

Zivilverfahrensrecht (Master) FS 2017

Sachverhalt

A AG mit Sitz in Zürich ist Eigentümerin diverser Geschäftsliegenschaften. Für die Instandsetzung der Zugangsleitungen einer Liegenschaft in Bülach engagierte sie die dort ansässige B AG, welche die Arbeiten vornahm und CHF 25'000 in Rechnung stellte. Im Vertrag war (wirksam) vereinbart, dass «das sachlich zuständige Gericht für Bülach» für die Klage örtlich zuständig sein sollte. In der Folge liess sich A AG von B AG für einen Neubau in Zürich sämtliche Sanitäreinrichtungen im Wert von CHF 250'000 bauen. Nach Fertigstellung des Neubaus beabsichtigten beide Unternehmen, auch bei einem dritten Projekt zusammenzuarbeiten, in dessen Rahmen sie sich dann allerdings zerstritten. Unter Berufung auf angebliche Mängel in den bereits ausgeführten Arbeiten und auf Verrechnung mit vermeintlichen Schadenersatzforderungen aus dem dritten Projekt verweigerte die A AG darauf, die offenen Forderungen der B AG aus den ersten beiden Projekten über gesamthaft CHF 275'000 zu begleichen.

Aufgabe 1: B AG möchte die offenen Forderungen gerichtlich gegen A AG in einem Verfahren einklagen. Geht das?

A AG möchte nicht einen allfälligen Prozess oder gar ein Urteil abwarten, bevor sie mit der Sanierung der vermeintlichen von B AG verantworteten Mängel beginnt. Sie zieht daher in Erwägung, den Bau-sachverständigen S zu beauftragen, die von B errichteten oder sanierten Leitungen und sonstigen Sanitäreinrichtungen zu besichtigen, den Zustand auf Fotos festzuhalten und zu beschreiben sowie ein Gutachten betreffend die Mängel zu erstellen.

Aufgabe 2: Welche Bedeutung käme einem von S erstellten Gutachten in einem allfälligen Prozess zwischen A AG und B AG zu? Welche sonstigen Möglichkeiten bestehen, die Wahrnehmungen des S in den Prozess einzuführen? Welche weiteren Alternativen bestehen allenfalls zum von A AG beabsichtigten Vorgehen, und mit welchen Vor- und Nachteilen wären diese verbunden?

Bei einer weiteren Liegenschaft in ihrem Eigentum sieht sich A AG mit folgendem Problem konfrontiert: Vor vielen Jahren räumte sie der Nachbarin N mittels Dienstbarkeit das Recht ein, drei Parkplätze auf dem Grundstück der A AG zu benutzen. Vor etwas über einem halben Jahr eröffnete N einen Schnellimbiss. Seither kommt es vor allem in den Abendstunden und an den Wochenenden vermehrt vor, dass Besucher des Schnellimbisses ihre Fahrzeuge nicht nur auf diesen Parkplätzen abstellen, sondern sich dort auch längere Zeit aufhalten, laute Gespräche führen, Musik hören, Alkohol konsumieren und Abfall hinterlassen. Die A AG beschliesst, diesem Treiben nicht länger tatenlos zuzusehen.

Wenige Tage später, als N gerade den Kompost hinausbringt, bemerkt sie, dass bei «ihren» Parkplätzen auf dem Grundstück der A AG gut sichtbar ein neues Schild angebracht ist mit der Aufschrift: «Jede Störung ist untersagt. Zuwiderhandlungen werden mit einer Busse bis CHF 2000.– bestraft.» Entsetzt geht sie mit ihrem Natel online und entdeckt im elektronischen Amtsblatt, dass das Verbot

auch dort publiziert ist. Das will sie sich nicht gefallen lassen. Sie fürchtet, durch das Verbot könnten Kunden ausbleiben und diese würden auch weniger konsumieren. Wütend leert sie den Kompostkübel auf den Parkplätzen aus. Dummerweise wird sie vom Hauswart der A AG dabei beobachtet, der mit lauter Stimme kundtut, das werde sie teuer zu stehen kommen, A AG werde sie verzeigen.

Aufgabe 3: Zu welchem Vorgehen raten Sie N? Erläutern Sie die verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten und deren Vor- und Nachteile.

Masterprüfung Zivilverfahrensrecht (FS 2017)

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.

