sämtlichen* Hürden, denen sie als auf sich gestellte Laiin begegnet wäre. Hiervon haben sich diverse Herausforderungen der Partei persönlich nun gar nicht gestellt, da sich bislang ihre Vertretung darum gekümmert hat. Damit ist klar: Eine echte Rückabwicklung des Bisherigen, um so tatsächlich sämtliche Risiken des unvertretenen Prozessierens²⁴⁶⁷ zu tragen, ist im Zivilprozess nicht möglich.

Soweit der Prozesssorgfalt ein vorrangiger Stellenwert gebührt, sind bereits aufgrund dessen situative Vergleiche, was anders wäre, hätte sich die Partei nicht für eine Vertretung entschieden, nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht zulässig. Hinzu kommt Folgendes: 776

2.2.2.3.2. «Bestrafungsproblem» im reinen Anwaltsprozess – ohne identische Lösung

Wird nun der Vertretungsentscheid der Gegenpartei mit in die Überlegungen einbezogen, so ist festzustellen, dass gewisse Lehrmeinungen von der Differenzierung des Sorgfaltsmassstabs absehen, sobald nur eine der beiden Parteien anwaltlich vertreten ist.²⁴⁶⁸ 777
Gründet diese Forderung auf Bedenken einer ansonsten resultierenden Ungleichbehandlung zwischen den beiden Prozessparteien, kann auf die Ausführungen im vorherigen Unterkapitel über an sich *nicht angemess-*

²⁴⁶⁶ Zur Grenze der rechtlichen Beratung durch das Gericht im Rahmen der Kerngehaltsanalysen vgl. N. 801 und N. 803–805.

²⁴⁶⁷ Zum Risiko der Laienpartei vgl. z.B. die Hinweise bei: G/J/S-MORF, Art. 69 N. 1, dass das Recht einer Partei, ein Verfahren selbst zu führen, das Risiko birgt, dass sie dies unzweckmässig tut und daraus prozessuale Nachteile bis hin zu materiellen Rechtsverlusten erleidet, die bei persönlich unbelasteter und fachkundiger Vertretung vermieden würden; MARTIN P., S. 41 f.: «*Das anzuwendende Recht hat somit auch im Sachverhaltsbereich eine starke Dominanz. Diese Dominanz wirkt sich zu Lasten der nicht rechtskundigen Partei aus und kann so ebenfalls eine einschneidende Erfolgsbarriere bilden, die auch durch die richterliche Fragepflicht nicht vollständig behoben werden kann.*» (Hervorhebung zugefügt); MEIER I., ZPR, S. 426, wonach eine rechtsunkundige Partei selbst in einem vereinfachten oder summarischen Verfahren nicht in der Lage ist, die eigene Sache adäquat zu vertreten, woran auch die relativ weitreichenden Verfahrenshilfen, insb. Art. 247 ZPO, nichts änderten, denn diese gestatten lediglich eine punktuelle, auf einzelne Fragen beschränkte Hilfe.

²⁴⁶⁸ Vgl. hierzu N. 767.

sene gerichtliche Hinweise zugunsten der vertretenen Partei verwiesen werden. Steht hinter der Forderung auch der Gedanke, dass die vertretene Partei nicht über eine allenfalls unglücklich ausgewählte Vertretung stolpern soll, vernachlässigt die Forderung nach einem einzigen, grosszügigen Sorgfaltsmassstab den Umstand, dass dieses Problem ebenso in einem reinen Anwaltsprozess auftreten kann. Doch nur im *einen* Fall – nämlich wenn gegen einen juristischen Laien prozessiert wird – lässt sich zur Vermeidung der Folgen einer schlechten Anwaltswahl argumentieren, es wäre aus Gründen der Gleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, dass das Gericht zwei unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe anwendet. Tritt ein solches Problem aber im reinen Anwaltsprozess auf, funktioniert das Argument nicht mehr. Damit schafft die Argumentation letztlich sogar eine neue Ungleichbehandlung: Nämlich diejenige zwischen je nach Prozessgegner mehr oder eben weniger «bestraften» Mandanten.

778 Akzentuiert wird das Ganze dadurch, dass die Rettung einer suboptimal vertretenen Partei mittels angeglichenem Sorgfaltsmassstab im Laie/Anwalt-Prozess an einem Element festgemacht wird, das nicht in der Einflussphäre des Vertretenen und auch nicht in derjenigen des Gerichts liegt: Wenn der Schachzug, mit einer Vertretung aufzuwarten, nicht wie gewünscht funktioniert, ja sich sogar zum Bumerang zu entwickeln droht (da die Partei, wäre sie als juristische Laiin aufgetreten, vom Gericht einen Hinweis erhalten hätte), wäre es für deren Laien-Gegenpartei besser gewesen, sie wäre mitgezogen und hätte sich ebenfalls vertreten lassen. Denn, wie eben erläutert: In einem reinen Anwaltsprozess könnte die schlecht vertretene Partei – für deren Vertretungswahl ihre Laien-Gegenpartei nichts kann – nicht von einer Anpassung des Sorgfaltsmassstabs profitieren. Es ist zu viel erwartet, müsste der juristische Laie, gegen den mit anwaltlicher Unterstützung prozessiert wird, praktisch als Rückversicherung für seine allenfalls schlecht vertretene Gegenpartei fungieren. Mit anderen Worten ausgedrückt: Einzig im gemischten Laie/Anwalt-Prozess würde eine Partei nur aus dem Grund nicht Opfer ihres schlechten Vertretungsentscheids, als man den Entscheid ihrer Laien-Gegenpartei, sich nicht vertreten zu lassen haben, gegen diese spielen lässt.

779 Nicht nur der Umstand, dass der juristische Laie dergestalt als Lösung für das Problem seiner Gegenpartei herhalten müsste, lässt sich nicht mit einem Prozesssystem vereinen, in welchem eine echte Wahlfreiheit zwischen vertretenem und unvertretenem Prozessieren herrschen soll. Auch soll in einem solchen System nicht automatisch die vertretene Partei zusätzlich gestärkt werden, sobald sich deren Gegenpartei dafür entscheidet, als Laiin zu prozessieren. Aus all den dargestellten Gründen wird vorliegend für die Relativierung des *da mihi facta* denjenigen Lehrmeinungen beigespflichtet, die davon ausgehen, dass aus den Art. 8 und

29 BV nicht gefolgert werden kann, dass Gleichbehandlung zu bedeuten hätte, in einem Laie/Anwalt-Prozess müssten nunmehr beide Seiten in den Genuss der richterlichen Fragepflicht auf dem Level von Laienparteien gelangen²⁴⁶⁹.

2.2.2.3.3. Unerwünschte Korrekturen – von Seiten des Gerichts und der vertretenen Partei

Bezüglich des Hinweises nach allfälligem Korrekturbedarf sei erneut auf die konstante höchstrichterliche Rechtsprechung hingewiesen, wonach die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu da ist, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen oder gar Auswirkungen bewussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen.²⁴⁷⁰ So entgegnete das Bundesgericht denn auch einer anwaltlich vertretenen Partei, die eine Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO vortrug: *«Wenn die Beschwerdeführerin aus prozesstaktischen Gründen davon absieht, weitere Beweismittel anzubieten und sich in Bezug auf das Gutachten gar derer Abnahme widersetzt, kann sie die Unterlassung der Abnahme nicht nachträglich, wenn die Prozesstaktik nicht aufgegangen ist, zu einer Verletzung der Untersuchungsmaxime konstruieren.»*^{2471, 2472} Nicht weniger deutlich äussert sich das Bundesgericht auch in einem Ende 2016 gefällten Urteil: *«Im Übrigen ist es weder willkürlich noch verstösst es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn ein Gericht im Zusammenhang mit der Prozessleitung dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Partei anwaltlich vertreten ist [...]. Niemand muss sich in*

²⁴⁶⁹ MEIER, R., Diss., N. 33; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.62; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 283.

²⁴⁷⁰ Vgl. hierzu N. 714–715.

²⁴⁷¹ 4A_491/2014 E. 2.6.4.

²⁴⁷² Zum Taktieren vgl. z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 14 N. 3, 4. Spiegelstrich, über die Frage der Prozesstaktik, ob der Sachverhalt insgesamt dargelegt oder gewisse Fakten bzw. Beweismittel für später *«aufgespart»* werden; KININGER, S. 50 f., zur Strategie sukzessiver Informationen; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 28 N. 5, zur Aufgabe des Anwalts, *«im richtigen Moment zu erkennen, wo er einsetzen kann, um für seinen Klienten ein günstiges Tatbestandselement herauszuholen und wo er vorsichtig werden muss, um bereits Erreichtes nicht wieder zu verderben.»*; B/G/S I-GÖKSU, Art. 52 N. 8 und 28, über die Zulässigkeit, in Übereinstimmung mit den prozessualen Regeln Strategien zu entwickeln und Prozesstaktiken zu verfolgen, wie z.B. Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel erst in einem späteren Verfahrensstadium zu offenbaren. Zum weiten Ermessen des Anwalts bei taktischen Überlegungen vgl. FELLMANN, Haftung, N. 39; FELLMANN, Unkenntnis, S. 194 f.; Anwaltsgesetz-FELLMANN, Art. 12 N. 31; LIENHARD A. [b], N. 225. Zur Interessenwahrung mit ausschliesslich rechtlich zulässigen Mitteln vgl. Anwaltsgesetz-FELLMANN, Art. 12 N. 36 ff.

einem Zivilprozess durch einen Anwalt vertreten lassen. Wer es trotzdem tut, profitiert von den damit verbundenen Vorteilen. Er trägt aber auch die Nachteile, die sich daraus ergeben, dass sein Anwalt ihn schlecht vertritt.»^{2473, 2474}

- 781 Umgekehrt betont Denis TAPPY: «*[I]l faut prendre en compte le fait que s'abstenir d'alléguer certains faits ou de requérir certaines preuves susceptibles d'être pertinentes peut résulter, plutôt que d'erreurs, de choix tactiques. Lorsqu'une procédure provient d'un spécialiste comme un avocat, on peut généralement admettre que ce qui pourrait apparaître comme des lacunes résulte, plutôt que de bourdes, de décisions réfléchies qu'il convient de respecter sans même procéder à une interpellation qui pourrait l'obliger contre son gré à dévoiler la tactique suivie. En conséquence selon nous, s'il se justifie que tant le devoir d'interpellation que l'obligation d'instruire d'office soient limités en pratique lorsqu'une partie à un représentant professionnel a des inadvertances manifestes ou des lacunes évidentes, c'est parce qu'il faut présumer que celles-ci sont délibérées, et non pour infliger une sorte de punition à celui qui serait mal assisté.*»^{2475, 2476} Dass auch allzu grosses Entgegenwirken der Gerichte von Seiten der Parteien zuweilen nicht geschätzt wird, zeigen Ausführungen von Peter HAFTER zum Prozessieren im Zivilprozess:²⁴⁷⁷ So berichtet dieser, selbst Rechtsanwalt, dass es (vor allem ältere und erfahrene) Richter gebe, die sich insbesondere in Prozessen mit umfangrei-

²⁴⁷³ 5A_536/2016 E. 4.2.3.

²⁴⁷⁴ Vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 337: «*Certes, une partie peut être <mal> représentée et, partant, désavantagée par rapport à une partie qui ne serait pas représentée. Il appartient toutefois au justiciable de choisir convenablement son mandataire. En outre, il ne faut pas déresponsabiliser ce dernier et le laisser se reposer sur le juge.*»

²⁴⁷⁵ CR-TAPPY, Art. 247 N. 27 (Hervorhebungen weggelassen).

²⁴⁷⁶ Vgl. auch FISCHLI, S. 89, der bereits 1954 zur kantonalen Fragepflicht die Meinung vertrat: «*Dennoch ist es gewiß ebenso gebräuchlich wie gerechtfertigt, regelmäßig an Anwälte bedeutend strengere Anforderungen zu stellen und nicht bei jedem Punkt ihres Vorbringens, der beim Empfänger zunächst die Frage <wozu> anregt, diese Frage gleich auch zu stellen. Nach aller Erfahrung pflegt sich der große Teil dieser Episoden hinterher aufzuhellen und auch zu rechtfertigen. Im übrigen schließt aber diese Erfahrungsregel die Handhabung des nicht ausdrücklich eingeschränkten Fragerechts <nach der wechselnden konkreten Wirklichkeit, insbesondere nach den individuellen Kräften und Bedürfnissen der am Rechtsstreit jeweiligen beteiligten Personen> auch bei Advokaten nicht völlig aus.*» (FISCHLI mit einem Zitat von Fritz VON HIPPEL, S. 177 f.).

²⁴⁷⁷ HAFTER, Strategie, im Unterkapitel I. C. seines Werks Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, das sich an jener Stelle mit der Motivation der Richter auseinandersetzt.

chem Aktenmaterial wenig darum kümmern, was Parteivertreter im Einzelnen behauptet haben. Sie würden vielmehr den Sachverhalt selbstständig ermitteln und durch nicht behauptete Tatsachen ergänzen, die nur aus den Akten zu entnehmen sind.²⁴⁷⁸ Er mahnt, dass ein solches Vorgehen nicht mit der Verhandlungsmaxime zu vereinen ist.²⁴⁷⁹ Sie übersähen, so HAFTER weiter, «*dass ein Anwalt, der eine bestimmte Behauptung nicht aufstellt, dafür oft gute Gründe haben wird*»²⁴⁸⁰. Ein Hinweis, der nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch zeigt, dass das Vertrauen respektive der gute Glaube der Gerichte in die Fähigkeiten berufsmässiger Vertreterinnen und Vertreter grundsätzlich zu schützen ist.

2.3. Fazit zum zulässigen Vergleich

2.3.1. Keine Schlüsse vom Vertretungsentscheid der einen Partei auf die gerichtliche Unterstützung zugunsten derer Gegenpartei

Selbstverständlich haben Gerichte darauf zu achten, dass sie im Prozess zwischen juristischer Laiin und anwaltlich vertretener Partei nicht zum Anwalt der unvertretenen Partei mutieren:²⁴⁸¹ Mit der Relativierung des *da mihi facta* sollen entschuldbare Mängel beim Einbringen der Sachverhaltshypothesen überbrückt werden können, ohne dass dabei in eine prozesstaktische Beratung abgedriftet wird.²⁴⁸² Dass Richterinnen und Richter für die Rolle der Parteivertretung gänzlich ungeeignet sind, wurde bereits mit den Erläuterungen zur Postulationsfähigkeit

²⁴⁷⁸ HAFTER, Strategie, N. 148 f.

²⁴⁷⁹ HAFTER, Strategie, N. 148 f.

²⁴⁸⁰ HAFTER, Strategie, N. 151.

²⁴⁸¹ In diese Richtung auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 248 m.H.a. die Rechtsprechung; allgemein auch Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.40. Vgl. auch die Abwägungen bei LEUCH, Prozeßleitung, S. 574, zwischen *gebotener Zurückhaltung* und *gebotener Teilnahme*; des Weiteren aus der deutschen Literatur die Ausführungen von BAUR, Funktionswandel, S. 169 ff., über verfahrensrechtlichen Gleichlauf und rechtliche vs. faktische Gleichstellung der Parteien, insb. S. 171: «*Aber die Grenze für die Auslotung aller dieser vom Gesetz eingeräumten Möglichkeiten wird durch die Unparteilichkeit des Richters bestimmt bleiben müssen. Das Gesetz fordert eben auch – und in erster Linie – einen unbefangenen Richter, einen Richter, der nicht nur innerlich unbefangen ist, sondern auch den Prozeßparteien als unbefangen erscheint. M. a. W., der Richter kann beraten und helfen, aber er kann nicht in einem Richter und Anwalt der Schwachen sein. Wer dies – wenn auch gutgläubig – fordert, vertritt eine Klassenjustiz, diesmal mit umgekehrten Vorzeichen.*»

²⁴⁸² Zur prozesstaktischen Beratung im Rahmen der Kerngehaltsanalyse vgl. N. 801 und N. 803–805.

gezeigt.²⁴⁸³ Soweit das Gesetz nicht verlangt, dass eine bestimmte Gegebenheit unmittelbar vom Gericht zu berücksichtigen ist,²⁴⁸⁴ hat denn auch der postulati-
onsfähige juristische Laie, nach einer entsprechenden gerichtlichen Aufklärung,
Mängel beim Einbringen seiner Hypothese grundsätzlich selbst zu verbessern.²⁴⁸⁵

- 783 In Bezug auf die berufsmässige Vertretung gilt es wiederum zu berücksichtigen,
dass externe Faktoren keine Einbussen an deren Expertenwissen herbeiführen:
Also weder der Umstand, dass der Anwalt oder die Anwältin einem juristischen
Laien gegenübersteht noch die Tatsache, dass gegebenenfalls nicht das ordentli-
che Verfahren und die dort vorherrschende Verhandlungsmaxime zum Zuge kom-
men²⁴⁸⁶, führen zur Reduktion ihrer Fachkenntnisse.
- 784 Soll nun unter diesen Gegebenheiten die Laienbeteiligung eine realistische Option
sein – was von einem Prozesssystem, das dies generell zulässt, doch grundsätzlich
zu erwarten ist –, ist es unvermeidlich, dass Gerichte in den vom Grundsatz *da mihi
facta* geprägten Verfahren juristischen Laien tendenziell öfter werden unter die
Arme greifen müssen als der anwaltlich vertretenen Partei. Das Ruder aus Angst
vor übelwollender Kritik in die andere Richtung zu reissen und entweder Laien an
den höheren Sorgfaltsanforderungen der vertretenen Gegenpartei zu messen oder
aber die Erwartungen an vertretene Parteien zu reduzieren, lässt sich in Anbetracht
der vorliegenden Ergebnisse nicht rechtfertigen. Der gesetzgeberische Entscheid,
die Laienbeteiligung zuzulassen, erfordert, dass die nötigen Vorkehrungen getrof-
fen sind, damit die Parteien bei ihrem Vertretungsentscheid grundsätzlich vor einer
echten Wahlfreiheit stehen.²⁴⁸⁷ Gleiche wie gerechte Behandlung bedingt daher in
einem solchen System, dass aus dem Vertretungsentscheid der einen Partei keine
Schlüsse auf den Umfang der gerichtlichen Hilfestellung zugunsten derer Gegen-
partei gezogen werden. Deshalb kann weder auf einen abstrakten Vergleich zwi-
schen anwaltlich vertretener und unvertretener Partei noch auf den Vertretungs-
entscheid der beiden konkreten Prozessgegner abgestellt werden. Vielmehr gilt

²⁴⁸³ Vgl. hierzu N. 628.

²⁴⁸⁴ Zum Fokus der vorliegenden Verhältnismässigkeitsprüfung vgl. N. 581–583.

²⁴⁸⁵ Vgl. hierzu N. 601–602.

²⁴⁸⁶ Vgl. auch den Hinweis bei MEIER R., N. 185 und 261, dass es aufgrund des objektivier-
ten Sorgfaltsmassstabs egal ist, ob die anwaltlich vertretene Partei *im vereinfachten
oder im ordentlichen Verfahren* prozessiert, sie werde den Umfang der Behauptungs-
und Bestreitungslast kennen.

²⁴⁸⁷ Vgl. auch den Hinweis bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 11: «*Auch die Entschei-
dung des schweizerischen Gesetzgebers, im Zivilprozess keine Anwaltpflicht einzu-
führen [...] ist schliesslich zu respektieren.*»

es, jede Partei individuell und unabhängig ihrer Gegenpartei zu betrachten und ihr schlicht diejenige Unterstützung zu gewähren, die geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dies bedeutet, dass grundsätzlich auch nicht anders zu erwägen ist, ob beide Parteien anwaltlich vertreten sind oder bloss eine. Das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die materielle Prozessleitung fordert nach der vorliegend vertretenen Ansicht somit, dass beide Parteien vom Gericht die gleiche Achtsamkeit dahingehend erhalten, ob für sie die Voraussetzungen für eine gerichtliche Hilfeleistung gegeben sind.

2.3.2. Vergleich mit jeweils prozesseexternem Durchschnitt führt zur Angleichung der Chancen der beiden Prozessparteien

Wie bereits im Unterkapitel C. angesprochen, wird mit den Ansprüchen auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK beziehungsweise auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV auch der Grundsatz der «Waffengleichheit» assoziiert.²⁴⁸⁸ In Ausführungen zur materiellen Prozessleitung ist nun häufig die Rede davon, dass das Gericht durch seinen Eingriff in den Prozessstoff mithilft, Waffengleichheit zwischen den Parteien herzustellen.²⁴⁸⁹ Hierbei geht es darum, dass, über die formale Gleichheit der beiden prozessualen Rechtspositionen hinaus, möglichst auch eine materielle Gleichwertigkeit der Prozessparteien im Sinne einer prozessualen Chancengleichheit verwirklicht wird.²⁴⁹⁰ Dies ist nicht im Sinne einer Gleichwertigkeit der materiellen Erfolgchancen zu verstehen.²⁴⁹¹ Das Bundesgericht erläuterte in einem sozialversicherungsrechtlichen Kontext, dass die prozessuale Chancengleichheit missverstanden wird, glaubte man, dass gestützt auf das Fairnessgebot prozessuale Ansprüche geltend gemacht werden können,

785

²⁴⁸⁸ Vgl. hierzu N. 510–512. Auch andere setzen die Waffengleichheit zuweilen in Anführungszeichen: Selbst das BGer, das im BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1 zunächst vom Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit spricht, setzt den Begriff zwar hinzu, allerdings in Klammern und Anführungszeichen; vgl. des Weiteren z.B.: KUMMER, ZPR, S. 74; MEIER R., N. 33; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 52; LIENHARD A. [b], N. 101 und 104; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 39.

²⁴⁸⁹ Vgl. z.B.: MEIER, R., Diss., N. 33; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 283; ASPRION STÖCKLIN, S. 125; SARBACH M., Diss., S. 85 ff.; LIENHARD A. [b], N. 104; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 39.

²⁴⁹⁰ Vgl. den BGE 137 V 210 E. 2.1.2.2 und des Weiteren: SARBACH M., Diss., S. 85 f.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 21; LOOSLI, S. 27 ff.; HENCKEL, Gerechtigkeitswert, S. 20.

²⁴⁹¹ BGE 137 V 210 E. 2.1.2.3; vgl. auch BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N. 21.

um die objektive materielle Rechtsstellung im Einzelfall zu verbessern.²⁴⁹² Es geht vielmehr darum, dass eine Person nicht in eine prozessuale Lage versetzt werden darf, aus der heraus sie keine vernünftige Chance hat, ihre Sache dem Gericht zu unterbreiten, ohne gegenüber der anderen Partei klar benachteiligt zu sein.²⁴⁹³

786 Wird von der Herstellung von prozessualer Chancengleichheit gesprochen, liegt dem also ein wichtiger Gedanke zugrunde. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass die Gerichte wegen ihres Neutralitätserfordernisses nur beschränkt ermächtigt sind, «Gleichheit» beziehungsweise tatsächliche Ebenbürtigkeit zwischen den juristischen Fähigkeiten der Streitparteien herzustellen.²⁴⁹⁴ Wie die vorliegenden Erörterungen zur Erforderlichkeit und zum kontradiktorischen Angemessenheitsfaktor zeigen, kann eine vertretene Partei durchaus von der materiellen Prozessleitung profitieren²⁴⁹⁵, während Gerichte umgekehrt einem juristischen Laien nie diejenige prozessstrategische Rechtsberatung gewähren werden, die eine professionelle Rechtsvertretung bieten kann²⁴⁹⁶.

787 Wie aus der vorliegenden Analyse zur Gleichbehandlung im Bereich der materiellen Prozessleitung hervorgeht, darf für den gerichtlichen Entscheid über eine Hilfeleistung auch nicht der Direktvergleich zwischen den beiden Parteien im Zentrum stehen: Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist vielmehr jede Partei am abstrakten, ordentlich beziehungsweise durchschnittlich sorgfältigen Dritten zu

²⁴⁹² BGE 137 V 210 E. 2.1.2.3 m.H., dass im Verfahren um Sozialversicherungsleistungen ein relativ hohes Mass an Ungleichheit der Beteiligten zugunsten der Verwaltung besteht.

²⁴⁹³ BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1 m.H.a. die deutsche Literatur; vgl. auch die Beschreibung im Urteil 5A_218/2014 E. 6.1: «*Tel qu'il est ancré à l'art. 29 al. 1 Cst., le principe d'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire [...]*», m.H.a. einen sozialversicherungsrechtlichen Entscheid. Den Grundsatz der «Waffengleichheit im Zivilprozess» definierte das BGer im BGE 133 I 1 E. 5.3.1 dahingehend, «*dass jeder Partei angemessene Gelegenheit geboten werden muss, ihren Fall mit Einschluss der einschlägigen Beweise zu präsentieren, und zwar zu Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei darstellen*».

²⁴⁹⁴ Vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.20, und S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 39, die alle davon sprechen, dass der Richter durch seine Fragepflicht eine gewisse Waffengleichheit herstellt; vgl. auch den BGE 133 I 1 E. 5.3.1, wo von Bedingungen die Sprache ist, die «*keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei*» darstellen (Hervorhebung zugefügt).

²⁴⁹⁵ Vgl. hierzu N. 604–608 und N. 759–762.

²⁴⁹⁶ Vgl. hierzu N. 775 i.V.m. N. 628.

messen, der das dieser Partei entsprechende Potential an juristischer Gewandtheit aufweist.²⁴⁹⁷ Damit wird von beiden Seiten ein identisches Bemühen respektive derselbe Effort verlangt und gleichzeitig einer unterschiedlichen Ausgangslage Rechnung getragen. Soweit von den beiden Parteien nicht dieselben juristischen Fertigkeiten erwartet werden können, kann dieser externe Vergleich dazu führen, dass die gerichtliche Hilfestellung bei der Prozessstoffsammlung zu einem Belang, der dem Grundsatz *da mihi facta* untersteht, zugunsten der einen und der anderen Partei jeweils unterschiedlich umfangreich ausfällt. Dies wird den Effekt haben, dass sich die prozessualen Chancen der Parteien anzugleichen beginnen.²⁴⁹⁸

2.3.3. Exkurs: Offensichtliche, gänzliche Unfähigkeit der berufsmässigen Vertretung

Das Bundesgericht erwähnte in einer nicht in die amtliche Sammlung eingegangenen Erwägung des Entscheids 135 III 489, dass es aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf ein faires Strafverfahren insofern eine gerichtliche Fürsorge- und Aufklärungspflicht abgeleitet hatte, als das Gericht im Fall einer in schwerwiegender Weise mangelhaften Verteidigung von Amtes wegen einzuschreiten hat.²⁴⁹⁹ Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich auch im Zivilprozess dereinst die Frage stellt, was gelten soll, falls das Gericht erkennen müsste, dass eine Vertretung dergestalt unprofessionell prozessiert, dass die Mandantschaft faktisch auf sich allein gestellt ist. Anlass dazu, eine solche Fragestellung auch für den zivilprozessualen Raum zu erörtern, sah das Bundesgericht im erwähnten Urteil jedoch ausdrücklich nicht.²⁵⁰⁰ 788

Müsste ein Gericht erkennen, dass die anwaltliche Vertretung offensichtlich gänzlich unfähig ist, die Position ihrer Mandantschaft zu vertreten, stellt sich die Frage, ob der Art. 69 Abs. 1 ZPO Abhilfe schaffen kann. Vom Wortlaut her wird die gewillkürte Vertretung, welche von einer postulationsfähigen Partei bestellt wurde, jedenfalls nicht erfasst. Martin STERCHI scheint die Bestimmung aber immerhin dort ins Auge zu fassen, wo eine offensichtlich unbedarfte Person von ihrer ebenso wenig fähigen gewillkürten Vertretung manipuliert wird. STERCHI findet, dass ins- 789

²⁴⁹⁷ Zu den Erwartungen an die Sorgfalt der anwaltlich vertretenen Partei vgl. N. 706–708; zu denjenigen an die Laienpartei vgl. N. 709–711.

²⁴⁹⁸ Dies dürfte im Resultat auch der Ansicht von MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 283, entsprechen, nach der der unterschiedliche Sorgfaltsmassstab die Waffengleichheit im Prozess gewährt und überhaupt eine Prozessführung ohne zumindest faktischen Anwaltszwang ermöglicht.

²⁴⁹⁹ 5A_153/2009 E. 5.2 m.H.a. zwei entsprechende strafrechtliche Urteile (nicht publiziert im BGE 135 III 489).

²⁵⁰⁰ 5A_153/2009 E. 5.2 (nicht publiziert im BGE 135 III 489).

besondere nach Art. 69 Abs. 1 ZPO vorzugehen ist, wenn es sich um ein Verfahren handelt, das der Officialmaxime untersteht, mithin in Verfahren nach Art. 296 ZPO, falls der gesetzliche Vertreter eines Kindes eine nicht geeignete gewillkürte Vertretung beigezogen hat.²⁵⁰¹

- 790 Bei Belangen, die dem Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, kann das Gericht aus den hiervor dargestellten Gründen in Gegenwart einer berufsmässigen Vertretung den Prozessstoff nicht im selben Mass mitgestalten, wie wenn die Partei ohne Vertretung agieren würde.²⁵⁰² Einige Autoren sehen allerdings sogar die Möglichkeit einer Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO, wenn eine unbeholfene oder eine schlecht beratene Partei der gerichtlichen Beweiserhebung bedarf.²⁵⁰³ Nach der demgegenüber vorliegend vertretenen Ansicht wird unter den hier interessierenden Maximenausprägungen bereits aufgrund von Erforderlichkeitserwägungen von einem solch *unmittelbaren* Eingriff in den Prozessstoff Abstand zu nehmen sein. Für den Fall, dass das Gericht tatsächlich erkennen muss, dass die Vertretung offensichtlich gänzlich unfähig ist, den Prozess zu führen, wäre ein diesbezüglicher gerichtlicher Hinweis als milderer Mittel zu werten. In Anlehnung an die Argumentationsweise von STERCHI wird sich ein solcher Hinweis, für den einzig Art. 52 ZPO als Rechtsgrundlage in Betracht kommt, aufgrund von Verhältnismässigkeitserwägungen höchstens im äusserst seltenen Fall rechtfertigen können, dass eine Mandantschaft aus objektiver Sicht offensichtlich und gänzlich ausserstande ist, dieses Problem selbst erkennen zu können.
- 791 Einer schlecht vertretenen Partei bleibt jedenfalls die Möglichkeit unbenommen, einen Regressprozess gegen ihre Vertretung anzustrengen. Wie gross das Risiko des vertretenen Prozessierens ausfällt, wird somit nicht zuletzt von der Haftpflichtrechtsprechung²⁵⁰⁴ mitbestimmt. Die vorliegend thematisierte, gänzlich unfähige

²⁵⁰¹ BK I-STERCHI, Art. 69 N. 6.

²⁵⁰² Vgl. hierzu N. 772–779.

²⁵⁰³ B&M-PASADELIS, Art. 153 N. 6, und B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 11. Zur Bedeutung von Art. 153 Abs. 2 ZPO nach der vorliegend vertretenen Ansicht vgl. N. 892–914, N. 948–950 und N. 987–994.

²⁵⁰⁴ Zu den Grundsätzen, dass die Vertretung nicht für spezifische Risiken, die mit der Bildung und der Durchsetzung einer Rechtsauffassung zusammenhängen, einzustehen hat, ebenso wenig für jede Massnahme oder Unterlassung, die sich im Nachhinein als nachteilig erweisen mag, (Prozessrisiko der Parteien) vgl.: BGE 127 III 357 E. 1; 4A_380/2016 E. 4.1 sowie z.B.: FELLMANN, Haftung, N. 11 ff. und 24 ff.; FELLMANN, Unkenntnis, S. 194 f.; FELLMANN, Fragepflicht, S. 90 f., der aufgrund dessen dafür plädiert, dass bei Mängeln die gerichtliche Fragepflicht greift, sobald das Gericht nicht von einer klaren Sorgfaltspflichtverletzung ausgehen kann (zustimmend: MORDASINI-

Vertretung riskiert zudem, nicht nur auftragsrechtlich belangt zu werden. In Anbetracht von Art. 12 lit. a BGFA droht ihr bei Vorliegen von qualifizierten, bedeutsamen Norm- beziehungsweise Sorgfaltswidrigkeiten zusätzlich auch noch eine im überwiegenden öffentlichen Interesse liegende Sanktion der Aufsichtskommission über Anwältinnen und Anwälte.²⁵⁰⁵

E. Wahrung des Kerngehalts

I. Übertragung des Prüfungsschritts auf das Thema der materiellen Prozessleitung

Nach Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar. Hierbei handelt es sich um Aspekte, die keinerlei Abwägung zugänglich sind.²⁵⁰⁶ Zuweilen wird auch vom absoluten Schutz des Kerngehalts gesprochen.²⁵⁰⁷ Ein «Kerngehalt» von *da mihi facta* ist nicht mit der reinen Verhandlungsmaxime gleichzusetzen. Dieser kommt anerkanntermassen kein absoluter Schutz zu: Bereits Niklaus Thaddäus von GÖNNER sah bei seiner Maximenschöpfung die Möglichkeit, in einen Prozess, der auf eine der beiden Maximen berechnet ist, Grundsätze der jeweils anderen beizumischen.²⁵⁰⁸ Nicht nur, dass eine solche Beimischung die Relativierbarkeit der reinen Prozessmaxime impliziert – dieses Bild des blossen

ROHNER, Diss., N. 282; LIENHARD A. [b], N. 228 FN. 386; MEIER R., N. 32 FN. 119). LIENHARD A. [b], N. 225, fordert m.H.a. FELLMANN, dass das Gericht im Rahmen von Art. 56 ZPO auf die Rechtsprechung zur anwaltlichen Regresshaftung Rücksicht nimmt.

²⁵⁰⁵ 2C_233/2021 E. 3.3 und 7.

²⁵⁰⁶ BGE 131 I 166 E. 5.3; BGE 142 I 1 E. 7.2.4. Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N. 146; TSCHANNEN, § 7 N. 115, und BIAGGINI, Art. 36 N. 24, wonach das Gemeinwesen keine Möglichkeit hat, den Eingriff anhand von Art. 36 Abs. 1–3 BV zu rechtfertigen.

²⁵⁰⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Titel vor N. 324; TSCHANNEN, § 7 N. 113; LIENHARD A. [a], S. 135. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 1182 und 1194, sowie E/S/S/V-SCHWEIZER, Art. 36 N. 13, sprechen vom Kerngehalt als «*Schrankenschranke*»; SCHEFER, Beeinträchtigung, N. 117 (sowie Titel zuvor); SCHEFER, Kerngehalte, S. 60 und 73 f., und SCHEFER, Dogmatik, S. 95, spricht von absoluter Geltung von Kerngehalten; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N. 5, nennen die Kerngehalte die absolute Grenze von Interessenausgleichen.

²⁵⁰⁸ Zur vergleichenden Lektüre vgl. N. 429–434; zu VON GÖNNER vgl. N. 201–203 und N. 207–209.

Bei-Mischens bringt nach der vorliegend vertretenen Ansicht zugleich zum Ausdruck, dass der jeweils geltende Verfahrensgrundsatz nicht gänzlich in sein prozessuales Gegenteil gedreht beziehungsweise komplett ausgehöhlt werden soll. In der Folge wird vorliegend erörtert, ob und wie sich in diesem Sinn eine Art Kerngehalt von *da mihi facta* eruieren lässt, den es in jedem Fall zu wahren gilt.

- 793 Mit Blick auf die Ergebnisse der ausführlichen Verhältnismässigkeitsanalysen im vorherigen Unterkapitel D. ist festzustellen, dass auch im Bereich der materiellen Prozessleitung staatliches Handeln, das einen Kerngehalt des *da mihi facta* antasten würde, in der Regel bereits an der Verhältnismässigkeitsprüfung scheitern wird.²⁵⁰⁹ So muss es im vorliegenden Unterkapitel E. in erster Linie darum gehen, aus dem bisher Gesagten diejenigen Aspekte zusammenzutragen, welche möglicherweise auch einen Kernbereich des *da mihi facta* bilden. Hierfür wird zunächst auf die erste Schranke – den subjektbezogenen Faktor der Angemessenheitsprüfung – zurückgegriffen, das heisst auf die dortigen Ausführungen über die Bedeutung der Prozesssorgfalt in Belangen, deren Verfahren auf dem Grundsatz *da mihi facta* basiert. Relevant ist auch die zweite Schranke – der kontradiktorische Faktor im Zivilprozess: Denn wie die vorliegenden Analysen zeigen, impliziert die materielle Prozessleitung auch das Finden eines Ausgleichs zwischen den in einem Spannungsverhältnis stehenden Verfahrensgarantien der beiden Prozessparteien.²⁵¹⁰ Aufgrund dessen spielen solche Grundrechte auch bei der Diskussion um einen Kerngehalt von *da mihi facta* eine zentrale Rolle.

II. Ansätze für die Diskussion um einen Kerngehalt von *da mihi facta*

a. Zum subjektbezogenen Faktor

i) Ausschliesslicher Vorrang der parteiseitigen Prozesssorgfalt?

- 794 Verschiedentlich wurde bereits auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung hingewiesen, nach der die materielle Prozessleitung in Belangen, für die das Prinzip *da mihi facta* herrscht, grundsätzlich nicht dazu bestimmt ist, Nachlässigkeiten der Parteien bei deren Prozessführung auszugleichen.²⁵¹¹ So war bereits 1923 in einem Aufsatz von Georg LEUCH zu lesen: «*Der Richter ist nur berufen, die Anstrengungen der Parteien zu unterstützen, er hat nicht ihre Pflichten auf die*

²⁵⁰⁹ Zur Bedeutung des Kerngehalts vgl. N. 443.

²⁵¹⁰ Vgl. hierzu N. 405–406, N. 422 und N. 428 sowie N. 479–483

²⁵¹¹ Vgl. hierzu auch N. 714–715.

eigenen Schultern zu nehmen. So sehr es der Richterstellung entspricht, eine Partei in ihrem redlichen Bemühen, das ihrem Recht entsprechende Urteil zu finden, zu unterstützen, so wenig wäre es mit derselben vereinbar, an Stelle der Partei, die sich nur lässig für ihr Recht wehrt, das Nötige zu tun. Da äußert sich denn doch wieder die Natur des Privatrechtsanspruchs, die uns argumentieren läßt: Wo die am Streitgegenstand interessierte Partei sich nicht richtig wehrt, wird sie vernünftigerweise nicht verlangen dürfen, daß ein Anderer, nicht Interessierter, sich für sie wehre.»^{2512, 2513} In neuerer Zeit zog etwa Martin SARBACH dasselbe Fazit; seine Aussage ist indessen aus der Perspektive der Parteien im Prozessrechtsverhältnis formuliert: «Das Prozessrecht würde die Rechtsverwirklichung unzulässig erschweren, wenn den Parteien selbst bei sorgfältiger Prozessführung ein ungünstiges (mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmendes) Urteil droht. Unsorgfältige Prozessführung darf jedoch durchaus den Rechtsverlust nach sich ziehen.»^{2514, 2515} Diese Zitate sprechen beide das hiavor erörterte Verhältnis zwischen gerichtlichen und parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten bei grundsätzlicher Geltung des *da mihi facta* an: Hier, im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime wie auch in jenem der sozialen respektive unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime, ist die Rolle der parteiseitigen Prozesssorgfalt eine vorrangige.²⁵¹⁶

Wie überdies die mit diesen Maximenausprägungen verbundene Zielgewichtung 795 ergab, ist eine gegenüber der Verhandlungsmaxime gesteigerte Mitwirkung des Gerichts in Form einer erweiterten Fragepflicht oder der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime in erster Linie der Akzentuierung des Ziels nach Verfahrensfairness im Sinne einer Hilfe zur Überbrückung *unverschuldetermassen* unzureichender Rechtskenntnisse zuzuschreiben.²⁵¹⁷ In diesen Kontext ist die grundsätzliche Zweitrangigkeit des gerichtlichen Eingriffs zu setzen – nach Einhaltung der Prozesssorgfalt seitens der Parteien. Mit der gerichtlichen Unter-

²⁵¹² LEUCH, Prozeßleitung, S. 567 f.

²⁵¹³ Vgl. auch die Botschaft BZP, S. 997, in der in Bezug auf das richterliche Eingreifen nach Art. 3 Abs. 2 BZP die praktisch identischen Worte aus dem entsprechenden Vorentwurf zitiert werden (vgl. den Hinweis bei WALTER, Weg, S. 318, dass LEUCH den Vorentwurf verfasst hat).

²⁵¹⁴ SARBACH M., Diss., S. 132.

²⁵¹⁵ Zum Rechtsverlust bei unsorgfältiger Prozessführung vgl. FN. 1708.

²⁵¹⁶ Diesbez. zur Verhandlungsmaxime vgl. N. 714–715; diesbez. zur hybriden sozialen Untersuchungsmaxime vgl. N. 265 i.V.m. N. 736–738.

²⁵¹⁷ Vgl. hierzu N. 655–657 und N. 660–661.

stützung geht auch eine vermehrte Urteilsrichtigkeit einher. Sollte indessen darüber hinaus noch eigens ein weitergehender Akzent auf dieses Ziel des möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils gelegt werden,²⁵¹⁸ bedarf es einer lenkend-eingeschränkten oder sogar einer uneingeschränkten Untersuchungsmaxime,²⁵¹⁹ im Rahmen derer den Gerichten tatsächlich eine originäre Verantwortung für den Prozessstoff zukommt. Die Frage nach der Intention des Gesetzgebers für eine Intensivierung der materiellen Prozessleitung bedeutet aber keineswegs, dass dem Anliegen nach Urteilsrichtigkeit unter der Verhandlungsmaxime mit lediglich allgemeiner Fragepflicht, dem Ausgangspunkt der relativen Zielgewichtung, keine wichtige Bedeutung zukommt:²⁵²⁰ Gerade aufgrund dieses Anliegens nämlich ordnet das Gericht basierend auf dem Art. 153 Abs. 2 ZPO auch von Amtes wegen Beweiserhebungen an. Bei der in dieser Bestimmung vorgesehenen Konstellation geht es nicht darum, dass Unsorgfalt von Parteien honoriert würde. Die Parteien dürften zwar regelmässig im Sinne eines mildereren Mittels der Prozessleitung darauf aufmerksam gemacht worden sein, dass eine unbestrittene Behauptung hochgradig unplausibel erscheint.²⁵²¹ Allenfalls war dies aufgrund des Säumnisses einer Partei nicht sogleich möglich. Die Parteien mögen also durchaus nachlässig handeln; doch mit der auf Art. 153 Abs. 2 ZPO basierenden, amtlich initiierten Beweiserhebung begegnet das Gericht allem voran nicht hinnehmbaren Zwangslagen, in die die beiden Parteien das Gericht aufgrund ihrer primären Verantwortung für den Prozessstoff drängen können. Zum Schutz der Gerichtsbarkeit müssen in diesen Fällen die an die Parteien gerichteten Sorgfaltserwartungen in den Hintergrund treten.²⁵²² Somit bedarf es also selbst in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, in bestimmten Konstellationen und ab einer gewissen Schwelle eine *lenkende* Untersuchungstätigkeit des Gerichts.²⁵²³ Anhand des Ansetzens einer Schwelle und der Definition der Eingriffskonstellation werden dieser Prozessleitung indes enge Grenzen gesetzt. Im Eingriff in den Prozessstoff, der basierend auf dieser Bestimmung erfolgt, kann durchaus eine Art *ad hoc*-Ausübung einer Untersuchungsmaxime gesehen werden, als die Stephen BERTI und Christoph HURNI die Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO im Geltungsbereich

²⁵¹⁸ Zur Zielakzentuierung vgl. die Erläuterungen in N. 652.

²⁵¹⁹ Zur Klassifikation vgl. N. 388–391 und N. 697–699.

²⁵²⁰ Vgl. hierzu N. 654 i.V.m. N. 652.

²⁵²¹ Zu diesen Erforderlichkeitserwägungen vgl. N. 601–602 und N. 619–620.

²⁵²² Vgl. hierzu N. 730–732.

²⁵²³ Vgl. hierzu N. 890–914, N. 948–950 und N. 985–994.

der Verhandlungsmaxime bezeichnen.²⁵²⁴ Den Blick auf den gesamten für den Prozess notwendigen Stoff gerichtet, wird ein solch punktueller und sehr beschränkter Mechanismus das von *da mihi facta* beherrschte Verfahren nicht in sein Gegenteil verkehren. In diesem Sinn ist jedenfalls eine primäre Erfüllung der Sorgfaltsanforderungen seitens der Parteien nicht als absolute Schranke des Grundsatzes *da mihi facta* aufzufassen.

ii) **Unzulässigkeit einer zwangsunterstützten Umsetzung der materiellen Prozessleitung?**

Im Rahmen des subjektbezogenen Faktors wurden das Loyalitätsgebot und das Missbrauchsverbot im Zivilprozess thematisiert.²⁵²⁵ Parteien können sich auch im Rahmen der zivilprozessualen Sachverhaltserstellung wenig loyal und unkooperativ verhalten. So lässt sich die Frage aufwerfen, ob das Gericht, das eine Relativierung des *da mihi facta* mithilfe von Zwang durchsetzen würde, den Kerngehalt dieses Grundsatzes tangiert. 796

Selbst in Abstammungsprozessen, die der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 296 Abs. 1 ZPO unterstehen, wo also das *da mihi facta* nicht relativiert wird, sondern dieses vielmehr eine notwendige Ergänzung zur originären Verantwortung des Gerichts für den Prozessstoff darstellt, war der Einsatz von physischem Zwang gegen eine Person, um ein erbbiologisches Gutachten zu ermöglichen, umstritten. Das Bundesgericht hat dies unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt.²⁵²⁶ Dass solcher Zwang hingegen im Bereich der vorliegend interessierenden Maximenausprägungen undenkbar ist, bedarf keiner Diskussion. Eine physische Zwangsausübung bei Beweisabnahmen ist als Eingriff in den Kerngehalt von *da mihi facta* zu qualifizieren.²⁵²⁷ Bei einer fehlenden Kooperation wird das Gericht auf den Art. 164 ZPO zurückgreifen und diese bei der Prozessstoffwürdigung berücksichtigen. 797

²⁵²⁴ BERTI, ZPO, N. 313, diesem zustimmend: BK I-HURNI, Art. 55 N. 46. MEIER I., ZPR, S. 384, 2. Spiegelstrich zu Art. 153 Abs. 2 ZPO, spricht von einer «*Untersuchungsmaxime bei Einzelfragen betreffend alle Streitsachen*» (Untertitel).

²⁵²⁵ Vgl. hierzu N. 716–719.

²⁵²⁶ Vgl. hierzu N. 1027.

²⁵²⁷ Dazu, dass dem Zivilgericht nicht dieselben Abklärungsmittel zustehen wie dem Strafgericht, vgl. N. 214–216.

- 798 Zu prüfen sind stattdessen besondere Nachteile, die in gewisser Weise Zwang erzeugen:²⁵²⁸ Etwa das Androhen einer Ordnungsbusse im Kontext der gerichtlichen Fragepflicht. Eine solche beschneidet die freie Wahl, eine informative Frage des Gerichts zu beantworten und ist daher auch unter dem heute vereinheitlichten Verfahrensrecht als unzulässig zu werten²⁵²⁹. Ein weiterer Vorschlag lautet dahingehend, dass bei der Laienpartei, die im Fall besonders komplexer Sachverhalte und Rechtsfragen einem mehrmaligen gerichtlichen Rat nach anwaltlicher Vertretung (i.V.m. einer Aufklärung über die unentgeltliche Rechtspflege) nicht folgt, zu fingieren wäre, dass die Partei dennoch professionell vertreten ist. Dies, weil die Partei durch das Nichtbefolgen des richterlichen Rats die ihr zumutbare Prozesssorgfalt verletze.²⁵³⁰ Aufgrund der damit verbundenen, generellen Anrechnung von Rechtskenntnissen auf Fachniveau führt dies allerdings zur Reduktion der der Laienpartei eigentlich zustehenden gerichtlichen Hilfeleistung. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht beschneidet dieser Mechanismus die Entscheidungsfreiheit der Partei, informativen Hinweisen des Gerichts nachzukommen, nicht weniger als eine angedrohte Ordnungsbusse und weist einen ebenfalls schwerlich zu rechtfertigenden pönalen Charakter auf. Mit der Reduktion der Hilfeleistung wird die Überforderung des Laien zudem bewusst gesteigert und dadurch insbesondere auch das Risiko erhöht, dass das Urteil letztlich nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt. Dieses Vorgehen gegen eine postulationsfähige Partei, die ihre Entscheidungsfreiheit in Bezug auf ihren Vertretungsbedarf nicht wie gewünscht wahrnimmt, könnte somit den Kerngehalt von *da mihi facta* tangieren. Jedenfalls wäre es nach der vorliegend vertretenen Ansicht im hiesigen Prozesssystem nicht als verhältnismässig zu werten; schliesslich ist dieser Mechanismus doch beiden vordringlichen Prozesszielen abträglich.

b. Zum kontradiktorischen Faktor

i) Zweiseitigkeit des Neutralitätsarguments

- 799 Die Partei, die sich gegen eine Relativierung des *da mihi facta* zur Wehr setzt, wird regelmässig ihren grundrechtlich geschützten Anspruch auf ein unparteiisches

²⁵²⁸ Vgl. auch den Hinweis von SCHUMACHER PE., S. 396, dass es sich bei der vom Gericht eingeräumten Gelegenheit für Berichtigungen und Ergänzungen um eine Rechtswohltat handelt, die ohne Druck auszuüben ist.

²⁵²⁹ So WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 17 N. 14, aber noch in Bezug auf § 55 aZPO-ZH.

²⁵³⁰ LIENHARD A. [b], N. 319 f., in FN. 520 unter Abstützen auf SARBACH M., Diss., S. 135 und 142.

Gericht vorbringen. Selbstverständlich haben Gerichtspersonen in jedem Verfahren neutral zu bleiben. Diskutiert werden muss daher nicht, ob die gerichtliche Unparteilichkeit relativierbar ist. Dies ist zu verneinen, egal welcher sachverhalts-relevanten Maxime das Verfahren untersteht. Insofern steht die Gerichtsneutralität auch mit dem Kerngehalt des *da mihi facta* in Verbindung. Wenn zwar nicht die Relativierungsfähigkeit dieses Grundrechtsanspruchs zu erörtern ist, dann doch aber umso mehr die Frage, wann das Gericht in einem Verfahren, das vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt ist, diesen Anspruch durch seinen Eingriff in den Prozessstoff tatsächlich verletzt.

Der Gesetzgeber hat entschieden, dass Neutralität im Gerichtsverfahren nicht mit 800 genereller gerichtlicher Enthaltung vom Prozessstoff gleichzusetzen ist: Allein die Existenz gerichtlicher Fragepflichten und Untersuchungsmaximen belegt dies.²⁵³¹ Wie bereits im Kapitel 5 dargelegt, kann somit das Unterlassen der gebotenen Relativierung des *da mihi facta* ebenso die Neutralitätsfrage aufwerfen – nämlich von Seiten der hilfsbedürftigen Partei, steht doch dieser im kontradiktorischen Verfahren gleichermassen ein unparteiisches Gericht zu. Weil das Gericht mit jedem Prozessleitungsentscheid, ob dieser zu einer Prozessstoffveränderung führt oder nicht, zugleich auf die prozessuale Lage beider Parteien einwirkt, herrscht bereits bei der materiellen Prozessleitung quasi unentwegter Entscheidzwang: Die Gerichte können auch diesbezüglich nicht *nicht* entscheiden und setzen sich damit potentiell Vorwürfen aus.²⁵³²

Da sich die Unparteilichkeit sowohl für wie auch gegen die Ausübung von Art. 56 801 ZPO ins Feld führen lässt, taugt diese gemäss Andreas LIENHARD und Claudia MORDASINI-ROHNER nicht, um die gerichtlichen Pflichten zu beurteilen.²⁵³³ Daraus ist nicht zu schliessen, dass Richterinnen und Richter sich bei der materiellen Prozessleitung eigentlich gar nicht der Parteilichkeit schuldig machen können: Ganz augenscheinlich liegt eine solche vor, wenn das Gericht mit der einen Partei sympathisiert und dabei im Rahmen seines Prozessleitungsamts systematisch gegen die andere arbeitet; für deren Position also nicht mehr offen ist. Der schlichte Umstand, dass ein Hinweis nur einer Partei nützt, vermag aber auch in Prozessen, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, für sich allein noch keine Parteilichkeit zu begründen. Dies wurde im Rahmen des kontradiktorischen Angemessenheitsfaktors erläutert.²⁵³⁴ In der Literatur wird zudem verschiedentlich

²⁵³¹ Vgl. hierzu insb. die Hinweise in FN. 2407.

²⁵³² Vgl. hierzu N. 353.

²⁵³³ LIENHARD A. [b], N. 219; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637 f.

²⁵³⁴ Vgl. hierzu N. 750.

darauf hingewiesen, dass auch nicht jede Überschreitung der Fragepflicht sogleich geeignet ist, den Ausstand der betreffenden Gerichtsperson zu rechtfertigen.²⁵³⁵ Ausserdem solle mit dem Vorwurf, ein bestimmter richterlicher Hinweis zugunsten einer Partei würde zu weit führen, zurückhaltend umgegangen werden.²⁵³⁶ Die Verletzung des Neutralitätsgebots wird also hier erst bei schwerwiegenden oder wiederholten Verfahrensmängeln zum Thema.

- 802 Zurückhaltung ist auch angebracht, je mehr der Ausbau der gerichtlichen Kompetenzen bei der Prozessstoffsammlung der Akzentuierung des Ziels der Urteilsrichtigkeit geschuldet ist: Denn damit erhält das Gericht vom Gesetzgeber eine besondere Verantwortung für dieses Ziel übertragen. Fällt der gerichtliche Prozessleitungsentscheid gleich aus, würden unter Belassen sämtlicher konkreter Umstände einzig und allein die Persönlichkeiten der beiden Prozessparteien gegeneinander getauscht, kann bei diesem Eingriff in den Prozessstoff nicht von einem Verbünden mit derjenigen Partei gesprochen werden, der das gerichtliche Handeln letztlich mehr zuträglich sein wird. Im lenkenden Untersuchungsbereich schützt die gerichtliche Aktivität vielmehr ein parteifernes Interesse. Dies gilt auch für den Punkt, ab dem das Gericht in Belangen, die dem Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, im hiavor beschriebenen Sinn eingreifen muss, um die Gerichtsbarkeit vor Missbräuchen der primären Parteiverantwortung zu schützen. Erfolgt ein solcher *ad hoc*-Einsatz der beschränkten, lenkenden Untersuchungstätigkeit *lege artis*, bleibt also die Haltung des Gerichts noch immer gegenüber beiden Parteien eine neutrale.²⁵³⁷ Da erst bei diesem Mechanismus die ansonsten unter dem Grundsatz *da mihi facta* vorherrschende Parteisorgfalt in den Hintergrund gerückt wird, geben die Grenzen dieses Mechanismus Aufschluss, wo in einer normalen Prozesssituation bei der Relativierung des *da mihi facta* gerechtfertigte Parteilichkeitsvorwürfe drohen können.

²⁵³⁵ Vgl. hierzu N. 2414

²⁵³⁶ Vgl. LIENHARD A. [b], N. 219: «Damit nun die Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht nicht zu einer Gratwanderung zwischen einem Verstoss gegen die Unparteilichkeit einerseits und einer Unterschreitung der aus Art. 56 ZPO resultierenden Pflichten andererseits wird, sollten sowohl das über das Ausstandsbegehren urteilende Gesamtgericht als auch die Rechtsmittelinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung eine zu extensive Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht bejahen.» Vgl. zudem die Lehrmeinungen in FN. 2275 der vorliegenden Abhandlung, die im Zweifelsfall generell für die Fragepflicht plädieren.

²⁵³⁷ Vgl. hierzu N. 751–754 i.V.m. N. 797.

ii) **Gerichtliche «Beratung» hinsichtlich der Prozessführung sowie deren «Übernahme»?**

In dieser Abhandlung liegt das Augenmerk auf Prozessen, in denen vom Grundsatz *da mihi facta* auszugehen ist: das heisst auf Verfahren unter der Verhandlungs- sowie unter der sozialen beziehungsweise unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime. Gerade was diese Prozesse betrifft, sind der Lehre und der Rechtsprechung wiederholt Bemerkungen dahingehend zu entnehmen, dass die Gerichte den Parteien keine (prozessuale) Rechtsberatung zu erteilen haben.²⁵³⁸ Es wird eingewendet werden dürfen, dass letztlich in jeder Kommunikation des Gerichts über ein prozessual ungenügendes Einbringen der Sachverhaltshypothese auch der Rat innewohnt, den Mangel zu beheben.²⁵³⁹ Schliesslich visiert der gerichtliche Eingriff in den Prozessstoff Aspekte an, die für den Entscheid rechtlich relevant sind, so dass ohne Verbesserung prozessuale Nachteile drohen.²⁵⁴⁰ Durch seinen Hinweis nimmt das Gericht einer Partei zuweilen die von den Einbringlasten vorausgesetzten, rechtlichen Beurteilungen ab: Insbesondere, ob ein *factum* für die mit der Sachverhaltshypothese angestrebte Rechtsfolge notwendig ist – eine Rechtsfrage des Sachrechts – oder wie detailliert dieses einzubringen ist – eine Rechtsfrage des Verfahrensrechts.²⁵⁴¹ Da aber ohne besondere Umstände

803

²⁵³⁸ 4A_357/2016 E. 5.1 (nicht publiziert im BGE 142 III 782) zu Art. 56 ZPO; BK I-HURNI, Art. 56 N. 31 m.H., dass sich aus Art. 56 ZPO keinesfalls eine Rechtsberatungspflicht gegenüber Laien ableiten lässt; zustimmend: SARBACH R., N. 663; in diese Richtung auch TSCHUDI, S. 37. Für die soziale Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: 4C.340/2004 E. 4.1 (nicht publiziert im BGE 131 III 243); 4A_36/2007 E. 2.3.1; 5A_2/2013 E. 4.2; 5A_608/2014 E. 4.2.1; 4A_36/2017 E. 7; G/J/S-MUSTER, Art. 55 N. 5; S/H/L-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, Art. 272 N. 11; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 53 und Art. 56 N. 19; PC-DIETSCHY-MARTENET, Art. 296 N. 11; PC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÉS, Art. 272 N. 4; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 12. Vgl. diesen Hinweis auch in Entscheiden, wo im gleichen Verfahren noch der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, z.B. in: BGE 137 III 617 E. 5.2; 5A_3/2019 E. 3. Vgl. zudem bereits vor der eid. ZPO LIEBER, S. 166.

²⁵³⁹ Vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 129 und bereits S. 124, vgl. zudem S. 51 ff. über die inhaltlichen Schnittstellen zwischen Rechtsberatung und richterlicher Fragepflicht. KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 15, findet namentlich zum sozialen Zivilprozess, dass die intensive gerichtliche Fragepflicht auch bezweckt, die Parteien vor den Rechtsfolgen prozessualer Fehler zu bewahren, weshalb es missverständlich ist, wenn im BGE 137 III 617 E. 5.2 steht, dass das Gericht keine Pflicht hat, die Parteien in prozessualen Fragen zu beraten.

²⁵⁴⁰ Vgl. auch LOOSLI, S. 69.

²⁵⁴¹ Zur syllogistischen Einteilung vgl. N. 106 (Rechtsfragen des Sachrechts) sowie N. 124–125 (Rechtsfragen des Verfahrensrechts) i.V.m. N. 319–321.

ein punktueller Hinweis die gerichtliche Neutralität nicht infrage stellt,²⁵⁴² wird mit einer solchen *Beratung* oder *Rechtsfürsorge*²⁵⁴³ das *da mihi facta* nicht seines Sinns entleert.

- 804 Mit der in der Lehre und der Rechtsprechung angesprochenen unzulässigen Rechtsberatung muss somit mehr gemeint sein als der individuelle Hinweis auf Verbesserungsbedarf an einem Vorbringen. Einzig aufgrund des Umstands, dass der Prozess dadurch möglicherweise eine Wendung nimmt, kann das Gericht nicht von seiner Fragepflicht absehen.²⁵⁴⁴ Wann indessen der Punkt einer eigentlichen gerichtlichen Prozessführung erreicht ist, die einer Verletzung des Kerngehalts von *da mihi facta* gleichkäme, lässt sich schwerlich abstrakt beschreiben.²⁵⁴⁵ Prozentangaben zur Frage, wie viel gänzlich eigenständige Leistung im Rahmen einer bestimmten Prozessmaxime von einer Partei erwartet wird, existieren keine. Darin wäre im Übrigen auch in erster Linie eine Aussage zur Grenze der Verhältnismässigkeit zu sehen; der Kerngehalt von *da mihi facta* könnte durchaus kleiner ausfallen. Maximenübergreifend ist dessen Betroffenheit anzunehmen, wenn die Prozesspartei bestimmend gelenkt und ihre Artikulationsfreiheit eingeschränkt würde²⁵⁴⁶. Sinngemäss lässt sich ein solcher Kerngehalt von *da mihi facta*, ein absolut geschützter, maximenübergreifender Bereich, durch ein Anknüpfen an der Postulationsfähigkeit ausmachen: Denn, wie aus dem Kapitel 1 der Abhandlung hervorgeht, gehört die Postulationsfähigkeit zum Minimum, um als Partei überhaupt verwertbare Eingaben beim Gericht machen zu können. Wie gesehen, handelt es sich hierbei zugleich um eine Prozessvoraussetzung.²⁵⁴⁷ Das bedeutet: Die postulationsunfähige Partei ist nicht nur faktisch nicht in der Lage, das *da mihi facta* selbstständig zu erfüllen, sie darf es auch nicht. Es wäre widersinnig, dürfte das Gericht eine Partei anleiten, etwas zu tun, was diese gar nicht tun darf. Ein Gericht, das eine Postulationsunfähigkeit zwar erkennt, aber nicht im Sinne des

²⁵⁴² Zur Analyse der Unparteilichkeit vgl. N. 750–754.

²⁵⁴³ Begriff von KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 15, m.H. zur Untersuchungsmaxime, dass «*Rechtsberatung*» nicht Aufgabe der Gerichte ist, wohl aber die in den Verfahren gebotene *Rechtsfürsorge* sicherzustellen.

²⁵⁴⁴ HEER, S. 183. Dies belegt auch das im Zusammenhang mit der allgemeinen Fragepflicht angeführte kaufrechtliche Beispiel des OGer ZH, dargestellt in N. 551.

²⁵⁴⁵ Nach STÜRNER, Verfahrensgrundsätze, S. 655, lässt sich die Balance zwischen der richterlichen Neutralität und der Fairness nie abstrakt, sondern nur anhand aller konkreter Verfahrensgegebenheiten festlegen.

²⁵⁴⁶ Vgl. auch LOOSLI, S. 62 und 69 f. über die Grenzen der Kommunikations- und Argumentationslenkung.

²⁵⁴⁷ Vgl. hierzu N. 34–40.

Art. 69 Abs. 1 ZPO handelt, wäre gezwungen, den Kerngehalt des *da mihi facta* zu tangieren: Für reelle Chancen auf einen erfolgreichen Prozessausgang müsste es so stark auf den Prozessstoff einwirken, dass es die Prozessführung übernimmt. Denn weniger Relativierung des *da mihi facta* bedeutete wiederum, die postulationsunfähige Partei in eine prozessuale Lage zu versetzen, aus der heraus sie von vornherein keine vernünftige Chance hat, mit ihrem Anliegen durchzudringen, was deren Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

Soweit Gerichte in Belangen, die dem Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, im bereits erörterten Bereich, wo das Ziel des den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils eine eigene, weitergehende Akzentuierung erfahren hat, *lege artis* von Amtes wegen eine Beweiserhebung initiieren, um so die Gerichtsbarkeit vor einem Missbrauch der primären Parteiverantwortung zu schützen, vermag dies den Kerngehalt des *da mihi facta* im oben beschriebenen Sinn nicht zu tangieren: Wie bereits aus dem Schluss des letzten Unterkapitels hervorgeht, übernimmt das Gericht damit nicht die Prozessführung für eine Partei.²⁵⁴⁸ Und auch wenn in Bezug auf ein bestimmtes Element das *da mihi facta* aufgehoben scheinen mag, hinsichtlich des parteiseitigen Stoffbeitrags über das gesamte Verfahren hinweg betrachtet, wird der Grundsatz hierdurch nicht obsolet. Selbstverständlich sind auch bei einem solch unmittelbaren Eingriff in den Prozessstoff, der sich im Fall einer besonders akzentuierten Urteilsrichtigkeit als erforderlich erweist, die beschriebenen Kerngehaltsgrenzen zu wahren: Insbesondere die Voraussetzung, dass das Gericht postulationsfähigen Parteien gegenübersteht – als Minimalvoraussetzung für verwertbare Vorbringen. Aber auch die gerichtliche Unparteilichkeit im hiervor beschriebenen Sinn. Allerdings verlangt dies auch bereits die Verhältnismässigkeit von einem gerichtlichen Eingriff. 805

III. Fazit zum Kerngehalt von *da mihi facta*

Die vorliegenden Ausführungen belegen, dass für den Grundsatz *da mihi facta* durchaus Kerngehaltsaspekte auszumachen sind: Insbesondere müssen Gerichtspersonen auch im Rahmen der materiellen Prozessleitung ihre Neutralität wahren und dürfen die Gestaltung des Prozessstoffs nicht mithilfe unzulässiger Zwangsmassnahmen umsetzen. Auch ist bei Personen, die offensichtlich nicht imstande sind, das *da mihi facta* selbstständig zu erfüllen, zwingend nach Art. 69 Abs. 1 ZPO vorzugehen. Die gerichtliche Prozessleitung, welche diese Grenzen nicht einhält, wird indes regelmässig bereits an der Verhältnismässigkeitsprüfung schei- 806

²⁵⁴⁸ Vgl. hierzu N. 802.

tern. Allerdings wurden an dieser Stelle, um den Umfang der Abhandlung nicht zu überdehnen, lediglich einige Ansätze für eine Diskussion um den Kerngehalt des *da mihi facta* aufgegriffen und dargestellt. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass dieser Gehalt aufgrund weiterer Überlegungen grösser ausfallen und seine Konturen durch weitere Vertiefungen noch klarer gezogen werden könnten.

F. Synthese einer Stufenfolge zur Relativierung des *da mihi facta* basierend auf den Ergebnissen der vorliegenden Abhandlung

807 Wären die eingangs in der Botschaft zur Zivilprozessordnung aufgeworfenen Fragen – ob sich Gerichte wie eine Sphinx verhalten oder einer Richterpflicht zu gezielten Fragen unterstehen – ein gutes Jahrhundert zuvor auch dem Redaktor der österreichischen Prozessordnung, Franz KLEIN,²⁵⁴⁹ gestellt worden, hätte dieser als Antwort womöglich seine 1901 vorgetragenen Worte gewählt: *«Es ist klar: Die Parteien müssen dem Richter den Sachverhalt des Streitfalles mitteilen und nachweisen, weil er bis zur Klage von der Rechtssache überhaupt nichts weiß. Wenn dies aber so verstanden wird, daß der Richter gar keinen oder doch keinen wesentlichen Anteil daran nimmt, was ihm an Behauptungen und Beweisen geboten wird, dafür ziemlich ausschließlich die Parteien sorgen läßt, und nur urteilt, wie es das vorhandene Material eben gestattet, gleichgültig, ob sein Urteil der wahren Rechtslage entsprechen wird, so verstanden ist es begreiflicher Weise nicht bloß für den Einzelnen, sondern für das Rechtsleben und die Rechtsordnung selbst höchst ungünstig. Namentlich geringere Rechtssachen Unbemittelte, die das Armenrecht nicht fordern, sich jedoch auch keinen Rechtsbeistand gönnen können, werden darunter hie und da empfindlich leiden. Unwillkürlich wendet sich der Blick hilfesuchend nach dem Richter als dem, der manche der dargelegten Erschwerungen wett machen könnte, indem er die für die Entscheidung voraussichtlich erheblichen Umstände den Parteien bezeichnet und ihnen damit für ihre Vorbringen einen Fingerzeig gibt, dann auf Lücken des Vorbringens aufmerksam macht, zur Aufhellung von dunklen, verworrenen Vorbringen, zur Ergänzung unvollständiger Angaben, zur Anbietung notwendiger Beweise anregt, kurz verhindert, daß es wegen Unkenntnis oder Unbeholfenheit oder wegen Versehens oder Vergessens der Parteien an Aufschlüssen fehlt, die zur Feststellung des Tat-*

²⁵⁴⁹ Zu KLEIN als Redaktor der österreichischen Prozessordnung vgl. die Belege in FN. 1189.

*bestandes der von der Partei behaupteten Rechtsansprüche notwendig scheinen. Sobald man die Untätigkeit des Gerichtes in diesem Punkte prinzipiell verwirft, gibt es eine Menge Abstufungen und Kombinationen, über die sich durchwegs reden läßt, sofern sie nur dem Rechtsuchenden dort, wo er sie braucht, ausreichende richterliche Unterstützung verbürgen.»*²⁵⁵⁰

Der schweizerische Gesetzgeber hat im vereinheitlichten Recht tatsächlich nicht 808
bloss eine einzige richterliche Pflicht zu gezielten Fragen statuiert, sondern den
Gerichten verschiedene Instrumente für die materielle Prozessleitung zur Hand
gegeben. Wie dies bereits KLEIN in Betracht gezogen hatte, wurden dabei auch
«eine Menge Abstufungen und Kombinationen»²⁵⁵¹ vorgenommen. Aus den Ana-
lysen über die Relativierung des *da mihi facta* sollen nun als Abschluss der vor-
liegenden Abhandlung Konklusionen zu den Abstufungen der maximenabhängi-
gen Prozessleitung im derzeitigen schweizerischen Zivilprozess gezogen werden.
Dabei liegt der Fokus weiterhin auf der limitierten materiellen Prozessleitung, wie
sie im Geltungsbereich derjenigen sachverhaltsrelevanten Maximenausprägungen
stattfindet, bei denen von einer Relativierung des Grundsatzes *da mihi facta* aus-
zugehen ist: Im Zentrum steht demnach die materielle Prozessleitung unter der
Verhandlungs- und der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime.
Einigen Aspekten der umfassenden materiellen Prozessleitung, die in Bezug auf
Belange stattfindet, bei denen das *da mihi facta* als notwendige Ergänzung zur
originären Gerichtsverantwortung für den entsprechenden Prozessstoff zu werten
ist, wird abschliessend in Form eines Exkurses Rechnung getragen.

I. Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht

a. Verfahrensbezogener Faktor: Zielverfolgung unter dieser Maximenausprägung als Ausgangspunkt

Als Motive für eine Relativierung des *da mihi facta* wurden vorliegend drei Ziele 809
des Zivilprozesses identifiziert: a.) das möglichst den tatsächlichen Gegebenhei-
ten entsprechende Urteil, b.) Verfahrensfairness bei entschuldbaren Mängeln im
Rahmen der Einbringtätigkeiten und c.) der schonende Ressourcenumgang.²⁵⁵² Als

²⁵⁵⁰ KLEIN, Geistesströmungen, S. 128 (Hervorhebung zugefügt).

²⁵⁵¹ KLEIN, Geistesströmungen, S. 128.

²⁵⁵² Vgl. hierzu N. 491–494.

Rückgrat der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung wurde sodann die mit den verschiedenen Maximenausprägungen einhergehende Gewichtung dieser Ziele gewählt. Dabei wurde der Umfang an richterlicher Kompetenz für die Prozessstoffgestaltung unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht als Nullpunkt gesetzt. Ausgehend hiervon sind die genannten Ziele auf drei Achsen aufzutragen. Anhand von Überlegungen dazu, welche Ziele mit einer Erweiterung der Gerichtskompetenzen eine zusätzliche Akzentuierung erfahren, lassen sich die weiteren Maximenausprägungen in diesem Raum positionieren. Es entsteht ein Gerüst der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung. Mit dieser Methode ist eine absolute Gewichtung der einzelnen Ziele hinter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht nicht notwendig; praktisch wäre eine solche denn auch höchstens begrenzt möglich.²⁵⁵³

**b. Einbezug des subjektbezogenen
und des kontradiktorischen Faktors**

**i) Vorrangigkeit der Parteisorgfalt
bzw. subsidiäre gerichtliche Hilfestellung**

1. Einbringdialektik und Tatbestände des Art. 56 ZPO

- 810 Im Kapitel 3 wurde für die Parteien mit Tätigkeiten des Behauptens, Bestreitens, Substantiierens und des Anbietens von Beweisen gearbeitet. Wie erwähnt, steht diese Dialektik im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung.²⁵⁵⁴ In stimmiger und sinniger Weise stellen verschiedene Autorinnen und Autoren einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Einbringtätigkeiten und den Tatbeständen des Art. 56 ZPO her: So sind nach dieser Lehrmeinung in der Variante der offensichtlich unvollständigen Vorbringen insbesondere fehlende Darstellungen zu einem Tatbestandselement – also eine eigentliche Lücke – zu sehen. Eine darüber hinausgehende, ungenügend umgesetzte Zergliederung in *Einzeltatsachen* – die mangelhafte Substantiierung – wird dagegen unter einen der übrigen Tatbestände des Art. 56 ZPO subsumiert, regelmässig unter die Unbestimmtheit.²⁵⁵⁵ Dieser Auslegung wird vorliegend gefolgt. Hierdurch hat jede Variante ihre eigenständige Berechtigung. Andere

²⁵⁵³ Zur Methode vgl. N. 652 i.V.m. N. 654.

²⁵⁵⁴ Vgl. hierzu N. 159–160.

²⁵⁵⁵ Eine solche Auslegung findet sich z.B. bei: LIENHARD A. [b], N. 76 ff. m.H.a. die Rechtsprechung des BGer; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1636; in diese Richtung auch WILLISEGGER, S. 266 ff.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 28 ff., und vermutlich B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 13.

Autoren fassen demgegenüber eine ungenügende Substantiierung als Fall einer Unvollständigkeit auf.²⁵⁵⁶ Zu beachten ist dabei allerdings auch die Terminologie: Wie dem Kapitel 3 zu entnehmen ist, werden die Tätigkeiten des Behauptens und Substantiierens in der Literatur zuweilen nicht durchwegs getrennt und mit dem erstmaligen Behaupten auch bereits eine Substantiierung assoziiert.²⁵⁵⁷

2. Gerichtliche Fragen und Hinweise bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen

Im Unterkapitel B. zur gesetzlichen Grundlage für den gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff wurde ausgeführt, dass verschiedene Ansichten darüber bestehen, wie der im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in den Art. 56 ZPO eingefügte Zusatz «*offensichtlich*» in Bezug auf den Mangel der unvollständigen Vorbringen zu interpretieren ist. An jener Stelle wurden zwei bekannte Auslegungsvarianten aufgezeigt: Eine, die auf die adjektivische Bedeutung des Worts *offensichtlich* abstellt, sowie eine zweite Auslegung, die prüft, ob die gerichtliche Entscheidungsfindung angesichts des Mangels ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Obwohl die zweite Interpretation der Mehrheitsmeinung entsprechen dürfte, besteht auch hier dasselbe Problem, wie bei der erstgenannten grammatikalischen Auslegung: Beide können so verstanden werden, dass ein gerichtlicher Hinweis möglich wäre, wenn dieser grundsätzlich nicht angebracht ist; nämlich bei unsorgfältiger Prozessführung, im Rahmen derer es oft zu offensichtlichen Unvollständigkeiten mit an sich klaren prozessualen Konsequenzen kommt.²⁵⁵⁸ 811

Im Unterkapitel C., welches erneut auf den Art. 56 ZPO einging – diesmal vor dem Hintergrund der mit einer Relativierung des *da mihi facta* verbundenen Motive –, war der Schluss zu ziehen, dass eine verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmung angezeigt ist. In der Folge gilt es zu erörtern, inwiefern weitere Ansätze in Bezug auf die offensichtlich unvollständigen Vorbringen, wie sie Raoul MEIER oder Andreas LIENHARD und Claudia MORDASINI-ROHNER jeweils vertreten, einer solchen Auslegung Rechnung tragen. 812

²⁵⁵⁶ Vgl. z.B.: BK I-HURNI, Art. 56 N. 18; FELLMANN, Fragepflicht, S. 84; SARBACH R., N. 595, 614, 651 und 739; MORDASINI-ROHNER, Diss., die zwar in den N. 206 ff. die in Art. 56 ZPO aufgezählten Mängel in zwei Gruppen einteilt, in der N. 203 aber schreibt, die mangelhafte Substantiierung stelle einen Anwendungsfall des offensichtlich unvollständigen Vorbringens dar; gl.M. S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 28. Vgl. aber nunmehr auch MORDASINI in LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1636.

²⁵⁵⁷ Vgl. hierzu FN. 431.

²⁵⁵⁸ Vgl. hierzu N. 460–464 i.V.m. N. 714–715.

2.1. Hinweis auf Bedarf nach anwaltlicher Vertretung, Sachhinweis als Ausnahme

2.1.1. Ansicht R. MEIER

- 813 Raoul MEIER anerkennt, dass die Behauptungslast, das Darlegen sämtlicher Tatbestandselemente, ein hohes Mass an Rechtskenntnis abverlangt.²⁵⁵⁹ Seinen Erörterungen zum vereinfachten Verfahren ist zu entnehmen, dass MEIER davon ausgeht, dass von einem juristischen Laien nicht erwartet werden kann, dass dieser wüsste, welche Tatbestandsmerkmale einer gesetzlichen Norm der Behauptung bedürfen.²⁵⁶⁰ Obwohl der genannte Autor ein Verfahren fordert, dessen Ausgestaltung Laien in die Lage versetzt, einen Prozess zu führen,²⁵⁶¹ stellt er sich im ordentlichen Verfahren grundsätzlich gegen Hinweise auf eine eigentliche Vortragslücke. Handlungsbedarf sieht MEIER aber insoweit, als die Gerichte in einem solchen Fall dem Laien eine berufsmässige Vertretung anraten sollten. In seiner Fussnote verweist MEIER diesbezüglich auf den Art. 69 ZPO.²⁵⁶² Darüber hinaus sei ein gerichtlicher Hinweis auf die Unvollständigkeit ausnahmsweise angebracht, sofern die entsprechende Tatsache zwar nicht behauptet worden ist, sie sich aber ohne Weiteres und augenfällig aus den Beilagen ergibt.²⁵⁶³ Unter dieser Voraussetzung wäre wohl, so das vorliegende Verständnis dieser Auslegung, ein Vorbringen «*offensichtlich*» unvollständig.

2.1.2. Stellungnahme

- 814 Raoul MEIERS Ansatz zeigt, dass selbst für den Fall, dass eine Tatsache oder ein Tatbestandselement in der Rechtsschrift nicht angedeutet ist, Handlungsbedarf besteht. Mit anderen Worten sollen sorgfältige juristische Laien nicht ohne Hilfe dastehen, sondern von Art. 56 und 69 ZPO aufgefangen werden.²⁵⁶⁴ Soweit scheint die Auslegung mit der Verfassung im Einklang zu stehen.

²⁵⁵⁹ MEIER R., N. 175.

²⁵⁶⁰ MEIER R., N. 184.

²⁵⁶¹ MEIER R., N. 175.

²⁵⁶² MEIER R., N. 179 ff., insb. N. 181.

²⁵⁶³ MEIER R., N. 182 und für die anwaltlich vertretene Partei N. 186. Das BGer hat im Urteil 5D_17/2020 E. 4.2 bez. der anwaltlich vertretenen Partei auf die Ausnahme dieses Autors zumindest hingewiesen, allerdings mit der Bemerkung, dass die Beschwerdeführerin eine solche in keiner Weise dargelegt habe.

²⁵⁶⁴ Zum Problem einer möglichen Lücke zwischen den beiden genannten Bestimmungen vgl. N. 554–556.

Im Rahmen der Erforderlichkeitserwägungen im Unterkapitel D. III. wurde erläutert, dass nach der vorliegend vertretenen Ansicht für das Anraten einer Vertretung bei postulationsfähigen Parteien lediglich ein Abstützen auf Art. 52 ZPO infrage kommt.²⁵⁶⁵ Ungeachtet der Rechtsgrundlage gilt es jedenfalls festzustellen, dass sich bei MEIERS Verständnis der offensichtlich unvollständigen Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO das Gericht oft wird überlegen müssen, ob das Anraten einer professionellen Vertretung angezeigt ist: Denn, wie Walter FELLMANN anmerkt, kann es *leicht* geschehen, dass eine Partei die für das Urteil massgebende Tatsache trotz sorgfältiger Prozessführung nicht oder nicht genügend präzise vorbringt.²⁵⁶⁶ Dies wird besonders auf Laieneingaben zutreffen. Das konkrete Vorgehen des Gerichts wird sich nach MEIERS Ansatz in vielen Fällen dann daran entscheiden, ob dieses eine Tatsache als ohne Weiteres und augenfällig in den Beilagen enthalten erachtet. Dabei müsste das Gericht beim Lesen einer Belegstelle in einem anderen Zusammenhang zufällig auf eine fehlende Tatsache stossen; denn ohne Verweis in der Rechtsschrift wird kaum ein Gericht für fehlende Tatsachen die Beilagen konsultieren. Ob die von MEIER restriktiv formulierte Ausnahme somit ausreicht, dass im ordentlichen Verfahren noch Laienbeteiligungen anzutreffen sind, scheint fraglich.

2.2. Sachhinweis bei Einhalten erhöhter Prozessorgfalt

2.2.1. Ansichten von A. LIENHARD und C. MORDASINI-ROHNER

Auch Andreas LIENHARD arbeitete in seiner Dissertation mit einer Koordination zwischen dem Art. 56 ZPO und den prozessualen Einbringtätigkeiten.²⁵⁶⁷ Der mit Claudia MORDASINI-ROHNER gemeinsam verfasste Aufsatz zur gerichtlichen Fragepflicht lässt vermuten, dass sich die Mitautorin diesbezüglich LIENHARDS Ansicht angeschlossen hat.²⁵⁶⁸ Im Zusatz «*offensichtlich*» zur Mangelvariante des *unvollständigen* Vorbringens sehen die beiden eine Differenzierung in Bezug auf die Sorgfalt in dem Sinn, dass die Parteien hinsichtlich der Vollständigkeit ihrer Vorträge einer «*erhöhten Prozessorgfalt*» zu genügen haben.²⁵⁶⁹ Dies im Gegen-

²⁵⁶⁵ Vgl. hierzu N. 630–632.

²⁵⁶⁶ FELLMANN, Fragepflicht, S. 88.

²⁵⁶⁷ LIENHARD A. [b], N. 76 ff.

²⁵⁶⁸ LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1636; vgl. demgegenüber MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 203, zur mangelhaften Substantiierung als häufiger Anwendungsfall der offensichtlichen Unvollständigkeit.

²⁵⁶⁹ LIENHARD A. [b], N. 109, 111, 123, 131, 145 und 414; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1636 f.

satz zu den übrigen Erfordernissen der Klarheit, der Widerspruchslosigkeit und der ausreichenden Bestimmtheit der Vorbringen, hinsichtlich derer die Parteien eine lediglich «durchschnittliche Prozessorgfalt» aufbringen müssten.²⁵⁷⁰

- 817 Nach dem Beispiel in LIENHARDS Dissertation hat nun die Laienpartei²⁵⁷¹, die zu fünf von sechs Tatbestandsmerkmalen Behauptungen aufgestellt hat, eine erhöhte Prozessorgfalt bewiesen. Dies im Unterschied zu derjenigen, die in nachlässiger Weise nur zu einem von deren sechs Behauptungen vorträgt, obschon in diesem Fall die Offensichtlichkeit der Unvollständigkeit merklich grösser ausfällt.²⁵⁷² Der Dissertation von MORDASINI-ROHNER ist demgegenüber zu entnehmen, dass sowohl die allgemeine wie auch die verstärkte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO nur bei einer mindestens angedeuteten Tatsache auszuüben sei. Daran ändert nach MORDASINI-ROHNER auch die Möglichkeit nichts, dass eine Partei eine Tatsache nicht vorbringt, weil sie nicht erkennt, dass diese rechtserheblich ist, zumal sich der Grund der Lücke – fehlende Rechtskenntnis, schlichtes Versehen, verschuldete Unsorgfalt – in den meisten Fällen nicht bestimmen lässt.²⁵⁷³ Aus ihren jeweiligen Dissertationen ist zu entnehmen, dass sowohl LIENHARD wie auch MORDASINI-ROHNER im Rahmen von Art. 56 ZPO auch ein Anraten einer anwaltlichen Vertretung in Betracht ziehen.²⁵⁷⁴ Letztere betont jedoch, dass dies die Ausnahme sei.²⁵⁷⁵

²⁵⁷⁰ LIENHARD A. [b], N. 109, 111, 124, 134 und 152; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637 f.

²⁵⁷¹ Zur anwaltlichen Vertretung schreibt LIENHARD A. [b], N. 235 f., dass von dieser insb. zu erwarten ist, sämtliche Tatbestandselemente der materiell-rechtlichen Normen selbstständig zu erkennen und zu behaupten und zu allen Behauptungen korrekt formulierte Beweismittelanträge zu stellen.

²⁵⁷² LIENHARD A. [b], N. 108 f.

²⁵⁷³ MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 191 i.V.m. 202 (allgemeine Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO) und N. 322 ff. (verstärkte Fragepflicht i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO). An dieser Ansicht dürfte auch der allgemeine Hinweis von MORDASINI-ROHNER, a.a.O., N. 209, «Die allgemeine gerichtliche Fragepflicht soll eingreifen, wenn eine Partei Tatsachen, Beweismittel oder Rechtsbegehren trotz sorgfältiger Prozessführung mangelhaft vorbringt, weil sie bspw. bestimmte Aspekte des Sachverhalts übersieht oder die Folgen des anwendbaren Rechts falsch einschätzt.», nichts ändern: Zwar verweist sie hierfür u.a. auch auf FELLMANN, Fragepflicht, S. 88, gleichzeitig distanziert sie sich a.a.O., N. 323 f., explizit von FELLMANN, Fragepflicht, S. 83 f., nach dem das Gericht nachfragen soll, sobald die Lücke aus den übrigen Sachverhaltsvorträgen erkennbar ist.

²⁵⁷⁴ MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 222; LIENHARD A. [b], N. 113, 318 ff. und 395.

²⁵⁷⁵ MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 222.

In ihrem gemeinsamen Aufsatz betonen LIENHARD und MORDASINI-ROHNER, die von ihnen vorgebrachte Forderung nach Wahrung einer erhöhten Prozesssorgfalt verlange zwar, dass die Parteien sich eingehend auf den Prozess vorbereiten und kundig machen, dem stünde aber ihres Erachtens weder die Rechtsanwendung von Amtes wegen nach Art. 57 ZPO entgegen, noch würde dadurch ein Anwaltszwang eingeführt.²⁵⁷⁶ 818

2.2.2. Stellungnahme

Das Resultat, das Andreas LIENHARD und Claudia MORDASINI-ROHNER durch die Berücksichtigung der parteiseitigen Sorgfalt anstreben, wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung getragen: Wo die Parteien originär die Verantwortung für den Prozessstoff tragen, soll nachlässiges Prozessieren nicht ausgeglichen werden.²⁵⁷⁷ Beim subjektbezogenen Faktor wurde ausgeführt, dass LIENHARD es vorzieht, einen einzigen Sorgfaltsmassstab für sämtliche Parteien zu etablieren, seien diese vertreten oder nicht.²⁵⁷⁸ Nach der vorliegend vertretenen Auslegung wäre es indes nicht nötig, in einem Prozess in Bezug auf *eine* Partei *zwei* verschiedene Sorgfaltsgrade, einen durchschnittlichen und einen erhöhten, zu schaffen. 819

Dass die Forderung nach einem Andeuten von Tatsachen, wie sie von MORDASINI-ROHNER unterstützt wird, bei eigentlichen Lücken zu hinterfragen ist, wurde bereits im Rahmen der gesetzlichen Grundlage im Detail aufgezeigt.²⁵⁷⁹ Zur Auslegung von LIENHARD ist festzustellen, dass, soweit das Gericht der umsichtigen Partei zumindest eine anwaltliche Vertretung anrät, wenn es zum Schluss gelangen würde, dass kein gerichtlicher Hinweis auf eine Vortragslücke möglich ist, seine Auslegung in dieser Hinsicht verfassungskonform sein wird. Wie bereits ausgeführt, erscheint jedoch zweifelhaft, inwieweit sein Vorschlag zulässig ist, den Art. 56 ZPO gegenüber einem juristischen Laien gleich anzuwenden, wie wenn dieser anwaltlich vertretenen wäre, falls der Laie bei besonders komplexen Sach- und Rechtsfragen dem mehrmaligen gerichtlichen Rat zu einer Vertretung (i.V.m. einer Aufklärung über die unentgeltliche Rechtspflege) nicht folgt. Wie gezeigt, 820

²⁵⁷⁶ LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637, vgl. auch DIES., S. 1639, wo sie bez. der erweiterten Fragepflicht i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO die Meinung vertreten, dass diese Bestimmung stets eine durchschnittliche Sorgfalt verlangt, bei der «[n]icht vorausgesetzt wird, dass sich die Partei eingehend auf den Prozess vorbereitet und sich kundig macht».

²⁵⁷⁷ Vgl. hierzu N. 714–715.

²⁵⁷⁸ Zum Einheitsmassstab vgl. N. 703.

²⁵⁷⁹ Vgl. hierzu N. 465–466.

stehen dem Vorschlag nach der vorliegend vertretenen Ansicht Verhältnismässigkeitserwägungen entgegen.²⁵⁸⁰

- 821 Soweit aber LIENHARDS Beispiel zu den Behauptungslücken gefolgt wird, führt sein Verständnis von Art. 56 ZPO dazu, dass sowohl gegenüber MORDASINI-ROHNERS Auslegung als auch gegenüber Raoul MEIERS Handlungsempfehlung vermehrt gerichtliche Sachhinweise im Fall echter Lücken erteilt werden beziehungsweise dass weniger oft auf den Bedarf nach anwaltlicher Vertretung verwiesen werden müsste.²⁵⁸¹

2.3. Vorliegend vertretene Ansicht

2.3.1. Konzeption der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht: Vermutung der Vollständigkeit der Hypothesen der Parteien

- 822 Bereits 1979, also längere Zeit vor dem Vereinheitlichungsprojekt, stellt Max GULDENER in einer Fussnote seines Lehrbuchs zum Zivilprozessrecht eine grundsätzliche *Annahme* auf: Ein fehlender Vortrag bedeutet zunächst, dass sich die entsprechende rechtsbegründende beziehungsweise rechtsaufhebende Tatsache nicht zugetragen hat.²⁵⁸² Mit Verweis auf die traditionelle Prozessrechtslehre spricht dann Marianne HEER 1991 von einer *Vermutung der Vollständigkeit der Vorbringen*.²⁵⁸³ Erinnert man sich nun einerseits an die hiervor aufgezeigten Stellungen zum Mangelfall der Unvollständigkeit in der Vernehmlassung zur neuen Prozessordnung²⁵⁸⁴ und vergleicht man andererseits die heutige allgemeine mit der erweiterten Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO, so offenbart sich, dass der Verhandlungsmaxime mit lediglich allgemeiner Fragepflicht eine solche Vermutung der Vollständigkeit der Hypothesen beider Parteien zugrunde liegt: Während nämlich «[d]as Gericht» im vereinfachten Verfahren «durch entsprechende Fra-

²⁵⁸⁰ Vgl. hierzu N. 798.

²⁵⁸¹ Zur Auslegung von MEIER vgl. N. 813.

²⁵⁸² GULDENER, ZPR, S. 165 FN. 15, implizit auch S. 160. Auch im früheren zürcherischen Prozess wurde auf die *Annahme* von GULDENER zurückgegriffen, vgl. ZR 81 (1982) Nr. 118, S. 280 f.

²⁵⁸³ HEER, S. 180; auch von einer solch grundsätzlichen Vermutung sprechen z.B.: LIEBER, S. 166; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 191; ähnlich, jedoch nicht als Vermutung bezeichnet, z.B. auch bei: WILLISEGGER, S. 267; SARBACH R., N. 545; LIENHARD A. [b], N. 229 (im Fall der anwaltlich vertretenen Partei); vgl. auch den Hinweis bei HABSCHIED, Effektivität, S. 384, dass der Richter sich regelmässig darauf verlassen kann, dass die Parteien alles vortragen, da es ja um ihre Vermögensinteressen geht, keine Partei wolle ihren Prozess verlieren.

²⁵⁸⁴ Vgl. hierzu N. 543–553.

gen darauf hin[wirkt], dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen», belegen die Syntax und die Wortwahl des Art. 56 ZPO – «Ist das Vorbringen einer Partei [...] offensichtlich unvollständig [...]» –, dass unter dieser Ausprägung der Verhandlungsmaxime ein dergestalt mangelhaftes Vorbringen die Ausnahme darstellen soll. Die Verfahrensfairness verlangt, dass die Vermutung der Vollständigkeit dahinfallen kann und ein gerichtlicher Hinweis erfolgt, damit umsichtige Parteien nicht wegen eines entschuldbaren Mangels ihrer Rechte verlustig gehen. Mit anderen Worten ausgedrückt, darf die Vollständigkeit nicht als Fiktion im technischen Sinn gedeutet werden.

2.3.2. Grundsätze zum Dahinfallen der Vermutung des vollständigen Vorbringens

Tatsächlich ist auch für die Mangelvariante der Unvollständigkeit eine Fragepflicht gesetzlich vorgesehen. Setzt man bei deren Wortlaut an, wird der eben beschriebenen Konzeption der hier interessierenden Verhandlungsmaximenausprägung am ehesten entsprochen, wenn der Zusatz «*offensichtlich*» als Adverb gelesen wird. Das dergestalt dem «*unvollständig*» zugesetzte Wort «*offensichtlich*» bedeutet dann so viel wie: «*dem Anschein nach, anscheinend*»²⁵⁸⁵ unvollständig. Wenn das Vorbringen einer Partei für das Gericht – in Anbetracht der Parteilhaltung und der mit Blick auf das *ius* kompletten Sachverhaltshypothese – *den Anschein hat*, unvollständig zu sein, bedingt dies, dass der Urheber noch in guten Treuen davon ausgehen durfte, sein Vorbringen wäre lückenlos. Ein Vorbringen vermag also nur solange einen blossen Anschein zu erwecken, unvollständig zu sein, wie den Urheber kein vorwerfbares Verschulden trifft. Es verliert indessen diesen blossen Anschein der Unvollständigkeit, wenn es eine derart augenscheinliche Lücke aufweist, welche der Urheber bei Aufbringen der von ihm verlangten Sorgfalt erkennt oder hätte erkennen müssen. Da der unsorgfältige Urheber in diesem Sinn bösgläubig ist beziehungsweise sich nicht mehr auf seine Gutgläubigkeit berufen kann, vermag sein mangelhaftes Vorbringen keine gerichtliche Fragepflicht auszulösen. 823

Die Vermutung, dass die Partei ihre Hypothese vollständig eingebracht hat, fällt entsprechend dahin, wenn sich annehmen lässt, dass die Partei eine Rechtsfrage falsch einschätzt oder ihr ein Versehen unterlaufen ist, und dieser Fehler ihr nicht zum Vorwurf gereicht respektive entschuldbar ist. Der gerichtliche Eingriff bedingt somit, dass eine eigentliche Lücke eben nicht auf eine Unsorgfalt der Partei zurückzuführen ist. Auch andere Autorinnen und Autoren fordern gerichtliches 824

²⁵⁸⁵ Vgl. auch Duden Universalwörterbuch, Eintrag «*offensichtlich*» als Adverb.

Aktivwerden, soweit der Mangel im Parteivortrag auf Rechtsirrtum oder Versehen beruht.²⁵⁸⁶ Allerdings wird zuweilen nicht spezifisch betont, dass der Irrtum oder das Versehen *entschuldbar* sein muss, was aber nach der vorliegend vertretenen Ansicht sehr wichtig ist: Denn wer es besser hätte wissen oder können müssen, kann sich nicht auf seine Gutgläubigkeit hinsichtlich des Irrtums oder des Versehens berufen. Dass im Bereich der unvollständigen Eingaben die Entschuldbarkeit eines Mangels ein wichtiges Element darstellt, zeigte sich bereits bei der Gesetzesentstehung: So wurde nämlich der Vorschlag der Expertenkommission verworfen, das Novenrecht unter der Verhandlungsmaxime dahingehend zu erweitern, dass neue Tatsachen eingebracht werden könnten, wenn sie durch Urkunden sofort beweisbar sind.²⁵⁸⁷ Zwar wurde die Bestimmung von einigen begrüsst,²⁵⁸⁸ viele Votanten betonten indes, dass sie zu unerwünschtem Prozessverhalten führen würde.^{2589, 2590}

- 825 Bereits lange vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung hob auch Isaak MEIER hervor, dass kein bundesrechtliches Gebot besteht, dass der kantonale Richter die Partei über Rechtsirrtümer aufklärt, die ihr gemessen an ihren

²⁵⁸⁶ Vgl. z.B.: GULDENER, ZPR, S. 165 FN. 15: «Sobald aber vermutet werden kann, die Partei oder ihr Vertreter könnte aus Rechtsirrtum oder infolge eines Versehens versäumt haben, alle rechtserheblichen Tatsachen geltend zu machen, ist es die Pflicht des Gerichtes, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen.»; ähnlich HEER, S. 180; WILLISEGGER, S. 268; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 40. A.M. wohl MORDASINI-ROHNER, zu dieser Autorin vgl. N. 816–818.

²⁵⁸⁷ Art. 215 Abs. 2 lit. c VE-ZPO mit der Variante für eine zusätzliche Bestimmung.

²⁵⁸⁸ Vgl. z.B.: ZS VN VE-ZPO, S. 564 f. BE, S. 565 JU, S. 567 TG, S. 568 ZH, S. 569 Grüne Partei, S. 570 f. AVZH, S. 573 KassZH, S. 574 OGer ZH, SGB, suisa, S. 575 swissmem.

²⁵⁸⁹ Die Regelung ablehnend z.B.: ZS VN VE-ZPO, S. 564 AG, AR, S. 565 BL, BS, S. 566 NW, OW, S. 566 f. SG, S. 567 SH m.H.a. taktisches Zurückhalten oder gar rechtswidriges Beschaffen von Urkunden, SO m.H.a. taktisches Spielen der Parteien, S. 568 ZG, S. 569 CSP m.H.a. bewusstes Zurückhalten von Urkunden, CVP m.H.a. eine Aushöhung der Eventualmaxime, S. 569 f. LPS, S. 570 AKBS, S. 572 economiesuisse m.H.a. prozesstaktisches «Geplänkel», S. 573 FSA, OAFRI m.H.a. «des manœuvres tactiques», S. 574 Roche mit dem gleichen Hinweis wie economiesuisse, SchKG-Vereinigung, S. 575 Uni BE, m.H.a. einen unnötigen Verstoß gegen die Eventualmaxime, Uni LA, Uni NE.

²⁵⁹⁰ MEIER I., ZPR, S. 347, fragt, ob die Bestimmung, trotz der Gefahr taktischer Überraschungsmanöver, nicht aus Sicht der Verfassung und der EMRK geboten sei, weist aber darauf hin, dass betreffend Beweismittel auch im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime via Art. 153 Abs. 2 ZPO Abhilfe geschaffen werden könne.

juristischen Fähigkeiten an sich nicht unterlaufen sollten.²⁵⁹¹ Die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums oder eines Versehens entscheidet sich demnach mithilfe des hiervor dargestellten Sorgfaltsmassstabs, an dem sich eine Partei zu beurteilen lassen hat; bei der professionell vertretenen Partei handelt es sich um einen objektiven, beim juristischen Laien dagegen um einen subjektiven Massstab.²⁵⁹² Damit sind also gerichtliche Hinweise selbst auf die von einer anwaltlich vertretenen Partei zu verantwortenden Unvollständigkeiten nicht einfach per se ausgeschlossen. Die Entschuldbarkeit des Mangels ist mit Blick auf die Gesamtsituation zu beurteilen. So ist umgekehrt auch die Laienpartei nicht davon befreit, effektiv vorhandene Rechtskenntnisse sowie solche, die vorhanden sein müssten, einzusetzen²⁵⁹³. Andernfalls verwehren es ihr die an sie gestellten Sorgfaltserwartungen, sich erfolgreich auf ihren Irrtum oder ihr Versehen berufen zu können. Daher darf sich derjenige, der bereits einen in Anbetracht seiner Fähigkeiten verständlich formulierten Hinweis des Gerichts erhalten, diesem Hinweis aber keine Folge geleistet hat, nicht beklagen, dass in einem der Verhandlungsmaxime unterstehenden Belang diesbezüglich keine weitere gerichtliche Aufklärung folgt.²⁵⁹⁴

2.3.3. Hervorheben der Gleichwertigkeit der Sorgfaltserwartungen für sämtliche Einbringtätigkeiten durch den Zusatz «offensichtlich»

Wie im Kapitel 3 dargestellt, aktualisiert sich das Substantiierungserfordernis, 826 soweit die Gegenpartei eine aufgestellte Behauptung bestritten hat.²⁵⁹⁵ Die Substantiierungstätigkeit geht über das Behaupten hinaus – so betont es die bundesgerichtliche Rechtsprechung.²⁵⁹⁶ Damit hat also die Partei, die eine Behauptung formuliert hat, welche in Anbetracht der Bestreitung der Gegenpartei nunmehr zu unbestimmt ausfällt, mehr Hürden überwunden als diejenige Partei, welche es

²⁵⁹¹ MEIER I., Diss., S. 158.

²⁵⁹² Zur Differenzierung des Sorgfaltsmassstabs vgl. N. 703.

²⁵⁹³ Zum Bemühen des Laien nach seinen Möglichkeiten vgl. N. 711.

²⁵⁹⁴ Zum Ausreichen eines einmaligen gerichtlichen Hinweises im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime vgl. z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 5; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 85; DOLGE, Anforderungen, S. 26; DOLGE, Zivilprozess, S. 39; WILLISEGGER, S. 268 f.; implizit wohl auch MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 43; vor der eidg. ZPO z.B. bereits: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 17 N. 17; BRÖNNIMANN, Diss., S. 70. Dies gilt auch bei erweiterter Fragepflicht, vgl. diesbez. z.B.: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 16; WILLISEGGER, S. 270. Zum vorliegend vertretenen Ungenügen des Hinweises der Gegenpartei vgl. N. 609–617.

²⁵⁹⁵ Vgl. hierzu N. 177–178.

²⁵⁹⁶ Vgl. hierzu N. 159.

bereits an einer allgemein gehaltenen Behauptung fehlen lässt.²⁵⁹⁷ Das heisst, bei einer Unvollständigkeit im Sinne einer (noch) nicht behaupteten Tatsache wurde bezüglich dieser Tatsache das erste Stadium des Einbringens (noch) gar nicht erreicht.

- 827 Die beiden Tätigkeiten, der geforderte Erstvortrag und das anschliessende Detailieren, weisen einen klar unterschiedlichen Schwierigkeitsgrad auf: Dies zeigt sich zunächst darin, dass es bei redlichem Bemühen auch einer Person ohne Gesetzeskenntnis nicht übermässig schwerfallen dürfte, die Glieder eines Geschehensablaufs weitestgehend vollständig vorzutragen, der von ihr als eine natürliche Verkettung von Gegebenheiten wahrgenommen wurde.²⁵⁹⁸ Umgekehrt aber, was bereits erwähnt wurde, bereitet das Treffen des erforderlichen Substantiierungsgrads zuweilen selbst der berufsmässigen Vertretung Mühe.²⁵⁹⁹ Der sorgfältigen Partei wird es demnach im Grundsatz leichter fallen, ein vollständiges Vorbringen zu formulieren; sie droht eher daran zu scheitern, dass ihr Vorbringen zu wenig substantiiert – zu unbestimmt – ausfällt. Wird nun der Begriff «*offensichtlich*» im Kontext der unvollständigen Vorbringen im hiervor aufgezeigten adverbialen Sinn aufgefasst, unterstreicht dieser Zusatz die Prozesssorgfalt, die der Urheber für seine vollständige Sachverhaltshypothese aufbringen muss.²⁶⁰⁰ So wird der Mangel der Unvollständigkeit nicht zu absolut aufgefasst, wie dies einige Votanten im Gesetzgebungsverfahren ohne den Zusatz befürchtet hatten²⁶⁰¹. Unter dem Strich wird mit dem Zusatz also sichergestellt, dass für sämtliche, jedoch unter-

²⁵⁹⁷ Vgl. auch die Formulierungen z.B. bei: ASPRION STÖCKLIN, S. 45 i.V.m. 47 und 92 f., wonach die Behauptung «*den ersten Schritt, eine wesentliche Tatsache in den Prozess einzuführen*», während die Substantiierungslast den *nächsten* Schritt bildet; die genannte Autorin schliesst sich S. 49 auch explizit der Lehre an, welche die Behauptungs- und die Substantiierungslast nach Zeitpunkt und Ausmass der Konkretisierung unterscheidet; WILLISEGGER, S. 267: «*Kommt die Partei der Behauptungslast nicht in allen Teilen nach, bleibt das Sachvorbringen unvollständig. [...] Kommt eine Partei der Substantiierungslast ungenügend nach, ist das Sachvorbringen an sich vollständig, aber zu wenig konkretisiert.*» (Hervorhebungen zugefügt); MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 39, spricht zumindest von *qualifiziertem* Behaupten. Vgl. des Weiteren auch die Bemerkung von LIENHARD A. [b], N. 420, dass Hinweise auf zusätzlich notwendige Tatbestandselemente die Verhandlungsmaxime in stärkerem Masse mildern als bloss Substantiierungshinweise.

²⁵⁹⁸ In diese Richtung vgl. FISCHLI, S. 94.

²⁵⁹⁹ Vgl. hierzu N. 304 m.w.H.

²⁶⁰⁰ Vgl. hierzu N. 823–825.

²⁶⁰¹ Vgl. hierzu N. 544–553.

schiedlich anspruchsvollen Einbringtätigkeiten gleichwertige Sorgfaltserwartungen herrschen.

2.3.4. Konkretisierungen in Bezug auf die einzelnen Einbringtätigkeiten

2.3.4.1. Unvollständiges Behaupten

Anhand der ihm unterbreiteten Hypothese wird sich das Gericht Gedanken über 828 das Prozessziel einer Partei machen. Fordert sie etwa einen bestimmten Betrag, muss diese Forderung zunächst eine Qualifikation erhalten: als vertragsbasierter Schadenersatz, als Genugtuungsanspruch, als Anteil aus einer Erbteilung etc. Haben die Richterinnen und Richter das Prozessziel einordnen können, werden sie dank ihres zwischen *facta* und *ius* hin und her schweifenden Blicks,²⁶⁰² der Argumentationsweise und der tatsächlichen Haltung der Partei eine Vorstellung darüber erlangen, wie wohl die komplette, von der Partei eigentlich angestrebte Hypothese lauten müsste. Anhand dessen werden sie erkennen, wie weit in der zur Erreichung dieses Prozessziels eingebrachten Sachverhaltshypothese der Partei Behauptungen fehlen, die erforderlich sind, um fallrelevante Tatbestandselemente auszufüllen.

Durch diese Analyse wird vermieden, bei der materiellen Prozessleitung auf 829 Abwege zu gelangen. Dass das Gericht nicht irgendwo ins Blaue fragen darf, zeigt denn auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche besagt: «*L'interpellation est limitée par le cadre du procès [...]*»²⁶⁰³ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht muss dieser Rahmen für die Fragepflicht durch die mit Blick auf das *ius* komplette, mit der tatsächlichen Parteihaltung im Einklang stehende Sachverhaltshypothese²⁶⁰⁴ mitdefiniert werden. Nur *innerhalb* einer solchen Hypothese – in diesem Bereich allerdings auch dann, wenn die vorgebrachte Hypothese einer Partei eine eigentliche Lücke aufweist – sollen Parteien, die ihre Sorgfaltspflicht erfüllen, Unterstützung erhalten.

Dadurch begrenzt sich der Rahmen der limitierten materiellen Prozessleitung nach 830 der vorliegend vertretenen Ansicht insbesondere wie folgt:

²⁶⁰² Zu diesem Bild von ENGISCH vgl. N. 88.

²⁶⁰³ BGE 146 III 413 E. 4.2. Zur unmittelbar darauffolgenden Passage des BGer: «*le juge ne doit ainsi pas rendre les parties attentives à des faits qu'elles n'ont pas pris en considération, ni les aider à mieux présenter leur cause, ni leur suggérer des arguments pertinents (ATF 142 III 462 consid. 4.3 p. 464 s.)*» vgl. N. 851–855.

²⁶⁰⁴ Zur Sachverhaltshypothese vgl. N. 326–331.

- Grundsätzlich ist es dem Gericht untersagt, mittels maximenabhängiger Prozessleitung eine gänzlich neue Anspruchsgrundlage vorzuschlagen, die von der Partei in keiner Weise erkennbar vermittelt wurde.²⁶⁰⁵ Auch darf es die bestehende Sachverhaltshypothese einer Partei nicht in einer Weise abwandeln, dass diese mit der tatsächlichen Parteihaltung nicht mehr kongruent ist.²⁶⁰⁶ All dies auch dann nicht, wenn einzig eine neue Anspruchsgrundlage respektive die revidierte Haltung und Hypothese zum gewünschten Prozessziel führen könnte.
 - Eventualitäten, die vom gewöhnlichen Lauf der Dinge in der vermittelten Hypothese abweichen und in keiner Weise thematisiert werden, liegen nach der vorliegend vertretenen Ansicht ebenfalls ausserhalb des Rahmens der Fragepflicht.²⁶⁰⁷
 - Auch ist es grundsätzlich nicht am Gericht, künftig relevante Fragen zu antizipieren, welche die betroffene Partei aktuell in keiner Weise erkennbar beschäftigen.²⁶⁰⁸
- 831 Neben den an dieser Stelle angefügten Belegen, werden die später folgenden Entscheiderörterungen die Abgrenzungen veranschaulichen.²⁶⁰⁹
- 832 Nach der vorliegend vertretenen Ansicht erfasst die Wendung des unvollständigen Vorbringens – als eine neben der Unbestimmtheit individuell in Art. 56 ZPO statuierte Mangelart – die eigentliche Behauptungslücke innerhalb dieser soeben

²⁶⁰⁵ Vgl. auch das Urteil 5A_362/2012 E. 4: Der Beschwerdeführer machte einen Anspruch auf Grundlage einer Vereinbarung mit einem Dritten geltend, welche für die daran nicht beteiligten Beschwerdegegner nicht verbindlich war, eine andere Grundlage nannte er nicht; das BGE führt abschliessend in der E. 4.4 aus: «*Fehlt es an der Behauptung und Substantiierung einer Grundlage für das Klagebegehren, erübrigt sich die Prüfung, ob betreffend die Duldungspflicht angebliche Unklarheiten der Vorbringen und des Klagebegehrens durch die gerichtliche Fragepflicht und durch Auslegung hätten behoben werden können oder müssen [...]*»

²⁶⁰⁶ Vgl. die Analyse des BGE 142 III 462 in N. 851–855.

²⁶⁰⁷ Vgl. auch das Urteil 4A_555/2015 E. 2.3: Dem Gericht, das von einer vorbehaltlosen Zahlung ausging, konnte kein Vorwurf gemacht werden, wenn der Umstand, dass die Partei die Zahlung *unter einer Bedingung* getätigt hatte, nicht vorgebracht wurde. Im Fall 4A_462/2012 E. 5.1 argumentierte die Beschwerdeführerin vergeblich, die Geltendmachung eines Irrtums im Berufungsverfahren wäre nicht zu spät erfolgt, da es das erstinstanzliche Gericht unterlassen hätte, mittels Fragepflicht auf einen *Irrtum* hinzuweisen.

²⁶⁰⁸ Vgl. auch das Urteil 5A_465/2016 E. 6.3 zum nachehelichen Unterhalt.

²⁶⁰⁹ Vgl. hierzu N. 849–886.

definierten Sachverhaltshypothese.²⁶¹⁰ Wie ausführlich dargestellt, lässt sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte dieser Tatbestandsvariante kein anderer Schluss ziehen.²⁶¹¹ Die Fragepflicht besteht aber für jegliche Mangelart nur, soweit diesbezüglich kein vorwerfbares Verschulden, also keine Sorgfaltspflichtverletzung seitens der betreffenden Partei, vorliegt.

Im Grundsatz wird beim sichtlich bemühten juristischen Laien davon auszugehen sein, dass eine Vortragslücke innerhalb seiner Sachverhaltshypothese nicht sorgfaltspflichtwidrig erfolgt. Denn gegenüber dem Rechtskundigen ist es einem Laien regelmässig in erheblich geringerem Mass möglich, seinen Vortrag hinsichtlich jedes einzelnen einschlägigen Tatbestandsmerkmals rechtsgenügend zu verfassen.²⁶¹² Wie gesehen, stimmen namhafte Autorinnen und Autoren darin überein, dass bei Vortragslücken einer solchen Partei regelmässig keine bewusste Disposition über den Prozessstoff vorliegt, sondern die Lücke einer Unbeholfenheit geschuldet ist.²⁶¹³ Aufgrund einer Unbeholfenheit soll die umsichtige Partei nicht ihrer Rechte verlustig gehen; so statuiert es die bundesgerichtliche Rechtsprechung.²⁶¹⁴ Bemüht sich die Partei im Rahmen ihrer Möglichkeiten redlich, ist es daher grundsätzlich am Gericht gelegen, sie über eine fehlende prozessuale Rechtsgenüchlichkeit ihrer Einbringtätigkeit aufzuklären – auch über eine eigentliche Behauptungslücke²⁶¹⁵.

833

²⁶¹⁰ In diese Richtung geht wohl auch das Resultat von LOOSLI, S. 37 f. (vor der eidg. ZPO).

²⁶¹¹ Vgl. hierzu N. 543–553.

²⁶¹² Vgl. etwa den Hinweis bei SARBACH M., Diss., S. 76, dass, auch wenn die Rechtsanwendung dem Gericht obliegt, nicht zu verkennen ist, dass sich der Tatsachenvortrag der Parteien an den möglicherweise anwendbaren Rechtsnormen *ausrichten* muss, in Verbindung mit Hinweisen zu Sprachbarrieren wie z.B. bei MARTIN P., S. 42 f., oder bei KININGER, S. 36: *«Die zunehmende Kompliziertheit des Verfahrens- und des materiellen Rechts und die schwierige juristische Ausdrucksweise erschweren es dem einfachen Bürger, sich vor Gericht verständlich zu machen. Die mangelhafte Ausdrucksfähigkeit führt dazu, daß das kontradiktorische Wechselspiel, wo auf einen Zug sogleich der Gegenzug zu führen ist, gestört wird. Einer pointiert gezielten Attacke kann nicht mit einer brilliant formulierten Abwehr begegnet werden.»*

²⁶¹³ Vgl. hierzu FN. 195.

²⁶¹⁴ Vgl. hierzu N. 592 und zudem die Erwartungen an die Sorgfalt von Laienparteien in N. 709–711.

²⁶¹⁵ Hinweise bei eigentlichen Behauptungslücken bejahen nach dem vorliegenden Leseverständnis z.B. auch: BK I-HURNI, Art. 56 N. 18 f.; LIENHARD A. [b], N. 109 i.V.m. 136; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 28; WILLISEGGER, S. 267, 1. Spiegelstrich; FELLMANN, Fragepflicht, S. 83 und 88; FELLMANN zustimmend: S/H/L-SUTTER-SOMM/

- 834 Das hiervor aufgezeigte Beispiel von Andreas LIENHARD über die gerichtliche Pflicht zur Nachfrage, wenn von sechs Elementen eines fehlt, nicht aber wenn fünf fehlen würden, wirft die Frage nach einer quantitativen Beschränkung der gerichtlichen Hilfeleistung bei Unvollständigkeiten auf. Generell-abstrakt wird es schwierig sein, eine sinnvolle Grenze der Aufklärung festzulegen, etwa auf maximal ein Element oder X Prozent des nötigen Behauptungsumfangs. LIENHARD schreibt selbst, die Partei habe *«einen Grossteil der relevanten Tatbestandselemente»*²⁶¹⁶ von sich aus zu behaupten beziehungsweise das Gericht könne nur eingreifen, wenn *«lediglich ein oder einige wenige Tatbestandselemente»*²⁶¹⁷ vergessen bleiben. Da, wie hiervor gezeigt, die Konzeption der Verhandlungsmaxime durch die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO so angelegt ist, dass Unvollständigkeiten die Ausnahme bilden, ist tatsächlich davon auszugehen, dass die postulationsfähige Partei ihre Hypothese in Bezug auf die überwiegende Mehrheit der Tatbestandselemente aus eigenem Antrieb einbringen muss. Liegen mehr als nur singuläre eigentliche Lücken vor, ist die Postulationsfähigkeit für ein Verfahren, das lediglich der allgemeinen Fragepflicht untersteht, zu hinterfragen. Je restriktiver mit den Art. 56 und 69 Abs. 1 ZPO umgegangen wird, umso grösser wird das Risiko für Laienparteien. Zur Illustration lässt sich ein Fall aufgreifen, den das zürcherische Handelsgericht im Jahr 2014 zu beurteilen hatte: Die nicht anwaltlich vertretene Partei hatte dort einen derart summarischen und lückenhaften Sachvortrag ohne Beweismittelverbindung abgegeben, dass sich aus der Klage kein schlüssiger Tatsachenvortrag ableiten liess. Tatsächlich erhielt die Partei basierend auf Art. 56 ZPO inhaltliche Hinweise zu ihrer kaum sinnvoll verwertbaren Klage. Die klagende Laienpartei kam aber scheinbar mit den Gerichtshinweisen nicht

GRIEDER, Art. 56 N. 27; SIX, S. 92 FN. 18 f. S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 44, verlangt zwar grundsätzlich, dass *«die Behauptungen immerhin in andeutungsweiser Form erfolgt sind»*, stellt aber auch den Alternativfall auf, *«wenn Laien nicht in der Lage sind, entsprechende Behauptungen aufzustellen»*; ebenfalls bei Laien grosszügig sind die Ansichten von AEBI-MÜLLER, S. 193, und GASSER/RICKLI, Art. 56 N. 3, 2. Spiegelstrich. Vgl. des Weiteren auch den Hinweis von KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 9 über eine Reihe von Entscheidungen, in denen sich *«bedenklich breite Aussagen dahingehend [finden], dass das Gericht nicht auf die Notwendigkeit tatsächlichen Vorbringens und insb. von Beweisofferten hinzuweisen hat [...]»* (Hervorhebungen weggelassen). Keine Hinweise bei fehlender Behauptung: B&M-AFFENTRANGER, Art. 56 N. 7; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 248; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 191 (vgl. zu dieser Autorin auch N. 816–818); MEIER R., N. 179 ff., jedoch mit Relativierungen (vgl. zu diesem Autor N. 813).

²⁶¹⁶ LIENHARD A. [b], N. 136.

²⁶¹⁷ LIENHARD A. [b], N. 109.

wirklich zurecht. Nachdem die Fragepflicht ausgeübt wurde, die Beklagte aber säumig blieb, erachtete das Gericht die Sache als spruchreif und wies die Klage ab.²⁶¹⁸ Desirée DIETLIN findet, die besagte Rechtsprechung möge auf den ersten Blick laienunfreundlich erscheinen, sei aber dennoch zu begrüßen.²⁶¹⁹ Dies lässt sich allerdings nach dem vorliegenden Leseverständnis des Urteils nicht ohne Weiteres schliessen. Möglicherweise wurden hier auch zu umfassenden Unvollständigkeits für diese Verhandlungsmaximenausprägung mit einer suboptimalen materiellen Prozessleitung begegnet: Einerseits stellt sich die Frage, ob die Fragepflicht tatsächlich so ausgeübt wurde, dass die Partei effektiv in die Lage kam, bei Aufbringen der geforderten Sorgfalt hinreichende Vorbringen erstatten zu können. Hätte das Gericht andererseits annehmen müssen, dass die Partei trotz rechtskonform ausgeübter richterlicher Fragepflicht den rechtlichen Herausforderungen des anspruchsvollen Verfahrens nicht gewachsen sein wird, hätte es die Postulationsfähigkeit zu verneinen gehabt. Das heisst, nur soweit in diesem Fall der Art. 56 ZPO rechtskonform ausgeübt und der Art. 69 Abs. 1 ZPO berechtigterweise nicht angewandt wurde, bildet er das Risiko ab, das der Laie im Verfahren unter der Verhandlungsmaxime berechtigterweise zu tragen hat.

2.3.4.2. Unvollständige Würdigung seitens der Gegenpartei

Da mihi facta umfasst nicht nur die Behauptungstätigkeit: Auch Bestreitungen 835 gehören zur Faktenlage und können in verschiedener Weise unvollständig sein.

2.3.4.2.1. Pauschalbestreitung und gänzlich fehlende Bestreitungstätigkeit

Der Botschaft zur eidgenössischen ZPO ist zu entnehmen: «Bei bloss pauscha- 836
ler Bestreitung darf das Gericht eine unbestrittene Tatsache annehmen, denn das Beweisverfahren soll nicht durch haltlose Behauptungen verlängert und verteuert werden können.»²⁶²⁰ Eine Annahme dahingehend, dass die Partei bei nur globaler Bestreitung, ohne Stellungnahme zu den einzelnen Positionen, abgesehen einer grundsätzlichen Bestreitung nichts weiter zu sagen hätte, geht einigen aber zu weit.²⁶²¹ Bestimmte Autoren fordern ganz explizit einen gerichtlichen Hinweis

²⁶¹⁸ HGer ZH HG 130183 (09.04.2014).

²⁶¹⁹ DIETLIN, S. 23.

²⁶²⁰ Botschaft ZPO, S. 7311 zu Art. 148. Vgl. aber auch die treffendere Formulierung bei G/J/S-SCHMID, Art. 150 N. 9: Das Beweisverfahren soll nicht durch haltlose *Bestreitungen* verlängert werden.

²⁶²¹ Vgl. im Allgemeinen FELLMANN, Fragepflicht, S. 85, und MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 205, beide m.H.a. die Ansicht von FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 55 ZPO N. 4.

bei Pauschalbestreitungen.²⁶²² Im Fall einer Laienpartei, die sich nicht darüber bewusst ist, dass sie die Vorbringen ihrer Gegenpartei im Einzelnen anerkennen oder bestreiten muss, erblickt François CHAIX ganz ausnahmsweise einen Anwendungsfall von Art. 132 ZPO.²⁶²³

- 837 Noch heute dürfte es berufsmässige Rechtsvertretungen geben, die ihre Rechtschriften zusätzlich, wenn auch unnötigerweise, mit einem pauschalen Bestreitungshinweis abrunden.²⁶²⁴ Für juristische Laien, die einen solchen Hinweis des juristischen Experten übernehmen, ohne darüber hinaus noch im Einzelnen sämtliche angebrachten Bestreitungen anzubringen, kann dies den Prozessverlust bedeuten. Bei dieser Mangelart zeigt sich deutlich, dass die im Rahmen der Erforderlichkeitserwägungen erörterte fallunabhängige, das heisst vom einschlägigen Sachrecht losgelöste Information über die Auslegung von verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Einbringtätigkeiten²⁶²⁵ sinnvoll ist: Denn für das rechtsgenügende Bestreiten muss eine Partei den Art. 222 Abs. 2 ZPO kennen und wissen, was mit dem Bestreiten «*im Einzelnen*» im Sinne dieser Bestimmung grundsätzlich verlangt wird.²⁶²⁶ Der Vorabverweis auf eine allgemein zugängliche Gerichtsinformation, die insbesondere darüber aufklärt, dass sämtliche Floskeln, die lediglich einer pauschalen Bestreitung gleichkommen, untauglich sind, um die Anforderungen des Art. 222 Abs. 2 ZPO rechtsgenügend zu erfüllen, wäre somit sehr zu begrüssen. Aufgrund des Umstands, dass die Einbringtätigkeiten nicht per se mit einer Parteirolle verbunden sind,²⁶²⁷ dient diese Information auch beiden Parteien bezüglich den jeweils auf sie zukommenden Bestreitungsthemen. Mit einer solchen Vorabinformation muss zudem klar sein, dass das Unterschreiten des Levels

²⁶²² Nach LIENHARD A. [b], N. 164 und 169, stellt die Pauschalbestreitung einen Fall der *unbestimmten* oder *unklaren* Bestreitung dar und nicht einen der *Unvollständigkeit*, weshalb nur eine durchschnittliche Sorgfalt zu wahren und ein richterlicher Hinweis daher geboten ist; auch B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 97, verlangt einen Substantiierungshinweis bevor bei pauschalem Bestreiten eine unbestrittene Tatsache angenommen werden darf.

²⁶²³ CHAIX, *procédure ordinaire*, S. 74.

²⁶²⁴ Vgl. JOSI, S. 68, nach dem pauschale Bestreitungen noch immer vorkommen, obwohl das Gebot der Klarheit sie ausschliesst; nach LIENHARD A. [b], N. 238, sollte eine sorgfältige Rechtsvertretung wissen, dass die Pauschalbestreitung nicht (mehr) ausreicht. MEIER I., ZPR, S. 295 und S. 384, spricht bez. der Pauschalbestreitung immerhin von «*bekannte[r] Anwaltsfloskel*».

²⁶²⁵ Zu dieser fallunabhängigen Aufklärung vgl. N. 633–636.

²⁶²⁶ Zum Bestreiten «*im Einzelnen*» vgl. N. 169–173.

²⁶²⁷ Vgl. hierzu N. 155.

einer simplen Pauschalbestreitung – also in dem Sinn, dass gar nichts bestritten wird – erst recht keine Lastenerfüllung darstellt. Weitere Aufklärungen über die Pauschalbestreitung und die gänzlich fehlende Bestreitungstätigkeit werden sich damit erübrigen. Denn auch hier muss gelten: Wenn der juristische Laie, trotzdem er darüber im Bilde ist, was er zu tun hat, seiner Bestreitungslast in diesem Sinn nicht nachkommt, ist sein Verhalten als nachlässig zu qualifizieren. Allerdings ist stets parallel zu prüfen, ob ein gänzlichliches Nichtklarkommen mit einer vergleichsweise einfacheren Einbringtätigkeit seinen Grund nicht auch in einer fehlenden Postulationsfähigkeit haben kann.²⁶²⁸

2.3.4.2.2. Einzelne ungewürdigte und somit vermeintlich unstrittige Punkte

Nach der Ansicht von Reto MARGHITOLA kann bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien nicht erwartet werden, dass diese vollständig und substantiiert die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen bestreiten. Somit komme bei ihnen die gerichtliche Fragepflicht zum Zuge.²⁶²⁹ Raoul MEIER, dessen Auslegung der *offensichtlich unvollständigen Vorbringen* hiervor aufgezeigt wurde, ist indessen der Ansicht, dass bei einzelnen unterlassenen Bestreitungen grundsätzlich kein gerichtlicher Hinweis auf die Lücke, sondern auf den Bedarf nach professioneller Vertretung angezeigt ist.²⁶³⁰ Dies begründet er unter anderem damit, dass er selbiges Vorgehen bei Behauptungslücken vertritt. Er argumentiert mit der Neutralität des Gerichts, um für die Bestreitung in gleicher Weise vorzugehen.²⁶³¹ Nach MEIER wird die gerichtliche Fragepflicht im Rahmen von einfachen Bestreitungen nur dann aktuell, wenn bezüglich eines Parteivorbringens unklar ist, ob damit eine Behauptung bestritten wird oder nicht.²⁶³² Diese beiden Lehrmeinungen zeigen zwei sehr unterschiedliche Handlungsempfehlungen, die vorliegend beide zu Bemerkungen in verschiedener Hinsicht veranlassen:

Hinweise sind auch nach der vorliegend vertretenen Ansicht angebracht, wenn sich aus einem gegebenen Vorbringen nicht erschliesst, ob damit eine Bestreitung beabsichtigt wurde. Hier hat das Gericht, wie dies neben MEIER auch andere

²⁶²⁸ Zur Erforderlichkeitsprüfung in Bezug auf die Postulationsunfähigkeit vgl. N. 628 und zur Postulationsunfähigkeit allgemein vgl. N. 34–40 sowie N. 554–556.

²⁶²⁹ Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.143.

²⁶³⁰ MEIER R., N. 258 f.

²⁶³¹ MEIER R., N. 180 und 258; zu diesem Autor bez. Behauptungslücken vgl. N. 813 der vorliegenden Abhandlung.

²⁶³² MEIER R., N. 274.

zu befürworten scheinen, das *unklare* Vorbringen anzusprechen.²⁶³³ Ebenfalls sind Hinweise grundsätzlich angezeigt, wenn aufgrund besonderer Umstände die blossе Verneinung ausnahmsweise nicht ausreicht und ein begründetes Bestreiten²⁶³⁴ gefordert ist. Das blossе Verneinen ist hier als zu *unbestimmt* im Sinne von Art. 56 ZPO zu qualifizieren. Gerade für eine Laienpartei wird eine solche besondere Mitwirkungslast beim Bestreiten regelmässig schwer erkennbar sein.²⁶³⁵

840 Das Kapitel 3 zeigt, dass der Zweck der dialektisch abfolgenden Einbringtätigkeiten nicht darin liegt, dass letztlich einfach alles bestritten ist. Vielmehr sind dadurch die effektiv beweisbedürftigen Punkte herauszukristallisieren.²⁶³⁶ So sollte jedenfalls nicht generell eine anwaltliche Vertretung angeraten werden, sobald eine rechtsrelevante Tatsache nicht bestritten wurde. Des Weiteren ist es regelmässig nicht so, dass in der Klägerrolle ausschliesslich behauptet und in der Rolle des Beklagten einzig bestritten wird. Nicht nur aufgrund dessen, sondern auch weil die Tätigkeiten des Behauptens und des Bestreitens nicht per se denselben Schwierigkeitsgrad aufweisen, ist es bei den beiden Einbringtätigkeiten nicht angezeigt, mit abstrakt-symmetrischen Prozessleitungsempfehlungen zu arbeiten. Generell können abstrakte Symmetrien zur ungerechtfertigten Herabsetzung von Sorgfaltserwartungen führen und daher in einem konkreten Fall die Parteilichkeitsfrage aufwerfen.²⁶³⁷

841 Die schlichte Tätigkeit des Bestreitens gestaltet sich insofern einfacher als diejenige des (substantiierten) Behauptens, als sich die bestreitungsbelastete Partei im Grundsatz an der rechtsschriftlichen Vorlage ihrer Gegenpartei orientieren kann²⁶³⁸ und die einfache Negierung ausreicht²⁶³⁹.²⁶⁴⁰ Unter diesen Gegebenheiten

²⁶³³ MEIER R., N. 274; wohl auch B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 80 und 94, und DOLGE, Anforderungen, S. 20; DOLGE, Zivilprozess, S. 37.

²⁶³⁴ Zum begründeten Bestreiten vgl. auch N. 170 i.V.m. N. 160.

²⁶³⁵ MEIER R., N. 291.

²⁶³⁶ Vgl. hierzu insb. N. 167–169 und N. 175 i.V.m. N. 177–178.

²⁶³⁷ Die N. 777–779 zeigen, dass Symmetrien (dort: gleiche Sorgfaltsmassstäbe trotz unterschiedlichem Vertretungsentscheid) ohne Rücksicht auf die eigentlich erwartbare Sorgfalt heikel sind.

²⁶³⁸ Zur Bezugnahme auf die Gliederung/Nummerierung der gegnerischen Rechtsschrift vgl. z.B.: S/H/L-LEUENBERGER, Art. 222 N. 15. Zum Bestreiten als «Gegenstück» zum Behaupten vgl. N. 155 m.w.H.

²⁶³⁹ Vgl. hierzu N. 170.

²⁶⁴⁰ Vgl. auch den verbreiteten Hinweis in der Rechtsprechung, dass die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung insgesamt tiefer sind als jene an eine substantiierte

ist die Schwelle der Unsorgfalt bald erreicht, wenn eine Behauptung unwürdigt bleibt: Ist eine Partei über ihre Bestreitungsaufgabe im Bilde – wovon insbesondere bei einer im letzten Unterkapitel geschilderten fallunabhängigen Information auszugehen ist²⁶⁴¹ –, darf angenommen werden, dass ein sorgfältiger juristischer Laie nicht nur einige, sondern alle ihm in einer Rechtsschrift vorgelegten Behauptungen, von denen er der Meinung ist, sie seien unwahr, bestreitet.²⁶⁴²

Somit bedarf es besonderer Umstände, die Fehleinschätzungen bei dieser Einbringtätigkeit entschuldigen und die Fragepflicht auslösen.²⁶⁴³ Die unter der allgemeinen Fragepflicht bestehende Vermutung,²⁶⁴⁴ dass auch die Bestreitungen vollständig sind, kann nach der vorliegend vertretenen Ansicht namentlich unter folgenden Umständen erschüttert werden:

Insbesondere der Fall der höchstrichterlich gesprochenen Ausnahme eines präzisen und eindeutigen Verweises auf eine «selbsterklärende» Beilage verdient in dieser Hinsicht Aufmerksamkeit: Ein solcher zulässiger Verweis führt dazu, dass sich die Gegenpartei in ihrer Antwort auch mit einem Dokument *ausserhalb der Rechtsschrift* im Einzelnen auseinanderzusetzen hat.²⁶⁴⁵ Die Bestreitungstätigkeit

Behauptung, z.B. in: BGE 105 II 143 E. 6a) bb); BGE 115 II 1 E. 4; BGE 141 III 433 E. 2.6; BGE 144 III 67 E. 2.1; 4A_299/2015 E. 2.3 (nicht publiziert im BGE 142 III 84); 4A_692/2015 E. 6.1.1 (nicht publiziert im BGE 143 III 206); 4A_261/2017 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 4.3; 4A_443/2017 E. 4.1; 4A_453/2017 E. 2.2.2 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.4.2; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.7.4; 5A_763/2018 E. 2.1.2.1; 4A_605/2019 E. 4.1.2. Vgl. auch die Kritik im Vernehmlassungsverfahren an Art. 145 Abs. 2 VE-ZPO seitens des Kantons LU in ZS VN, VE-ZPO, S. 394 f. m.H.a. die prozessual erschwerte Position der behauptungs- und beweisbelasteten Partei; S. 398 Uni ZH m.H.a. eine *unsachgerechte* Lastenverteilung.

²⁶⁴¹ Vgl. hierzu N. 836–837 i.V.m. N. 633–636.

²⁶⁴² In ähnliche Richtung LIENHARD A. [b], N. 168.

²⁶⁴³ Eine Fragepflicht bei unterlassener Bestreitung indes ablehnend: FELLMANN, Fragepflicht, S. 81; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 193 und 231 f.; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 17. LIENHARD A. [b] folgert in der N. 328, dass das Gericht grundsätzlich nicht hinweisen darf, wenn einzelne Behauptungen unbestritten geblieben sind, vgl. aber auch sein differenzierendes Beispiel in der N. 168, wenn zwei von sechs Behauptungen und wenn fünf von sechs Behauptungen bestritten wurden und ein Versehen vorliegt.

²⁶⁴⁴ Zur Vermutung der Vollständigkeit der Vorbringen vgl. N. 822.

²⁶⁴⁵ BGE 144 III 519 E. 5.2.1 und 5.2.2. Zum Verweis auf Beilagen vgl. zudem auch z.B.: 4A_146/2015 E. 5.1; 4A_566/2015 E. 4.5; 4A_651/2015 E. 4.3; 4A_281/2017 E. 5.1 ff.; 4A_284/2017 E. 4.3; 4A_443/2017 E. 2.2.2; 4A_398/2018 i.V.m.

an sich, und somit auch deren Schwierigkeitsgrad, verändert sich nicht; auch hier genügt grundsätzlich das bloße Verneinen im Einzelnen. Die Hürde stellt vielmehr die Einschätzung dar, ob in der Rechtsschrift ein rechtsgenügender Verweis auf eine Beilage, die wiederum als selbsterklärend zu qualifizieren ist, vorliegt – hierbei handelt es sich um Rechtsfragen des Verfahrensrechts²⁶⁴⁶. So mancher juristische Laie wird diesen unverschuldetermassen nicht gewachsen sein: Denn die rechtswissenschaftliche Lehre signalisiert, dass dieser Ausnahmefall noch mit zu grossen Unsicherheiten und ebensolchen Risiken behaftet ist.²⁶⁴⁷ Entsprechend der vorliegend vertretenen Auslegung des offensichtlich unvollständigen Vorbringens²⁶⁴⁸ ist die Frage zu stellen, ob es in Anbetracht der erwartbaren Sorgfalt entschuldbar ist, dass die betreffende Partei nicht von einem rechtsgültigen Verweis auf eine selbsterklärende Beilage ausgegangen ist und sich daher nicht im Einzelnen mit den darin enthaltenen Behauptungen auseinandergesetzt hat. In diesem Fall ist der gerichtliche Hinweis angezeigt, dass eine detaillierte Stellungnahme zur Beilage erforderlich ist.²⁶⁴⁹ Dieser Fall führt zu weiteren besonderen Umständen, die eine gerichtliche Rückfrage zur Bestreitungstätigkeit auszulösen vermögen: Etwa eine Darstellung, die eine besondere inhaltliche Komplexität aufweist – so beispielsweise ein sehr anspruchsvolles Gutachten –, was zu entschuldbaren Schwierigkeiten beim Erkennen dessen führt, was als Behauptung im rechtlichen Sinn zu qualifizieren ist. Auch diese prozessrechtliche Qualifikation eines Vorbringens stellt, wie im Kapitel 4 aufgezeigt, eine Rechtsfrage des Verfahrensrechts dar.²⁶⁵⁰

4A_400/2018 E. 10.4.1; 4A_429/2019 E. 4.2; 4A_535/2018 E. 4.2.1. Übersicht z.B. bei: SIEGENTHALER/REETZ/HEINZMANN, S. 196 ff. (Autor REETZ); ausführlich insb. BRUGGER, S. 533 ff., dessen Aufsatz auch das BGer im Urteil 4A_280/2019 E. 4.1 f. für Hinweise verwendet.

²⁶⁴⁶ Vgl. zu dieser Art Rechtsfrage insb. N. 323–325 i.V.m. N. 124–125.

²⁶⁴⁷ Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.111 ff.; JOSI, S. 81 f. und 89 f.; BOHNET, Note 4A_280/2019, S. 23 f.; HÜRLIMANN, S. 211; DROESE, Note 4A_11/2018, S. 18 ff., der aber die beabsichtigte entspannte, sachbezogene Behandlung der Substantiierungsfrage an sich positiv zu werten scheint; so wohl auch HEINZMANN, Kommentar BGE 144 III 519, S. 141.

²⁶⁴⁸ Vgl. hierzu N. 823–825.

²⁶⁴⁹ Zumindest für die verweisende Partei zieht BRUGGER, S. 541, den gerichtlichen Hinweis in Betracht, dass eine Beilage *nicht selbsterklärend oder hinreichend erläutert* ist, mahnt aber, dass die gerichtliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien streng gehandhabt wird (zur anwaltlich vertretenen Partei vgl. auch N. 915–921).

²⁶⁵⁰ Vgl. zu dieser Art Rechtsfrage insb. N. 322–325 i.V.m. N. 124–125.

