

Das Rechtsschutzinteresse im internationalen Verhältnis

1124



Dr. MARCO STACHER,
Rechtsanwalt, LL.M.,
Zürich

Ansprüche hat.² Dass dieses Erfordernis auch im Anwendungsbereich der EMRK und der von ihr inspirierten Justizreform³ aufgestellt werden kann, lässt sich zum einen mit der Rechtsprechung des EGMR erklären⁴ und zum anderen damit, dass die Mitgliedstaaten den Zugang zu ihren Gerichten regeln können, wenn dies für eine ordnungsgemäße Rechtspflege erforderlich ist.⁵ Diesem Zweck dient das Erfordernis des sog. Rechtsschutzinteresses in der Tat: Nur Klagen in der Sache zu entscheiden, an deren Beurteilung die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse hat, stellt sicher, dass die Ressourcen des Rechtsschutzapparates für die tatsächlich drängenden und nicht für diejenigen Klagen eingesetzt werden, welche der Klägerin nicht weiterhelfen. In der Schweiz ist der Rechtsschutz in diesem Sinne limitiert: Eine Klage dringt nur durch, wenn die Klägerin am Rechtsschutz "interessiert" ist.⁶

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. These vom Rechtsschutzinteresse als Institut des Privatrechts
 - A. Rechtsprechung und Lehre
 - B. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung und Lehre
 - C. Problematik des verwendeten Abgrenzungskriteriums
- III. These vom Rechtsschutzinteresse als Institut des Prozessrechts
 - A. Abgrenzung des Privatrechts vom Prozessrecht
 - a) Einleitung
 - b) Funktions- und Lebensbereichstheorie
 - B. Klagerecht, Klagearten und Klagbarkeit
 - C. Eigenständigkeit des Rechtsschutzinteresses
 - D. Prüfung des Rechtsschutzinteresses
 - E. Funktion und Rechtsnatur des Rechtsschutzinteresses
 - F. Anwendbarkeit der *lex fori* im internationalen Verhältnis
- IV. Rechtsschutzinteresse im Schiedsverfahren
 - A. Einleitung
 - B. Beschränkte Funktion des Rechtsschutzinteresses in Schiedsverfahren
 - C. Gebot von Treu und Glauben
 - D. Relevanz der Grundsätze zur Kostentragung
- V. Ergebnis

I. Einleitung

1. Der Bundesbeschluss über die Reform der Justiz sieht explizit vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch ein Gericht hat.¹ Ebenso garantiert Art. 6 Ziff. 1 EMRK die Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche durch eine gerichtliche Instanz. Weder die Justizreform noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK bewirken jedoch, dass ein angerufenes Gericht die geltend gemachten Ansprüche ohne weiteres in der Sache beurteilen muss: Dies ist – neben anderen Voraussetzungen wie der Zuständigkeit dieses Gerichts – nur dann der Fall, wenn die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihrer

- 1 Vgl. die Bestimmung, welche gemäss diesem Beschluss als Art. 29a in die Bundesverfassung eingefügt werden soll (AS 2002 3148).
- 2 OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, N 11 zu Kapitel 7.
- 3 Vgl. ANDREAS KLEY, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER SCHWEIZER/KLAUS VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002, N 2 zu Art. 29a.
- 4 Vgl. das Urteil des EGMR vom 28. Juni 1990 i.S. *Obermeier v. Österreich*, N 68 (EuGRZ 1990, 209): Der Kläger war von seiner Arbeitgeberin freigestellt worden. Vor Gericht klagte er auf Aufhebung der Freistellung. Die Arbeitgeberin ihrerseits strengte ein Verwaltungsverfahren an, in welchem sie die Bewilligung zur Entlassung des Klägers beantragte (sie war dazu unter dem Invalideneinstellungsgesetz verpflichtet). Nachdem die Arbeitgeberin diese Bewilligung erhalten hatte, wurde das Gerichtsverfahren mangels Rechtsschutzinteresses eingestellt; wenn die Kündigung zulässig sei, bestehe kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Aufhebung der Freistellung. Der EGMR hielt es grundsätzlich für zulässig, im Gerichtsverfahren auf diese Weise auf die Bewilligung der Kündigung abzustellen, d.h. die Klage mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht zu beurteilen (vgl. N 29 hiernach zur Frage, ob in einem Schweizer Verfahren Gegenstandslosigkeit oder mangelndes Rechtsschutzinteresse anzunehmen gewesen wäre). Der EGMR schützte den Kläger jedoch aus dem Grund, dass das Verwaltungsverfahren – und somit auch das Gerichtsverfahren, insoweit es auf das Verwaltungsverfahren abstellte – den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Bezug auf die Unabhängigkeit der entscheidenden Organe nicht genüge.
- 5 JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Kehl 1996, N 59 zu Art. 6.
- 6 VOGEL/SPÜHLER (FN 2), N 11 zu Kapitel 7.

2. Im Allgemeinen wird dieses Erfordernis dabei als Teil des ungeschriebenen Bundesrechts verstanden.⁷ Da Bundesrecht kantonales Recht verdrängt,⁸ sind die kantonalen Bestimmungen, welche das Rechtsschutzinteresse regeln, bei dieser Betrachtungsweise obsolet; sie werden es jedenfalls ab Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung sein, welche das Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung für sämtliche Zivilprozesse nennt.⁹

3. Im nationalen Verhältnis ist das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses unbestritten. Die Klägerin muss ein schutzwürdiges Interesse am begehrten Rechtsschutz haben und Rechtsprechung und Lehre haben Kriterien entwickelt, anhand welcher es geprüft werden kann. Weniger evident ist die Rechtslage im internationalen Verhältnis, insbesondere (i) nach welchem Recht in einem internationalen Gerichtsverfahren zu prüfen ist, ob das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses besteht und, falls ja, ob es erfüllt ist, und (ii) ob dieses Erfordernis auch in einem internationalen Schiedsverfahren von Relevanz ist; das 12. Kapitel des IPRG enthält jedenfalls keine Bestimmung, welche es *expressis verbis* regelt.

4. Die beiden in N 3 hiervor aufgeworfenen Fragen zu beantworten, ist das Ziel dieses Aufsatzes. Ausgangspunkt dafür ist die ganz grundlegende Frage, ob das Rechtsschutzinteresse Teil des Privat- oder des Prozessrechts ist. Je nachdem ist anhand des in der Sache anwendbaren Rechts oder anhand der anwendbaren Verfahrensbestimmungen zu prüfen, ob eine Klage im internationalen Verhältnis bzw. eine Schiedsklage diese Voraussetzung erfüllen muss. Im ersten Fall, und dies ist beachtenswert, ist die Verfahrensart – Schiedsverfahren oder staatliches Gerichtsverfahren – ohne Einfluss auf das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses: Es hängt alleine vom in der Sache anwendbaren Recht ab; wenn dieses im Schiedsverfahren sowie im staatlichen Verfahren dasselbe ist, beurteilt sich das Rechtsschutzinteresse deshalb für beide Verfahrensarten nach denselben Regeln. Wenn das Rechtsschutzinteresse demgegenüber zum Prozessrecht zu zählen ist, sind das Prozessrecht und das Schiedsverfahrensrecht darauf zu untersuchen, wie sie das Rechtsschutzinteresse ausgestalten. Bei einer prozessualen Qualifikation ist es deshalb möglich, dass die Hürde, welche eine Schiedsklägerin nehmen muss, höher oder tiefer als diejenige einer Klägerin vor einem staatlichen Gericht ist.

II. These vom Rechtsschutzinteresse als Institut des Privatrechts

A. Rechtsprechung und Lehre

5. Lehre und Rechtsprechung gehen fast einhellig davon aus, dass das Rechtsschutzinteresse zum Privatrecht gehört. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf BGE 110 II 354–355;¹⁰ in dieser Entscheidung bestätigte das Bundesgericht die von der herrschenden Lehre vertre-

tene Meinung, dass das "*materielle Recht [...] abschliessend [regelt], unter welchen Voraussetzungen eine Feststellungsklage zuzulassen ist*". Mit dem Ausdruck "*abschliessend*" wird dabei auf das Feststellungsinteresse als Unterart des Rechtsschutzinteresses¹¹ abgezielt.

6. Nach dieser Rechtsprechung bestimmt mit anderen Worten das "*materielle Recht*", d.h. das Privatrecht, ob die Klägerin über ein Rechtsschutzinteresse verfügen muss und unter welchen Voraussetzungen es gegeben ist: Das Bundesgericht hält explizit zwar lediglich fest, dass das Feststellungsinteresse zum Bundesrecht zählt, aufgrund der Lehrmeinungen, auf welche es in der Begründung seines Entscheides verweist und welche das Rechtsschutzinteresse privatrechtlich qualifizieren, ist jedoch kein anderer Schluss möglich, als dass damit das materielle und nicht das formelle Bundesrecht gemeint ist. Letzte Gewissheit in dieser Hinsicht liefert BGE 129 III 299; dort führt das Bundesgericht aus, dass es eine Frage des anwendbaren materiellen Rechts sei, ob ein ausreichendes Feststellungsinteresse besteht. Für das Bundesgericht und für die herrschende Lehre, auf welche es verweist, zählt das Rechtsschutzinteresse demnach zum Privatrecht.

B. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung und Lehre

7. Die Grundlage für die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Postulat, dass das Privatrecht in der ganzen Schweiz einheitlich verwirklicht werden soll.¹²

8. KUMMER, auf welchen das Bundesgericht in BGE 110 II 355 an erster Stelle verweist, will die *Verwirklichung* des Privatrechts nun dadurch erreichen, dass Klage erheben kann, wer eine Privatrechtslage behauptet;¹³ wenn ein Rechtssubjekt aus dem Privatrecht etwas zu seinen Gunsten ableitet, dann soll es dies klageweise geltend machen können. Gegenstand der Klage kann konsequenterweise alles sein, was der behaupteten Privatrechtslage entspricht: Wer

7 Vgl. BGE 110 II 359 m.w.N.

8 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005, N 1173–1184.

9 Vgl. Art. 57 Abs. 2 lit. a des Entwurfes der Schweizerischen Zivilprozessordnung ("EZPO"; BB1 2006 7425).

10 Vgl. auch BGE 133 III 287; 129 III 299.

11 Vgl. STEPHEN BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Zürich 1989, N 188; HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, N 8 zu § 24.

12 MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954, 1–2 und 6–7; JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure cantonale, 80 II ZSR (1961), 66 ff., 124.

13 MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, 80 II ZSR (1961), 1 ff, 5; KUMMER (FN 11), 18 und 27; VOYAME (FN 11), 119.

eine Forderung behauptet, soll deren Erfüllung einklagen oder deren Feststellung fordern können.¹⁴

9. Eingeschränkt wird dieses umfassende Klagerecht im Modell von KUMMER dadurch, dass nur "die zum Urteil drängenden Rechtsbehauptungen" zur gerichtlichen Beurteilung gebracht werden können;¹⁵ wer aus purer Rechthaberei klagt, soll nicht geschützt werden.¹⁶ Der Behauptende muss mit anderen Worten ein Interesse wirtschaftlicher oder anderer Art daran haben, dass ihm das Urteil seine Rechtsbehauptung alsbald bestätigt.¹⁷ Nicht erforderlich ist demnach, dass das Interesse ein rechtliches ist. Ein tatsächliches Interesse ist ausreichend, wenn seine Verfolgung die Inanspruchnahme des Zivilprozesses erfordert.

10. Dass das Privatrecht nicht nur verwirklicht, sondern einheitlich verwirklicht wird, lässt sich nach KUMMER dadurch erreichen, dass zusätzlich zum Privatrecht auch das Klagerecht sowie das Rechtsschutzinteresse, welches es einschränkt, einheitlich geregelt werden. Eine derartige einheitliche Regelung wäre nun nicht möglich, wenn man das Rechtsschutzinteresse dem (kantonalen) Prozessrecht zuschlagen würde; es bestünde dann die Gefahr, dass eine Klage in einem Kanton den erforderlichen Grad des Rechtsschutzinteresses aufweist, in einem anderen jedoch nicht und dass die Klage dann nur am ersten Gerichtsstand durchdringt. Für KUMMER folgt daraus, dass das Klagerecht und das Rechtsschutzinteresse dem Bundesrecht zuzuordnen sind und daraus wiederum, dass es zum Privatrecht zählt, denn der Bundesgesetzgeber sei nur für den Erlass von Privatrecht zuständig.¹⁸

C. Problematik des verwendeten Abgrenzungskriteriums

11. Die Abgrenzung ist dann, wie es KUMMER selbst formuliert, "weitgehend zu einer rechtspolitischen Frage" geworden:¹⁹ Das Privatrecht soll einheitlich verwirklicht werden. Dies erfordert nach seiner Auffassung, dass die Verwirklichung unabhängig vom Gerichtsstand nach denselben Regeln erfolgt. Dies wiederum ist nur der Fall, wenn die Verwirklichung auf Bundesebene geregelt ist, was eine entsprechende Rechtsetzungskompetenz erfordert. *Expressis verbis* stand diese dem Bundesgesetzgeber bis vor kurzem im Privat-, nicht aber im Zivilprozessrecht zu. Dass KUMMER das Klagerecht und das Rechtsschutzinteresse zum Privatrecht zählt, ist deshalb nicht das Resultat einer Auseinandersetzung mit den Begriffen des Privat- und des Prozessrechts, sondern die Folge davon, dass er bei der Analyse der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen alleine auf den zu seiner Zeit gültigen Wortlaut der Bundesverfassung abgestellt hat.^{20, 21}

12. Auch die dogmatische Begründung, welche für die These vom Rechtsschutzinteresse als Institut des Privatrechts angeführt wird, ist letztlich nicht überzeugend: Das Privatrecht garantiert zwar den für seine Durchsetzung erforderlichen Rechtsschutz.²² In diesem Sinne ist zur Durchsetzung des Privatrechts jedoch das Klagerecht und nicht

das Rechtsschutzinteresse erforderlich; das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses steht der Durchsetzung des Privatrechts gerade entgegen; daraus, dass sich die Durchsetzbarkeit des Privatrechts aus diesem selbst ergibt, kann deshalb nicht auf die Rechtsnatur des Rechtsschutzinteresses geschlossen werden.²³

13. Dass der Ansatz von KUMMER unglücklich ist, zeigt sich auch daran, dass das Bundesgericht, welches ihm folgt, das Rechtsschutzinteresse zwar als privatrechtliches Institut versteht und deswegen eigentlich im Urteil über die Sache über das Rechtsschutzinteresse entscheiden müsste, dass nach seiner Auffassung aber auf eine Klage "nicht einzutreten ist", d.h. dass ein Prozessentscheid zu ergehen hat, wenn kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht.²⁴ Bereits dies macht deutlich, dass die privatrechtliche Qualifikation der allgemeinen Auffassung dessen widerspricht, was zum Privatrecht gehört.²⁵ Kommt hinzu, dass eine ganz

14 Vgl. KUMMER (FN 11), 27.

15 KUMMER (FN 11), 18 und 33; EBERHARD WIESER, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess, Bielefeld 1971, 33.

16 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, 209.

17 GULDENER (FN 15), 210; KUMMER (FN 11), 28 und 33; LEUCH, Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts im Sinne von Art. 56 OG oder kantonalen Rechts, 36 SJZ (1940), 293 ff., 296; VOYAME (FN 11), 119; WALDER-RICHLI (FN 10), N 10 zu § 24.

18 KUMMER (FN 11), 20; MAX KUMMER, Kommentar zu BGE 92 II 107, 104 ZBJV (1968), 137 ff., 142; ebenso LEUCH (FN 16), 293 (für das Klagerecht); VOYAME (FN 11), 120 (für das Klagerecht).

19 KUMMER (FN 11), 10.

20 Ebenfalls kritisch zu dem von Kummer verwendeten Abgrenzungskriterium äussert sich ALAIN WURZBURGER, La violation du droit fédéral dans le recours en réforme, 94 II ZSR (1975), 77 ff., 87–88, und auch Guldener weist darauf hin, dass das Bundesrecht prozessuale Vorschriften mit enthalten könne (GULDENER [FN 12], 22–23). Voyame wiederum vertritt die Meinung, dass das Rechtsschutzinteresse vom Bundesrecht geregelt werde; er lässt aber die Frage explizit offen, ob es ein Institut des Bundesprivat- oder des Bundesprozessrechts sei (VOYAME [FN 11], 120; ebenso LEUCH [FN 16], 296).

21 Dementsprechend geht Kummer bei einem Institut, welches im Unterschied zum Rechtsschutzinteresse nicht ungeschrieben ist, sondern im Bundesrecht explizit geregelt ist, bereits aufgrund der expliziten Regelung im Bundesrecht davon aus, dass es zum Privatrecht zählt (vgl. KUMMER [FN 11], 3); dies selbst dann, wenn das entsprechende Institut seinem Inhalt nach nicht privatrechtlicher Natur ist, es aber wegen seiner Regelung im Bundesrecht immerhin "formell zivilrechtliche[r]" Natur sei (vgl. KUMMER [FN 11], 5–6).

22 Vgl. N 8 hiervor und N 20 hiernach; BGE 110 II 354 a.E.

23 A.M. KUMMER (FN 11), 20, gemäss welchem das Klagerecht und das Rechtsschutzinteresse eine privatrechtlich zu qualifizierende Einheit bilden.

24 BGE 110 II 359.

25 Vgl. Fn. 75 hiernach.

einheitliche Verwirklichung des Privatrechts auch eine Vereinheitlichung in anderen Bereichen, wie dem Beweisrecht, erfordern würde.

