

Lösungsskizze Zivilverfahrensrecht

Merke: Die Vergabe der angegebenen Punkte setzt nicht nur die fallbezogene Erörterung der betreffenden Aspekte, sondern auch einen systematischen Aufbau der Anspruchsprüfung, eine saubere Subsumption sowie logische Gedankenführung voraus.

Prüfungslaufnr.	Max. Pkt.	Ert. Pkt.
AUFGABE 1		
Frage 1	47	
1. Erkennung des Problems: Stellt das Feststellungsbegehren eine zulässige Widerklage dar?	2	
2. ZPO 224 I: Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.	3	
a. Verfahrensart Hauptklage:	16	
– ZPO 243 I i.V.m. 219: Übersteigt der Streitwert in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit Fr. 30'000.–, kommt das ordentliche Verfahren zur Anwendung.		
– Streitwert der Hauptklage: Benno vereint in der Hauptklage einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und einen Anspruch auf Ersatz angefallener Kosten. Es werden mehrere Ansprüche vereint, denn Benno macht zwei verschiedene Lebenssachverhalte (Zahlung Kaufpreis & Schadenersatz) geltend (zum Streitgegenstandsbegriff s. Frage 2), es liegt also objektive Klagenhäufung vor. Art. 90 ZPO setzt für eine objektive Klagenhäufung voraus, dass für die geltend gemachten Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig ist (lit. a) und die gleiche Verfahrensart (lit. b) anwendbar ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat jedoch zuerst eine Zusammenrechnung des Streitwertes gemäss Art. 93 ZPO und erst anschliessend eine Prüfung der gleichen sachlichen Zuständigkeit und der gleichen Verfahrensart zu erfolgen (BGE 142 III 788). Die Voraussetzungen zur obj. Klagenhäufung brauchen also für die Frage der Zulässigkeit der Widerklage nicht geprüft zu werden.		
– Gemäss Art. 93 ZPO werden die Streitwerte zur Bestimmung der Verfahrensart zusammengezählt, zumindest wenn Ansprüche in engem sachlichen Zusammenhang stehen (BGE 142 III 788). Beide Forderungen von Benno betreffen die Bierlieferung vom 1. März 2019 gemäss Kaufvertrag. Ein enger sachlicher Zusammenhang ist damit gegeben. Dementsprechend beträgt der Streitwert von Bennos Klage Fr. 30'500.–.		
– Die Hauptklage wird im ordentlichen Verfahren beurteilt.		
b. Verfahrensart Widerklage:	3	
– Der Streitwert des Begehrens von Gina beträgt nach Sachverhalt Fr. 180'000.–. → Die Widerklage wird im ordentlichen Verfahren beurteilt. Die gleiche Verfahrensart der Haupt- und der Widerklage ist gegeben.		
3. Die Widerklage ist eine selbständige Klage. Für sie müssen die Prozessvoraussetzungen deshalb separat geprüft werden.	2	
4. Der SV nennt keinen Schlichtungsversuch. Problematisch ist daher allenfalls das Fehlen eines Schlichtungsversuchs (Art. 197 ZPO). Ein solcher ist allerdings für die Widerklage nach Art. 198 lit. g ZPO nicht erforderlich.	3	
5. Im Gegensatz zu positiven Leistungs- und Gestaltungsklagen, ist bei Feststellungsklagen das Rechtsschutzinteresse (Feststellungsinteresse) immer zu prüfen (ZPO 59 II lit. a).	4	
a. Ungewissheit über die Rechtslage: Weil Benno von der Verbindlichkeit des Getränkelieferungsvertrags ausgeht und Gina diese verneint, ist die Rechtslage ungewiss.	3	
b. Fortdauer der Ungewissheit für den Kläger unzumutbar: Ist eine Leistungspflicht umstritten, ist es dem Schuldner nach BGer in der Regel zumutbar, die Klage des Gläubigers als natürlichem Kläger abzuwarten. Nicht zumutbar ist das hingegen etwa, wenn die Ungewissheit den negativen Feststellungskläger in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert. I.c. weiss Gina nicht, ob sie weitere drei Jahre an den Getränkeliefervertrag gebunden ist oder nicht. Je nachdem würde Benno in Zukunft mit im jetzigen Zeitpunkt noch nicht fälligen Forderungen an sie gelangen. Solange sie keine Klarheit hat, muss sie für allfällige Forderungen Mittel zurückstellen. Dementsprechend sind ihre Möglichkeiten, bei einem anderen Lieferanten das von ihr bevorzugte Bier zu bestellen, eingeschränkt. Sie ist durch die Ungewissheit in ihrer unternehmerischen Freiheit bzw. wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt, weshalb die Fortdauer für sie unzumutbar ist.	7	
