

# LIZENTIATSPRÜFUNG IN ZPR/SchKG VOM SEPTEMBER 2000

Prof. Dr. Isaak Meier

## 1. Fall: SchKG

Der Schuldner Kurt Sorg wird von den Gläubigern Müller (Forderung Fr. 6'000.-), Meier (Forderung Fr. 10'000.-) und Keller (Forderung Fr. 3'000.-) betrieben.

Gläubiger Müller kann zuerst das Fortsetzungsbegehren stellen. Der Betreibungsbeamte pfändet alsdann am 4. Mai 1999 bei Kurt Sorg einen Sportwagen der Marke Ford GT. Der Schätzwert beträgt Fr. 15'000.-. 10 Tage nach Vornahme der Pfändung kann auch Meier das Fortsetzungsbegehren stellen und sich damit der Pfändung anschliessen.

Keller kommt erst 1½ Monate später zum Fortsetzungsbegehren. Da keine anderen pfändbaren Aktiven vorhanden sind, nimmt der Betreibungsbeamte auch zu seinen Gunsten die Pfändung des besagten Sportwagens vor.

Der Schuldner Kurt Sorg macht bei der Pfändung für Müller und Meier bzw. für Keller jedesmal geltend, dass er (Kurt Sorg) das Auto ca. 9 Monate vor der Pfändung an seine Frau Lisa Sorg verkauft habe. Kurt Sorg belegt dies mit einem von Kurt und Lisa Sorg unterschriebenen Kaufvertrag mit Datum vom 15. August 1998. Eine Abklärung des Betreibungsbeamten hat ergeben, dass das Auto unabhängig vom behaupteten Verkauf zu ca. 80 % von Kurt Sorg und zu ca. 20 % von Lisa Sorg benützt wird.

Die Gläubiger Müller und Keller wollen gegen diesen angeblichen Verkauf vorgehen. Sie sind der Auffassung, dass dieser Vertrag entweder zivilrechtlich ungültig oder nur zum Nachteil der Gläubiger abgeschlossen worden sei. Meier ist jedoch an rechtlichen Schritten betreffend den Verkauf nicht interessiert.

### **1. Frage**

Wie hat der Betreibungsbeamte angesichts des behaupteten Verkaufs vorzugehen und welches sind die rechtlichen Möglichkeiten von Müller und Keller?

### **2. Frage**

Hätte ein Erfolg von Müller und Keller auch Auswirkungen auf die Rechtslage von Meier?

## 2. Fall: IZPR

Die Uhrenfirma Swatch SA mit Sitz in Neuchâtel lässt von der Design GmbH mit Sitz in München einen neuen Laden in Berlin entwerfen und einrichten. Im Vertrag heisst es unter anderem, dass schweizerisches Recht zur Anwendung komme. Nach Vorliegen der Entwürfe leistet die Swatch SA eine Anzahlung von DM 500'000.-.

Anlässlich einer Besichtigung bei Ausführung der Arbeiten in Berlin erklärt die Swatch SA der Design GmbH, dass die verwendeten Materialien und ebenso die Farben in keiner Weise den Abmachungen entsprechen würden. Die Design GmbH bestreitet dies entschieden.

Da sich die Parteien in der Folge nicht einigen können, kommt es zum Rechtsstreit. Die Design GmbH will am Vertrag festhalten. Die Swatch SA erklärt demgegenüber, dass sie unter diesen Umständen vom Vertrag zurücktrete.

Ohne Vorwarnung leitet die Design GmbH in München Klage auf Bezahlung des Resthonorars von DM 800'000.- ein. Die Swatch SA beauftragt hierauf ihre Anwältin Ursula Infanger, Klage auf Rückerstattung der Anzahlung zu erheben.

### **3. Frage**

Welches Gericht bzw. welche Gerichte sind für die Behandlung der Klage zuständig?

## **3. Fall: Konkurs**

Im Konkurs der Syntex AG mit Sitz in Zürich ist der Konkursbeamte daran, den Kollokationsplan zu erstellen. Dabei lässt er ohne weitere Prüfung unter anderem eine Forderung des Kantons Zürich über Fr. 100'000.- zu. In einem kurzen Schreiben hat die zuständige Amtsstelle diese Forderung wie folgt begründet: " Allfällige Kosten der öffentlichen Hand für Beseitigung von Altlasten. Die Syntex AG hat seit 1990 unerlaubt auf einem dem Kanton gehörenden Nachbargrundstück umweltschädliche Produkte gelagert." Auch der Betrag der Forderung wird nicht näher aufgeschlüsselt.