Aufgabe 1	Punkte
<ul style="list-style-type: none"> • Möglichkeit der objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO); Voraussetzungen: gleiche Parteien, gleiche Verfahrensart, gleiche sachliche (und örtliche) Zuständigkeit; grundsätzlich kein Konnexitäts-erfordernis (Konnexität nur für Begründung des Gerichtsstands nach Art. 15 Abs. 2 ZPO relevant) • Instandsetzung der Zugangsleitungen der Liegenschaft in Bülach: <ul style="list-style-type: none"> - <u>Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO)</u>: keine Diskussion der Voraussetzungen nötig (gem. Sachverhalt ist Vereinbarung wirksam); örtliche Zuständigkeit in Bülach; sachverhaltsbezogene Diskussion der Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarung - <u>Sachliche Zuständigkeit (Art. 90 lit. a ZPO)</u>: Voraussetzungen der Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 6 ZPO); Nichtvorliegen des Mindeststreitwerts (vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG); keine Zuständigkeit des Handelsgerichts; sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Bülach - <u>Verfahrensart (Art. 90 lit. b ZPO)</u>: vereinfachtes Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) • Bau sämtlicher Sanitäreinrichtungen für den Neubau in Zürich: <ul style="list-style-type: none"> - <u>Örtliche Zuständigkeit</u> am Sitz der Beklagten (Art. 31 ZPO), d.h. in Zürich; kein zwingender Gerichtsstand - <u>Sachliche Zuständigkeit (Art. 90 lit. a ZPO)</u>: Voraussetzungen der Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 6 ZPO) - <u>Verfahrensart (Art. 90 lit. b ZPO)</u>: Keine Anwendbarkeit des vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) oder des summarischen (Art. 248 ff. ZPO) Verfahrens; Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ff. ZPO) 	/3
<ul style="list-style-type: none"> • Zusammenrechnung nach Art. 93 Abs. 1 ZPO; sachbezogene argumentative Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zu Art. 90 ZPO; nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung bleibt Art. 90 ZPO anwendbar, wenn die unterschiedliche Verfahrensart oder sachliche Zuständigkeit einzig auf den Streitwert zurückzuführen ist; Diskussion, ob das nur bei Konnexität gilt • Konsequenz bei Zusammenrechnung: ordentliches Verfahren auf gesamten Rechtsstreit anwendbar, Rspr. zum Vorrang der Verfahrensart vor sachlicher Zuständigkeit schadet daher nicht; Bülach liegt im örtlichen Zuständigkeitsbereich des HGer ZH, daher auch Gerichtsstandsvereinbarung kein Hindernis 	/4
Aufbau und Argumentation	/3
Total Aufgabe 1	/10

