

Il diritto d'azione non si confonde con il diritto di accesso ai tribunali (*Justizgewährungsanspruch*). Consiste nel diritto di ottenere un giudizio di merito e si deduce nel diritto svizzero dall'art. 59 cpv. 2 lit. a CPC, che fa dell'interesse una condizione di ricevibilità dell'azione. Il diritto ad una decisione di merito presuppone il rispetto delle regole proprie al processo introdotto: da qui la distinzione tra le condizioni di ricevibilità relative all'istanza e all'azione. La classificazione delle condizioni di ricevibilità a dipendenza del fatto che siano relative all'istanza o relative all'azione non soltanto è corretto dogmaticamente, ma in più ha delle conseguenze di ordine sistematico. Essa permette di spiegare per quale motivo il difetto di una condizione di ricevibilità può consistere in un ostacolo definitivo o temporaneo all'esercizio della pretesa invocata in giustizia.

Il diritto di ottenere un giudizio di merito presuppone un interesse degno di protezione (art. 59 cpv. 2 CPC). Esso è dato quando l'attore afferma un diritto e questa affermazione è considerata degna di protezione. Il diritto d'azione è dunque relativo all'affermazione di un diritto (*Rechtsbehauptung*) e non al diritto medesimo. Qual è questo diritto? Si tratta del diritto alla protezione giuridica (*Rechtsschutzanspruch*), che l'attore afferma nella sua azione sia condannatoria, formatrice o d'accertamento, a prescindere dal fatto che quest'ultima porti a esistenza di un diritto o alla sua inesistenza.

Il diritto d'azione, ossia il **diritto a un giudizio di merito**, presuppone dunque l'affermazione di un diritto alla protezione giuridica che merita di essere protetta, *eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbehauptung*.

Le droit d'action selon le CPC suisse

En hommage à Stephen V. Berti et Philippe Schweizer

FRANÇOIS BOHNET/LORENZ DROESE

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les théories du droit d'action
 - A. La théorie classique
 - B. L'*actio* et l'*Anspruch* selon Windscheid
 - C. Degenkolb et le droit d'action public abstrait
 - D. WACH et le droit d'action public concret (*Rechtsschutzanspruch*)
 - E. Le droit d'accès aux tribunaux (*Justizgewährungsanspruch* ou *Justizanspruch*)
 - F. Les développements en Italie et en France
- III. La réception en Suisse
 - A. L'évolution de la jurisprudence et de la doctrine
 - B. Les prérogatives liées à la créance selon la doctrine de droit privé
 - C. Le courant neuchâtelois
 - D. La *Rechtsschutzanspruchbehauptung*

IV. Le droit d'action sous le CPC

A. *Klagerecht* et *Justizgewährungsanspruch*

B. Les conditions de recevabilité relatives à l'instance et à l'action

C. Développements jurisprudentiels

1. Le *prozessuale Anspruch* – ATF 139 III 126

2. La demande en constatation négative de droit – ATF 144 III 175

V. Conclusion

I. Introduction

«*In der Erhebung einer Klage liegt keine Ausübung eines subjektiven Rechtes des Klägers. Entgegen einer verbreiteten Lehre gibt es weder einen sog. Rechtsschutzanspruch noch ein sog. Klagerecht*». C'est ainsi que s'exprimait GULDENER sur ce thème central de procédure civile dès la première édition de son *Lehrbuch*¹. Cet auteur majeur de la procédure civile suisse, dont l'œuvre aura traversé la seconde moitié du XX^e siècle, avait ainsi évacué en deux phrases un pan entier de la dogmatique procédurale, préférant une approche purement descriptive et matérielle du droit à l'obtention d'un jugement: «*Die Möglichkeit, eine Klage zu erheben und ein Urteil zu erwirken, besteht als Reflexwirkung des objektiven Rechtes*»². Certes, les querelles de la doctrine allemande avaient pratiquement épuisé ce thème avant la guerre, et le Tribunal fédéral avait lui-même clos les débats dans un arrêt demeuré célèbre de 1941³: «*Es ist jedoch eine doktrinäre Überspannung, als Gegenstand des Prozesses nicht den eingeklagten Anspruch, sondern den darauf bezüglichen Rechtsschutzanspruch als solchen anzusehen. Eine solche Auffassung hat denn auch in der deutschen Rechtspraxis nicht Fuss gefasst und sie verdient um so weniger in der Schweiz anerkannt zu werden, wo seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat*». A cette époque, la question principale était celle de l'application uniforme du droit matériel fédéral sur tout le territoire de la Confédération⁴, dans un pays connaissant des lois de procédure civile cantonales fort variées, et reconnaître un droit d'action de nature procédurale compliquait nécessairement cette tâche. Peu à peu, on a assisté à un glissement des règles de procédure vers celles du droit privé matériel: un nombre imposant de principes de procédure a été tiré du droit civil fédéral par notre cour suprême afin de permettre sa réalisation ainsi que son application uniforme, raisonnable et conforme à ses buts⁵.

1 MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 1^{re} éd., Zurich 1947, vol. 1, p. 134; 3^e éd., Zurich 1979, p. 194.

2 GULDENER (n. 1), p. 175. La notion d'*effet réflex* est manifestement reprise de la doctrine allemande, voir en particulier ERICH BLEY, *Klagerecht und rechtliches Interesse*, Leipzig 1923, p. 57, et GROH (n. 66), p. 175.

3 ATF 67 II 70 consid. 2, JdT 1941 I 439.

4 On relira avec intérêt sur ce thème les rapports à la Société suisse des juristes de MAX GULDENER, *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht*, RDS 1961 1-66, et JOSEPH VOYAME, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, RDS 1961 67-19.

5 Voir les rapports précités de GULDENER et VOYAME, et, pour un état des lieux à la fin du XX^e siècle, STEPHEN V. BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich 1989.

En Suisse romande, la doctrine, en particulier neuchâteloise, s'est toujours intéressée à l'approche procédurale du droit d'action⁶, en reprenant également les réflexions françaises sur cette question, qui hélas n'ont pas su franchir la barrière linguistique.

Avec l'unification de la procédure civile, les raisons purement pratiques ayant pu expliquer que la notion d'action soit maintenue dans l'ombre ne se justifiaient plus. On a ainsi assisté à un regain d'intérêt pour ce concept. La RSPC est d'ailleurs née du rapprochement de passionnés de procédure civile, intéressés par les questions de dogmatique procédurales souvent boudées par les auteurs suisses du XX^e siècle. Dès le premier numéro de la revue, en 2005, le regretté STEPHEN V. BERTI posait les jalons d'un renouveau dogmatique avec son «*Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch*»⁷. PHILIPPE SCHWEIZER, également disparu, rappelait dans le même fascicule la conception moderne du droit d'action, telle que reconnue en France⁸. Les auteurs de la présente contribution se sont aussi intéressés à cette problématique, lui consacrant d'assez longs développements⁹. Il est en effet peu compréhensible que l'on puisse encore soutenir, 150 ans après les évidences posées par DEGENKOLB¹⁰, que le droit d'agir serait une émanation de la prétention au fond (*[Sach]Anspruch*) invoquée en justice¹¹, alors que le procès vise par principe à établir si le droit invoqué existe ou n'existe pas, si bien qu'il ne peut avoir pour objet que des affirmations (*Behauptungen*) et non des prétentions au fond (*[Sach]Ansprüche*)¹². De nombreux auteurs préfèrent ne pas aborder cette question ou se limiter à parler du *Justizgewährungsanspruch*¹³.

6 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Les actions de la filiation en droit civil suisse – essai de classification, thèse Neuchâtel 1954, Neuchâtel 1955, p. 22 ss; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel 1960, Lausanne 1961, p. 197 ss; JEAN-JACQUES ROGNON, Les conclusions: étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1974, p. 18 ss, 34 ss (qui parle de pouvoir d'instance); PHILIPPE SCHWEIZER, Le recours en révision, spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel 1985, Berne 1985, p. 23 ss; FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action en procédure civile neuchâteloise, RJN 1997 p. 21 ss.

7 STEPHEN V. BERTI, Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und «doktrinäre Entspannung» – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005 67 ss. On mentionnera aussi BOHNET FRANÇOIS/STEPHEN V. BERTI, Le lien d'instance (*Prozessrechtsverhältnis*) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, RSPC 2011 75.

8 PHILIPPE SCHWEIZER, note in RSPC 2005 37.

9 FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile, RDS 2009 II 193 ss, p. 200 ss, p. 219 ss, p. 229–233, p. 286 ss; LORENZ DROESE, Res iudicata ius facit, Berne 2015, p. 68 ss.

10 *Infra*, II.C.

11 De nombreux auteurs du droit privé font cette erreur au moment de discuter de la «*Klagbarkeit*», voir *infra* III.B.

12 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 229 s.; CPra Actions-BOHNET, vol. 1, § 1 N 1; CR CPC-BOHNET, Intro art. 84–90 N 2 ss; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014, p. 103 N 368; DROESE (n. 9), p. 91; CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse d'habilitation, Lucerne, Berne 2018, N 383; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 5 s.

13 Par exemple ADRIAN STAHELIN/EVA BACHOFNER, in Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2019 § 1, p. 3 s. N 8 s., qui évoquent brièvement la théorie du *Rechtsschutz-*

La procédure civile suisse est l'objet d'un intense travail doctrinal depuis l'adoption du CPC, dont on fête cette année les dix ans de l'entrée en vigueur. De nombreux commentaires ont vu le jour, dont certains sont déjà à leur troisième édition. On constate aussi un nouvel attrait pour des questions fondamentales de procédure civile. Plusieurs thèses et ouvrages récents, rediscutant les sources allemandes et parfois françaises et italiennes, se sont ainsi distanciés de l'approche purement matérielle du droit d'action et de la qualité pour agir, pour aboutir à la conclusion qu'une approche procédurale s'imposait¹⁴. Le Tribunal fédéral a lui-même évolué dans son approche et adopté la théorie procédurale, puisqu'il distingue désormais la *prozessuale Anspruch* de l'*Anspruch*¹⁵, et qu'il retient que l'action en reconnaissance négative de dette ne met pas en œuvre un droit matériel¹⁶.

La présente contribution a pour ambition de démontrer que le CPC, tout comme le Tribunal fédéral, retient la conception procédurale du droit d'action, qui s'impose dogmatiquement. Une analyse historique et comparative montre également qu'une synthèse des fondamentaux de la doctrine allemande alliée aux apports des auteurs français et italiens et aux réflexions des auteurs suisses consacrées à la théorie procédurale permet d'aboutir à une théorie cohérente du droit d'action. Elle est centrée sur l'entrée en matière sur le fond, s'exprime par la distinction entre les conditions de recevabilité relatives à l'instance et à l'action et suppose l'affirmation d'un droit à la protection juridique méritant d'être protégée: *eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbeauptung*.

anspruch de «Arthur Wach» [sic], pour la rejeter en reprenant l'analyse sommaire de l'ATF 67 II 70. En quoi consiste l'action? Ils ne donnent aucune réponse. SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrech*, 10^e éd., Berne 2018, p. 7 N 33, considèrent quant à eux que l'existence d'un *Justizgewährungsanspruch* ou d'un *Rechtsschutzanspruch* a perdu sa portée avec l'introduction de l'art. 29a Cst.

14 BOHNET, *Procédure civile* (n. 12), p. 102 ss N 361 ss; CR CPC-BOHNET, *Intro art. 84–90* N 2 ss; CPra *Actions-BOHNET*, vol. 1, § 1 N 1; CHABLOZ ISABELLE/HEINZMANN MICHEL, *Actio pro socio: une approche procédurale*, in: Amstutz Marc/Chablotz Isabelle/Heinzmann Michel/Hochreutener Inge (édit.), *Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel avec un accent sur la société simple*, Berne 2014, p. 243 ss; DROESE (n. 9), p. 68 ss; HURNI (n. 12), N 381 ss; *Commentario-TREZZINI*, art. 59 N 1 ss; DANIEL WILLISEGGER, *Grundstruktur des Zivilprozesses*, Zurich 2012, p. 75 ss, 82; PREDRAG SUNARIC, *Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren*, thèse Zürich, Tübingen 2018, p. 50 ss, 63 s.; CORDULA LÖTSCHER, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*, thèse Bâle 2016, p. 44 ss, 49 ss (concernant le *Prozessführungsrecht*). Également sur le thème de la qualité pour agir: PATRICIA DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, thèse Neuchâtel 2010, Neuchâtel/Bâle 2011, p. 155 s. N 309 s.; LINO HANNI, *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme*, thèse Neuchâtel, Neuchâtel/Bâle 2017, p. 301 N 813, p. 341 N 924.

15 ATF 139 III 126 consid. 3.2.3.

16 ATF 144 III 175.

II. Les théories du droit d'action

A. La théorie classique

«*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*»¹⁷. Cette formule de CELSUS, qui définit l'*actio*, a fait l'objet de débats sans fin, ravivés par les études de l'école historique allemande. On y voit en effet le point de départ de la théorie classique du *Klagerecht*, qui va s'affirmer dès le second tiers du XIX^e siècle. Dans la pensée romano-canoniste, qui conçoit les actions comme une classe de droits (selon la division *persona, res, actio*)¹⁸, on a retenu pendant des siècles¹⁹, en digressant sur la formule de CELSUS, que l'action n'est autre chose que le droit de poursuivre en justice «ce qui nous est dû» (ou ce qui nous appartient²⁰).

La doctrine allemande va procéder à un examen détaillé du droit procédural et de ses liens avec le droit matériel. Elle a poursuivi en droit procédural l'analyse dogmatique du droit matériel issu de l'école des pandectes²¹. Le procès n'est plus expliqué sur une simple base empirique visant à exposer le processus aboutissant au jugement, mais comme une matière sujette à réflexion, dont l'essence peut être conceptualisée. Peu à peu, les auteurs²² vont ainsi rapprocher le droit substantiel et l'*actio* pour considérer que celle-ci consiste en la manifestation judiciaire du droit invoqué. Selon cette approche, l'action est un aspect ou un appendice du droit substantiel, qui prend vie lorsque celui-ci est violé: «*le droit est donc engendré par un fait licite, l'action par un fait illicite*»²³. On parle de *théorie matérielle de l'action* (*materielrechtliche Klagerechtstheorie* ou *Aktionenrechtliche Auffassung*)²⁴. PUCHTA, partant d'une déclinaison de la formule classique, précise que l'action n'est pas un droit en soi, mais l'accessoire, partie ou complément du droit permet-

17 D.44,7,51 (Celsus, libro III digestorum). Pour une analyse: FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 5, Berlin 1841, § 205, p. 10.

18 SAVIGNY (n. 17), vol. 1, Berlin 1840, § 59, p. 393 ss.; vol. 5, p. 3; RENÉ MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris 1949, p. 7 n. 1.

19 Pour un bref aperçu de la pensée des glossateurs AZO et ACCURSUS puis de l'humaniste DONELLUS en matière d'*actio*, voir ARBNORE SELMANI, *Die actio und ihre spätere Entwicklung zwischen Klage und (materiell-rechtlichem) Anspruch*, in Iole Fagnoli/Urs Fasel (éd.), *Der Bildungswert des römischen Zivilprozesses für die heutigen Juristen*, Berne 2020, p. 40 ss.

20 DANIEL JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Tome premier, Paris 1757, p. 14; LOUIS-BERNARD BONJEAN, *Traité des actions*, 2^e éd., Tome premier, Paris 1845, p. 21.

21 Comme le relève OSKAR BULOW, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, ZJP 27 (1900) 241–246, S. 248.

22 Dans sa revue de la doctrine française du XI^e siècle et du début du XX^e siècle, HENRY VIZIOZ, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, *Revue générale du droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger*, 1927, repris in *Études de procédure*, réimpression, Paris 2011, p. 27 ss, montre comment les auteurs sont passés de la formule de l'*actio* de Celse à la théorie matérielle de l'action, parfois sans distinguer les deux concepts. Il en va de même en Allemagne.

23 BONJEAN (n. 20), p. 12.

24 Dont OSKAR BÜLOW, *Klage und Urteil*, ZJP 31 (1903), p. 257, disait déjà en 1903 qu'elle était rejetée par tous.

tant de faire appel à la protection du juge²⁵. SAVIGNY dira qu'en cas d'atteinte, le droit se mue en droit (*Klagerecht*) à la cessation de l'atteinte²⁶; son *Actionenrecht* consiste ainsi en la présentation des remèdes aux droits violés résultant directement (*erste Klasse*) de la violation (types d'actions, exceptions, répliques et dupliques, prescription)²⁷ ou, dans un deuxième temps (*zweite Klasse*), comme effets des actes de procédure (*litiscontestatio*, jugement et autorité de chose jugée)²⁸. Selon la phrase célèbre du juriste français DEMOLOMBE, l'action, «[c]'est le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'*action*, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix»²⁹. La doctrine française classique, comme GARSONNET/CÉZAR-BRU³⁰, reprenait aussi cette conception.

B. L'*actio* et l'*Anspruch* selon Windscheid

En 1856, WINDSCHEID élargira le débat en mettant en relief la différence fondamentale entre la conception moderne des droits subjectifs et celle de l'*actio* du droit romain. L'*actio* n'est pas un attribut ou un état du droit subjectif³¹; elle est «*anstatt des Rechtes*»³², s'inscrivant dans une autre conception de la protection des intérêts: l'*actio* romaine porte le droit en elle-même; elle n'est pas le support d'un droit³³. L'*actio* représente la faculté d'obtenir la mise en œuvre de sa volonté par voie judiciaire³⁴. L'*actio* romaine est «*ein Ding für sich, mit selbständigem Sein und Leben, ein Wesenhaftes, Körperhaftes*»³⁵ alors que le *Klagerecht* moderne n'est plus que l'ombre du droit subjectif³⁶. WINDSCHEID distingue ainsi la conception antique de l'*actio*, de l'*Anspruch* du droit moderne (prétention) qui représente ce que l'on est en droit d'exiger d'un tiers (exécution d'une obligation de faire ou ne pas faire; cessation d'un trouble à la propriété, etc.). C'est ainsi une nouvelle grammaire qui est proposée: le juriste moderne doit penser en termes de prétention et non d'action (*Klage*)³⁷. Même si l'on parle encore de quelle action on dispose, c'est du droit subjectif qu'il est question et non d'une *actio* au sens du droit romain.

25 GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Lehrbuch des Pandekten*, 1^{re} éd., Leipzig 1838, § 67, p. 61 s. Comp. la 9^e éd., Leipzig 1863, § 81, p. 125 s. pour une confrontation des définitions.

26 SAVIGNY (n. 17), vol. 5, §§ 204, 205, p. 1-11.

27 SAVIGNY (n. 17), vol. 5 et vol. 6 § 256, p. 2 («Klagen, Exceptionen, Replicationen und Duplicationen»).

28 SAVIGNY (n. 17), vol. 6.

29 CHARLES DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Vol. IX, *Traité de la distinction des biens*, Tome premier, 1^{re} éd., Paris 1854, p. 201 N 338.

30 EUGÈNE GARSONNET et CHARLES CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris 1912, Tome premier, p. 520-529 N 351-355. Sur l'état de la question en France, voir GÉRARD CORNU et JEAN FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris 1996, p. 321-327.

31 BERNHARD WINDSCHEID, *Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, p. 134.

32 WINDSCHEID (n. 31), p. 4.

33 WINDSCHEID (n. 31), p. 134.

34 WINDSCHEID (n. 31), p. 3.

35 WINDSCHEID (n. 31), p. 229.

36 WINDSCHEID (n. 31), p. 222, 223, 229.

37 WINDSCHEID (n. 31), p. 230.

Critiquant WINDSCHEID, MUTHER distingue, selon une approche assez classique³⁸, le droit subjectif, de nature privée, aussi présent selon lui dans l'approche romaine³⁹, du droit à l'obtention de la formule par le Préteur, de nature publique⁴⁰. C'est le droit à la protection de l'Etat (*Klagerecht*) toujours d'actualité en droit moderne⁴¹. WINDSCHEID lui concédera qu'il y a dans l'*actio* est élément qui manque à l'*Anspruch*: la poursuite en justice⁴², le *Klagerecht*, qu'il admet lui aussi devoir rattacher au droit public, en précisant qu'il relève du droit de procédure et non du droit matériel⁴³.

C. Degenkolb et le droit d'action public abstrait

Il faut attendre encore quelques années pour que DEGENKOLB détermine la nature du *Klagerecht*. L'analyse selon laquelle celui-ci résulte ou se confond avec le droit matériel (*materielrechtliche Klagerechtheorie*) n'envisage que la demande victorieuse. Or que dire du procès perdu par le demandeur? Le droit d'action ne peut par définition résulter dans ce cas du droit matériel⁴⁴. Comme son fondement ne peut pas diverger selon que le jugement reconnaisse le droit invoqué ou le rejette, il faut le déduire de cette seconde hypothèse⁴⁵. Le *Klagerecht* précède nécessairement le jugement, puisque le procès au fond en dépend⁴⁶. Il n'est autre que l'*affirmation* d'un droit (et non le droit lui-même) assurant l'engagement du défendeur dans le procès, l'*Einlassungszwang*⁴⁷. Le droit de défense privé (*Selbsthilfe*), qui suppose l'existence du droit matériel défendu, tranche clairement avec l'intervention de l'Etat et l'action, qui est donnée à celui qui affirme un droit devant un juge à l'encontre de celui qui le conteste⁴⁸. Le droit d'agir en justice n'est pas une émanation du droit matériel, mais le droit à l'engagement du procès au fond: «(...) *dieses Recht besteht der Partei gegenüber in dem Anspruch auf Einlassung des Gegners, auf sein Erscheinen vor Gericht*». Il ne s'agit pas selon l'auteur d'un droit de nature privée, mais – «*wenn der mit Unrecht zuweilen verpönte Ausdruck erlaubt ist*» – d'un *Grundrecht*⁴⁹. On

38 Sur la distinction entre droit et action, voir DEMOLOMBE (n. 29), p. 201 N 338.

39 THEODOR MUTHER, Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches: «Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts», Erlangen 1857, p. 25–33.

40 MUTHER (n. 39), p. 40, 43.

41 MUTHER (n. 39), p. 47–51.

42 WINDSCHEID (n. 31), p. 7.

43 BERNHARD WINDSCHEID, Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf 1857, p. 26, 29.

44 D'où la belle formule (et très suggestive pour le lecteur allemand de l'époque) de ERICH BLEY, *Klagerecht und rechtliches Interesse*, Leipzig 1923, p. 20: «*Kein Zweifel, wer verliert, hat, prozessual gesehen, unrecht. Aber doch nur in der Sache; nicht ist damit auch seine Prozessführung zum Unrecht gestempelt. Ein verlorener Krieg ist doch noch kein ungerechter Krieg*».

45 HEINRICH DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877, p. 13–15.

46 DEGENKOLB (n. 45), p. 32 s.

47 DEGENKOLB (n. 45), p. 39 s.

48 DEGENKOLB (n. 45), p. 32, 34 s.

49 DEGENKOLB (n. 45), p. 34.

parle de «*publizistische abstrakte Klagerecht*»⁵⁰. DEGENKOLB voit dans l'action une prérogative (*Anwartschaft*) à l'égard du défendeur et du tribunal: à l'égard de celui-ci, le droit à son engagement dans le procès, et à l'égard de celui-là, le droit à un jugement⁵¹. Selon cette analyse, qui s'oppose à la théorie classique (*materiell-rechtliche Klagerecht*), le droit d'action correspond ainsi au droit de saisir les tribunaux et d'être entendu par ceux-ci (*abstraktes Klagerecht*)⁵². La théorie du droit d'action abstrait comprendra diverses variantes, certaines postérieures à la théorie du droit d'action public concret. On mentionnera ici la contribution de BLEY en 1923⁵³, qui critique les diverses approches abstraites et concrètes de l'époque et développe un concept de *Klagerecht*, entendu comme «*Recht auf Sachurteil*» à l'égard de l'Etat, ce que DEGENKOLB ne reconnaissait pas⁵⁴, mais sans en déterminer précisément les conditions. Il relève que «*das Erkenntnisverfahren im einzelnen Falle nicht in der Rechtsvergewisserung aufzugehen braucht, ist es angemessen, bei der Bestimmung des Klagzwecks statt auf das Mittel, auf die Form abzustellen. Diese aber ist die Sachentscheidung*»⁵⁵. Il place également l'intérêt pour agir au cœur de sa construction, ce qui le rapproche de la conception française dont il sera question ci-dessous⁵⁶: «*Nimmt man dem Entscheidungsanspruch die einseitige Beziehung auf das günstige Urteil, dann zeigt sich mit voller Deutlichkeit, dass das rechtliche Interesse nichts anderes als Sachentscheidungsvoraussetzung sein kann*».