2.3.4.3. Fehlendes Beweisangebot

In Bezug auf die Beweistätigkeit stellt sich die Frage, was zu gelten hat, wenn eine Partei zu einer behaupteten Tatsache keinen Beweis anbietet. 844

Nach Andreas LIENHARD hat eine Partei, die für alle oder für einzelne Tatsachenbehauptungen kein Beweismittel nennt, die nach seiner Ansicht für Hinweise auf Unvollständigkeiten geforderte *erhöhte* Prozesssorgfalt regelmässig nicht gewährt.²⁶⁵¹ Auch viele andere gehen von keinem gerichtlichen Hinweis bei fehlendem Beweisangebot zu einer rechtserheblichen Tatsache aus.²⁶⁵² 845

Zu dieser Mangelart erwog das Bundesgericht dereinst in dem die bündnerische Fragepflicht betreffenden BGE 113 Ia 433, die Auffassung, dass die Fragepflicht nicht greife, wenn die Partei *«es lediglich unterlassen [hat], einen Beweis für ihre an sich klare Tatsachenbehauptung zu erbringen»*, sei *«nicht völlig unhaltbar»*.²⁶⁵³ 846 Weiter fuhr es fort, dass, auch wenn Max GULDENER die Ansicht vertritt, die mangelnde Vollständigkeit von Beweisen könne auch im fehlenden Beweisangebot zu einer wesentlichen Behauptung bestehen, so erscheine es in Anbetracht der kantonalen Autonomie bezüglich der Ausgestaltung der richterlichen Fragepflicht nicht als sachlich völlig unvertretbar, wenn die Fragepflicht auf die Beweisofferterten nicht unbesehen angewendet wird.²⁶⁵⁴ Dass das Bundesgericht diese doppelten Verneinungen wählte, wird der auf die Willkürprüfung beschränkten Kognition geschuldet gewesen sein. Ganz zu überzeugen vermag sein später unter der eidgenössischen Prozessordnung demgegenüber eindeutig gesprochenes Resultat, dass Gerichte nicht zur Nachfrage gehalten sind, wenn eine Partei für eine wesentliche Behauptung überhaupt kein Beweismittel offeriert hat,²⁶⁵⁵ jedenfalls nicht für jede Situation:

²⁶⁵¹ LIENHARD A. [b], N. 145 (mit Ausnahmefall in den N. 148 f.) und N. 328.

²⁶⁵² MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 192 und 228; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 17; WILDHABER BOHNET, N. 38; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 370 und 395; Fachhandbuch-GÖKSU, N. 5.47; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 248; LORENZ, N. 153; HASENBÖHLER, Beweisrecht II, N. 9.4; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 290 f.; B/G/S I-MÜLLER, Art. 191 N. 5; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 16; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 19, die jedoch einen richterlichen Hinweis bei einer Laienpartei nicht gänzlich auszuschliessen scheinen. Noch vor der eidg. ZPO: ASPRION STÖCKLIN, S. 129 f.

²⁶⁵³ BGE 113 Ia 433 E. 1.

²⁶⁵⁴ BGE 113 Ia 433 E. 1 m.H.a. GULDENER, ZPR, S. 165 FN. 15.

²⁶⁵⁵ Urteil 4A_444/2013 E. 6.3.3. Dieser Erwägung ist auch zu entnehmen, dass die gerichtliche Fragepflicht dem Richter *«freilich nicht auf[trägt], einer Partei bei der Beweis-*

- 847 In Anbetracht des Wortlauts von Art. 56 ZPO muss es nach der vorliegend vertretenen Ansicht grundsätzlich ausreichen, dass die zu beweisende Tatsache vorgebracht wurde. Die fehlende Beweisverbindung führt dazu, dass das Vorbringen unvollständig ist.²⁶⁵⁶ Tatsächlich scheint auch ein erheblicher Teil der Lehre die Anwendbarkeit von Art. 56 ZPO für fehlende Beweismittellofferten in Betracht zu ziehen.²⁶⁵⁷ Dass zumindest bei einem juristischen Laien ein generelles Absehen von gerichtlichen Hinweisen auf das fehlende Beweisangebot zu weit geht, vertritt namentlich Philipp HABERBECK. Anhand des Beispiels eines unvertretenen und verfahrensrechtlich unerfahrenen Handwerkers zeigt er auf, wie das Prozessrecht die Durchsetzung der tatsächlichen materiellen Rechtslage verunmöglichen kann: Begegnet nämlich ein solcher juristischer Laie der Verjährungseinrede (der anwaltlich vertretenen Gegenpartei) mit der Behauptung, seine Schuldnerin betrieben zu haben, ohne aber eine Kopie des Betreibungsbegehrens oder des Zahlungsbefehls einzureichen, läuft er Gefahr, seine durchaus berechnete Forderung wegen des fehlenden Beweisangebots zu verlieren.²⁶⁵⁸ Wenn nun doch gerade die gerichtliche Fragepflicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Zweck hat, eine Partei nicht wegen Unbeholfen-

führung behilflich zu sein (Urteil 5A_586/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2.4.2)»; vgl. diesbez. auch die Urteile 5A_921/2014 E. 3.4.2; 5A_344/2015 E. 7.5; 5A_810/2015 E. 3.3.3; 5A_283/2016 E. 2.3.5.

²⁶⁵⁶ In diese Richtung wohl auch WUILLEMIN, N. 117; vgl. auch das Auslegungsergebnis zu Art. 56 ZPO bez. Beweismittellofferten von HABERBECK, S. 178 ff., nach dem die grammatikalische Auslegung keine direkte Antwort liefert, bei der historischen Auslegung die Regelungsabsichten des Gesetzgebers nicht ersichtlich sind und auch die systematische Auslegung nicht weiterhilft; HABERBECK vertritt S. 180 ff. namentlich aufgrund der *ratio legis* von Art. 56 ZPO, bzw. aufgrund des allgemein dienenden Zwecks des Zivilprozessrechts, die Ansicht, dass ein richterlicher Hinweis bei fehlender Beweismittellofferte u.U. angezeigt ist.

²⁶⁵⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.21, 3. Spiegelstrich, und N. 9.37; KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 9; BK I-HURNI, Art. 56 N. 21; GUYAN, S. 12 FN. 84; HEINZMANN/DEMIERRE, S. 341 f.; wohl auch B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 7; G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 3, mit der Ansicht, dass die Rechtsprechung gegenüber Laien zu absolut ist; so wahrscheinlich auch das Resultat von WUILLEMIN, N. 118 f.; B/G/S II-PAHUD, Art. 221 N. 18, jedoch nur allgemeiner Hinweis bei Laien, wenn gar keine Beweismittel genannt werden, nicht zu jeder einzelnen Behauptung; SCHUMACHER PE., S. 390, findet, das Fragerecht gehe hier weiter als die -pflicht; MÜLLER H. A., S. 371, spricht von einem theoretisch denkbaren Beizug, indes würden die Gerichte in Zürich im ordentlichen Verfahren kaum darauf zurückgreifen. Vgl. vor der eidg. ZPO z.B.: LUTZ, S. 57; SARBACH M., Diss., S. 216 f.; FISCHLI, S. 93 f.

²⁶⁵⁸ HABERBECK, S. 181.

heit ihres Rechts verlustig gehen zu lassen,²⁶⁵⁹ muss gelten, dass Art. 56 ZPO bei einem fehlenden Beweisangebot nicht per se ausgeschlossen sein darf.

So stellt sich also die Frage, wann eine gerichtliche Nachfrage bei fehlendem 848 Beweisangebot tatsächlich angezeigt ist. Der deutschen Literatur lässt sich entnehmen, dass auf die Notwendigkeit der Nennung von Beweismitteln hinzuweisen ist, wenn sich aus den übrigen Vorbringen ergibt, dass das Unterbleiben des Beweisantritts auf einem Versehen oder auf einer erkennbar falschen Beurteilung der Rechtslage, z.B. der Beweislast, beruht.²⁶⁶⁰ Dies harmoniert mit der vorliegend vertretenen Auslegung des offensichtlich unvollständigen Vorbringens nach Art. 56 ZPO insofern, als hier auf ein gemessen am anwendbaren Sorgfaltsmassstab entschuldbares Versehen wie auch eine entschuldbar falsche Einschätzung einer Rechtsfrage abgestellt wird.²⁶⁶¹ Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass die Tätigkeit des Beweisanbietens für juristische Laien eine durchaus anspruchsvolle Einbringtätigkeit darstellt: Das korrekte Anbringen der geforderten Beweisverbindung setzt rechtliche Kenntnisse namentlich über die Erheblichkeit und die Beweisbedürftigkeit von Tatsachen und über die Beweislastverteilung voraus. Fehleinschätzungen solcher Rechtsfragen können entschuldbar sein und damit ein gerichtlicher Hinweis angezeigt. Dieser wird sich oft in der simplen Frage erschöpfen, womit die entsprechende Behauptung nachgewiesen werden soll. Die umsichtige Partei erkennt damit die rechtliche Notwendigkeit eines Beweises. Da indessen das Suchen und Einbringen des geeigneten Mittels nach wie vor der Partei überlassen bleibt, schlägt eine solch singuläre, indirekte Prozessleitungsmaßnahme des Gerichts nicht in eine amtswegige Sachverhaltsermittlung um.²⁶⁶² Auch wird mit dieser Massnahme nicht bereits über den Wahrheitsgehalt der Behauptung befunden. Ist der Mangel entschuldbar, kann nach der vorliegend vertretenen Ansicht somit nicht von einer unter dem Grundsatz *da mihi facta* unzulässigen Hilfestellung bei der Beweisführung gesprochen werden. Hiervon wäre wohl auszugehen, würde das Gericht nach der Würdigung angebotener Beweise wegen deren fehlenden Überzeugungskraft weitere Mittel einfordern.

²⁶⁵⁹ Vgl. hierzu N. 592.

²⁶⁶⁰ Zöller ZPO-GREGER, § 139 N. 16; vgl. auch den Hinweis auf Unklarheiten bez. der Beweislastverteilung bei KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 9.

²⁶⁶¹ Vgl. hierzu N. 823–825.

²⁶⁶² Zu den Erforderlichkeitserwägungen in dieser Hinsicht vgl. N. 601–602.

2.4. Bundesgerichtliche Rechtsprechung – Erörterung kritischer Erwägungen und Formeln

2.4.1. Problembeschrieb

849 In einem neuen Prozesssystem, und gerade dann, wenn dieses auch juristischen Laien offensteht, ist es wichtig, zu prüfen, ob die gerichtliche Leitung den richtigen Weg eingeschlagen hat und diesbezügliche Entscheide verständlich kommuniziert werden. Bei Verweisen auf gerichtliche Entscheide zur materiellen Prozessleitung wiederum gilt es zu prüfen, wie es sich im Referenzfall mit denjenigen Umständen verhalten hat, welche die Faktoren der Verhältnismässigkeitsprüfung beeinflussen.²⁶⁶³ So ist etwa die *Maximenausprägung* des damaligen Belangs zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist zu analysieren, wie weit unter den Referenzverhältnissen eine *Konstellation* vorgelegen haben könnte, in der das *Ziel der Urteilsrichtigkeit eine besondere Akzentuierung* erfahren hat, wodurch sich eine lenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts rechtfertigt. Bei Vergleichen ist zudem immer auch das Augenmerk darauf zu legen, ob die *Referenzpartei demselben Sorgfaltsmassstab* untersteht wie die Partei im zu beurteilenden Fall. Mit der Sorgfaltsfrage verbunden sind stets die Fragen, welchem Teilnehmer am Prozessrechtsverhältnis *zu welchem Zeitpunkt welche Kenntnisse* in rechtlicher, aber auch in tatsächlicher Hinsicht *anzurechnen* sind.

850 Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend einige Beispiele der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgegriffen werden, die seit Inkrafttreten der vereinheitlichten Zivilprozessordnung ergangen sind. Die Wahl fiel auf Urteile, bei denen Knackpunkte, die für den materiellen Prozessleitungsentscheid bedeutsam sind, nicht sogleich ins Auge springen – die vom Bundesgericht sehr allgemein und absolut formulierten Leitungsanweisungen dafür umso mehr. Deshalb wohnt den zitierten Erwägungen ein besonderes Potential inne, dass sie bei isolierter Betrachtung und einer Übernahme in andere Kontexte zu unangemessenen Prozessleitungsentscheiden führen. Hierdurch kann einem faktischen Anwaltszwang Vor Schub geleistet werden.

²⁶⁶³ Zur Erläuterung der Angemessenheitsfaktoren vgl. N. 641–651; zur Erläuterung der Erforderlichkeitsfaktoren vgl. N. 597–599.

2.4.1.1. Zu Art. 56 ZPO

2.4.1.1.1. BGE 142 III 462: Die unter Berücksichtigung der Parteihaltung mit Blick auf das *ius komplette Sachverhaltshypothese* als grundsätzlicher «Rahmen» der Fragepflicht

Diesem Urteil liegt eine komplexe Mäkler- und Zessionsangelegenheit im Immobilienbereich zugrunde, in die diverse Akteure involviert waren. Der Sachverhaltsdarstellung ist zu entnehmen, dass der gegenständliche Mäklere exklusivvertrag einer festen Dauer bis zum 15. Juni 2009 unterstand und die Möglichkeit einer Verlängerung vorsah. Die auf diesem Geschäft basierende Provision von 3% sollte allerdings auch nach Vertragsablauf geschuldet sein, sofern der Käufer vorher gefunden worden war.²⁶⁶⁴ Vorliegend interessiert insbesondere der Umstand, dass die Mäklerauftraggeberin zur Bestreitung des von der Zessionarin der Provisionsforderung geltend gemachten Anspruchs vor der kantonalen Instanz einzig die Gültigkeit (die Verlängerung) des Mäklervertrags in Zweifel zog und die Rolle hinterfragte, die der Zedent als Makler tatsächlich gespielt hatte. Ihrer Ansicht nach war der Kaufvertrag nämlich vielmehr durch die Aktivität einer weiteren Person zustande gekommen.²⁶⁶⁵ 851

Das Appellationsgericht war der Ansicht, dass eine bestimmte E-Mail, die vom Gehilfen des Maklers an die Käuferin gegangen war, nicht aussen vor gelassen werden darf, obschon dieses Schreiben weder von den Parteien noch vom Bezirksgericht berücksichtigt worden war. Aus diesem schloss das zweitinstanzliche Gericht, es hätte ein doppeltes Mäklerverhältnis vorgelegen. Ein solches führt gemäss Lehre und Rechtsprechung «*alla nullità di entrambi i contratti e alla perdita del diritto a ogni provvigione per il doppio mediatore*»²⁶⁶⁶. Nun wurde dies allerdings von niemandem, weder vor erster noch vor zweiter Instanz, eingewendet.²⁶⁶⁷ Die besagte E-Mail, die sich für die Beklagte nunmehr als vorteilhaft erweist, wurde ursprünglich auch nicht von dieser, sondern von der Klägerin eingebracht, und zwar um die Vermittlungsaktivität des Maklergehilfen nachzuweisen.²⁶⁶⁸ 852

²⁶⁶⁴ 4A_456/2015 Sachverhalt und E. 3 (nicht vollständig wiedergegeben im BGE 142 III 462).

²⁶⁶⁵ BGE 142 III 462 E. 4.2 sowie Sachverhalt B.

²⁶⁶⁶ 4A_456/2015 E. 3 (nicht publiziert im BGE 142 III 462) inklusive Wortzitat.

²⁶⁶⁷ 4A_456/2015 E. 3 und 4.2 (teilweise nicht publiziert im BGE 142 III 462).

²⁶⁶⁸ BGE 142 III 462 E. 4.2.

- 853 Das Bundesgericht stellte hierauf die Verletzung der sachverhaltsrelevanten Prozessmaxime fest:²⁶⁶⁹ Es führte aus, dass eine Vereinbarung des Maklers zur Zahlung einer Provision sowohl mit der Verkäuferin der Liegenschaft als auch mit dem potentiellen Käufer zu den Sachverhaltsfeststellungen gehört, für deren Einbringen der Verhandlungsgrundsatz gilt. Rechtlicher Art dagegen sind die darauffolgende Subsumtion unter eine «*doppia mediazione*» sowie die Rechtsfolge der «*nullità di entrambi i contratti*».²⁶⁷⁰ Da nun allerdings der Einwand eines allfälligen Doppelmäklerverhältnisses und die sich nach Art. 415 OR aus einem solchen ergebenden Folgen gar nicht vorgebracht wurden, gehört gemäss Bundesgericht die Feststellung, inwiefern es zur Vereinbarung zweier Provisionen gekommen war, weder unter die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen noch in den rechtlichen Kontext des Falls.²⁶⁷¹ Das Gericht folgert weiter, *dass selbst eine Befragung basierend auf Art. 56 ZPO nicht in Betracht komme, da diese Bestimmung es dem Gericht weder gestatte, die Parteien auf Tatsachen aufmerksam zu machen, die diese nicht bedacht haben, noch ihnen zu helfen, den Fall besser dazulegen oder ihnen einschlägige Argumente vorzuschlagen, mit denen sie obsiegen könnten*.²⁶⁷² Wie erwähnt, brachte die von dieser Argumentationslinie profitierende Partei tatsächlich weder den Sachverhalt eines Doppelmäklervertrags noch die Erfüllung der Bedingungen zur Verwirkung des Maklerlohns nach Art. 415 OR vor. Darüber hinaus kann gemäss Bundesgericht aus dem besagten Schreiben, welches das Appellationsgericht berücksichtigte, auch gar nicht abgeleitet werden, dass die Bedingungen nach Art. 415 OR erfüllt wären.²⁶⁷³
- 854 Der Grund, weshalb der Entscheid ausführlicher aufgegriffen wird, ist dem erläuterten Anliegen geschuldet, auf das Risiko von (zu) allgemein formulierten Grundsätzen in Bezug auf Art. 56 ZPO hinzuweisen:

²⁶⁶⁹ BGE 142 III 462 E. 4.4.

²⁶⁷⁰ BGE 142 III 462 E. 4.1.

²⁶⁷¹ BGE 142 III 462 E. 4.3.

²⁶⁷² Im Original BGE 142 III 462 E. 4.3: «*la norma non permette al giudice né di rendere le parti attente su fatti ch'esse non hanno considerato, né di aiutarle a impostare meglio la causa o suggerire loro quali argomenti pertinenti allegare per vincerla [...]*»; auch bereits in einer französischen Fassung im Urteil 4A_487/2018 E. 4.2.2 oder BGE 146 III 413 E. 4.2 erschienen: «*le juge ne doit ainsi pas rendre les parties attentives à des faits qu'elles n'ont pas pris en considération, ni les aider à mieux présenter leur cause, ni leur suggérer des arguments pertinents (ATF 142 III 462 consid. 4.3. p. 464 s.)*». Für eine deutsche Fassung ausgehend vom italienischsprachigen Entscheid vgl. Pra 106 (2017) Nr. 70.

²⁶⁷³ BGE 142 III 462 E. 4.3.

Dass das Gericht gemäss Entscheid *die Parteien nicht auf Tatsachen aufmerksam zu machen hat, die diese nicht bedacht haben*, ist dann klar, wenn die Haltung, welche die Zessionarin zum Ausdruck brachte, bedacht wird: Sie vermittelt mit ihren Eingaben in keinsten Weise, dass sie der Ansicht wäre, der Mäklerlohn sei *verwirkt* worden, weil der Mäkler *«in einer Weise, die dem Vertrage widerspricht, für den andern tätig gewesen»* ist oder dieser sich *«in einem Falle, wo es wider Treu und Glauben geht, auch von diesem [hat] Lohn versprechen lassen»*²⁶⁷⁴. Ihrer Ansicht nach waren einzig die Verlängerung des Vertrags und die Rolle des Zedenten als Makler zu hinterfragen, sei der Vertrag doch dank einer Drittperson zustande gekommen. Erwägt man also, inwiefern ihre Vorbringen *«unvollständig»* im Sinne von Art. 56 ZPO sind, dann nur im Hinblick auf Hypothesen, welche in keiner Weise der von der Partei zum Ausdruck gebrachten Haltung entsprechen, die aber zu den Wirkungen führen würden, die sie gerne hätte: die Zahlungsverweigerung. Das Problem liegt somit nicht im Prozessleitungsergebnis, sondern in der zu allgemein gehaltenen Erwägungsformel, die zudem eine *weder/noch*-Konstellation enthält: Dieser Satzbau – dass es dem Gericht *weder* gestattet ist, die Parteien auf Tatsachen aufmerksam zu machen, die diese nicht bedacht haben, *noch* ihnen zu helfen, den Fall besser dazulegen *oder* ihnen einschlägige Argumente vorzuschlagen, mit denen sie obsiegen könnten – könnte dahingehend aufgefasst werden, dass sie verschiedene Konstellationen aufzeigt, in denen Art. 56 ZPO keine Anwendung findet. Die Varianten, dass die Parteien nicht auf Tatsachen aufmerksam zu machen sind, die diese nicht bedacht haben, und ihnen nicht geholfen werden muss, den Fall besser darzulegen, sind besonders für ein Laienprozesssystem zu absolut formuliert. Werden sie dahingehend verstanden, dass ein Gericht nicht verpflichtet ist, nach einer fehlenden Gegebenheit zu fragen, die *innerhalb* der von der Partei behandelten Hypothese zu liegen kommt und von dieser unverschuldetermassen nicht eingebracht wurde, droht die Fragepflicht bei Unvollständigkeit neben derjenigen bei Unbestimmtheit zum leeren Versprechen zu verkommen.²⁶⁷⁵ Nicht nur, dass die Entstehungsgeschichte der Fragepflicht wie auch deren Zweck zu anderen Schlüssen führt,²⁶⁷⁶ selbst der Ursprungs-kontext der Erwägung begründet keine derart restriktive Auslegung. In Anbetracht dessen, dass es sich hierbei um einen Entscheid aus der amtlichen Sammlung handelt, ist

²⁶⁷⁴ So die Tatbestände, wie sie in Art. 415 OR beschrieben sind.

²⁶⁷⁵ Zum Bestimmtheitsgebot (selbstständige Tatbestandsvariante) vgl. das Fazit in N. 467–469.

²⁶⁷⁶ Zur Entstehungsgeschichte vgl. N. 543–553. Zum primären Zweck der Fragepflicht gemäss BGer vgl. N. 592.

gerade für diese Erwägungsformel eine Präzisierung, wie sie zum Schluss des hiernach analysierten Urteils formuliert wird,²⁶⁷⁷ sehr wünschenswert.

2.4.1.1.2. 5A_618/2015: Die Frage, «weshalb sich die Frage der Fragepflicht nicht stellt», sowie diejenige nach dem konkret anwendbaren Sorgfaltsmassstab

- 856 Der Sachverhalt in diesem Fall präsentiert sich wie folgt: Einem Scheidungsurteil aus dem Jahr 1999 ist zu entnehmen, dass der Vater verpflichtet ist, die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Tochter *«bis zum Eintritt [...] in die volle wirtschaftliche Selbstständigkeit, mindestens aber bis zum 18. Altersjahr [zu bezahlen]. Ausbildungsbeiträge gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB bleiben vorbehalten»*²⁶⁷⁸. Im Jahr 2013 forderte die nunmehr volljährige Tochter von ihrem Vater rückwirkend angemessene Unterhaltsbeiträge.²⁶⁷⁹ In seiner Stellungnahme verlangte der Vater die Abweisung des Begehrens.²⁶⁸⁰ In Anbetracht des Umstands, dass der vor Bundesgericht Beschwerde führende Vater die Rüge erhebt, er wäre angesichts der komplexen prozessualen Situation wenigstens aufzufordern gewesen, einen Anwalt beizuziehen,²⁶⁸¹ ist davon auszugehen, dass es sich bei seiner Antwort um eine Laieneingabe handelte. Anlässlich der erstinstanzlichen Haupt- und Instruktionsverhandlung stellte die Tochter ihr Begehren dahingehend, dass sie *in Abänderung des Scheidungsurteils* eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge verlangt; ob es sich hierbei um eine Klageänderung handelt, liess das Bundesgericht aufgrund unzureichender Rügen explizit offen.²⁶⁸² Dem Urteil ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer mit einem Rechtsbeistand zu dieser Verhandlung erschienen ist, anlässlich derer der Rechtsbeistand klargestellt haben soll, es seien *«klar keine Unterhaltsbeiträge geschuldet»*.²⁶⁸³
- 857 Gemäss Bezirksgericht wäre es trotz Vorliegen eines Abänderungsverfahrens verfehlt, einer allfällig bereits im Scheidungsurteil über die Mündigkeit hinaus geregelten Unterhaltsverpflichtung den Vorrang gegenüber dem Erfordernis der

²⁶⁷⁷ Vgl. hierzu N. 864.

²⁶⁷⁸ 5A_618/2015 Sachverhalt A.

²⁶⁷⁹ 5A_618/2015 Sachverhalt A. und B.a. und E. 4.

²⁶⁸⁰ 5A_618/2015 Sachverhalt B.b.

²⁶⁸¹ 5A_618/2015 E. 6.7, worauf das BGer antwortete, dass die Tatsache, dass die Eingabe eines *Laien* lückenhaft erscheint, für sich allein nicht die Annahme einer Postulationsunfähigkeit rechtfertigt.

²⁶⁸² 5A_618/2015 E. 4 i.V.m. Sachverhalt B.c.

²⁶⁸³ 5A_618/2015 E. 5.3.

persönlichen Zumutbarkeit nach Art. 277 Abs. 2 ZGB zuzusprechen; es wies die Klage der Tochter vollumfänglich ab. Das Obergericht pflichtete dem Bezirksgericht bei, dass es dem Vater persönlich nicht zuzumuten ist, Unterhaltsbeiträge an seine volljährige Tochter zu leisten. Aufgrund des Umstands, dass der Vater jedoch keine Widerklage erhoben hatte, folgte aber die obere Instanz, dass die ursprünglich im Scheidungsurteil über die Volljährigkeit der Tochter hinaus festgesetzten Unterhaltsbeiträge nach wie vor Bestand haben. Somit hatte das vorinstanzliche Bezirksgericht die Dispositionsmaxime verletzt.²⁶⁸⁴

Es scheint, als habe die Tochter an der Haupt- und Instruktionsverhandlung die 858 Gelegenheit wahrgenommen, die Formulierung ihres Begehrens in der hiervor aufgezeigten Weise anzupassen. Demgegenüber hatte der Vater zu diesem Zeitpunkt aufgrund von Art. 224 Abs. 1 ZPO keine Gelegenheit mehr, eine Widerklage einzureichen, wäre eine solche doch bereits mit der Klageantwort zu erheben gewesen. Obwohl es sich bei der Klageantwort wohl um eine Laieneingabe gehandelt hat, merkt das Bundesgericht an, der Beschwerdeführer wolle nicht erklären, *«warum es ihm nicht erlaubt oder sonstwie geradezu unmöglich gewesen sein soll, in seiner Stellungnahme zur Klage vom 29. August 2013 ein selbstständiges (Feststellungs-)Begehren in dem Sinne zu stellen, dass er der Beschwerdegegnerin keine Unterhaltsbeiträge schulde»*²⁶⁸⁵. Mit der unmittelbar folgenden Unterewägung, in der das Bundesgericht die vom Vater erhobene Rüge umschreibt, steht die Erklärung aber eigentlich im Raum: Der Beschwerdeführer will es mit Blick auf das Verbot des überspitzten Formalismus und auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben nicht gegen sich gelten lassen, dass das Obergericht *«ihm vorwirft, er hätte wissen müssen, dass es nur um die Erhöhung der Unterhaltspflicht gegangen sei und der Unterhalt gemäss Scheidungsurteil nach wie vor gelte»*²⁶⁸⁶. Tatsächlich also wusste der juristische Laie über diesen rechtlichen Umstand offensichtlich nicht Bescheid. So konnte es ihm aufgrund diesbezüglich fehlender Rechtskenntnisse von vornherein auch nicht gelingen, seinen Willen in der Klageantwort in die vom Obergericht als prozessual notwendig erklärte Form zu giessen.

Nun fragt sich, wie weit dies dem Vater zum Vorwurf gereichen darf – mit anderen 859 Worten: Hätte *er* es tatsächlich *besser wissen müssen*? Immerhin scheint selbst das Bezirksgericht eine Widerklage für entbehrlich gehalten zu haben, ansonsten

²⁶⁸⁴ 5A_618/2015 Sachverhalt B.d. zum Urteil des BezGer und Sachverhalt C.b. zum Urteil des OGer.

²⁶⁸⁵ 5A_618/2015 E. 5.3.

²⁶⁸⁶ 5A_618/2015 E. 6.1.

es doch kein Urteil gefällt hätte, das gegen die Dispositionsmaxime verstösst. Wie aus der hiervor wörtlich wiedergegebenen Passage des Scheidungsurteils ersichtlich ist, enthält dieses zwar einen Hinweis, dass der Unterhalt auch bis über die Mündigkeit hinaus geschuldet ist, sofern die Tochter noch keine wirtschaftliche Selbstständigkeit erreicht hat. Gleichzeitig aber ist auch ein Vorbehalt des Volljährigenunterhalts nach Art. 277 Abs. 2 ZGB angemerkt. Gemäss Bundesgericht ging das Obergericht zu Recht davon aus, die Beschwerdeführerin habe mit dem Verfahren nicht erstmals die Leistung von Volljährigenunterhalt verlangt, sondern auf Abänderung des im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeitrags geklagt.²⁶⁸⁷ Der Beschrieb der Prozessgeschichte liest sich allerdings nach dem vorliegenden Verständnis so, als erachtete die Gegenpartei es (erst) nach der Klageantwort als notwendig, ihr Rechtsbegehren dahingehend zu präzisieren. Ob die Anwältin der Tochter die rechtliche Situation ursprünglich auch (noch) nicht vollständig erfasst hatte, lässt sich aus dem Urteil nicht erschliessen. Ausgeführt wird aber, dass selbst der damals am Scheidungsurteil mitwirkende Gerichtsschreiber die Unterhaltsregelung anders auslegt: Dieser geht davon aus, der Vater sei mit dem Scheidungsurteil nur zu Unterhaltsleistungen bis zur Volljährigkeit des Kindes verpflichtet worden, da sich ein Unterhalt darüber hinaus kaum sinnvoll hätte bestimmen lassen. Doch offenbar führt auch diese Facheinschätzung nicht dazu, dass die fehlende Rechtskenntnis des Vaters als entschuldbar qualifiziert würde. Das Bundesgericht ist der Ansicht, der Wortlaut des Scheidungsurteils spreche gegen die Interpretation des Gerichtsschreibers:²⁶⁸⁸ *«Was für einen Sinn es machen würde, im selben Federzug einen bestimmten Unterhaltsbeitrag über die Volljährigkeit hinaus festzusetzen und den Volljährigenunterhalt generell vorzubehalten, vermag der Beschwerdeführer nicht zu erklären.»*²⁶⁸⁹ Über einen geraumen Zeitraum hinweg verstricken sich für den Vater verschiedene tatsächliche und rechtliche Gegebenheiten in ungünstiger Weise: Eine Unterhaltspassage im Scheidungsurteil, die wohl mit einer Absicht verfasst wurde, welche die Passage nicht klar zum Ausdruck bringen konnte. Eine Klageschrift der Tochter, welche ihm die eigentliche Rechtslage nicht besser zu erhellen vermochte. Die Besonderheit der Widerklage, die darin liegt, dass dem Vater seine Fehleinschätzung über Rechtsfragen bereits mit seiner Klageantwort zum Verhängnis wurde.

- 860 Der Grund, dieses Urteil zu behandeln, wo doch die Relativierung der Dispositionsmaxime gar nicht Gegenstand der Abhandlung bildet, liegt in der bundes-

²⁶⁸⁷ 5A_618/2015 E. 3.4.

²⁶⁸⁸ 5A_618/2015 E. 3.4.

²⁶⁸⁹ 5A_618/2015 E. 3.4.

gerichtlichen Erwägung, in der auf frühere Entscheide zur Fragepflicht in Bezug auf Sachbehauptungen verwiesen wird: «Sie [Anm.: die Fragepflicht] nimmt den Parteien die Verantwortung für die zeitgerechte Prozessführung jedoch nicht ab: Soweit unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Beibringung des Tatsachenfundaments tragen, ist die richterliche Fragepflicht nicht dazu bestimmt, Sachbehauptungen in den Prozess einzuführen, die weder vorgebracht noch belegt sind (Urteil 5A_921/2014 vom 11. März 2015 E. 3.4.2; 4A_78/2015 [sic!; recte: 4A_78/2014] und 4A_80/2014 vom 23. September 2014 E. 3.3.3). Dasselbe gilt für die Rechtsfolgebehauptungen, die zusammen mit einem entsprechenden Rechtsschutzantrag das Rechtsbegehren ausmachen (s. STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, S. 13 ff.): Verfügen – wie hier [...] – allein die Parteien über den Streitgegenstand (Dispositionsmaxime; Art. 58 Abs. 1 ZPO), so ist es nicht Sache des Richters, nach Rechtsfolgebehauptungen zu forschen, bezüglich derer die Partei überhaupt keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Dies übersieht der Beschwerdeführer, soweit er sinngemäss argumentiert, dass er sich allein aufgrund der Klage vom 7. Juni 2013 gar nicht zu einer förmlichen Widerklage habe veranlasst sehen müssen.»²⁶⁹⁰ In der Folge erklärt das Bundesgericht, dass der Beschwerdeführer die Rüge, sein Vorbringen sei «*offensichtlich unvollständig*» gewesen, nicht rechtsgenügend vorträgt.²⁶⁹¹ Mit dieser Erwägung sind nach der vorliegenden Ansicht verschiedene Probleme verbunden:

Der Umstand, dass selbst das Bezirksgericht – in Anbetracht dessen, dass es die Dispositionsmaxime verletzt hat – eine Widerklage bis zuletzt nicht als nötig erachtete, ist höchst bedeutsam: Bei genauer Betrachtung konnte die gerichtliche Fragepflicht gegenüber dem Vater nämlich bereits aus diesem Grund nicht aktuell werden: Schliesslich bringt ein Gericht per se keine Hinweise auf Elemente an, die es selbst nicht als rechtlich relevant erachtet. Hätte das Bezirksgericht indessen die Rechtslage gleich wie das Obergericht eingeschätzt, hätte für das Bezirksgericht Anlass bestanden, zu erwägen, wie weit das Rechtsbegehren in der Laienantwortschrift tatsächlich zumindest «*sinngemäss bzw. materiell*»²⁶⁹² vorhanden war, aber unverschuldetermassen *unklar* geblieben ist, oder ob dieses in nicht sorgfaltpflichtwidriger Weise *offensichtlich unvollständig* war und somit zu Beginn der Verhandlung Anlass zu klärenden Rückfragen zur Klageantwort bestanden hätte. In Bezug auf die Rechtskenntnisse, die von einer Laienpartei tatsächlich erwartet

²⁶⁹⁰ 5A_618/2015 E. 6.6 (Hervorhebung teilweise im Original).

²⁶⁹¹ 5A_618/2015 E. 6.6.

²⁶⁹² Diese Ausdrucksweise verwendet der Beschwerdeführer, vgl. 5A_618/2015 E. 6.1.

werden dürfen, liegt doch ein sehr relevanter Unterschied darin, ob ein Gericht sich *bereits* aus dem Grund gar nicht zu Rückfragen veranlasst sehen kann, weil es ein Vorbringen selbst nicht als notwendig erachtet, oder ob das Gericht die rechtliche Notwendigkeit eines Vorbringens erkennt und *erst* aus dem Grund keinen Anlass für Rückfragen sieht, weil die Partei ihre Sorgfaltspflicht verletzt, indem sie gewisse Themen verschuldetermassen aussen vor lässt. Die hiervor zitierte Erwägung des Bundesgerichts zur Fragepflicht ist primär auf diese zweite Hypothese zugeschnitten, die aber vorliegend gerade nicht gegeben war.

862 Kommt ein Gericht im Wissen um den Mangel und den Bedarf nach Verbesserung zum Schluss, dass keine Fragepflicht besteht, ist eine Verletzung der Sorgfaltspflicht zu begründen. Da im schlichten Umstand, dass ein juristischer Laie von der Möglichkeit Gebrauch macht, selbst zu prozessieren, grundsätzlich noch keine Sorgfaltspflichtverletzung erblickt werden darf,²⁶⁹³ bräuchte es eine weitergehende Begründung, weshalb *in casu* eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit vorgelegen hat. Der Umstand, dass sich in diesem Fall selbst die Beklagte veranlasst sah, an der Verhandlung ihr ursprüngliches Begehren nachzubessern, spricht diesbezüglich zugunsten des Vaters. Mit der Widerklage, die es bereits mit der Klageantwort zu erheben gilt, ist eine sehr frühe «Präklusion» für dieses Rechtsbegehren verbunden. Dessen Zusammenhang mit der richterlichen Fragepflicht gegenüber Laien gälte es eigens zu analysieren, was indes nicht zum Gegenstand der vorliegenden Abhandlung gehört.

863 Noch weiter einzugehen ist demgegenüber auf die Verweisteknik, die das Bundesgericht beim Vergleich mit der Fragepflicht unter der Verhandlungsmaxime anwendet: In dem an zweiter Stelle angegebenen Referenzurteil machte das Bundesgericht damals die bekannte wie berechtigte Ausführung, dass die Fragepflicht nicht dazu dient, Nachlässigkeiten ungeschehen zu machen.²⁶⁹⁴ Es gelangte in jenem Fall zum Resultat, dass die dort *anwaltlich vertretene* Klägerin nicht auf die Unvollständigkeit ihrer Vorbringen hinzuweisen war.²⁶⁹⁵ Dem aktuellen Entscheid liegt demgegenüber eine mangelbehaftete Klageantwort eines juristischen

²⁶⁹³ Vgl. hierzu N. 710.

²⁶⁹⁴ 4A_80/2014 i.V.m. 4A_78/2014 E. 3.3.3. Zur diesbez. konstanten Rechtsprechung vgl. N. 714–715.

²⁶⁹⁵ 4A_80/2014 i.V.m. 4A_78/2014 E. 3.3.3, insb. die Passage: «Daraus ergibt sich, dass die Klägerin die Unvollständigkeit ihrer Vorbringen [...] tatsächlich erkannte und sich zu einer entsprechenden Stellungnahme mit ergänzenden Vorbringen und Beweisanträgen veranlasst sah. Unter diesen Umständen bleibt eine Pflicht des Gerichts, die anwaltlich vertretene Klägerin auf die fragliche Unvollständigkeit ihrer Vorbringen aufmerksam zu machen, ausser Betracht.» (Hervorhebungen zugefügt).

Laien zugrunde. Auch beim Laien sind Nachlässigkeiten nicht hinweiswürdig. Der Massstab, an dem die Sorgfalt gemessen wird, ist allerdings ein anderer, weshalb das konkrete Prozessleitungsergebnis nicht unbeschadet übernommen werden darf. Gerade im besagten Referenzurteil stellte das Bundesgericht denn sogar noch explizit fest, dass der Zweckgedanke von Art. 56 ZPO darin liegt, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, weshalb der Eingriffsumfang des Gerichts von den Umständen des Einzelfalls, namentlich der Unbeholfenheit der betroffenen Partei abhängt.²⁶⁹⁶ Genau dieselben Ausführungen sowohl über die Grenzen als auch über den Zweck der Fragepflicht machte das Bundesgericht ebenfalls im ersten Verweisurteil. Auch in jenem Urteil gelangte das Gericht zum Schluss, dass kein Anlass bestanden hatte, die *anwaltschaftlich vertretene* Beschwerdeführerin zu befragen.²⁶⁹⁷ Es ist heikel, in einem Fall, der eine mangelbehaftete Laieneingabe betrifft, auf Basis von Fällen, in denen professionell vertretene Parteien den gegenüber Anwaltspersonen bestehenden Sorgfalts-erwartungen nicht gerecht wurden, den sehr offen formulierten Schluss zu ziehen, dass keine Hinweise auf Sachbehauptungen erteilt werden, die weder vorgebracht noch belegt sind.

Wie im Detail aufgezeigt, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht der Rahmen für die Fragepflicht durch die mit Blick auf das *ius* komplette und mit der tatsächlichen Parteihaltung im Einklang stehende Sachverhaltshypothese zu definieren.²⁶⁹⁸ Die bundesgerichtliche Erwägung hat somit dann Berechtigung, wenn damit gemeint ist, dass das Gericht keine Sachhinweise auf Tatsachen anbringt, die *ausserhalb* dieser Hypothese liegen. Oder eben dann, wenn diese Tatsachen zwar innerhalb der Sachverhaltshypothese liegen, die Lücke allerdings auf eine *Unsorgfalt* der Partei zurückzuführen ist. Würde abgesehen von diesen Fällen nicht auf eine unverschuldete Lücke hingewiesen, wird die Entstehungsgeschichte der Fragepflicht, die hiervor aufgezeigt wurde, übergangen und der Tatbestand des unvollständigen Vorbringens ginge in demjenigen der Unbestimmtheit auf.²⁶⁹⁹ Dies mit dem Resultat, dass die Fragepflicht ihren höchststrichterlich gesproche-

864

²⁶⁹⁶ 4A_80/2014 i.V.m. 4A_78/2014 E. 3.3.3.

²⁶⁹⁷ 5A_921/2014 E. 3.4.2: «*Angesichts des soeben Gesagten bestand kein Anlass, dass das Obergericht vor Fristablauf die anwaltschaftlich vertretene Beschwerdeführerin zur Einreichung weiterer Beweismittel bezüglich aller dieser Punkte oder auch nur einzelner davon hätte auffordern müssen.*» (Hervorhebungen zugefügt). Sowohl die Vertretungskonstellation wie auch die Art des Mangels waren hier also ganz anders.

²⁶⁹⁸ Vgl. hierzu N. 828–834.

²⁶⁹⁹ Zum Bestimmtheitsgebot (selbstständige Tatbestandsvariante) vgl. das Fazit in N. 467–469. Zur Entstehungsgeschichte vgl. N. 543–553.

nen Zweck nicht selten verfehlen wird.²⁷⁰⁰ Es wäre daher zu begrüßen, würde die Rechtsprechung zu Art. 56 ZPO dahingehend präzisiert, dass mit Blick auf das einschlägige *ius* eine gerichtliche Frage- und Hinweispflicht auf eine Vortragslücke dann besteht, wenn diese innerhalb der mit der tatsächlichen Parteihaltung im Einklang stehenden, vollständigen Sachverhaltshypothese zu liegen kommt, welche die Partei indessen, in Anbetracht des jeweils anwendbaren Sorgfaltsmassstabs unverschuldetermassen unvollständig eingebracht hat.

2.4.1.1.3. 4A_301/2013: Das «Auffangnetz» der materiellen Prozessleitung

865 In diesem Urteil galt es die Frage zu entscheiden, ob die von einem Bauschlosser und Servicetechniker eingeklagte Arbeitgeberin dem Gesamtarbeitsvertrag der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche untersteht. Basierend auf diesem GAV nämlich machte der erstinstanzlich nicht anwaltlich vertretene Arbeitnehmer eine Überstunden- und Ferienentschädigung in der Gesamthöhe von rund CHF 58'000 geltend.²⁷⁰¹ Seine angesichts des Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu beurteilenden Begehren wurden indessen über alle Instanzen hinweg abgewiesen. Dreh- und Angelpunkt war die Bestimmung zum Geltungsbereich, Art. 3.2.1 GAV, inhaltlich übereinstimmend mit dem Art. 2 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des entsprechenden GAV. Dessen letzter Satz lautet wie folgt: *«Ausgenommen sind Fabrikations- und Handelsunternehmen, sofern sich die Lieferung, Montage und Wartung ausschliesslich auf die selbst hergestellten oder unter ihrem Namen gelieferten Komponenten und Produkte beschränkt, sowie Firmen der gewerblichen Kälte.»*²⁷⁰² Die Vorinstanz war der Ansicht, der Arbeitnehmer habe nicht nachgewiesen, dass sein Arbeitgeber die Wartung von Fremdprodukten ausführte.

866 Der beschwerdeführende Arbeitnehmer, inzwischen anwaltlich vertreten, rügte zunächst eine Umkehr der Beweislast. Das Bundesgericht gesteht ihm zu, dass die Wendung *«Ausgenommen sind»* irreführend – *«trompeuse»* – ist: Art. 3.2.1 GAV präsentiert sich nicht als eine allgemeine Regel, die einen Anspruch des Arbeitnehmers zu begründen vermag, und eine rechtsvernichtende oder -hemmende Einrede des Arbeitgebers. Vielmehr sei hierbei von einer einzigen Rechtsregel auszugehen, die positive und negative Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GAV enthalte – die Beweislast liege beim Arbeitnehmer.²⁷⁰³

²⁷⁰⁰ Zum primären Zweck der Fragepflicht gemäss BGer vgl. N. 592.

²⁷⁰¹ 4A_301/2013 Sachverhalt.

²⁷⁰² BBl 2009 7995.

²⁷⁰³ 4A_301/2013 E. 3.

Die Beweislastverteilung stellt klar eine Rechtsfrage dar. Deren Beantwortung ist, 867
zumindest nach der vorliegend vertretenen Ansicht, in Gegenwart einer «*formule verbale* [...] *trompeuse*»²⁷⁰⁴ den wenigsten juristischen Laien selbstständig zumutbar. Inwieweit dem Beschwerdeführer, der, wie angetönt, zunächst als Laie auftrat, bewusst sein musste, dass ihm diesbezüglich die Behauptungs- und Beweislast obliegt, lässt sich dem bundesgerichtlichen Urteil nicht entnehmen.

Aus dem Urteil geht weiter hervor, dass der Beschwerdeführer in seiner Beru- 868
fung die Wiedereröffnung des Beweisverfahrens verlangt hat. Er führt aus, er hätte erst nach dem erstinstanzlichen Urteil Zugriff zum Dossier des Parallelverfahrens gehabt, aus dem das Gericht das Beweisergebnis übernommen hatte. In jenem Parallelverfahren stellte sich ebenfalls die Frage, ob die Arbeitgeberin dem besagten GAV untersteht. Der Beschwerdeführer hatte vor, den Beweis zu erbringen, dass die Arbeitgeberin 70% des Umsatzes mit der Wartung von Wärmespeichern erzielt, die nicht von ihr hergestellt oder zusammengesetzt werden. Dem bundesgerichtlichen Entscheid ist zu entnehmen, dass der Arbeitnehmer vor erster Instanz nie behauptet hatte, dass die Arbeitgeberin die Wartung von Fremdprodukten ausführte, was ihm jedoch möglich gewesen wäre. Die Berufungsinstanz sei hierauf im Einklang mit Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO nicht eingegangen.²⁷⁰⁵ Hierzu ist anzumerken, dass, soweit der Beschwerdeführer aufgrund der *formule verbale trompeuse* allenfalls doch unverschuldetermassen die Rechtsfrage der Beweislastverteilung nicht korrekt einschätzen konnte, dies auch für die dieser vorwirkenden Behauptungslastverteilung²⁷⁰⁶ gelten muss.

Weiter fällt der amtliche Beizug des Dossiers aus einem anderen Verfahren auf, wo 869
doch der Sachverhalt, in Anbetracht des Streitwerts, nicht von Amtes wegen abzuklären war. Im Urteil wird erläutert, dass die Parteien hierüber zu Beginn der Verhandlung vom 14. Juni 2011 informiert worden sind. Aus dem Umstand, dass das Beweisverfahren dann am 26. Juli 2011 geschlossen wurde, ergibt sich, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit gehabt hätte, das Paralleldossier zu konsultieren und sich diesbezüglich zu äussern.²⁷⁰⁷ In der darauffolgenden Erwägung 5 stellt das Bundesgericht weiter fest, der Beschwerdeführer rüge diesen Dossierbeizug selbst nicht.²⁷⁰⁸ Dieser letzte Hinweis auf die fehlende Rüge wirft die Frage auf, ob

²⁷⁰⁴ 4A_301/2013 E. 3.

²⁷⁰⁵ 4A_301/2013 E. 4.2.

²⁷⁰⁶ Zur Vorwirkung der Beweislast vgl. N. 212 m.w.H.

²⁷⁰⁷ 4A_301/2013 E. 4.2.

²⁷⁰⁸ 4A_301/2013 E. 5.2.

denn das Bundesgericht diesen Dossierbeizug als rügenswert erachtet – immerhin unterstand das Verfahren der Verhandlungsmaxime. Dass der Beizug im Sinne einer gerichtsnotorischen Tatsache nach Art. 151 ZPO gerechtfertigt wäre, wird zumindest nicht erwähnt. Aufgrund der fehlenden Rüge muss sich das Gericht damit nicht befassen. Kritisch erscheint jedenfalls, dass im Parallelverfahren eine antizipierte Beweiswürdigung zum Beweisergebnis, das in das vorliegend betrachtete Verfahren transponiert wurde, beigetragen hatte.²⁷⁰⁹ Ob eine solche Übernahme zulässig sein kann, will wohlüberlegt sein: Soweit das Parallelverfahren einer Maximenausprägung unterstand, bei der die Prozessorgfalt der Parteien eine vorrangige Rolle spielt, besteht vermehrt die Gefahr, dass das Beweisergebnis nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt. Dieses Ergebnis, vor dem auch noch eine antizipierte Beweiswürdigung stattgefunden hat, in ein weiteres Verfahren einzuschliessen, in welchem sich *nicht mehr dieselben Parteien* gegenüberstehen, scheint sehr heikel. Dass die Vorinstanzen dem diesbezüglichen Begründungsbedarf nachgekommen sind, kann dem Bundesgerichtsentscheid nicht entnommen werden. Umgekehrt kommt der Beschwerdeführer seiner Last nicht nach, die Willkürzüge ausreichend zu begründen,²⁷¹⁰ womit eine gerichtliche Auseinandersetzung mit diesem schwierigen Punkt an formellen Voraussetzungen scheitert. An solchen schlugen auch die Versuche des Beschwerdeführers fehl, angebliche Zugeständnisse der Gegenpartei aus deren Berufungsantwort sowie Elemente aus dem erstinstanzlichen Urteil für sich fruchtbar zu machen.²⁷¹¹

- 870 Die Erwägung 4.2 enthält den erwähnten Vorwurf, dass der Laie vor erster Instanz nie behauptet hat, dass seine Arbeitgeberin die Wartung von Fremdprodukten ausführt.²⁷¹² An der Verhandlung vom 14. Juni 2011 soll demgegenüber der geschäftsführende Teilhaber der Arbeitgeberin ausgesagt haben, dass das Unternehmen seine Eingriffe auf Teile und Produkte beschränkt, welche sie selbst herstellt. Der Beschwerdeführer wiederum habe diese Behauptung nicht bestritten. Angesichts der Verhandlungsmaxime hätte hieraus, so das Bundesgericht dann in Erwägung 5.2, eigentlich bereits geschlossen werden können, dass der Nachweis, dass die Beschwerdegegnerin Wartungsarbeiten an Fremdprodukten ausführt, nicht erbracht war.²⁷¹³ Eine Argumentation mit der Zugeständniswirkung, die auf den ersten Blick einleuchten mag. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese

²⁷⁰⁹ 4A_301/2013 E. 5.

²⁷¹⁰ 4A_301/2013 E. 5.2 vgl. auch E. 8.

²⁷¹¹ 4A_301/2013 E. 7.1.

²⁷¹² 4A_301/2013 E. 4.2.

²⁷¹³ 4A_301/2013 E. 5.2.

Argumentationsweise tatsächlich auch so den Vorinstanzen vorschwebte, wurde es doch immerhin als notwendig erachtet, für diesen Punkt auf das Dossier des Parallelverfahrens zurückzugreifen. So stellt sich weiter die Frage, ob allenfalls im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer unstrittigen Tatsache bestanden hatten. Auch diese Bestimmung wird jedoch im Bundesgerichtsentscheid nicht erwähnt. Wäre dies die Rechtsgrundlage für den Beizug gewesen, gilt es zu bedenken, dass der Art. 153 Abs. 2 ZPO zumindest nach dem Wortlaut eine amtswegige Beweiserhebung vorsieht. Es erscheint sehr fraglich, ob einer solchen Beweiserhebung auch die Übernahme des Beweisergebnisses aus einem Parallelverfahren entsprechen kann, an dem nur *eine* der beiden aktuellen Prozessparteien beteiligt war und in welchem eine antizipierte Beweiswürdigung stattgefunden hat, die keine Zweifel duldet.

Über dem Instanzenzug schweben somit Fragen nach verfahrenstechnischen 871 Ungereimtheiten im Bereich der Sachverhaltserstellung. Ergründen lassen sie sich jedoch nicht. Nicht nur wegen besagter formeller Hürden, sondern auch, weil dem Beschwerdeführer seine Verantwortlichkeit vorgehalten wird. Wie immer, stellt sich auch hier die Frage, ob Fehler einer initial als Laie auftretenden Partei dieser tatsächlich zum Vorwurf gereichen dürfen oder ob nicht an irgendeiner Stelle eine gerichtliche Fragepflicht angezeigt gewesen wäre. Dies entspricht der Ansicht des Arbeitnehmers. Das Bundesgericht meint jedoch nein: Die Anwendung von Art. 56 ZPO wegen offensichtlich unvollständigen Vorbringens sei ausgeschlossen gewesen; der Beschwerdeführer habe vor erster Instanz ein Formular mit dem Titel *«demande de prud'hommes»* ausgefüllt und darin verlangt, dass der GAV eingehalten wird. Zudem gab er an, die geforderte Summe mithilfe einer Gewerkschaft berechnet zu haben. So wird gefolgert: *«La demande n'était donc pas dépourvue de tout allégué. Et l'absence d'allégué précis sur la réalisation des conditions d'application de la CCT ne rendait pas la demande incomplète au point de justifier une interpellation de la part du juge.»*²⁷¹⁴

Dass die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO greift, wenn der Beschwerdeführer kei- 872 nerlei Behauptungen aufstellt, kann mit dem ersten Satz dieser Erwägung nicht gemeint sein; dies ist mit der konstanten Rechtsprechung und der einhelligen Lehre, dass die Fragepflicht keine Nachlässigkeiten korrigieren soll,²⁷¹⁵ nicht zu vereinen. Die Formulierung, dass dann aber auch das Fehlen von «präzisen» Angaben zu den Anwendbarkeitsvoraussetzungen des GAV das Vorbringen des Laien nicht dergestalt unvollständig erscheinen lässt, dass eine Fragepflicht ange-

²⁷¹⁴ 4A_301/2013 E. 6.2.

²⁷¹⁵ Vgl. hierzu N. 714–715.

zeigt wäre, entspricht im Grunde genommen nicht einmal der Lehrmeinung, die ein «Andeuten» von Tatsachen oder Tatbestandselementen verlangt²⁷¹⁶. Da die somit unklare Aussage zur Fragepflicht überdies auch keine Bezüge zum Wortlaut, zur Entstehungsgeschichte oder auch zum Zweck der Fragepflicht – nämlich dass Parteien nicht aufgrund einer Unbeholfenheit ihrer Rechte verlustig gehen sollen²⁷¹⁷ – herstellt, lässt sie sich für Aussenstehende nicht sinnvoll einordnen und erst recht nicht verwenden. Dennoch wird in der kantonalen Rechtsprechung zur Erläuterung der hinter Art. 56 ZPO stehenden Grundsätze auf dieses Urteil verwiesen.²⁷¹⁸ Ohne den Inhalt jener Entscheide zu würdigen, erscheint aufgrund der aufgezeigten Unklarheiten zu dieser Erwägung bereits ein Verweis auf das Urteil nicht sachgerecht. Auch deshalb nicht, weil das Bundesgericht entscheidende Fragen zur Verhältnismässigkeit der materiellen Prozessleitungsentscheide der Vorinstanzen nicht behandelt: Einerseits fehlte es zum Dossierbeizug aus dem Parallelverfahren an rechtsgenügend vorgetragenen Rügen. Andererseits wurde die Frage nicht explizit erörtert, ob in Anbetracht der *formule verbale trompeuse* in Bezug auf die Fehleinschätzung der Rechtsfrage der Beweislastverteilung und derer Vorwirkungen effektiv eine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des juristischen Laien vorliegt.

- 873 So wie sich das Urteil liest, sollte die zitierte Passage letztlich wohl einen generellen Vorwurf mangelnder Prozesssorgfalt unterstreichen. Der nachträgliche Hinweis des Bundesgerichts, der Arbeitnehmer erwähne, Hilfe von der Gewerkschaft bekommen zu haben, stützt die Ablehnung der Fragepflicht allein indessen nicht, soweit deren Hilfeleistung sich nur auf die Forderungsberechnung bezogen hat²⁷¹⁹. Dass der juristische Laie damit bereits am Sorgfaltsmassstab einer anwaltlich vertretenen Partei zu messen wäre, wird zumindest nicht erwähnt. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass hier ein Fall vorliegt, in welchem ein unbeholfener Laie zwischen den Maschen des Auffangnetzes von Art. 56 und Art. 69 Abs. 1 ZPO durchgerutscht ist, weil die Voraussetzungen für die richterliche Fragepflicht zu restriktiv ausgelegt wurden.

²⁷¹⁶ Zur Lehre des Andeutens vgl. N. 465–466.

²⁷¹⁷ Zum Wortlaut vgl. die Analysen in N. 458–469, zur Entstehungsgeschichte vgl. N. 543–553, zu diesem Zweckgedanken der Fragepflicht vgl. N. 592.

²⁷¹⁸ Vgl. z.B. KGer JU CC 89/2017 E. 2.1 vom 27.02.2018: «*Lorsque la procédure est soumise à la maxime des débats, l'article 56 CPC ne s'applique qu'en cas de manquement manifeste des parties (TF 4A_301/2013 du 6 janvier 2014 consid. 6.2).*»; KGer GE C/22021/2013 E. 3.1.1 mit der fast identischen Erläuterung. Diese Aussage ist im Urteil 4A_301/2013 E. 6.2 durchaus *auch* enthalten, aber eben nicht nur diese.

²⁷¹⁹ 4A_301/2013 E. 6.2.

2.4.1.1.4. 4A_444/2013: Die Abhängigkeit des *da mihi facta* vom Sach- und vom Verfahrensrecht

Das vielbeachtete Urteil 4A_444/2013, auf das hiervor bereits wegen der strengen Prozessleitungsaussage bei fehlendem Beweisangebot zu einer relevanten Behauptung hingewiesen wurde,²⁷²⁰ ist auch in einer weiteren Hinsicht hervorzuheben. In diesem Fall war die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren wohl nicht anwaltlich vertreten.²⁷²¹ Dies obschon, wie es das Bundesgericht explizit erwähnt, das markenrechtliche Verfahren in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einen erheblichen Schwierigkeitsgrad aufweist, der den Beizug einer professionellen Rechtsvertretung nahegelegt hätte.²⁷²² So blieb der Partei höchstens eine gerichtliche Hilfestellung, die allerdings nicht erfolgte. Auf die Rüge einer Verletzung von Art. 56 ZPO trat das Bundesgericht zwar nicht ein, bemerkte aber dennoch, dass diese unbegründet ist. Denn die Prozessmaterie sei der Beschwerdeführerin aus einem kurz zuvor durchlaufenen Prozess bestens vertraut, ging es dort doch exakt um die gleiche Fragestellung. *«Die Kenntnisse aus einem früheren Verfahren dürfen bei der Beurteilung der Unbeholfenheit einer Partei berücksichtigt werden (Urteil 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2). Überdies räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass ihr Organvertreter, Prof. Dr. O., über Kenntnisse in Markensachen verfügt. Sie kann daher in Bezug auf den vorliegenden markenrechtlichen Prozess zumindest in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht als unerfahren gelten.»*²⁷²³ 874

Diese Passage wird vorliegend zitiert, um auf eine wichtige Differenzierung hinzuweisen, welcher die Erwägung zu wenig Bedeutung zumisst: Bereits im Kapitel 6 wurde betont, dass die Prozessführung eine eigene Materie betrifft, die nicht mit der Gewandtheit bezüglich der sich stellenden Sachfragen gleichzusetzen ist.²⁷²⁴ Dies belegt die Postulationsfähigkeit, die eine eigenständige Voraussetzung für die Prozessteilnahme darstellt.²⁷²⁵ Wenn nun, wie im besagten Urteil ausgeführt, die Laienpartei durch ein Foto von mehreren Ordnern anbietet, *«wenn nötig»* tausende Rechnungen vorlegen zu können, stellt dies zwar in einem vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Verfahren keine rechtskonforme Beweisofferte dar: 875

²⁷²⁰ Vgl. hierzu N. 846.

²⁷²¹ Die dürfte vermutlich auch im Fall 4A_145/2016 so gewesen sein, der in E. 4.2 das Ergebnis aus dem Urteil 4A_444/2013 E. 6.3.3 bestätigt.

²⁷²² 4A_444/2013 E. 6.3.4.

²⁷²³ 4A_444/2013 E. 6.3.4 (Hervorhebung zugefügt).

²⁷²⁴ Vgl. hierzu N. 368.

²⁷²⁵ Vgl. hierzu N. 34–38.

Aus Neutralitätsgründen wird das Gericht nicht zunächst die formal korrekt eingebrachten Beweise würdigen und im Fall eines ungünstigen Resultats die Partei bitten, die für diesen Eventualfall in Aussicht gestellten Beweise einzureichen.²⁷²⁶ Zu bedenken ist, dass es einer Partei aber womöglich gar nicht um ein dergestalt gestaffeltes Vorgehen geht: Es kann sein, dass sie schlicht mit einer Unzahl an Beweisen nicht sinnvoll umzugehen weiss. Sie mag sich allenfalls für eine Fotografie entschieden haben, in der Ansicht, so das stattliche Volumen an potentiellen Beweismitteln festhalten zu können, was ihr nicht gleichermassen gelingt, würde sie sich bloss auf das Einreichen einiger Rechnungen beschränken. Jedenfalls betrifft das Problem die Rechtsfrage des Verfahrensrechts, wie ein Beweisangebot prozessual rechtsgenügend einzubringen ist, was mit dem anwendbaren Sachrecht vorderhand nichts zu tun hat. Ein minimales Andeuten eines Beweismittelvorbringens ist unter diesen Umständen kaum zu verneinen; immerhin wurde ein Foto eingebracht, um die vermeintliche Existenz der unzähligen Beweise «zu beweisen». Wie weit es nun dieser Laienpartei anzulasten ist, dass sie ein solches Vorgehen als prozessual rechtsgenügend erachtet, respektive ob sie einen Hinweis auf die Untauglichkeit ihres Beweisangebots verdient, ist diskutabel und klar von den konkreten Umständen abhängig. Dabei sind zur Beurteilung, ob diese Rechtsfrage des Verfahrensrechts in *entschuldbarer Weise* falsch eingeschätzt wurde, die erwartbaren Kenntnisse der Partei im Bereich der Prozessführung und nicht diejenigen des materiellen Rechts relevant.²⁷²⁷

2.4.1.2. Textpassage zur Verhandlungsmaxime

- 876 In einigen französischsprachigen Entscheiden, gerade in einem neueren vom Mai 2020, lässt sich eine Passage finden, die da lautet: «*La maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) impose aux parties d'alléguer les faits et d'offrir les moyens de preuve propres à les établir, le juge ne pouvant pas suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément (arrêt 4A_437/2017 du 14 juin 2018 consid. 4.6 et les arrêts cités).*»²⁷²⁸ Auch eine solche Aussage erfordert einen wohlbedachten Umgang:
- 877 Eine wichtige Rolle spielte in diesem Fall B., einziger Geschäftsführer einer GmbH. Dessen Gesellschaft war Hauptmieterin von Büroräumlichkeiten, von denen Teile an C. untervermietet wurden. C. war als Einzelunternehmer ebenfalls im Immo-

²⁷²⁶ So explizit das BGer im Urteil 4A_444/2013 E. 6.5.3.

²⁷²⁷ Vgl. zur Illustration auch die Hinweise der Lehre über die Kenntnisse des Verfahrensrechts in N. 1165.

²⁷²⁸ 4A_312/2019 E. 3.3.

lienbereich tätig. Der geschäftliche Auftritt der implizierten Personen war grundsätzlich getrennt organisiert: Es gab keinen Austausch von Geschäftsunterlagen; Logo, Design, Adresse wie auch die Rechnungsstellung und die Buchhaltung wurden individuell geführt. Eine Zusammenarbeit erfolgte nur ausnahmsweise für einige bestimmte Mandate. Nach seinem Auszug aus den Büroräumlichkeiten machte C. eine Forderung aus der Immobiliengeschäftstätigkeit geltend. Vor Gericht vertrat er die Ansicht, er und B., eventualiter er und die GmbH, hätten eine einfache Gesellschaft gebildet, aufgrund dessen ihm die Hälfte von bestimmten Kommissionen zustehe.²⁷²⁹ Da B. indessen nie in eigenem Namen tätig gewesen war, kam diesem keine Passivlegitimation zu.²⁷³⁰ Betreffend der zweiten Beklagten zeigt das Bundesgericht mit Wortzitaten aus den Vorbringen von C. auf, dass dieser im Verfahren stets den Willen kundgetan hat, nur mit B. persönlich, nicht aber mit der GmbH, eine einfache Gesellschaft eingegangen zu sein.²⁷³¹ So gab C. etwa ausdrücklich an, *«avoir <toujours eu l'intention de s'associer avec [le défendeur] avec lequel il était devenu ami avant la création [de la société] et [qu']il n'avait jamais été question d'interposer entre eux la société précitée (...)»*, und präziserte zudem, *«(…) qu'il s'était associé avec [le défendeur] à titre personnel et non avec [la société]»*²⁷³². Das Bundesgericht entschied, dass die Klage gegen die GmbH ebenfalls hätte abgewiesen werden müssen.²⁷³³ In seiner Begründung stellt es insbesondere fest, dass C. keine Umstände dargetan hat, mit denen er einen stillschweigenden Willen, mit der beklagten GmbH ein gemeinsames Ziel zu verfolgen, zum Ausdruck gebracht hätte. Abgesehen hiervon wurde von ihm auch nicht vorgebracht, dass B. die GmbH als Organ gültig vertreten hätte, und er machte auch keine Umstände geltend, die ihm erlaubt hätten anzunehmen, dass eine Vertretung im Sinne von Art. 32 Abs. 2 OR vorlag. Schliesslich habe C. auch nicht versucht, Umstände geltend zu machen, die zu einem Durchgriff, *«la levée du voile corporatif»*, hätten führen können.²⁷³⁴

So lagen in diesem Fall tatsächlich Unvollständigkeiten vor. Nach dem vorliegenden Leseverständnis des Urteils aber insbesondere im Hinblick auf Sachverhalts- 878

²⁷²⁹ 4A_312/2019 Sachverhalt.

²⁷³⁰ 4A_312/2019 Sachverhalt B.c. und B.d. sowie E. 1, 3.6, 4 und 5.

²⁷³¹ 4A_312/2019 E. 3.6, insb.: *«Le demandeur a dès lors allégué sa volonté de poursuivre un but commun exclusivement avec le défendeur, toute association avec la société étant exclue.»*

²⁷³² 4A_312/2019 E. 3.6.

²⁷³³ 4A_312/2019 E. 5.

²⁷³⁴ 4A_312/2019 E. 3.6 inkl. zitierter Ausdruck.

hypothesen, die zwar möglicherweise zum Zuspruch des eingeklagten Betrags hätten führen können, die jedoch nicht mit der von C. eingenommenen Haltung (einzig und ausschliesslich mit B. eine einfache Gesellschaft gebildet zu haben) zu vereinen waren, oder die Abweichungen vom gewöhnlichen Lauf der Dinge in der von C. vermittelten Hypothese darstellen, die dieser in keinsten Weise thematisiert hatte. Dass das Gericht unter der Verhandlungsmaxime keine in diesem Sinn alternativen Sachverhaltshypothesen prozessleitend vervollständigen kann, zeigte sich bereits im hiervor besprochenen Leitentscheid 142 III 462.²⁷³⁵ Wohlbemerkt war nun aber im vorliegend aufgegriffenen Bundesgerichtsurteil die Fragepflicht gar kein Thema. Vor diesem Hintergrund, und entsprechend ihrer Position und expliziten Einleitung, ist somit die eingangs zitierte Aussage des Bundesgerichts, «*La maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) impose aux parties d'alléguer les faits et d'offrir les moyens de preuve propres à les établir; le juge ne pouvant pas suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément [...]*»²⁷³⁶, denn auch einzig und allein als Beschreibung der mit dem Verhandlungsgrundsatz einhergehenden Parteiverantwortung zu interpretieren. Dass unter dieser Prozessmaxime die originäre Verantwortung für den Prozessstoff bei den Parteien und nicht beim Gericht liegt, betonte das Bundesgericht auch bereits mit den Worten: «*Lorsque la maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC; Verhandlungsmaxime; massima dispositiva), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès [...]*»^{2737, 2738} In solchen Umschreibungen des Verhandlungsgrundsatzes ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht keine Anweisung an die Gerichte enthalten, bei entschuldbaren Behauptungslücken innerhalb der erkennbar angestrebten Sachverhaltshypothese per se keine Nachfragen anzustellen. Dies aus mehreren Gründen:

- 879 Nicht nur, dass die Fragepflicht im Urteil gar nicht thematisiert wurde, ihr derartiger Ausschluss lässt sich nicht mit dem Wortlaut von Art. 56 ZPO vereinen: Es lässt sich schwerlich vertreten, dass eine Behauptungslücke innerhalb der vermittelten Sachverhaltshypothese keine Unvollständigkeit darstellen würde. Wie dargelegt, greift die gerichtliche Fragepflicht indessen nicht bei Belangen, die dem

²⁷³⁵ Vgl. hierzu N. 851–855.

²⁷³⁶ 4A_312/2019 E. 3.3.

²⁷³⁷ BGE 144 III 519 E. 5.1, worauf eine Aufzählung der verschiedenen Lasten folgt – Thema dort ist der Verweis auf eine Beilage und die Bestreitung deren Inhalts.

²⁷³⁸ Vgl. zudem den Entscheidungsaufbau in ZR 60 (1961) Nr. 64, S. 125 f., wo das OGer ZH in einer ähnlichen Weise in E. 3 zunächst die Verhandlungsmaxime umschreibt – erst in E. 4 f. folgt dann die Relativierung.

Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, soweit der Partei hinsichtlich des Mangels eine Unsorgfalt vorzuwerfen ist.²⁷³⁹ Mit anderen Worten ausgedrückt, ist in *zwei Schritten* vorzugehen: Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob mit Blick auf das potentiell einschlägige *ius* eine Vortragslücke *innerhalb* der rahmengebenden, von der Partei vermittelten Sachverhaltshypothese vorliegt. Ist dies der Fall, muss eine Rechtfertigung folgen, wenn die Fragepflicht *aufgrund der konkreten Fallumstände*, namentlich einer Sorgfaltspflichtwidrigkeit, nicht greift. Im vorliegend erörterten Fall war der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten. So ist festzustellen, dass, selbst wenn eine singuläre Unvollständigkeit (auch) innerhalb der rahmengebenden Sachverhaltshypothese vorgelegen hätte, dies wohl einer Unsorgfalt der professionellen Parteivertretung zuzuschreiben gewesen wäre. Die Gründe, weshalb dies nicht mit einem Ausschluss der Fragepflicht bei unverschuldeten Unvollständigkeiten gleichzusetzen ist, wurden bereits im Rahmen der Erörterung zum Urteil 5A_618/2015 dargelegt, weshalb an dieser Stelle auf den letzten Abschnitt jenes Unterkapitels verwiesen sei.²⁷⁴⁰

Bezüglich des im Entscheid angemerkten Referenzurteils 4A_437/2017, das ebenfalls unter neuem Prozessrecht ergangen ist,²⁷⁴¹ ist festzuhalten, dass auch dort die gerichtliche Fragepflicht nicht Diskussionsgegenstand war. Gerügt wurde vielmehr die vorinstanzliche Verletzung der Verhandlungsmaxime.²⁷⁴² Tatsächlich stellte das Bundesgericht eine solche fest, da die Vorinstanz basierend auf unzureichenden Angaben einen Schadensposten berücksichtigt hatte. Diese Feststellung kann nun wiederum, in ähnlicher Weise wie beim zweiten Entscheid der vorliegenden Analysenreihe, zur Frage führen, ob die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, die gerichtliche Fragepflicht auszuüben, wäre auch sie in korrekter Weise von ungenügenden Vorbringen ausgegangen. Dies kann nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht anhand der Passage, «*la maxime des débats (à laquelle le présent litige est soumis) impose aux parties d'alléguer les faits et d'offrir les moyens de preuve propres à les établir; le juge ne peut ni suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément [...]*»²⁷⁴³, verneint wer-

880

²⁷³⁹ Vgl. hierzu N. 714–715.

²⁷⁴⁰ Vgl. hierzu N. 864.

²⁷⁴¹ Das Urteil 4A_437/2017 wiederum verweist auf die Entscheide 4A_566/2015 E. 4.2 und 4A_491/2010 E. 2 (nicht publiziert im BGE 137 III 455), welche dann das waadt-ländische Prozessrecht betreffen.

²⁷⁴² 4A_437/2017 i.V.m. 4A_439/2017 Sachverhalt C.b.

²⁷⁴³ 4A_437/2017 i.V.m. 4A_439/2017 E. 4.6.

den,²⁷⁴⁴ schliesslich war die Fragepflicht gar kein Thema des bundesgerichtlichen Verfahrens. Fakt ist zudem, dass die eidgenössische Zivilprozessordnung – im Gegensatz zu einigen kantonalen Bestimmungen – explizit eine Fragepflicht nicht nur bei unbestimmten, sondern auch bei unvollständigen Vorbringen statuiert. Aufgrund dessen und aufgrund der bei der zweiten Urteilerörterung dargestellten Gründe²⁷⁴⁵ darf gerade in einem Laienprozesssystem im Beschrieb der Verhandlungsmaxime nicht einfach ein genereller Ausschluss der gerichtlichen Fragepflicht bei entschuldbaren Vortragslücken erblickt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass der vorliegende Fall 4A_437/2017 eine Partei betrifft, die insbesondere vorprozessuale Anwaltskosten von über CHF 32'400 geltend macht.²⁷⁴⁶ Hoch sind somit auch die Erwartungen an ihre Fähigkeiten und Sorgfalt. Soweit in Bezug auf den bundesgerichtlich nunmehr doch abgewiesenen Forderungspunkt eine Sachverhaltshypothese vorlag, so war diese in Anbetracht der bundesgerichtlichen Erwägung 5.2²⁷⁴⁷ jedenfalls derart mangelbehaftet, dass die allgemeine Fragepflicht aufgrund ungenügender Sorgfalt nicht hätte zum Zuge kommen können. Wäre die Fragepflicht für diesen Fall zu erörtern, müsste somit nebst den Grenzen der Sachverhaltshypothese insbesondere auch die Prozesssorgfalt eingehend thematisiert werden.

- 881 Als Fazit ist festzuhalten, dass nach der vorliegend vertretenen Ansicht die an dieser Stelle erörterte Erwägung des Bundesgerichts, *«La maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) impose aux parties d'alléguer les faits et d'offrir les moyens de preuve propres à les établir, le juge ne pouvant pas suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément (arrêt 4A_437/2017 du 14 juin 2018 consid. 4.6 et les arrêts cités)»*²⁷⁴⁸, schlicht als Umschreibung des Verhandlungs-

²⁷⁴⁴ A.M. wohl BOHNET, faits, N. 18.

²⁷⁴⁵ Vgl. hierzu N. 864.

²⁷⁴⁶ Vgl. 4A_437/2017 i.V.m. 4A_439/2017, Sachverhalt B.a.

²⁷⁴⁷ Ein selbstständiger Landwirt, der bei einem Verkehrsunfall verletzt wurde, machte Forderungen geltend, u.a. weil er ohne den Unfall seinen Betrieb selbst hätte modernisieren wollen; aus dem Urteil 4A_437/2017 i.V.m. 4A_439/2017 E. 5.2 ist diesbez. zu entnehmen: *«Sur ce point, la cour cantonale a relevé que le demandeur n'avait pas allégué les travaux qu'il aurait accomplis, ni qu'il aurait dû être remplacé par un tiers ou un proche pour que ces travaux soient réalisés ni, à cet égard, le tarif auquel aurait été soumis le tiers (ou le proche). Force est également de constater (complètement d'office selon l'art. 105 al. 2 LTF) que le lésé n'a pas allégué le nombre d'heures réalisées par un tiers ou un proche, ni même les années durant lesquelles ces travaux ont été effectués.»*

²⁷⁴⁸ 4A_312/2019 E. 3.3.

grundsatzes zu werten ist. Die Fragepflicht war weder im erörterten Urteil noch im Referenzfall Thema. Des Weiteren geht es bei der Fragepflicht auch tatsächlich nicht darum, dass Gerichte eigenständig Sachverhaltshypothesen ergänzen oder Tatsachenvorschläge unterbreiten. Im Fall einer unverschuldeten eigentlichen Vortragslücke innerhalb der vermittelten Sachverhaltshypothese hat sich das Gericht vielmehr in so offener Weise, wie es die betreffende Lücke zulässt, über das betreffende Geschehen zu erkundigen und der sorgfältig prozessierenden Partei so die Gelegenheit zu geben, mit ihrer Antwort selbstständig ihre Hypothese zu erhellen.²⁷⁴⁹

2.4.2. Fazit für die Rechtsprechung – und für die darauf Bezug nehmende Lehre

Problematisch erscheint nach der vorliegend vertretenen Ansicht, dass gewisse 882
Formeln der Rechtsprechung suggerieren können, dass eine eigentliche Lücke, und somit selbst diejenige innerhalb der Hypothese, die dem Gericht von einer sorgfältigen Partei vermittelt wird, per se von der gerichtlichen Fragepflicht ausgeschlossen wäre. Die aufgezeigten Kontexte der Formeln müssen indessen nicht zu einem solchen Schluss führen. Auch verträgt sich ein solch genereller Ausschluss weder mit dem, was die Verfahrensfairness aus der Warte einer unbeholfenen Partei erfordert²⁷⁵⁰, noch mit der Tatsache, dass dem offensichtlich unvollständigen Vorbringen in Art. 56 ZPO neben der Unbestimmtheit ein eigenständiger Tatbestand gewidmet ist²⁷⁵¹. Überdies lässt sich ein genereller Ausschluss der eigentlichen Lücke sorgfältig prozessierender Parteien nicht mit dem höchstrichterlich gesprochenen Zweck der Fragepflicht, eine unbeholfene Partei nicht ihres Rechts verlustig gehen zu lassen,²⁷⁵² vereinen. Und schliesslich kann er nach der vorliegend vertretenen Ansicht auch nicht aus den Intentionen, die im Vernehmlassungsverfahren zur Fragepflicht geäußert wurden, herausgelesen werden.²⁷⁵³

All dies bedeutet indes keineswegs, dass eine Nachfrage bei eigentlichen Lücken 883
stets angezeigt ist: Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO scheidet nach der vorliegend vertretenen Ansicht aus, wenn ein Element erfragt werden müsste, das zwar zur Gutheissung des Begehrens notwendig wäre, allerdings klar nicht mit der Parteihaltung vereinbar ist oder eine Eventualität betrifft (beispielsweise

²⁷⁴⁹ Zur Kommunikation des Gerichts vgl. N. 712–713.

²⁷⁵⁰ Vgl. hierzu N. 557–562.

²⁷⁵¹ Vgl. hierzu N. 465–466 i.V.m. N. 544–553.

²⁷⁵² Vgl. hierzu N. 592.

²⁷⁵³ Vgl. hierzu N. 543–553.

einen Irrtum), die von der Partei in keinsten Weise vermittelt wird. Und selbst zur vermittelten Sachverhaltshypothese fällt die gerichtliche Nachfrage dann ausser Betracht, wenn der Mangel nicht auf einen hiervor erläuterten, *entschuldbaren* Irrtum über eine Rechtsfrage oder ein ebensolches Versehen zurückzuführen ist. Mit anderen Worten ausgedrückt, steht die gerichtliche Nachfrage grundsätzlich unter der Bedingung, dass eine Partei die *von ihr unter den konkreten Umständen erwartbare Sorgfalt* aufbringt. Somit rechtfertigt die Missachtung der jeweils angezeigten Prozesssorgfalt das Ausbleiben des gerichtlichen Hinweises. Wie die vorliegenden Urteilerörterungen zeigen, gilt es diesbezüglich zu prüfen, wem zu welchem Zeitpunkt welche Kenntnisse über die Geschehnisse und welches korrekte Einschätzungsvermögen über die sich stellenden Rechtsfragen anzurechnen ist. Nur so lässt sich ein Sorgfaltsvorwurf effektiv begründen.

- 884 Die vorliegende Analyse macht deutlich, dass gerade diejenigen Fallumstände, die für die Verhältnismässigkeitserwägungen im Rahmen des materiellen Prozessleitungsentscheids entscheidend sind, in ausreichendem Masse wiedergegeben werden sollten. Namentlich der notwendigen Differenzierung zwischen professionell vertretenen Parteien und juristischen Laien wird in den Formeln zur Prozessleitung bislang nicht ausreichend Rechnung getragen. Dies mag dem Umstand geschuldet sein, dass die Parteien im ordentlichen Verfahren wohl in aller Regel anwaltlich vertreten sind, wie dies bereits die Botschaft prophezeite.²⁷⁵⁴ Wird aber nicht hinreichend auf die Faktoren, die auf den Prozessleitungsentscheid eingewirkt haben, eingegangen, wächst die Gefahr, dass die nicht fallvertraute Leserschaft Erwägungen zum materiellen Prozessleitungsentscheid – dessen Resultat unter den konkreten Umständen durchaus gerechtfertigt sein mag – zu pauschal respektive zu absolut auffasst. Dies wird zum Problem, wenn in weiteren Urteilen oder Abhandlungen auf solche Aussagen referenziert wird. Auch absolut formulierte Handlungsanweisungen wollen wohlüberlegt sein. Isoliert von ihrem ursprünglichen Kontext können gerade solche der Schaffung eines faktischen Anwaltszwangs merklich Vorschub leisten.²⁷⁵⁵

²⁷⁵⁴ Vgl. hierzu N. 369.

²⁷⁵⁵ Kritisch zur bundesgerichtlichen Haltung gegenüber Art. 56 ZPO insb. PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 9 ff., insb. m.H.a. den BGE 142 III 462 (vorliegend erörtert in N. 851–855). BOHNET, faits, N. 2, stellt zehn Jahre nach Inkrafttreten der eidg. ZPO fest: «*La portée effective de la maxime des débats dépend en effet beaucoup de la rigueur avec laquelle on l'applique. Et à cet égard, ce sont les approches les plus strictes connues outre-Sarine qui se sont imposées.*» Der insb. auf das Urteil 4A_463/2014 E. 1 (nicht publiziert im BGE 141 III 20) gestützte Hinweis dieses Autors, dass Art. 56 ZPO keine Abhilfe bei einer «*insuffisance des moyens au fond*» leistet, geht nach der vorliegend

Es ist zudem hilfreich, wird die Fragepflicht in den aufgezeigten zwei Schritten angewandt: 1. eine Feststellung darüber, ob die Lücke *innerhalb* der rahmengen- 885
benden Sachverhaltshypothese zu liegen kommt, 2. eine Darstellung der *konkreten Umstände*, welche gegebenenfalls das *Ausbleiben des gerichtlichen Hinweises rechtfertigen*. Eine explizite bundesgerichtliche Präzisierung der Fragepflicht hinsichtlich der Grenze der mit der tatsächlichen Parteihaltung vereinbaren, vermittelten Sachverhaltshypothese sowie der jeweils subjektiv oder objektiv zu bemessenden Sorgfaltserwartungen ist äusserst wünschenswert.²⁷⁵⁶

Zu bedenken ist stets, dass eine zu restriktiv gehandhabte Fragepflicht eine allzu 886
grosse Lücke hin zu Art. 69 Abs. 1 ZPO aufklaffen lässt und bald zu einem faktischen Anwaltszwang führt²⁷⁵⁷. Soweit die Fragepflicht zur unvollständigen Hypothese einer sorgfältigen Partei nicht effektiv gelebt wird, ist eine Überarbeitung des Art. 56 ZPO ins Auge zu fassen.²⁷⁵⁸ Auch aktualisiert sich die Frage, ob das Anraten einer Vertretung für die als postulationsfähig eingestufte, aber von Art. 56 ZPO nicht grundsätzlich ausreichend aufgefangene Partei basierend auf Art. 52 ZPO zur gerichtlichen Pflicht werden muss.²⁷⁵⁹

3. Gerichtliche Fragen und Hinweise nach den übrigen Tatbestandsvarianten des Art. 56 ZPO und Substantiierungshinweise im Besonderen

Paul OBERHAMMER weist darauf hin, dass Art. 56 ZPO über die gebotene Gewähr- 887
leistung von rechtlichem Gehör und damit über die blossе Verhinderung von Überraschungsentscheiden hinausreicht, da «eine Partei, die en connaissance de cause unklares, widersprüchliches oder unbestimmtes Vorbringen erstattet, ja durchaus rechtliches Gehör erlangt»²⁷⁶⁰. Tatsächlich handelt es sich bei diesen drei Varianten gerade um Fälle, in denen Vorbringen zu einem Tatbestandsmerkmal klar vor-

vertretenen Ansicht sehr weit, denn in jenem Fall war die Unsorgfalt der anwaltlichen Vertretung das Problem, die keine gerichtliche Fragepflicht auslöst. Sehr absolut sind aber auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 248: «*En revanche, il [Anm.: le devoir d'interpellation simple] ne permet pas au tribunal de rendre attentives les parties à des lacunes dans leurs allégués ou leurs preuves, ni de prendre en compte des faits qu'elles n'ont pas invoqués, même s'ils étaient pertinents.*»

²⁷⁵⁶ Zur Präzisierung vgl. N. 864.

²⁷⁵⁷ Von einem *de facto*-Anwaltszwang im ordentlichen Verfahren ausgehend: PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 9 f.

²⁷⁵⁸ Zu diesem Problem vgl. N. 467–469.

²⁷⁵⁹ Vgl. hierzu N. 630–632.

²⁷⁶⁰ KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 7 (Hervorhebung im Original anders).

handen sind, die Vorbringen aber inhaltliche Mängel aufweisen und deshalb der Überarbeitung bedürfen. Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen diesen drei Mangelarten erscheint indessen weder vollumfänglich umsetzbar,²⁷⁶¹ noch ist sie für die vorliegende Analyse nötig, lösen sie doch allesamt die gerichtliche Fragepflicht aus.²⁷⁶²

- 888 Einer der häufigsten Mängel, nämlich die ungenügende Substantiierung im Sinne einer nicht rechtsgenügenden Zergliederung in Einzeltatsachen, fällt nach der vorliegend vertretenen Ansicht unter eine dieser weiteren Varianten von Art. 56 ZPO; regelmässig stellt sie eine Unbestimmtheit dar.²⁷⁶³ Wenn auch berufsmässigen Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern die Aufgabe des rechtsgenügenden Substantiiierens zuweilen Kopfzerbrechen bereitet,²⁷⁶⁴ stellt diese Aufgabe *a fortiori* für den juristischen Laien eine technisch sehr schwierige Aufgabe dar, bei der ihm vermutlich manches zuweilen einer Haarspalterei gleichkommen mag. Was die prozessuale Konsequenz im Fall der Schlechterfüllung anbelangt, handelt es sich allerdings mitnichten um eine kleine Nebensächlichkeit.²⁷⁶⁵ Es folgt eine

²⁷⁶¹ Zur fehlenden Abgrenzbarkeit und zur fehlenden Notwendigkeit, eine solche vorzunehmen, vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 71 f.

²⁷⁶² Im Urteil 5A_723/2016 E. 3.4 erkennt das BGer eine Verletzung von Art. 56 ZPO, da das HGer bez. einer Unklarheit seine Fragepflicht nicht ausgeübt hat. Auslegung der *Unklarheit* z.B. bei: FELLMANN, Fragepflicht, S. 81 f.; LIENHARD A. [b], N. 70 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 21 f.; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 14; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 21 f.; BK I-HURNI, Art. 56 N. 13 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 196 f.; WILLISEGGER, S. 266; SIX, S. 90; MEIER, R., Diss., N. 28; SARBACH R., N. 550 ff.; WILDHABER BOHNET, N. 34. Auslegung der *Unbestimmtheit* z.B. bei: FELLMANN, Fragepflicht, S. 82; LIENHARD A. [b], N. 70 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 24; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 13; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 24; BK I-HURNI, Art. 56 N. 13 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 199; WILLISEGGER, S. 266; SIX, S. 90; MEIER, R., Diss., N. 28; SARBACH R., N. 556 f.; WILDHABER BOHNET, N. 34. Auslegung der *Widersprüchlichkeit* z.B. bei: FELLMANN, Fragepflicht, S. 82; LIENHARD A. [b], N. 70 ff.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 23; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 15; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 23; BK I-HURNI, Art. 56 N. 15; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 198; WILLISEGGER, S. 266; SIX, S. 90; MEIER, R., Diss., N. 28; SARBACH R., N. 554 f.; WILDHABER BOHNET, N. 34.

²⁷⁶³ Vgl. hierzu N. 810.

²⁷⁶⁴ Vgl. hierzu N. 305 m.w.H.

²⁷⁶⁵ KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 29, sprechen von u.U. *gravierenden* prozessualen Nachteilen.

Sachabweisung aus prozessualen Gründen²⁷⁶⁶, deren *res iudicata*-Wirkung einer neuerlichen, diesbezüglich verbesserten Klage entgegensteht²⁷⁶⁷.

In Anbetracht der Resultate aus dem vorliegenden Kapitel 7 ist Martin SARBACH 889
Schluss grundsätzlich zuzustimmen: SARBACH vertritt die Ansicht, dass das Abweisen eines Begehrens ohne vorgängigen richterlichen Hinweis auf die mangelhafte Substantiierung der Verhältnismässigkeit zuwiderläuft.²⁷⁶⁸ Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieser Gedanke vertraut, lässt sich doch dieser entnehmen, «[...] *il serait particulièrement formaliste de rejeter la demande pour défaut de motivation [i.e. pour défaut d'allégation] sans avoir au préalable invité la partie à préciser ses allégués; le droit cantonal ne doit pas entraver d'une manière excessive l'application du droit fédéral [...]*»^{2769, 2770} Zu berücksichtigen ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht aber explizit auch bei Substantiierungsmängeln die Frage derer Entschuldigbarkeit. Eine Klageabweisung

²⁷⁶⁶ BERTI, ZPO, N. 363. Zur Sachabweisung infolge mangelnder Substantiierung vgl. z.B.: BGE 115 II 187 E. 3b; BGE 127 III 365; 4C.82/2006 E. 3.4; 5A_213/2017 E. 5 (nicht publiziert im BGE 144 III 54); des Weiteren auch z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 28; B/G/S II-PAHUD, Art. 221 N. 15; BK II-KILLIAS, Art. 221 N. 24; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 35; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 44a.

²⁷⁶⁷ BGE 115 II 187 E. 3b; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 7.13; SCHWEIZER, S. 557; LEUENBERGER, Behaupten, S. 3; BRÄNDLI, N. 443.

²⁷⁶⁸ SARBACH M., Diss., S. 93 f.: «Insbesondere soweit die Prozessgesetze Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Vorträge stellen, dürfen nachteilige Folgen die Parteien grundsätzlich erst treffen, nachdem diese auf das Ungenügen ihrer Vorträge erfolglos hingewiesen worden sind. Mit der dienenden Funktion des Prozessrechts wäre nicht zu vereinbaren, die Parteivorträge aus prozessualen Gründen (Nichterfüllung prozessualer Substanziierungsanforderungen) ohne entsprechenden Hinweis abzuweisen; dadurch würden das Klagerecht sowie das Recht auf Beweis unverhältnismässig eingeschränkt. [...] Entsprechende Vorträge ohne Hinweis auf die mangelnde Substantiierung abzuweisen, hiesse im Übrigen auch, gegen den verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV) zu verstossen.» (Hervorhebungen weggelassen) m.H.a. BGE 104 Ia 105 E. 5 (Unverhältnismässigkeit des Verlusts des materiellen Rechts bei Nichtleistung des Kostenvorschusses), vgl. auch DENS., a.a.O., S. 192 f.; SARBACH ebenfalls zustimmend: FELLMANN, Notwendigkeit, S. 292; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 27; FELLMANN, Fragepflicht, S. 86; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 204. Vgl. zudem ASPRION STÖCKLIN, S. 44 FN. 200 m.H., dass die nicht genügende Erfüllung der Parteilasten grundsätzlich die gerichtliche Fragepflicht auslöst, bevor das Begehren abgewiesen wird.

²⁷⁶⁹ 4A_566/2015 E. 4.2.2, wo die «*charge de la motivation en fait* (Substanziierungspflicht)» Thema ist.

²⁷⁷⁰ Vgl. zudem FELLMANNs Bemerkung zur Systemwidrigkeit in N. 306 m.w.H.

aufgrund mangelhafter Substantiierung sollte somit nur zulässig sein, soweit die Substantiierungslast sowie die Rechtsfolgen im Fall der mangelhaften Umsetzung *klar sind oder sein müssten*;²⁷⁷¹ mitunter also der Vorwurf der Unsorgfalt greift. Beim juristischen Laien wird dies ohne vorgängigen Hinweis seitens des Gerichts höchst selten der Fall sein. Den Parteien ist verständlich und klar darzulegen, welche Vorbringen in welcher Hinsicht zu vervollständigen sind.²⁷⁷² Im Rahmen der Erforderlichkeitsanalysen zur materiellen Prozessleitung wurde ausgeführt, dass nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine Substantierungsabmahnung der Gegenpartei das Gericht – soweit die Voraussetzungen für die gerichtliche Fragepflicht erfüllt sind – nicht davon entbinden kann, der gerügten Partei zumindest anzuzeigen, dass der Einwand aus objektiver Sicht berechtigt ist.²⁷⁷³ Auch wenn diesbezüglich so manche Gegenstimme existiert,²⁷⁷⁴ sind ungeachtet dieses speziellen Falls die Befürworter von gerichtlichen Substantierungshinweisen zahlreich²⁷⁷⁵. Vermutlich auch deshalb, weil solche Hinweise, die selbstverständlich nicht auf parteilichen Absichten gründen dürfen, es schaffen können, allen hiervor genannten Interessen an einer Relativierung des *da mihi facta* zuträglich zu sein,

²⁷⁷¹ ZR 60 (1961) Nr. 64, S. 124 ff.; vgl. auch FELLMANN, Fragepflicht, S. 84; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 291; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 25 f.; AEBI-MÜLLER, S. 191; MEIER R., N. 347 f.

²⁷⁷² Vgl. hierzu N. 712–713.

²⁷⁷³ Vgl. hierzu N. 609–617.

²⁷⁷⁴ Vgl. hierzu FN. 1949.

²⁷⁷⁵ Substantierungshinweise bejahend z.B.: B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 32 und Art. 56 N. 4 und 28; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 84; BK I-HURNI, Art. 56 N. 18; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 49; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 28 ff.; S/H/L-LEUENBERGER, Art. 221 N. 44; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 39; KuKo-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N. 29; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N. 30; FELLMANN, Fragepflicht, S. 84 ff.; FELLMANN, Substantiierungspflicht, S. 25 ff.; FELLMANN, Notwendigkeit, S. 291 ff.; MEIER R., N. 348; SARBACH R., N. 683, 696 und 742; AEBI-MÜLLER, S. 191; DOLGE, Anforderungen, S. 25 f.; DOLGE, Zivilprozess, S. 38 f.; MEIER I., ZPR, S. 394; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.121; LIENHARD A. [b], N. 134 ff. und 237. Bereits vor der eidg. ZPO generell: BRÖNNIMANN, Diss., S. 72; LIEBER, S. 173; ablehnend dagegen: STAEHELIN, S. 112, der 1967 schrieb, dass es nicht Aufgabe des Richters sein könne, jeden Mangel einer Rechtsschrift, z.B. die ungenügende Substantiierung eines einzelnen Klagepostens, zu beanstanden, «*andernfalls würde dem Richter eine cura in instruendo et custodiendo auferlegt, die sich mit seiner prozeßleitenden Stellung nicht vereinbaren ließe und zudem seine Zeit und Arbeitskraft übermäßig in Anspruch nähme*», allerdings schlägt STAEHELIN, S. 117 f., dann extensive Auslegungen von Verfahrensbestimmungen vor, um etwa den Kläger vor einer «*unbilligen Überspannung des Substantierungsprinzips*» zu bewahren.

obschon diese in einem Spannungsverhältnis untereinander stehen²⁷⁷⁶: Denn die Aufklärung der mit der Substantiierung entschuldbar überforderten Partei schützt das Gericht davor, dass seine Ressourcen durch unnötiges Material strapaziert werden, der ihm den Blick auf das für das richtige Urteil Wesentliche erschwert.

ii) **Korrektiv: Gerichtlicher Eingriff bei Unvollständigkeiten ungeachtet der Parteisorgfalt**

1. **Bereich einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit des Gerichts**

Wie im Kapitel 3 gezeigt, korrigieren die Parteien ihre Vorträge gegenseitig, indem 890 sie Bestreitungen anbringen, wo ihrer Ansicht nach Behauptungen der Gegenpartei nicht den wahren Gegebenheiten entsprechen. Unterlassen sie dies, führt die mit der Verhandlungsmaxime einhergehende Zugeständniswirkung dazu, dass das Gericht grundsätzlich auf die unrichtige Behauptung abzustellen hat.²⁷⁷⁷ Wie sodann im Rahmen der Angemessenheitserwägungen erläutert und bei der Kerngehaltsdiskussion erneut aufgegriffen, kann die gerichtliche Fragepflicht hier an Grenzen stossen; denn sie ist von der Gegenwart sorgfältig prozessierender Parteien abhängig, welche die ihnen angezeigten Mängel an ihren Vorbringen bestmöglich zu beheben versuchen. Liegt neben einer unrichtigen Behauptung eine unvollständige und somit mangelhafte Bestreitung vor, gründet dies nun nicht immer auf einem entschuldbaren Fehler. Die gerichtliche Fragepflicht kann diesfalls nicht greifen. Auch wenn das Gericht zunächst keine Sorgfaltpflichtwidrigkeit erkennt und deshalb nachfragt oder wenn man annähme, der Hinweis wäre bei Ausnützen dieser Wirkung der Prozessmaxime trotzdem zulässig, wird ein informativer gerichtlicher Hinweis regelmässig ins Leere gehen: Denn die bloss mittelbare Prozessleitung animiert unwillige Parteien kaum, ihre Vorträge sachkonform zu ergänzen.²⁷⁷⁸

Die Voraussetzung des Einhaltens der Sorgfaltsanforderungen kann somit das Ziel 891 der Urteilsrichtigkeit zuweilen akut gefährden, obschon dieses selbstverständlich auch in Belangen, deren Verfahren vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt ist, zu den vordringlichen Verfahrenszielen gehört. Zwar nicht in Abkehr davon, dass nachlässiges Prozessieren nicht zu honorieren ist, sondern vielmehr im Anliegen darum, die Gerichtsbarkeit davor zu schützen, dass sie wegen den beiden Par-

²⁷⁷⁶ Zu diesem Spannungsverhältnis vgl. N. 517–518.

²⁷⁷⁷ Zum Bestreiten zur Verhinderung der Zugeständniswirkung vgl. N. 167. Zu den Wirkungen der Verhandlungsmaxime vgl. N. 205.

²⁷⁷⁸ Vgl. hierzu N. 730–732.

teien das materiell richtige Urteil sehenden Auges übergehen muss, setzt unter bestimmten Umständen eine eingeschränkt-lenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts ein. Unter welchen Voraussetzungen dies im Anwendungsbereich der vorliegend thematisierten Verhandlungsmaxime möglich ist, gilt es nun an dieser Stelle zu erörtern.

2. Art. 153 Abs. 2 ZPO zur Definition der Grenzen dieses Untersuchungsbereichs

- 892 Für die Verhandlungsmaxime bestimmt der Art. 153 Abs. 2 ZPO Umstände, wann Gerichte ausnahmsweise mittels amtswegig initiiierter Beweiserhebung selbst aktiv werden sollen: Nämlich dann, wenn sie «*an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel*» haben. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht werden damit eine *Konstellat*ion sowie die *Schwelle* beschrieben, die im Geltungsbereich dieser Maximenausprägung den Bereich der eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit des Gerichts definieren.²⁷⁷⁹

2.1. Konstellation

- 893 Art. 153 Abs. 2 ZPO nennt als Voraussetzung für den gerichtlichen Eingriff die *nicht streitige Tatsache*, an deren Richtigkeit erhebliche Zweifel bestehen.²⁷⁸⁰ Unerheblich soll dabei sein, weshalb eine zweifelhafte Tatsache nicht streitig ist.²⁷⁸¹ Dies zeichnete sich im Vernehmlassungsverfahren ab: Dort brachte namentlich das Obergericht Zürich ein, dass nicht nur bei Säumnis einer Partei, sondern auch bei Nichtbestreiten und Anerkennen von Tatsachen eine amtlich angeordnete Beweiserhebung angezeigt sein kann, um zu vermeiden, dass das Gericht gezwungen wird, ein Urteil zu fällen, das mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht den wahren Gegebenheiten entspricht.²⁷⁸²

²⁷⁷⁹ Betonung des Ausnahmecharakters dieser Bestimmung z.B. bei: MEIER R., N. 299; AEBI-MÜLLER, S. 188.

²⁷⁸⁰ Nennung von Quellen, die erhebliche Zweifel erwecken können, z.B. Beweismaterial, bekannte Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO, widersprüchliche tatsächliche Ausführungen, widersprüchliches Verhalten der behauptenden Partei etc., z.B. bei: BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10, MEIER R., N. 297; AEBI-MÜLLER, S. 188; vgl. z.B. das Urteil 4A_48/2019 E. 5.4.1.1. in Bezug auf das Gutachten.

²⁷⁸¹ MEIER R., N. 296; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 7; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10; PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 8; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 9.

²⁷⁸² Vgl. ZS VN, VE-ZPO, S. 397 OGer ZH. Im Fall BPatGer O2015_017 E. 4.2 (S. 14) vom 11.08.2016 prüfte das Bundespatentgericht beim Säumnis der Beklagten Art. 153 Abs. 2 ZPO wie auch Art. 56 ZPO. Zu möglichen Umständen, die zur Anwendbar-

So vermitteln also die Parteien dem Gericht in irgendeiner Weise, in einem bestimmten Punkt *übereinzustimmen*. Eine Parteilichkeitsfrage stellt sich bei pflichtgemässer Anwendung der Bestimmung daher nicht. Das Gericht schützt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht *vor beiden* sich einig manifestierenden Parteien: Nämlich vor der fehlenden sachkonformen Aufklärung der bestreitungsbelasteten Partei und zugleich gegenüber deren Gegenpartei, die ihm nicht eine hochgradig unplausible Tatsache soll aufzwingen können. In Anbetracht dessen, wie sich die Lage im Urteil 4A_375/2016 darbot, wird nicht vorausgesetzt, dass ein Zugeständnis einer anwesenden Partei wider besseres Wissen zu erfolgen hätte: Die Angehörigen eines tödlich verunglückten Arbeitnehmers behaupteten, auf dessen Einsatzbaustelle hätte sich kein geeignetes Werkzeug für den Arbeitnehmer befunden. Die Arbeitgeberin bestritt dies nicht, war aber der Ansicht, das entsprechende Werkzeug wäre auf der nahe gelegenen Baustelle vorhanden gewesen, wo der Verunfallte dieses hätte besorgen sollen.²⁷⁸³ Basierend auf den Aussagen eines Zeugen, den die Arbeitgeberin nannte, um die ihrige Hypothese zu untermauern, stellte die Erstinstanz dann allerdings fest, dass das geeignete Werkzeug tatsächlich doch auf der Unglücksbaustelle vorhanden war.²⁷⁸⁴ Es ist zu vermuten, dass die Arbeitgeberin sich unmittelbar auf diesen ihr vorteilhaften Umstand berufen und die Hypothese der Angehörigen bestritten hätte, wenn sie sich dessen bewusst gewesen wäre. Das Urteil hatte nur zur Frage Stellung zu nehmen, ob das Rechtsmittel der Angehörigen nicht aussichtslos und ihnen unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. In der Sache argumentierten die Angehörigen mit einem unzulässigen Einbruch in die Verhandlungsmaxime. Das Bundesgericht stellt fest, dass im angefochtenen Urteil keine Anhaltspunkte dafür zu finden sind, dass sich das erstinstanzliche Gericht nach der Zeugenaussage gegenüber den Parteien auf Art. 153 Abs. 2 ZPO berufen hätte oder dass es von Amtes wegen weitere Beweiserhebungen anordnete, um nach den erheblichen Zweifeln, die an den Parteiangaben nunmehr bestanden, die materielle Wahrheit zu ergründen.²⁷⁸⁵ Daher wies es die Sache an die Vorinstanz zurück mit der Anweisung, zu prüfen, ob eine Anwendung des Art. 153 Abs. 2 ZPO, der eine Relativierung der Verhandlungsmaxime mit sich bringt, in Betracht zu ziehen ist. Auch wenn damit keine abschliessende Beurteilung vorliegt, bleibt festzustellen, dass in diesem Fall die sehr grosse Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Nichtbestreiten der Arbeitgeberin

keit von Art. 153 Abs. 2 ZPO führen können, vgl. z.B.: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.5, 1. Spiegelstrich; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 11.

²⁷⁸³ 4A_375/2016 E. 4.3.

²⁷⁸⁴ 4A_375/2016 E. 5.3.3.

²⁷⁸⁵ 4A_375/2016 E. 5.3.3 f.

nicht wider besseres Wissen erfolgte. In Anbetracht dessen, dass das Bundesgericht die Prüfung des Art. 153 Abs. 2 ZPO trotz dieses Umstands nicht ausschloss, wird dies kein Hindernis für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung darstellen.

2.2. Schwelle

- 895 Eine amtswegig initiierte Beweiserhebung zur Überprüfung einer vermeintlich unrichtigen, aber unbestrittenen Tatsache kommt nach dem Wortlaut von Art. 153 Abs. 2 ZPO nur infrage, wenn das Gericht *erhebliche Zweifel* an der Richtigkeit einer unbestrittenen Tatsache hat.
- 896 Vor dem vereinheitlichten Prozessrecht war der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen, dass nicht auf «*offensichtlich unrichtige Tatsachenbehauptungen*» abgestellt werden kann, selbst wenn diese unbestritten geblieben sind.²⁷⁸⁶ In der Lehre lassen sich zur heute geltenden Bestimmung verschiedene restriktive Paraphrasierungen finden: So wird die Schwelle teilweise bei *massiven Zweifeln*²⁷⁸⁷ und *absoluter Unglaubwürdigkeit*²⁷⁸⁸ angesetzt, während zuweilen auch davon gesprochen wird, der Eingriff sei nötig, wenn das Gericht (*ernsthaft*) *befürchten* müsse, seinen Entscheid auf einen unzutreffenden Sachverhalt abzustellen.²⁷⁸⁹ Nach Jann SIX ist ein Zweifel immer dann erheblich, wenn die Behauptung einer Partei als *nicht sehr plausibel* erscheint. Solche erheblichen Zweifel werde das Gericht an einem nicht streitigen Sachverhalt regelmässig nur dann haben, wenn der behauptete Sachverhalt unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist.²⁷⁹⁰ Damit nimmt er dieselbe Aufzählung von Mängeln wie in Art. 56 ZPO auf. Jürgen BRÖNNIMANN orientiert sich an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime, in welcher von *ernsthaften* Zweifeln die Sprache ist, und schliesst daraus, dass im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime vom Gericht kaum Zusätzliches

²⁷⁸⁶ 5A_253/2007 i.V.m. 5A_254/2007 E. 6.3.2.

²⁷⁸⁷ S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 9 f.; LIENHARD A. [b], N. 328; MEIER R., N. 297 und 363.

²⁷⁸⁸ G/J/S-SCHMID, Art. 153 N. 5 f., der auch über die Befürchtung eines unzutreffenden Sachverhalts schreibt; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.5, 1. Spiegelstrich, über die *völlig unglaubwürdige* Behauptung.

²⁷⁸⁹ BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 8; Fachhandbuch-AEPLI, N. 20.33; LORENZ, N. 227 FN. 496; B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 25, der aber auf den Bericht VE-ZPO, S. 76, verweist; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 10; G/J/S-SCHMID, Art. 153 N. 5 f., der aber auch «*absolut unglaubwürdig*» schreibt.

²⁷⁹⁰ SIX, S. 94.

verlangt werden darf.²⁷⁹¹ BRÖNNIMANN bemerkt aber, dass ein Gericht, welches eine Beweiserhebung wünscht, seine Zweifel in der Tat als erheblich ansehen und ebenso bezeichnen werde.²⁷⁹²

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht müssen sich die Gerichte vor ihrem 897
Entscheid vergegenwärtigen, dass die Schwelle dieses Notausgangs betont hoch liegen soll: Schliesslich wurden die *Zweifel*, wie sie im Vorentwurf vorgesehen waren, durch das Einfügen des Attributs *erheblich* im darauffolgenden Entwurf explizit erhöht.²⁷⁹³ Ein einfaches *Kann sein/Könnte aber auch nicht sein* wird somit nicht genügen, um über die Fragepflicht hinaus einen *unmittelbaren* gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff zu rechtfertigen.²⁷⁹⁴ Während die Fragepflicht nicht erst bei *erheblichen* Zweifel an der Mängelfreiheit eines Vorbringens einsetzt, geht es bei Art. 153 Abs. 2 ZPO darum, wie Isabelle CHABLOZ und Corinne COPT schreiben, «*les conséquences extrêmes*» der Verhandlungsmaxime zu korrigieren²⁷⁹⁵. Hierfür braucht es nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für ein falsches Urteil, würde die betreffende Tatsache nicht geprüft. Auch wenn bis dahin Einbussen am materiell richtigen Entscheid hingenommen werden,²⁷⁹⁶ verhindert diese Bestimmung in gewissem Mass, dass das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils unter der Verhandlungsmaxime augenscheinlich übergangen werden muss.²⁷⁹⁷ Um dies effektiv sicherzustellen, müssen die Gerichte allerdings, wenn sie zum

²⁷⁹¹ BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 8.

²⁷⁹² BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 8; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 10, spricht von einem gewissen Ermessensspielraum.

²⁷⁹³ Vgl. Art. 145 Abs. 3 VE-ZPO mit Art. 151 Abs. 2 E-ZPO; vgl. hierzu auch z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 23; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 10; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 11, findet, dass Art. 145 Abs. 3 VE-ZPO einfacher anwendbar gewesen wäre, ohne dass sich im Ergebnis viel geändert hätte.

²⁷⁹⁴ Vgl. auch den Hinweis bei SCHMID/HOFER, S. 298, dass blosser Zweifel allein nicht ausreichend sind.

²⁷⁹⁵ PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 1.

²⁷⁹⁶ Vgl. auch die Bemerkung von KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 11, nach dem es bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes nicht darum geht, um jeden Preis die «*materielle Wahrheit*» aufzuklären.

²⁷⁹⁷ Vgl. auch die Bemerkung bei BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 8, die davon spricht, dass mit Art. 153 Abs. 2 ZPO *im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung* allenfalls unbillige Entscheide vermieden werden; auch auf die *materielle Wahrheit* hinweisend z.B.: B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 9, 11 und 13; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10; SCHWANDER D., Streifzug, S. 582.

Schluss gelangen, dass die restriktiven Voraussetzungen erfüllt sind, wie bei der Fragepflicht zur materiellen Prozessleitung verpflichtet sein – nunmehr aber zu einer amtlich zu initiiierenden Beweiserhebung. Daher ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht die *Kann*-Formulierung in Art. 153 Abs. 2 ZPO, wie dies auch verschiedene Autoren im Einklang mit der zumindest früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vertreten, unzureichend.²⁷⁹⁸

3. Möglichkeit weitergehender amtlich initiiierter Abklärungen basierend auf den allgemeinen Beweismittelbestimmungen?

- 898 Das Bundesgericht zitiert in seinem Urteil 4A_431/2015 neben dem Art. 153 Abs. 2 ZPO verschiedene Möglichkeiten, um eigenständig Abklärungen vorzunehmen: *«Le tribunal est lié par les faits allégués par le demandeur (art. 55 al. 1 CPC), comme par les faits non contestés par le défendeur (art. 150 al. 1 CPC). En revanche, en matière de preuves, le tribunal a un pouvoir d'administration d'office: il peut faire administrer d'office des preuves s'il a des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC); il peut procéder d'office à une inspection, aux fins de constater directement des faits ou d'acquérir une meilleure connaissance de la cause (art. 181 al. 1 CPC); il peut ordonner d'office une expertise (art. 183 al. 1 CPC) et il peut d'office contraindre les parties à faire une déposition (art. 192 al. 1 CPC).»*^{2799, 2800} Tatsächlich sehen einige Bestimmungen im Kapitel der Beweismittel nicht nur den Parteiantrag, sondern explizit auch die Variante vor, dass das Gericht die Abklärung selbst initiieren kann: namentlich den Augenschein nach Art. 181 Abs. 1 ZPO oder auch das Gutachten nach Art. 183 Abs. 1 ZPO. Andere Bestimmungen, wie etwa die schriftliche Auskunft im Sinne von Art. 190 Abs. 1 ZPO, die Parteibefragung nach Art. 191 Abs. 1 ZPO oder auch der Art. 192 Abs. 1 ZPO zur Beweisaussage sind nicht nur als *Kann*-Vorschrift formuliert, sondern auch einzig aus der Perspektive des Gerichts verfasst. Damit stellt sich die Frage, wie im ordentlichen Verfahren

²⁷⁹⁸ B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 27; LIENHARD A. [b], N. 339; vgl. die doch eindeutigen Formulierungen in den Urteilen 5A_877/2013 E. 4.1.3; 5A_125/2016 E. 4.3. A.M.: CR-SCHWEIZER, Art. 153 N. 10; allenfalls auch HOHL, *procédure I*, N. 1314 f. PC-CHABLOZ/COPT, Art. 56 N. 7 m.H., dass das BGer seine Rechtsprechung im Urteil 4A_613/2017 i.V.m. 4A_615/2017 E. 6.3.1 geändert zu haben scheint. Ganz klar ist dies nicht, allerdings wird im Urteil 4A_111/2019 E. 4.2.2 der Begriff *«faculté»* verwendet, was möglicherweise ein weiteres Indiz hierfür sein könnte.

²⁷⁹⁹ 4A_431/2015 E. 5.1.3.

²⁸⁰⁰ Fast identisch auch das Urteil 4A_146/2015 E. 4.3.

unter der Verhandlungsmaxime das Verhältnis zwischen Art. 153 Abs. 2 ZPO und den allgemeinen Beweismittelbestimmungen aufzufassen ist.

3.1. Keine amtlich initiierte Beweiserhebung, soweit *keine erheblichen Zweifel an behaupteten, aber unstrittigen Tatsachen* vorliegen

Bestehen erhebliche Zweifel an einer nicht streitigen Tatsache, so kann das Gericht unter den hiervor dargestellten Voraussetzungen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO Beweise erheben. Bleibt einzig die Bestreitungstätigkeit aus, erweist sich diese Regelung als *lex specialis*, deren Schwelle der erheblichen Zweifel sich nicht via allgemeine Beweismittelbestimmungen herabsetzen lässt. Die erwähnte Änderung an Art. 153 Abs. 2 ZPO im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, mit der die Eingriffsschwelle für das Gericht zusätzlich erhöht wurde,²⁸⁰¹ stützt dieses Verständnis. Insbesondere für das Gutachten wird dieses Resultat auch in der Lehre vertreten: So, wenn etwa Heinrich Andreas MÜLLER dieses Beweismittel dahingehend kommentiert, dass der Ausnahmefall, bei welchem ein Gutachten unter der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen angeordnet werden kann, grundsätzlich von Art. 153 Abs. 2 ZPO normiert wird.²⁸⁰² Oder wenn Philippe SCHWEIZER findet, dass nicht einzusehen ist, weshalb die amtswegige Abklärungstätigkeit für das Gutachten weiter reichen sollte als bei den übrigen Beweismitteln. Auch nach SCHWEIZER ist anzunehmen, dass eine solche gerichtliche Initiative nur unter den Voraussetzungen des Art. 153 Abs. 2 ZPO zulässig ist.²⁸⁰³

3.2. Amtlich initiierte Beweiserhebung, wenn eine parteiseitige *Behauptung fehlt?*

Bei genauer Betrachtung des Wortlauts fällt auf, dass für den Art. 153 Abs. 2 ZPO der Begriff «Tatsache» und nicht der Terminus «Behauptung» verwendet wurde: Das Gericht kann von Amtes wegen Beweis erheben, «*wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen*». Dies wirft die Frage auf, wie und auf welcher Grundlage das Gericht vorzugehen hat, wenn seine Zweifel darauf zurückzuführen sind, dass die Parteien entscheidende Elemente, beispielsweise eine Simulation, übereinstimmend nicht vorbringen und somit *Tatsachen*, von denen unter normalen Umständen auszugehen ist, etwa dass sich die Parteien aufrichtig verhalten, nicht streitig sind? Kann das Gericht gestützt auf den Art. 153 Abs. 2 ZPO ein solches Geschehen in Erfahrung bringen, sofern seine

²⁸⁰¹ Vgl. hierzu N. 895–897.

²⁸⁰² B/G/S I-MÜLLER, Art. 183 N. 6.

²⁸⁰³ CR-SCHWEIZER, Art. 183 N. 5 f.

Zweifel an der Richtigkeit des Tatsachenfundaments erheblich sind? Oder kann es sich diesfalls auf die allgemeinen Beweismittelbestimmungen stützen und darf, weil deren Wortlaut keine erheblichen Zweifel vorsieht, sogar bei mindererheblichen Zweifeln eingreifen?

3.2.1. Ohnehin keine amtlich initiierte Beweiserhebung ohne erhebliche Zweifel

- 901 In neueren bundesgerichtlichen Urteilen ist im Kontext des Gutachtens zu lesen, dass die allfällige Durchbrechung der Verhandlungsmaxime durch die amtswegige Anordnung des Beweismittels eine Art Alternative zur Fragepflicht nach Art. 56 ZPO darstellt.²⁸⁰⁴ Die Befugnis zur Beweisanordnung von Amtes wegen antizipiere das Ergebnis der gerichtlichen Frage nach dem Beweismittel, wobei die Fragepflicht ihrerseits ebenfalls nicht auf eine Bevorzugung einer Prozesspartei hinauslaufen dürfe.²⁸⁰⁵ Um zu entscheiden, inwiefern ganz allgemein eine amtswegige Beweismittelanordnung eine Alternative zur Fragepflicht darstellen kann, sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht Verhältnismässigkeitsabwägungen zu berücksichtigen:
- 902 Das Ziel nach Verfahrensfairness gegenüber einer Prozesspartei, die unverschuldet rechtliche Aspekte falsch einschätzt oder der ein entschuldbares Versehen unterläuft und die aufgrund dessen ihre Sachverhaltshypothese prozessual ungenügend einbringt, lässt sich in der Regel mit der gerichtlichen Fragepflicht erreichen: Das heisst, um eine unbeholfene Partei zu unterstützen, bedarf es unter normalen Umständen nicht mehr als einer hinreichenden Aufklärung über den Mangel.²⁸⁰⁶ Auch wenn eine gerichtlich initiierte Beweiserhebung der Partei ebenfalls helfen würde, ist doch festzustellen, dass dieser Weg unter normalen Umständen aus verschiedenen hiervor erörterten Erforderlichkeitsgründen nicht zu wählen ist: So ist etwa in prozesschronologischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass bei der Verhandlungsmaxime im Prinzip jede Darlegungstätigkeit, wie im Kapitel 3 gezeigt, individuelllastlich sanktioniert wird. Dies führt dazu, dass dem Gericht *vor* einer Beweisabnahme eine ausreichend substantiierte Behauptung vorzutragen und Beweise hierfür anzubieten sind.²⁸⁰⁷ Eine direkte Anordnung einer bestimmten Beweismittelabnahme anstelle einer indirekten Hilfeleistung, bei der die Partei

²⁸⁰⁴ 5A_723/2017 E. 6.5.4 und 6.5.6; 4A_572/2018 E. 2.4.

²⁸⁰⁵ 5A_723/2017 E. 6.5.4 im Kontext von Art. 183 Abs. 1 ZPO m.H.a. HOHL, *procédure I*, N. 1312, und STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N. 21.

²⁸⁰⁶ Vgl. hierzu N. 737–738.

²⁸⁰⁷ Vgl. hierzu N. 211–213.

ihre Lasten selbst erfüllen muss, ist in der prozessualen Dialektik somit als intensiver gerichtlicher Eingriff zu werten.²⁸⁰⁸ Auch aus der personellen Perspektive ist die amtswegige Beweisanordnung, bei der das Gericht selbst und unmittelbar²⁸⁰⁹ den Prozessstoff gestaltet, ein wesentlich einschneidenderes Mittel.²⁸¹⁰ Nicht zuletzt auch in Anbetracht dessen, dass es im Rahmen der informativen Fragepflicht den Parteien anheimgestellt bleibt, ob sie überhaupt auf die gerichtliche Prozessleitung reagieren wollen.²⁸¹¹ Hinsichtlich des Ziels nach Verfahrensfairness sind Art. 56 ZPO und die amtswegige Beweismittelanordnung somit keine *gleich milden* Alternativen.

Soweit die Parteien sachgerecht agieren und reagieren, trägt die gerichtliche Fragepflicht selbstverständlich auch zur Urteilsrichtigkeit bei. Wie hiervor festgestellt wurde, kann aber unter besonderen Umständen dieses Mittel der Prozessleitung seine Eignung, das Ziel ein möglichst richtiges Urteil zu erreichen, verlieren, da es auf sorgfältig prozessierende Parteien, die sich bemühen, die ihnen aufgezeigten Mängel bestmöglich zu beheben, angewiesen ist. Für dieses Ziel ist die Fragepflicht somit nicht in jedem Fall eine *geeignete* Alternative zur amtswegigen Beweisanordnung,²⁸¹² was sich dem Gericht aber unter Umständen erst erschliesst, nachdem es seine Frage(n) gestellt hat. Zuvor mag es davon ausgehen, dass die Fragepflicht insofern eine geeignete und mildere «Alternative» zur amtswegigen Beweisanordnung darstellt, zumal unter normalen Umständen letztlich beide zum nämlichen Prozessstoff führen sollten. 903

Wird sodann geprüft, wie sich diejenigen Faktoren, welche die Angemessenheit des gerichtlichen Eingriffs prägen, auf der vorliegend thematisierten ersten Stufe der materiellen Prozessleitung verhalten, so ist zum verfahrensbezogenen Faktor festzustellen, dass der Gesetzgeber den Grundsatzentscheid zugunsten der Verhandlungsmaxime – und somit eben gegen eine Untersuchungsmaxime – gefällt hat. Dies bedeutet, entsprechend dem subjektbezogenen Faktor, dass der Prozesssorgfalt der Parteien eine klar vorrangige Bedeutung zukommt.²⁸¹³ Entsprechend dem Fazit zum kontradiktorischen Faktor muss sich hierbei jede Partei individuell am abstrakten, ordentlich respektive durchschnittlich sorgfältigen Dritten 904

²⁸⁰⁸ Zur Erforderlichkeit mit Blick auf die Einbringdialektik vgl. N. 618–620.

²⁸⁰⁹ Zum mittelbaren/unmittelbaren Einfluss vgl. N. 260–261.

²⁸¹⁰ Zur personellen Dimension der Erforderlichkeitsprüfung vgl. N. 601–602.

²⁸¹¹ Zur Erforderlichkeit mit Blick auf die Einbringdialektik vgl. N. 618–620.

²⁸¹² Zur Eignung der Fragepflicht für dieses Ziel vgl. N. 587–589.

²⁸¹³ Dazu, dass hier Nachlässigkeiten grundsätzlich nicht ausgeglichen werden, vgl. N. 714–715.

messen lassen, der das ihr entsprechende Potential an juristischer Gewandtheit aufweist.²⁸¹⁴

- 905 In Anbetracht dessen, wie sich die Eignungs-, die Erforderlichkeits- und die Angemessenheitsfaktoren auf der ersten Stufe verhalten, lassen sich verschiedene Lehrmeinungen zur amtlich initiierten Beweisanordnung leicht einordnen: Etwa diejenige von Regina AEBI-MÜLLER, die im Anliegen darum, Sorgfaltspflichtverletzungen der Parteien nicht zu heilen, es grundsätzlich ablehnt, dass der Anwalt, der am Novenrecht zu scheitern droht, das Gericht unter Hinweis auf Art. 153 Abs. 2 ZPO um eine Beweiserhebung von Amtes wegen bitten könnte.²⁸¹⁵ Oder die Kommentierung von Heinrich Andreas MÜLLER, dass der gerichtliche Augenschein selbst als blosses Aufklärungsmittel nicht anzuordnen ist, um Versäumnisse einer Partei im Prozess zu heilen.²⁸¹⁶ Anhand der vorliegenden Analyseergebnisse lässt sich aber auch Pascal GROLIMUNDS Ansicht nachvollziehen, dass weder auf eine amtliche Gutachtens- noch auf eine Augenscheinanordnung zurückzugreifen ist, um so einer Partei zu Hilfe zu eilen, die den relevanten Sachverhalt nur ungenügend belegt hat.²⁸¹⁷ Auch versteht sich damit, weshalb so oft betont wird, dass im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime selbst eine schriftliche Auskunft nur dann einzuholen ist, wenn Parteien einen entsprechenden Antrag gestellt haben.²⁸¹⁸ Im Rahmen ihrer ausführlichen Auslegung gelangt Leonora MARTI-SCHREIER unter anderem durch einen Vergleich des Wortlauts der Beweismittelbestimmungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur schriftlichen Auskunft auch zum Schluss, dass der Antrag ebenso für die Parteibefragung

²⁸¹⁴ Zum Fazit über den sinnvollen Vergleich vgl. N. 782–787 i.V.m. 703.

²⁸¹⁵ AEBI-MÜLLER, S. 188 f.

²⁸¹⁶ B/G/S I-MÜLLER, Art. 181 N. 11.

²⁸¹⁷ ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 111 i.V.m. 119.

²⁸¹⁸ Vgl. auch die Ausführungen im Urteil 5A_812/2015 E. 5.4; aus der Lehre z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 133; GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 4; B&M-PERROULAZ, Art. 190 N. 3; KuKo-SCHMID, Art. 190 N. 3; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 3; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 5; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 2; MARTI-SCHREIER, S. 448; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 9. Auch unter der Verhandlungsmaxime kann das Gericht statt einem Beweisantrag auf Zeugeneinvernahme Folge zu leisten, eine schriftliche Auskunft einholen, vgl. diesbez.: ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 133; GASSER/RICKLI, Art. 190 N. 4; BSK ZPO-HAFNER, Art. 190 N. 2; BK II-RÜETSCHI, Art. 190 N. 5; B/G/S I-MÜLLER, Art. 190 N. 9; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 190 N. 2; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 190 N. 3 (auch bez. Antrag auf Begutachtung).

unter der Verhandlungsmaxime vonnöten ist.²⁸¹⁹ Umso mehr gilt ein Antragserfordernis für die gerichtliche Anordnung einer Beweisaussage.²⁸²⁰ In Anbetracht all dieser Ansichten und aufgrund dessen, dass das Bundesgericht bereits für das blosser gerichtliche Erfragen eines Beweismittels eine sehr restriktive Haltung eingenommen hat,²⁸²¹ ist anzunehmen, dass unter normalen Umständen eine unmittelbare, amtlich initiierte Beweisordnung keine eigentliche Alternative zu Art. 56 ZPO darstellt.

Da somit im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem Gericht unter normalen Umständen keine umfassenden Kompetenzen zur Prozessstoffgestaltung zustehen, wird ein Stück weit hingenommen, dass das Urteil zuweilen nicht die tatsächliche Rechtslage vollständig und korrekt abbildet. Der Art. 153 Abs. 2 ZPO zeigt, dass eine amtlich initiierte Beweismittelanordnung, also eine eingeschränktenlenkende Untersuchungstätigkeit, erst einsetzt, wenn die Zweifel an der Richtigkeit unstrittiger Behauptungen *erheblich* sind. Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung unterstreicht, dass der Gesetzgeber diese Schwelle bewusst hoch angesetzt haben wollte.²⁸²² Ein bei erheblichen Zweifeln *lege artis* vorgenommener gerichtlicher Eingriff in den Prozessstoff erfolgt aufgrund einer vom Gesetzge-

²⁸¹⁹ MARTI-SCHREIER, S. 447 ff. insb. m.H.a. 5A_812/2015 E. 5.4 in FN. 81; vgl. auch LORENZ, N. 233 ff. insb. N. 246; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 56; BK I-HURNI, Art. 55 N. 49; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 191 N. 5; wohl auch B&M-CARCAGNI ROESLER, Art. 191 N. 7. Differenzierend: BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 58 ff.; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 191 f. N. 10. A.M.: BSK ZPO-HAFNER, Art. 191 N. 3; B/G/S II-MÜLLER, Art. 191 N. 38 ff. i.V.m. Art. 192 N. 22 ff.

²⁸²⁰ MARTI-SCHREIER, S. 449 f.; vgl. auch LORENZ, N. 247 ff. insb. N. 259; ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 137; BK I-HURNI, Art. 55 N. 49; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 56. A.M. BSK ZPO-HAFNER, Art. 192 N. 3; wohl auch BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 10; BK II-BÜHLER, Art. 191 f., N. 63, 4. Spiegelstrich, und N. 64; B/G/S II-MÜLLER, Art. 192 N. 17 f. (mit Kritik an 5A_558/2014 E. 5.3 und 4A_403/2015 E. 3.2, welche einen Antrag auf Abnahme der Beweisaussage forderten). Forderung nach Klärung durch den Gesetzgeber von BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N. 5. Zur Beweisaussage als gerichtlich anzuordnendes Mittel, damit die Parteien die strafrechtliche Sanktion einer Falschaussage nicht zur ungebührlichen Druckausübung auf die Gegenpartei verwenden, vgl. z.B.: Botschaft ZPO, S. 7326 zu Art. 188–190, 2. Spiegelstrich; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 47 N. 258; G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 192 N. 2; B&M-CARCAGNI ROESLER, Art. 192 N. 3; GASSER/RICKLI, Art. 192 N. 3; KuKo-SCHMID, Art. 191–193 N. 6; BK I-HURNI, Art. 55 N. 49; MARTI-SCHREIER, S. 449 f. Zur Sanktion der Lüge im Rahmen der Parteibefragung und Beweisaussage vgl. N. 638.

²⁸²¹ Vgl. hierzu N. 846.

²⁸²² Vgl. hierzu N. 895–897.

ber (erst) ab dieser Schwelle statuierten Akzentuierung des Ziels der Urteilsrichtigkeit. Bestehen hingegen keine derart intensiven Zweifel, fällt die vom Gericht selbstständig initiierte Beweismittelerhebung nach der vorliegend vertretenen Ansicht ausser Betracht, und zwar unabhängig davon, ob bloss die Bestreitung fehlt oder ob es auch bereits an einer Behauptung mangelt.

- 907 Als Fazit lässt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht für die erste Stufe der materiellen Prozessleitung – das heisst für die Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht – Folgendes festhalten: Bis zur Schwelle der erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen gebührt der Parteisorgfalt der Vorrang. Im Sinne sämtlicher Ziele im Zivilprozess sind die Gerichte aber bereits unterhalb dieser Schwelle verpflichtet, die sorgfältigen Parteien mittels eines indirekten Einflusses, nämlich mit der Fragepflicht, gegebenenfalls auch durch das Anraten einer professionellen Vertretung²⁸²³, zu unterstützen. In Anbetracht der Vorrangigkeit der Sorgfaltserwartungen, die der Gesetzgeber mit der Geltung der Verhandlungsmaxime statuiert, kommt unterhalb der Schwelle der erheblichen Zweifel eine demgegenüber unmittelbare Prozessstoffgestaltung des Gerichts mittels eigenständiger Beweisanordnung in der Regel einer einseitigen Bevorzugung der hiervon profitierenden Partei gleich.²⁸²⁴ In diesem Sinn verstanden, stellt die amtswegige Anordnung eines Beweismittels keine eigentliche «Alternative» zur Fragepflicht dar.

3.2.2. Amtlich initiierte Beweiserhebung zumindest bei *erheblichen* Zweifeln?

- 908 Namentlich Jürgen BRÖNNIMANN und Franz HASENBÖHLER betonen in ihren jeweiligen Artikelkommentierungen, dass der Art. 153 Abs. 2 ZPO zwar den amtswegigen Beizug von Beweismitteln, welche die Parteien nicht vorgebracht haben, erlaubt, allerdings ist nach diesen Autoren die Anwendung dieser Bestimmung hinsichtlich *behaupteter* Tatsachen beschränkt.²⁸²⁵ In einer eher kürzeren Erwägung, die in einem Verfahren unter der Verhandlungsmaxime, sogar mit erweiter-

²⁸²³ Vgl. hierzu N. 630–632.

²⁸²⁴ Vgl. auch die Begründung der Zurückhaltung beim gerichtlich angeordneten Augenschein und Gutachten bei BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 196, dass nicht eine Partei bevorteilt bzw. nicht eine nachlässige Partei begünstigt werden soll; ähnlich S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHWEIZER, Art. 55 N. 54; S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 181 N. 8.

²⁸²⁵ BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 7; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 9; wohl auch MEIER R., N. 296; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 10 und Fachhandbuch-AEPLI, N. 20.32.

ter Fragepflicht, ergangen ist, führte das Bundesgericht aus: «*Vor diesem Hintergrund gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 153 Abs. 2 ZPO an der Sache vorbei. Gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht strittigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Der Unfallhergang war aber nach dem Gesagten gerade strittig und es mangelte an Behauptungen hinsichtlich der normrelevanten Tatsachen [...]*».²⁸²⁶ Des Weiteren zog es in einem anderen Urteil – nach der Feststellung, dass in Bezug auf den nachehelichen Unterhalt gemäss Art. 277 Abs. 1 ZPO der Verhandlungsgrundsatz gilt – aus den *Art. 55 Abs. 2 und Art. 153 ZPO* den Schluss, dass *mangels Parteibehauptungen* die finanzielle Situation der Ex-Ehefrau nach der Pensionierung *nicht streitig und auch nicht Beweisgegenstand* war; «*die Vorinstanz durfte darüber nicht von Amtes wegen Beweis führen [...]*».²⁸²⁷ All dies klingt danach, als ziehe auch das Bundesgericht den Art. 153 Abs. 2 ZPO nur und erst dann in Betracht, wenn eine Behauptung vorliegt. Kantonale Instanzen sprachen bereits von erheblichen Zweifeln an «*vorgebrachten (unbestrittenen) Tatsachenbehauptungen*» oder auch an einer «*anerkannte[n] Tatsachenbehauptung*».²⁸²⁸ Die erstzitierte Wendung stammt aus dem bereits thematisierten Fall, in welchem die nicht anwaltlich vertretene Klägerin, nachdem das Gericht die Fragepflicht ausgeübt hatte, noch immer keine schlüssige Klage einreichte und die Beklagte auch nach kurzer Nachfrist keine Klageantwort in das Verfahren einbrachte. Das zürcherische Handelsgericht erörterte hier ausschliesslich den Art. 153 Abs. 2 ZPO. Nicht nur, dass andere Bestimmungen zur amtswegigen Beweisanordnung gar nicht in Betracht gezogen wurden, das Gericht verwies zudem wiederholt auf die Verhandlungsmaxime und darauf, dass es aufgrund dieser nicht auf die Akten zurückgreifen kann.²⁸²⁹

Andreas LIENHARD will nun anhand des Beispiels, dass zwei Parteien eine Absprache über einen nachehelichen Unterhalt treffen, der aufgrund einer Aufteilung von Schwarzgeld erstaunlich tief ausfällt, aufzeigen, dass es für die Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO irrelevant sein muss, dass einzelne Behauptungen für sich genommen richtig sind. Entscheidend sei vielmehr, ob ein unrichtiges Gesamt-

²⁸²⁶ 4A_33/2015 E. 6.3.

²⁸²⁷ 5A_95/2018 E. 2.2.3.

²⁸²⁸ HGer ZH HG 130183 E. 1.1.1 vom 09.04.2014 bzw. KGer VS C1 16 141 E. 2.3 vom 17.11.2017.

²⁸²⁹ HGer ZH HG 130183 E. 1.1.1, 2.2 und 2.4 vom 09.04.2014. Vgl. aber auch den Hinweis zu diesem Entscheid hiervor in N. 834.

bild vorliegt.²⁸³⁰ In seinem Beispiel behauptet augenscheinlich keine Partei, dass illegale Handlungen stattgefunden haben. LIENHARD wird somit vermutlich davon ausgehen, dass eine fehlende (explizite) Behauptung keinen Hinderungsgrund für die Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO darstellt.²⁸³¹ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht lässt sich in solchen Fällen argumentieren, dass die Aufrichtigkeit von Personen und die Rechtmässigkeit des Verhaltens grundsätzlich eine mit den Sachvorbringen verbundene, implizite Behauptung darstellt. Das heisst, je nachdem wie weit in einem Fall von *impliziten Behauptungen* ausgegangen werden kann, ist die Anwendungsmöglichkeit von Art. 153 Abs. 2 ZPO in gewissen Missbrauchsfällen ohnehin gegeben. Es lässt sich indessen kaum ausschliessen, dass es Fälle geben kann, bei welchen eine eigentliche Behauptungslücke, die sich die Parteien zu schliessen weigern, erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen hervorruft. In Anbetracht von LIENHARDS Beispiel stellt sich die Frage, ob es im Sinne eines Minimalschutzes der Gerichtsbarkeit nicht nötig wäre, dass Gerichte zumindest missbräuchliche Behauptungslücken auch in Verfahren, die der Verhandlungsmaxime unterstehen, durch eine lenkende Untersuchungstätigkeit, und somit losgelöst von der prozessualen Sorgfalt der Parteien, schliessen. Zweierlei ist allerdings wichtig: Eine Definition der Konstellationen, wann eine solche gerichtliche Kompetenz gegeben wäre; gegebenenfalls auch unter einer Einschränkung der Gründe, weshalb eine Behauptung unterblieben ist. Zudem ist die gesetzliche Grundlage für einen solchen gerichtlichen Eingriff zu bestimmen. In Anbetracht dessen, dass ein solcher Eingriff in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, sich nicht unterhalb der Schwelle der erheblichen Zweifel rechtfertigen lässt,²⁸³² und da gleichzeitig bereits der Art. 153 Abs. 2 ZPO existiert, welcher ebendiese Schwelle vorsieht, können für den Fall der fehlenden Behauptung, welche erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen begründet, kaum die allgemeinen Beweismittelbestimmungen in Betracht gezogen werden: Schliesslich ist es schwierig zu begründen, weshalb (nur) für die Variante, dass *lediglich die Bestreitung fehlt*, eine individuelle Bestimmung geschaffen wurde. Zu diskutieren ist somit eher, ob es für Fälle einer missbräuchlichen Behauptungslücke einer neuen Bestimmung bedarf oder ob nicht doch, wie eingangs angetönt, die Wendung der *nicht streitigen «Tatsache»* im Sinne von

²⁸³⁰ LIENHARD A. [b], N. 325 ff.

²⁸³¹ Gemäss LIENHARD A. [b], N. 325, geht es ihm um die Auslegung der Richtigkeit bzw. der Unrichtigkeit von Tatsachen; er spricht aber explizit davon, dass «*die Parteien bestimmte Tatsachen übereinstimmend nicht behauptet haben*» (Hervorhebung zugefügt).

²⁸³² Vgl. hierzu N. 901–907.

Art. 153 Abs. 2 ZPO umfassender auszulegen wäre, so dass diese nicht auf die *unstrittige «Behauptung»* reduziert wird.

3.3. Amtlich initiierte Beweiserhebung, wenn lediglich der *Beweisantrag* fehlt?

Ein fehlender Antrag auf Begutachtung wurde dem vom Urteil 4A_146/2015 910 betroffenen Architektenbüro zum Verhängnis: Der Fall drehte sich um ein Praxisprojekt dieses Büros für eine Klinik, das wegen Differenzen zwischen den Parteien nicht vollständig realisiert wurde. Davon, dass gewisse Arbeiten ausgeführt wurden, ging auch das Bundesgericht aus, denn der Architekt erhielt die Erstattung von Reisekosten zugesprochen.²⁸³³ Vor allem aber verlangte dieser eine Entschädigung von CHF 63'215 für die geleisteten Arbeiten, die er auf 30% der vereinbarten Honorarpauschale schätzte. Eine objektive Quantifizierung des geleisteten Anteils der Arbeiten am geplanten Projekt liess sich allerdings nicht ohne Gutachten bewerkstelligen, weshalb die Beschwerde für diesen Entschädigungsposten abgewiesen wurde.²⁸³⁴ In Anbetracht des unterschiedlichen prozessualen Ausgangs für die beiden eingeklagten Posten bestehen doch Zweifel, ob das Urteil die tatsächlichen Gegebenheiten korrekt abbildet. Nun aber vertrat der Architekt einzig die unrichtige Ansicht, dass gar kein Gutachten nötig gewesen wäre.²⁸³⁵ Mit den interessanten Fragen, nämlich, ob das Gericht informative Rückfragen zu stellen oder sogar von Amtes wegen eine Beweiserhebung anzuordnen gehabt hätte, befasste sich das Bundesgericht somit nicht. Dafür taten dies Michel HEINZMANN und Rafaella DEMIERRE, die das Urteil kommentiert haben: Die beiden sind der Ansicht, dass in diesem Fall eine materielle Prozessleitung wohl angezeigt gewesen wäre. Sie beziehen sich auf erhebliche Zweifel im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO, um eine Gutachtenanordnung von Amtes wegen zu befürworten. Andernfalls wäre nach diesen beiden Autoren, sofern die Partei nicht anwaltlich vertreten war, der Art. 56 ZPO in Betracht zu ziehen gewesen, denn dann hätte die Laienpartei wohl unverschuldetermassen die Rechtslage verkannt.²⁸³⁶

Der zweite Standpunkt von HEINZMANN und DEMIERRE liegt auf der Linie des 911 bereits aufgegriffenen Beispiels von Philipp HABERBECK zum fehlenden Beweismittelantrag der Laienpartei, der dazu führt, dass diese ihre berechnete Forderung im Prozess verliert. Wie an jener Stelle ausgeführt, mag das Bundesgericht

²⁸³³ 4A_146/2015 E. 7.