Der Gläubiger Peter Hauser, der selber mit einer Forderung von Fr. 30'000.- zugelassen ist, ist der Auffassung, dass der Konkursbeamte diese nicht näher begründete Forderung nicht hätte zulassen dürfen. Nach ihm besteht für diese Forderung auch keine rechtliche Grundlage. Schliesslich meint er, dass der Konkursbeamte als kantonaler Beamter betreffend die Zulassung einer Forderung des Kantons Zürich hätte in den Ausstand treten müssen.

Es ist mit einer Konkursdividende von 50 % zu rechnen.

### **4. Frage**

Was kann Peter Hauser unternehmen? (Soweit Rechtsmittel in Frage stehen, ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

## **4. Fall: Zuständigkeit/Verjährung**

Die Tixin AG mit Sitz in Zürich will gegenüber Peter Früh eine (vertragliche) Forderung von Fr. 100'000.- geltend machen. Die Forderung steht kurz vor der Verjährung (Eintritt der Verjährung in einem Monat). Peter Früh hält sich mehrheitlich im Tessin in Lugano auf. Er besitzt jedoch auch ein Haus in Zürich, das er etwa während 5 Monaten im Jahr bewohnt.

Die Tixin AG klagt zunächst im Tessin vor Ablauf der Verjährung. Peter Früh erhebt die Einrede der Unzuständigkeit. Da die Tixin AG es versäumt, die geeigneten Beweisanträge zu

stellen, und auch das Gericht keine weiteren Abklärungen unternimmt, kommt das Gericht zum Schluss, dass die Zuständigkeit nicht gegeben sei. Die Verjährungsfrist ist inzwischen abgelaufen.

Die Tixin AG akzeptiert die Entscheidung des Tessiner Gerichtes und reicht 10 Tage nach Zustellung des Entscheides in Zürich das Begehren um Durchführung einer Sühnverhandlung ein. Einen Monat nach Erhalt der Weisung erhebt die Tixin AG Klage vor dem Bezirksgericht Zürich. Peter Früh erhebt wiederum die Einrede der Unzuständigkeit.

Das Bezirksgericht Zürich kommt nach eingehenden Abklärungen und Abnahme der von den Parteien anbotenen Beweismittel zum Schluss, dass seine Zuständigkeit nicht gegeben sei. (Das Bezirksgericht Zürich hat die Entscheidung des Tessiner Gerichtes nicht gekannt).

### **5. Frage**

Hätte das Gericht in Zürich anders entscheiden müssen, wenn es die Entscheidung des Tessiner Gerichtes gekannt hätte?

### **6. Frage**

Wie ist die Rechtslage betreffend die Verjährung der Forderung, falls das Zürcher Gericht auf den Fall eintritt?

## **5. Fall: Rechtsmittel**

Franz Widmer, wohnhaft in Meilen, hat von der Firma Fertig Bau AG mit Sitz in Bülach ein Haus erstellen lassen. Fünf Jahre später verkauft Franz Widmer das Haus an Felix Muster. Felix Muster (nun wohnhaft in Meilen) verunfallt auf der sehr steilen Wendeltreppe schwer. Er erhebt gegen die Firma Fertig Bau AG Klage vor dem Bezirksgericht Meilen auf Bezahlung von Fr. 100'000.- Schadenersatz mit der Begründung, dass die Treppe einen Konstruktionsmangel aufweise. Das Bezirksgericht Meilen tritt auf die Klage ein.

Kurt Müller, ebenfalls wohnhaft in Meilen, hat vor einem Jahr ein Haus ähnlicher Bauart von der Firma Fertig Bau AG erstellen lassen. Ein halbes Jahr später verunfallt auch Kurt Müller auf einer ähnlich konstruierten Wendeltreppe. Da die Firma Fertig Bau AG auch gegenüber ihm jeden Mangel bei der Konstruktion der Treppe von sich weist, klagt auch er auf Bezahlung von Fr. 200'000.- Schadenersatz. Er erhebt seinen Klage vor dem Bezirksgericht Bülach, welches auf die Klage eintritt.

Auf Antrag der Firma Fertig Bau AG sistiert das Bezirksgericht Bülach das Verfahren bis zum Vorliegen des Urteils in Meilen. Kurt Müller wird dabei vorgängig nicht angehört.

