

Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO als Instrument effizienter Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche – Eine Analyse der praktischen Umsetzung

Masterarbeit eingereicht der Universität Bern im Rahmen des Executive Master of Public Administration (MPA)

Betreuender Dozent: **Prof. Dr. Andreas Lienhard**
Kompetenzzentrum für Public Management
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern

Verfasser: **Markus Hinden, lic.iur., Rechtsanwalt**
c/o Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich
Neumühlequai 10
Postfach
8090 Zürich

Zürich, 23. September 2019

Vorwort

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein zivilprozessuales Instrument, das in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschaffen und praktisch unverändert schliesslich in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufgenommen wurde, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Um die Praxis zum Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen beleuchten zu können, ist ein Rückgriff auf die Gerichtsstatistik hilfreich. Im Laufe der Recherchen zur vorliegenden Masterarbeit stellte sich jedoch heraus, dass diesbezügliches statistisches Material nicht existiert. Deshalb wurden die entsprechenden Daten in Handarbeit aus den Datenbanken des Zürcher Obergerichts sowie des Bezirksgerichts Zürich extrahiert.

Der Verfasser dieser Arbeit bedankt sich an dieser Stelle herzlich bei lic. iur. B. Kämpfen (Generalsekretär-Stv. des Obergerichts des Kantons Zürich), lic. iur. R. Egli (Bezirksrichter und Bereichsvertreter Audienz des Bezirksgerichts Zürich) sowie bei lic. iur. S. Schmid (Gerichtsschreiber mbA, Bezirksgericht Zürich, Audienz) und dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die spontan erklärte Bereitschaft, dieses Projekt zu unterstützen. Sie haben das statistische Material zusammengetragen und viele Arbeitsstunden dafür aufgewendet. Ohne ihre Mithilfe hätte es die vorliegende Masterarbeit in dieser Form nicht geben können.

Ein besonderer Dank gebührt auch Prof. Dr. A. Lienhard, der diese Arbeit kritisch begleitet und mit Umsicht unterstützt hat.

Zusammenfassung

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist eine Verfahrensart der Schweizerischen Zivilprozessordnung, die neben dem ordentlichen und dem vereinfachten Verfahren steht. Der Kläger hat das freie Optionsrecht, ob er seinen Anspruch in diesem «kurzen Prozess» geltend machen will. Voraussetzung für die Gutheissung der Klage ist, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Zum Vornherein ausgeschlossen ist das Verfahren, sofern die Oficialmaxime zur Anwendung gelangt.

Historisch geht der Rechtsschutz in klaren Fällen auf das organische Gesetz über das Gerichtswesen des Kantons Zürich von 1831 zurück. Er war eine Neuschöpfung. Insbesondere im deutschen Recht, das in vielen Punkten auch für das Zivilprozessrecht Vorbild war, hatte es keine Entsprechung. Über die Gründe, weshalb klares Recht für die Gutheissung der Klage vorausgesetzt wurde, können nur Vermutungen aufgestellt werden. Die entsprechenden Handschriften von Johann Jakob Treichler, dem Gesetzesredaktor, sind im Staatsarchiv nicht mehr auffindbar. Das Zürcher Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen, das damals noch unter den Begriff des Befehlsverfahrens fiel, fand in den Zivilprozessordnungen der Schweiz starke Verbreitung. Diese Verfahrensart wurde über mehrere Gesetzesrevisionen bzw. neue Gesetze tradiert und fand schliesslich Eingang in die Schweizerische Zivilprozessordnung. Erstaunlicherweise wurde die Voraussetzung des klaren Rechts praktisch kritiklos beibehalten.

Der Rechtsschutz in klaren Fällen soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein wirksames Instrument des Gläubigerschutzes sein. Es soll die rasche Rechtsdurchsetzung in einer Vielzahl von Anspruchsarten des Zivilrechts sicherstellen. Insbesondere soll es für Geldforderungen zulässig sein, was nach früherem kantonalem Recht nicht der Fall war. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, das Ziel des Gesetzgebers («das Soll») mit der Wirklichkeit («dem Ist») zu vergleichen.

Interessanterweise bestehen zum Rechtsschutz in klaren Fällen keine Gerichtsstatistiken. Um der Rechtswirklichkeit auf den Grund gehen zu können, wurde deshalb versucht, statistisches Datenmaterial beim grössten erstinstanzlichen Zivilgericht der Schweiz, dem Bezirksgericht Zürich, erhältlich zu machen. Durch manuelle Auswertung konnten die Zahlen für die Jahre 2011 bis 2018 ermittelt und detailliert aufgeschlüsselt werden. Als Hauptergebnis der Analyse zeigt sich, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen ein häufig genutztes Instrument ist, dessen Anwendung sich aber zum Grossteil auf Ausweisungsverfahren beschränkt. Dort ist denn auch die Erfolgsquote für die Kläger hoch, während in den übrigen Fällen nur relativ selten eine Klage gutgeheissen wird. Interessant ist auch die Erkenntnis, dass in fast einem Drittel der Fälle der Kläger am Fehlen klaren Rechts scheiterte.

Ein weiterer Spiegel der Rechtswirklichkeit sind die Begründungen der Gerichtsurteile. Von besonderer Bedeutung sind die Entscheide des Bundesgerichts, die eine hohe präjudizielle Wirkung haben. Auf sie richtete sich die Analyse deshalb vornehmlich. In Bezug auf das klare Recht konnte aufgezeigt werden, dass an diesem Erfordernis festgehalten wird und bereits der

Umstand, dass in einem Fall ein Ermessenentscheid zu fällen ist, dazu führt, dass das Vorliegen klaren Rechts verneint wird. Diesbezüglich werden aber Konzessionen gemacht, insbesondere im Bereich der Mieterausweisungen und dort für die Fälle von Art. 257f OR (Stichwort: Schädigung der Mietsache). In Bezug auf den Sachverhalt ist unbestritten, dass bereits eine substantzierte Bestreitung des Beklagten dazu führt, dass der Kläger seine Behauptungen beweisen muss. Ein Glaubhaftmachen der Bestreitungen kann vom Beklagten nicht verlangt werden. Strittig und von der Praxis bisher nicht abschliessend beurteilt ist die Frage, ob als Beweismittel neben Urkunden insbesondere auch der Zeugenbeweis zuzulassen ist. Umstritten war zudem lange die Frage, ob im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen die Klage auch abgewiesen werden kann, was im Gegensatz zum Nichteintreten dazu führt, dass der Entscheid in materielle Rechtskraft erwächst. Der Kläger kann seinen Anspruch dann nicht mehr in einem neuen (ordentlichen) Verfahren einklagen. Das Bundesgericht hat sich schliesslich dafür ausgesprochen, dass eine Abweisung unzulässig ist.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen in Bezug auf Ausweisungsverfahren seinem Anspruch an ein wirksames Instrument des Gläubigerschutzes entsprechen kann. In den übrigen Bereichen besteht Optimierungspotenzial. Stark verbessert werden könnte der Rechtsschutz, wenn auf die Voraussetzung des klaren Rechts verzichtet würde. Nach Ansicht des Verfassers könnte dies unter geltendem Recht durch das Instrument der teleologischen Reduktion geschehen. Auf der Ebene des Beweisrechts können Verbesserungen erzielt werden, wenn die Zurückhaltung gegenüber dem Zeugenbeweis und anderen Beweismitteln wie insbesondere dem Augenschein abgelegt würde. Unumstritten ist, dass aufgrund der Anforderung, dass der Kläger den umstrittenen Sachverhalt sofort beweisen können muss, kein umfangreiches Beweisverfahren stattfinden kann. Beim Entscheid über die Durchführung soll aber nicht die Frage der Wahl des Beweismittels im Zentrum stehen. Solange von der Abnahme eines Zeugenbeweises kein grosser Aufwand zu erwarten ist, sollte ein solcher abgenommen werden. Unbefriedigend aus der Sicht des Beklagten ist, dass selbst bei Klarheit zuungunsten des Klägers nur ein Nichteintreten und keine Klageabweisung erfolgt. Dies verletzt den Grundsatz der Risikoparität im kontradiktorischen Verfahren und hat unter anderem beispielsweise auch zur Folge, dass gegebenenfalls eine mietrechtliche Kündigungssperre nicht ausgelöst wird.

Aus dem Dargelegten erhellt, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen ein bewährtes und viel benütztes Instrument zur Rechtsdurchsetzung darstellt. Die vorgeschlagenen Verbesserungsmöglichkeiten liessen sich durch Änderung oder Präzisierung der Praxis ohne Gesetzesänderung erreichen. Wenn die vorliegende Arbeit einen Anstoss dazu geben kann, hat sie ihren Auftrag erfüllt.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	II
Zusammenfassung	III
Inhaltsverzeichnis	V
1. Einleitung	1
1.1. Ausgangslage.....	1
1.2. Zielsetzung und Fragestellung.....	2
1.3. Aufbau und methodisches Vorgehen	3
2. Historischer Hintergrund.....	3
2.1. Gesetzgebungskompetenz der Kantone.....	3
2.2. Die Entstehung der Zürcher Zivilprozessordnung	4
2.3. Der Rechtsschutz in klaren Fällen in der Zürcher Zivilprozessordnung.....	4
2.4. Rezeption in anderen Kantonen	5
2.5. Rechtslage in den Kantonen Bern, Zug und Tessin	5
2.6. Aufnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen in die Schweizerische ZPO.....	7
2.6.1. Verfassungsgrundlage	7
2.6.2. Vorentwurf zur Schweizerischen ZPO.....	7
2.6.3. Aufnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen in die Schweizerische ZPO.....	8
2.6.4. Fazit zum historischen Hintergrund	8
3. Anforderungen an den Rechtsschutz in klaren Fällen («das Soll»)	9
3.1. Erkenntnisse aus der Verortung im System der Verfahrensarten	9
3.1.1. Die Verfahrensarten der Schweizerischen Zivilprozessordnung	9
3.1.1.1. Überblick über die Verfahrensarten	9
3.1.1.2. Das ordentliche Verfahren.....	9
3.1.1.3. Das vereinfachte Verfahren.....	10
3.1.1.4. Das summarische Verfahren im Allgemeinen.....	11
3.1.1.5. Zwei exemplarische Beispiele für die rasche Streitbeilegung.....	11
3.1.1.6. Nutzen summarischer Entscheide trotz eingeschränkter Kognition.....	12
3.1.1.7. Der Rechtsschutz in klaren Fällen im Besonderen.....	13

3.2. Intention des Gesetzgebers und Erfüllung der Justizgewährleistungspflicht.....	13
4. Umsetzung in der Praxis («das Ist»).....	14
4.1. Einleitung	14
4.2. Die Gerichtspraxis im Spiegel der Statistik	15
4.2.1. Schweizerische Gerichtsstatistik, Vision «Justizbarometer»	15
4.2.2. Fehlen von statistischen Daten zum Rechtsschutz in klaren Fällen.....	17
4.2.3. Statistik des Obergerichts des Kantons Zürich.....	17
4.2.4. Statistik des Bezirksgerichts Zürich.....	18
4.2.4.1. Schaffung einer Statistik durch teilmanuelle Auswertung der Daten	18
4.2.4.2. Analyse der Statistik des Bezirksgerichts Zürich.....	19
4.2.4.2.1. Analyse nach Art der Begehren.....	19
4.2.4.2.2. Analyse nach Erledigungsart.....	22
4.2.4.2.3. Analyse der Fälle des Nichteintretens	23
4.2.4.3. Erkenntnisse aus der Statistik des Bezirksgerichts Zürich.....	25
4.3. Die Gerichtspraxis im Spiegel der Entscheidungsbegründungen.....	26
4.3.1. Fokus der Rechtsfragen	26
4.3.2. Erfordernis des klaren Rechts.....	26
4.3.2.1. Die Problematik der Anforderung des klaren Rechts.....	26
4.3.2.2. Die Anwendung klaren Rechts in der Praxis im Allgemeinen.....	28
4.3.2.3. Besondere Fälle	30
4.3.2.3.1. Anwendung ausländischen Rechts	30
4.3.2.3.2. Fall von Täuschung im Sinne von Art. 28 OR.....	32
4.3.2.3.3. Fall von Art. 257f OR.....	33
4.3.3. Erfordernis des liquiden Sachverhalts	34
4.3.3.1. Schlüssige und substantzierte Klage	34
4.3.3.2. Bestreitungen.....	35
4.3.3.3. Beweis	36
4.3.4. Umgehung der sozialen Untersuchungsmaxime?	38
4.3.5. Teilguttheissung von Klagen.....	39

4.3.6. Abweisung von Klagen	40
5. Optimierungsmöglichkeiten im Rahmen des geltenden Rechts	41
5.1. Einleitung	41
5.2. Optimierungsmöglichkeiten hinsichtlich des Sachverhalts	43
5.2.1. Die Ebene von Behauptung und Bestreitung	43
5.2.2. Zulässigkeit von anderen Beweismitteln als Urkunden	43
5.3. Optimierungsmöglichkeiten hinsichtlich des klaren Rechts	44
5.4. Abweisung von Klagen	47
6. Ergebnisse und Fazit	48
Literaturverzeichnis	VIII
Gesetzliche Erlasse	XV
Abkürzungen	XVI
Anh. I: Statistik des Obergerichts des Kantons Zürich 2018, Übersicht summ. Verf....	XVIII
Anh. II: Statistik des Obergerichts des Kantons Zürich 2018, Art. 257 ZPO	XIX
Anh. III: Statistik BGZ 2011-2018, Art der Begehren, aufgeschlüsselt nach Jahren	XX
Anh. IV: Statistik BGZ 2011-2018, Art der Begehren, Zusammenzug aller Jahre	XXI
Anh. V: Statistik BGZ 2016, Anal. nach Art der Begehren u. Verfahrenserledigung	XXII
Anh. VI: Statistik BGZ 2017, Anal. nach Art der Begehren u. Verfahrenserledigung..	XXIII
Anh. VII: Statistik BGZ 2018, Anal. nach Art der Begehren u. Verfahrenserledigung	XXIV
Anh. VIII: Statistik BGZ 2016-2018, Anal. der Nichteintretensentscheide	XXV
Schlussklärung, Unterschrift	XXVI
Über den Autor	XXVII

1. Einleitung

1.1. Ausgangslage

Die schweizerische Rechtsordnung ist geprägt vom Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Es wurde bis zur Bundesverfassung 2000 auf Verfassungsstufe weder erwähnt noch normiert, gehörte indes zum ungeschriebenen Verfassungsrecht (Rhinow, 2000, S. 172). Mit der Verfassungsreform wurde das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit explizit normiert (Art. 5 BV). Der Rechtsstaat dient nicht nur der Begrenzung staatlicher Macht, sondern beinhaltet auch eine Gewährleistungspflicht. Der Staat soll Garant einer Rechts- und Friedensordnung sein und dem Recht auch im Verhältnis der Individuen untereinander zum Durchbruch verhelfen (Schindler, 2014, Art. 5 BV, Rz. 3 und 7). Ausfluss dieses Prinzips ist der Grundsatz, dass jemand, der behauptet, einen Anspruch gegen einen anderen zu haben, sich nicht selber helfen darf, sondern sein Recht in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzen muss. Es gilt also das Verbot der Eigenmacht bzw. der Selbsthilfe (BGer 6B_814/2015 E. 1.4.2). Das Verbot der Selbsthilfe ist nicht ausdrücklich gesetzlich normiert. Es wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass das Gegenteil – ausnahmsweise erlaubte Selbsthilfe – im Gesetz erwähnt wird. Im Bereich des Zivilrechts sind dies Art. 808 Abs. 2 ZGB (Massnahmen gegen die Wertverminderung des Unterpandes, wenn Gefahr in Verzug ist), Art. 926 ZGB (Selbsthilfe des Besitzers), Art. 57 OR (Pfändung des Tieres) und Art. 52 Abs. 3 OR (Selbsthilfe im Allgemeinen) (Stahelin et al., 2013, S. 2).

Gegenstück zum Verbot der Selbsthilfe ist die Justizgewährleistungspflicht des Staates. Dieser ist verpflichtet, eine funktionierende Gerichtsorganisation zur Verfügung zu stellen (Kley, 2014, Art. 29a, Rz. 5). Im Bereich des Privatrechts besteht insbesondere das Recht auf Klage, auf ordnungsgemässe Durchführung des Prozesses und Abnahme der Beweise sowie auf ein Urteil (Stahelin et al., 2013, S. 3-4). Das Zivilrecht umfasst eine Fülle von Rechtsgebieten, so das Familienrecht, das Vertragsrecht, das Gesellschaftsrecht und das Haftpflichtrecht, um nur einige zu nennen. So vielfältig wie die Rechtsgebiete sind die Akteure und die möglichen Konflikte. Um die Justizgewährleistungspflicht zu erfüllen, stellen die Schweizerische Zivilprozessordnung sowie die kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze eine Vielzahl von Verfahren und Gerichtsinstanzen zur Verfügung. Dennoch gelingt es wohl nicht immer, den Rechtsfrieden auf adäquate Weise, das heisst insbesondere zu tragbaren Kosten und innert nützlicher Zeit, wiederherzustellen. Es wird etwa kritisiert, rekordhohe Prozesskosten würden viele Bürger¹ und KMU davon abhalten, ihre Ansprüche vor Gericht durchzusetzen (Gerny, 2018).

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird jeweils nur die männliche oder die weibliche Form verwendet. Die jeweils andere Form ist selbstverständlich mit gemeint.

Weiter wird eine oft als zu lange empfundene Verfahrensdauer bemängelt, wobei darauf hingewiesen wird, dass neben dem ordentlichen auch ein (schnelleres) summarisches Verfahren zur Verfügung stehe (Futterlieb, 2014).

Als eine besondere Form des summarischen Verfahrens stellt das Gesetz mit Art. 257 ZPO (5. Titel: Summarisches Verfahren) den «Rechtsschutz in klaren Fällen» zur Verfügung, dem es ein nur einen Artikel umfassendes Kapitel widmet. Die Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 257 [ZPO]

¹Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn:

- a. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist; und
- b. die Rechtslage klar ist.

²Ausgeschlossen ist dieser Rechtsschutz, wenn die Angelegenheit dem Officialgrundsatz unterliegt.

³Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein.

Das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen soll schnellen Rechtsschutz gewährleisten. Im sprichwörtlich «kurzen Prozess» soll der Kläger ohne Schlichtungsgesuch und ohne die unnötigen Einlässlichkeiten des ordentlichen oder des vereinfachten Verfahrens zu seinem Recht kommen (Göksu, 2016, Art. 257, Rz. 1). Der Rechtsschutz in klaren Fällen steht dem Kläger als freie Option zum ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zur Verfügung (Spichtin, 2016, S. 3). Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen erfüllt damit in Bezug auf die Raschheit des Rechtsschutzes eine ähnliche Funktion wie das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bzw. der vorsorglichen Massnahme. Im Gegensatz zu diesem führt das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen – jedenfalls bei Gutheissung der Klage – indes eine dauernde Beständigkeit herbei, der Entscheid entfaltet volle materielle Rechtskraftwirkung (Hofmann, 2017, Art. 257, Rz. 3-3a und Rz. 24).

1.2. Zielsetzung und Fragestellung

Wählt ein Kläger zur Durchsetzung eines von ihm behaupteten Anspruchs das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen, so steht er vor zwei Hürden: Erstens muss der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar sein und zweitens muss die Rechtslage klar sein. Ein Beklagter wird wohl kaum geneigt sein, einen vom Kläger behaupteten Sachverhalt ohne Weiteres zu anerkennen. Wird der Sachverhalt bestritten, muss der Kläger den sofortigen Beweis erbringen.

Schon aufgrund der Anforderungen auf der Sachverhaltsebene drängt sich deshalb die Frage auf, ob das Verfahren nach Art. 257 ZPO für den Kläger erfolgversprechend sein kann. Hinzu kommt das zusätzliche Erfordernis des Bestehens von klarem Recht. Hält man sich vor

Augen, dass eine Rechtsfrage kaum je durch blosser Konsultation des Gesetzestextes beantwortet werden kann, so stellt sich auch auf der Rechtsebene die Frage, ob der Kläger in diesem Verfahren reale Gewinnchancen haben kann.

Der Gesetzgeber will mit dem Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen einerseits schnellen Rechtsschutz gewähren, andererseits errichtet er nicht unerhebliche Hindernisse. Das entstehende Spannungsfeld wirft folgende Fragen auf, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu beantworten versucht werden:

- Kann das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen von seiner Konzeption her die Justizgewährleistungspflicht und die Anforderungen an ein faires Verfahren erfüllen?
- Gibt es allenfalls Teilbereiche, in denen dieses Verfahren einen wirksamen Rechtsschutz bietet, und andere, in denen dies nicht der Fall ist?
- Bietet das geltende Recht Raum für eine Optimierung?

1.3. Aufbau und methodisches Vorgehen

Mit der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach seiner gesetzlichen Konzeption und der Umsetzung in der Praxis den Anforderungen der Justizgewährleistungspflicht sowie des Anspruchs auf ein faires Verfahren zu genügen vermag und – gegebenenfalls – welches Optimierungspotenzial unter dem geltenden Recht besteht.

Dazu soll zunächst der historische Hintergrund aufgearbeitet werden, auch mit dem Ziel, daraus auch Schlüsse für die Auslegung der gesetzlichen Norm ziehen zu können. Danach sollen insbesondere aufgrund einer Gesamtschau auf die verschiedenen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Anforderungen, die an den Rechtsschutz in klaren Fällen zu stellen sind, herausgearbeitet werden («das Soll»). Danach erfolgt eine Prüfung der Umsetzung in der Praxis («das Ist») – anhand statistischer Daten sowie der gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere des Schweizerischen Bundesgerichts. Die erarbeitete Grundlage ermöglicht schliesslich eine Analyse bzw. ein Abgleich «des Soll» mit «dem Ist» und mündet in der Beantwortung der Frage, welche Verbesserungsmöglichkeiten im Rahmen des geltenden Rechts bestehen.

2. Historischer Hintergrund

2.1. Gesetzgebungskompetenz der Kantone

Bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 war die Zivilrechtspflege eine Kompetenz der Kantone. Die Kompetenz des Bundes war auf die Befugnis beschränkt, an der Spitze der kantonalen Gerichtsorganisation das Bundesgericht als oberste Revisionsinstanz zum Zweck der Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung des materiellen Rechts einzusetzen (Art. 64 Abs. 3 BV1874; Giacometti, 1949, S. 107). Dieser Grundsatz

wurde durch die Rechtsprechung lediglich dahingehend eingeschränkt, als das Bundesgericht kantonalen Bestimmungen die Anwendung versagte, wenn sie die Verwirklichung des [materiellen] Bundeszivilrechts verunmöglichten (Häfelin & Haller, 1998, S. 97).

2.2. Die Entstehung der Zürcher Zivilprozessordnung

Die kantonalen Zivilprozessordnungen entstanden zum Teil bereits vor der Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahr 1848. Der erste Kanton, der eine Zivilprozessordnung erliess, war Genf (1819), der letzte Appenzell-Innerrhoden (1892). Der Kanton Zürich erliess erstmals im Jahr 1866 eine Zivilprozessordnung. Da die Handschriften des Gesetzesredaktors Johann Jakob Treichler, die im Zürcher Staatsarchiv liegen sollten, nicht mehr aufgefunden werden können, lassen sich die Quellen des Gesetzes nicht detailliert erschliessen. Aufgrund des Vergleichs von Gesetzestexten und anderen Quellen kann indes davon ausgegangen werden, dass sich Treichler hauptsächlich auf drei Grundlagen stützte, nämlich die in der Praxis der Zürcher Gerichte entwickelten Grundsätze, die Erkenntnisse der damals neueren Lehre (insbesondere von S. L. Schnell, dem Verfasser des Berner Prozessrechts, und Samuel Porta, der die Waadtländer Zivilprozessordnung prägte) sowie das deutsche Zivilprozessrecht. In Bezug auf den einstweiligen Rechtsschutz – dem später in § 222 ZPO/ZH das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen beigeordnet wurde – wurden Bestimmungen zum Teil wörtlich aus der Prozessordnung für das Grossherzogtum Baden vom 31. Dezember 1831 übernommen. Bei der Weiterentwicklung des Zivilprozessrechts hatte dann die deutsche Gesetzgebung keinen bedeutenden Einfluss mehr (Walder und Meier, 1991, S. 93-95, S. 109-110 und S. 120).

2.3. Der Rechtsschutz in klaren Fällen in der Zürcher Zivilprozessordnung

Wie dargelegt wurde das Recht des einstweiligen Rechtsschutzes zum Teil wörtlich aus einer deutschen Zivilprozessordnung übernommen. Nicht aus dem deutschen Recht übernommen wurde das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Dieses entstand in der Zürcher Praxis und wurde erstmals in einem der ersten Zivilprozessordnung vorangehenden Gesetz normiert: § 64 des organischen Gesetzes über das Gerichtswesen von 1831 (Schmid, 1991, S. 111). In der Zivilprozessordnung von 1866 wurde das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen wie folgt geregelt (Spichtin, 2012, S. 5):

§ 423 Ziff. 1

Das Befehlsverfahren ist zulässig:

1) zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen; (...)

Die Bestimmung blieb im Zürcher Recht bis zur Ablösung durch die Schweizerische Zivilprozessordnung praktisch unverändert in Kraft:

§ 222 [ZPO/ZH, 4. Abschnitt: Befehlsverfahren]

Das Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren ist zulässig

1. (...)
2. zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen und sofort beweisbaren Verhältnissen.
3. (...)

2.4. Rezeption in anderen Kantonen

Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen wurde von insgesamt zwölf Kantonen übernommen (Vogel, 1999, S. 347). Der erste Kanton war 1869 Schaffhausen, als letzte nahmen 1973 und 1974 Schwyz und Obwalden eine entsprechende Regelung in ihre Gesetze auf. Die Fassung der Zürcher Zivilprozessordnung wurde teils wörtlich übernommen (Spichtin, 2012, S. 6). Auffallend ist dabei, dass beim erstmaligen Erlass der Zivilprozessordnungen ausschliesslich deutschschweizerische Kantone die Rezeption vornahmen (Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell-Ausserrhoden, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen und Thurgau) (Vogel, 1999, S. 347).

