

Fall 3

Verfahrensablauf, Beweisrecht

Die Informatik AG hat für die Automobile AG ein neues Softwareprogramm im Wert von CHF 100'000.- entwickelt. Die Automobile AG behauptet, das Programm weise technische Mängel auf. Die Informatik AG bestreitet allerdings jegliche Mängel.

Sodann klagt die Automobile AG gegen die Informatik AG auf Rückerstattung des Kaufpreises. Der Prozess nimmt seinen Verlauf.

In der Instruktionsverhandlung nennt die Automobile AG Belege, Urkunden und Zeugen. Die Informatik AG trägt als Beweismittel lediglich ein Gutachten von einem Fachmann vor.

In der Hauptverhandlung nennt die Automobile AG eine E-Mail und zusätzliche Zeugen. Zudem macht sie Schadenersatz in der Höhe von CHF 200'000.- wegen entgangenen Gewinns aus einem Vertrag mit der LKW AG, der in der Zwischenzeit wegen der Mängel des Programms aufgelöst wurde, geltend und bringt entsprechende Noven ein. Die Informatik AG beruft sich auf die örtliche und sachliche Unzuständigkeit des Gerichts sowie auf die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung des Kaufpreises. Im Übrigen bringt sie eine CD mit dem Programm und die Verrechnung mit einer Gegenforderung ein.

Wie soll/kann das Gericht vorgehen?

Lösungsskizze¹

I. Allgemeines

Vorliegend kommt das ordentliche Verfahren zur Anwendung: Es handelt sich um einen Streitgegenstand im Wert von CHF 100'000.- (Art. 243 Abs. 1 und Art. 248 ff. ZPO e contrario: Weder das vereinfachte noch das summarische Verfahren sind vorgeschrieben) und eine Streitigkeit, welche in die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Gerichte fällt (Art. 243 Abs. 3 und Art. 248 ff. ZPO e contrario i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO und § 44 lit. b GOG ZH: Zuständigkeit des Handelsgerichts).²

Da es sich um eine Streitigkeit geht, für welche eine einzige kantonale Instanz zuständig ist (Art. 6 ZPO), entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. f ZPO).

Im ordentlichen Verfahren gelten in der Regel die Verhandlungsmaxime (Art 55 ZPO) und die Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO).³

¹ Diese Skizze stellt nur eine Zusammenfassung der Lösung dar. Sie erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit der Literaturquellen und ersetzt nicht die während des Übungstages durchgeführte Diskussion und Analyse der möglichen Lösungsschritte.

² Für den Anwendungsbereich des ordentlichen Verfahrens siehe statt vieler MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 337.

³ Statt vieler BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 219 N 2 ff.

II. Rechtsfragen

Es stellen sich im Zusammenhang mit dem Sachverhalt folgende Fragen:

- Zulässige Noven in der Instruktions- bzw. in der Hauptverhandlung (1.);
- Zulässige Beweismittel (2.);
- Zulässige Anträge und Einreden in der Hauptverhandlung (3.)

1. Noven/Eventualmaxime

Eine zentrale Frage des Verfahrensablaufs ist, bis wann die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel, sog. Noven, vortragen können (Eventualmaxime).

1.1. Instruktionsverhandlung

Das Gericht kann nach Art. 226 Abs. 1 ZPO in jedem Stadium des Verfahrens eine Instruktionsverhandlung durchführen. Dabei können die Parteien u.a. ihre Vorbringen – Tatsachen und Beweismittel – des ersten Schriftenwechsels ergänzen. Bei Durchführung einer Instruktionsverhandlung ist die uneingeschränkte Einbringung von Noven nur, aber immerhin **in der Instruktionsverhandlung** möglich (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO; Variante 2: Instruktionsverhandlung als „Deadline“ für uneingeschränkte Noven).⁴ Nach der Durchführung einer Instruktionsverhandlung können neue Tatsachen und Beweismittel an der Hauptverhandlung nur noch nach Massgabe von Art. 229 Abs. 1 ZPO eingebracht werden.⁵

