

**Art. 219 ff. ZPO, Art. 237 ZPO, Art. 59 ZPO. Anzuwendendes Verfahren.** *Wenn eine Vor- oder Teilfrage entschieden werden soll, ist das vollständige Verfahren durchzuführen. Bei Prozessvoraussetzungen kann sich das Gericht darauf beschränken, den Parteien das rechtliche Gehör und das Recht des letzten Wortes zu gewähren.*

Das Bezirksgericht setzte dem Beklagten Frist für eine unter anderem auf die Frage der Verjährung beschränkte Klageantwort an. Der Kläger konnte sich zu der so thematisch beschränkten Klageantwort äussern, und diese Äusserung wurde wiederum dem Beklagten zugestellt. In der Folge entschied das Bezirksgericht: "Es wird festgestellt, dass die eingeklagten Ansprüche nicht vollumfänglich verjährt sind". Der Beklagte führt dagegen Berufung - unter anderem macht er geltend, das Verfahren sei nicht vollständig durchgeführt worden.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II) 2. a) Der Beklagte wirft der Vorinstanz Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO) vor. Die Vorinstanz habe das Verfahren mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 (...) beschränkt. Das seien Vorfragen, und ein Entscheid in der Sache sei nicht gefällt worden. Der Beklagte habe mit Eingabe vom 21. November 2012 die fünf Vorfragen substantiiert begründet. Der Kläger habe am 18. Februar 2013 auf 39 Seiten Stellung genommen und 8 Beilagen eingereicht; darin sei das Klagefundament mit zahlreichen neuen Tatsachen, Beweismitteln und rechtlichen Argumenten erweitert worden. Ohne weiteres sei dann am 26. August 2013 der angefochtene Entscheid gefällt worden. Angesichts des Standes des Verfahrens habe der Beklagte keinen Anlass gehabt, sich unaufgefordert vernehmen zu lassen, weil Zwischenentscheide im Rahmen des ordentlichen Verfahrens ebenfalls nach dessen Regeln zu erlassen seien. Auch wenn vereinzelt vertreten werde, dass in besonderen Ausnahmefällen Zwischenentscheide im summarischen Verfahren ergehen könnten (ZK ZPO-Staehelin [2. Aufl.], N. 11 zu Art. 237), sei dies unzutreffend und widerspreche Art. 219 i.V.m. Art. 248 ZPO, ganz abgesehen davon, dass es sich nicht um solch qualifizierte Ausnahmefälle handle, sondern die sich stellenden Fragen seien schwierig und umstritten. Die Vorinstanz hätte daher eine komplette Hauptverhandlung durchführen müssen und der Beklagte habe darauf vertrauen können, dass er nochmals zu Wort kommen werde. Ausserdem sei das Recht auf Beweis des Beklagten verletzt worden. Der Ge-

hörsanspruch sei formeller Natur und daher unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre.

b) Dieser Sichtweise widerspricht der Kläger in seiner Berufungsantwort: Der Beklagte habe sich zu den von ihm aufgeworfenen Vorfragen mit Eingabe vom 21. November 2012 ausführlich äussern können. Der Kläger habe auf Aufforderung der Vorinstanz fristgerecht zu den beklagtischen Einwendungen und Einreden Stellung genommen. Nicht richtig sei, dass der Beklagte zur klägerischen Eingabe vom 18. Februar 2013 hätte angehört werden müssen. Es habe sich um reine Rechtsfragen gehandelt – es gelte zudem der Grundsatz "iura novit curia" – und der Beklagte habe sich dazu bereits ausführlich geäußert. Die Vorinstanz sei nicht gehalten gewesen, vor ihrem Entscheid eine Hauptverhandlung mit ersten Parteivorträgen, Beweisverfügung, Beweisabnahme und Schlussvorträgen durchzuführen, weil dies die ratio legis von Art. 237 ZPO ins Gegenteil verkehrt hätte; es gehe schliesslich darum, einen bedeutenden Zeit- und Kostenaufwand einzusparen.