²⁸³⁴ 4A_146/2015 E. 5.

²⁸³⁵ 4A_146/2015 E. 5.2.2.

²⁸³⁶ HEINZMANN/DEMIERRE, S. 341 f.

dies womöglich anders sehen; doch auch nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist hier die Hinweispflicht nach Art. 56 ZPO zu evaluieren.²⁸³⁷ Beim juristischen Laien wird sie öfters zu bejahen sein, bei der anwaltlich vertretenen Partei dagegen, aufgrund der ihr anzurechnenden Fachkenntnisse, seltener.²⁸³⁸

- 912 Für eine amtlich initiierte Gutachten- und Augenscheinanordnung wird in der Literatur verschiedentlich zur Zurückhaltung gemahnt.²⁸³⁹ Es stellt sich die Frage, welche Konstellationen mit diesem Hinweis jeweils bedacht werden. Das Bundesgericht jedenfalls nimmt in seiner Rechtsprechung die Abgrenzung auf,²⁸⁴⁰ wie sie die Botschaft im Bereich der Verhandlungsmaxime für diese beiden Aufklärungsmittel aufzeigt: So ist ein Parteienantrag erforderlich, soweit diese Mittel als Beweis fungieren sollen; zum besseren Verständnis des Sachverhalts hingegen können Augenschein und Gutachten selbst im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen angeordnet werden.²⁸⁴¹ Diese Trennung, welche in der Lehre nicht überall kritiklos hingenommen wird,²⁸⁴² erläutert François VOUILLOZ dahingehend, dass sich das Gericht in seinem Entscheid nicht auf einen Augenschein oder ein Gutachten als Beweis abstützen darf, soweit ihm diese Aufklärungsmittel lediglich zum besseren Verständnis respektive zur sichereren Beurtei-

²⁸³⁷ Vgl. hierzu N. 847–848.

²⁸³⁸ Vgl. hierzu auch N. 823–825 i.V.m. N. 847–848 (juristischer Laie) und N. 915–921 (anwaltliche Vertretung).

²⁸³⁹ Vgl. z.B.: ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 111 (Augenschein) und § 18 N. 119 (Gutachten); BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 196 (Augenschein) und § 46 N. 209 (Gutachten); G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 181 N. 2 (Augenschein); S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 54 (Augenschein und Gutachten); S/H/L-WEIBEL/WALZ, Art. 181 N. 8 f. (Augenschein); S/H/L-WEIBEL, Art. 183 N. 1 und 8 f. (Gutachten); B/G/S I-MÜLLER, Art. 181 N. 14 f. (Augenschein) und Art. 183 N. 5 f. (Gutachten); BSK ZPO-DOLGE, Art. 181 N. 3 (Augenschein) und Art. 183 N. 2 (Gutachten); HASENBÖHLER, Beweisrecht II, N. 6.31 ff. (Augenschein); LIENHARD A. [b], N. 352 f. i.V.m. 347 ff. (der Gutachten und Augenschein stets als Beweismittel betrachtet). Vgl. auch die Darstellung der Lehre im Urteil 5A_723/2017 E. 6.5.3 f.; hierauf hinweisend auch das Urteil 4A_572/2018 E. 2.4.

²⁸⁴⁰ 5A_723/2017 E. 6.5.2; 4A_572/2018 E. 2.4 jedoch mit dem Hinweis: «*Cette distinction peut susciter quelques interrogations.*»; 5A_225/2019 E. 5.3.2.

²⁸⁴¹ Botschaft ZPO, S. 7323 zu Art. 178 und 179 (Augenschein), und Botschaft ZPO, S. 7324 zu Art. 180–185 (Gutachten).

²⁸⁴² BK I-BÜHLER, Art. 181 N. 4 und 6; LIENHARD A. [b], N. 349 f. und 353; vgl. des Weiteren auch SCHWANDER I., Bemerkungen 5A_723/2017, S. 159 f.; zumindest kritisch bez. des Texts des E-ZPO: DOMEJ, Struktur, S. 258.

lung anderer abgenommener Beweismittel dienen sollen.²⁸⁴³ Zu Recht betonte das Bundesgericht Ende 2018, dass einerseits der Verhandlungsmaxime nicht jegliche Tragweite genommen werden darf, und dass andererseits bei einer Ausnahme, die eine Anordnung eines Gutachtens von Amtes wegen rechtfertigen könnte, die Frage nach der Bevorzugung einer Partei zu prüfen ist.²⁸⁴⁴ In jenem Urteil nannte es zweimal das ganz spezifische Beispiel, dass die beweisbelastete Partei keinen Antrag auf ein gerichtliches Gutachten stellt, weil sie davon ausgehen durfte, dass es sich um eine allgemein bekannte Tatsache handelt, die das Gericht aufgrund seines eigenen Wissens beurteilen kann, das Gericht sich aber hierzu nicht in der Lage sieht.²⁸⁴⁵

Dem Architekten im Fall 4A_146/2015 hilft diese bundesgerichtliche Ausnahme 913 wenig, scheitert deren Anwendung bereits daran, dass der geleistete Arbeitsanteil nicht als eine allgemein bekannte Tatsache zu werten ist. Das Bundesgericht scheint weitere Ausnahmen nicht per se auszuschliessen. Das spezielle Beispiel, wie auch seine restriktive Haltung bereits gegenüber einer Fragepflicht bei fehlendem Beweisangebot²⁸⁴⁶ – also dem bloss *mittelbaren* gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff –, spricht allerdings nicht dafür, dass diese zahlreich sein werden.

Läge seitens des Architekten eine Sorgfaltspflichtverletzung vor, womit die Fragepflicht ausser Betracht fällt, ist es nach der vorliegend vertretenen Ansicht bei 914 *strittigen* Behauptungen unter der Verhandlungsmaxime grundsätzlich schwierig, eine von Amtes wegen initiierte Beweismittelerhebung zu rechtfertigen: Dies, weil vorderhand keine Situation vorliegt, in der die Parteien durch übereinstimmendes Handeln das Gericht dazu bringen, ein unrichtiges Urteil zu fällen. So ist also keine Situation gegeben, bei der sich das Gericht gegenüber *beiden* Parteien schützt. Trägt das Gericht in einem Verfahren keine originäre Verantwortung für den Prozessstoff und sind die Voraussetzungen für die Fragepflicht nicht erfüllt, oder reagiert die aufgeklärte Partei hierauf nicht, riskiert das Gericht mit einer amtswegigen Beweisanordnung zu einer Behauptung, über die die Parteien

²⁸⁴³ PC-VOUILLOZ, Art. 181 N. 4 und Art. 183 N. 6; vgl. auch die Beschreibung des besseren Verständnisses bei HASENBÖHLER, Beweisrecht II, N. 6.10.

²⁸⁴⁴ 5A_723/2017 E.6.5.4 und 6.5.6, was dann i.c. dazu führte, dass kein Gutachten anzuordnen war. Für die Vorinstanz schien dabei entscheidend, dass das Gutachten im konkreten Fall nicht (nur) als blosses Aufklärungsmittel, sondern als eigentliches Beweismittel zum Zuge käme, vgl. 5A_723/2017 E. 6.5.1 und 6.5.5.

²⁸⁴⁵ 5A_723/2017 E. 6.5.3 (m.H.a. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.106) und E 6.5.5; vgl. hierzu auch HASENBÖHLER, Beweisrecht II, N. 7.12 f.

²⁸⁴⁶ Vgl. hierzu N. 846.

effektiv streiten, Parteilichkeitsvorwürfe dahingehend, dass es der unsorgfältigen Partei zu Hilfe eilt.²⁸⁴⁷ Im Falle des Architekten wäre daher, nach der vorliegend vertretenen Ansicht, in erster Linie zu prüfen gewesen, ob die Voraussetzungen für die Fragepflicht erfüllt sind, insbesondere die erwartbare prozessuale Sorgfalt eingehalten wurde.

c. Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung

- 915 Nach der vorliegend vertretenen Ansicht muss die materielle Prozessleitung sowohl gegenüber dem juristischen Laien als auch gegenüber der anwaltlich vertretenen Partei jeweils unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes voll zum Tragen kommen. Dies bedeutet, dass, ungeachtet des Vertretungsentscheids einer Partei, die geeignete materielle Prozessleitung nicht weiter, aber auch nicht weniger weit gehen soll, als das, was sich in der konkreten Prozesssituation mit Blick auf die angestrebten Ziele im Zivilprozess als erforderlich und angemessen erweist.²⁸⁴⁸
- 916 Zum kontradiktorischen Faktor der Angemessenheitsanalyse wurde festgehalten, dass im Grundsatz auch die professionell vertretene Partei, ungeachtet des Vertretungsentscheids ihrer Gegenpartei, in den Genuss geeigneter und erforderlicher Unterstützungshandlungen des Gerichts kommen kann.²⁸⁴⁹ Der subjektbezogene Faktor hat gezeigt, dass sich die anwaltlich vertretene Partei aber an einem objektiven Sorgfaltsmassstab messen zu lassen hat.²⁸⁵⁰ Dies gilt es, mit dem Gerüst der Stufenfolge – dem verfahrensbezogenen Angemessenheitsfaktor – zu kombinieren; also den Zielen des Zivilprozesses bei Geltung der Verhandlungsmaxime. Hiernach bedeuten die Resultate des vorliegenden Unterkapitels F. I. für die anwaltlich vertretene Partei insbesondere Folgendes:

²⁸⁴⁷ HEINZMANN/DEMIERRE, S. 342, verweisen insb. auf das Urteil 5A_478/2013 E. 4.3, um eine Gutachtensanordnung von Amtes wegen zu rechtfertigen. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht gilt es indes zu berücksichtigen, dass in jenem Fall *bereits ein gerichtliches Gutachten vorhanden war*, das wohl auf Antrag der Beschwerdegegnerin eingeholt wurde, sich allerdings dann *inhaltlich als mangelhaft* herausstellte.

²⁸⁴⁸ Allgemein zur vollständigen Entfaltung der materiellen Prozessleitung, auch bei anwaltlich verteilter Partei vgl. N. 760–762.

²⁸⁴⁹ Vgl. hierzu N. 759–762, vgl. zudem das Fazit in N. 782–784.

²⁸⁵⁰ Vgl. hierzu N. 703 und N. 706–708.

Es wurde ausgeführt, dass die Verhandlungsmaxime mit der allgemeinen Fragepflicht von der Vermutung geprägt ist, dass die Parteien ihre Sachverhaltshypothesen vollständig einbringen.²⁸⁵¹ Diese Vermutung fällt dahin, wenn in der konkreten Prozesssituation davon ausgegangen werden muss, dass sich eine Partei in *entschuldigbarer* Weise über eine Rechtsfrage irrt oder ihr ein ebenso *entschuldigbares* Versehen²⁸⁵² unterlaufen ist.²⁸⁵³ Wie gesehen, werden Rechtskenntnisse und Prozessführungsfähigkeiten der staatlich anerkannten Rechtsvertretung objektiviert bemessen und der Partei angerechnet.²⁸⁵⁴ Aufgrund des objektiven Sorgfaltsmassstabs, dem die professionelle Rechtsvertretung untersteht, wird die Orientierung am ordentlich beziehungsweise durchschnittlich sorgfältigen Berufskollegen²⁸⁵⁵ die Antwort auf die Frage nach der Entschuldigbarkeit eines Mangels weisen. 917

Mit Blick auf diese Vergleichsbasis wird ein gerichtlicher Hinweis auf eine eigentliche Vortragslücke nur in besonderen Konstellationen angemessen sein:²⁸⁵⁶ Sorgfaltserwägungen haben nämlich zu berücksichtigen, dass Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich in der Lage sein müssen, die potentiell einschlägigen Normen sowie sämtliche darin enthaltenen Tatbestandselemente selbstständig zu erkennen; sodann diejenigen Tatsachen zu behaupten, die den Schluss auf die Ele- 918

²⁸⁵¹ Vgl. hierzu N. 822.

²⁸⁵² Verbreitet sind die Hinweise, dass *bei der anwaltlichen Vertretung* ein Eingriff nur zu rechtfertigen ist, wenn *Irrtum* oder *Versehen* zu vermuten ist, vgl. z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 70; WILLISEGGER, S. 268; FELLMANN, Fragepflicht, S. 79 und 90; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 40; KuKo-SCHMID, Art. 153 N. 3; B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 7; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.61; AEBI-MÜLLER, S. 192; SIX, S. 101; SARBACH R., N. 667; vgl. zudem ZR 60 (1961) Nr. 64, S. 124 ff.; ZR 81 (1982) Nr. 118, S. 280 f.

²⁸⁵³ Vgl. hierzu N. 823–825.

²⁸⁵⁴ Vgl. hierzu N. 703 und N. 706–708.

²⁸⁵⁵ Vgl. hierzu N. 708.

²⁸⁵⁶ Vgl. allgemein die Ansichten von: TSCHUDI, S. 38, m.H.a. BK I-HURNI, Art. 56 N. 29, dass bei der anwaltlichen Vertretung, die nicht auf dem Niveau des objektiven Sorgfaltsmassstabs prozessiert, grundsätzlich der Vorwurf der Unsorgfalt greift. CR-TAPPY, Art. 247 N. 25, der aus der richterlichen Zurückhaltung bei anwaltlicher Vertretung im Geltungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime *a fortiori* eine Zurückhaltung im Rahmen der allgemeinen richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verlangt; ähnlich wohl CR-HALDY, Art. 56 N. 3; KuKo-SCHMID, Art. 153 N. 3. ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 20, und WILLISEGGER, S. 268, betonen, dass bei Anwaltspersonen i.d.R. kein Anlass zur Nachfrage besteht. Nach SIX, S. 93, sollen Sorgfaltserwägungen für die Ausübung der richterlichen Fragepflicht keine Rolle spielen, weshalb SIX, S. 101 f., bez. der gerichtlichen Hilfestellung sehr weit geht.

mente zulassen,²⁸⁵⁷ und die jeweils die Behauptungen stützenden Beweisofferten korrekt einzubringen²⁸⁵⁸. Auch der prozessualen Anforderung eines Bestreitens «im Einzelnen», wie es der Art. 222 Abs. 2 ZPO fordert, muss die sorgfältige Anwaltsperson grundsätzlich eigenständig gewachsen sein.²⁸⁵⁹ Ebenso wenig sollte ihr der korrekte Umgang mit der Fachsprache Schwierigkeiten bereiten.²⁸⁶⁰ Dass die Tätigkeiten, die für eine vollständige Eingabe prozessual rechtsgenügend umgesetzt werden müssen, zum grundsätzlich selbstständig zu beherrschenden Rüstzeug einer berufsmässigen Vertretung gehören, bestätigt das Bundesgericht mit verschiedenen Urteilen, in denen es sich vor dem Hintergrund der materiellen Prozessleitung jeweils zu den erwartbaren Fähigkeiten von Anwaltspersonen äussert.²⁸⁶¹ In diesen Kontext lässt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht die

²⁸⁵⁷ In eine solche Richtung auch z.B.: MEIER R., N. 185; SARBACH R., N. 667 i.V.m. 683, 696 und 742; LIENHARD A. [b], N. 235; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637; Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.60; wohl auch CR-HALDY, Art. 56 N. 3; zur Erwartung schlüssiger und in sich stimmiger Vorbringen vgl. auch S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 40.

²⁸⁵⁸ Vgl. auch die Ansichten z.B. von: S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 19; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 16; ASPRIEN STÖCKLIN, S. 129 f.; LIENHARD A. [b], N. 236; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 192 und 228; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637. Wie gesehen, vertritt HABERBECK, S. 180 ff., zwar die Ansicht, dass die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO u.U. auch dann zu greifen hat, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel anbietet, schreibt aber auch: «Diesbezüglich sind selbstverständlich auch Konstellationen denkbar, in denen sich das Gericht mit Fragen bezüglich nicht offerierter Beweismittel zurückhalten sollte, z.B. mit Blick auf Parteien, die durch Anwälte vertreten sind.» Zur generell restriktiven Ansicht des BGer zu Hinweisen bei fehlenden Beweismittellofferten vgl. N. 846.

²⁸⁵⁹ LIENHARD A. [b], N. 238.

²⁸⁶⁰ Vgl. auch das Urteil 4A_499/2013 E. 3.3.2. f., das zeigt, dass grundsätzlich eine korrekte und präzise Verwendung der Fachsprache von der patentierten Vertretung erwartet wird. Besonders wichtig ist dies auch im Hinblick auf die Formulierung korrekter, hinlänglicher Rechtsbegehren, vgl. diesbez. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 239; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1637; sowie in Bezug auf die richtige Wahl bzw. Bezeichnung des Rechtsmittels, vgl. diesbez. z.B.: 5A_221/2018.

²⁸⁶¹ Vgl. z.B.: 4P.84/2003 E. 4.2 f. zu § 51 ZPO-SZ; 5A_209/2014 E. 3.2.1 i.V.m. 3.2.3; 4A_540/2017 E. 5.4 f. (Erwägungen der Vorinstanz zur Vollständigkeit, die das BGer explizit nicht beanstandet); 4A_487/2018 E. 4.3.4. Im Übrigen führte im Urteil 5A_462/2013 E. 3.3 eine telefonische Rücksprache mit dem Anwalt einer Partei bez. der Richtigkeit/Vollständigkeit der im Gesuch angegebenen Gesuchsgegnerschaft zum Anschein der Befangenheit; das BGer spricht davon, dass die Rücksprache *überflüssig* war und die Partei anwaltlich vertreten, was nach der vorliegend vertretenen Ansicht zeigt, dass die Partei selbstständig hätte den rechtlichen Anforderungen gerecht wer-

Aussage einordnen, nach der für die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht bei fehlenden Behauptungen keine Grundlage besteht. Tatsächlich scheint die Partei im Fall 4A_504/2015, in welchem das Bundesgericht dies ganz kurz und knapp erwogen hat, zum relevanten Zeitpunkt anwaltlich vertreten gewesen zu sein.²⁸⁶²

Entsprechend des zweistufigen Vorgehens, das vorliegend zur Prüfung der Fragepflicht vorgeschlagen wird, ist die Fragepflicht bei Unvollständigkeiten nicht per se ausgeschlossen.²⁸⁶³ Damit aber die Vortragslücke entschuldbar und somit das Gericht gehalten ist, sich bei der juristischen Fachperson hinsichtlich der Vollständigkeit ihrer Einbringtätigkeiten zu erkundigen, müssen besondere Umstände vorliegen: namentlich Rechtsfragen des Sach- oder auch des Verfahrensrechts²⁸⁶⁴, deren korrekte Einschätzung auch einer durchschnittlich sorgfältigen Berufskollegin nicht zur Gänze zugemutet werden kann.²⁸⁶⁵ In diesem Sinn kann es also beispielsweise, je nach konkreten Umständen, entschuldbar sein, dass die Anwaltsperson die Rechtsgenügllichkeit eines Verweises auf eine «selbsterklärende» Beilage falsch einschätzt oder in einem sehr komplexen Kontext Aussagen nicht korrekt als Behauptung im Sinne des Verfahrensrechts qualifiziert.²⁸⁶⁶ Wur-

den müssen. Vgl. auch die Erwägungen – wohlbemerkt sogar im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime – z.B. im Urteil 4C.143/2002 E. 3: «*Ist eine Partei anwaltlich vertreten, darf das Gericht in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass ihm der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt.*»; 4C.395/2005 E. 4.4 (zu aArt. 343 Abs. 4 OR). Allgemein zum Vertrauen des Gerichts in die Fähigkeiten der Anwaltsperson vgl. N. 705 m.w.H.; allgemein zu erwartbaren Fähigkeiten der Anwaltsperson vgl. auch N. 708 m.w.H.

²⁸⁶² Dem Sachverhalt des Urteils 4A_504/2015 ist zu entnehmen, dass B., *anwaltlich vertreten*, ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung einreichte; zur Beschwerde vor BGer wird angegeben, dass B. die Eingabe unterzeichnet hat.

²⁸⁶³ Zu diesem zweistufigen Vorgehen vgl. N. 885.

²⁸⁶⁴ Zu den syllogistisch eingeteilten Rechtsfragen des Sachrechts vgl. N. 106–107; zu denjenigen des Verfahrensrechts vgl. N. 124–125 i.V.m. N. 319–325.

²⁸⁶⁵ In eine solche Richtung wohl auch MEIER R., N. 185 f.; vgl. zudem MEIER I., Diss., S. 157 ff. zur Rechtsinformationspflicht bei der Rechtsdurchsetzung durch Rechtskundige; FISCHLI, S. 94 f., sodann m.H., dass die Abgrenzung zwischen Entschuldbarkeit/Nichtentschuldbarkeit und einfachen/komplexen Fällen etc. nicht immer leicht ist; SARBACH M., Diss., S. 149: «*Im Übrigen besteht grundsätzlich zur Ausübung der Fragepflicht umso mehr Anlass, je komplexer die sich stellenden Fragen sind. Auch dabei ist allerdings auf die prozessuale Gewandtheit der Parteien abzustellen: Was für eine Anwältin ein einfacher Fall sein kann, ist für die unerfahrene Partei vielleicht schon sehr anspruchsvoll [...].*» Dagegen sehr extensiv: SIX, S. 100 ff.

²⁸⁶⁶ Zu diesen Herausforderungen vgl. N. 843.

den keine Sorgfaltserwartungen missachtet, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht ein gerichtlicher Hinweis angezeigt.

- 920 Wie weit die Zergliederung in Einzeltatsachen nötig ist, um der weiterreichenden Substantiierungslast gerecht zu werden, so dass eine Sachverhaltshypothese nicht zu wenig bestimmt ausfällt, hängt, wie gesehen, von den konkreten Fallumständen ab.²⁸⁶⁷ Anwältinnen und Anwälte haben durch ihre Ausbildung und die berufsmässige Ausübung der Rechtsvertretung zweifelsfrei mehr Kenntnisse und Einschätzungsvermögen dazu, wie viel Detailreichtum erwartet wird. Trotzdem können gerade hier entschuldbare Unsicherheiten auszumachen sein, denen Gerichte zu begegnen haben.²⁸⁶⁸ «Substantiierungshinweise» zur Bestreitungstätigkeit, in dem Sinn verstanden, dass über das ledigliche Bestreiten hinaus weitere Angaben verlangt werden,²⁸⁶⁹ sind hiervon nicht ausgenommen. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt erkennen, dass ein Gericht jeweils im konkreten Fall zu prüfen hat, ob, in Anbetracht der Rechtskenntnisse, die von einer ordentlich beziehungsweise durchschnittlich sorgfältigen Berufsvertretung zu erwarten sind, ein Hinweis auf die ungenügende Substantiierung angemessen ist.²⁸⁷⁰ Auch wenn dies

²⁸⁶⁷ Vgl. hierzu N. 181–182.

²⁸⁶⁸ Gl. Resultat wohl Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.122. Vgl. auch SCHWANDER D., Sachverhaltsrüge, S. 134, der im Kontext der Substantiierungsmängel schreibt: «*Ob eine Partei mit oder ohne Anwalt prozessiert, wirkt sich naturgemäss auf das Ausmass der Fragepflicht aus, bedeutet aber nicht, dass das Gericht eine anwaltlich vertretene Partei ohne weiteres ‹ins Messer laufen› lassen darf.*»

²⁸⁶⁹ Vgl. auch den Hinweis bei MEIER R., N. 291, dass eine Behauptungs- und Beweisnot nicht leicht zu erkennen ist, weshalb MEIER richterliche Hinweise sowohl zugunsten des Laien als auch der anwaltlich vertretenen Partei fordert.

²⁸⁷⁰ Vgl. z.B.: 4D_15/2008 E. 2.4: «*zumal von einem Anwalt erwartet werden darf, dass er die Anforderungen an die Substanziierung des Schadens kennt [...]*»; 4A_78/2014 i.V.m. 4A_80/2014 E. 3; 4A_336/2014 E. 7.4.2: «*Erforderlich sind hinreichend konkrete Behauptungen in den Rechtsschriften. Ohne solche ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die (umfangreichen) Beilagen nach allfälligen relevanten Tatsachen zu durchsuchen.*», und sodann in E. 7.6: «*Wenn die Vorinstanz die Parteien aufforderte, zur Sorgfaltspflichtverletzung der Beschwerdegegnerin bei der Erfüllung und Abwicklung der Finanzdienstleistung ‹Absolute Return Bond Vertrag› weitere Ausführungen zu machen, so folgt selbstverständlich aus der Darlegung entsprechender Pflichtverletzungen, dass auch der diesbezügliche Schaden und Kausalzusammenhang neu zu substantizieren ist. Diese Fragen sind von Anfang an in einem Schadenersatzprozess relevant. Es handelt sich nicht um ‹neu als in erster Linie relevant eingeschätzte› Fragen, zu denen mit einer weiteren Instruktionsverfügung Stellungnahmen der – anwaltlich vertretenen – Parteien einzuholen gewesen wären.*»; im Urteil 4A_724/2016 E. 4 stellte die Vorinstanz fest, dass die betreffende, anwaltlich vertretene Partei ihre

öfters angezeigt sein mag, haben Richterinnen und Richter doch darauf zu achten, dass auch im Rahmen dieser Einbringtätigkeit die Sorgfaltspflichten eingehalten werden, ansonsten sie bald zum Gehilfen des Anwalts oder der Anwältin mutierten.²⁸⁷¹

Unterhalb der Schwelle der erheblichen Zweifel an der Urteilsrichtigkeit, sind, wie gesehen, die Sorgfaltspflichten der Parteien vorrangig.²⁸⁷² Liegen indessen keine normalen Umstände in dem Sinn mehr vor, dass die Schwelle der erheblichen Zweifel an der Urteilsrichtigkeit erreicht ist, werden sich Parteien, die wenig gewillt sind, sorgfältig zu prozessieren, auch mit gerichtlichen Hinweisen kaum animiert fühlen, Mängel an ihren Einbringtätigkeiten zu beheben.²⁸⁷³ Es ist somit zu prüfen, ob sich der vorderhand durch Art. 153 Abs. 2 ZPO definierte Bereich einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit eröffnet.²⁸⁷⁴ Wie erläutert, werden ab dieser Schwelle unmittelbare Eingriffe im Sinne einer amtlich initiierten Beweiserhebung erforderlich, um die Gerichtsbarkeit gegenüber beiden Parteien zu schützen. Da die Gegenwart von Anwältinnen und Anwälten keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit der materiellen Prozessleitung zum Schutz des materiell richtigen Urteils hat,²⁸⁷⁵ ist hier der gerichtliche Eingriff unabhängig davon

Substantiierungslast durchaus erkannt hatte, jedoch angesichts des Aufwands bewusst darauf verzichtete; das BGer fügt hinzu: *«Was die Ausübung der Fragepflicht bewirken könnte, wenn eine Partei bewusst den erforderlichen Aufwand nicht treiben will, ist nicht erkennbar. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist mutwillig.»*; des Weiteren 4A_398/2018 i.V.m. 4A_400/2018 E. 10.7: *«Entgegen dem Standpunkt der Beklagten auferlegte sich das Handelsgericht angesichts der anwaltlichen Vertretung beider Parteien und mangels Indizien für eine Unbeholfenheit seitens der Beklagten zu Recht Zurückhaltung bezüglich der Ausübung seiner Fragepflicht [...], um die Beklagte nicht einseitig zu bevorzugen. Wenn die anwaltlich vertretene Beklagte ihren angeblichen Anspruch nicht genügend substantiierte, ist das ihr selbst zuzuschreiben.»*; allgemein auch z.B. das Urteil 4A_533/2019.

²⁸⁷¹ Vgl. auch DOLGE, Zivilprozess, S. 39, bzw. DOLGE, Anforderungen, S. 26, die einen Substantiierungshinweis vor Klageabweisung nicht in jedem Fall als erforderlich erachtet. Vgl. auch den Hinweis bei MÜLLER H. A., S. 376 f., wonach das zürcherische HGer früher oft umfangreiche Substantiierungshinweise erteilte, seit der ZPO aber von dieser Praxis abgewichen sei.

²⁸⁷² Vgl. hierzu N. 901–907 i.V.m. N. 714–715.

²⁸⁷³ Vgl. hierzu N. 895–897 i.V.m. N. 730–732.

²⁸⁷⁴ Zu diesem Korrektiv vgl. N. 890–914.

²⁸⁷⁵ Vgl. hierzu N. 606.

zu rechtfertigen, ob Anwaltspersonen zugegen sind oder nicht.²⁸⁷⁶ Bis zu der von Art. 153 Abs. 2 ZPO gesetzten Schwelle vermögen jedoch nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Ziele der Ressourcenschonung und der Urteilsrichtigkeit nicht die primäre Einhaltung der parteiseitigen Sorgfalt auszuhebeln.²⁸⁷⁷ Es läge am Gesetzgeber, hierfür eine stärkere Maximenausprägung vorzusehen, welche das Ziel der Urteilsrichtigkeit stärker akzentuiert.

**d. Abschliessendes Fazit zur botschaftlichen Aussage
über die grundsätzliche Beschränkung auf die formelle
Prozessleitung im ordentlichen Verfahren**

- 922 Die vorliegenden Analysen zeigen, dass die in der Botschaft mehrfach enthaltene Aussage, dass sich das Gericht im ordentlichen Verfahren grundsätzlich auf die formelle Prozessleitung beschränken kann,²⁸⁷⁸ dem gerichtlichen Arbeitsalltag nicht wirklich gerecht wird. Zunächst wird damit sämtliche materielle Prozessleitungstätigkeit ausgeblendet, die das Gesetz unabhängig von den sachverhaltsrelevanten Prozessmaximen anordnet; beispielsweise die Aufgabe des Gerichts, Vermutungsfolgen oder allgemein bekannte sowie gerichtsnotorische Tatsachen in den Prozessstoff aufzunehmen. Was die maximenabhängige materielle Prozessleitung anbelangt, klassifiziert die Aussage den sorgfältig prozessierenden juristischen Laien, den das Gericht mit der materiellen Prozessleitung zu begleiten hat, praktisch als Ausnahmephänomen. Für unsorgfältig prozessierende Parteien hingegen hat der Hinweis auf die lediglich formelle Prozessleitung tatsächlich

²⁸⁷⁶ Zum Resultat, dass die anwaltliche Vertretung keinen Einfluss auf die Anwendung von Art. 153 Abs. 2 ZPO hat, gelangt auch LIENHARD A. [b], N. 330 und 336, jedoch mit anderen Ausführungen.

²⁸⁷⁷ Vgl. auch die Bemerkung von MEIER I., Diss., S. 159, im Jahr 1975 zur Rechtsdurchsetzung durch Rechtskundige: Die Richtigkeit des Entscheids würde an sich gebieten, dass Gerichte die Parteien sowohl bei Versehen als auch bei unsorgfältigem Handeln auf eine falsche Rechtsauffassung aufmerksam machten, aber «[d]ie allen Prozessgesetzen zugrunde liegende Verhandlungsmaxime, nach der die Stoffsammlung in erster Linie Sache der Parteien ist, das Interesse an der Wahrung der Neutralität des Richters, das jeder weiten Interpretation des <Fragerechts> entgegensteht, und schliesslich die von der Prozessökonomie geforderte Verhinderung der Denkfaulheit der Parteien verlangen jedoch, die Aufklärungspflicht auf jene Fälle von Rechtsirrtum zu beschränken, die auf Versehen und nicht auf mangelnder Sorgfalt in der Prozessführung beruhen.» (Hervorhebungen zugefügt), wobei MEIER aber doch weitgehende Prozessleitungskompetenzen zu befürworten scheint.

²⁸⁷⁸ Botschaft ZPO, S. 7223, 7245 und 7338; vgl. bereits N. 368.

eine gewisse Gültigkeit. Ab der Schwelle der erheblichen Zweifel im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO ist dies indessen bereits nicht mehr der Fall. Da nicht anzunehmen ist, dass mit der botschaftlichen Aussage über das Gericht, das sich grundsätzlich auf die formelle Prozessleitung beschränken kann, unsorgfältig prozessierende Parteien ins Auge gefasst werden sollten, wurde damit die Partei bedacht, der keinerlei Fehler unterlaufen. Einer Partei ohne fundiertes Fachwissen wird ein fehlerfreier Vortrag allerdings kaum gelingen, so dass die Botschaft die perfekte anwaltliche Vertretung im Visier haben muss, die keinerlei gerichtlicher Hilfestellung bedarf und ausschliesslich im Sinne der objektiv wahren Gegebenheiten prozessiert.

Solange es den Parteien mit der nötigen Sorgfalt möglich ist, dem Gericht die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel anzugeben, besteht auch nach Walter FELLMANN in der Regel kein Anlass für eine Korrektur.²⁸⁷⁹ Er präzisiert diese Aussage aber sogleich: *«Indessen kann es leicht geschehen, dass eine Partei die für das Urteil massgebenden Tatsachen trotz sorgfältiger Prozessführung nicht oder nicht genügend präzis vorbringt, weil sie beispielsweise bestimmte Aspekte aus der Vorgeschichte übersieht oder die Folgen des anwendbaren Rechts falsch einschätzt. In solchen Fällen darf das Prozessrecht die Rechtsverwirklichung nicht durchkreuzen.»*^{2880, 2881} Um also in einem Prozess die Ziele des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils nach Abschluss eines fairen und ressourcenschonenden Verfahrens ausgewogen und bestmöglich zu erreichen, braucht es, wie die vorliegenden Analysen belegen, neben der formellen ebenso sehr eine materielle Prozessleitung, die sich unter Berücksichtigung dessen, was die Verhältnismässigkeitserwägungen gebieten, vollständig entfaltet – seien die Parteien nun juristische Laien oder anwaltlich vertreten.²⁸⁸² 923

Dass in einem so wichtigen Schriftstück wie der Botschaft nicht ebenfalls sogleich die Bedeutung der materiellen Prozessleitung auch für das ordentliche Verfahren hervorgehoben wurde, könnte bald den Eindruck entstehen lassen, dass sich die Zivilrichterinnen und -richter in der Schweiz bei der materiellen Prozessleitung besonders zurückhalten sollten.²⁸⁸³ Dies sollte nicht sein: Nicht nur, weil etwa 924

²⁸⁷⁹ FELLMANN, Fragepflicht, S. 87 f.

²⁸⁸⁰ FELLMANN, Fragepflicht, S. 88, in der Folge m.H.a. SARBACH M., Diss., S. 153.

²⁸⁸¹ Vgl. auch bereits FELLMANN, Berührungspunkte, S. 121. FELLMANN zustimmend: SARBACH R., N. 657.

²⁸⁸² Zur vollständigen Entfaltung vgl. N. 760–762.

²⁸⁸³ Nach LIENHARD A. [b], N. 988 ff. (mit Zitatstellen aus der Botschaft in FN. 1545), hat der Gesetzgeber die richterliche Einflussnahme im ordentlichen Verfahren u.a. deshalb

die grösseren deutschsprachigen Nachbarländer, sogar trotz Anwaltszwang, auch weit(er)reichenden gerichtlichen Prozessleitungskompetenzen weniger skeptisch gegenüberstehen.²⁸⁸⁴ Selbst die Schweiz hob doch im Jahr 1947 in der Botschaft zum Bundesgesetz über den schweizerischen Bundeszivilprozess noch explizit hervor, dass ein Gericht, welches sich jeder Einflussnahme auf die Beschaffung eines ausreichenden Urteilsmaterials enthält, nicht mit der bereits damaligen Auffassung von Aufgabe und Stellung der Richterschaft übereinstimmt^{2885, 2886}

- 925 Die Aussage über die Prozessleitung in der Botschaft zur Zivilprozessordnung, die aufgezeigten Urteilsformeln zu Art. 56 ZPO und zur Verhandlungsmaxime sowie die zuweilen von der Lehre vertretene, sehr restriktive Haltung bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen²⁸⁸⁷ drohen dahin zu führen, dass die Gerichte bei eigentlichen Lücken innerhalb der von einem Laien vermittelten Sachverhalts-hypothese im ordentlichen Verfahren keine Sachhinweise erteilen. Damit wird die Lücke zwischen Art. 56 und Art. 69 Abs. 1 ZPO, in welche juristische Laien zu fallen drohen, empfindlich gross. Ein alsdann basierend auf Art. 52 ZPO notwendiger Hinweis gegenüber postulationsfähigen Laien, dass eine professionelle Vertretung angezeigt ist, würde im bewusst technisch anspruchsvoll ausgestalteten Verfahren bald zur Tagesordnung gehören.²⁸⁸⁸ Damit allerdings erhält die hiervor

so zurückhaltend ausgestaltet, damit die Gerichte nicht mit zu viel Pflichten belastet und die Gerichtsressourcen geschont würden; LIENHARD führt weiter aus, dass der Gesetzgeber dabei zu wenig bedacht hat, dass sich die Gerichte ohnehin mit den Streit-fällen befassen müssen und in einer volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung eine extensive materielle Prozessleitung mehr Kosten sparen würde, während demgegen-über das Vertrauen der Bürger in den staatlichen Rechtsschutz durch deren restriktive Verankerung nicht gefördert wird.

²⁸⁸⁴ Vgl. hierzu N. 372–373. Vgl. auch OBERHAMMER, Zivilprozessgesetzgebung, S. 1040, der betont, dass gerade international, im Rahmen verschiedener Reformbewegungen, die Frage nach der Rolle des Richters bei der prozessualen Stoffsammlung «zum *harten Kern*» der zivilprozessualen *«Megatrends»* gehört» und sich ein vermehrter Blick über die Grenzen als lohnenswert erweist, denn es entspreche heute der internationalen *communis opinio*, dass ein «*state of the art*»-Zivilverfahren» den Verhandlungsgrundsatz um eine stark ausgeprägte richterliche Frage- und Hinweispflicht (materielle Prozessleitung) ergänzt.

²⁸⁸⁵ Vgl. hierzu N. 366.

²⁸⁸⁶ Vgl. auch die Ausführungen und Forderungen von WALTER, Weg, S. 318 f. zur Stellung des Gerichts im Verfahren.

²⁸⁸⁷ Zur restriktiven Auslegung von Art. 56 ZPO in Teilen der Lehre vgl. N. 465–466; zur Analyse heikler Urteilsformeln vgl. N. 849–886.

²⁸⁸⁸ Vgl. auch die Stellungnahme zur Ansicht von MEIER R. N. 814–815.

im Kapitel 6 aufgegriffene Prognose der Botschaft, dass die Parteien im ordentlichen Verfahren in aller Regel anwaltlich vertreten sein werden,²⁸⁸⁹ eine andere Bedeutung als dieser wohl zugedacht war. Wird dieser Weg verfolgt, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht insbesondere auch der Wortlaut von Art. 56 ZPO zu überarbeiten.²⁸⁹⁰

II. Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht

Im Anliegen um eine konzise Darstellung wird nachfolgend für das vereinfachte Verfahren unter Art. 247 Abs. 1 ZPO einzig auf verschiedene gegenüber der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht bestehende Besonderheiten der maximenabhängigen materiellen Prozessleitung eingegangen. 926

a. Verfahrensbezogener Faktor: Weitergehende Zielakzentuierung

Wie im Kapitel 6 erläutert, zeigen die Materialien, dass mit der Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens der Zugang zur gerichtlichen Beurteilung einer Streitigkeit gegenüber dem anspruchsvollen ordentlichen Prozess erleichtert werden sollte: Ein einfaches, bürgernahes und laienfreundliches Verfahren wurde anvisiert, entbürokratisiert, beschleunigt und mit verstärkter Fragepflicht ausgestattet. Damit sollte es den Parteien grundsätzlich möglich sein, auch ohne professionelle Vertretung zu prozessieren.²⁸⁹¹ Gemäss Michel HEINZMANN und Willi EGLOFF gilt es, diesen Zweck des vereinfachten Verfahrens bei der Auslegung der dieser Verfahrensart zuzurechnenden Bestimmungen zu berücksichtigen.²⁸⁹² 927

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht wurde mit der gerichtlichen Kompetenzerweiterung nach Art. 247 Abs. 1 ZPO primär das Ziel nach Verfahrensfairness bei unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen besonders akzentuiert. Selbstverständlich ist die erweiterte Fragepflicht im Endeffekt auch der Urteilsrichtigkeit zuträglich. Hätte jenes Ziel aber darüber hinaus noch eine zusätzliche 928

²⁸⁸⁹ Vgl. hierzu N. 369–370.

²⁸⁹⁰ Vgl. hierzu N. 467–469.

²⁸⁹¹ Vgl. hierzu N. 369–370.

²⁸⁹² HEINZMANN/EGLOFF, S. 1068.

Betonung erfahren sollen, wäre die Statuierung einer lenkenden Untersuchungsmaximenausprägung in Betracht zu ziehen gewesen. Die Überarbeitung des vereinfachten Verfahrens im Nachgang an die Botschaft belegt, dass der Gesetzgeber jedoch selbst eine soziale Untersuchungsmaxime explizit ablehnte.²⁸⁹³ Indessen stellt die zügige Streiterledigung ein generelles Bestreben im vereinfachten Verfahren dar, der auch die materielle Prozessleitung zuträglich sein kann.²⁸⁹⁴

**b. Einbezug des subjektbezogenen
und des kontradiktorischen Faktors**

**i) Vorrangigkeit der Parteisorgfalt
bzw. subsidiäre gerichtliche Hilfestellung**

- 929 Auch wenn das Gericht im Rahmen der materiellen Prozessleitung vermehrt in die Pflicht genommen wird, ist hervorzuheben, dass in einem Verfahren, welches klar von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird,²⁸⁹⁵ die von den Parteien zu erwartende prozessuale Sorgfalt einzuhalten ist.²⁸⁹⁶ Denn wenn in der Botschaft sogar bei einer generell geltenden, eingeschränkten Untersuchungsmaxime ausdrücklich darauf bestanden wurde, dass im vereinfachten Verfahren die gerichtliche Hilfestellung nur angebracht ist, soweit sie effektiv notwendig ist,²⁸⁹⁷ sollen auch keine unnötigen Hinweise erteilt werden, wenn der Gesetzgeber sich letztlich nur noch für eine Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht entschieden

²⁸⁹³ Vgl. hierzu N. 655–657. Eine Einführung der sozialen Untersuchungsmaxime wurde auch im Rahmen der Revision zur Verbesserung der Praxistauglichkeit der ZPO letztlich nicht umgesetzt, vgl. N. 655 m.w.H.

²⁸⁹⁴ Vgl. hierzu N. 175 sowie das Zitat aus der Botschaft in FN. 1171. Zur Eignung der materiellen Prozessleitung zur Ressourcenschonung vgl. N. 594–596.

²⁸⁹⁵ Art. 247 Abs. 2 ZPO findet keine Anwendung, sondern lediglich Art. 247 Abs. 1 ZPO. Vgl. auch die Betonung der Verhandlungsmaxime im Gesetzgebungsverfahren: Ständerat Hansheiri Inderkum, AB 2007 S. 532; vgl. des Weiteren auch die Hinweise in der Lehre, z.B.: FELLMANN, Fragepflicht, S. 93 f.; CR-TAPPY, Art. 247 N. 1; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 1; B&M-GIGER, Art. 247 N. 1; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 2; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 5; GASSER/RICKLI, Art. 247 N. 1; AEBI-MÜLLER, S. 194; LIENHARD A. [b], N. 392; KLINGLER, N. 633; SCHUMACHER PE., S. 385.

²⁸⁹⁶ Im Ergebnis wohl gleich: LIENHARD A. [b], N. 392 i.V.m. N. 413; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 4. Spiegelstrich. Vgl. auch das BGer zu Art. 247 Abs. 1 ZPO in: 4D_57/2013 E. 3.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 5D_17/2020 E. 2.2 und 4.2. Vgl. hierzu auch N. 714–715.

²⁸⁹⁷ Vgl. hierzu N. 661.

hat. Es bleibt dabei, dass auch bei dieser Ausprägung der Verhandlungsmaxime prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien nicht auszugleichen sind.²⁸⁹⁸ Als eine Art Leitgedanke für die gerichtliche Hilfestellung im Rahmen des vereinfachten Verfahrens im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO kann somit Bernd HAUCKs Hinweis fungieren, wonach dem Gericht «eine lediglich unterstützende» Funktion zukommt, damit die parteiseitigen Einbringtätigkeiten hinsichtlich ihrer Form, ihrer Bestimmtheit, ihrer Vollständigkeit und ihrer Klarheit rechtsgenügend ausfallen – «nicht aber eine tragende»²⁸⁹⁹. Erleichterter Gerichtszugang und Laienfreundlichkeit entbinden also auch den juristischen Laien nicht davon, sich im Rahmen seiner jeweiligen Möglichkeiten redlich zu bemühen und das aus seiner Sicht Wesentliche einzubringen.²⁹⁰⁰

1. **Andere Konzeption des vereinfachten Verfahrens: Keine Vermutung der Vollständigkeit der Sachverhaltshypothesen**

Da die Botschaft die Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht noch gar nicht kannte, sondern im vereinfachten Verfahren generell eine soziale Untersuchungsmaxime vorsah,²⁹⁰¹ lassen sich diesem Dokument auch keine Erläuterungen zur Abgrenzung zwischen der allgemeinen und der erweiterten Fragepflicht entnehmen. Im Sinne einer *a maiore ad minus*-Argumentation darf letztere immerhin umfangmässig nicht hinter ersterer zurückstehen,²⁹⁰² auch wenn der allgemeine Terminus *Vorbringen* in Art. 56 ZPO umfassender scheint als die in Art. 247

²⁸⁹⁸ Vgl. hierzu N. 714–715 und insb. FN. 2296, die für beide Fragepflichten Angaben enthält.

²⁸⁹⁹ Wortzitate von S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15, insb. m.H.a. GULDENER, ZPR, S. 180, welcher wohlbemerkt im Rahmen der *allgemeinen* Erläuterungen zum Zivilprozess schreibt, dass das Gericht darauf *hinzuwirken* habe, dass die Parteibehauptungen und -erklärungen in der richtigen Form, bestimmt, vollständig und klar sind (vgl. auch bereits DENS., a.a.O., S. 165 f.). In diese Richtung auch FELLMANN, Fragepflicht, S. 93, und FELLMANN, Substanziierungslast, S. 28, der von einer Anleitung des Gerichts ohne eigene Ermittlungen spricht. Hervorzuheben ist, dass HAUCK aber eine sehr restriktive materielle Prozessleitung unter Art. 247 Abs. 1 ZPO vertritt, vgl. N. 934.

²⁹⁰⁰ Zur Sorgfaltspflicht von Laien vgl. N. 709–711.

²⁹⁰¹ Botschaft ZPO, S. 7275 zu Art. 54 und S. 7348 f. zu Art. 242 und 243. Vgl. hierzu auch N. 655–657.

²⁹⁰² Zu dieser Argumentationsweise bez. der Fragepflicht vgl. z.B.: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 6 und 9; FRÖHLICH, N. 57; WILDHABER BOHNET, N. 54. Vgl. zudem den Hinweis von KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 3, dass die selbstständige Bedeutung von Art. 247 Abs. 1 ZPO stark von der Auslegung der richterlichen Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO abhängt.

Abs. 1 ZPO aufgezählten *Angaben zum Sachverhalt und zu den Beweismitteln*. Für die vorliegend interessierende Thematik, die Relativierung des *da mihi facta*, ist jedenfalls festzustellen, dass in Bezug auf das Einbringen der Sachverhalts-hypothesen weder der sachliche Anwendungsbereich der Fragepflicht gegenüber demjenigen des ordentlichen Verfahrens verkleinert ist²⁹⁰³, noch die Hürden für den gerichtlichen Hinweis zu erhöhen sind.

- 931 Augenscheinlich enthält der Art. 247 Abs. 1 ZPO keine Liste von Mangelarten wie der Art. 56 ZPO. Die Lehre stellt denn auch verbreitet fest, dass eine allgemeine Mangelhaftigkeit des parteiseitigen Vorbringens genügt, um die erweiterte Fragepflicht auszulösen.²⁹⁰⁴ Allerdings ist zu bemerken, dass es wohl kaum eine Mangelart geben wird, die nicht entweder eine Unvollständigkeit, eine Unklarheit, eine Unbestimmtheit oder eine Widersprüchlichkeit darstellt.²⁹⁰⁵ Sodann nehmen einige Lehrmeinungen im Zusammenhang mit Art. 247 Abs. 1 ZPO explizit Abstand von einem Andeutungserfordernis²⁹⁰⁶, während andere selbst bei erwei-

²⁹⁰³ Vgl. dagegen die Diskussion um die Anwendbarkeit von Art. 247 Abs. 1 ZPO auf mangelhafte Rechtsbegehren z.B.: LIENHARD A. [b], N. 397 ff.; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 6 i.V.m. N. 9; CR-TAPPY, Art. 247 N. 9; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 13; WILDHABER BOHNET, N. 53; KLINGLER, N. 631 f.; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 101 ff., 163, 167 und 312.

²⁹⁰⁴ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 6; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 308, 326, 355 und 499; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.24; CR-TAPPY, Art. 247 N. 9; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 96; WILLISEGGER, S. 269; MEIER I., ZPR, S. 387; MEIER, R., Diss., N. 34; FELLMANN, Fragepflicht, S. 94; LIENHARD, A. 1982 N. 91 und 410; BRÄNDLI, N. 473; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 19; WILDHABER BOHNET, N. 19 und 51 f.; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 13, spricht von einem Greifen *bei schwächeren Mängeln*; HAAS/BÜHLER, S. 310, und MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 271 f., über einen Hinweis *nicht nur* bei *offensichtlichen* und *krassen* Mängeln. Vgl. auch weitere Hinweise, dass das «*offensichtlich*» in Art. 247 Abs. 1 ZPO entfällt, z.B. bei: DIETSCHY, déroulement, N. 33, und DIETSCHY, devoir d'interpellation, S. 84; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 9; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 10; LIENHARD A. [b], N. 91 und 411; implizit auch LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639. Betreffend Hinweise auf *klare Mängel* in Bezug auf Art. 56 ZPO vgl. N. 546, insb. auch der Hinweis in FN. 1765 der vorliegenden Abhandlung.

²⁹⁰⁵ Gl.M. LIENHARD A. [b], N. 411.

²⁹⁰⁶ LIENHARD A. [b], N. 402 ff.; DERS. in LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639; MEIER R., N. 184.

terter Fragepflicht noch daran festhalten^{2907, 2908} Wie in der Folge gezeigt wird, führt gerade dieser Umstand zu zwei sehr unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich des Umfangs der erweiterten gerichtlichen Fragepflicht.

Was nun die in der vorliegenden Abhandlung herausgearbeitete Differenzierung 932 betrifft, so wurde ausgeführt, dass mit der Formulierung und der Syntax in Art. 56 ZPO eine Vermutung verbunden ist, dass die von den Parteien vorgetragenen Sachverhaltshypothesen unter Geltung der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht vollständig sind: Insbesondere bei umfassenden Unvollständigkeiten, bei denen der Verdacht im Raum steht, dass diesen mit Art. 56 ZPO nicht mehr beizukommen ist, ist die Postulationsfähigkeit der Partei zu hinterfragen. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist eine Partei in einem Verfahren, bei der sie lediglich von der allgemeinen richterlichen Fragepflicht begleitet wird, schneller als postulationsunfähig einzustufen als in einem vereinfachten Verfahren. Denn im vereinfachten Verfahren ist von einem Konzeptionswechsel auszugehen: Hier wird keine Vollständigkeit der Vorbringen vermutet, vielmehr soll im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO darauf *hingewirkt* werden, dass die Vorbringen sorgfältig prozessierender Parteien vor der Präklusion möglichst vollständig sein werden. Nicht nur, dass es der Laienfreundlichkeit per se entgegenkommt, wenn nicht grundsätzlich von der Vollständigkeit der Vorbringen ausgegangen wird, dieser Ansatz ist insbesondere auch nötig, weil hier der mündlichen Prozessphase bedeutendes Gewicht zukommt.²⁹⁰⁹ Hat jemand ein ganzes Geschehen mündlich vorzutragen oder *ad hoc* und frei auf den Vortrag der Gegenpartei zu reagieren, kann ein wichtiges Element bald untergehen, ohne dass dies dem oder der Vortragenden auffällt.²⁹¹⁰

²⁹⁰⁷ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 322, 355 und 499, und DIES. in LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639.

²⁹⁰⁸ Zum Erfordernis eines «Andeutens» vgl. N. 465–466.

²⁹⁰⁹ Vgl. hierzu N. 164–166, N. 174–176 und N. 186.

²⁹¹⁰ Dass die *vorherrschende Mündlichkeit* keine «Prozessfalle» werden soll, ist der Botschaft ZPO, S. 7245, zum vereinfachten Verfahren zumindest in Bezug auf die Eventualmaxime zu entnehmen, die eigentlich in sämtlichen vereinfachten Verfahren hätte ausgeschaltet werden sollen. Da dies nun nicht der Fall ist, kommt nach der vorliegend vertretenen Ansicht der erweiterten gerichtlichen Fragepflicht besonderes Gewicht zu.

2. Ansichten abhängig vom jeweiligen Verständnis der allgemeinen Fragepflicht

2.1. Unvollständiges Behaupten

2.1.1. Offenere und restriktivere Lehrmeinungen

- 933 Wie bei der Erläuterung der allgemeinen Fragepflicht dargestellt, gesteht es Andreas LIENHARD den Gerichten im ordentlichen Verfahren zu, mindestens einzelnen Behauptungslücken mit einem entsprechenden Sachhinweis zu begegnen: Seinem Beispiel nach haben die Richterinnen und Richter dort der sorgfältigen Partei, die zu fünf von sechs Elementen selbstständig die Behauptungen in den Prozess eingebracht hat, einen Hinweis zu geben.²⁹¹¹ Um zu bestimmen, ob die Einbringertätigkeiten von den Parteien mit zureichender Sorgfalt ausgeführt wurden, unterscheidet LIENHARD auch im vereinfachten Verfahren unter dem Art. 247 Abs. 1 ZPO dahingehend, ob die prozessierende Laienpartei eine akademische Ausbildung oder eine Volksschulbildung aufweist.²⁹¹² Seinen Ausführungen zur Fragepflicht im Sinne des Art. 247 Abs. 1 ZPO ist sodann zu entnehmen, dass diese zur Anwendung kommen muss, *«wenn die Partei einzelne Tatsachen zwar nicht angedeutet hat, das Gericht es jedoch auf Grund seiner Erfahrung und den übrigen Parteivorbringen für wahrscheinlich hält, dass sich diese Tatsachen verwirklicht haben»*²⁹¹³. Auf der Suche nach dem Unterschied zur allgemeinen Fragepflicht fällt auf, dass LIENHARD in seiner eben zitierten Formulierung von nicht angedeuteten Tatsachen – also im Plural – spricht.²⁹¹⁴ Ähnlich dürfte wohl die Meinung von Isaak MEIER ausfallen: MEIER beschreibt die richterliche Haltung als proaktiv, worunter dieser versteht, dass die Parteien zur Ergänzung anzuhalten sind, wenn nur schon die Möglichkeit weiterer rechtsrelevanter Umstände besteht.²⁹¹⁵ Auch Walter FELLMANN führt zu Art. 247 Abs. 1 ZPO aus, das Gericht habe bei der verstärkten Fragepflicht nicht nur auf Lücken aufmerksam zu machen, sondern

²⁹¹¹ Zu LIENHARD und seinem Beispiel vgl. N. 817.

²⁹¹² LIENHARD A. [b], N. 422 f. (Tatsachenbehauptungen), N. 427 (Beweismittelanträge), N. 438 (Bestreitungen), vgl. des Weiteren N. 440 (Einreden und Einwendungen) und N. 446 f. (Rechtsbegehren); für die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO im ordentlichen Verfahren erwähnt LIENHARD A. [b] in der N. 117 dieses Ausbildungskriterium lediglich, ohne die Unterscheidungskonsequenzen ebenso im Detail aufzuzeigen.

²⁹¹³ LIENHARD A. [b], N. 407 (Hervorhebung weggelassen) sowie N. 420; vgl. auch die teleologische Auslegung dieses Autors in der N. 406.

²⁹¹⁴ Vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 420: *«Folglich sind gerichtliche Hinweise auf zusätzlich notwendige Tatbestandselemente grundsätzlich zulässig und geboten.»*

²⁹¹⁵ MEIER I., ZPR, S. 395; dem zustimmend: SIX, S. 95.

ganz allgemein auf die Vollständigkeit des Prozessmaterials hinzuwirken.²⁹¹⁶ Nach Raoul MEIER greift die verstärkte gerichtliche Fragepflicht beim Laien immer dann, wenn behauptete Tatsachen fehlen, unabhängig davon, ob sie angedeutet sind oder sich aus den eingereichten Beilagen ergeben.²⁹¹⁷

Gemäss Bernd HAUCK ist sicher der Fall unter Art. 247 Abs. 1 ZPO zu subsumieren, *«dass die klagende Partei es unterlässt, bestimmte Tatsachen zu erwähnen, ohne die sich jedoch die gewünschte Rechtsfolge nicht erzielen lässt, z.B. das Fehlen des Abschlussdatums eines Vertrags, das Fehlen des Geburtsdatums, usw. Ferner greift die gerichtliche Fragepflicht, wenn Behauptungen einer Partei nicht hinreichend substantiiert sind [...]»*²⁹¹⁸ Auch HAUCK spricht von nicht erwähnten Tatsachen im Plural und zählt richterliche Substantiierungshinweise separat auf. Seine Ansicht könnte also auf den ersten Blick auf der gleichen Linie liegen wie die eben zitierte Meinung von LIENHARD. Allerdings geht aus einer späteren Kommentarstelle zu den Grenzen der verstärkten Fragepflicht hervor, dass HAUCK selbst für die Anwendung des Art. 247 Abs. 1 ZPO zur Fraktion gehört, welche die Meinung vertritt, dass das Gericht nicht nachfragen muss, wenn eine bestimmte Tatsache von den Parteien nicht zumindest angedeutet wird.²⁹¹⁹ Zudem weist er an der dortigen Stelle explizit darauf hin, dass er LIENHARDS Ansicht gerade nicht teilt.²⁹²⁰ Im Resultat vertritt HAUCK demnach eine äusserst restriktive Auffassung der erweiterten gerichtlichen Fragepflicht wie auch Claudia MORDASINI-ROHNER, auf deren Dissertation HAUCK denn tatsächlich verweist.²⁹²¹ Auch diese Autorin fordert im Rahmen von Art. 247 Abs. 1 ZPO stets ein mindestens andeutungsweise behauptetes Tatsachenvorbringen seitens der Parteien. Ohne ein solches kommt die Fragepflicht nach MORDASINI-ROHNER nicht zum Zuge, und zwar unabhängig davon, ob eine Partei eine Tatsache nicht vorbringt, weil sie nicht erkennt, dass diese rechtserheblich wäre. Sie erklärt ihre Ansicht damit, dass der Grund

²⁹¹⁶ FELLMANN, Fragepflicht, S. 93 f., der im Übrigen für Art. 247 Abs. 1 ZPO ebenfalls die Aussage von GULDENER, ZPR, S. 180, zitiert, nämlich dass das Gericht darauf hinzuwirken habe, *«dass die Parteihandlungen der Parteien in richtiger Form vorgenommen werden und die Parteibehauptungen und Parteierklärungen Bestimmtheit, Vollständigkeit und Klarheit besitzen»*. Dasselbe macht HAUCK, vgl. N. 2905, vertritt dann aber gerade eine sehr restriktive Auslegung für Art. 247 Abs. 1 ZPO, wie das vorliegende Unterkapitel zeigt.

²⁹¹⁷ MEIER R., N. 184 f.

²⁹¹⁸ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 11 (Hervorhebungen weggelassen).

²⁹¹⁹ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15.

²⁹²⁰ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15 m.H.a. die a.M. von LIENHARD A. [b], N. 402 ff.

²⁹²¹ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15 m.H.a. MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 322.

der Sachverhaltslücke – fehlende Rechtskenntnis, schlichtes Versehen, der Partei zuzuschreibende Unsorgfalt und Ähnliches – in den meisten Fällen nicht bestimmbar sein dürfte.²⁹²²

- 935 Stephan MAZAN erläutert die Mitwirkung dahingehend, dass das Gericht keine eigenen Erhebungen anstellen darf, sondern mit Fragen an die Parteien darauf hinzuwirken hat, dass ungenügende Darstellungen ergänzt und Beweise genannt werden.²⁹²³ Die verstärkte gerichtliche Fragepflicht bezieht sich nach MAZAN einerseits auf die Ergänzung von Sachbehauptungen, die *«zwar vorgebracht, aber ungenügend behauptet worden sind»*, andererseits können mit der richterlichen Befragung Beweismittel in Erfahrung gebracht werden, die eine Prozesspartei nicht bezeichnet hat.²⁹²⁴ Dies klingt nach dem vorliegenden Leseverständnis, als erachtete MAZAN zwar eine *mittelbare* Einflussnahme im Sinne einer gerichtlichen Nachfrage bei fehlender Zergliederung als zulässig, während er im Rahmen von Art. 247 Abs. 1 ZPO einen Hinweis auf gänzlich fehlende Angaben zu einem Tatbestandselement wohl eher auszuschliessen scheint. Nicht ganz einfach einzuordnen ist nach dem vorliegenden Leseverständnis auch die Ansicht von Thomas SUTTER-SOMM: Gemeinsam mit Claude SCHRANK führt er aus, weil die Verhandlungsmaxime sowohl bei der verstärkten als auch bei der allgemeinen Fragepflicht das Verfahren beherrscht, erfordere die Ausübung der Fragepflicht, dass die Parteien *«eine Tatsache zumindest andeutungsweise behaupten oder bestreiten bzw. ein Beweismittel anbieten»*²⁹²⁵. Auch die verstärkte Fragepflicht diene somit nicht dazu, darauf hinzuwirken, dass Parteien überhaupt erst Vorbringen tätigen.²⁹²⁶ Damit scheinen die Autoren mit der Ansicht von HAUCK und somit eigentlich auch

²⁹²² MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 321 ff., 355 und 499; MORDASINI-ROHNER, S. 19; auch distanziert sich MORDASINI-ROHNER diesbez. in LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1639, von der Ansicht ihres Mitautors.

²⁹²³ BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 15 und auch bereits N. 11 f.; gl.M. BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 2. Spiegelstrich.

²⁹²⁴ BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 15.

²⁹²⁵ S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 51.

²⁹²⁶ S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 52 m.H., dass der Unterschied zwischen allgemeiner und verstärkter Fragepflicht in der Intensität der Mangelhaftigkeit liegt und nicht im Vorliegen eines Vorbringens. Die Autoren verweisen unmittelbar zuvor in N. 51 auch auf S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 19, dort ist allerdings am Schluss auch zu entnehmen: *«Demgegenüber dient die erweiterte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO auch dazu, durch entsprechende Fragen drauf hinzuwirken, dass die Parteien überhaupt erst Vorbringen tätigen (P. OBERHAMMER, Kurzkomm. ZPO, Art. 56 N. 10).»* Es ist nicht auszuschliessen, dass sich die zitierte Aussage auf die Beweismittel beziehen sollte, die bei SUTTER-SOMM/GRIEDER unmittelbar vor der Aus-

von MORDASINI-ROHNER übereinzustimmen. Allerdings ist im selben Werk auch zu lesen, dass SUTTER-SOMM zusammen mit Alain GRIEDER zur allgemeinen Fragepflicht bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen die Meinung vertritt, dass, wenn eine Partei die Rechtserheblichkeit einer Tatsache unverschuldetermassen nicht erkennt und diese deshalb nicht ins Prozessgeschehen einbringt, das Gericht nachfragen muss, wenn die Lücke für die rechtliche Beurteilung des Streitgegenstands Konsequenzen haben könnte.²⁹²⁷ Den Belegstellen ist zu entnehmen, dass die beiden Autoren die Ansicht von MORDASINI-ROHNER zu Art. 56 ZPO nicht teilen, sondern sich namentlich Walter FELLMANN und Paul OBERHAMMER anschliessen, die nach dem vorliegenden Leseverständnis beide keine restriktive Auslegung der offensichtlich unvollständigen Vorbringen nach Art. 56 ZPO vertreten.²⁹²⁸ Hier scheinen SUTTER-SOMM und GRIEDER somit auch eher mit LIENHARDS Auslegung von Art. 56 ZPO einherzugehen, wie sie hiervor im Unterkapitel F. I. aufgezeigt wurde.²⁹²⁹ Nun darf allerdings die erweiterte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO nicht hinter dieser Auslegung zur allgemeinen nach Art. 56 ZPO zurückstehen.

2.1.2. Vorliegend vertretene Ansicht

Vorliegend wird in Bezug auf die Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht die Ansicht vertreten, dass der Art. 56 ZPO eine Vermutung der grundsätzlichen Vollständigkeit der parteiseitigen Einbringtätigkeiten unterstreicht.²⁹³⁰ Wenn nun demgegenüber der Art. 247 Abs. 1 ZPO verlangt, dass das Gericht durch entsprechende Fragen darauf *hinwirkt*, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen, ist diese Erweiterung der Prozessleitungskompetenz mit Blick auf den hiervor beschriebenen Konzeptionswechsel im vereinfachten Verfahren einzuordnen: Hier haben die Gerichte also nicht mehr von der grundsätzlichen Vollständigkeit der Vorbringen auszugehen. Dies insbesondere auch daher, weil den mündlichen Vorträgen im vereinfachten

sage Thema sind. Bei Kuko-OBERHAMMER, Art. 56 N. 10, auf den verwiesen wird, ist jedoch keine solche Einschränkung ersichtlich.

²⁹²⁷ S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 27.

²⁹²⁸ S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 27 m.H.a. FELLMANN, Fragepflicht, S. 83, und KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 9, und mit einem Hinweis, dass MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 191, a.M. ist; im Übrigen verweisen SUTTER-SOMM/GRIEDER, a.a.O., auch auf BSK ZPO-GEHRI, Art. 56 N. 9.

²⁹²⁹ Vgl. hierzu N. 834 zum unvollständigen Behaupten, vgl. auch allgemein LIENHARDS Auffassung von Art. 56 ZPO, dargestellt in N. 816–818.

²⁹³⁰ Vgl. hierzu N. 822.

Verfahren eine grosse Bedeutung zukommt. Wie erläutert, werden in diesen Verfahren teilweise erst in der mündlichen Phase die Geschehnisse zum ersten Mal ausführlich und frei erzählt kundgetan und bestritten; dabei sollen juristische Laien die realistische Möglichkeit haben, eigenständig zu prozessieren.²⁹³¹ Begleitet von Art. 247 Abs. 1 ZPO kann hier eine Partei nach der vorliegend vertretenen Ansicht somit länger als postulationsfähig qualifiziert werden, als wenn der Art. 56 ZPO anwendbar ist.

937 Die Grenzen der Gerichtstätigkeit sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht unter dieser Maximenausprägung insbesondere wie folgt aufzufassen:

- Das Gericht hat in erster Linie den Parteien die Gelegenheit einzuräumen, ihre Ergänzungen vorzunehmen und sie explizit aufzufordern, ihre Hypothesen zu ergänzen. Soweit hierbei, in Anbetracht der jeweils zu erwartenden Sorgfalt, Hilfeleistungen angezeigt sind, sollte das Gericht – sein Augenmerk stets auf potentiell einschlägiges *ius* gerichtet – bei möglichen Unvollständigkeiten die Parteien mittels offener Fragen anleiten, zu erläutern, was ihrer Ansicht nach tatsächlich vorgefallen ist.²⁹³²
- Bei der verstärkten Fragepflicht geht es weiterhin um eine Verdeutlichung der von der Partei vermittelten Sachverhaltshypothese. Insbesondere darf das Gericht auch hier nicht eine neue Anspruchsgrundlage vorschlagen, die von der Partei in keiner Weise vermittelt wurde, und es darf die bestehende Sachverhaltshypothese einer Partei nicht in einer Weise abwandeln, so dass diese nicht mehr zur tatsächlichen Parteihaltung kongruent ist. All dies auch dann nicht, wenn einzig eine neue Anspruchsgrundlage oder die revidierte Hypothese zum gewünschten Prozessziel führen könnte.²⁹³³

²⁹³¹ Zur Konzeption des Verfahrens vgl. N. 930–932.

²⁹³² Vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 460, nach dem das Gericht bei unvollständigen Vorbringen helfen muss, ohne die Parteien in eine bestimmte Richtung zu weisen bzw. ohne das Ergebnis vorwegzunehmen. Zur Unzulässigkeit von Suggestivfragen vgl. N. 713. Bei fehlender Behauptung der rechtzeitigen Mängelrüge eines Käufers soll das Gericht nach LIENHARD A. [b], N. 461 (mit folgenden Zitaten), fragen: «*Haben Sie Verkäufer V über Ihre Beanstandungen informiert?*»/«*Wusste V, dass Sie mit den Bildern nicht zufrieden waren?*»; im Fall der Bejahung sei nachzufragen, wie dies genau geschah, unzulässig sei dagegen bereits die Frage: «*Haben Sie diese Mängel rechtzeitig beim Verkäufer gerügt?*»

²⁹³³ Vgl. auch die Ansichten von BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 1. Spiegelstrich, nach dem das Gericht nicht selbstständig einen neuen Sachverhalt aufbringen darf; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15 m.H.a. 4A_73/2014 E. 6.3.1, der eine erhebliche Abänderung oder einen Austausch des Tatsachenvortrags ablehnt.