Prüfungslaufnummer: _____

Aufgabe 2	
<p>Bedeutung eines von S erstellten Gutachtens in einem allfälligen Prozess zwischen A AG und B AG</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bei dem von S erstellten Gutachten handelt es sich um ein sog. Parteigutachten. Davon abzugrenzen ist das gerichtliche Gutachten i.S.v. Art. 183 ZPO. • Die Aufzählung von Art. 168 Abs. 1 ZPO ist abschliessend, im Zivilprozessrecht gibt es einen numerus clausus der zulässigen Beweismittel. Das Parteigutachten ist im Zivilprozess nicht als Beweismittel anerkannt. • Gemäss einem Teil der Lehre sollen Privatgutachten dem Gericht als Urkunden eingereicht werden dürfen. Diese Auffassung wurde jedoch in der Rechtsprechung abgelehnt. • Nach der Rechtsprechung ist ein Parteigutachten eine blosser Parteibehauptung; es gelten jedoch im Ergebnis höhere Anforderungen an die Substantiierung der Bestreitung. Ein Privatgutachten kann in der Praxis namentlich dazu dienen, die Ergebnisse eines Gerichtsgutachtens zu erschüttern oder zu erhärten. • Das Gericht ist in der Pflicht, sich mit einem Privatgutachten auseinanderzusetzen. Gemäss Rechtsprechung wäre ein alleiniges Abstellen auf ein bestrittenes Privatgutachten bei mangelnder eigener Sachkunde allerdings willkürlich. 	/5
<p>Sonstige Möglichkeiten, um die Wahrnehmungen des S in den Prozess einzuführen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Eine Möglichkeit, die Wahrnehmungen des S in den Prozess einzuführen, ist jene mittels Zeugnis (Art. 169 ff. ZPO). Gemäss Art. 169 ZPO kann eine Person, die nicht Partei ist, über Tatsachen Zeugnis ablegen, die sie unmittelbar wahrgenommen hat. • Im vorliegenden Fall kann S seine Wahrnehmungen im Zusammenhang mit den Mängeln bei der Sanierung mittels Zeugnis in den Prozess einführen, da er nicht Partei ist und die von ihm näher untersuchten Gegenstände im Bereich seiner eigenen Wahrnehmung liegen. • Eine andere Möglichkeit, die Wahrnehmungen des S in den Prozess einzuführen, ist über eine schriftliche Auskunft (Art. 190 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 190 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von einer Privatperson schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich bzw. unverhältnismässig scheint. • Die Fotos können zudem als Urkunde (Art. 177 ZPO) eingeführt werden. Fotos werden von der Legaldefinition von Art. 177 Abs. 1 ZPO erfasst und sind im Kontext der Untersuchung der Mängel geeignet, rechtserhebliche Tatsachen diesbezüglich zu beweisen. • Allfällige Möglichkeit einer Zeugenbescheinigung; in der Praxis jedoch geringer Beweiswert und Gefahr, den Zeugen aus Sicht des Gerichts zu «entwerten» 	/5
<p>Weitere Alternativen zum von A AG beabsichtigten Vorgehen sowie deren Vor- und Nachteile</p> <ul style="list-style-type: none"> • Zu dem von der A AG beabsichtigten Vorgehen besteht allenfalls die weitere Alternative der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO). • Die (alternativen) Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisabnahme sind ein gesetzlicher Anspruch oder ein schutzwürdiges Interesse (Art. 158 Abs. 1 ZPO). • Auf die vorsorgliche Beweisführung finden die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (d.h. die Art. 261 ff. ZPO) Anwendung (Art. 158 Abs. 2 ZPO). • Vorteil dieser Alternative ist, dass ein im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung eingeholtes Sachverständigen Gutachten als solches Gutachten in den späteren Hauptprozess eingeführt werden kann. • Nachteil dieser Alternative ist der hohe Aufwand aufgrund der Notwendigkeit der Glaubhaftmachung des Anspruchs. Weitere Nachteile sind, dass die Beweiswürdigung erst im Rahmen des Hauptverfahrens erfolgt sowie die antragstellende Person kostenpflichtig ist und keine unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen kann. 	/5
Aufbau und Argumentation	/5
Total Aufgabe 2	/20

Prüfungslaufnummer: _____

Aufgabe 3	
<p>Es liegt ein gerichtliches Verbot nach Art. 258 ZPO vor.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Diskussion, ob inhaltlich unzulässig, weil zu wenig konkret; Diskussion allfälliger Abwehrmöglichkeiten/Konsequenzen bei ungenügender Bestimmtheit • Abwehrmöglichkeiten: <ul style="list-style-type: none"> - Unbegründete Einsprache nach Art. 260 ZPO: Örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 29 Abs. 4 ZPO; Frist 30 Tage ab Anbringung und Bekanntmachung des Verbots; keine Begründung erforderlich (Art. 260 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Bei Erfolg der Einsprache fällt das Verbot ausschliesslich für den Einsprecher dahin (Art. 260 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der Einsprachegegner kann anschliessend das Verbot mittels Klage beim Gericht durchsetzen (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 ZPO). - Erleichterte Abänderbarkeit des Verbots i.S.v. Art. 256 Abs. 2 ZPO. 	/3
<ul style="list-style-type: none"> - Diskussion, inwieweit ein gerichtliches Verbot zulässig ist, das sich de facto gegen einen individuellen Störer richtet; Diskussion der Zulässigkeit eines Rechtsmittels, wenn richtigerweise ein kontradiktorisches Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. - Möglichkeit einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage; wohl kein Erfordernis eines besonders ausgewiesenen Feststellungsinteresses (Verbot begründet hinreichendes Rechtsschutzinteresse) - Möglichkeit der Geltendmachung eines besseren Rechts im konkreten Bussenverfahren nach der Verzeigung; wohl unabhängig davon, ob die betreffende Person Einsprache erhoben hat oder nicht. 	/4
Aufbau und Argumentation	/3
Total Aufgabe 3	/10
Total Aufgabben 1, 2 und 3	/40