3. Gestellt ist damit die Frage, wie das Verfahren – hier im Rahmen des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ff. ZPO) – ausgestaltet werden muss, damit ein Zwischenentscheid gemäss Art. 237 ZPO gefällt werden kann. Dass in Art. 237 ZPO die Voraussetzungen genannt werden, unter welchen ein Zwischenentscheid ergehen kann, sagt über das Procedere, wie ein solcher Zwischenentscheid zustande kommen muss, nichts aus.

a) Ausgangspunkt ist Art. 222 Abs. 3 ZPO, der eine Beschränkung der Klageantwort gemäss Art. 125 ZPO ausdrücklich vorsieht. Allerdings ist für den Erlass von Zwischenentscheiden gesetzlich kein abgekürztes Verfahren vorgesehen, so dass – wie der Beklagte dies geltend macht – grundsätzlich der Regelprozess des ordentlichen Verfahrens (Art. 220 ff. ZPO), inklusive Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO), allerdings nur für das beschränkte Thema, durchzuführen gewesen wäre, wobei die Parteien gegebenenfalls gemeinsam auf die Durchführung der Hauptverhandlung hätten verzichten können (Art. 233 ZPO). In der Literatur wird zur Frage der verfahrensmässigen Auswirkungen der Prozessbeschränkung soweit ersichtlich kaum Stellung genommen. Der Hinweis, dass das Gericht,

wenn das Verfahren nach "Prüfung des beschränkten Prozessthemas spruchreif" sei, einen (Teil-)Entscheid fälle (BK ZPO-Killias, N. 29 zu Art. 222), beantwortet die Frage nicht, weil die Spruchreife nichts über das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren aussagt. Einzig DIKE-Komm-ZPO-Pahud (N. 16 f. zu Art. 222) setzt sich eingehend mit der Frage auseinander, nennt als Inhalt möglicher Zwischenentscheide die örtliche Zuständigkeit und die Verjährung und fährt fort: "Mit Bezug auf das weitere Verfahren ist zu unterscheiden: Bei Beschränkung des Prozesses auf eine materielle Frage (z.B. Verjährung) kann das Gericht zunächst einen (sachlich beschränkten) zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 225 ZPO und/oder eine Instruktionsverhandlung durchführen oder sogleich zur (sachlich ebenfalls beschränkten) Hauptverhandlung vorladen (Art. 228 ff. ZPO), soweit auf deren Durchführung nicht verzichtet worden ist (Art. 233 ZPO)". Dass Fragen, die zu einem Zwischenentscheid führen, im summarischen Verfahren abgeklärt werden dürfen, steht klarerweise ausser Frage (vgl. dazu Erw. II./2./a). Anzumerken ist, dass ZK ZPO-Staehelin (N. 11 zu Art. 237), der als möglichen Beleg für die Ansicht, dass das summarische Verfahren Anwendung finden könnte, diese Meinung gar nicht äussert, sondern a.a.O. zum Erlass von Zwischenentscheidungen im Rahmen des summarischen (und vereinfachten) Verfahrens Stellung nimmt. Eine Straffung erscheint einzig durch einen Verzicht der Parteien insbesondere auf die Hauptverhandlung möglich, was aber im Belieben der Parteien steht, welche diesbezüglich einen gemeinsamen Antrag stellen müssen (Art. 233 ZPO), und nicht in jenem des Gerichts. Dass vorliegend verzichtet worden wäre, ist allerdings nicht ersichtlich.

Beim Verfahren betreffend Beschränkung des Prozesses auf Prozessvoraussetzungen sind die Verhältnisse anders gelagert (vgl. DIKE-Komm-ZPO-Pahud, N. 5 zu Art. 219), worauf zurückzukommen ist.