D. WACH et le droit d'action public concret (*Rechtsschutzanspruch*)

Poussant plus loin l'analyse, WACH fait de la protection judiciaire une prétention du particulier dirigée contre l'Etat (*Rechtsschutzanspruch*)⁵⁷. L'individu a droit, si les conditions de la protection légale sont remplies, à obtenir du tribunal cette protection, sous la forme d'un jugement en sa faveur («*günstiger Urteil*»)⁵⁸. Ce *konkretes Klagerecht*, qui existe comme droit subjectif en dehors et avant le début de tout procès, ce qui fait sa spécificité⁵⁹, est reconnu par la doctrine allemande majoritaire au

50 CHRISTOPH ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse*, thèse d'habilitation, Regensburg, Tübingen 2012, p. 42, et les références aux tenants de cette approche.

51 DEGENKOLB (n. 45), p. 32 s.

52 Approche retenue aussi par BULOW, *Prozessrechtswissenschaft* (n. 21), S. 241–246; le même, *Klage und Urteil* (n. 24), p. 191. Pour une analyse pertinente de ce droit: WILHELM SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 2^e éd., Stuttgart 1929, p. 534 s.

53 BLEY (n. 44), p. 23 ss, 106.

54 BLEY (n. 44), p. 31.

55 BLEY (n. 44), p. 23.

56 *Infra*, II.F.

57 Pour les fondements de l'analyse du droit public en Allemagne au milieu du 19^e siècle, voir ALTHAMMER (n. 49), p. 43 n. 49.

58 ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1. [et unique] Band, Leipzig 1885, § 2 V–VI.

59 HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen des Zivilprozessrechts*, vol. 1, Leipzig 1903, p. 147; WACH, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig 1889, p. 15, 32. Voir aussi les références données par BULOW, *Klage und Urteil* (n. 24), p. 195 s. n. 7.

tournant du siècle⁶⁰ et fait l'objet d'importantes analyses, en particulier de SCHÜLER⁶¹, HELLWIG⁶² et GOLDSCHMIDT⁶³.

L'apport d'HELLWIG est sensible. En distinguant les *formelle Klagvoraussetzung* des *materielle Klagvoraussetzung*, il met le doigt sur l'élément essentiel⁶⁴: il existe, outre les conditions formelles de l'instance (*Prozessvoraussetzung*) et le droit matériel (*materielle Klagvoraussetzung*), une catégorie spécifique de conditions nécessaires à la protection légale, les *prozessuale Klagvoraussetzungen* (entre autres: capacité d'être partie, admissibilité de la voie civile, qualité pour agir, intérêt à agir [*Rechtsschutzgrund*], exigibilité, absence d'autorité de la chose jugée), dont la spécificité pour HELLWIG est de ne pas se rapporter à l'existence ou au contenu du rapport de droit objet du procès, mais de conditionner procéduralement le droit d'action du demandeur, si bien que leur défaut entraîne le mal fondé de la demande en l'état faute de droit d'action. Si elles font défaut, il est «*nur über das Klagrecht als solches (über den Rechtsschutzanspruch) in verneinendem Sinne entschieden. Die Klage wird zurZeit abgewiesen. So hat man das Urteil schon bisher in manchen Fällen bezeichnet, namentlich dann, wenn die Klagabweisung wegen Mangels der Fälligkeit des Anspruchs erfolgt. Aber der Ausdruck passt für alle die in Frage kommenden Fälle*»⁶⁵. Faute cependant de convaincre quant aux effets de la distinction entre les *Prozessvoraussetzungen* et les *prozessuale Klagvoraussetzungen* et compte tenu du foisonnement de terminologies et de classifications⁶⁶, la doctrine allemande du *Rechtsschutzanspruch* et du *Klagrecht* s'est consumée d'elle-même. Elle n'a pas su par ailleurs s'extraire de son caractère hautement abstrait, de nature

60 Voir la liste détaillée d'ouvrages et d'articles dressée par OSKAR BULOW, *Klage und Urteil* (n. 24), p. 193 s. n. 5 et, 25 ans plus tard, par SAUER (n. 52), p. 534 n. 3.

61 GEORG SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch: ein Beitrag zur Rechtsschutzlehre und zum materiellen Justizrecht*, Tübingen 1921, avec un historique de la théorie en p. 12 ss.

62 HELLWIG (n. 59), p. 146, 148: «*Das Klagrecht ist das prozessuale (publizistische) Recht, vom dem Staate als dem Träger der Gerichtsbarkeit die bestimmte zur Befriedigung des Rechtsschutzinteresses erforderliche Rechtsschutzhandlung (Urteil) zu verlangen*».

63 JAMES GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, in *Festgabe für Bernhard Hübler*, Berlin 1905, p. 75 ss; *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, p. 259 ss; *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Berlin 1932, p. 1 ss., 52 ss.

64 Pour une première tentative avant lui: JAKOB WEISMANN, *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, Leipzig 1887, § 21, p. 84 ss.

65 HELLWIG (n. 59), p. 151 ss, 162 s. Voir également GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht* (n. 63), p. 53, qui relève que les *prozessuale Klagvoraussetzungen* sont une catégorie particulière de conditions de recevabilité: «*als ihr Mangel gegebenenfalls nicht vermeidbar ist und die dauernde oder mindestens zeitige unzulässigkeit des Klage nach sich zieht*». RICHARD SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^e éd., Leipzig 1906, p. 13 ss, 19, parle de *Rechtsschutzbedingungen*. Pour BLEY (n. 44), p. 111, l'intérêt juridique ne peut pas être fondamentalement distingué des conditions de recevabilité, mais représente «*das substantielle Element des Rechts auf Sachentscheidung*».

66 Voir pour un survol, WILHELM GROH, *Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch)*, ZJP 51 (1926) 145 ss, 173 ss; SAUER (n. 52), p. 547 ss.

métaphysique⁶⁷, visant à reproduire sur le plan procédural, face à l'Etat, le droit subjectif privé⁶⁸. Or le demandeur n'a de droit (subjectif) qu'à l'examen de sa demande et à un prononcé rendu dans le respect de la loi, mais non à un prononcé en sa faveur⁶⁹. Ce n'est que lorsque le jugement est rendu que l'on peut rétrospectivement retenir que le demandeur avait «droit» à ce jugement⁷⁰. Et pour certains auteurs, il ne faut pas y voir un droit subjectif, mais la conséquence du processus judiciaire exercé en conformité avec les règles légales applicables. Il s'agit donc plutôt de conditions au prononcé d'un jugement déterminé (*Rechtsschutzbedingungen*)⁷¹ que d'un droit à un jugement déterminé. Depuis ROSENBERG, seules demeurent, conformément à l'approche de BULOW, les conditions de recevabilité du procès (*Prozessvoraussetzungen*) et l'examen de la prétention affirmée⁷².

Dans sa conception originelle, la doctrine du *Rechtsschutzanspruch* a permis de mieux distinguer les droits subjectifs privés du droit à la protection judiciaire, de nature publique, et qui dépend de conditions propres, en particulier l'intérêt à agir (*Rechtsschutzbedürfnis* ou *Rechtsschutzinteresse*), si bien que ses détracteurs concèdent qu'elle fut à tout le moins une «*fruchtbarer Irrtum*»⁷³. Divisée sur la nature et l'entendue de cette protection, la doctrine allemande a finalement rejeté dès les années 1920 toute tentative de classification des conditions de la protection légale dépassant la division entre les conditions de recevabilité de la demande et celles de son bien-fondé⁷⁴. Le *Rechtsschutzanspruch* est aussi écarté par la doctrine de la période nazie, car incompatible avec l'intérêt de la *Volksgemeinschaft*. En 1938, SCHÖNKE, membre du parti, qui quatre ans auparavant était encore remercié par GOLDSCHMIDT dans son introduction pour avoir participé comme assistant à la deuxième édition de son manuel, écrira «*Jeder Zivilprozess berührt die Gemeinschaft insbesondere auch dadurch, dass er Kräfte der Gemeinschaft in Anspruch nimmt*

67 Voir la critique de BULOW, *Klage und Urteil* (n. 24), 191 ss, et la réponse de WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, ZZZ 32 (1904) 5 ss. Voir aussi JOSEPH KOHLER, *Der Sogennante Rechtsschutzanspruch*, ZZZ 33 (1904) 211 ss; BLEY (n. 44), p. 14.

68 SAUER (n. 52), p. 537 s.; BLEY (n. 44), p. 58. Il s'agit en réalité plutôt de conditions au prononcé d'un jugement déterminé (*Rechtsschutzbedingungen*; c'est l'expression qui était d'ailleurs retenue par SCHMIDT (n. 65) que d'un droit à un jugement déterminé (*Rechtsschutzanspruch*: le droit d'exiger un jugement en sa faveur), ce à moins que l'on reconnaisse l'existence d'un droit subjectif de l'administré à un tel jugement et donc un devoir de l'Etat de réparer le dommage en cas de violation du *Justizanspruch*, comme le retient ARWED BLOMEYER, *Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess*, *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70 Geburtstag am 29 Dezember 1969*, Berlin 1969, p. 61 ss, qui, en Allemagne, a fait renaître de ses cendres la théorie du *Rechtsschutzanspruch*.

69 LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1^{re} éd., Berlin 1927, § 89 IV 1a, p. 256 s.

70 Voir sur ce point les réflexions de JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (n. 63), p. 259 ss, et sa synthèse dans son *Zivilprozessrecht* (n. 63), p. 52 s., sans doute la dernière contribution sur ce thème avant la période nazie. Voir aussi l'analyse détaillée de SAUER (n. 52), p. 534 ss, 542 ss, 553, qui parvient à la conclusion que le *Klagerecht* est un *Blanko-Rechtsschutzanspruch* qui ne se «remplit de droit» que progressivement en cours de procès.

71 SAUER (n. 52), p. 534.

72 ROSENBERG (n. 69), § 89 IV 2, p. 257 ss.

73 ROSENBERG (n. 69), § 89 IV 3, p. 259.

74 Voir l'analyse détaillée de ROSENBERG (n. 69), § 89 V, p. 260 s.

und bindet. (...). Ein Rechtsschutzanspruch des einzelnen gegen den Staat als subjektives öffentliches Recht kann nicht anerkannt werden. Jeder hat zwar ein Anrecht auf Rechtsschutz (...); hierin liegt aber kein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat. Der Staat erfüllt auch im Zivilprozess nur eine allgemeine Rechtsschutzaufgabe, nicht eine spezielle Rechtsschutzpflicht»⁷⁵. Juste après la guerre, on lit en revanche dans la première édition de l'ouvrage de référence de LENT: «Es sei nur darauf hingewiesen, dass mit Überwindung der nationalsozialistischen Staatsauffassung und dem neuen Vordringen der Rechtsstaatsidee auch das subjektive öffentliche Recht wieder anerkannt werden wird. Von dieser Richtung her droht daher dem Rechtsschutzanspruch keine Opposition»⁷⁶.

E. Le droit d'accès aux tribunaux (*Justizgewährungsanspruch* ou *Justizanspruch*)

Faute de convaincre, les théories abstraites et concrètes du droit d'action (*konkrete und abstrakte Klagerchtstheorien*) vont être réduites à un dénominateur commun, le droit d'accès aux tribunaux (*Justizgewährungsanspruch*), qui ne distingue plus la recevabilité du fond⁷⁷ et se concentre sur le droit à égard de l'Etat d'obtenir que les tribunaux statuent sur la cause. GROH donne des contours précis à cette approche (il parle de *Justizanspruch* ou d'*Anspruch auf Justizgewährung*⁷⁸, *Justizgewährungsanspruch*) dans un article de 1926, dans lequel il fait également le point sur les diverses théories et leurs multiples variantes⁷⁹. Rejetant l'approche selon lui trop étroite de BLEY du droit à un jugement au fond⁸⁰, il retient en synthèse que: «*[w]enn wir den Inhalt dieses Anspruchs näher charakterisieren wollen, so kann der Zweck dieses Verfahrens Anlass dazu geben, diesen Anspruch als ein Recht des Klägers wie des Beklagten auf Urteil zu bezeichnen, und zwar nach den Bestimmungen des positiven Rechts wie nach den Logik zunächst als ein Recht auf URTEIL SCHLECHTHIN und für den Fall des Vorhandenseins der Zulässigkeitsvoraussetzungen als Recht auf einen Ausspruch des Richters über die materielle Rechtslage, die Begründetheit, auf Sachurteil*»⁸¹. ROSENBERG la précisera encore dans son *Lehrbuch*

75 ADOLPH SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 1^{re} éd., Berlin 1938, p. 3–4. Après la guerre, SCHÖNKE maintiendra son approche inchangée, tout en remplaçant l'expression trop connotée de *Volksgemeinschaft* par celle d'*Allgemeinheit*. On lira avec intérêt ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*, 2^e éd., Berlin 1985, p. 5, qui utilise la même argumentation, mais en faveur du Rechtsschutzanspruch.

76 FRIEDRICH LENT, *Zivilprozessrecht*, Munich/Berlin 1947, p. 80.

77 Voir en particulier le § 89 de ROSENBERG (n. 69), intitulé «*Zulässigkeit und Begründetheit der Klage. Der sog. Rechtsschutzanspruch*».

78 GROH (n. 66), p. 147.

79 GROH (n. 66). L'auteur relève, p. 147 n. 2, que «*Die Anregung zu näherer Entwicklung dieses Gedankens empfang ich von meinem verehrten hiesigen Kollegen Leo Rosenberg der auf die Möglichkeit der Lösung des Problems, wie sie hier im einzelnen versucht wird, schon seit Jahren in seinen Vorlesungen und Übungen hingewiesen hat*».

80 GROH (n. 66), p. 169. Sur BLEY, voir *supra* II. C.

81 GROH (n. 66), p. 154.

paru en 1927⁸²: «Die Pflicht des Staates (Gerichts) zur Fällung des Urteils ist nur ein Teil der allgemeinen staatsrechtlichen Pflicht des Staates den Parteien (...) gegenüber zur Vornahme der Rechtspflegetätigkeit nach Massgabe des objektiven Rechts und der Prozesslage und der Anspruch der Parteien auf Urteil nur ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Anspruch der Parteien (u.U. auch Dritter) gegen den Staat auf Vornahme der Rechtspflegetätigkeit, den man Anspruch auf Rechtspflege oder auf Justizgewährung und kurz JUSTIZANSPRUCH nennen kann».

C'est désormais le concept incontesté en Allemagne⁸³.

F. Les développements en Italie et en France

On doit à l'Italie, puis à la France, la poursuite des réflexions. Chef de proue de la *scuola sistematica* italienne, CHIOVENDA, familiarisé au constructivisme allemand, propose en 1903, dans un pays alors attaché à la théorie classique, sa propre analyse⁸⁴: l'action est le pouvoir juridique de mettre en œuvre le processus de réalisation de la loi par le juge⁸⁵. Sa vision s'impose dans son pays, sans toutefois mettre un terme aux controverses sur ce droit à l'égard de l'Etat⁸⁶. En France, où GLASSON insistait déjà sur la distinction entre l'action et le droit, mais en retenant encore que celle-là garantit celui-ci⁸⁷, VIZIO recommande d'approcher le procès civil de ma-

⁸² ROSENBERG (n. 69).

⁸³ HANNS PRÜTTING, in *Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 3^e éd., Berlin/New York 1994, Einl. N 25; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 18^e éd., Munich 2018, § 3 N 1 ss et les réf., § 90 N 9 s.; ZÖLLER/VOLLKOMMER, *ZPO, Einleitung*, N 48 ss, 32 éd., Cologne 2018; JOHANN BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, p. 16 ss, § 2, intitulé *Selbsthilfeverbot, Justizgewährungsanspruch und Einlassungspflicht*, une articulation des concepts que l'on retrouve déjà l'article de GROH (n. 66), p. 145 ss, 187. Voir en particulier p. 41: «Was der gegen den Staat gerichtete Rechtsschutzanspruch darüber hinaus erklären soll, ist nicht nachzuvollziehen. Es handelt sich dabei um eine Konstruktion ohne praktischen Wert, eine Theorie bloss um der Theorie willen oder allenfalls zu dem Zweck, das subjektive Privatrecht in die Form eines subjektiven öffentlichen Rechts einzuhüllen».

⁸⁴ L'azione nel sistema dei diritti, de 1903, reproduit in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Rome 1930, p. 3-99 et *Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., Naples 1923, p. 43-58, avec un examen détaillé des développements en Allemagne, et la mention en p. 53 des auteurs italiens attachés alors à la théorie classique héritée du droit commun.

⁸⁵ CHIOVENDA, *Principii* (n. 84), p. 43-58.

⁸⁶ Voir PIERO CALAMANDREI, *Diritto Processuale civile, Parte Prima*, 2^e éd., Padoue 1943, p. 94-155, et *Studi sul processo civile*, vol. V, Padoue 1947, *La relatività del concetto d'azione*, p. 1-26. Pour une liste de doctrine détaillée, voir GIAN ANTONIO MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, Milan 1959, p. 11 s.; CLAUDIO CONSOLO et FRANCESCO P. LUISO (édit.), *Codice di procedura civile commentato*, 3^e éd., Milanofiori 2007, art. 99 N 1; SALVATORE SATTA/CARMINE PUNZI, *Diritto processuale Civile*, 11^e éd., Milan 1992, p. 141-147, 142 s.: «Su questa «autonomia dell'azione» regna universale l'accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica».

⁸⁷ ERNEST GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2^e éd., Paris, 1908, Tome premier, p. 224 s.: «Quoique l'action soit un droit, elle se distingue cependant très nettement de celui qu'elle sanctionne».

nière scientifique⁸⁸ et s'inspire des travaux de la doctrine allemande⁸⁹ et de CHIOVENDA⁹⁰. Son observation de l'ancienne doctrine française lui permet d'isoler, parmi les conditions de l'action au sens classique du terme, à savoir le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité, celles qui se détachent de la forme et du fond, à savoir l'intérêt et la qualité, mais que suppose un jugement au fond⁹¹. Il suggère une approche distinguant théories de l'action, de la juridiction et de l'instance⁹², en s'inspirant des recherches allemande et italienne⁹³. Elle marquera profondément la doctrine française et la structure des ouvrages de procédure civile⁹⁴. L'apport de MOTULSKY⁹⁵ sera déterminant: il distingue le droit d'accès aux tribunaux (*Justizgewährungsanspruch*) et le droit d'action, qui ne se confond pas avec le droit matériel, et n'en est pas l'avatar⁹⁶, mais ne donne pas plus le droit à un jugement en sa faveur⁹⁷. Le droit d'action, c'est la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention. Cette approche, qui était déjà celle de CORNU et FOYER⁹⁸, a été consacrée à l'art. 30 CPC français de 1975, dont la teneur est la suivante: «*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*». L'action est donc le droit à la juridiction, le droit d'obtenir que le juge tranche un litige. Ainsi, on peut prétendre en justice à un droit même s'il s'avère finalement que celui-ci n'existe pas.

Ces réflexions n'ont pas touché l'Allemagne⁹⁹, ou c'est le droit d'accès au juge (*Justizgewährungsanspruch*), garanti par les articles 6 CEDH et 14 Pacte ONU II, qui est désormais mis en avant¹⁰⁰.

88 VIZIOZ (n. 22), p. 6 ss.

89 VIZIOZ (n. 22), p. 16 ss.

90 VIZIOZ (n. 22), p. 21 ss.

91 VIZIOZ (n. 22), p. 35 ss.

92 VIZIOZ (n. 22), p. 27 ss, 38 ss, 45 ss.

93 VIZIOZ (n. 22), p. 21 ss.

94 Voir par exemple, CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD/MAYER, Procédure civile, 34^e éd., Paris 2018, dont la première partie se décline en trois titres: les principes encadrant l'action en justice; les principes structurant l'instance; les principes gouvernant la fonction juridictionnelle.

95 MOTULSKY connaissait parfaitement les concepts allemands sur ce thème pour avoir étudié le droit en Allemagne et pratiqué comme avocat dans ce pays avant la guerre. Voir d'une manière générale, FRÉDÉRIQUE FERRAND, L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky, Procédures, LexisNexis, 2012, Dossier n° 3, p. 36 ss. MOTULSKY mentionne du reste les travaux allemands sur le *Rechtsschutzanspruch* dans ses travaux: Le droit subjectif et l'action justice, 1964, reproduit in Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Paris 2010, p. 85 ss, 94.

96 MOTULSKY (n. 95), p. 93.

97 MOTULSKY (n. 95), p. 95.

98 GÉRARD CORNU/JEAN FOYER, Procédure civile, 1^{re} éd., Paris 1958, p. 275.

99 Voir cependant le Klagerecht de BLEY (n. 44), p. 23, 106, entendu comme «*Recht auf Sachurteil*». *Supra*, II. C.

100 Voir déjà GROH (n. 66) sur la distinction entre l'*Anspruch auf Justizgewährung* ou *Justizanspruch* et le *Konkrete* et *Abstrakte Klagerecht*.

III. La réception en Suisse

A. L'évolution de la jurisprudence et de la doctrine

Au début du XX^e siècle, le Tribunal fédéral reconnaît la nature procédurale du droit d'action (*prozessuale Klagerecht* ou *prozessuale Klageanspruch*)¹⁰¹. Dans un arrêt du 9 novembre 1939, il décrit du reste avec une grande acuité le lien entre l'intérêt à la protection juridique et le *Rechtsschutzanspruch*: «*So ist ein Prozess- oder Betreibungsverfahren auch dann durchzuführen, wenn der vom Kläger bzw. Gläubiger vermutlich erzielbare Erfolg viel geringer ist als der dem Belangten drohende Nachteil; ein Missverhältnis der Interessen steht der Geltendmachung des formellen Rechtsschutzanspruchs grundsätzlich nicht entgegen. Dagegen hat der Richter oder Vollstreckungsbeamte ein Verfahren nicht durchzuführen, das gar nicht um des Rechtsschutzes willen angehoben wurde; so, wenn die Parteien dem Richter einen erdichteten Anspruch zur Beurteilung unterbreiten, um sich die Handhabung des Prozessverfahrens vorführen zu lassen oder die Ansicht des Richters zur betreffenden Frage zu erfahren, oder wenn ein Betreibungsverfahren über eine anerkanntermassen nicht bestehende Forderung im beidseitigen Einverständnis angehoben wird, um den pfändenden Gläubiger oder einen Dritten auf dem Wege der Zwangsverwertung statt in den Formen eines privaten Verkaufsgeschäftes Eigentümer bestimmter Vermögensgegenstände werden zu lassen*»¹⁰². On retrouve même la théorie du *Rechtsschutzanspruch* dans la thèse de SCHABAD en 1916¹⁰³. Mais suite aux remises en cause sévères en Allemagne¹⁰⁴, et dans le but bien compris d'assurer l'application uniforme du droit matériel fédéral sur tout le territoire de la Confédération, le Tribunal fédéral va écarter cette théorie et adopter une approche qu'il juge plus simple: l'objet du litige n'est autre que le droit matériel invoqué¹⁰⁵. Les manuels de procédure civile suisse vont lui emboîter le pas. Ils ne traitent que brièvement la question et nient toute identité à l'action, en particulier sous sa forme de *Rechtsschutzanspruch*¹⁰⁶. Même KUMMER, qui en 1954 déjà était parvenu à la bonne analyse en retenant que l'action n'est autre que l'affirmation digne de protection d'un droit, qui assure l'entrée en matière sur le

¹⁰¹ ATF 47 I 77 consid. 3, JdT 1921 I 472; ATF 47 I 303 consid. 3, JdT 1922 1271; ATF 51 I 81; ATF 54 II 129 consid. 3, JdT 1928 I 424, qui cite d'ailleurs KONRAD HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. 1, Leipzig 1912, p. 298. Sur ces arrêts, voir STEPHEN V. BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich 1989, p. 40–43.

