

Fall 8 (Besprechung am 24. Januar 2003)

Frage 1

Erstinstanzlich wäre sachlich der Einzelrichter nach § 21 Abs. 2 Ziff. 4 GVG zur Beurteilung der Klage auf Scheidung (Art. 114 ZGB) und nach § 21 Abs. 2 Ziff. 3 GVG auch für gemeinsame Scheidungsbegehren (Art. 111 ZGB) zuständig

Frage 2

Die Berufung ist nach § 43 Abs. 1 GVG an das Obergericht zu erheben. Im Berufungsverfahren überprüft die Berufungsinstanz im Rahmen der Berufungsanträge das gesamte Verfahren und die Entscheidung der ersten Instanz (Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 507). Die Berufung ist nach § 261 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an bei der ersten Instanz schriftlich zu erklären, wobei noch keine Anträge zu stellen sind. Danach überweist die erste Instanz nach § 262 ZPO innert 10 Tagen nach dem Eingang der Berufungserklärung sämtliche Prozessakten der Berufungsinstanz mit einem Bericht über die Wahrung der Berufungsfrist, die Berechnung des Streitwertes und die Kautionspflicht nach § 73 ZPO. Nach § 264 ZPO wird dem Berufungskläger sodann Frist gesetzt, um die Berufungsanträge schriftlich zu stellen und sie zu begründen. Danach wird nach § 265 ZPO dem Berufungsbeklagten die Berufungsschrift zugestellt und Frist zur schriftlichen Antwort gesetzt. Anschliessend werden gemäss § 268 ZPO die Parteien zur mündlichen Replik und Duplik vorgeladen.

Frage 3

Die Berufungsklägerin macht neue Tatsachen geltend. Nach § 114 sind die Parteien mit ihren Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Ausgenommen sind die Tatsachen nach § 115 ZPO. Vor der Berufungsinstanz ist nach § 267 Abs. 1 ZPO neues Vorbringen unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO zulässig.

Vorliegend bringt die Berufungsklägerin in der Replik neue tatsächliche Behauptungen, welche sie in der Berufungsschrift nicht gebracht hat. Es geht somit um die Frage des Novenrechtes. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen echten und unechten Noven. Echte Noven sind für den Prozess bedeutsame Tatsachen, die sich erst nach Ablauf der für Behauptungen, Bestreitungen und Einreden vorgesehenen Verfahrensphase ereignet haben. Unechte Noven haben schon vor jenen Zeitpunkten existiert, wurden aber aus Nachlässigkeit oder absichtlich nicht rechtzeitig in den Prozess eingeführt (Frank/Sträuli/Messmer, § 115 N 4).

In casu liegen im Verhältnis zum erstinstanzlichen Verfahren echte Noven vor, da sie erst im Beweisverfahren aufgetreten sind. Im Verhältnis von Berufungsschrift und Replik liegen keine echten Noven vor, da die Noven eben bereits seit dem erstinstanzlichen Beweisverfahren vorliegen.

Nach § 115 Ziff. 4 ZPO können Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat. Dazu gehören Tatsachen, die sich auf

wesentliche Verfahrensgrundsätze beziehen, deren Verletzung mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, § 115 N 11). Dies steht vorliegend zur Diskussion (vgl. Frage 4). Sodann käme auch § 115 Ziff. 2 in Frage, sofern die Richtigkeit der Behauptungen aus den Akten ersichtlich wäre. § 267 Abs. 2 ZPO schreibt vor, dass in Scheidungsprozessen uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptungen etc. zuzulassen sind. Diesbezüglich erfolgt somit keine Einteilung der Noven in echte und unechte Noven.

Frage 4

Es stellt sich die Frage der Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Nach Frank/Sträuli/Messmer, § 56 N 5 liegt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor, wenn einer fremdsprachigen Partei, welche sich in der Amtssprache nicht genügend mündlich auszudrücken vermag, kein geeigneter Übersetzer beigegeben wird. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird auch dann verletzt, wenn die Vernehmung einer Drittperson im Prozess, bei welcher nach den Umständen die Mitwirkung eines Dolmetschers geboten wäre, ohne einen solchen durchgeführt wird.

Frage 5

Im Scheidungsrecht gilt die Beschränkung des Novenrechts nach § 267 Abs. 1 ZPO nicht. Nach Art. 138 Abs. 1 müssen echte und unechte Noven von Bundesrechts wegen in der oberen kantonalen Instanz uneingeschränkt zugelassen werden. Das kantonale Recht hat jedoch den genauen Zeitpunkt der Präklusion festzulegen (Spühler/Reetz/Vock/Graham, S. 60). Nach § 267 Abs. 2 ZPO können in der **Begründung und Beantwortung** von Berufung und Anschlussberufung uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden. Dies führt zum Ergebnis, dass in der oberen kantonalen Instanz unbeschränkt Noven vorgebracht werden können, während im erstinstanzlichen Verfahren die Parteien durch § 114 ZPO beschränkt werden (vgl. Spühler, Neues Scheidungsverfahren Supplement, S. 47). Diese Situation wird in der Literatur kritisiert (vgl. Spühler/Reetz/Vock/Graham, a.a.O., S. 61f.)