Dem Kläger ist insofern zuzustimmen, als es bei Anwendung des schwerfälligen ordentlichen Verfahrens nicht auf der Hand liegt, wie es überhaupt zu Kosten- und Zeitersparnissen kommt. Das dürfte nicht zuletzt auch der Grund sein, warum von der Segmentierung des Verfahrens in Zwischen- und Endentscheide

verschiedentlich abgeraten wird (vgl. z.B. Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, Rz 4 zu § 23).

Ob eine Abkürzung des Verfahrens nach dem Prinzip "Gleiches gleich" überhaupt opportun wäre, steht letztlich allerdings auch von der Sache her nicht fest. Handelt es sich bei den Fragen, die durch Zwischenentscheid vorab geklärt werden können, um materielle Fragen wie Aktivlegitimation, grundsätzliche Haftbarkeit, Verjährung etc., die anderen Fragen, die mit einem materiellen Endentscheid geklärt werden, gleichwertig sind, so verdienen sie grundsätzlich auch die gleiche Aufmerksamkeit wie diese. Jedenfalls kann bei dieser Sachlage nicht davon ausgegangen werden, das Gesetz sei in dieser Hinsicht lückenhaft, so dass die Vereinfachung des Verfahrens auf dem Wege der Lückenfüllung herbeigeführt werden kann. Dem Beklagten ist daher ohne weiteres beizupflichten, dass die Vorinstanz das Regelverfahren gemäss Art. 220 ff. ZPO nicht gesetzeskonform durchgeführt hat. Dem Kläger ist nicht zuzustimmen, wenn er der Meinung ist, dass das Regelverfahren deshalb nicht durchzuführen ist, weil es um Rechtsfragen geht, für die das Gericht nach dem Grundsatz "iura novit curia" verantwortlich ist. Prozessual macht es für die Ausgestaltung des Verfahrens keinen Unterschied, welche Art von Problemen sich stellen und gelöst werden müssen. So oder so hat sich das Gericht an die gesetzlichen Vorgaben zu halten; Abkürzungen sind höchstens mit Einverständnis beider Parteien möglich.

b) Nicht verletzt hat die Vorinstanz die Praxis des "letzten Wortes", auf der das Bundesgericht (BGE 132 I 46 f.) seit Jahren besteht. Erhält ein Partei, nach Abschluss des regulären Schriftenwechsels, die (letzte) Eingabe des Prozessgegners zur Kenntnis zugestellt, so wird erwartet, dass umgehend Stellung genommen wird, andernfalls diese Äusserungsmöglichkeit verwirkt. Am 18. März 2013 wurde dem Beklagten die Stellungnahme des Klägers zu den eingeschränkten Themen mit einem Kurzbrief ("auf Ihren Wunsch") zugestellt, so dass der Beklagte ohne weiteres Gelegenheit gehabt hätte, sich vor der Urteilsfällung, am 26. August 2013, zu äussern. Dass er dazu keinen Anlass hatte, weil er davon ausgehen konnte und musste, dass es sich nicht um die abschliessende Stel-

lungnahme der Gegenpartei handle, sondern dass das Verfahren förmlich weitergehen werde, ist bereits erwähnt worden.

Keine Äusserungsmöglichkeit hatte der Beklagte hinsichtlich des Schreibens vom 17. April 2013, das ihm erst mit Poststempel 4. Oktober 2013 zugestellt wurde, was nicht nur nach Fällung des Entscheides der Vorinstanz, sondern auch nach Ablauf der Berufungsfrist geschah.