2.5. Rechtslage in den Kantonen Bern, Zug und Tessin

Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen ist vor allem dort unabdingbar, wo die lange Prozessdauer des ordentlichen Verfahrens für den Kläger einen grossen Nachteil bedeuten würde. Dies ist insbesondere bei den sogenannten Mieterausweisungen der Fall. Anders als bei einer Forderung auf Geldzahlung, wo die negativen Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer wenigstens teilweise durch den Verzugszins (dieser beträgt gemäss Art. 104 Abs. 1 OR grundsätzlich fünf Prozent und hat mindestens im gegenwärtigen Tiefzinsumfeld sogar pönalen Charakter) ausgeglichen werden, nützt dem Kläger im Ausweisungsverfahren der Anspruch auf eine Kompensation in Geld bei verspätetem Auszug des Mieters in den meisten Fällen wenig, da viele Ausweisungsverfahren ihren Grund im Zahlungsverzug des Mieters haben. Hinzu kommt, dass der Vermieter beim verspäteten Auszug des Mieters gegenüber einem Nachmieter in Verzug geraten kann, was eine Schadenersatzpflicht des Vermieters zur Folge haben kann. Eine Schadenersatzzahlung des Vermieters an den Nachmieter kann der Vermieter zwar grundsätzlich auf den zu spät ausziehenden Mieter abwälzen, doch bedarf es dafür eines weiteren Zivilprozesses.

Es stellt sich somit die Frage, wie diejenigen Kantone, die das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen zumindest nicht von Beginn weg kannten, mit dem Problem umgingen bzw. ob und wie sie dem Bedürfnis nach raschem Rechtsschutz entgegenkamen. Als Beispiele sind die Kantone Bern, Zug und Tessin zu nennen, die je unterschiedliche Ansätze wählten.

Am einfachsten, wenn auch spät löste der Kanton Tessin das Problem, indem er im Jahr 2000 unter dem Titel «Azioni di rendiconto e fattispecie facilmente accertabili» das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen in das Gesetz aufnahm (Art. 488a ZPO/TI).

Im Kanton Zug wurde das Instrument durch Richterrecht geschaffen. Gestützt auf die vorsorgliche Leistungsmassnahme gemäss § 129 Ziff. 3 ZPO/ZG wurde – contra verba legis – ohne Glaubhaftmachung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils definitiver Rechtsschutz gewährt (Spichtin, 2012, S. 8-9).

Der Kanton Bern gewährte keinen Rechtsschutz in klaren Fällen, wies aber Mieter gestützt auf Verfahren der vorsorglichen Massnahme aus. Die angewendeten Bestimmungen lauteten wie folgt:

Art. 326 [ZPO/BE, Titel IV: Einstweilige Verfügungen]

Zulässigkeit

Der Richter kann auf Gesuch eines Beteiligten als vorsorgliche Massnahme eine einstweilige Verfügung treffen, sofern ihm glaubhaft gemacht wird, dass der Erlass einer solchen sich aus einem der folgenden Gründe rechtfertigt:

1. (...)
2. zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes sowie zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes;
3. (...)

Art. 330 [ZPO/BE, Dahinfallen der Verfügung des Richters]

¹ Beim Zuspruch der einstweiligen Verfügung ist gegebenenfalls dem Gesuchsteller im Entscheid eine angemessene Frist anzusetzen, innerhalb welcher er den Hauptprozess anzuheben hat, ansonst die einstweilige Verfügung dahinfällt.

² Die Entscheidung über die einstweilige Verfügung fällt dahin, sobald über die Sache selbst ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist.

Art. 332 [ZPO/BE, Schadenersatzklage]

¹ Wird der Partei, gegen welche einstweilige Verfügungen erlassen wurden, dadurch Schaden verursacht, so kann sie auf dem Weg des ordentlichen Prozesses Ersatz des Schadens einklagen, sofern den Massnahmen ein fälliger materiellrechtlicher Anspruch nicht zugrunde lag.

² (...)

Die Verwendung des Rechts der vorsorglichen Massnahme für Mieterausweisungen hatte für den Kläger den Vorteil, dass der Beklagte gestützt auf einen bloss glaubhaft gemachten Sachverhalt ausgewiesen wurde. Der Rechtsschutz gemäss Art. 330 ZPO/BE, wonach der gerichtliche Entscheid ohne Prosequierung, also ohne Anhebung eines ordentlichen Prozesses innert einer bestimmten Frist (Staehelin et al., 2013, S. 3-4), dahinfällt, nützte dem Beklagten nichts, da zu diesem Zeitpunkt der Entscheid bereits vollstreckt war. Der Beklagte war, sollte sich der Anspruch bei Prüfung mit voller Kognition (umfassende Prüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Staehelin et al., 2013, S. 476)) als nicht ausgewiesen erweisen, auf die Schadenersatzklage verwiesen, was beim Verlust einer Wohnung oder eines Geschäftslokals nicht als adäquater Rechtsschutz bezeichnet werden kann. In prozessualer Hinsicht wurde die

Situation des Beklagten zusätzlich dadurch verschlimmert, dass das Bundesgericht die Berufung gegen einen solchen Entscheid für nicht zulässig hielt. Gemäss dem damals geltenden Art. 48 Abs. 1 OG war die Berufung nur gegen Endentscheide zulässig. Obwohl wie beschrieben der Ausweisungsentscheid nicht mehr rückgängig machbare Folgen haben konnte, liess das Bundesgericht die Berufung nicht zu, da es auf das formale Kriterium abstellte, wonach trotz der Folgen bloss ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme vorliege (BGE 104 II 216 E. 2).

Das Beispiel des Kantons Bern zeigt, dass die Gewährung eines raschen Rechtsschutzes einem ausgewiesenen Bedürfnis entspricht. Das fehlende Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen wird jedoch durch den Rückgriff auf das Recht der vorsorglichen Massnahme nur in unbefriedigender Art und Weise gelöst, da der Rechtsschutz des Beklagten, der sich gegen einen bloss glaubhaft gemachten Anspruch nicht erfolgreich wehren kann, unzureichend ist.

2.6. Aufnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen in die Schweizerische ZPO

2.6.1. Verfassungsgrundlage

Nach der Bundesverfassung von 1874 fiel der Erlass einer Zivilprozessordnung in die Kompetenz der Kantone (Art. 64 Abs. 3 BV/1874). In den 1960er-Jahren wurde durch eine parlamentarische Motion der Anstoss für eine Totalrevision der Bundesverfassung gegeben. Über viele Jahre hinweg wurde um einen Text gerungen. Einen Konsens zu finden war schwierig. Schliesslich einigte man sich auf ein Konzept, das vor allem eine Nachführung war, also das ungeschriebene, in der Praxis entwickelte Verfassungsrecht formell in die Verfassung aufnahm. Wichtige Reformbereiche, wie die Staatsleitungs-, die Föderalismus- und die Justizreform, mussten, um die Gesamtvorlage nicht zu gefährden, ausgeklammert werden. Obwohl die schliesslich ausgearbeitete Verfassung wenig Neuerungen enthielt, wurde sie am 18. April 1999 von Volk und Ständen nur relativ knapp angenommen (Volksmehr: 59.2 %, Ständemehr: 12.5 ja zu 8.5 nein). Die neue Verfassung trat am 1. Januar 2000 in Kraft. Die Kompetenz zum Erlass von Zivilprozessordnungen blieb bei den Kantonen. Die Justizreform wurde anschliessend in einem separaten Projekt rasch an die Hand genommen. Bereits am 12. März 2000 wurde die Vorlage von Volk und Ständen angenommen. Unter anderem wurde Art. 122 BV neu gefasst. Der Erlass des Zivilprozessrechts wurde zu einer Bundeskompetenz (Häfelin & Haller, 2001, S. 20-24).

2.6.2. Vorentwurf zur Schweizerischen ZPO

Gestützt auf die neue Bundeskompetenz wurde ein Vorentwurf zu einer Bundes-Zivilprozessordnung verfasst. Die vom EJPD eingesetzte Expertenkommission (ihre Mitglieder sind in der Botschaft zur ZPO aufgeführt, vgl. Bundesrat, 2006, S. 7235) übernahm im Wesentlichen bewährte Instrumente der bestehenden kantonalen Zivilprozessordnungen. Besonders Gewicht legte sie auf ein praxisnahes und ökonomisches Verfahren. Der Rechtsschutz in klaren Fällen

sollte ins neue Gesetz aufgenommen werden (Bundesamt für Justiz, 2003, S. 2-3 und S. 127-128). Das Gesetz sollte wie folgt lauten (Meier, 2003, S. 164):

Art. 266 (Geltungsbereich)

¹ Beim Gericht kann schneller Rechtsschutz verlangt werden, wenn:

- a. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist; und
- b. die Rechtslage klar ist.

² Ausgeschlossen ist der schnelle Rechtsschutz, wenn die Parteien über den Streitgegenstand nicht frei verfügen können.

Art. 267 (Verfahren und Entscheidung)

¹ Nach Eingang des Gesuchs setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Frist zur Stellungnahme.

² Das Gericht tritt auf das Gesuch nicht ein, wenn die Voraussetzungen für den schnellen Rechtsschutz fehlen.

³ Ein Sachentscheid hat hinsichtlich der Rechtskraft die gleiche Wirkung wie ein Entscheid im ordentlichen Verfahren.

Im Vernehmlassungsverfahren wurde die Aufnahme des Instituts des Rechtsschutzes in klaren Fällen in die ZPO begrüsst. Kritikpunkte stellten etwa die kurze Frist, die dem Beklagten zur Stellungnahme zur Verfügung stehen soll, oder die fehlende Koordination des Rechtsschutzes in klaren Fällen mit der provisorischen Rechtsöffnung nach SchKG dar (Bundesamt für Justiz, 2004, S. 668-672). Auch in der Literatur fand die Aufnahme des Instituts Zustimmung (Meier, 2003, S. 80-81). Soweit ersichtlich wurde die Voraussetzung des klaren Rechts als Voraussetzung für die Gutheissung eines Begehrens von keiner Seite in Frage gestellt.

2.6.3. Aufnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen in die Schweizerische ZPO

Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen wurde vom Bundesrat in den Entwurf zuhanden des Parlaments aufgenommen. Im Vergleich mit dem Vorentwurf der Expertenkommission wurde die Bestimmung in einem Artikel zusammengefasst. Inhaltlich war damit aber keine Veränderung beabsichtigt (Bundesrat, 2006, S. 7351-7352). Auch in der parlamentarischen Beratung war die Aufnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss dem bundesrätlichen Entwurf unbestritten (Sutter-Somm & Lötscher, 2016, Art. 257, Rz. 3). Der Wortlaut der Bestimmung ist oben in Ziff. 1.1 wiedergegeben. Sie trat mit der ZPO am 1. Januar 2011 in Kraft (Kellerhals, 2012, S. VII).

2.6.4. Fazit zum historischen Hintergrund

Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen lässt sich historisch bis auf das Zürcher Gesetz über das Gerichtswesen von 1831 zurückführen. Ausgehend von dieser Quelle fand die damalige gesetzliche Lösung Eingang in verschiedene kantonale Prozessrechte und schliesslich inhaltlich unverändert in die Schweizerische ZPO.

Die Rückführbarkeit auf einen einzigen Ursprung ohne erkennbare Einflüsse anderer Rechtsordnungen ist angesichts der Tatsache, dass die Gesetzgebung in einem national wie international grenzüberschreitenden Kontext stattfindet, zumindest sehr bemerkenswert, wenn nicht gar – was hier nicht abschliessend beurteilt werden kann – einzigartig.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die systematische Einordnung des Rechtsschutzes in klaren Fällen im Gesetz. Die Zürcher Zivilprozessordnung verstand das Institut noch als Teil des sogenannten Befehlsverfahrens, das neben der Vollstreckung von Entscheiden insbesondere die vorsorglichen Massnahmen enthielt. Der Rechtsschutz in klaren Fällen wurde dabei terminologisch auch als «Befehlsverfahren im engeren Sinn» bezeichnet (Frank, 1997, vor § 222 N 1). Diese gesetzessystematische Nähe lässt sich dogmatisch nicht begründen, denn der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein Erkenntnisverfahren und unterscheidet sich insbesondere hinsichtlich des anwendbaren Beweismasses sowie der materiellen Rechtskraft entscheidend von der vorsorglichen Massnahme, die ein Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes ist.

In der Schweizerischen Zivilprozessordnung werden der Rechtsschutz in klaren Fällen (ZPO, 2. Teil, fünfter Titel, drittes Kapitel), die vorsorglichen Massnahmen (ZPO, 2. Teil, fünfter Titel, fünftes Kapitel) sowie das Vollstreckungsrecht (ZPO, 2. Teil, zehnter Titel) systematisch abgegrenzt, was insbesondere für die Auslegung der verschiedenen Institute hilfreich ist. Die Bedeutung des Rechtsschutzes in klaren Fällen als eigentliches Erkenntnisverfahren (Jent-Sørensen, 2014, Art. 257, Rz. 1) tritt dadurch klar hervor.

3. Anforderungen an den Rechtsschutz in klaren Fällen («das Soll»)

3.1. Erkenntnisse aus der Verortung im System der Verfahrensarten

3.1.1. Die Verfahrensarten der Schweizerischen Zivilprozessordnung

3.1.1.1. Überblick über die Verfahrensarten

Die Zivilprozessordnung kennt drei verschiedenen Verfahrensarten, nämlich das ordentliche Verfahren (Art. 219-242 ZPO), das vereinfachte Verfahren (Art. 243-247 ZPO) und das summarische Verfahren (Art. 248-251 ZPO). Das summarische Verfahren wiederum ist auf fünf Fallkategorien anwendbar (Art. 248 lit. a-e ZPO): den Rechtsschutz in klaren Fällen, die gerichtlichen Verbote, die vorsorglichen Massnahmen sowie die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hinzu kommen besondere eherechtliche Verfahren (Art. 271-294 ZPO), Verfahren über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 295-304 ZPO) und Verfahren bei eingetragener Partnerschaft (Art. 305-307 ZPO).

3.1.1.2. Das ordentliche Verfahren

Das ordentliche Verfahren ist die Grundform des Zivilprozesses. Sofern keine besondere Verfahrensart von Gesetzes wegen zur Anwendung kommt oder vom Kläger zulässigerweise gewählt wird, wird ein Zivilprozess in dieser Verfahrensart durchgeführt. Vorteil des ordentlichen Verfahrens ist, dass es sich vom Grundsatz her für strittige Verfahren verschiedenster

Art eignet, insbesondere auch für in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht sehr schwierige Prozesse. Nachteilig ist, dass das Verfahren komplex ist. Die Klage muss zwingend schriftlich eingereicht werden. Je nach Entwicklung des Prozesses kann sich eine Vielzahl von Parteivorträgen ergeben. Es gelten die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime, was bedeutet, dass es dem Gericht grundsätzlich verwehrt ist, helfend einzugreifen. Das Gericht hat sich auf die formelle Prozessleitung zu beschränken und es ist Sache der Parteien, dem Gericht ihre Anliegen klar strukturiert vorzutragen. Aus dem Gesagten geht hervor, dass das ordentliche Verfahren anspruchsvoll ist, was bedeutet, dass die Parteien in der Regel auf den Beizug eines Rechtsanwaltes angewiesen sind (Naegeli & Richers, 2014, Art. 219, Rz. 1-15). Dies bedeutet wiederum, dass sich das ordentliche Verfahren für Fälle, die weniger komplex sind, einer raschen Erledigung bedürfen oder bei denen der Streitwert nicht sehr hoch ist, kaum eignet. Immerhin bleibt zu erwähnen, dass dem ordentlichen Verfahren in der Regel ein Schlichtungsverfahren vorausgeht (Art. 197 ZPO, Ausnahmen: Art. 198 lit. a-h ZPO). Einigen sich die Partei auf einen Vergleich, können sie sich ein anschliessendes ordentliches Verfahren ersparen. Der Vergleich hat die gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiges Gerichtsurteil und kann dementsprechend auch vollstreckt werden (Gloor & Umbricht Lukas, 2014, Art. 209, Rz. 9). Kann kein Vergleich erzielt werden – dazu genügt bereits, dass der Beklagte nicht zur Schlichtungsverhandlung erscheint –, so kommt der Kläger nicht umhin, das komplexe ordentliche Verfahren einzuleiten.

3.1.1.3. Das vereinfachte Verfahren

Sofern ein vermögensrechtlicher Streit mit einem Streitwert bis zu 30'000 Franken vorliegt, kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. In bestimmten Ausnahmefällen gilt dies auch dann, wenn ein grösserer Streitwert gegeben ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt. Keine Anwendung findet es insbesondere, wenn die Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben ist (Art. 243 Abs. 1-3 ZPO). Das vereinfachte Verfahren läuft grundsätzlich gleich ab wie ein ordentliches, ist aber durch verschiedene Massnahmen ökonomischer und zudem laienfreundlicher ausgestaltet. Die Formstrenge ist reduziert und es gilt der Vorrang der Mündlichkeit. Die Prozessleitung des Gerichts ist eine materielle, was bedeutet, dass durch verstärkte Ausübung der sogenannten richterlichen Fragepflicht den Parteien dabei geholfen wird, das Nötige vorzutragen. Eine Vielzahl von Parteivorträgen soll vermieden werden. Der Prozess soll, wenn immer möglich, am ersten Termin erledigt werden. Das vereinfachte Verfahren wird deshalb auch als «Einakter» oder –aufgrund der beschriebenen Erleichterungen – als «sozialer Zivilprozess» bezeichnet. Es stellt die häufigste Prozessart dar und bestimmt damit den Gerichtsalltag (Fraefel, 2014, Art. 243, Rz. 2).

3.1.1.4. Das summarische Verfahren im Allgemeinen

Es gilt der Grundsatz, dass ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangen. Das summarische Verfahren ist also die Ausnahme. Dennoch ist es in der Praxis von grosser Bedeutung. Es liegt auf der Hand, dass eine Beschleunigung eines Prozesses im Vergleich zum ordentlichen oder vereinfachten Verfahren nur erreicht werden kann, wenn in gewissen Bereichen Abstriche gemacht werden. Gegenüber dem ordentlichen weist das summarische Verfahren in dreierlei Hinsicht Einschränkungen auf. Erstens ist das summarische Verfahren in der Regel inhaltlich eingeschränkt. Anders als im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren wird keine definitive Streiterledigung angestrebt, sondern es soll beispielsweise durch eine Sicherungsmassnahme nur gewährleistet werden, dass ein Streitgegenstand erhalten bleibt. Zweitens werden Abstriche bei der Beweisführung gemacht. Gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich nur der Urkundenbeweis zulässig und es genügt das Beweismass des Glaubhaftmachens. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht vollständig davon überzeugt sein muss, dass eine Tatsachenbehauptung zutreffend ist. Es genügt, wenn die Behauptung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit als zutreffend angenommen werden kann, auch wenn noch mit der Möglichkeit gerechnet wird, dass sie falsch ist. Drittens ist die Rechtskraftwirkung von Entscheiden, die im summarischen Verfahren ergangen sind, eingeschränkt. Die Entscheide werden in der Regel nicht materiell rechtskräftig, können also in einem späteren Verfahren in Frage gestellt werden (Güngerich, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 248-270, Rz. 1-15).

3.1.1.5. Zwei Beispiele, exemplarisch für die rasche Streitbeilegung

Das summarische Verfahren ist auf eine Fülle verschiedenster Fälle anwendbar. In den Art. 248-251 werden über sechzig verschiedene Fälle aufgeführt. Von diesen sind im Zusammenhang mit der raschen Streitbeilegung zwei besonders zu erwähnen, und zwar die vorsorgliche Massnahme (Art. 248 lit. d ZPO) und die provisorische Rechtsöffnung (Art. 251 lit. a ZPO, Art. 82 SchKG).

Die Durchsetzung eines Anspruchs im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren kann Monate oder Jahre dauern. Währenddessen kann für den Rechtssuchenden ein Schaden eintreten, der auch durch ein gutheissendes Urteil nicht mehr behoben werden kann. Deshalb wurde das Institut des einstweiligen Rechtsschutzes bzw. der vorsorglichen Massnahme eingeführt. Gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Person glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Gesetzgeber anerkennt damit die herausragende Bedeutung der Raschheit eines Entscheides und nimmt zur Erreichung dieses Ziels in Kauf, dass ein Entscheid ergeht, der möglicherweise in einem ordentlichen Verfahren keinen Bestand hätte. Massgeblich für die Frage, ob vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden kann, ist eine Interessenabwägung. Es kommt also nicht bloss darauf an, wer (voraussichtlich)

Recht hat, sondern wem die vorläufige Zusprechung des Rechts bzw. die Abweisung des Gesuchs mehr nützen bzw. schaden würde (Kofmel-Ehrenzeller, 2014, Art. 261, Rz. 1-3). Zweck der vorsorglichen Massnahme ist es, eine vorläufige Friedensordnung zu schaffen (Stahelin et al., 2013, S. 422-423).

Es entspricht einer Eigenart des schweizerischen Rechts, dass eine Person auf blosser Behauptung hin gegen eine andere ein Zwangsvollstreckungsverfahren einleiten kann. Dem behaupteten Schuldner wird dann ein Zahlungsbefehl ausgestellt (Art. 69 Abs. 1 SchKG). Dieser kann die damit eingeleitete Betreibung zwar durch Erhebung des Rechtsvorschlages umgehend stoppen. Der behauptete Gläubiger muss dann nicht zwingend eine Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren erheben, sondern kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Gemäss der sog. Basler Rechtsöffnungspraxis, die sich allgemein durchgesetzt hat, genügt die Vorlage eines zweiseitigen Vertrages (Stahelin, 2016, S. 25). Das Gericht entscheidet in einem besonders raschen Verfahren (grundsätzlich innert fünf Tagen nach der Stellungnahme des Schuldners). Es entscheidet zugunsten des Gesuchstellers, wenn sich seine Forderung aus dem (beispielsweise) vorgelegten Vertrag ergibt und der Gesuchsgegner keine Einwendungen glaubhaft macht. Damit wird nicht endgültig über die Forderung entschieden. Beide Parteien können, wenn sie unterlegen sind, ihren Standpunkt im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren durchsetzen (Fürst, 2016, S. 121, 123, 129).

3.1.1.6. Nutzen summarischer Entscheide trotz eingeschränkter Kognition

Aufgrund der eingangs beschriebenen Einschränkungen könnte man vermuten, dass das summarische Verfahren wenig zur definitiven Streitbeilegung beitragen kann, da (im Falle der vorsorglichen Massnahme) von der gesetzlichen Konzeption her nur eine vorläufige Friedensordnung angestrebt wird oder (im Falle der provisorischen Rechtsöffnung) nur ein vorläufiger Entscheid über eine Geldforderung bzw. deren Vollstreckbarkeit vorliegt. Davon ausgehend scheint ein ordentliches oder vereinfachtes Verfahren unumgänglich zu sein. Dort wiederum kann mit einer raschen Erledigung meist nicht gerechnet werden. Die Gründe dafür können einerseits darin liegen, dass das Gericht die Sache umfassend und erschöpfend abklären muss. Dies gibt einer wirtschaftlich überlegenen Gegenpartei auch die taktische Möglichkeit, durch Eingaben, die quantitativ umfangreicher als nötig sind, das Gericht dazu zu zwingen, sich damit eingehend auseinanderzusetzen, was zu entsprechenden Verzögerungen führt. Andererseits fehlt den Gerichten teilweise auch das Bewusstsein für das Bedürfnis einer raschen Streiterledigung, was dazu führt, dass sie die prozessualen Möglichkeiten zur Prozessbeschleunigung nicht ausschöpfen (Stamm, 2015).

Die Nützlichkeit des summarischen Verfahrens zeigt sich in der Praxis. Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren zwar nicht mit voller Kognition und kann deshalb keinen Entscheid fällen, der in materielle Rechtskraft erwächst. Dennoch bietet das Verfahren den Parteien eine Plattform, auf der sie ihre unterschiedlichen Standpunkte darlegen und begründen können, und sie erhalten vom Gericht eine Einschätzung, der die Parteien in der Regel ein

erhebliches Gewicht beimessen. Dies führt dazu, dass der im Vergleich zum ordentlichen oder vereinfachten Verfahren viel rascher erlangte und darüber hinaus kostengünstigere im summarischen Verfahren ergangene Entscheid häufig zu einer definitiven Streitbeilegung führt. Dies gilt sowohl für das Rechtsöffnungsverfahren (Stücheli, 2000, S. 30) als auch für den durch einen vorsorglichen Massnahmeentscheid erlangten Rechtsschutz (Staehelin et al., 2013, S. 423; Güngerich 2012, Vorbemerkungen zu Art. 248-270, Rz. 1).

3.1.1.7. Der Rechtsschutz in klaren Fällen im Besonderen

Das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen verbindet Elemente des ordentlichen Verfahrens mit solchen des summarischen Verfahrens. Es soll einerseits schnell sein (was typisch für ein summarisches Verfahren ist) und andererseits (was untypisch ist) einen materiell rechtskräftigen Entscheid über eine Streitsache ermöglichen. Wesentlich ist, dass Teile beider Verfahren kombiniert werden. Die Beantwortung der Frage, ob der Rechtsschutz in klaren Fällen schliesslich (wegen der Beweismittelbeschränkung) als typisches summarisches Verfahren oder (wegen der materiellen Rechtskraft) als atypisches bezeichnet wird (Hofmann, 2017, Art. 257, Rz. 19), bringt keinen wesentlichen Erkenntniswert und kann deshalb unterbleiben.

Treffend wird der Rechtsschutz in klaren Fällen als abgekürztes eigentliches Erkenntnisverfahren bezeichnet. Das Verfahren steht in der freien Option des Klägers, was bedeutet, dass er stattdessen von Beginn weg das ordentliche oder vereinfachte Verfahren einleiten kann. Da die Klage im Rechtsschutz in klaren Fällen nur gutgeheissen werden kann, wenn der Sachverhalt liquid und die Rechtsklage klar ist, geht der Kläger, der dieses Verfahren wählt, ein Risiko ein. Stimmt seine Einschätzung, wonach ein klarer Fall im beschriebenen Sinn vorliegt, so kommt er rasch zu einem definitiven Urteil. Erweist sich seine Prognose indes als falsch, so kann sein Gesuch nicht gutgeheissen werden und er steht wieder am Anfang. Die Einleitung des Verfahrens betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen erweist sich dann rückblickend als unnützer Zeitverlust (Jent-Sørensen, 2014, Art. 257, Rz. 1-3).

3.2. Intention des Gesetzgebers und Erfüllung der Justizgewährleistungspflicht

Es wurde erwähnt, dass auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche teilweise verzichtet wird, weil der Streit zu viel Zeit und finanzielle Mittel in Anspruch nimmt. Sofern es sich um umfangreiche oder komplizierte Auseinandersetzungen handelt, muss vielleicht in Kauf genommen werden, dass ein im ordentlichen Verfahren durchzuführender Prozess lange dauert und viel kostet. Die Frage, ob diesbezüglich Optimierungsbedarf und Verbesserungspotenzial bestehen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Die Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung im ordentlichen Verfahren zeigen aber eindrücklich, wie wichtig das Instrument des Rechtsschutzes in klaren Fällen ist. Der Gesetzgeber hat sich dafür ausgesprochen, dass damit ein Instrument des Gläubigerschutzes geschaffen werden soll (Bundesrat, 2006, S. 7352). Wenigstens in klaren Fällen soll also das Recht auf effiziente Art und Weise durchgesetzt werden können.

