

Die Anpassungen der bernischen Zivilprozessordnung an das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen

Von Prof. Dr. Franz Kellerhals, Fürsprecher, Bern
Dr. Andreas Güngerich, Fürsprecher, Bern

Inhaltsübersicht

- 1. Einleitung**
- 2. Regelungskompetenzen im Bereich des Gerichtsstandsrechts**
 - 2.1 Streitigkeiten mit rechtsrelevantem Auslandsbezug
 - 2.2 Binnenverhältnisse
- 3. Auswirkungen des GestG auf das übrige, nicht gerichtstandsbezogene, kantonale Verfahrensrecht**
 - 3.1 Gerichtsstandsnahe Fragen
 - 3.2 Weitere Auswirkungen
- 4. Die revidierten Vorschriften**
 - 4.1 Aufhebung bisherigen Rechts
 - 4.2 Anwendungsbereich (Art. 20 rev. ZPO)
 - 4.3 Ansprüche gegen den Staat (Art. 23 rev. ZPO)
 - 4.4 Betreibungsort (Art. 32 rev. ZPO)
 - 4.5 Streitgenossenschaft (Art. 36, 37, 159 Abs. 1 rev. ZPO)
 - 4.5.1 Regelung des GestG
 - 4.5.2 Regelung der rev. ZPO
 - 4.5.3 Forum der passiven Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis
 - 4.6 Einstellung (Art. 96 rev. ZPO)
 - 4.7 Objektive Klagenhäufung (Art. 159 Abs. 2 rev. ZPO)
 - 4.8 Widerklage (Art. 170 rev. ZPO)
 - 4.9 Rückdatierung der Rechtshängigkeit (Art. 163 rev. ZPO)
 - 4.10 Vorsorgliche Beweisführung (Art. 223 rev. ZPO)
 - 4.11 Einstweilige Verfügungen (327 rev. ZPO)
- 5. Fazit**

1. Einleitung

«Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird.» So lautet die verfassungsrechtliche Norm, welche den Grundsatz des Wohnsitzgerichtsstandes des Beklagten garantiert

(Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BV). Der grundrechtliche Anspruch wird allerdings durch Satz 2 derselben Bestimmung relativiert: «Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.»

Lange vor dem Erlass des GestG¹ hat der Bundesgesetzgeber vom verfassungsrechtlichen Anspruch abweichende Gerichtsstandsvorschriften aufgestellt². Das GestG setzt diese Entwicklung fort. Mit ihm erfährt das Gerichtsstandsrecht erstmals eine umfassende und abschliessende Ordnung, soweit Streitsachen aus Bundesprivatrecht ohne rechtsrelevanten Auslandsbezug betroffen sind.

Das GestG ist auf den 1. Januar 2001 in Kraft getreten. Es verdrängt kantonales Gerichtsstandsrecht fast vollständig. Am 18. März 2002 fand die grossrätliche Behandlung der Teilrevision des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (ZPO)³ statt, welche die erforderlichen Anpassungen an das Bundesrecht zum Gegenstand hat. Ohne Gegenstimme wurde die Vorlage (gemeinsamer Antrag des Regierungsrates und der Justizkommission) angenommen⁴. Die Referendumsfrist ist am 18. Juli 2002 unbeñutzt abgelaufen. Die Revision ist auf den 1. November 2002 in Kraft getreten; sie bildet Gegenstand dieses Aufsatzes⁵.

2. Regelungskompetenzen im Bereich des Gerichtsstandsrechts

2.1 Streitigkeiten mit rechtsrelevantem Auslandsbezug

Mehr als 10 Jahre vor dem Inkrafttreten des GestG hat der Bundesgesetzgeber eine umfassende Kodifikation des Zuständigkeitsrechts für privatrechtliche Streitigkeiten mit rechtsrelevantem

1 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (Gerichtsstandsgesetz; SR 272).

2 S. für eine Übersicht GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 3 b zu Art. 34.

3 BSG 271.1. Die Revisionsvorlage hat die bereits geläufige Abkürzung «ZPO» offiziell eingeführt.

4 S. Beilage Nr. 9 zum Tagblatt des Grossen Rates 2002.

5 Eine synoptische Darstellung der geänderten Bestimmungen kann unter der Internetadresse www.zbjv.recht.ch abgerufen werden.

Auslandsbezug geschaffen, die ihren Niederschlag im IPRG gefunden hat. Dieses Gesetz regelt die räumliche Zuständigkeit für Streitigkeiten, die auf einem internationalen Verhältnis beruhen⁶.

Die Vorschriften des IPRG treten dann zurück, wenn ein Staatsvertrag Anwendung findet (Art. 1 Abs. 2 IPRG). So geht dem IPRG namentlich das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) vor, das eine umfassende Zuständigkeitsordnung für Streitigkeiten im eurointernationalen Verhältnis enthält.

Raum für ergänzende kantonale Vorschriften über Streitigkeiten im internationalen Verhältnis besteht nicht. Eine Zuständigkeit schweizerischer Gerichte, die keine Stütze im IPRG bzw. in einem Staatsvertrag findet, kann nicht auf dem Wege des kantonalen Rechts begründet werden.

