



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2024

Der Prozess bei Klageänderung

Bopp, Dominik ; Kistler, Alexander ; Natalie, Lisik

DOI: <https://doi.org/10.38107/051>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-259215>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Bopp, Dominik; Kistler, Alexander; Natalie, Lisik (2024). Der Prozess bei Klageänderung. In: Bopp, Dominik; Kistler, Alexander; Natalie, Lisik; Reber, Kristof. Der Prozess. Zürich: Sui Generis, 57-88.

DOI: <https://doi.org/10.38107/051>

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

R PROZESS

Der Prozess

Dominik Bopp

Alexander Kistler

Natalie Lisik

Kristof Reber

(Hrsg.)

Dominik Bopp
Alexander Kistler
Natalie Lisik
Kristof Reber
(Hrsg.)

Der Prozess
APARIUZ XXIV



4

Abbildung auf der vorherigen Seite: Zeichnung ohne Titel von Franz Kafka.
Zur Verfügung gestellt von: The National Library of Israel. Max Brod Archive.

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die Autor*innen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Dominik Bopp
Alexander Kistler
Natalie Lisik
Kristof Reber
(Hrsg.)

Der Prozess

APARIUZ XXIV

Mit Beiträgen von
Dominik Bopp
Helin Dalla Palma
Dominique Diethelm
Florian Geering
Pia Hunkemöller
Gishok Kiritharan
Alexander Kistler
Isabel Liniger
Natalie Lisik
Nikola Nastovski
Christoph Reusser
Nancy Rudolph
Anna Elisa Stauffer
Vivian Stein
Franco Strub
Yannick Weber

Mit Gastbeiträgen von
Prof. Dr. iur. Dr.h.c. Paul Oberhammer
Prof. Dr. iur. Christa Tobler
Dr. iur. Denise Weingart

Mit einem Vorwort von
Prof. Dr. iur. Samuel P. Baumgartner

sui generis, Zürich 2023

Vorwort

Wozu Prozesse und wozu Prozessrecht? Die Frage ist grundlegend und stellt sich gerade auch der Prozessrechtslehre. Zwar ist in der Praxis die Nachfrage nach übersichtlichen, gut strukturierten und vor allem vollständigen Zusammenstellungen der Entscheide des Bundesgerichts und der oberen kantonalen Gerichte zu bestimmten Einzelrechtsfragen gross. Trotzdem ist eine Lehre, die sich mit dem Zusammenstellen von Entscheiden begnügt, keine Lehre. Ein solches Zusammentragen werden in Kürze AI-Algorithmen besser, zuverlässiger und schneller erledigen können. Die Lehre ist vor allem dazu da, sich grundsätzliche Fragen zu stellen – sei dies *de lege lata* oder *de lege ferenda*. Dazu gehört die Frage nach dem Zweck des Prozessrechts: Geht es primär um Rechtsdurchsetzung, Generalprävention, Gerechtigkeit, Wahrheitsfindung, Streitbeilegung, oder – im Strafprozessrecht – die erfolgreiche Verbrechensbekämpfung und den Schutz des Verdächtigen? Zu den von der Lehre zu behandelnden grundsätzlichen Fragen gehört aber auch diejenige nach den Verfahrensgrundsätzen und nach verschiedenen prozessrechtlichen Instrumenten. Überhaupt soll die Lehre generell akzeptierte Ansatzpunkte hinterfragen, Verbindungen herstellen, Gesetzesnormen auslegen sowie neue Probleme aufzeigen und einordnen helfen – sei dies mittels dogmatischer Analyse, theoretischer Untersuchungen uni- oder interdisziplinärer Art oder mittels empirischer Forschung. Alles, was uns einem tieferen Verständnis des Prozessrechts näherbringt und dessen Zweck besser erfüllen hilft, ist hier gefragt.

In diesem Sinn und ausgehend von der Interpretation von Kafkas Prozess als absurdem Albtraum, dem der Protagonist hilflos ausgeliefert ist, haben Dominik Bopp, Alexander Kistler, Natalie Lisik und Kristof Reber in der diesjährigen, 24. Auflage der APARIUZ Beiträge Assistierender des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich sowie drei Beiträge illustrierender Gastautorinnen und Gastautoren aus Wissenschaft und Praxis eingeworben. Der resultierende, vorliegende Band enthält vierzehn höchst interessante Beiträge zum Prozessrecht und zu angrenzenden Gebieten und folgt der Idee der Lehre im obgenannten Sinn.

Samuel P. Baumgartner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
Autor*innenverzeichnis	XIX
Herausgeber*innenverzeichnis	XXIII

Teil 1: Einleitung

Paul Oberhammer	
«Junge*r Prozessrechtswissenschaftler*in» –	
was könnte das sein?	3

Teil 2: Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht

Nikola Nastovski	
Geheimnisse als «Türhüter» im Zivilprozess?	19

Helin Dalla Palma / Christoph Reusser	
ZPO-Revision: Auswirkungen auf den Arbeitsprozess	37

Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik	
Der Prozess bei Klageänderung	57

Franco Strub	
Ende gut, alles gut?	89

Anna Elisa Stauffer	
Der Ausdifferenzierungsprozess beim Innominatvertrag:	
eine Verortung	121

Nancy Rudolph	
Geburt im Vertragsrecht	147

Teil 3: Öffentliches Recht und öffentliches Verfahrensrecht

Christa Tobler	
Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen ...	179

<hr/>	
Florian Geering	
Der Türhüter vor der Verfassungsbeschwerde	205
<hr/>	
Isabel Liniger	
Warum wird den Abstimmungsfragen kein Prozess gemacht? ...	221
<hr/>	
Pia Hunkemöller	
Das Transparenzgebot im Vergabeverfahren	239
<hr/>	
Teil 4: Strafrecht und Strafprozessrecht	259
<hr/>	
Denise Weingart	
Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO	261
<hr/>	
Dominique Diethelm / Gishok Kiritharan / Vivian Stein	
Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten	279
<hr/>	
Yannick Weber	
Die Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess	303
<hr/>	
Schlusswort und Danksagung	325
<hr/>	
Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik / Kristof Reber	
Wozu denn nun Prozesse und Prozessrecht?	325

Teil 2:

Zivilrecht und Zivilverfahrens- recht

Dominik Bopp / Alexander Kistler / Natalie Lisik

Der Prozess bei Klageänderung

Eine Analyse der Rechtshängigkeit, der Erledigung, der Prozesskosten und der Rechtsmittel

I. Einleitung	59
---------------------	----

II. Grundlagen	60
A. Begriff	60
B. Voraussetzungen	61
C. Prüfung der Voraussetzungen	62
D. Verfahrensablauf	63

III. Verfahren und Entscheid bei zulässiger Klageänderung	65
A. Rechtshängigkeit	65
B. Gegenstand des Entscheids	66
C. Schicksal des nicht beurteilten ursprünglichen Streitgegenstandes	67
1. Problemstellung	67
2. Klagerückzug	67
3. Privilegierter Klagerückzug	70
4. Ausscheiden analog zu einem nicht beurteilten Eventualbegehren	72
5. Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO)	73
D. Streitwert und Kostenverteilung	74
E. Rechtsmittel	76

IV. Verfahren und Entscheid bei unzulässiger Klageänderung	79
A. Rechtshängigkeit	79
B. Gegenstand des Entscheids	79

C. Streitwert und Kostenverteilung	80
D. Rechtsmittel	81
<hr/>	
V. Ergebnisse und Konsequenzen für die Behandlung der Klageänderung im Entscheid	82
<hr/>	
Literaturverzeichnis	85
<hr/>	
Materialien	88

Die Autor*innen danken den Gutachtern Dr. iur. Urs Hoffmann-Nowotny, RA, und Dr. iur. Matthis Peter, RA, für die fundierte Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Beitrag und die wertvollen Hinweise. Zudem danken die Autor*innen Prof. Dr. iur. Samuel P. Baumgartner, Christian Luczak, RA, und Kristof Reber, RA, für die kritische Durchsicht und die hilfreichen Anregungen.

I. Einleitung

Mit der Klageerhebung legt die klagende Partei den Streitgegenstand und damit das Prozessprogramm fest.¹ Nach Eintritt der Rechtshängigkeit sind Änderungen oder Ergänzungen des Streitgegenstandes grundsätzlich ausgeschlossen (sog. Fixationswirkung).² Wie die meisten kantonalen Prozessordnungen sieht auch die ZPO kein absolutes Verbot der Klageänderung vor,³ sondern lässt sie im Interesse der Prozessökonomie unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die klagende Partei erhält damit die Möglichkeit, ihre Klage an neu gewonnene Erkenntnisse oder Änderungen der materiellen Rechtslage anzupassen, ohne ein neues Verfahren einleiten zu müssen.⁴ Dadurch bleiben die bisherigen Prozessergebnisse auch für den geänderten Streitgegenstand verwertbar.⁵

Obwohl das Rechtsinstitut der Klageänderung im Prozessalltag oft zur Anwendung gelangt, bereitet die praktische Handhabung Schwierigkeiten, weil das Gericht im Laufe des Verfahrens mit verschiedenen Streitgegenständen befasst ist. So stellt sich beispielsweise nach einer Klageänderung die Frage, wie mit dem ursprünglichen Streitgegenstand zu verfahren oder wie der Streitwert zu bestimmen ist. In der schweizerischen Lehre sind diese prozessualen Aspekte des Instituts – im Gegensatz zu dessen Voraussetzungen – bisher jedoch meist nur am Rande diskutiert worden.⁶ Ziel des vorliegenden Beitrags ist daher, die prozessuale Behandlung der Klageänderung näher zu beleuchten. Dazu wird zunächst auf den Begriff und die Voraussetzungen der Klageänderung nach Art. 227 bzw. Art. 230 ZPO eingegangen.⁷ Anschliessend wird das Verfahren bei einer zulässigen und unzulässigen Klageänderung

1 KUKO ZPO-BAUMGARTNER, Vorbemerkungen zu Art. 150-193 N 1; HABSCHIED, S. 232.

2 So wohl die h.M., vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 1 m.w.N. Gemäss BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 13, und BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 19, hingegen ist eine Klageänderung im Schlichtungsverfahren noch ohne Einschränkungen möglich, denn der Streitgegenstand werde erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung fixiert. Demnach kann die klagende Partei ihre Rechtsbegehren und ihr Klagefundament ändern, ohne an die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO gebunden zu sein.

3 Vgl. ROHNER, S. 13; SOLIVA, S. 41 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 1; SEILER, Rz. 1372.

4 Vgl. etwa FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 1; BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.3.

5 Vgl. ROHNER, S. 7; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; SOLIVA, S. 32 ff.; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 1.

6 Vgl. etwa BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52 ff. Zum kantonalen Recht SOLIVA, S. 103 ff.

7 Die Klageänderung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens nach Art. 293 ZPO wird vorliegend nicht behandelt.

erläutert, wobei unter anderem die Rechtshängigkeit, die Art und Weise der Erledigung, die Streitwertberechnung, die Kostenverlegung sowie das Rechtsmittelverfahren behandelt werden.

II. Grundlagen

A. Begriff

Eine Klageänderung im Sinne der ZPO⁸ bedeutet eine Änderung des rechtshängigen Streitgegenstandes.⁹ Der Streitgegenstand bestimmt sich gemäss h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung anhand der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie.¹⁰ Demnach liegt eine Klageänderung vor, wenn das Rechtsbegehren oder der Lebenssachverhalt im Verlauf des Verfahrens geändert wird.¹¹ Eine Klageänderung kann entweder im Austausch (sog. Klageänderung im engeren Sinne; Klageauswechslung) oder in der Erweiterung (sog. Klageerweiterung; nachträgliche objektive Klagehäufung) des ursprünglichen Streitgegenstandes bestehen.¹² Die Beschränkung einer Klage (Art. 227 Abs. 3 ZPO) ist hingegen nach überwiegender Auffassung als Teilrückzug und nicht als Fall der Klageänderung anzusehen.¹³

Keine Klageänderung im Sinne der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie liegt vor, wenn nur die rechtliche Begründung der Klage geändert wird.¹⁴ Ebenso wenig stellt die Ergänzung von Tatsachen und Beweismitteln innerhalb des massgeblichen Lebenssachverhaltes¹⁵ oder der Vortrag neuer

8 Die Klageänderung wird für das Hauptverfahren in Art. 227 sowie Art. 230 ZPO und explizit für die Scheidungsklage in Art. 293 ZPO geregelt.

