

Hinweis der Redaktion

Die Anwaltsrevue feiert dieses Jahr ihr 10-jähriges Jubiläum. Aus diesem Anlass haben wir unsere Autoren der ersten Ausgabe gebeten, zu den damals von ihnen behandelten Themen unter dem Motto «10 Jahre danach oder wo stehen wir heute» zu schreiben. Herausgeber, Redaktion und der Verlag bedanken sich an dieser Stelle für die interessanten Beiträge und wünschen der treuen Leserschaft viel Spass bei der Lektüre der nachfolgenden Jubiläumsbeiträge, welche wir auf Deutsch und Französisch publizieren.

Andreas Güngerich und Franz Kellerhals*

Das Bundesgerichtsgesetz – Ein wichtiger Schritt kurz vor dem Ziel

Stichworte: Bundesgerichtsgesetz, Einheitsbeschwerde, Rechtsmittel, Bundesrechtspflege

I. Vereinfachung des Rechtsmittelsystems

Das Bundesgerichtsgesetz¹ ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten und hat das vormalige OG² abgelöst. Aufgabe des Bundesgerichtsgesetzes ist es, Rechtsschutz zu gewähren, Rechtseinheit zu schaffen und das geltende Recht fortzuentwickeln, gleichzeitig aber auch das Rechtsmittelsystem zu vereinfachen.³ Letzteres wurde insbesondere dadurch erreicht, dass das neue Gesetz eine Einheitsbeschwerde eingeführt hat. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist damit nicht mehr von den vorgetragenen Rügen abhängig, sondern mit der Einheitsbeschwerde kann die Überprüfung des angefochtenen Entscheids in mannigfacher Hinsicht verlangt werden.⁴ Vorbei sind also weitgehend die Zeiten, in denen sich ein Beschwerdeführer in die Zulässigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen Bundesrechtsmittel vertiefen und – im Falle mehrerer Rügen oder bei verbliebenen Unsicherheiten – in der gleichen Sache mehrere Rechtsmittel ans Bundesgericht einlegen musste.

Das neue Rechtsmittelsystem besticht denn auch durch die Übersichtlichkeit: Prinzipales Rechtsmittel ist die Einheitsbeschwerde, die das Bundesgerichtsgesetz in drei verschiedenen «Spielarten» vorsieht.⁵ Nur wenn die Einheitsbeschwerde (ausnahmsweise) nicht zulässig ist, steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung. Daneben sind für einige Sonderfälle, die kaum zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, die Revision⁶ sowie die Erläuterung und Berichtigung⁷ vorgesehen.

Der Rechtsmittelkläger kann sich also vermehrt darauf konzentrieren, die Begründetheit seiner Beschwerde darzutun, als die Zulässigkeit des Rechtsmittels nachzuweisen. Die unter Herrschaft des OG festzustellende grosse Zahl unzulässiger Beschwerden sollte mit dem neuen Recht merklich zurückgehen. Dies ist sicherlich begrüssenswert.

Das Gesagte bedeutet freilich nicht, dass die Prüfung der Zulässigkeitskriterien nicht auch unter der Herrschaft des BGG in gewissen Fällen noch immer tückenreich sein kann. Ein Beispiel ist die Legitimation zur Willkürbeschwerde. Nach der bisherigen Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde war das rechtlich geschützte Interesse besonders darzulegen; die Legitimation zur Beschwerde ergab sich damit nicht direkt aus dem Schutzbereich des Willkürverbots.⁸ Das Bundesgericht hat entschieden, dass an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei.⁹ Der Legitimation zur Willkürbeschwerde ist damit unverändert hohe Aufmerksamkeit zu schenken. Im Bereich der Beschwerde in Zivilsachen («Zivilbeschwerde») dürfte dieser Problematik aber keine grosse Bedeutung zukommen, jedenfalls soweit das anwendbare materielle Recht dem Bundesprivatrecht angehört und da-

* Prof. Dr. Franz Kellerhals ist Verfasser des in der Anwaltsrevue 1/2 1998, S. 4 f., erschienenen Beitrags «Der Entwurf für ein neues Bundesgerichtsgesetz – ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung». Seither sind zehn Jahre verstrichen. Der vorliegende Aufsatz mit dem Titel «Das Bundesgerichtsgesetz – ein wichtiger Schritt kurz vor dem Ziel» stammt im Wesentlichen aus der Feder von Dr. Andreas Güngerich, Mitautor des Stämpfli Handkommentars zum Bundesgerichtsgesetz. Die Revision der Organisation der obersten Rechtspflegeinstanzen des Bundes und des Verfahrens vor diesen Spruchkörpern ist ein Vorhaben, das Generationen überdauert; dieser lange Erneuerungsprozess findet seinen Ausdruck auch in der Ablösung der Autorenschaft der Aufsätze zum Auftakt und zum Finale von Franz Kellerhals zu Andreas Güngerich.

