



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht – Erfolg des  
Hauptverhandlungsmodells auch in der Schweiz?“**

Dissertation vorgelegt von Nicole Bettinger

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

## I. Einleitung

Ziel der Arbeit ist es, die weltweiten Reformbewegungen im Hinblick auf die Verfahrensstruktur des Zivilprozesses zum Ausgang des 20. Jahrhunderts und zu Beginn des 21. Jahrhunderts an einigen Beispielen exemplarisch zu untersuchen und das neue schweizerische Zivilprozessrecht in diese Strömungen einzuordnen. Zunächst wird nachgewiesen, dass die Reformen dieser Epoche grundlegende strukturelle Fragen des ordentlichen Verfahrens neu regelten. Dabei haben sich die einzelnen Staaten unter Aufgabe ihrer traditionellen, für ihren Rechtskreis typischen Struktur für ein bestimmtes Prozessmodell, namentlich das Hauptverhandlungsmodell, als Modell für den Verfahrensablauf im ordentlichen Verfahren entschieden, womit sie diesem zu einem weltumspannenden Erfolg verhalfen. Im Weiteren wird untersucht, ob sich die Schweiz mit ihrer umfassenden Reform ebenfalls diesem Trend angeschlossen und sich für das Hauptverhandlungsmodell im ordentlichen Verfahren entschieden hat. Besonderes Augenmerk gilt der Frage, inwieweit der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den Elementen unterschiedlicher Rechtskreise, mit denen er aufgrund bisheriger kantonaler Regelungen konfrontiert wurde, geschaffen hat.

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile, die jeweils einem Kapitel entsprechen. Im ersten Kapitel werden zunächst die drei gängigen Prozessmodelle in ihrer historischen Entwicklung beleuchtet und die einzelnen Modelle mit ihren charakteristischen Elementen dargestellt. Im Anschluss wird im zweiten Kapitel die These, dass dem Hauptverhandlungsmodell bei den jüngsten Reformen des Prozessrechts eine bedeutende Rolle zukam, anhand einer Darstellung einzelner Prozessrechte belegt. Dabei werden die die Verfahrensstruktur konstituierenden Vorschriften Spaniens (I.) und Englands (II.) näher betrachtet und herausgearbeitet, welches Prozessmodell dem Verfahrensrecht vor und nach den jeweiligen Reformen zugrunde lag beziehungsweise nun zugrunde liegt. Außerdem werden der Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (III.) als Modellgesetz für den Zivilprozess südamerikanischer Staaten sowie das Verfahrensrecht Uruguays (IV.), welches im Nachgang zum Erlass des Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica nach seinem Vorbild umfassend reformiert wurde, im Hinblick auf die Verfahrensgestaltung untersucht. Schließlich findet die Verfahrensstruktur der Principles of Transnational Civil Procedure (V.), die vom American Law Institute (ALI) und dem Institut international pour l'unification du droit (UNIDROIT) für ihr gemeinsames Harmonisierungsprojekt auf dem Gebiet des Zivilprozesses gewählt wurde, nähere Betrachtung. Das dritte Kapitel gilt schließlich der Rechtsentwicklung der Schweiz auf dem Gebiet des Zivilprozesses. Im ersten Abschnitt des Kapitels (I.) werden fünf ausgewählte kantonale Zivilprozessordnungen (Zürich, Luzern, Bern, Waadt und Wallis) daraufhin untersucht, welches Prozessmodell ihren Verfahrensregelungen zugrunde lag. Im Anschluss hieran wird sodann im zweiten Abschnitt des Kapitels (II.) die Entstehungsgeschichte der seit dem 1. Januar 2011 in Kraft befindlichen eidgenössischen Zivilprozessordnung unter Berücksichtigung der frühen Vereinheitlichungsbemühungen nachgezeichnet. Sodann werden der Verfahrensablauf des ordentlichen Verfahrens nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung dargestellt und die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten den Prozessmodellen zugeordnet. Abschließend wird eine Wertung der Verfahrensgestaltung durch die eidgenössische Zivilprozessordnung vorgenommen sowie ihre Vereinbarkeit mit dem der Reform zugrunde liegenden Vereinheitlichungsgedanken untersucht. Die Arbeit schließt mit Schlussbemerkungen, welche einen Überblick über die wesentlichen Erkenntnisse geben.