- Das Einreichen von umfangreichem, unkommentiertem Material wurde hier vor als Form von unkooperativem Handeln qualifiziert.²⁹³⁴ Selbst wenn seine Fragepflicht erweitert ist, hat das Gericht nicht anstelle der Parteien das Material zu durchforsten, um diese hierauf basierend anzuleiten.²⁹³⁵ Solange kein missbräuchliches Handeln vorliegt, ist die Partei aufzufordern, solche Akten gebrauchstauglich aufzuarbeiten.²⁹³⁶

Die Sorgfaltserwartungen bleiben vorrangig: Das heisst, auch hier haben sich die Parteien bei der Ergänzung des Sachverhalts und der Bezeichnung der Beweismittel im Rahmen ihrer Möglichkeiten bemüht zu zeigen, das ihrige zum Prozess beizutragen.²⁹³⁷ Die Entschuldbarkeit eines Mangels – und somit sorgfältiges Prozessieren – ist auch bei der Laienpartei insbesondere dann nicht mehr anzunehmen, wenn diese vom Gericht bereits ausreichend verständlich auf den Mangel hingewiesen wurde.²⁹³⁸

2.2. Unvollständige Würdigung seitens der Gegenpartei

2.2.1. Offenere und restriktivere Lehre

Andreas LIENHARD, der darauf hinweist, dass die stillschweigende Bestreitung im Gegensatz zur Pauschalbestreitung auch im vereinfachten Verfahren unzulässig ist,²⁹³⁹ sieht in der stillschweigenden Bestreitung in diesen Verfahren einen Mangel, der die gerichtliche Fragepflicht beim juristischen Laien auszulösen vermag.²⁹⁴⁰

²⁹³⁴ Vgl. hierzu N. 734–735.

²⁹³⁵ Vgl. auch das Urteil 4D_57/2013 E. 3.3; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15; LIENHARD A. [b], N. 425 und 428; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 2. Spiegelstrich. Vgl. diesbez. auch zur unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime N. 972–974.

²⁹³⁶ Vgl. auch LIENHARD A. [b], N. 428, der ein Retournieren einer Unzahl an Beweismitteln basierend auf Art. 247 Abs. 1 ZPO vertritt.

²⁹³⁷ Zum Stellenwert der Prozesssorgfalt unter dieser Maxime vgl. N. 929.

²⁹³⁸ Vgl. auch S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15. Zu den Erwartungen an die Sorgfalt einer Laienpartei vgl. N. 709–711. Zur vorliegenden Ansicht des Ungenügens eines Hinweises einzig von Seiten der Gegenpartei bei angebrachter gerichtlicher Fragepflicht vgl. N. 609–617, diesbez. unter Art. 247 Abs. 1 ZPO explizit a.M. S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15.

²⁹³⁹ Zu LIENHARDS Ansicht über die stillschweigende Bestreitung im Allgemeinen vgl. N. 171–173.

²⁹⁴⁰ LIENHARD A. [b], N. 436 ff.

- 939 Nach Bernd HAUCK besteht für das Gericht etwa bei unbestrittenen wie auch bei explizit zugestandenen Tatsachenbehauptungen selbst bei verstärkter richterlicher Fragepflicht grundsätzlich kein Anlass, dies zu hinterfragen.²⁹⁴¹ Claudia MORDASINI-ROHNER findet, eine gegnerische Behauptung müsse mindestens andeutungsweise bestritten worden sein, um eine Fragepflicht auszulösen.²⁹⁴²

2.2.2. Vorliegend vertretene Ansicht

- 940 Wie bereits im ordentlichen Verfahren kann auch die Bestreitungstätigkeit im vereinfachten Verfahren Anlass zu gerichtlichen Fragen geben. Dies insbesondere in Anbetracht des im Kapitel 3 erörterten Umstands, dass sich eine Gegenpartei im vereinfachten Verfahren vorerst mit einer Pauschalbestreitung begnügen kann. Doch besteht, wie erläutert, auch in dieser Verfahrensart letztlich das Ziel, dass sämtliche Beteiligten wissen, welche einzelnen Punkte effektiv strittig sind. Ansonsten wird das Beweisverfahren – gerade entgegen der Konzeption des vereinfachten Verfahrens – unnötig in die Länge gezogen. Daher wird das Gericht bei Pauschalbestreitungen die Parteien auffordern, spätestens an der Verhandlung im Einzelnen einzubringen, welche Punkte sie am jeweils gegnerischen Vortrag bestreiten.²⁹⁴³
- 941 Auf der ersten Stufe der materiellen Prozessleitung wurde angemerkt, dass die Bestreitungstätigkeit an sich grundsätzlich einfacher ausfällt als das Einbringen detaillierter Behauptungen, da sich die Partei beim Bestreiten im ordentlichen Verfahren an der rechtsschriftlichen Vorlage ihrer Gegenpartei orientieren kann und eine bloße Negierung regelmässig ausreicht. Unter diesen Umständen wird beim Bestreiten die Grenze der Unsorgfalt bald erreicht.²⁹⁴⁴ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht hat das Gericht in Bezug auf diese Tätigkeit im vereinfachten Verfahren zunächst dafür besorgt zu sein, dass die Parteien wissen, was von ihnen erwartet wird: Im Rahmen der vorliegend befürworteten, fallunabhängigen und somit vom einschlägigen Sachrecht losgelösten Vorabinformation über die Auslegung von verfahrensrechtlichen Anforderungen in Bezug auf die Einbringttätigkeiten²⁹⁴⁵ sollten die Parteien insbesondere darüber aufgeklärt werden, dass das Stillschweigen zu

²⁹⁴¹ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 15.

²⁹⁴² MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 325 und 340 f.

²⁹⁴³ Vgl. hierzu N. 174–176.

²⁹⁴⁴ Vgl. hierzu N. 840–843.

²⁹⁴⁵ Allgemein hierzu N. 633–636; zur fallunabhängigen Vorabinformation in Bezug auf das Bestreiten im ordentlichen Verfahren vgl. N. 837.

einer Behauptung als Zugeständnis gewertet werden kann,²⁹⁴⁶ weshalb von ihnen mindestens mündlich Bestreitungen im Einzelnen erwartet werden.

In der Folge muss grundsätzlich gelten, dass eine mit diesem Wissen ausgerüstete, sorgfältige Partei die in einer Rechtsschrift der Gegenpartei festgehaltenen Punkte, welche sie als unrichtig erachtet, spätestens an der Verhandlung im Einzelnen verneinen können wird. Das Gericht hat also die Partei anzuhalten, im Einzelnen Stellung zu nehmen und damit ihre Verteidigung zu ergänzen. Auch bei der Bestreitungstätigkeit müssen berechnete Sorgfaltserwartungen eingehalten werden: In Bezug auf Punkte, welche die Gegenpartei rechtsschriftlich festgehalten hat, die eine Partei in Ruhe studieren konnte und bei denen eine einfache Negierung ausreicht, ist somit nur dann eine Nachfrage angezeigt, wenn, wie dies bei der Verhandlungsmaxime hiervor erläutert wurde, von einer entschuldbaren Fehleinschätzung in Bezug auf Rechtsfragen auszugehen ist.²⁹⁴⁷ Namentlich, wenn das eigenständige Qualifizieren einer bestimmten Aussage der Gegenpartei als Behauptung *im prozessrechtlichen Sinn* nicht zumutbar ist oder sich die aufgezeigten Probleme mit dem Verweis auf Beilagen ergeben. Die Entschuldbarkeit einer Fehleinschätzung beurteilt sich beim juristischen Laien am subjektiven Sorgfaltsmassstab.²⁹⁴⁸ 942

Trägt die Gegenpartei ihre Sachverhaltshypothese erst an der Verhandlung mündlich im Detail vor,²⁹⁴⁹ kann die Partei unverschuldetermassen überfordert sein, *ad hoc* und frei alle ihre Bestreitungen hierzu vorzunehmen.²⁹⁵⁰ Hier hat das Gericht nachzufragen, soweit eine ausdrückliche Stellungnahme zu einem lediglich mündlich eingebrachten Punkt fehlt.²⁹⁵¹ 943

Zudem gilt natürlich auch in diesen Verfahren, dass das Gericht anderen Mangelsarten, etwa Unklarheiten, Unbestimmtheiten oder Widersprüchen nachzugehen hat, sofern kein Sorgfaltspflichtverstoß vorliegt. Daher hat das Gericht wie bereits bei der Verhandlungsmaxime unter allgemeiner Fragepflicht insbesondere 944

²⁹⁴⁶ Zum Bestreiten zur Verhinderung des Zugeständnisses vgl. N. 167.

²⁹⁴⁷ Vgl. hierzu N. 841–843.

²⁹⁴⁸ Vgl. hierzu N. 703 i.V.m. N. 709–711.

²⁹⁴⁹ Zur Konzeption des vereinfachten Verfahrens, die eine Erweiterung der Fragepflicht erfordert, vgl. N. 930–932.

²⁹⁵⁰ Vgl. auch MEIER R., N. 260.

²⁹⁵¹ Teilweise in diese Richtung auch MEIER R., N. 260.

auch bei Zweifeln, ob mit einem Vorbringen eine Bestreitung beabsichtigt wurde, nachzufragen.²⁹⁵²

2.3. Substantiierung und Formulierungen

- 945 Hinweise auf Substantiierungsbedarf sind gegenüber sorgfältig prozessierenden Parteien bereits im Rahmen von Art. 56 ZPO geboten. Wie erwähnt, wird dies breit befürwortet.²⁹⁵³ Das vereinfachte Verfahren darf auch diesbezüglich umfangmässig nicht zurückstehen.²⁹⁵⁴ Aufgrund der besonderen Betonung der Prozessbeschleunigung im vereinfachten Verfahren sollten sich Gerichte mit Substantiierungshinweisen grosszügig zeigen, damit die Parteien zielgerichtet arbeiten und die Streitangelegenheit, wie vom Gesetzgeber mit Art. 246 Abs. 1 ZPO explizit angestrebt, wo möglich am ersten Termin erledigt werden kann.²⁹⁵⁵

2.4. Beweisangebot

2.4.1. Insgesamt wohl offenerere Lehre

- 946 Aufgrund dessen, dass der Art. 247 Abs. 1 ZPO die Gerichte ausdrücklich anhält, darauf hinzuwirken, dass die Beweismittel bezeichnet werden, zeigt sich die Lehre diesbezüglich gegenüber Hinweisen generell offener als unter Art. 56 ZPO.²⁹⁵⁶ Selbst Claudia MORDASINI-ROHNER, die, wie gesehen, insgesamt einen sehr restriktiven Umgang mit der erweiterten Fragepflicht vertritt, als sie hierfür nach wie vor von einem Andeutungserfordernis ausgeht, verlangt in Bezug auf die Beweis-

²⁹⁵² Vgl. zur allgemeinen Fragepflicht N. 839. In diese Richtung wohl auch B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 80 (sowohl zu Art. 56 als auch zu Art. 247 Abs. 1 ZPO).

²⁹⁵³ Vgl. insb. die Hinweise in FN. 2775.

²⁹⁵⁴ LIENHARD A. [b], N. 459; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N. 39. Zu Substantiierungshinweisen im vereinfachten Verfahren vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 418 f. (bez. Tatsachenbehauptungen), N. 426 (bez. Beweisanträgen); S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 11. MEIER R., N. 193, argumentiert bez. Laien, dass wegen des zulässigen Hinweises auf Behauptungslücken im vereinfachten Verfahren *a fortiori* auch Hinweise auf zu wenig konkrete Behauptungen geboten sind.

²⁹⁵⁵ Zu diesem Bestreben vgl. N. 175.

²⁹⁵⁶ Vgl. z.B. die Ansichten von: BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 11 f. und 15; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 9; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 2; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 2 und 6 f.; CR CPC-TAPPY, Art. 247 N. 9; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 9 und 40; LIENHARD A. [b], N. 427. Vgl. diesbez. zum ordentlichen Verfahren unter Verhandlungsmaxime N. 844–848 m.w.H.

mittel explizit kein solches mehr.²⁹⁵⁷ Auch der ebenfalls restriktive Autor Bernd HAUCK scheint bei der gerichtlichen Prozessleitung in Bezug auf die Beweismittel sehr weit zu gehen.²⁹⁵⁸

2.4.2. Vorliegend vertretene Ansicht

Die Tätigkeit des Beweisanbietens, die das Erkennen der Rechtserheblichkeit und der Beweisbedürftigkeit von Tatsachen, die korrekte Einschätzung der Beweislastverteilung sowie die Suche nach tauglichen Beweisen bedingt, wurde bereits hiavor als eine für juristische Laien schwierigere Aufgabe eingestuft. Deshalb ist es nach der vorliegend vertretenen Ansicht bei der Laienpartei bereits im Rahmen des Art. 56 ZPO unter Umständen angezeigt, eine Rückfrage zu stellen, soweit diese unverschuldetermassen zu einer Behauptung kein Beweismittel offeriert hat.²⁹⁵⁹ Während das Gericht hierbei allerdings nur singuläre Lücken beheben können und ansonsten die Postulationsfähigkeit der Partei zu hinterfragen hat, ist es unter der erweiterten Fragepflicht in dieser Hinsicht nicht eingeschränkt. Ein amtliches Initiieren von Beweiserhebungen ist unter normalen Umständen indessen auch aus Sicht der besonderen Laienfreundlichkeit nicht angezeigt.²⁹⁶⁰ 947

ii) **Korrektiv: Gerichtlicher Eingriff bei Unvollständigkeiten ungeachtet der Parteisorgfalt**

1. **Bereich einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit des Gerichts**

Mit einer lediglich erweiterten Fragepflicht besteht das gleiche Problem, wie es mit der allgemeinen Fragepflicht verbunden ist: Sind die Parteien in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, nicht gewillt und in der Lage, auf gerichtliche Hinweise hin die sachnotwendigen Verbesserungen vorzunehmen, kann das Ziel der Urteilsrichtigkeit akut gefährdet sein. Damit dieses Ziel auch unter dieser Ausprägung der Verhandlungsmaxime nicht gänzlich übergangen 948

²⁹⁵⁷ MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 328, 338 f., 355 und 499; MORDASINI-ROHNER in N. 943 zur diesbez. Anforderung in Bezug auf das Behaupten; vgl. auch MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 19.

²⁹⁵⁸ Vgl. S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 32 ff.

²⁹⁵⁹ Vgl. hierzu N. 847–848.

²⁹⁶⁰ Dass das Gericht keine eigenen Ermittlungen anstellt, hielt die Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, sogar zur sozialen Untersuchungsmaxime fest (vgl. hierzu auch die Hinweise in FN. 3071), und gilt somit umso mehr im Rahmen des Art. 247 Abs. 1 ZPO.

wird, ist hier ebenfalls unter gewissen Voraussetzungen eine eingeschränkt-lenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts nötig. Zum Problembeschrieb ist auf die Ausführungen zur Verhandlungsmaxime unter allgemeiner Fragepflicht zu verweisen.²⁹⁶¹

2. Identische Schwelle und Konstellationen für die amtlich initiierte Beweiserhebung wie bei der Verhandlungsmaxime unter allgemeiner Fragepflicht

- 949 Wie gesehen, haben die Räte die Anwendung einer Untersuchungsmaxime für die vorliegend thematisierten vereinfachten Verfahren explizit verworfen.²⁹⁶² Doch nicht nur aus der Entstehungsgeschichte, sondern auch aus der für den Art. 247 Abs. 1 ZPO gewählten Formulierung, wonach das Gericht darauf hinwirkt, dass die Parteien den Sachverhalt ergänzen und Beweismittel bezeichnen, ergibt sich nach der vorliegend vertretenen Ansicht eindeutig, dass nur die mittelbare Einflusskompetenz des Gerichts auf den Prozessstoff erweitert wurde.²⁹⁶³ Das heisst, Ergänzungen sollen grundsätzlich von Seiten der Parteien und nicht von Amtes wegen erfolgen.²⁹⁶⁴ Eine Partei, die zu einer rechtsrelevanten Behauptung unverschuldetermassen keine Beweisofferte macht, ist demnach unter normalen Umständen lediglich aufzufordern, selbst die entsprechende Ergänzung zu tätigen.²⁹⁶⁵ Insbesondere aus diesen Gegebenheiten wurde im Rahmen des verfahrensbezogenen Angemessenheitsfaktors gefolgert, dass das Ziel des den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils in Verfahren, für die einzig die Erweiterung der gerichtlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO vorgesehen ist, nicht noch eine eigene, weitergehende Betonung erfahren hat.²⁹⁶⁶

²⁹⁶¹ Vgl. hierzu N. 890–891.

²⁹⁶² Vgl. hierzu N. 655–657 und N. 928.

²⁹⁶³ A.M. LIENHARD A. [b], N. 392, der möchte, dass Gerichte von der Beweiserhebung von Amtes wegen im vereinfachten Verfahren i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO weniger restriktiv Gebrauch machen als im ordentlichen Verfahren.

²⁹⁶⁴ Vgl. auch die Ansicht von DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 338, zur erweiterten Fragepflicht: «*Contrairement à la maxime inquisitoire, le juge ne peut pas retenir des faits qui n'ont pas été allégués par les parties, ni ordonner d'office des moyens de preuve.*»; in diese Richtung auch WILDHABER BOHNET, N. 55; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 2. Spiegelstrich. Vgl. zudem die Hinweise, dass das Gericht auch bei sozialer Untersuchungsmaxime grundsätzlich keine eigenen Ermittlungstätigkeiten wahrnimmt, in FN. 3071 der vorliegenden Abhandlung.

²⁹⁶⁵ Vgl. hierzu N. 947.

²⁹⁶⁶ Vgl. hierzu N. 655–657 und N. 928.

Aufgrund dessen rechtfertigt es sich nicht, insbesondere die von Art. 153 Abs. 2 ZPO gesetzte Schwelle der erheblichen Zweifel für einen unmittelbaren gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff niedriger anzusetzen als bei der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht. Auch sollten die Konstellationen, in denen sich eine eingeschränkt-lenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts rechtfertigt, grundsätzlich dieselben sein wie dort. Deshalb ist auch diesbezüglich sinngemäss auf die Ausführungen des Unterkapitels F. I. b. ii) zu verweisen.²⁹⁶⁷ 950

c. Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung

i) Lehre und Rechtsprechung verlangen auch hier Differenzierungen

Wie bei Art. 56 ZPO trifft auch der Wortlaut von Art. 247 Abs. 1 ZPO keine Unterscheidung dahingehend, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht. Wenn nun der Art. 247 Abs. 1 ZPO nicht hinter dem Art. 56 ZPO zurücksteht, muss demnach gelten, dass die berufsmässig vertretene Partei grundsätzlich auch in diesen vereinfachten Verfahren in den Genuss gerichtlicher Unterstützung bei der Prozessstoffsammlung kommen kann.²⁹⁶⁸ Im Rahmen des kontradiktorischen Angemessenheitsfaktors für den gerichtlichen Eingriff wurde erläutert, dass die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung allerdings die Anwesenheit berufsmässiger Vertreterinnen und Vertreter als Anlass für Differenzierungen im Bereich der materiellen Prozessleitung werten. In der dort angegebenen Literatur wird zuweilen explizit hingewiesen, dass dies nicht nur im ordentlichen, sondern auch für das vereinfachte Verfahren gilt, was sich mit der im nachfolgenden Unterkapitel aufgegriffenen Rechtsprechung bestätigt.²⁹⁶⁹ 951

Andreas LIENHARD geht in seiner Abhandlung davon aus, dass das Gericht im vereinfachten Verfahren die Verhandlungsmaxime mittels materieller Prozesslei- 952

²⁹⁶⁷ Vgl. hierzu N. 892–914. A.M. LIENHARD A. [b], N. 392, nach dem in vereinfachten Verfahren nach Art. 247 Abs. 1 ZPO von der Möglichkeit einer Beweiserhebung von Amtes wegen, worunter er den Art. 153 Abs. 2 ZPO, den Augenschein wie auch das gerichtliche Gutachten subsumiert, weniger restriktiven Gebrauch zu machen sei als im ordentlichen Verfahren.

²⁹⁶⁸ Vgl. auch N. 759–762. Auch die Botschaft ZPO, S. 7348, schloss sie, sogar in der Annahme, es gelte eine soziale Untersuchungsmaxime, nicht gänzlich aus.

²⁹⁶⁹ Vgl. FN. 2447. Für die bundesgerichtliche Rechtsprechung vgl. insb. die in N. 953–960 angegebene Rechtsprechung.

tung «gegenüber allen Parteien relativ gleich stark [...] mildern»²⁹⁷⁰ muss. Wie erwähnt, unterscheidet LIENHARD für jede Einbringtätigkeit dahingehend, ob ein juristischer Laie eine Volksschulbildung oder eine akademische Laufbahn absolviert hat.²⁹⁷¹ Gegenüber der anwaltlich vertretenen Partei geht er von einer restriktiveren Anwendung der erweiterten Fragepflicht aus als bei Laien.²⁹⁷²

ii) Vorliegend vertretene Ansicht

- 953 Auch für das vereinfachte Verfahren unter erweiterter Fragepflicht gilt, dass ungeachtet des Vertretungsentscheids einer Partei, die geeignete materielle Prozessleitung nicht weiter, aber auch nicht weniger weit gehen soll, als das, was sich in der konkreten Prozesssituation mit Blick auf die angestrebten Ziele im Zivilprozess als erforderlich und angemessen erweist.²⁹⁷³ Somit bedeutet die materielle Prozessleitung unter der in diesem Unterkapitel F. II. erörterten Maximenausprägung nach der vorliegend vertretenen Ansicht für die anwaltlich vertretene Partei insbesondere Folgendes:
- 954 Für den verfahrensbezogenen Angemessenheitsfaktor wurde festgehalten, dass hinter der Erweiterung der Fragepflicht primär die Akzentuierung der Verfahrensfairness im Sinne einer vermehrt gerichtlichen Hilfestellung zur Überbrückung von unverschuldetermassen unzureichenden Rechtskenntnissen steht. Denn das vereinfachte Verfahren soll sich, wie hiervor eingehend erläutert, durch eine besondere Laienfreundlichkeit auszeichnen.²⁹⁷⁴ Aus dieser Perspektive scheint fraglich, wie weit es sich rechtfertigt, von einer anwaltlich vertretenen Partei weniger zu verlangen als unter der Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht: Schliesslich ändert sich, wie bereits hingewiesen, am Umfang der zu erwartenden Rechtskenntnisse einer patentierten Vertretung grundsätzlich nichts, reduziert sich doch das Wissen des Experten respektive der Expertin nicht aufgrund dessen,

²⁹⁷⁰ Ausserhalb des Kapitels mit den Präzisierungen zur anwaltlich vertretenen Partei bei LIENHARD A. [b], N. 421 ff. (bez. Tatsachenbehauptungen; Hervorhebung im Original), ähnlich in den N. 427 (bez. Beweisanträge) und 438 (bez. Bestreitung).

²⁹⁷¹ Vgl. hierzu N. 933 m.w.H.

²⁹⁷² LIENHARD A. [b], N. 456.

²⁹⁷³ Allgemein zur vollständigen Entfaltung der materiellen Prozessleitung auch bei anwaltlich verteilter Partei vgl. N. 760–762.

²⁹⁷⁴ Zum Vergleich zwischen vereinfachtem und ordentlichem Verfahren vgl. N. 367–371 und zur Zielakzentuierung hinter der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht im vereinfachten Verfahren vgl. N. 655–657 sowie N. 927–928.

dass im vereinfachten statt im ordentlichen Verfahren prozessiert wird.²⁹⁷⁵ Hiervon scheint auch das Bundesgericht auszugehen, wenn es in einem erst 2020 ergangenen Entscheid doch mehrfach hervorhob, dass auch die erweiterte Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO eine eingeschränkte Tragweite gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien aufweist und dazu erwo: *«C'était ainsi à juste titre que le premier juge avait implicitement considéré que l'avocat de la recourante avait les connaissances nécessaires pour conduire le procès et faire des allégations et offres de preuve complètes (dans sa demande simplifiée ou oralement à l'audience) et que les lacunes dans ses allégations et offres de preuve consistaient donc dans des négligences procédurales.»*²⁹⁷⁶ Obschon die Fragepflicht erweitert ist, stellte das Bundesgericht zudem klar: *«En effet, s'agissant d'un avocat, le juge peut présupposer qu'il a les connaissances nécessaires pour conduire le procès et faire des allégations et offres de preuves complètes [...]»*^{2977, 2978} Damit bringt es den vorrangigen Stellenwert der Prozesssorgfalt in den von *da mihi facta* geprägten Verfahren zum Ausdruck sowie die Tatsache, dass diese bei der Anwaltsperson – verfahren- und maximenübergreifend – objektiviert bemessen wird.

Aus dieser Perspektive führt also der subjektbezogene Faktor im Grundsatz dazu, 955 dass die Anwaltsperson nicht weitergehend auf Unvollständigkeiten hinzuweisen ist, als dies hiervor im Unterkapitel F. I. c. beschrieben wurde.²⁹⁷⁹ Würden der anwaltlichen Vertretung Hinweise erteilt, die sie gemessen an ihrem Sorgfaltsmassstab gar nicht nötig hat, führt dies in einem vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Verfahren nicht einzig zu Neutralitätsproblemen:²⁹⁸⁰ Da das neutrale

²⁹⁷⁵ Vgl. hierzu N. 783–784.

²⁹⁷⁶ 5D_17/2020 E. 2.2 (inkl. Wortzitat) und E. 4.2.

²⁹⁷⁷ 5D_17/2020 E. 4.2 m.H.a. das Urteil 4D_57/2013 E. 3.2.

²⁹⁷⁸ Vgl. auch das Urteil 5A_211/2017 E. 3.1.3.2, wo auch für das vereinfachte Verfahren betont wird, dass sich der Richter bei anwaltlich vertretenen Parteien auf die Vollständigkeit derer Vorbringen verlassen darf; so ebenfalls die Urteile des OGer ZH PP180026-O/U E. 3.3.2 vom 15.01.2019 und des KGer FR 101 2020 79 E. 5.2 vom 24.08.2020; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 17, 3. Spiegelstrich; JOSI, S. 77; BOHNET, procès, N. 49.

²⁹⁷⁹ Verschiedene Autoren bejahen die Fragepflicht gegenüber Anwälten im vereinfachten Verfahren bei (unverschuldetem) Irrtum/Versehen oder bei komplizierten Sachverhalten und/oder Rechtsfragen, vgl. z.B.: MEIER R., N. 185 f. (Behauptungslast) und N. 261 (Bestreitungslast); S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 17. Solche Aspekte wurden hier vor gewürdigt.

²⁹⁸⁰ Vgl. auch N. 772–779 über die Probleme bei «Was wäre, wenn»-Hypothesen und «Bestrafungsargumentationen».

Gericht einem juristischen Laien nie diejenige Unterstützung gewähren kann, die eine Anwaltsperson ihm leisten würde, stellte sich insbesondere auch kaum eine Chancengleichung ein, auf die das vereinfachte Verfahren besonderen Wert legt. Vielmehr noch führte dies zum Gegeneffekt, wie beim kontradiktorischen Angemessenheitsfaktor gezeigt.²⁹⁸¹ Die Botschaft wertet die Erweiterung der Fragepflicht im vereinfachten Verfahren denn aber tatsächlich als einen Ausgleich von ungleichem Know-how der Parteien.²⁹⁸² Verglichen mit Verfahren, die der Verhandlungsmaxime mit lediglich allgemeiner Fragepflicht unterstehen, ändert sich der Aufklärungskanal der Laienpartei im vereinfachten Verfahren erst später: Das heisst, wenn die Gerichte ohne erweiterte Fragepflicht niederschwelliger die Postulationsfähigkeit hinterfragen und der Partei früher eine Vertretung anraten müssen, können sie den Parteien in einem vereinfachten Verfahren vermehrt noch selbst Sachhinweise erteilen.²⁹⁸³ Dies führt zu der im vereinfachten Verfahren angestrebten umfassenderen Eigenständigkeit der Laienpartei: Dieser soll es möglich bleiben, selbst zu prozessieren.

956 Zu berücksichtigen gilt es aber auch, dass im vereinfachten Verfahren den mündlichen Verhandlungen regelmässig grosse Bedeutung zukommt. Als professionelle Vertretung gehört der Auftritt vor Gericht zum Berufsalltag. Es ist zu erwarten, dass die Anwaltsperson ihren dortigen Vortrag ordentlich vorbereitet. Ihre umfangreichen Rechtskenntnisse werden ihr zudem dabei helfen, zu antizipieren, was ihre Gegenpartei entgegennehmen könnte. Anwältinnen und Anwälte sollten es daher beherrschen, auch *ad hoc* zu mündlichen Entgegnungen ihrer Gegenpartei Stellung zu nehmen. Aufgrund der Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens kann es allerdings sein, dass erst an der mündlichen Verhandlung erstmals ein sehr umfangreiches Geschehen ausführlich vorgetragen wird. Je nach den konkreten Umständen kann eine Unvollständigkeit in der mündlichen *ad hoc*-Stellungnahme hierzu auch bei der Anwaltsperson entschuldbar sein.

957 Neben der eben erläuterten Akzentuierung ist zudem zu erwägen, dass im vereinfachten Verfahren auch der Prozessökonomie eine stärkere Betonung zukommt.²⁹⁸⁴ Dies belegen die Erörterungen im Kapitel 3 über das Bestreben, das Verfahren möglichst nach einem Verhandlungstag abzuschliessen, und über das Entfallen

²⁹⁸¹ Zur Chancengleichung als Effekt der materiellen Prozessleitung vgl. N. 785–787.

²⁹⁸² Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, wo allerdings von einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime ausgegangen wird, vgl. diesbez. zur Botschaft auch N. 661.

²⁹⁸³ Zur anderen Konzeption des vereinfachten Verfahrens vgl. N. 930–932.

²⁹⁸⁴ Vgl. hierzu N. 657.

der Notwendigkeit einer Klagebegründung.²⁹⁸⁵ Selbstverständlich profitiert die anwaltlich vertretene Partei von dieser technischen Vereinfachung: Auch sie kann eine begründungslose Klage einreichen, womit sie die Zeit und die Kosten für die Ausarbeitung der Rechtsschrift spart. Denn auch der vertretenen Partei steht es zu, die Klage erst später mündlich zu vervollständigen. Wie beschrieben, wirkt das Gericht darauf hin, dass die Parteien ihre Vorbringen ergänzen, indem es ihnen die Gelegenheit hierfür einräumt und sie auffordert, noch nicht in den Prozess Eingebrachtes vorzutragen.²⁹⁸⁶ Wie weit es die Parteien dabei inhaltlich zu unterstützen und anzuleiten hat, ist aber auch in diesen vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Verfahren eine Frage, die von den Sorgfaltsanforderungen abhängt; diese werden von der Prozessökonomie nicht verdrängt.²⁹⁸⁷

Auslassungen im vereinfachten Verfahren können mit Blick auf das Ziel der Ressourcenschonung somit nur potentiell entschuldbar sein, wenn die prozessesexterne, sorgfältige Referenzperson ebenso irrtümlicherweise davon ausgegangen wäre, dass das Fehlende unnötiges Material darstellt, das den Prozess grundlos in die Länge zieht²⁹⁸⁸. Eine solche Entlastung wird bei der Anwaltsperson allerdings höchstens in sehr komplexen Fällen glücken. Das Bundesgericht stellte in einem vereinfachten Verfahren unter erweiterter Fragepflicht, in welchem eine Anwaltskanzlei als Beschwerdeführerin auftrat, fest, dass das Kantonsgericht, welches nicht behauptete Tatsachen aus Beilagen nicht berücksichtigt hat, keinem überspitzten Formalismus unterlegen ist: *«L'on ne se trouve pas dans une situation où le justiciable aurait introduit une allégation topique mais un peu trop générale, que le juge pourrait être amené à faire préciser [...]»*²⁹⁸⁹ Zudem wurde nicht nur in diesem Urteil, sondern auch in später folgenden Entscheiden immer wieder betont, dass die erweiterte Fragepflicht vor allem unvertretene Personen ohne

²⁹⁸⁵ Vgl. hierzu N. 175.

²⁹⁸⁶ Zu diesen Besonderheiten im vereinfachten Verfahren vgl. N. 164–166, N. 174–176 und N. 186.

²⁹⁸⁷ Zum Stellenwert der Prozesssorgfalt vgl. N. 929.

²⁹⁸⁸ Vgl. auch den Hinweis bei CR-TAPPY, Art. 247 N. 26: *«La ratio legis est certes notamment de permettre à une partie non assistée de plaider seule, ce qui peut effectivement justifier un traitement différent lorsqu'un avocat intervient, mais ce n'est peut-être pas la seule raison d'être de ces règles: en particulier, il nous semble qu'elles doivent aussi servir un acheminement rapide et peu coûteux du procès, ce qui peut justifier une intervention du juge accrue même en présence de mandataires spécialisés, de façon à ce que ceux-ci puissent se limiter dans certains cas à des écritures peu détaillées.»* (Hervorhebung im Original).

²⁹⁸⁹ 4D_57/2013 E. 3.3.

rechtliche Kenntnisse im Fokus hat.²⁹⁹⁰ Der prozessökonomische Akzent des vereinfachten Verfahrens war im zitierten Entscheid für die eigentliche Lücke kein Exkulpationsthema. Vielmehr hob das Bundesgericht wiederholt hervor, dass mittels Fragepflicht keine Nachlässigkeiten auszugleichen sind. Zudem unterstrich es jeweils die für die Prozessführung notwendigen Kenntnisse, die beschwerdeführende Anwälte beziehungsweise vertretene Parteien aufweisen müssen.²⁹⁹¹ Da nun die Ressourcenschonung in diesen Verfahren einen besonderen Akzent trägt, sollten Gerichte nach der vorliegend vertretenen Ansicht für eine fokussierte Stoffsammlung mit Substantiierungshinweisen auch gegenüber der anwaltlichen Vertretung grosszügig umgehen.

- 959 Zusammenfassend ist festzustellen: Auch eine Betonung der Prozessökonomie vermag in einem vereinfachten, aber doch von *da mihi facta* geprägten Verfahren nicht die erwartbare Parteisorgfalt zu verdrängen. Da die Ressourcenschonung aber einen zuweilen wenig schriftlichen Verfahrensgang mit sich bringt, sollte dies – nach der vorliegend vertretenen Ansicht – die Gründe zur Exkulpation von unvollständigem und zu wenig bestimmtem Vorbringen, wie im vorliegenden Unterkapitel dargestellt, erweitern können.
- 960 Auch wenn das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils nicht noch eine eigene, darüber hinausreichende Akzentuierung erfahren hat, so wird dieses umgekehrt auch nicht zurückgestuft: Da die anwaltliche Vertretung keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit der materiellen Prozessleitung im Hinblick auf das Erreichen dieses Ziels hat, gilt somit auch hier, dass, wenn die Schwelle der *erheblichen Zweifel* im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZPO erreicht und eine Konstellation gegeben ist, in der das Gericht eingeschränkt-lenkende Untersuchungstätigkeiten vorzunehmen hat, es dies unabhängig der von den Parteien

²⁹⁹⁰ 4D_57/2013 E. 3.2; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 5D_17/2020 E. 2.2 und 4.2.

²⁹⁹¹ 4D_57/2013 E. 3.2 ff.; 5A_211/2017 E. 3.1.3.2; 5D_17/2020 E. 2.2 und 4.2. Im Urteil 4A_33/2015 E. 6 stellte das BGer fest, dass eine Verletzung der Fragepflicht nur im Zusammenhang mit der Beweiserhebung von Amtes wegen bei Zweifeln an nicht streitigen Tatsachen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO thematisiert wurde; eine Bestimmung, die jedoch nicht einschlägig war. Nach der vorliegenden Einschätzung ist damit zu rechnen, dass einer Rüge über eine Verletzung der erweiterten Fragepflicht nachlässiges Prozessieren entgegengehalten würde, denn das BGer bemerkt, dass bereits Behauptungen zum genauen Unfallhergang fehlten und die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin nicht aufzeigte, inwiefern sie davon abgehalten gewesen wäre, solche rechtzeitig und in rechtsgenügender Weise aufzustellen (vgl. auch die Urteilsbesprechung von JEANNIN/BOHNET, N. 1 ff., und deren Schluss, N. 17, dass die Fragepflicht zu Recht nicht ausgeübt wurde).

gezeigten Sorgfalt und somit auch ungeachtet davon, ob eine anwaltliche Vertretung zugegen ist, zu tun hat. Zu dieser Thematik ist also sinngemäss auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht zu verweisen.²⁹⁹²

d. Abschiessendes Fazit zu den beiden Ausprägungen der Verhandlungsmaxime

Nach Martin FARNER entspricht der mit Art. 247 Abs. 1 ZPO definierte Prozessleistungsstandard demjenigen, der nach der deutschen Zivilprozessordnung von 1877 für sämtliche Verfahren vorherrschte.²⁹⁹³ Heute ist in Deutschland die materielle Prozessleitung in § 139 D-ZPO geregelt. FARNER findet, es wäre für die Schweiz besser gewesen, diesem Beispiel zu folgen und eine einzige Bestimmung für sämtliche Prozesse vorzusehen.²⁹⁹⁴ Ähnlich fällt die Meinung von Tanja DOMEJ aus: Sie äusserte sich zu den Materialien dahingehend, dass es als Gewinn für das schweizerische Zivilprozessrecht zu betrachten wäre, würden das ordentliche und das vereinfachte Verfahren an einheitlichen Gestaltungsprinzipien ausgerichtet und mit einer ausgeprägten materiellen Prozessleitung ausgestattet.²⁹⁹⁵ Bereits im Jahr 2001 erhoffte sich auch Martin SARBACH für die Zivilprozessordnung die Statuierung einer allgemein gültigen Verhandlungsmaxime, die insbesondere dank einer umfassenden richterlichen Fragepflicht die Bürgerinnen und Bürger nicht entmutigt, ihre Rechte selbstständig geltend zu machen.²⁹⁹⁶ Nicht zuletzt plädierte Hans Peter WALTER für Vertrauen in die gerichtliche Prozessbetreuung. Ihm schwebte eine Ermächtigung des Gerichts vor, nötigenfalls von der Verhandlungsmaxime abzuweichen, wenn dies im Interesse der materiellen Wahrheit und unter Wahrung des Beschleunigungsgebots sachgerecht erscheint: *«Damit liesse sich zugleich vermeiden, dass die ohnehin nicht einfach zu rechtfertigende Schere zwischen den <sozialen> und den offenbar <asozialen> Zivilprozessen über Gebühr gespreizt wird.»*²⁹⁹⁷

²⁹⁹² Vgl. hierzu N. 921.

²⁹⁹³ FARNER, S. 21.

²⁹⁹⁴ FARNER, S. 21.

²⁹⁹⁵ DOMEJ, Struktur, S. 268. Vgl. auch KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 18 m.H.a. SARBACH.

²⁹⁹⁶ SARBACH M., Wandel, S. 154, im Rahmen seiner Kritik an der sozialpolitisch motivierten Untersuchungsmaxime.

²⁹⁹⁷ WALTER, Weg, S. 319.

- 962 In Anbetracht der heutigen Verfahrensausgestaltung und der Auslegungstendenzen haben solche Wünsche bis dato wenig Gehör gefunden. Verschiedene Autorinnen und Autoren bemerken, die gerichtliche Fragepflicht im ordentlichen Verfahren stelle eine wesentliche Änderung beziehungsweise einen Kulturwandel gegenüber dem dar, was zuvor in einigen Kantonen Standard war.²⁹⁹⁸ Alexander MARKUS und Melanie HUBER-LEHMANN gelangen zum Schluss, dass die Zivilprozessordnung *«dem Anliegen einer geordneten, effizienten Rechtspflege mehr Gewicht [gibt] als der materiellen Wahrheit und [...] gleichzeitig den Schwerpunkt auf eine gut ausgebildete, sorgfältig arbeitende Anwaltschaft legt»*²⁹⁹⁹. Auch nach Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung wird an den geschilderten Wünschen festgehalten: Nicht nur mit FARNERS 2012 erschienenem Aufsatz – auch Andreas LIENHARDS Abhandlung zur materiellen Prozessleitung schliesst mit einem Plädoyer, dass der Gesetzgeber zumindest die Differenzierung zwischen der materiellen Prozessleitung im ordentlichen und derjenigen im vereinfachten Verfahren nach Art. 247 Abs. 1 ZPO aufgeben möge. Stattdessen fordert LIENHARD die Einführung einer einheitlichen Gerichtskompetenz, die etwa dem zweitgenannten Level entspricht, wie er es in seiner Dissertation beschreibt.³⁰⁰⁰
- 963 Die vorliegend vertretene Ansicht passt zu diesen Anliegen: Eine Vermutung der Vollständigkeit der parteiseitigen Hypothesen, wie sie der Art. 56 ZPO unterstreicht,³⁰⁰¹ ist für ein Laienprozesssystem nicht realitätsnah.³⁰⁰² Auch der Autor Bernd HAUCK stellt in seiner Kommentierung des Art. 247 ZPO fest, dass ohne die erweiterte Fragepflicht ein bürgernahes und laienfreundliches Verfahren illusor-

²⁹⁹⁸ Feststellung einer Erschwerung der Prozessführung für juristische Laien gegenüber den teilweise sehr weitgehenden Fragepflichten früherer kantonaler Prozessordnungen z.B. bei: AEBI-MÜLLER, S. 191; MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 295 f. m.H.a. Art. 89 Abs. 1, Art. 202 Abs. 2 und Art. 214 ZPO-BE; in Bezug auf die bernische Regelung auch KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 2. HEINZMANN, Habil., N. 22, erwähnt, dass die ZPO-BE auf einem Projekt des ehemaligen Bundesrichters REICHEL basiert, der wiederum voller Lob für die österreichische Gesetzgebung war, die von einem aktiven Richter ausgeht.

²⁹⁹⁹ MARKUS/HUBER-LEHMANN, Fragepflicht, S. 296.

³⁰⁰⁰ LIENHARD A. [b], N. 996 und bereits N. 990.

³⁰⁰¹ Vgl. hierzu N. 822.

³⁰⁰² Vgl. auch den Hinweis bei Fachhandbuch-MARGHITOLA, N. 4.59: *«Bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ist davon auszugehen, dass diese grundsätzlich nicht in der Lage ist, den Sachverhalt vollständig vorzutragen.»* (Hervorhebung weggelassen).

risch ist.³⁰⁰³ Ein hohes Mass an Verantwortung für ein faires Verfahren und für ein inhaltlich richtiges Urteil trägt die Richterschaft im hiesigen Laienprozesssystem jedoch auch ausserhalb des sozialen Privatrechts und ebenso bei höheren Streitwerten.³⁰⁰⁴ So wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass der Art. 56 ZPO nicht restriktiv ausgelegt werden darf und im Zusammenhang mit der Frage der Postulationsfähigkeit erörtert werden muss.³⁰⁰⁵ Setzt sich demgegenüber eine sehr restriktive Anwendung der allgemeinen Fragepflicht durch, wird die Lücke zwischen Art. 56 und Art. 69 Abs. 1 ZPO zu gross – ein Schutzmechanismus ist diesfalls erforderlich. Dies, weil die Gefahr, in diese Lücke zu fallen, wegen der Formulierung der allgemeinen Fragepflicht so erheblich ist, wie es auch die Folgen hiervon sind. Als Schutzmechanismus für diesen Fall wird vorliegend die schlichte Empfehlung einer Vertretung für die postulationsfähige Partei, basierend auf dem Art. 52 ZPO, vorgeschlagen.³⁰⁰⁶

III. Konklusionen für maximenabhängige gerichtliche Eingriffe in den Prozessstoff unter der sozialen Untersuchungsmaxime des vereinfachten Verfahrens sowie in weiteren Belangen einer unterstützend- eingeschränkten Untersuchungsmaxime

a. Verfahrensbezogener Faktor: Weitergehende Zielakzentuierung

Für die eingeschränkte Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO wurden Streitigkeiten gebündelt, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass sie *besonders sensible Materien des Privatrechts*³⁰⁰⁷ zum Gegenstand haben. Mit dieser Maximenausprägung wird ein sozialpolitisch motiviertes Anliegen um beson-

³⁰⁰³ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 7. Zu HAUCKS restriktiver Auslegung der Fragepflicht vgl. N. 934 und N. 939 der vorliegenden Abhandlung.

³⁰⁰⁴ Vgl. auch die Ansicht von DOMEJ, Struktur, S. 268: «Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass diese Verfahren mit Blick auf die materielle Prozessleitung und die Prozessförderungspflicht der Parteien so unterschiedlich konzipiert sind, ist m.E. nicht zu sehen. Die Unterscheidung zwischen Anwaltsprozess und «laienfreundlichem» Verfahren kann schon deshalb keine Rechtfertigung dafür liefern, weil die Anwaltspflicht dem schweizerischen Zivilprozess insgesamt fremd ist.»

³⁰⁰⁵ Vgl. hierzu N. 554–562.

³⁰⁰⁶ Vgl. hierzu N. 630–632.

³⁰⁰⁷ Botschaft ZPO, S. 7346 zu Art. 239.

deren Parteischutz zum Ausdruck gebracht.³⁰⁰⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erstrebt sie den Schutz der (wirtschaftlich) schwächeren Partei, sie soll die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen suchen und das Verfahren beschleunigen.³⁰⁰⁹ Es geht somit insbesondere darum, die Parteien aus stereotyp³⁰¹⁰ einseitigen Abhängigkeiten zu lösen, die in der Regel dem sachrechtlichen Verhältnis geschuldet sind, um für das Prozessrechtsverhältnis eine Gleichstellung zu erreichen. Der Fokus liegt nicht primär auf der jeweiligen Finanzstärke, sondern auf der effektiven Verteilung rechtlichen Know-hows. Betrachtet man die Möglichkeit, professionelle Hilfe beizuziehen, hängen diese beiden Aspekte zwar zusammen; in der Realität sind aber weder die finanziellen Verhältnisse noch die

³⁰⁰⁸ Vgl. auch die Botschaft ZPO, S. 7345 f. zum sozialen Zivilprozess; des Weiteren S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 29: «*Jedoch verfolgte der Gesetzgeber bei Abs. 2 offensichtlich den Zweck, für besondere ‹Sozialprozesse› das Gefälle zwischen den Parteien durch die Anordnung der Untersuchungsmaxime auszugleichen.*» (Hervorhebung weggelassen); BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 345, wonach es um die staatliche Fürsorge für die schwächere Partei geht. Zur Betonung unterschiedlicher Motive hinter der Statuierung der Untersuchungsmaximen vgl. insb. das Fazit in N. 697–699.

³⁰⁰⁹ BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 4A_79/2012 E. 4.3; 4A_491/2014 E. 2.6.1; 4A_333/2015 i.V.m. 4A_337/2015 E. 6.1; 4A_432/2015 E. 4.2; 4A_360/2015 E. 4.2; 4A_415/2015 E. 3.4; 4A_476/2015 E. 3; 4A_592/2015 E. 3; 4A_23/2016 E. 3.1; 4A_46/2016 E. 7.1.2; 4A_387/2016 E. 4.1; 4A_428/2016 E. 3.2.2.2; 4A_440/2016 E. 5.5.2; 4A_674/2016 E. 2.1; 4A_676/2016 E. 2.1; 4A_618/2017 E. 4.3.1; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.4.1; 4A_533/2018 E. 4.2; 4A_563/2019 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 146 III 339); vgl. auch SVGer ZH KK 2016 00051 E. 1.4 vom 16.10.2018. In den Urteilen 4A_701/2012 E. 1.2 und 4A_106/2020 E. 2.1 spricht das BGer m.H.a. die Botschaft ZPO vom Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder von ungleichen juristischen Kenntnissen. Vgl. vor der eidg. ZPO bereits: BGE 125 III 231 E. 4a; 4C.273/2005 E. 3.1; 4C.212/2006 E. 3.1.3; 4C.441/2006 E. 4.3.1; 4A_492/2009 E. 1.3; 4A_685/2010 E. 2.2; 4A_397/2013 E. 4.4. Vgl. auch B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 58; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 62; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 230 und 253; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 345; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 340; HEINZMANN/EGLOFF, S. 1075; WALDER, S. 22; es solle verhindert werden, «*daß der durch einen Rechtsbeistand vertretene ‹stärkere› Teil, nämlich der Arbeitgeber, zu ungerechtfertigten prozessualen Vorteilen*» gelangt.

³⁰¹⁰ GASSER, S. 297, betont die stereotype Definition der Schwäche anhand bestimmter Rollen der Protagonisten in einschlägigen Materien: «*Als schwach gelten demnach alle Mieter, Pächter, Arbeitnehmer, Konsumenten, Geschädigte, Alimentengläubiger, Frauen und Kinder – ungeachtet der Verhältnisse im Einzelfall.*»

rechtliche Bewandtnis stets auf der stereotyp starken Seite besser respektive ausgeprägter als auf der Gegenseite.³⁰¹¹

Wie erwähnt, wird die soziale Untersuchungsmaxime gemeinhin zwar klar 965 von der gerichtlichen Sachverhaltserforschung getrennt. Regelmässig wird die Bezeichnung der Maximenausprägung jedoch mit den übrigen Fällen gleichgesetzt, für die das Gesetz die amtswegige Sachverhaltsfeststellung im Sinne einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime statuiert.³⁰¹² Es wurde ausführlich dargestellt, dass in diesem Bereich jedoch Differenzierungsbedarf besteht, denn nicht jede eingeschränkte Untersuchungsmaxime ist eine «soziale»: Gewichtiger Unterschied bei der vorliegend als *lenkend*-eingeschränkt bezeichneten Untersuchungsmaxime ist die dortige Implikation parteiexterner Interessen, die es zu schützen gilt. Demgegenüber ist der gerichtliche Eingriff in den Prozessstoff im Bereich der Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO – aber auch in anderen Belangen, in denen das Gericht lediglich *unterstützend* tätig werden soll – erforderlich, um einem persönlich unfreiwilligen Verlust wegen unverschuldetermassen unzureichender Rechtskenntnis oder aufgrund eines sachrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses zu begegnen.³⁰¹³

b. Einbezug des subjektbezogenen und des kontradiktorischen Faktors

i) Bundesgerichtliche Formel zur sozialen «Untersuchungsmaxime»

2001 sah Martin SARBACH mit dem einheitlichen Kodifikationsprojekt die Chance 966 gekommen, «*die Verhandlungsmaxime so vernünftig auszugestalten, dass von der verunglückten sozialpolitisch motivierten «Untersuchungsmaxime» getrost bis freudig Abschied genommen werden kann*»³⁰¹⁴. Dass aktuelle Auslegungstenden-

³⁰¹¹ Vgl. auch KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 7, nach dem weniger eine Orientierung an einem «*sozialen Machtgefälle*» angezeigt ist als vielmehr eine solche am jeweiligen Unterstützungsbedürfnis bei der Prozessführung, das auch auf Seiten einer «*wohlhabenden*» Partei vorhanden sein kann; zustimmend: BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 20. Zur Prozessleitung für beide Parteien vgl. N. 902 der vorliegenden Abhandlung.

³⁰¹² Vgl. hierzu N. 388 m.w.H.

³⁰¹³ Zum Differenzierungsbedarf und den vorliegend verwendeten Begriffen vgl. N. 388–391 und N. 697–699.

³⁰¹⁴ SARBACH M., Wandel, S. 153, zudem m.H.: «*Der sozialen Untersuchungsmaxime muss mitnichten die asoziale Verhandlungsmaxime gegenüberstehen. Das wäre jedoch dort der Fall, wo bei Geltung der Verhandlungsmaxime die Bedeutung der richterlichen Fragepflicht verkannt wird.*»

zen dahin führen, dass die Verhandlungsmaxime nicht in allen Verfahren, die ihr unterstehen, eine Ausgestaltung annimmt, welche vorliegend als wünschenswert erachtet wird, wurde hiervor ausgeführt.³⁰¹⁵ Doch hätte die Neukreation der Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht immerhin die Chance, die Gerichtspflichten im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime in ein neues Licht zu rücken, wie dies Michel HEINZMANN und Willi EGLOFF gestützt auf die Entstehungsgeschichte der materiellen Prozessleitung argumentieren.³⁰¹⁶ So könnte also angenommen werden, das Bundesgericht würde sich von seiner früheren Formel zur sozialen Untersuchungsmaxime verabschieden, die da lautete: *«Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen [...]. Die richterliche Initiative geht insoweit nicht über eine Aufforderung an die Parteien hinaus, Beweismittel zu nennen und beizubringen. Im Fall der Verweigerung zumutbarer Mitwirkung einer Partei kann die Beweisabnahme unterbleiben [...].»*^{3017, 3018} Tatsächlich scheint diese Erwägung doch näher bei einer Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht zu liegen, im Rahmen derer das Gericht *«durch entsprechende Fragen darauf hin[wirkt], dass die Parteien ungenügende Angaben zu Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen»*³⁰¹⁹ als bei einer eigentlichen Untersuchungsmaxime.³⁰²⁰ Dessen ungeachtet verwendet das Bundesgericht die Erwägung heute für die soziale Untersuchungsmaxime im Sinne des Art. 247 Abs. 2 ZPO, wobei es sogar begonnen hat, zum Stichwort Fragepflicht auf den Art. 56 ZPO – und damit auf die eben nicht erweiterte Form der Fragepflicht – hinzuweisen.³⁰²¹

³⁰¹⁵ Vgl. hierzu N. 882–886.

³⁰¹⁶ HEINZMANN/EGLOFF, S. 1076 f. Zur Entstehung von Art. 247 Abs. 1 ZPO vgl. N. 655–657.

³⁰¹⁷ BGE 125 III 231 E. 4a.

³⁰¹⁸ Vgl. auch z.B.: 4P.297/2001 E. 2a; 4C.211/2004 E. 2.1; 4C.255/2005 E. 3.4; 4C.11/2006 E. 2.3; 4A_32/2007 E. 4.1; 4A_140/2009 E. 6; 4A_450/2009 E. 2.3; 4A_492/2009 E. 1.3; 4A_12/2010 E. 3.1; 4A_685/2010 E. 2.2; 4A_397/2013 E. 4.4.

³⁰¹⁹ Art. 247 Abs. 1 ZPO.

³⁰²⁰ Vgl. auch die Ansichten von KuKo-OBERHAMMER, Art. 56 N. 3b; BOHNET, Note 4A_179/2015, S. 99; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 10.

³⁰²¹ 4A_432/2015 E. 4.2; ähnlich auch das Urteil 5A_857/2016 E. 4.3.3 (nicht publiziert im BGE 143 III 617); vgl. auch SVGer ZH KK 2016 00051 E. 1.4 vom 16.10.2018. Zudem jeweils m.H.a. Art. 56 ZPO vgl. z.B.: 4A_23/2016 E. 3.1; 4A_387/2016 E. 4.1; 4A_674/2016 E. 2.1; 4A_676/2016 E. 2.1; 4A_106/2020 E. 2.1 i.V.m. E. 2.3.4. In den

Somit stellt sich die Frage, worin nun der Ausbau der materiellen Prozessleitung bei der sozialen respektive unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime gegenüber einer Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht besteht.³⁰²² 967

ii) **Vorliegendes Verständnis dieser hybriden Maximenausprägung** 968

Wie bei den beiden Ausprägungen der Verhandlungsmaxime wird für die Konklusionen zur sozialen respektive unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime zunächst eine normale Prozesskonstellation angenommen und danach auf die Ausnahmesituation eingegangen. Abschliessend werden erneut die Resultate spezifisch für die anwaltlich vertretene Partei gewürdigt. 968

1. **Von der Prozessorgfalt geprägte, zeitlich verlängerte Prozessstoffsammelungsphase**

Um die materielle Prozessleitungskompetenz bei der hybriden, unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime zu erfassen, ist sinnvollerweise in zwei Richtungen zu blicken: Einerseits ist nach Elementen zu fragen, welche eine Erweiterung der materiellen Prozessleitungskompetenz gegenüber derjenigen 969

Urteilen 4D_87/2017 E. 3.3.1 und 4A_20/2018 E. 2.5 wird immerhin erwähnt, dass die Fragepflicht unter sozialer Untersuchungsmaxime weiter geht als diejenige nach Art. 56 ZPO.

³⁰²² Derselbe Kommissionssprecher, der für das vereinfachte Verfahren die Einführung einer Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht vorstellte, führte anlässlich der Besprechung von Art. 291 E-ZPO zur amtswegigen Sachverhaltserforschung bei Kinderbelangen aus: «Hier wird der Begriff *«erforscht»* verwendet, weil auch das ZGB diesen Begriff verwendet und damit die Untersuchungsmaxime beschreibt. Die Formulierung *«Das Gericht stellt den Sachverhalt fest»* geht weniger weit und umschreibt die richterliche Fragepflicht.», vgl. Ständerat Hansheiri Inderkum, AB 2007 S. 635 (Hervorhebung zugefügt). So stellt sich die Frage, weshalb dann im vereinfachten Verfahren anstelle einer Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen eine Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht notwendig war. Bundesrat Christoph Blocher, AB 2007 S. 532, erklärte den Änderungsantrag des Ständerats für das vereinfachte Verfahren denn auch für den Bundesrat als annehmbar, da dies «ein kleiner Unterschied» bzw. «im Ergebnis praktisch dasselbe ist» und der laienfreundliche Charakter des vereinfachten Verfahrens auch damit aufrechterhalten werden könne. Eine Erklärung liefert S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 10, wonach die ständerätliche Kommission beim Entwurf zum vereinfachten Verfahren sich insb. an der Tatsache störte, dass das unbeschränkte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln in allen solchen Verfahren hätte möglich sein sollen.

im Bereich der Verhandlungsmaxime ausmachen. Umgekehrt ist zu ergründen, worin die Abstriche gegenüber einer lenkenden Form der Untersuchungsmaxime bestehen.

1.1. Ähnlicher Umfang der informativen Fragepflicht wie bei Art. 247 Abs. 1 ZPO

- 970 Bezüge lassen sich höchstens zur erweiterten Fragepflicht im Sinne des Art. 247 Abs. 1 ZPO herstellen, denn sicherlich rechtfertigt es sich nicht, die gerichtliche Fragetätigkeit analog zu Art. 56 ZPO zu handhaben und damit gerade bei Laienparteien von einer grundsätzlichen Vermutung der Vollständigkeit ihrer Hypothesen auszugehen.³⁰²³ Das hiervor aufgeführte Zitat aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheint indessen die Schwelle für ein gerichtliches Eingreifen verhältnismässig hoch anzusetzen: Hiernach hat sich das Gericht über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich *ernsthafte Zweifel* bestehen.³⁰²⁴ Allerdings finden sich in der Rechtsprechung auch

³⁰²³ Für Vergleiche der Fragepflichten mit der Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: LIENHARD A. [b], N. 493; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 32; CR-TAPPY, Art. 247 N. 4; MEIER I., ZPR, S. 387; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 397; S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 13; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 153. Im BGE 141 III 569 E. 3.1 stellte das BGer fest, dass die richterlichen Kompetenzen im Rahmen von Art. 247 Abs. 2 ZPO weiter gehen als nach Art. 247 Abs. 1 ZPO und Art. 56 ZPO. In den Urteilen 4D_87/2017 E. 3.3.1 und 4A_20/2018 E. 2.5 wird erwähnt, dass die Fragepflicht unter sozialer Untersuchungsmaxime weiter geht als diejenige nach Art. 56 ZPO.

³⁰²⁴ BGE 125 III 231 E. 4a (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); vgl. auch z.B.: 4C.392/1999 E. 2c (Gleichstellung/Arbeitsrecht, aArt. 12 Abs. 2 GlG i.V.m. aArt. 343 OR); 4A_32/2007 E. 4.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_140/2009 E. 6 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR); 4A_450/2009 E. 2.3 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_12/2010 E. 3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); und fortan zu Art. 247 Abs. 2 ZPO: 4A_701/2012 E. 1.2.1; 4A_491/2014 E. 2.6.1; 4A_360/2015 E. 4.2; 4A_432/2015 E. 4.2; 4A_592/2015 E. 3; 4A_23/2016 E. 3.1; 4A_387/2016 E. 4.1; 4A_674/2016 E. 2.1 und E. 2.3.1; 4A_676/2016 E. 2.1 und E. 2.3.1; 4A_106/2020 E. 2.1 (Art. 247 Abs. 2 ZPO); sodann 5A_857/2016 E. 4.3.3 bez. der *sozialen Untersuchungsmaxime* i.S.v. Art. 272 ZPO (nicht publiziert im BGE 143 III 617).

Wendungen wie die *sachlichen Gründe*³⁰²⁵ respektive les *motifs objectifs*^{3026, 3027} welche an der Vollständigkeit zweifeln lassen. Auch ist in einem Eheschutzverfahren die bundesgerichtliche Erwägung anzutreffen, dass das Gericht die Parteien wohl entsprechend befragen muss, wenn es an der Richtigkeit und/oder Vollständigkeit bestimmter Angaben Zweifel hat oder haben müsste und die erstmalige Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen infrage steht.³⁰²⁸ Für das neue Prozessgesetz plädieren verschiedene Autorinnen und Autoren, nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu Recht, dafür, dass Anhaltspunkte für eine mögliche Mangelhaftigkeit beziehungsweise schlichte Zweifel an der Mangellosigkeit des Vorbringens genü-

³⁰²⁵ 4C.143/2002 E. 3 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR); 4C.242/2003 E. 3.1 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR); 4C.395/2005 E. 4.3 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR).

³⁰²⁶ BGE 107 II 233 E. 2c (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR); BGE 136 III 74 E. 3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); BGE 138 III 374 4.3.2 (Eheschutz, Art. 272 ZPO); BGE 139 III 13 E. 3.2 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR und Art. 243 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 247 ZPO); BGE 141 III 569 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 ZPO); 4C.301/2000 E. 2a (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4P.297/2001 E. 2a (Arbeitsrecht, Art. 29 aLJP-GE); 4C.211/2004 E. 2.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4C.273/2005 E. 3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4C.52/2006 E. 1.2 und 3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4C.441/2006 E. 4.3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_259/2007 E. 3.2 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR); 4A_522/2008 E. 3.1 und 3.4 (Arbeitsrecht, aArt. 343 Abs. 4 OR [allerdings ita.]); 4D_80/2009 E. 2 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_295/2010 E. 2.2.2 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_364/2010 E. 3.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_544/2010 E. 2.4 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_577/2010 E. 4.2 f. (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_685/2010 E. 2.2 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_8/2011 E. 3 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_484/2011 E. 2.2 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 ZPO); 4A_475/2012 E. 2.2 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 ZPO); 4A_612/2012 E. 2.1 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR und Art. 247 ZPO); 4A_397/2013 E. 4.4 (Mietrecht, aArt. 274d Abs. 3 OR); 4A_198/2014 E. 4.2 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO); 4A_261/2014 E. 5 (Sozialversicherungsrecht, Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO); 4A_354/2014 E. 3.1 (Sozialversicherungsrecht, Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO); 4A_415/2015 E. 3.4 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO); 4A_476/2015 E. 3 (Mietrecht, Art. 247 Abs. 2 ZPO); 5A_300/2016 E. 5.1 («*eingeschränkte oder soziale Untersuchungsmaxime*» i.S.v. Art. 255 lit. a ZPO); 5A_354/2016 E. 4.1 («*eingeschränkte oder soziale Untersuchungsmaxime*» i.S.v. Art. 255 lit. a ZPO); 5A_636/2018 E. 3.3.2 («*eingeschränkte oder soziale Untersuchungsmaxime*» i.S.v. Art. 255 lit. b ZPO).

³⁰²⁷ Vgl. den Hinweis von LIENHARD A. [b], N. 494 f., dass diese scheinbar niedrigere Schwelle v.a. in der französischsprachigen Rechtsprechung des BGer als «*des motifs objectifs*» aufträte.

³⁰²⁸ 5A_833/2012 E. 3.1, vgl. auch E. 4.3.

gen müssen.³⁰²⁹ Umgekehrt ist aber auch in diesem Bereich dem bereits aufgegriffenen Hinweis von Max KUMMER aus den 1980er Jahren unbedingt weiterhin seine Richtigkeit zuzugestehen: Nämlich, dass klar ist, dass der Richter dort nicht suchen wird, wo ihn rein nichts zu suchen veranlasst.³⁰³⁰ Zudem findet auch unter der sozialen Untersuchungsmaxime ausserhalb des durch die Parteianträge definierten Bereichs keine gerichtliche Instruktion statt.³⁰³¹

- 971 Bezüglich der Hierarchie von parteiseitiger und gerichtlicher Stoffsammeltätigkeit wurde darauf hingewiesen, dass, soweit die Untersuchungsmaxime dem besonderen Parteischutz geschuldet ist, sich der gerichtliche Eingriff im Grundsatz nur rechtfertigt, wenn der am Eingriff interessierten Partei bezüglich des Mangels in ihrer Hypothese keine Unsorgfalt vorzuwerfen ist³⁰³² – sie hat im Prozess aktiv das ihr Mögliche zur Stoffsammlung und -strukturierung beizutragen.³⁰³³ Andreas LIENHARD und Claudia MORDASINI-ROHNER sprechen anschaulich von einem

³⁰²⁹ Vgl. z.B. SARBACH M., Wandel, S. 150 f.: «Sobald für den Richter Anhaltspunkte bestehen, dass die Vorbringen unvollständig sein könnten, hat er seiner Fragepflicht nachzukommen.»; ähnlich BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 31; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 10, spricht von Aufklärungstätigkeit über möglicherweise relevante Tatsachen; FRÖHLICH, N. 53, befürwortet eine weitgehende Fragepflicht, d.h. nicht erst beim Vorliegen ernsthafter Zweifel; BK-I HURNI, Art. 55 N. 66, zum beschränkten Untersuchungsgrundsatz, nach dem die Fragepflicht hier unabhängig von Zweifeln an der Vollständigkeit und der Richtigkeit der Parteivorbringen den gesamten rechtserheblichen Sachverhalt erfassen sollte; von schlichten Zweifeln ausgehend z.B.: BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 154; LIENHARD A. [b], N. 497 f.; DIETSCHY, *déroulement*, N. 36 hebt das Wort *doutes* hervor.

³⁰³⁰ Vgl. hierzu N. 220. Vgl. auch die Argumentation in den Urteilen 4A_674/2016 E. 2.3.1 und 4A_676/2016 E. 2.3.1 zum in sich konsistenten Aussageverhalten, das letztlich dazu führte, dass das Gericht nicht damit rechnen musste, dass die Angaben unvollständig sein könnten.

³⁰³¹ 4A_577/2010 E. 4.3.

³⁰³² Hinweise, dass auch im vereinfachten Verfahren bzw. bei eingeschränkter Untersuchungsmaxime sorgfältige Prozessführung verlangt ist und prozessuale Fehler auch hier regelmässig zum Prozessverlust führen, z.B. bei: LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 155; AEBI-MÜLLER, S. 194. Vgl. z.B.: 4A_635/2009 E. 2.2, Vorwurf der Unsorgfalt an die Personalvermittlungsgesellschaft; 4A_517/2014 E. 5.1.2 und 5.2, Vermieterin reichte die verlangten Belege nicht ein, andere waren dagegen nicht ausreichend; 4A_705/2014 E. 3.2 und 3.3: «[L]a maxime inquisitoire sociale ne dispensait pas les locataires de faire preuve de la diligence requise.»

³⁰³³ Hieraus folgt die Zuordnung der sozialen Untersuchungsmaxime zu den vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Belangen, vgl. hierzu N. 265 und N. 736–738.

impliziten Verzicht auf die gerichtliche Hilfe, wenn Parteien auf eine konkrete gerichtliche Aufforderung nicht reagieren.³⁰³⁴ Soweit es um rein persönliche Interessen der Parteien geht, vermag also auch ein Sozialschutzgedanke nicht, die Parteien von einer sorgfältigen Prozessführung zu befreien. Das Bundesgericht sprach denn auch bereits in Bezug auf den aArt. 274d Abs. 3 OR von einem aufgrund der Mitwirkungsverpflichtung der Parteien *erheblich eingeschränkten* Untersuchungsgrundsatz.³⁰³⁵ Eine Partei kann demzufolge auch hier nicht ein Verfahren in Gang setzen und sich dann zurücklehnen mit der Erwartung, dass das Gericht die notwendigen Vorkehren trifft.³⁰³⁶ Aufgrund der Bedeutung respektive des vorrangigen Stellenwerts der Prozesssorgfalt in diesen Verfahren ist der in der Lehre verbreitete Hinweis, die Intensität der gerichtlichen Fragepflicht werde in der Praxis bei beiden Absätzen von Art. 247 ZPO ähnlich ausfallen,³⁰³⁷ nachvollziehbar.

³⁰³⁴ LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641; LIENHARD A. [b], N. 669.

³⁰³⁵ 4A_12/2010 E. 3.1. G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 5, sprechen auch von einer *ausgeprägten* Mitwirkungspflicht. Zu Hinweisen bez. einer *gemilderten Verhandlungsmaxime* vgl. FN. 1239 der vorliegenden Abhandlung.

³⁰³⁶ Vgl. LIENHARD A. [b], N. 504 i.V.m. N. 478, allgemein zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime, unter die er auch Art. 247 Abs. 2 ZPO subsumiert; vgl. des Weiteren bereits EGLI H.-P., S. 41, zum arbeitsrechtlichen Verfahren vor der eidg. ZPO; sowie die Aussage im Urteil 5A_781/2010 E. 2.1 (zwar zur Thematik Verlostschein/Pfändung): *«Es entspricht einem Verfahrensgrundsatz, dass die rechtssuchende Partei der zuständigen Behörde auch im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes Auskünfte über relevante Tatsachen erteilen und verfügbare Beweismittel nennen muss – insbesondere dann, wenn sie das Verfahren durch ein eigenes Begehren eingeleitet hat oder darin eigene Rechte geltend macht [...]»*, m.H.a. BGE 124 II 361 E. 2b und 1C_360/2008 E. 3.2.2; zu diesem Urteil vgl. auch MABILLARD, Note 5A_781/2010, S. 241 ff.