1 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht; BGG; SR 173.110.

2 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege.

3 Botschaft zum BGG, BBl 2001, 4208.

4 Vgl. die Aufzählung der Beschwerdegünde in Art. 95 BGG (dazu auch Fn. 11). Mit der Einheitsbeschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, wobei als Bundesrecht auch das Bundesverfassungsrecht gilt (vgl. HANSPETER SEILER, in: Hanspeter Seiler, Nicolas von Werdt und Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N 18 zu Art. 95 BGG).

5 Die Beschwerde in Zivilsachen, Art. 72 ff. BGG; die Beschwerde in Strafsachen, Art. 78 ff. BGG und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Art. 82 BGG.

6 Art. 121 ff. BGG.

7 Art. 129 BGG.

8 Vgl. dazu ULRICH ZIMMERLI, WALTER KÄLIN und REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, 200 ff.

9 Vgl. dazu den Entscheid sämtlicher Abteilungen des Bundesgerichts vom 30. April 2007 und Urteile 2D_26/2007; 2D_35/2007 und 2C_172/2007.

her ohnehin eine volle Rechtskontrolle¹⁰ stattfindet und nicht nur eine auf Willkür beschränkte Prüfung.

II. Verbliebene Schwierigkeiten

Das Prozessieren vor Bundesgericht weist nach wie vor Schwierigkeiten auf und stellt hohe Anforderungen an Richter wie an Parteivertreter.

Die Einführung der Einheitsbeschwerde hat, wie oben ausgeführt, bewirkt, dass sich die Wahl des zulässigen Rechtsmittels stark vereinfacht hat. Mit der Einheitsbeschwerde können dem Bundesgericht eine ganze Reihe möglicher Rügen unterbreitet werden.¹¹ Je nach Rüge ist aber zu untersuchen, welche Anforderungen an die Begründungspflicht gelten. Die seit dem 1. Januar 2007 bekannt gewordene Praxis zum BGG lässt denn auch erkennen, dass das Bundesgericht die Erfüllung der Begründungspflicht sehr genau untersucht.¹²

Auszugehen ist davon, dass jede Beschwerde eine Begründung enthalten muss. Aus dieser muss hervorgehen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt.¹³ Das BGG verlangt sodann vereinzelt eine qualifizierte Begründungspflicht, so bspw. im folgenden Fall: Ist eine Beschwerde nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt,¹⁴ so ist auszuführen, inwiefern dies im konkreten Fall zutrifft.¹⁵ Da es sich bei der Rechtsfrage von «grundsätzlicher Bedeutung» um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der von der Praxis zu konkretisieren ist und von dem das Bundesgericht bereits festgehalten hat, dass er restriktiv auszulegen ist,¹⁶ wird ein Rechtsmittelkläger diese qualifizierte Begründungspflicht sehr ernst nehmen müssen. Er riskiert sonst, dass das Bundesgericht in überaus knapper Weise feststellt, dass «keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege» und der Fall «auch sonst wie [...] nicht von aussergewöhnlicher Tragweite»¹⁷ sei und auf die Beschwerde daher nicht eingetreten werden könne. Daneben gibt es – wie bereits unter der Herrschaft des OG in einigen Fällen vorgeschrieben – das strenge Rügeprinzip. Das BGG sieht dieses Prinzip vor, falls die Verletzung von Grundrechten oder von kantonalem oder interkantonalem Recht geltend gemacht wird,¹⁸ sowie bei der Anfechtung internationaler Schiedsentscheide.¹⁹ Dieses Nebeneinander von verschiedenen Begrün-

dungs- bzw. Rügepflichten führt dazu, dass ein Rechtsmittelkläger sich klar werden muss, welche Rügen er in welcher Form vortragen will. Auch wenn sämtliche Rügen zwar im Rahmen des Einheitsbeschwerdeverfahrens zulässig sind, gelten womöglich unterschiedliche Anforderungen an die Begründung. Mit einer einzigen Einheitsbeschwerde kann also dem Bundesgericht Mannigfaltiges zum Entscheid vorgelegt werden.