## II. Die Prozessmodelle

Neben die traditionelle Unterscheidung zwischen Common Law und Civil Law trat im Hinblick auf Prozessstrukturen in der jüngeren Vergangenheit vermehrt eine Unterscheidung anhand unterschiedlicher Prozessmodelle. Dass eine Schematisierung von Verfahrensabläufen in statischen Modellen bezweifelt werden könnte, liegt auf der Hand. In Zeiten von Deregulierung und Harmonisierung sind Prozessmodelle jedoch keineswegs obsolet, sondern für die Gesetzgebung auf nationaler wie auch internationaler Ebene sowie für die Rechtspraxis nach wie vor aktuell und von Relevanz. Bei den klassischen Modellen handelt es sich um das italienisch-kanonische Modell, das trial-Modell und das Hauptverhandlungsmodell.

### 1. Das italienisch-kanonische Prozessmodell

Nach dem italienisch-kanonischen Prozessmodell beginnt der Prozess mit einer schriftlichen Einleitungsphase bestehend aus der Klageerhebung und -erwiderung. Beide Parteien bedienen sich dabei des fact pleading, tragen die ihnen günstige Tatsachen vor und bieten Beweise hierfür an.

Das wesentliche Kennzeichen der Zwischenphase dieses Modells ist die Sequenz mündlicher Verhandlungen vor dem Instruktionsrichter, der in dieser Verfahrensphase die Beweise erhebt. Unter Vernachlässigung des Prinzips der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme waren der Instruktionsrichter und der entscheidende Richter im klassischen Modell des italienisch-kanonischen Prozesses personenverschieden, so dass der entscheidende Richter allein anhand der ihm mitgeteilten Beweisergebnisse sein Urteil fällte.

Die Endphase des Verfahrens findet sodann vor dem erkennenden Gericht statt. Vor den Schlussvorträgen erläutert der Instruktionsrichter dem Gericht den Streitgegenstand sowie die relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen.

### 2. Das US-amerikanische trial-Modell

Auch das trial-Modell beginnt mit einer schriftlichen Einleitungsphase. Anders als im italienisch-kanonischen Prozessmodell genügt hier jedoch notice pleading. Im US-amerikanischen Recht reicht dafür ein „short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief“ und damit eine bloße Andeutung des klagebegründenden Sachverhalts. Beweisangebote fehlen zumeist völlig.

Den pleadings folgt die pretrial discovery, in der die für Klage und Verteidigung relevanten Tatsachen und die Beweise hierfür ermittelt werden. Diese Phase wird wesentlich – und dafür ist sie auch bekannt – von den Parteien und deren Anwälten geprägt; das Gericht bleibt bis auf wenige Ausnahmen passiv. Den Parteien stehen zahlreiche Instrumente zur Verfügung, um eine sehr breite Tatsachenerforschung durchführen zu können; die Suche nach der smoking gun führt oftmals zu detektivähnlichen Durchforstungen von Büros oder privaten Akten. Wegen der praktisch fehlenden Beteiligung des Gerichts dient diese Zwischenphase nicht der Information des Gerichts über den Tatsachenstoff, sondern vielmehr den Parteien, um den eigentlichen Sachverhalt festzustellen.

In der Endphase stellt jede Partei dann den Fall aus ihrer Sicht dar und präsentiert ihre Beweise. Die Passivität des Richters zieht sich durch das gesamte Verfahren dieses Modells. Ihm kommt allein die Rolle des Schiedsrichters zu, der das Spiel der Parteien auf grobe Regelverstöße überwacht. Richterliche Eigeninitiative im Hinblick auf die Wahrheitsfindung findet sich daher sehr selten.

### 3. Das Hauptverhandlungsmodell

Die Einleitungsphase des Hauptverhandlungsmodells entspricht der des italienisch-kanonischen Modells und verlangt damit fact pleading. Eine Plausibilitätskontrolle führt zu einer recht frühen Kanalisierung des Streitstoffs und ermöglicht von Beginn an eine Konzentration des weiteren Verfahrens auf das für die Streitentscheidung relevante Tatsachenmaterial.

In der Zwischenphase stehen die Klärung unklarer Tatsachenschilderungen und die Beweismittelbeschaffung im Vordergrund, um auf diese Weise die Streitsache so umfassend vorzubereiten, dass sie in nur einem Termin erledigt werden kann. Dabei sind sowohl das Gericht als auch die Parteien aktiv und arbeiten in gewissen Grenzen kooperativ im Hinblick auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Ziel dieser Zwischenphase ist eine Vorbereitung der Hauptverhandlung, die sicherstellt, dass die beteiligten Parteien und das Gericht am Ende dieser Phase denselben Informationsstand erreicht haben.

