

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Band / Volume 15

Andreas Lienhard

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Die materielle Prozessleitung
der Schweizerischen
Zivilprozessordnung**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialien	XLI
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
1. Kapitel: Grundlagen	1
A. Der Begriff und der Anwendungsbereich der materiellen Prozessleitung	2
I. Begriff der materiellen Prozessleitung	2
1. Umschreibungen in der Literatur	2
2. Umschreibung in dieser Arbeit	3
3. Abgrenzungen	4
II. Anwendungsbereich	6
B. Die Formen der materiellen Prozessleitung	7
C. Die Zwecke der materiellen Prozessleitung	8
I. Zwecke in allen Verfahren der ZPO	9
II. Zwecke in besonderen Verfahren der ZPO	11
D. Rechtshistorischer Überblick	13
E. Regelung in den ehemaligen kantonalen Zivilprozessordnungen	16
I. Die gerichtliche Fragepflicht	17
II. Die Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen	18
2. Kapitel: Die materielle Prozessleitung im ordentlichen Verfahren	21
F. Die gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	21
I. Konzept des ordentlichen Verfahrens	22
II. Voraussetzungen der gerichtlichen Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	23
1. Vorbringen einer Partei	23
2. Mangelhaftigkeit des Parteivorbringens trotz Auslegung	25
3. Unklarheit, Widersprüchlichkeit, Unbestimmtheit oder offensichtliche Unvollständigkeit	27
3.1. Unklarheit, Widersprüchlichkeit oder Unbestimmtheit	28
3.1.1. Überblick über die Lehre	28
	XI

3.1.2. Stellungnahme	28
3.2. Offensichtliche Unvollständigkeit	29
3.2.1. Unvollständigkeit	30
3.2.2. Offensichtlichkeit	32
3.2.2.1. Grammatikalische Auslegung	34
3.2.2.2. Historische Auslegung	34
3.2.2.3. Systematische Auslegung	36
3.2.2.4. Teleologische Auslegung	41
3.2.2.5. Verfassungskonforme Auslegung	42
3.2.2.6. Auslegungsergebnis	45
3.2.3. Zurückhaltende Anwendung	46
4. Zwischenfazit	48
III. Schranken der gerichtlichen Fragepflicht	50
1. Die prozessuale Sorgfalt	51
1.1. Im Allgemeinen	51
1.2. Bei einem Hinweis durch die Gegenpartei im Speziellen	52
2. Die Verhandlungsmaxime	54
2.1. Bei mangelhaften Tatsachenbehauptungen	55
2.1.1. Übersicht über die Lehre und Rechtsprechung	55
2.1.2. Stellungnahme	57
2.1.3. Zwischenfazit	60
2.2. Bei mangelhaften Beweisofferten	61
2.2.1. Übersicht über die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung	61
2.2.2. Stellungnahme	63
2.2.3. Zwischenfazit	68
2.3. Bei mangelhafter Bestreitung	68
2.3.1. Zulässigkeit pauschaler und stillschweigender Bestreitung	68
2.3.2. Fragepflicht bei mangelhafter Bestreitung	71
2.3.3. Zwischenfazit	75
2.4. Bei mangelhaften Einreden und Einwendungen	75
2.4.1. Übersicht über die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung	77
2.4.2. Stellungnahme	78
2.4.3. Zwischenfazit	81
3. Die Dispositionsmaxime	82
3.1. Bei mangelhaften Rechtsbegehren	82
3.1.1. Übersicht über die Lehre und Rechtsprechung	82
3.1.2. Stellungnahme	84
3.1.3. Zwischenfazit	87
3.2. Bei mangelhaften gerichtlichen Vergleichen	88
4. Die Eventualmaxime	91
4.1. Erste Schranke der Eventualmaxime	92