9 HABSCHIED, S. 232; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 4 und 14; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N1; BAUMGARTNER et al., § 32 N 41.

10 BGer, 5A_390/2017, 23. Mai 2018, E. 2.3.1; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Vorbe-
merkungen zu Art. 84-90 N12.

11 Siehe statt aller BGE 142 III 210 E. 2.1 und KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Vorbe-
merkungen zu Art. 84-90 N12.

12 Vgl. Art. 227 Abs. 1 ZPO: «der geänderte oder neue Anspruch». Zum Ganzen PC CPC-
HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 2; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 3; WENDEL-
STEIN, S. 443.

13 Vgl. zum Meinungsstand PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 2. Ein Rückzug und
keine Klageänderung ist auch das Fallenlassen des Hauptbegehrens zugunsten des
Eventualbegehrens, vgl. SEILER, Rz. 1378 m.w.N.

14 BGer, 4A_8/2020, 9. April 2020, E. 3.2 ff.; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 7; DIKE
Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 4; so auch für die deutsche ZPO: ROSENBERG/SCHWAB/
GOTTWALD, § 99 Rn. 7.

15 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 22; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 5; PC CPC-
HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 4.

Tatsachen zur Begründung einer Prozessvoraussetzung¹⁶ eine Klageänderung dar. Auch die nachträgliche Berichtigung von Rechtsbegehren¹⁷ und die nachträgliche Bezifferung einer unbezifferten Forderungsklage¹⁸ fallen nicht unter den Begriff der Klageänderung. Keine Klageänderung im Sinne des Gesetzes ist schliesslich der Parteiwechsel.¹⁹

Nachfolgend wird in erster Linie auf die Klageänderung im engeren Sinne (Klageauswechslung) eingegangen, weil der «Austausch» des Streitgegenstandes die Praxis vor besondere Probleme stellt. Das Verfahren bei einer Klageerweiterung entspricht hingegen im Wesentlichen jenem der objektiven Klagehäufung und wirft dementsprechend weniger Fragen auf.²⁰

B. Voraussetzungen

Die Klageänderung ist gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO nur zulässig, wenn der geänderte Anspruch nach derselben Verfahrensart wie der ursprüngliche Anspruch zu beurteilen ist und der neue Streitgegenstand entweder mit dem ursprünglichen Streitgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Zustimmung der Gegenpartei zur Klageänderung vorliegt (lit. b). Unter welchen Bedingungen von einem sachlichen Zusammenhang ausgegangen werden kann, ist nicht vollends geklärt;²¹ die h.L. bejaht diesen, wenn der neue Streitgegenstand dem gleichen oder zumindest einem «benachbarten» oder «konnexen» Lebensvorgang entspringt.²² Das Bundesgericht geht von einer funktionalen Betrachtungsweise aus, wonach eine Klageänderung zulässig ist, wenn ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Prozessparteien ermöglicht werden kann, indem einerseits der beklagten Partei die Verteidigung nicht übermässig erschwert werden darf, andererseits aber aus Gründen der Prozessökonomie sowie der materiellen Wahrheit

16 MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, §263 N19.

17 PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N4; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N4; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N4; BGer, 4A_218/2022, 10. Mai 2023, E. 4.1.

18 DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N4; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N21; offengelassen in BGer, 5A_847/2021, 10. Januar 2023, E. 5.

19 Ausführlich BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N20; PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N5; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N11; für Deutschland: WENDELSTEIN, S. 442.

20 Vgl. zum Verfahren bei Klageerweiterung eingehend SOLIVA, S. 121f. und 124.

21 Die Frage wurde vom Bundesgericht offengelassen: vgl. BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.

22 ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N21; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N40; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N17; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N31; MARKUS/DROESE, S. 95f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N29.

gewisse Änderungen zugelassen werden sollen.²³ Nach Aktenschluss wird überdies vorausgesetzt, dass die Klageänderung auf zulässigen Noven beruht (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO).

Nebst den Klageänderungsvoraussetzungen muss die geänderte Klage auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO erfüllen.²⁴ Auf die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage kommt es u.E. hingegen nicht an.²⁵ Insbesondere verlangt die ZPO – im Gegensatz zu gewissen kantonalen Prozessordnungen²⁶ und zum Vorentwurf (Art. 216 VE ZPO)²⁷ – nicht, dass dasselbe Gericht für die ursprüngliche und die geänderte Klage zuständig ist.²⁸ Eine Klageänderung müsste daher etwa auch bei einem für den ursprünglichen Streitgegenstand örtlich unzuständigen Gericht möglich sein, vorausgesetzt, dass das Gericht für den neuen Streitgegenstand zuständig ist. Eine Ausnahme dürfte allerdings für das Erfordernis der gültigen Klagebewilligung gelten: Hier wird auf die ursprüngliche Klage abzustellen sein. Da für die geänderte Klage keine Schlichtung erforderlich ist,²⁹ könnte das Schlichtungsobligatorium (Art. 197 ZPO) andernfalls mit einer Klageänderung ausgehebelt werden.

C. Prüfung der Voraussetzungen

Das Gericht prüft die Voraussetzungen der Klageänderung als Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO).³⁰ Daran ändert auch nichts, dass die Gegenpartei der Klageänderung zustimmen kann.³¹ Diese Prüfung hat vor der materiellen Beurteilung der neuen Klage zu erfolgen,³² nach verbreiteter Auffassung aber auch vor der Prüfung der übrigen Prozessvoraussetzungen der neuen Klage.³³ Ob Letzteres gesetzlich vorgegeben oder bloss aus prozess-

23 BGer, 4A_255/2015, 1. Oktober 2015, E. 2.2.3.

24 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 39; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22.

25 A.A. allerdings FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 15; SOLIVA, S. 73; KLINGLER, Rz. 506 f.; vgl. zum deutschen Recht SCHLINKER, S. 3.

26 Vgl. ROHNER, S. 17.

27 Vgl. Bericht Expertenkommission Vorentwurf, S. 107.

28 A.A. wohl KLINGLER, Rz. 506.

29 Vgl. KLINGLER, Rz. 509; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 17; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 25, jeweils m.w.N.

30 BGE 142 III 48 E. 4.1.2; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 25; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 12; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22.

31 Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO.

32 Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO.

33 So etwa BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55: «Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine prozessuale Vorfrage (1. Stufe), die das Gericht zuerst beantwortet, bevor es über

ökonomischen Gründen ratsam ist, scheint indessen fraglich. Im Allgemeinen steht es dem Gericht frei, in welcher Reihenfolge es die Prozessvoraussetzungen prüft.³⁴ Die ZPO sieht für die Klageänderung auch kein besonderes Zulassungsverfahren³⁵ vor.³⁶ Eine zweistufige Prüfung erscheint nur dann zwingend, wenn angenommen wird, der ursprüngliche Streitgegenstand werde im Hinblick auf das Vorliegen der Klageänderungsvoraussetzungen (Art. 227 ZPO bzw. Art. 230 ZPO) und nicht bezogen auf die Zulässigkeit der geänderten Klage insgesamt hilfsweise aufrechterhalten. In diesem Fall kann das Gericht die Zulässigkeit der Klageänderung nämlich nicht dahinstellen und wegen Fehlens einer allgemeinen Prozessvoraussetzung auf die geänderte Klage nicht eintreten, weil sonst das Schicksal des ursprünglichen Streitgegenstandes ungewiss wäre. Dies wird jedoch kaum je der Fall sein, da ein solches Vorgehen nicht der typischen Interessenlage der klageändernden Partei entspräche. Vielmehr möchte diese regelmässig nur dann auf die Behandlung des ursprünglichen Anspruchs verzichten, wenn das Gericht auf den neuen Streitgegenstand eintritt.³⁷ Dementsprechend sollte das Gericht u.E. in einem ersten Schritt die Zulässigkeit und in einem zweiten Schritt die Begründetheit der geänderten Klage prüfen.³⁸ Auf jeden Fall unzulässig wäre es, wenn das Gericht die Zulässigkeit der Klageänderung offenlassen oder verneinen, die geänderte Klage aber trotzdem in der Sache beurteilen würde.³⁹

D. Verfahrensablauf

Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, in welcher Form die Klageänderung in den Prozess einzuführen ist. Grundsätzlich hat die klagende Partei die Klageänderung im Rahmen des nächsten gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritts einzubringen.⁴⁰ Auf die Bezeichnung als Klageänderung kommt es dabei nicht

die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage in geänderter Form befindet (2. Stufe).» In diesem Sinne auch ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 14; vgl. ferner Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 81; Stein/Jonas-ROTH § 263 N 3, 21 und 37.

34 Vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 9; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 14; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 93 Rn. 42; Stein/Jonas-ROTH, vor § 253 N 164.

35 Etwa nach dem Muster der Streitverkündungsklage (Art. 82 ZPO) oder der Revision (Art. 333 ZPO).

36 So etwa das österreichische Recht, Fasching/Konecny-KLICKA, § 235 N 38.

37 So im Ergebnis auch DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

38 Vgl. auch ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 14.

39 Vgl. SOLIVA, S. 123; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 31; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 98; Stein/Jonas-ROTH § 263 N 37; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 18.

40 D.h. vor der Eröffnung der Hauptverhandlung in der Klageschrift, im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder an der Instruktionsverhandlung, nach der Eröffnung

an.⁴¹ Nicht abschliessend geklärt ist, ob eine Klage auch mittels einer unaufgeforderten – den Voraussetzungen von Art. 130 ff. und 221 ZPO genügenden – Eingabe geändert werden kann.⁴² Soweit sich der Streitwert durch die Klageänderung erhöht, kann das Gericht den Vorschuss entsprechend aufstocken (Art. 98 ZPO).⁴³ Begründet der erhöhte Streitwert eine andere sachliche Zuständigkeit, ist der Prozess an das zuständige Gericht zu überweisen (Art. 227 Abs. 2 ZPO).

Bei der darauffolgenden, durch das Gericht zu bestimmenden Äusserungsgelegenheit ist der Gegenpartei Frist zur Stellungnahme anzusetzen;⁴⁴ es sei denn, die geänderte Klage ist offensichtlich unzulässig und eine Heilung des Mangels durch Zustimmung resp. Einlassung ist ausgeschlossen.⁴⁵ Entsprechend dem Zweck der Klageänderung, der klagenden Partei die Erhebung eines neuen Anspruchs ohne Einleitung eines separaten Verfahrens zu ermöglichen, sieht das Gesetz für die geänderte Klage aber keinen zusätzlichen Schriftenwechsel vor.⁴⁶ Es besteht daher für den mit der geänderten Klage vorgebrachten Sachverhalt kein doppeltes uneingeschränktes Äusserungsrecht.⁴⁷

Über die Zulässigkeit der geänderten Klage entscheidet das Gericht grundsätzlich im instanzabschliessenden Entscheid. Es kann das Verfahren jedoch auch auf die Zulässigkeit der geänderten Klage beschränken, wenn dies aus prozessökonomischen Gründen angezeigt ist (Art. 125 lit. a ZPO). Einen Anspruch auf Vorabprüfung der Klageänderungsvoraussetzungen resp. ein Recht, die Einlassung auf die geänderte Klage bis zur Zulassung zu verweigern, sieht das Gesetz allerdings nicht vor.⁴⁸ In streitigen Fällen bestimmt somit das Gericht nach Ermessen, ob es den Entscheid über die Zulassung der Klageänderung dem Endentscheid vorbehält oder vorgängig in einem Zwischenentscheid bejaht resp. in einem Teilentscheid verneint.⁴⁹

am mündlichen Termin, vgl. näher BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16.

41 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16.

42 Siehe zum Meinungsstand KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; PC CPC-HEINZ-MANN/CLÉMENT, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 15.

43 Zur Berechnung des Streitwerts unten III.D. und IV.C.

44 BGE 142 III 48 E. 4.1; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 54; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 20; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16. Siehe ferner zum Inhalt der Stellungnahme unten, S. 70.