¹⁰² ATF 65 II 139 consid. 1b, JdT 1939 I 98; voir CR CPC-BOHNET, Intro art. 84–90 N 6.

¹⁰³ MICHAEL SCHABAD, *Rechtsschutzanspruch und Urteil*, thèse Zurich, 1916.

¹⁰⁴ *Supra* II.D.

¹⁰⁵ ATF 67 II 70 consid. 2, JdT 1941 I 439. Voir ensuite ATF 77 II 344 consid. 2, qui parle expressément de théorie classique («*la teoria classica*») et retient que «*il diritto all'azione fa parte del diritto materiale*»; ATF 86 II 41 consid. 4. Plus récemment: ATF 118 II 479 consid. 2^e-g, JdT 1994 I 120 et TF 4P.94/2012 du 27 juin 2002, RSPC 2005 36 consid. 3.2.2; TF 4A_ 194/2012 du 20 juillet 2012 consid. 1.2.

¹⁰⁶ GULDENER (n. 1), p. 175; OSCAR VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Zurich 1984, p. 33 N 45.

fond¹⁰⁷, n'en parle plus de manière directe dans son *Grundriss*, se limitant à rappeler que le procès porte sur l'affirmation d'un droit, une *Rechtsbehauptung* qui suppose l'affirmation d'un état de fait et de la conséquence juridique qui en découle¹⁰⁸. Selon HABSCHIED, la seule garantie est celle de l'accès au juge (*Justizgewährungsanspruch*). Il ne reconnaît pas de droit à un jugement au fond¹⁰⁹.

B. Les prérogatives liées à la créance selon la doctrine de droit privé

Dans un pays où seul le droit matériel était unifié¹¹⁰, la procédure civile a été largement exclue des réflexions des auteurs de droit privé. Ce sont au contraire les processualistes qui, au cours du XX^e siècle, se sont évertués à tirer du droit fédéral des principes communs de procédure civile¹¹¹. En matière de droit d'action, le manque de dialogue entre doctrine de procédure civile et doctrine de droit privé est assez frappant. La théorie classique est en effet devenue la seule approche prise en compte dans les discussions de la doctrine privatiste suisse. Alors que VON TUHR, dont l'influence a été très marquée sur le droit suisse des obligations, faisait encore la différence entre droit de procédure et droit matériel en distinguant selon l'approche allemande l'*Anspruch* de la *prozessuale Anspruch*¹¹² et retenait que la question de savoir si la créance peut être exercée par une action est une question de procédure¹¹³, à l'époque du ressort des cantons, la doctrine ultérieure fait l'impasse sur la controverse. Comme les auteurs du droit des obligations se concentrent pour la plupart exclusivement sur le droit matériel, ils déduisent naturellement le droit d'agir de la créance elle-même¹¹⁴. Selon GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, le *Klagerecht*, dirigé à l'encontre de l'Etat, est le «*zweite Bestandteil der Forderung*»¹¹⁵; «*[e]s ist*

107 MAX KUMMER, *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Berne 1954, p. 18: «*Der Ansprecher muss sich vorerst über ein hinreichendes Interesse ausweisen; erst dann kommt er zu einem Urteil, das sich über die Begründetheit seiner Rechtsbehauptung ausspricht*».

108 MAX KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4^e éd, Berne 1984, p. 5 «*Ein Recht geltend machen heisst zunächst, die Behauptung aufstellen, berechtigt zu sein; somit die Behauptung eines bestimmten Lebensvorganges, und ausserdem die weitere Behauptung, dieser Lebensvorgang äussere eine bestimmte Rechtsfolge*».

109 WALTHER J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève 1981, p. 5 s.; *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle 1990, p. 6.

110 L'Allemagne a fait le chemin inverse: l'unification de la procédure civile a précédé celle du droit civil: il y a environ 20 ans entre l'entrée en vigueur du BGB (le 1^{er} janvier 1900) et celle du dZPO (le 1^{er} octobre 1879). On ne peut a priori rien en déduire quant à l'émergence de la doctrine du Rechtsschutzanspruch (comp. KUMMER [n. 107], p. 21 s), voir DROESE (n. 9), p. 80 ss.

111 *Supra* I.

112 ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, traduit par Maurice Torrenté et Emile Thilo, vol. I, Lausanne 1929, § 2 VI, p. 12 n. 31; *infra* IV.C.I.

113 VON TUHR (n. 112), § 4 10, p. 33. SCHÜLER (n. 61), p. 15 n. 8, le compte d'ailleurs parmi les auteurs en faveur de la *Rechtsschutzanspruch*, citant son *Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. 1, *Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Leipzig 1910, p. 240 n. 2.

114 Voir sur ce thème les développements de SUNARIC (n. 14), p. 50 ss.

115 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 11^e éd., Zurich 2020, p. 18 N49. Dans ce sens: ALFRED KOLLER,

Ausfluss des materiellen Rechts, kein im Prozessrecht wurzelndes selbständiges Recht»¹¹⁶. On lit encore chez ENGEL, dans la pure tradition classique¹¹⁷, que le droit d'action est la composante de droit public de la créance¹¹⁸ et que «[c]e droit est l'armure de la créance. En langage technique, c'est le droit d'action, l'action étant définie ici comme le droit de former une demande en justice (das Klagerecht). La créance comprend donc la prétention (der Anspruch) et le droit de porter la réclamation devant les tribunaux; ce droit dérive de la prétention»¹¹⁹. Le droit d'action serait ainsi un attribut de la créance, alors même que le procès ne peut par définition pas dépendre de l'existence de la créance ou du droit invoqué, puisqu'il vise à déterminer son existence.

C. Le courant neuchâtelois

En Suisse romande, un courant neuchâtelois¹²⁰ retient depuis fort longtemps les enseignements de la doctrine française, très élaborée sur ce point, et prend en compte un concept d'action compris comme *le droit à un jugement au fond*. Comme le décrit SCHÜPBACH, «Le droit d'action signifie, le procès engagé et toutes autres conditions réalisées, que le juge devra statuer sur le litige. En l'absence de ce droit, sa demande ne sera pas reçue et le fond restera injugé»¹²¹. Il convient ainsi de distinguer les questions de simple validité de l'instance de la notion d'action¹²². Comme l'exprime SCHWEIZER, «Le droit à l'obtention d'un jugement au fond suppose donc la réunion de deux conditions matérielles: l'affirmation d'un droit et l'existence d'un intérêt à sa sanction judiciaire. La malformation d'une demande, aboutissant à un jugement d'irrecevabilité, ne fait pas obstacle à ce que le juge saisi d'une nouvelle demande, véhiculant la même action, statue au fond»¹²³. Si l'action a pour fondement le droit invoqué par celui qui l'exerce, elle n'est toutefois pas un appendice de ce droit et partant, ne se confond pas avec lui. De même, la demande, par laquelle on exerce son droit d'action et tente d'obtenir la consécration de son droit substantiel, ne se confond avec ni l'une, ni l'autre de ces notions. Le droit substan-

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3^e éd., Berne 2009, p. 11 N 37; ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3^e éd., Zurich 2018, p. 29 N 94. Voir aussi: CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 3^e éd., Zurich 2019, p. 13 N 34. Pour une approche nuancée, d'un auteur également intéressé par le droit de procédure: BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3^e éd., Berne 2018, p. 19 s. N 71 ss.

¹¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 115), p. 18 N 50.

¹¹⁷ Comparer la formule de DEMOLOMBE, n. 29.

¹¹⁸ PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997, p. 7.

¹¹⁹ ENGEL (n. 118), p. 8. Voir aussi PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich 2019, p. 38 n. 139: «toute créance est en principe armée du droit d'action».

¹²⁰ AUBERT (n. 6), p. 22 ss; SCHÜPBACH (n. 6), p. 197 ss; SCHWEIZER (n. 6), p. 23 ss; BOHNET/SCHWEIZER (n. 6), p. 21 ss. PHILIPPE SCHWEIZER, note in RSPC 2005 37; BOHNET, Défenses (n. 9), p. 200 s.

¹²¹ SCHÜPBACH, Justice civile helvétique, (Tiré à part de: Recueils pratiques du droit des affaires – vol. 1), Paris 1984, p. 4.

¹²² SCHÜPBACH (n. 6), p. 198.

¹²³ SCHWEIZER (n. 6), p. 25.

tiel, l'action et la demande sont des éléments autonomes. Le droit d'action existe ou n'existe pas. S'il n'existe pas, la demande est déclarée irrecevable; s'il existe, la demande, à défaut de vices relatifs à l'instance (incompétence du tribunal, irrégularité formelle), en tant que recevable, est déclarée bien fondée ou mal fondée, suivant que le droit substantiel invoqué est consacré ou non. L'action n'est donc pas identique au droit subjectif dont le plaideur tente d'obtenir la reconnaissance en justice¹²⁴. Les tribunaux neuchâtelois et genevois ont retenu cette approche¹²⁵. Ce courant se poursuit sous le nouveau droit¹²⁶.

Concernant la condition de l'intérêt, AUBERT exprimait déjà une idée essentielle dans le système fédéraliste suisse: s'il revient au droit de procédure cantonal de déterminer si l'intérêt est une condition de l'entrée en matière au fond, c'est au droit matériel fédéral de déterminer quand cet intérêt existe¹²⁷. Il montre à cet égard que le droit fédéral sanctionne non seulement la violation d'un droit, mais aussi la simple mise en danger d'une situation juridique («situation juridique» et non «droit», pour englober l'action en déclaration de droit négative).

D. La *Rechtsschutzanspruchbeauptung*

A l'approche de l'unification, les débats dogmatiques ont refait surface. On doit à BERTI le réexamen en Suisse alémanique de la question du *Klagerecht* longtemps ignorée. Son concept de *Rechtsschutzanspruch* s'exprime dans une forme régénérée¹²⁸ et didactique¹²⁹. L'objet du litige est au cœur de son approche: il ne consiste pas dans une *privatrechtliche Anspruch*, mais dans l'*Anspruch auf Schutz des eingeklagten Anspruches in prozessualer Form*¹³⁰, en d'autres termes une *Rechtsschutzanspruchbeauptung*¹³¹. Invitant son lecteur à relire SCHWEIZER¹³², BERTI insiste sur le fait que l'objet du procès est la question de savoir si les parties ont droit à la protection juridique qu'elles affirment¹³³. Le droit à la protection juridique est inhérent aux deux parties et ce, même si le défendeur passe naturellement au second plan dans le contexte du droit d'action: tout comme la partie demanderesse, la partie défenderesse attend également d'être protégée par le tribunal et a droit – devant les tribunaux d'un Etat de

124 BOHNET/SCHWEIZER (n. 6), p. 21 ss; BOHNET, Défenses (n. 9), p. 200 s.

125 Voir CJ GE (20. 11. 1987), SJ 1988 85 consid. 3; CC NE (20.03.2003) RJN 2003 164.

126 BOHNET, Procédure civile (n. 12), p. 102 ss, N 361 ss; CR CPC-BOHNET, Intro art. 84–90 N 2 ss; CPra Actions-BOHNET, vol. 1, § 1 N 1; JULIEN BROQUET, Action en constat, intérêt pour agir et recevabilité, RJN 2016, p. 13 ss, 37. Sur le thème de la qualité pour agir: DIETSCHY (n. 14), p. 155 s. N 309 s.; HÄNNI (n. 14), p. 301 N 813, p. 341 N 924.

127 AUBERT (n. 6), p. 25.

128 BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 72 ss.

129 BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 75 ss.

130 BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 73.

131 STEPHEN V. BERTI, Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, RSPC 2008 191 ss, p. 192.

132 SCHWEIZER (n. 6), p. 23–27.

133 BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 74. Voir aussi DROESE (n. 9), p. 72 et les réf. à la doctrine allemande en n. 380. Voir aussi WILLISEGGER (n. 14), p. 82.

droit¹³⁴ à «une décision conforme au droit»¹³⁵. Pour le défendeur, cette protection juridique prend nécessairement la forme d'une constatation négative¹³⁶. Elle ne peut consister qu'à le protéger, au fond, de l'affirmation du demandeur selon laquelle le droit matériel, au vu des faits présentés, devrait entraîner une conséquence juridique à son encontre¹³⁷. Cette constatation négative du tribunal n'a de rapport avec le droit du fond que dans la mesure où elle consiste à rejeter le droit affirmé par le demandeur. La construction de cette protection juridique au fond en faveur du défendeur est utile pour comprendre la position juridique du demandeur, d'autant plus que la protection juridique ne peut pas être d'une nature différente suivant qu'elle est accordée à l'une ou l'autre des parties¹³⁸. La théorie du *Rechtsschutzanspruch* permet de le mettre en lumière. En ce sens, elle s'exprime également comme une «approche heuristique», c'est-à-dire comme un moyen d'analyse permettant de mieux comprendre une situation juridique procédurale donnée, telle que l'autorité de la chose jugée¹³⁹, l'objet du litige ou encore le droit d'action. Alors qu'elle est souvent décriée par la doctrine allemande et alémanique parce qu'elle véhiculerait des idées obscures et surannées, la théorie du *Rechtsschutzanspruch* exprime selon cette conception une évidence dogmatique: chaque partie affirme un droit à la protection juridique; le juge tranchera. Comme l'exprime l'art. 30 CPC fr, «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention». On évite ainsi l'écueil du droit métaphysique à un jugement en sa faveur¹⁴⁰. En effet, il faut bien admettre que seule l'affirmation de ce droit «existe», comme du reste l'affirmation d'une prétention matérielle. Le tribunal dira s'il protège ou non ce droit au terme du processus judiciaire¹⁴¹.

IV. Le droit d'action sous le CPC

A. *Klagerecht* et *Justizgewährungsanspruch*

Le *Justizgewährungsanspruch* porte sur l'accès aux tribunaux. Son essence est constitutionnelle (art. 6 CEDH, art. 29a, 30 Cst.)¹⁴². Il garantit la possibilité de saisir un tribunal et, dans un sens plus large, de bénéficier d'un débat conforme aux exi-

¹³⁴ STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011, N 26; le même, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 73; DROESE (n. 9), p. 79 s.; HURNI (n. 12), N 405; BLOMEYER (n. 68), p. 75.

¹³⁵ BLOMEYER (n. 68), p. 68.

¹³⁶ BERTI (n. 134), N 402; DROESE (n. 9) p. 206 s; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 8.

¹³⁷ HURNI (n. 12), N 407 ss.; DROESE (n. 9) p. 85.

¹³⁸ Voir *infra*, IV.C.2.

¹³⁹ DROESE (n. 9), p. 77 ss.; voir déjà BLEY (n. 44), p. 15, qui, cependant, l'assimile à une «rechtspolitischen Forderung».

¹⁴⁰ Voir *supra*, n. 67.

¹⁴¹ Parmi les civilistes, BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3^e éd., Berne 2018, p. 19 s., N 71 ss, nous semble confirmer cette approche.

¹⁴² BOHNET, Procédure civile (n. 12), p. 101 N 359 s.

gences du procès équitable¹⁴³. Il se place donc sur un terrain bien distinct des débats consacrés au *Klagerecht*, qu'il convient de rattacher à la question de l'entrée en matière sur le fond¹⁴⁴.

Comme les codes cantonaux avant lui¹⁴⁵, le Code de procédure civile suisse ne définit pas le *Klagerecht*. L'expression est certes utilisée à l'art. 5 al. 1 let. d CPC, mais sans portée dogmatique. Cela ne signifie pas que le concept soit absent du code ou qu'il se confonde avec le *Justizgewährungsanspruch*¹⁴⁶. Le CPC part naturellement du principe qu'une demande (*Klage*) peut être irrecevable (art. 236 al. 1 CPC), et les causes d'irrecevabilité ne s'épuisent pas dans les règles propres au procès¹⁴⁷. Une demande peut être déposée devant le tribunal compétent matériellement et localement, dans la bonne procédure, opposer des parties disposant de la capacité d'être partie et d'ester, ne pas faire l'objet d'une litispendance préexistante, en un mot respecter les règles propres à l'instance, sans pour autant être recevable. L'entrée en matière suppose en effet que la *Rechtsschutzanspruchbehauptung* soit digne de protection. En inscrivant l'intérêt digne de protection parmi les conditions de recevabilité (art. 59 al. 2 let. a CPC), le code exprime clairement son ralliement à la théorie moderne¹⁴⁸: le droit d'agir n'est pas une émanation ou une prérogative du droit matériel invoqué, mais dépend uniquement de l'affirmation¹⁴⁹ d'un droit à la protection juridique, affirmation jugée digne de protection.

B. Les conditions de recevabilité relatives à l'instance et à l'action

Si l'on retient que l'absence d'action conduit à l'irrecevabilité, alors la notion est nécessairement rattachée à l'art. 59 CPC, qui traite des conditions de recevabilité. Mais cette catégorie est trop large. L'erreur de la doctrine allemande, reprise en Suisse allemande, est d'avoir renoncé à classer dogmatiquement ces conditions¹⁵⁰, dont la portée est très différente suivant qu'elles sont relatives à l'instance ou à l'action. Nous avons vu que HELLMIG avait tenté de distinguer les *Prozessvoraussetzung* des *prozessuale Klagvoraussetzungen*, sans cependant convaincre ses contemporains, tant la ligne de démarcation entre les catégories était incertaine,

143 DROESE (n. 9), p. 68 et les réf.; WILLISEGGER (n. 14), p. 79 s. Pour l'élaboration du concept en Allemagne, voir *supra*, II. E.

144 BOHNET, Procédure civile (n. 12), p. 101 N 359 s. BLOMEYER (n. 68), p. 68, retient d'ailleurs que la question du droit à un jugement au fond, non développée en Allemagne, est par exemple retenue en Italie par TULLIO LIEBMAN.

145 ROGNON (n. 6), p. 13.

146 Voir cependant: STAEHELIN/BACHOFNER (n. 13), § 1 N 8 s.; BAUMGARTNER ET AL (n. 13), p. 7 N 33. Voir aussi SUNARIC (n. 14), p. 63 s., 113, qui manque la distinction entre accès au tribunal et droit à un jugement au fond.

147 SCHÜPBACH (n. 6), p. 198; SCHWEIZER (n. 6), p. 25; BOHNET/SCHWEIZER (n. 6), p. 21 ss; BOHNET, Défenses (n. 9), p. 213, 229 s.; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 3.

148 CR CPC-BOHNET, Intro Art. 84–90 N 6; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 6 s. Sur l'intérêt comme condition de recevabilité, voir déjà BLEY (44), p. 108 ss, 114.

149 Egalement dans ce sens dans la doctrine récente SUNARIC (n. 14), p. 63, 86.

150 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 213, 230.

les *materielle Klagvoraussetzung* demeurant rattachées au droit d'action. Certaines conditions de recevabilité portent sur des règles propres du procès (compétence, capacité d'ester et de revendiquer, forme des actes, litispendance). La violation de telles règles peut être guérie ou n'empêche à tout le moins pas une nouvelle procédure sur le même objet. D'autres en revanche portent sur l'action, à savoir le droit d'obtenir un jugement au fond lorsque les règles de l'instance ont été respectées. La condition de l'intérêt digne de protection inscrite à l'art. 59 al. 2 let. a CPC est l'expression même du *Klagerecht*: l'entrée en matière sur le fond suppose une affirmation (*Behauptung*) jugée digne de protection. Le droit d'action se distingue ainsi tant de l'instance que du droit matériel, dont elle n'est pas une émanation. Le droit d'action ouvre le droit à un jugement au fond¹⁵¹ lorsque les conditions propres de l'instance (compétence, forme, etc.) sont réunies. C'est là la caractéristique du *Klagerecht*, qui le distingue du droit à l'accès à la justice, qui ne donne pas de tel droit, mais uniquement celui à un traitement de sa requête, quitte à la voir déclarée irrecevable¹⁵². Le droit à un prononcé au fond suppose en amont le respect des règles propres au procès entamé, d'où la distinction entre les conditions de recevabilités relatives à l'instance et à l'action¹⁵³. Celle-ci, déjà faite en 1960 par SCHÜPBACH¹⁵⁴ en Suisse, s'inspire du droit français qui différencie les exceptions de procédure, relatives à l'instance, des fins de non-recevoir, relative à l'action¹⁵⁵ et correspond à l'approche italienne depuis CHIOVENDA¹⁵⁶, qui distingue les *presupposti processuali (in senso stretto)* et les *condizione dell'azione*¹⁵⁷.

Le droit d'action est un **véritable droit**¹⁵⁸: le demandeur peut invoquer une violation de l'art. 59 al. 2 let. a ou par exemple let. e CPC lorsque le tribunal refuse d'entrer en matière alors que les conditions de l'action sont réunies.

La classification des conditions de recevabilité suivant qu'elles sont relatives à l'instance et relatives à l'action est non seulement juste dogmatiquement mais a de plus des **conséquences systématiques**¹⁵⁹. Elle permet d'expliquer pour quel motif le défaut d'une condition de recevabilité peut consister en un obstacle définitif ou temporaire à l'exercice de la prétention invoquée en justice. Lorsque seule l'instance est touchée, la prétention peut à nouveau être invoquée, si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées (compétence; autorisation de procéder; formalité). En revanche, faute d'action (intérêt, autorité de la juge jugée, existence¹⁶⁰, *Pro-*

151 *Supra*, III.C.

152 SCHWEIZER (n. 6), p. 23. *Supra* II.E.

153 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 229 ss; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 3.

154 SCHÜPBACH (n. 6), p. 198.

155 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 220 ss.

156 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., Naples 1923, p. 96.

157 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 228.

158 Cette conception du droit d'action écarte la critique formulée à l'encontre du *Rechtsschutzanspruch*, le droit à un jugement en sa faveur ne pouvant pas être consacré. Voir DROESE (n. 9), p. 73 s. et les réf. en n. 387 ss.

159 BOHNET, Défenses (n. 9), p. 230 ss.

160 Voir FRANÇOIS BOHNET, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse, RSPC 2018 69 ss.

*zessführungsrecht*¹⁶¹), le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural¹⁶². De plus, cette distinction explicite les motifs pour lesquels certains faits ne sont considérés comme des conditions de recevabilité que si le défendeur s'en prévaut¹⁶³: il s'agit alors de règles relatives à l'instance dont le caractère dispositif est reconnu (exception d'arbitrage; prorogation de for; sûretés). Tel n'est jamais le cas des conditions de recevabilité relatives à l'action: soit l'action existe, soit elle n'existe pas. Les conditions de recevabilité relatives à l'action doivent être examinées d'office, et le cas échéant la demande déclarée irrecevable faute de prétention considérée comme digne de protection par l'ordre juridique. Seule une modification des circonstances peut alors venir en aide au demandeur.

La structure proposée n'a pas un caractère dogmatique qui s'opposerait à l'approche helvétique se voulant par tradition simple et pragmatique¹⁶⁴. Simplicité ne veut pas dire pauvreté des concepts. La simplicité s'oppose aux théories qui compliquent inutilement la compréhension d'un sujet. Tel n'est pas le cas de la distinction entre les conditions de recevabilité relatives à l'instance et celles relatives à l'action, qui est essentielle à leur compréhension¹⁶⁵.

C. Développements jurisprudentiels

1. *Le prozessuale Anspruch – ATF 139 III 126*

La personne qui saisit le juge attend de lui un certain prononcé; il l'exprime par ses conclusions, en d'autres termes le prononcé qu'il requiert du juge. Le demandeur demande ce prononcé en raison d'un certain état de fait, qu'il soumet au tribunal saisi du litige. La prétention affirmée (*behauptet*) en justice représente ainsi *le prononcé requis sur la base d'un certain état de fait*. L'objet du litige correspond à cette prétention au sens procédural du terme (*prozessuale Anspruch*), qui n'est donc que l'affirmation (*Behauptung*) d'un droit à la protection juridique. L'objet du litige se définit par les conclusions prises et l'état de fait affirmé, à savoir le complexe de faits allégués¹⁶⁶. C'est sur cette base que le juge confronte les faits, une fois prouvés, au droit, pour statuer sur les conclusions prises et accorder la protection juridique.

¹⁶¹ Sur cette notion souvent mal conceptualisée, voir FRANÇOIS BOHNET, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique*, RSPC 2017 465 ss.

¹⁶² SCHÜPBACH (n. 6), p. 198; SCHWEIZER (n. 6), p. 25.

¹⁶³ C'est la catégorie des *Prozesshindernisse* du droit allemand, voir BOHNET, *Défenses* (n. 9), p. 226; CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 3.