14. Wie dem auch sei – die Vereinheitlichung des Prozessrechts ist nunmehr bloss eine Frage der Zeit. Und sobald die Eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft getreten ist, wird die einheitliche Verwirklichung des Privatrechts nicht mehr durch die Existenz einer Vielzahl von kantonalen Zivilprozessordnungen gefährdet. Die Vereinheitlichung des Prozessrechts bietet deshalb die Chance, die Frage, ob das Rechtsschutzinteresse Teil des Privat- oder des Prozessrechts ist, ohne Rücksicht auf die Restriktionen zu beantworten, welche aus der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen abgeleitet wurden. Das von KUMMER verwendete Abgrenzungskriterium war deshalb nicht nur von Beginn weg problematisch,²⁶ sondern hat aufgrund des alsbaldigen Inkrafttretens der Eidgenössischen Zivilprozessordnung auch seine Rechtfertigung verloren.

III. These vom Rechtsschutzinteresse als Institut des Prozessrechts

A. Abgrenzung des Privatrechts vom Prozessrecht

a) Einleitung

15. Die Unterscheidung zwischen Privat- und Zivilprozessrecht "erscheint" als "selbstverständlich".^{27,28} Zusätzlich zur Akzeptanz dieser Dichotomie existiert auch ein Vorverständnis dafür, wie die Abgrenzung der beiden Teilrechtsordnungen erfolgen soll: Das Privatrecht regelt bestimmte Aspekte des menschlichen Zusammenlebens, das Zivilprozessrecht dagegen den Prozess, in welchem die Ansprüche beurteilt werden, die sich aus dem Privatrecht ergeben, d.h. den Rechtsschutz.²⁹

b) Funktions- und Lebensbereichstheorie

16. Ein Ansatz, um das Privat- vom Prozessrecht abzugrenzen, stellt unmittelbar auf die verschiedenen Funktionen ab, welche den beiden Teilrechtsordnungen zukommen. Ausgangspunkt für diesen Ansatz, die Funktionstheorie, ist, dass Rechtsverhältnisse und Ansprüche durch die Verwirklichung bestimmter Tatbestände und nicht erst durch das Urteil des Richters entstehen.³⁰ So begründet bereits der Abschluss eines Kaufvertrags die Kaufpreisforderung und nicht erst das Urteil des Gerichtes, welches die Käuferin zur Erfüllung dieser Forderung verurteilt. Das Urteil stellt mit anderen Worten lediglich fest, ob die Klägerin etwas zu Recht gewollt hat.

17. Für die Funktionstheorie ist nun entscheidend, dass nur ein bestimmter Teil der Rechtsordnung einen Einfluss darauf hat, was ein Rechtssubjekt wollen kann, d.h. auf die Existenz und den Inhalt von Ansprüchen und Rechts-

verhältnissen. Es ist deshalb möglich, die Trennlinie entsprechend zu ziehen. Es sind dann diejenigen Normen zum Privatrecht zu zählen, welche Rechtsverhältnisse und Ansprüche regeln.³¹ Der Fokus der Funktionstheorie liegt mit anderen Worten auf dem Verhältnis zwischen Norm und Anspruch: Abgrenzungskriterium ist, ob eine Norm die Art und Weise der Feststellung des Anspruchs – d.h. des Streitgegenstands – oder den Streitgegenstand selbst betrifft.³² Im ersten Fall gehört sie zum Prozess-, im zweiten zum Privatrecht.³³

26 Vgl. Fn. 19 hiavor.

27 WOLFRAM HENCKEL, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, 5.

28 Dies lässt sich wie folgt erklären: (i) Zunächst ist diese Unterscheidung in der Schweizer Rechtsordnung (noch) von besonderer Bedeutung, weil das Privatrecht grundsätzlich vom Bund und das Zivilprozessrecht grundsätzlich von den Kantonen geregelt wird (Art. 122 BV). Am 12. März 2000 haben Volk und Stände jedoch den Bund ermächtigt, das Zivilprozessrecht zu vereinheitlichen, sodass dieser Grund an Bedeutung verlieren wird (vgl. IVO SCHWANDER, Einflussnahme der Parteien auf den Zivilprozess, ZZZ 2004 365 ff, 369). (ii) Die Normen, welche der einen bzw. der anderen Teilrechtsordnung zugewiesen werden, unterscheiden sich in bestimmten Punkten: Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung wendet jedes Gericht als Ausgangspunkt sein eigenes Zivilprozessrecht an, während es das anwendbare Privatrecht anhand der Kollisionsregeln des IPRG bestimmt (vgl. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Band I, 3. Auflage, St.Gallen/Lachen 2000, N 659). Und während die privatrechtlichen Wirkungen von Sachverhalten, welche sich vor dem Erlass von neuem Privatrecht verwirklicht haben, weiterhin nach bisherigem Recht beurteilt werden (Art. 1 SchlT ZGB), ist neu erlassenes Zivilprozessrecht in der Regel sofort anwendbar (VÖGEL/SPÜHLER [FN 2], N 93 zu Kapitel 1). (iii) Der Zivilprozess ist ein Zustand, welcher tatsächlich existiert, d.h. insoweit feststellbar ist, als er durch bestimmte Handlungen eingeleitet und beendet wird, und welcher sich durch die Involvierung des Staates vom ausserprozessualen Zustand abhebt.

29 Vgl. HORST KONZEN, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, Berlin 1976, 45 und 49–50; MICHAEL D. RISINGER, "Substance" and "Procedure" Revisited, UCLA Law Review 30 (1982/1983) 189 ff, 204–205.

30 GULDENER (FN 15), 56–57.

31 GULDENER (FN 15), 54.

32 Vgl. STEPHEN BERTI, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: STEPHEN BERTI/MARKUS KNELLWOLF/KAROLY KÖPE ET AL. (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991, 9 ff, 15.

33 Diese Definition ist für die hier interessierenden Belange ausreichend. Lediglich der Vollständigkeit halber ist deshalb darauf hinzuweisen, dass auch im Prozess Ansprüche zwischen den Parteien bestehen können. Insbesondere können die Prozessparteien auch in einem Prozess gesetzliche oder vertraglich begründete Pflichten treffen. Bei der Zuordnung der entsprechenden Pflichten zur einen oder zur anderen Teilrechtsordnung ist dann nicht auf ihren Pflichtcharakter, sondern auf ihre Funktion abzustellen: Wenn sie nicht dazu bestimmt sind, selbst Streitgegenstand zu sein, sondern dazu, das Vorgehen bei der Beurteilung eines (vorprozessualen) Streitgegenstandes zu re-

18. Im Unterschied zur Funktionstheorie schlägt die Lebensbereichstheorie diejenigen Normen dem Prozessrecht zu, "die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln; [während] das materielle Recht [...] das Verhalten in Lebensbereichen [regelt], in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans begegnen".³⁴ Während die Funktionstheorie den Schwerpunkt beim Zweck einer Norm setzt, konzentriert sich die Lebensbereichstheorie demnach darauf, wo eine Norm wirkt – im privaten Lebensbereich oder im Lebensbereich "Prozess".

19. Der Lebensbereichstheorie haftet der Nachteil an, dass sich der Lebensbereich "Prozess" nicht immer klar abgrenzen lässt. Das von der Funktionstheorie verwendete Abgrenzungskriterium ist insbesondere dann einfacher zu handhaben, wenn eine Handlung wie z.B. der Vergleich beide Teilrechtsordnungen betrifft³⁵ und dementsprechend aufgeschlüsselt werden muss. Es ist dann konkreter, die Rechtsnatur der Normen, welche die Handlung regeln, direkt zu bestimmen als dies über den Umweg der Qualifikation der einzelnen Teilhandlungen zu tun.³⁶ Das Privatrecht regelt demnach, was ein Rechtssubjekt wollen kann, das Prozessrecht, wie die Behauptung der Klägerin geprüft wird, etwas wollen zu können.³⁷

B. Klagerecht, Klagearten und Klagbarkeit

20. Dass ein Rechtssubjekt, welches glaubt, etwas wollen zu können, dieses Etwas klageweise geltend machen kann, folgt zwangsweise daraus, dass das Privatrecht nicht um seiner selbst willen besteht. Eine Privatrechtsordnung zu entwerfen, die zwar die Rechtsbeziehungen zwischen den Rechtssubjekten ordnet, aber nicht durchsetzbar ist, beseitigt Streitigkeiten zwischen den Rechtssubjekten nur in der Theorie, nicht aber in der Praxis; dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Aus der Statuierung des Privatrechts folgt deshalb – wie KUMMER dargelegt hat –³⁸ dass es auf entsprechende Klage hin autoritativ durchsetzbar sein muss.³⁹

21. Aus dem Privatrecht lässt sich so in einem ersten Schritt das Klagerecht herleiten; grundsätzlich kann ein Rechtssubjekt seine Behauptungen zum Urteil bringen. Und in einem zweiten Schritt ergibt sich aus dem Privatrecht – weil es bestimmt, was ein Rechtssubjekt wollen kann –,⁴⁰ welche Klagearten möglich sind: Wenn ein Rechtssubjekt eine Forderung behauptet, kann es begehren, dass der Schuldner zur Erfüllung dieser Forderung verurteilt wird; und wenn gemäss einem Gesellschafter ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 545 Abs. 2 OR besteht, kann er begehren, dass die einfache Gesellschaft aufgelöst wird. Diese Leistungs- und Gestaltungsklagen sind die logische Konsequenz der behaupteten Rechtslage. Zusätzlich zu diesen beiden Klagearten kann ein Rechtssubjekt die Feststellung begehren, dass eine bestimmte Rechtslage (nicht) gegeben ist. Da mit einer Feststellungsklage lediglich begehrt wird, eine wie auch

immer geartete Rechtslage festzustellen, ist sie als solche⁴¹ generell zulässig.⁴² Leistungs- und Gestaltungsklagen korrespondieren demgegenüber nur dann mit der Privatrechts-

geln, gehören sie zur zivilprozessualen Teilrechtsordnung (vgl. zum Ganzen MARCO STACHER, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St.Gallen 2007, N 30, 43, 55–58 und 60–62).