45 Vgl. allgemein KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 8.

46 Vgl. für Klage und Widerklage Art. 225 ZPO.

47 Zum Ganzen ZR 120 (2021) Nr. 32 E. 3.3.

48 Vgl. oben, S. 62f., und näher unten, S. 76 mit Fn. 137.

49 Näher unten III.E. und IV.D.

III. Verfahren und Entscheid bei zulässiger Klageänderung

A. Rechtshängigkeit

Mit der Klageänderung wird der neue Streitgegenstand *ex nunc* rechtshängig;⁵⁰ er kann deshalb nicht erneut eingeklagt werden (Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO). Für den Eintritt der Rechtshängigkeit des geänderten Streitgegenstandes ist auf den Zeitpunkt der Vornahme der Klageänderung abzustellen.⁵¹ Eine Rückbeziehung der Rechtshängigkeitswirkungen auf den Zeitpunkt der Anhängigmachung des ursprünglichen Streitgegenstandes findet weder hinsichtlich der materiell-rechtlichen noch hinsichtlich der prozessualen Wirkungen statt.⁵² So wirkt sich z.B. eine durch den ursprünglichen Anspruch bewirkte Verjährungsunterbrechung nicht auch auf den geänderten Streitgegenstand aus.⁵³ Ferner besteht nach h.L. keine Fortdauer des Gerichtsstandes (*perpetuatio fori*; Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO) für den geänderten Streitgegenstand.⁵⁴ Die Zuständigkeit kann sich jedoch unter Umständen aus Art. 15 Abs. 2 ZPO (Gerichtsstand der objektiven Klagenhäufung) oder aus Art. 18 ZPO (Einlassung) ergeben.

Eine Klageänderung führt hingegen in der Regel nicht dazu, dass die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes erlischt. Dies ist nur dann der Fall, wenn mit der Klageänderung definitiv auf die ursprüngliche Klage verzichtet wird (Art. 241 Abs. 2 ZPO).⁵⁵ Soll hingegen die ursprüngliche Klage im Fall einer unzulässigen Klageänderung beurteilt werden, so endet deren Rechtshängigkeit – analog zu einem Eventualbegehren⁵⁶ – erst, wenn die neue Klage rechtskräftig zugelassen ist.⁵⁷ Bis dahin sind der alte und der

50 KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22a; KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14; BSK ZPO-INFANGER, Art. 62 N 11; CR CPC-BOHNET, Art. 62 N 19; PC CPC-CHABLOZ, Art. 62 N 2; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 62 N 27; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 62 N 14; BK ZPO-STEINER-BERGER, Art. 62 N 12; SEILER, Rz. 1417; SOLIVA, S. 118; GULDENER, S. 232; unklar allerdings BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 52: Klageänderung nach Art. 227 Abs. 1 ZPO habe – obwohl es ein Dispositionsakt ist – keine unmittelbare Wirkung im Verfahren.

51 KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14 m.w.H.

52 KUKO ZPO-DROESE, Art. 62 N 14 m.w.H.

53 BGE 122 III 195 E. 9c; BERGAMIN, Rn. 265; ZK OR-BERTI, Art. 135 N 102 f.

54 PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, Art. 227 N 20; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 37; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 40; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 31; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 15; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 6c; a.A. DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 12; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 30a; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 185 N 11.

55 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

56 Vgl. eingehend zur Rechtshängigkeit des Eventualbegehrens HUBER-LEHMANN, S. 905 f.

57 Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55.

neue Streitgegenstand parallel rechtshängig. Welche Bedeutung der Klageänderung zukommt, hat das Gericht im Einzelfall durch Auslegung und gegebenenfalls unter Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO zu klären:⁵⁸ Der h.L. folgend ist mangels besonderer Parteierklärungen bis zur Zulassung des neuen Streitgegenstandes von einem hilfsweisen Festhalten an der ursprünglichen Klage und nicht von einem definitiven Rückzug auszugehen.⁵⁹ Denn die klagende Partei beabsichtigt mit der Auswechslung des Streitgegenstandes in der Regel einen einheitlichen Vorgang.⁶⁰

B. Gegenstand des Entscheids

Erachtet das Gericht die geänderte Klage als zulässig, so tritt der neue Streitgegenstand an die Stelle des ursprünglichen.⁶¹ Das Gericht entscheidet somit ausschliesslich über die materielle Begründetheit des neuen Streitgegenstandes.⁶² Es knüpft dabei aber an den bisherigen Prozessstand an.⁶³

Soll im Falle der materiellen Unbegründetheit des neuen Anspruchs auch der alte Streitgegenstand beurteilt werden, so müsste die klagende Partei dies gemäss h.L. hingegen ausdrücklich durch Aufrechterhaltung als Eventualbegehren beantragen.⁶⁴ Nach anderer Auffassung ist ein Verzicht auf den ursprünglichen Anspruch auch bei einer zulässigen Klageänderung nur dann anzunehmen, wenn entweder die Auslegung der Klageänderungserklärung ergebe, dass die klagende Partei den ursprünglichen Streitgegenstand zurückziehen wolle, oder sich ein solcher Rückzug aus dem materiellen Recht ableiten lasse.⁶⁵ Indem sich die klagende Partei dazu entschliesst, anstelle des ursprünglichen Streitgegenstandes die Beurteilung eines neuen Streitgegenstandes zu beantragen, gibt sie implizit zu verstehen, dass sie auf den ursprünglichen Anspruch verzichtet. Erachtet das Gericht die Klageänderung

58 Vgl. grundlegend HABSCHIED, Rz. 419; ferner SOLIVA, S. 123.

59 Vgl. KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 5; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 37; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 25; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 30; a.A. MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 55.

60 WENDELSTEIN, S. 442 f.; vgl. auch SOLIVA, S. 122.

61 BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24.

62 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55.

63 Vgl. zur Bindung an die Prozessergebnisse Stein/Jonas-ROTH § 263 N 1 und 35; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 50 f.; Zöller-GREGER, § 263 N 16.

64 Vgl. sinngemäss BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 25; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 83 f.

65 Vgl. SOLIVA, S. 123 (klagende Partei verlangt z.B. Schadenersatz statt Erfüllung, Art. 107 OR).

als zulässig, erübrigt sich u.E. daher in der Regel eine weitere Auslegung der Klageänderungserklärung.

C. Schicksal des nicht beurteilten ursprünglichen Streitgegenstandes

1. Problemstellung

Ergeht nur über den geänderten Streitgegenstand ein Entscheid, stellt sich die Frage, auf welche Weise der ursprüngliche Anspruch ausser Streit fällt. Endet ein Verfahren ohne (End-)Entscheid, so kommt nach der Systematik der ZPO⁶⁶ zur Beendigung der Rechtshängigkeit grundsätzlich eine Verfahrensbeendigung durch Parteidisposition (Art. 241 ZPO) oder eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO) in Betracht. Die h.L. nimmt – meist ohne nähere Begründung – an, dass bei einer zulässigen Klageänderung die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes durch einen impliziten Klagerückzug ende.⁶⁷ Daneben wird in der Lehre vereinzelt vertreten, die ursprüngliche Klage werde gegenstandslos,⁶⁸ oder die Zulassung der Klageänderung wird – ohne dies näher zu qualifizieren – als eigenständiger Grund für die Beendigung der Rechtshängigkeit angeführt.⁶⁹

2. Klagerückzug

Nach der h.L. führt eine zulässige Klageänderung dazu, dass das Verfahren, soweit der bisherige Streitgegenstand im geänderten Streitgegenstand nicht mehr enthalten ist, als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben ist.⁷⁰ Dem ist u.E. – sofern nicht ausnahmsweise ein Fall der Gegenstandslosigkeit i.S.v. Art. 242 ZPO vorliegt⁷¹ – zuzustimmen. Denn die Klageänderung setzt sich aus zwei Prozesshandlungen zusammen: einerseits aus der Rücknahme des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs und andererseits aus der

66 Vgl. die Überschrift von Kap. 6 Teil 3 ZPO: «Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid».

67 SOLIVA, S. 128; HABSCHIED, S. 235; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 94 N 6c; GULDENER, S. 400; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 24; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 10; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 62 N 12; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24.

68 Vgl. in diesem Sinne wohl CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17: «In caso d'inammissibilità, resta d'attualità l'oggetto litigioso, mentre in caso contrario esso diviene privo d'oggetto, in quanto superato dal nuovo»; ferner ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

69 Vgl. etwa BSK ZPO-INFANGER, Art. 62 N 26; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 62 N 48.

70 Vgl. oben, Fn. 67.

71 Vgl. unten, S. 73.

Geltendmachung eines neuen Anspruchs.⁷² In der Stellung des neuen Anspruchs liegt daher ein impliziter Rückzug des ursprünglichen Anspruchs.⁷³

Folgt man der h.L., so zeitigt eine Klageänderung nach Eintritt der Fortführungslast (Art. 65 ZPO) grundsätzlich Abstandsfolgen für den ursprünglichen Streitgegenstand.⁷⁴ Diese treten nur dann nicht ein, wenn die beklagte Partei dem Rückzug zustimmt oder die ursprüngliche Klage unzulässig gewesen wäre (sog. Rückzug «angebrachtermassen»⁷⁵). Andernfalls führt die Klageänderung in Bezug auf die ursprüngliche Klage zu materieller Rechtskraft (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Zudem wird die klagende Partei im Grundsatz kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO).⁷⁶ Welche Rechtskraftwirkungen mit einem Rückzug verbunden sind, geht aus dem Gesetz allerdings nicht klar hervor und wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Eine abschliessende Erörterung dieser Frage würde jedoch den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb hierzu lediglich Folgendes zu erwähnen ist:

Die materielle Rechtskraft umfasst einerseits die sog. Sperrwirkung, wonach zwischen denselben Parteien nicht erneut über denselben Streitgegenstand ein Verfahren geführt werden kann.⁷⁷ Die h.L. nimmt dabei ohne nähere Erklärung an, dass die Sperrwirkung im Falle eines Klagerückzugs für beide Parteien eintrete.⁷⁸ Ebenso scheint die *BOTSCHAFT* zur ZPO davon auszugehen, dass dem Klagerückzug die Wirkung einer Klageabweisung zukomme.⁷⁹ Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Wortlaut von Art. 65 ZPO, welcher die Sperrwirkung der Rechtskraft auf die klagende Partei beschränkt.⁸⁰ Ferner erscheint es fragwürdig, dass durch eine einseitige Prozesshandlung der klagenden Partei eine Sperrwirkung für beide Parteien eintreten soll. Sofern die Gegenpartei die Abweisung der Klage beantragt hat, kann zwar ohne Weiteres eine Sperrwirkung zu ihren Lasten angenommen werden.⁸¹ Konnte sich die

72 Vgl. SCHLINKER, S. 1.

73 GULDENER, S. 400; SOLIVA, S. 123.

74 HABSCHEID, S. 235; GULDENER, S. 400; SHK ZPO-WIDMER, Art. 227 N 24; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; ZK ZPO-SUTTERSOMM/HEDINGER, Art. 65 N 10.

75 Vgl. statt aller KUKO ZPO-DROESE, Art. 65 N 8 ff.

76 Vgl. zu den Kostenfolgen einer zulässigen Klageänderung unten, S. 80 f.

77 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 40.

78 DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 65 N 23; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 N 22; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 18; vgl. BSK ZPO-INFANGER, Art. 65 N 5; BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 29.

79 *BOTSCHAFT* ZPO, S. 7278.

80 Art. 65 ZPO: «Wer eine Klage ... zurückzieht, kann gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand keinen zweiten Prozess mehr führen ...»; vgl. auch BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 28.

81 Vgl. DROESE, S. 158.

Gegenpartei jedoch überhaupt noch nicht zur Sache äussern oder hat sie (zu Unrecht) beantragt, nur auf die Klage nicht einzutreten, so erscheint eine gegenseitige Sperrwirkung problematisch. Dies würde der klagenden Partei auch die Möglichkeit zum Missbrauch eröffnen, indem sie etwas einklagt, was sie eigentlich gar nicht möchte, damit dies zu einer Sperrwirkung für die Gegenpartei führt. Dagegen könnte allerdings eingewandt werden, dass die Gegenpartei aufgrund der nicht gewährten Zustimmung zur Wiedereinbringung der Klage zumindest implizit der gegenseitigen Sperrwirkung zustimmt.