¹⁶⁴ Voir ATF 120 II 112 consid. 3c, JdT 1995 I 202: «le droit suisse table sur des états de fait clairs, faciles à constater».

¹⁶⁵ BOHNET, *Défenses* (n. 9), p. 231.

¹⁶⁶ ATF 139 III 126 consid. 3.2.3. En Allemagne, déjà ROSENBERG (n. 69), § 87 II 2, p. 241. En France: HENRY MOTULSKY, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, reproduit in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Paris 2010, p. 38 ss, 44 s.

En procédure, le prononcé requis – la protection légale –, se fonde sur l'affirmation d'un droit à ladite protection (dans le sens de *behauptet*¹⁶⁷). Le procès vise à obtenir un prononcé sur cette affirmation. C'est là son objet, et non pas la prétention matérielle elle-même, faute de quoi le procès serait sans objet dans le cas où le prononcé requis ne serait pas accordé. Et en cas de rejet de la demande, la protection juridique est donnée au défendeur, qui est protégé par l'autorité de chose jugée rattachée au prononcé. Le prononcé requis ne vise de plus pas à obtenir directement du défendeur un certain comportement, mais sa condamnation par le tribunal. En cas de demande formatrice (art. 87 CPC) ou en constat (art. 88 CPC), il n'existe de plus pas de prétention matérielle au sens de comportement requis d'un tiers (*Leistungsklage*)¹⁶⁸; enfin, si la protection juridique est accordée au défendeur, elle prend la forme d'un constat.

La notion technique de *prozessuale Anspruch* remonte à WACH et HELLOWIG¹⁶⁹. Le concept a été transmis en Suisse par ANDREAS VON TUHR¹⁷⁰. Alors qu'il l'avait déjà évoqué en 1939¹⁷¹, ce n'est que récemment que le Tribunal fédéral a donné toute son ampleur à ce concept¹⁷². Il précise que le *prozessuale Anspruch* (traduite en français dans le chapeau de l'arrêt par «prétention déduite en justice»; on préférera «prétention au sens procédural»¹⁷³) n'est autre qu'une *Rechtsbehauptung*¹⁷⁴, l'affirmation d'un droit à la protection juridique et non le droit matériel lui-même. En insistant sur le fait que l'objet du litige est le *prozessuale Anspruch*, déterminé par le complexe de faits allégués et les conclusions prises¹⁷⁵, et non l'*Anspruch*, (le droit

167 KUMMER, Klagerecht (n. 107), p. 18; GULDENER (n. 1), p. 195; ROGNON (n. 6), p. 36; SCHWEIZER (n. 6), p. 25; BOHNET, Défenses (n. 9), p. 229; CR CPC-BOHNET, Intro art. 84–90, N 3.

168 En Allemagne: KONRAD HELLOWIG, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1900, p. 156; Lehrbuch (n. 59), p. 216; ROSENBERG (n. 69), § 87 I 2b, p. 237 s.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (n. 83), § 93 N 8.

169 WACH (58), p. 296; HELLOWIG, Anspruch und Klagerecht (n. 164), § 23, p. 153 ss, 156: «*der Anspruch ist hier das Urteilsbegehren im Sinne dessen, was begehrt wird, was der Richter dem Kläger (zusprechen) soll*»; Lehrbuch (n. 59), p. 150 n. 2: «Anspruch im prozessualen Sinn ist jede, zwecks Aburteilung aufgestellte und damit zum Prozessgegenstand gemachte Rechtsbehauptung»; System (n. 101), vol. 1, § 2, p. 5 n. 4, § 17 I, p. 37 s.; comp. WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9^e éd., 1906 Francfort-sur-le-Main, § 43 n. 2, p. 183. Voir aussi à la fin de la période constructiviste allemande, ROSENBERG (n. 69), § 87 I 1, et GOLDSCHMIDT, Prozess als Rechtslage (n. 63), p. 212; Zivilprozessrecht (n. 63), p. 129, et de nos jours, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (n. 83), § 93, p. 552 ss N 8 ss.

170 VON TUHR (n. 113), § 2 VI, p. 12 n. 31.

171 ATF 65 II 139 consid. 1b, JdT 1939 I 98.

172 ATF 139 III 126 consid. 3.2.3.

173 Lorsque le CPC (art. 90, 227 al 1) parle de prétention (*Anspruch*), il vise la prétention au sens procédural (*Processuale Anspruch*), à savoir l'affirmation du droit à la protection juridique. Voir BERTI, Einführung (n. 134) N 42, p. 14.

174 ATF 139 III 126 consid. 3.2.3. C'est une précision que donnait déjà HELLOWIG, Lehrbuch (n. 59), p. 150 n. 2; System (n. 101), vol. 1, § 2, p. 5 n. 4, § 17 I, p. 37 s. Voir BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 72.

175 C'est très exactement la théorie élaborée par ROSENBERG (n. 69), § 87 II, p. 237 ss. Voir ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (n. 83), § 93 N 10 ss. On parle de théorie binôme de l'objet du litige (*zweigliedriger Streitgegenstand*), BERTI, Einführung (n. 134), p. 14 N 41; BOHNET, Procédure civile (n. 12), N 21; DROESE (n. 9), p. 17 s.; HABSCHEID, Zivilprozess (n. 109), p. 221 N 392; HURNI (n. 12), N 418 ss (avec la précision qu'il s'agit de l'objet du litige déterminant pour la première instance).

matériel), le Tribunal fédéral se rattache clairement à la théorie moderne. L'approche de l'ATF 139 III 126 est en effet inconciliable avec l'ancienne conception selon laquelle «*il diritto all'azione fa parte del diritto materiale*»¹⁷⁶. Quelques années avant cet arrêt, BERTI avec exprimé ce concept dans la RSPC avec la précision dogmatique qu'on lui connaît: «*Vielmehr sind Gegenstand des Zivilprozesses die Behauptungen der Parteien, einen prozessualen Anspruch auf Gewährung des von ihnen begehrten Rechtsschutzes zu haben*»¹⁷⁷.

Le *prozessuale Anspruch* représente l'affirmation du droit à la protection juridique, la *Rechtsschutzanspruchbehauptung*. Le Tribunal fédéral citant l'ATF 139 III 126 consid. 3.2.3, reprend l'expression dans un arrêt consacré à la modification des conclusions: «*Der Inhalt eines Rechtsschutzanspruchs ergibt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus dem Klage- oder Rechtsbegehren und dem behaupteten Tatsachenfundament, auf das sich das Begehren stützt*»¹⁷⁸. Le demandeur affirme un droit à la protection juridique (*Rechtsschutzanspruch*) tant dans une demande condamnatoire, formatrice, ou en constat¹⁷⁹.

2. La demande en constatation négative de droit – ATF 144 III 175

Aux termes de l'art. 88 CPC, le demandeur intente une action en constatation de droit pour faire constater par un tribunal l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit. Comme toute action, l'action en constat suppose un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC)¹⁸⁰. Nous avons vu que l'intérêt suppose l'affirmation d'un droit, affirmation jugée digne de protection. La construction de l'action en constatation négative de droit, déjà reconnue par le Tribunal fédéral au XIX^e siècle¹⁸¹, démontre que le droit affirmé par le demandeur n'est pas le droit au sens matériel du terme (*Anspruch*). En effet, le demandeur requiert que l'on constate que son adversaire n'a pas de droit à son encontre. Il n'affirme donc pas un droit matériel à l'encontre de

¹⁷⁶ ATF 77 II 344 consid. 2, qui se réfère à l'ATF 67 II 70 consid. 2, JdT 1941 I 439.

¹⁷⁷ STEPHEN V. BERTI, Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, RSPC 2008 191 ss, p. 192. On retrouve l'influence de HELLWIG, voir BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 72: Prozessgegenstand bilde «*das vom Kläger zu behauptende oder zu negierende Rechtsverhältnis, bezüglich dessen er Rechtsschutz begehrt*» (KONRAD HELLWIG, Klagerecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts, Leipzig 1905, p. 61).

¹⁷⁸ TF 4A_439/2014 du 16 février 2015, consid. 5.4.3.1. Sur cet arrêt: LORENZ DROESE, note in RSPC 2015 236 s.; DROESE (n. 9), p. 75.

¹⁷⁹ TF 4A_439/2014 du 16 février 2015, consid. 5.4.3.1: «*Das Begehren muss eine Rechtsfolgebehauptung und einen darauf bezogenen Rechtsschutzantrag in der Form eines Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehrens enthalten*». Sur les notions de «*Rechtsfolgebehauptung*» et de «*Rechtsbehauptung*» dans la jurisprudence fédérale, voir HURNI (n. 12), N 385.

¹⁸⁰ Voir déjà ATF 35 II 736 consid. 3, p. 742, qui cite WACH et HELLWIG: l'intérêt est une *Klagvoraussetzung*.

¹⁸¹ Voir en particulier ATF 7 191 consid. 5. Il se réfère au § 231 ZPO-D (aujourd'hui, § 256): «*Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde*».

son adversaire. Ce qu'il affirme, c'est un *droit à la protection juridique* par le tribunal¹⁸². L'entrée en matière suppose donc une *Rechtsschutzanspruchbeauptung*¹⁸³ jugée digne de protection: «*Unmittelbarer Gegenstand des Zivilprozesses sind also behauptete Rechtsschutzansprüche und nicht sachrechtliche Ansprüche*»¹⁸⁴. D'où notre conclusion: un droit d'action (*Klagerecht*) existe et la demande en constatation négative est recevable lorsque le demandeur affirme un droit à la protection juridique (*Rechtsschutzanspruchbeauptung*) et que cette affirmation est jugée digne de protection.

Le Tribunal fédéral se rapproche de cette conception dans l'ATF 144 III 175, arrêt qui reconnaît l'intérêt du demandeur à agir en constatation négative de droit afin de s'assurer le for qui, en matière internationale, lui est le plus favorable en cas de procédure judiciaire imminente. Il retient en effet¹⁸⁵ que «*Bei negativen Feststellungsklagen wird aber nicht das Feststellen des Bestehens eines Rechts begehrt, sondern dessen Nicht-Bestehen geltend gemacht. In diesem Fall ist deshalb das Klagerecht vom streitgegenständlichen materiellen Anspruch zu unterscheiden. Beim Interesse an einer negativen Feststellungsklage handelt es sich um ein tatsächliches Interesse, gewisse praktische Nachteile nicht gewärtigen zu müssen*». Le droit à la protection juridique affirmé par l'action en constat négatif, à savoir le constat de l'inexistence d'un droit, est ainsi considéré comme digne de protection suivant les inconvénients qu'engendre la prétention du tiers¹⁸⁶. Si l'intérêt digne de protection est reconnu, le droit d'action est donné et la demande est recevable. Or, dans la mesure où **le droit d'action est nécessairement égal à lui-même**, admettre qu'il n'est pas l'expression de la prétention matérielle en cas d'action en constat négatif implique que tel n'est pas non plus le cas en matière d'action en constat «positif». Dans tous les cas, **le droit d'action – le droit à un jugement au fond – suppose l'affirmation jugée digne de protection d'un droit à la protection juridique** (*Rechtsschutzanspruchbeauptung*).

Ainsi, en cas de demande visant à faire constater l'inexistence du montant en poursuite, le droit à la protection juridique affirmé est le constat de l'inexistence de la dette objet de la poursuite, et un intérêt digne de protection est reconnu par la jurisprudence dans un tel cas¹⁸⁷, si bien qu'il existe un droit d'action, un droit à un jugement au fond. Il en va de même en cas de demande en constat de l'existence d'un

¹⁸² CPC Commentario-TREZZINI, art. 59 N 6 s.; BOHNET, Défenses (n. 9), p. 200. Voir déjà WACH (n. 58), p. 17 s.

¹⁸³ BERTI, Rechtsschutzanspruch (n. 7), p. 74; BERTI, Einführung (n. 169) N 57 s., p. 20; DROESE (n. 9), p. 81 ss, 92 ss. Dans l'arrêt ATF 65 II 139 consid. 1b, JdT 1939 I 98, le Tribunal fédéral parlait déjà de *formelle Rechtsschutzanspruch*.

¹⁸⁴ BERTI, Neue Gedanken (n. 173), p. 192.

¹⁸⁵ ATF 144 III 175 consid. 5.3.1, qui cite FRANÇOIS BOHNET, L'intérêt digne de protection [art. 59 al. 2 lit. a CPC]: retour sur l'ATF 141 III 68, RSPC 2017 181 ss, p. 184.

¹⁸⁶ BOHNET, Intérêt digne de protection (n. 181), p. 184. Lorsque l'intérêt n'est pas considéré d'une importance suffisante, il sera déclaré comme n'étant pas digne de protection. On ne peut en effet pas justifier dogmatiquement qu'un intérêt considéré comme digne de protection ne soit par protégé parce qu'il ne serait pas suffisamment important (*id.*, p. 185; ATF 144 III 175 consid. 5.3.1).

¹⁸⁷ ATF 141 III 68 consid. 2.7.

rapport de droit: l'action existe si le constat demandé est jugé digne de protection. Cela suppose selon la jurisprudence que le demandeur soit menacé par l'incertitude concernant ses droits ou ceux d'un tiers et qu'une constatation judiciaire pourrait éliminer celle-ci, une action condamnatoire n'étant pas possible¹⁸⁸.

V. Conclusion

En retenant que l'objet du litige est le *prozessuale Anspruch*, déterminé par le complexe de faits allégués et les conclusions prises¹⁸⁹, et non l'*Anspruch*, (*le droit matériel*), le Tribunal fédéral se rallie désormais à la théorie moderne du droit d'action qui le rattache au droit procédural (IV.C.1). Le droit d'action ne se confond pas avec le droit d'accès aux tribunaux déduit des art. 6 CEDH, 29a et 30 Cst. (*Justizgewährungsanspruch*). Il consiste en le *droit d'obtenir un jugement au fond*, et se déduit en droit suisse de l'art. 59 al. 2 let. a CPC, qui fait de l'intérêt une condition de recevabilité de la demande (IV.A). Le droit à un prononcé au fond suppose en amont le respect des règles propres au procès entamé, d'où la distinction entre les conditions de recevabilité relatives à l'instance et à l'action, distinction ignorée par la doctrine allemande, mais au cœur de l'approche italienne et conceptuellement proche du système français (IV.B), repris par le courant neuchâtelois (III.C.).

La classification des conditions de recevabilité suivant qu'elles sont relatives à l'instance et relatives à l'action est non seulement juste dogmatiquement mais a de plus des *conséquences d'ordre systématique*. Elle permet d'expliquer pour quel motif le défaut d'une condition de recevabilité peut consister en un obstacle définitif ou temporaire à l'exercice de la prétention invoquée en justice. Lorsque seule l'instance est touchée, la prétention peut à nouveau être invoquée, si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées (compétence; autorisation de procéder; formalité). En revanche, faute d'action, le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural (IV.B).

Le droit d'obtenir un jugement au fond suppose un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). Celui-ci est donné lorsque le demandeur affirme un droit, et que cette affirmation est considérée comme digne de protection. Le droit d'action est donc relatif à l'affirmation d'un droit (*Rechtsbehauptung*) et non au droit lui-même. Quel est ce droit? C'est le droit à la protection juridique (*Rechtsschutzanspruch*), que le demandeur affirme tant dans une demande condamnatoire, formatrice, ou en constat, et ce que le constat porte sur l'existence d'un droit ou son inexistence (IV.C.2).

Le droit d'action, à savoir **le droit à un jugement au fond**, suppose ainsi l'affirmation d'un droit à la protection juridique méritant d'être protégée, *eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbehauptung*.

¹⁸⁸ ATF 131 III 319 consid. 3.5, SJ 2005 I 449, RSPC 2005 385.

¹⁸⁹ ATF 139 III 126.

Das Klagerecht vom Standpunkte der Schweizerischen ZPO

Im Gedenken an Stephen V. Berti und Philippe Schweizer

FRANÇOIS BOHNET/LORENZ DROESE

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Theorien des Klagerechts
 - A. Klassische Theorie
 - B. «Actio» und «Anspruch» nach Windscheid
 - C. Degenkolb und das abstrakte publizistische Klagerecht
 - D. WACH und der *Rechtsschutzanspruch*
 - E. Der Anspruch auf Zugang zum Gericht (*Justizgewährungsanspruch oder Justizanspruch*)
 - F. Die Entwicklung in Italien und Frankreich
- III. Die Rezeption in der Schweiz
 - A. Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung
 - B. Die *Bestandteile der Forderung* nach der privatrechtlichen Lehre
 - C. Die «Neuenburger Schule»
 - D. Die Rechtsschutzanspruchbehauptung
- IV. Das Klagerecht unter der ZPO
 - A. *Klagerecht und Justizgewährungsanspruch*
 - B. Verfahrensbezogene und klagerechtsbezogene Eintretensvoraussetzungen
 - C. Entwicklungen in der Rechtsprechung
 - 1. Der prozessuale Anspruch – BGE 139 III 126
 - 2. Die negative Feststellungsklage – BGE 144 III 175
- V. Fazit

I. Einleitung

«In der Erhebung einer Klage liegt keine Ausübung eines subjektiven Rechtes des Klägers. Entgegen einer verbreiteten Lehre gibt es weder einen sog. Rechtsschutzanspruch noch ein sog. Klagerecht». So äusserte sich GULDENER in der ersten Auflage seines Lehrbuchs zu einem zentralen Thema des Zivilprozessrechts¹. Nur gerade zwei dürre Sätze benötigte dieser in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts überaus einflussreiche Vertreter der schweizerischen Prozessrechtslehre, um ein ganzes Segment der Prozessrechtsdogmatik preiszugeben und sich auf einen deskriptiven und allein am materiellen Recht orientierten Ansatz zum Anspruch auf ein Urteil zurückzuziehen: «Die Möglichkeit, eine Klage zu erheben und ein Urteil zu erwirken, besteht als Reflexwirkung des objektiven Rechtes»². Die zwischen den

1 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. 1947, Bd. 1, S. 134; 3. Aufl., Zürich 1979, S. 194.

2 GULDENER (Fn. 1), S. 175. Der Begriff der «Reflexwirkung» stammt dabei offensichtlich aus der deutschen Lehre, vgl. namentlich ERICH BLEY, Klagerecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923,

Weltkriegen in der deutschen Lehre zuweilen erbittert geführten Auseinandersetzungen hatten offenbar das Thema – sicher aber das Publikum – erschöpft. Dieser Überdruß klingt nach in der bekannten Erwägung des Bundesgerichts, womit dieses 1941 auch hierzulande der Diskussion ein Ende zu machen suchte³: *«Es ist jedoch eine doktrinaire Überspannung, als Gegenstand des Prozesses nicht den eingeklagten Anspruch, sondern den darauf bezüglichen Rechtsschutzanspruch als solchen anzusehen. Eine solche Auffassung hat denn auch in der deutschen Rechtspraxis nicht Fuss gefasst und sie verdient um so weniger in der Schweiz anerkannt zu werden, wo seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat»*. Damals bestand die Hauptaufgabe in der einheitlichen Anwendung materiellen Bundesrechts auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft⁴, wo höchst unterschiedliche kantonale Zivilprozessordnungen galten. Die Anerkennung eines Klagerechts prozessrechtlicher Natur hätte dieses Anliegen nicht etwa vorangebracht, sondern vielmehr zurückgeworfen. Vor diesem Hintergrund erscheint es nur folgerichtig, dass ursprünglich prozessrechtliche Normen sich strukturell jenen des materiellen Rechts annäherten: Eine beachtliche Anzahl verfahrensrechtlicher Normen und Prinzipien leitete die höchstrichterliche Rechtsprechung aus dem Bundeszivilrecht ab, um für ihre Geltung und ihre einheitliche, vernünftige und zweckmässige Anwendung zu sorgen⁵.

In der französischsprachigen Schweiz – und besonders im Kanton Neuenburg – hat sich die Lehre stets mit einer verfahrensrechtlich geprägten Auffassung des Klagerechts beschäftigt⁶, wobei sie in Frankreich entwickelte Ansätze aufgriff, die dauerlicherweise die Sprachgrenze nie zu überwinden vermochten.

Die praktischen Gründe, die einst dafür gesprochen haben mögen, den Begriff des Klagerechts möglichst im Dunkeln zu belassen, sind spätestens mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts entfallen. Vor diesem Hintergrund kann es kaum erstaunen, dass das Interesse an diesem Konzept seither wieder zunimmt. Gerade

S. 57, sowie WILHELM GROH, Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch), ZJP 51 (1926) 145 ff., 175.

3 BGE 67 II 70 E. 2, JdT 1941 I 439.

4 Vgl. zu diesem Thema die immer noch lesenswerten Berichte an den Schweizerischen Juristenverein von MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 1–66, sowie JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 1961 67–192.

5 Vgl. hierzu die Berichte von GULDENER und VOYAME, a.a.O., sowie für den Forschungsstand am Ende des 20. Jahrhunderts, STEPHEN V. BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989.

6 AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Les actions de la filiation en droit civil suisse – essai de classification, Diss. Neuenburg 1954, Neuenburg 1955, S. 22 ff.; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâtelaise, Diss. Neuenburg 1960, Lausanne 1961, S. 197 ff.; JEAN JACQUES ROGNON, Les conclusions: étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne 1974, S. 18 ff., 34 ff. (der in diesem Zusammenhang von einer «pouvoir d'instance» spricht); PHILIPPE SCHWEIZER, Le recours en révision, spécialement en procédure civile neuchâtelaise, Diss. Neuchâtel 1985, Bern 1985, S. 23 ff.; FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action en procédure civile neuchâtelaise, RJN 1997 S. 21 ff.

die SZZP verdankt ihre Existenz begeisterten Prozessualisten mit einer Neigung zu Fragen der Verfahrensrechtsdogmatik, an denen die schweizerische Prozessrechtslehre des 20. Jahrhundert sonst vorübergegangen war. Dies zeigte sich bereits, als im Jahre 2005 das erste Heft erschien und der viel zu früh verstorbene STEPHEN V. BERTI mit einem «Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch»⁷ Grundlinien für eine dogmatische Erneuerung hervortrat. PHILIPPE SCHWEIZER – auch er inzwischen verstorben – warb im gleichen Heft für eine moderne Konzeption des Klagerechts, wie es in Frankreich längst anerkannt ist⁸. Auch die Verfasser des vorliegenden Beitrags haben sich – zuweilen in erheblichem Umfang – mit diesen Fragen beschäftigt⁹. Entsprechend fällt es ihnen schwer, zu verstehen, weshalb 150 Jahre nach den Einsichten von DEGENKOLB¹⁰ noch immer unerschütterlich vertreten wird, das Klagerecht sei ein Ausfluss des geltend gemachten (Sach)Anspruchs¹¹: Wenn der Prozess doch gerade dazu dient, abzuklären, ob überhaupt ein Anspruch besteht, kann es doch darin schwerlich um anderes gehen als um *Behauptungen (affirmations)*, gewiss nicht um *(Sach)Ansprüche (prétentions au fond)*¹². Verschiedene Vertreter der Lehre vermeiden diese Fragen allerdings ganz oder beschränken sich darauf, den *Justizgewährungsanspruch* darzustellen¹³.

Seit dem Erlass der ZPO, deren Inkrafttreten sich heuer zum zehnten Mal jährt, ist das schweizerische Zivilprozessrecht Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Bemühungen. Zahlreiche Kommentare sind erschienen, manche inzwischen bereits in dritter Auflage, und Grundfragen des Zivilprozessrechts werden wieder lebhafter diskutiert. Verschiedene Dissertationen und andere monographische Darstellungen haben in den letzten Jahren deutsche, zuweilen aber auch französische und italienische Quellen wiederum aufgearbeitet und sind dabei – in Abkehr von einer nur

7 STEPHEN V. BERTI, Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und «doktrinäre Entspannung» – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, SZZP 2005 67 ff. Zu erwähnen ist auch BOHNET/BERTI, Le lien d'instance (*Prozessrechtsverhältnis*) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik, SZZP 2011 75.

8 PHILIPPE SCHWEIZER, note in SZZP 2005 37.

9 FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile, ZSR 2009 II 193 ff., S. 200 ff., S. 219 ff., S. 229–233, S. 286 ff.; LORENZ DROESE, Res iudicata ius facit, Bern 2015, S. 68 ff.