2.2 Binnenverhältnisse

Seit dem Erlass des GestG verfügt die Schweiz auch über eine abschliessende Ordnung der örtlichen Zuständigkeiten für Streitsachen aus Bundesprivatrecht in Binnenverhältnissen (Art. 1 Abs. 1 GestG). Das GestG und das IPRG ergänzen sich mithin und bilden zusammen eine umfassende Zuständigkeitsregelung.

Das GestG ist indessen nicht einzige Rechtsquelle zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit in Bundesprivatrechtssachen. Art. 1 Abs. 2 GestG zählt einige Rechtsgebiete auf, in denen nicht die Zuständigkeitsvorschriften dieses Gesetzes gelten, sondern der Gerichtsstand für allfällige Streitigkeiten den jeweiligen Spezialerlassen zu entnehmen ist. Es sind dies die Gerichtsstände auf dem Gebiet des Kindesschutzes und des Vormundschaftsrechts, diejenigen nach dem SchKG und auf dem Gebiet der Binnen- und Seeschifffahrt sowie der Luftfahrt⁷.

Darüber hinaus statuiert das GestG zwei Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts, nämlich im Bereich der Interventions- und

⁶ Art. 1 Abs. 1 IPRG und dazu IPRG-SCHNYDER N 7 zu Art. 1. Das IPRG befasst sich ferner mit der Frage des anwendbaren Rechts sowie mit der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen.

⁷ S. dazu DOMINIK GASSER, GestG-Kommentar, Bern 2001, N 23 ff. zu Art. 1 (nachfolgend zit. GestG-Kommentar).

Gewährleistungsklage⁸ und für die Adhäsionsklage⁹. Wo kein Vorbehalt vorgesehen ist, besteht kein Raum mehr für eigenes örtliches Zuständigkeitsrecht der Kantone. Diese sind also lediglich noch befugt, Gerichtsstandsrecht für die (seltenen) kantonrechtlichen Zivilsachen zu erlassen¹⁰.

3. Auswirkungen des GestG auf das übrige, nicht gerichtsstandsbezogene, kantonale Verfahrensrecht

3.1 Gerichtsstandsnahe Fragen

Das GestG beschränkt sich nicht darauf, für Bundeszivilrechtssachen den Gerichtsstand festzulegen. Es regelt darüber hinaus auch mehrere sog. gerichtsstandsnahe Fragen. Davon handeln die Art. 34–37 GestG. Es geht um Vorschriften, die nicht unmittelbar einen Gerichtsstand bezeichnen, sondern Fragen zum Gegenstand haben, die sich oft im Zusammenhang mit der Ermittlung des örtlich zuständigen Gerichts stellen, wie bspw. die richterliche Zuständigkeitsprüfung, das Vorgehen im Falle, dass an verschiedenen Orten identische oder in Zusammenhang stehende Klagen erhoben werden, u.a.m. Es ist selbstverständlich, dass dort, wo Bundesrecht eine solche gerichtsstandsnahe Frage abschliessend regelt, kein Raum für kantonales Recht bleibt.

3.2 Weitere Auswirkungen

Aber auch die Ausgestaltung einzelner Gerichtsstandsvorschriften des neuen Bundesgesetzes beeinflussen das kantonale Verfahrensrecht, wie das Beispiel des Gerichtsstands der *Widerklage* zeigt: Das GestG schreibt vor, dass beim Gericht der Hauptklage eine Widerklage erhoben werden kann, wenn Haupt- und Widerklage in einem «sachlichen Zusammenhang» zueinander stehen (Art. 6 Abs. 1 GestG).

⁸ Art. 8 GestG; im bernischen Recht nicht vorgesehen.

⁹ Art. 28 GestG; vgl. dazu Art. 47 Abs. 2 Ziff. 2 StrV BE.

¹⁰ GASSER, GestG-Kommentar, N 8 zu Art. 1; FELIX DASSER, Komm. GestG, Zürich 2001, N 23 zu Art. 1 (nachfolgend Komm. GestG).

Die Voraussetzungen der Widerklageerhebung – soweit sie nicht die örtliche Zuständigkeit betreffen – gehören grundsätzlich nicht zum Regelungsgegenstand des GestG. Es ist nach wie vor Sache der Kantone zu bestimmen, in welchen Verfahren, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form eine Widerklage erhoben werden darf. Die Hauptaussage der bundesrechtlichen Vorschrift besteht also darin, für die Widerklage ein forum am Ort der erhobenen Hauptklage zur Verfügung zu stellen. Allerdings soll ein Hauptkläger davor geschützt sein, mit einer beliebigen Widerklage am Ort der Hauptklage konfrontiert zu werden. Der Bundesgesetzgeber schreibt daher ausdrücklich vor, dass das Hauptklageforum für die Widerklage nur dann offen steht, wenn die beiden Klagen in einem «sachlichen Zusammenhang» stehen. Wie dieser Zusammenhang ausgestaltet sein muss, ist durch Auslegung zu ermitteln: Es sind dies Konstellationen, in denen Haupt- und Widerklage auf dem gleichen sachlichen oder rechtlichen Grund beruhen¹¹.

