Zivilabteilung des Obergericht des Kantons Bern

Section civile de la Cour Suprême du Canton de Berne

www.justice.be.ch/obergericht
www.justice.be.ch/coursupreme

Kreisschreiben Übergangsrecht ZPO

30. September 2010, rev. 8. November 2011

Übergangsrecht zur neuen Zivilprozessordnung

A. GESETZLICHE VORGABEN

1. Die begonnene Instanz wird nach demjenigen Prozessrecht zu Ende geführt, das bei ihrer Anrufung gegolten hat (Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH). Das befasste Gericht muss nicht mitten im Prozess neues Verfahrensrecht anwenden. Das bisherige (kantonale) Prozessrecht gilt daher bis zum Abschluss der jeweiligen Instanz weiter.

2. Der Rechtswechsel findet zwischen den Instanzen statt. Der Instanzenzug und das Verfahren vor den Rechtsmittelinstanzen richten sich nach neuem Recht, falls der Gerichtsentscheid nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wird (Art. 405 Abs. 1 ZPO-CH). Massgebend ist nicht das Entscheiddatum, sondern der Tag der Eröffnung.

3. Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben, wenn sich der Gerichtsstand entweder aus dem alten oder dem neuen Recht ergibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO-CH).

B. KEINE ENTSCHEIDERÖFFNUNGEN ÜBER DEN JAHRESWECHSEL

Das Umsteigen auf die neue Prozessordnung findet zwischen den Instanzen statt. Massgebend für die Rechtsmittelwahl ist der Zeitpunkt der Entscheideröffnung. Wenn ein Entscheid im Jahr 2011 eröffnet wird, ist er nach der ZPO-CH anzufechten. Ab 1. Januar 2011 sind alle Entscheide - auch jene der altrechtlichen Verfahren inkl. der selbständigen Zwischenentscheide - einheitlich nach den Regeln von Art. 239 ZPO-CH zu eröffnen.

Um sicherzustellen, dass ein Entscheid beiden Parteien im selben Jahr eröffnet wird, weist das Obergericht die erstinstanzlichen Gerichte an, alle Entscheide entweder (mit Rechtsmittelbelehrung nach ZPO-BE) schriftlich **vor dem 10. Dezember 2010** oder aber (mit Rechtsmittelbelehrung nach ZPO-CH) erst im Januar 2011 zu eröffnen. Vorbehalten bleiben selbstverständlich Entscheide, deren Eröffnung keinen Aufschub erträgt.

C. 2011 EINGEREICHTE KLAGEN UND GESUCHE

Für alle ab 1. Januar 2011 eingereichten Klagen und Gesuche kommt die ZPO-CH zur Anwendung (ungeachtet, ob ein Aussöhnungsversuch nach altem Recht stattgefunden hat oder nicht).

Zuständig ist das Regionalgericht oder die nach ZPO-CH vorgesehene einzige kantonale Instanz (z.B. Handelsgericht).

Achtung: In der Regel ist vor Klageeinreichung ein Schlichtungsverfahren vor der regionalen Schlichtungsbehörde durchzuführen (Ausnahmen siehe Art. 198 und 199 ZPO-CH).

D. HÄNGIGE VERFAHREN

1. Streitigkeit befindet sich im Stadium des Aussöhnungsverfahrens

Das Ladungsersuchen ist im Jahr 2010 nach bisherigem (kantonalen) Recht eingereicht worden; die Klage aber noch ausstehend:

Grundsatz

Für die Durchführung des Aussöhnungsverfahrens gilt das bisherige Recht (ZPO-BE), und zwar unabhängig davon, ob die Ladung zur Aussöhnung die Rechtshängigkeit begründet hat oder nicht. Es wird eine altrechtliche Klagebewilligung erteilt. Zur Anwendung gelangt die altrechtliche ordentliche Klagefrist von 6 Monaten gemäss Art. 153 Abs. 3 ZPO-BE[1].

Achtung: Die Klage ist dann aber nach ZPO-CH einzureichen. Das heisst, das Umsteigen findet nach der "*Instanz*" Aussöhnungsrichter statt, die mit dem Erteilen der Klagebewilligung abgeschlossen ist. Die nächste Instanz ist das urteilende Gericht (vgl. dazu DOMINIK GASSER, Anwaltsrevue 6-7/2010, 256).

