

Masterprüfung Zivilverfahrensrecht (FS 2021)

Prüfungslaufnummer: _____

Die folgende Skizze gibt die Gliederung der zu behandelnden inhaltlichen Aspekte vor; bei der Klausur wurde eine ausformulierte Argumentation erwartet. Die angegebenen Punktezahlen sind Höchstpunktezahlen. Die Vergabe der vollen Punktezahl setzt einen systematischen Aufbau der Anspruchsprüfung, die saubere Subsumtion des Sachverhalts unter die gesetzlichen Tatbestandselemente und eine fallbezogene Problemerkörterung voraus.

| Fall 1 Frage 1.1: Mögliches prozessuales Vorgehen und dessen Erfolgsaussichten | Punkte |
|--|------------|
| <p>Anwendungsbereich der Sonderregeln für vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Begriff des Mediums: Informationsübertragungsmittel und unbestimmter, offener Empfängerkreis; str., ob im Internet nur nach journalistischen Kriterien überarbeitete Internetauftritte als Medium i.S.v. Art. 266 ZPO zu qualifizieren sind. • Periodizität: regelmässig aktualisierte Beiträge und regelmässig an ein bestimmtes, mehr oder weniger gleichbleibendes Publikum gerichtet. | /1 |
| <p>Voraussetzungen für vorsorgliche/superprovisorische Massnahmen gegen Medien:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hauptsachen-/Nachteilsprognose: drohende Rechtsverletzung, die besonders schweren nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil verursachen kann (Art. 266 lit. a ZPO i.V.m. Art. 261 Abs. 1 lit. a, b ZPO) • Zeitliche Dringlichkeit: Vollstreckbarer Entscheid im Hauptsacheverfahren kann nicht abgewartet werden, ohne dass der (drohende) Nachteil eintritt. Im Hinblick auf superprovisorische Massnahme: besondere Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO) • Offensichtliches Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 266 lit. b ZPO) • Verhältnismässigkeit eines Verbots (Art. 262 lit. a i.V.m. Art. 266 lit. c ZPO) • Beweismass (im Hinblick auf Hauptsachen- wie Nachteilsprognose): Grundsätzlich Glaubhaftmachen (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Str., ob dies bei periodischen Medien genügt oder erhöhte Anforderungen zu stellen sind (<i>quasi-certitude</i>) • Beweismittel: i.d.R. Urkunden (Art. 248 lit. d; Art. 254 Abs. 1 ZPO). I.c.: ggf. Zeugenbescheinigung («schriftliche Zeugenaussage») des Bekannten als Bescheinigungsmittel. Diskussion, ob weitere Beweismittel (z.B. Zeugenaussage des Bekannten) zulässig sein könnten (Art. 254 Abs. 2 ZPO). <p>Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens (Art. 248 lit. d ZPO); Zuständigkeit: Einzelgericht des BG Bülach (Art. 13 ZPO; § 24 lit. c GOG); kein Schlichtungsverfahren erforderlich (Art. 198 lit. a ZPO)</p> | /7 |
| Argumentation und Stellungnahme: | /2 |
| Total Frage 1.1 | /10 |

| Fall 1 Frage 1.2: Prozessrechtliche Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsregelung | Punkte |
|--|--------|
| <p>Rechtsgrundlagen für die Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln nach Art. 95 ff. ZPO. Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten i.d.R. im Endentscheid; bei vorsorglichen Massnahmen können diese zusammen mit der Hauptsache verlegt werden (Art. 104 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). • Die Prozesskosten werden (unter Vorbehalt von Art. 107 und 108 ZPO) nach Verfahrensausgang verteilt (Unterliegerprinzip; Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). • Höhe der Prozesskosten: Streitigkeit ist nicht vermögensrechtlich (Unterlassen einer Persönlichkeitsverletzung). Gerichtsgebühr und Parteientschädigung liegen im Rahmen von § 5 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG ZH bzw. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV ZH. | /2 |
| <p>Argumente für die vorliegende Kosten- und Entschädigungsregelung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Im Massnahmeverfahren genügt Glaubhaftmachen (Art. 261 Abs. 1 ZPO) und als Beweismittel sind primär Urkunden (Art. 254 Abs. 1 ZPO) zulässig, d.h. beschränkte Beweismittel und beschränktes Beweismass. Dies könnte Abweichen vom Unterliegerprinzip nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO rechtfertigen. • Prosekutionslast nach Art. 263 Abs. 1 ZPO. Unterlassen der Prosekution könnte einem Klagerückzug gleichzuhalten sein, was es rechtfertigen würde, die Gesuchstellerin für diesen Fall mit Prozesskosten zu belegen. • Während eines Hauptsacheverfahrens werden die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens i.d.R. nach dem Ausgang des Hauptsacheverfahrens (Art. 106 ZPO) verlegt. Ob die vorsorgliche Massnahme vor Rechtshängigkeit oder nachher eingeleitet wird, liegt in der Hand der gesuchstellenden Partei. Zweifelhaft, ob ungleiche Kostenregelung für die beiden Fälle gerechtfertigt. | /3 |