Die bundesrechtliche Regelung des Widerklagegerichtsstandes zieht weitere Einzelfolgen nach sich: Nach unbestrittener Auffassung steht dem Widerkläger das Hauptklageforum nur zur Verfügung, wenn für die Haupt- und Widerklage die gleiche Verfahrensart gilt. Diese Voraussetzung nennt das GestG nicht ausdrücklich, sie gilt aber stillschweigend als unerlässliches Erfordernis, da die Gerichtsstandsvorschrift nur Sinn macht, wenn Haupt- und Widerklage auch tatsächlich gemeinsam behandelt werden können, was dieselbe prozessrechtliche Gangart verlangt. Das Erfordernis der gleichen Verfahrensart gehört daher dem ungeschriebenen Bundesrecht an¹². Gleiches gilt für die Bedingung, dass das Widerklageforum nur offen steht, wenn die Hauptklage bereits rechtshängig ist und nicht etwa bloss in Aussicht gestellt wurde. Auch diese Voraussetzung dürfte auf ungeschriebenem Bundesrecht gründen¹³, wobei aber (nach wie vor) kantonales Recht den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt¹⁴.

11 Vgl. dazu Ziff. 4.7 hiernach.

12 S. dazu KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 30 zu Art. 6; MÜLLER, Komm. GestG, N 12 zu Art. 6; GestG-SPÜHLER, N 13 zu Art. 6.

13 S. KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 31 zu Art. 6.

14 Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ist ebenfalls eine gerichtsstandsnaher Frage. Der bundesrätliche Entwurf für eine bundesrechtliche Regelung wurde indessen in der parlamentarischen Beratung verworfen (s. zur Streichung von Art. 38 E GestG AmtlBull NR 1999 2411 f., AmtlBull StR 2000 28).

Die übrigen Prozessvoraussetzungen für die Widerklage unterstehen demgegenüber nach wie vor dem kantonalen Recht. Die Widerklage muss – da sie selbständige Klage ist¹⁵ – alle Prozessvoraussetzungen in gleicher Weise wie die Hauptklage erfüllen. Dies gilt bspw. für die sachliche Zuständigkeit. Der für die Beurteilung der Hauptklage der Sache nach zuständige Richter ist nicht eo ipso auch für die Beurteilung der Widerklage zuständig. Diese Prozessvoraussetzung ist durch das kantonale Recht zu regeln, freilich mit der Einschränkung, dass die kantonalen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeitsordnung einer zweckmässigen Anwendung der bundesrechtlichen Gerichtsstandsvorschrift nicht entgegenstehen dürfen¹⁶. So wäre eine sachliche Zuständigkeitsordnung problematisch, welche sich jeder Durchlässigkeit verschliesst und so die Widerklagemöglichkeit für ganze Bereiche möglicher Prozesse ausschliesst. Dadurch würde das kantonale Recht auf unzulässige Art und Weise die Durchsetzung von Bundesrecht vereiteln¹⁷.

Aus dem Gesagten wird eine doppelte Problematik ersichtlich, die mit der bundesrechtlichen Kodifizierung nur eines Teils des Zivilverfahrensrechts, nämlich der Gerichtsstände, verbunden ist: Erstens entstehen heikle Abgrenzungsfragen zwischen Bundes- und kantonalem Recht, da das GestG verschiedene Institute des Zivilprozessrechts zwar erwähnt (neben der Widerklage sind als Beispiele auch die Streitgenossenschaft¹⁸ oder die Rechtshängigkeit¹⁹ zu nennen), die mit diesen Begriffen verbundenen Einzelfragen aber nicht regelt. Sie voneinander klar abzugrenzen ist allein deshalb unerlässlich, weil davon die Wahl des Rechtsmittels abhängen kann²⁰. Zweitens sind kantonale Gesetzgeber und Richter gefordert: Erstere, weil sie sich entschliessen müssen, wie weit sie mit der

15 S. BGE 123 III 47.

16 S. dazu KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 34 zu Art. 6.

17 So ist etwa angezeigt, dass die Kantone für Widerklagekonstellationen die Kompetenzen von Sonder- bzw. ordentlichen Gerichten nach Möglichkeit ausdehnen, um getrennte Verfahren zu vermeiden (s. das Beispiel bei KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 36 zu Art. 6, Fn. 5).

18 Art. 7 Abs. 1 GestG; s. dazu Ziff. 4.5 hiernach.

19 Art. 35 Abs. 1, 36 Abs. 1, 38 GestG.

20 So kann Berufung i.S. von Art. 43 ff. OG nur wegen Verletzung von Bundesrecht, nicht aber wegen Verletzung von kantonalem Recht geführt werden (s. Art. 43 Abs. 2 OG).

Anpassung ihres Verfahrensrechts über die Revision der örtlichen Zuständigkeiten hinaus gehen sollen, Letztere, weil sie sich einmal mehr um bundesrechtskonforme Auslegung kantonalen Rechts bemühen müssen.