Im Einzelnen ist wie folgt zu differenzieren:

[1] Fassung November 2011

a) ZPO-CH sieht Schlichtung vor

- Am 1. Januar 2011 hängige Aussöhnungsverfahren gehen zur Durchführung an die regionalen Schlichtungsbehörden (Art. 94 Abs. 5 lit. a EG ZSJ). Entgegen dem Wortlaut von Art. 94 Abs. 5 EG ZSJ wenden die Schlichtungsbehörden *bisheriges (kantonales) Verfahrensrecht* an (zwingende Anwendung von Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH) und erteilen eine altrechtliche Klagebewilligung. Entsprechende Klagen sind dann nach neuem Recht einzureichen.

- Wurde die Klagebewilligung im Jahr 2010 erteilt und läuft am 1. Januar 2011 eine Klagefrist, ist *nach neuem Recht zu klagen*. Es gelten die Klagefristen von Art. 153 Abs. 3 und 4 ZPO-BE. Das Einhalten dieser Klagefristen wahrt allfällige Verwirkungsfristen.

- Zur Fristberechnung vgl. unten E.

- Zu den vorsorglichen Massnahmen vgl. unten F.

b) ZPO-CH sieht keine Schlichtung vor (Art. 198 ZPO-CH)

- Es wird der klagenden Partei überlassen, ob sie Klage nach neuem Recht einreicht und gleichzeitig das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch zurückzieht. In solchen Fällen sind Verwirkungsfristen durch Einreichung der Klage nach neuem Recht gewahrt.

  Wird keine Klage eingereicht bzw. das Ladungsbegehren nicht zurückgezogen, führt die Schlichtungsbehörde einen Schlichtungsversuch nach altem Recht durch. Es gilt das unter lit. a Gesagte.

- **Achtung:** In Verfahren, in denen das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch nach altem Recht die Rechtshängigkeit bewirkte (z.B. Scheidung, handelsgerichtliche Verfahren mit Auslandbezug nach IPRG) bleibt die Rechtshängigkeit erhalten, wenn das Aussöhnungsverfahren nach altem Recht durchgeführt und innert altrechtlicher Klagefrist geklagt wird, hingegen nicht, wenn das Ladungsbegehren zum Aussöhnungsversuch zurückgezogen und die Klage nach neuem Recht angehoben wird.

- Zur Fristberechnung vgl. unten E.

- Zu den vorsorglichen Massnahmen vgl. unten F.

2. Streitigkeit ist durch Klage oder Gesuch rechtshängig

- Am 1. Januar 2011 beim Gerichtspräsidenten/bei der Gerichtspräsidentin hängige Klage- und Gesuchsverfahren (ordentliche, Kompetenz-, Scheidungs- oder Summar-) gehen in Anwendung von Art. 94 Abs. 1 EG ZSJ an das Regionalgericht über. Die hängigen Verfahren werden nach bisherigem (kantonalem) Verfahrensrecht zu Ende geführt (Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH). Der Endentscheid wird in der Form der ZPO-CH eröffnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung gemäss ZPO-CH versehen.

- **Achtung:** Die Instanz nicht abschliessende Vor- und Zwischenentscheide sowie prozessleitende Verfügungen sind mit den neurechtlichen Rechtsmitteln der ZPO-CH anzufechten, auch wenn das Verfahren gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH nach altem Recht seinen Fortgang nimmt (BGer 5A_320/2011).[2]

  Ablehnungsverfahren gegen Gerichtspräsidenten / Gerichtspräsidentinnen, die ein erstinstanzliches Verfahren nach altem Recht führen, werden nach neuem Recht beurteilt (Art. 47 ff ZPO-CH i.V.m. Art. 18 EG ZSJ).[3]

- **Achtung:** Für hängige Verfahren, die bundesrechtlichen Regeln unterstehen (z.B. Scheidungsverfahren), gelten die per 1. Januar 2011 aufgehobenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts weiter (z.B. aArt. 116 und 135 bis 147 ZGB).

- **Achtung:** Hebt die Rechtsmittelinstanz (unter Anwendung der Bestimmungen zur Berufung, Art. 308 ff. ZPO-CH, oder zur Beschwerde, Art. 319 ff. ZPO-CH) den Entscheid auf oder kassiert das Urteil von Amtes wegen und weist die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO-CH bzw. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO-CH oder Art. 19 EG ZSJ an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurück, so erfolgt diese nach bisherigem Recht (Grundsatz der Einheit der Instanz). Die Wiederherstellung eines im Jahr 2010 ergangenen Säumnisurteils - wie auch das anschliessende Verfahren - richten sich ebenfalls nach bisherigem Recht.