34 HENCKEL (FN 26), 24–25. Ihm folgend: MARKUS AFFOLTER, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. Bern 1994, 94; BERTI (FN 10), N 40–43; ISAAK MEIER, Privatrecht und Prozessrecht, in: PETER SCHLOSSER (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, 1 ff, 5. Kritisch: VOGEL/SPÜHLER (FN 2), N 8 zu Kapitel 2.

35 Der Abschluss eines Vergleiches zielt zum einen darauf ab, dass der Prozess beendet wird. Zum anderen einigen sich die Parteien in einem Vergleich über den Streitgegenstand: In einem Forderungsprozess geben beide Parteien in einem bestimmten Umfang nach und bestimmen so die Höhe des Anspruchs der Klägerin. Insoweit ist nicht der Rechtsschutz, sondern der (vorprozessuale) Streitgegenstand betroffen.

36 Verschiedene Autoren relativieren sowohl die Bedeutung der Funktions- als auch der Lebensbereichstheorie mit dem Argument, dass es aussichtslos sei, eine allgemeingültige, präzise Grenze zwischen Privat- und Zivilprozessrecht ziehen zu wollen (vgl. GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin/Frankfurt a.M. 1957, 185; BERTI [FN 31], 14; HANS REISER, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Diss. Zürich 1989, 54–55; DIETER SCHLUMPF, Dispositives Recht und Parteibefugnisse im Zivilprozess, Diss. Basel 1981, 23); es sei vielmehr zu prüfen, ob bei der gegebenen Fragestellung die prozessuale oder die privatrechtliche Seite im Vordergrund stehe (VOGEL/SPÜHLER [FN 2], N 9 zu Kapitel 2). In verschiedenen Fällen lässt es sich jedoch dadurch vermeiden, die Qualifizierung einer Norm über eine solche Gewichtung vorzunehmen, dass man zunächst den Regelungsbereich der fraglichen Norm bestimmt und dann nur diejenigen Aspekte zur Bestimmung ihrer Rechtsnatur mit einbezieht, welche die Norm direkt regelt. Zum Beispiel sind die Normen, welche sich mit der Klageerhebung befassen, nicht teilweise privat- und teilweise prozessrechtlicher Natur, nur weil die Klageerhebung die Unterbrechung der Verjährung bewirkt; dieser Aspekt der Klageerhebung wird vom Privatrecht geregelt (Art. 135 Ziff. 2 OR). Nur insoweit es nicht möglich ist, den Regelungsbereich der fraglichen Norm auf einen einheitlichen Kern zu reduzieren, ist es deshalb angebracht, auf ihren Schwerpunkt abzustellen.

37 Vgl. STACHER (FN 32), N 24–43.

38 Vgl. N 8 hiervor.

39 Vgl. zum Ganzen BGE 110 II 354; GULDENER (FN 12), 24–25; KUMMER (FN 11), 15 und 20; VOYAME (FN 11), 119.

40 Vgl. N 19 hiervor.

41 Die Feststellungsklage ist zwar in diesem Sinn generell zulässig. Zur Beurteilung in der Sache gelangt sie gemäss Rechtsprechung und Lehre jedoch nur, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung besteht.

42 Die Feststellung ist zwar keine vom materiellen Recht vorgeordnete Konsequenz, beispielsweise der Existenz einer Forderung, sie widerspricht dem materiellen Recht aber auch nicht: Ob etwas existiert, lässt sich feststellen; ein Rechtssubjekt kann deshalb die Feststellung der Rechtslage wollen.

lage, wenn die Verwirklichung bestimmter Tatbestände behauptet wird, und können nur unter dieser Voraussetzung gutgeheissen werden.⁴³

22. Zusätzlich zum Klagerecht und den Klagearten ist unter diesem Titel die Klagbarkeit zu erwähnen. Die Klagbarkeit ist ein Kennzeichen der meisten Forderungen mit dem Inhalt, dass auf ihre Erfüllung geklagt werden kann. Oft werden "Klagbarkeit" und "Klagerecht" dabei synonym verwendet.⁴⁴ Die Klagbarkeit befasst sich jedoch mit einem Attribut der Forderung, das Klagerecht mit dem Postulat, dass die Rechtslage verwirklicht werde. Insoweit kommt ihnen eine unterschiedliche Bedeutung zu. Ob zwischen Klagbarkeit und Klagerecht zu differenzieren ist,⁴⁵ ist jedoch primär von theoretischer Bedeutung: Wie das Klagerecht gehört auch die Klagbarkeit zum Privatrecht: Sie gibt Aufschluss darüber, was einem Rechtssubjekt im Urteil zugesprochen werden kann.⁴⁶

C. Eigenständigkeit des Rechtsschutzinteresses

23. Wenn ein Rechtssubjekt in Ausübung seines Klagerechts Klage erhebt, ist das Rechtsschutzinteresse eine Voraussetzung dafür, dass die Klage das gewünschte Resultat zeitigt.⁴⁷ Ohne Rechtsschutzinteresse wird der Klägerin der begehrte Rechtsschutz nicht gewährt. Ob ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht, beurteilt sich dabei anhand der gestellten Rechtsbegehren: Wenn ein Feststellungsbegehren gestellt wird, ist beispielsweise gemäss Lehre und Rechtsprechung zunächst zu fragen, ob ein Leistungsbegehren möglich wäre. Wenn ein Leistungsbegehren gestellt wird, besteht dagegen in den wenigsten Fällen Anlass zur Diskussion;⁴⁸ nichtsdestotrotz kann das Rechtsschutzinteresse auch in einem solchen Fall fehlen; beispielsweise wenn die Klägerin eine Forderung geltend macht, obwohl sie die Forderung unmittelbar durchsetzen könnte und somit auf den Prozess nicht angewiesen ist.⁴⁹ In einem Forderungsprozess ist das Rechtsschutzinteresse deshalb von der Klagbarkeit der Forderung zu unterscheiden.⁵⁰ Die Klagbarkeit der geltend gemachten Forderung führt nicht von selbst dazu, dass die Klägerin über ein schutzwürdiges Interesse verfügt. *Vice versa* sind Fälle denkbar, in denen ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht, ohne dass die geltend gemachte Forderung klagbar ist; zu denken ist beispielsweise an BGE 61 II 114–121: Das Bundesgericht wies in dieser Entscheidung eine Forderung aus einem Differenzgeschäft ab; es betrachtete mit anderen Worten implizit das Rechtsschutzinteresse als gegeben, verneinte aber die Klagbarkeit der geltend gemachten Forderung.^{51, 52}

24. Nicht zuletzt bei den ebenfalls unklagbaren Forderungen aus Spiel und Wette wird denn auch deutlich, dass mit den Erfordernissen der Klagbarkeit und des Rechtsschutzinteresses verschiedene Zwecke verfolgt werden: Solche Forderungen sind unklagbar, weil die Rechtsgeschäfte, aus denen sie hervorgehen, missbilligt werden und die Schuldnerin vor den Folgen solcher Rechtsgeschäfte geschützt werden

soll.⁵³ Das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses soll dagegen verhindern, (i) dass die Beklagte unnötig belastet wird und (ii) dass der Rechtsschutzapparat in Anspruch genommen und dadurch allenfalls überlastet wird, ohne dass die Klägerin ernsthaft auf den Rechtsweg angewiesen ist.⁵⁴ Die Klagbarkeit ist demnach ein Attribut des Streitgegenstands, während die Existenz eines ausreichenden Rechts-

43 Es ist deshalb nicht bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen, sondern erst bei der Entscheidung über die Rechtsbegehren zu entscheiden, ob die Klägerin die korrekte Klageart gewählt hat.

44 Vgl. beispielsweise ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2006, N 37 zu § 2.

45 Vgl. GULDENER (FN 12), 25, welcher zwischen dem "Anspruch auf Rechtsschutz", d.h. dem Klagerecht, und der "Klagbarkeit" zu unterscheiden scheint.

46 Vgl. N 19 hiervor.

47 Vgl. N 9 hiervor.

48 BERTI (FN 10), N 188; GULDENER, (FN 15), 205; KUMMER (FN 17), 141–142; LEUCH (FN 16), 296; VOYAME (FN 11), 123.

49 GULDENER (FN 15), 205 (Fn. 3); dasselbe gilt, wenn die Gläubigerin eine fällige Forderung ohne Warnung einklagt, obwohl sie weiss, dass die Schuldnerin solvent ist, die Forderung nicht bestreitet und sie demnächst zu erfüllen gedenkt (BERTI [FN 10], N 185).