Damit dies gelingt, kann weder auf das vergleichsweise umständliche ordentliche oder vereinfachte Verfahren zurückgegriffen werden, noch genügen die typischen summarischen Verfahren. Die Entscheide, die im Verfahren der vorsorglichen Massnahme oder der provisorischen Rechtsöffnung ergangen sind, erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Sofern sich die Parteien einem solchen Entscheid unterziehen wollen – und dies geschieht wie dargelegt in der Praxis oft –, ist der Rechtsfriede wiederhergestellt. Wo dies aber nicht der Fall ist, ist der Kläger auf den Rechtsschutz in klaren Fällen angewiesen. Die Aussage, dieses Verfahren stehe in der freien Option des Klägers, ist zwar formaljuristisch korrekt, ist aber in praktischer Hinsicht und in Bezug auf den Justizgewährleistungsanspruch zu hinterfragen. Denn das Durchlaufen eines ordentlichen Verfahrens kostet Zeit und Geld, so viel, dass ein Kläger davon abgehalten werden kann, einen berechtigten Anspruch durchzusetzen (Spichtin, 2012, S. 7). Das Problem betrifft nicht nur natürliche Personen, die kaum über die finanziellen Mittel für einen ordentlichen Prozess verfügen, sondern auch KMU, die sich oft einen Streit im ordentlichen Verfahren über Ansprüche aus Auftrags-, Haftpflicht- oder Werkvertragsrecht nicht leisten können (Marti, 2017, S. 20).

Es liegt auf der Hand, dass die gesetzlichen Anforderungen an den liquiden Sachverhalt und an die klare Rechtslage grossen Gestaltungsspielraum bieten. Die Beantwortung der Frage, ob der Rechtsschutz in klaren Fällen ein wirksames Mittel effizienter Rechtsdurchsetzung darstellt, hängt somit entscheidend davon ab, wie die Praxis diese Begriffe anwendet. Werden sie eng ausgelegt, so wird ein Prozess vom Kläger kaum je zu gewinnen sein. Damit würde der gesetzgeberische Wille unterlaufen und der Staat käme – da gleichwertige alternative rasche Verfahren fehlen – seiner Justizgewährleistungspflicht nicht nach. Es ist deshalb zu untersuchen, wie der Rechtsschutz in klaren Fällen im Gerichtsalltag angewendet wird und ob diesbezüglich Optimierungsmöglichkeiten bestehen.

4. Umsetzung in der Praxis («das Ist»)

4.1. Einleitung

Wie bei jedem Zivilprozess stellt sich auch rund um den Rechtsschutz in klaren Fällen eine Fülle von Fragen, die zu beantworten den Rahmen dieser Arbeit bei Weitem sprengen würden. Es geht im Folgenden darum, diejenigen Themen herauszuschälen, die mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand von Relevanz sind. Zentral sind die beiden in Art. 257 ZPO explizit genannten Voraussetzungen des liquiden Sachverhalts sowie des klaren Rechts. Daneben gibt es Bereiche, die nicht sogleich ins Auge springen, die aber von grosser Bedeutung sind, wenn es darum geht, einen effizienten Rechtsschutz sicherzustellen. Als Beispiel ist die dogmatische Frage zu nennen, ob eine Klage im Rechtsschutz in klaren Fällen – falls auf das Begehren überhaupt eingetreten wird – nur zu hundert Prozent gutgeheissen werden kann oder ob auch eine teilweise Guttheissung möglich ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass nur eine vollständige oder gar keine Guttheissung möglich ist, so eröffnen sich für das Gericht elegante Möglichkeiten, um einen Fall rasch vom Tisch zu haben. Findet man auch nur bei einem Teil der Rechtsbegehren Punkte, die gegen einen liquiden Sachverhalt oder gegen klares

Recht sprechen, so kann das Gericht auf die Klage nicht eintreten, ohne dass es alle Rechtsbegehren behandeln muss. Dies müsste aus Sicht eines potenziellen Klägers sehr unbefriedigend und mit Blick auf den Anspruch auf Justizgewährleistung nicht akzeptabel sein, da er einen als sicher eingeschätzten Anspruch nicht zusammen mit einem mit mehr Risiko behafteten einklagen könnte.

Die gestellten Fragen werden anhand von zwei Untersuchungsansätzen beantwortet. Zum Rechtsschutz in klaren Fällen ist eine grosse Zahl von Gerichtsurteilen ergangen, aus deren Begründung Rückschlüsse gezogen werden können. Interessante Erkenntnisse wären indes auch von einer Statistik zu erwarten, die aufzeigt, für welche Ansprüche (zum Beispiel Mieterausweisungen, Geldforderungen etc.) der Rechtsschutz in klaren Fällen überhaupt in Anspruch genommen wird und in wie vielen Fällen die klagende Partei Erfolg hat.

In der Literatur wurde die Ansicht geäussert, die Schweizerische Zivilprozessordnung sei eine Anleitung, die aufzeige, wie man Rechtssuchende vom Gang an die Gerichte abhalten könne. Diese provokante These wurde vor allem mit Hinblick auf die gesetzlichen Grundlagen und die gerichtliche Praxis zu den Kostenvorschüssen aufgestellt. Allgemeiner wurde gefolgert, die Gerichte neigten dazu, die dem Kläger zur Verfügung gestellten prozessualen Hilfsmittel restriktiv auszulegen und so den Gang an das Gericht bzw. eine erfolgreiche Klage zu erschweren (Hablützel, 2019, S. 134-135 und S. 141). Ob dem so ist, wird zu untersuchen sein.

4.2. Die Gerichtspraxis im Spiegel der Statistik

4.2.1. Schweizerische Gerichtsstatistik, Vision «Justizbarometer»

Auch nach Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung bleibt die Gerichtsorganisation eine Sache der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV). Die Kantone haben eine Gerichtsorganisation zur Verfügung zu stellen, die es erlaubt, die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung und der EMRK einzuhalten. Weiter müssen die von der Zivilprozessordnung vorgesehenen Instanzen eingerichtet werden. Der Bund kann zwar gemäss der genannten Verfassungsbestimmung per Gesetz in die Organisationsfreiheit der Kantone eingreifen. Diese Bundeskompetenz wird allerdings eng ausgelegt. Eingriffe sollen erst dann erfolgen, wenn dies für die Anwendung des Zivilrechts oder Zivilprozessrechts notwendig ist. In Bezug auf die Rechenschaftsablage der Gerichte wird einzig gefordert, dass ein Austausch zwischen den obersten kantonalen Gerichten und dem Parlament stattfindet (Leuenberger, 2014, Art. 122, Rz. 23-26). Dementsprechend gibt es keine bundesrechtliche gesetzliche Grundlage, die sich zur Ausgestaltung von statistischen Erhebungen äussern würde.

Seit dem 19. Jahrhundert erstellen die kantonalen Gerichte Rechenschaftsberichte, die einen statistischen Teil und einen sogenannten «materiellen» oder «berichtenden» Teil umfassen. Der statistische Teil hat dabei zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Erhebungsparameter sind dabei aber im Wesentlichen unverändert geblieben und orientieren sich an juristischen Unterscheidungen beispielsweise der behandelten Rechtsgebiete (Aerschmann, 2017, S. 9-20). Führt man sich vor Augen, welche Bedeutungszunahme die Statistik generell erfahren

hat, so erstaunt es nicht, dass die gerichtliche Statistik, die sich über einen längeren Zeitraum wenig weiterentwickelt hat, in der Praxis als ungenügend empfunden wird. So wird etwa kritisiert, dass selbst im Kanton Zürich keine Statistik über die Neueingänge von Forderungsprozessen und deren Entwicklung geführt wird (Hablützel, 2019, S. 135). Die Ursachen dafür, dass vergleichsweise wenig statistisches Material vorhanden ist, sind vielfältig. Zunächst beschreibt der Spruch «iudex non calculat», dass die Urteilsfindung nicht durch ein zahlenmässiges Verrechnen verschiedener Argumente zu erreichen ist (Forstmoser & Vogt, 2012, S. 85), sich das Ergebnis juristischer Arbeiten also nicht ohne Weiteres mit Zahlen messen lässt. Als Argument gegen die statistische Erfassung wird sodann die richterliche Unabhängigkeit ins Feld geführt. Weiter wird darauf hingewiesen, dass Statistiken zu Fehlinterpretationen führen können. So ergibt beispielsweise die Messung der Qualität eines Gerichts durch Ermitteln der Quote der Urteile, die vor der oberen Instanz Bestand haben, schon deshalb kein zutreffendes und aussagekräftiges Resultat, weil die unteren Gerichte nicht förmlich an die Präjudizien der oberen Instanzen gebunden sind und schliesslich auch die obere Instanz nicht unfehlbar ist, was bedeutet, dass das aufgehobene (unterinstanzliche) und nicht das aufhebende (oberinstanzliche) Urteil richtig sein kann (Schwenkel, 2016, S. 60-63). Hinzuzufügen wäre, dass ein oberes Gericht einen angefochtenen Entscheid auch deshalb ändern kann, weil ein Ermessensentscheid zu fällen ist oder weil vor der oberen Instanz zulässigerweise neue Tatsachen vorgebracht worden sind. In beiden Fällen kann aus der Abänderung des Entscheides durch die obere Instanz nicht abgeleitet werden, die untere Instanz habe einen Fehler gemacht. Schliesslich kann der schwierige Stand der Statistik bei den Gerichten durch die Kultur des dominierenden Berufsstandes, der Richterschaft, mit erklärt werden. Statistiken können auch dem Controlling und damit dem Management der Justiz dienen, dem sich die Richter eher entgegenstellen. Dies dürfte noch durch den Umstand verstärkt werden, dass ein Gericht – untersucht wurde in einer Studie das Bundesgericht – nicht von einer einzigen Kultur, sondern von verschiedenen Subkulturen geprägt wird. Dennoch wird auch in der Richterschaft das Bedürfnis der externen Akteure nach mehr Transparenz und Kommunikation erkannt (De Santis et al., 2016, S. 131 und S. 152-155).

In einer Grundlagenarbeit zur Justizforschung hält Isaak Meier fest, dass die Gerichtsstatistiken kantonal geprägt und von sehr unterschiedlichem Detaillierungsgrad sind. Die differenzierteste Statistik wird im Kanton Zürich erstellt. Die traditionelle Statistik ist indes mehr auf die Bedürfnisse der Gerichte als auf die Evaluation des Verfahrensrechts ausgerichtet. Laut Meier lassen zwar bereits die bestehenden Statistiken hochinteressante Schlüsse für die Evaluation des Verfahrensrechts zu, doch plädiert er für einen starken Ausbau. Im Idealfall solle neben der «festen» amtlichen Statistik ein sogenannter Datenwürfel zur Verfügung stehen. Dieser würde es interessierten Personen erlauben, die für sie relevanten Daten selbst aus der Datenbank des Gerichts zusammenzustellen. Insbesondere bezüglich des Rechtsschutzes in klaren Fällen sieht Meier einen Erkenntnisgewinn, der aus einer entsprechenden Statistik abgeleitet werden könnte. Im Idealfall könne eine Justizstatistik so zu einem «Justizbarometer» für den Gesetzgeber und die Gerichtspraxis entwickelt werden, der aufzeige, wo ein Bedarf für eine Revision oder Änderung der Gerichtspraxis bestehe (Meier, 2016, S. 5-7 und S.

11). Eine gemäss den Vorschlägen von Meier verbesserte Statistik dürfte keine Probleme hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit ergeben. Diesbezügliche Schwierigkeiten ergäben sich dann, wenn die Statistik auch Rückschlüsse auf die jeweilige Zusammensetzung des Spruchkörpers zuliesse (Lienhard, 2007, S. 2 und S. 4). Eine Aufschlüsselung nach den urteilenden Richtern ist aber mit Hinblick auf das umschriebene Ziel eines «Justizbarometers» nicht notwendig.

4.2.2. Fehlen von statistischen Daten zum Rechtsschutz in klaren Fällen

Soweit ersichtlich werden in keinem Kanton die Geschäfte des Rechtsschutzes in klaren Fällen statistisch ausgewertet. Dies liegt wohl daran, dass sich die Statistiken wie dargelegt an juristischen Unterscheidungsmerkmalen orientieren bzw. Verfahrensarten als Obermengen verwenden. Interessante Teilbereiche der Verfahrensarten als relevante Teilmengen können dabei vernachlässigt werden. Zum Rechtsschutz in klaren Fällen existieren kaum verlässliche Zahlen. Es wird etwa angenommen, dass in den Kantonen, in denen der Rechtsschutz in klaren Fällen bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen war, rund 10 Prozent der Zivilrechtsstreitigkeiten in dieser Verfahrensart eingeklagt worden sind. Mehr als 65 Prozent dieser Fälle seien auf irgendeine Weise ohne ordentliches Verfahren erledigt worden (Hofmann, 2017, Art. 257, Rz. 7).

4.2.3. Statistik des Obergerichts des Kantons Zürich

Um im Rahmen dieser Arbeit dennoch statistisch untermauerte Aussagen machen zu können, wurde der Versuch unternommen, die Daten eines erstinstanzlichen Zivilgerichts auszuwerten. Dabei sollte es sich um ein Gericht mit möglichst grossen Fallzahlen handeln. Das Bezirksgericht Zürich ist nach dem Bundesverwaltungsgericht das zweitgrösste Gericht in der Schweiz (Hürlimann, 2013) und damit das grösste Zivilgericht in der Schweiz.

Die Zivilgerichtsbarkeit im Kanton Zürich ist zweistufig aufgebaut. Jeder Bezirk verfügt über ein Bezirksgericht (§ 3 Abs. 1 lit. a GOG/ZH). Die Bezirksgerichte sind Gerichte erster Instanz (§ 19-33 GOG/ZH), das Obergericht ist unter anderem Berufungs- und Beschwerdeinstanz gemäss ZPO (§ 48 GOG/ZH). Die Bezirksgerichte des Kantons Zürich speichern ihre Daten auf einem Zentralrechner des Obergerichts. Jedes Gericht hat aber grundsätzlich nur Zugang zu seinen eigenen Daten (Meier, 2016, S. 8). Soweit für die Datenerhebung also auf die Inhalte der Geschäfte zurückgegriffen werden muss, ist eine zentrale Auswertung durch das Obergericht nicht möglich.

Der Rechenschaftsbericht des Obergerichts enthält eine Vielzahl von Statistiken der Zürcher Gerichte und anderer Behörden (Betreibungsämter, Notariate etc.). Erfasst werden unter anderem die summarischen Verfahren. Dem Bericht lässt sich entnehmen, dass die Zürcher Bezirksgerichte im Jahr 2018 36'251 summarische Verfahren durchführten, davon entfielen 11'470 (31.6 %) auf das Bezirksgericht Zürich. Die Geschäfte werden weiter aufgeschlüsselt

nach: Betreuung/Konkurs, Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht, Rechtshilfe und Diverses (Obergericht, 2019, S. 122, wiedergegeben als Anhang I dieser Arbeit).

Auch wenn es sich beim Rechtsschutz in klaren Fällen ebenfalls um ein summarisches Verfahren handelt, sind diese Fälle in den genannten Zahlen nicht enthalten, da diese nur die Geschäfte im Sinne von Art. 249-251 ZPO umfassen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO wird als eigene Geschäftsart (Geschäfte «ER») erfasst, indes statistisch nicht ausgewertet. Auf Anfrage hin wertete das Obergericht des Kantons Zürich die Fälle des Rechtsschutzes in klaren Fällen für die Jahre 2016 bis 2018 für alle Bezirke aus. Aus technischen Gründen konnten nur diese drei Jahre erhoben werden. Die Liste (Anhang II dieser Arbeit) enthält die Anzahl Geschäfte, eine weitere Aufschlüsselung ist nicht möglich.

Geschäfte im Rechtsschutz in klaren Fällen, Art. 257 ZPO			
Bezirksgericht	Erledigungen		
	2016	2017	2018
Andelfingen	17	17	11
Affoltern a.A.	8	12	11
Bülach	121	106	99
Dielsdorf	46	45	53
Dietikon	69	74	87
Hinwil	48	33	56
Horgen	42	44	70
Meilen	39	37	47
Pfäffikon	18	30	31
Uster	69	84	76
Winterthur	92	95	77
Zürich	260	253	227
Total	829	830	845

Diese Aufstellung zeigt, dass das Bezirksgericht Zürich klar am meisten Geschäfte aufweist. Interessant ist auch ein Vergleich mit den Zahlen bezüglich der übrigen summarischen Verfahren. Wie oben aufgeführt wurden im Kanton Zürich im Jahr 2018 36'251 Summarverfahren erfasst, die Zahl bezüglich des Rechtsschutzes in klaren Fällen ist deutlich kleiner, nämlich 845. Für das Bezirksgericht Zürich lauten die entsprechenden Zahlen 11'470 bzw. 227.

4.2.4. Statistik des Bezirksgerichts Zürich

4.2.4.1. Schaffung einer Statistik durch manuelle Auswertung der Daten

Das Bezirksgericht Zürich und der Verfasser haben, da das IT-System eine automatisierte Auswertung nicht ermöglicht, die Geschäfte im Rechtsschutz in klaren Fällen für die Jahre

2011 (das Jahr des Inkrafttretens der ZPO) bis 2018 in Handarbeit ausgewertet. Aus Kapazitätsgründen war eine Vollausswertung, die das Öffnen jedes einzelnen Geschäfts erforderlich macht, für alle Jahre nicht möglich. Für die Jahre 2011 bis 2015 liegt nun eine Auswertung nach Art des Begehrens (Ausweisungsbegehren, Geldforderung etc.) vor. Für die Jahre 2016 bis 2018 wurde zusätzlich erhoben, wie die Prozesse erledigt werden konnten (Guttheissung, Teilguttheissung, Nichteintreten, Abweisung, Gegenstandslosigkeit, Parteierklärung). Weitere Einzelheiten ergeben sich aus den Bemerkungen zu den einzelnen Geschäften im System des Gerichts. So finden sich dort zum Beispiel Hinweise darauf, ob ein Kläger ein Ausweisungsbegehren auf eine ordentliche Kündigung, eine Zahlungsverzugskündigung (Art. 257d OR) oder auf eine Kündigung wegen mangelnder Sorgfalt (Art. 257f OR) gestützt hat. Die Daten sind diesbezüglich richtig, aber nicht vollständig. Eine diesbezügliche Auswertung wäre interessant, vor allem, weil die Kündigung wegen mangelnder Sorgfalt den unsorgfältigen Gebrauch voraussetzt und somit einen Rechtsbegriff, der sehr dehnbar ist. Der Entscheid über eine auf Art. 257f OR gestützte Kündigung geht damit in die Richtung eines Ermessensent-scheides, ganz im Gegensatz zur Sachlage bei der Zahlungsverzugskündigung, wo viel weniger Interpretationsspielraum besteht. Soweit sich in den Aufstellungen des Bezirksgerichts Zürich Hinweise auf diese Unterscheidung finden lassen, wird darauf dennoch einzugehen sein.

Vollständig ist hingegen die Datenlage der Jahre 2016 bis 2018 hinsichtlich der Prozesse, die durch Nichteintreten erledigt worden sind. Diese Kategorie ist besonders interessant, da sie Auskunft darüber gibt, wie häufig sich die Anforderungen an einen liquiden Sachverhalt und eine klare Rechtslage als zu hohe Schwelle für den Kläger erwiesen bzw. wie oft andere Gründe (etwa fehlendes Rechtsschutzinteresse) ausschlaggebend waren. Die vollständigen Statistiken, aus denen in der Folge zitiert wird, sind dieser Arbeit als Anhänge III bis VIII angefügt.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass die Totalzahlen aus der Statistik des Obergerichts für die Jahre 2016 bis 2018 nicht mit denjenigen des Bezirksgerichts Zürich übereinstimmen. Der Grund dafür liegt nicht in einem Fehler der Statistik, sondern im Umstand, dass in der obergerichtlichen Statistik die in einem Jahr erledigten Fälle gezählt werden, während die bezirksgerichtliche Statistik die Geschäfte nach Eingangsdatum zuordnet. In beiden Fällen wird indes jeweils Jahr für Jahr korrekt abgebildet.

4.2.4.2. Analyse der Statistik des Bezirksgerichts Zürich

4.2.4.2.1. Analyse nach Art der Begehren

Aus den Statistiken in den Anhängen III bis VIII ist zu entnehmen, dass sich das Bezirksgericht Zürich in den Jahren 2011 bis 2018 mit insgesamt 2'247 Gesuchen um Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen befasste. Dies sind durchschnittlich 281 Geschäfte pro Jahr, wobei minimal 227 (2018) bis maximal 365 (2011) Fälle registriert wurden. Weitaus am meisten Klagen betrafen Ausweisungsbegehren, und zwar 2'055 oder 91.5 %. In weit weniger als einem Prozent der Fälle (total 13) wurde ein Ausweisungsbegehren mit einem weiteren

Rechtsbegehren (Forderung, Freigabe Mieterkautionsdepot, vorsorgliche Massnahme) kombiniert. Insgesamt wurden aus dem Themenkreis Mietrecht/Ausweisungen 2'068 Fälle registriert, die auf Klagen des Vermieters bzw. Eigentümers beruhen (in den Anhängen IV bis VIII gelb markiert). In starkem Kontrast dazu wurden von Mieterseite nur gerade sechs Begehren gestellt (grün markiert): Es handelte sich um Klagen auf Freigabe des Mieterkautionskontos (2), auf Erstreckung des Mietverhältnisses (1) und auf Wiedereinweisung (3). Der Begriff der Wiedereinweisung ist erklärungsbedürftig. Typischerweise liegt einem entsprechenden Begehren Folgendes zugrunde: Ein Mieter befindet sich nach Ansicht des Vermieters zu Unrecht noch in der gemieteten Sache, nachdem der Vermieter gekündigt hat oder ein befristetes Mietverhältnis abgelaufen ist. Statt ein Ausweisungsbegehren zu stellen, greift der Vermieter zu (verbotener) Selbsthilfe und räumt das gemietete Objekt oder nötigt den Mieter, das Objekt zu verlassen. Dem Mieter bleibt – sofern er sich nicht seinerseits auf (erlaubte) Selbsthilfe berufen kann oder will und auf Realleistung statt blossen Schadenersatz klagen will – nichts anderes übrig, als auf Wiedereinweisung zu klagen. Auch wenn dafür keine Evidenz besteht, geht der Verfasser, gestützt auf seine Erfahrung als Polizeibeamter sowie als Jurist am Gericht, davon aus, dass Räumungen von Mietobjekten in verbotener Selbsthilfe nicht selten vorkommen, insbesondere in Liegenschaften mit sozial randständigen Personen. Dass dennoch kaum je eine Wiedereinweisungsklage erhoben wird (in sechs der untersuchten acht Jahre keine einzige), ist bemerkenswert.

Mit grossem Abstand am zweithäufigsten werden Herausgabebegehren erhoben (in den Anhängen III bis VII rot markiert). Es sind insgesamt 63 Fälle, die einen Anteil von 2.7 Prozent an allen Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen haben. Die Rechtsgründe für einen Herausgabeanspruch können vielfältig sein. Zunächst sind vertragsrechtliche Ansprüche zu nennen (insbesondere Auftragsrecht), ferner kann sich ein Kläger sachenrechtlich auf einen Vindikationsanspruch (Art. 641 Abs. 2 ZGB) oder einen besitzesrechtlichen Anspruch stützen (insbesondere Art. 927 Abs. 3 ZGB). In Bezug auf den Grossteil der Fälle (59) geht aus der Statistik nicht hervor, welcher Art der vom Kläger behauptete Anspruch war. In einem Fall wurde die Herausgabe von Patientenakten verlangt, zweimal die Herausgabe von Daten. Auffallend ist der eine Fall, bei dem die Herausgabe eines Kindes verlangt wurde – auffallend nicht nur deshalb, weil es sich dabei nicht um einen klassischen Anspruch im Sinne des Schuldrechts handelt, dessen Kern darin besteht, dass eine Person einer anderen aus Vertrag oder Sachenrecht etwas schuldet (von Thur & Peter, 1974, S. 9). Auf das Begehren wurde nicht eingetreten, weil die sachliche Zuständigkeit verneint wurde. Hinzu kam, dass auf den konkreten Fall die Offizialmaxime anzuwenden gewesen wäre, was gemäss Art. 257 Abs. 2 ZPO den Zugang zum Rechtsschutz in klaren Fällen verwehrt (Steck, 2011, S. 779). Soweit ersichtlich handelt es sich um den einzigen Fall, bei dem sich die Frage der Anwendbarkeit der Offizialmaxime stellte.