Variante 1 OV «light»	Variante 2 OV «medium»	Variante 3 OV «premium»
Vorbereitung der Hauptverhandlung:		
Einleitung der Klage mit der Klagebegründung Klageantwort	Einleitung der Klage mit der Klagebegründung Klageantwort <u>Instruktionsverhandlung</u> Ev. Beweisverfügung	Einleitung der Klage mit der Klagebegründung Klageantwort Ev. Instruktionsverhandlung 2. Schriftenwechsel Ev. Instruktionsverhandlung Ev. Beweisverfügung
Hauptverhandlung: Erste Parteivorträge mit Replik und Duplik Beweisverfügung und Beweisabnahme Schlussvorträge		
Urteilsfällung		

a) Die Klägerin kann Tatsachen und Beweismittel (Belege, Urkunden und Zeugen) in der Instruktionsverhandlung uneingeschränkt nennen.

b) Die Beklagte kann das Einholen eines Gutachtens von einem Fachmann als Beweismittel in der Instruktionsverhandlung uneingeschränkt vortragen.

⁴ MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 344 f.

⁵ MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 339.

1.2. Hauptverhandlung

In der Variante 2 können neue Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung nur noch in beschränktem Umfang vorgetragen werden. Neue Tatsachen und Beweismittel können berücksichtigt werden, wenn sie **ohne Verzug** vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO).

Zeitpunkt des Vorbringens von Noven nach ihrer Kenntnis:

- Lösung nach Prof. Meier und wohl h.M.:⁶ Erster Vortrag in der Hauptverhandlung
- SG Lösung:⁷ Ohne Verzug ab Kenntnis

Zeitpunkt des Vorbringens von Noven überhaupt:

- Lösung nach Prof. Meier und h.M.:⁸ Bis zur Urteilsfällung
- Lösung nach Lehrmeinung:⁹ Bis zum Ende des Hauptverfahrens

Wichtig ist dabei die Unterscheidung zwischen echten und unechten Noven:

Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, welche erst nach der „Deadline“ für das Einbringen von uneingeschränkten Noven entstanden sind (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO; neue Tatsachen und Beweismittel, welche nach der „Deadline“ „gefunden“ worden sind, zählen zu den unechten Noven). Echte Noven sind nach der „Deadline“ für das Einbringen von uneingeschränkten Noven ohne weitere Voraussetzungen zulässig.

Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, welche schon vor der „Deadline“ für das Einbringen von uneingeschränkten Noven vorhanden waren. Sie sind nach der „Deadline“ für das Einbringen von uneingeschränkten Noven nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sie **trotz sorgfältigen Vorgehens** nicht früher vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Einzelnen:

- a) Die Klägerin nennt eine E-Mail und zusätzliche Zeugen als Beweismittel.

E-Mail und zusätzliche Zeugen als echte Noven: Sie dürfen erst nach der Instruktionsverhandlung entstanden sein. Es genügt, wenn die Klägerin sie ohne Verzug vorbringt. Eher unwahrscheinlich als echte Noven.

E-Mail und zusätzliche Zeugen als unechte Noven: Sie müssen bereits vor der Instruktionsverhandlung vorhanden gewesen sein. Sie sind zulässig, wenn sie trotz sorgfältigen Vorgehens nicht früher vorgebracht werden konnten, z.B. es handelt sich um eine E-Mail von einem sehr umfangreichen Mailverkehr (500 E-Mails) zwischen der Informatik AG und der Automobile AG, die E-Mail ist als Spam gekommen. Die E-Mail ist als unechtes Novum eher zulässig. Die zusätzlichen Zeugen sind als unechte Noven eher unzulässig.

⁶ BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 219 N 10; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 14.

⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, N 11.110.

⁸ MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 345 f. m.w.N.

⁹ STÄHELIN/STÄHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2008, § 21 N 9.

b) Die Beklagte bringt eine CD mit dem Programm ein.

CD mit dem Programm als echtes Novum: Sie darf erst nach der Instruktionsverhandlung entstanden sein. Die CD entstand bereits vor der Instruktionsverhandlung. Unzulässig als echtes Novum.

CD mit dem Programm als unechtes Novum: Sie muss bereits vor der Instruktionsverhandlung vorhanden gewesen sein. Es ist unwahrscheinlich, dass sie trotz sorgfältigen Vorgehens nicht früher vorgebracht werden konnte. Eher unzulässig als unechtes Novum.