50 BERTI (FN 10), N 187.

51 Vgl. N 28 hiernach.

52 Wenn man das Rechtsschutzinteresse nur dann als gegeben betrachtet, wenn der Rechtsschutz zur Durchsetzung des materiellen Rechts erforderlich ist (VOGEL/SPÜHLER [FN 2], N 12 zu Kapitel 7), liesse sich argumentieren, dass das Erfordernis in diesem Fall nicht erfüllt ist: Wenn eine Forderung nicht klagbar ist, ist der gerichtliche Rechtsschutz zur Durchsetzung der Forderung untauglich. Auf die Klage einzutreten, ist nichtsdestotrotz angebracht: Wenn die Rechtskraft des Urteils nur das Dispositiv erfasst, mit welchem über die Rechtsbegehren entschieden wird, ist es auch richtig, nur die Rechtsbegehren, nicht aber deren Begründung in die Prüfung des Rechtsschutzinteresses mit einzubeziehen. Zudem lässt sich gerade mit Blick auf den eigentlichen Zweck des Erfordernisses des Rechtsschutzinteresses argumentieren (vgl. N 31 hiernach), dass auf die Klage trotzdem einzutreten und sie sodann abzuweisen ist: Indem über die Klage mit Rechtskraftwirkung entschieden wird, wird der Klägerin die Möglichkeit genommen, ihre Klage erneut zu erheben; dies minimiert die potentielle Belastung sowohl der Gegenpartei als auch der Gerichte. Dass dieses Bedürfnis, die Beklagte vor einer erneuten Klageerhebung zu schützen, ein beachtliches Kriterium ist, zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den doppelrelevanten Tatsachen: In BGE 122 III 252 führte das Bundesgericht aus, dass der Schutz der Beklagten vor einer erneuten identischen Klage dafür spreche, eine doppelrelevante Tatsache erst beim Entscheid in der Sache und nicht bereits bei den Prozessvoraussetzungen zu prüfen.

53 THOMAS BAUER, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N 3 der Vorbemerkungen zu Art. 513–515a OR.

54 Vgl. KUMMER (FN 11), 18 und 33.

schutzinteresses ein Attribut des Vorgehens zur Geltendmachung des Streitgegenstands ist.

25. Aus alledem folgt, dass die Rechtsnatur des Rechtsschutzinteresses unabhängig von derjenigen der Klagbarkeit bestimmt werden muss. Dasselbe gilt für das Klagerecht: Das Privatrecht garantiert zwar den für seine Durchsetzung erforderlichen Rechtsschutz;⁵⁵ das Klagerecht selbst ist deshalb ohne weiteres zum Privatrecht zu zählen. Das Rechtsschutzinteresse seinerseits ist jedoch nicht Teil, sondern Einschränkung des Klagerechts, sodass sich aus der Rechtsnatur des Klagerechts nicht auf diejenige des Rechtsschutzinteresses schliessen lässt.⁵⁶

D. Prüfung des Rechtsschutzinteresses

26. Das Privatrecht regelt nach dem bis jetzt Erarbeiteten, was ein Rechtssubjekt wollen kann, während das Prozessrecht regelt, wie die Behauptung der Klägerin geprüft wird, etwas wollen zu können.⁵⁷ Wenn man das Rechtsschutzinteresse der einen oder der anderen Teilrechtsordnung zuteilen will, muss deshalb untersucht werden, welche Art von Funktion es hat. Dies bedingt die Kriterien festzustellen, anhand welcher das Rechtsschutzinteresse geprüft wird; die Funktion eines Erfordernisses lässt sich nicht bestimmen, ohne zu wissen, wann es erfüllt ist.

27. Das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses bewirkt, dass eine aus Rechthaberei erhobene Klage nicht durchdringt.⁵⁸ Die Behauptungen der Klägerin werden nur beurteilt, wenn sie zur Durchsetzung der Privatrechtssache auf die Klage angewiesen ist. Die Klage muss mit anderen Worten erforderlich sein.

28. Das Objekt der Prüfung, ob ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse gegeben ist, ist dabei das jeweils zur Diskussion stehende Rechtsbegehren.⁵⁹ Zu verneinen ist ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse deshalb, wenn es für die Klägerin einen Weg gibt, um das mit der Klage Begehrte zu erreichen, der die Ressourcen des Rechtsschutzapparates in einem geringeren Umfang in Anspruch nimmt als die Klage selbst.⁶⁰

29. Massstab ist demnach, ob die Klage erforderlich ist, um die Klägerin zu schützen. Insbesondere ist die Privatrechtssache auszuklammern: Wenn beispielsweise die Bezahlung einer Forderung aus Spiel und Wette gefordert wird, ist alleine entscheidend, dass eine Leistung begehrt wird; dass die Forderung unklagbar ist, ist bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses ohne Belang.⁶¹ Wichtig ist nur, ob der beehrte Rechtsschutz erforderlich ist, was im soeben erwähnten Fall beispielsweise dann zu verneinen wäre, wenn die Klägerin ihre Forderung ohne weiteres (i) ohne Gerichtsverfahren (ii) rechtskonform durchsetzen könnte.⁶² Im Unterschied zur Zuständigkeit, wo die Art des behaupteten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien relevant sein kann, kann bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses demnach ausser Acht bleiben.⁶³ Eine mittelbare Einschränkung erfährt dieses System allerdings durch das bereits mehrfach erwähnte, von Lehre und Rechtsprechung

für Feststellungsbegehren entwickelte Kriterium, wonach diese nur zulässig sind, wenn kein Leistungsbegehren möglich ist. Wenn beispielsweise die Feststellung eines Anspruches gefordert wird, muss gemäss dieser Regel das Privatrecht darauf untersucht werden, ob kein Leistungsbegehren gestellt werden kann. Auch diese Regel ist jedoch nur eine Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit der Klage. Es geht um die Frage, ob die Klägerin *de facto* kein Interesse an der Feststellungsklage haben kann, weil eine Leistungsklage möglich ist. *Vice versa* schränkt das Kriterium der Erforderlichkeit die Zulässigkeit von Feststellungsklagen nicht in jedem Fall: Ein Gericht soll eine Feststellungsklage auch bei Möglichkeit einer Leistungsklage zulassen, wenn von vornherein klar ist, dass die Beklagte den bestrittenen Anspruch erfüllen wird, wenn ihn das Gericht feststellt.⁶⁴

30. Dass die Rechtslage bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses grundsätzlich ausser Acht zu lassen ist, ist insbesondere auch in den Fällen relevant, in welchen der Streit gegenstandslos wird, beispielsweise weil der Streitgegenstand untergeht: *De facto* hat der Streit dann zwar seine ursprüngliche Bedeutung verloren, im hier verstandenen Sinn besteht das Rechtsschutzinteresse aber weiter: Gefordert ist nach wie vor dasselbe wie im ursprünglichen Rechtsbegehren, sodass bei Gegenstandslosigkeit in einem Sachurteil über den Streitgegenstand zu entscheiden ist.⁶⁵

31. Als Zwischenergebnis lässt sich deshalb festhalten, dass jeweils das einzelne Rechtsbegehren darauf zu untersuchen ist, ob es erforderlich ist. Entscheidend ist, ob die Klägerin ein faktisches Interesse an der Inanspruchnahme

55 Vgl. BGE 110 II 354 und N 21 hiervor.

56 Vgl. N 12 hiervor.

57 Vgl. N 19 hiervor.

58 GULDENER (FN 15), 209.

59 Vgl. Fn. 51 hiervor.

60 BERTI (FN 10), N 182; WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, N 357; WIESER (FN 14), 241–242.

61 Vgl. N 23–24 hiervor.

62 Vgl. GULDENER (FN 15), 205 (Fn. 3).

63 Vgl. beispielsweise Art. 13–32 GeStG; die Problematik der doppelrelevanten Tatsachen ist deshalb beim Rechtsschutzinteresse nicht gegeben (vgl. zur Behandlung solcher Tatsachen bei der Prüfung der Zuständigkeit VOGEL/SPÜHLER [FN 2], N 103b zu Kapitel 4; BGE 122 III 252).

64 Im besten Fall lässt sich auf diese Weise auch ein umfangreiches Beweisverfahren zur Höhe des behaupteten Anspruches und der damit verbundene Einsatz von Ressourcen vermeiden.

