

Antrag des Regierungsrates vom 4. April 2001

3846

**Zivilprozessordnung
(Änderung)**

(vom)

Der Kantonsrat,

nach Einsichtnahme in den Antrag des Regierungsrates vom 4. April 2001,

beschliesst:

I. Die Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 wird wie folgt geändert:

§ 2. Auf Fälle, die im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung liegen, jedoch nicht vom Gerichtsstandsgesetz erfasst sind, kommt das Gerichtsstandsgesetz als kantonales Recht zur Anwendung. Allgemeiner Gerichtsstand

Die §§ 3, 4, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14 und 15 werden aufgehoben.

§ 16. Abs. 1 unverändert.

Im Fall von Art. 34 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes ist der Zeitpunkt der ersten Einreichung massgebend. Massgebender Zeitpunkt

§ 53 a. Aus zureichenden Gründen, insbesondere im Fall von Art. 36 Abs. 1 des Gerichtsstandsgesetzes kann das Verfahren eingestellt werden. Einstellung des Verfahrens

Im Fall von Art. 35 Abs. 1 des Gerichtsstandsgesetzes muss das Verfahren eingestellt werden.

§ 58. Eine Klagenhäufung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes ist nur zulässig, wenn für die Klagen die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit vorgesehen sind. Klagenhäufung

Abs. 2 unverändert.

§ 60. Widerklage ist zulässig, wenn für sie die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage vorgesehen sind. Satz 2 unverändert. Widerklage

Eine beim Gericht rechtshängige Widerklage bleibt bestehen, auch wenn die Hauptklage dahinfällt.

Abs. 3 unverändert.

- b) obligatorisch § 104. Eine Klage wird ohne Sühnverfahren schriftlich beim Gericht rechtshängig gemacht, wenn sie
- im beschleunigten Verfahren zu beurteilen ist;
 - die fürsorgliche Freiheitsentziehung betrifft;
 - innerhalb einer Frist von weniger als 30 Tagen erhoben werden muss;
 - in den Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) fällt.
- Wirkungen der Rechtshängigkeit § 107. Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:
Ziff. 1 unverändert.
- Wird eine weitere, identische Klage rechtshängig gemacht, verfährt das Gericht nach Art. 35 des Gerichtsstandsgesetzes.
 - Die Klage kann nicht unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen werden, ausser zur Verbesserung bei fehlerhafter Klageeinleitung. Art. 34 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes bleibt vorbehalten und gilt auch für Fälle der sachlichen Unzuständigkeit.
Abs. 2 unverändert.
- Einrede der Unzuständigkeit § 111. Abs. 1 und 2 unverändert.
Die Einlassung auf die Klage im Sühnverfahren schliesst die Einrede der Unzuständigkeit vor dem Gericht nicht aus.
- Prozessüberweisung § 112. Abs. 1 unverändert.
Bei Klagen, die miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen, richtet sich die Prozessüberweisung nach Art. 36 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes.
Abs. 2 und 3 werden Abs. 3 und 4.
- Verfahren auf einseitiges Vorbringen § 211. Abs. 1 unverändert.
Abs. 3 wird Abs. 2.
- Zulässigkeit § 222. Das Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren ist zulässig
Ziffern 1 und 2 unverändert.

3. zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, falls diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden und der Prozess
- a) noch nicht rechtshängig oder
 - b) beim Hauptsacherichter an einem andern Gerichtsstand rechtshängig ist.

§ 232. Der Gerichtsstand bestimmt sich nach Art. 33 des Gerichtsstandsgesetzes. c) Verfahren

§ 234. Der nach Art. 33 des Gerichtsstandsgesetzes zuständige Gemeindeammann nimmt auf Verlangen einen Befund über den tatsächlichen Zustand auf, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden kann. Amtlicher Befund

Sätze 2–4 unverändert.

§ 285. Abs. 1 unverändert.

Abs. 2 Satz 1 unverändert. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist stets zulässig, wenn eine Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 der Bundesverfassung oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird. e) Verhältnis zu andern Rechtsmitteln

Abs. 3 unverändert.

§ 301. Vollstreckt werden auch vorsorgliche Massnahmen, die von Gerichten anderer Kantone oder von inländischen Schiedsgerichten angeordnet worden sind. b) vorsorgliche Massnahmen anderer schweizerischer Gerichte

§ 310. Für die Vollstreckung sind zuständig:

1. die Gerichte am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben war;
2. die Gerichte am Erfüllungsort;
3. die Gerichte am Ort der gelegenen Sache;
4. der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich, sofern er gemäss § 302 für die Anerkennung des ausländischen Entscheides zuständig ist.

Gerichtsstand

II. Übergangsbestimmungen

Das Gesetz findet auch auf Verfahren Anwendung, die bei seinem Inkrafttreten hängig sind; die Zuständigkeit der mit der Sache befassten Instanz bleibt bestehen.

III. Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

Weisung

A. Anlass, Ziel und Verfahren

Am 24. März 2000 haben die eidgenössischen Räte das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, AS 2000 S. 2355 ff.) verabschiedet. Dieses Gesetz ist auf den 1. Januar 2001 in Kraft getreten. In erster Linie regelt es, welche Gerichte für Zivilsachen des Bundesrechts örtlich zuständig sind. Der Erlass geht aber über diesen Themenbereich hinaus, indem er auch verschiedene andere prozessrechtliche Fragen gesamtschweizerisch normiert.