3. Mietrechtliche Verfahren

- Hängige Schlichtungsverfahren vor den Mietämtern gehen in Anwendung von Art. 94 Abs. 5 lit. b EG ZSJ an die Schlichtungsbehörden über. Die Schlichtungsbehörden wenden *bisheriges*

[2] Fassung November 2011
[3] Fassung November 2011

Verfahrensrecht an. **Achtung:** Die per 1. Januar 2011 aufgehobenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesrechts gelten weiter (z.B. aArt. 259i Abs. 1 und 2, aArt. 273 Abs. 4 und 5 sowie aArt. 300 OR). Die Klagelast richtet sich nach altem Recht (vgl. z.B. aArt. 259i und aArt. 273 Abs. 5 OR).

- Läuft eine bundesrechtliche *Klagefrist* nach aArt. 274f OR, werden die Regionalgerichte zuständig. Die Regionalgerichte wenden auf Klagen, die nach dem 1. Januar 2011 eingehen, die ZPO-CH an.

- **Ausweisung von Mietern nach aArt. 274g OR (Kompetenzattraktion)**

  Ist beim Mietamt im Jahr 2010 ein Schlichtungsverfahren betreffend ausserordentliche Kündigung bzw. Erstreckung des Mietverhältnisses hängig und gelangt der Vermieter im Jahr 2011 mit einem Gesuch um Ausweisung gemäss Art. 257 ZPO-CH (Rechtsschutz in klaren Fällen) an das Gericht, hat der Ausweisungsrichter nach altem Recht über die Kündigung und die Erstreckung zu befinden. Die aArt. 274a Abs. 1 lit. d bzw. aArt. 274g OR finden trotz neurechtlicher Verfahrenseinleitung Anwendung.

  In nicht liquiden Fällen wird der Vermieter dagegen auf das normale Mietverfahren (Schlichtung, dann vereinfachtes Verfahren [Art. 197 ff und 243 ff ZPO-CH]) verwiesen. Diesfalls richtet sich das Verfahren nach neuem Recht (Schlichtung bzw. Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde, allenfalls Klagebewilligung und Anrufung des Richters gemäss Art. 211 ZPO-CH) und die aArt. 274a Abs. 1 lit. d bzw. aArt. 274g OR finden keine Anwendung.

  Die Schlichtungsbehörde hat demzufolge bei hängigem Schlichtungsverfahren und nachfolgendem *Ausweisungsgesuch gem. Art. 257 ZPO-CH* (Ersuchen um Rechtsschutz in klaren Fällen) die Begehren des Mieters gemäss aArt. 274a lit. d OR dem Regionalgericht zu überweisen, während sie in den andern Fällen die Schlichtungsgesuche vereinigt.

4. <u>Streitigkeit ist vor Arbeitsgericht hängig</u>

- Die vor Arbeitsgericht hängigen Streitigkeiten gehen per 1. Januar 2011 an die Schlichtungsbehörden über (Art. 94 Abs. 5 lit. b EG ZSJ). Die Schlichtungsbehörden wenden *bisheriges (kantonales) Verfahrensrecht* an.

- Kommt keine Einigung zu Stande, fällen die Schlichtungsbehörden (in Streitsachen mit einem Streitwert unter Fr. 8'000.--) einen *Entscheid*, auch wenn sie nach neuem Recht (vgl. Art. 210 Abs. 1 lit. c und Art. 212 Abs. 1 ZPO-CH) dazu nicht befugt oder verpflichtet sind. Der Entscheid ist mit neurechtlicher Rechtsmittelbelehrung (Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO-CH) zu versehen.

E. FRISTWAHRUNG FÜR LAUFENDE FRISTEN

Bei gesetzlichen und richterlichen Klagefristen, die im Jahre 2010 zu laufen beginnen, aber im Jahre 2011 auslaufen, richtet sich die *Länge* der Frist nach *altem Recht*, die *Wahrung* derselben hingegen nach *neuem Recht*. Es sind somit einerseits die Regeln des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 ZPO-CH, andererseits die neuen Normen zur obligatorischen Schlichtung (bzw. dem Wegfall eines Schlichtungsverfahrens) zu beachten. Bei vielen SchKG-Klagen (Art. 198 lit. e ZPO-CH) und generell bei richterlichen Klagefristen (Art. 198 lit. h ZPO-CH) entfällt das Schlichtungsverfahren, und es ist direkt eine Klage in den Formen von Art. 221 ZPO-CH (ordentliches Verfahren) bzw. Art. 244 ZPO-CH (vereinfachtes Verfahren) einzureichen.