³⁰³⁷ G/J/S-SARBACH, Art. 56 N. 11, der diese Norm nicht als *«Kulminationspunkt gesetzgeberischer Kunst»* erachtet; vgl. des Weiteren z.B.: S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 14; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 32; GASSER/RICKLI, Art. 247 N. 4; B/G/S I-GLASL, Art. 56 N. 8; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 6 und 13; B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 7; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 7 i.V.m. 10; MEIER, R., Diss., N. 34; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 21 N. 21 sowie allgemeine Kritik in § 10 N. 26a f.; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 13; AEBI-MÜLLER, S. 194; SIX, S. 95; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 73; MEIER I., ZPR, S. 395; KLINGLER, N. 635; B&M-GIGER, Art. 247 N. 4. Vgl. auch den Kommentar des Bundesrats Christoph BLOCHER, AB 2007 S. 532, zur beantragten Änderung im vereinfachten Verfahren. Differenzierend indes FRÖHLICH, N. 47 ff. und 51. Zur Kritik der Lehre an der Stufenfolge vgl. N. 383–385 der vorliegenden Abhandlung.

1.2. Prozesssorgfalt limitiert Kompensationsmechanismen der Untersuchungsmaxime

972 Im Kapitel 3 wurde beschrieben, dass bei einer eigentlichen Untersuchungsmaxime umfassende Kompensationsmechanismen in dem Sinn bestehen, dass nicht jede Einbringtätigkeit individuell lastlich gewertet respektive sanktioniert wird.³⁰³⁸ Im Ergebnis führt dies zu formalen Entlastungen der Parteien. Ein relevanter Unterschied zur Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO liegt somit darin begründet, dass das Gericht bei der Untersuchungsmaxime sämtliche rechtserheblichen Umstände zu berücksichtigen hat, die im Verfahrensverlauf zusammengetragen worden sind, selbst wenn die Parteien nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen haben.³⁰³⁹ So soll das Gericht hier insbesondere Tatsachen, die sich nur aus Beilagen ergeben, durchaus Rechnung tragen. Auch ein überschüssendes Beweisergebnis ist für das gerichtliche Urteil ohne Weiteres relevant.³⁰⁴⁰ Aufgrund des Umstands, dass die Untersuchungsmaxime die der Beweiswürdigung und der autoritativen Sachverhaltsfeststellung

³⁰³⁸ Vgl. hierzu N. 224–226.

³⁰³⁹ Vgl. bereits BGE 107 II 233 E. 2b zu aArt. 343 Abs. 4 OR m.H., dass sich dies aus der Natur des Untersuchungsgrundsatzes ergibt; BGE 130 III 102 E. 2.2 zu aArt. 15 Abs. 3 Mitwirkungsgesetz i.V.m. aArt. 343 Abs. 4 OR; 4C.36/2006 E. 3.2 zu aArt. 343 Abs. 4 OR; 5C.206/2006 E. 2.1 bez. Krankentaggeldversicherung; 4A_375/2009 E. 2 zu aArt. 343 Abs. 4 OR; 4A_26/2011 i.V.m. 4A_30/2011 E. 9.2.2 zu Art. 29 aLJP-GE; vgl. des Weiteren zu Art. 247 Abs. 2 ZPO z.B.: 4A_135/2013 E. 2.2 ff.; 4A_428/2016 E. 3.2.2.2; 4A_431/2019 E. 4.1.1; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17; KLINGLER, N. 635; FARNER, S. 21; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 11; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 64; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 4; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 34; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.35, 2. Spiegelstrich; CR-TAPPY, Art. 247 N. 23 und 28; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 32; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 34; WILDHABER BOHNET, N. 10 f. und 20; HOFMANN/LÜSCHER, S. 47; DIETSCHY, *devoir d'interpellation*, S. 86 f.; DIETSCHY, *déroulement*, N. 36; LIENHARD A. [b], N. 501 und 507; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 7, 1. Spiegelstrich; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 11. Vgl. auch den Hinweis bei PERROUD, S. 883, und BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 5, dass ein solches Vorgehen unter dem Verhandlungsgrundsatz unzulässig ist. BOHNET/JEANNIN, *maxime*, S. 243 als Vergleich mit der Verhandlungsmaxime an sich sowie S. 245. Vgl. auch SARBACH M., Diss., S. 98 f. zu den gerichtlichen Kompetenzen vor der eidg. ZPO. Umso mehr gilt die Berücksichtigung sämtlicher Umstände auch unter der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime i.S.v. Art. 296 Abs. 1 ZPO, vgl. diesbez. z.B.: 5A_446/2019 E. 4.3.2; 5A_899/2019 E. 3.3.2; 5A_1037/2019 E. 2.5.

³⁰⁴⁰ Vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.35, 2. Spiegelstrich; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; S/H/L-SUTTER-SOMM/SCHRANK, Art. 55 N. 61; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 7; DIETSCHY-MARTENET, *bail à loyer*, N. 342; WILDHABER BOHNET, N. 20. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N. 16; BK II-RÜETSCHI, Art. 183 N. 44 f.,

vorgelagerte Aufgabe der Prozessstoffsammlung in gewissem Mass auch der Zivilrichterschaft zuschreibt, muss somit das, was im Bereich der Verhandlungsmaxime als Schlechterfüllung einer einzelnen Last zu qualifizieren wäre, in einem der Untersuchungsmaxime unterstellten Verfahren nicht unmittelbar zu denselben prozessualen Nachteilen führen. Innerhalb des Instruktionsbereichs besteht demnach vermehrt die im Kapitel 3 ausgeführte Möglichkeit, dass bislang Fehlendes durch spätere Einbringtätigkeiten der Parteien und des Gerichts kompensiert wird.³⁰⁴¹

Mit dem eben erwähnten Hinweis auf einen wegen der parteiseitigen Mitwirkungsverpflichtung erheblich eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz³⁰⁴² bringt 973 das Bundesgericht nach der vorliegend vertretenen Ansicht zum Ausdruck, dass die in der Theorie bei der Untersuchungsmaxime in umfassendem Mass bestehenden Kompensationsmöglichkeiten eingeschränkt sind: Tatsächlich haben Gerichte nur vertretbaren Aufwand zu betreiben. Die Betonung der *erheblichen* Einschränkung der Prozessmaxime bedeutet, dass es unter dieser – im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – insbesondere nicht vertretbar ist, dass die Richterschaft Akten zu durchsuchen respektive zu durchforsten hätte, um abzuklären, was sich daraus zugunsten einer Partei finden lässt³⁰⁴³. Diese höchstrichterlich gesetzte Schranke signalisiert klar, dass es die Aufgabe der Parteien ist, den Prozessstoff darzulegen und für das Gericht verwertbar aufzubereiten. So erstaunt es nicht, wenn etwa Sven RÜETSCHI den Schluss zieht, dass auch im Geltungsbereich der

und G/J/S-WULLSCHLEGER, Art. 193 N. 3b, zum verwendbaren überschüssenden Beweisergebnis aus Gutachten bei sozialer Untersuchungsmaxime.

³⁰⁴¹ Vgl. hierzu N. 224–226.

³⁰⁴² Vgl. hierzu N. 971.

³⁰⁴³ Vgl. die Rechtsprechung (z.T. mit anwaltlicher Vertretung) z.B. in: BGE 141 III 569 E. 2.3.2; 5C.134/2004 E. 2.2; 4C.255/2005 E. 3.4; 4C.11/2006 E. 2.3 ff.; 5C.20/2007 E. 6.2 (nicht publiziert im BGE 133 III 607); 4A_32/2007 E. 4.1; 4A_497/2008 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 135 III 220); 4A_701/2012 E. 1.2.1; 4A_195/2014 i.V.m. 4A_197/2014 E. 7.3.3 (nicht publiziert im BGE 140 III 602); 4A_491/2014 E. 2.6.1; 4A_415/2015 E. 3.4; 4A_476/2015 E. 3; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.4.1 f.; 4A_563/2019 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 146 III 339); 4A_106/2020 E. 2.1; 4A_184/2020 E. 1.4; vgl. auch die Bemerkung zur sozialen Untersuchungsmaxime im Urteil OGer ZH PF1900021-O/U E. 9 vom 08.08.2019. Die Lehre scheint dies als generellen Grundsatz aufzunehmen, vgl. z.B.: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 34; HAAS/BÜHLER, S. 312; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 434; JOSI, S. 75; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 342; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 33, 2. Spiegelstrich; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17; MILANI, Klage, S. 7; HIGI, S. 478.

sozialen Untersuchungsmaxime pauschale Verweise auf Beweismittel zur gehörigen Substantiierung nicht genügen würden.³⁰⁴⁴

- 974 Zusammengefasst bedeutet dies: Da bei Belangen, die dem Grundsatz *da mihi facta* unterstehen, der prozessualen Sorgfalt der Parteien ein vorrangiger Stellenwert zukommt, vermag diese die in der Theorie weiterreichenden Effekte des Untersuchungsgrundsatzes bei der lediglich unterstützend-eingeschränkten Maximenausprägung erheblich zu begrenzen. Die Parteien sollten somit nicht auf Kompensationen spekulieren, denn sie riskieren, dass ihr Handeln als nachlässig respektive der gerichtliche Aufwand als unvertretbar gewertet wird.

1.3. Zeitliche Verlängerung der Stoffsammlung dank erstinstanzlich offenem Novenrecht

- 975 Christian FRAEFEL plädiert für die Fälle des Art. 247 Abs. 2 ZPO für ein nicht gänzlich offenes Novenrecht: Neue Vorbringen nach dem Zweitvortrag sollten auch hier nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO zu berücksichtigen sein, es sei denn, diese wären durch eine richterliche Befragung oder durch eine amtswegige Beweisaufnahme veranlasst worden.³⁰⁴⁵ Dieser Einwand ist in Anbetracht dessen, dass die Prozesssorgfalt der Parteien bei Belangen unter einer lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime nach wie vor eine vorrangige Rolle spielt, durchaus zu verstehen.³⁰⁴⁶ *De lege lata* lässt

³⁰⁴⁴ BK II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160–167, N. 12.

³⁰⁴⁵ KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 14, m.H., dass ein gänzlich offenes Novenrecht die Stellung der Gegenpartei erheblich erschwert und den Absichten hinter dem vereinfachten Verfahren, insb. dem Ziel der Prozessökonomie, zuwiderläuft.

³⁰⁴⁶ Vgl. auch MORET, N. 282; des Weiteren vertrat DOMEJ, Struktur, S. 266, zum E-ZPO die Ansicht, dass es mit den Zielsetzungen des vereinfachten Verfahrens vereinbar wäre, die Parteien (zumindest etwas) stärker in die Pflicht zu nehmen und sorgfaltswidrig verspätet erstattete Vorbringen auszuschliessen; zumindest auf das Problem eines «unnötig» in die Länge gezogenen Verfahrens hinweisend auch HEINZMANN/EGLOFF, S. 1073, jedoch ohne den entsprechenden Vorschlag von FRAEFEL. Vgl. auch die Ansichten vor der eidg. ZPO z.B. von EGLI H.-P., S. 42, dass auch das damalige einfache und rasche Verfahren gebiete, dass den Parteien auferlegt werden darf, ihre Behauptungen und Beweisanträge in einem bestimmten Prozessstadium vorzutragen; oder BRÖNNIMANN, Diss., S. 49: «*Es ist vorgeschlagen worden, trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die Eventualmaxime dann greifen zu lassen, wenn der Richter in Ausübung seiner Fragepflicht die Parteien erfolglos zur Ergänzung ihrer Vorbringen aufgefordert hat. In der Tat ist diese Ausgestaltung des Zusammenspiels von Untersuchungsmaxime und Eventualmaxime denkbar; dies jedoch nur für Fälle, in denen die Ermittlung des wahren Sachverhalts nicht unmittelbar dem öffentlichen*

er sich indes nicht rechtfertigen: Das vereinfachte Verfahren kennt keine Spezialvorschriften in Bezug auf das Novenrecht, weshalb vor erster Instanz aufgrund des Verweises in Art. 219 ZPO sinngemäss der Art. 229 ZPO zum Zuge kommt.³⁰⁴⁷ Was die Gefahr von unsachgemäss dilatorischem Verhalten betrifft, nannte denn auch die Botschaft bei den Ausführungen zur sozialen Untersuchungsmaxime das Auferlegen von entstandenen Mehrkosten als einzige Abhilfe.³⁰⁴⁸ Auch unter der in Kraft getretenen Verfahrensordnung, die hinsichtlich des Anwendungsbereichs der sozialen Untersuchungsmaxime zwar Abstriche verzeichnet hat, vertritt die Lehre die Ansicht, dass der diesbezüglich fehlbaren Partei im Sinne von Art. 108 ZPO die entstandenen Mehrkosten zu überbinden sind³⁰⁴⁹. Den Blick auf den Art. 229 Abs. 3 ZPO gerichtet, betont Denis TAPPY, dass es einer Partei, abgesehen von rechtsmissbräuchlichem Verhalten, nicht verweigert werden darf, in der Verhandlung Belege einzureichen, obschon sie eine hierfür angesetzte Frist ungenutzt hat verstreichen lassen.³⁰⁵⁰

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verweist im Geltungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime für Noven im erstinstanzlichen Verfahren³⁰⁵¹ regelmässig

Interesse dienen soll, sondern für die Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen zur Unterstützung der unbeholfenen, schwächeren Partei vorgesehen ist.» (Hervorhebungen weggelassen), vgl. auch DENS., a.a.O., S. 45 f. und 100, sowie BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 372: «In Fällen der sozialen Untersuchungsmaxime erscheint es immerhin vertretbar, verspätet bekannt gewordene Tatsachen nicht mehr zuzulassen, auch wenn es dem Sinn der Untersuchungsmaxime mehr entspräche, nachträgliche Vorbringen zu berücksichtigen. Voraussetzung für einen Ausschluss ist allerdings, dass der Richter die Parteien zur Ergänzung ihrer Vorbringen aufgefordert und auf die Säumnisfolgen hingewiesen hat. Ein Ausschluss wird zudem nur gerechtfertigt sein, sofern die Parteien die Verspätung zu vertreten haben.»

³⁰⁴⁷ S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 42 f.; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 23; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 246 N. 10; BOHNET, faits, N. 26.

³⁰⁴⁸ Botschaft ZPO, S. 7348 f. zu Art. 242 und 243 m.H.a. Art. 106 E-ZPO.

³⁰⁴⁹ CR-TAPPY, Art. 247 N. 30 (zudem m.H.a. Art. 115 ZPO); DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 341; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 23; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 232 f.; GASSER/RICKLI, Art. 229 N. 10 allgemein zur Untersuchungsmaxime.

³⁰⁵⁰ CR-TAPPY, Art. 247 N. 30, womit er das Urteil 4A_252/2011 kritisiert, in welchem das BGer die Auffassung der Vorinstanz zur Nachlässigkeit der Partei schützte.

³⁰⁵¹ Zur Rechtsprechung allgemein in Bezug auf das Novenrecht vor der Berufungsinstanz vgl. insb.: BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1; 4A_333/2015 i.V.m. 4A_337/2015 E. 7.2.1; 5A_541/2015 E. 5.2 ff.; 5A_685/2018 E. 3.1 f.; 4A_239/2019 E. 2.2.2.

ohne Umschweife auf den Art. 229 Abs. 3 ZPO.³⁰⁵² Dieses offene Novenrecht bezeichnet die Botschaft bei den Erläuterungen zur sozialen Untersuchungsmaxime lediglich als «*Nebeneffekt*».³⁰⁵³ Wie dem auch sei, im Vergleich zu den vereinfachten Verfahren, die dem Verhandlungsgrundsatz unterstehen, bewirkt der Wegfall der Präklusionsschranke jedenfalls eine eindeutige zeitliche Erweiterung der Prozessstoffsammlung vor erster Instanz³⁰⁵⁴, zumal damit neu eingebrachte Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung hin berücksichtigt werden.³⁰⁵⁵ Hiervon profitieren beide Parteien.³⁰⁵⁶

2. Stellung der amtlich initiierten Beweiserhebung

2.1. «Präzisierung» der bundesgerichtlichen Rechtsprechung?

977 In der Lehre sind Feststellungen zu finden, dass sich die Rechtsprechung zur sozialen Untersuchungsmaxime im Bereich der Beweisführung hinsichtlich der jeweiligen Parteilasten und Gerichtspflichten nicht so richtig festlegt.³⁰⁵⁷ Tatsächlich sind in diesem Bereich der Rechtsprechung Passagen zu entnehmen, welche die Frage aufwerfen, ob und wie sie sich schlüssig übereinbringen lassen:

³⁰⁵² Zu Art. 229 Abs. 3 ZPO bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: BGE 138 III 59 E. 2.3; BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 139 III 457 E. 4.4.3.2; BGE 142 III 402 E. 2.1; 4A_261/2014 E. 4; 4A_354/2014 E. 2.2 und 4. (zum Zeitpunkt der Urteilsberatung vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.5 sowie das AppGer BS ZB.2020.30 E. 1.2.1 vom 20.01.2021).

³⁰⁵³ Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243; vgl. auch B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 37; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 177 und N. 200 über die «*Folge*» des Untersuchungsgrundsatzes. S/H/L-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 56 N. 14, sprechen diesbez. vom entscheidenden Unterschied formeller Natur zwischen den beiden Absätzen des Art. 247 ZPO.

³⁰⁵⁴ Vgl. auch z.B.: BK I-HURNI, Art. 55 N. 67; KLINGLER, N. 636; BERTI, ZPO, N. 268; FARNER, S. 21; MEIER, R., Diss., N. 34; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 38; PC-HEINZMANN, Art. 247 N. 12; WUILLEMIN, N. 12; CR-TAPPY, Art. 247 N. 28 und 30 ff.; FRÖHLICH, N. 43 ff.; WILDHABER BOHNET, N. 20; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641, N. 8; CHAIX, faits, N. 13 weist darauf hin, dass in Bezug auf Art. 229 Abs. 3 ZPO die unterschiedlichen Formen der Untersuchungsmaximen keine Auswirkungen haben. Vgl. diesbez. zum Unterschied zwischen Art. 247 Abs. 1 und 2 ZPO auch das Urteil 4A_73/2014 E. 6.3.1.1 und 6.3.2 (erstere Erwägung nicht publiziert im BGE 140 III 312).

³⁰⁵⁵ Im Detail zum Zeitpunkt der Novenschranke nach Art. 229 Abs. 3 ZPO im vereinfachten Verfahren vgl. HEINZMANN, Habil., N. 435 ff.

³⁰⁵⁶ Botschaft ZPO, S. 7348 f. zu Art. 242 und 243; MEIER I., ZPR, S. 387.

³⁰⁵⁷ CR-SCHWEIZER, Art. 153 N. 6; vgl. auch KOLLER, S. 795 ff., a.) zum BGE 141 III 569.

In altrechtlichen Urteilen wird der Umstand, dass das Gericht bei der sozialpolitisch motivierten Untersuchungsmaxime *nicht an das Beweisangebot der Parteien gebunden ist*, zuweilen auch positiv paraphrasiert; nämlich, dass das Gericht hier *auch von sich aus Beweise erheben «darf»*³⁰⁵⁸. Unter vereinheitlichtem Recht führte das Bundesgericht zu einer Laieneingabe sogar aus: *«Wenn es Gründe zur Annahme hat, dass die Beweisanträge einer Partei unvollständig sind, muss das Gericht selber nach einschlägigen Beweismitteln forschen, von deren Existenz es aufgrund der Parteibehauptungen und der Akten Kenntnis hat [...]»*³⁰⁵⁹ Tatsächlich wurde in diesem Fall die Vorinstanz, welche keinen vollständigen Grundbuchauszug eingeholt hatte, gerügt. Auch zuvor schien das Bundesgericht für eine weitreichende gerichtliche Prozessleitungskompetenz im Beweisbereich offen zu sein: Nicht erst seit dem unter vereinheitlichtem Prozessrecht ergangenen Entscheid 139 III 13 sind der Rechtsprechung Passagen dahingehend zu entnehmen, dass *«[s]i des motifs objectifs conduisent le tribunal à soupçonner que les allégations et offres de preuve d'une partie, locataire ou bailleur, sont lacunaires, il n'est pas lié par l'offre de preuves en question et a le devoir de rechercher lui-même des preuves pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents.»*^{3060, 3061} Dann aber sah sich das Bundesgericht veranlasst, diese nach einer weitreichenden Pflicht klingende Rechtsprechung mit dem ebenfalls das Mietrecht betreffenden BGE 141 III 569 zu verdeutlichen: *«Ainsi, conformément à la jurisprudence rendue sous l'empire des anciens art. 274d al. 3 et 343 al. 4 CO, en première instance, les parties doivent renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge doit les informer de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Son rôle ne va toutefois pas au-delà [...]. C'est dans ce sens qu'il y*

³⁰⁵⁸ 5C.134/2004 E. 2.2; 4C.255/2005 E. 3.4; 4C.11/2006 E. 2.3; 5C.206/2006 E. 2.1; 5C.20/2007 E. 6.2 (nicht publiziert im BGE 133 III 607); 4A_32/2007 E. 4.1 und 4A_450/2009 E. 2.3.

³⁰⁵⁹ 4A_1/2014 E. 2.3 (Hervorhebungen zugefügt).

³⁰⁶⁰ BGE 139 III 13 E. 3.2 (Hervorhebungen zugefügt).

³⁰⁶¹ Vgl. z.B. auch bereits die Urteile 4A_544/2010 E. 2.4; 4A_685/2010 E. 2.2 (mit der Präzisierung in E. 2.5: *«Le juge ne doit ordonner des preuves d'office que si les éléments réunis devant lui font sérieusement soupçonner l'existence de faits non allégués [...]»*); 4A_484/2011 E. 2.2 sowie dann auch z.B.: 4A_475/2012 E. 2.2; 4A_1/2014 E. 2.3 f.; 4A_198/2014 E. 4.2.

a lieu de comprendre le «devoir du juge de rechercher des preuves» évoqué dans l'ATF 139 III 13 consid. 3.2; si le juge a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuves pertinents, «il n'est pas lié par l'offre de preuve» de cette partie. Toutefois, lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire [...].»³⁰⁶²

- 979 Dieses Rechtsprechungs-bild enthält nach der vorliegend vertretenen Auffassung einen Grundsatz sowie das Handeln in bestimmten prozessualen Ausnahmesituationen. Aus den Zitaten allein geht indes nicht hervor, in welcher Konstellation das Gericht wie vorzugehen hat. Kontextanalysen verbunden mit Verhältnismässigkeitsüberlegungen, wie sie hiervor im Unterkapitel D. vorgenommen wurden, bringen Klärung. Wie sich anhand von solchen Überlegungen die zitierte Rechtsprechung nach der vorliegend vertretenen Ansicht ordnen lässt, soll in der Folge aufgezeigt werden.

2.2. Vorliegend vertretene Einordnung der Rechtsprechung

2.2.1. Grundsatz: Materielle Prozessleitung im hiervor beschriebenen Umfang

- 980 Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass die geeignete materielle Prozessleitung nicht über das Mass hinausgeht, welches mit Blick auf die verfolgten Ziele erforderlich und angemessen erscheint.³⁰⁶³ So gilt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht zu bedenken, dass im Bereich, welcher der sozialen Untersuchungsmaxime unterstellt wurde, mit der ausgebauten Prozessleitungskompetenz primär das Anliegen betont wurde, dass eine Partei in diesen Belangen nicht aufgrund einer Abhängigkeit oder Unbeholfenheit unbewusst respektive unfreiwillig ihrer Rechte verlustig geht.³⁰⁶⁴
- 981 Die bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime gegenüber der Verhandlungsmaxime vermehrt gegebenen Kompensationsmöglichkeiten zwischen den verschiedenen Einbringtätigkeiten sind nach der vorliegend vertretenen Ansicht somit primär als eine gewisse «Ent-Lastung» der Parteien im Rahmen

³⁰⁶² BGE 141 III 569 E. 2.3.2 (Hervorhebungen im Original anders); selbe Präzisierung erneut im Urteil 4A_476/2015 E. 3.

³⁰⁶³ Zur Übernahme der drei Verhältnismässigkeitskriterien auf die materielle Prozessleitung vgl. N. 579–580 (allgemein), N. 584–585 (Geeignetheit), N. 597–599 (Erforderlichkeit) und N. 641–651 (Angemessenheit).

³⁰⁶⁴ Vgl. hierzu N. 660–661 und N. 964–965.

der Prozessstoffsammlung zu werten: Tatsächlich werden deren Anliegen dadurch weitergehend davon bewahrt, an prozessualen Formalismus zu scheitern. Selbstverständlich trägt die Möglichkeit, sogar Elemente zu berücksichtigen, auf welche die Parteien nicht ausdrücklich Bezug genommen haben, dazu bei, dass das Gericht zum Urteil findet, das die wahre Rechtslage widerspiegelt. Wie erläutert, spielen die in der Theorie bei der Untersuchungsmaxime bestehenden Kompensationsmechanismen im Geltungsbereich ihrer lediglich unterstützend-eingeschränkten Ausprägung jedoch nur in *erheblich* begrenztem Mass,³⁰⁶⁵ weshalb doch noch vermehrt Einbussen am Ziel der Urteilsrichtigkeit in Kauf genommen werden. Daher wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass der Ausbau der materiellen Prozessleitung zwar den Effekt hat, dass sie der Urteilsrichtigkeit zuträglich ist, doch wird dieses Ziel bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht noch weitergehend akzentuiert; eine lenkende Untersuchungsmaxime stand jedenfalls im Bereich des sozialen Privatrechts nicht zur Debatte.³⁰⁶⁶ Da mit der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime primär ein besonderer Parteischutz angestrebt wird, rechtfertigt es sich, den Erwartungen an das sorgfältige Prozessieren seitens der Parteien einen vorrangigen Stellenwert einzuräumen. Wie geschildert, wird deshalb vorliegend diese Maximenausprägung denjenigen zugerechnet, die vom *Grundsatz da mihi facta* ausgehen.³⁰⁶⁷

Paul OBERHAMMER betont, dass auch die von den Zielsetzungen der sozialen Untersuchungsmaxime geschützten Personen letztlich frei entscheiden, wie sie ihren Prozess führen wollen: Solange sichergestellt ist, dass sie dies informiert, auf Grundlage entsprechender Hinweise des Gerichts, tun können, ist die bezweckte Chancengleichheit hergestellt; eine weitergehende amtswegige Wahrheitsforschung erübrigt sich.³⁰⁶⁸ Auch wenn die soziale Untersuchungsmaxime von stereotypen Machtgefällen ausgeht, wird in der Lehre immer wieder darauf hingewiesen, dass beide Parteien von ihr profitieren.³⁰⁶⁹ Somit muss also gerade auch die vom sozialen Privatrecht nicht in den Fokus gerückte Gegenpartei, die

³⁰⁶⁵ Vgl. hierzu N. 972–974.

³⁰⁶⁶ Vgl. hierzu N. 660–661 sowie N. 964–965.

³⁰⁶⁷ Zur Zuordnung der sozialen Untersuchungsmaxime zu den vom Grundsatz *da mihi facta* geprägten Belangen vgl. N. 265 und N. 736–738.

³⁰⁶⁸ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17.

³⁰⁶⁹ Vgl. z.B.: BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 5; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 20; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 7; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 232; FUHRIMANN, S. 19; CR-TAPPY, Art. 247 N. 24. Vgl. des Weiteren auch SARBACH M., Wandel, S. 151, mit Zitat aus der zürcherischen Rechtsprechung, wonach die Fragepflicht unabhängig von den Parteirollen, in Bezug auf den gesamten rechtserheblichen Sachverhalt auszuüben ist.

keine anwaltliche Vertretung mitbringt, sich auf die besondere Laienfreundlichkeit des vereinfachten Verfahrens verlassen dürfen.³⁰⁷⁰ Um in diesem Sinn Verfahrensfairness zu erreichen, bedarf es im Grundsatz, wie dies auch OBERHAMMER feststellt, keiner amtlich initiierten Beweiserhebungen. Oder wie die Rechtsprechung und die Lehre auch immer wieder betonen: Im Grundsatz erschöpft sich die gerichtliche Tätigkeit bei dieser Maximenausprägung in einer Aufklärungsarbeit. Also darin, die Fragepflicht auszuüben, um die Parteien auf ihre Mitwirkungslasten hinzuweisen, und ihnen so «auf die Sprünge zu helfen».³⁰⁷¹

- 983 Als Fazit ist festzuhalten, dass also bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime eine materielle Prozessleitung, die über den bislang beschriebenen Umfang hinausgeht, im Normalfall nicht erforderlich ist. Wenn die *ex ante* betrachtet von der Prozessleitungsmassnahme profitierende Partei ihre zumutbare Mitwirkung verweigert und somit zum Ausdruck bringt, dass sie auf die gerichtliche Hilfestellung verzichtet, wäre eine weitergehende Prozessleitung – soweit eine Disposition statthaft ist und keine erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen bestehen – mit Blick auf die Verfahrensfairness gegenüber der Gegenpartei auch unangemessen.³⁰⁷² Hieraus folgt nach der vorliegend vertretenen

³⁰⁷⁰ Vgl. auch die Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, wonach der Richter bei bloss einseitiger anwaltlicher Vertretung das Machtgefälle aufgrund des ungleichen Know-hows mittels gerichtlicher Mitwirkung ausgleichen soll, wobei die Botschaft nicht unterscheidet, *welche* Partei, die stereotyp «schwächere» oder ihre Gegenpartei, eine anwaltliche Vertretung hat; auch DIETSCHY-MARTENET, *bail à loyer*, N. 345, schreibt unabhängig davon, welche Partei eine anwaltliche Vertretung mitbringt: «*Si l'une des parties est représentée professionnellement et pas l'autre, le juge doit faire usage de son devoir d'interpellation à l'égard de la partie non-assistée seulement.*», m.H.a. BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 19.

³⁰⁷¹ KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 17 mit dem Zitat aus der Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243. Vgl. des Weiteren z.B.: BGE 125 III 231 E. 4a; BGE 141 III 569 E. 2.3.1 f. und E. 3.1; 4A_592/2015 E. 3; 4A_46/2016 E. 7.1.2; 4A_702/2016 E. 3.1; 4A_533/2018 E. 4.2. BK II-BRÖNNIMANN, Art. 153 N. 4; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 357 und 365; BRÖNNIMANN, Diss., S. 77 f.; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 8; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 15. Hinweise, dass das Gericht keine eigene Ermittlungstätigkeiten wahrnimmt, insb. in der Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 243, und in der Lehre z.B. bei: DIETSCHY-MARTENET, *bail à loyer*, N. 341; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 8; BK I-HURNI, Art. 55 N. 67; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 15; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 5; CR-HALDY, Art. 55 N. 8; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 433 und 493; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 21.

³⁰⁷² Vgl. hierzu N. 737 m.w.H.

Ansicht, dass Zugeständnisse von Tatsachen, solange von einer Normalsituation ausgegangen werden kann, auch in diesen Prozessen den Beweis ersetzen³⁰⁷³.

Welch zentrale Bedeutung auch unter dieser Maximenausprägung dem Zugeständnis in einer Normalsituation effektiv zukommt, zeigt ein 2020 ergangenes bundesgerichtliches Urteil über eine Krankentaggeldforderung: Die Vorinstanz durfte nicht auf eine neuere Version der allgemeinen Versicherungsbedingungen abstellen, die auf einen Zeitpunkt nach der Erkrankung des Beschwerdeführers datierte und sich im Wortlaut von derjenigen Version unterschied, welche der Beschwerdeführer in seiner Rechtsschrift zitiert hatte.³⁰⁷⁴ Der neuere Wortlaut hätte den Beschwerdeführer als Begünstigten ausgeschlossen, allerdings hatte sich die hiervon profitierende Versicherungsgesellschaft nicht auf diese Version berufen. Eine Berücksichtigung der neueren AVB-Klausel fügte sich denn auch in keiner Weise in deren Verteidigungslinie ein: Sie widersprach der von der Versicherungsgesellschaft vorgetragenen Sachverhaltshypothese, die zum einen das ausdrückliche Zugeständnis enthielt, dass der Beschwerdeführer zu den versicherten Personen gehörte, und zum anderen auch eine eigene Behauptung, dass der Beschwerdeführer bis zu einem bestimmten Datum zu den Begünstigten im Fall eines Lohnausfalls gezählt hatte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz durch das Abstellen auf die neuere Klausel die soziale Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO verletzt hatte.³⁰⁷⁵ Hieraus folgt, dass Gerichte auch unter dieser Maximenausprägung nicht die von einer Partei erkennbar angestrebte Sachverhaltshypothese prozessleitend gegen eine andere, mit ihrer tatsächlichen Haltung nicht im Einklang stehende Hypothese austauschen dürfen,

³⁰⁷³ 4A_360/2015 E. 4.2, wonach ein Abweichen von der beidseitig übereinstimmenden Tatsachendarstellung bzw. ein entsprechender gerichtlicher Hinweis an die dadurch benachteiligte Partei im Hinblick auf den sozialen Untersuchungsgrundsatz *nur zulässig* wäre, wenn sich die Unrichtigkeit des Zugeständnisses klar aus den eingereichten Akten ergibt: *«Jedenfalls durfte die Vorinstanz nicht gestützt auf diesen Bericht von der übereinstimmenden Parteidarstellung abweichen.»* Vorsichtiger dagegen noch die Formulierungen z.B. in den Urteilen 5C.134/2004 E. 2.2 und 5C.20/2007 E. 6.2 (nicht publiziert im BGE 133 III 607), wonach das Gericht bei seinem Entscheid auf übereinstimmende Darlegungen *abstellen darf*. Vgl. des Weiteren in der Lehre z.B.: BRÖNNIMANN, Diss., S. 77 f. und 100; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 346, 365, 368 und 376; ASPRION STÖCKLIN, S. 18 ff.; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 150 N. 18; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 9; B/G/S I-LEU, Art. 150 N. 92; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 6; LIENHARD A. [b], N. 519; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 50 N. 153; ZPR-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N. 28.

³⁰⁷⁴ 4A_563/2019 Sachverhalt und E. 4 (nicht publiziert im BGE 146 III 339).

³⁰⁷⁵ 4A_563/2019 E. 4.3 f. (nicht publiziert im BGE 146 III 339).

selbst wenn eine andere Argumentationslinie zum Zuspruch des von ihr Anbegehrt führen könnte.

2.2.2. Übernahme des Korrektivs einer eingeschränkt-lenkenden Untersuchungstätigkeit bei Unvollständigkeiten

2.2.2.1. Faktische Grenze der bislang beschriebenen Prozessleitung

- 985 Der soeben als Grundsatz bezeichnete Umfang an materieller Prozessleitung ist, entsprechend dem Titel des Unterkapitels F. III. b. ii) 1., massgeblich von der Prozessorgfalt der Parteien geprägt. Arbeiten nun die Parteien nicht ausreichend an der Prozessstoffsammlung und -aufbereitung mit, verbleibt demnach auch hier eine Gefahr, dass sich das Gericht gezwungen sehen kann, ein Urteil zu fällen, das augenscheinlich nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt. Dass das Ziel der Urteilsrichtigkeit in einem Verfahren, das der Untersuchungsmaxime untersteht, gegenüber einem solchen unter der Verhandlungsmaxime nicht an Stellenwert einbüssen darf, wird einleuchten.³⁰⁷⁶ Damit eröffnet sich das Diskussionsfeld, wann im Bereich der Untersuchungsmaximen übereinstimmende Parteian-sichten den Beweis nicht mehr zu ersetzen vermögen.

2.2.2.2. Definition des Bereichs eingeschränkt-lenkender Untersuchungstätigkeit des Gerichts – Vergleich mit Art. 153 Abs. 2 ZPO

- 986 Wenn nun in Verfahren, in denen die soziale Untersuchungsmaxime Anwendung findet, darauf hingewiesen wird, dass das Gericht zuweilen nicht an Zugeständ-nisse respektive nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist,³⁰⁷⁷ ist

³⁰⁷⁶ Zu dieser Problematik in Bezug auf die Verhandlungsmaxime im ordentlichen Ver-fahren vgl. N. 890–925; in Bezug auf die Verhandlungsmaxime mit erweiterter Frage-pflicht vgl. N. 948–950.

³⁰⁷⁷ Hinweise, dass das Gericht bei eingeschränkter Untersuchungsmaxime nicht an die Beweisanträge gebunden ist, z.B. in: BGE 139 III 13 E. 3.2; 4A_544/2010 E. 2.4; 4A_685/2010 E. 2.2; 4A_484/2011 E. 2.2; 4A_475/2012 E. 2.2; 4A_1/2014 E. 2.3 f.; 4A_198/2014 E. 4.2 sowie bei: G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 153 N. 9; CR-HALDY, Art. 55 N. 8; S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 33; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 424; WILLISEGGER, S. 253; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 11; GASSER/RICKLI, Art. 55 N. 7, 2. Spiegelstrich; BK I-HURNI, Art. 55 N. 60 und 62; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 31. Vgl. auch das Urteil 4A_360/2015 E. 4.2 dazu, dass das Gericht ausnahmsweise vom Zugeständnis abwei-chen kann; auch ist bereits aus dem Urteil 4A_71/2011 E. 5.2 zu entnehmen, dass das Gericht im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime nicht an unbestrittene Tatsa-chen gebunden ist und es dem Richter unbenommen bleibt, eine unbestrittene Tatsache in Würdigung der Beweise als nicht bewiesen zu erachten.

dies nach der vorliegend vertretenen Ansicht als Hinweis auf die Existenz einer Schwelle zu werten, ab der das Gericht Einbussen am materiell richtigen Urteil nicht mehr ohne Weiteres hinnehmen darf. Soweit es in diesem Fall noch Möglichkeiten sieht, hat das Gericht alsdann ungeachtet der Sorgfalt, welche die Parteien an den Tag legen, zu handeln. Mit anderen Worten ausgedrückt, setzt auch bei dieser Maximenausprägung ab einer bestimmten Schwelle eine eingeschränktenlenkende Untersuchungstätigkeit des Gerichts ein, die von der Prozesssorgfalt der Parteien entkoppelt ist.³⁰⁷⁸ Wie bei der Verhandlungsmaxime ist danach zu fragen, wo diese Schwelle zu liegen kommt, und in welchen Konstellationen die Gerichte die lenkende Prozessleitung wahrzunehmen haben.

2.2.2.2.1. Konstellation: Amtlich initiierte Beweiserhebung auch bei fehlender parteiseitiger Behauptung und bei fehlendem Beweisantrag

Im Rahmen der Ausführungen zum gerichtlichen Korrektiv bei grundsätzlicher Geltung der Verhandlungsmaxime wurde zuletzt darauf hingewiesen, dass nicht gänzlich Klarheit darüber besteht, ob die gerichtliche Kompetenz tatsächlich nur greift, wenn einzig eine Bestreitung fehlt. Wie dargestellt, könnte zum Schutz der Gerichtsbarkeit je nach Fallumständen insbesondere auch ein Eingriff bei einer Behauptungslücke nötig sein.³⁰⁷⁹ Auch limitierende Voraussetzungen im Fall eines fehlenden Beweisantrags wurden erörtert.³⁰⁸⁰ Da vorliegend nun ohnehin eine Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 153 Abs. 1 ZPO gilt, erübrigt sich grundsätzlich die Diskussion um Einschränkungen in Bezug auf die Art der Einbringtätigkeit. 987

2.2.2.2.2. Schwelle

2.2.2.2.2.1. Gerichtliche Pflicht bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen

Wenn der Stellenwert der Urteilsrichtigkeit in Verfahren unter der Untersuchungsmaxime kein geringerer sein darf, als jener, der diesem Ziel im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime zukommt, bedeutet dies, dass die Schwelle, wie sie in Art. 153 Abs. 2 ZPO für den unmittelbaren gerichtlichen Eingriff in den Prozess- 988

³⁰⁷⁸ Hinweise, dass zumindest in Ausnahmefällen auch bei der eingeschränkten Untersuchungsmaxime eine amtswegige Beweiserhebung angezeigt ist, z.B. bei: WUILLEMIN, N. 129; KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 12; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.35.

³⁰⁷⁹ Vgl. hierzu N. 908–909 (für die anwaltlich vertretene Partei i.V.m. N. 921).

³⁰⁸⁰ Vgl. hierzu N. 912.

stoff mittels amtlich initiiierter Beweiserhebung festgesetzt ist, im Minimum auch bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime Bestand haben muss.³⁰⁸¹ Das heisst, auch unter dieser Maximenausprägung besteht mindestens bei erheblichen Zweifeln an den Urteilsgrundlagen selbst bei übereinstimmendem Parteiverhalten eine gerichtliche Pflicht zum Handeln.³⁰⁸²

- 989 Da nun in diesen Verfahren ohnehin ein Untersuchungsgrundsatz gilt, erübrigt sich auch ein Rückgriff auf den Art. 153 Abs. 2 ZPO; die Ermächtigung zur amtswegig initiierten Beweisabnahme sieht bereits der erste Absatz der genannten Bestimmung vor.³⁰⁸³ Die Orientierung an der im zweiten Absatz vorgesehenen Schwelle der erheblichen Zweifel ist nach der vorliegenden Ansicht für die Beschreibung des (minimalen) gerichtlichen Pflichtbereichs von Bedeutung. Dies bestätigte sich in einem Eheschutzverfahren, mit dem das Bundesgericht sich im Jahr 2016 zu befassen hatte; ein Verfahren, das gemäss Bundesgericht der sogenannten sozialen Untersuchungsmaxime untersteht. Unter explizitem Verweis auf den Art. 153 Abs. 2 ZPO führte dieses aus: *«Aus der Säumnis einer Partei darf nicht abgeleitet werden, die von einer anwesenden Partei behauptete Tatsache sei nicht streitig bzw. anerkannt. Im Rahmen seiner Pflicht zur Wahrheitsfindung kann und muss das Gericht vielmehr selbst Beweis über formell Unbestrittenes führen, wenn es an der Richtigkeit von Angaben der anwesenden Partei erheblich zweifelt. Ist dies der Fall, hat es von Amtes wegen den Beweis über die fragliche Tatsache abzunehmen (Art. 153 Abs. 2 ZPO; [...]).»*³⁰⁸⁴ In einem etwas älteren bundesgerichtlichen Entscheid im Bereich des sozialen Privatrechts findet sich zudem die Erwägung: *«Le juge ne doit ordonner des preuves d'office que si les éléments réunis devant lui font sérieusement soupçonner l'existence de faits non allégués.»*³⁰⁸⁵ Eine Formulierung, die zur französischen Fassung der Schwelle für eine amtlich initiierte

³⁰⁸¹ So dürften auch die Verweise von MILANI, Diss., N. 441 FN. 1102, und FRÖHLICH, N. 55, auf Art. 153 Abs. 2 ZPO im Rahmen ihrer Ausführungen zur sozialen Untersuchungsmaxime zu werten sein.

³⁰⁸² Zur nach der vorliegend vertretenen Ansicht unzutreffenden Kann-Formulierung in Art. 153 Abs. 2 ZPO bereits für den Bereich der Verhandlungsmaxime vgl. N. 897 i.V.m. N. 950.

³⁰⁸³ Vgl. auch B/G/S I-LEU, Art. 153 N. 10, dass Art. 153 Abs. 2 ZPO sich auf die Verhandlungsmaxime beziehen muss, da bei der Untersuchungsmaxime das Gericht die Beweise ohnehin von Amtes wegen erhebt.

³⁰⁸⁴ 5A_125/2016 E. 4.3 (Hervorhebungen zugefügt) m.H.a. BK II-KILLIAS, Art. 234 N. 19 f., und 4A_431/2015 E. 5.1.3.

³⁰⁸⁵ 4A_685/2010 E. 2.5 (Hervorhebung zugefügt).

Beweiserhebung im Sinne des Art. 153 Abs. 2 ZPO – «*des motifs sérieux de doute*» – passt.

2.2.2.2.2.2. Noch niederschwelligere amtlich initiierte Beweiserhebung bei Belangen im reinen Parteiinteresse?

Wie aus den hiervor wiedergegebenen Zitaten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entnehmen ist, wurde vor der eidgenössischen Zivilprozessordnung auch davon gesprochen, dass das Gericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime von sich aus Beweise erheben «*darf*».³⁰⁸⁶ Dies wirft die Frage auf, ob auf einer niedrigeren Schwelle als derjenigen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO nicht nur eine blosse gerichtliche Hinweispflicht besteht, sondern auch weitergehend Beweiserhebungen von Amtes wegen initiiert werden könnten.

In der Lehre finden sich Aussagen, die dies zumindest nicht auszuschliessen scheinen. So ist der Arbeit von Claudia MORDASINI-ROHNER zu entnehmen: «*Eine unsorgfältige Prozessführung kann also zu einem Rechtsverlust führen. Anders als im Rahmen der gerichtlichen Fragepflichten muss sie dies aber nicht, weil das Gericht ermächtigt ist, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären.*»^{3087, 3088} Christian FRAEFEL sieht bei der *sozialen Untersuchungsmaxime* einen wesentlichen Unterschied zum ordentlichen Verfahren darin, dass es dem Gericht gestattet sein müsse, Beweismittel von Amtes wegen zu erheben, *wo es dies als notwendig erachtet*, wohingegen ihm eine amtswegige Beweisaufnahme unter der Verhandlungsmaxime nur eingeschränkt, im Rahmen von Art. 153 Abs. 2 ZPO, möglich ist.³⁰⁸⁹

Zu bedenken ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht Folgendes: Soll die Untersuchungsmaxime explizit und bedachterweise eine soziale Prägung aufweisen, wird damit auf eine (noch) weitergehende Akzentuierung des Ziels eines möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils verzichtet. Wie berichtet, sprach das Bundesgericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime im Sinne des aArt. 274d Abs. 3 OR denn auch von einem *erheblich* eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz,³⁰⁹⁰ und führte zur sozialen Untersuchungsmaxime wiederholt aus, dass diese den Parteien nicht garantiert, dass sämtliche rechtser-

³⁰⁸⁶ Vgl. hierzu N. 978.

³⁰⁸⁷ MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 428 (Hervorhebungen zugefügt); vgl. auch MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 20 f.

³⁰⁸⁸ In diese Richtung vermutlich auch DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 342, und BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 249.

³⁰⁸⁹ KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 12.

³⁰⁹⁰ Vgl. hierzu N. 971.

heblichen Umstände aufgeklärt werden.³⁰⁹¹ Da die Prozesssorgfalt auch in diesen Verfahren grundsätzlich eine vorrangige Rolle behalten soll, erscheint die intensivere, unmittelbare Prozessleitung im Sinne einer amtlich initiierten Beweiserhebung nach der vorliegend vertretenen Ansicht tatsächlich erst ab der Schwelle der erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen, wie diese auch in Art. 153 Abs. 2 ZPO vorgesehen ist, angemessen. Bis dahin, also bei mindererheblichen Zweifeln, ist einzig die hiervor im Unterkapitel F. III. b. ii) 1. beschriebene, von der Parteisorgfalt geprägte Prozessleitung angebracht. Ähnlich wie das Gericht bei den Prozessvoraussetzungen nur bei den Hindernissen lenkend tätig wird, müssen allerdings Fragestellungen gesondert behandelt werden, bei welchen die Untersuchungsmaxime auch andere Interessen als die rein persönlichen der Parteien besonders schützen soll.³⁰⁹² Wie im abschliessenden Exkurs erläutert, ist das Gericht nach der vorliegend vertretenen Ansicht in solchen Belangen auch bei mindererheblichen Zweifeln an der Urteilsrichtigkeit verpflichtet, weitergehende Abklärungen vorzunehmen.³⁰⁹³

- 993 Nun lässt sich die Frage stellen, ob aus dem Urteil 4A_1/2014 zur sozialen Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO nicht doch ein anderer Schluss zu ziehen wäre.³⁰⁹⁴ Diesem Urteil ist die bereits eingangs des Unterkapitels F. III. b. ii) 2. zitierte Passage zu entnehmen: *«Wenn es Gründe zur Annahme hat, dass die Beweisanträge einer Partei unvollständig sind, muss das Gericht selber nach einschlägigen Beweismitteln forschen, von deren Existenz es aufgrund der Parteibehauptungen und der Akten Kenntnis hat [...]»*³⁰⁹⁵ Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, die Vorinstanz hätte selbst einen Grundbuchauszug einholen sollen. Die Sachlage hier war allerdings eine besondere: Der Eigentümer einer vermieteten Liegenschaft schenkte die Immobilie seinen Enkelkindern, behielt aber mit seiner Ehefrau die Nutzniessung am Objekt. Somit ging das Mietverhältnis nicht auf die Enkel über. Die Mieterin wollte die Nichtigkeit einer Mietzinserhöhung gerichtlich feststellen lassen und zog die neuen Eigentümer vor Gericht. Sie berief sich auf die Eigentümerauskunft des Grundbuchamts. Mittels Laieneingabe bestritten die Enkel ihre Passivlegitimation unter Verweis auf die

³⁰⁹¹ Vgl. z.B.: 4A_544/2010 E. 2.4 und 4A_8/2011 E. 3; vgl. auch WILDHABER BOHNET, N. 10.

³⁰⁹² Vgl. auch den vorliegenden Hinweis auf die Evaluation einer asymmetrisch wirkenden Untersuchungsmaxime im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit in N. 668.

³⁰⁹³ Vgl. hierzu N. 1013–1014.

³⁰⁹⁴ Zu diesem Urteil vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, Note 4A_1/2014, S. 320 f.

³⁰⁹⁵ 4A_1/2014 E. 2.3.

Nutzniessung, für die sie allerdings keinen Beleg einreichen und keine Beweismittel offerierten. Das Bundesgericht gab der Vorinstanz Recht, dass diese nicht gestützt auf Art. 60 ZPO verpflichtet war, das Bestehen einer Nutzniessung an der Mietliegenschaft von Amtes wegen zu untersuchen, da die Sachlegitimation keine Prozessvoraussetzung bildet, sondern das materielle Recht betrifft. Allerdings verletzte die Vorinstanz Bundesrecht, wenn sie annahm, das Verfahren unterstünde der Verhandlungsmaxime; tatsächlich erweist sich diesbezüglich der Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO als einschlägig.³⁰⁹⁶ In der unzutreffenden Annahme, angesichts der fehlenden Passivlegitimation wäre ihre Anwesenheit entbehrlich, erschienen die Beklagten nicht zur Hauptverhandlung. Anlässlich dieser Verhandlung bestritt nun aber die Mieterin die Nutzniessung, die sodann prozessual nicht erstellt war. Das Bundesgericht erwog: *«Unter diesen Umständen hätte das Mietgericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und zu diesem Zweck einen vollständigen Grundbuchauszug einholen müssen.»*³⁰⁹⁷ Nach Ansicht des Bundesgerichts musste daher nicht beurteilt werden, ob aufgrund von Art. 970 Abs. 4 ZGB die Nutzniessung nicht ohnehin eine offenkundige, also nicht beweispflichtige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO darstellt. Die Vorinstanz hatte dies verneint.³⁰⁹⁸

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist in der umgekehrten Reihenfolge zu erwägen: Das heisst, zunächst wäre zu prüfen gewesen, ob das Gericht basierend auf Art. 151 ZPO verpflichtet ist, einen Grundbuchauszug beizuziehen. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass diese Bestimmung im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime dem Gericht zumutet, mehr Quellen hinsichtlich bekannter Tatsachen zu berücksichtigen als unter der Verhandlungsmaxime. Ist die Notorietät tatsächlich zu verneinen, bleibt die im Gesetz explizit maximenabhängig statuierte Prozessleitung zu prüfen. Diesbezüglich gilt es, das Folgende zu bedenken: Dass die ins Recht gefassten Enkelkinder nicht an der Verhandlung erschienen sind, war offensichtlich einer unzureichenden Rechtskenntnis geschuldet. Sie waren der Ansicht, ihre Anwesenheit wäre rechtlich entbehrlich. Eine professionelle Vertretung hatten sie nicht. Wären sie dagegen erschienen, und hätten aus der fehlenden Klärung einer Tatsache X einzig sie persönlich rechtliche Nachteile erfahren, so wäre, aufgrund der Verhältnismässigkeitserwägungen unter dieser Maximenausprägung, lediglich ein gerichtlicher Hinweis auf die Notwendigkeit eines Beweises angezeigt gewesen. Das heisst, es wäre auf den Grundsatz zurückzugreifen gewesen, dass das Gericht lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien

³⁰⁹⁶ 4A_1/2014 E. 2.3.

³⁰⁹⁷ 4A_1/2014 E. 2.4.

³⁰⁹⁸ 4A_1/2014 E. 2.4.

auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen hat, und dass die richterliche Initiative insoweit nicht über eine Aufforderung an die Parteien hinausgeht, Beweismittel zu nennen und beizubringen.³⁰⁹⁹ Werden nun unter den tatsächlich gegebenen Umständen die Säumigen schriftlich darauf hingewiesen, dass ein Beweis(-antrag) für die Nutzniessung fehlt, so hätte insbesondere letztlich die Mieterin, die korrekt erschienen war, aber aus der Perspektive des aussenstehenden Gerichts wohl die falschen Personen ins Recht gefasst hatte, eine unnötige Verlängerung dieses für sie nicht aussichtsreichen Verfahrens hinzunehmen gehabt. Tatsächlich wird die Mieterin die von ihr angestrebte Feststellung einer Nichtigkeit der Mietzinserhöhung von CHF 129 pro Monat in diesem Prozessrechtsverhältnis nicht erreichen. Fällt der Art. 151 ZPO ausser Betracht, ist im Rahmen der maximenabhängigen Prozessleitung festzustellen, *dass unter den konkreten Umständen dieses Falls die Schwelle der erheblichen Zweifel erreicht war*; dass ein Urteil, welches ohne die amtlich initiierte Beweiserhebung gefällt würde, effektiv die tatsächliche Rechtslage widerspiegelt. Der amtliche Registerbeizug lässt sich in dieser nicht einer Normalsituation entsprechenden Konstellation rechtfertigen. Hieraus indessen zu schliessen, dass das Gericht bei einer im reinen Parteiinteresse bestehenden unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime unter normalen Umständen – also in Anwesenheit sämtlicher Parteien und ohne erhebliche Zweifel an den Urteilsgrundlagen – anstelle von Rückfragen selber nach einschlägigen Beweismitteln forschen müsste, ist verfehlt. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht läuft dies der Verhältnismässigkeit zuwider: Was ihre rein persönlichen, verfügbaren Interessen betrifft, ist vielmehr auf den hiervor ausgeführten Grundsatz abzustellen, nämlich, dass sofern die Schwelle der erheblichen Zweifel im Sinne des Art. 153 Abs. 2 ZPO nicht erreicht ist, die informierten Parteien selbst entscheiden, wie sie ihren Prozess führen.³¹⁰⁰

c. Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung

- 995 Auch für die unterstützend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, dass ungeachtet des Vertretungsentscheids einer Partei, die geeignete materielle Prozessleitung nicht weiter, aber auch nicht weniger weit gehen soll, als das, was sich in der konkreten Prozesssituation mit Blick auf die angestrebten Ziele im Zivil-

³⁰⁹⁹ Vgl. hierzu N. 980–984.

³¹⁰⁰ Vgl. hierzu N. 980–984.

prozess als erforderlich und angemessen erweist.³¹⁰¹ Somit sind auch die Resultate für die im vorliegenden Unterkapitel F. III. erörterte materielle Prozessleitung für die anwaltlich vertretene Partei eigens zu würdigen.

i) Lehre und Rechtsprechung

In Anbetracht der hinter der sozialen Untersuchungsmaxime stehenden Zielakzentuierung stellt die Anwesenheit einer berufsmässigen Rechtsvertretung auch hier einen sachlichen Umstand dar, der differenzierende Erforderlichkeits- und Angemessenheitserwägungen bedingt.³¹⁰² Dass Differenzierungen angezeigt sind, belegt der hiervoor zitierte, präzisierende Entscheid 141 III 569: Der wiedergegebenen Passage ist zu entnehmen, dass das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren Zurückhaltung zu zeigen hat, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind.³¹⁰³ Dies war bereits der Botschaft zur ZPO zu entnehmen und entspricht der Ansicht,

³¹⁰¹ Allgemein zur vollständigen Entfaltung der materiellen Prozessleitung auch bei anwaltlich verteilter Partei vgl. N. 760–762.

³¹⁰² Diesbez. allgemein zur Erforderlichkeit und zur Angemessenheit (Differenzierungsgebot) bei der Relativierung des *da mihi facta* vgl. N. 604–608; N. 703 und N. 760–787. Zu den diesbezüglichen Konklusionen im Bereich der Verhandlungsmaxime vgl. N. 915–921 und N. 953–960.

³¹⁰³ BGE 141 III 569 E. 2.3.1; vgl. des Weiteren z.B.: 4A_333/2015 i.V.m. 4A_337/2015 E. 6.1; 4A_415/2015 E. 3.4; 4A_476/2015 E. 3; 4A_592/2015 E. 3; 4A_627/2015 E. 3.3.2; 4A_23/2016 E. 3.1; 4A_46/2016 E. 7.1.2; 4A_387/2016 E. 4.1; 4A_674/2016 E. 2.1; 4A_676/2016 E. 2.1; 4A_439/2018 E. 3.3; 4A_477/2018 i.V.m. 4A_481/2018 E. 3.4.1; 4A_533/2018 E. 4.2; 4A_563/2019 E. 4.2 (nicht publiziert im BGE 146 III 339); 4A_106/2020 E. 2.1; 4A_184/2020 E. 1.4; vgl. auch 4A_702/2016 E. 3.1; 4A_703/2016 E. 7 (nicht publiziert im BGE 143 III 344) und 4A_705/2016 E. 7 (Hervorhebungen zugefügt): «Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3 S. 575 ff. mit Hinweisen).», womit aufgrund der Verweise die Verhandlungsmaxime im ordentlichen Verfahren gemeint sein muss; im Urteil 4A_463/2014 E. 1 (nicht publiziert im BGE 141 III 20) wird die von der Beschwerdeführerin gerügte allgemeine Fragepflicht (Art. 56 ZPO) erörtert: «cette disposition ne saurait servir à rectifier une inadvertance du conseil d'une partie, réputé connaître les exigences de motivation d'un appel ou d'un recours [...]; peu importe, dans ce contexte, que le litige relève de la procédure simplifiée régie par la maxime inquisitoire (art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC).» Zum Differenzierungsbedarf vgl. auch OGER ZG Z 1 2012 38 E. 7 vom 08.07.2014; KGer BL 731 12 315 E. 3.1 vom 13.06.2013; SVGer ZH KK 2016 00051 E. 1.4 vom 16.10.2018 sowie bereits vor der eidg. ZPO z.B. 5C.206/2006 E. 2.1.

wie sie von weiten Teilen der Lehre vertreten wird.³¹⁰⁴ Nur einzelne Autoren sind der Auffassung, der Umstand, dass eine Vertretung zugegen ist, vermöge für sich allein nicht sicherzustellen, dass der Schutz einer sozial schwächeren Partei in besonders sensiblen Materien gewährleistet ist.³¹⁰⁵ Wie weit dem zu folgen ist, liess das Bundesgericht 2017 offen.³¹⁰⁶

ii) Vorliegend vertretene Ansicht

- 997 Auch für Belange, die der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, muss nach der vorliegend vertretenen Ansicht der Grundsatz gelten, dass das Gericht auf die Fähigkeiten der berufsmässigen Rechtsvertretung vertrauen darf, hängen diese doch nicht von einer bestimmten Maxime oder Verfahrensart ab.³¹⁰⁷ ³¹⁰⁸ Andreas LIENHARD, der die eben erwähnte Meinung vertritt, die anwaltliche Vertretung hätte keinen Einfluss auf die materielle Prozessleitung bei der sozialen Untersuchungsmaxime, argumentiert, es überwiege das Vertrauen der Partei, dass der gerichtliche Schutz nicht verringert wird, obwohl diese für die

³¹⁰⁴ Botschaft ZPO, S. 7348, 2. Spiegelstrich. Vgl. in der Lehre z.B.: KuKo-FRAEFEL, Art. 247 N. 10; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 33, 4. Spiegelstrich; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 12; G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N. 8; PERRAUD, S. 882 und 900; BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 232; AEBI-MÜLLER, S. 194; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N. 16 und 19; wohl auch CR-TAPPY, Art. 247 N. 26 f.; DIETSCHY, déroulement, N. 38; HEINZMANN/EGLOFF, S. 1076 f. Vgl. noch unter altem Recht EGLI H.-P., S. 43 f.: «*Handelt ein kundiger Rechtsanwalt, sollte es sich für den Richter erübrigen, nach dem Plädoyer noch einen Strauss von Fragen stellen zu müssen.*»

³¹⁰⁵ LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641, und LIENHARD A. [b], N. 538 i.V.m. N. 529 ff.; FRÖHLICH, N. 64 ff.

³¹⁰⁶ 4A_674/2016 E. 2.3 und 4A_676/2016 E. 2.3 m.H.a. LIENHARD in der vorgenannten FN. 3105.

³¹⁰⁷ Vgl. hierzu N. 783; diesbez. für das vereinfachte Verfahren unter Art. 247 Abs. 1 ZPO vgl. N. 954.

³¹⁰⁸ Allgemein zum Vertrauen des Gerichts in die Fähigkeiten der Anwaltsperson vgl. N. 705 m.w.H.; allgemein für Hinweise auf erwartbare Fähigkeiten vgl. auch N. 708 m.w.H. Im Urteil 4C.143/2002 E. 3 erwog das BGer, dass, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, das Gericht sich auch unter der sozialen Untersuchungsmaxime in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters verlassen darf; vgl. zudem die Resultate der Urteile 5A_719/2016 E. 3; 4A_702/2016 E. 3.1 f. m.H.a. BGE 141 III 569. Zum Vertrauen in die anwaltlichen Fähigkeiten bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. auch BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 232; BOHNET, procès, N. 54; DIETSCHY, déroulement, N. 39. A.M. LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1641, und LIENHARD A. [b], N. 538 i.V.m. N. 529 ff.

teuren Dienste eines Anwalts mehr bezahlt hat.³¹⁰⁹ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist nicht nur ein Aufrechnen von Anwaltskosten gegenüber lediglich beschränkter staatlicher Sachhilfe zugunsten von überforderten juristischen Laien nicht ganz sachgerecht; vielmehr noch impliziert diese Ansicht einen Vergleich, der letztlich insbesondere auf einer «*was wäre, wenn*»-(der Vertretungsentscheid anders ausgefallen wäre)-Hypothese basiert. Dass solche Vergleiche und Vorwürfe einer vermeintlichen Schutzverringerung in Belangen, bei denen der Prozesssorgfalt ein vorrangiger Stellenwert zukommt, nicht zulässig sind, wurde im Rahmen des kontradiktorischen Angemessenheitsfaktors eingehend erläutert.³¹¹⁰ Als Fazit war festzustellen, dass Gleichbehandlung in Bezug auf die materielle Prozessleitung bedeutet, dass jede Partei darauf vertrauen darf, vom Gericht die gleiche Achtsamkeit dahingehend zu erhalten, ob für sie die Voraussetzungen für eine gerichtliche Unterstützungsleistung gegeben sind.³¹¹¹ So entfaltet sich in jedem Fall die geeignete materielle Prozessleitung dergestalt vollständig, wie diese erforderlich ist und im Rahmen des Angemessenen liegt, um für jede sachverhaltsrelevante Maximenausprägung die in einem Spannungsverhältnis stehenden Ziele des Zivilprozesses optimal in Ausgleich zu bringen.

Allerdings ist bei anwaltlichen Vertretungen auch die mehrheitlich geforderte richterliche Zurückhaltung wie im ordentlichen Verfahren nach der vorliegend vertretenen Ansicht aus verschiedenen Gründen unpräzise: 998

Wie im Kapitel 3 erläutert, entfällt mit der Untersuchungsmaxime eine individuelle 999
lastliche Sanktionierung der prozessualen Einbringtätigkeiten. Damit geht einher, dass verschiedene Einbringtätigkeiten, unabhängig davon, ob diese von Seiten der Parteien oder des Gerichts stammen, sich vermehrt zu kompensieren vermögen.³¹¹² Dieser Effekt wird nicht per se aufgehoben, wenn eine anwaltliche Vertretung zugegen ist. Wie hiavor erläutert, sind die Kompensationsmöglichkeiten generell beschränkt, weil vom Gericht nur vertretbarer Aufwand verlangt wird. Im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass mit der *umfassenden* Mitwirkungsverpflichtung der Parteien ein *erheblich* eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz einhergeht. Wie erläutert, kommt die Prozesssorgfalt der Parteien bei der Prozess-

³¹⁰⁹ LIENHARD A. [b], N. 534, der dieses Argument auch ausserhalb des Geltungsbereichs der eingeschränkten Untersuchungsmaxime vorträgt, vgl. DENS. N. 230 i.V.m. 456.

³¹¹⁰ Vgl. hierzu N. 772–776.

³¹¹¹ Vgl. hierzu N. 782–784.

³¹¹² Vgl. hierzu N. 224–226.

stoffaufbereitung damit vorrangig zum Tragen.³¹¹³ Das Mass an erwartbarer Sorgfalt wird wiederum, wie beim subjektbezogenen Angemessenheitsfaktor dargestellt, vom Vorhandensein einer professionellen Rechtsvertretung beeinflusst.³¹¹⁴ Ein Gericht wird es daher bald nicht mehr als vertretbaren Aufwand erachten, anstelle einer professionell vertretenen Partei Prozessstoff zu sammeln und aufzubereiten, soweit diese die Fähigkeit besitzen muss, dies selbst zu tun.³¹¹⁵

- 1000 Die Anweisung, die Gerichte sollten sich bei anwaltlicher Vertretung wie im ordentlichen Verfahren zurückhalten, dürfte wohl dahingehend zu verstehen sein, dass sich die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO zu richten hat. Soweit allerdings der Prozess in einem vereinfachten Verfahren zu führen ist, wird eine solche Rückstufung der Verfahrenskonzeption nicht gerecht.³¹¹⁶ Hier steht die Fragepflicht auch im Dienste der besonders akzentuierten Prozessökonomie; mit anderen Worten ist ihre Erweiterung auch dem bedeutenden Gewicht, das der mündlichen Verhandlung zukommt, geschuldet.³¹¹⁷ Dies führt nicht dazu, dass Unsorgfalt zu tolerieren wäre; vielmehr entstehen aufgrund der vorherrschenden Mündlichkeit und der hervorgehobenen Prozessbeschleunigung besondere Gründe, weshalb eine Mangelhaftigkeit, sowohl in Bezug auf die Vollständigkeit als auch hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit des Vorbringens, entschuldbar sein kann.³¹¹⁸ Deshalb wird vorliegend vertreten, dass, soweit ein vereinfachtes Verfahren zur Anwendung gelangt, das Gericht die Fragepflicht in Gegenwart einer Anwaltperson analog zu Art. 247 Abs. 1 ZPO umzusetzen hat. Welche Wirkungen diese Bestimmung für die anwaltlich vertretene Partei im Einzelnen zeitigt, wurde im Unterkapitel F. II. c. ii) erörtert. Dass Gerichte indessen von Amtes wegen eine Beweis-erhebung anordnen, wenn die anwaltlich vertretene Partei den entsprechenden Antrag nicht stellt, wird in einem Verfahren, in welchem die Prozesssorgfalt eine nach wie vor eine vorrangige Rolle spielt, nur ausnahmsweise, unter besonde-

³¹¹³ Vgl. hierzu N. 972–974.

³¹¹⁴ Vgl. hierzu N. 703 und N. 706–708.

³¹¹⁵ Vgl. auch das generelle Bild, das die (z.T. auch älteren) Erwägungen zur sozialen Untersuchungsmaxime bei der anwaltlich vertretenen Partei vermitteln: 4C.11/2006 E. 2.4 f.; 4A_577/2010 E. 4.3; 4A_150/2011 E. 2.1.2; 4A_79/2012 E. 4.4; 4A_397/2013 E. 4.4; 4A_261/2014 E. 5; 4A_491/2014 E. 2.6.2 ff.; 4A_705/2014 E. 3.3; 4A_487/2018 E. 4.2.2. In Bezug auf Art. 277 Abs. 3 ZPO auf Irrtum und Versehen der Anwaltperson verweisend: S/H/L-SUTTER-SOMM/GUT, Art. 277 N. 19a.

³¹¹⁶ Zur Unterscheidung vgl. N. 822 und N. 930–932.

³¹¹⁷ Vgl. hierzu N. 927–928 i.V.m. N. 932.

³¹¹⁸ Zu diesen Gründen vgl. N. 956–959.

ren Umständen, der Fall sein:³¹¹⁹ Dies namentlich dann, wenn die Schwelle von Art. 153 Abs. 2 ZPO erreicht ist und sich das Gericht vor übereinstimmendem Parteiverhalten schützen muss.³¹²⁰ Denn im Bereich des akzentuierten Schutzes der Urteilsrichtigkeit muss es generell irrelevant sein, ob eine anwaltliche Vertretung zugegen ist oder nicht.³¹²¹

Ebenso wenig tangiert die Präsenz von Anwaltspersonen die temporale Erweiterung der Stoffsammlungsphase durch den Wegfall der Präklusion: Die Öffnung des erstinstanzlichen Novenrechts gilt ebenfalls zugunsten der anwaltlich vertretenen Partei.³¹²² 1001

d. Abschiessendes Fazit zur Zuordnung zu den eingeschränkten Untersuchungsmaximen

Vorliegend wird dafür plädiert, die Belange der eingeschränkten Untersuchungsmaxime in zwei Kategorien aufzuteilen, um so zum Ende der Stufenfolge hin mehr Klarheit hinsichtlich der gerichtlichen Kompetenzen bei der Prozessstoffsammlung zu schaffen:³¹²³ 1002

Hat das Gericht vor Erreichen der Schwelle der erheblichen Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen, wie sie von Art. 153 Abs. 2 ZPO festgelegt wird, die Parteien aus Fairnessgründen einzig auf ihre Mitwirkungsobliegenheiten hinzuweisen und sie aufzufordern, Beweismittel zu nennen und beizubringen, so dass diese nicht aufgrund einer Unbeholfenheit unverschuldet und unfreiwillig ihrer Rechte verlustig gehen, ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht von einer 1003

³¹¹⁹ Vgl. auch die Ansicht von DIETSCHY, déroulement, N. 38 f.: «*Lorsque la partie est assistée d'un avocat ou d'un autre mandataire professionnel, le tribunal doit appliquer la maxime inquisitoire social avec retenue, c'est-à-dire qu'il doit toujours attirer l'attention des parties sur les lacunes du dossier, par exemple lorsque les moyens de preuve sont jugés insuffisants, et les inviter à le compléter, mais il ne peut ordonner d'office des mesures d'instruction même si l'audition d'un témoin ou la production d'une pièce lui paraît utile.*» Vgl. auch bereits DIETSCHY, Note 4A_522/2008, S. 15.