Kernstück des Hauptverhandlungsmodells ist die in der Endphase des Verfahrens stattfindende Hauptverhandlung. Über streitige Tatsachen wird durch das erkennende Gericht unter Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes Beweis erhoben. Dem Gericht kommt im Rahmen des gesamten Verfahrens eine starke Stellung zu, die sich insbesondere in formellen und materiellen Leitungsbefugnissen manifestiert. Der Richter gibt dem Verfahren seine Struktur und wirkt auf eine effiziente und konzentrierte Prozessführung hin.

### **III. Der Erfolg des Hauptverhandlungsmodells**

Der Entwicklung des Hauptverhandlungsmodells durch Fritz Baur lag in den 70er Jahren das Anliegen zugrunde, den Zivilprozess effizienter zu machen, indem die Verfahrensdauer und die Kosten reduziert werden, gleichzeitig aber ein qualitativ hochwertiger Rechtsschutz sichergestellt wird. Auf denselben Bemühungen beruht auch der Erfolg des Hauptverhandlungsmodells.

Zum Ende des 20. Jahrhunderts befand sich die Entwicklung des Zivilprozessrechts auf verschiedenen Kontinenten im Fluss. Den Reformbestrebungen Spaniens, Englands und Uruguays lagen jeweils die Bekämpfung langer Verfahrensdauer und hoher Verfahrenskosten sowie die Schaffung einer größeren Verfahrenseffizienz und eine Verbesserung der Rechtsschutzgewährung zugrunde. Spanien und Uruguay als traditionelle Länder des italienisch-kanonischen Verfahrensmodells haben ihre Prozessrechte im Hinblick auf das Hauptverhandlungsmodell reformiert. England als Ursprungsland des trial-Modells gab dieses im Wesentlichen auf und wandte sich dem Hauptverhandlungsmodell zu.

Neben der Reformierung einzelner Prozessrechte war auch eine bemerkenswerte Aktivität unterschiedlicher Institutionen zu bemerken, die sich der Schaffung von Modellgesetzen für den Zivilprozess widmeten – ebenfalls unter der Prämisse von Effizienzsteigerung und Verfahrenskonzentration. Die Principles of Transnational Civil Procedure, die zusammen vom American Law Institute und UNIDROIT entwickelt wurden, überraschen mit ihrem deutlichen Bekenntnis zum Hauptverhandlungsmodell. Die Überraschung ist so groß, da die Principles das Ergebnis eines Projektes zweier Institutionen sind, die unterschiedlichen Rechtskreisen angehören, weshalb bei der Ausarbeitung auch sehr unterschiedliche Rechtsverständnisse aufeinander trafen. Dass die Entscheidung so deutlich zugunsten des Hauptverhandlungsmodells ausfiel, unterstreicht die Qualität dieses Verfahrensmodells.

Bei der Schaffung des Código Modelo für den Zivilprozess südamerikanischer Staaten wäre naheliegend gewesen, dass sich der vorgesehene Verfahrensablauf am italienisch-kanonischen

Verfahrensmodell orientiert, da die Wurzeln des Prozessrechts der südamerikanischen Staaten in der romanischen Rechtskultur liegen und damit denselben Ursprung wie das italienisch-kanonische Verfahrensmodell haben. Das Modellgesetz folgt aber gerade nicht dem schwerfälligen italienisch-kanonischen Modell, sondern hat vielmehr das Hauptverhandlungsmodell als wesentliche Struktur gewählt.

Das Hauptverhandlungsmodell hat sich durch diese Verbreitung als ein konsensfähiges Modell herausgestellt, das über rechtskulturelle Grenzen hinweg in verschiedenen Rechtskreisen geschätzt und dem Verfahrensablauf im Zivilprozess bei umfassenden Reformen zugrunde gelegt wird. Dass sich sogar andere Rechtskreise unter Aufgabe von Elementen, die über Jahrhunderte hinweg fester Bestandteil der eigenen Rechtstradition waren, für das Hauptverhandlungsmodell als Struktur für den Zivilprozess entscheiden, bestätigt einmal mehr die hohe Qualität des Hauptverhandlungsmodells und seine gute Basis für effektiven Individualrechtsschutz.

#### **IV. Das Zivilprozessrecht der Schweiz**

##### **1. Kantonale Regelungen**

Aufgrund der untrennbaren Verbindung von Recht und Kultur, die auch bei der Einordnung anhand der vorgestellten Prozessmodelle zutage tritt, bietet sich ein Blick auf die Rechtsentwicklung in der Schweiz auf dem Gebiet des Zivilprozesses an. Die Schweiz ist seit jeher von einer Besonderheit geprägt, die in dieser Form auf dem europäischen Kontinent einzigartig ist, nämlich die gesellschaftliche, sprachliche und kulturelle Vielfalt. Diese Vielfalt – hauptsächlich bedingt und gestärkt durch die ausgeprägte Souveränität der Kantone – bildete sich auch auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts ab. 26 verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen regelten das Zivilverfahren vor der Reform im Jahre 2011. Entsprechend der unterschiedlichen kulturellen Ursprünge und Einflüsse orientierten sich die deutschsprachigen Kantone an der Rechtsentwicklung Deutschlands und Österreichs, während die welschen Kantone und das Tessin eher die französische Rechtsentwicklung im Blick behielten.

