

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse**

Band / Volume 25

Roland Sarbach

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Das Verbot überraschender
Rechtsanwendung
im ordentlichen Verfahren
nach der Schweizerischen
Zivilprozessordnung**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
1. Teil: Einleitung	1
2. Teil: Grundlagen	5
I. Fragestellung	7
II. Zivilprozess	8
1. Fragestellung	8
2. Beteiligte	8
3. Begriff und Zweck	8
4. Ausgestaltung	9
5. Zwischenergebnis	9
III. Aufgaben der Parteien	10
1. Fragestellung	10
2. Dispositionsgrundsatz	10
2.1. Gesetzliche Verankerung: Art. 58 Abs. 1 ZPO	10
2.2. Funktion	10
2.3. Geltungsbereich	11
2.4. Normgehalt	11
2.4.1. Grundsatz	11
2.4.2. Einleitung des Zivilprozesses	11
2.4.3. Gegenstand des Zivilprozesses	12
2.4.4. Beendigung des Zivilprozesses	13
3. Verhandlungsgrundsatz	13
3.1. Gesetzliche Verankerung: Art. 55 Abs. 1 ZPO	13
3.2. Funktion	14
3.3. Geltungsbereich	15
3.4. Grundsätzlicher Normgehalt	15
3.5. Behauptungs- und Substanziierungslast	16
3.5.1. Behauptungslast	16
3.5.2. Substanziierungslast	20
3.5.3. Ausnahmen von der Behauptungs- und Substanziierungslast	21
3.6. Bestreitungslast	22
3.7. Beweisführungslast	25
4. Zwischenergebnis	26
5. Exkurs: Abgrenzung Tat- und Rechtsfragen	28

6.	Wechselwirkung mit Rechtsanwendung	29
IV.	Aufgaben des Gerichts	31
1.	Fragestellung	31
2.	Rechtsanwendung von Amtes wegen	31
2.1.	Gesetzliche Verankerung: Art. 57 ZPO	31
2.2.	Ursprung	31
2.3.	Grundsätzlicher Normgehalt	32
2.4.	Rechtsermittlung	32
2.4.1.	Aufgabe des Gerichts	32
2.4.2.	Rechtsquellen	33
2.5.	Rechtsanwendung	35
3.	Zwischenergebnis	38
4.	Wechselwirkung mit Sachverhaltsermittlung	39
V.	Ergebnis der Grundlagen	41
3.	Teil: Rechtliches Gehör	43
I.	Fragestellung	45
II.	Positivrechtliche Verankerung	46
1.	Fragestellung	46
2.	Staatsvertragliche Verfahrensgarantien	46
3.	Art. 29 Abs. 2 BV	47
4.	Art. 53 Abs. 1 ZPO und punktuelle Konkretisierungen	48
5.	Zwischenergebnis	49
6.	Exkurs zur Schiedsgerichtsbarkeit	49
III.	Doppelte Funktion	52
1.	Fragestellung	52
2.	Persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht	52
3.	Mittel der Sachaufklärung	52
4.	Zwischenergebnis	53
IV.	Antagonisten	54
1.	Fragestellung	54
2.	Prozessökonomie	54
2.1.	Grundsatz	54
2.2.	Beschleunigungsgebot	54
2.3.	Eventualgrundsatz	55
2.4.	Spannungsverhältnis zum rechtlichen Gehör	56
3.	Formalismus	57
3.1.	Formalismus	57
3.2.	Verbot des überspitzten Formalismus	57
3.3.	Spannungsverhältnis zum rechtlichen Gehör	58
4.	Zwischenergebnis	58