c. Unmöglichkeit, die Ungewissheit anders zu beseitigen: Ist nicht ersichtlich. Insbesondere	3	

kann Gina eine autoritative Feststellung über die Gültigkeit des Kaufvertrages nicht durch ein Leistungs- oder Gestaltungsklage erwirken. Dementsprechend ist die Unmöglichkeit gegeben. → Das Feststellungsinteresse kann bejaht werden.	1	
Frage 2	21	
1. Nach ZPO 59 I i.V. m II lit. d tritt das Gericht auf eine Klage nicht ein, wenn die Sache anderweitig rechtshängig ist.	2	
2. „Anderweitig“ scheint anzudeuten, dass nur die Rechtshängigkeit vor einem anderen Gericht zum Nichteintreten führt. Davon scheinen auch einige Kommentare auszugehen, allerdings ohne weitere Begründung. Das kann so aber nicht richtig sein (vgl. BGer 4A_141/2013 E. 2.2.1.) Auch vor demselben Gericht darf dieselbe Sache nicht gleichzeitig mehrmals hängig und zu beurteilen sein.	4	
3. Die Rechtshängigkeitssperre setzt voraus, dass dieselbe Sache (=derselbe Streitgegenstand) zwischen denselben Parteien bereits rechtshängig ist. Hier stehen sich sowohl bei der Klage als auch bei der Widerklage dieselben Parteien gegenüber.	4	
4. Die Bestimmung der Identität des Streitgegenstands geschieht nach wohl h.L. nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff. Danach bestimmen Rechtsbegehren und behaupteter Lebenssachverhalt den Streitgegenstand. Identität liegt demnach vor, wenn sowohl Rechtsbegehren als auch Lebenssachverhalt übereinstimmen. Dabei gilt auch die Geltendmachung des kontradiktorischen Gegenteils als identischer Streitgegenstand. Hier verlangt Gina aber nicht die Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils (sie sei nicht zur Leistung von 30'500 aus Kaufvertrag verpflichtet) sondern verlangt etwas anderes: die Feststellung, der abgeschlossene Kaufvertrag sei unverbindlich. Trotzdem muss das BG zur Beurteilung der Hauptklage über die Verbindlichkeit des Vertrages als Vorfrage entscheiden. Dieser Entscheid über die Vorfrage erwächst aber nicht in Rechtskraft. Entsprechend (Rechtsweggarantie) kann die Rechtshängigkeit der Hauptklage auch dem Feststellungsbegehren von Gina nicht entgegenstehen. ODER Wer hier mit einer Minderheitsmeinung Anwendbarkeit der Kernpunkttheorie annimmt, muss zum Resultat gelangen, der Widerklage von Gina stehe die Rechtshängigkeit entgegen. Die Kernpunkttheorie setzt voraus, dass die zu beurteilenden Ansprüche im Kern gleich sind. Es handelt sich um eine Streitigkeit um denselben Kernpunkt, nämlich die Gültigkeit des Liefervertrages (s. den fast identischen Fall Gubisch v. Palumbo). Man sollte sich dann aber die Frage der Rechtsweggarantie stellen: Kann es richtig sein, die Kernpunkttheorie für die Frage der Rechtshängigkeit bezüglich einer Klage vor demselben Gericht anzuwenden, wenn das dazu führt, dass der von Gina geltend gemachte prozessuale Anspruch im Moment nicht geltend gemacht werden kann, dessen Beurteilung als Vorfrage der Beurteilung der Hauptklage Benno's aber nicht in Rechtskraft ergehen wird?	10	
5. Die Rechtshängigkeit der Leistungsklage steht der Widerklage (nicht) entgegen.	1	[9]
AUFGABE 2	54	
1. Rechtsmittel		
a. <i>Erkennung des Problems:</i> Es stellt sich die Frage, ob Jael gegen die Beweisverfügung ein Rechtsmittel einlegen kann.	1	
b. <i>Berufung, Anfechtungsobjekt:</i> Die Berufung, ist prinzipiales Rechtsmittel, geht also, soweit zulässig, den anderen RM vor (Art. 319 lit. a ZPO). Sie setzt als Anfechtungsobjekt einen End- oder Zwischenentscheid voraus, ZPO 308 Abs. 1 ZPO. Hier sicherlich kein Endentscheid, da die Beweisverfügung keine Antwort auf das Rechtsbegehren der Kägerin enthält und auch den Prozess nicht abschliesst. Kein Zwischenentscheid. Dieser setzt voraus, dass durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung unmittelbar ein Endentscheid herbeigeführt würde, Art. 237 Abs. 1 ZPO. Das wäre bei einer Änderung der Beweisverfügung durch die Berufungsinstanz nicht der Fall. Eine Berufung ist daher nicht zulässig.	13	