Dazu kommt eine weitere Tücke: Das Bundesgerichtsgesetz sieht vor, dass gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann.²⁰ Die Einheitsbeschwerde ist also auch gegen Entscheide des vorsorglichen Rechtsschutzes zulässig, es findet aber eine Verengung der Kognition statt, die Rügemöglichkeiten sind eingeschränkt. Das neue Rechtsmittelsystem vereinfacht also die Rechtsmittelwahl, es verbleibt aber die Komplexität auf der Ebene der Kognition. Die Prüfungsdichte ist je nach erhobener Rüge unterschiedlich. Die Kunst zu bestimmen, welcher Art eine Rechtsverletzung ist (handelt es sich um kantonales Recht, um eine einfache Bundesrechtsverletzung oder um eine Verletzung von Bundesverfassungsrecht?) muss also nach wie vor beherrscht werden, wenn auch nicht mehr für die Ermittlung des zulässigen Rechtsmittels, sondern für das Aufspüren, welche Rügen zulässig sind.

III. Warten auf die schweizerische Zivilprozessordnung

Im Bereich der Beschwerde in Zivilsachen enthält das BGG selbst einen Hinweis auf die schweizerische Zivilprozessordnung. Gemäss Art. 130 Abs. 2 BGG erlassen die Kantone auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer schweizerischen Zivilprozessordnung Ausführungsbestimmungen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der Vorinstanzen in Zivilsachen im Sinne der Art. 75 Abs. 2 und 111 Abs. 3 BGG. Dazu gehören auch Ausführungsbestimmungen, die zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV erforderlich sind. Ist sechs Jahre nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, also spätestens auf den 1. Januar 2013, noch keine schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft, so legt der Bundesrat die Frist zum Erlass der Ausführungsbestimmungen nach Anhörung der Kantone fest. Es sieht nach heutigem Kenntnisstand danach aus, dass die schweizerische Zivilprozessordnung rechtzeitig in Kraft treten und daher Ausführungsrecht der Kantone nicht nötig sein wird.²¹

Die Probleme, die sich aufgrund mangelnder Abstimmung der kantonalen Vorschriften auf das BGG ergeben können, sind daher nur vorübergehender Natur. Immerhin bestehen sie aber zurzeit noch: So stellen sich insbesondere Fragen nach der Pflicht

2007 E. 5). Die fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts kann somit nur bei einer Grundrechtsverletzung im Sinne einer Verletzung des Willkürverbots gerügt werden.

20 Art. 98 BGG.

21 Die schweizerische Zivilprozessordnung wurde von beiden Räten bereits behandelt. Zurzeit steht die Differenzvereinbarung an. Vgl. zum Stand der parlamentarischen Beratung www.parlament.ch; Geschäftsnummer 06.062.

10 Art. 95 lit. a BGG.

11 Art. 95 ff. BGG (z.B. Verletzung von Bundesrecht, Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten, Verletzung von interkantonalem Recht oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts).

12 Vgl. dazu ausführlich ANDREAS GÜNGERICH und THOMAS COENDET, Das Bundesgerichtsgesetz – erste Erfahrungen und offene Fragen. Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007, 16 ff.

13 Art. 42 Abs. 2 Satz 1 BGG.

14 Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

15 Art. 42 Abs. 2 Satz 2 BGG.

16 Vgl. z.B. BGE 133 III 493.

17 Vgl. BGE 1C_93/2007 E. 1.2.

18 Art. 106 Abs. 2 BGG.

19 Art. 77 Abs. 3 BGG. Nach der bundesgerichtlichen Praxis gilt das Rügeprinzip sodann, falls die Feststellung des Sachverhalts beanstandet wird (Art. 97 BGG). Eine solche Rüge ist nur möglich, wenn die Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig ist. Den Begriff «offensichtlich unrichtig» setzt das Bundesgericht mit willkürlich gleich (Urteil 6B.66/

zur Ausschöpfung kantonaler ausserordentlicher Rechtsmittel. Es kommt vor, dass gegen Entscheide im Kanton nur ein ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht, welches nur einige wenige Rügen zulässt (z.B. Nichtigkeitsklage), auf Bundesebene hingegen die Beschwerde in Zivilsachen offen steht, die jedenfalls eine volle Rechtsprüfung ermöglicht.²²