65 Obwohl der Sachentscheid unabhängig vom Rechtsschutzinteresse ergeht, wird auf diese Weise auch das Erreichen der Ziele gefördert, welche das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses verfolgt: Durch die Rechtskraft des Sachurteils wird die Gefahr verringert, dass ein zweites, identisches Verfahren die Allgemeinheit und die Beklagte belastet (vgl. Fn. 51 hiervor und N 31 hiernach).

des Rechtsschutzapparates hat. Mit diesem Kriterium wird in den meisten Fällen auch verhindert, dass die Beklagte unnötig in Anspruch genommen wird. Rechtsprechung und Lehre wollen diesen Schutz der Beklagten dadurch verstärken, dass sie gerade bei negativen Feststellungsklagen auch die Interessen der Beklagten in die Prüfung des Rechtsschutzinteresses einbeziehen: Ob das Interesse der Klägerin ausreichend sei, sei über eine Abwägung der Interessen der Parteien zu ermitteln.⁶⁶ Dieser Ansatz ist nicht unbedenklich: Letztlich hat jede Beklagte ein faktisches Interesse daran, dass eine gegen sie erhobene Klage scheitert. Es stehen sich dann genau entgegengesetzte Interessen gegenüber. Eine Interessenabwägung ist eine Möglichkeit, um diese Patt-Situation zu entscheiden. Richtiger erscheint es aber, sie über das Institut des Klagerechts zu lösen: Wenn die Klägerin absolut gesehen ein ausreichendes faktisches Interesse an ihren Begehren hat, soll sie es ausüben können.

E. Funktion und Rechtsnatur des Rechtsschutzinteresses

32. Welche Funktion das Rechtsschutzinteresse hat, folgt zum grossen Teil bereits aus dem zu seiner Prüfung Ausgeführten.⁶⁷ Dass das Durchdringen der Klage unter dem Erfordernis des Rechtsschutzinteresses steht, stellt sicher, dass aus blosser Rechthaberei erhobene Klagen keinen Erfolg haben.⁶⁸ Auf diese Weise wird erreicht, (i) dass die Beklagte nicht unnötig durch Aufwand, Kosten und Aufregung beeinträchtigt wird⁶⁹ und (ii) dass die Gesellschaft nicht dadurch belastet wird, dass potentielle Kläger länger als sonst auf den erstrebten Rechtsschutz warten müssen und/oder dass ein umfangreicherer Rechtsschutzapparat zur Verfügung gestellt werden muss, als dies zur Beurteilung der drängenden Klagen erforderlich ist.^{70, 71}

33. Das Rechtsschutzinteresse lässt sich deshalb nicht dem Privatrecht zuordnen: Es befasst sich nicht mit dem Streitgegenstand, sondern prüft unabhängig von der materiellen Rechtslage,⁷² ob eine Klage zulässig ist. Es regelt demnach eine Frage des Rechtsschutzes. Und als ein Aspekt des Rechtsschutzes gehört es zum Prozessrecht.⁷³

34. Wenn man das Rechtsschutzinteresse – um die einheitliche Verwirklichung des Privatrechts sicherzustellen – als Institut des Bundesrechts betrachtet, ist es deshalb bis zum Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung als Institut des ungeschriebenen Bundesprozessrechts zu verstehen.^{74, 75} VOGEL/SPÜHLER halten den Bund denn auch für kompetent, um diese prozessuale Frage zu regeln.⁷⁶ Auch bei einer prozessualen Qualifikation des Rechtsschutzinteresses ist die einheitliche Anwendung des Privatrechts demnach nicht gefährdet; sie muss deshalb nicht durch die Verwendung eines problematischen Abgrenzungskriteriums erkauft werden.⁷⁷ Ähnlich liesse sich im Übrigen bei der materiellen Rechtskraft argumentieren:⁷⁸ Das Urteil ändert die Rechtslage nicht; beispielsweise bewirkt die Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung einer Forderung nicht

die Erfüllung und somit den Untergang der Forderung. Die Forderung existiert vor und nach dem Urteil in gleichem Umfang. Das Urteil, welches die materielle Rechtskraft auslöst, hat deshalb keinen Einfluss darauf, was die Klägerin wollen kann. Es bewirkt lediglich, dass sie die von ihr behauptete Rechtslage nicht mehr über ein Gerichtsverfahren durchsetzen kann.

F. Anwendbarkeit der *lex fori* im internationalen Verhältnis

35. Das Rechtsschutzinteresse ist nach dem bis jetzt Erarbeiteten zum Prozessrecht zu zählen.⁷⁹ Dies bewirkt, dass es im internationalen Verhältnis nicht anhand der Bestimmungen des in der Sache anwendbaren Rechts zu beurteilen ist, sondern anhand der Bestimmungen des anwendbaren Prozessrechts. Herkömmlicherweise ist dies das Prozessrecht des Forums und es besteht für das Rechtsschutzinteresse kein Bedürfnis, ein anderes Prozessrecht anzuwenden.⁸⁰ Ob

66 BGE 110 II 355. Ebenso BERTI (FN 10), N 196; GULDENER (FN 12), 32–33; GULDENER (FN 15), 208 (Fn. 11).

67 Vgl. N 24 hiervor.

68 GULDENER (FN 15), 209.

69 Dass die Interessen der Beklagten bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses nicht einbezogen werden (vgl. N 30 hiervor), ändert nichts daran, dass der Schutz der Beklagten eine der Funktionen des Rechtsschutzinteresses ist.

70 BERTI (FN 10), N 182–184; WIESER (FN 14), 31, 40 und 208.

71 Denselben Zweck verfolgt – zumindest zum Teil – Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Über diese Norm kann die Prozessführungsbefugnis von Querulanten beschränkt werden. Auf diese Weise werden – neben dem Betroffenen – potentielle Beklagte und die Gerichte vor einer grundlosen Inanspruchnahme geschützt (vgl. ERNST LANGENEGGER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006, N 13 zu Art. 395).

72 Vgl. N 28 hiervor.

73 BERTI (FN 10), N 198; FELIX DASSER, Feststellungsinteresse im internationalen Verhältnis, Jusletter vom 29. September 2003, N 17; VOGEL/SPÜHLER (FN 2), N 29 und 38–40a zu Kapitel 2; ebenso GION JEGHER, Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running – (Gedanken anlässlich BGE 123 III 414), 118 I ZSR (1999), 31 ff, 42, welcher eine Anknüpfung an das in der Sache anwendbare Recht ablehnt; und WALDER-RICHLI (FN 10), N 8 zu § 24, welcher das Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung versteht; vgl. auch GION JEGHER, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Diss. Basel 2002, 70.

74 Vgl. WURZBURGER (FN 19), 87–88.

75 Diese prozessuale Qualifikation steht bestens im Einklang damit, dass das Rechtsschutzinteresse in Prozessrechtskodifikationen geregelt ist, dass es als Prozessvoraussetzung verstanden wird und dass es in Lehrbüchern und Kommentaren zum Prozessrecht abgehandelt wird.

76 VOGEL/SPÜHLER (FN 2), N 11, 19–20 und 38–40a zu Kapitel 2.

77 Vgl. N 11 hiervor.

78 Vgl. VOGEL/SPÜHLER (FN 2), N 70 zu Kapitel 8.

79 Vgl. N 32 hiervor.

80 Vgl. SCHWANDER (FN 27), N 659–660.

ein Gerichtsverfahren die Ressourcen des Rechtsschutzapparates zulässigerweise beansprucht, ist klarerweise ein Entscheid des Forums. Und ob die Beklagte vor unnötigen Aufwendungen zu schützen ist, muss sich ebenfalls nach einem einheitlichen und somit inländischen Massstab richten. Gerade in internationalen Konstellationen wäre es ansonsten denkbar, dass für gleichartige Ansprüche, welche zwar im gleichen Verfahren, aber jeweils nach verschiedenen Rechtsordnungen geprüft werden, bisweilen ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse anzunehmen ist, bisweilen aber nicht.⁸¹ Dies ist nicht angebracht.

36. Ein Schweizer Gericht hat deshalb anhand der Kriterien des lokalen Prozessrechts zu prüfen, ob die Klägerin über ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse verfügt.⁸² Allerdings kann der Schweizer Richter das anwendbare ausländische Recht nicht vollkommen ausser Acht lassen: Dieses bestimmt insbesondere, welche Ansprüche zur Verfügung stehen und somit welche Klagearten zulässig sind.⁸³ Wenn ein Schweizer Richter beispielsweise die lokale Regel anwenden will, dass eine Feststellungsklage mangels genügenden Rechtsschutzinteresses unzulässig ist, wenn eine Leistungsklage möglich ist, muss er zunächst abklären, ob das anwendbare Privatrecht eine Leistungsklage zulässt.⁸⁴