In 33 Fällen wurde der Rechtsschutz in klaren Fällen für Geldforderungen in Anspruch genommen. Diese tiefe Zahl überrascht, wenn man bedenkt, dass ein Grossteil der Forderungen im täglichen Leben aus Geldforderungen besteht und darüber auch häufig Streit herrscht. Auch ein Anspruch, der ursprünglich keine Geldforderung zum Gegenstand hatte, kann in

einen solchen umgewandelt werden, wenn der Schuldner seine vertragliche Leistung nicht erbracht hat und daraus ein Schaden entstanden ist (Art. 97 Abs. 1 OR, BGE 130 III 591 E. 3.1). Nach kantonalem Recht stand der Rechtsschutz in klaren Fällen für Geldforderungen nicht zur Verfügung. Grund dafür war, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen, obwohl es sich dabei um ein Institut des definitiven Rechtsschutzes handelt, mit der vorsorglichen Massnahme und dem Vollstreckungsverfahren unter den Begriff des Befehlsverfahrens subsumiert wurde (§ 222 ZPO/ZH). Weil die Vollstreckung von Geldforderungen nach SchKG erfolgt und dem Anwendungsbereich der kantonalen Zivilprozessordnung entzogen war, schloss man daraus für das ganze Befehlsrecht und damit auch für den Rechtsschutz in klaren Fällen, dass diese Verfahrensart für Geldforderungen nicht zugänglich sei (Frank, 1997, § 222 N 1). Ob dieser Schluss zwingend gewesen wäre, lässt sich bezweifeln, da nicht einsichtig ist, weshalb die mehr oder weniger zufällige Zusammenfassung von drei Instituten (Rechtsschutz in klaren Fällen, vorsorgliche Massnahme und Vollstreckung) unter den gemeinsamen Begriff des Befehlsverfahrens dazu führen muss, dass der bundesrechtliche Ausschluss kantonalen Rechts für Geldforderungen im Bereich des Vollstreckungsrechts auf die beiden anderen Institute durchschlagen muss. Dass das Befehlsverfahren generell und damit auch im Falle des Rechtsschutzes in klaren Fällen für Geldforderungen nicht zulässig sei, wurde nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit vom eben zitierten Autor nicht schlüssig begründet. In der Voraufgabe des zitierten Standardwerks wurde diese Auffassung denn auch noch nicht vertreten (Sträuli & Messmer, 1982, Vorbemerkungen zu § 222, Rz. 1-4 und § 222, Rz. 1-29). In der Schweizerischen ZPO ist der Rechtsschutz in klaren Fällen als Verfahrensart des definitiven Rechtsschutzes klar von der vorsorglichen Massnahme und vom Vollstreckungsrecht getrennt. Es ist unbestritten, dass das Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nun auch bei Geldforderungen verlangt werden kann (Günterich, 2012, Art. 257, Rz. 3). Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, dem es ein Anliegen war, dass der Gläubiger auch bei Geldforderungen – liquide Verhältnisse vorausgesetzt – rasch zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel kommen soll (Bundesrat, 2006, S. 7351). Dogmatisch ist die Frage, weshalb unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung die Durchsetzung eines Anspruchs auf Geldzahlung im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen als nicht zulässig erachtet wurde, nicht mehr oder nur noch aus historischer Sicht von Relevanz. Mit Blick auf die Statistik bleibt sie aber interessant. Die Nichtdurchsetzbarkeit von Geldforderungen im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen galt während Generationen. Man gewöhnte sich so daran, dass auch unter Geltung des neuen Rechts nur selten zu diesem Instrument gegriffen wird, obwohl dies nun möglich wäre. Ein anderer Erklärungsansatz könnte sein, dass in Bezug auf Geldforderungen – im Gegensatz zu den Ausweisungen – die Raschheit des Rechtsschutzes weniger im Zentrum steht. Solange der Gläubiger liquid ist und nicht befürchten muss, dass der Schuldner in nächster Zeit insolvent wird, fügt ihm eine lange Prozessdauer mindestens in der Theorie keinen Schaden zu.

Von den insgesamt 2'247 Fällen sind bisher noch 77 unerwähnt geblieben. 28 dieser Geschäfte wurden ohne nähere Bezeichnung in der Geschäftsverwaltung aufgenommen. Es sind

dies 1.2 Prozent aller Fälle, über die somit nichts Näheres gesagt werden kann. Fünf Fälle betreffen Vollstreckungsbegehren, ein Gesuch richtete sich auf die Einstellung einer Vollstreckung. Dabei handelt es sich nicht um Fälle des Rechtsschutzes in klaren Fällen im Sinne von Art. 257 ZPO, sondern um Vollstreckungsgesuche gemäss Art. 338 ZPO, die als sogenannte «EZ-Geschäfte» zu verzeichnen gewesen wären. Die restlichen 43 Geschäfte sind aufgeteilt auf insgesamt 20 Begehrensarten; 11 Begehrensarten umfassen jeweils nur gerade einen Fall. Die Breite der Themen ist enorm. Neben Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen kombiniert mit Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme (6) sind die Feststellungsbegehren (2) und die negativen Feststellungsklagen (2) besonders zu erwähnen. Einige Fälle betreffen die Ausstellung von Arbeitszeugnissen und/oder Einsichtsbegehren (6), insgesamt in 11 Fällen wurden Auskunftsbeghären (teilweise kombiniert mit weiteren Ansprüchen) gestellt. Die übrigen Fälle (etwa Klage auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung, Klage auf Einsetzung eines Schiedsgutachtens) sind singuläre Erscheinungen. Die kleine Anzahl von Fällen auf einer sehr grossen Themenbreite zeigt zum einen auf, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen grundsätzlich tatsächlich für alle denkbaren zivilrechtlichen Ansprüche zur Verfügung steht (mit Ausnahme derjenigen, auf welche die Offizialmaxime anwendbar ist), zum anderen aber auch, dass diese Möglichkeit praktisch nicht genutzt wird (Anteil an der Gesamtzahl der Fälle: 1.9 %).

Fasst man die Geschäfte nach Themenkreisen zusammen, ergibt sich folgendes Bild:

Art des Begehrens/Themenkreis		Anzahl	%	Anzahl	%
Mietrecht/Ausw.	Kläger: Verm./Eigent.	2068	99.71		
	Kläger: Mieter	6	0.29	2074	92.3
Herausgabebegehren		63		63	2.8
Geldforderungen		33		33	1.5
Andere Ansprüche		71		71	3.2
Irrtümlich erfasste Fälle		6		6	0.3
				<u>2247</u>	

4.2.4.2.2. Analyse nach Erledigungsart

Für die Jahre 2016 bis 2018 wurden die Geschäfte zusätzlich in Bezug auf die Erledigungsart ausgewertet, also nach Gutheissung, Teilgutheissung, Nichteintreten, Abweisung, Gegenstandslosigkeit und Erledigung durch Parteierklärung. In den Anhängen III bis VIII wurden die Zahlen für die jeweiligen Jahre im Total erhoben. Da wie gezeigt über 90 Prozent aller Geschäfte auf den Themenkreis Mietrecht/Ausweisungen entfallen, wurde zusätzlich eine Auswertung unter Ausklammerung dieser Fälle vorgenommen. Damit soll festgestellt werden können, ob zwischen diesen Teilmengen wesentliche Unterschiede bestehen. Zusammenfassend für die drei Jahre ergibt sich folgendes Resultat:

Themenk. Mietr./Ausw.			Alle o. Mietr./Ausw.			Alle		
Guth.	411	59.3	Guth.	8	16.3	Guth.	419	56.5
Teilguth.	10	1.4	Teilguth.	1	2.0	Teilguth.	11	1.5
Nichteintr.	76	11.0	Nichteintr.	12	24.5	Nichteintr.	88	11.9
Abweisung	0	0.0	Abweisung	0	0.0	Abweisung	0	0.0
G'los.	68	9.8	G'los.	13	26.5	G'los.	81	10.9
P'erkl.	128	18.5	P'erkl.	15	30.6	P'erkl.	143	19.3
	693	100.0		49	100.0		742	100.0

Auch wenn die Fallzahlen ausserhalb des Themenkreises Mietrecht/Ausweisungen klein sind, lässt sich doch eine klare Tendenz erkennen. Die Chance, dass ein Begehren gutgeheissen wird, ist nur etwa ein Drittel so gross wie im Bereich Mietrecht/Ausweisungen. Die Fälle des Nichteintretens sind dafür doppelt so hoch, ebenfalls markant höher sind die Fälle der Gegenstandslosigkeit und der Erledigung der Fälle durch Parteierklärung. Eine nochmalige Aufschlüsselung der Fälle, die durch Parteierklärung erledigt wurden, wäre sehr aufschlussreich. Denn darunter fallen sowohl der Vergleich als auch Klagerückzug und Klageanerkennung, also sogenannte Entscheidsurrogate, denen die gleiche Wirkung zukommt wie einem gerichtlichen Entscheid (Killias, 2012, Art. 241, Rz. 1). Mit einer Klageanerkennung erreicht der Kläger gleich viel wie mit einer vollständigen Guttheissung seines Gesuchs. Bei einem Vergleich bekommt er in der Regel mindestens einen Teil dessen, was er in seinem Rechtsbegehren ursprünglich verlangt hat, während er bei einem Rückzug des Begehrens so erfolglos bleibt wie bei einem Nichteintreten. Je nach Verteilung dieser drei Parteierklärungsarten würde damit die Erfolgsaussicht des Klägers insgesamt als höher oder niedriger erscheinen, als dies aufgrund der Zahlen der gerichtlichen Entscheidungen (Guttheissung, Teilguttheissung, Nichteintreten) der Fall ist.

Aus dogmatischer Sicht interessant ist, dass keine einzige Klage abgewiesen wurde. Ebenfalls bemerkenswert ist, dass es in einigen Fällen zu Teilguttheissungen kam. Beides ist in Bezug auf die Waffengleichheit bzw. die Wirksamkeit des Instituts des Rechtsschutzes in klaren Fällen von Relevanz. Es wird darauf zurückzukommen sein.

4.2.4.2.3. Analyse der Fälle des Nichteintretens

Heisst das Gericht das klägerische Rechtsbegehren weder ganz noch teilweise gut und wird das Verfahren auch nicht infolge Gegenstandslosigkeit oder gestützt auf eine Parteierklärung erledigt, so fällt es grundsätzlich einen (abweisenden) Sachentscheid oder einen Nichteintretensentscheid (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Der Unterschied zwischen diesen Entscheidarten besteht darin, dass in Bezug auf das gestellte Rechtsbegehren nur der abweisende Entscheid, nicht aber der Nichteintretensentscheid in materielle Rechtskraft erwächst (Oberhammer, 2014, Art. 236, Rz. 37). Wurde ein Begehren abgewiesen, so kann die gleiche Sache nicht erneut eingeklagt werden (Killias, 2012, Art. 236, Rz. 30).

Gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO gilt für den Rechtsschutz in klaren Fällen die Besonderheit, dass das Gericht auf das Begehren nicht eintritt, sofern es den verlangten Rechtsschutz nicht gewähren kann. Daraus wird überwiegend geschlossen, dass ein Nichteintretensentscheid nicht nur dann zu fällen ist, wenn der Sachverhalt illiquid ist oder kein klares Recht vorliegt, sondern auch dann, wenn beides liquid ist, jedoch zuungunsten des Klägers (Jent-Sørensen, 2014, Art. 257, Rz. 4). Der Umstand, dass das Bezirksgericht Zürich bisher keine einzige Klage abgewiesen hat, lässt darauf schliessen, dass es sich der Mehrheitsmeinung angeschlossen hat.

Die in Anhang VIII zusammengetragenen Daten zum Nichteintreten ergeben zusammengefasst folgendes Bild:

Gründe für das Nichteintreten		%
Parteifähigkeit u/o Prozessfähigkeit nicht gegeben	2	2.3
Fehlendes Rechtsschutzinteresse	5	5.7
Abgeurteilte Sache, res iudicata	1	1.1
Litispendenz	1	1.1
Fehlende Aktivlegitimation	7	8.0
Keine örtliche Zuständigkeit	4	4.5
Keine sachliche Zuständigkeit	7	8.0
Mangelhafte Substanziierung/Begründung	11	12.5
Sachverhalt illiquid	15	17.0
Kein klares Recht	26	29.5
Sachverhalt illiquid und kein klares Recht	9	10.2
Total	88	100.0

Die Aufschlüsselung der Gründe des Nichteintretens ist deshalb interessant, weil sie aufzeigt, dass die sich aufdrängende Vermutung, dass der Grund für ein Nichteintreten in der Regel in der Illiquidität der Sach- oder Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO liegt, unzutreffend ist. Zwar machen diese Fälle (in der Tabelle blau markiert) mit insgesamt fünfzig Fällen (entsprechend 56.7 %) die Mehrheit aus, doch fallen auch die übrigen Fälle durchaus ins Gewicht. In den Fällen, die nicht wegen Illiquidität nicht zum Erfolg führten, ist davon auszugehen, dass der Kläger auch in einem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren mit seinem Begehren nicht durchgedrungen wäre.

In der Literatur wird ausgeführt, die Kombination eines liquiden Sachverhalts mit unklarem Recht sei selten. Die Autoren stützen sich dabei nicht auf eine Statistik, sondern auf die Analyse von zwölf Gerichtsentscheiden, wobei es sich vor allem um Bundesgerichtsentscheide handelte (Sutter-Somm & Lötscher, 2016, Art. 257, Rz. 13). Die Auswertung der vorliegenden Statistik führt zu einem anderen Ergebnis. Bei den vom Bezirksgericht Zürich ausgewerteten Fällen stellte die Kombination liquider Sachverhalt und kein klares Recht 29.5 Prozent sämtlicher Nichteintretensfälle dar, innerhalb der Gruppe der nicht liquiden Fälle beträgt der

Anteil sogar 52 Prozent. Das Ergebnis zeigt, dass die Durchsetzung von Ansprüchen im Verfahren gemäss Art. 257 ZPO in einer doch erheblichen Anzahl von Fällen allein am Erfordernis des klaren Rechts scheitert.

4.2.4.3. Erkenntnisse aus der Statistik des Bezirksgerichts Zürich

Die Statistik des Bezirksgerichts Zürich zeigt, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen ein recht häufig benutztes Instrument zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche ist. Geht man davon aus, dass ein Jahr rund 250 Arbeitstage aufweist, so entspricht der jährliche Durchschnitt der Geschäfte (281) etwas mehr als einem Fall pro Tag. Auffallend ist die enorme Breite der Arten der Begehren bei gleichzeitiger Konzentration der Fälle auf den Bereich Mietrecht/Ausweisungen. Dies zeigt, dass das Potenzial des Rechtsschutzes in klaren Fällen bei Weitem nicht ausgeschöpft wird. Dafür kann es verschiedene Erklärungsansätze geben. Wie dargelegt war der Rechtsschutz in klaren Fällen nach altem, kantonalem Recht für Geldforderungen nicht zulässig. Auch in Anwaltskreisen dürfte das allgemeine Phänomen verbreitet sein, dass man gewohnte und grundsätzlich bewährte Pfade nur ungern verlässt. Bei Geldforderungen ist die Dringlichkeit kleiner als bei Ausweisungen, sodass der Druck, nach einer möglichst schnellen Verfahrensart zu suchen, nicht besonders hoch ist. Die Statistik zeigt indes auch auf, dass die Erfolgschancen für einen Kläger bei Forderungen, die nicht zum Themenkreis Mietrecht/Ausweisungen gehören, markant tiefer sind. Ein Kläger, der versucht, seinen Anspruch auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen durchzusetzen, geht damit das erhebliche Risiko ein, dass er damit (vorerst) nicht durchdringt. Er muss mit erhöhter Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dass das Gericht auf sein Begehren nicht eintritt, was bedeutet, dass er danach ein Verfahren im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren einleiten muss. Ein Nichteintretensentscheid erwächst zwar hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs nicht in materielle Rechtskraft, sodass der Kläger seinen Durchsetzungsanspruch dadurch nicht verliert. Der Misserfolg im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen bedeutet für ihn dennoch nicht nur einen Verlust an Geld und Zeit, sondern kann auch einen nicht zu unterschätzenden Nachteil für das anschliessende ordentliche Verfahren haben. Der Beklagte hat den psychologischen Vorteil, dass er in einer ersten Runde «gewonnen» hat, auch wenn dies juristisch unzutreffend ist, da der Nichteintretensentscheid nicht bedeutet, dass der vom Kläger behauptete Anspruch nicht besteht. Hinzu kommt, dass sich das Gericht im Rahmen des Nichteintretensentscheides zur Rechtslage und zum Sachverhalt äussern kann. Auch wenn die Einschätzung des Summarrichters für das Gericht, das in einem nachfolgenden ordentlichen oder vereinfachten Prozess zu entscheiden hat, nicht bindend ist, zeigt die Erfahrung, dass diese unpräjudizielle Meinungsabgabe ein hohes Gewicht haben kann, indem sie zumindest als Ausgangspunkt für eine Beurteilung dienen kann. Das Gesagte legt den Schluss nahe, dass die tiefen Fallzahlen ausserhalb des Themenkreises Mietrecht/Ausweisungen in der Kosten-Nutzen-Analyse der Kläger begründet liegt. Die Chance auf einen raschen Erfolg im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen vermag das Risiko und die Folgen eines Nichteintretensentscheides nicht aufzuwiegen.

Sowohl für potenzielle Kläger als auch Beklagte gibt das sich aus der Statistik ergebende Bild Anlass, mit dem Status quo nicht zufrieden zu sein. Aus Sicht eines Klägers muss es unbefriedigend sein, dass die Erfolgchancen bei Klagen ausserhalb des Themenkreises Mietrecht/Ausweisungen erheblich kleiner sind. Aus Sicht eines potenziellen Beklagten mag es keinen Sinn ergeben, dass der Kläger kein Risiko der Abweisung der Klage trägt. Auch wenn sowohl die Sach- als auch die Rechtslage klar sind, dies jedoch zuungunsten des Klägers, endet das Verfahren nicht mit einer Klageabweisung, sondern mit einem Nichteintretensentscheid. Die Statistik des Bezirksgerichts Zürich weist keinen einzigen Fall einer Klageabweisung auf.

Zusammenfassend zeigt die Statistik klar, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen zur Hauptsache ein Instrument für Vermieter darstellt, um Ausweisungsansprüche durchzusetzen. Es ist zu vermuten, dass damit das Potenzial dieses Rechtsinstituts bei Weitem nicht ausgeschöpft ist. Eine Antwort auf die Fragen, weshalb das Institut auf Ausweisungen fokussiert wird, weshalb in anderen Bereichen die Gewinnchancen der Kläger reduziert sind und weshalb ein Beklagter selbst bei klarer Sach- und Rechtslage keinen in materielle Rechtskraft erwachsenden abweisenden Entscheid erlangen kann, kann die Statistik nicht geben. Dazu bedarf es einer Analyse der Begründungen der Gerichtsentscheide.

4.3. Die Gerichtspraxis im Spiegel der Entscheidungsbegründungen

4.3.1. Fokus der Rechtsfragen

Rund um das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen stellt sich eine Vielzahl von Rechtsfragen, die sich auch im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren stellen können. Es sind letztlich diejenigen Themen, die auch Gegenstand der ZPO sind: Partei- und Prozessfähigkeit (Art. 66-67 ZPO), örtliche Zuständigkeit (Art. 9-46 ZPO), Prozessleitung (Art. 124-128 ZPO), Beweisverfahren (Art. 150-193 ZPO) und Rechtsmittel (Art. 308-334 ZPO), um nur einige der wichtigsten zu nennen. Um die eingangs gestellten Fragen beantworten zu können, müssen nicht alle Themen beleuchtet werden. Im Wesentlichen geht es darum abzuklären, wie die Gerichte mit den Voraussetzungen gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO umgehen, also welche Anforderungen sie an einen liquiden Sachverhalt und eine klare Rechtslage stellen. Mit Blick auf die Waffengleichheit geht es ferner darum festzustellen, ob und warum auch bei Klarheit bezüglich Sachverhalt und Rechtslage zuungunsten des Klägers nie ein Entscheid ergeht, der in materielle Rechtskraft erwächst. Auf weitere prozessuale Fragen soll soweit eingegangen werden, als sie hinsichtlich der Effizienz des Instituts des Rechtsschutzes in klaren Fällen von Bedeutung sind.

4.3.2. Erfordernis des klaren Rechts

4.3.2.1. Die Problematik der Anforderung des klaren Rechts

Wie dargelegt lässt sich nicht mehr mit Gewissheit eruieren, weshalb das klare Recht im früheren kantonalen Recht als Voraussetzung für das damalige sogenannte Befehlsverfahren

als Erfordernis in das Gesetz aufgenommen wurde. Wenn für die Gutheissung eines Gesuches im Rechtsschutz in klaren Fällen nicht nur bezüglich des Sachverhalts Liquidität verlangt wird, sondern darüber hinaus das Vorliegen klaren Rechts als Voraussetzung statuiert wird, so ist dies in dreierlei Hinsicht problematisch.

Erstens gilt in der ganzen Rechtsordnung der Grundsatz, dass ein Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat. Für den Zivilprozess wird dies in Art. 57 ZPO explizit normiert. Der Grundsatz «*iura novit curia*» gilt sogar als ein in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition verankertes Prinzip (Oberhammer, 2014, Art. 57, Rz. 1). Daher erstaunt es sehr, dass mit der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung das klare Recht als Anspruchsvoraussetzung kritiklos übernommen wurde. Offenbar wurde die Anforderung auch während der langen Dauer der Gültigkeit des kantonalen Prozessrechts nur spärlich kritisiert. Als Argument wurde etwa genannt, die Voraussetzung klaren Rechts sei deshalb unerlässlich, weil die Parteien im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nur beschränkt Gelegenheit hätten, Rechtserörterungen vorzutragen (Spichtin, 2012, S. 58). Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Denn wie dargelegt hat das Gericht das Recht – gäbe es Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO nicht – von Amtes wegen mit voller Kognition anzuwenden. Dies bedeutet, dass eine Partei keine Obliegenheit hat, sich zur Rechtslage zu äussern, auch wenn ihr dies selbstverständlich freisteht und vielen Fällen auch nützlich ist, um das Gericht von ihrer Auffassung zu überzeugen. Das Recht, sich nicht nur zum Sachverhalt, sondern auch zu den rechtlichen Voraussetzungen eines behaupteten Anspruchs zu äussern, wird aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleitet (Guldener, 1979, S. 156). Demgemäss hat jede Partei das Recht, sich in ausreichender Weise zu äussern und ihren Standpunkt zu vertreten (BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Dies bedeutet nicht, dass ein unbeschränktes Äusserungsrecht besteht, doch darf die Länge von Parteivorträgen nicht so beschränkt werden, dass ein wirksames Einbringen des Parteistandpunktes nicht möglich wäre (BGer 4A_423/2014 E. 3.2). Eine Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit eine Limitierung des Parteivortrages ist auch im summarischen Verfahren nicht zulässig. Es gilt auch hier, dass selbst unaufgeforderte Stellungnahmen unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes nicht zurückgewiesen werden können (Güngerich, 2012, Art. 253, Rz. 10-13). Nach dem Dargelegten ist nicht einzusehen, weshalb der Zugang zum Rechtsschutz in klaren Fällen von der Voraussetzung des klaren Rechts abhängig gemacht werden sollte. Es lässt sich damit auch keine Zeit «sparen», da bei Verneinung des Vorliegens klaren Rechts ein Nichteintretensentscheid erfolgt, der den Kläger dazu zwingt, seinen Anspruch im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geltend zu machen. Ein Zeitgewinn ergibt sich nur für das Summargericht, dem ein Instrument in die Hand gegeben wird, selbst bei klarem Sachverhalt auf ein Gesuch nicht einzutreten.

Damit ist der zweite Punkt angeschnitten, der als Argument gegen das Erfordernis des klaren Rechts zu erwähnen ist. Im Zusammenhang mit der Kostenerhebung wird in der Literatur die Kritik geäussert, die Gerichte neigten dazu, die Rechtssuchenden vom Gang an das Gericht abzuhalten (Hablützel, 2019, S. 134-141). Es liegt auf der Hand, dass das Erfordernis des klaren Rechts die Möglichkeit gibt, den Zugang zu einem raschen Entscheid zu erschweren. Dies

ist jedoch nicht im Sinn des Gesetzgebers, der den Rechtsschutz in klaren Fällen als wirksames Instrument des Gläubigerschutzes verstanden haben wollte (Bundesrat, 2006, S. 7351-7252).

Drittens ist darauf hinzuweisen, dass mit der Schaffung der Kategorie des klaren Rechts die angestrebte Vereinfachung des Verfahrens nicht herbeigeführt wird. Im Gegenteil wird damit die schwierige und undankbare Aufgabe gestellt, klares von unklarem Recht zu unterscheiden. Kommt das Gericht schliesslich zum Schluss, dass es auf das Gesuch mangels klaren Rechts nicht eintreten dürfe, so lässt sich damit auch kaum ein Aufwand vermeiden. Denn auch der Standpunkt, das Recht sei unklar, bedarf der Begründung (Schmid, 1991, S. 114). Es wäre aber für den Rechtssuchenden besser und aus Sicht der Effizienz der Justiz zu begrüßen, wenn der Begründungsaufwand der Feststellung des dem Streit zugrunde zu legenden Rechts zugute käme statt der Feststellung, dass kein klares Recht bestehe.

4.3.2.2. Die Anwendung klaren Rechts in der Praxis im Allgemeinen

Die Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung äussert sich nur rudimentär zur Voraussetzung des klaren Rechts. Klares Recht sei nur dann zu bejahen, wenn die Rechtsfolge im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres feststellbar sei (Bundesrat, 2006, S. 7352). Diese Formulierung wurde vom Bundesgericht übernommen. Ergänzend führte es aus, dass die Rechtslage in der Regel nicht klar sei, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordere. Dies sei vor allem bei der Beurteilung von Treu und Glauben der Fall (BGE 138 III 123 E. 2.1.2).

Sehr häufig beruhen Ansprüche, die in Zivilprozessen geltend gemacht werden, auf Verträgen. Ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien über die geschuldeten Vertragsleistungen liegt häufig nicht vor oder lässt sich zum Vornherein nicht nachweisen. In solchen Fällen ist der Vertrag nach dem sogenannten Vertrauensprinzip auszulegen. Dies bedeutet, dass das Gericht die Frage zu beantworten hat, von welchem Vertragsverständnis die Vertragsparteien nach Treu und Glauben ausgehen durften und mussten (BGE 129 III 675 E. 2.3). Nach dem im genannten Leitentscheid Gesagten könnte ein vertraglicher Anspruch, der von der Auslegung des Vertrages nach Vertrauensprinzip abhängt, im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht beurteilt werden. Um dies zu verhindern, präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Es lässt die Auslegung nach Vertrauensprinzip zu, wenn die Auslegung im Resultat klar ist (BGer 4A_185/2017 E. 5.4).

Eine Wertung der gesamten Umstände ist in der Regel nötig, wenn sich die Frage des Rechtsmissbrauchs stellt. Auch hier hält das Bundesgericht für den Regelfall daran fest, dass unter diesen Umständen das Vorliegen klaren Rechts verneint werden muss. Eine Ausnahme macht es wiederum dann, wenn das Auslegungsergebnis klar ist. Tritt der Rechtsmissbrauch offenkundig zutage, so besteht dafür auch klares Recht im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO (BGer 4A_2/2016 E. 2.1 und E. 3.2).

Diese beiden Beispiele zeigen auf, dass das Bundesgericht gewillt ist, dem Rechtsuchenden keine allzu grosse Hürde in den Weg zu stellen. Sie lassen indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass das klare Recht dennoch ein erhebliches Hindernis darstellen kann. Die Zürcher Gerichte haben die Tendenz, sehr strenge Anforderungen an das klare Recht zu stellen. Das Zürcher Handelsgericht führte aus, klares Recht könne nur bejaht werden, wenn die Subsumtion einem «mechanischen Vorgang» gleichkomme (HGer ZH, 12.05.2011, ZR 110/2011 Nr. 56 E. 2). Das Zürcher Obergericht will den Rechtsschutz in klaren Fällen nur zulassen, wenn die Sache dermassen klar ist, dass ein ordentliches Verfahren einen «leeren Prozesslauf» darstellen würde (OGer ZH, 08.09.2011, LF110085 E. 4.3.2). Die beiden Entscheide zeigen auf, dass durchaus die Gefahr besteht, dass Gerichte dazu neigen könnten, einen vom Sachverhalt her klaren Fall nicht entscheiden zu müssen. Dies mit der Begründung, das Recht sei nicht klar. Würde man mit dem Handelsgericht nur gerade Fälle «mechanischer» Subsumtion als klares Recht anerkennen, so würde die Hürde zu hoch und der Begriff des klaren Rechts ausgehöhlt. Es würde nämlich vorausgesetzt, dass das Gericht die sich stellende Rechtsfrage praktisch nach einem kurzen Blick ins Gesetz beantworten könnte. Dies kann aber kaum je der Fall sein, denn selbst ein klarer Gesetzeswortlaut entbindet das Gericht nicht von der Aufgabe, den Sinn der Norm auszulegen, um damit den wahren Rechtssinn zu erfassen (BGE 141 III 84 E. 2). Und wer eine «mechanische» Subsumtion gestützt auf den Gesetzeswortlaut vornimmt, kann sich dem Vorwurf ausgesetzt sehen, er «klebe» am Gesetzeswortlaut und erfasse den wesentlichen Sinn nicht (BGE 118 II 115 E. 2). Selbst wenn am Ende des Auslegungsprozesses die Auffassung vertreten wird, das Ergebnis sei klar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO, beruht diese Erkenntnis auf dem Prozess der Gesetzesauslegung (Spichtin, 2012, S. 57).

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen die Anforderungen an das klare Recht nicht so hoch gestellt werden, dass nur noch eine «mechanische» Subsumtion zulässig wäre. Bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde festgehalten, dass klares Recht vorliege, wenn namentlich aufgrund des Wortlautes des Gesetzes, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre kein Zweifel am rechtlichen Ergebnis bestehe (BGer 4A_447/2011 E. 2.3). Guldener, auf den sich das Bundesgericht stützte, führte explizit aus, dass klares Recht auch dann vorliegen könne, wenn die genaue Bedeutung einer Gesetzesbestimmung dem Gesetzeswortlaut nicht entnommen werden könne (Guldener, 1979, S. 158, Fn. 15). Auch unter dem geltenden Recht hält das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung fest (BGE 118 II 302 E. 3). Dies zeigt, dass an die Voraussetzung des klaren Rechts keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen. Dennoch gibt es eine grosse Zahl von Fällen, bei denen es kein klares Recht gibt. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO stellt für einen Kläger also nach wie vor eine erhebliche Hürde dar. Dies zeigen auch die nachfolgenden Beispiele.

Unklar kann die Rechtslage sein, weil unklar ist, welches Recht überhaupt zur Anwendung gelangt. Ein Kläger machte einen Auskunftsanspruch betreffend ein Bankkonto geltend. Nach Ansicht der Gerichte hätte sowohl Auftragsrecht als auch das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung kommen können. Da der genaue Gegenstand des Einsichtsanspruchs

aus den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen nicht hervorging, wurde das Vorliegen klaren Rechts verneint (BGer 4A_600/2017 E 3.1-3.4, zitiert in SZPP 3/2019, S. 267-270).

Unklarheit besteht auch bezüglich der Frage, welche Wirkung der Rückzug einer negativen Feststellungsklage hat. Ein Kläger reichte beim Handelsgericht St. Gallen zwei Klagen auf Feststellung des Nichtbestandes zweier Forderungen ein. Später zog er die Klagen zurück. Der Beklagte schloss daraus, damit habe der Kläger eingeräumt, dass die Forderungen bestehen und dies durch den Klagerückzug mit der Wirkung der materiellen Rechtskraft eines Urteils. Der Beklagte erhob daraufhin eine Leistungsklage im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Das Bundesgericht legte dar, dass bezüglich der Wirkung des Rückzuges einer negativen Feststellungsklage unterschiedliche Meinungen bestünden, und hielt fest, dass das Handelsgericht auf die Leistungsklagen mangels klaren Rechts zu Recht nicht eingetreten war (BGer 4A_24/2018 E. 3.5-3.6). Der Entscheid fand in der Literatur Zustimmung (Schwander, 2017, S. 267).

In einem Strafverfahren wurde ein Fahrzeuglenker adhäsionsweise zivilrechtlich zur Zahlung eines Betrages von 30'000 Franken an den Stiefvater des tödlich verunglückten Unfallopfers verpflichtet. Nachdem der Stiefvater den Betrag vom Schuldner nicht erhältlich machen konnte, klagte er im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gegen den Versicherer des Fahrzeuglenkers. Sowohl die kantonalen Instanzen wie auch das Bundesgericht kamen zum Schluss, dass für den Rückgriff auf den Versicherer kein klares Recht bestehe (BGer 4A_282/2015 E. 2.4).

4.3.2.3. Besondere Fälle

4.3.2.3.1. Anwendung ausländischen Rechts

In Fällen mit Auslandsbezug kann es vorkommen, dass ausländisches Recht anzuwenden ist. Die Anwendung ausländischen Rechts ist für ein lokales Gericht naturgemäss schwieriger als diejenige des vertrauten nationalen Rechts. Der Grundsatz «iura novit curia» gilt deshalb nicht uneingeschränkt. Gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG ist zwar der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, doch können die Parteien zur Mitwirkung verpflichtet werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann den Parteien sogar der Nachweis des ausländischen Rechts überbunden werden. Gemäss Absatz 2 der genannten Bestimmung ist für den Fall, dass das ausländische Recht nicht festgestellt werden kann, schweizerisches Recht anzuwenden.

Die Schwierigkeit, ausländisches Recht feststellen zu können, führt dazu, dass es dem Gericht erlaubt ist, für die Beantwortung von Rechtsfragen ein Gutachten in Auftrag zu geben. Im summarischen Verfahren besteht diese Möglichkeit jedoch wegen der Beweismittelbeschränkung gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO nicht (Droese, 2019, S. 256). Im summarischen Verfahren ist es deshalb eher als im ordentlichen oder vereinfachten erlaubt, ersatzweise auf das schwei-

zerische Recht zurückzugreifen, obwohl eigentlich das ausländische anwendbar wäre. So entschied das Zürcher Obergericht in einem Arrestverfahren, die Frage des Durchgriffs könne nicht nach dem Recht der British Virgin Islands beantwortet werden, obwohl die Gesuchstellerin dort ihren Sitz hatte und ihr das entsprechende Recht nahestand. Aus Gründen der zeitlichen Dringlichkeit wurde schweizerisches Recht angewendet (OGer ZH, 18.10.2018, PS180184 E. 2.3-2.4).

Das Bundesgericht entschied in einem (ebenfalls summarischen) Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung, es sei nicht Sache des Gerichts, das ausländische Recht festzustellen. Diese Aufgabe falle dem Betreibenden zu (BGE 140 III 456 E. 2.3-2.4).

Die dargestellten Schwierigkeiten, die der Feststellung ausländischen Rechts im Allgemeinen und im summarischen Verfahren im Besonderen entgegenstehen, gelten auch im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Hinzu kommt das Problem, dass die Rechtslage gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO klar sein muss, was wie oben dargestellt bedeutet, dass das Recht im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres feststellbar ist. Hält man sich anhand der genannten Beispiele vor Augen, wie rasch auch bei Anwendung schweizerischen Rechts das Vorhandensein klaren Rechts verneint wird, so drängt sich der Schluss auf, dass es in Bezug auf ausländisches Recht – wenn es denn überhaupt im Rahmen eines summarischen Verfahrens feststellbar wäre – kaum je gelingen wird, klares Recht zu finden.

In einem Streit zwischen einer kanadischen und einer schweizerischen Gesellschaft klagte die kanadische Partei in Genf im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zunächst auf Zahlung von 500'000 Euro, dann auf 1'200'000 Euro. Während die Klage in erster Instanz noch geschützt worden war, trat die *Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève* wegen unklarer Rechtslage auf die Klage nicht ein. Strittig war, ob die kanadische Gesellschaft in einer Art und Weise gegen das kanadische Recht verstossen hatte, dass ihr die Handlungsfähigkeit abzusprechen gewesen wäre, was wiederum hätte bedeuten können, dass der mit der schweizerischen Gesellschaft geschlossene Vertrag nichtig gewesen wäre. Die Parteien hatten im Vertrag die Anwendung schweizerischen Rechts vereinbart. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen auch Parteien mit Sitz im Ausland zustehen müsse. Weiter führte es aus, die Verletzung ausländischen öffentlichen Rechts führe grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit eines Vertrages im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR. Im vorliegenden Fall stütze sich die Beklagte in haltloser bzw. arglistiger («*artificieusement*») und widersprüchlicher Art und Weise auf ausländisches Recht, weshalb dieses ohne nähere Abklärung unangewendet bleiben könne. Das Bundesgericht hiess die Klage gut (BGer 4A_415/2013 E. 1-3 und E. 7).

Zum genannten Ergebnis konnte das Bundesgericht nach der zutreffenden Kritik von Droese nur durch einen (nicht offengelegten) Rückgriff auf die Rechtsprechung zur Sachverhaltsfeststellung kommen. Nach dieser Rechtsprechung kann der Beklagte die Illiquidität durch blosses (nicht glaubhaft gemachtes) Bestreiten herbeiführen, es sei denn, seine Bestreitungen würden als geradezu haltlos bezeichnet. Dieses Instrument wendete das Bundesgericht hier auch im Hinblick auf das Erfordernis des klaren Rechts an (Droese, 2019, S. 256-257). Man kann

dies durchaus als Lockerung der an das klare Recht gestellten Anforderungen sehen. Dogmatisch mag dies vielleicht nicht vollständig zu überzeugen, es dient aber sicher dem Bestreben, das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen als wirksames Instrument des Gläubigerschutzes zu stärken.

Die Rechtsprechung aus BGer 4A_415/2013 griff das Bundesgericht in einem im Jahr 2015 zu beurteilenden Fall erneut auf. Es ging um die Klage eines italienischen Kunden, der von einer Schweizer Bank die Auszahlung des Kontosaldos verlangt und eine entsprechende Klage im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen erhoben hatte. Der zivilrechtliche Anspruch des Bankkunden war nicht umstritten. Hingegen wendete die Bank unter anderem ein, sie sei zur Zahlung so lange nicht verpflichtet, bis der Kunde eine «Steuerkonformitätserklärung» abgegeben habe. Würde die Bank das Geld ohne eine solche Erklärung auszahlen, würde sie gegen das italienische Strafrecht verstossen und liefe Gefahr, dass der italienische Staat gegen sie Sanktionen ergreifen würde. Dies mache die Leistung im Sinne von Art. 119 OR [rechtlich] unmöglich. Trotz dieses Einwandes war die Klage in erster Instanz gutgeheissen worden. Auf die dagegen erhobene Berufung wurde wegen mangelhafter Begründung nicht eingetreten. Zur Bedeutung des Einflusses des italienischen Strafrechts auf die Leistungspflicht der Bank äusserte sich das Bundesgericht aus prozessualen Gründen nicht. Dennoch wiederholte es die Begründung des eingangs erwähnten Entscheides, wonach die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen vom Beklagten nicht abgewendet werden könne, wenn er auf gesuchte Weise Einwendungen aus ausländischem Recht erhebe (Bger 4A_168/2015, Kugler B., 2016, Nr. 61).

4.3.2.3.2. Fall von Täuschung im Sinne von Art. 28 OR

Gemäss Art. 28 Abs. 1 OR ist ein Vertrag für eine Vertragspartei nicht verbindlich, wenn sie von der Gegenpartei durch absichtliche Täuschung zum Vertragsschluss verleitet worden war. Dabei spielt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Rolle, ob die getäuschte Vertragspartei in Kenntnis der Täuschung den Vertrag überhaupt nicht oder nur in einer für sie günstigeren Weise geschlossen hätte (BGE 81 II 213 E. 2). Es liegt auf der Hand, dass ohne Berücksichtigung der gesamten Umstände weder entschieden werden kann, ob überhaupt eine Täuschung vorlag, noch ob die Täuschung einen Einfluss auf den Vertragsschluss durch den Getäuschten hatte. Nach der erwähnten Praxis des Bundesgerichts (BGE 138 III 123 E. 2.1.2) ist damit der Rechtsschutz in klaren Fällen in der Regel ausgeschlossen.

Das Bezirksgericht Zürich hatte einen Fall zu beurteilen, bei dem die Vermieter geltend machten, sie seien bei Vertragsschluss von den Mietern getäuscht worden. Es seien falsche Angaben zur Vorvermieterschaft und zur Hinterlegung der Mietzinskaution gemacht worden, zudem seien gefälschte Betriebsregistrauszüge vorgelegt worden. Die Vermieter klagten auf Ausweisung, indem sie behaupteten, der Vertrag sei gemäss Art. 28 Abs. 1 OR unverbindlich gewesen, was zur Folge habe, dass die Mieter ohne Rechtsgrund im Mietobjekt seien. Das Bezirksgericht trat auf das Begehren nicht ein mit der Begründung, die Beurteilung der

behaaupteten Täuschung hänge von einem Ermessensentscheid ab. Dies wiederum schliesse das Vorliegen klaren Rechts aus.

Das Zürcher Obergericht hielt fest, die vorinstanzliche Begründung sei im Grundsatz richtig. Seien aufgrund eines Ermessensentscheides verschiedene Auffassungen vertretbar, so liege in der Regel kein klares Recht vor. Führten jedoch alle unterschiedlichen Auffassungen zur gleichen Rechtsfolge, so sei dennoch von klarem Recht auszugehen. Im Rahmen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sei zu prüfen, ob die Interessenabwägung im Einzelfall zu einem klaren Resultat führe oder nicht. Das Bundesgericht habe in solchen Fällen die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht a priori ausgeschlossen, sondern nur gesagt, dass Ermessens- und Billigkeitsentscheide in der Regel nicht zulässig seien. Komme in Ausnahmefällen nur ein Schluss in Frage, sei deshalb das Vorliegen klaren Rechts zu bejahen. Auf den konkreten Fall angewendet erwog das Obergericht, die Vermieter seien von den Mietern bezüglich der Solvenz klar und absichtlich getäuscht worden. Die Täuschung sei derart offensichtlich erfüllt, dass ein anderes Ergebnis, als den Vertrag gemäss Art. 28 Abs. 1 OR für unverbindlich zu erklären, nicht in Frage komme. Die Klage wurde deshalb im Berufungsverfahren gutgeheissen (OGer ZH, 14.09.2015, LF150035 E. I.1 und III.4).

4.3.2.3.3. Fall von Art. 257f OR

Der letztgenannte Fall zeigt deutlich den Bedarf für eine gewisse Lockerung der Anforderungen, die an klares Recht gestellt werden, auf. In der Regel liegen Ausweisungsverfahren Fälle zugrunde, in denen unbestrittenermassen ein Mietvertrag abgeschlossen und über mehr oder weniger lange Zeit erfüllt wurde. Aus irgendeinem Grund (häufig wegen Zahlungsverzugs) kommt es zu einer Kündigung und, wenn der Mieter das Objekt nicht fristgerecht verlässt (weil er beispielsweise schlicht keine neue Wohnung gefunden hat), zum Ausweisungsverfahren. Es wäre stossend und mit dem gesetzgeberischen Ziel, den Rechtsschutz in klaren Fällen als wirksames Mittel des Gläubigerschutzes auszugestalten, nicht vereinbar, wenn in den genannten Regelfällen rascher Rechtsschutz gewährt würde, während bei (grober) Täuschung der Kläger in das ordentliche oder vereinfachte Verfahren verwiesen würde. Der Beklagte, der nie einen Rechtstitel für den Bezug des Mietobjekts hatte, würde bessergestellt als derjenige, der rechtmässiger Besitzer des Mietobjekts war, dieses aber nach der Kündigung nicht rechtzeitig geräumt hatte.

Ein ähnliches Problem wie bei der Täuschung stellt sich im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 257f OR. Gemäss Absätzen 1 und 2 dieser Bestimmung hat der Mieter die Mietsache sorgfältig zu gebrauchen und auf Hausbewohner und Nachbarn Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht kann eine Schadenersatzforderung des Vermieters oder auch die ordentliche Kündigung nach sich ziehen. Nun gibt es aber nicht nur Mieter, die vielleicht einmal einen Teppich ruinieren oder den Grill zu stark rauchen lassen, sondern (in Extremfällen) auch solche, die Nachbarn angreifen, Brände legen oder das Mietobjekt in grösserem Ausmass beschädigen. Das Gesetz sieht in solchen Fällen eine ausserordentliche Kün-

digungsmöglichkeit vor (Art. 257f Abs. 3 OR), die in Fällen, in denen dem Mietobjekt vor-
sätzlich schwerer Schaden zugefügt wird, gemäss Absatz 4 dieser Bestimmung fristlos sein
kann. Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Grundsatz in solchen Fäl-
len der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht möglich, da ein Ermessensentscheid zu treffen ist.
Bachofner plädiert dafür, in «eindeutigen Ausnahmefällen» dennoch klares Recht zu bejahen
(Bachofner, 2019 S. 258-259). Auch Tanner vertritt die Auffassung, dass in Fällen von Offen-
kundigkeit klares Recht zu bejahen sei (Tanner, 2010, S. 310-311). Egli, der als Richter und
Bereichsvertreter des Bereichs Audienz des Bezirksgerichts Zürich die Praxis zum Rechts-
schutz in klaren Fällen wesentlich mitprägt, weist ebenfalls darauf hin, dass nach der bundes-
gerichtlichen Rechtsprechung die Gutheissung eines sich auf Art. 257f OR stützenden Ge-
suchs an der Voraussetzung des klaren Rechts scheitern müsste. Er fügt an, die Praxis des Be-
zirksgerichts Zürich sei gegenüber den Gesuchstellern grosszügiger: Wenn das Ergebnis der
Anwendung von Art. 257f OR als klar erscheine, werde das Gesuch gutgeheissen (Egli, 2013,
S. 6-7). Gerichtsentscheide zur Anwendung von Art. 257f OR im Verfahren des Rechtsschut-
zes in klaren Fällen sind kaum zu finden. Dies kann auch daran liegen, dass ausserordentliche
Kündigungen nach Art. 257f OR nicht häufig ausgesprochen werden. Tanner weist auf das
Risiko einer solchen Kündigung hin und empfiehlt grundsätzlich eine ordentliche Kündigung,
auch wenn der Vermieter der Meinung ist, die Voraussetzungen von Art. 257f OR seien er-
füllt. Kann sich nämlich der Vermieter im Prozess nicht durchsetzen, muss er damit rechnen,
dass nachher eine dreijährige Kündigungssperre gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 OR
greift (Tanner, 2010, S. 311).

Das Bezirksgericht Uster schützte mit Urteil vom 26. Oktober 2018 ein Ausweisungsbegehren
im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen, das sich auf Art. 257f OR stützte. Das
Zürcher Obergericht bestätigte das Urteil mit Entscheid vom 16. November 2018. Leider äus-
serte sich das Gericht zu den hier interessierenden Fragen nicht, was auch daran lag, dass die
Mieterin den Sachverhalt erst vor Obergericht bestritt, was als unzulässiges Novum gewertet
wurde (OGer, LF180066 E. 2).

4.3.3. Erfordernis des liquiden Sachverhalts

4.3.3.1. Schlüssige und substantiierte Klage

Im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gilt die Verhandlungsmaxime gemäss
Art. 55 Abs. 1 ZPO (BGE 144 III 462 E. 3.2). Dies bedeutet einerseits, dass das Gericht ohne
Überprüfung des Wahrheitsgehaltes auf eine behauptete und nicht bestrittene Tatsachenbe-
hauptung abstellen darf, so wie dies Art. 257 Abs. 1 lit. 1 ZPO ausdrücklich festhält. Anderer-
seits entbindet die Verhandlungsmaxime den Kläger nicht von der Last, die für die rechtliche
Beurteilung nötigen Sachverhaltselemente zu behaupten. Dies gilt auch dann, wenn der Be-
klagte (was nicht selten vorkommt) nicht zur Verhandlung erscheint und somit auch nichts be-
streiten kann. Welche Behauptungen der Kläger aufzustellen hat, ergibt sich aus den privat-
rechtlichen Tatbeständen. Bringt eine Partei die entsprechenden Tatsachen vor, aus welchen

sich – ihre Wahrheit unterstellt – die begehrte Rechtsfolge ableiten lässt, so liegt eine sogenannte schlüssige Klage vor, der Sachverhalt ist genügend substantiiert. Das Mass der Substantiierung hängt indes nicht nur von der Rechtsnorm ab, unter die der Sachverhalt nach Ansicht des Klägers zu subsumieren ist. Bestreitet der Beklagte den Sachverhalt, kann der Kläger gezwungen sein, seine ursprüngliche Behauptung [im Rahmen einer Replik] weiter zu substantisieren (Oberhammer, 2014, Art. 55, Rz. 2). Das Gesetz äussert sich nicht explizit dazu, ob im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ein zweiter Schriftenwechsel überhaupt zulässig ist. Gemäss Art. 253 ZPO gibt das Gericht dem Beklagten Gelegenheit, sich zum Gesuch zu äussern. Dies lässt den Schluss zu, dass ein zweiter Schriftenwechsel nicht vorgesehen ist. Diese Ansicht wurde auch in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vertreten, mit der Begründung, ein zweiter Schriftenwechsel würde dem Wesen des summarischen Verfahrens zuwiderlaufen (Bundesrat, 2006, S. 7350). In der Lehre wird allerdings auch die gegenteilige Meinung vertreten, jedenfalls dann, wenn nach Gesuchseinreichung eine mündliche Verhandlung angeordnet wird (Günterich, 2012, Art. 253, Rz. 14). Das Bundesgericht lässt den Gerichten im Allgemeinen grosse Freiheit in der Ausgestaltung des Verfahrens. Soweit ersichtlich entschied es bis heute nicht, dass ein zweiter Schriftenwechsel im summarischen Verfahren unzulässig wäre, hielt indes fest, dass die Parteien grundsätzlich nicht mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels rechnen könnten, ein solcher komme nur in Ausnahmefällen in Frage (BGE 138 III 252 E. 2.1). Mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels können die Parteien jedenfalls nicht rechnen (BGer 4A_273/2012 E. 3.2). Dies zwingt den Kläger dazu, seine Klage schon zu Beginn umfassend zu begründen und allfällige Bestreitungen vorwegzunehmen.

4.3.3.2. Bestreitungen

Nach den allgemeinen Grundsätzen, die für Verfahren der Verhandlungsmaxime gelten, kann der Beklagte die Behauptungen des Klägers durch einfaches Bestreiten zu Fall bringen. Es wird vom ihm lediglich verlangt, dass die Bestreitung klar ist, einer Begründung bedarf sie nicht (Hurni, 2012, Art. 55, Rz. 43). Nun wurde für das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen in der Botschaft des Bundesrates festgehalten, der Beklagte müsse seine Einwände glaubhaft machen (Bundesrat, 2006, S. 7352). Die Glaubhaftmachung ist ein Beweismass, das gegenüber dem allgemein gültigen Beweismass des Vollbeweises reduziert ist. Wird Glaubhaftmachung verlangt, muss das Gericht von einer behaupteten Tatsache nicht überzeugt sein, es genügt, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, auch wenn damit gerechnet wird, dass auch das Gegenteil zutreffen könnte (Brönnimann, 2012, Art. 157, Rz. 40-44). Glaubhaftmachen bedeutet also mehr als behaupten und weniger als beweisen (BGer 5P.289/2003 2.2).

Die Formulierung in der Botschaft, wonach Bestreitungen glaubhaft zu machen seien, führte in der Literatur zu Meinungsverschiedenheiten. Das Bundesgericht setzte sich damit in einem Entscheid aus dem Jahr 2012 eingehend auseinander. Es entschied schliesslich, dass vom Beklagten eine Glaubhaftmachung nicht verlangt werden könne – dies vor allem deshalb, weil

im umgekehrten Fall der Kläger trotz Bestreitungen des Beklagten zu einem für ihn günstigen materiell rechtskräftigen Entscheid kommen könnte, ohne dass der Beklagte die Chance auf einen Prozess hätte, in welchem der umstrittene Sachverhalt in einem einlässlichen Beweisverfahren überprüft würde. Es genügt somit grundsätzlich das bloss Bestreiten durch den Beklagten, wobei angefügt wurde, dass er damit nicht durchdringen könne, wenn sich die Bestreitungen als haltlos erwiesen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1).

4.3.3.3. Beweis

Beweisen bedeutet die Beibringung von Gründen, die für die Wahrheit bzw. Unwahrheit der behaupteten Tatsachen sprechen. Teile des Beweisrechts sind insbesondere die Beweislastverteilung, das Recht auf Beweis und die Beweisführung. Die Beweislastverteilung ergibt sich nicht aus der Zivilprozessordnung, sondern wird durch das materielle Zivilrecht in Art. 8 ZGB geregelt. Die Beweislast trägt demnach derjenige, der aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet. Rechtsbegründende Tatsachen, wie etwa der Abschluss eines Vertrages, sind von demjenigen [typischerweise vom Kläger] zu beweisen, der sich darauf stützt. Gleich verhält es sich mit rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen, die von demjenigen [typischerweise vom Beklagten] zu beweisen sind, der solches behauptet (Schmid, 2014, vor Art. 150-193, Rz. 1-7). Bezüglich des Beweismasses gilt im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen der Vollbeweis (BGE 141 III 23 E. 3.2).

Die Beweislast im Allgemeinen unterscheidet sich im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht von der Situation in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Beweislastverteilung aus dem materiellen Recht ergibt und somit von der prozessualen Verfahrensart grundsätzlich unabhängig ist. Auch die Prozessmaxime (Verhandlungsmaxime oder Untersuchungsmaxime) hat keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung (BGE 133 III 507 E. 5.2-5.4). Aufgrund der Beweismittelbeschränkung, auf die noch zurückzukommen sein wird, kann es sein, dass ein Beklagter die von ihm behaupteten rechtsaufhebenden oder rechtshemmenden Tatsachen nicht beweisen kann. Da ein im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ergangenes Urteil in materielle Rechtskraft erwächst, hat er auch später nicht die Chance, in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren seinen Standpunkt durchzusetzen. Die Besonderheiten des Verfahrens nach Art. 257 ZPO zwingen deshalb dazu, die Beweislast umzukehren und dem Kläger die Beweislast für den Nichtbestand von (nicht in haltloser Weise) behaupteten rechtshemmenden oder rechtsaufhebenden Tatsachen aufzubürden (OGer ZH, 01.07.2011, ZR 110/2011 Nr. 54 E. II. 9. d).

Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei ein Recht darauf, dass das Gericht die ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Dieses Recht bedeutet nicht, dass jede Form der Beweismittel zugelassen wäre. Das Gesetz nennt in Art. 168 Abs. 1 lit. a-f die zulässigen Beweismittel: Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragung und Beweisaussage. Dieser Numerus clausus steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Beweis und zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO. Er lässt sich jedoch rechtfertigen, weil nur Beweismittel zugelassen

sein sollen, bei deren Abnahme die Mitwirkungsrechte der Gegenpartei gewährleistet werden können. Der Freibeweis, also Beweismittel ausserhalb des Katalogs, ist gemäss Art. 168 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wo über Kinderbelange oder familienrechtliche Angelegenheiten zu befinden ist (Rüetschi, 2012, Art. 168, Rz. 2 und 9). Für das summarische Verfahren sind die zulässigen Beweismittel eingeschränkt. Gemäss Art. 254 ZPO ist grundsätzlich nur der Urkundenbeweis zugelassen. Andere Beweismittel können nur angerufen werden, wenn dadurch das Verfahren nicht wesentlich verzögert wird, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Ergänzend wird für das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen in Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO ausgeführt, dass der Rechtsschutz im Falle des bestrittenen Sachverhalts nur gewährt werden kann, wenn der Beweis sofort erbracht werden kann. Aus diesen Bestimmungen hat die Praxis abgeleitet, dass grundsätzlich nur der Urkundenbeweis zulässig ist (BGE 141 III 23 E. 3.2). Mehrfach wurde indes die Frage aufgeworfen, ob nicht insbesondere der Zeugenbeweis in gewissen Fällen zugelassen sein sollte. Es kommt nicht selten vor, dass Parteien Zeugen gleich zur Verhandlung mitnehmen. Diese könnten ohne zeitliche Verzögerung einvernommen werden. Die Lehre ist in dieser Frage gespalten (Bachofner, 2019, S. 239-240). Das Bundesgericht hat die Frage in einem Leitentscheid erörtert, aber offengelassen (BGE 138 III 123 E. 2.1.1 und 2.6). In einem Entscheid aus dem Jahr 2013 sprach sich das Bundesgericht für den konkreten Fall gegen den Zeugenbeweis aus. Beweisthema waren Zahlungen in einem Mietverhältnis. Die eingereichten Urkunden genügten nicht. Das Bundesgericht hielt dafür, dass für den Nachweis von Zahlungen Urkundenbeweise schon grundsätzlich geeigneter seien als der Zeugenbeweis, weshalb die Vorinstanzen in antizipierender Beweiswürdigung davon ausgehen durften, von der Zeugenbefragung lasse sich keine hinreichende Erkenntnis gewinnen. Für eine grundsätzliche Unzulässigkeit des Zeugenbeweises sprach sich das Bundesgericht damit nicht aus (BGer 4A_592/2012, E. 6). Auch in einem jüngeren Entscheid hielt das Bundesgericht fest, der Beweis sei *grundsätzlich* durch Urkunden zu erbringen (BGer 4A_218/2017, Hervorhebung hinzugefügt), was den Zeugenbeweis nicht a priori ausschliesst. Auch das Zürcher Obergericht bezeichnete den Zeugenbeweis im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nur als ein *weitgehend* untaugliches Beweismittel (OGer ZH, LF110085, E. 4.3.2, Hervorhebung hinzugefügt) und liess damit die Frage ebenfalls offen. Tanner sieht die Zulassung des Zeugenbeweises ebenfalls kritisch. Er sieht Schwierigkeiten, die sich aus dem Anwaltsrecht ergeben können (Tanner, 2019, S. 250-251). Egli verneint die Zulässigkeit des Zeugenbeweises insbesondere mit dem Argument, dass eine Würdigung der Zeugenaussagen eine Wertung bedingen würde, was im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht zulässig sei (Egli, 2013, S. 5). Die Chambre de recours civile du Tribunal cantonal vaudois hat zwei Begehren auf Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen gutgeheissen, ohne die vom Beklagten anbotenen Zeugenbeweise abzunehmen. Das Gericht hat sich nicht gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises in diesem Verfahren ausgesprochen. Die Abnahme des Zeugenbeweises ist aus anderen Gründen (Nähe des Zeugen zum Beklagten bzw. ungenügende Bezeichnung des Zeugen) unterblieben (Colombini, 2018, Art. 257, S. 812 mit Hinweis auf die Fälle CREC 12 mars 2012/103 und CREC 30 juillet 2013/251).

4.3.4. Umgehung der sozialen Untersuchungsmaxime?

Spricht der Vermieter eine Kündigung aus, ist der Mieter damit häufig nicht einverstanden. Während dieser nach Möglichkeiten sucht, die Kündigung für ungültig erklären zu lassen, strebt jener den raschen Auszug des Mieters an. Der Mieter kann die Kündigung gemäss Art. 271 Abs. 1 OR wegen Treuwidrigkeit anfechten. Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. 3 ZPO gilt für diesen Prozess unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO stellt das Gericht in diesem Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es gilt also die sogenannte soziale Untersuchungsmaxime (Fraefel, 2012, Art. 247, Rz. 1). Diese geht zwar in Bezug auf die richterliche Fragepflicht nicht weit über Art. 56 ZPO hinaus, hebt aber die Novenschranke auf und erlaubt es dem Gericht, den Sachverhalt von sich aus weiter auszuleuchten (Engler, 2016, S. 225).

Hat der Mieter ein Kündigungsschutzverfahren eingeleitet, stellen sich für den Fall, dass der Vermieter die Ausweisung auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen anstrebt, zwei Fragen: erstens, ob das Kündigungsschutzverfahren eine Sperrwirkung für das Ausweisungsverfahren hat, und zweitens (falls die Sperrwirkung zu verneinen wäre), ob und wie der Grundsatz der sozialen Untersuchungsmaxime im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zum Tragen kommt.

Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO hat die Rechtshängigkeit eines Verfahrens die Wirkung, dass der gleiche Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien nicht anderweitig rechtshängig gemacht werden kann. Diese Sperrwirkung dient der Durchsetzung des rechtspolitischen Grundsatzes, wonach ein Rechtsschutzgesuch bezogen auf einen bestimmten Lebenssachverhalt nur einmal zur autoritativen Beurteilung in der Sache einem Gericht soll unterbreitet werden können (Berti, 2014, Art. 64, Rz. 5).

In einem Entscheid aus dem Jahr 2015 beantwortete das Bundesgericht beide Fragen. Zunächst erwog es in Bezug auf die Frage der Sperrwirkung des rechtshängigen Kündigungsschutzverfahrens, dass diese Konstellation vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung in Art. 274g OR explizit geregelt gewesen sei. Diese Bestimmung habe eine Kompetenzattraktion zugunsten des Ausweisungsrichters vorgesehen. Im Zuge der Schaffung der ZPO sei Art. 274g OR gestrichen worden. Aus der Entstehungsgeschichte und den Materialien zur ZPO gehe hervor, dass das Parlament der Meinung gewesen sei, im Ausweisungsverfahren könne vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung entschieden werden. Dieser Meinung sei zu folgen. Ein Begehren um Ausweisung des Mieters sei im Verfahren nach Art. 257 ZPO also grundsätzlich auch dann zulässig, wenn der Mieter die Kündigung angefochten habe und das entsprechende Verfahren noch hängig sei (BGE 141 III 262 E. 3).

Im gleichen Entscheid ging das Bundesgericht auch auf die zweite Frage ein. Es räumte ein, dass im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen auch dann die Verhandlungsmaxime gelte, wenn vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung zu entscheiden sei. Damit könne indes die Schutzwirkung der sozialen Untersuchungsmaxime, die zur Anwendung

käme, wenn die Kündigung in dem vom Mieter eingeleiteten Kündigungsschutzverfahren beurteilt würde, unterlaufen werden. Damit dies nicht geschehen könne, sei zu verlangen, dass ein Ausweisungsbegehren im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nur dann gutgeheissen werde, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestünden und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheine (in BGE 141 III 262 nicht publizierte Erwägung 4.2.2 des Entscheides BGer 4A_184/2015).

4.3.5. Teilgutheissung von Klagen

Art. 90 ZPO erlaubt es unter bestimmten Umständen, mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage zu vereinen. Man spricht von einer sogenannten objektiven Klagenhäufung. Die objektive Klagenhäufung ist ein Recht der klagenden Partei, das sich aus dem Dispositionsgrundsatz gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO ergibt (Markus, 2012, Art. 90, Rz. 1; Oberhammer, 2014, Art. 90, Rz. 2). Eine objektive Klagenhäufung führt zur Zusammenfassung mehrerer Klagen in einem einzigen Prozess (Guldener, 1979, S. 214). Gestützt auf die Verweisungsnorm von Art. 219 ZPO gilt Art. 90 ZPO auch im summarischen Verfahren und damit auch im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen.

Mit einem Entscheid aus dem Jahr 2014 hat das Bundesgericht eine Kontroverse ausgelöst. Dem Urteil lag ein Streit zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer zugrunde. Nach der Entlassung des Arbeitnehmers kam es zu verschiedenen Streitigkeiten und Gerichtsverfahren. Unter anderem verlangte der Arbeitgeber in einem Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen die Herausgabe von Dokumenten, die der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses von Dritten bekommen hatte. Das erstinstanzliche Gericht trat wegen nicht liquiden Sachverhalts auf das Begehren nicht ein. Dieser Entscheid wurde durch die *Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève* und das Bundesgericht geschützt. Offenbar war nicht ausgeschlossen, dass die Klage in Bezug auf einen Teil des Begehrens klar ausgewiesen gewesen wäre. Doch führte das Bundesgericht aus, dass die Rechtsbegehren nur vollständig gutgeheissen werden könnten. Bleibe ein Teil unklar, so sei auf die Klage insgesamt nicht einzutreten: «(...) les conclusions devant en effet pouvoir être admises dans leur intégralité, sous peine d'irrecevabilité» (BGE 141 III 23 E. 3.3, deutsche Übersetzung: Anderegg, 2015, Nr. 114). Der nicht näher begründete Entscheid wurde in der Literatur kritisiert bzw. als missverständlich bezeichnet (Droese, 2019, S. 252; Hofmann, 2017, Art. 257, Rz. 8a; Sutter-Somm & Lötscher, 2016, Art. 257, Rz. 4a).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zwischen einer Teilgutheissung einer Klage und der teilweisen Gutheissung mehrerer Rechtsbegehren, die in objektiver Klagenhäufung zusammengefasst wurden, zu unterscheiden ist. Im Entscheid BGE 141 III 23 ging es um die Herausgabe einer Anzahl Dokumente, die ein Arbeitnehmer von einem Dritten erhalten haben soll. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesgericht davon ausgegangen wäre, dass jede einzelne Forderung hinsichtlich eines einzelnen Dokuments einen eigenen Streitgegenstand bilden würde und so die behaupteten Ansprüche des Arbeitgebers als objek-

tive Klagenhäufung zu verstehen wäre. Aus BGE 141 III 23 kann somit nicht abgeleitet werden, das Bundesgericht habe Gutheissung eines Teils von mehreren gehäuften (und in einem Gesuch zusammengefassten) Klagen nicht zulassen wollen.

Aus BGE 141 III 23 sollte aber auch nicht der Schluss gezogen werden, das Bundesgericht habe die Teilgutheissung einzelner (nicht gehäufter) Klagen verbieten wollen. Im konkreten Fall kam es in Bezug auf den Anspruch des Arbeitgebers entscheidend darauf an, ob die verlangten Dokumente dem Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses oder erst nach dessen Beendigung zugekommen waren. Nach Ansicht des Bundesgerichts trug der Kläger diesem Umstand zu wenig Rechnung und formulierte ein zu pauschales Rechtsbegehren, das so nicht gutgeheissen werden konnte. Es geht aus dem Entscheid indes nicht hervor, dass das Bundesgericht der Meinung ist, dass das Begehren nicht hätte teilweise gutgeheissen werden können, wenn ein Teil der verlangten Dokumente klar identifizierbar gewesen wäre und diesbezüglich ein klarer Rechtsanspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe bestanden hätte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus BGE 141 III 23 zum vornherein nicht abgeleitet werden kann, dass die teilweise Gutheissung mehrerer, gehäufter Klagen im Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht zulässig wäre. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Begründung des Entscheides zeigt auf, dass das Bundesgericht aber auch die Teilgutheissung einzelner, nicht gehäufter Klagen nicht ausschliessen wollte. Wenn aus dem Entscheid teilweise etwas anderes abgeleitet wird, stellt dies nach Meinung des Verfassers eine Überinterpretation dar, zu der freilich das Bundesgericht mit seiner Regeste («Rechtsbegehren auf Rückgabe von Unterlagen gemäss Art. 339a OR, die in einem Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) gestellt werden, müssen vollumfänglich gutgeheissen werden können, andernfalls darauf nicht einzutreten ist» [Hervorhebungen weggelassen]) verleitet hat.

4.3.6. Abweisung von Klagen

Das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ist eine freie Option der klagenden Partei, ein sprichwörtlich «kurzer Prozess». Die Gutheissung der Klage setzt einen liquiden Sachverhalt und klares Recht voraus (Göksu, 2016, Art. 257, Rz. 1-5). Wenn der Kläger in diesem Verfahren scheitert, so bedeutet dies nicht, dass er mit seinem behaupteten Anspruch nicht Recht hat, sondern nur, dass er in diesem Verfahren nicht Recht bekommen hat. Würde der für den Kläger negative Entscheid in jedem Fall in materielle Rechtskraft erwachsen, so bedeutete dies, dass er seinen vielleicht bestehenden Anspruch nicht mehr in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geltend machen könnte. Eine solche Folge verhindert Art. 257 Abs. 3 ZPO. Nach dieser Bestimmung tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein, wenn dem Kläger in diesem Verfahren der Rechtsschutz nicht gewährt werden kann. Zweifellos ist die Rechtsfolge des Nichteintretens richtig, wenn das Gericht zum Schluss kommt, der vom Kläger behauptete Sachverhalt sei bestritten und nicht bewiesen oder es fehle am klaren Recht für die Gutheissung der Klage. Anders verhält es sich, wenn das Gericht der Meinung ist, der Fall sei klar, jedoch zuungunsten des Klägers. Tritt in einem solchen Fall das Gericht auf die Klage nicht ein, so ist der Beklagte nicht durch ein materiell rechtskräftiges Urteil vor einem

weiteren Angriff des Klägers in einem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren geschützt. Vertritt man die Auffassung, gestützt auf Art. 257 Abs. 3 ZPO könne auch im Falle von Klarheit zuungunsten des Klägers kein abweisender Entscheid ergehen, so bedeutet dies im Ergebnis, dass der Kläger im Verfahren von Art. 257 ZPO gewinnen, aber nie ganz verlieren kann, während der Beklagte verlieren, aber nie ganz gewinnen kann. Man könnte sich fragen, ob ein solches Ergebnis den Anspruch auf Waffengleichheit im Sinne von Art. 6 EMRK, der einen wesentlichen Teil eines fairen Verfahrens darstellt (Meyer, 2015, Art. 6, Rz. 115), verletzt.

Die Lehre ist in dieser Frage gespalten. Das Bundesgericht entschied sich in einem Entscheid aus dem Jahre 2014 dafür, dass ein abweisender Entscheid auch bei Klarheit zuungunsten des Klägers nicht erfolgen könne. Es kam zunächst zum Schluss, der Wortlaut der Bestimmung sei nicht klar. Der deutsche Text («Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein») sei missverständlich, während nach dem französischen und italienischen Text («Le tribunal n'entre pas en matière sur la requête lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée» bzw. «Se non sono date le condizioni per ottenere la tutela giurisdizionale in procedura sommaria, il giudice non entra nel merito») die Rechtsfolge des Nichteintretens nur vorgesehen sei, wenn die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt seien. Gestützt auf die Entstehungsgeschichte sowie den deutschen Text entschied sich das Bundesgericht dafür, die Möglichkeit eines abweisenden Urteils in jedem Fall zu verneinen (BGE 140 III 315 E. 5).

5. Optimierungsmöglichkeiten im Rahmen des geltenden Rechts

5.1. Einleitung

Spichtin wählte als Titel zu einem Aufsatz «Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO – Echte Alternative oder Rohrkrepiere (...))» (Spichtin, 2016, S. 1). Aufgrund der hier analysierten Statistik, die aufzeigt, dass das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen rege benutzt wird, und nachweist, dass die Gutheissungsquote über alle Fälle hinweg in den untersuchten Jahren zwischen knapp 50 und gut 60 Prozent lag, kann gesagt werden, dass das Institut von Art. 257 ZPO mit Sicherheit kein Rohrkrepiere ist. Auffallend ist indes, dass der Hauptanteil der Fälle Ausweisungsverfahren betrifft und dass auch nur dort die Gutheissungsquote hoch ist. Die nicht unter den Themenkreis Mietrecht/Ausweisungen fallenden Geschäfte machten weniger als 10 Prozent aus; bei ihnen ist auch die Gutheissungsquote viel tiefer, sie erreicht nicht einmal 20 Prozent.

Dieser Befund lässt sich damit erklären, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen auf das sogenannte Befehlsverfahren des Zürcher Zivilprozessrechts zurückzuführen ist und damit eine sehr lange Rechtstradition hat. Der Rechtsschutz in klaren Fällen bildete einen Teil eines Konglomerates zusammen mit den vorsorglichen Massnahmen und dem Vollstreckungsbegehren, also zwei Prozessarten, die gerade nicht das Erreichen eines materiell rechtskräftigen Urteils zum Ziel hatten. Es erstaunt deshalb nicht, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen ein Schattendasein fristete und nur dort in Anspruch genommen wurde, wo eine Verzögerung durch einen langen Prozess besonders nachteilig wäre, also bei den Mietausweisungen. Der

Effekt der Konzentration auf Mieterausweisungen wurde durch den Umstand verstärkt, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen nach altem kantonalem Recht für Geldforderungen nicht offenstand. Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde der Rechtsschutz in klaren Fällen klar von den vorsorglichen Massnahmen und vom Vollstreckungsverfahren getrennt. Damit wurde er zu einer vollwertigen Verfahrensart, die gleichberechtigt neben dem ordentlichen und dem vereinfachten Verfahren steht. Dementsprechend steht ausser Frage, dass in diesem Verfahren nun auch Geldforderungen eingeklagt werden können. Da die Quote der Fälle, die nicht Ausweisungen betreffen, dennoch so tief ist, stellt sich die Frage, worauf dies zurückzuführen ist. Wie aufgezeigt stellt die Anforderung der «doppelten Klarheit» (liquider Sachverhalt und klares Recht) für den Kläger eine erhebliche Hürde dar. Scheitert er im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen, steht ihm zwar noch der Weg zum ordentlichen oder vereinfachten Verfahren offen, er verliert aber Zeit und Geld und erleidet den psychologischen Nachteil, in einem seine Streitsache betreffenden Verfahren nicht reüssiert zu haben. Die hohe Gutheissungsquote bei Ausweisungsverfahren bzw. die Unbeliebtheit des Verfahrens nach Art. 257 ZPO für andere Klagen kann möglicherweise auch mit einer gewissen Tendenz der Gerichte zusammenhängen, bei Ausweisungsbegehren die Anforderungen sowohl in Bezug auf den Sachverhalt als auch für das Vorliegen klaren Rechts im Gegensatz zu anderen Fällen etwas zurückzunehmen. Es kann kaum bestritten werden, dass in Fällen, in denen der Mieter schweren Schaden am Mietobjekt verursacht hat, das Bedürfnis für ein schnelles Verfahren besonders hoch ist. Wie dargelegt räumt Egli ein, dass hier Begehren gutgeheissen werden, obwohl die Bejahung klaren Rechts zumindest heikel ist. Die Neigung, bei Ausweisungsbegehren tendenziell etwas weniger streng zu sein, ist insofern positiv, als sie erkennen lässt, dass die Gerichte ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis durchaus ernst nehmen. Auf der anderen Seite wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber Klägern, die eine Geldforderung oder einen anderen Anspruch geltend machen, nicht unbedenklich. Letztlich lässt sich ein solcher Bias nicht nachweisen, die Statistik und die Gerichtspraxis geben aber Indizien dafür.

Man könnte sich natürlich auch fragen, ob für Geldforderungen und andere nicht mietrechtliche Ansprüche überhaupt ein Bedürfnis für Klagen im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen besteht. Ein Blick in die juristische Literatur zeigt, dass dies durchaus der Fall ist. So wird etwa vorgeschlagen, ein Arrest könnte auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen prosequiert werden (Meier-Dieterle, 2017, S. 42). Andere Autoren nennen das Verfahren gemäss Art. 257 ZPO im Zusammenhang mit der Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche (Biedermann, 2016, S. 426-427), mit Ansprüchen auf die Herausgabe von Daten nach DSG (Benhamou et al., 2017, S. 1311) oder gesellschaftsrechtlichen Einsichtsansprüchen (Fink, 2018, S. 454). Weiter wird auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, auf dem Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen ein Arbeitszeugnis zu erstreiten (Fankhauser, 2018, S. 360-361), eine Klage auf Zustimmung zur Ernennung eines gerichtlich bestimmten Schiedsrichters zu erheben (Erk, 2017, S. 156) oder eine aktienrechtliche Stimmrechtsklage einzuleiten (Courvoisier & Schnyder, 2016, S. 279-280).

Dies gibt Anlass zu fragen, ob und wie im Rahmen des geltenden Rechts Verbesserungs- bzw. Optimierungsmöglichkeiten bestehen. Im Folgenden ist auf die Themen Beweisrecht und klares Recht einzugehen. Im Zusammenhang mit dem Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen liegt der Fokus auf dem Gläubigerschutz. Der Kläger ist aber nicht schützenswerter als der Beklagte, es geht in einem Zivilprozess darum, demjenigen Recht zu geben, der Recht hat. Die Praxis, wonach eine Klage in diesem Verfahren nie abgewiesen werden kann, ist unter diesem Blickwinkel unbefriedigend. Auch hier ist zu prüfen, ob es Optimierungspotenzial gibt.

5.2. Optimierungsmöglichkeiten hinsichtlich des Sachverhalts

5.2.1. Die Ebene von Behauptung und Bestreitung

Die Gutheissung eines Gesuchs im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen erfordert gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO einen unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalt. Bevor sich die Frage des Beweises stellt, ist in einem Zivilprozess abzuklären, was behauptet und was bestritten wurde. Wurde nicht schlüssig behauptet, ist auf die Klage ohne Weiteres nicht einzutreten. Hat der Kläger eine schlüssige Klage präsentiert und fehlen Bestreitungen des Beklagten, ist die Klage wiederum ohne Beweisverfahren gutzuheissen. Hat der Beklagte den Sachverhalt der schlüssigen Klage bestritten, so hat der Kläger den Beweis für das Bestrittene zu erbringen. Wie dargelegt wurde auch die Ansicht vertreten, der Beklagte müsse seine Bestreitungen glaubhaft machen. Diese Ansicht konnte sich nicht durchsetzen und ist vom Bundesgericht verworfen worden. Zwar würde das Erfordernis des Glaubhaftmachens von Bestreitungen die Position des Klägers verbessern. Würde man dem Ziel, das Verfahren nach Art. 257 ZPO müsse ein Instrument des Gläubigerschutzes sein, oberste Priorität einräumen, so könnte darin eine Optimierung gesehen werden, wenn vom Beklagten das Glaubhaftmachen seiner Bestreitungen verlangt würde. Mit dem Prinzip der Waffengleichheit und damit des fairen Verfahrens liesse sich dies nicht in Einklang bringen. Dies führt zum Schluss, dass auf der Ebene Behauptung und Bestreitung keine Optimierungsmöglichkeit besteht.

5.2.2. Zulässigkeit anderer Beweismittel als Urkunden

Wie dargelegt besteht eine gewisse Zurückhaltung in der Zulassung von Beweismitteln, soweit es sich dabei nicht um Urkunden handelt. Grund dafür ist die Regelung in Art. 254 ZPO, die andere Beweismittel nur zulässt, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Obwohl die Klage im Verfahren nach Art. 257 ZPO zu einem materiell rechtskräftigen Urteil führen kann, erfordert der Verfahrenszweck nicht die Zulassung aller Beweismittel, da bei nicht bewiesenem Sachverhalt keine Klageabweisung, sondern bloss ein Nichteintretensentscheid ergeht (Günterich, 2012, Art. 254, Rz. 18). Aufgrund der geltenden Verhandlungsmaxime entfällt auch die Pflicht zur Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen durch

das Gericht als Grund für die Zulassung weiterer Beweismittel. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO verlangt die sofortige Beweisbarkeit des strittigen Sachverhalts. Nach Ansicht des Verfassers lässt dies Raum zur Zulassung sämtlicher Beweismittel. Ratio legis ist offensichtlich, dass im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen kein umfangreiches Beweisverfahren geführt werden soll. Ist ein solches nötig, so kann und soll der Kläger durch einen Nichteintretensentscheid in das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren verwiesen werden. Wer nun die Auffassung vertritt, ein Zeugenbeweis oder ein anderes Beweismittel gemäss Art. 168 Abs. 1 ZPO solle unzulässig sein, geht wohl von der unzutreffenden Prämisse aus, dass die Würdigung von Urkunden immer einfach und wenig zeitintensiv sei, während die Abnahme anderer Beweismittel die Möglichkeiten des summarischen Verfahrens sprengten. Erfahrungsgemäss ist es natürlich so, dass die Würdigung zum Beispiel eines Mietvertrages oder einer Quittung keinen besonderen Aufwand erfordert, während die Abnahme von Zeugenbeweisen zu tagelangen Verhandlungen führen kann. Zutreffend hat indes Jent-Sørensen darauf hingewiesen, dass auch die Würdigung von Urkunden sehr aufwendig sein kann, zum Beispiel wenn umfangreiche Geschäftsunterlagen eingereicht worden sind, deren Aussagegehalt erst nach längerem Studium und eingehenden Erläuterungen ermittelt werden kann (Jent-Sørensen, 2014, Art. 254, Rz. 2). Im Vergleich dazu kann der Aufwand für einen Augenschein oder die Befragung eines oder weniger Zeugen zu einem nicht umfangreichen bestrittenen Sachverhalt klein sein. Beispielsweise kann es schlicht darum gehen, ob dem Beklagten ein Schriftstück zugestellt wurde oder wann die Zustellung erfolgte. Wurde vom Kläger ein geeigneter Zeuge offeriert, kann seine Behauptung in einer Zeugeneinvernahme mit wenigen Fragen überprüft werden. Nach Ansicht des Verfassers bestünde ein erhebliches Optimierungspotenzial, wenn grundsätzlich alle Beweismittel gemäss Art. 168 Abs. 1 ZPO zugelassen würden. Es sollte nicht a priori und abstrakt nur der Urkundenbeweis zugelassen werden, sondern im Einzelfall eine Abschätzung des Aufwands vorgenommen werden, der aus der Abnahme eines offerierten Beweises entsteht. Ergibt sich, dass der Aufwand angemessen ist, sollte das Beweismittel zugelassen werden. Der von Egli gegen den Zeugenbeweis vorgebrachte Einwand, er sei nicht zulässig, da die Würdigung der Aussagen eine im Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht zulässige Wertung nach sich ziehen würde, vermag nicht zu überzeugen. Denn die Würdigung eines Beweises – auch des Urkundenbeweises – verlangt immer eine Wertung. So wenig die Wertung in Bezug auf den Urkundenbeweis ausgeschlossen ist, so wenig wäre sie es in Bezug auf die übrigen Beweismittel.

5.3. Optimierungsmöglichkeiten hinsichtlich des klaren Rechts

In der Literatur wurde die Vermutung geäussert, dass die Kombination von liquidem Sachverhalt und unklarer Rechtslage selten sei. Wäre dem so, wäre das Erfordernis des klaren Rechts für einen Kläger nicht nachteilig, da für eine Gutheissung seines Begehrens beide Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Die hier vorgenommene Auswertung der Statistik hat aber ergeben, dass fast ein Drittel der Nichteintretensentscheide allein auf fehlendes klares Recht zurückzuführen ist. Hält man sich weiter vor Augen, dass nur wenige Begehren gestellt werden,

die nicht Ausweisungen betreffen, so lässt dies erkennen, dass das Erfordernis des klaren Rechts ein grosses Hindernis für die Durchsetzung von Ansprüchen im Verfahren gemäss Art. 257 ZPO darstellt. Die Palette der Themen, die Gegenstand eines Verfahrens des Rechtsschutzes in klaren Fällen sein könnte, ist sehr gross. Es liegt auf der Hand, dass hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen aus den Bereichen Erbrecht, Gesellschaftsrecht etc. in vielen Fällen kein klares Recht im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt. Selbst wenn der Sachverhalt liquid ist, taugt das Verfahren zur Rechtsdurchsetzung nicht. Bedenkt man den Zeitgewinn, der sich durch dieses summarische Verfahren erzielen liesse (Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO dauern vier bis acht Wochen, entsprechende vereinfachte Verfahren ohne Weiteres ein halbes Jahr oder länger (Egli, 2013, S. 14)), so erhellt daraus, dass das Erfordernis des klaren Rechts ein erhebliches Hindernis für eine effiziente Rechtsdurchsetzung darstellt.

Historisch lässt sich nicht mehr eruieren, weshalb die Voraussetzung des klaren Rechts überhaupt Eingang ins Gesetz fand. Tatsache ist, dass diese Voraussetzung seit den 1830er-Jahren fast kritiklos in die jeweils neue Gesetzgebung übernommen wurde, bis hin zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im 21. Jahrhundert. Im Jahr 1831, als der Rechtsschutz in klaren Fällen erstmals Eingang in ein Gesetz fand, war die Welt noch eine andere. Es gab weder eine Eisenbahn noch den Schweizer Bundesstaat. Gegenstand politischer Debatten waren noch die Abschaffung der Vorherrschaft der Stadt Zürich im Grossen Rath sowie die Abschaffung der Peinlichkeit [also der Folter] (Snell, 1844, S. 4 und 7). Der Kanton Zürich bezeichnete sich als Freistaat. Das Rechtsschutzsystem war ausgebaut und verfügte über drei Instanzen: die «unteren Gerichte», die Bezirksgerichte und das Obergericht (Offizielle Sammlung, 1831, S. 5, 21 und 30-31). Die Richter verfügten in der Regel nicht über eine juristische Ausbildung. Das Laienrichtertum wurde erst im Juni 2016 abgeschafft (Hürlimann, 2016). Die Voraussetzung des klaren Rechts für ein summarisches Verfahren, das zur endgültigen Streitbeilegung führen sollte, machte vor diesem Hintergrund Sinn. Die damaligen Laienrichter hatten zur Rechtsfindung wohl nicht mehr zur Verfügung als den schlichten Gesetzestext. Wenn sich die Lösung des gestellten Problems daraus nicht klar ergab, sollte der (Laien-) Richter die Möglichkeit haben, auf das Begehren nicht einzutreten.

Heute ist das Umfeld ein anderes. Die Richter verfügen über eine juristische Ausbildung und Praxis. Die Richter, welche die Fälle im Rechtsschutz in klaren Fällen beurteilen, sind dieselben, welche die Prozesse im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren leiten. Daher besteht kein Grund mehr, auf eine Klage nicht einzutreten, weil die Rechtslage unklar ist. Auch ein weiteres mögliches Argument ist weggefallen. Nach altem Recht war der Rechtsschutz bezüglich Urteilen, die in Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ergingen, eingeschränkt. Bis in die 1950er-Jahre war die Berufung an das Bundesgericht gegen Entscheide, die im summarischen Verfahren ergangen sind, nicht möglich (BGE 81 II 85). Ist die Weiterzugsmöglichkeit eingeschränkt, macht es Sinn, die Kognition der kantonalen Instanzen auf klares Recht zu beschränken: Damit wird verhindert, dass ein Urteil in einem heiklen Fall in materielle Rechtskraft erwächst, ohne dass der Entscheid beim Bundesgericht hätte angefochten werden können. Die beschriebene Praxis des Bundesgerichts fand mit einem Entscheid

aus dem Jahr 1956 ein Ende (BGE 82 II 555). Nach heute geltendem Recht kommt es für die Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht nicht darauf an, in welcher Verfahrensart der Entscheid ergangen ist. Entscheidend ist die Frage, ob es sich um einen Endentscheid im Sinne von 90 BGG handelt, was bei materiell rechtskräftig werdenden Urteilen, die im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ergangen sind, zu bejahen ist (BGer 4A_557/2017 E. 1). Weiter ist zu erwähnen, dass der Anteil klaren Rechts innerhalb der Rechtsordnung am Erodieren ist. Selbst absolute Spezialisten eines Rechtsgebiets beklagen die ständigen und teilweise unausgereiften Gesetzesänderungen, die zum Teil noch vor dem Inkrafttreten bereits wieder revidiert werden. Die Darstellung des Rechts sei dadurch zu einem «moving target» geworden (Meier-Hayoz & Forstmoser, 2007, S. V). Schliesslich bliebe als Argument für die Voraussetzung des klaren Rechts, dass sich damit das Verfahren abkürzen lasse. In der Tat braucht die Beantwortung von Rechtsfragen Zeit, was die Prozessdauer ausdehnen kann. Tritt das Gericht aber auf die Klage mit der Begründung, es liege kein klares Recht vor, nicht ein, so lässt sich damit nichts gewinnen, im Gegenteil. Der Kläger muss dann eine Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren einleiten, und die im ersten Verfahren nicht beantwortete Rechtsfrage muss im zweiten Verfahren geklärt werden. Hält man vor dem Hintergrund des Dargelegten am Erfordernis des klaren Rechts fest, läuft man Gefahr, dass ausserhalb des sehr etablierten Bereichs der Ausweisungen nur noch wenig Raum für einigermaßen erfolgversprechende Klagen im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen besteht. Damit ist zu befürchten, dass dieses Institut – um mit den Worten Spichtins zu sprechen – teilweise zu einem Rohrkrepiere verkommt.

So bleibt zu prüfen, ob an der Anforderung des klaren Rechts festzuhalten ist. Jent-Sørensen scheint die bereits erwähnte Kritik von Schmid zu unterstützen, hält aber aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes einen Verzicht auf die Voraussetzung des klaren Rechts für unzulässig (Jent-Sørensen, 2014, Art. 257, Rz. 6). Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzung des klaren Rechts nicht mit einer der klassischen Auslegungsmethoden eliminiert werden kann. Auch wenn das Bundesgericht bei der Auslegung einen Methodenpluralismus ohne grundsätzliche Hierarchie der Auslegungselemente anwendet, misst es dem Gesetzeswortlaut doch eine besondere Bedeutung zu. Ein Abweichen vom Wortlaut einer Bestimmung sei nur zulässig, wenn der Text nicht ganz klar sei und verschiedene Ergebnisse der Interpretation möglich seien (BGE 141 III 84 E. 2.). Der Gesetzeswortlaut von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO ist klar, Gründe, von ihm *im Rahmen der Auslegung* abzuweichen, sind nicht erkennbar.

Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzung nicht auf dem Weg der teleologischen Reduktion verringert oder beseitigt werden kann. Gemäss einem im Jahr 1995 ergangenen Leitsatz des Bundesgerichts ist die teleologische Reduktion nach zeitgemäsem Methodenverständnis ein zulässiger Akt richterlicher Rechtsschöpfung (BGE 121 III 219 E. 1 d aa). Bei der teleologischen Reduktion geht es darum, einen verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu weit gefassten Wortsinn einer Norm contra verbum legis auf seinen Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der mithilfe aller sonstigen Auslegungsmittel eruierten ratio legis entspricht (Riemer, 2003, S. 63-64). Die Möglichkeit der Gesetzeskorrektur auf dem Weg der teleologischen Reduktion wird in der Literatur zum Teil kritisch bis ablehnend aufgenommen, bleibt

aber gemäss Kramer, gestützt auf den eben erwähnten Entscheid des Bundesgerichts, zulässig, zumal das Bundesgericht einige Jahre später in BGE 131 III 314 betont habe, dass die korrigierende Abweichung vom klaren Wortlaut nicht nur zulässig, sondern vielmehr geboten sei, wenn sich erweise, dass er den wahren Sinn der Norm nicht korrekt zum Ausdruck bringe (Kramer, 2016, S. 236-239). Gegen die Möglichkeit der teleologischen Reduktion liesse sich sicher einwenden, dass damit das Gewaltenteilungsprinzip verletzt werde. Darauf wiederum kann erwidert werden, dass eine gewisse Freiheit des Gerichts gegenüber dem Gesetz von der juristischen Praxis nicht offen akzeptiert wird, sich aber von der Sache her eigentlich durchgesetzt hat (Amstutz & Niggli, 2005, S. 9-17). Mit anderen Worten ausgedrückt bedeutet dies, dass in der Praxis nicht selten *contra verba legis* entschieden wird, während vorgegeben wird, das Ergebnis sei eine noch zulässige Auslegung *intra legem*.

Wie dargelegt gibt es keinen vernünftigen Grund für das Erfordernis des klaren Rechts. Es hat ohne Reflexion seitens des Gesetzgebers Eingang in das Gesetz gefunden. Ziel des Gesetzgebers war eindeutig, den Rechtsschutz in klaren Fällen für eine Vielzahl möglicher Forderungen, insbesondere auch für Geldforderungen, zu öffnen und ein wirksames und schnelles Instrument der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung zu stellen. Die Anforderung des klaren Rechts macht dieses Institut über weite Strecken wirkungslos und unterläuft damit den vom Gesetzgeber offenbarten Zweck, schnellen, wirksamen Rechtsschutz zu gewähren. Die von Hausheer und Jaun (1998, S. 510) für die teleologische Reduktion geforderte Sicherheit in Bezug auf die *ratio legis* ist zu bejahen. Nach Ansicht des Verfassers darf und muss deshalb auf das Erfordernis des klaren Rechts verzichtet werden. Im Sinne einer vermittelnden Lösung wäre auch denkbar, ein Nichteintreten auf eine Klage wegen Unklarheit des Rechts grundsätzlich nicht zuzulassen, ausnahmsweise aber zu erlauben, wenn eine ganz aussergewöhnliche und schwierige Rechtsfrage zu klären ist, deren Beantwortung grosse Ressourcen binden würde. Dies wäre beispielsweise denkbar bei Anwendbarkeit von nicht ohne Weiteres zugänglichem ausländischem Recht.

5.4. Abweisung von Klagen

Wie oben dargelegt lehnt das Bundesgericht die Möglichkeit der Klageabweisung ab. Aufgrund des deutschen Textes dränge sich diese Lösung auf, während der französische und der italienische auch das Gegenteil zuliessen. Gestützt auf den deutschen Gesetzestext und die Entstehungsgeschichte sei aber davon auszugehen, dass eine Klageabweisung unzulässig sein müsse. Zu Recht kritisiert Jent-Sørensen, dass es keine guten Gründe für die Nichtzulassung eines abweisenden Entscheides gebe. Ein solcher müsse zugelassen werden, die Klarheit der Unbegründetheit des Anspruchs selbstverständlich vorausgesetzt (Jent-Sørensen, 2014, Art. 257, Rz. 14). Ob darüber hinaus aber die Zulassung eines abweisenden Entscheides aus Gründen der Waffengleichheit geradezu geboten ist (die Frage wurde vorstehend aufgeworfen), ist nicht so klar. Nach der Rechtsprechung zur EMRK ist aus deren Art. 6 Ziff. 1 keine Pflicht zur Herbeiführung totaler Parität zwischen den Parteien abzuleiten. Eine ebenbürtige

Aussicht auf Obsiegen ist nicht zu gewährleisten, doch soll ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Parteien bestehen (Meyer, 2015, Art. 6, Rz. 115). Das Bundesgericht leitet aus dem Recht auf Waffengleichheit ab, dass die Parteien über die gleichen prozessualen Rechte verfügen müssen (BGE 134 IV 36 E. 1.4.5). Nach Ansicht des Verfassers lässt sich aus dem Recht auf Waffengleichheit kein Anspruch auf einen abweisenden Entscheid herleiten. Im Sinne einer Auslegungshilfe kann aus dem Dargelegten indes abgeleitet werden, dass ein Auslegungsergebnis zu bevorzugen ist, das den Parteien gleiche Chancen auf einen für sie günstigen materiell rechtskräftigen Entscheid einräumt. Dies wäre bei Zulassung eines abweisenden Entscheides der Fall. Zu Recht weist Droese darauf hin, dass zur Grundstruktur des kontradiktorischen Verfahrens die Risikoparität gehöre. Die Begründung des Bundesgerichts überzeugt ihn nicht, er kritisiert, die vom Bundesgericht als Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens bezeichnete Begründung gleiche eher einer Konstruktion. Dennoch stimmt Droese dem Entscheid im Ergebnis zu. Er führt aus, die Nichtzulassung des abweisenden Entscheides garantiere, dass ein Klagerückzug nicht die Wirkung eines materiell rechtskräftigen Entscheides habe. Weiter fügt er an, die fehlende Möglichkeit eines abweisenden Entscheides garantiere dem klagenden Vermieter, nach erfolgloser Klage keine Kündigungssperre im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR gewärtigen zu müssen (Droese, 2019, S. 242-243). Beide Argumente überzeugen nicht. Im Zeitpunkt eines Klagerückzuges ist nicht klar, wie der Prozess ausgegangen wäre. Auch wenn die Klageabweisung zulässig wäre, könnte (nebst der Gutheissung) ein Nichteintreten wegen Illiquidität die Folge gewesen sein. Es ist nicht davon auszugehen, dass unter diesen Umständen von Lehre und Gerichten die Meinung vertreten würde, einem Klagerückzug müsse die Wirkung eines abweisenden Urteils zukommen. Das zweite Beispiel zeigt geradezu exemplarisch, wie wichtig es ist, eine Klageabweisung zuzulassen. Es besteht kein Grund dafür, weshalb ein Vermieter, der die Klage gegen den Mieter verliert, je nach Verfahrensart einmal einer Kündigungssperrfrist ausgesetzt sein müsste und das andere mal nicht. Zu erinnern ist daran, dass nur bei Klarheit der Unbegründetheit der Klage eine Abweisung zu erfolgen hätte. Ist aber die Unbegründetheit klar, sollen die Rechtsfolgen keine anderen sein als im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren, so wie es im Falle des Obsiegens des Klägers keinen Unterschied in Bezug auf Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ausmacht, ob er das Urteil im Verfahren gemäss Art. 257 ZPO oder im ordentlichen oder vereinfachten erstritten hat.

Die Zulassung eines abweisenden Urteils wäre nach Ansicht des Verfassers eine zulässige Auslegung von Art. 257 Abs. 3 ZPO. Sie würde die definitive Streitbeilegung begünstigen und somit auch die Effizienz der Justiz erhöhen.

6. Ergebnisse, Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass sich das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen in der Praxis etabliert und bewährt hat. Allerdings beschränkt sich sein Anwendungsbereich vor allem auf Ausweisungsklagen, obwohl das Verfahren von der gesetzlichen Konzeption her für eine Vielzahl von Klagen aus dem Bereich des Zivilrechts offenstehen würde.

Art. 257 ZPO setzt für die Gutheissung der Klage voraus, dass der Sachverhalt liquid ist und klares Recht für den klägerischen Anspruch besteht. Beide Voraussetzungen stehen potenziell dem Ziel der Schaffung eines wirksamen Instruments des Gläubigerschutzes entgegen.

Die Voraussetzung des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalts gehört zum Kern eines raschen Verfahrens. An der Bedingung des liquiden Sachverhalts werden auch in Zukunft zahlreiche Klagen im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen scheitern. Daran kann und soll grundsätzlich nichts geändert werden. Denn der Rechtsschutz in klaren Fällen nützt dem Kläger nur dann etwas, wenn er (im Falle der Gutheissung) zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid führt. Dies wiederum setzt voraus, dass der Beweis für einen anspruchsbegründenden, bestrittenen Sachverhalt erbracht wird, und zwar mit dem Beweismass des Vollbeweises. Vom Beklagten kann umgekehrt nicht verlangt werden, dass er seine Bestreitungen glaubhaft macht. Dies setzt Grenzen, die nicht verschoben werden können. Verbesserungspotenzial besteht immerhin auf der Ebene der zulässigen Beweismittel. Die Praxis neigt dazu, nur auf den Urkundenbeweis abzustellen. Zulässig und zweckmässig wäre es indes, grundsätzlich alle Beweismittel gemäss Art. 168 Abs. 1 ZPO zuzulassen. Der Entscheid darüber, ob Beweise abzunehmen sind, sollte nicht von der Art des Beweismittels abhängen, sondern vielmehr vom konkreten Aufwand, der für die Beweisabnahme mutmasslich betrieben werden muss.

Ein heikler Punkt ist die vorfrageweise Prüfung von mietrechtlichen Kündigungen im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen, wenn zu dieser Frage ein paralleles vereinfachtes Verfahren am Laufen ist, in welchem die soziale Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt. Die Praxis hat hier einen überzeugenden Weg gefunden, um den Bedürfnissen des Klägers wie auch des Beklagten gerecht zu werden. Durch das Erlauben der vorfrageweisen Prüfung der Gültigkeit der Kündigung im Verfahren nach Art. 257 ZPO wird die Raschheit des Verfahrens garantiert. Der Beklagte erleidet dadurch einen Nachteil, weil die soziale Untersuchungsmaxime nicht zur Anwendung gelangt. Dieser wird dadurch ausgeglichen, dass besonders hohe Anforderungen an die Ausübung der richterlichen Fragepflicht sowie an die Liquidität des Sachverhalts gestellt werden.

Die Voraussetzung des klaren Rechts hat zwar eine lange Tradition, gehört aber nicht zum Kerngehalt des raschen Rechtsschutzes. In anderen summarischen Verfahren gibt es diese Voraussetzung nämlich nicht. In der Literatur wird vermutet, das klare Recht sei für den Kläger keine besonders nachteilige Hürde, da in einem Fall, in welchem das Recht nicht klar sei, wohl in der Regel auch kein liquider Sachverhalt vorliege. Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit vorgenommene statistische Auswertung hat das Gegenteil belegt. Würde man auf diese Voraussetzung verzichten, könnte das Verfahren gemäss Art. 257 ZPO für eine Vielzahl von Klagen, etwa aus den Bereichen Erbschaftsrecht oder Gesellschaftsrecht, attraktiv werden. Die Hürde des klaren Rechts ist ein Hindernis, das dem Ziel, ein wirksames Instrument des Gläubigerschutzes zur Verfügung zu stellen, im Wege steht. Das damit entstehende Problem wird laufend grösser, weil die Komplexität der Rechtsordnung zunimmt und der Gesetzgeber

immer häufiger ohne besondere Reflexion Gesetze erlässt, die er zum Teil bereits vor dem Inkrafttreten revidieren muss. Es versteht sich von selbst, dass damit der Anteil des klaren Rechts an der Gesamtmenge des Rechts immer kleiner wird. Diese Tendenz wird durch eine gewisse Neigung der Gerichte zur Perfektion noch verstärkt. Die heutige Technik ermöglicht den raschen Zugang zu einer Fülle von Literatur und Judikatur. Dies war bei der Schaffung des Instituts des Rechtsschutzes in klaren Fällen im 19. Jahrhundert noch nicht der Fall. Je grösser die Menge der zugänglichen Meinungen und Entscheidungen zu einem juristischen Problem ist, desto grösser ist die Gefahr, dass die Beantwortung der Rechtsfrage als nicht klar erscheint.

Einerseits gibt es keinen vernünftigen Grund dafür, die Kognition des Gerichts im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen auf klares Rechts zu beschränken. Andererseits ist die Intention des Gesetzgebers, den Rechtsschutz in klaren Fällen zu einem wirksamen Instrument des Gläubigerschutzes zu machen, klar und unbestritten. Damit sind nach Ansicht des Verfassers die Voraussetzungen dazu erfüllt, das klare Recht als Bedingung für die Guttheissung der Klage auf dem Weg der teleologischen Reduktion zu eliminieren.

Ein erhebliches Hindernis für den Kläger könnte entstehen, wenn die Teilguttheissung von Klagen nicht zugelassen würde. Ein Präjudiz des Bundesgerichts scheint dies verbieten zu wollen. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Begründung des Entscheides hat indes gezeigt, dass dies nicht der Fall ist. Die Gerichtsstatistik zeigt denn auch, dass in der Praxis durchaus Klagen teilweise gutgeheissen werden. Daran sollte nichts geändert werden.

Aus Sicht des Beklagten als unfair erscheint die gerichtliche Praxis, auch bei klarer Unbegründetheit der Klage kein abweisendes Urteil auszusprechen. Diese Praxis basiert auf einem Leitentscheid des Bundesgerichts, der in der Lehre zu Recht kritisiert worden ist. Wesentliche Konsequenzen insbesondere auf die Kündigungssperrfrist im Mietrecht hat das Bundesgericht nicht in seine Überlegungen einbezogen. Ein abweisender Entscheid sollte im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zugelassen werden. Damit würde die Risikoparität hergestellt und der Anspruch auf ein faires Verfahren erfüllt.

Auf den Punkt gebracht lässt sich sagen, dass sich das Institut des Rechtsschutzes in klaren Fällen als Instrument der raschen Rechtsdurchsetzung hauptsächlich in Bezug auf Ausweisungsverfahren bewährt hat. Verschiedene Massnahmen können zu einer Verbesserung beitragen. Am wichtigsten erscheint dem Verfasser die Eliminierung der Voraussetzung des klaren Rechts. Sollte dies auf dem vorgeschlagenen Weg im Rahmen des bisherigen Rechts nicht möglich sein, wäre eine entsprechende Gesetzesänderung sehr zu begrüessen.

Literaturverzeichnis

- Aerschmann S. (2017). *Von der Macht der Zahlen. Justizielle Wissensproduktion und Gerichtsorganisation im Kanton Luzern (19.-21. Jahrhundert)*. Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 14. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; Wien: Verlag Österreich GmbH. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Amstutz M. & Niggli M.A. (2005). Recht und Wittgenstein III. Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre. In Forstmoser P., Honsell H. & Wiegand W. (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter* (S. 9-36). Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Anderegg M.C. (2015). Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Entscheid vom 17.12.2014 i.S. A. SA c. B. (4A_343/2014 [=BGE 141 III 23]) [Übersetzung aus dem Französischen], *Pra, Die Praxis, Bundesgericht, EGMR, 2015* Nr. 114. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Bachofner E. (2019). *Die Mieterausweisung. Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen* (Dissertation). Zürich: Dike.
- Benhamou Y., Braidı G. & Nussbaumer A. (2017). La restitution d'informations: quelques outils à la disposition du praticien. *PJA, Pratique Juridique Actuelle 2017*, 1302-1317. Zürich: Dike.
- Berti S.V. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Biedermann B. (2016). Gerichtliche Durchsetzung von Auskunftsansprüchen im Vorfeld des Erbrechtlichen Hauptprozesses zur Klärung der Prozessaussichten. *Anwaltsrevue 2016*, 423-427. Bern: Stämpfli Verlag.
- Brönnimann J. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Bundesamt für Justiz (2003). *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO. Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission*. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html>
- Bundesamt für Justiz (2004). *Zusammenstellung der Vernehmlassungen. Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html>
- Bundesrat (2006). *Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006*, BBl 2006 S. 7221-7412.

- Colombini J. (2018). *Code de procédure civile, condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise*. Lausanne: Editions Bis&Ter.
- Courvoisier M. & Schnyder M. (2016). Öffentliche Übernahmen von Publikumsge-
sellschaften: Möglichkeiten und Schranken des Einsatzes von Mitteln der zivilrecht-
lichen Rechtsdurchsetzung. *SZW, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und
Finanzmarktrecht*, 2016, 269-283. Zürich: Juristische Medien AG.
- De Santis L., Emery Y. & Egloff L. (2016). Kultur (Teilprojekt 5). In: Lienhard A. &
Kettiger D. (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat. Schriftenreihe zur
Justizforschung, Band 5*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; Wien: Verlag
Österreich GmbH. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Droese L. (2019). Unklarheiten um den klaren Fall gemäss Art. 257 ZPO, *ZBJV, Zeitschrift
des bernischen Juristenvereins*, 155/2019, 229-260. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Egli R. (2013). Rechtsschutz in klaren Fällen. *PraxiZ, Schriften des Praxisinstituts für
Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, Band 2*, 1-15. Zürich: Schulthess.
- Engler T. (2016). Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, Besonderheiten und
Abgrenzungsfragen insbesondere in mietrechtlichen Verfahren. *ZZZ, Schweizerische
Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2016, 220-228. Zürich:
Dike.
- Erk N. (2017). Streitbeilegungsmechanismen im Aktionärsbindungsvertrag. *Reprax,
Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht*,
4/2017, 146-182. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Fankhauser R. (2018). Ausgewählte Rechtsprechung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft
und des Appellationsgerichts Basel-Stadt im Jahr 2017 im Bereich des Zivilgesetz-
buches bzw. der Zivilprozessordnung. *BJM Basler Juristische Mitteilungen* 2018,
350-363. Basel: Basler Juristenverein.
- Fink S. (2018). Das Recht des Gläubigers auf Einsicht in den Geschäfts- und Revisions-
bericht. *AJP, Allgemeine Juristische Praxis*, 2018, 448-457. Zürich: Dike.
- Forstmoser P. & Vogt H. (2012). *Einführung in das Recht* (5. Auflage). Bern: Stämpfli
Verlag AG.
- Fraefel C. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar
Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Frank R. (1997). In Frank R., Sträuli H. & Messmer G. (Hrsg.), *Kommentar zur
zürcherischen Zivilprozessordnung. Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976
(3. Auflage)*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Fürst S. (2016). Das Rechtsöffnungsverfahren. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilpro-
zess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2016, 117-129. Zürich: Dike.

- Futterlieb R. (2014). *Ausweisung des Mieters: eine Angelegenheit mit Tücken*. NZZdomizil vom 17. Januar 2014, S. 1.
- Gerny D. (2018). *Der Gang zum Gericht wird zum Luxusgut. Im Extremfall droht Klägern der Ruin*. NZZ vom 13. Februar 2018, S. 15.
- Giacometti Z. (1949). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Dr. F. Fleiner*. Zürich: Polygraphischer Verlag.
- Gloor U. & Umbricht Lukas B. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Göksu T. (2016). In Brunner A., Gasser D. & Schwander I. (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* (2. Auflage). Zürich: Dike.
- Güntherich A. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Hablützel M. (2019). Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält! *HAVE, Haftung und Versicherung, 2019*, 134-141. Zürich: Schulthess.
- Häfelin U. & Haller W. (1998). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, ein Grundriss* (4. Auflage), Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Häfelin U. & Haller W. (2001). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, ein Grundriss* (5. Auflage), Zürich: Schulthess.
- Hausheer H. & Jaun M. (1998). Die teleologische Reduktion und ihre Grenzen: zu BGE 123 III 445 ff. (keine gemeinsame elterliche Gewalt nach erfolgter Scheidung), *ZBJV, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 134/1998, 501-511. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Hofmann D. (2017). In Spühler K., Tenchio L. & Infanger D. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Hürlimann B. (2013). *Richter-Kampfwahl. Das Präsidium des Bezirksgerichts Zürich wird neu besetzt – parteipolitisch motivierte Ausmarchung*. NZZ vom 22. Oktober 2013, S. 17.
- Hürlimann B. (2016). *Vertrauen in die Juristen-Richter. Überraschend deutlich schafft das Stimmvolk das Laienrichtertum im Kanton Zürich ab*. NZZ vom 6. Juni 2016, S. 19.
- Hurni C. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.

- Jent-Sørensen I. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Kellerhals F. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Killias L. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Kley A. (2014). In Ehrenzeller B., Schindler B., Schweizer R. & Vallender K., *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar* (3. Auflage). St. Gallen: Dike, Zürich: Schulthess.
- Kofmel-Ehrenzeller S. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Kramer E.A. (2016). *Juristische Methodenlehre* (5. Auflage). München: Verlag C.H. Beck; Wien: Manz; Bern: Stämpfli Verlag.
- Kugler B. (2016). Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Entscheid vom 28.10.2015 i.S. Bank A. SA c. B (4A_168/2015) [Übersetzung aus dem Italienischen], *Pra, Die Praxis, Bundesgericht, EGMR*, 2016 Nr. 61. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Leuenberger C. (2014). In Ehrenzeller B., Schindler B., Schweizer R. & Vallender K., *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar* (3. Auflage). St. Gallen: Dike, Zürich: Schulthess.
- Lienhard A. (2007). Controllingverfahren des Bundesgerichts. *Justice – Justiz – Giustizia*, 2007/2, 1-6.
- Markus A.R. (2012). In Hausheer H. & Walter H.P. (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO*. Bern: Stämpfli Verlag.
- Marti A. (2017). «Die Schlitzohren profitieren». NZZ vom 12. April 2017, S. 20-21.
- Meier I. (2003). *Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung. Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen*. Zürich: Schulthess.
- Meier I. (2016). Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2016, 5-23. Zürich: Dike.

- Meier-Dieterle F.C. (2017). Arrestvoraussetzungen und Arrestbegehren – eine Checkliste. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2017, 37-43. Zürich: Dike.
- Meier-Hayoz A. & Forstmoser P. (2007). *Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen* (10. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Meyer F. (2015). In Karpstein U. & Mayer F.C. (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar* (2. Auflage). München: Verlag C.H. Beck oHG.
- Naegeli G. & Richers R. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Obergericht des Kantons Zürich (2019). *Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2018*. Publikation des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. März 2019. http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2018.pdf
- Oberhammer P. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Offizielle Sammlung (1831). *Offizielle Sammlung der seit Annahme der Verfassung vom Jahre 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich*. Zürich: Friedrich Schulthess.
- Riemer H.M. (2003). *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB). Eine Einführung* (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag AG; Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Schindler B. (2014). In Ehrenzeller B., Schindler B., Schweizer R. & Vallender K. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar* (3. Auflage). St. Gallen: Dike.
- Schmid H. (1991). «Klares Recht» als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren. In Schwander I. & Stoffel W.A. (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel* (S. 109-124). Freiburg: Universitätsverlag.
- Schmid H. (2014). In Oberhammer P., Domej T. & Haas U. (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (2. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Schwander I. (2017). Auszüge aus Bundesgerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. Juni 2018, BGer 4A_24/2018. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2017, 266-267. Zürich: Dike.

- Schwenkel C. (2016). *Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte. Schriftenreihe zur Justizforschung, Band 11*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; Wien: Verlag Österreich GmbH. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Snell L. (1844). *Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band, Kantonalstaatsrecht*. Zürich: Orell, Füssli und Compagnie.
- Spichtin N. (2012). *Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO* (Dissertation). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Spichtin N. (2016). Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO – Echte Alternative oder Rohrkrepiere? Eine Standortbestimmung zu ausgewählten Fragen. *Jusletter 15. August 2016*, 1-11. Bern: Weblaw AG, Jusletter.
- Staehelin A., Staehelin D. & Grolimund P. (2013). *Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts* (2. Auflage). Zürich: Schulthess.
- Staehelin D. (2016). Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsöffnung. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2016, 24-31. Zürich: Dike.
- Stamm E. (2015). *Eine effiziente Rechtsprechung stösst auf Hindernisse. Nicht nur Richter und Anwälte, auch Unternehmen haben es in der Hand, die Beilegung des Streits zu beschleunigen*. NZZ vom 19. März 2015, S. 34.
- Steck D. (2011). Besprechung des Entscheides des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz vom 12. April 2011, i.S. A. gegen B., ER110090. *FamPra, Die Praxis des Familienrechts*, 2011, 777-781. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Sträuli H. & Mesmer G. (1982). *Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung. Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976* (2. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Stücheli P. (2000). *Die Rechtsöffnung* (Dissertation). Zürich: Schulthess.
- Sutter-Somm T. & Lötscher C. (2016). In: Sutter-Somm T., Hasenböhler F. & Leuenberger C. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* (3. Auflage). Zürich: Schulthess.
- Tanner M. (2010). Die Ausweisung des Mieters im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO unter besonderer Berücksichtigung der ausserordentlichen Kündigungen nach Art. 257d OR und Art. 257f OR. *ZZZ, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2010, 263-332. Zürich: Dike.
- Vogel O. (1999). *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz* (6. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.

von Thur P. & Peter H. (1974). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Allgemeiner Teil, Band I* (3. Auflage). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG.

Walder H.U. & Meier I. (1991). Rezeption deutschen Zivilprozessrechts in der Schweiz, untersucht anhand des Beispiels der ZPO des Kantons Zürich. In Habscheid W.J. (Hrsg.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen* (S. 93-120). Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH.

Gesetzliche Erlasse

BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
BV1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1.
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950. SR 0.101.
GOG/ZH	Gesetz [des Kantons Zürich] über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess. LS 211.1.
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. SR 281.1.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZPO/BE	Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) [des Kantons Bern] vom 7. Juli 1918.
ZPO/TI	Codice di procedura civile [des Kantons Tessin] vom 17. Februar 1971.
ZPO/ZG	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940.
ZPO/ZH	Zivilprozessordnung [des Kantons Zürich] vom 13. Juni 1976.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Anal.	Analyse
Anh.	Anhang
Anz.	Anzahl
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	In die amtliche Sammlung aufgenommener Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Nicht in die amtliche Sammlung aufgenommener Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts
bzw.	beziehungsweise
CREC	Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois
E.	Erwägungen
Eigent.	Eigentümer
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Fn.	Fussnote
G'los.	Gegenstandslosigkeit
Guth.	Gutheissung
HGer	Handelsgericht des Kantons Zürich
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	in Sachen
KMU	Kleine und mittlere Unternehmungen
komb.	kombiniert

lit.	litera
LS	Loseblattsammlung der Gesetze des Kantons Zürich
m.	mit
Nichteintr.	Nichteintreten
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.	ohne
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich
P'erkł.	Parteierklärung
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
summ.	summarisch
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn.
Teilguth.	Teilguteissung
Themenk.	Themenkreis
u/o	und oder
Verf.	Verfahren
Verm.	Vermieter
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung. Zürich: Schulthess.

Anhang I: Obergericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht 2018, S. 122
Einzelgericht im summarischen Verfahren
Erledigungen: Gesamtübersicht

	Gegenstand								Gesamt	
	Betreibun- gen/ Konkurs	Personen- recht	Familien- recht	Erbrecht	Sachen- recht	Obliga- tionen- recht	Rechts- hilfe	Diverse	Berichts- jahr	Vorjahr
Affoltern a.A.	357	3	49	520	33	0	41	55	1058	978
Andelfingen	188	1	20	362	8	1	57	16	653	543
Bülach	1635	13	180	1270	57	4	315	179	3653	3455
Dielsdorf	994	11	112	693	25	1	138	94	2068	1999
Dietikon	1078	15	127	876	26	7	179	131	2439	2371
Hinwil	778	11	103	930	18	1	65	93	1999	2037
Horgen	826	6	93	1288	22	0	193	119	2547	2620
Meilen	756	5	77	1670	55	1	148	89	2801	2875
Pfäffikon	326	1	45	547	10	4	49	52	1034	1128
Uster	1294	14	120	1207	25	4	144	138	2946	3124
Winterthur	1332	30	211	1646	40	11	179	134	3583	3597
Zürich	4282	77	412	5035	83	36	1078	467	11470	11793
Berichtsjahr	13846	187	1549	16044	402	70	2586	1567	36251	
Vorjahr	14121	211	1561	16029	423	82	2488	1594		36509

Anhang II: Obergericht des Kantons Zürich, Statistik der Verfahren nach Art. 257 ZPO

Bezirksgericht	Erledigungen		
	2016	2017	2018
Andelfingen	17	17	11
Affoltern a.A.	8	12	11
Bülach	121	106	99
Dielsdorf	46	45	53
Dietikon	69	74	87
Hinwil	48	33	56
Horgen	42	44	70
Meilen	39	37	47
Pfäffikon	18	30	31
Uster	69	84	76
Winterthur	92	95	77
Zürich	260	253	227
Total	829	830	845

Anhang III: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, aufgeschlüsselt für die Jahre 2011 bis 2018

Art des Begehrens	2011		2012		2013		2014		2015		2016		2017		2018	
	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%	Anz.	%
Ausweisung	326	89.3	315	91.6	262	91.6	236	90.4	230	92.4	229	90.2	243	93.1	214	94.3
Ausweisung kombiniert mit Forderung	1	0.3	3	0.9	3	1.0	0	0.0	0	0.0	2	0.8	0	0.0	0	0.0
Ausweisung komb. m. Ford. u/o Freig. Mieterkautionsde	0	0.0	1	0.3	1	0.3	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Ausweisung kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0
Forderung auf Freigabe des Mieterkautionskontos	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	1	0.4
Erstreckung Mietverhältnis	0	0.0	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Wiedereinweisungsbegehren	0	0.0	0	0.0	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	2	0.9
RikF ohne nähere Bezeichnung	4	1.1	8	2.3	3	1.0	2	0.8	4	1.6	4	1.6	1	0.4	2	0.9
RikF kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	3	0.8	1	0.3	0	0.0	1	0.4	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0
Feststellungsbegehren	0	0.0	0	0.0	1	0.3	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0
negative Feststellungsklage	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	2	0.8	0	0.0	0	0.0
Geldforderungen	9	2.5	2	0.6	2	0.7	8	3.1	1	0.4	7	2.8	4	1.5	0	0.0
Ford. auf Ausstellung eines Arbeitsz. u/o Einsichtsbegeh	0	0.0	0	0.0	0	0.0	2	0.8	0	0.0	1	0.4	2	0.8	1	0.4
Forderung auf Zahlung einer Gratifikation	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Auskunftsbegehren	0	0.0	0	0.0	1	0.3	1	0.4	2	0.8	2	0.8	1	0.4	1	0.4
Auskunftsbegehren kombiniert mit Herausgabebegeh	0	0.0	0	0.0	1	0.3	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Auskunftsbegehren/Datenschutz	0	0.0	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Bauverbot	0	0.0	0	0.0	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Kapprecht	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4
Aufhebung eines Vereinsbeschlusses	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Einberufung einer Verwaltungsratssitzung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Klage auf Erteilung einer Weisung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Klage auf Erstellung einer Lohnabrechnung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4
Forderung auf Rechenschaftsablage	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Begehren auf Vollzug eines Erteilungsvertrages	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4
Einsetzung eines Schiedsgutachters	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Begehren auf Löschung einer Betreibung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Aufhebung einer konkursamtlichen Verfügung	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Forderung auf Eigentumsübertragung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Herausgabebegehren	17	4.7	12	3.5	10	3.5	4	1.5	10	4.0	3	1.2	2	0.8	1	0.4
Herausgabe von Patientenakten	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0
Herausgabe von Daten	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	2	0.9
Herausgabe eines Kindes	1	0.3	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0
Vollstreckungsbegehren	3	0.8	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Begehren auf Einstellung der Vollstreckung	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0	1	0.4	0	0.0
Total	365	100	344	100	286	100	261	100	249	100	254	100	261	100	227	100

XX

Anhang IV: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, Total der Jahre 2011 bis 2018

	2011-2018	2011-2018 [%]
Ausweisung	2055	91.5
Ausweisung kombiniert mit Forderung	9	0.4
Ausweisung komb. m. Ford. u/o Freig. Mieterkautionsdepot	3	0.1
Ausweisung kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	1	0.0
Forderung auf Freigabe des Mieterkautionskontos	2	0.1
Erstreckung Mietverhältnis	1	0.0
Wiedereinweisungsbegehren	3	0.1
RikF ohne nähere Bezeichnung	28	1.2
RikF kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	6	0.3
Feststellungsbegehren	2	0.1
negative Feststellungsklage	2	0.1
Geldforderungen	33	1.5
Ford. auf Ausstellung eines Arbeitsz. u/o Einsichtsbegehren	6	0.3
Forderung auf Zahlung einer Gratifikation	1	0.0
Auskunftsbegehren	8	0.4
Auskunftsbegehren kombiniert mit Herausgabebegehren	2	0.1
Auskunftsbegehren/Datenschutz	1	0.0
Bauverbot	2	0.1
Kapprecht	2	0.1
Aufhebung eines Vereinsbeschlusses	1	0.0
Einberufung einer Verwaltungsratssitzung	1	0.0
Klage auf Erteilung einer Weisung	1	0.0
Klage auf Erstellung einer Lohnabrechnung	1	0.0
Forderung auf Rechenschaftsablage	1	0.0
Begehren auf Vollzug eines Erbteilungsvertrages	1	0.0
Einsetzung eines Schiedsgutachters	1	0.0
Begehren auf Löschung einer Betreibung	2	0.1
Aufhebung einer konkursamtlichen Verfügung	1	0.0
Forderung auf Eigentumsübertragung	1	0.0
Herausgabebegehren	59	2.6
Herausgabe von Patientenakten	1	0.0
Herausgabe von Daten	2	0.1
Herausgabe eines Kindes	1	0.0
Vollstreckungsbegehren	5	0.2
Begehren auf Einstellung der Vollstreckung	1	0.0
Total	2247	100

Anhang V: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, Analyse 2016

Art des Begehrens	2016 Anz.	Guth.	Teilguth.	Nichteintr.	Abweisung	G'los.	P'erkl.
Ausweisung	229	119	5	27	0	26	52
Ausweisung kombiniert mit Forderung	2	1				1	
A'weisung komb. m. Ford. u/o Freig. Mieterkautionsdepot	0						
Ausweisung kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	1			1			
Forderung auf Freigabe des Mieterkautionskontos	0						
Erstreckung Mietverhältnis	0						
Wiedereinweisungsbegehren	0						
RikF ohne nähere Bezeichnung	4	1		1		2	
RikF kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	1					1	
Feststellungsbegehren	1			1			
negative Feststellungsklage	2			1		1	
Geldforderungen	7		1	1		1	4
Ford. auf Ausstellung eines Arbeitsz. u/o Einsichtsbegehren	1					1	
Forderung auf Zahlung einer Gratifikation	0						
Auskunftsbegehren	2	1					1
Auskunftsbegehren kombiniert mit Herausgabebegehren	0						
Auskunftsbegehren/Datenschutz	0						
Bauverbot	0						
Kapprecht	0						
Aufhebung eines Vereinsbeschlusses	0						
Einberufung einer Verwaltungsratssitzung	0						
Klage auf Erteilung einer Weisung	0						
Klage auf Erstellung einer Lohnabrechnung	0						
Forderung auf Rechenschaftsablage	0						
Begehren auf Vollzug eines Erteilungsvertrages	0						
Einsetzung eines Schiedsgutachters	0						
Begehren auf Löschung einer Betreibung	0						
Aufhebung einer konkursamtlichen Verfügung	0						
Forderung auf Eigentumsübertragung	0						
Herausgabebegehren	3	2				1	
Herausgabe von Patientenakten	1					1	
Herausgabe von Daten	0						
Herausgabe eines Kindes	0						
Vollstreckungsbegehren	0						
Begehren auf Einstellung der Vollstreckung	0						
Total	254	124	6	32	0	35	57

Alle		%
Guth.	124	48.8
Teilguth.	6	2.4
Nichteintr.	32	12.6
Abweisung	0	0.0
G'los.	35	13.8
P'erkl.	57	22.4
	254	100.0

Themenkreis Mietr./Ausw.		
Guth.	120	51.7
Teilguth.	5	2.2
Nichteintr.	28	12.1
Abweisung	0	0.0
G'los.	27	11.6
P'erkl.	52	22.4
	232	100.0

Alle ohne Ausweisungen		
Guth.	4	18.2
Teilguth.	1	4.5
Nichteintr.	4	18.2
Abweisung	0	0.0
G'los.	8	36.4
P'erkl.	5	22.7
	22	100.0

XXI

Anhang VI: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, Analyse 2017

Art des Begehrens	2017 Anz.	Guth.	Teilguth.	Nichteintr.	Abweisung	G'los.	P'erkl.	Alle	%
Ausweisung	243	147	3	24	0	22	47	Guth.	151 57.9
Ausweisung kombiniert mit Forderung	0							Teilguth.	3 1.1
A'weisung komb. m. Ford. u/o Freig. Mieterkautionsdepot	0							Nichteintr.	28 10.7
Ausweisung kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	0							Abweisung	0 0.0
Forderung auf Freigabe des Mieterkautionskontos	1						1	G'los.	24 9.2
Erstreckung Mietverhältnis	0							P'erkl.	55 21.1
Wiedereinweisungsbegehren	0								261 100.0
RikF ohne nähere Bezeichnung	1						1		
RikF kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	0							Themenkreis Mietr./Ausw.	
Feststellungsbegehren	0							Guth.	147 60.2
negative Feststellungsklage	0							Teilguth.	3 1.2
Geldforderungen	4	2		1			1	Nichteintr.	24 9.8
Ford. auf Ausstellung eines Arbeitsz. u/o Einsichtsbegehrer	2					1	1	Abweisung	0 0.0
Forderung auf Zahlung einer Gratifikation	0							G'los.	22 9.0
Auskunftsbegehren	1			1				P'erkl.	48 19.7
Auskunftsbegehren kombiniert mit Herausgabebegehren	0								244 100.0
Auskunftsbegehren/Datenschutz	0								
Bauverbot	1						1	Alle ohne Ausweisungen	
Kapprecht	0							Guth.	4 23.5
Aufhebung eines Vereinsbeschlusses	0							Teilguth.	0 0.0
Einberufung einer Verwaltungsratssitzung	1	1						Nichteintr.	4 23.5
Klage auf Erteilung einer Weisung	1			1				Abweisung	0 0.0
Klage auf Erstellung einer Lohnabrechnung	0							G'los.	2 11.8
Forderung auf Rechenschaftsablage	0							P'erkl.	7 41.2
Begehren auf Vollzug eines Erbteilungsvertrages	0								17 100.0
Einsetzung eines Schiedsgutachters	0								
Begehren auf Löschung einer Betreibung	1					1			
Aufhebung einer konkursamtlichen Verfügung	0								
Forderung auf Eigentumsübertragung	1						1		
Herausgabebegehren	2						2		
Herausgabe von Patientenakten	0								
Herausgabe von Daten	0								
Herausgabe eines Kindes	0								
Vollstreckungsbegehren	1	1							
Begehren auf Einstellung der Vollstreckung	1			1					
Total	261	151	3	28	0	24	55		

XXX

Anhang VII: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, Analyse 2018

Art des Begehrens	2018 Anz.	Guth.	Teilguth.	Nichteintr.	Abweisung	G'los.	P'erkl.
Ausweisung	214	143	2	22		19	28
Ausweisung kombiniert mit Forderung	0						
A'weisung komb. m. Ford. u/o Freig. Mieterkautionsdepot	0						
Ausweisung kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	0						
Forderung auf Freigabe des Mieterkautionskontos	1			1			
Erstreckung Mietverhältnis	0						
Wiedereinweisungsbegehren	2	1		1			
RikF ohne nähere Bezeichnung	2			1			1
RikF kombiniert mit vorsorglicher Massnahme	0						
Feststellungsbegehren	0						
negative Feststellungsklage	0						
Geldforderungen	0						
Ford. auf Ausstellung eines Arbeitsz. u/o Einsichtsbegehren	1					1	
Forderung auf Zahlung einer Gratifikation	0						
Auskunftsbegehren	1			1			
Auskunftsbegehren kombiniert mit Herausgabebegehren	0						
Auskunftsbegehren/Datenschutz	0						
Bauverbot	0						
Kapprecht	1			1			
Aufhebung eines Vereinsbeschlusses	0						
Einberufung einer Verwaltungsratssitzung	0						
Klage auf Erteilung einer Weisung	0						
Klage auf Erstellung einer Lohnabrechnung	1					1	
Forderung auf Rechenschaftsablage	0						
Begehren auf Vollzug eines Erbteilungsvertrages	1			1			
Einsetzung eines Schiedsgutachters	0						
Begehren auf Löschung einer Betreibung	0						
Aufhebung einer konkursamtlichen Verfügung	0						
Forderung auf Eigentumsübertragung	0						
Herausgabebegehren	1						1
Herausgabe von Patientenakten	0						
Herausgabe von Daten	2					1	1
Herausgabe eines Kindes	0						
Vollstreckungsbegehren	0						
Begehren auf Einstellung der Vollstreckung	0						
Total	227	144	2	28	0	22	31

Alle	%	
Guth.	144	63.4
Teilguth.	2	0.9
Nichteintr.	28	12.3
Abweisung	0	0.0
G'los.	22	9.7
P'erkl.	31	13.7
	227	100.0

Themenkreis Mietr./Ausw.		
Guth.	144	66.4
Teilguth.	2	0.9
Nichteintr.	24	11.1
Abweisung	0	0.0
G'los.	19	8.8
P'erkl.	28	12.9
	217	100.0

Alle ohne Ausweisungen		
Guth.	0	0.0
Teilguth.	0	0.0
Nichteintr.	4	40.0
Abweisung	0	0.0
G'los.	3	30.0
P'erkl.	3	30.0
	10	100.0

XXIV

Anhang VIII: Bezirksgericht Zürich, Statistik der Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, Analyse 2016-2018, Nichteintreten

Gründe für das Nichteintreten	2016	%	2017	%	2018	%
Parteifähigkeit u/o Prozessfähigkeit nicht gegeben	2	6.3	0	0.0	0	0.0
Fehlendes Rechtsschutzinteresse	2	6.3	2	7.1	1	3.6
Abgeurteilte Sache, res iudicata	0	0.0	0	0.0	1	3.6
Litispandez	0	0.0	1	3.6	0	0.0
Fehlende Aktivlegitimation	4	12.5	3	10.7	0	0.0
Keine örtliche Zuständigkeit	1	3.1	2	7.1	1	3.6
Keine sachliche Zuständigkeit	5	15.6	1	3.6	1	3.6
Mangelhafte Substanziierung/Begründung	1	3.1	4	14.3	6	21.4
Sachverhalt illiquid	3	9.4	5	17.9	7	25.0
Kein klares Recht	9	28.1	8	28.6	9	32.1
Sachverhalt illiquid und kein klares Recht	5	15.6	2	7.1	2	7.1
Total	32	100.0	28	100.0	28	100.0

**Schlusserklärung gemäss Art. 19 des Reglementes über das Weiterbildungsprogramm
Public Administration der Universität Bern:**

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss Art. 20 des Statuts der Universität Bern vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Zürich, 23. September 2019

Markus Hinden

Über den Autor:

Der Autor ist gelernter Elektriker und absolvierte nach dieser ersten Grundausbildung bei der Kantonspolizei Zürich die Ausbildung zum Polizeibeamten. Nach mehreren Jahren Polizeidienst studierte er an der Universität Zürich Rechtswissenschaften. Seit 2005 ist er als Jurist in verschiedenen Funktionen bei den Zürcher Gerichten (zuletzt als Leitender Gerichtsschreiber der II. Zivilkammer des Obergerichts) und in der Verwaltung tätig, seit 2009 auch als Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich. Während einiger Jahre durfte der Verfasser im Bereich Audienz des Bezirksgerichts Zürich als Gerichtsschreiber und Richter reiche Erfahrung im Summarverfahren sammeln. Schwerpunkte bildeten der Rechtsschutz in klaren Fällen, das Rechtsöffnungsverfahren und das Arrestrecht. Heute leitet der Verfasser die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich und ist damit für die verwaltungsinterne Rechtspflege zuständig. Er ist weiterhin nebenamtlicher Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich sowie seit 2014 auch am Bezirksgericht Meilen.