Da die örtliche Zuständigkeit bisher grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt war, erfordert das Gerichtsstandsgesetz eine Anpassung des kantonalen Prozessrechts. Im Wesentlichen geht es dabei darum, in der Zivilprozessordnung jene Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit aufzuheben, die durch das neue Bundesrecht hinfällig werden. Da der sachliche Anwendungsbereich der kantonalen Zivilprozessordnung über jenen des Gerichtsstandsgesetzes hinausgeht, verbleibt eine Anzahl von Rechtsverhältnissen, für welche die örtliche Zuständigkeit nach wie vor auf Grund des kantonalen Rechts zu bestimmen ist. Für diese Fälle sind Regelungen anzustreben, die mit jenen übereinstimmen, die für die eidgenössischen Zivilsachen gelten. Sodann ist das kantonale Prozessrecht auch in jenen prozessualen Fragen an das Gerichtsstandsgesetz anzugleichen, wo dieses über seinen Kernbereich der Regelung der örtlichen Zuständigkeit hinausgeht. Schliesslich bietet die vorliegende Gesetzesrevision Gelegenheit, das seit langem bestehende Anliegen nach Vorverlegung der Rechtshängigkeit zu verwirklichen.

Die Direktion der Justiz und des Innern hat im April 2000 eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Gestützt auf ein Rechtsgutachten von Prof. Karl Spühler vom 26. Juni 2000 erstellte die Arbeitsgruppe einen Vernehmlassungsentwurf und überarbeitete diesen auf Grund der eingegangenen Stellungnahmen.

Die Vernehmlassung wurde am 4. Oktober 2000 eröffnet und am 31. Dezember 2000 geschlossen. Neben den Mitberichten anderer Direktionen gingen Stellungnahmen vom Kassationsgericht, vom Obergericht, vom Verband der Friedensrichterinnen und Friedensrichter und vom Zürcher Anwaltsverband ein. Grundsätzliche Kritik an der Notwendigkeit oder am Inhalt des Gesetzes wurde nicht geäussert. Die Vorverlegung der Rechtshängigkeit in euro-internationalen Verhältnissen (vgl. § 104 ZPO) wurde ausdrücklich begrüsst. Die in den Stellungnahmen geäusserten Anregungen konnten zum grossen Teil berücksichtigt werden. Soweit das nicht der Fall ist, wird bei der Besprechung der einzelnen Bestimmungen näher darauf einzugehen sein.

B. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

§ 2 ZPO

Die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung werden auf Grund der Art. 3 und 4 GestG hinfällig. Art. 4 GestG kennt indessen nur den Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthaltsort, § 2 Abs. 3 ZPO demgegenüber auch jenen am jeweiligen oder – subsidiär – am letzten bekannten Aufenthaltsort des Beklagten. Für diese weitergehenden kantonalen Gerichtsstände besteht heute kein Raum mehr, da das Gerichtsstandsgesetz die Gerichtsstände abschliessend umschreibt (Botschaft des Bundesrates vom 18. November 1998, Bbl 1999 S. 2844). § 2 ZPO ist daher aufzuheben – oder mit einem anderen Regelungsinhalt zu versehen:

Wie einleitend erwähnt, ist der Geltungsbereich der kantonalen Zivilprozessordnung umfassender als jener des Gerichtsstandsgesetzes. Art. 1 Abs. 2 GestG lautet:

- «Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Zuständigkeit:*
- a. auf dem Gebiet des Kindesschutzes und des Vormundschaftsrechts;*
 - b. nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs;*
 - c. auf dem Gebiet der Binnen- und Seeschifffahrt und der Luftfahrt.»*

Der Ausdruck «vorbehalten» wird in der Regel so verstanden, dass in den vom Vorbehalt erfassten Sachbereichen die dortigen Normen als *lex specialis* vorgehen, die allgemeinen Bestimmungen aber weiterhin ergänzend zur Anwendung kommen. Auf Grund der Botschaft (Seite 2843) muss für Art. 1 Abs. 2 GestG hingegen geschlossen werden, dass die dort genannten Themenbereiche vom Geltungsbereich des Gerichtsstandsgesetzes umfassend ausgeschlossen sein sollen, mit der Folge, dass das Gerichtsstandsgesetz auch nicht ergänzend zur Anwendung kommt. Der Titel vor Art. 1 GestG, der vom «Geltungsbereich» des Gerichtsstandsgesetzes spricht, unterstützt diese Sichtweise.

Betrachtet man die in Art. 1 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes genannten Themenbereiche näher, so zeigt sich, dass dort die örtliche Zuständigkeit keineswegs umfassend geregelt ist. Im Bereich des Vormundschaftsrechts etwa fehlen Gerichtsstandsbestimmungen hinsichtlich der fürsorglichen Freiheitsentziehung. Ebenso lässt das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mindestens bei sechs materiellrechtlichen Klagen oder betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht offen, wo die Klage zu erheben ist (Verantwortlichkeitsklage, Anerkennungsklage, Arrestschadenersatzklage, Arrestprosequierungsklage, Admassierungsklage und

Klage auf Rückerstattung von Retentionsgegenständen). Auf Grund des generellen Ausschlusses dieser Sachbereiche vom Geltungsbereich des Gerichtsstandsgesetzes kommen hier subsidiär nach wie vor kantonale Gerichtsstandsbestimmungen zur Anwendung. Zwecks Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung sollten für diese Fälle Regelungen gefunden werden, die mit jenen des Gerichtsstandsgesetzes übereinstimmen. Dieses Anliegen wird durch die Vorschrift in n§ 2 ZPO erreicht, wonach das Gerichtsstandsgesetz auch in jenen Fällen zur Anwendung kommt, die zwar im Anwendungsbereich der ZPO, nicht aber in jenem des Gerichtsstandsgesetzes liegen. Trotz der Titel vor § 2 ZPO («1. Abschnitt: Zuständigkeit»; «A. Örtliche Zuständigkeit») beschränkt sich der Verweis selbstverständlich nicht auf die Zuständigkeitsvorschriften, sondern erfasst alle Normen des Gerichtsstandsgesetzes.