10 Hinten, II.C.

11 Diesem Irrtum verfällt die privatrechtliche Lehre zuweilen, wenn sie die «Klagbarkeit» beschreibt, vgl. hinten III.B.

12 BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 229 f.; CPra Actions-BOHNET, Bd. 1, § 1 N 1; CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 2 ff.; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2. Aufl., Neuenburg und Basel 2014, S. 103 Rz. 368; DROESE (Fn. 9), S. 91; CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil. Luzern, Bern 2018, Rz. 383; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 5 f.

13 Vgl. z.B. ADRIAN STAEHELIN/EVA BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, § 1, Rz. 9, welche die («Arthur Wach» [sic] zugeschriebene) Lehre vom Rechtsschutzanspruch kurz ansprechen, um sie sogleich unter Verweis auf BGE 67 II 70 zu verwerfen, ohne aber anzugeben, was eine Klage denn ist. SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018, S. 7 Rz. 33, sind der Ansicht, dass der Erlass von Art. 29a BV sowohl den Justizgewährungsanspruch als auch den Rechtsschutzanspruch gleichermaßen überflüssig gemacht habe.

materiell-rechtlichen geprägten Auffassung von Klagerecht und Prozessführungsrecht – zur Erkenntnis gelangt, dass sich in diesen Zusammenhängen verfahrensrechtliche Ansätze aufdrängten¹⁴. Auch die Auffassungen des Bundesgerichts haben sich gewandelt, was sich namentlich daran zeigt, dass es inzwischen die verfahrensrechtliche Theorie übernommen hat und heute zwischen dem «*prozessualen Anspruch*» und dem «*Anspruch*» unterscheidet¹⁵, aber auch daran, dass es klar festhielt, dass die negative Feststellungsklage keinen sachrechtlichen Anspruch durchsetzt¹⁶.

Der vorliegende Beitrag will zeigen, dass sowohl der ZPO als auch der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung jene verfahrensrechtliche Konzeption des Klagerechts zugrundeliegt, die sich auch dogmatisch aufdrängt. Eine historische und rechtsvergleichende Betrachtung lässt eine konsistente Theorie des Klagerechts sichtbar werden, wenn von der deutschen Lehre entwickelte Grundsätze, die Diskussion in Frankreich und Italien und auch hierzulande angestellte Überlegungen in eine Zusammenschau einbezogen werden. Diese Theorie hat ihren Bezugspunkt im Eintreten auf die Sache, unterscheidet zwischen verfahrensbezogenen und klage-rechtsbezogenen Eintretensvoraussetzungen und erkennt das Klagerecht in der *schutzwürdigen Rechtsschutzanspruchbehauptung*.

II. Theorien des Klagerechts

A. Klassische Theorie

«*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*»¹⁷. Diese Formulierung von CELSUS umschreibt die *actio* und bildete jahrhundertlang den Gegenstand heftiger Debatten, die namentlich durch die Thesen der historischen Rechtsschule noch befeuert wurden. Dort liegt auch der Ausgangspunkt der klassischen Theorie des *Klagerechts*, wie sie sich im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts herausbildete. Von CELSUS ausgehend hat die romanistisch-kanonistische

14 BOHNET, Procédure civile (Fn. 12), S. 102 ff. Rz. 361 ff.; CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 2 ff.; CPra Actions-BOHNET, Bd. 1, § 1 N 1; CHABLOZ ISABELLE/HEINZMANN MICHEL, Actio pro socio: une approche procédurale, in: Amstutz Marc/Chabloz Isabelle/Heinzmann Michel/Hochreutener Inge (édit.), Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel avec un accent sur la société simple, Bern 2014, S. 243 ff; DROESE (Fn. 9), S. 68 ff.; HURNI (Fn. 12), Rz. 381 ff.; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 1 ff.; DANIEL WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012, S. 75 ff., 82; PREDRAG SUNARIC, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, Diss. Zürich, Tübingen 2018, S. 50 ff., 63 f.; CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2016, S. 44 ff., 49 ff. (mit Blick auf das *Prozessführungsrecht*). Ebenfalls zum Prozessführungsrecht PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Diss. Neuenburg 2010, Neuenburg/Basel 2011, S. 155 f. Rz. 309 f.; LINO HANNI, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme, Diss. Neuenburg, Neuenburg/Basel 2017, S. 301 Rz. 813, S. 341 Rz. 924.

15 BGE 139 III 126 E. 3.2.3.

16 BGE 144 III 175 E. 4.3.1.

17 D.44,7,51 (Celsus, libro III digestorum). Zur Auslegung: FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, Berlin 1841, § 205, S. 10.

Auffassung, die in den «Klagen» eine bestimmte Art von Rechten erkannte (nach der Einteilung *persona, res, actio*)¹⁸, während Jahrhunderten den Grundsatz hochgehalten¹⁹, dass die Klage das Recht sei, vor Gericht geltend zu machen «was uns geschuldet ist» (oder was uns gehört²⁰).

Namentlich die deutsche Lehre untersuchte die Zusammenhänge zwischen formellem und materiellem Recht näher. In ihrer Beschäftigung mit dem Verfahrensrecht wandte sie dabei die Grundsätze dogmatischer Analyse an, welche die Pandektistik mit Blick auf das materielle Recht entwickelt hatte²¹. Der Zivilprozess erschien dabei nicht mehr nur als ein einfacher – und auf empirischer Grundlage zu beschreibender – Vorgang, der schliesslich in ein Urteil mündet, sondern als ein eigenständiges Thema, das auch gesondert zu reflektieren und zu konzeptualisieren ist. Vielmehr kristallisierte sich eine Auffassung heraus²², die das materielle Recht einerseits und die *actio* andererseits verband, indem sie letztere zur prozessualen Erscheinungsform des geltend gemachten (materiellen) Rechts erklärte. In dieser Sicht erschien das Klagerecht als Aspekt oder Anhängsel des materiellen Anspruchs, das erst zum Leben erwacht, wenn dieser verletzt wird: «Das Recht aus einem zulässigen, das Klagerecht aber aus einem unzulässigen Vorgang»²³. Entsprechend ist von einer «*materiellrechtlichen Klagerrechtstheorie*» oder von einer «*aktionenrechtlichen Auffassung*» die Rede²⁴. PUCHTA wandelte diese klassische Formel ab, als er feststellte, das Klagerecht sei nicht das Recht selbst, sondern gleichsam ein «*Annexum oder Theil des Inhalts eines Rechts*», der es gestatte, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen²⁵. Auch SAVIGNY hatte diese Auffassung vor Augen, als er erklärte, ein Recht verwandle sich, wenn es verletzt werde, in ein *Klagerecht* auf Einstellung der Verletzungshandlung²⁶: Sein *Actionenrecht* bietet folglich eine Dar-

18 SAVIGNY (Fn. 17), Bd. 1, Berlin 1840, § 59, S. 393 ff.; Bd. 5, S. 3; RENÉ MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2. Aufl., Paris 1949, S. 7 Rz. 1.

19 Für eine kurze Übersicht über das Denken der Glossatoren AZO und ACCURSUS sowie des Humanisten DONELLUS zur *actio* vgl. ARBNORE SELMANI, Die *actio* und ihre spätere Entwicklung zwischen Klage und (materiell-rechtlichem) Anspruch, in: Iole Fargnoli/Urs Fasel (Hrsg.), *Der Bildungswert des römischen Zivilprozesses für die heutigen Juristen*, Bern 2020, S. 40 ff.

20 DANIEL JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Bd. 1, Paris 1757, S. 14; LOUIS-BERNARD BONJEAN, *Traité des actions*, 2. Aufl., Bd. 1, Paris 1845, S. 21.

21 Wie OSKAR BÜLOW bemerkt (OSKAR BÜLOW, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, ZZZ 27 [1900] 241–246, S. 248).

22 In seiner Darstellung der französischen Prozessrechtslehre des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts zeigt HENRY VIZIOZ den Übergang von der *actio*-Formel des Celsus zur materiellrechtlichen Auffassung der Klage, freilich ohne die beiden Konzepte strikt auseinanderzuhalten (VIZIOZ, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, *Revue générale du droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger*, 1927, wiedergegeben in *Études de procédure* (Nachdruck), Paris 2011, S. 27 ff.). Ähnliches liesse sich über die Entwicklung in Deutschland berichten.

23 BONJEAN (Fn. 20), S. 12 («*le droit est donc engendré par un fait licite, l'action par un fait illicite*»).

24 Bereits 1903 bemerkte OSKAR BÜLOW, Klage und Urteil, ZZZ 31 (1903), S. 257, solche «materiellen Klagerrechtstheorien» würden «jetzt allgemein verworfen».

25 GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, 1. Aufl., Leipzig 1838, § 67, S. 61 f., vgl. die 9. Aufl., Leipzig 1863, § 81, S. 125 f. mit einer Gegenüberstellung der Definitionen.

26 SAVIGNY (Fn. 17), Bd. 5, § 204 f., S. 1–11.

stellung der Behelfe, die sich entweder unmittelbar aus der Rechtsverletzung und dem Rechtstreit ergeben (*erste Klasse*; Klagearten, Einreden, Replicationen und Duplicationen, Verjährung)²⁷ oder sich aus der Prozesshandlungen entspringen (*zweite Klasse*: *litiscontestatio*, materielle Rechtskraft)²⁸. Nach einem bekannten Ausspruch des französischen Juristen DEMOLOMBE, ist das Klagerecht somit «das in Bewegung gesetzte Recht; das Recht in Aktion (und nicht im Ruhezustand); das Recht im Kriegszustand (und nicht im Frieden)»²⁹. Die klassische französische Lehre, etwa GARSONNET/CÉZAR-BRU³⁰, folgte diesem Konzept.

B. «Actio» und «Anspruch» nach Windscheid

Im Jahre 1856 erweiterte WINDSCHEID die Diskussion, indem er auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem modernen Konzept subjektiver Rechte und dem actionenrechtlichen Denken des römischen Rechts hinwies. Die *actio* ist demnach keine Eigenschaft und kein Zustand des subjektiven Rechts³¹; sie steht «anstatt des Rechtes»³² und gehört damit zu einem Konzept, das den Schutz von Interessen anders fasst. Die römische «*Actio* bedarf keines Rechts, auf welches sie sich stützt, sie trägt ihr Recht in sich selbst»³³ und eröffnet so die Möglichkeit, den eigenen Willen gerichtlich durchzusetzen³⁴. Sie war damit «*ein Ding für sich, mit selbständigem Sein und Leben, ein Wesenhaftes, Körperhaftes*»³⁵, während das moderne *Klage-recht* nichts ist als der Schatten eines subjektiven Rechts³⁶. WINDSCHEID unterscheidet damit das antike Konzept der *actio* vom *Anspruch* (*prétention*) des modernen Rechts, der in dem besteht, was man von anderen zu fordern berechtigt ist (Erfüllung einer Leistungs- oder Unterlassungspflicht; Beseitigung von Besitzesstörungen etc.). Damit wird gleichsam eine neue Grammatik eingeführt: Der moderne Jurist soll in Ansprüchen und nicht in Klagen (Actionen) denken³⁷. Auch wer sich heute fragt, welche Klagen in einer bestimmten Lage zur Verfügung stehen, denkt dabei an das subjektive Recht und nicht etwa an die *Actio* im Sinne des römischen Rechts. In

27 SAVIGNY (Fn. 17), Bd. 5 sowie Bd. 6, § 256, S. 2 («Klagen, Exceptionen, Replicationen und Duplicationen»).

28 SAVIGNY (Fn. 17), Bd. 6.

29 CHARLES DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Vol. IX, *Traité de la distinction des biens*, Bd. 1, 1. Aufl., Paris 1854, S. 201 Rz. 338: («L'action c'est «le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix»).

30 EUGÈNE GARSONNET/CHARLES CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3. Aufl., Paris 1912, Bd. 1, S. 520–529 Rz. 351–355. Zum Diskussionsstand in Frankreich vgl. GÉRARD CORNU und JEAN FOYER, *Procédure civile*, 3. Aufl., Paris 1996, S. 321–327.

31 BERNHARD WINDSCHEID, *Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, S. 134.

32 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 4.

33 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 134.

34 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 3.

35 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 229.

36 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 222, 223, 229.

37 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 230.

seiner Auseinandersetzung mit WINDSCHEID unterscheidet MUTHER nach dem klassischen Ansatz³⁸ das subjektive Recht privater Natur, das er auch im römischen Klagekonzept abgebildet sieht³⁹, von einem öffentlichrechtlichen Anspruch auf Erteilung der Formel durch den Prätor⁴⁰. Letzterer ist «*ein Recht des in seinem Recht verletzten auf Staatshilfe (Klagerecht)*», wie es auch im moderenen Recht nach wie vor bedeutsam sei⁴¹. WINDSCHEID räumte ein, dass in der *Actio* durchaus etwas enthalten sei, was sich im *Anspruch* nicht finde: die gerichtliche Geltendmachung⁴², das *Klagerecht*, das er ebenfalls dem öffentlichen Recht zuordnen will, «weil dieses Recht in den Prozess, und nicht in das Civilrecht gehört»⁴³.

C. Degenkolb und das abstrakte publizistische Klagerecht

Es vergingen einige Jahre, bevor DEGENKOLB sich anschickte, vor diesem Hintergrund die Rechtsnatur des *Klagerechts* neu zu bestimmen. Die Ansicht, wonach sich dieses aus dem materiellen Anspruch ergibt oder in diesem aufgeht (*materiellrechtliche Klagerrechtstheorie*), berücksichtigt nur die Klageguthesung. Was aber gilt bei Klageabweisung? In diesem Fall bestand das Klagerecht – angesichts des Faktums des Prozesses – ja offensichtlich ebenfalls, doch führte seine Geltendmachung zur Erkenntnis, dass die vom materiellen Recht gesetzten Voraussetzungen nicht erfüllt war, was wiederum bedeutet, dass das materielle Recht nicht die Grundlage des Klagerechts sein kann⁴⁴. Wenn aber die Grundlage des Klagerechts im Falle der Klageguthesung keine andere sein kann als in jenem der Klageabweisung, ist seine Natur nach der letzteren zu bestimmen⁴⁵. Das *Klagerecht* geht dem Urteil notwendigerweise voraus, zumal es den Prozess in der Sache überhaupt erst ermöglicht⁴⁶. Die *Behauptung* eines Rechts (und nicht das Recht selbst) führt also dazu, dass der Beklagte sich dem Prozess unterziehen muss, mithin zum *Einlassungszwang*⁴⁷. Das Recht zur *Selbsthilfe*, das nur dann besteht, wenn das verteidigte materielle Recht tatsächlich existiert, unterscheidet sich ebendarin deutlich von dem auf Klage hin gewährten staatlichen Rechtsschutz: Dieser steht bereits zur Verfügung, wenn eine Partei einen

38 Zur Unterscheidung von Recht und Klage vgl. auch DEMOLOMBE (Fn. 29), S. 201 Rz. 338.

39 THEODOR MUTHER, Zur Lehre von der römischen *Actio*, dem heutigen Klagerecht, der *Litiscontestation* und der *Singularsuccession* in *Obligationen*. Eine Kritik des Windscheid'schen Buches: «Die *Actio* des Römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts», Erlangen 1857, S. 25–33.

40 MUTHER (Fn. 39), S. 40, 43.

41 MUTHER (Fn. 39), S. 47–51.

42 WINDSCHEID (Fn. 31), S. 7.

43 BERNHARD WINDSCHEID, Die *Actio*: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf 1857, S. 26, 29.

44 Was ERICH BLEY, *Klagerecht und rechtliches Interesse*, Leipzig 1923, S. 20, mit einem treffenden (und für das damalige deutsche Publikum wohl besonders suggestiven) Bild erfasste: «*Kein Zweifel, wer verliert, hat, prozessual gesehen, unrecht. Aber doch nur in der Sache; nicht ist damit auch seine Prozessführung zum Unrecht gestempelt. Ein verlorener Krieg ist doch noch kein ungerechter Krieg*».

45 HEINRICH DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877, S. 13–15.

46 DEGENKOLB (Fn. 45), S. 32 f.

47 DEGENKOLB (Fn. 45), S. 39 f.

Anspruch nur behauptet, und dieser von der Gegenpartei bestritten wird⁴⁸. Das Recht, einen Anspruch gerichtlich geltend zu machen, erweist sich damit nicht als Ausfluss des materiellen Rechts, sondern vielmehr als ein Recht auf gerichtliche Auseinandersetzung über ebendieses Recht, ein Recht also auf den Prozess in der Sache: «(...) *dieses Recht besteht der Partei gegenüber in dem Anspruch auf Einlassung des Gegners, auf sein Erscheinen vor Gericht.*» Es handelt sich folglich nicht um ein Privatrecht, sondern – «wenn der mit Unrecht zuweilen verpönte Ausdruck erlaubt ist» – um ein Grundrecht⁴⁹, das als abstraktes publizistisches Klagerecht anzusprechen ist⁵⁰. DEGENKOLB erkennt in der Klage deshalb eine *Anwartschaft* des Klägers gegenüber Beklagten und Gericht – gegenüber der Beklagten, dass sie sich auf den Prozess einlasse, gegenüber dem Gericht aber, dass es ein Urteil spreche⁵¹. Der klassischen Theorie des *materiell-rechtlichen Klagerechts* wird damit eine alternative Sichtweise gegenübergestellt, die im Klagerecht das Recht erkennt, ein Gericht anzurufen und von diesem angehört zu werden (*abstraktes Klagerecht*)⁵². Die Lehre vom abstrakten Klagerecht verzweigt sich in Varianten, von denen manche jünger sind als die Lehre vom Rechtsschutzanspruch, die sogleich darzustellen ist. In diesem Zusammenhang ist etwa der Beitrag von BLEY aus dem Jahre 1923⁵³ zu nennen. Dieser entwickelte nach kritischer Auseinandersetzung mit den diversen abstrakten und konkreten Klagerechtskonzepten seiner Zeitgenossen den Ansatz eines *Klagerechts* als «*Recht auf Sachurteil*» und widersprach damit DEGENKOLB, der ein solches Recht verworfen hatte⁵⁴. Auch BLEY tat sich aber schwer damit, die Voraussetzungen dieses Rechts klar zu fassen, und erklärte allgemein, wenn «*das Erkenntnisverfahren im einzelnen Falle nicht in der Rechtsvergewisserung aufzugehen braucht, [sei] es angemessen, bei der Bestimmung des Klagzwecks statt auf das Mittel, auf die Form abzustellen. Diese aber ist die Sachentscheidung*»⁵⁵. BLEY stellte das Rechtsschutzinteresse in den Mittelpunkt seiner Überlegungen, was seinen Ansatz in die Nähe der französischen Konzeption rückt, von der weiter unten die Rede sein soll⁵⁶: «*Nimmt man dem Entscheidungsanspruch die einseitige Beziehung auf das günstige Urteil, dann zeigt sich mit voller Deutlichkeit, dass das rechtliche Interesse nichts anderes als Sachentscheidungsvoraussetzung sein kann*».

48 DEGENKOLB (Fn. 45), S. 32, 34 f.

49 DEGENKOLB (Fn. 45), S. 34.

50 CHRISTOPH ALTHAMMER, Streitgegenstand und Interesse: Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff, Habil. Regensburg, Tübingen 2012, S. 42, m.H. auf weitere Vertreter des abstrakten publizistischen Klagerechts.

51 DEGENKOLB (Fn. 45), S. 32 f.

52 Diesem Ansatz folgte auch BÜLOW, Prozessrechtswissenschaft (Fn. 21), S. 241–246; DERS., Klage und Urteil, (Fn. 24), S. 191. Für eine eingehende Untersuchung dieses Anspruchs vgl. WILHELM SAUER, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929, S. 534 f.

53 BLEY (Fn. 44), S. 23 ff., S. 106.

54 BLEY (Fn. 44), S. 31.

55 BLEY (Fn. 44), S. 23.

56 Vgl. hinten II.F.

D. WACH und der Rechtsschutzanspruch

Indem WACH einen Anspruch des Einzelnen auf Rechtsschutz gegenüber dem Staat – mithin: den Rechtsschutzanspruch – erkannte, ging er über den von DEGENKOLB gewählten Ansatz hinaus.⁵⁷ Sein Postulat ist nicht mehr ein abstraktes, sondern ein konkretes publizistisches Klagerecht: Der Einzelne verfügt demnach über einen Anspruch darauf, dass ihm ein Gericht den angebehrten Rechtsschutz in Form eines ihm günstigen Urteils verschafft, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind⁵⁸. Das damit umschriebene *konkrete Klagerecht* besteht – und darin liegt seine Eigenart – als subjektives Recht vor dem gerichtlichen Prozess und unabhängig davon⁵⁹. Das so gefasste subjektive Klagerecht fand an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert die Zustimmung einer Mehrheit der deutschen Prozessrechtslehre⁶⁰ und bildete Grundlage und Gegenstand bedeutender wissenschaftlicher Untersuchungen, etwa durch SCHÜLER⁶¹, HELLOWIG⁶² und GOLDSCHMIDT⁶³.

Gerade die Weiterentwicklung durch HELLOWIG erwies sich für das hier behandelte Thema des Klagerechts als bedeutsam, da die von ihm vorgenommene Unterscheidung zwischen *formeller Klagvoraussetzung* und *materieller Klagvoraussetzung* das Wesentliche hervortreten lässt⁶⁴: Neben den *Prozessvoraussetzungen* und den materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen (*materielle Klagvoraussetzung*) besteht demnach eine dritte Kategorie von Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit Rechtsschutz gewährt werden kann: die *prozessualen Klagvoraussetzungen*. Dazu zählt Hellwig u.a., die Parteifähigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs, das Prozessführungsrecht, das Rechtsschutzinteresse (*Rechtsschutzgrund*), die Fälligkeit und das Fehlen materieller Rechtskraft. Die Gemeinsamkeit der «*prozessualen Klagvoraussetzungen*» erkennt HELLOWIG darin, dass sich nicht auf Bestand oder Inhalt des strittigen Rechtsverhältnisses beziehen, sondern verfahrensrechtliche Vorbedingungen sind für die Ausübung des Klagerechts. Sind sie nicht

57 Zu Grundlegung in der öffentlichrechtlichen Diskussion in Deutschland Mitte des 19. Jahrhunderts vgl. ALTHAMMER (Fn. 50), S. 43.

58 ADOLF WACH, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1. [und einziger] Band, Leipzig 1885, § 2 V–VI.

59 KONRAD HELLOWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, Leipzig 1903, S. 147; WACH, Der Feststellungsanspruch: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1889, S. 15, 32. Vgl. auch die Verweise bei BÜLOW, Klage und Urteil (Fn. 24), S. 195 f. Rz. 7.

60 Vgl. die detaillierte Auflistung der Werke und Beiträge bei BÜLOW, Klage und Urteil (Fn. 24), S. 193 f. Rz. 5 und 25 Jahre später jene von SAUER (Fn. 52), S. 534 Fn. 3.

61 GEORG SCHÜLER, Der Urteilsanspruch: Ein Beitrag zur Rechtsschutzlehre und zum materiellen Justizrecht, Tübingen 1921, mit einem historischen Abriss dieser Theorie auf S. 12 ff.

62 HELLOWIG (Fn. 59), S. 146, 148: «Das Klagerecht ist das prozessuale (publizistische) Recht, vom dem Staate als dem Träger der Gerichtsbarkeit die bestimmte zur Befriedigung des Rechtsschutzinteresses erforderliche Rechtsschutzhandlung (Urteil) zu verlangen».

63 JAMES GOLDSCHMIDT, Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), in Festgabe für Bernhard Hübler, Berlin 1905, S. 75 ff.; Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925, S. 259 ff.; Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1932, S. 1 ff., 52 ff.

64 Einen ersten Vorstoss in diese Richtung unternahm JAKOB WEISMANN, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Leipzig 1887, § 21, S. 84 ff.

erfüllt, wird deshalb «nur über das Klagrecht als solches (über den Rechtsschutzanspruch) in verneinendem Sinne entschieden. Die Klage wird zur Zeit abgewiesen. So hat man das Urteil schon bisher in manchen Fällen bezeichnet, namentlich dann, wenn die Klagabweisung wegen Mangels der Fälligkeit des Anspruchs erfolgt. Aber der Ausdruck passt für alle die in Frage kommenden Fälle»⁶⁵.