4. Die revidierten Vorschriften

4.1 **Aufhebung bisherigen Rechts**

Eigentliches Kernstück der Teilrevision der ZPO bildet die Aufhebung zahlreicher Gesetzesartikel, die durch das GestG überflüssig geworden sind. Im 2. Titel («Gerichtsstände»; Art. 20 bis 34 ZPO) fallen zwölf Artikel ersatzlos dahin. An ihre Stelle treten neu die (allgemeinen und besonderen) Vorschriften des GestG.

4.2 **Anwendungsbereich (Art. 20 rev. ZPO)**

Als einleitende Bestimmung des 2. Titels («Gerichtsstände») statuiert Art. 20 rev. ZPO den Grundsatz, dass sich die Gerichtsstände in Zivilsachen einschliesslich solcher des kantonalen Privatrechts nach dem GestG richten. Soweit sich diese Vorschrift auf Bundesprivatrechtssachen bezieht, ist sie lediglich deklaratorischer Natur²¹. Art. 20 Satz 1 rev. ZPO spricht das GestG an; erfasst sind aber auch diejenigen Zuständigkeitsvorschriften des Bundesrechts, die nicht in diesem Gesetz selbst enthalten sind, sondern in Erlassen zu den in Art. 1 Abs. 2 GestG vorbehaltenen Rechtsgebieten.

Zu begrüssen ist, dass für die wenigen Streitigkeiten, die sich auf kantonales Privatrecht stützen, kein eigenes Gerichtsstandsrecht vorgesehen ist. Art. 20 rev. ZPO verweist auch für diese Rechtssachen auf das GestG, das damit in solchen Fällen als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung gelangt.

Vorbehalten sind nach Art. 20 Satz 2 rev. ZPO die Bestimmung von Art. 32 rev. ZPO sowie die für internationale Verhältnisse geltenden gesetzlichen und staatsvertraglichen Vorschriften. Mit den

21 S. Ziff. 2.2 hiervor.

letzten beiden – deklaratorischen – Vorbehalten sind das IPRG, das LugÜ und weitere Staatsverträge, die direkte Zuständigkeiten regeln, angesprochen. Irreführend, weil im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kein Raum für eigenes Gerichtsstandsrecht der Kantone besteht, ist hingegen der Vorbehalt zugunsten von Art. 32. rev. ZPO; s. dazu die Erläuterungen unter Ziff. 4.4 hiernach.

4.3 Ansprüche gegen den Staat (Art. 23 rev. ZPO)

Diese Vorschrift handelt von den Klagen gegen den Staat und gegen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen kantonalen Rechts. Soweit Ansprüche aus Bundesprivatrecht gegen solche Institutionen in Frage stehen, ergeben sich indessen die Zuständigkeiten allein aus dem GestG. Kantonales Recht kann keine eigenen Gerichtsstände vorsehen.

Das GestG enthält jedoch für Klagen gegen einen Kanton oder eine Anstalt oder Körperschaft kantonalen Rechts keine ausdrückliche Gerichtsstandsvorschrift. Art. 3 Abs. 1 lit. c und d GestG regeln einzig den Gerichtsstand für Klagen gegen den Bund und gegen öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften des Bundes. Für Klagen gegen Kantone und rechtsfähige Institutionen kantonalen Rechts ergibt sich aus dem GestG folgende Regelung: Soweit kein besonderer Gerichtsstand zur Verfügung steht (bspw. bei Miete unbeweglicher Sachen am Ort der Belegenheit; s. Art. 23 Abs. 1 GestG), ist auf Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG zurückzugreifen, d.h. Kantone sind an ihrem Hauptort und öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften kantonalen Rechts an ihrem Sitz einzuklagen. Die Vorschrift von Art. 23 rev. ZPO wiederholt demnach nur, was ohnehin von Bundesrechts wegen gilt.

4.4 Betreibungsort (Art. 32 rev. ZPO)

Art. 20 Satz 1 rev. ZPO behält die Vorschrift von Art. 32 rev. ZPO ausdrücklich vor. Jene Vorschrift lässt den Eindruck entstehen, dass auf dem Gebiete des Betreibungsrechts Raum für eigenes kantonales Recht bestehe, was nicht zutrifft. Das SchKG enthält eine eigene Zuständigkeitsordnung; diese ist aber nicht umfassend. Wo

eine Gerichtsstandsvorschrift fehlt²², ist zur Lückenfüllung das GestG heranzuziehen und nicht kantonales Recht²³. So ist die Anerkennungsklage nach erhobenem Rechtsvorschlag (Art. 79 SchKG) je nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bspw. am konsumentenrechtlichen (Art. 22 GestG), am deliktsrechtlichen (Art. 25 GestG) oder am allgemeinen (Art. 3 GestG) Gerichtsstand anzuheben.

Der Vorschrift von Art. 32 rev. ZPO ist einzig insofern eine Bedeutung beizumessen, als sie präzisiert, dass der Richter desjenigen Kreises örtlich zuständig ist, in dem der *Betreibungsort* liegt, aber nicht etwa das Gericht am Ort des Sitzes des *Betreibungsamts* einer *Betreibungsregion*. Gleiches gilt, wenn der Konkurs-, der Nachlass-, der Arrest- oder der Retentionsort für die Festlegung des Gerichtsstands bestimmend sind.