Das Gerichtsstandsgesetz gilt von vornherein nur für Zivilsachen, die im Bundesrecht geregelt sind (Art. 1 Abs. 1 GestG). Aus den «Restbereichen» ergibt sich ein weiterer Anwendungsbereich für kantonale Regelungen, nämlich betreffend Verhältnisse des kantonalen Zivilrechts, vom Zivilgericht zu beurteilende Streitigkeiten gegen juristische Personen des kantonalen öffentlichen Rechts oder hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen des kantonalen Rechts (z. B. Kanzleisperre). Im weiteren schliesst Art. 1 Abs. 1 GestG sämtliche internationalen Fälle vom Anwendungsbereich des Gerichtsstandsgesetzes aus. Soweit es nur um die örtliche Zuständigkeit geht, ist das unproblematisch, da die entsprechenden internationalrechtlichen Bestimmungen den Gerichtsstand abschliessend regeln. Wie einleitend erwähnt normiert das Gerichtsstandsgesetz neben der örtlichen Zuständigkeit aber noch weitere Fragen des Prozessrechts (vgl. etwa Art. 34 Abs. 2 oder Art. 35 GestG). Aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung muss auch hier sichergestellt sein, dass die Fragen unabhängig von der nationalen oder der internationalen Natur des Rechtsverhältnisses gleich beantwortet werden. Sämtliche dieser Anliegen werden durch den Verweis in n§ 2 ZPO verwirklicht.

§§ 3, 4, 6 und 7 ZPO

§ 3 ZPO wird auf Grund von Art. 5 GestG hinfällig.

Das Gerichtsstandsgesetz kennt den Gerichtsstand des Spezialdomizils nicht. Auf Grund des abschliessenden Charakters der im Gerichtsstandsgesetz vorgesehenen Gerichtsstände muss § 4 ZPO aufgehoben werden.

Die §§ 6 und 7 ZPO werden auf Grund der Art. 19 und 20 GestG hinfällig. Was den Gerichtsstand der Vollstreckung betrifft (§ 7 Abs. 2 ZPO), sei auf n§ 310 ZPO verwiesen.

§ 9 ZPO

Soweit das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz die örtliche Zuständigkeit nicht regelt, gilt kantonales Recht. Zwecks Wahrung der Einheit der Rechtsordnung ist auf den Erlass von Sondervorschriften zu verzichten und stattdessen auf das Gerichtsstandsgesetz zu verweisen. Das wird mit n§ 2 ZPO erreicht.

§§ 11–15 ZPO

§ 11 ZPO wird auf Grund von Art. 9 GestG hinfällig. Die Privilegierung von Parteien, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen (vgl. § 11 Abs. 2 ZPO), ist nicht mehr zulässig.

§ 12 Abs. 1 ZPO wird wegen Art. 10 GestG hinfällig. Abs. 2 wird als neuer Abs. 3 von § 111 ZPO gefasst (vgl. die Bemerkungen zu § 111 ZPO).

§ 13 ZPO wird mit Art. 7 Abs. 2 GestG hinfällig. Die Einschränkung, wie sie § 13 Abs. 2 ZPO vorsieht, ist auf Grund des abschliessenden Charakters der bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen nicht mehr zulässig.

Auf Grund von Art. 7 Abs. 1 GestG kann § 14 ZPO aufgehoben werden. Eine Partei kann durch das kantonale Recht nicht mehr verpflichtet werden, sich durch das Obergericht einen Gerichtsstand zu weisen zu lassen; der Partei steht die freie Wahl zu.

§ 15 wird mit Art. 6 GestG hinfällig. Eine Privilegierung des Klägers gemäss Satz 2 der kantonalen Bestimmung ist auf Grund des abschliessenden Charakters der Bundesrechtsnormen nicht mehr zulässig.

§ 16 ZPO

Diese Bestimmung legt fest, auf welchen Zeitpunkt ein Gericht abzustellen hat, wenn es prüft, ob es örtlich zuständig ist: Es ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage, also in der Regel das Datum der Einreichung der friedensrichterlichen Weisung. § 16 wird durch Art. 34 Abs. 2 GestG tangiert und bedarf einer Anpassung. Die letztgenannte Norm lautet wie folgt:

«Wird eine mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht, so gilt als Zeitpunkt der Klageanhebung das Datum der ersten Einreichung.»

Der Inhalt der Bestimmung wird klarer, wenn man den nicht zum Gesetz gewordenen Art. 38 des Entwurfes des Bundesrates mitberücksichtigt:

«Die Rechtshängigkeit tritt mit der Klageanhebung ein.»