c. <i>Beschwerde Anfechtungsobjekt:</i> Mit Beschwerde können angefochten werden „andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen“, Art. 319 lit. b ZPO: Hier handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung i.S.v. Art. 124 Abs. 1 i.V.m. Art. 154 ZPO, auf die das Gericht jederzeit wieder zurückkommen kann.	6	
d. <i>Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils.</i> Nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kann allerdings eine prozessleitende Verfügung nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn vom Gesetz vorgesehen oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Keine spezialgesetzliche Regelung der Anfechtbarkeit der Beweisverfügung. Daher kommt i.c. nur eine Beschwerde bei Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils in Frage. Es muss ein rechtlicher oder tatsächlicher (streitig) Nachteil vorliegen, der später nicht mehr leicht wiederhergestellt	11	

<p>werden kann. Genau das ist hier nicht der Fall, kann doch das Gericht jederzeit auf seine Beweisverfügung zurückkommen. Tut es das nicht und verliert Jael den Prozess, kann ihrem Anspruch auf Augenscheinsvornahme, falls er besteht, auch noch auf Berufung hin entsprochen werden. Ein nichtwiedergutzumachender Nachteil läge dann vor, wenn das Beweismittel bis dahin verloren ginge. Das ist hier kaum der Fall. Allerdings Argument, dass der Schaden sich dann noch weiter entwickelt hat und noch schlechter sichtbar sein könnte, wie die Kaufsache zum Zeitpunkt der Übergabe tatsächlich aussah.</p> <p>e. <i>Beschwer:</i> Jaels Antrag wurde abgewiesen. Sie ist daher durch die Beweisverfügung beschwert. 2</p> <p>f. <i>Beschwerdegrund:</i> Jael wird hier geltend machen, das BG habe ihr Recht auf Beweis verletzt. Als Beschwerdegrund macht sie daher die unrichtige Rechtsanwendung gemäss Art. 320 lit a ZPO geltend. 2</p> <p>g. <i>Frist:</i> Die Beschwerde muss bei prozessleitenden Verfügungen innert 10 Tagen seit Zustellung schriftlich und begründet beim Obergericht eingereicht werden (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Da Jael die Verfügung vor ein paar Tagen erhalten hat, sollte sie die Frist einhalten können. 3</p> <p>h. <i>Fazit:</i> Jael steht gegen die Beweisverfügung mangels nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Moment wohl kein Rechtsmittel zur Verfügung (andere conclusio denkbar/folgerichtige Argumentation). Die Rechtsmittelinstanz würde auf den Beschwerdeantrag der Beschwerdeführerin nicht eintreten. Eine Anfechtung wäre erst mit dem Endentscheid mittels Berufung möglich. 1</p>		
<p>2. Anspruch auf Durchführung eines Augenscheins</p> <p>a. <i>Recht auf Beweis:</i> Jael hat nach Art. 152 ZPO, BV 29 II, EMRK 6 das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Der Augenschein ist ein nach Art. 168 Abs. 1 lit. c ZPO zulässiges Beweismittel. 5</p> <p>b. <i>Beweisgegenstand und objektive Tauglichkeit des Beweismittels:</i> Voraussetzung ist zunächst, dass das angebotene Beweismittel überhaupt zum Beweis einer rechtserheblichen, streitigen Tatsache angeboten wird (Art. 150 ZPO) und objektiv tauglich ist (s. lit. a), d.h. tauglich ist, die rechtserhebliche, streitige Tatsache zu beweisen. Fraglich hier, ob das der Fall ist. Mit einem Augenschein kann der jetzige Zustand der Kaufsache beurteilt werden. Der ist aber für die vorliegende Klage nicht relevant und vielleicht auch gar nicht streitig. Falls sich aber aus einem Augenschein auch der frühere Zustand beurteilen lässt, hat Jael grundsätzlich ein Recht auf Abnahme des beantragten Augenscheins. 