4.5 Streitgenossenschaft (Art. 36, 37, 159 Abs. 1 rev. ZPO)

4.5.1 *Regelung des GestG*

Art. 7 Abs. 1 GestG stellt ein forum der passiven Streitgenossenschaft zur Verfügung. Nach dieser Bestimmung ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle Parteien zuständig, wenn sich die Klage gegen mehrere Streitgenossen richtet.

Das GestG verwendet den Begriff der Streitgenossenschaft, ohne diesen zu definieren²⁴. Den Materialien ist zu entnehmen, dass grundsätzlich alle Arten der Streitgenossenschaft darunter fallen, also die Fälle der sog. notwendigen wie auch der einfachen Streitgenossenschaft²⁵. Wie intensiv der Zusammenhang zwischen den Litisconsorten sein muss, damit eine Streitgenossenschaft i.S. des GestG vorliegt, wird die Praxis zeigen müssen. Sie wird sich sinnvollerweise an Art. 22 Abs. 3 LugÜ anlehnen und auf das Erfordernis

²² S. für eine Aufzählung der Lücken im Gerichtsstandsrecht des SchKG GASSER, GestG-Kommentar, N 33 zu Art. 1.

²³ GASSER, GestG-Kommentar, N 22 zu Art. 1; DASSER, Komm. GestG, N 61 zu Art. 1.

²⁴ Vgl. Ziff. 3.2 hiavor.

²⁵ S. dazu Botschaft GestG, BBl 1999 2848. S. zum Begrifflichen OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, Kap. 5, N 47 ff.

abstellen, wonach eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung deshalb geboten erscheint, «um zu verhindern, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten».

4.5.2 *Regelung der rev. ZPO*

Das bernische Recht verzichtet neu auf eine eigene Umschreibung der *passiven* Streitgenossenschaft; es geht davon aus, der im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 GestG verwendete und durch die Praxis auszulegende Begriff decke alle Belange, die zu diesem Institut gehören, ab²⁶. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der *aktiven* Streitgenossenschaft ergeben sich mithin wie bisher aus dem kantonalen Recht (Art. 36 und Art. 37 Abs. 1 aZPO), diejenigen für das passive Litiskonsortium aber neu aus Bundesrecht (Art. 7 Abs. 1 GestG). Diese Neuerung findet gesetzestechnisch ihren Niederschlag darin, dass im ersten Satz von Art. 36 rev. ZPO («mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn...») die Worte «oder verklagt werden» ersatzlos dahinfallen. In Art. 37 rev. ZPO letzter Halbsatz bleibt die passive Streitgenossenschaft zwar weiterhin erwähnt, nämlich mit den Worten «... und zudem die Zuständigkeit des Gerichtes für jeden einzelnen Beklagten begründet ist». Diese Bestimmung kann sich aber nur noch auf die sachliche Zuständigkeit beziehen, da die örtliche abschliessend bundesrechtlich geregelt ist²⁷. Ob ihr überhaupt noch eigenständige Bedeutung zuzumessen ist, wenn tatsächlich die Regelung der passiven Streitgenossenschaft in allen Teilen dem Bundesrecht überlassen wird, wie dies der Regierungsrat ausführt²⁸, bleibt fraglich. Sicher ist indessen, dass die Regelung der sachlichen Zuständigkeit in der Kompetenz der Kantone bleibt.

Ferner benützt der Gesetzgeber die Revision der ZPO, um eine von der Praxis entwickelte Voraussetzung sowohl für aktive wie passive Streitgenossenschaften, nämlich das Erfordernis gleicher Verfahrensart, dem geschriebenen Recht einzuverleiben²⁹. Er tut dies

26 Vgl. Vortrag, Ziff. 2.8 Abs. 1 und Abs. 3.

27 Vgl. Vortrag, Ziff. 2.8 Abs. 4.

28 Vortrag Ziff. 2.8 Abs. 1 und 4.

29 Vgl. KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 11 zu Art. 7; MÜLLER, Komm. GestG, N 37 zu Art. 7. S. dazu auch Ziff. 3.2 hiervor. S. zur bisherigen Praxis LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3 a zu Art. 159.

indessen an falscher Stelle. Statt die Ergänzung sachgerecht in den Art. 36/37 rev. ZPO vorzunehmen, erfolgt sie in Art. 159 Abs. 1 rev. ZPO³⁰.

Für objektive Kumulation von Klagen war gleiche Verfahrensart bereits nach bisherigem Recht Zulässigkeitsvoraussetzung (s. Art. 159 Satz 2 aZPO).