Im Zusammenhang betrachtet, tritt die Rechtshängigkeit also mit Anrufung des (unzuständigen) Erstgerichts ein und bleibt dann während 30 Tagen erhalten, um der klagenden Partei Zeit zu geben, an das (zuständige) Zweitgericht zu gelangen. Konsequenterweise sollte das Zweitgericht dann aber auch auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Anrufung des Erstgerichts abstellen, wenn es seine örtliche Zuständigkeit prüft. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass sich die beklagte Partei, nachdem sie vom Verfahren vor dem örtlich unzuständigen Gericht erfahren hat, absetzt, mit der Folge, dass es praktisch unmöglich wäre, das örtlich zuständige Gericht innert der Frist von 30 Tagen anzurufen. Dies wird mit der vorgeschlagenen Ergänzung von § 16 ZPO erreicht.

Offen bleibt indessen immer noch, was mit dem Ausdruck «erste Einreichung» in Art. 34 Abs. 2 GestG gemeint ist. Da das Gerichtsstandsgesetz – entgegen dem Vorentwurf des Bundesrates – den Eintritt der Rechtshängigkeit nicht allgemein festlegt, ist davon auszugehen, dass dies der Bundesgesetzgeber auch nicht für den Spezialfall von Art. 34 Abs. 2 GestG tun wollte. Das bedeutet, dass sich der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit vor dem (unzuständigen) Erstgericht nach kantonalem Recht bestimmt. Mit «Einreichung» im Sinne von Art. 34 Abs. 2 GestG wäre damit im Kanton Zürich die Einreichung der Weisung bzw. – wenn kein Sühnverfahren erforderlich ist – der Klage beim Gericht gemeint. Letztlich ist das aber eine Frage des Bundesrechts, dessen Auslegung durch den kantonalen Gesetzgeber nicht vorweggenommen werden soll. Aus diesem Grund wiederholt der neue Abs. 2 von § 16 ZPO lediglich den Ausdruck «erste Einreichung» und lässt den Gegenstand und den Adressaten der Einreichung offen.

§ 53 a ZPO

Diese Bestimmung regelt die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfahrenseinstellung. Zwecks Wahrung der Vollständigkeit ist hier auf Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 GestG (obligatorische bzw. fakultative Verfahrensaussetzung) zu verweisen.

§ 58 ZPO

Art. 7 GestG regelt die örtliche Zuständigkeit für Fälle der subjektiven (Abs. 1) bzw. der objektiven (Abs. 2) Klagenhäufung. Hier stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der kantonale Gesetzgeber dieses bundesrechtliche «Gerichtsstands-Angebot» durch Voraussetzungen betreffend die sachliche Zuständigkeit oder die Verfahrensart einschränken darf. Diese Frage ist zu bejahen. Die Botschaft führt hierzu klar aus (S. 2848): «Es ist zu betonen, dass auch diese Bestimmung (Art. 7 GestG) sich nur zur örtlichen Zuständigkeit äussert: Die Regelung der sachlichen verbleibt dem kantonalen Recht». Die Frage ablehnend zu beantworten, hätte zur Folge, dass unter Umständen der Einzelrichter Fälle zu beurteilen hätte, die in den Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts fallen, oder dass der Richter im summarischen Verfahren über Verhältnisse zu entscheiden hätte, die gemäss ZPO im ordentlichen Verfahren zu behandeln sind.

§ 58 ZPO befasst sich nur mit der objektiven Klagenhäufung; die subjektive Klagenhäufung (notwendige und einfache aktive Streitgenossenschaft) ist in den §§ 39 f. ZPO normiert. Der neue Abs. 1 von § 58 ZPO übernimmt den bisherigen Abs. 1 ohne inhaltliche Änderung. Die redaktionelle Umformulierung dient der Klarstellung, dass sich § 58 ZPO nur zur sachlichen Zuständigkeit und zur Verfahrensart, nicht aber zur örtlichen Zuständigkeit äussert; letztgenannte Frage wird abschliessend durch § 7 GestG geregelt.

§ 60 ZPO

Für den neuen Satz 1 von Abs. 1 dieser Bestimmung gelten die Bemerkungen zu § 58 ZPO sinngemäss.

Gemäss geltendem § 60 Abs. 2 ZPO bleibt eine Widerklage bestehen, wenn die Hauptklage zurückgezogen oder anerkannt worden ist. Bei andern Gründen des Dahinfallens der Hauptklage (z. B. nicht bezahlte Kaution für die Hauptklage oder wegfallende Prozessvollmacht) fällt hingegen auch die Widerklage dahin. Die bundesrechtlichen Vorschriften über den Gerichtsstand gehen hier weiter. Gemäss Art. 6 Abs. 2 GestG bleibt «der Gerichtsstand (...) bestehen, auch wenn die Hauptklage aus irgend einem Grund dahinfällt.» Hier gilt es, die kantonalen Vorschriften zur sachlichen Zuständigkeit den Bundesnormen über die örtliche Zuständigkeit anzugleichen. Auf die Formulierung «aus irgend einem Grund» kann indessen verzichtet werden.