Dies führte dazu, dass sowohl das italienisch-kanonische Prozessmodell als auch das Hauptverhandlungsmodell einzelnen kantonalen Prozessordnungen zugrunde lag. Auch Mischformen konnten festgestellt werden. Teilweise entschied sich der kantonale Gesetzgeber für eine Konzentration des prozessualen Geschehens in einer Hauptverhandlung (Luzern, Bern, Waadt). Andere kantonale Gesetzgeber hingegen favorisierten einen sequenzierten Verfahrensablauf in Anlehnung an das italienisch-kanonische Verfahrensmodell (Wallis, tw. Zürich). Auf die Frage, ob die Beweisaufnahme der Hauptverhandlung vorhergehen soll (Wallis), Teil der Hauptverhandlung sein soll (Luzern, Bern, Waadt) oder der Hauptverhandlung nachfolgen soll (Zürich), gaben die kantonalen Gesetzgeber unterschiedliche Antworten.

Ob eine Instruktionsverhandlung oder ein Vorbereitungsverfahren der Hauptverhandlung vorangehen sollte und wenn ja, wie diese und insbesondere wie ihr Verhältnis zur Hauptverhandlung ausgestaltet werden sollte, wurde von den Kantonen ebenfalls unterschiedlich entschieden. Von sehr reduzierten Instruktionsverhandlungen bis hin zu Instruktionsverhandlungen, die nahezu die Hauptverhandlung ersetzten (Bern), waren alle Regelungsformen vertreten. Auch die Stellung und Kompetenzen des Instruktionsrichters unterschieden sich oftmals.

Auch die materielle Prozessleitung durch den Richter war oft abweichend geregelt. Hier fand sich die Ausgestaltung explizit als Aufklärungs- bzw. Fragepflicht (Zürich, Bern, Wallis) oder als ermessensgebundenes Recht.

Diese Unterschiede führten für sich genommen in den einzelnen Kantonen aber nicht zu verfahrensrechtlichen Missständen, die mit einer bundeseinheitlichen Prozessordnung behoben werden sollten. Vielmehr sollte die Vereinheitlichung alleiniges Motiv der großen Veränderung sein. Vereinheitlichungsbestrebungen waren nie ganz verstummt, obwohl sie immer wieder aufs Neue am Widerstand der Kantone gescheitert waren, die durch den Verlust der Gesetzgebungskompetenz für das Zivilverfahrensrecht in letzter Konsequenz um ihre Souveränität fürchteten. Die Befürworter einer Vereinheitlichung erhielten dann aber durch Entwicklungen auf internationaler Ebene Unterstützung, die zunächst zu einer Vereinheitlichung des Gerichtsstandsgesetzes führte und ein positives Klima für die Idee eines vereinheitlichten Zivilprozesses schuf. Die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Zivilverfahrensrecht auf den Bund war schließlich das Ergebnis.

## 2. Das Verfahren nach der neuen ZPO

Bezüglich einer Einordnung des schweizerischen ordentlichen Zivilprozesses in eines der Modelle ist vorab festzustellen, dass das ordentliche Verfahren einer eindeutigen Zuordnung nicht zugänglich ist.

Der Grund hierfür liegt in der sehr offenen Regelungsweise, der sich der Schweizer Gesetzgeber bedient hat. Die schweizerische Prozessordnung schreibt nicht „den einen Verfahrensablauf“ vor, sondern weist den Schweizer Richtern in weiten Teilen eine hohe Verantwortung bei der Gestaltung des äußeren Verfahrensablaufs zu.

Während Elemente des trial-Modells keinen Eingang gefunden haben, sind sowohl Elemente des italienisch-kanonischen Modells als auch des Hauptverhandlungsmodells zu finden.

Entschließt sich das Gericht für eine der Hauptverhandlung vorhergehende umfassende Beweisaufnahme in der Instruktionsverhandlung durch den delegierten Richter und treten noch weitere Instruktionsverhandlungen für einzelne Verfahrensschritte hinzu, so kommt dies dem sequenzierten Verfahrensablauf nach dem italienisch-kanonischen Prozessmodell sehr nahe.