Das bernische Recht hält weiterhin an der Unterteilung in materielle (Art. 36 rev. ZPO) und formelle (Art. 37 rev. ZPO) (aktive) Streitgenossenschaft fest. Im Zuge der Revision wurde aber Abs. 2 von Art. 37 aZPO ersatzlos gestrichen. Zu Recht, denn die in der Bestimmung über die formelle Streitgenossenschaft als zweiter Absatz angeführte Liste verschiedener SchKG-Sachen enthielt auch Fälle, die richtigerweise der materiellen Streitgenossenschaft zuzuordnen sind³¹. Zu beachten ist aber, dass die Aufzählung teilweise Konstellationen erwähnte, die weder unter Art. 36 noch unter Art. 37 aZPO bzw. rev. ZPO subsumiert werden können, wie z.B. der Fall einer Widerspruchsklage mehrerer bestreitender Gläubiger gegen den ansprechenden Dritten (Art. 108 SchKG). Es liegt hier keine Gleichartigkeit der Klagegründe vor, sondern nur ein Klagegrund, weshalb Art. 37 rev. ZPO nicht greift; und es existiert zwischen den mehreren Klägern keine materiellrechtliche Beziehung, weshalb auch Art. 36 rev. ZPO nicht weiter hilft³². Dass der Gesetzgeber mit

30 Die Bedeutung von Art. 159 aZPO Satz 1 («Mehrere Personen können in derselben Klage als Kläger auftreten und als Beklagte belangt werden, wenn Streitgenossenschaft vorliegt»), welche Bestimmung als Vorlage für Art 159 Abs. 1 rev. ZPO diente, war seit jeher unverständlich. Die Bestimmung steht unter dem Titel «Schriftenwechsel» und trägt das Marginale «Klagenkonkurrenz». Richtig verstanden soll diese Vorschrift nur klarstellen, dass bei subjektiver Häufung von Ansprüchen diese in einer Eingabe verfolgt werden können. Der Hinweis auf die Streitgenossenschaft ist verwirrend, weil subjektive Klagenhäufung nur mit dem Begriff der *einfachen* Streitgenossenschaft zusammenfällt (vgl. HANS ULRICH WALDER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Aufl., Zürich 1996, § 11, N 13 ff.; VOGEL/SPÜHLER, a.a.O., Kap. 5, N 59). Aktive einfache Streitgenossenschaft entsteht, wenn mehrere Kläger je mit eigenem Anspruch in derselben Eingabe gegen den Beklagten vorgehen. Passive einfache Streitgenossenschaft entsteht demgegenüber, wenn ein Kläger in derselben Eingabe verschiedene Ansprüche vorbringt, die ihm je gegen verschiedene Beklagte zustehen. Die Bildung einer *notwendigen* Streitgenossenschaft hat hingegen keine subjektive Häufung von Ansprüchen zur Folge.

31 Vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 6 zu Art. 37.

32 Vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 6 zu Art. 37.

der Streichung von Abs. 2 des Art. 37 aZPO den Ausschluss der Streitgenossenschaft in solchen oder ähnlich gelagerten Fällen beabsichtigt hat, ist nicht anzunehmen. Der Vortrag des Regierungsrates äussert sich nicht zu dieser Frage. Es ist angezeigt, in solchen Streitigkeiten die Vorschriften von Art. 36 oder 37 rev. ZPO analog anzuwenden und die Streitgenossenschaft gleichwohl zuzulassen.

4.5.3 *Forum der passiven Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*

Unpräzise sind die Erläuterungen im Vortrag des Regierungsrates, soweit dort auf internationale Verhältnisse eingegangen wird³³. Das IPRG kennt den Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft nicht, währenddem Art. 6 Ziff. 1 LugÜ ein solches forum zur Verfügung stellt. Es ist – je nach anwendbarer Rechtsgrundlage – zu ermitteln, ob sich ein Kläger in einer Streitigkeit mit Auslandsbezug auf einen Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft berufen kann. Findet das IPRG Anwendung, ist die Frage zu verneinen. Entgegen den Ausführungen im Vortrag kann aus der Formulierung von Art. 20 rev. ZPO nichts anderes abgeleitet werden. Das kantonale Recht kann nicht durch einen Verweis auf das GestG einen Gerichtsstand für internationale Verhältnisse einführen, der in der Zuständigkeitsordnung des IPRG nicht enthalten ist; eine anderweitige Auffassung widerspricht dem Willen des Bundesgesetzgebers, für Streitigkeiten mit rechtsrelevantem Auslandsbezug eine abschliessende Regelung der Zuständigkeiten zu schaffen.

4.6 **Einstellung (Art. 96 rev. ZPO)**

Art. 96 Abs. 2 rev. ZPO enthält neu einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten besonderer gesetzlicher Vorschriften über die Einstellung von Prozessen. Anlass für den (in dieser Hinsicht deklaratorischen) Vorbehalt sind die Vorschriften von Art. 35 und 36 GestG, die eine Einstellung eines später angehobenen Prozesses wie folgt vorsehen: Soweit Klagen zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand rechtshängig gemacht werden (eadem res inter

33 S. Vortrag Ziff. 2.8 Abs. 3.

easdem partes), ist die Einstellung des Verfahrens vor dem später angerufenen Gericht zwingend (Art. 35 Abs. 1 GestG), wenn die beiden Verfahren lediglich in sachlichem Zusammenhang stehen, liegt die Einstellung im Ermessen des später angerufenen Gerichts (Art. 36 Abs. 1 GestG).