Bereits höchstrichterlich zu beurteilen war der Rechtsmittelweg bei Rechtsöffnungsentscheiden im Kanton Zürich.²³ Das Zürcher Recht ist an das BGG noch nicht angepasst worden. Rechtsöffnungsentscheide (des Bezirksgerichts) unterliegen der (kantonalen) Nichtigkeitsbeschwerde, wobei lediglich die in § 281 ZPO ZH aufgezählten Kassationsgründe geltend gemacht werden können. Demgegenüber sind Rechtsöffnungsentscheide Endentscheide i.S. von Art. 90 BGG, die der Beschwerde in Zivilsachen zugänglich sind,²⁴ jedenfalls soweit die Streitwertgrenzen²⁵ erreicht werden. Im Verfahren vor Bundesgericht ist hingegen eine volle Rechtskontrolle möglich.²⁶ Führt dies nun dazu, dass Rechtsöffnungsentscheide direkt vom Bezirksgericht an das Bundesgericht weitergezogen werden können oder ist gleichwohl vorab die (kantonalen) Nichtigkeitsbeschwerde zu ergreifen? Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine Ausschöpfungspflicht gilt und daher zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden muss. Da die kantonale Rechtsmittelin-

stanz den Entscheid mit einer engeren Kognition als das Bundesgericht überprüft, ist sodann erforderlich, zusammen mit dem Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid auch den erstinstanzlichen Entscheid mitanzufechten.²⁷ Bis die Anforderungen über die Vorinstanzen des Bundesgerichts (Art. 111 Abs. 3 BGG) umgesetzt sind, wird sich ein Rechtsmittelkläger also überlegen müssen, ob er vor der Zivilbeschwerde nicht ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel zu ergreifen hat. Dies kann zu wenig prozessökonomischen Situationen führen, namentlich wenn im kantonalen (Nichtigkeitsbeschwerde-)Verfahren das Vorliegen eines Rügegrundes «konstruiert» werden muss – dies im Wissen, dass die Rüge unbegründet ist, und lediglich erreicht werden soll, dass dem Beschwerdeführer im Verfahren vor Bundesgericht nicht fehlende Letztinstanzlichkeit vorgeworfen werden kann. Derartiges ist prozessualer Leerlauf und hat mit Vereinfachung des Rechtsmittelzugs nichts zu tun.

IV. Schluss

Das Bundesgerichtsgesetz hat das Rechtsmittelsystem auf Bundesebene auf eine neue Grundlage gestellt. Das Rechtsmittelsystem ist übersichtlicher geworden, die Anzahl unzulässiger Beschwerden dürfte nachhaltig zurückgehen.

Die bisherigen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zahlreichen Rechtsmitteln sind weitgehend überwunden. All dies ist begrüssenswert. Mit dem Bundesgerichtsgesetz ist die Justizreform indessen noch nicht abgeschlossen. Ausstehend ist insbesondere das Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung, was auch für das Funktionieren der Rechtsmittelordnung auf Bundesebene unabdingbar ist. Es bleibt zu hoffen, dass auch diese Lücke bald geschlossen sein wird.

22 Das Bundesgericht überprüft grundsätzlich nur kantonale Entscheidungen, die ihrerseits als Rechtsmittelentscheide ergangen sind (Grundsatz der double instance im kantonalen Verfahren; vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG). Die Kantone haben ferner zu gewährleisten, dass die kantonalen Vorinstanzen des Bundesgerichts mindestens dieselben Rügen wie später das Bundesgericht prüfen können (Art. 111 Abs. 3 BGG). Das BGG verlangt indessen nicht, dass diese Anforderungen bereits heute umgesetzt sind, sondern belässt eine Übergangsfrist bis zum Inkrafttreten der schweizerischen ZPO.

23 BGE 134 III 141.

24 Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG.

25 Art. 74 BGG.

26 Art. 95 lit. a BGG.

27 Sog. Dorénaiz-Praxis; vgl. (noch zum OG) BGE 94 I 459.