Die deutsche Lehre vom *Rechtsschutzanspruch* und vom *Klagrecht* vermochte für die Unterscheidung zwischen *Prozessvoraussetzungen* und *prozessualen Klagvoraussetzungen* allerdings keine stringenten Kriterien zu entwickeln, sondern verstrickte sich in einer Fülle immer neuer Klassifizierungen und verästelter Begrifflichkeiten⁶⁶. Durch ihre Abstraktionen schien sie zuweilen sogar an das Metaphysische anzugrenzen⁶⁷, etwa, wenn sie sich bemühte, in verfahrensrechtlichem Zusammenhang das subjektive Privatrecht als Recht gegenüber dem Staat nachzubilden⁶⁸. Dies konnte ihr schwerlich gelingen, hat doch der Kläger ein (subjektives) Recht nur auf die Beurteilung seiner Klage und auf ein am materiellen Recht ausgerichtetes Urteil, nicht aber auf ein Urteil zu seinen Gunsten⁶⁹. Erst wenn das Urteil gesprochen ist, lässt sich – rückblickend – sagen, der Kläger habe einen Anspruch auf gerade dieses Urteil gehabt⁷⁰. Verschiedene Autoren sehen denn auch keinen Bedarf, ein subjektives Recht herbeizukonstruieren, sondern begnügen sich damit, darin die Folge eines gesetzmässigen gerichtlichen Verfahrens zu erkennen. Es

65 HELLWIG (Fn. 59), S. 151 ff., 162 f. Siehe ebenso GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht* (Fn. 63), S. 53, der in den *prozessualen Klagvoraussetzungen* insofern eine Unterkategorie der Eintretensvoraussetzungen erkennt «als ihr Mangel gegebenenfalls nicht vermeidbar ist und die dauernde oder mindestens zeitige Unzulässigkeit der Klage nach sich zieht». RICHARD SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 13 ff., S. 19, spricht von *Rechtsschutzbedingungen*. Für BLEY (Fn. 44), S. 111, lässt sich das rechtliche Interesse sich von den Eintretensvoraussetzungen nicht grundsätzlich unterscheiden, sondern ist vielmehr «das Substantielle Element des Rechts auf Sachentscheidung».

66 Vgl. etwa für eine Übersicht GROH (Fn. 2), S. 173 ff.; SAUER (Fn. 52), S. 547 ff.

67 Vgl. dazu die Kritik von BÜLOW, *Klage und Urteil* (Fn. 24), 191 ff., sowie die Entgegnung von ADOLF WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, ZZP 32 (1904) 5 ff. Vgl. ferner JOSEPH KOHLER, *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, ZZP 33 (1904) 211 ff.; BLEY (Fn. 44), S. 14.

68 SAUER (Fn. 52), S. 537 f.; BLEY (Fn. 44), S. 58. In Wahrheit handelt es sich allerdings eher um Bedingungen für den Erlass eines bestimmten Urteils (*Rechtsschutzbedingungen*; diesen Ausdruck verwendete denn auch SCHMIDT (Fn. 65), S. 13) als um einen Anspruch auf ein bestimmtes Urteil (*Rechtsschutzanspruch* – der Anspruch auf ein dem Ansprecher günstiges Urteil) – vorausgesetzt freilich, man anerkennt überhaupt ein subjektives Recht des Rechtsunterworfenen auf ein solches Urteil und damit u.U. eine Schadensersatzpflicht des Staates wegen Verletzung des Justizanspruchs wie dies ARWED BLOMEYER vertrat, der in Deutschland die Lehre vom Rechtsschutzanspruch 1970 aus der Asche wiederauferstehen liess (BLOMEYER, *Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess*, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, Berlin 1969, S. 61 ff.).

69 LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1. Aufl., Berlin 1927, § 89 IV 1a, S. 256 f.

70 Vgl. hierzu die Überlegungen von JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (Fn. 63), S. 259 ff., und deren Zusammenfassung in seinem Werk *Zivilprozessrecht* (Fn. 63), S. 52 f., das als letzter Beitrag zu diesem Thema vor der NS-Herrschaft gelten darf. Vgl. ferner die eingehende Untersuchung durch SAUER (Fn. 52), S. 534 ff., 542 ff., 553, die zum Schluss kommt, das *Klagerecht* sei ein *Blanko-Rechtsschutzanspruch* der erst im Laufe des Prozesses «mit Recht angefüllt wird».

handelt sich eher um Vorbedingungen für das Ergehen eines bestimmten Urteils (*Rechtsschutzbedingungen*)⁷¹ als um einen Anspruch auf ein bestimmtes Urteil. Seit ROSENBERG verbleiben nurmehr, dem Bülow'schen Ansatz entsprechend, die Eintretensvoraussetzungen (*Prozessvoraussetzungen*) und die Beurteilung des behaupteten Sachanspruchs⁷².

In ihrer ursprünglichen Form erlaubte es die Lehre vom *Rechtsschutzanspruch*, subjektive Privatrechte von jenem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz genauer zu unterscheiden, der unter eigenen Voraussetzungen steht, etwa dem *Rechtsschutzbedürfnis* bzw. dem *Rechtsschutzinteresse*. Insofern liessen sich selbst ihre Gegegner dazu herbei, sie wenigstens als einen «*fruchtbaren Irrtum*»⁷³ gelten zu lassen. Uneinig über die Rechtsnatur und den Umfang des Rechtsschutzes, verwarf die deutsche Lehre in den Zwanzigerjahren des letzten Jahrhunderts jedoch schliesslich jeden Versuch, bezüglich den Rechtsschutzvoraussetzungen andere Unterscheidungen zu treffen als jene zwischen Eintretens- und Begründetheitsvoraussetzungen⁷⁴. Auch die Zivilprozessrechtslehre der Nazizeit verwarf den *Rechtsschutzanspruch*, den sie als mit dem Interesse der Volksgemeinschaft unvereinbar ansah. So erklärte etwa im Jahre 1938 ADOLPH SCHÖNKE, der vier Jahre zuvor noch als Assistent von GOLSDCHMIDT für seine Mitarbeit an der 2. Aufl. von dessen Lehrbuch verdankt worden war, inzwischen aber der NSDAP angehörte: «*Jeder Zivilprozess berührt die Gemeinschaft insbesondere auch dadurch, dass er Kräfte der Gemeinschaft in Anspruch nimmt und bindet. (...) Ein Rechtsschutzanspruch des einzelnen gegen den Staat als subjektives öffentliches Recht kann nicht anerkannt werden. Jeder hat zwar ein Anrecht auf Rechtsschutz (...); hierin liegt aber kein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat. Der Staat erfüllt auch im Zivilprozess nur eine allgemeine Rechtsschutzaufgabe, nicht eine spezielle Rechtsschutzpflicht*»⁷⁵. Nicht einmal zehn Jahre später, 1947, bemerkte LENT in der 1. Aufl. seines Studienbuchs: «*Es sei nur darauf hingewiesen, dass mit Überwindung der nationalsozialistischen Staatsauffassung und dem neuen Vordringen der Rechtsstaatsidee auch das subjektive öffentliche Recht wieder anerkannt werden wird. Von dieser Richtung her droht daher dem Rechtsschutzanspruch keine Opposition*»⁷⁶.

71 SAUER (Fn. 52), S. 534.

72 ROSENBERG (Fn. 69), § 89 IV 2, S. 257 ff.

73 ROSENBERG (Fn. 69), § 89 IV 3, S. 259.

74 Vgl. die detaillierte Auseinandersetzung von ROSENBERG (Fn. 69), § 89 V, S. 260 f.

75 ADOLPH SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 1. Aufl., Berlin 1938, S. 3–4. Nach dem Krieg blieb SCHÖNKE bei seiner Ablehnung, ersetzte aber den belasteten Begriff der *Volksgemeinschaft* durch das unverfängliche Wort *Allgemeinheit*. Bemerkenswert erscheint, dass ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl., Berlin 1985, S. 5, mit ähnlichen Argumenten wie SCHÖNKE nicht gegen, sondern für den Rechtsschutzanspruch eintrat.

76 FRIEDRICH LENT, *Zivilprozessrecht*, München/Berlin 1947, S. 80.

E. Der Anspruch auf Zugang zum Gericht (*Justizgewährungsanspruch* oder *Justizanspruch*)

Vermochte sich keine der konkreten und abstrakten Klagerechtstheorien durchzusetzen, so war dem *Justizgewährungsanspruch* (*droit d'accès aux tribunaux*) als ihrem kleinsten gemeinsamen Nenner dieser Erfolg beschieden. Dieser Ansatz unterscheidet nicht zwischen Eintreten und Sachbeurteilung⁷⁷, sondern beschränkt den Anspruch gegenüber dem Staat auf die gerichtliche Entscheidung schlechthin. WILHELM GROH skizzierte bereits 1926 in einem Aufsatz die Umrisse dieses Rechts, das er *Justizanspruch* oder *Anspruch auf Justizgewährung*⁷⁸ nannte und den zahlreichen Theorien mit ihren diversen Varianten gegenüberstellte⁷⁹. Er verwarf das – seiner Ansicht nach zu enge – Konzept von BLEY eines Anspruchs auf Sachurteil⁸⁰ und gelangte zum Schluss: *«[w]enn wir den Inhalt dieses Anspruchs näher charakterisieren wollen, so kann der Zweck dieses Verfahrens Anlass dazu geben, diesen Anspruch als ein Recht des Klägers wie des Beklagten auf Urteil zu bezeichnen, und zwar nach den Bestimmungen des positiven Rechts wie nach den Logik zunächst als ein Recht auf URTEIL SCHLECHTHIN und für den Fall des Vorhandenseins der Zulässigkeitsvoraussetzungen als Recht auf einen Ausspruch des Richters über die materielle Rechtslage, die Begründetheit, auf Sachurteil»*⁸¹. An dieser Stelle knüpfte ROSENBERG an, als er in seinem 1927 erschienenen *Lehrbuch* ausführte⁸²: *«Die Pflicht des Staates (Gerichts) zur Fällung des Urteils ist nur ein Teil der allgemeinen staatsrechtlichen Pflicht des Staates den Parteien (...) gegenüber zur Vornahme der Rechtspflegetätigkeit nach Massgabe des objektiven Rechts und der Prozesslage und der Anspruch der Parteien auf Urteil nur ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Anspruch der Parteien (u.U. auch Dritter) gegen den Staat auf Vornahme der Rechtspflegetätigkeit, den man Anspruch auf Rechtspflege oder auf Justizgewährung und kurz JUSTIZANSPRUCH nennen kann»*. Dies ist heute die in Deutschland ganz herrschende Ansicht⁸³.

77 Vgl. namentlich § 89 bei ROSENBERG (Fn. 69), mit der Überschrift *«Zulässigkeit und Begründetheit der Klage. Der sog. Rechtsschutzanspruch»*.

78 GROH (Fn. 2), S. 147.

79 GROH (Fn. 2), S. 147 merkt dabei an: *«Die Anregung zu näherer Entwicklung dieses Gedankens empfang ich von meinem verehrten hiesigen Kollegen Leo Rosenberg der auf die Möglichkeit der Lösung des Problems, wie sie hier im einzelnen versucht wird, schon seit Jahren in seinen Vorlesungen und Übungen hingewiesen hat»*.

80 GROH (Fn. 2), S. 169. Zu BLEY, vgl. oben 2.C.

81 GROH (Fn. 2), S. 154.

82 ROSENBERG (Fn. 69).

83 HANNS PRÜTTING, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 3.. Aufl., Berlin/New York 1994, Einl. Rz. 25; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 3, Rz. 1 ff. m.w.H., § 90, Rz. 9f.; RICHARD ZÖLLER/GREGOR VOLLKOMMER, ZPO, Einleitung, Rz. 48 ff., 32. Aufl., Köln 2018. JOHANN BRAUN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, S. 16 ff., gibt in § 2, überschrieben *Selbsthilfeverbot, Justizgewährungsanspruch und Einlassungspflicht*, Gedanken wieder, wie sie bereits dem Aufsatz von GROH (Fn. 2), S. 145 ff., 187, zugrundelagen.

F. Die Entwicklung in Italien und Frankreich

Die Diskussion mochte in Deutschland eingeschlafen sein, doch fand sie eine Fortsetzung zunächst in Italien, dann in Frankreich. In Italien, wo damals die klassische Theorie herrschte, entwickelte 1903 CHIOVENDA – die beherrschende Gestalt der italienischen *scuola sistematica* und mit dem deutschen Konstruktivismus bestens vertraut – einen eigenen Ansatz⁸⁴. Danach ist das Klagerecht nichts anderes als die Rechtsbefugnis, den Vorgang der Gesetzesverwirklichung durch das Gericht in Gang zu setzen⁸⁵. Diese Sicht vermochte sich in Italien zwar durchzusetzen, nicht aber der Auseinandersetzung über die Natur dieses Anspruchs gegenüber dem Staat ein Ende zu machen⁸⁶. Anders die Lage in Frankreich: Dort hatte GLASSON die Unterscheidung zwischen Klagerecht einerseits und materiellem Recht andererseits bereits früher hochgehalten, dabei aber im Sinne der traditionellen Konzeption angenommen, dass das Klagerecht das materielle Recht sicherstellen sollte⁸⁷. VIZIO positulierte, den Zivilprozess wissenschaftlich zu erschliessen⁸⁸ und bezog sich dafür auf die deutsche Lehre⁸⁹ und die Arbeiten von CHIOVENDA⁹⁰. Seine Prägung durch die ältere französische Doktrin erlaubte ihm, aus den Klagevoraussetzungen (*«conditions de l'action»*) im traditionellen Sinne – nämlich: materielles Recht (le droit), Rechtsschutzinteresse (l'intérêt), Prozessführungsrecht (la qualité) und die Prozessfähigkeit (la capacité d'ester) – jene beiden auszusondern, die zwar vom Sachrecht und den reinen Verfahrensvorschriften unabhängig, doch gleichwohl Vorbedingungen des Sachentscheids sind: das Rechtsschutzinteresse (l'intérêt) und das Prozessführungsrecht (la qualité)⁹¹. Nach diesem, zugleich von der deutschen

84 GIUSEPPE CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, wiedergegeben in: *Saggi di diritto processuale civile (1900–1930)*, Bd. I, Rom 1930, S. 3–99; sowie in: *Principii di diritto processuale civile*, 3. Aufl., Neapel 1923, S. 43–58, mit einer eingehenden Untersuchung der Entwicklungen in Deutschland und einer Aufzählung (auf S. 53) all jener italienischen Autoren, die seinerzeit der klassischen, aus dem gemeinen Recht übernommenen Theorie folgten.

85 CHIOVENDA, *Principii* (Fn. 84), S. 43–58.

86 Siehe PIERO CALAMANDREI, *Diritto Processuale civile*, Parte Prima, 2. Aufl., Padua 1943, S. 94–155, und *Studi sul processo civile*, Bd. V, Padua 1947, *La relatività del concetto d'azione*, S. 1–26. Für eine eingehende Literaturzusammenstellung zu diesem Thema vgl. z.B. GIAN ANTONIO MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Bd. I, Milano 1959, S. 11 f.; CLAUDIO CONSOLO und FRANCESCO P. LUISO (Hrsg.), *Codice di procedura civile commentato*, 3. Aufl., Milano 2007, Art. 99 N 1; SALVATORE SATTA/CARMINE PUNZI, *Diritto processuale Civile*, 11. Aufl., Milano 1992, S. 141–147, 142 f.: *«Su questa (autonomia dell'azione) regna universale l'accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica»*.

87 ERNEST GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2. Aufl., Paris 1908, Bd. 1, S. 224 f.: *«Quoique l'action soit un droit, elle se distingue cependant très nettement de celui qu'elle sanctionne»* (Übersetzung durch die Verf.: *«Auch wenn das Klagerecht ein Recht ist, so unterscheidet es sich doch klar von jenem, das mit ihm geltend gemacht wird»*).

88 VIZIOZ (Fn. 22), S. 6 ff.

89 VIZIOZ (Fn. 22), S. 16 ff.

90 VIZIOZ (Fn. 22), S. 21 ff.

91 VIZIOZ (Fn. 22), S. 35 ff.

als auch von der italienischen Lehre beeinflussten Ansatz⁹² wäre zwischen Klage-recht (théorie de l'action), Gerichtsbarkeit (théorie de la juridiction) und Verfahren (théorie de l'instance) zu unterscheiden⁹³. Dieser Ansatz prägte die französische Lehre nachhaltig und ebenso die Struktur der Darstellungen des Zivilprozesses⁹⁴. Auch der Beitrag von MOTULSKY⁹⁵ sollte sich als einflussreich erweisen. MOTULSKY unterschied zwischen dem Anspruch auf Zugang zum Gericht (*Justizgewährungs-anpruch*) und dem Klagerecht, das seinerseits weder im materiellen Recht aufgeht noch dessen Avatar darstellt,⁹⁶ aber auch keinen Anspruch auf ein günstiges Urteil enthält⁹⁷. Das Klagerecht ist danach primär die Befugnis, ein gerichtliches Urteil in der Sache herbeizuführen. Dieser Ansatz, der seinerseits auf CORNU und FOYER⁹⁸ zurückgeht, wurde 1975 in Art. 30 F ZPO Gesetz. Diese Bestimmung lautet wie folgt: «*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*».⁹⁹ Das Klagerecht ist somit ein Recht darauf, dass eine bestimmte Streitigkeit in der Sache gerichtlich entschieden wird, mithin: Ein Anspruch auf Sachurteil. Deshalb ist es durchaus möglich, ein Recht gerichtlich geltend zu machen, das sich schliesslich als nicht bestehend erweist. Diese Überlegungen fanden in Deutschland freilich kein Echo mehr.¹⁰⁰ Dort schob sich der *Justizgewährungsanspruch*, wie er von Artikel 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II garantiert wird, vor jede weitere Differenzierung.

III. Die Rezeption in der Schweiz

A. Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts anerkannte das Bundesgericht die prozessrechtliche Natur des Klagerechts (*prozessuales Klagerecht* oder *prozessualer Klagean-*

⁹² VIZIOZ (Fn. 22), S. 21 ff.

⁹³ VIZIOZ (Fn. 22), S. 27 ff., 38 ff., 45 ff.

⁹⁴ Vgl. z.B. CHAINAIS/FERRAND/GUINCHARD/MAYER, Procédure civile, 34. Aufl., Paris 2018, dessen erster Teil drei Kapitel aufweist: «les principes encadrant l'action en justice» (Grundregeln der gerichtlichen Klage); les principes structurant l'instance (Regeln über den Ablauf des Verfahrens); les principes gouvernant la fonction juridictionnelle (Grundprinzipien der Gerichtsverfassung).

⁹⁵ MOTULSKY, der in Deutschland studiert hatte und vor dem Krieg dort als Anwalt praktiziert hatte, kannte die einschlägigen deutschen Konzepte genau. Vgl. hierzu FRÉDÉRIQUE FERRAND, L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky, Procédures, LexisNexis, 2012, Dossier Nr. 3, S. 36 ff. MOTULSKY selbst zitiert deutsche Arbeiten über den *Rechtsschutzanspruch* (MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action justice, 1964, wiedergegeben in: MOTULSKY Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Paris 2010, S. 85 ff., 94).

⁹⁶ MOTULSKY (Fn. 95), S. 93.

⁹⁷ MOTULSKY (Fn. 95), S. 95.

⁹⁸ GÉRARD CORNU/JEAN FOYER, Procédure civile, 1. Aufl., Paris 1958, S. 275.

⁹⁹ Frei übersetzt: «Das Klagerecht (action) ist für denjenigen, der ein Recht behauptet, das Recht, dass ihn das Gericht anhört und ein Urteil darüber spricht, ob dieses behauptete Recht begründet oder unbegründet sei, für den Gegner aber das Recht, die Begründetheit des behaupteten Rechtes in Frage zu stellen».

¹⁰⁰ Immerhin sprach BLEY (Fn. 44), S. 23, 106, von einem «*Recht auf Sachurteil*». vgl. vorn II. C.

spruch)¹⁰¹. Noch in einem Entscheid vom 9. November 1939 beschrieb es mit einer gewissen Schärfe die Verbindung zwischen Rechtsschutzinteresse einerseits und dem *Rechtsschutzanspruch* andererseits: «So ist ein Prozess- oder Betreibungsverfahren auch dann durchzuführen, wenn der vom Kläger bezw. Gläubiger vermutlich erzielbare Erfolg viel geringer ist als der dem Belangten drohende Nachteil; ein Missverhältnis der Interessen steht der Geltendmachung des formellen Rechtsschutzanspruchs grundsätzlich nicht entgegen. Dagegen hat der Richter oder Vollstreckungsbeamte ein Verfahren nicht durchzuführen, das gar nicht um des Rechtsschutzes willen angehoben wurde; so, wenn die Parteien dem Richter einen erdichteten Anspruch zur Beurteilung unterbreiten, um sich die Handhabung des Prozessverfahrens vorführen zu lassen oder die Ansicht des Richters zur betreffenden Frage zu erfahren, oder wenn ein Betreibungsverfahren über eine anerkanntermassen nicht bestehende Forderung im beidseitigen Einverständnis angehoben wird, um den pfändenden Gläubiger oder einen Dritten auf dem Wege der Zwangsverwertung statt in den Formen eines privaten Verkaufsgeschäftes Eigentümer bestimmter Vermögensgegenstände werden zu lassen»¹⁰². Auch in der 1916 erschienenen Dissertation von SCHABAD begegnen wir dem *Rechtsschutzanspruch*¹⁰³. Angesichts der Kritik, die diesem Konzept in Deutschland erwachsen war¹⁰⁴ und im Bemühen, die einheitliche Anwendung des materiellen Bundesrechts auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft sicherzustellen, gab das Bundesgericht diese Theorie aber auf und wandte sich einem Ansatz zu, den es für einfacher hielt: Der Streitgegenstand sei nichts anderes als der geltend gemachte Sachanspruch¹⁰⁵. Die schweizerische Lehrbuchliteratur folgte dem Bundesgericht auf diesem Weg zumeist widerspruchslos: Handbücher des Zivilprozessrechts behandeln die Frage nur kurz und gestehen der Klage keine eigene rechtliche Existenz zu, namentlich keine als Ausdruck des *Rechtsschutzanspruchs*¹⁰⁶. Selbst KUMMER, der noch 1954 richtig zum Schluss gekommen war, dass die Klage eine schutzwürdige Rechtsbehauptung sei (*l'affirmation digne de protection d'un droit*), die zum Eintreten auf die Sache führe¹⁰⁷, sprach das Thema später in seinem *Grundriss* nicht mehr direkt

¹⁰¹ BGE 47 I 77 E. 3, JdT 1921 I 472; BGE 47 I 303 E. 3, JdT 1922 1271; BGE 51 I 81; BGE 54 II 129 E. 3, JdT 1928 I 424, der ausserdem KONRAD HELLWIG, System des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, Leipzig 1912, S. 298, zitiert. Zu diesen Entscheiden vgl. namentlich BERTI (Fn. 5), S. 40–43.

¹⁰² BGE 65 II 139, c. 1b, JdT 1939 I 98; vgl. CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 6.

¹⁰³ MICHAEL SCHABAD, Rechtsschutzanspruch und Urteil, Diss. Zürich, 1916.

¹⁰⁴ Vorn II.D.

¹⁰⁵ BGE 67 II 70 E. 2, JdT 1941 I 439. Siehe ferner BGE 77 II 344 E. 2, wo ausdrücklich von der «klassischen Theorie» (im Original «la teoria classica») die Rede ist und worin das Bundesgericht festhält, dass «il diritto all'azione fa parte del diritto materiale», sowie BGE 86 II 41 E. 4. Auch in jüngerer Vergangenheit klingt diese Auffassung in verschiedenen Entscheiden an, vgl. etwa BGE 118 II 479 E. 2e–g; Entscheid des BGer vom 27. Juni 2002, publ. in SZZP 2005, S. 36, E. 3.2.2; BGer 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012 E. 1.2.

¹⁰⁶ GULDENER (Fn. 1), S. 175; OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, Zürich 1984, S. 33 Rz. 45.