4.7 Objektive Klagenhäufung (Art. 159 Abs. 2 rev. ZPO)

Art. 7 Abs. 2 GestG regelt den Gerichtsstand für objektiv gehäufte Klagen. Dieses forum steht nur offen, wenn die kumulierten Ansprüche in einem *sachlichen Zusammenhang* stehen. Art. 159 Abs. 2 rev. ZPO übernimmt das Kriterium des sachlichen Zusammenhangs als generelle Zulässigkeitsvoraussetzung für die objektive Klagenhäufung. Zur Auslegung des Begriffes des sachlichen Zusammenhangs kann auf die Praxis zu Art. 8 IPRG (Widerklage im internationalen Verhältnis) oder auch zu Art. 59 aBV (Widerklage im interkantonalen Verhältnis) zurückgegriffen werden. Es sind dies Fälle, in denen die verschiedenen Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis hergeleitet werden oder die zugrunde liegenden verschiedenen Sachverhalte zumindest in enger rechtlicher Beziehung zueinander stehen³⁴.

Das in Art. 7 Abs. 2 GestG stillschweigend mitenthaltene Erfordernis der *gleichen Verfahrensart* für die verschiedenen Ansprüche³⁵ stellt für bernische Verhältnisse keine Neuerung dar. Art. 159 Satz 2 aZPO erwähnte diese Zulässigkeitsvoraussetzung ausdrücklich.

4.8 Widerklage (Art. 170 rev. ZPO)

«Beim Gericht der Hauptklage kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht» (Art. 6 Abs. 1 GestG).

34 S. dazu MÜLLER, Komm. GestG, N 17 ff. zu Art. 6; KELLERHALS/GÜNGERICH, Kommentar GestG, N 11 ff. zu Art. 6.

35 S. dazu MÜLLER, Komm. GestG, N 37 zu Art. 7; KELLERHALS/GÜNGERICH, Kommentar GestG, N 11 zu Art. 7; GestG-REETZ, N 24 zu Art. 7.

Das von Bundesrechts wegen für die örtliche Zuständigkeit geforderte Kriterium des *sachlichen Zusammenhangs* hat den kantonalen Gesetzgeber veranlasst, auch die Voraussetzungen der Widerklage in Art. 170 rev. ZPO anzupassen. Nach neuem Recht ist mithin eine Widerklage nur noch zulässig, wenn sie mit der Vorklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (blosse Kompensationsverhältnisse – so noch Art. 170 Satz 2 aZPO – genügen nicht mehr). Diese Neuerung führt dazu, dass Widerklagen, welche die Voraussetzungen des sachlichen Zusammenhangs nicht erfüllen, selbst dann ausgeschlossen sind, wenn sich der Widerkläger zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit am Ort der Vorklage auf eine andere Gerichtsstandsvorschrift als Art. 6 GestG stützen kann. Dies trifft bspw. zu, wenn Kläger und Widerkläger im gleichen Gerichtskreis ihren Wohnsitz haben, Klage und Widerklage aber auf Rechtsverhältnissen beruhen, die in keinem sachlichen Zusammenhang stehen. Auch Art. 38 Abs. 2 ZPO (Verbindung einzelner Klagen) hilft in solchen Fällen in aller Regel deshalb nicht weiter, weil diese Bestimmung für das Verbinden von Klagen einen rechtlichen Zusammenhang erfordert. Aus prozessökonomischer Sicht bedeutet dies einen Rückschritt.

Wie die objektive Klagenhäufung ist auch die Widerklage nur zulässig, wenn die einzelnen Ansprüche in die gleiche Verfahrensart gehören³⁶. Diese Voraussetzung, wie sie das Bundesrecht stillschweigend für die Widerklage unter dem Gesichtspunkt der örtlichen Zuständigkeit verlangt³⁷, ändert für bernische Verhältnisse nichts, war doch das Kriterium der nämlichen Verfahrensart nach der Praxis ohnehin Zulässigkeitsersfordernis für die Erhebung einer Widerklage³⁸; mit der Teilrevision hat es seinen Niederschlag im geschriebenen Recht gefunden.

4.9 Rückdatierung der Rechtshängigkeit (Art. 163 rev. ZPO)

Im Falle einer prozessual mangelhaft angebrachten Klage statuiert Art. 163 rev. ZPO eine Notfrist, die neu – in Angleichung an Art. 34 Abs. 2 GestG – 30 Tage beträgt. Wird innert dieser Frist die

36 S. Ziff. 4.7 hiavor.

37 S. Ziff. 3.2 hiavor.

38 S. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2 d zu Art. 170.

Klage neu angebracht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Klageeinreichung.

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist nicht ohne weiteres klar: Soweit es um die Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen geht, greift die Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 GestG. Diese sollte – obgleich sie nur die mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage ausdrücklich erwähnt – für alle Fälle einer prozessual mangelhaft eingeleiteten Klage zum Tragen kommen. Vielfach ist dem Dispositiv bzw. dem Abschreibungsbeschluss nämlich nicht zu entnehmen, weshalb die Klage zurückgezogen oder zurückgewiesen wurde³⁹. Für Klagen des SchKG gilt die Bestimmung von Art. 32 Abs. 3 dieses Gesetzes, welche es dem Kläger ermöglicht, zur Wahrung von Verwirkungsfristen die Klage innert einer neuen Klagefrist von gleicher Dauer anzubringen. Schliesslich sieht Art. 139 OR eine Frist von 60 Tagen vor, innert der neu zu klagen ist, um dem Eintritt der Verjährung zu entgehen⁴⁰.

