

## Entscheidungen von allgemeinem Interesse im Jahre 2010

### A. Landes- und Völkerrecht

*Zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und  
Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101):*

- 1) Art. 6 Ziff. 1. Siehe Nr. 8.
- 2) Art. 6 Ziff. 3 lit. d. Siehe Nr. 48.

*Zur Bundesverfassung (BV; SR 101):*

- 3) Art. 9. Siehe Nrn. 35, 41.
- 4) Art. 29 Abs. 2. Anspruch auf rechtliches Gehör; Aktenführung. Dadurch, dass das Gericht ein Aktenstück (hier: ein Privatgutachten) nicht nur symbolisch "aus dem Recht weist", sondern physisch aus dem Dossier aussondert, ist die betreffende Partei erst dann beschwert, wenn als Folge davon die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Aussonderung im Rechtsmittelverfahren verunmöglicht wird (23. Dezember; Kass.-Nr. AA090164).
- 5) Art. 29 Abs. 2. Siehe auch Nr. 41.
- 6) Art. 29 Abs. 3. Unentgeltliche Prozessführung. Weder kantonalem Prozessrecht noch der Bundesverfassung lässt sich entnehmen, dass die Voraussetzung der Nicht-Aussichtslosigkeit im Falle von Streitigkeiten über Kinderbelange entfällt (24. Dezember; Kass.-Nr. AA100125).

7) Art. 29 Abs. 3. Siehe auch Nr. 35.

8) Art. 30 Abs. 1. Anspruch auf den gesetzlichen Richter, Wohnsitzpflicht. Die Mitwirkung eines Richters, dessen Wahl wegen Fehlens einer Wählbarkeitsvoraussetzung (hier: kantonaler Wohnsitz) ungültig ist, führt zur Anfechtbarkeit des Entscheides (u.H.a. auf BGE 136 I 207 E. 5.6) (23. Dezember; Kass.-Nr. AA090164).

9) Art. 30 Abs. 1. Siehe auch Nr. 13.

*Zum Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210):*

10) Art. 839 Abs. 3. Prosequierung eines vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Zulässige Anordnung des Einzelrichters im summarischen Verfahren, wonach die Frist zur Einreichung der Weisung beim ordentlichen Richter während der Gerichtsferien nicht still steht (1. November; Kass.-Nr. AA090114).

11) Art. 961 Abs. 3. Siehe Nr. 10.

*Zum Obligationenrecht (OR; SR 220)*

12) Art. 274d Abs. 3. Siehe Nr. 36.

## **B. Kantonales Recht**

### *Zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG; LS 211.1):*

13) §§ 95 ff. Ablehnungsverfahren; Gesamtwürdigung der Umstände. Zwischen- bzw. prozessleitende Entschiede - zu denen auch solche über ein Ablehnungsbegehren gehören - erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Ob Befangenheit bzw. deren Anschein vorliegt kann denn auch im Verlaufe eines Verfahrens nicht ein für allemal verneint werden, können sich doch die dafür massgeblichen Umstände während des Verfahrens ändern. Insbesondere ist denkbar, dass zwar nicht ein einzelnes Vorkommnis, wohl aber mehrere (zeitlich gestaffelt eintretende) Umstände in ihrer Gesamtheit den Anschein von Befangenheit zu begründen vermögen (5. August; Kass.-Nr. AA090140; ebenso 3. Dezember, Kass.-Nr. AA090166).

14) § 96 Ziff. 2. Vereinbarkeit von Zeugen- und Sachverständigenfunktion. Über den Verweis auf § 111 StPO gelten die in § 96 GVG aufgezählten Ablehnungsgründe grundsätzlich auch gegenüber Sachverständigen. Wer als Zeuge einvernommen worden ist oder werden soll, dürfte nach § 111 StPO in Verbindung mit § 96 Ziff. 2 GVG daher nicht als Sachverständiger bestellt werden. Die Rolle des Sachverständigen, der vor oder nach seiner Expertentätigkeit als Zeuge einvernommen wird bzw. werden soll, unterscheidet sich jedoch von derjenigen des Richters. Der Sachverständige beantwortet einerseits die ihm gestellten Fragen aufgrund seines Fachwissens und teilt dem Gericht andererseits seine tatbestandsrelevanten Wahrnehmungen mit. Sowohl die Zeugenaussage wie auch das Gutachten wer-