c) Soweit das Verfahren nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht und dem Beklagten ausserdem das rechtliche Gehör abgeschnitten worden ist, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, allerdings nur dann, wenn die Vorinstanz zur Behandlung des Falles überhaupt zuständig ist. Grundsätzlich bewirkt die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die erste Instanz die Aufhebung des Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz, und zwar auch ohne dass der Verletzte darlegen müsste, dass das Verfahrens sonst einen anderen Ausgang genommen hätte (KuKo ZPO-Oberhammer [2. Aufl. 2014], N. 13 zu Art. 53). Für weniger schwerwiegende Verletzungen des Gehörsanspruchs wird es allerdings als genügend angesehen, dass die Gehörsgewährung in der Rechtsmittelinstanz – umfassend und ohne die sonst rechtsmitteltypischen Einschränkungen – nachgeholt werden kann (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2), auch wenn der verletzten Partei damit eine Instanz weggenommen wird (vgl. KuKo ZPO-Oberhammer [2. Aufl.], N. 13 zu Art. 53).

4. Anzumerken ist, dass die Vorinstanz nicht über alle vorweggenommenen Punkte einen förmlichen Entscheid erlassen hat. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass selbst wenn das Gericht das Verfahren vorerst auf einzelne Fragen beschränkt hat (Art. 125 lit. a ZPO), es nicht gezwungen ist, in diesen Fällen förmliche Zwischenentscheide zu erlassen (vgl. ZK ZPO-Staehelin, N. 10 zu Art. 237). Wird förmlich entschieden, so muss sich dies allerdings im Dispositiv niederschlagen. Ein förmlicher Entscheid liegt lediglich hinsichtlich der Eintretensfrage und der Feststellung, dass die eingeklagten Ansprüche nicht vollständig verjährt seien, vor. In den anderen vorbehaltenen Punkten fehlt es an einem Zwischenentscheid, auch wenn sich dazu im Entscheid ausführliche Erwägungen

finden. Soweit es an einem förmlichen Zwischenentscheid fehlt, kann sich die Rechtsmittelinstanz dazu auch (noch) nicht äussern.

5. Über die Feststellung, dass die Ansprüche des Klägers nicht vollumfänglich verjährt sind, ist zwar entschieden worden, jedoch mit einem unpräzisen Urteilsspruch. Das ist keine (anfechtbare) Entscheidung, weil das, was das Gericht im Erkenntnis anordnet, aus sich selber heraus verständlich sein muss. Letztlich wird aus der Begründung ersichtlich, dass die Verjährungsfrage nicht entschieden ist, sondern dass die Überlegungen dort aufhören, wo es die Vorinstanz als erwiesen ansieht, dass die Klage nicht wegen (vollumfänglicher) Verjährung abgewiesen werden kann. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils müsste daher aufgehoben werden, wenn die Vorinstanz zuständigerweise entschieden hätte.

6. Anders als bei materiellen Fragen liegen die Verhältnisse bezüglich den Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO. Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage nur ein, wenn die Prozessvoraussetzungen vorliegen und Art. 60 ZPO ordnet die Prüfung von Amtes wegen an. Damit ist allerdings nicht gesagt, wie über die Prozessvoraussetzungen entschieden werden muss. Grundsätzlich gilt, dass das ordentliche Verfahren nach seinen Regeln (Art. 219 ff. ZPO), das vereinfachte Verfahren nach jenen Vorschriften (Art. 243 ff. ZPO) und das summarische Verfahren nach Art. 248 ff. ZPO abzuwickeln ist.

Zwar ist für die Überprüfung der Prozessvoraussetzungen ebenfalls kein abgekürztes Vorgehen ausdrücklich vorgesehen. Hingegen ergibt sich aus der Struktur des Gesetzes, dass der diesbezügliche Entscheid "vorab" zu fällen ist. Das spricht dagegen, dass – vor allem wenn, wie hier, in der Sache das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt – der schwerfällige Weg nach Art. 220 ff. ZPO beschritten werden muss. Darauf weisen auch die diesbezüglich spärlichen Äusserungen in der Lehre hin, die – von einer Ausnahme abgesehen – bezüglich des einzuschlagenden Verfahrens nichts enthalten. Das dürfte auf eine "Selbstverständlichkeit" zurückzuführen sein, weil nicht davon auszugehen ist, dass die Zuständigkeitsfrage gemäss Art. 125 lit. a ZPO erst nach Durchführung eines vollständigen Regelverfahrens entschieden werden kann. Dass es sich bei den Prozessvoraussetzungen um einen Sonderfall handelt, erwähnen z.B. BSK ZPO-