2. Beweisobjekte

Email und CD: Art. 177 ZPO „Als Urkunde gelten Dokumente wie [...] elektronische Dateien [...]“.

3. Anträge und Einreden in der Hauptverhandlung

3.1. Klageänderung in der Hauptverhandlung

Die Automobile AG macht Schadenersatz in der Höhe von CHF 200'000.- wegen entgangenen Gewinns aus einem Vertrag mit der LKW AG, der wegen der Mängel des Programms aufgelöst wurde, geltend und bringt entsprechende Noven vor.

Voraussetzungen	
Die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO müssen erfüllt sein (Art. 230 Abs. 1 lit. a ZPO): a) Der neue Anspruch ist nach gleicher Verfahrensart zu beurteilen b) Der neue Anspruch steht mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang oder die Gegenpartei stimmt zu (lit. a und b)	Der neue Anspruch beruht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO) Die neuen Tatsachen und Beweismittel müssen nach Art. 229 ZPO zulässig sein: a) Echte Noven b) Unechte Noven

3.2. Örtliche und sachliche Zuständigkeit (prozessuale Einreden)

Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung kann als prozessuales Vorbringen grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden; eine Verwirkung tritt nicht ein. **Prozessuale Vorbringen sind nicht Gegenstände des Novenrechts.**¹⁰

Art. 60 ZPO (Prüfung der Prozessvoraussetzungen): Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zeitpunkt der Prüfung: Nach Eingang der Klageantwort.

¹⁰ PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 4.

Die örtliche Zuständigkeit kann durch vorbehaltlose Einlassung begründet werden (Art. 18 ZPO), soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, d.h. soweit keine zwingenden oder teilzwingenden Gerichtsstände zur Anwendung kommen.¹¹

Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit hätte die Beklagte mit der Klageantwort erheben sollen.

Die Einrede der sachlichen Zuständigkeit kann die Beklagte auch zu diesem Zeitpunkt geltend machen.

3.3. Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung des Kaufpreises und Verrechnung mit einer Gegenforderung (materielle Einreden)

Materielle Einreden sind als Prozessgegenstände, d.h. als rechtliche Fragen bzw. juristische Instrumente, welche keine Tatsachen- oder Beweismittelvorbringen enthalten, nicht Gegenstand des Novenrechts.¹² **Die einredebegründenden Tatsachen oder Beweismittel** fallen aber unter Art. 229 ZPO.¹³

Verjährung bzw. Verrechnung als echtes Novum: Berufung auf die Verjährung bzw. auf die Verrechnung mit einer Gegenforderung, welche erst nach der Instruktionsverhandlung eingetreten ist. Es genügt, wenn die Klägerin dies ohne Verzug vorbringt. Eher zulässig als echtes Novum.

Verjährung bzw. Verrechnung als unechtes Novum: Berufung auf die Verjährung bzw. auf die Verrechnung mit einer Gegenforderung, welche vor der Instruktionsverhandlung eingetreten ist. Es ist unwahrscheinlich, dass dies trotz sorgfältigen Vorgehens nicht früher vorgebracht werden konnte. Eher unzulässig als unechtes Novum.

Zulässigkeit von Anträgen und Einreden in der Hauptverhandlung		
Anträge	Prozessuale Einreden	Materielle Einreden
z.B. Klageänderung (Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO)	z.B. Unzuständigkeit	z.B. Verjährung, Verrechnung
↓	↓	↓
Neue Tatsachen und Beweismittel müssen nach Art. 229 ZPO zulässig sein	Nicht Gegenstand des Novenrechts	Als Prozessgegenstände: Nicht Gegenstand des Novenrechts
	↓	
	Prüfung von Amtes wegen (Art. 60 ZPO)	Die einredebegründenden Tatsachen fallen unter Art. 229 ZPO (vor allem als echte Noven)
	Ausnahme: Einlassung bei der örtlichen Zuständigkeit (Art. 18 ZPO)	

¹¹ MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 348; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 4.

¹² PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 5.

¹³ PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 5; vgl. MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 348.