den durch den Richter einer Würdigung unterzogen. Richtigerweise lassen sich daher Zeugen- und Sachverständigenfunktion durchaus miteinander vereinbaren. Die strikte oder wortgetreue Anwendung der Regelung nach § 111 StPO in Verbindung mit § 96 Ziff. 2 GVG wird aus diesen Gründen in bestimmten Konstellationen als zu weitgehend erachtet und ergibt mit Blick auf die ratio, d.h. die Gewährleistung von Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen, keinen vernünftigen Sinn. Folglich ist sie so ausulegen, dass § 96 Ziff. 2 GVG in Verbindung mit § 111 StPO nicht nur mit Blick auf den Sachverständigen, sondern auch mit Blick auf den Zeugen nicht anwendbar ist. Dies gilt namentlich für Fälle, in welchen der Sachverständige im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit sogenannte Zusatztatsachen wahrnimmt, d.h. Tatsachen, zu deren Feststellung keine besondere Sachkunde erforderlich gewesen wäre. Hierzu ist er grundsätzlich nicht als Sachverständiger, sondern als Zeuge zu befragen (6. Dezember; Kass.-Nr. AC090014).

15) §§ 108 ff. Siehe Nr. 44.

16) § 131. Zulässigkeit einer per Telefax übermittelten Eingabe an das Gericht. Übermittelt eine Partei eine schriftlich einzureichende Eingabe per Telefax an das Gericht, ist ihr in Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG Gelegenheit zur Behebung des Mangels der fehlenden Unterschrift zu geben und eine (allenfalls auch über die ursprüngliche Frist hinausgehende) Frist zur Nachreichung eines im Original unterzeichneten Eingabeexemplars anzusetzen. Erst der unbenützte Ablauf dieser (Nach-)Frist macht die Telefaxeingabe ungültig (Praxisänderung mit Minderheitsantrag) (25. Oktober; Kass.-Nr. AA100008; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 65).

17) § 140 Abs. 2. Siehe Nr. 10.

18) §§ 167 ff. Siehe Nr. 4.

19) § 193. Verspätete Kautionsleistung bei Zahlung mittels Sammelauftragsdienst der Post. Damit eine im Rahmen des Sammelauftragsdienstes der Post erfolgte Zahlung als rechtzeitig gelten kann, ist notwendig, dass als Fälligkeitsdatum spätestens der letzte Tag der Frist eingesetzt und der Datenträger innerhalb der Frist der Post übergeben wird, d.h. bei der Post eingeht. Weitere Voraussetzung ist, dass die Ausführung des Auftrags durch die Post nicht durch ein Handeln oder Unterlassen seitens der involvierten Bank verhindert wird. Ein solches Unterlassen liegt vor, wenn die Bank zwar rechtzeitig den entsprechenden Auftrag der Post erteilt, dabei jedoch nicht für genügende Deckung des bankeigenen Postkontos besorgt ist und damit eine Nichtausführung des Zahlungsauftrags innert gebotener Frist provoziert. Da die Bank als Gehilfin des Zahlungspflichtigen handelt, hat dieser deren Handeln bzw. Unterlassen gegen sich gelten zu lassen. Welche tatsächliche oder rechtliche Bedeutung einem solchen Vorgang im Innenverhältnis zwischen Bankkunde und Bank zukommt, betrifft das die Frist zur Kautionsleistung ansetzende Gericht und auch die Gegenpartei nicht. Die Kautionsleistung erfolgte im vorliegenden Fall wegen der fehlenden Deckung statt spätestens am 6. April erst am 7. April 2010 und damit verspätet (23. September; Kass.-Nr. AA100037).

20) § 193. Siehe Nr. 16.

21) § 201. Siehe Nr. 44.

22) § 206. Siehe Nr. 44.

*Zur Zivilprozessordnung  
(ZPO; LS 271):*

23) §§ 29/30. Beginn des Fristenlaufs bei Bestellung eines im Ausland domizilierten Rechtsvertreters und Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz. Hat eine Partei einerseits einen im Ausland domizilierten anwaltlichen Vertreter bestellt und andererseits auch einen Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet, beginnt eine ihr eröffnete Frist ab Zustellung der fristansetzenden Verfügung an den inländischen Zustellungsempfänger zu laufen (25. Oktober; Kass.-Nr. AA100008; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 65).

24) § 50 Abs. 1. Siehe Nr. 41.

25) § 55. Richterliche Fragepflicht. Der pauschale Hinweis des Gerichts auf die Substantiierungshinweise der Gegenseite genügt in der Regel nicht zur wirksamen Ausübung der Fragepflicht (5. November; Kass.-Nr. AA090129; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht).