§§ 102 und 104 ZPO

Im interkantonalen und internationalen Vergleich tritt im Kanton Zürich die Rechtshängigkeit zu einem verhältnismässig späten Zeitpunkt ein, nämlich in der Regel mit der Einreichung der friedensrichterlichen Weisung beim Gericht. Das kann zur Folge haben, dass ein Beklagter, der auf Grund des klägerischen Sühnbegehrens von dessen Prozessabsichten erfährt, Letzterem zuvorkommt, indem er selbst bei einem ihm besser gelegenen Gericht gegen den Kläger vorgeht. In vergangener Zeit hat das dazu geführt, dass Prozesse, die auf Grund ihres hohen Streitwertes für die Anwaltschaft wie auch für die Gerichte lukrativ gewesen wären, auf ausländische «Judikativ-Plätze» abgewandert sind. Für die Diskussion einer Vorverlegung muss unterschieden werden:

a. Binnenverhältnisse. Hier könnte eine Vorlegung der Rechtshängigkeit dadurch erreicht werden, dass sie das kantonale Recht bereits im Sühnverfahren eintreten lässt. Eine solche Regelung kennen die Kantone Aargau (ZPO 140), Appenzell Innerrhoden (ZPO 126) und Ausserrhoden (ZPO 118), Freiburg (ZPO 125), Glarus (ZPO 51), Graubünden (ZPO 50), Luzern (ZPO 197), Thurgau (ZPO 90 und 121) und Waadt (ZPO 119). Konkret liesse sich das so verwirklichen, dass für den Eintritt der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Klageanhebung abgestellt würde, also auf jene prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung der klagenden Partei, mit der sie zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihr erhobenen Anspruch den Schutz des Gerichts anruft (BGE 118 II 487). Für den Kanton Zürich würde hierzu die Anrufung des Friedensrichters genügen. Stellte man auf die Klageanhebung ab, wäre eine Klage somit dann rechtshängig, wenn das inhaltlich genügend bestimmte Sühnbegehren (Rechtsbegehren; Sachverhalt in groben Zügen) zuhanden des Friedensrichteramtes der Post aufgegeben worden ist.

Eine solche Vorverlegung der Rechtshängigkeit brächte indessen erhebliche Nachteile mit sich: Zum einen würde ihr Eintritt nicht mehr von einem formalisierten, eindeutig bestimmbareren Verfahrensakt (Einreichung der Weisung) abhängen, sondern müsste fallweise in der Phase der Sühnverhandlung bestimmt werden; rechtshängig wäre ein Verfahren dann und nur dann, wenn der Streitgegenstand (Rechtsbegehren und zugrunde liegender Sachverhalt) von der klagenden Partei genügend bestimmt wären. Zum andern sollte davon abgesehen werden, für die beschränkte Zeit bis zum Erlass einer eidgenössischen Zivilprozessordnung derart weitgehend in das Zürcher Prozessrecht einzugreifen. Denn die dargelegte Vorverlegung der Rechtshängigkeit würde in jedem Fall dazu führen, dass das Sühnverfahren seinen bis anhin weitgehend informellen Charakter verlöre. Ein weiteres Pro-

blem bestünde darin, dass der Inhalt des Begriffs der Klageanhebung in keinem Bundesgesetz, sondern einzig durch das Bundesgericht festgelegt worden ist. Das kann zur Folge haben, dass dereinst noch weitere Voraussetzungen an diesen Begriff geknüpft werden könnten, wie etwa die Endgültigkeit der Rechtshängigkeit (vgl. dazu die folgenden Ausführungen zu den euro-internationalen Verhältnissen). Der vorliegende Gesetzesentwurf verzichtet deshalb auf die Vorverlegung der Rechtshängigkeit in Binnenverhältnissen.

b. Eurointernationale Verhältnisse. Der verhältnismässig späte Eintritt der Rechtshängigkeit wird vor allem bei euro-internationalen Rechtsverhältnissen (Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens), wo es regelmässig um hohe Summen geht, als stossend empfunden. Bei solchen Fällen lassen sowohl der europäische Gerichtshof wie auch das Bundesgericht die Rechtshängigkeit erst dann eintreten, wenn diese endgültiger Natur ist, d. h., wenn der Rückzug der Klage zum Verlust des materiellen Anspruchs führt (so genannte Fortführungslast; vgl. dazu BGE 123 III 427). Im Kanton Zürich tritt die Fortführungslast in der Regel erst mit Einreichung der Weisung beim Gericht ein (§ 102 Abs. 1 ZPO). Dieser Zeitpunkt könnte dadurch vorverschoben werden, dass der kantonale Gesetzgeber eine Norm erlässt, welche die Fortführungslast bereits mit Anrufung des Friedensrichters eintreten lässt. Eine solche Lösung hätte aber den Nachteil, dass die Flexibilität im Sühnverfahren eingeschränkt wäre: Die klägerische wie auch die beklagte Partei wären weniger bereit, Zugeständnisse zu machen oder vorerst auf den Weiterzug des Falles zu verzichten, wenn dies zum Verlust des Anspruchs führt. Unter diesem Aspekt sollte die Lösung, wie sie in n§ 104 lit. d ZPO enthalten ist, vorgezogen werden: Die Bestimmung sieht vor, bei Klagen, die im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens liegen, auf das Sühnverfahren generell zu verzichten, mit der Folge, dass die Klage direkt durch Einreichung beim Gericht rechtshängig gemacht werden kann. Dabei geht es einzig um sogenannte «Zivil- oder Handelssachen» im Sinne von Art. 1 des Lugano-Übereinkommens. Nicht in diesen Sachbereich fallen ungefähr jene Gegenstände, die im schweizerischen Recht durch das Personenrecht, das Güterrecht, das Erbrecht, das Konkursrecht und das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit normiert sind. Im Wesentlichen geht es also um euro-internationale Vertrags- oder Haftpflichtfälle. In diesen Gebieten ist das «Aussöhnungs-Potential» regelmässig ohnehin viel kleiner als in den Bereichen des Personen-, Familien- oder Erbrechts, die vom Lugano-Übereinkommen grundsätzlich nicht erfasst sind. Hinzu kommt, dass ein Friedensrichter in aller Regel bei internationalen Vertrags- oder Haftpflichtfällen nicht über die nötigen Kenntnisse des internationalen und des ausländischen Rechts verfügt, um den Parteien einen akzeptablen Vergleichsvorschlag unterbreiten