Achtung: Betroffene müssen abwägen, ob es für sie im Einzelfall Sinn macht, bis und mit dem 31. Dezember 2010 fristwahrend ein Aussöhnungsverfahren nach kantonalem Recht einzuleiten, um so in den Genuss von Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH zu kommen oder ob sie ab Januar 2011 ohne Schlichtung direkt klagen wollen (bzw. ob sie in denjenigen Fällen, in denen nach bisherigem Recht kein Schlichtungsverfahren einzuleiten gewesen wäre, nach neuem Recht ein solches aber vorgeschrieben ist, noch im Dezember 2010 eine Klage einreichen oder im Januar 2011 ein Schlichtungsverfahren anheben).

F. VORSORGLICHE MASSNAHMEN/EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN

1. Anwendbares Recht

- Am 1. Januar 2011 hängige Verfahren und Gesuche betreffend vorsorgliche Massnahmen werden nach altem Recht (weiter)behandelt.

- Vorsorgliche Massnahmen, um die während altrechtlich hängigem Hauptprozess oder Aussöhnungsverfahren im Jahre 2011 ersucht wird, richten sich hingegen nach neuem Recht.

- Ebenso richten sich vorsorgliche Massnahmen, um die während laufender altrechtlicher Klagefrist im Jahre 2011 ersucht wird, nach neuem Recht. Dies gilt auch für Verfahren, die mit Einreichung des Ladungsgesuchs rechtshängig wurden (vgl. oben D. 1. b)

2. Zuständigkeit

- Hängige Verfahren und Gesuche betreffend vorsorgliche Massnahmen gehen per 1. Januar 2011 an das Regionalgericht über.
- Für vor Abschluss des Aussöhnungsverfahrens im Jahre 2011 angehobene Gesuche um vorsorgliche Massnahmen ist das Regionalgericht bzw. die nach ZPO-CH vorgesehene einzige kantonale Instanz (z.B. Handelsgericht) zuständig.
- Gleiches gilt für vorsorgliche Massnahmen, die während laufender altrechtlicher Klagefrist im Jahre 2011 verlangt werden.

G. Übergang von der alten zur neuen Behördenordnung namentlich mit Blick auf Gemeinden, bei denen die Zuständigkeit ändert

Der Wechsel von der alten zur neuen Behördenordnung kann zu Problemen führen, weil es Gemeinden gibt, bei denen bisheriger Gerichtskreis und neue Gerichtsregion nicht übereinstimmen (z.B. Fraubrunnenamt, oberes Gürbetal). Das Obergericht ordnet folgendes Vorgehen an:

- Die bei einem erstinstanzlichen **Gericht** hängigen Klage- und Gesuchsverfahren (ordentliche, Kompetenz- Scheidungs- oder Summar-) sowie die hängigen Aussöhnungsverfahren werden durch das für den bisherigen Gerichtskreis zuständige Regionalgericht bzw. die entsprechende Schlichtungsbehörde zu Ende geführt (Art. 94 Abs. 1 EG ZSJ).

- Wurde bereits eine Klagebewilligung erteilt, ist die Klage im Jahre 2011 bei dem nach der *neuen Ordnung* zuständigen Regionalgericht einzureichen. Falsch eingereichte Klagen sind von Amtes wegen weiterzuleiten.

- Bei einem **Mietamt** hängige Schlichtungsverfahren gehen an die *neuen* regionalen Schlichtungsbehörden über (Art. 94 Abs. 5 lit. b EG ZSJ). Die Zuständigkeit der regionalen Schlichtungsbehörde ergibt sich aus der Zugehörigkeit der Gemeinde zu einer der vier Gerichtsregionen (Bsp. Mietamt Münchenbuchsee überweist die Akten an die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland).

  Läuft eine Klagefrist gemäss Art. 274f OR, ist die Klage bei dem nach der *neuen Ordnung* zuständigen Regionalgericht einzureichen. Falsch eingereichte Klagen sind von Amtes wegen weiterzuleiten.

- Hängige **Verfahren bei einem Arbeitsgericht** gehen an die *neuen* regionalen Schlichtungsbehörden über. Die Zuständigkeit

ergibt sich aus der Zugehörigkeit der Arbeitsgerichts- bzw. Anschlussgemeinde zu einer der vier Gerichtsregionen (Bsp.: Seftigen gehört zur Gerichtsregion Oberland).

Bern, 30. September 2010/
8. November 2011

Für die Zivilabteilung des Obergerichts
Die Präsidentin:
sig. Oberrichterin Christine Pfister Hadorn

Der Generalsekretär:
sig. Frédéric Kohler