Andererseits geht mit der Rechtskraft die sog. Bindungswirkung einher. Sie ist massgeblich, wenn die Hauptfrage des Vorverfahrens zur Vorfrage des Folgeprozesses wird.⁸² Das Gericht ist in einem späteren Verfahren an den bereits beurteilten Streitgegenstand inhaltlich gebunden und hat diesen seiner Entscheidung – ohne weitere Begründung – zugrunde zu legen.⁸³ Da Art. 65 ZPO nur eine Sperrwirkung, aber keine Bindungswirkung normiert, ist in der Lehre umstritten, ob dem Klagerückzug auch eine Bindungswirkung zukommt.⁸⁴ In diesem Zusammenhang ist vor allem das Verhältnis von Art. 241 Abs. 2 ZPO zu Art. 65 ZPO klärungsbedürftig. Nach der einen Auffassung stellt Art. 65 ZPO eine *lex specialis* zu Art. 241 Abs. 2 ZPO dar,⁸⁵ Art. 241 Abs. 2 ZPO sei somit im Lichte von Art. 65 ZPO einschränkend auszulegen. Dieser Auffassung zufolge kommt dem Klagerückzug einzig eine Sperrwirkung zu.⁸⁶ Dies sei auch mit Blick auf die Parteiinteressen gerechtfertigt. Einerseits werde der Wille der klagenden Partei, den Prozess nicht fortzuführen, respektiert. Andererseits werde das Interesse der beklagten Partei vor nochmaliger Inanspruchnahme mit derselben Sache geschützt. Die Zuerkennung einer über die Sperrwirkung hinausgehenden Bindungswirkung sei hingegen nicht sachgerecht.⁸⁷ Eine andere Auffassung in der Lehre versteht das Verhältnis zwischen Art. 65 ZPO und Art. 241 Abs. 2 ZPO gerade im umgekehrten Sinne. Folglich spreche Art. 241 Abs. 2 ZPO dem Klagerückzug umfassende Rechtskraftwirkung und damit auch eine Bindungswirkung zu.⁸⁸ Art. 65 ZPO regle dagegen einzig den Zeitpunkt, ab dem diese Wirkungen greifen, und treffe keine Aussage zum

82 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 43; BGE 145 III 143.

83 KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 236 N 44.

84 Vgl. eingehend zum Meinungsstand BGer, 5A_383/2020, 22. Oktober 2021, E. 3.4; ZR 121 (2022) Nr. 33 E. 3.7.2.

85 KUKO ZPO-DROESE, Art. 241 N 6.

86 BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 29; BERTI, Rz. 490; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 35; KUKO ZPO-DROESE, Art. 241 N 6; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 18; DROESE, S. 321 ff.; BALMER, S. 290 f. Fn. 36 und 46.

87 BSK ZPO (1. Aufl.)-OBERHAMMER, Art. 241 N 30.

88 GUT, S. 166 f.; PC CPC-CHABLOZ, Art. 65 N 8.

Rechtskraftumfang.⁸⁹ Diese Auffassung stützt sich auf die historische Auslegung und den Sinn der Fortführungslast, die Einmaligkeit des Rechtsschutzes zu wahren, Rechtssicherheit zu schaffen und die beklagte Partei davor zu schützen, sich immer wieder gegen dieselbe (Vor-)Frage verteidigen zu müssen.⁹⁰

Wenn der Klagerückzug mit einer Klageänderung einhergeht, stellt sich ein zusätzliches Problem. Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO sieht vor, dass die Gegenpartei der Klageänderung zustimmen kann, wodurch kein sachlicher Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anspruch mehr vorausgesetzt wird. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Zustimmung auch als Zustimmung zum Rückzug der Klage i.S.v. Art. 65 ZPO zu werten ist. Geht man davon aus, dass Art. 65 und Art. 227 ZPO mit Blick auf den Beklagtenchutz jeweils eine andere Stossrichtung haben,⁹¹ dürfte diese Frage zu verneinen sein. Ist in einem Fall unklar, worauf sich die Zustimmung bezieht, so müsste das Gericht u.E. seiner Fragepflicht nachgehen und die Tragweite der Zustimmungserklärung klären.

3. Privilegierter Klagerückzug

Wird hinsichtlich des ursprünglichen Streitgegenstandes eine Erledigung durch Rückzug angenommen, muss die klagende Partei die in Art. 106 Abs. 1 und Art. 241 Abs. 2 ZPO normierten Nachteile in Kauf nehmen, um in den Genuss einer Klageänderung zu kommen. Fraglich scheint, ob dies vom Gesetzgeber so beabsichtigt war oder ob damit die Zwecke des Rechtsinstituts infrage gestellt werden. So vertritt namentlich die überwiegende Lehre in Deutschland, dass die Regelung der Klageänderung gemäss §§ 263 ff. der deutschen Zivilprozessordnung (nachfolgend «DZPO») abschliessend sei und folglich die Bestimmungen über die Klagerücknahme (§ 269 DZPO) verdränge (sog. Isolationstheorie).⁹² Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass durch ein zusätzliches Erfordernis der Klagerücknahme bei einer wirksamen Klageänderung die vom Gesetzgeber mit der Klageänderung beabsichtigten Erleichterungen zunichtegemacht würden.⁹³ Diese Auslegung ist allerdings nicht unumstritten.⁹⁴ Auch in Österreich wird das Verhältnis zwischen der sog. «Klagsänderung» (§ 235 der österreichischen Zivilprozessordnung, nachfolgend

89 Vgl. BGer, 5A_383/2020, 22. Oktober 2021, E. 3.4.

90 ZR 121 (2022) Nr. 33 E. 3.7.3 und 3.7.5.

91 Dazu eingehend unten, S. 71 f.

92 MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 47 und § 264 N 23; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 70 ff.; Zöller-GREGER, § 263 N 6; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 99 Rn. 26 f.; BRAUN, S. 453 ff. und 663 ff.

93 Vgl. eingehend WALTHER, S. 425 ff.; ferner die in vorstehender Fn. genannten Autor*innen.

94 Vgl. für die sog. «Kumulationstheorie» Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 31 und § 264 N 16 f.; GROSS, S. 357 ff.; SCHLINKER, S. 4 f.

«ÖZPO») und der «Zurücknahme der Klage» (§ 237 ÖZPO) im Sinne der Isolationstheorie bestimmt.⁹⁵

Die Materialien zur ZPO lassen allerdings nicht erkennen, dass der Gesetzgeber die Klageänderung als privilegierten Klagerückzug konzipiert hat; sie stellen zwischen beiden Rechtsinstituten keinen Bezug her.⁹⁶ Dieser Befund entspricht im Ergebnis dem herkömmlichen Verständnis der schweizerischen Lehre, wonach Klagerückzug und Klageänderung auf unterschiedlichen Regelungsgedanken basieren; sie dienen zwar beide dem Schutz der beklagten Partei, jedoch unter einem anderen Aspekt:

Die Bestimmungen über die Klageänderung sind Ausfluss der Eventualmaxime⁹⁷. Zur Gewährleistung einer möglichst schnellen Prozessdurchführung und zur Wahrung der Interessen der beklagten Partei kann die Klageänderung nicht unbeschränkt zugelassen werden.⁹⁸ Mit den gesetzlich vorgesehenen Beschränkungen der Klageänderung soll verhindert werden, dass die klagende Partei durch einen neuen Angriff das Verfahren verschleppt⁹⁹ und dem Gegner die Abwehr über Gebühr erschwert, indem sie ihn zur Umstellung seiner Verteidigungsstrategie zwingt.¹⁰⁰

Die in Art. 65 ZPO geregelte Ausschlusswirkung des Klagerückzugs verkörpert hingegen die sog. Fortführungslast.¹⁰¹ Danach soll eine Klage nach Zustellung an die Gegenpartei nicht mehr ohne Rechtsverlust zurückgenommen werden können. Vielmehr hat die beklagte Partei von diesem Zeitpunkt an einen schutzwürdigen Anspruch auf die rechtskräftige Beurteilung des Streitgegenstandes.¹⁰² Die Fortführungslast soll mithin verhindern, dass die klagende Partei unüberlegt oder schikanös eine Klage einreicht.¹⁰³ Sie schützt die beklagte Partei davor, durch einen einseitigen Abbruch des Angriffs um die «Früchte» ihrer Rechtsverteidigung gebracht zu werden, trägt aber auch dem Bedürfnis nach endgültiger Befriedigung des Rechtsstreits Rechnung.¹⁰⁴

95 Fasching/Konecny-KLICKA, § 235 N 8 und 17 mit Hinweis auf abweichende Auffassungen in Fn. 45.

96 Vgl. BOTSCHAFT ZPO, S. 7341, wo lediglich der Zusammenhang zum Novenrecht betont wird.

97 KLINGLER, Rz. 125; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 2; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 2; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 2.

98 HABSCHIED, S. 232; ROHNER, S. 7.

99 Vgl. oben, S. 61; KLINGLER, Rz. 125; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 1, 25; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 44; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 1; SOLIVA, S. 33 ff.

100 Vgl. etwa GULDENER, S. 235; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 27 Rn. 19.

101 KUKO ZPO-DROESE, Art. 65 N 1.

102 Vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 8.

103 PC CPC-CHABLOZ, Art. 65 N 1; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 6.

104 Vgl. zur *ratio* der Fortführungslast ferner ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 8; BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 6.

Mit der Fortführungslast soll gewährleistet werden, dass sich die beklagte Partei nicht wiederkehrend mit dem *gleichen* Angriff befassen muss, während durch die Einschränkung der Klageänderung verhindert werden soll, dass sich die beklagte Partei fortlaufend mit einem *neuen* Angriff konfrontiert sieht. Beide Regelungskomplexe knüpfen dementsprechend an unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahrensabschnitte an. Liegt Art. 65 ZPO und Art. 227 ZPO somit ein komplementärer Zweck zugrunde, spricht dies nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen¹⁰⁵ gegen die Annahme einer abschliessenden Regelung (sog. positive oder kumulative Normenkonkurrenz). Die Klageänderung schafft u.E. daher keine Durchbrechung der Fortführungslast.

4. Ausscheiden analog zu einem nicht beurteilten Eventualbegehren

Wie erwähnt, wird die Geltendmachung einer Klageänderung im Zweifelsfall so ausgelegt, dass die klagende Partei an der ursprünglichen Klage hilfsweise (für den Fall der Unzulässigkeit der neuen Klage) festhält.¹⁰⁶ Die h.L. nimmt an, dass ein Eventualbegehren bei Gutheissung des Hauptbegehrens *ex tunc* aus der Rechtshängigkeit entlassen werde und so zu behandeln sei, als ob es nie beantragt worden sei.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob der ursprüngliche Streitgegenstand bei der Klageänderung in entsprechender

105 Vgl. z.B. BGE 142 II 369 E. 5.3: «Eine Normenkollision, welche zur Nichtanwendung der einen Norm führt, liegt aber nur vor, wenn mehrere Normen denselben Sachverhalt unter identischen Gesichtspunkten unterschiedlich regeln. Wenn hingegen verschiedene Normen ein und denselben Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen, liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor, d.h. es sind beide Normen kumulativ anwendbar [...]».

106 Vgl. oben, S. 66.

107 SUTER, S. 297; KLINGLER, Rz. 53, 83; vgl. auch SUTTER-SOMM, Rz. 398; für die deutsche Lehre: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 65 Rn. 32. GULDENER (S. 214, Fn. 3) vertritt dagegen, dass im Falle der Gutheissung des Hauptbegehrens über das Eventualbegehren entweder zu entscheiden oder dieses mittels Klagerückzug abzuschreiben sei. Einer anderen Auffassung zufolge ist das Eventualbegehren im Fall der Gutheissung des Hauptbegehrens als gegenstandslos abzuschreiben (so für das Rechtsmittelverfahren: BGER, 5A_613/2015, 22. Januar 2016, E. 5; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 180 N 18). HUBER-LEHMANN, S. 908, geht schliesslich davon aus, dass auf das Eventualbegehren nicht einzutreten sei. Sie begründet dies damit, dass bei Gutheissung des Hauptbegehrens das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei an der Beurteilung des Eventualbegehrens nachträglich wegfällt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Rechtsfolgen eines nachträglichen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses umstritten sind. Nach der wohl h.L. und bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt der Wegfall des Rechtsschutzinteresses nach Eintritt der Rechtshängigkeit dazu, dass das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen abzuschreiben sei (BGER, 4A_249/2018, 12. Juli 2018, E. 2.2; BGER, 4A_226/2016, 20. Oktober 2016, E. 5; BK ZPO-KILLIAS, Art. 242 N 10; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 242 N 5; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 242 N 1; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 5; BK ZPO-ZINGG, Art. 60 N 53; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 25; a.M. ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 28; BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 4).