26) § 55. Richterliche Frage- bzw. Aufklärungspflicht. Keine Pflicht, eine Partei von Amtes wegen über die Bedeutung des Wortes "einmalig" (im Zusammenhang mit einer Fristansetzung) aufzuklären (21. Dezember; Kass.-Nr. AA100010).

27) § 62. Siehe Nr. 30.

28) §§ 64 ff. Nebenfolgen bei immaterialgüterrechtlichen Verletzungsklagen (hier: Markenschutz). Ge-

wichtung des Obsiegens und Unterliegens bei einer Mehrheit von eingeklagten Unteransprüchen (Unterlassung, Beseitigung, Feststellung, Auskunft/Abrechnung, Schadenersatz/Gewinnherausgabe); Berücksichtigung des Ausgangsprozessualer Massnahmeverfahren? (31. Mai; Kass.-Nr. AA090031; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht).

29) Siehe auch Nr. 43.

30) § 66 Abs. 1. Nebenfolgen für unnütze Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung. Es verstösst gegen klares materielles Recht, wenn das Gericht eine zur Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung vorgeladene Partei, die nach durchgeführter Referentenaudienz in der Sache selbst keine Vergleichsbereitschaft zeigt, mit Kosten- und Entschädigungsfolgen für diese Verhandlung belegt (Präzisierung der in ZR 91/92 Nr. 5 publizierten Praxis des Handelsgerichts) (22. Januar; Kass.-Nr. AA080166; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 35).

31) § 68 Abs. 1. Prozessentschädigung für Aufwendungen im Zusammenhang mit einer noch nicht eingereichten, aber weitgehend erstellten Beschwerdeantwort. Wird dem Beschwerdegegner die zunächst angesetzte Frist zur Beantwortung der Beschwerde wieder abgenommen, weil der Beschwerdeführer die ihm zugleich auferlegte Kautionsleistung nicht geleistet hat, ist jenem für die bis zum Zeitpunkt der Fristabnahme bereits entstandenen (Anwalts-)Kosten eine Prozessentschädigung zuzusprechen (10. Dezember; Kass.-Nr. AA100075; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht).

32) § 68 Abs. 1. Siehe Nr. 30.

33) § 79 Abs. 1. Bemessung der Prozesskaution bei Teilklage. Bei einer Teilklage ist es zulässig, hinsichtlich der Bemessung der Kaution (bzw. der mutmasslichen Gerichtsgebühr) von einem den formellen Streitwert übersteigenden wirtschaftlichen Streitinteresse auszugehen, sofern mit der Beschränkung der Klage auf einen Teilbetrag nicht auch eine wesentliche Reduzierung des prozessualen Aufwandes einhergeht (20. Mai; Kass.-Nr. AA090050; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 55).

34) § 84 Abs. 1. Siehe Nr. 6.

35) § 87. Anspruch auf umgehende Entscheidung über unentgeltliche Verbeiständung. Über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist in der Regel (unter Vorbehalt des späteren Entzugs) zu entscheiden, bevor der Gesuchsteller weitere, mit erheblichem Aufwand verbundene prozessuale Schritte unternehmen muss. Es ist daher unzulässig, entgegen dem Antrag auf sofortigen Entscheid mit dem Entscheid bis nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung unter Beizug eines medizinischen Experten zuzuwarten, und es widerspräche dem Fairnessgebot und der Waffengleichheit, wenn die gesuchstellende Partei wegen fehlender Kostensicherstellung ohne anwaltlichen Beistand an einer solchen Verhandlung teilnehmen müsste (13. Oktober; Kass.-Nr. AA090144; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 72; *Beschwerde am Bundesgericht hängig*).

36) § 115 Ziff. 2 und 4. Novenrecht im Rechtsmittelverfahren bei Geltung der sog. "sozialen Untersuchungsmaxime". § 115 Ziff. 2 ZPO lässt sich nicht durch Analo-



gieschluss auf neue tatsächliche Behauptungen ausdehnen, die - sollten sie zutreffen - zu einer klaren Rechtslage führen würden. Auch werden nach dem letzten Parteivortrag vorgebrachte Tatsachenbehauptungen nicht allein dadurch liquid und zulässig, dass sie von der Gegenseite nicht bestritten werden. Nach zürcherischer Praxis besteht im Anwendungsbereich der "sozialen Untersuchungsmaxime" im zweitinstanzlichen Verfahren kein Novenrecht gemäss § 115 Ziff. 4 ZPO (15. Januar; Kass.-Nr. AA090146; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 44).