zu können. Im weiteren müssen in internationalen Fällen die Parteien nicht selbst vor dem Friedensrichter erscheinen, sondern können sich vertreten lassen. Auch dieser Umstand vermindert die Chance, dass der Streit durch Vergleich vor dem Friedensrichter beendet werden kann. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der vorgesehene Buchstabe d) von § 104 lit. d ZPO dazu führt, den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit für sämtliche internationalen Verhältnisse zu harmonisieren (vgl. dazu sogleich). Im übrigen wird § 104 ohne inhaltliche Änderung besser gegliedert und mit einer neuen Marginalie versehen, die den Gegensatz zu § 103 betont.

c. Allgemein-internationale Verhältnisse. Hier besteht weder kantonale Handlungskompetenz noch Handlungsbedarf, denn Art. 9 Abs. 2 IPRG (SR 291) sieht folgendes vor:

«Zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, ist der Zeitpunkt der ersten für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung massgebend. Als solche genügt die Einleitung des Sühnverfahrens.»

Mit anderen Worten tritt hier die Rechtshängigkeit im Zeitpunkt der Klageanhebung, also bereits mit Anrufung des Friedensrichters ein.

§ 107 ZPO

Der Regelungsgehalt der bisherigen Ziffer 2 ist neu in Art. 35 GestG enthalten. Im Sinne der Vollständigkeit von § 107 ZPO wird hier ein Verweis auf die genannte Bundesbestimmung aufgenommen.

Ziffer 3 von § 107 ZPO wird durch den neuen § 34 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes eingeschränkt. Danach kann eine Klage, die zunächst vor dem örtlich unzuständigen Gericht angehoben worden ist, ohne materiellen Rechtsverlust zurückgezogen und beim örtlich zuständigen Gericht neu eingebracht werden. Die Vorschrift von Art. 34 Abs. 2 GestG bezieht sich indessen nur auf die örtliche Zuständigkeit. Im Sinne der Normeinheit sollte im kantonalen Recht eine analoge Lösung für den Fall vorgesehen werden, dass das Erstgericht sachlich unzuständig ist. Dies wird durch Hinzufügen eines zweiten Satzes zum unveränderten Satz 1 von Ziffer 3 erreicht.

§ 111 ZPO

Die Bestimmung wird mit einem neuen Abs. 3 ergänzt, der identisch mit dem bisherigen § 11 Abs. 2 ZPO ist. Auf Grund der umfangreichen Streichungen im Abschnitt über die örtliche Zuständigkeit der ZPO ist die Norm hier besser platziert.

§ 112 ZPO

Im Sinne der Vollständigkeit der Regelungen zur Prozessüberweisung wird bei § 112 ZPO ein neuer Abs. 2 eingefügt, der auf den in Art. 36 Abs. 2 des Gerichtsstandsgesetzes geregelten Fall einer Prozessüberweisung verweist.

§ 211 ZPO

Das Gerichtsstandsgesetz regelt nicht nur die streitigen, sondern auch die nicht streitigen Zivilsachen (Art. 11, 13 und 18 Abs. 2 GestG). Demzufolge wird Abs. 2 von § 211 ZPO hinfällig.

§ 222 ZPO

Die hier vorzunehmende Änderung hat ihren Anlass in Art. 33 GestG. Die Bestimmung schafft einen neuen Gerichtsstand für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Hier obliegt es dem kantonalen Recht, die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart zu regeln. Art. 33 GestG lautet wie folgt:

«Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend zuständig.»

Die beiden Gerichtsstände von Art. 33 GestG gelten sowohl vor also auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Hauptsache. Vor Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart nach dem geltenden § 222 Ziffer 3 ZPO; diesbezüglich besteht kein Änderungsbedarf. Anders ist die Lage nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Soweit vorsorgliche Massnahmen beim Hauptsache-Gericht verlangt werden, ist dieses Gericht gestützt auf § 110 ZPO auch für die Beurteilung des Massnahme-Begehrens zuständig und entscheidet hierbei praxisgemäss im summarischen Verfahren. Wenn hingegen (nach Eintritt der Rechtshängigkeit) die Massnahmen beim Gericht am Vollstreckungsort verlangt werden, so fehlt es an Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart: § 110 ZPO kommt nicht zur Anwendung, weil er nur das Hauptverfahren beschlägt, und a§ 222 Ziffer 3 ZPO deshalb nicht, weil nicht zutrifft, dass der Prozess «noch nicht rechtshängig ist». Von der Sache her sollte hier ebenfalls der Einzelrichter im summarischen Verfahren für zuständig erklärt werden – mit Ausnahme des Falles, dass der «Hauptsache-Ort» und der «Vollstreckungs-Ort» identisch sind: Diesfalls soll einzig das Hauptsache-Gericht zuständig sein, weil sich sonst mehrere Gerichtsabteilungen an einem Gerichtsstand mit demselben Fall befassen müssen.