Weise behandelt werden könnte.¹⁰⁸ Während bei einer eventuellen Klagehäufung das Eventualbegehren von Beginn an bloss bedingt gestellt wird, wird bei der Klageänderung der ursprüngliche Streitgegenstand zunächst unbedingt gestellt. Das Eventualbegehren entgeht der Fortführungslast, weil die klagende Partei von Anfang an klar macht, dass sie das Eventualbegehren nur für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens in den Hauptprozess einbringt. Im Falle einer Gutheissung des Hauptbegehrens ist das Eventualbegehren dann so zu behandeln, als wäre es nie gestellt worden. Bei einer Klageänderung bringt jedoch die klagende Partei den ursprünglichen Streitgegenstand von Beginn an in den Prozess ein und entscheidet erst nach der Einbringung, dass kein Interesse mehr an einer Weiterverfolgung des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs besteht. Daher sind diese beiden Konstellationen u.E. nicht vergleichbar. Entsprechend sollte der ursprüngliche Streitgegenstand im Unterschied zum Eventualbegehren auch nicht ohne Abstandsfolgen aus der Rechtshängigkeit ausscheiden dürfen.

5. Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit (Art. 242 ZPO)

Vereinzelte und ohne nähere Auseinandersetzung mit der h.L. wird auch vertreten, dass die ursprüngliche Klage mit der Zulassung der Klageänderung gegenstandslos werde.¹⁰⁹ Dabei ist unbestritten, dass die klagende Partei das Verfahren im Fall einer Gegenstandslosigkeit unter Umständen durch eine Klageänderung fortführen kann. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn das Streitobjekt untergeht und die klagende Partei anstatt Herausgabe des Streitobjekts Schadenersatz verlangt.¹¹⁰ In einem solchen Fall kann die Klageänderung als Antrag verstanden werden, die ursprüngliche Klage als gegenstandslos abzuschreiben.¹¹¹ Davon ist aber die Frage zu unterscheiden, ob die Zulassung der Klageänderung als solche dazu führt, dass die ursprüngliche Klage – etwa im Sinne einer sog. prozessualen Überholung¹¹² – gegenstandslos wird.¹¹³ Grundsätzlich wird Gegenstandslosigkeit i.S.v. Art. 242 ZPO angenommen, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv dahinfällt.¹¹⁴ Gegenstands-

108 Vgl. in diese Richtung ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

109 Vgl. oben, Fn. 68.

110 Vgl. zum Ganzen etwa BK ZPO-KILLIAS, Art. 242 N 8 m.w.N.

111 Vgl. dazu allgemein ADDOR, S. 180 ff.

112 Bei dieser Fallgruppe der Gegenstandslosigkeit wird die Entscheidung über die hängige Klage durch die Entscheidung in einem anderen Verfahren überflüssig, vgl. dazu ADDOR, S. 98.

113 Unklar diesbezüglich aber ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 3.

114 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 242 N 5; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 242 N 1.

losigkeit liegt daher allgemein vor, wenn keine Partei mehr ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Fortführung bzw. Entscheidung hat, weil sich der Streitgegenstand während des Verfahrens ausserprozessual «erledigt» hat.¹¹⁵ Erfasst werden Konstellationen, in denen nicht Parteidispositionen, sondern andere Gründe den Prozess gegenstandslos werden lassen.¹¹⁶ Dies trifft jedoch bei einer zulässigen Klageänderung gerade nicht auf den ursprünglichen Streitgegenstand zu. Vielmehr wird über den ursprünglichen Streitgegenstand aufgrund einer Parteidisposition – nämlich der beantragten Klageänderung – nicht mehr verhandelt. Deshalb kann auch nicht von einer Gegenstandslosigkeit aufgrund des Wegfalls des Streitgegenstandes ausgegangen werden. Die Zulassung der Klageänderung lässt sich daher u.E. nicht unter Art. 242 ZPO subsumieren.

D. Streitwert und Kostenverteilung

Über die Kosten vor und nach der Klageänderung ist im verfahrensabschliessenden Entscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO)¹¹⁷ grundsätzlich gemeinsam zu entscheiden.¹¹⁸ Die Kosten für die alte und die neue Klage jeweils gesondert festzusetzen, als hätte die klagende Partei die alte Klage zurückgezogen und eine neue Klage eingeleitet, widerspräche dem Prinzip der Kosteneinheit¹¹⁹ und wäre kaum sachgerecht. Es handelt sich um ein einheitliches Verfahren, zeichnet sich die Klageänderung doch gerade dadurch aus, dass der ursprüngliche Prozess mit einem neuen Streitgegenstand weitergeführt wird.¹²⁰ Nicht geklärt ist allerdings, nach welchem Rechtsbegehren (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO) der Streitwert bei einer Klageänderung zu bestimmen ist.¹²¹ Das Gesetz regelt nur den Fall, dass mehrere Rechtsbegehren *nebeneinander*, nicht aber, dass mehrere Rechtsbegehren *nacheinander* gestellt werden (vgl. Art. 93 ZPO). Denkbar wäre dabei insbesondere, die Streitwerte zusammenzurechnen

115 ZK ZPO-LEUMANN-LIEBSTER, Art. 242 N 3.

116 DIKE Komm. ZPO-KRIECH, Art. 242 N 1; vgl. BOTSCHAFT ZPO, S. 7345.

117 Die Kosten der ursprünglichen Klage sind somit nicht separat im Abschreibungsabschluss festzusetzen, vgl. aber BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56.

118 Vgl. bereits SOG 1985 Nr. 7; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 34; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 104.

119 Vgl. dazu eingehend in diesem Band STRUB, S. 96: Nach dem Grundsatz der Kosteneinheit «soll [...] keine Kostenausscheidung nach gewissen Verfahrensabschnitten erfolgen, sondern «in der instanzbeendenden Entscheidung einheitlich über sämtliche Kosten der Instanz» geurteilt werden».

120 So zutreffend bereits SOG 1985 Nr. 7.

121 Unklar in dieser Hinsicht auch BRIDEL, Rz. 400 ff.

(Art. 93 Abs. 1 ZPO analog; Prinzip der Wertaddition¹²²) oder aber nur auf das höherwertige Begehren abzustellen (analog zur eventuellen Klagehäufung; Höchstwertprinzip¹²³).

Addiert man die Streitwerte der ursprünglichen und der neuen Klage analog Art. 93 Abs. 1 ZPO, würde eine Klageänderung (ausser bei sich ausschliessenden Rechtsbegehren¹²⁴) zu einer Streitwerterhöhung und damit zu Mehrkosten führen. Dies hätte zur Folge, dass die klagende Partei gemäss Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO im Umfang des Werts des ursprünglichen Streitgegenstandes als unterliegend gilt und anteilig kostenpflichtig wird. Aufgrund der durch die Werteaddition eintretenden Gebührendegression¹²⁵ würden die Prozesskosten aber immerhin insgesamt tiefer ausfallen als bei einer separaten Festsetzung, womit die mit dem Rechtsinstitut angestrebten Kostenvorteile¹²⁶ zumindest teilweise gewahrt blieben. Dogmatisch spricht gegen diese Lösung allerdings die Wertung von Art. 91 Abs. 1 S. 2 ZPO. Ähnlich wie das Haupt- und Eventualbegehren schliessen sich das ursprüngliche und das geänderte Rechtsbegehren nach dem Willen der klagenden Partei aus, sodass das Gericht nicht beide gutheissen kann.¹²⁷

Auch die Literatur scheint sich implizit gegen eine Zusammenrechnung auszusprechen,¹²⁸ denn sie stellt für das Obsiegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) nur auf das geänderte Rechtsbegehren ab.¹²⁹ Auch wenn die klagende Partei bei einer Klageänderung formal betrachtet nicht vollständig obsiegt,¹³⁰ kann der herrschenden Meinung u.E. grundsätzlich gefolgt werden, denn es kommt für das Obsiegen auf das Endergebnis des Rechtsstreits an.¹³¹ Ist der Streitwert des geänderten Begehrens gleich hoch oder höher, muss die hinsichtlich des neuen Streitgegenstandes unterliegende Partei folglich für die Kosten des gesamten

122 Vgl. BRIDEL, Rz. 661.

123 Vgl. BRIDEL, Rz. 662.

124 So z.B. bei Umstellung von einer Erfüllungs- auf eine Schadenersatzklage, vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 93 N 2.

125 Vgl. zur degressiven Ausgestaltung der kantonalen Gebührentarife etwa § 4 Abs. 1 GebV OG/ZH und § 4 Abs. 1 AnwGebV/ZH.

126 Vgl. SOLIVA, S. 33.

127 Vgl. zur *ratio legis* von Art. 91 Abs. 1 ZPO etwa BRIDEL, Rz. 527.

128 Unklar diesbezüglich auch BRIDEL, Rz. 400 ff.

129 Vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 3; PESENTI, Rz. 433. Ähnlich auch die deutsche Lehre: MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 34; Zöller-GREGER, § 263 N 18 und 32; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 107.

130 Vgl. Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO: Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend.

131 Vgl. BGE 148 III 182 3.2 m.w.N. und dazu eingehend in diesem Band STRUB, S. 95 f.

Rechtsstreits aufkommen.¹³² Die klagende Partei trifft – unabhängig vom Verfahrensausgang – nur dann eine Kostenpflicht, wenn der alte Streitgegenstand ausscheidbare Mehrkosten verursacht hat, die ihr nach Art. 108 ZPO¹³³ auferlegt werden können (z.B. für hinfällig gewordene Beweisaufnahmen).¹³⁴ Hat die neue Klage dagegen einen geringeren Streitwert, kann sie nicht alleine ausschlaggebend für den Streitwert und das Obsiegen sein. Vielmehr müssten u.E. in diesem Fall auch der obsiegenden klagenden Partei (analog Art. 227 Abs. 3 ZPO) in Höhe der Streitwertdifferenz Verfahrenskosten auferlegt werden,¹³⁵ da eine Klagereduktion nicht zu einer Verminderung des Gebührenstreitwerts führt.¹³⁶ Im Ergebnis richtet sich der Streitwert bei einer zulässigen Klageänderung u.E. somit nach dem höherwertigen Rechtsbegehren.

E. Rechtsmittel

Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine prozessuale Vorfrage, über welche das Gericht in der Regel in den Erwägungen des Endentscheids (Art. 237 ZPO) befindet.¹³⁷ Erachtet das Gericht die Klageänderung als zulässig, so unterliegt der Entscheid über den geänderten Streitgegenstand den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO, ggf. Beschwerde, Art. 319 lit. a ZPO).¹³⁸

Wird die Gutheissung (oder Abweisung) der geänderten Klage angefochten, sind die Voraussetzungen der Klageänderung als Prozessvoraussetzungen auch im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu prüfen.¹³⁹ Unter der

132 Vgl. MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100.

133 Vgl. eingehend zu den Voraussetzungen von Art. 108 ZPO in diesem Band STRUB, S. 101ff.

134 Vgl. zum deutschen Recht MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 104; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 3.

135 In diesem Sinne wohl auch SOLIVA, S. 128 mit Fn. 58. Vgl. auch MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 100 und 104. Zu den Kostenfolgen einer Klagereduktion BGer, 4A_396/2021, 2. Februar 2022, E. 4.4.

136 Vgl. FREY, Rz. 191; BRIDEL, Rz. 394 und 397. Das kantonale Recht kann für diesen Fall aber eine Reduktion des Gebührentarifs vorsehen, vgl. etwa § 10 Abs. 1 GebV OG/ZH.

137 FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 24; SOLIVA, S. 115f.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 27. Allgemein zum Verfahren der Prüfung der Prozessvoraussetzungen KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 6.