Die Erleichterung nach Art. 163 rev. ZPO hat somit nur noch einen beschränkten Anwendungsbereich: Vorab gilt sie für Ansprüche des kantonalen Privatrechts. Alsdann kann sie dazu dienen, Nachteile, die beispielsweise im Falle des Verlustes begründeter Rechtshängigkeit eintreten können, zu vermeiden; dies kann insbesondere mit Blick auf eine allfällige identische oder in Zusammenhang stehende spätere Klage (Art. 35 und 36 GestG) von Bedeutung sein.

4.10 Vorsorgliche Beweisführung (Art. 223 rev. ZPO)

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gilt von Bundesrechts wegen eine Wahlmöglichkeit: Der Gesuchsteller kann wählen, ob er das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, oder das Gericht am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, angehen will (Art. 33 GestG).

³⁹ So KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 18 zu Art. 34; für Beschränkung auf Fälle der mangelnden örtlichen Zuständigkeit GestG-INFANGER, N 27 zu Art. 34; ORELLI, Komm. GestG, N 48 zu Art. 34.

⁴⁰ S. zur Abgrenzung von Art. 139 OR zu Art. 34, Abs. 2 GestG KELLERHALS/GÜNGERICH, GestG-Kommentar, N 20 zu Art. 34, ORELLI, Komm. GestG, N 61 zu Art. 34; GestG-INFANGER, N 28 zu Art. 34 (z.T. mit abweichenden Meinungen).

Den Begriff der vorsorglichen Massnahme definiert das Bundesrecht nicht. Aus den Materialien ergibt sich, dass nur diejenigen Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes darunter fallen, welche die Gefahr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils voraussetzen (vgl. etwa Art. 28c Abs. 1 ZGB)⁴¹. Bezogen auf Massnahmen zur Beweissicherung bedeutet dies, dass eine Beweisgefährdung glaubhaft zu machen ist, soll Art. 33 GestG zum Tragen kommen. Im bernischen Recht ist die vorsorgliche Beweisführung⁴² – abgesehen von der Durchführung eines Parteiverhörs (s. Art. 222 ZPO) – aber unabhängig von einer drohenden Gefahr zulässig. Art. 223 Abs. 2 rev. ZPO verweist indessen für die Zuständigkeit auf Art. 327 Abs. 1 und 2 rev. ZPO, welche Vorschrift die Wahlmöglichkeit des Art. 33 GestG übernimmt. Kraft dieser Verweisung gilt somit neu für alle Beweissicherungsmassnahmen eine einheitliche Zuständigkeitsordnung.

4.11 Einstweilige Verfügungen (327 rev. ZPO)

Abs. 1 von Art. 327 rev. ZPO übernimmt die Regelung von Art. 33 GestG. Soweit vorsorgliche Massnahmen betroffen sind, für deren Erlass die Gefahr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils vorausgesetzt wird, die örtliche Zuständigkeit sich mithin nach Bundesrecht bestimmt, kommt dieser Vorschrift keine selbständige Bedeutung zu. Für ein Beispiel von Fällen eigenständiger Geltung dieser kantonalen Bestimmung s. Ziff. 4.10 hiavor.

Abs. 2 von Art. 327 rev. ZPO regelt die sachliche Zuständigkeit des Massnahmerichters: Wird das Gericht am Ort der Hauptsachenzuständigkeit angegangen, so ist im Fall vorbestehender Rechtshängigkeit der Instruktionsrichter zuständig⁴³, vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Hauptsache aber der Gerichtspräsident. Wird das Gesuch am Ort der Vollstreckung (in Fällen der Beweissicherung: am Ort der Beweisaufnahme) gestellt, so ist der dortige Gerichtspräsident zur Behandlung zuständig.

41 Vgl. BBl 1999, 2869.

42 Art. 222 ff. ZPO.

43 Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Präsidenten des Appellationshofes gemäss Art. 336a Abs. 2 ZPO, wenn in der Hauptsache appelliert wurde.

5. Fazit

Die vorliegende Teilrevision der ZPO stellt eine notwendige Anpassung an das übergeordnete Bundesrecht dar. Sie passt diejenigen Bestimmungen der ZPO, die im Widerspruch zum GestG standen, an oder hebt die aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts seit dem 1. Januar 2001 obsolet gewordenen auf.

Der Bundesgesetzgeber hat mit dem Erlass des GestG einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz vorgenommen. Das schrittweise Vorgehen, wie es vorsichtigerweise gewählt wurde, führt zwangsläufig zu neuen Abgrenzungsproblemen, wenn die Frage ansteht, ob ein zivilprozessuales Institut, an das das Gerichtsstandsrecht anknüpft, auf Bundesrecht (geschriebenem oder ungeschriebenem) oder auf kantonalem Recht beruht. Gerichtsstandsrecht und übriges Verfahrensrecht lassen sich nicht scharf voneinander abtrennen; ein Grund mehr, die Gesetzgebungsarbeiten für eine eidgenössische Zivilprozessordnung zügig voranzutreiben.