Dieses Regelungsanliegen werden durch die vorgesehene Ergänzung von § 222 Ziffer 3 ZPO erreicht:

- Solange der Hauptprozess noch nicht rechtshängig ist, kann der (örtlich zuständige) Einzelrichter im summarischen Verfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen, denn es gilt, dass «... der Prozess noch nicht (...) rechtshängig ist.»
- Wenn der Hauptsacheprozess bereits hängig ist und an einem andern Ort – dem Vollstreckungsort – vorsorgliche Massnahmen verlangt werden, dann ist die Zuständigkeit des dortigen Einzelrichters im summarischen Verfahren gegeben, denn es liegt der Fall vor, dass «... der Prozess (...) beim Hauptsacherichter an einem andern Gerichtsstand rechtshängig ist.»
- Wenn der Hauptsacheprozess bereits rechtshängig ist und an diesem Ort zusätzlich vorsorgliche Massnahmen verlangt werden, so ist der dortige Einzelrichter im summarischen Verfahren nicht zuständig. Denn weder trifft zu, dass «... der Prozess noch nicht (...) rechtshängig ist», noch liegt der Fall vor, dass «... der Prozess (...) beim Hauptsacherichter an einem andern Gerichtsstand rechtshängig ist.»

§ 232 ZPO

Beweissicherungsmassnahmen sind an sich Teil eines vorgezogenen Beweisverfahrens. Der Vorentwurf zum Gerichtsstandsgesetz regelte deshalb die örtliche Zuständigkeit entsprechender Verfahren in einem eigenen Artikel. Gemäss Botschaft (S. 2849) handelt es sich indessen auch bei Beweissicherungsmassnahmen um vorsorgliche Massnahmen, allerdings in weitem Sinne verstanden. Dieser Auffassung wurde in den eidgenössischen Räten nicht widersprochen. Demzufolge kann das kantonale Prozessrecht die örtliche Zuständigkeit für Beweissicherungsmassnahmen nicht mehr eigenständig regeln. Unter diesen Umständen ist in § 232 auf Art. 33 GestG zu verweisen. Unter dem Gerichtsstand im Sinne von Art. 33 GestG am Ort, «an dem die Massnahme vollstreckt werden soll», ist in diesem Zusammenhang der Ort zu verstehen, wo der Beweis abgenommen werden soll. Das ist in der Regel auch der Ort, wo – i. S. v. a§ 232 – die Beweisabnahme am schnellsten erfolgen kann. Materiell ändert sich damit wohl nichts gegenüber der bisherigen Regelung in der ZPO.

§ 234 ZPO

Folgt man der soeben gemachten Ausführungen, so muss auch der amtliche Befund nach § 234 ZPO als vorsorgliche Massnahme i. S. v. Art. 33 GestG beurteilt werden. Demzufolge ist auch hier der Gerichtsstand durch Verweis auf Art. 33 GestG festzulegen.

§ 285 ZPO

Die Bestimmung sollte an die neue Bundesverfassung angepasst werden, denn die Verweise in Abs. 2 beziehen sich auf die frühere Bundesverfassung. Art. 8 der geltenden Bundesverfassung (BV) betrifft die Rechtsgleichheit, Art. 9 BV den Schutz vor Willkür und den Grundsatz von Treu und Glauben. Art. 29 BV enthält allgemeine Verfahrensgarantien, wie die gleiche, gerechte und rasche Behandlung durch die Verwaltung und die Gerichte, die Wahrung des rechtlichen Gehörs und die Gewährleistung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. einer unentgeltlichen Rechtsvertretung. Art. 30 BV formuliert Grundsätze zum gerichtlichen Verfahren (zuständiges, unbefangenes, ordentliches Gericht; Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten; Öffentlichkeit von Verhandlung und Urteilsverkündung). Die dargestellten Verfahrensgarantien decken sich im Wesentlichen mit Art. 6 EMRK.

Das Kassationsgericht regte an, in § 285 Abs. 2 ZPO auch Art. 5 EMRK zu erwähnen. Diese Bestimmung regelt, unter welchen Voraussetzungen jemandem die Freiheit entzogen werden darf und welche Rechte der festgenommenen oder in Haft gesetzten Person zukommen. Im Bereich des Zivilrechts sind Anwendungsfälle von Art. 5 EMRK nicht ersichtlich, zumal Entscheide betreffend fürsorgliche Freiheitsentziehung gemäss § 284 Ziffer 6 ZPO nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können.

§ 301 ZPO

Die Bestimmung räumt dem Gericht, das um Vollstreckung einer ausserkantonale oder durch ein Schiedsgericht angeordneten vorsorglichen Massnahme gegangen wird, das Recht ein zu prüfen, ob sich die angeordnete Massnahme mit dem Zürcher Recht verträgt. Unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung der Kantone, ausserkantonale Entscheide voraussetzungslos zu vollstrecken, ist diese Kompetenz äusserst problematisch, wenn nicht sogar bundesrechtswidrig. Art. 37 GestG schreibt denn auch vor, dass bei der Anerkennung und Vollstreckung eines Entscheides die Zuständigkeit des Gerichts, das den Entscheid gefällt hat, nicht mehr überprüft werden dürfe. Diese bundesrechtliche Bestimmung wird zum Anlass genommen, die materielle Prüfungskompetenz der Zürcher Vollstreckungsgerichte aufzuheben.