138 Nicht aber der Abschreibungsentscheid hinsichtlich des ursprünglichen Streitgegenstandes, vgl. unten, S. 78.

139 Vgl. allgemein zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren SEILER, Rz. 492 ff. und 1617 ff.; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 2. Rügt die beklagte Partei die Zulassung der Klageänderung nicht, kann darin aber allenfalls eine konkludente Zustimmung liegen (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO).

ZPO handelt es sich dabei um eine Rechtsfrage, welche das Rechtsmittelgericht mit freier Kognition prüft (Art. 310 lit. a bzw. 320 lit. a ZPO).¹⁴⁰

Das Gericht kann die Klageänderung aber auch in einem selbständigen Zwischenentscheid für zulässig erklären, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung umgehend ein Endentscheid möglich ist und somit der Kosten- oder Zeitaufwand deutlich reduziert werden kann (Art. 237 ZPO).¹⁴¹ Erstere Voraussetzung dürfte dabei stets gegeben sein.¹⁴² Erklärt die Rechtsmittelinstanz die Klageänderung entgegen der Vorinstanz für unzulässig, kann sie das Verfahren zwar in der Regel nicht abschliessen,¹⁴³ hinsichtlich des geänderten Streitgegenstandes kann aber ein Teilentscheid ergehen (Nichteintreten).¹⁴⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt ein Teilentscheid eine Variante des Endentscheids i.S.v. Art. 236 ZPO dar, weil mit ihm über eines oder einige von mehreren Rechtsbegehren (objektive oder subjektive Klagehäufung) abschliessend befunden wird.¹⁴⁵ Es handelt sich dabei nicht um verschiedene materiellrechtliche Teilfragen eines Anspruchs, sondern um verschiedene Rechtsbegehren.¹⁴⁶

Ein Zwischenentscheid kann primär mit Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) oder subsidiär mit Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) angefochten werden; nicht möglich ist eine spätere Anfechtung mit dem Endentscheid (Art. 237 Abs. 2 ZPO).¹⁴⁷ Vor Bundesgericht kann ein Zwischenentscheid entweder selbständig (Art. 93 Abs. 1 BGG) oder zusammen mit dem Endentscheid (Art. 93 Abs. 3 BGG) angefochten werden. Eine selbständige Anfechtung setzt dabei voraus, dass der Zwischenentscheid einen nicht wiedergutzumachenden

140 Anders teilweise unter dem kantonalen Prozessrecht, wo die Zulassung im Ermessen des Gerichts lag, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 61 N 24; SOLIVA, S. 86 mit Fn. 1 und 117; ROHNER, S. 16.

141 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 16; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 21.

142 SOLIVA, S. 115; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 6; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17; einschränkend aber BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56: Ein Zwischenentscheid komme bei einer Klageänderung im engeren Sinne in Betracht, weil bei einer abweichenden Beurteilung durch die obere Instanz rasch ein Endentscheid über die neue Klage herbeizuführen ist (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Bei einer Klageänderung im weiteren Sinn (Klageerweiterung) seien hingegen die Voraussetzungen für einen selbständigen Zwischenentscheid i.d.R. nicht erfüllt; Ausnahme bilde die Prozessüberweisung nach Art. 227 Abs. 2 ZPO.

143 Weil über den ursprünglichen Antrag zu entscheiden bleibt, vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

144 Vgl. unten, S. 81.

145 BGE 146 III 254 E. 2.1; BGE 141 III 395 E. 2.2; BGE 135 III 212 E. 1.2.1.

146 BGE 146 III 254 E. 2.1.

147 BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; DOLGE, S. 51.

Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Zeit- oder Kostenaufwand für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Bei Unzulässigerklärung der Klageänderung wird auf die geänderte Klage nicht eingetreten und das Verfahren insoweit abgeschlossen. Dennoch geht die Rechtsprechung nicht von einem (Teil-)Endentscheid i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG aus, sofern über die ursprüngliche Klage zu entscheiden bleibt.¹⁴⁸ Eine Anfechtung ist in diesem Fall nur möglich, wenn die Zulassung der Klageänderung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Ein erstinstanzlicher Zwischenentscheid, der die Zulässigkeit der Klageänderung bejaht und im kantonalen Verfahren zwingend selbständig anzufechten ist, ist daher in der Regel vor Bundesgericht nur zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar.¹⁴⁹

Erkennt die Rechtsmittelinstanz auf Unzulässigkeit der Klageänderung, hat sie den Entscheid über den geänderten Streitgegenstand aufzuheben und darauf nicht einzutreten. Schwierigkeiten bereitet in dieser Konstellation wiederum das Schicksal der ursprünglichen Klage (welche die Vorinstanz zufolge Rückzugs abgeschrieben hat, Art. 241 Abs. 3 ZPO). Hier stellt sich die Frage, ob die klagende Partei den ursprünglichen Antrag – analog zu einem Eventualbegehren¹⁵⁰ – im Rechtsmittelverfahren erneuern kann, sodass bei Unzulässigkeit der Klageänderung darüber entschieden wird bzw. die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Entscheidsurrogate nach Art. 241 ZPO beenden das Verfahren grundsätzlich *ipso iure* unmittelbar.¹⁵¹ Mangels Entscheidqualität können sie weder mit Berufung oder Beschwerde gemäss ZPO noch mit Beschwerde gemäss BGG angefochten werden.¹⁵² Möglich ist nur, mit Revision geltend zu machen, das Entscheidsurrogat sei unwirksam (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO).¹⁵³ In der Regel wird die klagende Partei aber nicht bereits mit der Eröffnung des Entscheids über die geänderte Klage, sondern erst mit dessen formeller Rechtskraft auf den ursprünglichen Anspruch verzichten wollen, da sie andernfalls Gefahr liefe, im Ergebnis «mit leeren Händen» dazustehen. Das spricht dafür, den Rückzug und die Verfahrensabschreibung als aufschiebend bedingt auf-

148 Vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

149 Vgl. BGer, 4A_721/2016, 23. Januar 2017, E. 2.

150 Siehe zur Erneuerung des Eventualbegehrens im Rechtsmittelverfahren SEILER, Rz. 1130; HUBER-LEHMANN, S. 909f.

151 Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO); das Gericht schreibt das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

152 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 20; BGE 139 III 133 E.1.2; BAECKERT/WALLMÜLLER, S. 19.

153 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 21; BOTSCHAFT ZPO, S. 7380; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 15; BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 49f.; DOLGE, S. 52.

zufassen.¹⁵⁴ Lehnt man eine solche Gestaltungsmöglichkeit ab, müsste man der klagenden Partei u.E. aber zumindest im Rahmen einer Revision die Möglichkeit geben, auf ihren ursprünglichen Antrag zurückzukommen.

IV. Verfahren und Entscheid bei unzulässiger Klageänderung

A. Rechtshängigkeit

Ob der neu erhobene Anspruch auch bei einer unzulässigen Klageänderung rechtshängig wird, ist in der Lehre umstritten. Nach der wohl herrschenden und u.E. zutreffenden Auffassung kommt es für die Rechtshängigkeit des neuen Anspruchs nicht auf die Zulässigkeit der Klageänderung an.¹⁵⁵ Dies lässt sich damit begründen, dass die Voraussetzungen der Klageänderung (besondere Prozessvoraussetzungen darstellen¹⁵⁶ und eine Klage auch bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung rechtshängig wird.¹⁵⁷ Nach der Gegenauffassung bedingt die Geltendmachung des neuen Streitgegenstandes hingegen die Zulassung der Klageänderung.¹⁵⁸

B. Gegenstand des Entscheids

Bei einer unzulässigen Klageänderung hat das Gericht über die Zulässigkeit und die Begründetheit des ursprünglichen Anspruchs zu entscheiden, soweit die klagende Partei diesen nicht zurückgezogen hat.¹⁵⁹ Ausserdem hat es – soweit der h.L. gefolgt wird – hinsichtlich des neuen Streitgegenstandes einen Nichteintretensentscheid zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO).¹⁶⁰ Würde hingegen davon ausgegangen, der neu erhobene Anspruch werde bei einer unzulässigen

154 Von vornherein unzulässig wäre eine solche Bedingung nicht, weil sie auf ein sog. innerprozessuales Ereignis bezogen ist, vgl. allgemein zur Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen HUBER-LEHMANN, S. 902.

155 SOLIVA, S. 118; MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 48, 54; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 36; a.M. (Rechtshängigkeit nur bei zulässiger Klageänderung) HESS, S. 77; PC CPC-CHABLOZ, Art. 62 N 2; CR CPC-BOHNET, Art. 62 N 19.

156 KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 39; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N 12; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 82.

157 Zutreffend SOLIVA, S. 118.

158 Vgl. (ablehnend) MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 54; Wiczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 94; BLOMEYER, S. 233; WENDELSTEIN, S. 443.

159 Vgl. oben, S. 65f.

160 SOLIVA, S. 115f., 125; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 227 N 22; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 55; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 24; SEILER, Rz. 1417.

Auswechslung nicht rechtshängig, so dürfte darüber kein Entscheid ergehen (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Vielmehr müsste das Gericht die geltend gemachte Klageänderung in den Erwägungen des Entscheids über den ursprünglichen Streitgegenstand (vorfrageweise) für wirkungslos erklären,¹⁶¹ was sich unter Umständen auf die Berechnung des Streitwerts¹⁶² und die Rechtsmittelbeschwer¹⁶³ auswirkt.

C. Streitwert und Kostenverteilung

Auch im Falle einer unzulässigen Klageänderung kommen verschiedene Lösungen zur Streitwertbestimmung in Betracht. In Deutschland ist die Auffassung verbreitet, dass eine unzulässige Klageänderung den Streitwert nicht erhöhe und folglich keine Kostenpflicht auslöse;¹⁶⁴ massgeblich für den Streitwert ist somit nur der ursprüngliche Streitgegenstand. Diese Lösung leuchtet u.E. jedoch nur dann ein, wenn angenommen wird, der neue Streitgegenstand werde bei einer unzulässigen Klageänderung nicht rechtshängig, sodass darüber kein Entscheid ergeht.¹⁶⁵ Wird hingegen mit der h.L. in der Schweiz davon ausgegangen, dass das Gericht bei einer unzulässigen Klageänderung sowohl über den neuen als auch über den alten, hilfsweise aufrechterhaltenen Antrag entscheidet, so drängt sich wiederum auf, entweder die Streitwerte zusammenzurechnen (analog Art. 93 Abs. 1 ZPO) oder die Grundsätze von Haupt- und Hilfsbegehren sinngemäss anzuwenden, d.h., auf den höherwertigen Streitgegenstand abzustellen.¹⁶⁶ Da die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens allgemein nicht streitwertrelevant ist, sollte u.E. sowohl bei einer unzulässigen als auch bei einer zulässigen Klageänderung nach derselben Methode vorgegangen werden, was dafür spricht, auf den höherwertigen Streitgegenstand abzustellen.¹⁶⁷ Tritt das Gericht auf die geänderte Klage nicht ein, dringt die klagende Partei aber mit der ursprünglichen Klage durch,

161 So etwa Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 94; ferner MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 54.

162 Vgl. dazu sogleich unten, S. 80 f.

163 Würde bei Verweigerung der Klageänderung kein Nichteintretensentscheid gefällt werden, wäre die formelle Beschwer zweifelhaft, wenn das Gericht der ursprünglichen Klage stattgibt. Vgl. zur Beschwer unten, S. 81.

164 So etwa MüKo ZPO-BECKER-EBERHARD, § 263 N 102; Stein/Jonas-ROTH, § 263 N 37; Wieczorek/Schütze-ASSMANN, § 263 N 109; Zöller-GREGER, § 263 N 18.

165 Vgl. für eine grundsätzliche Kostenpflicht bei unzulässiger Klageänderung auch ZR 83 (1984) Nr. 93 E. 3; SOLIVA, S. 126.

166 Vgl. eingehend zur Streitwertberechnung bei der eventuellen Klagehäufung PESENTI, Rz. 804 ff.; HUBER-LEHMANN, S. 910 ff.