Kurt Müller möchte gegen diese Entscheidung vorgehen. Er ist der Auffassung, dass der Entscheid nicht nur rechtlich falsch ist, sondern dass das Gericht auch in tatsächlicher Hinsicht von unrichtigen Annahmen ausgegangen sei. Nach ihm weisen die Wendeltreppen nicht dieselbe Konstruktion auf. Schliesslich hätte das Gericht den Entscheid auch nicht ohne seine Anhörung erlassen dürfen.

### **7. Frage**

Welche Rechtsmittel kann Kurt Müller ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

# Lösungsvorschlag

## Fall 1 (SchKG)

### Frage 1

Schuldner Sorg bezeichnet das Auto im Zusammenhang mit der Pfändung als Eigentum seiner Frau. Sowohl der Schuldner als auch Dritte können einen Drittanspruch anmelden (SchKG-Staehelin, N. 18 zu Art. 106). Der angemeldet Anspruch ist in der Pfändungsurkunde vorzumerken (Art. 106 Abs. 1 SchKG). Für die Frage, ob das Widerspruchsverfahren nach Art. 107 SchKG oder Art. 108 SchKG durchzuführen ist, kommt es auf die Gewahrsamsverhältnisse an. Vorliegend besteht Mitgewahrsam der Eheleute Sorg, so dass das Verfahren nach Art. 108 SchKG abzuwickeln ist. Den Gläubigern und dem Schuldner wird vom Betreibungsbeamten direkt eine Klagefrist von 20 Tagen angesetzt (Art. 108 Abs. 2 SchKG). Die Gläubiger Müller und Keller müssen die Klage gegen Frau Sorg richten. Obsiegen Müller bzw. Keller, so verbleibt das Auto in der Pfändung und kann verwertet werden. Der Drittanspruch kann einerseits mit zivilrechtlichen Gründen abgewehrt werden. Es muss aber ein konkreter Mangel, auf den sich auch der Schuldner berufen könnte, geltend gemacht werden können. Die Berufung auf die paulianische Anfechtung ist ebenfalls möglich und zwar auch im Rahmen des Widerspruchsverfahrens (vgl. z.B. Amonn /Gasser, Rz 55 zu § 24; Fritzsche/Walder II, Rz 9 zu § 65; BGE 115 III 142 lit. b). Voraussetzung ist, dass die Gläubiger bereits hier über einen provisorischen oder definitiven Verlustschein verfügen (Art. 185 Abs. 2 Ziff.1 SchKG). Alle drei Gläubiger haben (einstweilen) einen provisorischen Verlustschein aus der laufenden Betreibung: Müller und Meier, weil nach der mutmassliche Verwertungserlös nach der Schätzung des Betreibungsbeamten Fr. 15000.- betragen wird, obwohl zur völligen Befriedigung Fr. 16000.- erforderlich wären (Art. 115 Abs. 2 SchKG in Verb. mit Art. 112 Abs. 3 SchKG); Keller erst recht, weil er voraussichtlich nichts erhält. Müller und Keller können daher die Elemente der paulianischen Anfechtung ins Widerspruchsverfahren einführen. Entscheidend für sämtliche Erscheinungsformen (Art. 286 – 288 SchKG) ist, dass Frau Sorg für das Auto keinen marktgängigen Preis bezahlt hat.

### Frage 2

Gläubiger Müller und Meier bilden gemäss den Regeln von Art. 110 Abs. 1 SchKG eine (erste) Gläubigergruppe (Fortsetzungsbegehren von Meier innert 30 Tagen nach Vollzug der sog. Hauptpfändung). Gläubiger Keller, der das Fortsetzungsbegehren erst 1,5 Monate nach der Hauptpfändung stellt, gehört nicht mehr zu dieser Gruppe (Art. 110 Abs. 2 SchKG). Gemäss Art. 110 Abs. 3 SchKG kann eine bereits gepfändete Sache (nicht nur der geldwerte Überschuss) für eine spätere Gruppe bzw. einen späteren Einzelgläubiger nochmals gepfändet werden, wenn zu erwarten ist, dass die Verwertung einen Überschuss ergibt (Schätzung des Betreibungsbeamten). Ist kein oder nicht ausreichend zusätzliches Vermögen vorhanden, das für eine nachfolgende Gruppe bzw. einen Einzelgläubiger gepfändet werden könnte, ist das bereits für die erste Gruppe vorgepfändete Gut nochmals zu pfänden (vgl. SchKG-Jent-Sørensen, N. 60 zu Art. 110).