Entgegen der in einer Stellungnahme vertretenen Auffassung ist es nach wie vor sinnvoll, auch die von inländischen Schiedsgerichten angeordneten vorsorglichen Massnahmen in § 301 ZPO zu erwähnen. Zwar sieht Art. 26 Abs. 1 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit vor, dass allein die staatlichen Gerichte zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig sind. Indessen kann sich das

Schiedsgericht mit Zustimmung der Parteien eine von Art. 26 Abs. 1 abweichende Verfahrensordnung geben, die das Schiedsgericht auch zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig erklärt. Solche Entscheide müssen dann vollstreckt werden können. Gleiches gilt, wenn sich die Parteien gestützt auf Art. 26 Abs. 2 des Konkordates freiwillig einem Entscheid des Schiedsgerichts über vorsorgliche Massnahmen unterziehen.

§ 310 ZPO

Sachlich zuständig für Vollstreckungsentscheide ist gemäss § 222 Ziffer 1 ZPO der Einzelrichter im summarischen Verfahren. Dessen örtliche Zuständigkeit fällt nicht in den Geltungsbereich des Gerichtsstandsgesetzes. Im Sinne einer möglichst grossen Wahlfreiheit der klagenden Partei stellt § 310 ZPO insgesamt drei Gerichtsstände zur Verfügung, die ihre innere Rechtfertigung auch mit Blick auf Art. 33 GestG betreffend vorsorgliche Massnahmen und auf a§ 7 Abs. 2 ZPO betreffend Vollstreckungsort bei beweglichen Sachen erhalten. Einer der Gerichtsstände ist der Erfüllungsort. Das ist der Ort, wo gemäss Sachurteil gehandelt werden muss oder nicht gehandelt werden darf. Im Sinne der Vollständigkeit verweist Ziffer 4 von § 310 ZPO sodann auf die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich im Spezialfall von § 302 ZPO.

Übergangsbestimmung

Abs. 1 der Übergangsbestimmung entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass neues Prozessrecht auch in hängigen Verfahren zur Anwendung kommt. Ebenso entspricht es einer allgemeinen intertemporalen Regel, dass die einmal begründete Zuständigkeit einer Instanz durch neues Recht nicht abgeändert wird. Es bleibt jedoch zu betonen, dass Abs. 2 der Übergangsbestimmungen nur in jenen Sachbereichen zur Anwendung kommt, die zwar im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung, nicht aber in jenem des Gerichtsstandsgesetzes liegen. Für Verfahren, die vom Gerichtsstandsgesetz erfasst werden, wird der Fortbestand der örtlichen Zuständigkeit nämlich bereits durch Art. 38 GestG geregelt.

C. Unveränderte Bestimmungen:

Folgende Bestimmungen werden durch die Vorlage mit nachstehender Begründung nicht berührt:

§ 1 ZPO: Mit Blick auf § 5 a ZPO hat diese Bestimmung nach wie vor ihre Daseinsberechtigung, auch wenn die Fälle, wo das Bundesrecht den Gerichtsstand vorschreibt, nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel bilden.

§ 5 a ZPO: Wie bereits erwähnt (vgl. Bemerkungen zu § 2 ZPO), wird das Vormundschaftsrecht – und damit auch die fürsorgliche Freiheitsentziehung – vom Gerichtsstandsgesetz nicht erfasst. Da in den Art. 397 a bis 397 f ZGB die örtliche Zuständigkeit nicht normiert ist, besteht somit nach wie vor ein Bedarf am Regelungsgehalt von § 5 a ZPO.

§ 25 ZPO: Für Nebenbegehren dürfte die örtliche Zuständigkeit regelmässig auf Grund von Art. 7 Abs. 2 GestG (objektive Klagenhäufung) gegeben sein. § 25 ZPO befasst sich demgegenüber mit der sachlichen Zuständigkeit. Den Kantonen bleibt es unbenommen, in diesem Bereich zu legiferieren (vgl. Bemerkungen zu § 58 ZPO). § 25 ZPO ist deshalb unverändert zu lassen.

§ 117 ZPO: Die Normierung des Gerichtsstandes der Widerklage in Art. 6 GestG verwehrt dem kantonalen Gesetzgeber nicht, zu regeln, bis wann eine Widerklage zu erheben und zu begründen ist. § 117 ZPO ist deshalb unverändert zu lassen.

§ 235 ZPO: Bei der amtlichen Zustellung von Erklärungen liegt kein Fall von Gerichtsbarkeit vor. Vielmehr geht es um eine Dienstleistung der Verwaltung für Private, also um reines Verwaltungshandeln.

§ 20 des Haftungsgesetzes: Für Haftungsansprüche gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts sind die Zivilgerichte zuständig. Materiell handelt es sich indessen um Ansprüche, die im öffentlichen Recht begründet sind. Die Vernehmlassungsvorlage unterstellte auch solche Verfahren dem Gerichtsstandsgesetz. Gestützt auf Art. 25 GestG hätte das aber die unerwünschte Folge gehabt, dass der Kanton Zürich und andere Personen des öffentlichen Rechts unter Umständen an jedem Ort der Schweiz in einen Prozess hätten verwickelt werden können. Mit Blick auf die parallel gewählte Lösung für Forderungen gegen juristische Personen des Bundes (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d GestG) wird deshalb an der örtlichen Zuständigkeit gemäss § 20 des Haftungsgesetzes – Gerichtsstand am Sitz des beklagten Gemeinwezens – festgehalten.

D. Auswirkungen

Das Gesetz wird weder in finanzieller Hinsicht noch mit Blick auf Behörden- oder Gerichtsstrukturen Auswirkungen haben.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:	Der Staatsschreiber:
Fuhrer	Husi