9</p> <p>c. <i>Antizipierte Beweiswürdigung:</i> Auch wenn Jael Recht auf Abnahme des Augenscheins hat, kann das Gericht auf die Abnahme eines anerborenen Beweismittels i.S. einer antizipierten Beweiswürdigung verzichten, wenn es aufgrund der abgenommenen Beweise seine Überzeugung bereits gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (134 I 140, E. 5.3). Eine antizipierte Beweiswürdigung ist i.c. unzulässig, da die Beweisverfügung wahrscheinlich, wie üblich, unmittelbar nach dem Behauptungsstadium erlassen wurde, und sich das Gericht deshalb noch keine Überzeugung gebildet haben kann. Falls Jael oder die Gegenseite also bereits als Urkunden Fotos des Schadens vorgelegt hat und das Gericht daraus sich eine Überzeugung gebildet hat (der Sachverhalt deutet nicht in diese Richtung), könnte das Gericht seine Ablehnung des Augenscheins allenfalls mit antizipierter Beweiswürdigung begründen. [max.6 ZP]</p> <p>d. <i>Fazit:</i> Das Gericht hat wohl den Antrag von Jael zu Recht wegen objektiver Untauglichkeit abgelehnt. Gegenteil aber gut argumentierbar (s. lit. b). Folgerichtige Argumentation. 1</p>		
AUFGABE 3	30	
<p>1. Anwendbarkeit BGFA</p> <p>a. <i>Persönlicher Geltungsbereich:</i> Das BGFA ist gemäss Art. 2 Abs. 1 auf Personen anwendbar, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vertreten. Im Zivilverfahren sind grundsätzlich nur nach BGFA eingetragene Anwälte zur gewillkürten beruflichen Vertretung zugelassen (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 4 BGFA). [Der Kanton Zürich und verschiedene andere Kantone erklären das Berufsgeheimnis und die Berufsregeln des BGFA auch für Anwälte, die den Anwaltsberuf ausüben, aber dem BGFA nicht unterstehen, für sinngemäss anwendbar (§ 14 i.V.m. § 10 AnwG/ZH)]. 7</p> <p>b. Da die Anwälte der Flightback Kundenguthaben einklagen können sollen, müssen sie also eingetragene Anwälte i.S. des BGFA sein und unterstehen für ihre sämtlichen 2</p>		

Rechtshandlungen dem BGFA.			
2. Unabhängigkeit			
a.	<i>Umschreibung des Problems:</i> Fraglich, ob die von Nadja und Mark angestellten Anwälte über die nötige Unabhängigkeit verfügen.	1	
b.	<i>Unabhängigkeit:</i> BGFA befasst sich in zwei Bestimmungen mit der Unabhängigkeit von Anwältinnen und Anwälten (Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA): Vorliegend ist Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA einschlägig, wonach Anwälte nur Angestellte von Personen sein dürfen, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind (sog. institutionelle/strukturelle Unabhängigkeit). Nadja studiert BWL, Mark Informatik. Da weder Nadja noch Mark in einem Anwaltsregister eingetragen sind, bleibt der Registereintrag auch den von ihnen angestellten Anwälten verwehrt.	7	
c.	<i>Fazit:</i> Den von der Flightback angestellten Anwälten fehlt es an der institutionellen Unabhängigkeit gem. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Nadja und Mark müssten für Fälle, in denen keine aussergerichtliche Einigung erzielt werden kann, einen externen Anwalt beiziehen.	2	
3. Erfolgshonorar			
a.	<i>Umschreibung des Problems:</i> Fraglich, ob der Rückbehalt von 30% der Urteils- bzw. Vergleichssumme ein unzulässiges <i>pactum de quota litis</i> darstellt.	1	
b.	<i>Erfolgshonorar:</i> Nach Art. 12 lit. e BGFA dürfen Anwälte mit dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen (<i>pactum de quota litis</i>). Laut Sachverhalt bezahlen die Klienten nur, sofern eine Urteils- bzw. Vergleichssumme für sie erstritten werden konnte. Damit besteht die vereinbarte Vergütung in einer Beteiligung am Prozesserlös. Es liegt schon deswegen kein – grundsätzlich zulässiges – <i>pactum de palmario</i> vor, da das Erfolgshonorar nicht nur einen Teil des Honorars ausmacht. Nadja und Mark fallen nicht in den Anwendungsbereich des BGFA (s. oben), weshalb das Verbot des Erfolgshonorars für sie nicht gilt. Davon erfasst wären aber die von der Unternehmung angestellten, forensisch tätigen Anwälte.	8	
c.	<i>Fazit:</i> Der Rückbehalt von 30% der Vergleichs- bzw. Urteilssumme wäre für die <i>Flightback</i> an sich zulässig. Das Geschäftsmodell scheitert jedoch neben der fehlenden institutionellen Unabhängigkeit der Anwälte (s. oben) auch daran, dass für deren Leistung kein Erfolgshonorar vereinbart werden dürfte.	2	