³¹²⁰ Zu diesem Korrektiv vgl. N. 985–994.

³¹²¹ Vgl. bereits zur Verhandlungsmaxime N. 921 und N. 960.

³¹²² CR-TAPPY, Art. 247 N. 28; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer, N. 345: «*A notre avis, la retenue imposée au juge concerne l'interpellation des parties quant au caractère complet des allégations et offres de preuve, mais non la possibilité de retenir des faits d'office, d'administrer des moyens de preuve d'office ou d'invoquer des faits ou moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).*»

³¹²³ Vgl. hierzu N. 388–391 i.V.m. N. 697–699.

lediglich unterstützend-eingeschränkter Untersuchungsmaxime auszugehen, wie sie im vorliegenden Unterkapitel F. III. beschrieben wurde. Diese Maximenausprägung soll für Belange gelten, die im reinen Parteiinteresse liegen und über die die Parteien verfügen können.

- 1004 Ist eine Kompetenz für amtlich initiierte Beweiserhebungen und damit die Unabhängigkeit von Parteizugeständnissen bei minder erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen erforderlich, um parteiexterne Interessen vor übereinstimmendem Parteiverhalten zu schützen, ist dagegen eine lenkende Ausprägung der Untersuchungsmaxime anzunehmen.

IV. Exkurs: *Da mihi facta* als notwendige Ergänzung der umfassenden materiellen Prozessleitung – lenkend-eingeschränkte sowie uneingeschränkte Untersuchungsmaxime

a. Ergänzungen zur Stufenfolge der materiellen Prozessleitung

- 1005 Gegenstand des dritten Teils dieser Abhandlung bildet die Rechtfertigung der Relativierung des *da mihi facta*. Hierunter wird vorliegend die *limitierte* materielle Prozessleitung unter den in den Unterkapiteln F. I.–III. behandelten Maximenausprägungen verstanden: Diejenige im Rahmen der Verhandlungsmaxime unter allgemeiner und erweiterter Fragepflicht sowie die materielle Prozessleitung bei unterstützend-eingeschränkter Untersuchungsmaxime.
- 1006 Dem *da mihi facta* im Sinne einer Mitwirkungslast, die als Ergänzung der gerichtlichen Verantwortung im Bereich der lenkenden Untersuchungsmaximenausprägungen nötig ist, gehört demgegenüber nicht das Hauptaugenmerk. Soweit dies notwendig war, wurde aber die unter der originären Gerichtsverantwortung *umfassende* materielle Prozessleitung³¹²⁴ in die Analysen einbezogen; insbesondere zur Erstellung des Gerüsts der Stufenfolge der materiellen Prozessleitung³¹²⁵ und zur Beschreibung des Verhältnisses zwischen parteiseitiger und gerichtlicher Einbringtätigkeiten in den Prozess³¹²⁶. Der vorliegende Exkurs skizziert zum Abschluss der Abhandlung einige Schlüsse zur lenkend-eingeschränkten und zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, soweit sich Abweichungen respektive

³¹²⁴ Zum Begriff vgl. N. 258.

³¹²⁵ Vgl. hierzu insb. N. 645 i.V.m. N. 697–699.

³¹²⁶ Vgl. hierzu insb. N. 733 i.V.m. N. 739–742.

Ergänzungen zur lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime ergeben oder ergeben könnten.

**b. Verfahrensbezogener Faktor:
Weitergehende Zielakzentuierung**

Der Verfahrensfairness im Sinne einer Möglichkeit, entschuldbare Mängel beim 1007
Einbringen des relevanten Prozessstoffs zu heilen und hierdurch auch eine prozes-
suale Chancengleichung zu bewirken, wird primär mit der gerichtlichen Fra-
gepflicht entsprochen.³¹²⁷ Wie die vorliegenden Analysen zeigen, lässt sich eine
Laientauglichkeit des Verfahrens nur erreichen, wenn diese Gerichtspflicht nicht
an zu einschränkende Voraussetzungen gebunden ist.³¹²⁸ Zur weiteren Glättung
von Gefällen zwischen den Parteien tragen auch die bei der Untersuchungsma-
xime vermehrt bestehenden Kompensationsmöglichkeiten zwischen den verschie-
denen Einbringtätigkeiten der Prozessteilnehmer bei.³¹²⁹ Je mehr diese Kompensa-
tionsmöglichkeiten eingeschränkt werden, umso mehr werden auch Einbussen an
der Urteilsrichtigkeit in Kauf genommen. Dies lässt sich nur soweit rechtfertigen,
als ein der Partei zurechenbares Verschulden vorliegt und von den negativen Kon-
sequenzen nicht parteiexterne Interessen unmittelbar betroffen sind.³¹³⁰

Soweit auch parteifremde Interessen impliziert sind und das Ziel der Urteilsrich- 1008
tigkeit aufgrund dessen eine eigenständige Akzentuierung erfährt, ist weniger Res-
triktion angezeigt: Das heisst im Sinne einer lenkenden Untersuchungstätigkeit
müssen Nachlässigkeiten der Parteien in den Hintergrund treten und den Kompen-
sationsmechanismen der Untersuchungsmaxime mehr Raum zugestanden werden,
um so dem Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden
Urteils noch näher zu kommen. In diesen Bereich gehören nach der vorliegend
vertretenen Ansicht nicht einzig Belange, bei denen das Gericht den Sachverhalt
«erforscht»: Wie gesehen, sind parteiexterne Interessen zuweilen auch betroffen,
wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen «prüft».³¹³¹ Keineswegs aus-

³¹²⁷ Vgl. diesbez. insb. N. 823–825 zu Art. 56 ZPO, N. 930–932 zu Art. 274 Abs. 1 ZPO
sowie N. 970–971 und N. 980–982 zur unterstützend-eingeschränkten Untersuchungs-
maxime.

³¹²⁸ Vgl. insb. das Fazit in N. 961–963.

³¹²⁹ Vgl. diesbez. zur unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime N. 972–974
i.V.m. N. 980–984.

³¹³⁰ Vgl. in dieser Hinsicht die Analyse des Urteils 4A_1/2014 in N. 993–994.

³¹³¹ Vgl. hierzu N. 676–677 und N. 693–696.

geschlossen sind solche Interessen aber auch bei Fragestellungen, bezüglich derer das Gericht den Sachverhalt lediglich von Amtes wegen «feststellt».³¹³² Gerade wenn bedacht wird, dass nicht nur die Prozessordnung selbst, sondern auch die wachsende Spezialgesetzgebung zum Schutz parteiexterner Interessen eine originäre Gerichtsverantwortung für den Prozessstoff statuieren kann, rechtfertigt es sich nicht, einzig auf diese Formulierungsunterschiede abzustellen, um den Inhalt des gerichtlichen Pflichtenhefts bei der Prozessstoffsammlung zu bestimmen.³¹³³

**c. Einbezug des subjektbezogenen
und des kontradiktorischen Faktors**

**i) *Da mihi facta* im Sinne einer Mitwirkungslast der Parteien
als notwendige Ergänzung der umfassenden materiellen
Prozessleitung**

1009 Wie im Kapitel 3 gezeigt, kann auch die Untersuchungsmaxime im Zivilverfahren nicht in der reinen Form umgesetzt werden: Ihre Gegenüberstellung mit der prozessualen Einbringfähigkeit der verschiedenen Subjekte hat ergeben, dass die Parteien im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Prozessstoffsammlung mittragen, da das aussenstehende Gericht hierauf angewiesen ist.³¹³⁴ Im Sinne der erläuterten Mitwirkungslast sind die Parteien zur aktiven Teilnahme an der Sachverhaltsermittlung verpflichtet.³¹³⁵

**ii) Von einer besonderen gerichtlichen Verantwortung
geprägte Prozessstoffsammlung**

**1. Von der Prozessorgfalt der Parteien entkoppelte
materielle Prozessleitung**

1010 Wird das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils besonders akzentuiert, ist es den Parteien nicht mehr gleichermassen und ohne Weiteres zuzugestehen, auf die materielle Prozessleitung «verzichten» zu

³¹³² LIENHARD A. [b], N. 486 ff. und 585, findet dagegen, dass andere Zwecke als der «Schutz der sozial schwächeren Partei in besonders sensiblen Materien» (N. 484 und 573), nämlich der Schutz von Interessen Dritter oder der Ausgleich der fehlenden Gegenpartei, für die eingeschränkte Untersuchungsmaxime «atypisch» sind bzw. dass die Verhinderung einer Streitgegenstandsverfügung gar «nur ein fragwürdiger und unpassender Nebenzweck» der eingeschränkten Untersuchungsmaxime darstellt.

³¹³³ Zur Forderung nach Differenzierung vgl. N. 388–391 und N. 697–699.

³¹³⁴ Vgl. hierzu N. 214–216.

³¹³⁵ Vgl. hierzu N. 217–226.

können. Indem die materielle Prozessleitung von der Abhängigkeit, dass die Parteien ihre Prozesssorgfalt einhalten, entkoppelt wird, werden die bei der Untersuchungsmaxime vermehrt gegebenen Kompensationsmechanismen zwischen den Einbringtätigkeiten weniger stark eingeschränkt als bei der lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime. Dies ist der Urteilsrichtigkeit zuträglich.

1.1. **Niederschwellige und umfassende informative Fragetätigkeit des Gerichts**

Für die informative Fragetätigkeit des Gerichts muss gelten, dass diese Form der mittelbaren Einflussnahme auf den Prozessstoff bei den vorliegend thematisierten Untersuchungsmaximen ihre umfassendste Ausprägung erreicht, da sie von der Voraussetzung, dass die Parteien ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen, entkoppelt ist. Was die Schwelle ihres Einsatzes betrifft, so führt Christoph HURNI allgemein zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime aus: *«Die Fragepflicht des Richters sollte nicht erst einsetzen, wenn das Gericht Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Parteivorbringen hat, sondern unabhängig davon den gesamten rechtserheblichen Sachverhalt erfassen.»*³¹³⁶ Gerade bei lenkender Prozessleitungstätigkeit zum Schutz des möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass eine Darlegung mangelhaft sein könnte, für die gerichtliche Fragetätigkeit ausreichen. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht lässt sich aber auch hier durchaus noch von «Zweifeln» an der Mangellosigkeit des Vorbringens sprechen.³¹³⁷ Aus dem Umstand, dass das Gericht seinem Urteil nur Tatsachen zugrunde legt, von deren Bestand es überzeugt ist,³¹³⁸ folgt selbst unter diesen Ausprägungen der Untersuchungsmaxime nicht, dass Zivilgerichte von Amtes wegen sämtliche von den Parteien vorgetragenen Elemente noch eigenständig abzuklären hätten. Mit anderen Worten ausgedrückt, muss auch hier Max KUMMERS Hinweis seine Gültigkeit haben; nämlich, dass der Richter dort nicht suchen wird, wo rein nichts ihn zur Suche veranlasst.³¹³⁹ Das bedeutet, auch im Bereich lenkender Untersuchungsmaximen

³¹³⁶ BK I-HURNI, Art. 55 N. 66 m.H.a. ZPO-AG-BÜHLER, § 74 N. 75.

³¹³⁷ Auch LIENHARD A. [b], N. 498, geht allgemein bei der eingeschränkten Untersuchungsmaxime von einer niedrigen Schwelle aus, wenn er die Voraussetzung von Zweifeln für die Prozessleitung bejaht, aber hinweist, dass entscheidend sei, dass die Gründe hierfür genügend weit gefasst werden.

³¹³⁸ Zum heutigen Verständnis der Untersuchungsmaxime vgl. N. 206.

³¹³⁹ Vgl. hierzu N. 220.

soll das Gericht auf Eingebrahtes der Parteien, von dessen Mangellosigkeit es überzeugt ist, ohne Weiteres abstellen dürfen.³¹⁴⁰

1.2. Mehrmalige Hinweise auf die Mitwirkungslast

- 1012 Soweit dem Untersuchungsgrundsatz eine lenkende Funktion zukommt, sollte sich das Gericht nicht strikt auf einen einmaligen Hinweis auf Mängel oder eine fehlende Mitwirkung der Parteien beschränken. Wie das Urteil 5A_517/2011 zeigt, gibt es Gerichte, die im Anwendungsbereich des Art. 255 lit. a ZPO mehrmalige Hinweise erteilen.³¹⁴¹ Im Fall der unterstützend-ingeschränkten Untersuchungsmaxime ist es indessen, wegen des dort vorrangigen Stellenwerts der Prozesssorgfalt, in einer Normalsituation kaum gerechtfertigt, einer Partei, welche die gerichtliche Fürsorge ignoriert, mehrmals denselben Hinweis zu erteilen.³¹⁴²

³¹⁴⁰ Vgl. auch die Hinweise z.B. von CR-TAPPY, Art. 247 N. 27a: *«l'art. 150 al. 1 focalisant la preuve sur les faits contestés est de portée générale et en pratique il est courant, sans qu'il y ait le plus souvent rien d'anormal à cela, que le tribunal ne fasse alors pas d'investigations supplémentaires, aussi bien dans le cadre de la maxime des débats que de la maxime inquisitoire, fût-ce parfois de la maxime inquisitoire illimitée: ainsi le juge du divorce peut fort bien retenir sans autres preuves un gain accessoire d'un des époux allégué par l'un et reconnu par l'autre, même s'il s'agit de fixer une pension pour un enfant.»*, sowie CR-TAPPY, Art. 272 N. 9: *«En revanche, il [Anm.: le Tribunal fédéral] considère comme certain que, dans le cadre de la maxime inquisitoire illimitée, le juge n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis (ATF 128 III 411, c. 3.2.1; TF, arrêt du 11 juillet 2014, 5A_31/2014, c. 3.3), ce qui ne signifie néanmoins évidemment pas qu'il ne puisse pas tenir compte d'un aveu s'il est convaincu de sa véracité.»*; nach BK II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160–167, N. 11, bedeutet die Untersuchungsmaxime nicht, dass das Gericht unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes wegen zu prüfen hätte; vgl. zudem B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 34, der zur Untersuchungsmaxime schreibt: *«Auf Zugeständnisse der Parteien in ihren Sachvorbringen ist nur dann abzustellen, wenn das Gericht diese als zuverlässig betrachtet.»* (Hervorhebung weggelassen). Vgl. des Weiteren die Ausführungen von FELLMANN, Berührungspunkte, S. 102 f. aus dem Jahr 1991 zum Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren sowie S. 112 f. zum Zivilprozess.

³¹⁴¹ 5A_517/2011 E. 5.3.3 f.

³¹⁴² Zum Ausreichen eines einmaligen Hinweises bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. z.B.: S/H/L-HAUCK, Art. 247 N. 35; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 33, 5. Spiegelstrich; a.M. LIENHARD A. [b], N. 506 und 509. Vgl. auch das Resultat im mietrechtlichen Urteil 4C.332/2000 E. 1b und 4c) aa), wo der richterlichen Aufforderung ungenügend Folge geleistet wurde. Zu einmaligen Hinweisen unter Verhandlungsmaxime vgl. N. 825 m.w.H.

1.3. Amtlich initiierte Beweiserhebung nicht erst bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen

Bereits aus der Darstellung des sowohl bei der Verhandlungsmaxime als auch im Bereich der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime notwendigen Korrektivs wird ersichtlich, dass zur Sicherung der Urteilsrichtigkeit allfälligen Sorgfaltspflichtverletzungen der Parteien nicht derselbe Stellenwert gebührt, wie wenn mit dem gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff in erster Linie die Verfahrensfairness im Sinne einer Überbrückungshilfe für unverschuldetermassen unzureichende Rechtskenntnisse und entschuldbares Versehen bedacht wird.³¹⁴³ Um das Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils zu erreichen, darf das Gericht nicht aufgrund von Erwartungen an die parteiseitige Sorgfalt von seinen Möglichkeiten zur Sachverhaltsabklärung ferngehalten werden. Vielmehr noch muss ihm bei dieser Zielakzentuierung gerade bei Sorgfaltspflichtverletzungen die Kompetenz eingeräumt werden, unmittelbar gestaltend in den Prozessstoff einzugreifen. Anders ausgedrückt: Das materiell richtige Urteil kann nicht hinreichend geschützt werden, sofern das Gericht angebrachte Stoffsammeltätigkeiten unterlässt, weil es diese von der Einhaltung der Prozesssorgfalt seitens der Parteien abhängig macht. Namentlich das Auferlegen von Kosten an die fehlbare Partei, welche durch ihre Sorgfaltspflichtverletzung unnötigerweise entstanden sind, ist als Antwort auf ihre prozessuale Unsorgfalt in Betracht zu ziehen; nicht aber das Unterlassen an sich gebotener und zumutbarer materieller Prozessleitung.³¹⁴⁴ 1013

Jürgen BRÖNNIMANN schrieb bereits geraume Zeit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung, dass die Parteien weder durch eine einvernehmliche Sachdarstellung noch durch das Unterlassen von Bestreitungen das Gericht an einen bloss der formellen Wahrheit entsprechenden Sachverhalt binden oder das Gericht durch Säumnis daran hindern können, den rechtserheblichen Sachverhalt in eigener Initiative festzustellen, soweit die Untersuchungsmaxime ihren Grund in der *eingeschränkten Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand* hat oder dem *öffentlichen Interesse an der Ermittlung des wahren Sachverhalts* dient.³¹⁴⁵ Wird danach gefragt, welche Form der Prozessleitung im 1014

³¹⁴³ Zu diesem Korrektiv unter den anderen Maximenausprägungen vgl. N. 890–914 (Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht), N. 948–950 (Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht) und N. 985–994 (unterstützend-eingeschränkte Untersuchungsmaxime).

³¹⁴⁴ Vgl. hierzu N. 739–742.

³¹⁴⁵ BRÖNNIMANN, Diss., S. 76.

Bereich der lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime angebracht ist, so ist mit Blick auf die bisherigen Konklusionen zur Stufenfolge der materiellen Prozessleitung zu folgern, dass die gerichtlichen Kompetenzen hier nicht auf eine ausgedehnte Fragepflicht zu reduzieren sind.³¹⁴⁶ Wohl entspricht es der Verhältnismässigkeit, dass sich das Gericht zunächst dieser mittelbaren Einflussnahme auf den Prozessstoff bedient, solange sie sich im konkreten Fall nicht von vornherein als *ungeeignet* erweist.³¹⁴⁷ Jedenfalls darf das Gericht, soweit es nach der rein informativen Befragung der Parteien an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen zweifelt, nicht von vorhandenen, tauglichen und zumutbaren Möglichkeiten einer unmittelbaren Überprüfung der Tatsachen absehen.³¹⁴⁸ Denn damit würde es ohne Not das Streben nach dem eigens akzentuierten Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils aufgeben. Soweit die Parteien den relevanten Stoff nicht prozessual rechtsgenügend einbringen, besteht nach der vorliegend vertretenen Ansicht somit bereits bei mindererheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen eine Pflicht des Gerichts, selbst zumutbare Beweiserhebungen zu initiieren. Insofern besteht keine Bindung an Zugeständnisse.³¹⁴⁹

³¹⁴⁶ Vgl. auch den Hinweis von BRÖNNIMANN, Diss., S. 77 f., nach dem die soziale Untersuchungsmaxime als staatliche Fürsorge für unbeholfene, schwächere Parteien zu Recht auch bloss im Sinne einer ausgedehnten richterlichen Fragepflicht verstanden wird: *«Es ist jedoch zu betonen, dass diese Auffassung ausschliesslich für den Fall der sozialen Untersuchungsmaxime zutrifft.»* (Hervorhebung weggelassen).

³¹⁴⁷ Vgl. zudem die Erforderlichkeitsüberlegungen, welche LIENHARD A. [b], N. 524, zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime macht, wenn er schreibt, dass der Richter nicht sogleich Zeugen oder teure Gutachten in Auftrag zu geben hat, sondern dass er zuerst zu milderer Mitteln der Einflussnahme, nämlich zur gerichtlichen Befragung und Hinweiserteilung greifen soll, sowie DERS., N. 614 und 688, zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, dass unter dieser zunächst eine Parteibefragung i.S.v. Art. 191 ZPO anzuordnen sei, soweit dann noch Zweifel bestünden, seien sämtliche gebotenen Ermittlungstätigkeiten unabhängig von Kostenüberlegungen und Arbeitsbelastung vorzunehmen.

³¹⁴⁸ Vgl. auch den Hinweis von FELLMANN, Berührungspunkte, S. 113, vor der eidg. ZPO: *«Unter der Herrschaft des Untersuchungsgrundsatzes hat er [Anm.: der Richter] demgegenüber selbst amtliche Untersuchungen anzustellen, wenn er an der Richtigkeit oder Vollständigkeit des von den Parteien vorgetragenen Sachverhaltes Zweifel hat. Hier kann er sich also nicht damit begnügen, die Parteien zur Klarstellung aufzufordern. Soweit es ihm möglich ist, hat er sich vielmehr selbst durch eigene Untersuchungen (Amtsberichte, Zeugeneinvernahmen, Augenscheine usw.) Klarheit zu verschaffen.»*

³¹⁴⁹ Zum Differenzierungsbedarf bez. Zugeständnisse vgl. N. 388–390; zum Zugeständnis bei sozialer Untersuchungsmaxime vgl. N. 980–984.

2. Zielakzentorientierte Auslegung maximenunabhängiger Prozessleitungsinstrumente?

Wie in Teil II erläutert, gibt es Bestimmungen im Bereich der materiellen Prozessleitung, die für Verfahren unter der Verhandlungsmaxime keine einschränkenderen Voraussetzungen vorsehen. Bei diesen stellt sich dann umgekehrt die Frage, ob deren maximenunabhängig formulierte Voraussetzungen bei Maximenausprägungen, mit denen weitergehende Pflichten zur materiellen Prozessleitung einhergehen, zielakzentorientiert auszulegen wären. Im Kapitel 3 wurde festgehalten, dass sich eine derartige Auslegung, soweit sich ein Instrument hierfür eignet und eine Graduierung möglich ist, nach der vorliegend vertretenen Ansicht erst beim Übergang zur Stufe der lenkenden Untersuchungsmaximen rechtfertigt.³¹⁵⁰ Dies weil eben die Grenze des vertretbaren Aufwands selbst bei der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime der Richterschaft nicht gebietet, Akten für die Parteien zu «durchforsten».³¹⁵¹ Wo indessen dem Gericht eine originäre Verantwortung für den korrekten Prozessstoff zukommt, kann durchaus in verschiedener Hinsicht mehr (Recherche-)Aufwand verlangt werden. 1015

2.1. Beispiel: Bekannte Tatsachen

Gemäss Andreas LIENHARD sind Gerichte unter der Verhandlungsmaxime hinsichtlich allgemein bekannter Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO nur verpflichtet, schnell und einfach öffentlich zugängliche Quellen zu konsultieren.³¹⁵² Wenn nun im Geltungsbereich der lenkenden Untersuchungsmaxime mehr Rechercheaufwand des Gerichts zumutbar ist, so ist vertretbar, dass mehr Quellen konsultiert werden. Diese dürfen aber kein besonderes Fachwissen verlangen, insbesondere keinen Beizug einer fachverständigen Person.³¹⁵³ 1016

³¹⁵⁰ Vgl. hierzu N. 257. A.M. wohl LIENHARD A. [b], N. 392.

³¹⁵¹ Vgl. hierzu N. 972–974.

³¹⁵² Ausführlich hierzu LIENHARD A. [b], N. 363 ff. und insb. 368 und 563. Beispiele offenkundiger Tatsachen auch bei MEIER R., N. 37 ff., nach dem die Ermittlungsnotwendigkeit der Bekanntheit der Tatsache nicht per se im Weg steht, ebenso wenig aber alles, was im Internet zugänglich ist, als offenkundig gilt; MEIER R. bevorzugt es daher, davon zu sprechen, dass die Tatsache einem beliebig grossen Personenkreis unmittelbar bekannt oder aus zuverlässigen Quellen wahrnehmbar ist und keiner besonderen Fachkenntnisse bedarf.

³¹⁵³ LIENHARD A. [b], N. 564, vertritt – allerdings generell zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime –, dass das Gericht verpflichtet ist, den genauen Inhalt offenkundiger Tatsachen auch in Fachzeitschriften und Fachbüchern zu ermitteln, sofern zum Ver-

2.2. Beispiel: Missbräuchlichkeiten, weitschweifige Eingaben und «Unzahl» an Beilagen

- 1017 Inwiefern bei der Nachfristansetzung im Sinne von Art. 132 ZPO eine Graduierung möglich sein soll, springt womöglich nicht sogleich ins Auge: Eine Eingabe ist nicht deshalb als besser leserlich oder weniger ungebührlich zu qualifizieren, weil sie in einem Verfahren eingereicht wird, das nicht der Verhandlungsmaxime untersteht. Zu bedenken ist aber, dass der Sorgfaltspflicht der Parteien in Verfahren, die vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt sind, eine vorrangige Bedeutung zukommt, während bei der lenkenden Untersuchungsmaxime das Gericht eine originäre Verantwortung für den Prozessstoff innehat.³¹⁵⁴ Aufgrund dessen muss nicht alles, was beim Grundsatz *da mihi facta* als Missbräuchlichkeit zu werten ist, auch in den vorliegend interessierenden Belangen als solche gewertet werden oder zumindest nicht zu denselben prozessualen Konsequenzen führen wie in Verfahren, in denen das Gericht keine originäre Verantwortung für den Prozessstoff trägt. Und wenn schliesslich dem Gericht für die Suche nach den wahren Gegebenheiten mehr Aufwand zumutbar ist, wird auch die Schwelle zur Weitschweifigkeit einer Parteieingabe anders einzuordnen sein.³¹⁵⁵
- 1018 Das Stichwort weitschweifig mag daran erinnern, dass hiervor im Rahmen der Angemessenheit der materiellen Prozessleitung erwogen wurde, dass auch ein Zuviel an Handlung der Parteien, wie das Einreichen einer Unzahl unkommentierter Akten, von einer unkooperativen Haltung zeugen kann.³¹⁵⁶ Was eine «Unzahl» darstellt, bedarf selbstverständlich der Auslegung, die nicht zwingend gleich ausfallen muss, wenn das Ziel des den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Entscheids eigens eine besondere Akzentuierung erfährt. Liegt unter der jeweiligen lenkenden Untersuchungsmaximenausprägung keine Unzahl vor, ist das Gericht verpflichtet, auch unkommentiert gelassene Akten durchzulesen und von Amtes wegen rechtlich relevante Aspekte daraus zu berücksichtigen. In einem neueren Entscheid betreffend der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime – in welchem die Unzahl an Unterlagen allerdings kein Thema ist – hielt das Bundesgericht immerhin fest, der Richter respektive die Richterin habe grundsätzlich

ständnis dieser Schriften kein besonderes Fachwissen notwendig ist und deshalb ein Sachverständigengutachten noch nicht nötig erscheint.

³¹⁵⁴ Zum Verhältnis zwischen gerichtlichen und parteiseitigen Stoffsammeltätigkeiten vgl. N. 714–715 i.V.m. N. 733–742.

³¹⁵⁵ LIENHARD A. [b], N. 392, plädiert demgegenüber sogar bereits für Verfahren unter Art. 247 Abs. 1 ZPO für eine weniger strenge Anwendung von Art. 132 ZPO.

³¹⁵⁶ Vgl. hierzu N. 734–735.

alles zu lesen beziehungsweise zu würdigen, was in den Akten liegt. Auf jeden Fall müssten Unterlagen berücksichtigt werden, die geradezu selbsterklärend sind und vernünftigerweise keinen Interpretationsspielraum offenlassen.³¹⁵⁷

3. Von gewissen Formalismen entkoppelte materielle Prozessleitung

Wie bei der Erläuterung des exzessiven Formalismus hervorgehoben, ist berechtigter Formalismus als ordnender Faktoren im Zivilprozess wichtig und angezeigt.³¹⁵⁸ Formelle Regeln bewirken aber eine Grenzziehung, hinter der, so Alois TROLLER, durchaus auch Begehrtes liegen kann.³¹⁵⁹ In Prozessen, in denen das Ziel der Urteilsrichtigkeit eine eigenständige, besondere Akzentuierung erfahren hat, müssen einige solche Formalismen, die diesem im Weg stehen können und in der Abwägung gegenüber dieser Zielakzentuierung klar unterliegen, in den Hintergrund treten. Da bereits mit der lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime das Ziel der Urteilsrichtigkeit eine eigene Akzentuierung erfährt, lässt sich diskutieren, ob gewisse Entkoppelungen bereits auf dieser Stufe der materiellen Prozessleitung angezeigt sind. Sicherlich aber sind sie auf der Stufe der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gegeben, bei der das materiell richtige Urteil zivilprozessual maximal betont wird. 1019

3.1. Frage der Entkoppelung bereits unter lenkend-eingeschränkter Untersuchungsmaxime

3.1.1. Irrelevanz einer nicht geleisteten Bevorschussung für die Beweismittelabnahme?

Die Bestimmung zum Kostenvorschuss für Beweiserhebungen sieht vor, dass die Beweiserhebung nicht von der Vorschussleistung abhängig ist, soweit das Gericht *«den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat»*^{3160, 3161} Ursprünglich wurden 1020

³¹⁵⁷ 5A_242/2019 E. 3.2.2. Vgl. auch das Urteil 5A_645/2016 i.V.m. 5A_651/2016 E. 3.2.4 f., wo aufgrund dessen, dass der Kindesunterhalt mitzubeurteilen war, bezüglich der Sachverhaltsmittlung zu den Leistungspflichten insgesamt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangte; gemessen hieran hatte die Vorinstanz die massgeblichen Zahlen in der *«in Form einer sechsseitigen Tabelle im Format A3»* ins Recht gelegten Liquiditätsplanung zu suchen (Zitat der Vorinstanz aus E. 3.2.2).

³¹⁵⁸ Vgl. hierzu N. 720–723.

³¹⁵⁹ TROLLER, Grundlagen, S. 84.

³¹⁶⁰ Art. 102 Abs. 3 ZPO.

³¹⁶¹ Vgl. diesbez. auch: Botschaft ZPO, S. 7366; G/J/S-SCHWANDER, Art. 272 N. 5; G/J/S-SCHWANDER, Art. 296 N. 3; B/G/S I-GLASL, Art. 55 N. 36 und 49; B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 9; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 11; BSK ZPO-MAZAN/STECK,

im Vorentwurf der Prozessordnung einzig und ausdrücklich Beweiserhebungen in Kinderbelangen als Ausnahme genannt.³¹⁶² Dies wurde im Bericht dahingehend begründet, dass die Parteien über diese Belange nicht frei verfügen können und dass das Gericht die Beweise von Amtes wegen zu erheben hat.³¹⁶³ Diese Argumentation rechtfertigt es allerdings, den Beweis auch in anderen Bereichen nicht von der Bevorschussung der Ausgaben hierfür abhängig zu machen. Der Schweizerische Anwaltsverband und die Universität Neuchâtel vertraten denn auch im Vernehmlassungsverfahren die Ansicht, dass allein mit den Kinderbelangen nicht alle Ausnahmen erfasst sind.³¹⁶⁴ Auch mit dem heutigen Art. 102 Abs. 3 ZPO stellt sich noch immer die Frage, ob nunmehr tatsächlich alle Bereiche abgedeckt sind, die von der Vorschussabhängigkeit ausgeklammert werden sollten.

- 1021 Nach dem Wortlaut des ersten Absatzes des Art. 102 ZPO wird von jeder Partei für diejenigen Gerichtsauslagen eine Bevorschussung verlangt, *«die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst werden»*³¹⁶⁵. Ein Problem kann somit insbesondere dann entstehen, wenn ausserhalb einer uneingeschränkten Untersuchungsmaxime zwar ein Antrag auf eine Beweisabnahme vorhanden ist, aber niemand den Vorschuss bezahlt hat. Soweit ausschliesslich Parteiinteressen tangiert sind und kein von Art. 153 Abs. 2 ZPO anvisierter Fall vorliegt, mag das Unterbleiben einer gerichtlichen Aufklärung verkraftbar, zuweilen sogar angebracht sein. Ein Problem liegt aber vor, wenn unter diesen Umständen das Gericht bei übereinstimmendem Parteiverhalten doch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der entsprechenden Urteilsgrundlage hat oder sobald das Ziel der Urteilsrichtigkeit bei einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime besonders akzentuiert ist. Die aktuelle Regelung könnte dazu führen, dass dem Gericht diesfalls aufgrund der ausbleibenden Bevorschussung nichts anderes übrig bleibt, als auf den bishe-

Art. 296 N. 16; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 467, 471 und 503; LIENHARD A. [b]/ MORDASINI-ROHNER, S. 1642; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 47 M. 274. KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 3 (zudem m.H.a. das Urteil 5C.73/2004, dass demjenigen, der die Vaterschaftsvermutung mittels Expertise widerlegen möchte, ein Kostenvorschuss auferlegt werden kann; vgl. diesbez. auch z.B.: BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 28; BRÖNNIMANN, Gedanken, S. 358 f.).

³¹⁶² Art. 91 Abs. 3 VE-ZPO.

³¹⁶³ Bericht VE-ZPO, S. 54 zu Art. 91.

³¹⁶⁴ ZS VN VE-ZPO, S. 279 FSA: *«L'article 91 al. 3 AP, seconde phrase, ne traite que d'un cas où la maxime inquisitoire est applicable. Il convient de mentionner les autres cas relevant de cette maxime.»* und Uni NE: *«Quant à l'alinéa 3, ne devrait-il pas plutôt réserver toutes les affaires où la maxime d'office s'applique ?»*

³¹⁶⁵ Art. 102 Abs. 1 ZPO.

rigen Prozessstoff abzustellen. Sofern problematischen Situationen nicht auf dem Auslegungsweg begegnet werden kann,³¹⁶⁶ ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht *de lege ferenda* eine Anpassung des Art. 102 ZPO zu evaluieren.

3.1.2. Erweiterung des zweitinstanzlichen Novenrechts?

Soweit eine Pflicht zur Sachverhaltserforschung besteht, können gemäss Bundesgericht Noven im Berufungsverfahren auch dann berücksichtigt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht vollständig erfüllt sind.³¹⁶⁷ Die Diskussion der Frage, wie weit dies auch bei einem Belang einer lenkend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime der Fall sein könnte, wurde im hiavor erörterten Urteil zur Adoption einer volljährigen Person – eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit – abgeschnitten, weil die Angelegenheit insgesamt als Fall der sozialen und somit der lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime qualifiziert wurde. So rechtfertigte sich das Festhalten an Art. 317 Abs. 1 ZPO.³¹⁶⁸ Im Rahmen der Revision der ZPO (Praxistauglichkeit) wird nun ein neuer Absatz 1^{bis} in diese Bestimmung eingefügt: Wenn die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat, berücksichtigt sie neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung. Ähnlich wie beim hiavor thematisierten Art. 102 Abs. 3 ZPO stellt sich auch hier die Frage, ob mit diesem Hinweis einzig auf die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime tatsächlich bereits alle Belange abgedeckt sind, die eine solche Ausnahme rechtfertigen.

3.2. Erst unter uneingeschränkter Untersuchungsmaxime

Soweit das Ziel des möglichst der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Urteils eine besondere Akzentuierung erfahren hat, besteht nach der vorliegend vertretenen Ansicht hinsichtlich der Schwelle für den gerichtlichen Einsatz – nämlich der Intensität der Zweifel an der Vollständigkeit und der Richtigkeit der Urteilsgrundlagen – kein Unterschied, ob eine lenkend-eingeschränkte oder eine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt. Gemäss Botschaft bedeutet aber die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, «dass das Gericht

³¹⁶⁶ Dass bei der Verhandlungsmaxime die amtswegige Beweiserhebung nicht an der fehlenden Bevorschussung scheitert, wenn der Art. 153 Abs. 2 ZPO erfüllt ist, findet KuKo-SCHMID, Art. 102 N. 7.

³¹⁶⁷ BGE 144 III 349 E. 4.2.1; 5A_636/2018 E. 3.3.3; 5A_770/2018 E. 3.2 f.; 5A_1032/2019 E. 4; 5A_1037/2019 E. 2.5; 5A_67/2020 E. 3.3.1; AppGer BS ZB.2020.30 E. 1.2.1 vom 20.01.2021.

³¹⁶⁸ Vgl. hierzu N. 667–668.

auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen hat, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln.»^{3169, 3170} Hieran lassen sich Differenzierungen anknüpfen:

- 1024 Aufgrund dessen, dass mit einer Pflicht zur Sachverhaltserforschung das Ziel der Urteilsrichtigkeit maximal betont wird, ist das Gericht nach der vorliegend vertretenen Ansicht verpflichtet, die unter der Untersuchungsmaxime bestehenden Kompensationsmechanismen zwischen den verschiedenen Einbringtätigkeiten so weit wie möglich spielen und damit ihre Wirkung entfalten zu lassen.³¹⁷¹ Dabei gilt, je mehr Aufwand den Gerichten zugemutet wird, umso eher wird das Urteil die wahren Gegebenheiten widerspiegeln.
- 1025 Die botschaftliche Aussage führt zu einer weiteren Nuancierung: Nicht nur, dass im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ein maximaler Effort des Gerichts verlangt wird, hier gibt es, aufgrund der Entkoppelung der materiellen Prozessleitung von ganz bestimmten weiteren Formalismen, zuweilen mehr geeignete und zulässige Abklärungen. Auch dies führt dazu, dass die tatsächlichen Gegebenheiten effektiver aufgedeckt werden können:
- 1026 Grundsätzlich herrscht im Zivilverfahren ein *numerus clausus* der Beweismittel.³¹⁷² Dessen Anwendung kann bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime theoretisch weniger restriktiv umgesetzt sein oder der *numerus clausus* wird ganz aufgehoben. Eine gänzliche Entkopplung von diesem Formalismus ist mit dem Art. 168 Abs. 2 ZPO geschehen, der in Kinderbelangen den Freibeweis ermöglicht.³¹⁷³ Die Erweiterung der Mittel an sich ist hierbei weniger der springende

³¹⁶⁹ Botschaft ZPO, S. 7366 zu Art. 290 und 291 (Hervorhebungen zugefügt).

³¹⁷⁰ Vgl. auch z.B.: S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 11; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 12; MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 473, 494 und 503; MORDASINI-ROHNER, Fragepflicht, S. 22; LIENHARD A. [b], N. 624; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1642. Zu den Kompetenzen des Gerichts im Geltungsbereich von Art. 296 ZPO vgl. z.B. das Urteil 5A_877/2013 E. 4.1.2, in welcher von «*le devoir*» gesprochen wird.

³¹⁷¹ Vgl. hierzu auch N. 224–226.

³¹⁷² Zu diesem vgl. BGE 141 III 433 E. 2.5.1; 5A_125/2016 E. 4.2 m.H., dass dieser im Geltungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime bestehen bleibt.

³¹⁷³ Zu diesem Freibeweis vgl. die Botschaft ZPO, S. 7320 f. und 7366; vgl. z.B. auch 5A_503/2017 E. 3.2; im Urteil 5A_230/2017 E. 4.2 spricht das BGer von der «*liberté des moyens de preuve*» als Folge der Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 2 ZPO; in der Literatur vgl. z.B.: BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 20; BK II-KILLIAS, Art. 247 N. 36; DOLGE, Anforderungen, S. 28; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 359; KuKo-OBERHAMMER, Art. 55 N. 14; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 3; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 14; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46

Punkt, schliesslich ist kaum eine Erkenntnisquelle denkbar, die sich nicht in den gesetzlichen Formen, das heisst als Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, Parteibefragung oder als Beweisaussage, in das Verfahren einbringen lässt.³¹⁷⁴ Sind Kinderbelange zu beurteilen, wird es durch den Freibeweis aber möglich, beispielsweise das Kind in seiner gewohnten Umgebung anzuhören, es beim Spielen zu beobachten³¹⁷⁵, unangemeldete Augenscheine (in Abwesenheit der Parteien) vorzunehmen³¹⁷⁶ oder bei Bezugspersonen informell Auskünfte einzuholen³¹⁷⁷. Während in anderen Belangen Beweismittel, die nicht unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften abgenommen werden, grundsätzlich unverwertbar sind,³¹⁷⁸ kann also beim Freibeweis von gewissen Formvorschriften im Zusammenhang mit der Beweiserhebung Abstand genommen werden³¹⁷⁹.

N. 142, § 47 N. 274 und § 52 N. 365; B/G/S II-DOLGE, Art. 277 N. 9; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1642; LIENHARD A. [b], N. 625 und 704; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 5; CR-JEANDIN, Art. 296 N. 4. AEBI-MÜLLER, S. 190, betont, das Gericht müsse, um der materiellen Wahrheit auf den Grund zu gehen, «kreativer» sein.

³¹⁷⁴ Vgl. den Hinweis bei ZPR-GROLIMUND, § 18 N. 86, dass sich aufgrund des weiten Anwendungsbereichs einzelner Beweismittel (vgl. insb. Art. 177 ZPO) kaum Lücken auftun; gl.M.: SUTTER-SOMM, ZPR, N. 790; MEIER I., ZPR, S. 314; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.80; BK II-BRÖNNIMANN, Art. 157 N. 11; KuKo-SCHMID, Art. 157 N. 6; vgl. auch LEUENBERGER, Behaupten, S. 7.

³¹⁷⁵ G/J/S-SCHWANDER, Art. 296 N. 3. Vgl. auch den BGE 122 I 53 zu einer vertraulichen, formlosen, vom Kind eingeforderten Anhörung in Abwesenheit der Eltern.

³¹⁷⁶ BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 20 m.H.a. die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs; vgl. des Weiteren z.B.: VOGEL, Freibeweis, S. 628; LIENHARD A. [b], N. 625; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 4; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 14; B/G/S I-MÜLLER, Art. 181 N. 15 und 17; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 143. Kritisch: MEIER I., ZPR, S. 314 f.

³¹⁷⁷ S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 14; LIENHARD A. [b], N. 625.

³¹⁷⁸ MEIER I., ZPR, S. 314; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 9.80; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N. 144 ff. m.H.a. Ausnahmen.

³¹⁷⁹ BGE 122 I 53 E. 4a spricht von der Möglichkeit einer Beweiserhebung «nach eigenem Ermessen auf unübliche Art»; vgl. auch z.B. BGE 128 III 411 E. 3.2.1; 5C.257/2004 E. 2.2; im Urteil 5A_503/2017 E. 3.2 spricht das BGer davon, dass das Gericht «zur Klärung des Sachverhalts von sich aus auch mit Beweismitteln operieren [kann], die nicht den klassischen Formen entsprechen [...]»; ähnlich im Urteil 5A_991/2015 E. 6.2 (nicht publiziert im BGE 142 III 612). Auch zur Beweisabnahme in einer nicht in der von der ZPO vorgeschriebenen Form/Art vgl. 5A_367/2016 E. 5 zu Art. 446 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB; und in der Lehre z.B.: S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 153 N. 7; G/J/S-BORLA-GEIER, Art. 168 N. 10; CR-JEANDIN, Art. 296 N. 4; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 14; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 4.37, 9.81 und 11.253; B&M-REINERT, Art. 168 N. 3; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46

- 1027 Des Weiteren entkoppelt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime für eine spezifische Fragestellung die parteiseitige Mitwirkung von der Verpflichtungsart «Last»;³¹⁸⁰ Stattdessen verbindet der Art. 296 Abs. 2 ZPO die Mitwirkung in kindesrechtlichen Statusprozessen zur Eruiierung der Abstammung mit einer echten Pflicht, die eine Vollstreckung unter bestimmten Voraussetzungen nötigenfalls mithilfe von Polizeigewalt zulässt.³¹⁸¹
- 1028 Nicht zuletzt wird die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime auch von der gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO sonst grundsätzlich anwendbaren Dispositionsmaxime entkoppelt. Bei der Verbindung mit der Oficialmaxime³¹⁸² können Gerichte sogar ohne thematische Beschränkung den entscheiderelevanten Prozessstoff ermitteln.³¹⁸³

d. Bedeutung der vorliegenden Resultate bei berufsmässiger Vertretung

- 1029 Bei Belangen, die der Verhandlungsmaxime oder der unterstützend-eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen und für die somit die Prozesssorgfalt eine vorrangige Rolle spielt, müssen Verhältnismässigkeitserwägungen berücksichti-

N. 142 f.; KuKo-SCHMID, Art. 153 N. 2; HEINZMANN, Habil., N. 353; VOGEL, Freibeweis, S. 615 ff.; CR-TAPPY, Art. 277 N. 13. GASSER/RICKLI, Art. 168 N. 3 zudem m.H., dass Freibeweis nicht «*Freestyle*» bedeutet, sondern die Rechte Betroffener zu wahren und Abklärungen zur Stellungnahme in geeigneter Weise offenzulegen sind.

³¹⁸⁰ Zu Art. 160 ZPO als Mitwirkungslast vgl. N. 222–223.

³¹⁸¹ Vgl. 5A_492/2016 E. 3.3; BGE 143 III 624 E. 6.2.1 und 6.2.3. In der regen Diskussion um die Zulässigkeit physischen Zwangs vgl. z.B. die Ansichten von: G/J/S-SCHWANDER, Art. 296 N. 4; GASSER/RICKLI, Art. 296 N. 2 m.H.a. 5P.444/2004 (zu Art. 40 lit. d aLPC-GE); B&M-BERNI, Art. 164 N. 2; KuKo-VAN DE GRAAF, Art. 296 N. 9; B/G/S II-PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 N. 4; SUTTER-SOMM, ZPR, N. 845; CR-JEANDIN, Art. 164 N. 11; CR-JEANDIN, Art. 296 N. 12a; HEINZMANN, Habil., N. 354; S/H/L-HASENBÖHLER, Art. 164. N. 7; WILLISEGGER, S. 131; S/H/L-SCHWEIGHAUSER, Art. 296 N. 24 ff.; B&M-THORMANN, Art. 296 N. 8; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 25; BK II-SPYCHER, Art. 296 N. 20.

³¹⁸² Zu dieser Verbindung vgl. z.B.: MORDASINI-ROHNER, Diss., N. 372 f., 387, 453 und 465; LIENHARD A. [b]/MORDASINI-ROHNER, S. 1642; B/G/S II-BRUNNER/STEININGER, Art. 247 N. 7; vgl. auch aus Sicht der Oficialmaxime: BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 246; BOHNET/JEANNIN, Note 4A_36/2017, S. 220 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, ZPR, § 18 N. 1. Bei der *eingeschränkten* Untersuchungsmaxime herrscht i.d.R. der Dispositionsgrundsatz, vgl. z.B. zu Art. 255 ZPO: G/J/S-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 255 N. 2; zu Art. 257, 255 und 272 ZPO vgl. z.B.: BOHNET/JEANNIN, maxime, S. 246 f.

³¹⁸³ LIENHARD A. [b], N. 623 in Bezug auf das Kindeswohl.

gen, dass die Sorgfalt der berufsmässigen Vertretung anders bemessen wird als beim juristischen Laien.³¹⁸⁴ Dies führt zur differenzierenden materiellen Prozessleitung.

Nach wie vor gilt, dass die von einer Anwaltperson zu erwartende Fachkompetenz weder von der anwendbaren Verfahrensart noch von der Prozessmaxime abhängt.³¹⁸⁵ Doch ist bei lenkenden Untersuchungsmaximen im Rahmen des verfahrensbezogenen Angemessenheitsfaktors zu berücksichtigen, dass hinter diesen Maximenausprägungen ein besonderer Akzent auf dem möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteil liegt. Nicht jede Handlung der Parteien ist diesem Ziel dienlich. Verhältnismässigkeitserwägungen haben deshalb ergeben, dass die Gegenwart einer berufsmässigen Vertretung, aufgrund derer Funktion, die Parteiinteressen zu vertreten, eine materielle Prozessleitung zum Erreichen des Ziels der Urteilsrichtigkeit nicht entbehrlich macht.³¹⁸⁶ Gerade aufgrund ihrer Fachkompetenz fällt es der juristisch ausgebildeten Rechtsvertretung weniger schwer, Prozessstrategien zu finden und sie gegeneinander abzuwägen. Oft wird es ihr auch besser als einem juristischen Laien gelingen, diese konsequent umzusetzen. Womöglich wird nicht zuletzt aus diesem Grund zumindest für den Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime teilweise die Ansicht vertreten, dass die Anwesenheit einer berufsmässigen Rechtsvertretung keinen Einfluss auf die gerichtliche Prozessleitungstätigkeit hat.³¹⁸⁷ 1030

Im Rahmen von Maximenausprägungen, bei denen der Grundsatz *da mihi facta* durch die limitierte materielle Prozessleitung relativiert wird – so unter der Verhandlungsmaxime und der lediglich unterstützend-eingeschränkten Untersu- 1031

³¹⁸⁴ Vgl. hierzu N. 915–921 (Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht), N. 951–960 (Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht) und N. 995–1001 (unterstützend-eingeschränkte Fragepflicht).

³¹⁸⁵ Vgl. hierzu N. 783. Das Vertrauen in die Fähigkeiten dürfte dazu beitragen, dass manche finden, das Gericht könne sich im Fall anwaltlich vertretener Parteien auch bei uneingeschränkter Untersuchungsmaxime zurückhalten; von einer Erforschung nur bei offensichtlichen Lücken/Ungereimtheiten sprechen z.B.: früher STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N. 27 (Aussage in der Neuauflage gestrichen); BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 18; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 11; AEBI-MÜLLER, S. 190.

³¹⁸⁶ Vgl. hierzu N. 604–608.

³¹⁸⁷ DIETSCHY, *devoir d'interpellation*, S. 88; DIETSCHY, *dérroulement*, N. 42; PC-DIETSCHY-MARTENET, Art. 296 N. 12; LIENHARD A. [b], N. 698 ff.; WILDHABER BOHNET, N. 14; WUILLEMIN, N. 132; MEIER PH., S. 53. A.M. wohl: BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N. 18; BSK ZPO-MAZAN/STECK, Art. 296 N. 11; AEBI-MÜLLER, S. 190.

chungsmaxime –, werden gewisse Einbussen am Urteil, das den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, in Kauf genommen.³¹⁸⁸ Umgekehrt besteht im Geltungsbereich der lenkenden Untersuchungsmaximenausprägungen, unter denen gerade eben zum Schutz dieses Ziels die Gerichtskompetenzen erweitert werden, wenig Anlass zur Sorge, dass Parteien an entschuldbaren Fehlern scheitern: Die Entkoppelung der materiellen Prozessleitung von der Abhängigkeit, dass die Parteien ihre Sorgfaltsanforderungen erfüllen, führt gleichzeitig dazu, dass unzureichende Rechtskenntnisse und prozessuale Fehler der Parteien überbrückt werden. Es ist sicherlich keineswegs so, dass Unsorgfalt hier weniger verpönt wäre; doch darum geht es nicht: Mit leitenden Ausprägungen der Untersuchungsmaxime auferlegt der Gesetzgeber den Gerichten eine besondere Verantwortung für die Urteilsrichtigkeit, die diese wahrzunehmen haben.³¹⁸⁹ Wenn in diesem Bereich zwar nicht auf die materielle Prozessleitung selbst, so wird die Sorgfaltspflichtverletzung zumindest Folgen für die betreffende Partei haben, wenn hierdurch unnötigerweise Kosten verursacht werden.³¹⁹⁰

G. Abschliessende Worte über das Ausschöpfen der materiellen Prozessleitung

- 1032 Schöpfen die Gerichte das Potential der Fragepflicht aus, können sie normalerweise Verfahrensfairness in dem Sinn herstellen, dass die Parteien nicht aufgrund entschuldbarer Fehler im Rahmen ihrer prozessualen Einbringtätigkeiten ihrer

³¹⁸⁸ Allgemein hierzu vgl. N. 730–732. Zum Korrektiv vgl. N. 890–914 (bei Verhandlungsmaxime mit allgemeiner Fragepflicht), N. 948–950 (bei Verhandlungsmaxime mit erweiterter Fragepflicht) und N. 985–994 (bei lenkend-ingeschränkter Untersuchungsmaxime).

³¹⁸⁹ Wird im Fall anwaltlicher Vertretung m.H.a. die Botschaft ZPO, S. 7348 zu Art. 242 und 245, generell bei eingeschränkter Untersuchungsmaxime für richterliche Zurückhaltung plädiert, sei daran erinnert, dass die Botschaft nach der vorliegend vertretenen Ansicht damit eine soziale – rein unterstützend-ingeschränkte – Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO im Blick hatte (zu dieser Ausprägung vgl. N. 964–1004). Das vorliegende Unterkapitel F. IV. (N. 1005–1031) hat jedoch uneingeschränkte und eingeschränkte Untersuchungsmaximenausprägungen zum Gegenstand, bei denen der gerichtliche Eingriff *lenkend* erfolgt.

³¹⁹⁰ Vgl. hierzu N. 739–742.

Rechte verlustig zu gehen drohen.³¹⁹¹ Ob die Parteien in der Folge die Hilfeleistung annehmen oder nicht, ändert hieran grundsätzlich nichts. Anders liegen die Dinge bei den richtigen Urteilsgrundlagen: Über diese verfügt das Gericht regelmässig erst, wenn die Prozessteilnehmer kooperieren und mitwirken. Gerade bei unsorgfältigen und renitenten Prozessteilnehmenden kann das Gericht auf unüberwindbare Hürden stossen.³¹⁹² Jürgen BRÖNNIMANN mahnt zu Recht, dass, auch wenn die Unvollkommenheit der Aufklärungsmittel dazu beiträgt, dass letztlich nur eine «*asymptotische Annäherung*» an die gerechte Entscheidung möglich ist, so dürfe dies doch nicht zum vornherein dazu verführen, die Ermittlung des wahren Sachverhalts als Ziel der Untersuchungsmaxime nur halbherzig anzustreben.³¹⁹³ Sind die Hürden demgegenüber objektiv unüberwindbar, ist dies nicht als Abkehr vom Ziel des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils zu werten; vielmehr haben sich die Mittel zur materiellen Prozessleitung erschöpft.³¹⁹⁴ Aufgrund weniger einschränkender Voraussetzungen für den gerichtlichen Eingriff in den Prozessstoff wird dieser Punkt bei lenkenden Untersuchungsmaximen in der Regel später erreicht als bei einem Belang, dessen Verfahren vom Grundsatz *da mihi facta* geprägt ist.

Ob nun limitierte oder umfassende materielle Prozessleitung: Um in einem Prozess die *Ziele* des möglichst den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Urteils nach Abschluss eines möglichst ressourcenschonenden und für beide Parteien fair ausgestalteten Verfahrens in *ausgewogener und bestmöglicher Weise zu erreichen*, braucht es neben der formellen ebenso sehr *eine materielle Prozessleitung, die unter Berücksichtigung dessen, was die Verhältnismässigkeit gebietet, sich vollständig entfaltet*. Die vorliegende Abhandlung, welche den Weg von *da mihi facta* *dabo tibi ius* hin zur materiellen Prozessleitung beleuchtet, mag bei dieser verantwortungsvollen Aufgabe hoffentlich Orientierungshilfe bieten, neue Perspektiven eröffnen und zuweilen dazu ermutigen, das Prozessleitungsamt im heutigen Zivilprozess erneut zu bedenken.

1033

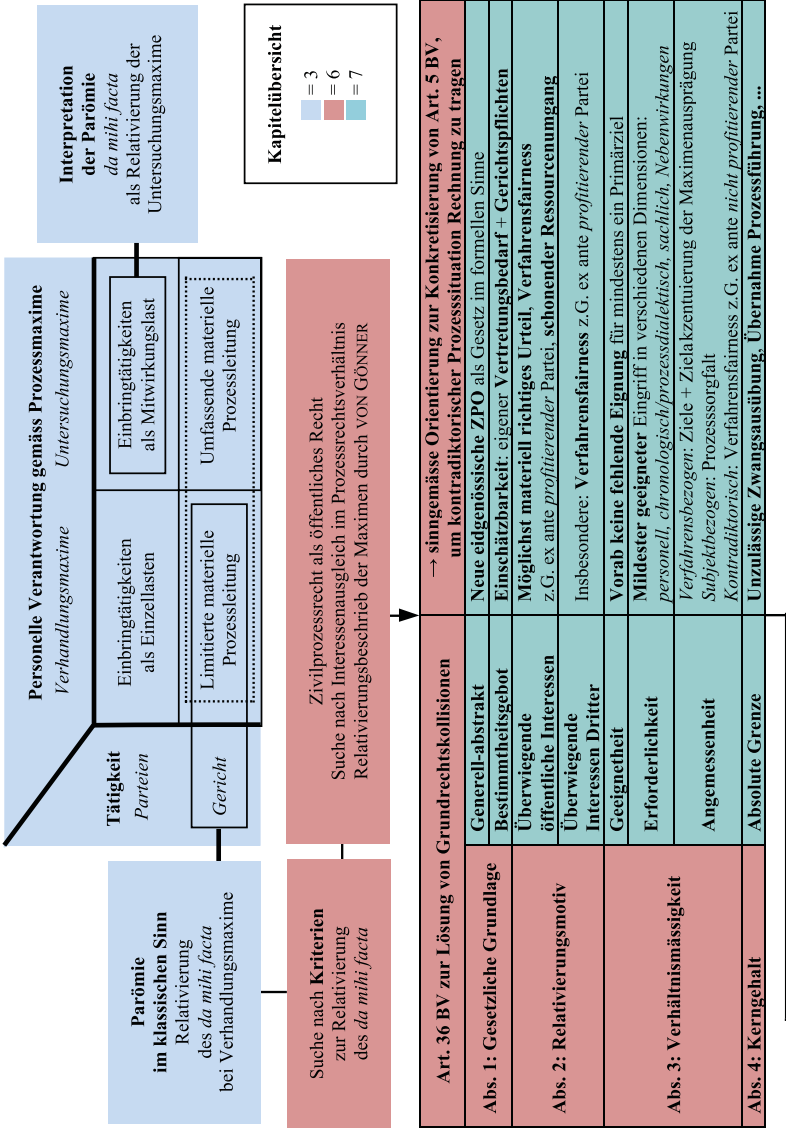
³¹⁹¹ Zum Zweck der Fragepflicht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vgl. N. 592. Zum grundsätzlichen Ausreichen der richterlichen Fragetätigkeit zur Herstellung von Verfahrensfairness für überforderte Parteien vgl. N. 737–738.

³¹⁹² Dies selbst bei lenkender Untersuchungsaufgabe des Gerichts, vgl. hierzu N. 742.

³¹⁹³ BRÖNNIMANN, Diss., S. 105 mit Zitat von KUMMER, Grundriss, S. 6 f.

³¹⁹⁴ Vgl. hierzu N. 742.

GRAFIK 5 – ÜBERSICHT TEIL III



Stufenfolge der materiellen Prozessleitung	VM mit allgemeiner Fragepflicht	VM mit verstärkter Fragepflicht	Soziale / Unterstützend-eingeschränkte UM	Lenkend-eingeschränkte UM	Lenkend-uneingeschränkte UM
Prozessleitung und da <i>mihi facta</i>	Prozessleitung als Relativierung des da <i>mihi facta</i>				da <i>mihi facta</i> als notwendige Ergänzung der Prozessleitung
Originäre Verantwortung für Prozessstoff gemäss Maxime ↳ Konsequenz	Partei				
Konzeption / Zielakzentuierung	Individuelllastliche Sanktionierung	Vermehrte Kompensationsmechanismen zwischen Einbringtätigkeiten			
	Ausgangspunkt: Vermutung der Vollständigkeit	Primär zusätzlicher Akzent auf Verfahrensfairness im Sinne einer gerichtlichen Hilfestellung zur Behebung unverschuldeter Mängel		Zusätzlich Akzent auf materieller Wahrheit ↳ Entkoppelung von bestimmten Formalismen ? → Entkoppelung von Prozessleitung	Betont <i>maximaler</i> Akzent auf materieller Wahrheit ↳ <i>Weitergehende</i> Entkoppelung von Formalismen
Prozessorzpflicht	Vorrangig	Vorrangig			
↳ Konsequenz auf materielle Prozessleitung	Einfluss auf Auslösung der materiellen Prozessleitung, soweit keine erheblichen Zweifel an Urteilsgrundlagen	da Prozessorzpflicht Kompensationsmechanismen zwischen Einbringtätigkeiten erheblich eingeschränkt			Keinen Einfluss auf materielle Prozessleitung + allg. zielakzentorientierte Auslegung ?
Novatrecht (I. Instanz / Berufung)	Art. 229 I + II ZPO	Art. 229 III ZPO	Art. 229 III ZPO	Art. 229 III ZPO	Art. 229 III ZPO
Unverschuldete Rechtsunkennntnis, entschuldbare Versuchen (jedoch keine erheblichen Zweifel i.S.v. Art. 153 II ZPO)	Allgemeine Fragepflicht; subsidiär Art. 69 I ZPO	Erweiterte Fragepflicht lässt Art. 69 I ZPO später greifen	Art. 317 I ZPO	Art. 317 I ZPO ?	~~Art. 317 I ZPO~~
→ Zugeständnis	Keine amtlich initiierte Beweiserhebung		Umfassende Fragepflicht in der Untersuchungsmaxime enthalten		
Schwelle der erheblichen Zweifel i.S.v. Art. 153 II ZPO	Grundsatz: bindend	Grundsatz: darauf abstellen			Auch amtliche Überprüfung unbestrittener (inkl. impliziter) Behauptungen + Einführen neuer Tatsachen bereits bei <i>mindereheblichen</i> Zweifeln (Art. 153 I ZPO)
	Grundsatz: bindend	Akzent auf materieller Wahrheit			Grundsatz: nicht bindend
	Keine Bindung an Zugeständnisse: Amtliche Prüfung unbestrittener (inkl. impliziter) Behauptungen (Missbräuchlich) fehlende Behauptung?				
					Einführen neuer Tatsachen basierend auf Art. 153 I ZPO

Siehe online:
<https://www.dike.ch/anderegg-grafiken-direct-link-grafik-5>

Schweizer Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht

Etudes de droit de procédure civile suisse

Band 1 Yves Rüedi

Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess

2009. 194 Seiten, broschiert, CHF 58.–

Band 2 Marc André Mauerhofer

Die Rechtsstellung des Lizenznehmers im Verletzungsprozess

2010. 292 Seiten, broschiert, CHF 74.–

Band 3 Urs H. Hoffmann-Nowotny

Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren

2010. 458 Seiten, broschiert, CHF 90.–

Band 4 Michel Kähr

Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz

2010. 452, broschiert, CHF 88.–

Band 5 Monika Guth

Die direkte Vollstreckung von Urteilen ohne Einleitungsverfahren

2010. 229 Seiten, broschiert, CHF 64.–

Band 6 Dominic Staible

Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

2010. 357 Seiten, broschiert, CHF 81.–

Band 7 Dominik Milani

Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren

2011. 286 Seiten, broschiert, CHF 73.–

Band 8 Bendicht Claudius Lüthi

System der internationalen Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht

2011. 870 Seiten, broschiert, CHF 144.–

Band 9 Michael Schlumpf

Testamentarische Schiedsklauseln

2011. 261 Seiten, broschiert, CHF 68.–

Band 10 Richard Stäuber

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess

2011. 253 Seiten, broschiert, CHF 67.–

Band 11 Michael Graber

Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2011. 272 Seiten, broschiert, CHF 69.–

Band 12 Sven Rüetschi

Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess

2011. 404 Seiten, gebunden, CHF 88.–

Band 13 Daniel Sykora

Der schiedsgerichtliche Billigkeitsentscheid

2011. 262 Seiten, broschiert, CHF 68.–

Band 14 Olivia Pelli

Beweisverträge im Zivilprozess

2012. 375 Seiten, broschiert, CHF 78.–

Band 15 Andreas Lienhard

Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2013. 509 Seiten, broschiert, CHF 94.–

Band 16 Mladen Stojiljković

Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit

2014. 241 Seiten, broschiert, CHF 72.–

Schweizer Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht

Etudes de droit de procédure civile suisse

Band 17 Samuel Rickli

Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht

2014. 274 Seiten, broschiert, CHF 69.–

Band 18 David Egger

Die Stellung der Organe im Zivilprozess

2014. 323 Seiten, broschiert, CHF 74.–

Band 19 Sara Ianni

Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts

2014. 246 Seiten, broschiert, CHF 69.–

Band 20 Alexander Kernen

Persönlichkeitsverletzungen im Internet

Zuständigkeit schweizerischer Gerichte im internationalen Verhältnis

2014. 431 Seiten, broschiert, CHF 89.–

Band 21 Daniel Wuffli

Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2015. 498 Seiten, broschiert, CHF 94.–

Band 22 Melanie Huber

Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO

2016. 328 Seiten, broschiert, CHF 78.–

Band 23 Marco Colombini

Vorsorglicher Rechtsschutz vor Konstituierung des Schiedsgerichts

Unter besonderer Berücksichtigung des Eilschiedsrichterverfahrens der ICC

2016. 256 Seiten, broschiert, CHF 72.–

Band 24 Christoph Reut

Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2017. 265 Seiten, broschiert, CHF 69.–

Band 25 Roland Sarbach

Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2017. 293 Seiten, gebunden, CHF 85.–

Band 26 Vanessa Caroline Haubensak

Umsetzung der Vollstreckung und Sicherung nach dem Lugano-Übereinkommen in das Schweizer Recht

De lege lata und de lege ferenda

2017. 382 Seiten, broschiert, CHF 82.–

Band 27 Nicolas Willemin

Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO

2018. 526 Seiten, gebunden, CHF 98.–

Band 28 Melanie Huber-Lehmann

Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2018. 434 Seiten, broschiert, CHF 89.–

Band 29 Hubert Gmünder

Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren

Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code

2018. 462 Seiten, broschiert, CHF 89.–

Band 30 Nicolas Fuchs

Die Besitzeschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB

Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)

2018. 420 Seiten, broschiert, CHF 94.–

Band 31 Jakob Steiner

Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2019. 493 Seiten, gebunden, CHF 108.–

Schweizer Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht

Etudes de droit de procédure civile suisse

Band 32 Tabea Lorenz

Beweiserhebung mittels Parteiaussage

2019. 249 Seiten, broschiert, CHF 72.–

Band 33 Dario Ammann

Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht

unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (*de lege lata* und *de lege ferenda*)

2020. 568 Seiten, gebunden, CHF 124.–

Band 34 Alejandro Morales Sancho

Die Schadenersatzklagen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

2020. 220 Seiten, gebunden, CHF 78.–

Band 35 Sibylle Kuntschen

Die antizipierte Beweiswürdigung im schweizerischen Zivilprozess

2021. 399 Seiten, gebunden, CHF 92.–

Band 36 Timon Reinau

Der Vergleich im Konkursverfahren

2021. 232 Seiten, gebunden, CHF 68.–

Band 37 Yannick Hostettler

Die Gerichtsstandsvereinbarung im Binnen- und im internationalen Verhältnis

Ein Beitrag zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 23 LugÜ, Art. 5 IPRG und Art. 17 ZPO und eine Analyse von Problemen im Zusammenhang mit der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit

2021. 293 Seiten, gebunden, CHF 86.–

Band 38 Andreas Schneuwly

Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO

2022. 412 Seiten, broschiert, CHF 88.–

Band 39 Apollo Dimitri Dauag

Der Zivilprozess gegen den Cloud Provider

Unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2022. 323 Seiten, broschiert, CHF 82.–

Band 40 Katharina Anna Zimmermann

Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung

Begriff und Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) unter besonderer Berücksichtigung der Einzel- und der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG

2022. 347 Seiten, gebunden, CHF 94.–

Band 41 Benjamin Domenig

Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2022. 235 Seiten, gebunden, CHF 82.–

Band 42 Sebastian Schenk

Drittbetroffene und Nebenparteien im schweizerischen Zivilprozess

Verfahrensbeteiligung, Verfahrensrechte und Anwendungsfälle

2023. 401 Seiten, gebunden, CHF 98.–

Band 43 Nick Mezger

Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO

2023. 276 Seiten, gebunden, CHF 86.–

Band 44 Lorenz Lauer

Das Anwaltshonorar

2023. 359 Seiten, gebunden, CHF 84.–

Band 45 Yvonne Bürki

Die Prozessleitung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

2023. 264 Seiten, broschiert, CHF 76.–

Schweizer Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht

Etudes de droit de procédure civile suisse

Band 47 Nicola Müller

Bestand und Wirkungen von Entscheiden im Zivilprozess

2024. 707 Seiten, gebunden, CHF 142.–

Band 48 Thomas Kern

Vertraulichkeit der Zivilmediation

2024. 471 Seiten, gebunden, CHF 116.–

Band 49 Jonas Stähli

Die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in der ZPO

2024. 308 Seiten, gebunden, CHF 86.–

Band 50 Milena Grob

Der Dritte in der Spezialexécution und im Arrestverfahren

2024. 316 Seiten, gebunden, CHF 98.–

Die vorliegende Abhandlung untersucht die Aufgabenteilung bei der Sachverhaltserstellung im Zivilprozess und richtet dabei den Fokus auf die materielle Prozessleitung.

Anknüpfungspunkt für die Analysen bildet eine Passage aus der Botschaft zur Zivilprozessordnung, welche die berühmte Parömie *da mihi facta dabo tibi ius* aufgreift. Die in diesem Rechtsspruchwort enthaltenen Subjekte sowie deren prozessuale Aufgaben und Beziehungen zueinander werden zunächst im Einzelnen untersucht. Dies ermöglicht es, die materielle Prozessleitung systematisch einzuordnen und Herausforderungen zu beleuchten. Vor diesem Hintergrund lässt sich anschliessend die Relativierung des *da mihi facta* detailliert prüfen: Anhand der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns sowie mithilfe von Analysen zu Grundrechtskollisionen wird der Umfang der Gerichtspflichten ausgelotet. Konklusionen zu den Prozessleitungsstufen bilden den Abschluss der Abhandlung.