37) § 118. Siehe Nr. 30.

38) § 181. Abweichen von Gutachten. Zieht ein Gericht (auch ein Fachgericht) einen Gutachter bei, so ist davon auszugehen, dass es nicht selber über die notwendigen besonderen Fachkenntnisse verfügt. Zwar muss es in der Folge nicht unbesehen auf das Gutachten abstellen; erachtet es dieses als mangelhaft und will es davon abweichen, hat es aber den Weg über § 181 ZPO zu beschreiten (18. November; Kass.-Nr. AA090131; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 74).

39) § 191. Siehe Nr. 13.

40) § 267. Siehe Nr. 36.

41) § 276 Abs. 2. Auslegung von Rechtsmittelerklärungen; Konversion. Rechtsmittelerklärungen dürfen nicht buchstabengetreu nach ihrem Wortlaut verstanden werden, sondern sind nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen. Dieser Grundsatz und das Verbot des überspitzten Formalismus können es erforderlich machen, eine Berufungs-

erklärung, die sich einzig gegen die (mit Rekurs anfechtbare) Entschädigungsregelung richtet und daher als solche unzulässig ist, im Sinne einer Konversion in das zulässige Rechtsmittel umzudeuten (20. April; Kass.-Nr. AA090041; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 52).

42) § 278. Siehe Nr. 36.

43) §§ 281 ff. Gemäss ständiger Praxis ist das vorinstanzliche Dispositiv in der Sache verbindlich und bildet nicht (auch nicht vorfrageweise) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, wenn laut Beschwerdeantrag einzig die Regelung der Nebenfolgen angefochten wird; zu prüfen ist lediglich, ob die Regelung der Nebenfolgen auf der Basis des Ausgangs des Verfahrens an einem Nichtigkeitsgrund leidet (3. September; Kass.-Nr. AA090111; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 75).

44) § 284 Ziff. 2. Rechtsmittel gegen Festsetzung der Gerichtsgebühr in einem obergerichtlichen Entscheid. Die Festsetzung der Gerichtsgebühr in einem obergerichtlichen Entscheid ist auch dann mit Kostenbeschwerde gemäss § 206 in Verbindung mit §§ 108 ff. GVG anzufechten, wenn gegen den betreffenden Entscheid in der Sache die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist (25. Januar; Kass.-Nr. AA090170; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 57).

45) § 289. Siehe Nr. 31.

*Zur Strafprozessordnung  
(StPO; LS 321):*

46) § 14. Siehe Nr. 48.

47) § 111. Siehe Nr. 14.

48) § 126. Form der Erstattung von Gutachten; Stellung von Ergänzungsfragen. Ein genereller Anspruch auf eine bestimmte Erstattungsform (schriftlich oder mündlich) lässt sich weder aus Konventions- oder Verfassungsrecht noch aus kantonalem Recht ableiten; der Entscheid darüber steht im Ermessen des Justizorgans. Nur wenn der Sachverständige das Gutachten mündlich erstattet, besteht ein Anspruch auf Stellung von mündlichen Ergänzungsfragen, ansonsten sind solche Fragen schriftlich zu stellen (27. Juli; Kass.-Nr. AC090005).

49) § 127. Formelle Anforderungen an ein (medizinisches) Gutachten. Eine nur ungefähre Zitierweise macht ein Gutachten weder unvollständig noch ungenau, sofern gleichwohl überprüfbar ist, aus welchen Akten der Gutachter die zitierten Stellen entnahm. Gemäss soweit ersichtlich einhelliger Lehre sind Hinweise auf frühere psychische Erkrankungen des Exploranden zu beachten und diesbezüglich angelegte Krankengeschichten, Befund- und Verlaufsberichte, Gutachten etc. soweit möglich beizuziehen. Ist dem Gutachter die Existenz solcher früheren Unterlagen bekannt, muss er deshalb begründen, weshalb er im konkreten Fall trotzdem auf deren Beizug und Studium verzichtet, ansonsten das Gutachten unvollständig ist (6. September; Kass.-Nr. AC080031; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht).

*Zur VO über die Gerichtsgebühren 2007 (LS 211.11):*

50) § 2 Abs. 2. Siehe Nr. 33.