¹⁰⁷ MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954, S. 18: «Der Ansprecher muss sich vorerst über ein hinreichendes Interesse ausweisen; erst dann kommt er zu einem Urteil, das sich über die Begründetheit seiner Rechtsbehauptung ausspricht».

an, sondern beschränkte sich auf den Hinweis, dass sich der Prozess um eine *Rechtsbehauptung* drehe, die ihrerseits voraussetze, dass ein Sachverhalt und eine Rechtsfolge behauptet werde¹⁰⁸. Nach HABSCHEID besteht einzig ein Anspruch auf Zugang zum Gericht (*Justizgewährungsanspruch*), nicht aber ein Anspruch auf ein Urteil in der Sache¹⁰⁹.

B. Die Bestandteile der Forderung nach der privatrechtlichen Lehre

Die Vereinheitlichung des materiellen Recht ging in der Schweiz jener des Zivilprozessrechts – grob gerechnet: um ein Jahrhundert – voraus.¹¹⁰ Die solcherart gestaffelte Entwicklung mag dafür verantwortlich sein, dass die Zivilprozessordnung in der privatrechtlichen Forschung kaum eine Rolle spielte. Es war umgekehrt die zivilprozessrechtliche Lehre, die sich im 20. Jahrhundert bemühte, aus dem materiellen Bundesrecht einheitliche Grundsätze für den Zivilprozess abzuleiten¹¹¹. Gerade mit Blick auf das Klagerecht sind die Folgen dieser Einseitigkeit mit Händen zu greifen. So entwickelte sich die klassische Theorie zum einzigen Ansatz, der in der privatrechtlichen Diskussion hierzulande allgemein zur Kenntnis genommen wurde. Zwar unterschied ANDREAS VON TUHR, der das schweizerische Obligationenrecht nachhaltig prägte, noch im Sinne der deutschen Lehre zwischen materiellem und formellem Recht, indem er den *Anspruch* vom *prozessualen Anspruch* unterschied¹¹². Ebenso hielt er die Frage, ob eine Forderung durch Klage geltend gemacht werden kann, für eine Frage des Verfahrensrechts¹¹³, das seinerzeit den Kantonen überlassen war. Später ging die privatrechtliche Lehre über diese Fragen hinweg. Die obligationenrechtliche Lehre widmet sich fast ausschliesslich dem materiellen Recht und leitet das Klagerecht mit Selbstverständlichkeit aus dem Anspruch selbst ab.¹¹⁴ Nach GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER etwa ist das gegen den Staat

108 MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 5: «*Ein Recht geltend machen heisst zunächst, die Behauptung aufstellen, berechtigt zu sein; somit die Behauptung eines bestimmten Lebensvorganges, und ausserdem die weitere Behauptung, dieser Lebensvorgang äussere eine bestimmte Rechtsfolge*».

109 WALTHER J. HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genf 1981, S. 5 f.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, S. 6.

110 Deutschland ging den umgekehrten Weg – die Vereinheitlichung des Prozessrechts ging jener des materiellen Zivilrechts voraus (zwischen dem Inkrafttreten des BGB (am 1. Januar 1900) und jener der ZPO-D (am 1. Oktober 1879) liegen rund 20 Jahre. Ableitungen aus dieser Reihenfolge etwa für den Erkenntniswert der Lehre vom Rechtsschutzanspruch (vgl. dazu etwa KUMMER [Fn. 107], S. 21 f.), sind kaum möglich, vgl. dazu DROESE (Fn. 9), S. 80 f.

111 Vorn I.

112 ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924–1925, § 2 VI Rz. 31. Unten IV.C.I.

113 VON TUHR (Fn. 112), § 4 Rz. 10. SCHÜLER (Fn. 61), S. 15 Rz. 8, etwa zählt VON TUHR zu den Befürwortern des Rechtsschutzanspruchs und verweist dafür auf VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910, S. 240 Rz. 2.

114 Vgl. hierzu namentlich SUNARIC (Fn. 14), S. 50 ff.

gerichtete Klagerecht der «zweite Bestandteil der Forderung»¹¹⁵: «Es ist Ausfluss des materiellen Rechts, kein im Prozessrecht wurzelndes selbständiges Recht»¹¹⁶. Ebenfalls ganz in der klassischen Tradition steht die Aussage ENGEL¹¹⁷, das Klagerecht stelle das öffentlich-rechtliche Kompositum der Forderung dar¹¹⁸ und sei insofern «l'armure de la créance. En langage technique, c'est le droit d'action, l'action étant définie ici comme le droit de former une demande en justice (das Klagerecht). La créance comprend donc la prétention (der Anspruch) et le droit de porter la réclamation devant les tribunaux; ce droit dérive de la prétention»¹¹⁹. Das Klagerecht wird somit als Attribut der Forderung aufgefasst, obwohl der Prozess doch schwerlich von der Existenz der strittigen Forderung oder des geltend gemachten (und bestrittenen) Rechts abhängen kann, da er diese Frage gerade klären soll.

C. Die «Neuenburger Schule»

In der französischsprachigen Schweiz folgt eine Neuenburger Schule¹²⁰ in diesem Zusammenhang bereits seit (sehr) langer Zeit der französischen Lehre, die sich ihrerseits stark entwickelte. So erkennt sie im Klagerecht einen Anspruch auf ein Urteil in der Sache (*le droit à un jugement au fond*). In den Worten von SCHÜPBACH: «Le droit d'action signifie, le procès engagé et toutes autres conditions réalisées, que le juge devra statuer sur le litige. En l'absence de ce droit, sa demande ne sera pas reçue et le fond restera injugé»¹²¹. Entsprechend ist zwischen Verfahrensvorschriften (les questions de simple validité de l'instance) einerseits und dem Begriff des Klagerechts andererseits zu unterscheiden¹²². SCHWEIZER knüpfte hier an, wenn er bemerkte: «Le droit à l'obtention d'un jugement au fond suppose donc la réunion de deux conditions matérielles: l'affirmation d'un droit et l'existence d'un intérêt à sa sanction judiciaire. La malformation d'une demande, aboutissant à un jugement d'irrecevabilité, ne fait pas obstacle à ce que le juge saisi d'une nouvelle

115 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich 2020, S. 18 Rz. 49. In diesem Sinne auch ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, S. 11 Rz. 37; ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018, S. 29 Rz. 94; ferner CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, S. 13 Rz. 34. Ein differenzierter Ansatz (eines auch prozessrechtlich interessierten Autors) findet sich bei BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, S. 19 f. Rz. 71 ff.

116 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 115), S. 18 Rz. 50.

117 Vgl. die von DEMOLOMBE (Fn. 29), geprägte Formel.

118 PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO, 2. Aufl., Bern 1997, S. 7.

119 ENGEL (Fn. 118), S. 8. Siehe auch PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 6. Aufl., Zürich 2019, S. 38 Rz. 139: «toute créance est en principe armée du droit d'action».

120 AUBERT (Fn. 6), S. 22 ff.; SCHÜPBACH (Fn. 6), S. 197 ff.; SCHWEIZER (Fn. 6), S. 23 ff.; BOHNET/SCHWEIZER (Fn. 6), S. 21 ff., PHILIPPE SCHWEIZER, note in SZP 2005 37; BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 200 f.

121 SCHÜPBACH, Justice civile helvétique, Recueils pratiques du droit des affaires, Bd. 1, Paris 1984, S. 4.

122 SCHÜPBACH (Fn. 6), S. 198.

demande, véhiculant la même action, statue au fond»¹²³. Auch wenn eine Klage das geltend gemachte Recht zum Gegenstand hat, ist sie doch weder Anhängsel noch Äquivalent des Rechts. Ebenso ist die Klage (*demande*), mit der eine Partei ihr Klagerecht ausübt und die hoheitliche Anerkennung ihres Sachanspruchs anstrebt, weder mit dem Begriff des Klagerechts oder noch mit jenem des Sachanspruchs zu verwechseln. Der Sachanspruch, das Klagerecht und die Klage sind eigenständige Elemente. Das Klagerecht besteht oder besteht nicht. Besteht es nicht, wird nicht auf die Klage eingetreten; besteht es aber, so wird die Klage – unter Vorbehalt von Mängeln der Verfahrenseinleitung (Unzuständigkeit des Gerichts, formelle Mängel) – entweder gutgeheissen oder abgewiesen, je nachdem, ob der geltend gemachte Sachanspruch anerkannt wird oder nicht. Das Klagerecht entspricht deshalb nicht dem subjektiven Recht, dessen gerichtliche Anerkennung die Klägerin betreibt¹²⁴. Die Genfer und Neuenburger Gerichte folgten diesem Ansatz¹²⁵, an dem die Lehre auch unter dem vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessrecht festgehalten hat¹²⁶.

Zum Rechtsschutzinteresse hat AUBERT einen vor dem Hintergrund der damaligen, durch eine horizontale Rechtszersplitterung geprägten Prozessrechtslage wesentlichen Gedanken ausgesprochen: Auch wenn das kantonale Prozessrecht darüber entscheidet, ob das Rechtsschutzinteresse eine Eintretensvoraussetzung darstellt, so ist es doch am materiellen Recht, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen dieses Interesse besteht¹²⁷. Auch wies er in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Bundesrecht nicht nur die Verletzung eines Anspruchs, sondern ebenso die Gefährdung einer Rechtslage sanktioniert («Rechtslage» und nicht «Recht», um auch die negative Feststellungsklage zu erfassen).

D. Die Rechtsschutzanspruchbehauptung

Vor dem Hintergrund der nahenden Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts belebte sich die dogmatische Diskussion. BERTI ist es zu verdanken, dass die lange beschwiegene Frage des Klagerechts in der deutschen Schweiz erneut Beachtung fand. Sein Konzept zeigt uns den *Rechtsschutzanspruchs* in erneuerter Form¹²⁸ und didaktisch aufbereitet. Im Mittelpunkt seines Ansatzes steht der Streitgegenstand: BERTI erkennt ihn nicht in einem *privatrechtlichen Anspruch*, sondern in einem *Anspruch auf Schutz des eingeklagten Anspruches in prozessualer Form*¹²⁹, mit anderen

¹²³ SCHWEIZER (Fn. 6), S. 25.

¹²⁴ BOHNET/SCHWEIZER (Fn. 6), S. 21 ff; BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 200 f.

¹²⁵ Vgl. CJ GE (Entscheid vom 20.11.1987), SJ 1988 85 E. 3; CC NE (Entscheid vom 20.3.2003), RJN 2003 164.

¹²⁶ BOHNET, Procédure civile (Fn. 12), S. 102 ff. Rz. 361 ff.; CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 2 ff.; CPra Actions-BOHNET, Bd. 1, § 1 N 1; JULIEN BROQUET, Action en constat, intérêt pour agir et recevabilité, RJN 2016, S. 13 ff., 37. Mit Blick auf die Aktivlegitimation ferner DIETSCHY (Fn. 14), S. 155 f. Rz. 309 f.; HÄNNI (Fn. 14), S. 301 Rz. 813, S. 341 Rz. 924.

¹²⁷ AUBERT (Fn. 6), S. 25.

¹²⁸ BERTI (Fn. 7), S. 72 ff.

¹²⁹ BERTI (Fn. 7), S. 73.

Worten: in einer *Rechtsschutzanspruchbehauptung*¹³⁰. BERTI verweist sodann auf SCHWEIZER¹³¹, wenn er betont, dass sich ein Zivilprozess stets um die Frage drehe, inwiefern der von beiden Parteien behauptete Anspruch auf Rechtsschutz tatsächlich besteht¹³². Der dem Rechtsschutzanspruch inhärente Bezug auf *beide Parteien* ist dabei bedeutsam (auch wenn die beklagte Partei im Zusammenhang des Klagerechts naturgemäss in den Hintergrund tritt): Nicht anders als die klagende Partei erwartet auch die beklagte Partei Rechtsschutz vom Gericht und hat – zumindest vor den entscheidungspflichtigen Gerichten eines Rechtsstaats –¹³³ einen Anspruch auf «eine Entscheidung nach dem Gesetz»¹³⁴. Bei der beklagten Partei muss dieser Rechtsschutz zwangsläufig die Form einer negativen Feststellung annehmen,¹³⁵ d.h. er kann als Rechtsschutz in der Sache nur darin bestehen, die Beklagte gegen die Behauptung des Klägers in Schutz zu nehmen, das Sachrecht sehe angesichts der vorgetragenen Tatsachen eine bestimmte, in ihren Rechtsbestand eingreifende Rechtsfolge vor¹³⁶. Der Rechtsschutz, den das (klageabweisende) Sachurteil der Beklagten gewährt, setzt eine negative Feststellung des Gerichts voraus, die mit dem Sachrecht nur insofern zu tun hat, als sie die vom Kläger daraus abgeleitete Behauptung zurückweist. Die Struktur des Rechtsschutzes in der Sache, wie er der Beklagten zuteil wird, ist für das Verständnis der Rechtslage des Klägers hilfreich, zumal der gerichtliche Rechtsschutz kein qualitativ anderer sein kann, je nachdem, ob er der einen oder der anderen Partei zu gewähren ist¹³⁷. Dieses Verständnis zu fördern ist bereits ein Vorzug der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, die sich insofern auch als «heuristisches Prinzip» auffassen lässt, d.h. als ein analytisches Mittel zum besseren Verständnis einer gegebenen Prozessrechtslage, wie etwa der materiellen Rechtskraft,¹³⁸ des Streitgegenstands oder eben auch des Klagerechts. Insofern könnte die in der deutschen und deutsch-schweizerischen Lehre verbreitete Verweisung in das Zwielficht einer Arkanwissenschaft irreführender nicht sein. Der Ansatz ist denkbar bodenständig: Jede Partei behauptet einen Anspruch auf Rechtsschutz zu haben – am Ende entscheidet das Gericht. Nichts anderes besagt der bereits erörterte Art. 30 F ZPO, wonach das Klagerecht («action») «für denjenigen, der ein Recht behauptet, das Recht ist, dass ihn das Gericht anhört und ein Urteil darüber spricht, ob dieses behauptete Recht begründet oder unbegründet sei, für den Gegner aber das Recht, die Begründetheit des behaupteten Rechtes in Frage

130 BERTI, Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, SZP 2008 S. 191 ff., S. 192.

131 SCHWEIZER (Fn. 6), S. 23–27.

132 BERTI (Fn. 7), S. 74. Siehe auch DROESE (Fn. 9), S. 72 und die Verweise auf die deutsche Lehre in Rz. 380, ferner auch WILLISEGGER (Fn. 14), S. 82 sowie HURNI (Fn. 12), Rz. 383 f.

133 STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 26; DERS. (Fn. 7), S. 73; DROESE (Fn. 9), S. 79 f.; HURNI (Fn. 12), Rz. 405; BLOMEYER (Fn. 68), S. 75.

134 BLOMEYER (Fn. 68), S. 68.

135 BERTI (Fn. 133), Rz. 402; DROESE (Fn. 9) S. 206 f.; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 8.

136 HURNI (Fn. 12), Rz. 407 ff.; DROESE (Fn. 9), S. 85.

137 Vgl. hinten IV.C.2.

138 DROESE (Fn. 9), S. 77 ff.; ähnlich bereits BLEY (Fn. 44), S. 15, der dies allerdings mit einer «rechtspolitischen Forderung» gleichsetzt.

zu stellen».¹³⁹ Damit wird die ins Metaphysische reichende Diskussion über Existenz eines Anspruchs auf ein «günstiges Urteil» vermieden¹⁴⁰, und an ihre Stelle tritt die Einsicht, dass zunächst nur etwas «existiert» – nämlich die konträren Behauptung beider Parteien, dass ihnen ein solcher Anspruch zusteht, sowie die Behauptung eines Sachanspruchs. Erst das Gericht stellt dann fest, welchem dieser – noch einmal: von den Parteien nur behaupteten Ansprüchen – tatsächlich Rechtsschutz zuteil werden soll oder nicht¹⁴¹.

IV. Das Klagerecht unter der ZPO

A. Klagerecht und Justizgewährungsanspruch

Der *Justizgewährungsanspruch* bezieht sich auf den Zugang zum Gericht. Er ist verfassungsrechtlicher Natur (Art. 6 EMRK, 29a, 30 BV)¹⁴² und garantiert die Möglichkeit, ein Gericht anrufen zu können und, in einem weiteren Sinne, in den Genuss einer Gerichtsverhandlung zu kommen, die den Erfordernissen eines fairen Verfahrens genügt¹⁴³. Gegenstand des Justizgewährungsanspruchs ist damit nicht das, was unter dem Titel «Klagerecht» verhandelt wird, denn dieses bezieht sich nicht auf das Gericht schlechthin, sondern auf die Frage, ob dieses auf die Klage einzutreten und in der Sache zu entscheiden hat¹⁴⁴.

Wie die kantonalen Prozessgesetze, die ihr vorausgingen,¹⁴⁵ enthält die ZPO keine Definition des *Klagerechts*. Wenn Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO diesen Ausdruck gleichwohl verwendet, so verbirgt sich dahinter keine dogmatische Stellungnahme. Dies bedeutet aber nicht, dass das Konzept eines Klagerechts der ZPO fremd ist oder mit dem *Justizgewährungsanspruch* zusammenfällt¹⁴⁶. Vielmehr geht die ZPO mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass eine *Klage* unzulässig sein kann, so dass ein Nichteintretensentscheid i.S.v. Art. 236 Abs. 1 ZPO ergehen muss, und dass sich der Grund ihrer Unzulässigkeit nicht allein aus den Vorschriften ergeben kann,

¹³⁹ «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.»

¹⁴⁰ Siehe vorn, Fn. 67.

¹⁴¹ Unter den privatrechtlichen Äusserungen scheint v.a. jene von BERGER (Fn. 115), S. 19 f. Rz. 71 ff., diesen Ansatz zu teilen.

¹⁴² BOHNET, Procédure civile (Fn. 12), S. 101 Rz. 359 f.

¹⁴³ DROESE (Fn. 9), S. 68 und die Verweise an jener Stelle; WILLISEGGER (Fn. 14), S. 79 f. zur Entwicklung des Konzepts in Deutschland vgl. vorne II.e.

¹⁴⁴ BOHNET, Procédure civile (Fn. 12), S. 101 Rz. 359 f., BLOMEYER (Fn. 68), S. 68, weist darauf hin, dass die Frage eines Anspruchs auf ein Sachurteil zwar in Deutschland nicht anerkannt wird, aber etwa in Italien von TULLIO LIEBMANN vertreten wird.

¹⁴⁵ ROGNON (Fn. 6), S. 13.

¹⁴⁶ Vgl. ferner STAEHELIN/BACHOFNER (Fn. 13), § 1, Rz. 8 f.; BAUMGARTNER ET AL. (Fn. 13), S. 7 Rz. 33. Vgl. auch SUNARIC (Fn. 14), S. 63 f., 113, der allerdings nicht zwischen dem Anspruch auf Zugang zum Gericht und dem Anspruch auf ein Sachurteil unterscheidet.

die sich einzig und allein auf das Verfahren beziehen¹⁴⁷. Eine Klage kann nämlich im richtigen Verfahren, vor dem örtlich und sachlich zuständigen Gericht von einer partei- und prozessfähigen Partei gegen eine andere erhoben werden und nicht gegen eine vorbestehende Rechtshängigkeit verstossen – kurz: alle auf das gerichtliche Verfahren bezogenen Voraussetzungen erfüllen und doch unzulässig sein, denn Eintreten verlangt zuallererst, dass die *Rechtsschutzanspruchbehauptung* schutzwürdig sei. Indem die ZPO das Rechtsschutzinteresse (und folgerichtig auch die Ausschlusswirkung der materiellen Rechtskraft, die das Rechtsschutzinteresse entfallen lässt) zu den Prozessvoraussetzungen zählt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), schliesst sie sich klar der modernen Lehre an,¹⁴⁸ wonach das Klagerecht weder Ausfluss noch Zubehör des geltend gemachten Sachanspruchs ist, sondern einzig und allein von der Behauptung¹⁴⁹ eines Anspruchs auf Rechtsschutz abhängt, vorausgesetzt, dieser werde als «schutzwürdig» angesehen.

B. Verfahrensbezogene und klagerechtsbezogene Eintretensvoraussetzungen

Geht man davon aus, dass fehlendes Rechtsschutzinteresse zum Nichteintreten führt, so erweist sich Art. 59 ZPO als einschlägig, zumal diese Bestimmung die Eintretensvoraussetzungen (Prozessvoraussetzungen) behandelt. Allerdings ist diese Kategorie zu weit. Das Problem der deutschen Lehre, die sich in der Folge auch in der deutschen Schweiz durchsetzte, besteht ja eben darin, innerhalb dieser «Voraussetzungen» dogmatisch nicht danach zu unterscheiden¹⁵⁰, ob sie sich auf das Verfahren oder auf das Klagerecht beziehen. Wir haben bereits gesehen, dass HELLMWIG versuchte, *Prozessvoraussetzungen* von *prozessualen Klagvoraussetzungen* zu unterscheiden, freilich, ohne seine Zeitgenossen damit zu überzeugen – allzu diffus erschien die Abgrenzung, solange die *materiellen Klagevoraussetzungen* immer auf die Klage bezogen blieben. Gewisse Eintretensvoraussetzungen ergeben sich aus den Regeln, die nur für das Verfahren gelten (Zuständigkeit, Prozess- und Postulationsfähigkeit, Form der Eingaben, Rechtshängigkeit). Die Verletzung solcher Vorschriften ist heilbar oder steht jedenfalls einem neuen Verfahren in gleicher Sache nicht im Wege. Andere Voraussetzungen hingegen beziehen sich auf die Klage, etwa der Anspruch auf ein Urteil in der Sache, der besteht, sobald die allein auf das Verfahren bezogenen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit der Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ist nichts anderes gemeint als eben das *Klagerecht*: Das Eintreten auf die Beurteilung in der Sache setzt voraus, dass eine schutzwürdige *Behauptung* vorliegt. Das Klagerecht unterscheidet sich damit sowohl von den verfahrensbezogenen Voraussetzungen der Klage als auch vom materiellen Recht, zumal es sich nicht aus diesem ergibt. Das Klagerecht ver-

147 SCHÜPBACH (Fn. 6), S. 198; SCHWEIZER (Fn. 6), S. 25; BOHNET/SCHWEIZER (Fn. 6), S. 21 ff.; BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 213, 229 f.; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 3.

148 CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 6; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 6 f. Zum Rechtsschutzinteresse als Eintretensvoraussetzung vgl. bereits BLEY (Fn. 44), S. 108 ff., 114.

149 In diesem Sinne kürzlich auch SUNARIC (Fn. 14), S. 63, 86.

150 BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 213, 230.

schaftt einen Anspruch auf ein Sachurteil¹⁵¹ wenn die allein auf das Verfahren bezogenen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Form usw.) erfüllt sind. Gerade darin liegt die Eigenart des *Klagerechts*: Es unterscheidet sich vom Justizgewährungsanspruch, der nur gerade einen Anspruch auf Behandlung des Rechtsschutzgesuchs umfasst und so auch durch einen Nichteintretensentscheid einzulösen ist¹⁵². Dem Anspruch auf einen Entscheid in der Sache ist die Einhaltung der Regeln des eingeleiteten Verfahrens vorgelagert, woraus sich die Notwendigkeit ergibt, zwischen Prozessvoraussetzungen i.e.S. und Klagevoraussetzungen zu unterscheiden¹⁵³. Diese Unterscheidung – die SCHÜPBACH¹⁵⁴ mit Blick auf das schweizerische Recht bereits 1960 vorschlug – orientiert sich am französischen Recht. Dieses unterscheidet zwischen Einreden betreffend Voraussetzungen, die sich auf den Prozess beziehen (*ex-céptions de procédure*) von Eintretensvoraussetzungen (*fins de non-recevoir*), die sich auf die Klage beziehen¹⁵⁵ und entspricht auch dem italienischen Ansatz seit CHIOVENDA¹⁵⁶, der seinerseits *presupposti processuali (in senso stretto) von condizione dell'azione*¹⁵⁷ unterscheidet.

Das Klagerecht ist ein Recht **im vollen Sinne** des Wortes¹⁵⁸: Tritt das Gericht nicht auf die Sache ein, obwohl die Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Kläger die Verletzung von Art. 59 Abs. 2 lit. a oder lit. e ZPO geltend machen.