V.	Persönlicher Geltungsbereich.....	60
1.	Fragestellung.....	60
2.	Verpflichteter.....	60
3.	Berechtigter.....	60
4.	Zwischenergebnis	61
VI.	Sachlicher Geltungsbereich.....	62
1.	Fragestellung.....	62
2.	Sammelbegriff mit Teilgehalten	62
3.	Tragweite	64
4.	Einschränkungen.....	64
5.	Die einzelnen Teilgehalte im Überblick	65
5.1.	Fragestellung	65
5.2.	Anspruch auf vorgängige Orientierung.....	65
5.2.1.	Inhalt	65
5.2.2.	Funktion	66
5.2.3.	Gegenstand.....	66
5.2.4.	Tragweite	67
5.2.5.	Modalitäten	67
5.2.6.	Einschränkungen.....	68
5.3.	Recht auf Akteneinsicht	69
5.3.1.	Inhalt	69
5.3.2.	Funktion	69
5.3.3.	Gegenstand.....	70
5.3.4.	Modalitäten	74
5.3.5.	Einschränkungen.....	74
5.4.	Anspruch auf vorgängige Äusserung	75
5.4.1.	Inhalt	75
5.4.2.	Funktion	75
5.4.3.	Gegenstand.....	76
5.4.4.	Replikrecht im Besonderen.....	78
5.4.5.	Modalitäten	79
5.5.	Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren	80
5.6.	Anspruch auf Anhörung und Prüfung	81
5.7.	Anspruch auf Eröffnung des Entscheids	82
5.8.	Anspruch auf Begründung des Entscheids.....	83
5.9.	Anspruch auf Rechtsvertretung.....	84
6.	Vorläufiges Zwischenergebnis	85
7.	Besteht ein Anspruch auf vorgängige Orientierung über das Recht und die rechtliche Würdigung?.....	87
7.1.	Fragestellung	87
7.2.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	87
7.2.1.	Grundsatz: kein Anspruch.....	87
7.2.2.	Ausnahme: Anspruch.....	89
7.3.	Lehre	98

7.4.	Stellungnahme.....	109
7.4.1.	Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	109
7.4.2.	Zur Lehre	110
7.4.3.	Eigene Auffassung.....	111
7.4.4.	Exkurs zur Schiedsgerichtsbarkeit.....	114
8.	Zwischenergebnis.....	115
VII.	Verzicht.....	117
1.	Fragestellung	117
2.	Verzicht auf die Wahrnehmung.....	117
3.	Verzicht auf den Anspruch	118
4.	Zwischenergebnis.....	118
VIII.	Verletzung und Rechtsfolgen.....	119
1.	Fragestellung	119
2.	Begriff und Bedeutung der Verletzung	119
3.	Rechtsfolgen im Allgemeinen	120
4.	Rechtsfolge im laufenden Verfahren.....	120
5.	Rechtsfolge im abgeschlossenen Verfahren.....	121
5.1.	Ausnahme: Nichtigkeit	121
5.2.	Regel: Anfechtbarkeit	122
5.2.1.	Rechtsfolge: Anfechtbarkeit	122
5.2.2.	Die Anfechtung und ihre Folge: Aufhebung aufgrund formeller Natur	122
5.2.3.	Ausnahme: Heilung	124
5.2.4.	Kritik an der Figur der Heilung	125
6.	Zwischenergebnis.....	126
IX.	Ergebnis des rechtlichen Gehörs.....	128
4.	Teil: Treu und Glauben.....	133
I.	Fragestellung.....	135
II.	Positivrechtliche Verankerung.....	136
1.	Fragestellung	136
2.	Bundesverfassung.....	136
3.	Art. 2 ZGB.....	136
4.	Art. 52 ZPO	137
5.	Zwischenergebnis.....	137
III.	Funktion	139
1.	Fragestellung	139
2.	Gerechtigkeit im Einzelfall.....	139
3.	Zwischenergebnis.....	139

IV.	Persönlicher Geltungsbereich.....	140
1.	Fragestellung.....	140
2.	Verpflichteter.....	140
3.	Berechtigter.....	140
4.	Zwischenergebnis	140
V.	Sachlicher Geltungsbereich.....	141
1.	Fragestellung.....	141
2.	Grundsätzliches.....	141
3.	Konkretisierung in Fallgruppen.....	142
3.1.	Fallgruppen.....	142
3.2.	Gebot loyalen Verhaltens	142
3.3.	Verbot illoyalen Verhaltens	143
4.	Anhörung der Parteien zur vom Gericht beabsichtigten Rechtsanwendung?	144
5.	Zwischenergebnis	147
VI.	Ergebnis von Treu und Glauben.....	148
5.	Teil: Gerichtliche Fragepflicht.....	149
I.	Fragestellung	151
II.	Verhältnis zum rechtlichen Gehör.....	152
III.	Positivrechtliche Verankerung	153
1.	Fragestellung.....	153
2.	Art. 56 ZPO	153
3.	Zwischenergebnis	153
4.	Exkurs: frühere kantonale Regelungen.....	153
IV.	Abgrenzungen	155
1.	Fragestellung.....	155
2.	Fragepflicht im vereinfachten Verfahren.....	155
3.	Parteibefragung und Beweisaussage.....	156
4.	Verbesserung formeller Mängel	157
5.	Zwischenergebnis	158
V.	Funktionen.....	159
1.	Fragestellung.....	159
2.	Milderung des Verhandlungsgrundsatzes und des Dispositionsgundsatzes	159
3.	Teil der materiellen Prozessleitung	161
4.	Weitere Funktionen	162
5.	Zwischenergebnis	162
6.	Exkurs: die deutsche Lehre.....	163