Beraumt das Gericht jedoch nach der Verfahrenseinleitung eine Instruktionsverhandlung zur näheren Klärung der vorgetragenen Tatsachen an, verhandelt das Gericht im Anschluss und nimmt die Beweise in der Hauptverhandlung ab, entspricht der äußere Verfahrensablauf weitgehend dem Hauptverhandlungsmodell. Nimmt der Richter dann noch die ihm zugewiesenen Leitungsbefugnisse aktiv und engagiert wahr, wäre das Abbild des Hauptverhandlungsmodells nahezu perfekt.

Dies macht deutlich, dass sich der schweizerische Gesetzgeber nicht eindeutig für eines der Prozessmodelle entschieden hat, sondern die Verfahrensgestaltung in einem sehr hohen Maß der Entscheidung des Gerichts überlässt. Die richterliche Gestaltungsmacht geht so weit, dass sich das Verfahren stark dem italienisch-kanonischen Modell annähern kann, dass das Hauptverhandlungsmodell umgesetzt wird oder dass unterschiedliche Elemente des einen oder des anderen Modells kombiniert werden können. Selbst eine Verfahrensweise in Anlehnung an die früher geltenden kantonalen Rechtsordnungen bleibt möglich. Eine klare Entscheidung für das Hauptverhandlungsmodell hat die eidgenössische Zivilprozessordnung also nicht getroffen. Gleichwohl ist eine Tendenz zum Hauptverhandlungsmodell aufgrund der Regelungen zur Hauptverhandlung, der Äußerungen in der Literatur über die Hauptverhandlung als „Mittelpunkt oder Kernstück des Verfahrens“ sowie der

Modifikationen an der Endfassung im Vergleich zum Vorentwurf erkennbar. Der Erfolg des Hauptverhandlungsmodells setzt sich daher zumindest zum Teil in der Schweiz fort.

## **V. Abschließende Bewertung**

„Den Rechtssuchenden unabhängig von lokalen prozessualen Zufälligkeiten die Verfolgung ihrer Ansprüche nach einheitlichen Grundsätzen zu ermöglichen“, wurde oft von den Befürwortern einer eidgenössischen Zivilprozessordnung als Grund vorgebracht. Ob die Schweiz das mit dieser Prozessordnung erreicht hat, bleibt letztlich fraglich. Bereits wenige Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde eine Tendenz der Kantone festgestellt, die Zivilprozessordnung in dem Sinn zu verstehen und anzuwenden, der am nächsten demjenigen der bisherigen kantonalen Prozessordnung entspricht. Eine ähnliche Tendenz hatte sich bereits während der Vernehmlassungen zum Vorentwurf abgezeichnet. Eine solche Entwicklung widerspricht aber dem Wunsch einer vereinheitlichten Rechtsschutzgewährung ohne lokale prozessuale Zufälligkeiten.

Der Grund für eine solche Entwicklung dürfte in der Gestaltungsweise liegen, derer sich der schweizerische Gesetzgeber bedient hat. Erschöpfender Perfektionismus sollte vermieden werden, um durch eine offene Gestaltung den Richtern den notwendigen Spielraum für die Gewährung bestmöglichen Rechtsschutzes zu geben. Der hieraus resultierende „Mut zur Lücke“, der während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens immer wieder betont wurde, dürfte nun aber das Einfallstor für die Fortführung frühere kantonalen Gepflogenheiten sein.

Das Bedürfnis, umfassenden Rechtsschutz zu gewähren und dafür dem Richter eine maximale Bandbreite an Instrumenten an die Hand zu geben, um für jeden Rechtsstreit die passende Verfahrensgestaltung zur Verfügung zu haben, ist ein nachvollziehbares Anliegen. Dass eine gewisse Flexibilität im Verfahrensrecht bestehen muss, um der Vielgestaltigkeit der Rechtsstreitigkeiten gerecht werden zu können, soll auch nicht infrage gestellt werden. Eine derart weitreichende richterliche Freiheit, wie sie die schweizerische Prozessordnung nun vorsieht, gefährdet jedoch die Vorhersehbarkeit im Prozess und stellt in letzter Konsequenz auch eine Gefahr für die Durchsetzung des materiellen Rechts dar. Zu viel Freiheit für Richter sollte man aufgrund der Erfahrungen in der Prozessgeschichte anderer Staaten und der Bedeutung des Verfahrensrechts für den Individualrechtsschutz mit einer gesunden Portion Skepsis entgegentreten. Dies gilt insbesondere dann, wenn man sich eigentlich einem Vereinheitlichungsgedanken verschrieben hat.

Die Dissertation erscheint in Kürze in den *Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht* des Verlags Mohr Siebeck.