Werden die Eintretensvoraussetzungen danach eingeteilt, ob sie sich auf das gerichtliche Verfahren oder auf die Klage selbst beziehen, so hat dies nicht nur einen Gewinn an dogmatischer Stringenz, sondern auch **dogmatische Konsequenzen** zur Folge¹⁵⁹. Diese Einteilung erlaubt es, zu erklären, weshalb das Fehlen einer Eintretensvoraussetzung der gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs ein definitives oder nur ein vorläufiges Hindernis in den Weg stellt. Ist nur das jeweilige gerichtliche Verfahren betroffen, so kann der Anspruch erneut geltend gemacht werden, sobald die auf den Prozess bezogenen Vorschriften eingehalten sind (Zuständigkeit; Klagebewilligung; sonstige Formalitäten). Fehlt es dagegen an einer auf die Klage bezogenen Voraussetzung (Rechtsschutzinteresse, materielle Rechtskraft, Parteifähigkeit¹⁶⁰, Prozessführungsrecht¹⁶¹), so ist das Schicksal des Anspruchs prozess-

151 Vorn III.C.

152 SCHWEIZER (Fn. 6), S. 23; vorn II.E.

153 BOHNET, Défenses, (Fn. 9), S. 229 ff.; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 3.

154 SCHÜPBACH (Fn. 6), S. 198.

155 BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 220 ff.

156 GIUSEPPE CHIOVENDA, Principii di diritto processuale civile, 3. Aufl., Napoli 1923, S. 96.

157 BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 228.

158 So aufgefasst, erweist sich der gegen den *Rechtsschutzanspruch* erhobene Einwand, dieser könne nicht zwangsweise durchgesetzt werden, als unberechtigt; siehe DROESE (Fn. 9), S. 73 ff. und die Verweise in Fn. 387 ff.

159 BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 230 ff.

160 Siehe FRANÇOIS BOHNET, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse, SZP 2018 69 ff.

161 Zu diesem unglücklich konzeptualisierten Begriff vgl. FRANÇOIS BOHNET, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, SZP 2017 465 ff.

rechtlich besiegelt¹⁶². Ferner vermag diese Unterscheidung zu erklären, weshalb bestimmte Umstände nur dann als Eintretensvoraussetzungen gelten, wenn sich die beklagte Partei darauf beruft¹⁶³: Es handelt sich um verfahrensbezogene Regeln, deren dispositiver Charakter unstrittig ist (Schiedseinrede; Gerichtsstandsvereinbarung; Prozesskostensicherheit). Anders verhält es sich mit klagerechtsbezogenen Eintretensvoraussetzungen – die Klage ist entweder gegeben oder sie ist es nicht. Klagerechtsbezogene Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen und auf die Klage ist nicht einzutreten, wenn es an einem schutzwürdigen Interesse fehlt. Daran ändert sich nichts mehr, es sei denn, eine Veränderung der Umstände komme der klagenden Partei zu Hilfe.

Die vorgeschlagene Einteilung steht im Einklang mit dem schweizerischen Bedürfnis, eine Tradition einfacher und pragmatischer Lösungen fortzuschreiben¹⁶⁴. Einfachheit bedeutet aber nicht konzeptuelle Dürftigkeit, sondern zeigt sich daran, dass jenen Theorien eine Absage erteilt wird, die das Verständnis ihres Gegenstands unnötig verkomplizieren. Letzteres ist aber gerade nicht der Fall, wenn wir zwischen klagerechtsbezogenen und verfahrensbezogenen Prozessvoraussetzungen unterscheiden, denn die Unterscheidung lässt uns das Wesen der entsprechenden Prozessvoraussetzungen besser verstehen¹⁶⁵.

C. Entwicklungen in der Rechtsprechung

1. Der prozessuale Anspruch – BGE 139 III 126

Wer ein Gericht anruft, erwartet von diesem einen bestimmten Entscheid – welchen, ist dem Rechtsbegehren zu entnehmen, das den angestrebten Rechtsspruch gleichsam vorspart. Der Kläger verlangt diesen Entscheid aufgrund eines bestimmten Lebenssachverhalts, den er dem zuständigen Gericht vorträgt. Der gegenüber dem Gericht behauptete Anspruch entspricht also dem auf der Grundlage eines bestimmten Lebenssachverhalts angebehrten Entscheid. Der Streitgegenstand entspricht diesem Anspruch in einem prozessualen Sinne (prozessualer Anspruch) und ist damit nicht mehr und nichts anderes als die Behauptung eines Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz. Der Streitgegenstand bestimmt sich deshalb «nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen»¹⁶⁶. Auf dieser Grundlage gleicht das Gericht anerkannte und nachgewiesene Tatsachen mit den vom Sachrecht vorgege-

¹⁶² SCHÜPBACH (Fn. 6), S. 198; SCHWEIZER (Fn. 6), S. 25.

¹⁶³ Dem entspricht die aus dem deutschen Recht bekannte Kategorie der *Prozesshindernisse*, vgl. BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 226; CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 3.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 120 II 112 E. 3c, JdT 1995 I 202: «le droit suisse table sur des états de fait clairs, faciles à constater».

¹⁶⁵ BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 231.

¹⁶⁶ BGE 139 III 126 E. 3.2.3. In Deutschland schon ROSENBERG (Fn. 69), § 87 II 2, S. 241. In Frankreich: HENRY MOTULSKY, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, reproduit in Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Paris 2010, S. 38 ff., 44 f.

benen Tatbestandsmerkmalen ab, um schliesslich gestützt darauf über die gestellten Begehren zu entscheiden, mithin, Rechtsschutz zu gewähren.

Verfahrensrechtlich betrachtet, gründet der beantragte Entscheid – der Rechtsschutz – auf die Behauptung der obsiegenden Partei, auf ebendiesen Rechtsschutz einen Anspruch zu haben¹⁶⁷. Der Prozess bezweckt, dass das Gericht über diesen Anspruch entscheidet. Dies ist der Gegenstand des Streits, nicht der sachrechtliche Anspruch als solcher, denn sonst würde der Prozess gegenstandslos, sobald sich der materielle Anspruch als unbegründet erweise. Wiederum: Rechtsschutz wird auch dann gewährt, wenn die klagende Partei keinen Rechtsschutz verdient – alsdann eben in Form von Rechtsschutz an die Beklagte, die gegen die entsprechende Behauptung – dank der materiellen Rechtskraft: dauerhaft – in Schutz genommen wird. Im Übrigen verlangt das Rechtsbegehren nicht etwa vom Beklagten, dass er ein bestimmtes Verhalten an den Tag lege, sondern vielmehr vom Gericht, dass es den Beklagten zu diesem Verhalten verurteile. Im Falle einer Gestaltungs- (Art. 87 ZPO) oder Feststellungsklage (Art. 88 ZPO) besteht kein Sachanspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Beklagten (*Leistungsklage*)¹⁶⁸; die Gewährung von Rechtsschutz an den Beklagten zielt schliesslich auch angesichts einer Leistungsklage nicht auf ein Verhalten, sondern auf eine Feststellung.

Der Begriff des *prozessualen Anspruchs* geht auf WACH und HELLOWIG zurück¹⁶⁹ und wurde in der Schweiz von ANDREAS VON TUHR übernommen¹⁷⁰. Auch wenn das Bundesgericht den Terminus bereits 1939 verwendet hat¹⁷¹, öffnete es sich dem dahinterstehenden Konzept erst kürzlich¹⁷². Dabei hält es namentlich fest, der *prozessuale Anspruch* (der in den französischen Regesten «*prétention déduite en justice*» genannt wird, wobei «*prétention au sens procédural*» der Sache wohl näher käme¹⁷³)

167 KUMMER, Klagerecht (Fn. 107), S. 18; GULDENER (Fn. 1), S. 195; ROGNON (Fn. 6), S. 36; SCHWEIZER (Fn. 6), S. 25; BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 229; CR CPC-BOHNET, Vor Art. 84–90 N 3.

168 In Deutschland: KONRAD HELLOWIG, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1900, S. 156; DERS., Lehrbuch (Fn. 59), S. 216; ROSENBERG (Fn. 69), § 87 I 2b, S. 237 f.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (Fn. 83), § 93, Rz. 8.

169 WACH (Fn. 58), S. 296; HELLOWIG, Anspruch und Klagerecht (Fn. 168), § 23, S. 153 ff., 156: «*der Anspruch ist hier das Urteilsbegehren im Sinne dessen, was begehrt wird, was der Richter dem Kläger «zusprechen» soll*»; DERS., Lehrbuch (Fn. 59), S. 150 Rz. 2: «*Anspruch im prozessualen Sinn ist jede, zwecks Aburteilung aufgestellte und damit zum Prozessgegenstand gemachte Rechtsbehauptung*»; DERS., System (Fn. 101), Bd. 1, § 2, S. 5 Rz. 4, § 17 I, S. 37 f.; vgl. BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, § 43, S. 183 Rz. 2. Für die Auffassung gegen Ende der konstruktivistischen Periode der deutschen Rechtswissenschaft vgl. ferner, ROSENBERG (Fn. 69), § 87 I 1, sowie GOLDSCHMIDT, Prozess als Rechtslage (Fn. 63), S. 212; DERS., Zivilprozessrecht (Fn. 63), S. 129, in der Gegenwart schliesslich ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (Fn. 83), § 93, S. 552 ff. Rz. 8 ff.

170 VON TUHR (Fn. 113), § 2 VI, S. 12 Rz. 31.

171 BGE 65 II 139 E. 1b, JdT 1939 I 98.

172 BGE 139 III 126 E. 3.2.3.

173 Erwähnt die ZPO (Art. 90, 227 Abs. 1) Anspruch (frz. «*prétention*»), ist damit immer der prozessuale Anspruch gemeint, (frz. «*prétention au sens procédural*»), d.h. die Rechtsschutzanspruchbehauptung. Siehe BERTI, Einführung (Fn. 133), Rz. 42.

sei nichts anderes als eine *Rechtsbehauptung*¹⁷⁴, mithin die Behauptung eines Anspruchs auf Rechtsschutz und nicht etwa der Sachanspruch selbst. Indem das Bundesgericht betont, beim Streitgegenstand handle es sich um den *prozessualen* Anspruch, wie er durch den behaupteten Lebenssachverhalt und die Klageanträgen bestimmt wird¹⁷⁵ (und gerade nicht um den strittigen Sachanspruch bzw. den Anspruch aus materiellem Recht), schliesst es sich unmissverständlich dem modernen Ansatz an. Der in BGE 139 III 126 übernommene Ansatz lässt sich unmöglich mit dem alten Konzept vereinbaren, wonach «*il diritto all'azione fa parte del diritto materiale*»¹⁷⁶. Bereits einige Jahre vor dieser Entscheidung hat BERTI dieses Konzept in der SZPP mit der ihm eigenen dogmatischen Sorgfalt dargestellt: «*Vielmehr sind Gegenstand des Zivilprozesses die Behauptungen der Parteien, einen prozessualen Anspruch auf Gewährung des von ihnen begehrten Rechtsschutzes zu haben*»¹⁷⁷.

Der *prozessuale Anspruch* enthält die Behauptung eines Anspruchs auf Rechtsschutz, eine *Rechtsschutzanspruchbehauptung* also. In einem die Klageänderung betreffenden Entscheid verwendet auch das Bundesgericht diesen Ausdruck, wenn es unter Hinweis auf BGE 139 III 126 E. 3.2.3 ausführt: «*Der Inhalt eines Rechtsschutzanspruchs ergibt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus dem Klage- oder Rechtsbegehren und dem behaupteten Tatsachenfundament, auf das sich das Begehren stützt*»¹⁷⁸. Der Kläger behauptet also einen *Rechtsschutzanspruch*, gleichgültig, ob er nun eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsklage erhebt¹⁷⁹.

2. Die negative Feststellungsklage – BGE 144 III 175

Nach dem Wortlaut von Art. 88 ZPO strebt der Feststellungskläger die gerichtliche Feststellung an, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht.

¹⁷⁴ BGE 139 III 126 E. 3.2.3. Diese Differenzierung findet sich bereits bei HELLWIG, Lehrbuch (Fn. 59), S. 150 Rz. 2; System (Fn. 101), Bd. 1, § 2, S. 5 Rz. 4, § 17 I, S. 37 f. Siehe BERTI, Rechtsschutzanspruch (Fn. 7), S. 72.

¹⁷⁵ Was genau der von ROSENBERG entwickelten Theorie entspricht (ROSENBERG [Fn. 69], § 87 II, S. 237 ff.). Vgl. auch ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (Fn. 83), § 93, Rz. 10 ff., die als *zweigliedriger Streitgegenstand* bezeichnet wird (frz. «*théorie binôme de l'objet du litige*»), vgl. dazu BERTI, Einführung (Fn. 133), S. 14 Rz. 41; BOHNET, Procédure civile (Fn. 12), Rz. 21; DROESE (Fn. 9), S. 17 f.; HABSCHEID, Zivilprozess (Fn. 109), S. 221 Rz. 392; HURNI (Fn. 12), Rz. 418 ff. (mit dem Hinweis, dass es sich dabei um den erstinstanzlich relevanten Streitgegenstand handelt).

¹⁷⁶ BGE 77 II 344 E. 2, der sich wiederum auf BGE 67 II 70 E. 2 bezieht.

¹⁷⁷ BERTI (Fn. 130), S. 192, wobei der Einfluss von Hellwig erkennbar ist, vgl. auch BERTI, Rechtsschutzanspruch (Fn. 7), S. 72: Prozessgegenstand bildet «*das vom Kläger zu behauptende oder zu negierende Rechtsverhältnis, bezüglich dessen er Rechtsschutz begehrt*» (KONRAD HELLWIG, Klagerecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozessrechts, Leipzig 1905, S. 61).

¹⁷⁸ BGer 4A_439/2014 E. 5.4.3.1. Zu diesem Entscheid: LORENZ DROESE, note in SZPP 2015 236 f.; DERS. (Fn. 9), S. 75.

¹⁷⁹ BGer 4A_439/2014 E. 5.4.3.1: «*Das Begehren muss eine Rechtsfolgebehauptung und einen darauf bezogenen Rechtsschutzantrag in der Form eines Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehrens enthalten*». Zum Begriff der Rechtsfolgebehauptung bzw. der Rechtsbehauptung in der bundesgerichtlichen Rspr. vgl. HURNI (Fn. 12), Rz. 385 ff.

Wie jede Klage, verlangt auch die Feststellungsklage ein Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO)¹⁸⁰. Wir haben gesehen, dass dieses Interesse besteht, wenn ein Anspruch nicht nur behauptet, sondern auch als schutzwürdig bewertet wird. Die negative Feststellungsklage, die das Bundesgericht bereits im 19. Jahrhundert anerkannte,¹⁸¹ zeigt nun deutlich, dass der von der Klägerin behauptete Anspruch kein Sachanspruch sein kann, denn die Inexistenz eines solchen will die Klägerin im Verhältnis zum Beklagten ja gerade festgestellt haben. Sie behauptet also keinen Sachanspruch gegenüber dem Beklagten, sondern einen *Anspruch auf Rechtsschutz durch das Gericht*¹⁸². Das Eintreten auf eine solche Klage setzt somit eine schutzwürdige *Rechtsschutzanspruchbehauptung* voraus¹⁸³: *«Unmittelbarer Gegenstand des Zivilprozesses sind also behauptete Rechtsschutzansprüche und nicht sachrechtliche Ansprüche»*¹⁸⁴. Dies wiederum führt zum Ergebnis: Es gibt ein *Klagerecht* und die negative Feststellungsklage ist immer dann zulässig, wenn die Klägerin eine *Rechtsschutzanspruchbehauptung* aufstellt und diese als schutzwürdig bewertet wird.

In BGE 144 III 175 hat sich das Bundesgericht diesen Ansatz angenähert, als es in internationalem Zusammenhang das Interesse des Feststellungsklägers, sich angesichts bevorstehender Gerichtsverfahren einen ihm genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Rechtsschutzinteresse qualifizierte und dabei festhielt:¹⁸⁵ *«Bei negativen Feststellungsklagen wird aber nicht das Feststellen des Bestehens eines Rechts begehrt, sondern dessen Nicht-Bestehen geltend gemacht. In diesem Fall ist deshalb das Klagerecht vom streitgegenständlichen materiellen Anspruch zu unterscheiden. Beim Interesse an einer negativen Feststellungsklage handelt es sich um ein tatsächliches Interesse, gewisse praktische Nachteile nicht gewärtigen zu müssen»*. Die bei einer negativen Feststellungsklage aufgestellte Rechtsschutzanspruchbehauptung, das heisst die Feststellung der Inexistenz des Rechts, wird damit als schutzwürdig anerkannt, wenn der Anspruch der beklagten Partei praktische Nachteile zur Folge hat¹⁸⁶. Ist ein schutzwürdiges Interesse gegeben, besteht das Klagerecht und die Klage ist deshalb zulässig. Ist aber anerkannt, dass **das Kla-**

¹⁸⁰ Vgl. bereits BGE 35 II 736 E. 3, der überdies WACH und HELLWIG zitiert (S. 742): Das Rechtsschutzinteresse ist demnach eine *Klagevoraussetzung*.

¹⁸¹ Vgl. insbesondere BGE 7 191 E. 5. Er bezieht sich auf § 231 ZPO-D (heute, § 256): *«Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde»*.

¹⁸² CPC Commentario-TREZZINI, Art. 59 N 6 f.; BOHNET, Défenses (Fn. 9), S. 200; ferner bereits WACH (Fn. 58), S. 17 f.

¹⁸³ BERTI, Rechtsschutzanspruch (Fn. 7), S. 74; BERTI, Einführung (Fn. 133), S. 20 Rz. 57 f.; DROESE (Fn. 9), S. 81 ff., 92 ff. Im Entscheid BGE 65 II 139 E. 1b, JdT 1939 I 98, sprach das Bundesgericht bereits von einem *formellen Rechtsschutzanspruch*.

¹⁸⁴ BERTI, Neue Gedanken (Fn. 30), S. 192.

¹⁸⁵ BGE 144 III 175 E. 5.3.1 unter Verweis auf FRANÇOIS BOHNET, L'intérêt digne de protection [Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO]: retour sur ATF 141 III 68, SZPP 2017 S. 181 ff., S. 184.

¹⁸⁶ BOHNET, Intérêt digne de protection (Fn. 185), S. 184. Wird das Interesse nicht für erheblich gehalten, wird ihm die Schutzwürdigkeit abgesprochen. Allerdings wäre zumindest dogmatisch kaum

gerecht für sich selbst besteht und nicht mit dem Sachanspruch zusammenfällt, so muss diese Aussage auch auf die «positive» Feststellungsklage zutreffen. **Das Klagerecht – der Anspruch auf ein Urteil in der Sache – setzt somit in allen Fällen eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbehauptung voraus.**

Damit gilt: Zielt die Klage darauf, feststellen zu lassen, dass eine betriebene Schuld nicht besteht, besteht die Rechtsschutzanspruchbehauptung in der Feststellung der Inexistenz der betriebenen Schuld, wofür die Rechtsprechung ein schutzwürdiges Interesse bejaht¹⁸⁷, weshalb eine Klagerecht besteht, mithin ein Anspruch auf ein Urteil in der Sache. Gleiches gilt für die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses: Die Klage ist gegeben, wenn die angebehrte Feststellung als schutzwürdig bewertet wird. Dafür ist nach der Rechtsprechung erforderlich, dass die Feststellungsklägerin durch eine Rechtsunsicherheit eingeschränkt wird, die nur durch eine gerichtliche Feststellung beseitigt werden kann, weil eine Leistungsklage nicht zur Verfügung steht¹⁸⁸.

V. Fazit

In dem sich das Bundesgericht auf den Standpunkt stellte, dass nicht der dem materiellen Recht entnommene *Sachanspruch*, sondern der durch Rechtsbegehren und Lebenssachverhalt umschriebene *prozessuale Anspruch* den Streitgegenstand darstellt¹⁸⁹, hat es sich der modereren Klagerechtslehre angeschlossen, die das Klagerecht dem Prozessrecht zuweist (IV.C.1). Das Klagerecht ist nicht mit dem Justizgewährungsanspruch gleichzusetzen, wie er sich aus Art. 6 EMRK sowie aus Art. 29a und 30 BV ergibt. Es besteht vielmehr in einem Anspruch auf ein Urteil in der Sache, was sich für das schweizerische Recht namentlich aus Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ergibt, wonach das «schutzwürdige Interesse» eine Eintretensvoraussetzung darstellt (IV.A). Der Anspruch auf ein Urteil in der Sache setzt weiter voraus, dass die spezifisch für Prozesse von der Art des eingeleiteten gültigen Regeln eingehalten werden, woraus sich die Unterscheidung zwischen verfahrensbezogenen und klage-rechtsbezogenen Eintretensvoraussetzungen ergibt, welche die deutsche Lehre nicht kennt, für den italienischen Ansatz aber zentral ist und dem französischen System konzeptuell zumindest nahesteht (IV.B), wie gerade die Neuenburger Rechts-tradition zeigt (III.C.). Die Einteilung der Eintretensvoraussetzungen nach ihrem Bezug – also danach, ob sie sich auf das Verfahren oder auf die Klage beziehen – hat nicht nur den Vorzug dogmatischer Stringenz, sondern auch Konsequenzen systematischer Art. Sie vermag zu erklären, weshalb das Fehlen mancher Eintretensvoraussetzungen die gerichtliche Durchsetzung endgültig ausschliesst, während das Fehlen anderer Eintretensvoraussetzungen ihr nur vorläufig im Wege stehen. Ist nur das Verfahren betroffen, kann der Anspruch erneut geltend gemacht werden, so-

zu begründen, weshalb ein grundsätzlich schutzwürdiges Interesse schutzlos bleiben sollte, weil es nicht «erheblich» genug ist (a.a.O., S. 185; BGE 144 III 175 E. 5.3.1).

¹⁸⁷ BGE 141 III 68 E. 2.7.

¹⁸⁸ BGE 131 III 319 E. 3.5, SJ 2005 I 449, SZP 2005 385.

¹⁸⁹ BGE 139 III 126.

bald die Regeln des Verfahrens eingehalten sind (Zuständigkeit; Klagebewilligung; gehörige Einleitung des Verfahrens). Fehlt es dagegen am Klagerecht, ist das Schicksal des Anspruchs verfahrensrechtlich besiegelt (IV.B).

Der Anspruch auf ein Urteil in der Sache setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Ein solches ist gegeben, wenn der Kläger einen Anspruch behauptet, und diese Behauptung als schutzwürdig bewertet wird. Das Klagerecht ist also abhängig von der *Rechtsbehauptung* und nicht vom Recht bzw. Anspruch als solchen. Worum aber handelt es sich bei diesem Anspruch? Es ist der Anspruch auf Rechtsschutz (*Rechtsschutzanspruch*). Einen solchen behauptet, wer eine Klage erhebt, sei es eine Leistungsklage, eine Gestaltungsklage oder reine Feststellungsklage, gleichgültig, ob sich Letztere auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts richtet (IV.C.2).

Das Klagerecht, d.h. der Anspruch auf ein Urteil in der Sache, setzt also *eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbehauptung* voraus.

Zwischen Beweisanspruch und freier Beweiswürdigung im Zivilprozess

Von den Internetrecherchen bis zum gerichtlichen Gutachten

RAMON MABILLARD*

Zusammenfassung

Mit dem vorliegenden Beitrag soll anhand ausgewählter Entscheide aufgezeigt werden, dass der «freien» Beweiswürdigung sowohl durch die ZPO als auch der bislang hierzu ergangenen Rechtsprechung mehrere Schranken gesetzt wurden. So kann bereits die Notorietät von Tatsachen den Beweisgegenstand einschränken. Doch ergibt sich der eigentliche Rahmen für die Beweiswürdigung aus dem Beweisanspruch der Parteien: Taugliche und rechtskonform angebotene Beweise sind unter Wahrung materieller Schutzbestimmungen und schutzwürdiger Interessen abzunehmen. Aber auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung selbst, das geforderte Beweismass und die Beweislastverteilung sowie das Beweisverfahren mit seinen Mitwirkungs- und Verweigerungsrechten setzen der «freien» Beweiswürdigung Schranken.

Résumé

La présente contribution vise à démontrer, sur la base d'arrêts choisis, les limites posées à la « libre » appréciation des preuves, tant en vertu du CPC que par la jurisprudence afférente rendue à ce jour. Ainsi l'objet de la preuve se voit-il déjà restreint

* Dr. iur., LL.M. (Columbia), Ordinarius der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue.