

Zivilverfahrensrecht (FS 2014)

Vorliegend handelt es sich ausschliesslich um Lösungsvorschläge. Für die Punkteverteilung wird auf die entsprechenden Korrekturschemata verwiesen.

Fall 1: Lösungsvorschlag

1. Allgemeines

Die Solair AG ist ein mittelgrosses Unternehmen mit Sitz in Schaffhausen, welches Sonnencremen herstellt. Bei dem „Konsumenten Forum“ handelt es sich um ein regelmässig erscheinendes Magazin, welches sich an ein breites Zielpublikum wendet und u.a. Vergleiche von verschiedenen Produkten publiziert, darunter auch solche im Geschäftsbereich der Solair AG. Die Solair AG erfährt drei Arbeitstage vor dem Erscheinen der nächsten Ausgabe des „Konsumenten Forum“, dass ein dort publizierter Vergleich von verschiedenen Sonnencremen ihr Produkt insgesamt als ungenügend bezeichnet, da es den Schadstoff XYZ enthalte und einen unangenehmen Geruch habe. Die Solair AG will die Publikation des Vergleichs verhindern bzw. das „Konsumenten Forum“ auf dem Prozessweg verpflichten, die Publikation des Vergleichs zu unterlassen. Zu diesem Zweck beruft sie sich darauf, dass a) der Vergleich nicht korrekt durchgeführt worden sei, b) der fragliche Schadstoff ohnehin in allen Sonnencremen enthalten sei, c) die Mehrzahl der jüngeren Personen den Geruch als angenehm empfinde und d) die Publikation des Vergleichs eine starke Umsatzeinbusse zur Folge haben könnte, welche den Bestand des sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Unternehmens gefährden könnte. Als Glaubhaftmachungsmittel kann die Solair AG a) betreffend den Schadstoffgehalt ein Privatgutachten und b) für die Frage des Geruches eine eigene Untersuchung vorlegen.

Für das Verbot der Publikation des Vergleichs kommt der definitive Rechtsschutz durch die Erhebung einer ordentlichen Leistungsklage auf Unterlassung wegen der Prozessdauer und der vorliegenden zeitlichen Dringlichkeit viel zu spät. Die Solair AG muss möglichst schnell geschützt werden. Die möglicherweise ungerechtfertigte, geschäftsschädigende Publikation kann nur durch eine Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes verhindert werden. Der einstweilige Rechtsschutz ist ein provisorischer, auf summarischer Anspruchsprüfung beruhender Schutz von Parteien zur Abwehr vor Schäden und Nachteile, die den Parteien aus der Verfahrensdauer bis zum definitiven Rechtsschutz entstehen können.¹ Der einstweilige Rechtsschutz wird durch vorsorgliche Massnahmen gewährt. Unter diesem Begriff versteht man Anordnungen des Gerichts, mit denen eine Partei vor oder während des ordentlichen Prozesses vorläufig geschützt wird.² Die Bestimmungen der Art. 261 ff. ZPO regeln die Voraussetzungen und den Inhalt sämtlicher vorsorglicher Massnahmen. Für die vorsorglichen Massnahmen ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. d ZPO).

¹ ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 7.

² KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, § 52 N 273.

2. Allgemeine Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

2.1. Einleitung

Art. 261 Abs. 1 ZPO nennt die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Da in casu die Solair AG noch kein Hauptsacheverfahren gegen das „Konsumenten Forum“ eingeleitet hat, kommt lediglich der Erlass vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen in Betracht (Art. 261 Abs. 1 i.V.m. Art. 263 ZPO). Die Solair AG muss glaubhaft machen, dass wegen der Publikation des Vergleichs a) eine Verletzung eines ihr zustehenden materiellrechtlichen Anspruchs zu befürchten sei und der geltend gemachte Anspruch Aussicht auf Erfolg habe (Hauptsacheprognose: Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und b) ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe (Nachteilsprognose: Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO); zudem muss zeitliche Dringlichkeit bestehen.³

2.2. Hauptsacheprognose

Hauptsacheprognose bedeutet, dass das Gericht aufgrund der Sach- und Rechtslage prüft, ob eine Verletzung eines der gesuchstellenden Partei zustehenden materiellrechtlichen Anspruchs zu befürchten ist sowie ob dieser Anspruch wahrscheinlich gegeben ist, d.h. welche Chancen die gesuchstellende Partei hat, im Hauptsacheverfahren zu obsiegen.⁴ Bei vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien können sämtliche Ansprüche des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 i.V.m. Art. 28a ZGB) sowie Ansprüche auf Unterlassung von falschen bzw. unwahren Aussagen über das eigene Produkt (Art. 2 i.V.m. Art. 3 UWG) geltend gemacht werden. Die Hauptsacheprognose ist in casu zu bejahen.

2.3. Nachteilsprognose und Interessenabwägung

Es muss zudem glaubhaft gemacht werden, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (materieller oder immaterieller Natur) droht. Im Rahmen der Nachteilsprognose werden die Interessen der gesuchstellenden Partei mit jenen des Gesuchgegners abgewogen. Im Rahmen der Nachteilsprognose wird das Gericht nämlich prüfen, ob die vorher erläuterten Nachteile, die entstehen, wenn die vorsorgliche Massnahme nicht angeordnet wird, schwerwiegender sind als die Nachteile, die dem Gesuchgegner entstehen, wenn die vorsorgliche Massnahme angeordnet wird.⁵ Wie gleich zu zeigen sein wird, stellt Art. 266 ZPO besonders hohe Anforderungen an die Interessenabwägung.

2.4. Glaubhaftmachen sämtlicher Voraussetzungen

Bei vorsorglichen Massnahmen genügt die Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen. Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung ist eine Tatsache glaubhaft zu machen, „wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte“.⁶ Glaubhaftmachen bedeutet nämlich mehr als blosses Behaupten und weniger als striktes Beweisen; zur Glaubhaftmachung einer Behauptung

³ THOMAS SPRECHER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, zit. BSK ZPO-Bearbeiter, 2. A., Basel 2013, Art. 61 N 10 ff.

⁴ ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 262.

⁵ MEIER (Fn. 4), S. 262.

⁶ BGE 130 III 325.

muss das Gericht nicht vollends überzeugt sein, sondern es genügt, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht.⁷ Glaubhaft gemacht werden muss, dass sämtliche Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gegeben sind (Prozessvoraussetzungen, Hauptsache- und Nachteilsprognose sowie zeitliche Dringlichkeit).⁸ Die Last des Glaubhaftmachens trägt die gesuchstellende Partei (Art. 8 ZGB). Abstufungen der Intensität des Glaubhaftmachens (z.B. „Je schwerer die Massnahme ist, desto höher sind die Anforderungen an das Glaubhaftmachen“) sind allerdings abzulehnen (anders die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und Lehre).⁹

2.5. Zwischenergebnis

In casu muss die Solair AG glaubhaft machen, dass durch die Veröffentlichung des Vergleichs der verschiedenen Sonnencremen mit ihrem Produkt in der nächsten Ausgabe des Magazins „Konsumenten Forum“ eine Verletzung ihres Anspruchs auf Schutz ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit (Art. 28 i.V.m. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) oder auf Schutz vor unlauterem Wettbewerb (Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 UWG: Vergleich von Waren in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise) zu befürchten ist und ihr dadurch ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Namentlich muss die Solair AG einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung des Vergleichs mit der Begründung glaubhaft machen, dass der Vergleich etwa unrichtige oder irreführende Angaben (Schadstoff XYZ und unangenehmer Geruch) betreffend ihr Produkt enthält, welche ihr Geschäft und ihren guten Ruf gefährden und damit unter Berücksichtigung ihrer bereits bestehenden finanziellen Probleme eine starke Umsatzeinbusse verursachen können, da die Konsumenten Kenntnis vom Vergleich bekommen und ihr Produkt nicht mehr kaufen werden. Das Glaubhaftmachen der Hauptsache- und der Nachteilsprognose wird der Solair AG höchstwahrscheinlich gelingen. Das Gericht wird die Interessen zwischen der Solair AG und dem „Konsumenten Forum“ entstehenden Nachteilen abwägen. Dabei wird das Gericht die Nachteile für das „Konsumenten Forum“, wenn die Publikation des Vergleichs verboten wird, mit den Nachteilen für Solair AG, wenn die Publikation nicht verboten wird, abwägen (siehe das Ergebnis der Interessenabwägung bei der Prüfung der besonderen Voraussetzungen des Art. 266 ZPO).

3. Massnahmen

Art. 262 ZPO zählt mögliche vorsorgliche Massnahmen auf, die das Gericht anordnen kann, und lässt im Sinne einer Generalklausel jede gerichtliche Anordnung zu, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. In casu kann die Solair AG beantragen, dass der Vergleich der verschiedenen Sonnencremen mit ihrem Produkt in der nächsten Ausgabe des Magazins „Konsumenten Forum“ nicht veröffentlicht wird bzw. dass das Magazin es unterlässt, den Vergleich in der nächsten Ausgabe zu publizieren oder im Rahmen des Vergleichs den Bezug auf ihr Produkt zu nehmen (Art. 262 lit. a ZPO i.V.m. Art. 28A Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bzw. Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG: Verbot der Publikation des Vergleichs). Fraglich ist jedoch, ob die Solair AG mit Erfolg verhindern kann, dass die nächste Ausgabe des Magazins überhaupt erscheinen wird.

Das Gericht kann bei einer drohenden Schädigung des Magazins die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die Solair AG nach Art. 264 Abs. 1 ZPO abhängig machen. Dringt die Solair AG mit ihrem Gesuch um Erlass vorprozessualer vorsorglicher Massnahmen

⁷ BSK-SPRECHER (Fn. 3), Art. 261 N 52.

⁸ BSK-SPRECHER (Fn. 3), Art. 261 N 54.

⁹ BSK-SPRECHER (Fn. 3), Art. 261 N 65 f.

durch, wird ihr das Gericht eine Frist zu Klageeinreichung setzen, ansonsten wird die Massnahme gemäss Art. 263 ZPO ipso jure dahinfallen. Es mag sein, dass in casu die Prosequierung sinnlos oder unnötig ist. Gerade im Bereich der Medien wird eine erfolgreich erstrittene vorsorgliche Massnahme nicht mehr prosequiert.

4. Anordnung superprovisorischer Massnahmen nach Art. 265 ZPO

Art. 265 Abs. 1 ZPO erlaubt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit sofortiger Vollstreckbarkeit auf einseitiges Vorbringen der gesuchstellenden Partei ohne Anhörung der Gegenpartei (i.S.v. Art. 253 ZPO). Die Anhörung der Gegenpartei erfolgt nach dem Erlass der superprovisorischen Massnahmen (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Solche superprovisorische Massnahmen bedürfen des Glaubhaftmachens einer besonderen Dringlichkeit, die im Falle von Gesuchen um Unterlassung kurz bevorstehender persönlichkeitsverletzender Publikationen durch Medien nicht selten gegeben sein dürfte. Neben der besonderen Dringlichkeit müssen alle anderen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO gegeben sein.

In casu wird die Solair AG die besondere Dringlichkeit zur Anordnung superprovisorischer Massnahmen glaubhaft machen können, denn die nächste Ausgabe des „Konsumenten Forum“, die nach der Behauptung von Solair AG eine drohende besonders schwere Persönlichkeitsverletzung beinhaltet, in drei Arbeitstagen erscheinen wird. Die ZPO bietet dem Magazin jedenfalls eine Möglichkeit, sich vorzeitig Gehör zu verschaffen. Mit einer Schutzschrift nach Art. 270 ZPO kann es eine superprovisorische Massnahme antizipieren und dem Gericht seinen Standpunkt vorsorglich darlegen.

5. Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen Medien nach Art. 266 ZPO

5.1. Allgemeines

Richtet sich das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien, stellt die Sonderregelung des Art. 266 ZPO besonders hohe Anforderungen. Dabei darf das Gericht eine vorsorgliche Massnahme nur anordnen, wenn a. die drohende Rechtsverletzung der gesuchstellenden Partei einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, b. offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und c. die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint. Diese Voraussetzungen müssen zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO erfüllt sein und von der Solair AG lediglich glaubhaft gemacht werden. Die Sonderregelung des Art. 266 ZPO, die primär bei kurz bevorstehenden Veröffentlichungen persönlichkeitsverletzender Äusserungen zur Anwendung kommt, steht im Spannungsfeld zwischen der Pressefreiheit und dem Schutz der Persönlichkeit und privilegiert die Medien dadurch, dass Massnahmen mit gravierenden Wirkungen für die Medien nur zulässig sind, wenn die Umstände dies rechtfertigen. Dabei soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der betroffenen Person gegenüber einem periodisch erscheinenden Medium regelmässig das Gegendarstellungsrecht zur Verfügung steht.¹⁰

5.2. Voraussetzungen

5.2.1. Periodisch erscheinende Medien

Als periodisch erscheinende Medien gelten sämtliche Informationsübertragungsmittel, die für jedermann zugänglich sind und sich in regelmässigen Abständen an ein bestimmtes Publikum richten,

¹⁰ Zum Ganzen BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 266 N 1 ff.

z.B. Presse, Radio und Fernsehen.¹¹ In casu stellt das Magazin „Konsumenten Forum“ zweifellos ein solches periodisch erscheinendes Medium dar (Magazin: Informationsübertragungsmittel; „In der nächsten Ausgabe“: regelmässiges Erscheinen; Zielpublikum: alle Konsumenten).

5.2.2. Besonders schwerer Nachteil der drohenden Rechtsverletzung

Vorsorgliche Massnahmen gegen das „Konsumenten Forum“ können nur angeordnet werden, wenn der Solair AG ein besonders schwerer Nachteil droht (Art. 266 lit. a ZPO). Diese Verschärfung bezieht sich auf die Qualifikation des Tatbestandsmerkmals „nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil“. Wesentliche Faktoren, die oft an sich bedeuten, dass der drohende Nachteil besonders schwer liegt, sind etwa das Ausmass der Verbreitung in den Medien (in casu wendet sich das „Konsumenten Magazin“ an ein breites Zielpublikum), der Eindruck des Durchschnittlesers (in casu wird das Produkt der Solair AG im Vergleich zu anderen Sonnencremen als ungenügend bewertet und die Vorwürfe, etwa Schadstoff XYZ und unangenehmer Geruch, sind besonders schwer), die Verbreitung unwahrer Tatsachen (in casu scheint der Vergleich wahre Tatsachen zu verbreiten bzw. scheint es nicht, dass er unrichtig oder irreführend durchgeführt worden ist) und die Auswirkungen der Rechtsverletzung auf den finanziellen Zustand der gesuchstellenden Partei (in casu befürchtet die Solair AG eine starke Umsatzeinbusse, welche die Existenz des mittelgrossen Unternehmens gefährden könnte, da sie schon finanzielle Schwierigkeiten hat; ob ihr jedoch dadurch tatsächlich der Konkurs droht, ist unklar).¹² Die Gefährdung der Existenz der Solair AG durch die negativen Folgen der Publikation des Vergleichs ist auf jeden Fall ein besonders schwerer Nachteil.

5.2.3. Ein Rechtfertigungsgrund offensichtlich fehlt

Das offensichtliche Nichtvorliegen eines Grunds, der die Verletzung rechtfertigen würde (Art. 266 lit. b ZPO) bedeutet, dass die Interessenabwägung klar zugunsten der Solair AG ausfallen muss. Wesentliche Faktoren, die oft an sich bedeuten, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Veröffentlichung des Vergleichs fehlt, sind etwa Tatsachen, welche den Vergleich als eindeutig unwahr erscheinen lassen.¹³ In casu ist es nicht ersichtlich, dass der Vergleich nicht korrekt durchgeführt worden ist. Hingegen deutet der Vorwurf, dass das Produkt der Solair AG den Schadenstoff XYZ enthalte, darauf hin, dass es ein öffentliches Interesse daran besteht, die Konsumenten über die negativen Wirkungen eines schädlichen Produkts zu informieren. Der unangenehme Geruch vermag jedoch dieses Interesse nicht zu begründen. Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass jeder Vergleich von Produkten an sich zulässig ist, soweit er nach bestem Wissen und Gewissen durchgeführt wird, bzw. dass nicht jede zu behauptende journalistische Unkorrektheit eine Berichterstattung als unwahr erscheinen lässt.

5.2.4. Verhältnismässigkeit der Massnahme

Als dritte Voraussetzung nennt Art. 266 lit. c ZPO die Verhältnismässigkeit der Massnahme. In Wirklichkeit handelt es sich dabei nicht um eine Voraussetzung, sondern um einen vom Gericht mit Blick auf die Rechtsfolge zu beachtenden Grundsatz. Hat Solair AG eine drohende Rechtsverletzung, die einen nicht leicht wiedergutzumachenden, besonders schweren Nachteil verursachen kann, glaubhaft gemacht, so muss das Gericht eine vorsorgliche Massnahme anordnen. Das

¹¹ Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 266 N 10 ff., 20.

¹² Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 266 N 24 f.

¹³ Vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 266 N 28

Verhältnismässigkeitsgebot beantwortet nicht die Frage nach dem Ob, sondern nach dem Wie der Massnahme. Dabei sind alle Umstände und die Interessen der Parteien zu prüfen, etwa die Pressefreiheit, die wirtschaftlichen Interessen des Magazins und die finanziellen Interessen der Solair AG. Wie bereits erwähnt, soll dabei dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Solair AG gegenüber einem periodisch erscheinenden Medium das Gegendarstellungsrecht zur Verfügung steht. Meines Erachtens wäre ein absolutes Verbot der Veröffentlichung des Vergleichs unverhältnismässig, da aufgrund des enthaltenen Schadstoffs XYZ ein gewichtiges öffentliches Informationsinteresse besteht, welches das Interesse der Solair AG am Schutz ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit überwiegt.

5.3. Glaubhaftmachen mit welchen Mitteln?

Da die vorsorglichen Massnahmen im summarischen Verfahren angeordnet werden (Art. 248 lit. d ZPO), ist das Glaubhaftmachen grundsätzlich lediglich durch verfügbare und sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO: Beweismittelbeschränkung), ausser wenn es gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. a-c ZPO andere Mittel zulässig sind.

Um den besonders schweren Nachteil der drohenden Persönlichkeitsverletzung glaubhaft zu machen, kann die Solair AG ein Privatgutachten betreffend den Schadstoff und eine eigene Untersuchung für die Frage des Geruches vorlegen. Das Privatgutachten und die eigene Untersuchung sind grundsätzlich Urkunden im Sinne des Gesetzes (weiterer Urkundenbegriff – Art. 168 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 177 ZPO). Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die Solair AG mit diesen Urkunden die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen glaubhaft machen wird. Meines Erachtens kommt dem Privatgutachten und der eigenen Untersuchung, selbst wenn sie verfügbar sind und sofort vorgebracht werden können, nicht die Bedeutung von Glaubhaftmachungsmitteln zu.¹⁴ Privatgutachten und eigene Untersuchungen stellen bloss Parteivorbringen dar, die für sich allein zur Glaubhaftmachung der Tatsachen, auf die sich der Erlass vorsorglicher Massnahmen stützt, nicht genügen.¹⁵

6. Fazit

Die Solair AG kann ein Gesuch um superprovisorische Massnahme beim zuständigen Gericht stellen und verlangen, dass die Veröffentlichung des Vergleichs der verschiedenen Sonnencremen mit ihrem Produkt in der nächsten, in drei Arbeitstagen zu erscheinenden Ausgabe des Magazins „Konsumenten Forum“ verboten wird. Meines Erachtens ist es fraglich, ob die Solair AG mit ihrem Gesuch Erfolg haben wird: Einerseits ist es zweifelhaft, ob die Solair AG mit dem Privatgutachten und die eigene Untersuchung die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen glaubhaft machen kann. Andererseits erscheint der Nachteil durch das Verbot der Publikation des Vergleichs schwerer zu wiegen als der Nachteil der Solair AG. Die Interessenabwägung i.S.v. Art. 261 i.V.m. Art. 266 ZPO fällt wohl eher zugunsten des Magazins aus.

¹⁴ BGE 132 III 83, E. 3.4; vgl. BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 261 N 62.

¹⁵ Siehe den Verweis von BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 3), Art. 261 N 62 auf BGer 4A_36/2012, E. 2.4.

Fall 2: Lösungsvorschlag

Frage 1

Vorliegend geht es um einen Streit aufgrund eines Kaufvertrages. Einer solchen Klage geht grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren vor (Art. 197 ZPO). Eine Ausnahme nach Art. 198 ZPO ist nicht einschlägig. Insbesondere liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Fall in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen könnte (Art. 198 lit. f ZPO).

Somit ist eine Schlichtung durchzuführen. Im Kanton Zürich sind die Friedensrichter dafür zuständig (§ 52 lit. a GOG ZH).

I.c. wurde gemäss Sachverhalt eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung¹ zugunsten der Zürcher Gerichte abgeschlossen, welche den ordentlichen Gerichtsstand von Art. 31 ZPO derogiert.

B hat nun trotzdem das Schlichtungsgesuch am Wohnsitz des Beklagten in Meilen eingereicht. Die beklagte Partei kann sich in einem solchen Fall auf das Schlichtungsverfahren einlassen (Art. 18 ZPO).² Indem A auf die Einhaltung der Gerichtsstandsvereinbarung besteht, macht er deutlich, dass er sich nicht auf das Verfahren vor dem örtlich unzuständigen Friedensrichter einlässt. Eine vorbehaltlose Einlassung liegt folglich im vorliegenden Fall nicht vor.

Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert CHF 10'000. Daher kommt der Schlichtungsbehörde keine Entscheidkompetenz zu (Art. 212 ZPO) und es handelt sich um ein reines Schlichtungsverfahren ohne Gerichtsbarkeit. In einem solchen Fall können die Prozessvoraussetzungen nicht ohne Weiteres geprüft bzw. ein Schlichtungsgesuch wegen Unzuständigkeit nicht ohne Weiteres abgelehnt werden.³ Erkennt ein Friedensrichter, dass er möglicherweise unzuständig ist, sollte er die klagende Partei darüber informieren.

Das OGer ZH hat sich bisher jeweils zu Fällen geäußert, in denen es um die sachliche Unzuständigkeit ging.⁴ Dabei anerkennt es die Kompetenz der Schlichtungsstelle, bei offensichtlicher Unzuständigkeit einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Dass diese Rechtsprechung nur auf die sachliche Unzuständigkeit beschränkt sein sollte geht dabei nicht hervor. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass der Friedensrichter auch bei offensichtlicher örtlicher Unzuständigkeit einen Nichteintretensentscheid fällen darf. Dies macht auch deshalb Sinn, weil ein Schlichtungsverfahren der raschen Streiterledigung dient und die Gerichte entlasten soll. Wäre es der Schlichtungsstelle verwehrt, die offensichtliche Unzuständigkeit festzustellen, widerspräche dies den Zielen der Schlichtung.

Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob eine offensichtliche örtliche Unzuständigkeit vorliegt. Einerseits liegt eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung vor, welche alle formellen Anforderungen erfüllt. Andererseits ist grundsätzlich der Friedensrichter am Wohnsitz des Beklagten die gesetzliche Schlichtungsstelle. Der Friedensrichter kann deshalb von seiner Zuständigkeit ausgehen. Darüber hinaus wäre eine vertiefte Analyse der Gerichtsstandsvereinbarung notwendig, um beurteilen zu

¹ Auf die Frage, ob es sich um einen Konsumentenvertrag (Art. 32 ZPO) handelt und ob diese Vereinbarung zulässig war, muss deshalb nicht weiter eingegangen werden.

² Urteil NP130005 v. 10.07.2013 des OGer ZH, S. 8 f.; a.A. BK-PETER, Art. 197 N 11.

³ BK-PETER, Art. 197 N 9; BSK-INFANGER, Art 202 N 14.

⁴ Ausführlich Urteil LU130001 v. 30.04.2013 des OGer ZH.

können, ob die Gerichtsstandsvereinbarung möglicherweise aufgrund von (teil)zwingenden Gerichtsständen ungültig ist. Da dies eine detaillierte Prüfung der voraussetzt, liegt keine offensichtliche Unzuständigkeit des Friedensrichters in Meilen vor. Ein Nichteintretensentscheid kommt somit nicht in Betracht.

Der Friedensrichter hat in einem solchen Fall, die Parteien über die mögliche Unzuständigkeit zu informieren. Dem Kläger hat er die Möglichkeit zu geben, sich dazu zu äussern oder die Klage zurückzuziehen.⁵

Vorliegend besteht B auf der Durchführung der Schlichtung. Der Friedensrichter hat somit die Verhandlung ohne Rücksicht auf eine allfällige Unzuständigkeit durchzuführen.

Einigen sich die Parteien in der Schlichtungsverhandlung, so kommt der allfälligen Unzuständigkeit keine weitere Bedeutung zu. Einigen sie sich nicht, hat der Friedensrichter eine Klagebewilligung auszustellen.

Frage 2

Hier stellt sich nicht mehr die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Zürcher Gerichts, denn die Klage wird am Gericht eingereicht, welches aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung örtlich zuständig ist. Hier geht es vielmehr darum, dass das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung eine in Art. 59 ZPO nicht genannte Prozessvoraussetzung ist.⁶

A hat sich nicht auf das Verfahren vor dem unzuständigen Friedensrichter eingelassen. Die Schlichtungsverhandlung wurde dennoch in Anwesenheit beider Prozessparteien durchgeführt. Es wird die Meinung vertreten, dass wenn der Beklagte an der Schlichtung teilgenommen hat, das Gericht die Klage nicht bloss deshalb zurückweisen darf, weil die Klagebewilligung von einer örtlich unzuständigen Schlichtungsstelle stammt.⁷ Dies überzeugt im vorliegenden Fall nicht: Der Beklagte war anwesend und hat die Unzuständigkeit gerügt. Der Friedensrichter hat anschliessend die Schlichtung durchgeführt, weil der Kläger darauf bestand und kein Geld verschwenden wollte. Anschliessend hat der Beklagte zähneknirschend an der Verhandlung teilgenommen. Dies sind offensichtlich keine guten Voraussetzungen, um eine erfolgreiche Schlichtung durchzuführen und einen Vergleich zu erreichen. Die Wiederholung des Schlichtungsverfahrens beim zuständigen Friedensrichteramt wäre also mehr als nur die blosser Wiederholung einer gescheiterten Schlichtung. Wird im Schlichtungsverfahren vor einer unzuständigen Schlichtungsstelle die Einrede der Unzuständigkeit erhoben, so ist auf eine anschliessende Klage wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht einzutreten. Andernfalls hätte die Durchführung der Schlichtung am falschen Ort überhaupt keine Konsequenzen für den Kläger, sofern er dann die Klage beim örtlich zuständigen Gericht erhebt. Die Schlichtung könnte folglich an jedem beliebigen Ort durchgeführt werden. Dies war zweifellos nicht die Absicht des Gesetzgebers.

Das Zürcher Gericht erlässt somit einen Nichteintretensentscheid.

⁵ Urteil LU130001 v.30.04.2013 des OGer ZH, E. 3.4.

⁶ Botschaft ZPO, S. 7333.

⁷ DIKE-Komm.-EGLI Art. 202 N 16 f.

Fall 3: Lösungsvorschlag

Hinweis: Der vorliegende Lösungsvorschlag soll aufzeigen, welche Gesichtspunkte im vorliegenden Fall als relevant erachtet wurden. Für das Erreichen des Punktemaximums wurde nicht dieselbe Vollständigkeit verlangt. Es empfiehlt sich, diesen Lösungsvorschlag zusammen mit dem Korrekturschema zu lesen.

1. Allgemeines

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass das Gericht den Mieter M dazu aufgefordert hat, schriftlich zur Streitsache Stellung zu nehmen. Mieter M hat dieser Aufforderung allerdings keine Folge geleistet. Es stellt sich damit die Frage, wie das Gericht weiter vorzugehen hat. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der Prozess im vereinfachten Verfahren durchgeführt wird. Da es sich vorliegend um eine mietrechtliche Streitigkeit handelt, gilt der soziale Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 247 Abs. 2 ZPO).

2. Säumnisfolgen im vereinfachten Verfahren

Nach Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie an einer Verhandlung nicht erscheint oder eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt. Im vorliegenden Fall hat M die Einreichung der schriftlichen Stellungnahme unterlassen, womit er säumig ist. Die allgemeine Rechtsfolge der Säumnis ist, dass das Verfahren ohne die entsprechende Handlung fortgesetzt wird. Das bedeutet, dass die säumige Partei mit der Vornahme der betreffenden Handlung oder mit der Teilnahme an der Verhandlung ausgeschlossen bleibt. Art. 147 ZPO ist im allgemeinen Teil der ZPO geregelt und gilt damit für alle Verfahrensarten. Daneben gibt es vereinzelt Sonderbestimmungen. So wird das Vorgehen bei versäumter Klageantwort im ordentlichen Verfahren nach Art. 223 ZPO speziell geregelt: Es wird ausnahmsweise eine Nachfrist angesetzt (Art. 223 Abs. 1 ZPO). Bleibt die beklagte Partei wiederholt säumig, erlässt das Gericht (unter gewissen Voraussetzungen) direkt einen Säumnisentscheid (Art. 223 Abs. 2 ZPO). Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens kommen grundsätzlich auch bei den anderen Verfahrensarten sinngemäss zur Anwendung, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Für den vorliegenden Fall stellt sich damit die Frage, ob Art. 223 ZPO bei versäumter Einreichung der Stellungnahme analog zur Anwendung kommt.

Eng damit verknüpft ist die Frage, ob die beklagte Partei mit der Einreichung der Stellungnahme belastet ist oder ob es sich dabei nur um eine Gelegenheit der beklagten Partei handelt, sich vor der Hauptverhandlung zu äussern. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass es sich dabei nur um eine Möglichkeit handelt, die der beklagten Partei eingeräumt wird, die sie aber nicht wahrnehmen muss. Unter Anwendung von Art. 223 ZPO würde man der schriftlichen Stellungnahme nach Art. 245 Abs. 2 ZPO zu Unrecht die Qualität einer Klageantwort i.S.v. Art. 222 ZPO zukommen lassen. Die damit verbundenen Säumnisfolgen von Art. 223 ZPO (Säumnisentscheid ohne Durchführung einer Verhandlung) würden die rechtsunerfahrene und unvertretene beklagte Partei in der Folge hart treffen¹. Dieser Ansicht nach zieht die versäumte Stellungnahme keine (besonderen) Säumnisfolgen nach. Das Verfahren wird normal fortgesetzt (Art. 147 Abs. 2 ZPO)², wobei die Ansetzung einer

¹ Zum Ganzen CHRISTIAN FRAEFEL, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, zit. KuKo ZPO-BEARBEITER, 2.A., Basel 2014, Art. 245 N 8.

² TANJA DOMEJ, Die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung, ZZPInt 2006, S. 264; KuKo ZPO-FRAEFEL (Fn. 1), Art. 245 N 8.

kurzen Nachfrist (ohne Androhung von Säumnisfolgen) möglich ist³. Auch weitere Autoren sind der Ansicht, dass das Vorgehen nach Art. 223 ZPO den Grundsätzen des vereinfachten Verfahrens (wie etwa Vorrang der Mündlichkeit) widerspricht und lehnen die Anwendung deshalb ab⁴.

Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Art. 223 ZPO auch im vereinfachten Verfahren analog zur Anwendung kommt und demzufolge eine Nachfrist zu setzen und bei wiederholter Säumnis ein Säumnisentscheid zu fällen ist⁵. Begründet wird diese Ansicht vereinzelt mit prozessökonomischen Erwägungen⁶.

3. Vorgehen nach Art. 223 ZPO analog

a. Ansetzung einer Nachfrist (Art. 223 Abs. 1 ZPO)

Wählt man das Vorgehen nach Art. 223 ZPO, so setzt das Gericht dem Mieter M zunächst eine kurze Nachfrist (Art. 223 Abs. 1 ZPO). In der Lehre wird davon ausgegangen, dass zehn Tage die Regel sein dürften⁷. Bleibt die beklagte Partei erneut säumig, so erlässt das Gericht nach Art. 223 Abs. 2 ZPO, unter der Bedingung, dass die Sache spruchreif ist, sofort einen Endentscheid. Dass der Mieter M bereits an der Schlichtungsverhandlung ausgeblieben ist, spricht im vorliegenden Fall dafür, dass er trotz Ansetzung einer Nachfrist mit der schriftlichen Stellungnahme säumig bleibt.

b. Endentscheid bei Spruchreife (Art. 223 Abs. 2 Satz 1 ZPO)

Nach herrschender Ansicht liegt *Spruchreife* vor, wenn die Klage schlüssig vorgebracht wurde⁸. Eine Klage ist schlüssig, wenn die klägerische Partei alle rechtserheblichen Tatsachen behauptet hat, aus denen sich der geltend gemachte Anspruch ergibt⁹. Da die Tatsachenbehauptungen von der beklagten Partei nicht bestritten wurden, bedürfen sie grundsätzlich keines Beweises (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO; Art. 222 Abs. 2 ZPO). Ob das Gericht von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen überzeugt ist, ist grundsätzlich unerheblich (Prinzip der formellen Wahrheit¹⁰). Im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes kann das Gericht einzig bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der klägerischen Behauptungen von Amtes wegen Beweise erheben (Art. 153 Abs. 2 ZPO).

³ KuKo ZPO-FRAEFEL (Fn. 1), Art. 245 N 8.

⁴ DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Kurzkommentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 245 N 3; DENIS TAPPY, in: François Bohnet/Nicolas Jeandin/Jacques Haldy/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code Procédure Civile commenté, zit. CPC-BEARBEITER, Basel 2011, Art. 245 N 9; DANIEL WILLISEGGER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, zit. BSK ZPO-BEARBEITER, 2.A., Basel 2013, Art. 223 N 28.

⁵ ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 412 f.; s. auch ALEXANDER BRUNNER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO Kommentar, zit. BEARBEITER, Dike Komm. ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 245 N 5 (Online-Stand 24.09.2011); NINA J. FREI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, zit. BK ZPO-BEARBEITERIN, Bern 2012, Art. 147 N 24; BERND HAUCK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Schweizerische Zivilprozessordnung, zit. ZK ZPO-BEARBEITER, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 245 N 7; BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 245 N 14; BSK ZPO-MAZAN (Fn. 4), Art. 245 N 19; PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 223 N 8 (Online-Stand 30.08.2013).

⁶ MEIER (Fn. 5), S. 413; ihm folgend BK ZPO-FREI (Fn. 5), Art. 147 N 24.

⁷ ZK ZPO-LEUENBERGER (Fn. 5), Art. 223 N 2; KuKo ZPO-NAEGELI/RICHERS (Fn. 1), Art. 223 N 4.

⁸ MEIER (Fn. 5), S. 411; PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 223 N 3 (Online-Stand 30.08.2013); vgl. auch BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 223 N 11; BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 4), Art. 223 N 20.

⁹ MEIER (Fn. 5), S. 411.

¹⁰ Botschaft ZPO, S. 7311.

Im vorliegenden Fall gilt der *soziale Untersuchungsgrundsatz* (siehe 1.). Der soziale Untersuchungsgrundsatz unterscheidet sich vom Verhandlungsgrundsatz dadurch, dass das Gericht die Parteien stärker bei der Stoffsammlung unterstützt. Dies tut es mittels Ausübung der verstärkten richterlichen Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO)¹¹. Sinn und Zweck des sozialen Untersuchungsgrundsatzes ist, unerfahrenen und unvertretenen Parteien die selbständige Prozessführung zu ermöglichen¹². Das Gericht verfügt aber nur über einen sehr beschränkten Einblick in die wahren Gegebenheiten und über keinen Ermittlungsapparat. Es liegt damit im Interesse der Parteien, die massgebenden Tatsachen und Beweise in das Verfahren einzuführen¹³. Die beklagte Partei kann damit auch unter Herrschaft des Untersuchungsgrundsatzes nicht darauf vertrauen, dass das Gericht die wahren Umstände von sich aus erforschen wird. In Art. 153 Abs. 1 ZPO ist zwar geregelt, dass das Gericht bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die Beweise von Amtes wegen erhebt. Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht die Beweisführung ganz übernimmt, sondern nur, dass es nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist und bei Bedarf weitere Beweise abnehmen kann. Verweigert eine Partei die zumutbare Mitwirkung, so kann die Beweisabnahme ganz unterbleiben¹⁴. Besteht also für das Gericht im Verfahren nach Art. 223 Abs. 2 ZPO kein Anlass dazu, an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen zu zweifeln, so erlässt es einen Entscheid ohne weitere Prüfung gestützt auf die klägerischen Tatsachenbehauptungen¹⁵.

Was bedeutet nun die Geltung des sozialen Untersuchungsgrundsatzes für den vorliegenden Fall? In Bezug auf die Frage der Schlüssigkeit der Klage ist es unerheblich, ob der Verhandlungs- oder der Untersuchungsgrundsatz gilt. Sofern die klägerische Partei die Tatsachenbehauptungen vollständig vorgebracht hat, ist die Sache schlüssig. Für die Frage, ob das Gericht darüber hinaus den Sachverhalt prüfen muss, ist die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes hingegen von Relevanz. So hat sich das Gericht bei Vorliegen von Anhaltspunkten, die auf die Unrichtigkeit des klägerischen Vorbringens hindeuten, eher als bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes um die Klärung des wahrheitsgemässen Sachverhalts zu bemühen.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die Gerichtspersonen die Vermietung AG aus anderen Verfahren kennen. Sie wissen, dass in den Liegenschaften der Vermietung AG vorwiegend Ausländer, die sich noch nicht lange in der Schweiz aufhalten, wohnen und dass die Vermietung AG einen wenig rücksichtsvollen Umgang mit ihnen pflegt. Daraus könnte geschlossen werden, dass die Vermietung AG die Unerfahrenheit und Rechtsunkundigkeit ihrer Mieter ausnützt und nicht der Wahrheit entsprechende Behauptungen aufstellt. Fraglich ist, auf welche Weise dieses Wissen in das vorliegende Verfahren eingeführt werden kann. Möglich ist die Verwendung von *gerichtsnotorischen Tatsachen* (vgl. Art. 151 ZPO). Gerichtsnotorische Tatsachen sind Tatsachen, welche das Gericht aus seiner Amtstätigkeit kennt¹⁶. Im vorliegenden Fall ist das Wissen aus den früheren Verfahren insofern relevant, als sie *Zweifel* an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen zu begründen vermögen. Genauer gesagt, müsste hier von gerichtsnotorischen *Indizien* gesprochen werden. Die

¹¹ CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 4.35; MEIER (Fn. 5), S. 387.

¹² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 11), Rz. 4.33; MEIER (Fn. 5), S. 386.

¹³ MEIER (Fn. 5), S. 386; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 Rz. 26a; vgl. Botschaft ZPO, S. 7348.

¹⁴ BGE 125 III 231, E. 4.a.

¹⁵ Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 11), Rz. 4.35.

¹⁶ MEIER (Fn. 5), S. 295; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 13), § 10 Rz. 23.

Kenntnisse, welche die Gerichtspersonen über die Vermietung AG verfügen, sind denn nicht direkt rechtserheblich. Es lassen sich daraus aber Schlüsse in Bezug auf die rechtserheblichen Tatsachen (wie Schaden, Lärm etc.) ziehen¹⁷. Aus Sicht der Gerichtspersonen drängt sich daher die nähere Abklärung der Tatsachenbehauptungen auf. Sobald nähere Abklärungen nötig sind, ist die Spruchreife der Angelegenheit zu verneinen.

Im Übrigen könnte auch die Ansicht vertreten werden, dass die Tatsachen im vorliegenden Fall nicht schlüssig vorgetragen wurden. Die Vermietung AG macht lediglich geltend, dass der Mieter M Schaden angerichtet hat und dass er die Nachbarn mit lärmigen Festen stört. Sie macht nicht geltend, dass sie dem Mieter gekündigt habe. Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass der Mieter M eine allfällige Kündigung angefochten hätte. Ohne Kündigung kann aber keine Ausweisung durchgesetzt werden, denn es ist nicht ersichtlich, dass das Mietverhältnis auf andere Weise (bspw. Zeitablauf) beendet wurde. Es könnte damit die Ansicht vertreten werden, dass der Tatsachenvortrag unvollständig ist. Diesfalls würde sich die Ermittlung des Sachverhalts mittels richterlicher Aufklärungstätigkeit aufdrängen¹⁸. Dies umso mehr, als vorliegend der soziale Untersuchungsgrundsatz gilt und das Gericht dazu gehalten ist, auf die Vervollständigung des massgebenden Sachverhalts hinzuwirken. Dabei ist es unerheblich, dass es sich bei der Vermietung AG um die stärkere Partei handelt. Auch ihr ist zu helfen¹⁹.

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Spruchreife aufgrund der hier vertretenen Ansicht zu verneinen ist.

c. Vorladung zur Hauptverhandlung (Art. 223 Abs. 2 Satz 2 ZPO)

Bei mangelnder Spruchreife lädt das Gericht die Parteien zur Hauptverhandlung (im vereinfachten Verfahren Verhandlung genannt) vor. Ob stattdessen auch die Vorladung an eine Instruktionsverhandlung möglich ist, ist umstritten²⁰.

d. Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung (Art. 234 Abs. 1 ZPO)

Da sich die beklagte Partei (Mieter M) bis jetzt nie zur Sache geäußert hat und auch an der Schlichtungsverhandlung ferngeblieben ist, wird vorliegend davon ausgegangen, dass sie auch an der Hauptverhandlung nicht erscheinen wird. Bei Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung ist im vereinfachten Verfahren Art. 234 Abs. 1 ZPO nach unbestrittener Ansicht analog anzuwenden²¹. Das Gericht kann folglich einen Säumnisentscheid fällen. Art. 234 Abs. 1 ZPO gibt vor, dass das Gericht den Entscheid gestützt auf die Vorbringen der anwesenden Partei (Vermietung AG), den Akten und bisherigen Vorbringen (auch der säumigen Partei) zu fällen hat.

Vorliegend wurde zur Hauptverhandlung vorgeladen, da das Gericht aufgrund seines Vorwissens Zweifel an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen hegt. In der Hauptverhandlung werden damit Beweise abgenommen (Art. 153 Abs. 1 ZPO). Die Photos und der Mietvertrag, welche

¹⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 11), Rz. 9.150.

¹⁸ Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 4), Art. 223 N 8.

¹⁹ MEIER (Fn. 5), S. 387; s. auch KuKo ZPO-FRAEFEL (Fn. 1), Art. 247 N 7.

²⁰ Nur Hauptverhandlung möglich: BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 223 N 14; BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 4), Art. 223 N 19; Auch Instruktionsverhandlung denkbar: ZK ZPO-LEUENBERGER (Fn. 5), Art. 223 N 7; PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 223 N 7 (Online-Stand 30.08.2013).

²¹ BK ZPO-FREI (Fn. 5), Art. 147 N 25; ZK ZPO-HAUCK (Fn. 5), Vorb. Art. 243 N 18; PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 234 N 14 (Online-Stand 30.08.2013); BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 4), Art. 234 N 40.

die Vermietung AG als Beweismittel eingebracht hat, genügen nicht, um die Tatsachenbehauptungen vollständig zu belegen. Für die Überprüfung der Schäden könnte das Gericht die Durchführung eines Augenscheins (Art. 181 ZPO) erwägen. Im Zusammenhang mit den Ruhestörungen wäre die Einvernahme von Nachbarn als Zeugen (Art. 196 ff. ZPO) denkbar. Im Übrigen könnte es eine Parteibefragung durchführen (Art. 191 ZPO).

e. Fazit

Das Gericht wird mangels Spruchreife keine Entscheidung nach Art. 223 Abs. 2 ZPO fällen, sondern die Parteien vorladen. An der Verhandlung wird es sodann von Amtes wegen Beweise erheben. Sofern die Beweisergebnisse die Richtigkeit der Behauptungen untermauern, wird ein gutheissender Säumnisentscheid erlassen. Stellt sich heraus, dass die Vermietung AG tatsächlich ungerechtfertigte Begehren gestellt hat, weist das Gericht die Klage ab.

4. Vorgehen nach Art. 147 ZPO

a. Allgemeines

Wie bereits erläutert, sieht Art. 147 Abs. 2 ZPO vor, dass das Verfahren bei Säumnis unbehindert weiterläuft (sog. Fortsetzungsgrundsatz²²). Das bedeutet, dass die säumige Partei mit der betreffenden Handlung oder von der Teilnahme an der Verhandlung ausgeschlossen bleibt (Präklusion). Es werden keine Nachfristen gesetzt bzw. keine neuen Vorladungen zugestellt. Folgt man im vorliegenden Fall dem allgemeinen Verfahrensablauf, so hat das Gericht verschiedene Möglichkeiten. Es kann einerseits direkt zur Hauptverhandlung vorladen. Es kann andererseits aber auch eine Instruktionsverhandlung durchführen oder einen Schriftenwechsel anordnen, wenn es die Verhältnisse erfordern (Art. 246 Abs. 2 ZPO).

b. Schriftenwechsel (Art. 246 Abs. 2 ZPO)

Im vereinfachten Verfahren wird ein *Schriftenwechsel* nach herrschender Ansicht in Angelegenheiten, die sich durch eine gewisse Komplexität auszeichnen, durchgeführt²³. Dabei ist entscheidend, ob die Partei anwaltlich vertreten ist, da ein schriftlicher Prozess den unerfahrenen Laien überfordern könnte²⁴.

Im vorliegenden Fall ist die Anordnung eines (zweiten) Schriftenwechsels nicht geeignet. Beide Parteien sind nicht anwaltlich vertreten und M hat auf die erste Aufforderung hin nicht reagiert. Es drängt sich daher die Vorladung zu einer mündlichen Verhandlung auf.

c. Instruktionsverhandlung (Art. 246 Abs. 2 i.V.m. Art. 226 ZPO)

Gemäss dem Wortlaut von Art. 226 Abs. 2 ZPO dient die Instruktionsverhandlung der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Sie dient also mehreren Zwecken²⁵. Im ersten Schritt soll auf einen Vergleich hingewirkt werden. Wenn die Vergleichsgespräche keine Aussicht auf Erfolg

²² THOMAS SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 754.

²³ KuKo ZPO-FRAEFEL (Fn. 1), Art. 246 N 4; ZK ZPO-HAUCK (Fn. 5), Art. 246 N 10; BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 246 N 4.

²⁴ KuKo ZPO-FRAEFEL (Fn. 1), Art. 246 N 4; BSK ZPO-MAZAN (Fn. 4), Art. 246 N 13.

²⁵ BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 226 N 3; KuKo ZPO-NAEGELI/RICHERS (Fn. 1), Art. 226 N 1; PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 226 N 1 (Online-Stand 20.10.2013).

haben, dient die Instruktionsverhandlung der Vorbereitung der Hauptverhandlung²⁶. Im Rahmen *des vereinfachten Verfahrens* steht die Anordnung der Instruktionsverhandlung im freien Ermessen des Gerichts²⁷. Im Gegensatz zum Schriftenwechsel steht die Durchführung einer Instruktionsverhandlung eher im Einklang mit den Grundsätzen des vereinfachten Verfahrens. So wird die Instruktionsverhandlung mündlich durchgeführt, was die gerichtliche Unterstützung von unvertretenen Laien begünstigt²⁸. Weiter soll sie auch den Prozess beschleunigen – ein weiteres Ziel des vereinfachten Verfahrens²⁹.

Dass das Gericht die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung zwecks *Vergleichsgespräche* vorlädt, dürfte vorliegend eher unwahrscheinlich sein. Die beklagte Partei war bisher in allen Verfahrensstadien säumig, weshalb davon auszugehen ist, dass sie auch an der Instruktionsverhandlung nicht erscheinen wird. Das Gericht könnte erwägen, eine Instruktionsverhandlung zur *Ergänzung des Sachverhalts* durchzuführen. Geht man davon aus, dass der klägerische Tatsachenvortrag lückenhaft ist, wäre die Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) angezeigt. Allenfalls könnten schon vorweg Beweise erhoben werden (Art. 226 Abs. 3 ZPO; Art. 153 Abs. 1 ZPO).

Das Gesetz sieht für die Instruktionsverhandlung keine spezielle Säumnisfolgenregelung vor; es erfolgt damit auch keine zweite Vorladung der Parteien. Es ist daher auf die allgemeine Regelung nach Art. 147 Abs. 2 ZPO abzustellen³⁰. Die Anwendung von Art. 147 Abs. 2 ZPO bedeutet, dass normal weiterverfahren wird. Vorliegend bedeutet das, dass die klägerische Partei trotz Säumnis der beklagten Partei die Möglichkeit hat, an der Instruktionsverhandlung Stellung zu nehmen³¹. Weiter kann das Gericht die richterliche Fragepflicht ausüben. Schliesslich könnten bei Bedarf die von der klägerischen Partei anbotenen sowie zusätzlichen Beweise (Bspw. Zeugeneinvernahme, Parteibefragung) erhoben werden.

d. Hauptverhandlung

Das Gericht könnte auch erwägen, direkt zur Hauptverhandlung vorzuladen. Da die beklagte Partei bisher säumig war und mit grosser Wahrscheinlichkeit auch nicht an eine Instruktionsverhandlung erscheinen wird, verspricht die Durchführung einer Instruktionsverhandlung keine erhebliche Entlastung. Erscheint die beklagte Partei auch an der Verhandlung nicht, so ist Art. 234 Abs. 1 ZPO massgebend³². Hierbei wird auf die Ausführungen unter 3.b. und 3.d. verwiesen.

e. Fazit

Das Gericht wird die Parteien vorladen und bei wiederholter Säumnis seitens des Mieters M gestützt auf Art. 234 Abs. 1 ZPO einen Entscheid fällen.

²⁶ MEIER (Fn. 5), S. 339.

²⁷ ZK ZPO-HAUCK (Fn. 5), Art. 246 N 11; CPC-TAPPY (Fn. 4), Art. 246 N 8.

²⁸ BSK ZPO-MAZAN (Fn. 4), Art. 246 N 15.

²⁹ BK ZPO-KILLIAS (Fn. 5), Art. 226 N 2.

³⁰ PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 226 N 13 (Online-Stand 20.10.2013).

³¹ Vgl. PAHUD, Dike Komm. ZPO (Fn. 5), Art. 226 N 14 (Online-Stand 20.10.2013); BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 4), Art. 226 N 8.

³² BSK ZPO-MAZAN (Fn. 4), Art. 234 N 40.

Lösungsvorschlag Fall 4

Die ZPO regelt die unentgeltliche Rechtspflege in Art. 117 ff. ZPO. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ZPO). Der Entscheid über das Gesuch ergeht im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Es gilt ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz, wobei die gesuchstellende Partei bei der Abklärung ihrer finanziellen Mittel mitzuwirken hat (Art. 119 Abs. 2 ZPO).¹

Wenn der Anspruch nicht mehr besteht oder nie bestanden hat, entzieht das Gericht die einmal gewährte unentgeltliche Rechtspflege (Art. 120 ZPO). Dies ist grundsätzlich solange möglich, bis das Hauptsacheverfahren formell rechtskräftig erledigt ist.² Das Entzugsverfahren wird von Amtes wegen eröffnet. Mit Ausnahme der hier herrschenden Officialmaxime gelten grundsätzlich die gleichen Verfahrensgrundsätze wie im Bewilligungsverfahren. Vor dem Entzugsentscheid ist der Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege entzogen werden soll, das rechtliche Gehör zu gewähren.³ Der Entscheid des Gerichtes, die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise zu entziehen, ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

Frage 1

In der ersten Variante erfährt K, dass B eine grössere Erbschaft gemacht habe und teilt dies dem Gericht mit.

Zunächst ist festzuhalten, dass K (Gegenpartei des Hauptverfahrens) im Entzugsverfahren nicht Partei ist. Die Gegenpartei des Hauptprozesses kann im Entzugsverfahren aber eine parteiähnliche Stellung erhalten, wenn sie den Entzug beantragt, um ein Gesuch um Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 99 ff. ZPO einreichen zu können.⁴ Dies ist vorliegend nicht der Fall. Trotzdem darf K dem Gericht aber Mitteilung machen. Grundsätzlich hat nämlich jeder ein Anzeigerecht, der über die Verhältnisse der unentgeltlich prozessierenden Partei dahingehend Bescheid weiss, dass sich ein Einschreiten des Richters rechtfertigt.⁵ Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Gegenpartei auch im Verfahren betreffend Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht Partei ist.⁶ Im Gesuchsverfahren ist sie anzuhören, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Parteientschädigung umfassen soll, in allen anderen Fällen kann sie angehört werden, muss es aber nicht (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

Gemäss Sachverhalt soll B eine grössere Erbschaft gemacht haben. Dies ist ein Hinweis dafür, dass B nicht mehr mittellos ist. Wie bereits erwähnt, kann das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege

¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (06.062), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7303 m.H.a. BGE 120 Ia 179.

² ALFRED BÜHLER, in: Hausheer Heinz/Walther Hans Peter (Hrsg.) Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. Bearbeiter, BK ZPO), Art. 120 N 5.

³ Zum Ganzen BÜHLER, BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 34 und 37ff..

⁴ Zum Ganzen CORNELIA JOZIC/KURT BOESCH, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Praxis des Obergerichts des Kantons Luzern, 4. Aufl., Mai 2012, abrufbar unter: http://www.gerichte.lu.ch/jozic_boesch_ur_praxisuebersicht_2012.pdf, S. 68.

⁵ JOZIC/BOESCH (Fn 4) S. 55.

⁶ Statt vieler CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 10.79.

entziehen, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht (Art. 120 ZPO). Das Gericht eröffnet das Verfahren von Amtes wegen. Bevor es die unentgeltliche Rechtspflege entzieht, muss es dem B bzw. dessen Anwalt aber noch das rechtliche Gehör gewähren.

Wenn sich die finanziellen Mittel tatsächlich erheblich geändert haben, stellt sich die Frage, ob und falls ja, ab wann die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen ist. Vorliegend sind verschiedene Varianten denkbar:

- B hat während des Verfahrens eine Erbschaft gemacht, über die er bereits verfügt (und hat dies dem Gericht womöglich sogar mitgeteilt). Dank der grösseren Erbschaft ist er nicht mehr mittellos. Da B nun über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege (gemäss wohl herrschender Lehre) mit Wirkung ex nunc zu entziehen.⁷ Es ist aber auch vertretbar zu argumentieren, dass die unentgeltliche Rechtspflege ex tunc zu entziehen ist. Dies ist insbesondere mit Blick auf die Prozessökonomie sinnvoll, da ansonsten für bereits geleistete Beträge eine Nachzahlung (Art. 123 ZPO) angeordnet werden muss.⁸
- B verfügt bereits über die Erbschaft, hat das Gericht aber nicht darüber informiert. Damit hat B nach Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege angefallenes Vermögen mutwillig verschwiegen. Die unentgeltliche Rechtspflege ist ihm mit Wirkung ex tunc zu entziehen. Damit lebt die Kostenvorschuss- und Parteikostensicherungspflicht ex tunc wieder auf und die Fortsetzung des Verfahrens kann davon abhängig gemacht werden, dass die bisherigen und weitere Verfahrenskosten (und gegebenenfalls die Sicherheit der Parteientschädigung) bevorschusst werden.⁹
- B hat die Erbschaft bereits vor dem Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege erhalten, die Mittellosigkeit hat nie bestanden. Wie bei mutwilligem Verschweigen neuen Vermögens, ist auch hier die unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ex tunc und den damit einhergehenden möglichen Folgen zu entziehen.¹⁰ Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass für Entzugsverfahren zwar grundsätzlich keine Gerichtskosten erhoben werden, dies aber nicht für den Entzug wegen Bös- oder Mutwilligkeit gilt (Art. 119 Abs. 6 ZPO analog).¹¹
- B hat die Erbschaft (noch) nicht erhalten und es ist nicht absehbar, wann er diese erhalten wird. Da er (noch) nicht über die finanziellen Mittel verfügt, hat er nach wie vor Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Das Gericht wird ihm diese (noch) nicht entziehen. Erhält er die Erbschaft nach Abschluss des Verfahrens, ist er zur Nachzahlung nach Art. 123 ZPO verpflichtet.

⁷ Vgl. z.B. Botschaft ZPO (Fn 1) 7303; BÜHLER BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 11 und 11c; LUKAS HUBER, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Bearbeiter, Dike-Komm.), Art. 120 N 7.

⁸ STEFAN MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Diss. Basel 2008 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe B Band 77, S. 175 m.w.H.; JOZIC/BOESCH (Fn 4) S. 55.

⁹ Zum Ganzen BÜHLER, BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 28f.

¹⁰ BÜHLER, BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 28f.

¹¹ BÜHLER, BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 42.

Frage 2

In der zweiten Variante entscheidet das Bundesgericht im Laufe des Verfahrens, dass in der zur Diskussion stehenden Frage die gegenteilige Ansicht richtig sei. Gemäss Sachverhalt hat das Bundesgericht diese Frage im Zeitpunkt der Gesuchstellung noch nicht beantwortet.

Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass eine nachträgliche Neubeurteilung der Erfolgsaussichten im Laufe des Verfahrens ausgeschlossen ist; die Erfolgsaussichten sollen lediglich einmal beurteilt werden, nämlich im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung.¹² Wenn mit der Beurteilung der Erfolgsaussichten zugewartet werden könnte, wäre die unentgeltliche Rechtspflege sonst bei erkennbar werdendem Verlust zu entziehen.¹³ Es wäre stossend, die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen, nur weil die anfänglich gestellte Prognose nicht (mehr) zutrifft.¹⁴ Zudem hat der Gesuchsteller aufgrund der Gutheissung seines Gesuchs Anstalten getroffen und geniesst diesbezüglich einen gewissen Vertrauensschutz, zumal er ja nach wie vor mittellos ist.

Gemäss Sachverhalt waren die Erfolgsaussichten im Zeitpunkt der Gesuchstellung intakt. Lehre und kantonale Rechtsprechung haben sich mehrheitlich für den Standpunkt von B ausgesprochen. Das Bundesgericht hat die Frage damals noch nicht entschieden. Erst im Laufe des Verfahrens äussert sich das Bundesgericht erstmals zur strittigen Rechtsfrage und vertritt dabei die gegenteilige Ansicht. Folgt man der herrschenden Lehre, wird das Gericht kein Entzugsverfahren einleiten, das Hauptverfahren war zum Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht aussichtslos.

Von einem Teil der Lehre wird die Frage aufgeworfen, ob es in gewissen Fällen nachträglicher Aussichtslosigkeit nicht angebracht wäre, die unentgeltliche Rechtspflege für die Zukunft zu entziehen.¹⁵ Dies insbesondere mit Blick auf Fälle, in denen eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, eine Klage anerkennen bzw. zurückziehen würde, denn die unentgeltliche Rechtspflege soll hoffnungslose Prozesse nicht auf Staatskosten künstlich verlängern.¹⁶ Würde die unentgeltliche Rechtspflege aber tatsächlich entzogen, stellten sich bei der Verteilung der Prozesskosten nach Klagerückzug/-anerkennung weitere Probleme stellen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der herrschenden Lehre zu folgen. Die unentgeltliche Rechtspflege ist dem B für dieses Verfahren zu belassen. Bei Gesuchseinreichung war sein Begehren nicht aussichtslos. Er ist nach wie vor mittellos und verfügt nicht über die notwendigen Mittel, er hat darauf vertraut, dass sein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht und gewisse Dispositionen getätigt. Die unentgeltliche Rechtspflege ist ihm nicht zu entziehen. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Die Anspruchsvoraussetzungen sind dann erneut zu prüfen.

¹² Vgl. statt vieler BÜHLER, BK ZPO (Fn 2) Art. 120 N 14 m.w.H.; JOZIC/BOESCH (Fn 4) S. 55 m.w.H.

¹³ Vgl. z.B. BGE 122 I 5, E. 4a S. 6f. sowie MEICHSSNER (Fn 8) S. 173 m.w.H.

¹⁴ MEICHSSNER (Fn 8) S. 173 m.w.H.

¹⁵ HUBER, Dike-Komm. (Fn 7) Art. 120 N 7; INGRID JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer Paul (Hrsg.) Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 120 N 5.

¹⁶ HUBER, Dike-Komm. (Fn 7) Art. 120 N 8.