167 Vgl. oben, S. 75 f.

so unterliegt sie u.E. somit in dem Umfang, als der Streitwert des geänderten Begehrens jenen des ursprünglichen Begehrens übersteigt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).¹⁶⁸ Zudem trägt sie selbstverständlich allfällige Mehrkosten, welche die unzulässige Klageänderung verursacht hat (Art. 108 ZPO).¹⁶⁹

D. Rechtsmittel

Bei einer unzulässigen Klageänderung tritt das Gericht entweder zusammen mit dem Entscheid über die ursprüngliche Klage oder in einem selbständigen Teilentscheid auf die geänderte Klage nicht ein.¹⁷⁰ Durch den Nichteintretensentscheid ist die klagende Partei stets beschwert.¹⁷¹ Sie kann deshalb, auch wenn sie mit der ursprünglichen Klage obsiegt, auf dem Rechtsmittelweg die Zulassung der abgeänderten Klage verlangen.¹⁷²

Erstinstanzliche Teilentscheide sind wie erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und subsidiär mit Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) anfechtbar.¹⁷³ Endentscheide letzter kantonaler Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG) sind mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht anzufechten (Art. 90 BGG).¹⁷⁴ Ein Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Rechtsbegehren behandelt, ist jedoch nur dann ein vor Bundesgericht anfechtbarer Teilentscheid, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG).¹⁷⁵ Unabhängigkeit i.S.v. Art. 91 lit. a BGG liegt vor, wenn die Begehren auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können. Zudem ist erforderlich, dass der angefochtene Entscheid einen Teil des gesamten Prozessgegenstandes abschliessend beurteilt, sodass keine

168 So die h.M. für den entsprechenden Fall der Gutheissung des Eventualbegehrens: BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 106 N 3; BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 4; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 5. Nach a.A. sind die Kosten demgegenüber verhältnismässig zwischen Haupt- und Eventualbegehren zu teilen: PESENTI, Rz. 811 f.; HUBER-LEHMANN, S. 912.

169 Vgl. auch SOLIVA, S. 126.

170 Vgl. SOLIVA, S. 115, 125; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 56; CR CPC-SCHWEIZER, Art. 227 N 6; CP CPC-TREZZINI, Art. 227 N 17.

171 Allenfalls aber auch die beklagte Partei, wenn sie der Klageänderung zugestimmt hat (Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO). Vgl. allgemein zur Beschwer der beklagten Partei bei einem Nichteintretensentscheid SEILER, Rz. 531.

172 Vgl. im Ergebnis auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 51 N 9 und § 61 N 16; a.A. aber SCHLINKER, S. 3. Vgl. ferner entsprechend für den verwandten Fall der Abweisung des Hauptbegehrens bei eventueller Klagehäufung HUBER-LEHMANN, S. 908 f.; SEILER, Rz. 530.

173 BK ZPO-KILLIAS, Art. 236 N 16; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 13.

174 BK ZPO-KILLIAS, Art. 236 N 33; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 13.

175 BGE 146 III 254 E. 2.1.

Gefahr besteht, dass das Endurteil über den verbliebenen Prozessgegenstand im Widerspruch zum bereits rechtskräftig ausgefallten Teilurteil steht.¹⁷⁶ Im Verhältnis zwischen Haupt- und Eventualbegehren besteht nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Unabhängigkeit.¹⁷⁷ Überträgt man diese Erwägungen auf den Fall, dass die klagende Partei bei einer Klageänderung im engeren Sinne an ihrem ursprünglichen Anspruch hilfsweise festhält, können die ursprüngliche und die geänderte Klage nicht unabhängig voneinander beurteilt werden.¹⁷⁸ Analog zu einer selbständig eröffneten Abweisung des Hauptbegehrens dürfte ein selbständiger Nichteintretensentscheid auf die geänderte Klage unter dem BGG somit nicht als Teilentscheid (Art. 91 BGG), sondern als Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) zu qualifizieren sein.¹⁷⁹ Auch hier ergibt sich somit wiederum eine Diskrepanz zwischen dem Rechtsmittelrecht der ZPO und demjenigen des BGG.

Hat das Rechtsmittel gegen die Nichtzulassung der Klageänderung Erfolg, so ist über die geänderte Klage in der Sache zu entscheiden. Der Entscheid über den ursprünglichen Anspruch dürfte hingegen – analog zum Entscheid über das Eventualbegehren bei Gutheissung des Rechtsmittels gegen die Abweisung des Hauptbegehrens¹⁸⁰ – von Amtes wegen aufzuheben und das Verfahren in diesem Punkt zufolge Rückzugs abzuschreiben sein.

V. Ergebnisse und Konsequenzen für die Behandlung der Klageänderung im Entscheid

Mit einer Klageänderung kann die klagende Partei den Streitgegenstand an neu gewonnene Erkenntnisse oder Veränderungen der materiellen Rechtslage anpassen, ohne ein neues Verfahren einleiten zu müssen. Die Vornahme einer Klageänderung bewirkt, dass der neue Streitgegenstand *ex nunc*, also schon vor der Entscheidung über seine Zulässigkeit, rechtshängig wird. Über die Zulässigkeit der Klageänderung entscheidet das Gericht in der Regel in den Erwägungen des Endentscheids. Es handelt sich dabei um eine besondere Prozessvoraussetzung, welche das Gericht neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen prüft, bevor es auf die geänderte Klage eintritt.

176 BGE 146 III 254 E. 2.1; BGE 141 III 395 E. 2.4; BGE 135 III 212 E. 1.2.2, E. 1.2.3.

177 BGE 146 III 254 E. 2.2.

178 Vgl. oben, S. 66.

179 A.A. wohl SEILER, Rz. 1417.

180 Vgl. HUBER-LEHMANN, S. 909; SEILER, Rz. 1516; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 140 Rn. 7; BGE 135 III 212 E. 1.2.3; BGE 146 III 254 E. 2.2.2.2.

Ist die Klageänderung zulässig, so tritt der neue Streitgegenstand an die Stelle des alten. Das Gericht entscheidet in der Sache nur über den geänderten Streitgegenstand. Die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Streitgegenstandes endet dagegen nach Art. 241 ZPO (Klagerückzug), sofern nicht ausnahmsweise ein Fall von Art. 242 ZPO (Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen) vorliegt. Das Urteilsdispositiv setzt sich somit aus dem Sachentscheid über die geänderte Klage und einem Abschreibungsbeschluss über den ursprünglichen Streitgegenstand zusammen.

Erweist sich die Klageänderung hingegen als unzulässig, so tritt das Gericht auf den geänderten Streitgegenstand nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zudem bleibt über die Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Anspruchs zu entscheiden, sofern die klagende Partei diesen nicht zurückgezogen hat. Das Urteilsdispositiv enthält somit einen Nichteintretensentscheid über die geänderte Klage und einen Sach- oder Nichteintretensentscheid über die ursprüngliche Klage.

Unabhängig von der Zulässigkeit der Klageänderung enthält der Endentscheid einen gemeinsamen Kostenausspruch für die ursprüngliche und die geänderte Klage (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Soweit der neue Streitgegenstand wertmässig den bisherigen übersteigt, erhöht sich der Streitwert mit der Klageänderung. Bei einer zulässigen Klageänderung richtet sich die Kostenverteilung praxisgemäss nach der geänderten Klage. Für die klagende Partei fallen somit nur Kosten an, wenn der alte Antrag ausscheidbare Mehrkosten verursacht hat (Art. 108 ZPO) oder die geänderte Klage einen tieferen Streitwert als die ursprüngliche hat (Art. 227 Abs. 3 ZPO analog). Bei einer unzulässigen Klageänderung bietet es sich dagegen an, die Grundsätze von Haupt- und Hilfsbegehren sinngemäss heranzuziehen, d.h., die klagende Partei unterliegt insoweit, als der neue Streitgegenstand einen höheren Streitwert hat (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Erachtet das erstinstanzliche Gericht die Klageänderung als zulässig, so unterliegt der Endentscheid über den geänderten Streitgegenstand den ordentlichen kantonalen Rechtsmitteln (Berufung, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO; ggf. Beschwerde, Art. 319 lit. a ZPO). Die Klageänderung kann aber auch vorab in einem selbständigen Zwischenentscheid zugelassen werden, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung umgehend ein Endentscheid möglich ist und der Kosten- oder Zeitaufwand deutlich reduziert wird. Ein selbständig eröffneter erstinstanzlicher Zwischenentscheid unterliegt den ordentlichen Rechtsmitteln; eine spätere Anfechtung mit dem Endentscheid ist nicht möglich. Vor Bundesgericht ist der Zwischenentscheid nach der Rechtsprechung hingegen nur dann selbständig anfechtbar, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG); andernfalls ist er mit dem Endentscheid anzufechten (Art. 93 Abs. 3 BGG).

Ist die Klageänderung hingegen unzulässig, tritt das erstinstanzliche Gericht entweder zusammen mit dem Entscheid über die ursprüngliche Klage oder in einem selbständigen Teilentscheid auf die geänderte Klage nicht ein. Erstinstanzliche Teilentscheide unterliegen den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung; ggf. Beschwerde). Vor Bundesgericht ist ein Teilentscheid nur dann anfechtbar, wenn die gestellten Rechtsbegehren unabhängig voneinander beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG). Hält die klagende Partei hilfsweise am ursprünglichen Streitgegenstand fest, dürfte die geänderte Klage im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts kein selbständiges Rechtsbegehren darstellen, womit kein anfechtbarer Teilentscheid vorliegt.

Literaturverzeichnis

- ADDOR FELIX, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Diss., Bern 1997 (= ASR NF 600).
- BAECKERT ANDREAS / WALLMÜLLER ROBERT, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO), ZZZ 33-34/2014-2015, S. 15 ff.
- BALMER DOMINIK, Der Klagerückzug – prozessrechtliches Institut ohne materiellrechtliche Folge, ZZZ 44/2017, S. 287 ff.
- BAUMGARTNER SAMUEL / DOLGE ANNETTE / MARKUS ALEXANDER R. / SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018.
- BERGAMIN CHRISTOF, Unterbrechung der Verjährung durch Klage, Diss., Zürich 2018 (= AISUF 361).
- BERTI STEPHEN, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- BLOMEYER JÜRGEN, Die Klageänderung und ihre prozessuale Behandlung, JuS 1970, S. 123 ff. und 229 ff.
- BOHNET FRANÇOIS et al. (Hrsg.), Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-VERFASSER*IN).
- BRAUN JOHANN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014.
- BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse, Exemples choisis en droit du bail à loyer, Diss. Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2020 (= RJI 67).
- BRUNNER ALEXANDER / GASSER DOMINIK / SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, Art. 1-196, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm. ZPO-VERFASSER*IN).
- BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998.
- CHABLOZ ISABELLE / DIETSCHY-MARTENET PATRICIA / HEINZMANN MICHEL (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC CPC-VERFASSER*IN).

- CIPRIANO ALVAREZ et al. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 1-352), Band I, Berner Kommentar, Bern 2012 (zit. BK ZPO-VERFAS-SER*IN).
- DOLGE ANETTE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheidungen, in: Dolge Anette (Hrsg.), Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 43 ff.
- DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 2015.
- FASCHING HANS W. (Begr.) / KONECNY ANDREAS (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, 3. Aufl., III/1, Wien 2017 (zit. Fasching/Konecny-VERFAS-SER*IN).
- FRANK RICHARD / STRÄULI HANS / MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.
- GROSS ROLF, Klageänderung und Klagerücknahme, JR 1996, Heft 9, S. 357 ff.
- GULDENER MAX, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- GUT NICOLAS, Die prozessrechtlichen Wirkungen des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteils, in: Roland Fankhauser / Corinne Widmer Lüchinger / Rafael Klingler / Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016.
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel 1990.
- HESS LOTHAR, Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss., Winterthur 1957.
- HUBER-LEHMANN MELANIE, Tücken der eventuellen Klagenhäufung, AJP 2019, S. 900 ff.
- KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung Diss., Basel 2010 (= BStRA 98).
- KRÜGER WOLFGANG / RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§1-354, 6. Aufl., München 2020 (zit. MüKo ZPO-VERFAS-SER*IN).
- LEUCH GEORG / MARBACH OMAR / KELLERHALS FRANZ / STERCHI MARTIN H., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.