Die zeitliche Befristung in § 267 Abs. 2 ZPO bezieht sich nicht auf echte Noven nach § 115 ZPO. Da § 267 Abs. 1 ZPO die echten Noven ausdrücklich vorbehält, dürfen diese auch noch in der Replik und Duplik eingeführt werden (vgl. den zu a 267 ZPO ergangenen ZR 98 Nr. 64 sowie Spühler, a.a.O., S. 48). Somit ist die Auffassung des Obergerichts nicht korrekt.

Frage 6

Gerügt wird die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es ist Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Ziff. 1 ZPO und danach staatsrechtliche Beschwerde zu erheben.

Fall 9

Frage 1

Zunächst ist die Klage zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung. Es liegt keine erbrechtliche Klage nach Art. 18 GestG vor. Nach Art. 25 GestG kann entweder am Wohnsitz des Erblassers als geschädigter Person, am Wohnsitz des Schädigers (Zürich) oder am Handlungs- oder Erfolgsort geklagt werden. Sachlich zuständig ist das Bezirksgericht nach § 31 Ziff. 1 GVG.

Frage 2

Es liegt ein Fall einer notwendigen Streitgenossenschaft nach § 39 ZPO vor. Danach müssen mehrere Personen als Kläger gemeinsam auftreten, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Bei der Erbengemeinschaft handelt es sich um ein Gesamthandverhältnis. Werden nicht alle notwendigen Streitgenossen in den Prozess einbezogen, hat das die Abweisung der Klage durch Urteil mangels Aktivlegitimation zur Folge (Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28 N 22). Stattdessen kann das Gericht aber auch gemäss § 108 ZPO der Klägerin Frist ansetzen, den Miterben zu veranlassen, sich als Mitkläger am Prozess zu beteiligen oder eine Verzichtserklärung beizubringen (ZR 35 Nr. 76). Im vorliegenden Fall würde sich ein Vorgehen nach § 108 ZPO rechtfertigen.

Frage 3

Die Kläger sollten gemeinsam als notwendige Streitgenossen auftreten.

Frage 4

Es stellt sich die Frage, ob RA Mies passivlegitimiert ist, da er nach eigenen Angaben das Mandat an einen Mitarbeiter delegiert hat. Bei fehlender Passivlegitimation müsste die Klage abgewiesen werden. Die Frage, ob RA Mies sein Willensvollstreckermandat überhaupt an einen Mitarbeiter delegieren durfte, beantwortet sich nach materiellem Recht und ist Thema der Schadenersatzklage. Der Umstand, dass RA Mies im Testament als Willensvollstrecker eingesetzt wurde, genügt, um die Passivlegitimation zu bejahen.

Frage 5

Da die Passivlegitimation von RA Mies bestritten wird, kann das Gericht einen Vorentscheid nach § 189 ZPO fällen. Da der Prozess aufgrund der Sachlage längere Zeit dauern dürfte, rechtfertigt sich ein Vorentscheid. Die Bejahung einer bestrittenen Passivlegitimation rechtfertigt ein Vorgehen nach § 189 ZPO (ZR 76 Nr. 43). Da die Passivlegitimation eine Frage des materiellen Rechtes ist, ist ein **Vorurteil** zu erlassen. Es liegt somit kein Prozessentscheid, sondern ein Sachentscheid vor. Die Parteien haben jedoch keinen Anspruch auf Erlass eines Vorurteils (Frank/Sträuli/Messmer, § 189/190 N 9a).

Frage 6

Es ist Berufung ans Obergericht zu erheben. Vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel, S. 21, Frank/Sträuli/Messmer, § 189 N 6a i.f.).

Frage 7

- a) Die Frage der Passivlegitimation ist eine bundesrechtliche, weil sie sich nach dem Erbrecht richtet. Somit ist gegen den Berufungsentscheid eine Berufung ans Bundesgericht möglich, sofern nach Art. 50 sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden könnten und ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten gespart werden könnte. Diese Voraussetzungen liegen vor.
- b) Zunächst ist kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Ziff. 1, hernach staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Abs. 2, sofern die Bewirkung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils nachgewiesen würde, was eher zu bezweifeln ist. Zu beachten ist, dass das allgemeine Willkürverbot noch keine geschützte Rechtsstellung begründet, es müssen die Interessen des Beschwerdeführers zusätzlich durch eine spezielle Norm des kantonalen oder des Bundesrechts geschützt sein (BGE 126 I 85 E.3b).
- c) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 281 Ziff. 1, danach staatsrechtliche Beschwerde. Zu beachten ist allerdings, dass das rechtliche Gehör bei Rechtsfragen nicht zu beachten ist (Spühler/Vock, a.a.O., S. 143).