4.2. Zweite Schranke der Eventualmaxime	95
4.3. Zwischenfazit	98
5. Richterliche Überzeugungsbildung bzw. antizipierte Beweiswürdigung	98
6. Der Anspruch auf einen unparteiischen Richter	99
IV. Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	101
1. Übersicht über die Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung	101
2. Stellungnahme	103
2.1. Mögliche Begründungen	103
2.1.1. Begründung mittels des Zwecks der Fragepflicht	103
2.1.2. Begründung mittels des mangelnden Schutzbedürfnisses des Klienten	104
2.1.3. Begründung mittels Vertrauen in die Fähigkeiten eines Anwalts	106
2.1.4. Begründung mittels zurechenbaren Anwaltsverschuldens	107
2.1.5. Zwischenfazit	108
2.2. Differenzierte Anwendung der Fragepflicht	109
3. Nur eine Partei ist anwaltlich vertreten	111
V. Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht	113
1. Sowohl Fragen als auch Hinweise	113
2. Formulierung der Fragen und Hinweise	115
2.1. Konkrete Hinweise	115
2.2. Offene Fragen	117
3. Mündliche oder schriftliche Ausübung der Fragepflicht	117
4. Ansetzen einer Frist	118
5. Anordnung des persönlichen Erscheinens	119
6. Androhung von Säumnisfolgen	120
7. In der Instruktionsverhandlung	121
8. Ausserhalb des formellen Verfahrens	122
G. Die gerichtliche Fragepflicht zur Verhinderung von Überraschungsentscheiden	123
I. Gesetzliche Grundlage	123
II. Voraussetzungen	124
1. Übersicht über die Lehre und Rechtsprechung	124
2. Stellungnahme	125
III. Vergleich mit der Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	126
H. Das Ansetzen einer Nachfrist	127
I. Voraussetzungen der Nachfristansetzung	128
1. Eingabe	128
2. Mangel	128
2.1. Mangel i.S.v. Art. 132 Abs. 1 ZPO	128

2.2. Mangel i.S.v. Art. 132 Abs. 2 ZPO	129
II. Schranken der Nachfristansetzung	131
1. Die prozessuale Sorgfalt	131
2. Das Rechtsmissbrauchsverbot	132
2.1. Rechtsmissbräuchliche Eingabe im Allgemeinen	133
2.2. Spezialfälle rechtsmissbräuchlicher Eingaben	133
2.2.1. Querulatorische Eingaben	134
2.2.2. Eingabe mittels Fax	135
3. Die Eventualmaxime	136
III. Nachfristansetzung bei anwaltlicher Vertretung	137
IV. Ausübung der Nachfristansetzung	138
V. Vergleich von Art. 132 ZPO mit der schriftlich ausgeübten Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	138
J. Die Zwangsweise Bestellung einer Vertretung	140
I. Prozess- und Postulationsfähigkeit	140
II. Aufforderung zur bzw. zwangsweise Bestellung einer Vertretung	141
1. Voraussetzungen	141
2. Ausübung	142
III. Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörden	143
IV. Vergleich mit Art. 56 ZPO	144
K. Die Beweiserhebung von Amtes wegen	146
I. Beweiserhebung von Amtes wegen bei erheblichen Zweifeln	146
1. Voraussetzungen	147
1.1. Vorliegen nichtstreitiger Tatsachen	147
1.2. Erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der nichtstreitigen Tatsache	147
2. Schranken	149
2.1. Die prozessuale Sorgfalt	150
2.2. Die Verhandlungsmaxime	150
2.3. Die Eventualmaxime	151
2.4. Weitere Schranken	152
3. Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	153
4. Ausübung der Beweiserhebung von Amtes wegen	153
4.1. Im Allgemeinen	153
4.2. Bei Säumnis einer Partei im Speziellen	155
II. Augenschein von Amtes wegen	156
1. Differenzierte Anwendung	156
2. Zurückhaltende Anwendung	159
III. Gutachten von Amtes wegen	160
IV. Beweisaussage und Parteibefragung von Amtes wegen	160
1. Beweisaussage von Amtes wegen	160
1.1. Ausschliessliche Anordnung von Amtes wegen	161
1.2. Zusätzliche Notwendigkeit eines Parteiantrages	161

1.3. Subsidiarität der Beweisaussage	162
2. Parteibefragung von Amtes wegen	163
L. Die bekannten Tatsachen	165
I. Offenkundige Tatsachen	166
II. Gerichtsnotorische Tatsachen	168
III. Allgemein anerkannte Erfahrungssätze	172
1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	172
2. Übersicht über die Lehre	174
3. Stellungnahme	175
3. Kapitel: Die materielle Prozessleitung in besonderen Verfahren	177
M. Das vereinfachte Verfahren i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO	177
I. Terminologie, Konzept und zu behandelnde Normen	178
II. Verstärkte gerichtliche Fragepflicht	180
1. Zweck und Anwendungsbereich	180
2. Voraussetzungen der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht	182
2.1. Parteivorbringen	182
2.2. Mangelhaftes Vorbringen trotz Auslegung	186
3. Schranken der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht	187
3.1. Die prozessuale Sorgfalt	187
3.2. Die Verhandlungsmaxime	189
3.2.1. Bei mangelhaften Tatsachenbehauptungen	189
3.2.2. Bei mangelhaften Beweismittelanträgen	192
3.2.3. Bei mangelhafter Bestreitung	193
3.2.4. Bei mangelhaften Einreden und Einwendungen	197
3.3. Die Dispositionsmaxime	198
3.3.1. Bei mangelhaften Rechtsbegehren	198
3.3.2. Bei mangelhaften gerichtlichen Vergleichen	201
3.4. Die Eventualmaxime	201
3.5. Richterliche Überzeugung und antizipierte Beweiswürdigung	204
3.6. Der Anspruch auf einen unparteiischen Richter	204
4. Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	205
5. Ausübung der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht	205
5.1. Fragen und Hinweise	205
5.2. Weitere Ausübungsmodalitäten	208
N. Die Verfahren mit eingeschränkter Untersuchungsmaxime	209
I. Terminologie, Konzept und zu behandelnde Normen	210
1. Terminologie	210
2. Konzept	211
3. Zu behandelnde Normen	214

II.	Eingeschränkte Untersuchungsmaxime	215
1.	Anwendungsbereich und Zweck	215
1.1.	Anwendungsbereich	215
1.2.	Zwecke	217
1.3.	Zwischenfazit	220
2.	Voraussetzungen der gerichtlichen Einflussnahme	221
2.1.	Parteivorbringen	221
2.2.	Mangelhaftigkeit	222
3.	Schranken der eingeschränkten Untersuchungsmaxime	225
3.1.	Fehlender Ermittlungsapparat	225
3.2.	Mitwirkungspflichten	227
3.2.1.	Umschreibungen der Pflicht	227
3.2.2.	Folgen der Pflichtverletzung	228
3.3.	Die Prozessorgfalt	231
3.4.	Die Dispositionsmaxime	231
3.5.	Die Eventualmaxime	235
3.6.	Verhältnismässigkeitsgrundsatz	237
3.7.	Richterliche Überzeugungsbildung und antizipierte Beweiswürdigung	238
3.8.	Der Anspruch auf einen unparteiischen Richter	238
4.	Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	239
4.1.	Begründung mittels des Zwecks der Maxime	240
4.2.	Begründung mittels mangelndem Schutzbedürfnis des Klienten	240
4.3.	Begründung mittels Vertrauen in die Fähigkeiten eines Anwalts	241
4.4.	Begründung mittels der Zurechenbarkeit des Anwaltsverschuldens	242
4.5.	Zwischenfazit	244
4.6.	Spezialfall: Nur eine Partei ist anwaltlich vertreten	245
5.	Ausübung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime	245
III.	Gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO und Art. 247 Abs. 1 ZPO	245
1.	Vereinfachtes Verfahren i.S.v. Art. 247 Abs. 2 ZPO	247
2.	Eheschutzverfahren, vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren und entsprechende Verfahren des Partnerschaftsgesetzes	249
3.	Verfahren vor den Konkurs- und Nachlassgerichten bzw. Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 255 ZPO)	250
4.	Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen	251
5.	Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege	252
6.	Vollstreckungsverfahren	252
IV.	Ansetzen einer Nachfrist (Art. 132 ZPO)	252
V.	Zwangswise Bestellung einer Vertretung (Art. 69 ZPO)	253

VI. Bekannte Tatsachen (Art. 151 ZPO)	253
O. Die Verfahren mit uneingeschränkter Untersuchungs- und Offizialmaxime	255
I. Terminologie, Konzept und zu behandelnde Normen	255
1. Terminologie	255
2. Konzept	257
3. Zu behandelnde Normen	257
II. Uneingeschränkte Untersuchungs- und Offizialmaxime	258
1. Zweck und Anwendungsbereich	258
1.1. Zweck der uneingeschränkten Untersuchungs- und Offizialmaxime	258
1.2. Anwendungsbereich	260
1.2.1. Streitigkeiten mit Kinderbelangen	260
1.2.2. Mündigenunterhalt	261
1.2.3. Verwandtenunterstützung	263
1.2.4. Weitere Verfahren	266
1.2.4.1. Teilung der beruflichen Vorsorge	269
1.2.4.2. Spezielle Verfahren betr. juristische Personen	275
1.2.4.3. Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen	275
1.2.5. Zwischenfazit	277
2. Voraussetzungen der gerichtlichen Einflussnahme	278
2.1. Voraussetzungen der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung	278
2.2. Voraussetzungen der Einflussnahme gestützt auf die Offizialmaxime	280
3. Schranken der uneingeschränkten Untersuchungs- und Offizialmaxime	282
3.1. Bei der Sachverhaltsermittlung	283
3.1.1. Kostenüberlegungen und Arbeitsbelastung	283
3.1.2. Thematische Beschränkung	284
3.1.3. Bindung an übereinstimmende Parteivorbringen	285
3.1.4. Bindung an den Numerus Clausus von Beweismitteln	285
3.1.5. Pflicht zum Durchforsten von Akten	286
3.1.6. Anwendung zu Gunsten der unterhaltsverpflichteten Partei	287
3.2. Bei den Sachanträgen	294
3.3. Die Mitwirkungspflichten der Parteien	297
3.3.1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	297
3.3.2. Überblick über die Lehre	300
3.3.3. Stellungnahme	301
3.3.3.1. Maximenausübung zu Gunsten der unterhaltspflichtigen Partei	301

3.3.3.2. Übrige Sachverhalte	302
3.3.3.3. Verhältnis zu Art. 164 ZPO	306
3.3.3.4. Zwischenfazit	307
3.3.3.5. Kommentierung der bundesgerichtlichen Entscheide	308
3.4. Die prozessuale Sorgfalt	309
3.5. Die Eventualmaxime	310
3.6. Verhältnismässigkeitsgrundsatz	312
3.7. Richterliche Überzeugungsbildung und antizipierte Beweiswürdigung	314
3.8. Der Anspruch auf einen unparteiischen Richter	315
4. Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	316
5. Ausübung der uneingeschränkten Untersuchungs- und Offizialmaxime	318
P. Das Schlichtungsverfahren	319
I. Geltung der Verhandlungsmaxime im gerichtlichen Verfahren	320
II. Geltung der Untersuchungsmaxime im gerichtlichen Verfahren	322
Q. Die Rechtsmittelverfahren der ZPO	324
I. Vorbemerkungen	325
1. Ablauf der Rechtsmittelverfahren	325
1.1. Ablauf des Berufungsverfahrens	326
1.2. Ablauf des Beschwerdeverfahrens	327
2. Anforderungen an die Rechtsmittelschriften	329
2.1. Bei Geltung der Verhandlungsmaxime	329
2.2. Bei Geltung der (uneingeschränkten oder eingeschränkten) Untersuchungsmaxime	330
3. Novenrechte	331
3.1. Bei Geltung der Verhandlungsmaxime	331
3.2. Bei Geltung der (eingeschränkten oder uneingeschränkten) Untersuchungsmaxime	332
3.2.1. Berufung	332
3.2.2. Beschwerde	333
4. Zulässigkeit einer Klageänderung	338
II. Konversion	339
1. Übersicht über die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung	340
2. Stellungnahme	342
III. Ansetzen einer Nachfrist	345
1. Übersicht über die Lehre und Rechtsprechung	345
2. Stellungnahme	347
IV. Gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	352
1. Art. 56 ZPO im Berufungsverfahren	353
1.1. Schranken der Eventualmaxime	353

1.2. Konkrete Anwendung der Fragepflicht	355
2. Art. 56 ZPO im Beschwerdeverfahren	357
2.1. Besondere Schranken der Eventualmaxime	357
2.2. Konkrete Anwendung der Fragepflicht	358
V. Verstärkte gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO	358
1. Art. 247 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren	360
1.1. Besondere Schranken der Eventualmaxime	360
1.2. Konkrete Anwendung von Art. 247 Abs. 1 ZPO	361
2. Art. 247 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren	363
2.1. Besondere Schranken der Eventualmaxime	363
2.2. Konkrete Anwendung von Art. 247 Abs. 1 ZPO	364
VI. Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen	365
1. Bei Geltung der Verhandlungsmaxime	365
1.1. Berufungsverfahren	365
1.2. Beschwerdeverfahren	366
2. Bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime	366
2.1. Berufungsverfahren	366
2.2. Beschwerdeverfahren	367
3. Bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungs- und Offizialmaxime	368
3.1. Berufungsverfahren	368
3.2. Beschwerdeverfahren	368
R. Das Scheidungsverfahren im Besonderen	369
I. Güterrechts- und Unterhaltsstreitigkeiten ohne Kinderbelange	370
1. Spezielle Hinweispflichten i.S.v. Art. 277 Abs. 2 ZPO	371
1.1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen von Art. 277 Abs. 2 ZPO	371
1.2. Schranken von Art. 277 Abs. 2 ZPO	372
1.3. Anwendung im Falle anwaltlicher Vertretung	374
1.4. Ausübung von Art. 277 Abs. 2 ZPO	375
2. Hinweise bei der Genehmigung von Scheidungskonventionen	377
3. Allgemeine gerichtliche Hinweis- und Fragepflicht	379
3.1. Verstärkte gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO	379
3.2. Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO	380
3.3. Zwischenfazit	381
II. Übrige Themenbereiche	381
III. Schwierige Handhabung der materiellen Prozessleitung	383

4. Kapitel: Die Verletzung der Normen über die materielle Prozessleitung	385
S. Folgen einer gerichtlichen Kompetenzüberschreitung	385
I. Berücksichtigung der Ergebnisse	385
1. Berücksichtigung rechtswidrig beschaffter Beweismittel (Art. 152 Abs. 2 ZPO)	386
2. Direkte Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO	387
3. Analoge Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO	387
3.1. Eignung der analogen Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO	387
3.2. Bei Geltung der Verhandlungsmaxime	390
3.3. Bei Geltung der Untersuchungsmaxime	393
4. Zwischenfazit	394
II. Rechtsmittel der ZPO	394
1. Die drei möglichen Vorgehensweisen	394
2. Schutz durch direkte Anfechtung des Akts der gerichtlichen Einflussnahme	395
2.1. Anfechtungsobjekte der Berufung	395
2.2. Anfechtungsobjekte der Beschwerde	397
3. Schutz durch Ausstandsbegehren	401
4. Schutz durch Anfechtung des Endentscheidendes	402
5. Weitere Voraussetzungen der Berufung	402
6. Weitere Voraussetzungen der Beschwerde	404
7. Zwischenfazit	405
III. Rechtsmittel des BGGs	406
1. Die drei möglichen Vorgehensweisen	406
2. Schutz durch Anfechtung des Akts der gerichtlichen Einflussnahme	407
2.1. Anderer, selbstständig eröffneter Vor- und Zwischenentscheid	407
2.2. Nicht wieder gutzumachender Nachteil	410
2.3. Sofortiger Endentscheid und Kostenersparnis	411
2.3.1. Sofortige Herbeiführung eines Endentscheidendes	412
2.3.2. Zeit oder Kostenersparnis	415
2.4. Zwischenfazit	416
3. Schutz durch Stellen eines Ausstandsbegehrens	416
4. Schutz durch Anfechtung des Endentscheidendes	416
5. Zusätzliche Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen	417
5.1. Streitwert	417
5.2. Beschwerdegründe	419
5.3. Weitere Voraussetzungen	421
6. Zusätzliche Voraussetzungen der subsidiären Verfassungsbeschwerde	422

7. Zwischenfazit	423
T. Folgen einer gerichtlichen Kompetenzunterschreitung	423
I. Heilung	424
1. Heilung im Rechtsmittelverfahren	424
1.1. Vorbemerkungen	424
1.1.1. Voraussetzungen	425
1.1.2. Schranken	426
1.1.3. Pflicht zur Heilung	430
1.1.4. Zwischenfazit	431
1.2. Heilung im Berufungsverfahren	432
1.2.1. Kein quantitativer Instanzenentzug	432
1.2.2. Kein qualitativer Instanzenentzug	432
1.2.3. Schranke der Eventualmaxime	433
1.2.4. Zwischenfazit	436
1.3. Heilung im Beschwerdeverfahren	436
1.3.1. Kein quantitativer Instanzenentzug	436
1.3.2. Kein qualitativer Instanzenentzug	437
1.3.3. Schranke der Eventualmaxime	440
1.3.4. Zwischenfazit	441
1.4. Heilung im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen	441
1.4.1. Gesetzliche Grundlage	442
1.4.2. Kein quantitativer Instanzenentzug	442
1.4.3. Kein qualitativer Instanzenentzug	443
1.4.4. Schranke der Eventualmaxime	446
1.4.5. Zwischenfazit	447
2. Heilung im erstinstanzlichen Verfahren	448
II. Rechtsmittel der ZPO und des BGG	449
5. Kapitel: Zusammenfassung und Würdigung	451
U. Zusammenfassende Übersicht	451
I. Materielle Prozessleitung im ordentlichen Verfahren und im vereinfachten Verfahren i.S.v. Art. 247 Abs. 1 ZPO	451
II. Materielle Prozessleitung in den Verfahren mit Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime resp. uneingeschränkten Untersuchungs- und Officialmaxime	455
V. Abschliessende Würdigung	458
I. Die materielle Prozessleitung im ordentlichen Verfahren im Besonderen	458
II. Die materielle Prozessleitung der ZPO im Allgemeinen	460