IV. Rechtsschutzinteresse im Schiedsverfahren

A. Einleitung

37. Aus dem bis jetzt Erarbeiteten folgt, dass das Rechtsschutzinteresse aus der Optik des Schweizer Rechts nicht zum Privatrecht, sondern zum Prozessrecht zu zählen ist. Es wird deshalb in Gerichtsverfahren mit Auslandsbezug nicht von den Kollisionsregeln der ersten elf Kapitel des IPRG erfasst, welche das in der Sache anwendbare Recht bestimmen. Dies führt zum Schluss, dass das Rechtsschutzinteresse auch nicht Teil des in der Sache anwendbaren Rechts im Sinne von Art. 187 IPRG sein kann: Art. 187 IPRG beantwortet für die Schiedsgerichtsbarkeit dieselbe Frage wie die Kollisionsregeln der ersten elf Kapitel für die staatliche Gerichtsbarkeit. Die anwendbaren Regeln zum Rechtsschutzinteresse über Art. 187 IPRG zu bestimmen, würde deshalb entweder bedeuten, den Verweisungsbegriff von Art. 187 IPRG weiter zu fassen als denjenigen der übrigen Kollisionsregeln, oder Art. 187 IPRG ein anderes Kriterium zur Abgrenzung des Privat- vom Prozessrecht zugrunde zu legen als in den ersten elf Kapiteln. Da Art. 187 IPRG Teil derselben Rechtsordnung – und sogar desselben Erlasses – ist, besteht für ein solches Vorgehen ohne besondere Veranlassung keine Rechtfertigung. Das gemäss Art. 187 IPRG in der Sache anwendbare Recht ist deshalb für das Rechtsschutzinteresse ohne Belang. Vielmehr muss das anwendbare Verfahrensrecht darauf untersucht werden, ob dieses Erfordernis auch für Schiedsverfahren gilt.⁸⁵ Das 12. Kapitel des IPRG äussert sich jedoch ebensowenig zu

dieser Frage wie das Konkordat und der 3. Teil des Entwurfes der Eidgenössischen Zivilprozessäusserung. Auch die führenden institutionellen Schiedsordnungen⁸⁶ erwähnen das Rechtsschutzinteresse nicht. Und es wird in der Regel nicht in der Schiedsvereinbarung geregelt und lässt sich auch nicht in diese hinein interpretieren.

B. Beschränkte Funktion des Rechtsschutzinteresses in Schiedsverfahren

38. Für die Schiedsgerichtsbarkeit fehlt nun nicht nur eine gesetzliche Regelung für das Rechtsschutzinteresse; auch die Schiedsrechtslehre hat sich bis jetzt nicht vertieft mit ihm auseinander gesetzt. Dies mag damit zusammen hängen, dass dem Rechtsschutzinteresse in Schiedsverfahren im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren nur eine beschränkte Funktion zukommt: Schiedsklagen belasten die Allgemeinheit kaum; die Ressourcen zur Beurteilung der Streitigkeit werden zum grössten Teil von den Parteien beschafft und bezahlt.⁸⁷ Das Rechtsschutzinteresse ist deshalb für Schiedsverfahren insoweit ohne Belang, als es die Allgemeinheit vor nutzlosen Klagen und somit vor einer Verschwendung der von ihr zur Verfügung gestellten Ressourcen schützen will.⁸⁸ Die Zielsetzung, die potentielle Beklagte vor einer unnötigen gerichtlichen Inanspruchnahme zu bewahren, kann jedoch auch in der Schiedsgerichtsbarkeit bestehen.

C. Gebot von Treu und Glauben

39. Eine Grundlage für einen entsprechenden Schutz der Beklagten lässt sich daraus herleiten, dass ein staatliches Gericht – wenn es mangels Rechtsschutzinteresses nicht auf eine Klage eintritt – zum Ausdruck bringt, dass die Klägerin aus einer objektiven Perspektive betrachtet kein Interesse am von ihr gewählten Vorgehen hat; d.h. dass dieses Vorgehen lediglich schadet, ohne der Klägerin zu nutzen. Das Rechtsschutzinteresse rückt so in die Nähe des Gebotes

81 Vgl. auch DASSER (FN 73), N 20.

82 Vgl. FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3. Auflage, Bern 2005, N 647, 651 und 656.

83 Vgl. N 21 hiervor.

84 Vgl. SCHWANDER (FN 27), N 670.

85 Bejahend THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1993, 47–48 und 229.

86 Vgl. z.B. die Swiss Rules of International Arbitration der Schweizerischen Handelskammern, die Schiedsordnung des London Court of International Arbitration, die Schiedsordnung der International Chamber of Commerce, die UNCITRAL Arbitration Rules und die International Arbitration Rules der American Arbitration Association.

87 Mit Ausnahme gewisser Hilfstätigkeiten, vgl. z.B. Art. 183 IPRG.

88 Vgl. N 31 hiervor.

von Treu und Glauben und dieses ist auch in Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zu beachten.⁸⁹

40. In der Tat kann man eine interessenslose Klage gerade in der Schiedsgerichtsbarkeit als nutzlose⁹⁰ Ausübung einer Möglichkeit beurteilen, welche sich die Klägerin durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung hat einräumen lassen.⁹¹ Und zwei Entscheide des Bundesgerichtes zeigen, dass es nicht abwegig ist, das Rechtsschutzinteresse zum Gebot von Treu und Glauben in Bezug zu setzen: Zum einen BGE 93 II 16–17 – das Bundesgericht führte in diesem Entscheide aus, dass es der zu beurteilenden Klage am Rechtsschutzinteresse mangle, dass mit der Klage kein vernünftiger Zweck verfolgt werde und dass sie deshalb gegen Treu und Glauben verstosse. Zum anderen hielt das Bundesgericht in BGE 86 II 170 fest, dass das Führen eines Prozesses gegen das Gebot von Treu und Glauben verstosse, wenn kein Interesse am Prozess bestehe. Auch wenn diese beiden Entscheide die Nähe zwischen dem Gebot von Treu und Glauben sowie dem Erfordernis des Rechtsschutzinteresses nicht explizit thematisieren, illustrieren sie diese Nähe doch ohne weiteres. Jedenfalls hätte ein Nichteintreten in beiden Fällen auf das generelle Gebot von Treu und Glauben abgestützt werden können, wenn das spezielle Erfordernis des Rechtsschutzinteresses nicht existiert hätte: Ein Nichteintreten wäre das adäquate Mittel, um einer missbräuchlich erhobenen Klage zu begegnen.⁹²

41. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Schiedsverfahrensrecht das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses mangels besonderer Absprache der Parteien nicht kennt, dass aber das (prozessuale) Gebot von Treu und Glauben dessen Funktion übernimmt. Daraus folgt insbesondere, dass das Schiedsgericht nicht auf die für den Zivilprozess entwickelten Grundsätze zum Rechtsschutzinteresse abstellen kann. Auch die Regel, dass die Möglichkeit einer Leistungsklage eine Feststellungsklage ausschliesst, ist deshalb in Schiedsverfahren nicht ohne weiteres anwendbar. Wenn die Klägerin nachweisen kann, dass das begehrte Feststellungsurteil für sie einen eigenständigen Wert hat, ist die Klageerhebung weder mutwillig noch nutzlos und deshalb unter Beachtung des Gebotes von Treu und Glauben erfolgt; die Schiedsklägerin muss mit anderen Worten kein eigentliches Feststellungsinteresse nachweisen, sondern das Schiedsgericht muss lediglich überzeugt sein, dass das Vorgehen der Schiedsklägerin *in casu* nicht rechtsmissbräuchlich ist.

D. Relevanz der Grundsätze zur Kostentragung

42. Dass das Gebot von Treu und Glauben die Funktion des Rechtsschutzinteresses übernimmt, führt dazu, dass die entsprechende Hürde in einem Schiedsverfahren tendenziell niedriger ist als in einem staatlichen Gerichtsverfahren. In der Regel schützt das Gebot von Treu und Glauben die Beklagte weniger stark als das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses. Dies wird zu einem gewissen Grad dadurch ausgeglichen, dass in einem Schiedsverfahren das

Kostenrecht anders ausgestaltet ist als in einem staatlichen Verfahren.

43. Zum einen muss die Klägerin im Schiedsverfahren – im Unterschied zu staatlichen Gerichtsverfahren – die Kosten des Schiedsverfahrens (mindestens) zur Hälfte vorschliessen. Dies wird die Klägerin *de facto* davon abhalten, eine nutzlose Klage einzureichen. Es lässt sich sogar argumentieren, dass bereits die Bereitschaft, die Kosten für das Schiedsverfahren vorzuschliessen, ein Indiz für das Vorliegen eines ausreichenden Interesses am begehrten Rechtsschutz ist.

44. Zum anderen besteht unter verschiedenen Schiedsordnungen die Möglichkeit, die Schiedsbeklagte nicht nur im Umfang eines Tarifs, sondern vollumfänglich für die Kosten ihrer Vertretung zu entschädigen, falls sie obsiegt.⁹³ Auf diese Weise können die Folgen eines nicht adäquaten Verhaltens der Klägerin entschärft werden. Wenn die Schiedsklägerin beispielsweise zunächst eine Feststellungsklage und kurz darauf eine Leistungsklage erhebt, bringt sie damit zum Ausdruck, dass sie an der Feststellungsklage kein wirkliches In-

89 RÜEDE/HADENFELDT (FN 85), 241; TINA WÜSTEMANN/CESARE JERMINI, in: TOBIAS ZUBERBÜHLER/CHRISTOPH MÜLLER/PHILIPP HABEGGER (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration*, Zürich 2005, N 24 zu Art. 15; BGE 130 III 75; 126 III 254; 111 Ia 262.