VI. Persönlicher Geltungsbereich	164
1. Fragestellung	164
2. Verpflichteter.....	164
2.1. Grundsatz: Gericht	164
2.2. Ausnahmsweise Entbindung des Gerichts durch Hinweise der Gegenpartei?	164
3. Berechtigter	168
4. Zwischenergebnis	169
VII. Sachlicher Geltungsbereich.....	170
1. Fragestellung	170
2. Erste Voraussetzung: Vorbringen einer Partei	170
3. Zweite Voraussetzung: Mangelhaftigkeit des Vorbringens	172
3.1. Mangelhaftigkeit im Allgemeinen	172
3.2. Unklares Vorbringen.....	173
3.3. Widersprüchliches Vorbringen	174
3.4. Unbestimmtes Vorbringen	174
3.5. Offensichtlich unvollständiges Vorbringen	174
3.5.1. Begriff der offensichtlichen Unvollständigkeit gemäss der herrschenden Lehre.....	174
3.5.2. Stellungnahme und eigene Auffassung	176
3.5.3. Offensichtlich unvollständige Rechtsbegehren im Besonderen	178
3.5.4. Offensichtlich unvollständige Behauptungen von Tatsachen im Besonderen	179
3.5.5. Offensichtlich unvollständige Beweisangebote im Besonderen	190
4. Vorläufiges Zwischenergebnis	191
5. Rechtsfolgen	192
6. Modalitäten.....	195
6.1. Form	195
6.2. Bestimmtheit	195
6.3. Tragweite	196
6.4. Transparenz.....	197
6.5. Zeitpunkt	198
6.5.1. Problematik: Klageänderung und Novenrecht.....	198
6.5.2. Rechtsprechung und Lehre	199
6.5.3. Eigene Auffassung.....	200
7. Zwischenergebnis	202
VIII. Schranken.....	205
1. Fragestellung	205
2. Prozessuale Sorgfalt	205
2.1. Begriff	205
2.2. Sorgfaltsmassstab bei Laien.....	206
2.3. Sorgfaltsmassstab bei anwaltlich vertretenen Parteien	208

2.3.1. Im Allgemeinen.....	208
2.3.2. Bei offensichtlich unvollständigen Behauptungen von Tatsachen im Besonderen	209
2.4. Prozessuales Gleichbehandlungsgebot.....	213
3. Gerichtliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	215
4. Zwischenergebnis	217
IX. Verzicht	218
1. Fragestellung.....	218
2. Verzicht auf Klarstellung und Ergänzung	218
3. Vorgängiger Verzicht auf Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht	218
4. Zwischenergebnis	219
X. Verletzung und Rechtsfolgen	220
1. Fragestellung.....	220
2. Begriff und Bedeutung	220
3. Rechtsfolge im laufenden Verfahren	221
3.1. Grundsätzliches	221
3.2. Nichtausübung (oder nicht richtige Ausübung)	221
3.3. Ausübung zu Unrecht.....	222
4. Rechtsfolge im abgeschlossenen Verfahren	223
4.1. Grundsätzliches	223
4.2. Nichtausübung (oder nicht richtige Ausübung)	223
4.3. Ausübung zu Unrecht.....	224
5. Zwischenergebnis	225
XI. Ergebnis der gerichtlichen Fragepflicht	226
6. Teil: Ergebnis.....	231
7. Teil: Zusammenzug der erzielten Ergebnisse.....	237
I. Hinweis.....	239
II. Grundlagen	240
III. Rechtliches Gehör	242
IV. Treu und Glauben.....	246
V. Gerichtliche Fragepflicht.....	247
VI. Ergebnis.....	252
Sachregister.....	257