| | |
|---|------------|
| Argumente gegen die vorliegende Kosten- und Entschädigungsregelung: <ul style="list-style-type: none"> • Die Regelung widerspricht dem Unterliegerprinzip (Art. 106 Abs. 1 ZPO). • Das Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit ist ein eigenständiges Verfahren. Art. 104 Abs. 3 ZPO bezieht sich nicht auf solche Massnahmeverfahren. Dies könnte es gebieten, im Massnahmeentscheid eine definitive Regelung zu treffen; keine explizite gesetzliche Grundlage für eine vorläufige Verteilung unter Vorbehalt der Änderung in einem Hauptsacheverfahren. • Die Prosektionsfrist läuft erst nach der Wahl ab. A hat in diesem Zeitpunkt nur noch ein geringeres Interesse an einem Hauptsacheverfahren, da sie ihr Rechtsschutzziel mit der vorsorglichen Massnahme erreichte. Fraglich, ob es gerechtfertigt ist, A nur wegen der Prozesskosten ein Hauptsacheverfahren aufzubürden. • Auferlegung der Prozesskosten auf die obsiegende Gesuchstellerin führt zu einer hohen «Eintrittsbarriere» für den vorsorglichen Rechtsschutz und behindert den Zugang zum Recht. | /3 |
| Argumentation und Stellungnahme: | /2 |
| Total Frage 1.2 | /10 |

| Fall 2 Frage 2: Geltendmachung der mangelhaften Abdichtung im laufenden Prozess | Punkte |
|---|------------|
| <ul style="list-style-type: none"> • Problemerkennung: durch das Gutachten ist ein Mangel (ungenügende Abdichtung) hervorgetreten, der von B so nicht behauptet wurde («überschiessendes Beweisergebnis»). • Analyse des Verfahrensstands: Streitigkeit streitwertabhängig im vereinfachten Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), d.h. es gilt Verhandlungsmaxime mit verstärkter richterlicher Fragepflicht (Art. 55 Abs. 1; Art. 247 Abs. 1 ZPO) und Eventualmaxime (Art. 229 Abs. 3 <i>e contrario</i> i.V.m. Art. 219 ZPO). Eintritt des Aktenschlusses mit zweiten Parteivorträgen (Art. 229 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 219 ZPO). • Spannungsverhältnis zwischen Interesse an Wahrheitsfindung und Verhandlungsmaxime/ Eventualmaxime. • Lösungsansätze für Behandlung überschüssender Beweisergebnisse: <ul style="list-style-type: none"> - (1) Unzulässigkeit der Berücksichtigung. - (2) Berücksichtigung überschüssender Beweisergebnisse, soweit die nicht behaupteten Tatsachen im Rahmen dessen liegen, was behauptet wurde oder falls die damit bewiesene Rechtsfolge vom geltend gemachten Anspruch abgedeckt ist. - (3) Berücksichtigung gem. Art 229 i.V.m. Art. 219 ZPO. Fallbezogene Diskussion des Vorliegens der Voraussetzungen. - (4) Sachverhalt aufgrund des überschüssenden Beweisergebnisses offensichtlich unvollständig, daher gerichtliche Pflicht zum Hinwirken auf Ergänzung des Sachverhalts (Art. 56; Art. 247 Abs. 1 ZPO). | /8 |
| Argumentation und Stellungnahme: | /2 |
| Total Frage 2 | /10 |