- MARKUS ALEXANDER R. / DROESE LORENZ, Zivilprozessrecht, Zürich 2018.
- OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-VERFASSER*IN).
- PESENTI FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss. Basel, Basel 2017 (= BStRA 131).
- ROHNER CHRISTOPH, Klageänderung, AJP 2001, S. 7 ff.
- ROSENBERG LEO / SCHWAB KARL HEINZ / GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- SCHLINKER STEFFEN, Das Recht des Beklagten auf ein Sachurteil im Zivilprozeß – Zur Problematik der Klageänderung, JURA 2007, S. 1 ff.
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013.
- SOLIVA THOMAS, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1992 (= ZStV 101).
- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZPO (1. Aufl.)-VERFASSER*IN).
- SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VERFASSER*IN).
- STEIN FRIEDRICH / JONAS MARTIN (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3: §§ 148-270, 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit. Stein/Jonas-VERFASSER*IN).
- SUTER BENEDIKT A., Zur objektiven Klagenhäufung, insbesondere zur eventuellen Häufung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, BJM 1997, S. 281 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-VERFASSER*IN).
- SUTTER-SOMM THOMAS / SEILER BENEDIKT (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-VERFASSER*IN).

TREZZINI FRANCESCO et al., Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2. Aufl., 2 Bände, Lugano 2017 (zit. CP CPC-VERFASSER*IN).

WALDER-RICHLI HANS ULRICH / GROB-ANDERMACHER BEATRICE, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.

WALTHER RICHARD, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, S. 423 ff.

WIECZOREK BERNHARD (Begr.) / SCHÜTZE ROLF. A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 4, §§ 253-299a, 4. Aufl., Berlin/Boston 2013 (zit. Wieczorek/Schütze-VERFASSER*IN).

ZÖLLER RICHARD (Begr.), Zivilprozessordnung, 34. Aufl., Köln 2021 (zit. Zöllerverfasser*IN).

Materialien

Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom Juni 2003.

Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl. 2006, S. 7221 ff. (zit. BOTSCHAFT ZPO).

**Dominik Bopp / Alexander Kistler /
Natalie Lisik / Kristof Reber**

Wozu denn nun Prozesse und Prozessrecht?

Schlusswort und Danksagung

Das vorliegende Werk knüpft an die seit 1999 bestehende Tradition des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses der Universität Zürich an, alljährlich im Rahmen der Schriftenreihe APARIUZ (Analysen und Perspektiven von Assisierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich) einen Sammelband vorzulegen. Es markiert den 24. Band der Schriftenreihe.

Der Titel des vorliegenden Sammelbands lehnt sich an den berühmten Roman Franz Kafkas an, in dem der Protagonist Josef K. Gegenstand eines diffusen, intransparenten und kaum fassbaren Gerichtsprozesses wird. Selbstverständlich ist dieses Bild für die Prozessrechtswissenschaft provokant, sollte doch ein Verfahren vor Gericht gerade die gegenteiligen Attribute aufweisen. Dennoch will die Analogie veranschaulichen, dass Prozesse in der Lebensrealität der Betroffenen zuweilen wenig greifbar erscheinen, da sie sich vielleicht erst im Laufe der Zeit vollständig erfassen lassen und dennoch die Prozesse an sich für das Endergebnis von eminenter Wichtigkeit sind. Zudem liegt der Analogie zu Kafka ein abstraktes Prozessverständnis zugrunde, womit für die Autor*innen die Möglichkeit geschaffen werden sollte, den Blick zu erweitern, um Prozesse ausserhalb der klassischen Verfahrensrechtslehre zu betrachten. Mitunter sollten im vorliegenden Sammelband trotz des Fokus auf den klassischen Gerichtsprozess auch Prozesse aus dem materiellen Recht Platz finden. Damit hat es sich das vorliegende Werk zum Ziel gesetzt, unterschiedliche Prozesse aus allen Rechtsgebieten in den Vordergrund zu rücken. Dies wurde zweifellos erreicht, konnten doch ausgezeichnete Beiträge aus den unterschiedlichsten Disziplinen eingeworben werden. Das Ergebnis ist ein diverses Werk, das nebst einer grossen Bandbreite an Fachrichtungen auch eine Vielzahl von Perspektiven und Ideen unter dem Dach einer abstrakten Figur vereint.

Der Sammelband wird von zwei hochkarätigen Gastautoren eröffnet, welche gleich zu Beginn grundlegende Fragen aufwerfen. Prof. Dr. iur. SAMUEL P. BAUMGARTNER fragt im Vorwort pointiert, wozu es denn Prozesse und Prozessrecht brauche. Den Auftakt zu den wissenschaftlichen Beiträgen macht

Univ.-Prof. Mag. Dr. Dr. h.c. PAUL OBERHAMMER mit der Frage, was denn ein*e jung*e Prozessrechtswissenschaftler*in sein könnte. Davon ausgehend sollen die Beiträge hier noch einmal Revue passiert werden.

Der *erste Hauptteil* sammelt Beiträge aus dem Zivilrecht und dem Zivilverfahrensrecht. Einleitend macht sich NIKOLA NASTOVSKI Gedanken zur Rolle der Verfahrensgrundrechte in Zivilverfahren mit Geheimnissen und charakterisiert letztere – in Anlehnung an Franz Kafka – als Türhüter. Daran anschliessend befassen sich CHRISTOPH REUSSER und HELIN DALLA PALMA mit der aktuellen ZPO-Revision und deren Auswirkungen auf den Arbeitsprozess. DOMINIK BOPP, ALEXANDER KISTLER und NATALIE LISIK widmen sich bislang wenig erforschten Fragen, die sich dem Zivilgericht im Falle einer Klageänderung stellen. FRANCO STRUB behandelt schliesslich das gerade aus Sicht der Parteien praktisch relevante Thema der prozessualen Anträge und deren Auswirkungen auf die Prozesskosten im schweizerischen Zivilprozessrecht.

Neben dem zivilgerichtlichen Verfahren fokussieren sich zwei Beiträge auf das materielle Zivilrecht: ANNA ELISA STAUFFER beschäftigt sich mit der bundesgerichtlichen Methode der Rechtsanwendung beim Innominatvertrag und beschreibt diese als Ausdifferenzierungsprozess. NANCY RUDOLPH fragt nach der vertragsrechtlichen Position ungeborenen Lebens. In ihrem Beitrag zur Geburt im Vertragsrecht geht sie auf die Qualifikation des Behandlungsvertrags als Vertrag zugunsten Dritter ein und beleuchtet Einzelfragen mittels eines Rechtsvergleichs mit Deutschland.

Im *zweiten Hauptteil* werden Fragen aus dem öffentlichen Recht und dem öffentlichen Verfahrensrecht behandelt. In ihrem ausführlichen Gastbeitrag beleuchtet die renommierte Europarechtsexpertin Prof. Dr. iur. CHRISTA TOBLER die Verfahrensarten vor dem EuGH in bilateralrechtlichen Fällen. FLORIAN GEERING untersucht mittels Datenanalyse, wie sich eine anwaltliche Vertretung auf die Erfolgsaussichten von Beschwerdeführer*innen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde auswirkt. In ihrem Beitrag analysiert ISABEL LINIGER die Rechtslage rund um die Formulierung von Abstimmungsfragen und PIA HUNKEMÖLLER schliesst den zweiten Hauptteil mit einer Analyse des Transparenzgebots im Vergabeverfahren.

Der *dritte Hauptteil* umfasst Beiträge aus dem Strafrecht und dem Strafverfahrensrecht. Auch dieser Teil wird mit einem hochkarätigen Gastbeitrag eröffnet: Oberrichterin Dr. iur. DENISE WEINGART beleuchtet das Einspracheverfahren gegen den selbständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO. DOMINIQUE DIETHELM, GISHOK KIRITHARAN und VIVIAN STEIN thematisieren die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise zur Aufklärung schwerer Straftaten. Abgeschlossen wird das Werk durch den Beitrag von

YANNICK WEBER, der mit der Frage nach der Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess im Kanton Zürich ein Querschnittsthema behandelt.

Die Beiträge im vorliegenden Sammelband weisen eine beachtliche thematische Breite auf und veranschaulichen eindrücklich, welche Relevanz unterschiedliche Prozesse für die Rechtswissenschaft und die Rechtsrealität haben. Intuitiv erscheint dies zunächst im Verfahrensrecht, wo unter anderem die Durchsetzung subjektiver Rechte und der Rechtsfrieden angestrebt werden. Versteht man den Prozess, wie in den vorliegenden Beiträgen, in einem weiteren Sinne, erkennt man dessen Relevanz auch für wichtige Anliegen im Bereich des Sozialschutzes, der Transparenz und der Internationalisierung. Zudem verdeutlichen die Beiträge die Wichtigkeit von Prozessen für die Methodenfindung im Einzelfall sowie die Entstehung innovativer Ideen. Somit kann auf die einleitend aufgeworfenen Fragen geantwortet werden, dass das Denken in und an Prozessen sowohl für die Erarbeitung von Grundlagen wie auch für die kritische Analyse spezifischer Einzelfragen unerlässlich ist. Was denn ein*e jung*e Prozessrechtswissenschaftler*in sein könnte, haben die Beitragenden eindrücklich gezeigt: Der Sammelband vereint junge, in der Akademie tätige Nachwuchsforschende, die kreativ sind und den Mut aufweisen, besonders genau hinzuschauen und kritische Fragen zu stellen. Diese wissenschaftliche Arbeit dient dazu, dass Recht und Rechtsanwendung eben nicht zu einem Prozess verkommen, dessen Subjekte sich wie der Protagonist Josef K. bei Franz Kafka in einem kuriosen Albtraum wiederfinden.

Zu guter Letzt gilt es jenen zu danken, welche die Veröffentlichung des vorliegenden Sammelbandes ermöglicht haben. Zuvorderst möchten wir uns bei den Autor*innen bedanken. Die hohe Qualität und die thematische Breite ihrer Beiträge zeichnen das Werk aus. Dass sie sich nebst der Mehrfachbelastung von Assistenzstätigkeit und Dissertationsprojekt für eine Publikation in diesem Rahmen zur Verfügung gestellt haben, ehrt uns sehr.

Ein spezieller Dank gilt den Verfasser*innen unserer Gastbeiträge. Mit SAMUEL P. BAUMGARTNER, PAUL OBERHAMMER, CHRISTA TOBLER und DENISE WEINGART konnten wir hochkarätige Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis motivieren, an unserem Projekt mitzuarbeiten. Mit ihren Beiträgen geben sie uns ein Stück ihrer reichen Erfahrung mit auf den Weg und bringen zum Ausdruck, dass ihnen die Förderung des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses am Herzen liegt. Zweifellos sind ihre Beiträge eine Veredelung des vorliegenden Werks.

Dem sui generis-Verlag gilt es für die angenehme Zusammenarbeit und die Förderung des vorliegenden Projektes zu danken. Besonders bedanken möchten wir uns bei den Peer-Reviewer*innen, deren Arbeit ein besonderes Gütesiegel für das Werk bedeutet.

Ein abschliessender Dank gilt den Herausgeber*innen des 23. Bandes IRINA LEHNER, CAROLINE RAUSCH, LEA INA SCHNEIDER und ANNA ELISA STAUFFER in deren grosse Fussstapfen wir treten durften und die uns mit Tipps und Tricks rund um das Projekt zur Seite standen.

Ganz zum Schluss freuen wir uns, dass wir ein Team von motivierten Herausgeberinnen für den nächsten Band, welcher gleichzeitig das 25. Jubiläum der APARIUZ-Reihe markieren wird, gefunden haben. Wir wünschen Ihnen viel Erfolg, Freude und Elan beim kommenden Projekt.

Zürich, Dezember 2023

Dominik Bopp

Alexander Kistler

Natalie Lisik

Kristof Reber

051

APARIUZ XXIV

Prozesse haben eine zentrale Stellung in der Rechtswissenschaft. Die XXIV. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ stellt den Gerichtsprozess in den Vordergrund und öffnet gleichzeitig den Blick für andere Prozesse im Recht. Die Autor*innen behandeln nebst verfahrensrechtlichen Fragen Prozesse des Sozialschutzes, der Transparenz, der Internationalisierung und der Methodenfindung. Der Sammelband umfasst Beiträge von Nachwuchswissenschaftler*innen der Universität Zürich sowie Gastbeiträge von etablierten Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis.

sui generis

ISBN 978-3-907297-51-3

DOI 10.38107/051