90 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Walder-Richli*, gemäss welchem auf eine interessenslose Feststellungsklage deshalb nicht einzutreten ist, weil sie der Klägerin nicht weiterhilft, d.h. nutzlos ist (WALDER-RICHLI [FN 10], N 9 zu § 24).

91 Mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung wechseln die Parteien die anwendbaren Bestimmungen zur Zuständigkeit aus; die Schiedsvereinbarung ist insoweit eine Normdisposition, aufgrund derer das vereinbarte Schiedsgericht anstelle der staatlichen Gerichte zuständig wird. Die Parteien sichern sich deshalb mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung die Möglichkeit, an ein Schiedsgericht zu gelangen, und nicht eine Pflicht der jeweils anderen Partei, die Klageeinleitung vor einem Schiedsgericht zu dulden (vgl. zum Ganzen STACHER [FN 32], N 75–77 und 154).

92 Dass das (prozessuale) Gebot von Treu und Glauben in Schiedsverfahren die Funktion des Rechtsschutzinteresses übernimmt, steht im Übrigen auch nicht in Widerspruch zu *Kummer's* These, dass sich das Klagerecht aus dem Privatrecht ergibt und deshalb diesem zuzuschlagen ist; auch unter *Kummer's* Ansatz ist das Rechtsschutzinteresse nicht Teil, sondern Einschränkung des Klagerechts. Der hier vertretene Ansatz unterscheidet sich von derjenigen von *Kummer* lediglich dadurch, dass er die Rechtsnatur des Rechtsschutzinteresses ohne Rücksicht auf diejenige des Klagerechts untersucht und dabei zum Schluss gelangt, dass das Rechtsschutzinteresse nicht privatrechtlich, sondern prozessual zu qualifizieren ist (vgl. N 32 hiavor).

93 Für die *Swiss Rules of International Arbitration* gilt dies beispielsweise insoweit die geltend gemachten Parteikosten vernünftig sind (vgl. dazu im Einzelnen MARCO STACHER, in: TOBIAS ZUBERBÜHLER/CHRISTOPH MÜLLER/PHILIPP HABEGGER [Hrsg.], *Swiss Rules of International Arbitration*, Zürich 2005, N 17–25 zu Art. 41).

teresse haben konnte; dass ein zweites Verfahren stattfindet, wäre mit anderen Worten nicht erforderlich gewesen. Dies ist im zweiten Verfahren beim Kostenentscheid zu berücksichtigen: Selbst wenn die Schiedsklägerin in beiden Prozessen obsiegt, (i) sind ihr im Leistungsprozess bis zu dem Betrag die Verfahrenskosten aufzuerlegen, den die Beklagte im Feststellungsprozess tragen musste, und (ii) muss die Beklagte ihre eigenen Parteikosten und diejenigen der Klägerin in dem Betrag nicht tragen, in welchem sie bereits im Feststellungsverfahren die Parteikosten getragen hat.⁹⁴ Der Beklagten sollen mit anderen Worten aufgrund des zweistufigen Vorgehens der Klägerin keine zusätzlichen Kosten entstehen.

V. Ergebnis

45. Das in der Sache anwendbare Privatrecht bestimmt, welche Klagearten zulässig sind und ob ein Anspruch besteht.⁹⁵ Das Rechtsschutzinteresse ist demgegenüber ein Institut des Prozessrechts, genauer gesagt eine Prozessvoraussetzung. In Sachverhalten mit Auslandsbezug bestimmt deshalb nicht das in der Sache anwendbare Recht, sondern das jeweils anwendbare Prozessrecht, ob diese Prozessvoraussetzung besteht und wann sie erfüllt ist.⁹⁶ Bei der Prüfung, ob die Klage für die Klägerin erforderlich ist und somit ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht, ist dabei alleine auf die klägerischen Rechtsbegehren abzustellen; die Privatrechtslage, mit welcher die Klage begründet wird, ist für die Prüfung des Rechtsschutzinteresses ohne Belang.⁹⁷

46. In Schiedsverfahren ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die *lex arbitri* oder die vereinbarten Verfahrensregeln das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses regeln.⁹⁸ Falls sie dies nicht tun, lässt sich eine entsprechende Prozessvoraussetzung bis zu einem gewissen Grad aus dem Gebot von Treu und Glauben herleiten.⁹⁹ Tendenziell sind die daraus ableitbaren Voraussetzungen jedoch weniger streng als diejenigen, welche das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses für das staatliche Verfahren statuieren,¹⁰⁰ insbesondere sind die für die staatlichen Gerichtsverfahren entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres auf Schiedsverfahren anwendbar.¹⁰¹ Das Feststellungsbegehren einer Schiedsklägerin ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil ein Leistungsbegehren gestellt werden könnte; es ist es nur dann, wenn die Schiedsklägerin keinen nachvollziehbaren Grund für ihr Vorgehen anführen kann. Die Hürde in einem Schiedsverfahren in diesem Sinne tiefer zu halten als in einem staatlichen Verfahren, ist zum einen gerechtfertigt, weil die Allgemeinheit durch Schiedsverfahren nur geringfügig belastet wird,¹⁰² und zum anderen, weil die Interessen der Beklagten grösstenteils über die Verteilung der Verfahrens- und der Parteikosten gewahrt werden können.¹⁰³

47. Einerseits zeigt sich deshalb, dass man der Versuchung widerstehen muss, Regeln, welche in einem anderen Rechtsgebiet selbstverständlich sind, unbesehen auf die Schiedsgerichtsbarkeit zu übertragen. Andererseits ist es durchaus angebracht zu prüfen, ob solche Regeln auch

in der Schiedsgerichtsbarkeit gelten, ob beispielsweise die sich aus einer Schiedsvereinbarung ergebenden Pflichten wie idealtypische vertragliche Pflichten klagbar sind¹⁰⁴ oder eben, ob auch in der Schiedsgerichtsbarkeit das Rechtsschutzinteresse eine Prozessvoraussetzung ist.

94 Ein Rechenbeispiel mag dies verdeutlichen: Der Klägerin entstehen im Feststellungsprozess Parteikosten von 1000, der Beklagten von 800; die Verfahrenskosten betragen 700. Die Klägerin obsiegt, sodass die Beklagte ihre eigenen Kosten sowie die Verfahrenskosten tragen und die Klägerin entschädigen muss. Der Beklagten fallen deshalb aus dem Feststellungsprozess Parteikosten in der Höhe von 1800 und Verfahrenskosten in der Höhe von 700 an. Im Leistungsprozess betragen die Kosten der Klägerin 1200, diejenigen der Beklagten 1400 und die Verfahrenskosten 1000. Die Klägerin obsiegt wiederum, sodass die Beklagte grundsätzlich wiederum die Verfahrenskosten sowie ihre eigenen Parteikosten und diejenigen der Klägerin zu bezahlen hätte, d.h. insgesamt 3600. Was die Parteikosten betrifft, sind jedoch die bereits entrichteten 1800 in Abzug zu bringen, sodass nur 800 verbleiben. In diesem Umfang hat die Beklagte die Klägerin zu entschädigen (1200 ./ 1000 = 200) und ihre eigenen Kosten zu tragen (1400 ./ 800 = 600). Verfahrenskosten muss die Beklagte sodann im Betrag von 300 zahlen (1000 ./ 700).

95 Vgl. N 21 hiavor.

96 Vgl. N 32 hiavor.

97 Vgl. N 28–29 hiavor.

98 Vgl. N 36 hiavor.

99 Vgl. N 38–39 hiavor.

100 Vgl. N 41 hiavor.

101 Vgl. N 40 hiavor.

102 Vgl. N 37 hiavor.

103 Vgl. N 43 hiavor.

104 Vgl. dazu im Einzelnen STACHER (FN 32), N 176–413.

La condition de l'intérêt à la protection juridique garantit que seules des prétentions juridiques urgentes ne soient jugées par un tribunal. Elle vise donc l'exercice d'un droit concernant l'objet du litige et non l'objet lui-même. C'est la raison pour laquelle la condition de l'intérêt à la protection juridique est une institution du droit procédural, plus précisément une condition du procès. Un tribunal étatique appelé à statuer sur des éléments de faits extranationaux doit examiner sur la base du droit de la procédure indigène si cette exigence du procès est réalisée et quand elle est réalisée. Un tribunal arbitral par contre doit, dans un premier temps, examiner si la *lex arbitri* ou les règles de procédure convenues règlent la condition de l'intérêt à la protection juridique. A défaut, une condition pour bénéficier d'un procès découle dans une certaine mesure du principe de la bonne foi. Les conditions qui peuvent en être déduites ont tendance à être moins sévères que celles exigées pour la protection juridique devant un tribunal ordinaire. Les principes spécialement développés pour les tribunaux ordinaires ne peuvent sans autre être appliqués à une procédure arbitrale: la demande de constatation d'un fait d'un demandeur devant un tribunal arbitral n'est, par exemple, pas déjà irrecevable parce qu'une demande d'exécution de la prestation pourrait être déposée; elle ne l'est que lorsque le demandeur ne peut avancer une raison objective à sa manière de procéder.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)