Gehri (2. Aufl., N. 2 zu Art. 60), wonach zur Sache erst verhandelt werden dürfe, wenn alle Prozessvoraussetzungen gegeben sind, und BK ZPO-Zingg (N. 33 zu Art. 60), der darauf hinweist, dass die Prüfung möglichst frühzeitig erfolgen müsse. Auch der Blick auf die früheren kantonalen Prozessordnungen zeigt das Bedürfnis nach einem raschen Vorabentscheid (vgl. § 108 ZPO/ZH: "Nach Eingang der Klage werden ... von Amtes wegen geprüft"; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000: "Die Prozessvoraussetzungen müssen feststehen, bevor auf die Sache eingetreten wird [N. 3a zu Art. 191 ZPO/BE], "zu Beginn der Verhandlung über die Sache" [N. 1a zu Art. 195 ZPO/BE]). Die soweit ersichtlich einzige explizite Äusserung stammt von DIKE-Komm-ZPO-Pahud (N. 5 zu Art. 219). Dieser Autor erwähnt die Botschaft zur ZPO, in der (S. 7276) steht, dass "es ... nicht erforderlich sei, das Prüfungsverfahren (betreffend der Prozessvoraussetzungen) im Einzelnen zu regeln, wie es in der Vernehmlassung teilweise gefordert wurde". Und weiter: "Die Regeln des ordentlichen Verfahrens gelten für die Entscheidungsfindung in der Sache. Sie finden grundsätzlich keine Anwendung auf das Verfahren betreffend Prüfung der Prozessvoraussetzungen sowie auf die durch entsprechende Anträge der Parteien ausgelösten sog. Zwischenverfahren (betreffend unentgeltliche Rechtspflege, vorsorgliche Massnahmen, Sistierung usw.). Zum Teil bestehen hierfür besondere Regelungen (z.B. Art. 119 Abs. 3 und Art. 248 Bst. d ZPO: Entscheid über Armenrecht und vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren)". Und Pahud fährt (a.a.O., N. 9 zu Art. 220) fort: "Das konkrete Vorgehen bleibt vielmehr dem Ermessen des Gerichts überlassen; dieses hat freilich die allgemeinen Verfahrensgrundsätze (Art. 52 ff. ZPO) zu beachten. Grundsätzlich erfolgt die Prüfung im Anfangsstadium des Prozesses". Anzumerken ist, dass der Verfahrensablauf dort vorgegeben ist, wo von Gesetzes wegen die Regeln des summarischen Verfahrens anzuwenden sind, wie z.B. bei der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

Soweit es um die Prozessvoraussetzungen geht, ist die Zivilprozessordnung demnach lückenhaft, und es ist nach der hier vertretenen Ansicht Art. 1 Abs. 2 ZGB zur Anwendung zu bringen. Unabdingbar ist, dass das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt ist. Dafür reicht regelmässig eine einmalige Äusserungsmög-

lichkeit aus, allerdings unter zusätzlicher Gewährung des sog. "letzten Wortes" i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 138 I 48; BGE 132 I 46 f.; BGE 133 I 99; BGer 4A\_273/2012 sowie KuKo ZPO-Oberhammer, N. 6a zu Art. 53; KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 7 zu Art. 253). Vor Vorinstanz hatten beide Parteien die Möglichkeit, sich zur Zuständigkeitsfrage zu äussern, was nach dem Dargelegten – trotz Unsicherheiten betreffend dem einzuschlagenden Verfahren – diesbezüglich ausreicht.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 23. April 2014  
Geschäfts-Nr.: LB130054-O/U