Folgende Verteilungsregeln sind zu beachten, wenn der Erlös nicht zur Deckung sämtlicher Gläubiger ausreicht: Gläubiger innerhalb der gleichen Gruppe sind gleich zu behandeln, wenn keine Privilegierung gemäss Art. 219 gegeben ist, worauf hier nichts hindeutet. Wären nur Müller und Meier vorhanden, so würde der Erlös im Verhältnis 6 zu 10 verteilt. Zwischen den

beiden Gruppen gilt: Erste Gruppe vor zweiter Gruppe: Keller, der nicht der gleichen Gruppe angehört, geht leer aus, wenn der Verwertungserlös nicht mehr als Fr. 16000 ergibt.

Bei Prozessführung durch die Gläubiger Müller und Keller:

- Meier, der der 1. Gruppe angehört, hat durch Unterlassen der Klage den Anspruch von Frau Sorg anerkannt (Art. 108 Abs. 3 SchKG).
- Verbleibt das Auto aufgrund der Prozessführung von Müller und Keller in der Pfändung und kann daher verwertet werden, so kann Meier aus dem Verwertungserlös nichts zukommen.
- Es stellt sich nun noch die Hauptfrage, wie Müller und Keller, die beide den Prozess geführt haben, zu befriedigen sind. Wird das Argument der Priorität der Gruppe oder dasjenige der gemeinsamen Prozessführung entscheidend gewichtet? In analoger Anwendung von BGE 63 III 119 ff. und BGE 39 I 270 ff., der im Konkurs ergangen ist, dürfte die Gruppenzugehörigkeit entscheidend sei. In BGE 39 I 270 f. ging es darum, dass ein Pfandgläubiger und ein sog. Chirographargläubiger gleichermassen das Pfandrecht eines durch die Konkursverwaltung kollozierten Pfandgläubigers anfechteten. Das Bundesgericht legte das entscheidende Gewicht nicht auf den "Belohnungseffekt" für gemeinsames Prozessieren, sondern favorisierte das Argument der Reihenfolge der Befriedigung in der Zwangsverwertung.
- Daher ist zuerst Müller vollumfänglich zu befriedigen (weil er der 1. Gruppe angehört und diese nach den Regeln über die Gruppenbildung zuerst befriedigt werden muss) und erst dann erhält Keller seine Forderung gedeckt. Für die Frage, ob der Überschuss an den Schuldner bzw. den Dritten geht vgl. SchKG-Staehelin, N. 31 zu Art. 109.

## **Fall 2: IZPR**

Im vorliegenden Fall liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Parteien haben ihre Sitze in verschiedenen Staaten. Die Streitsache liegt im Anwendungsbereich des LugÜ. Es handelte sich bei der Klage aus Werkvertrag um eine Zivilsache nach Art. 1 LugÜ. Entsprechend ist die Zuständigkeitsfrage auch nach dieser Rechtsgrundlage zu beantworten.

Lässt man die Klagerhebung der Design GmbH zunächst ausser Betracht, kann die Swatch SA in Neuchatel an ihrem Sitz gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und in Deutschland gestützt auf Art. 2 LugÜ klagen.

Begründung für Art. 5 Ziff. 1 LugÜ: Es handelt sich um einen vertraglichen Anspruch nach dieser Bestimmung (autonome Auslegung). Der Erfüllungsort bestimmt sich nach schweizerischem Recht. Die Parteien haben eine Rechtswahl nach Art. 116 IPRG getroffen. Nach Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 OR sind Geldschulden am Ort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat.

Begründung für Art. 2 LugÜ: Neben dem Gerichtsstand des Erfüllungsortes steht der Swatch SA auch der Gerichtsstand am Sitz der beklagten Partei zur Verfügung. Art. 2 bestimmt allerdings nur die sog. internationale Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit ist nach deutschem Recht zu beantworten.

Berücksichtigt man, dass die Design GmbH bereits Klage in München erhoben hat, ist zu prüfen, welche Konsequenzen sich hieraus für die Klage der Swatch SA für die Klageerhebung und/oder für den Gerichtsstand ergeben. Die Antwort ergibt sich aus Art. 21 in Verbin-

dung mit Art. 6 Ziff. 3 LugÜ. Nach der Praxis des EUGH liegt hier eindeutig eine identische Klage im Sinne von Art. 21 LugÜ vor. Es handelt sich um wechselseitige Klagen, von denen nur eine bestehen kann. Dies bedeutet: Die Swatch SA könnte zwar in der Schweiz am eigenen Sitz Klage erheben. Das Schweizer Gericht muss sich jedoch als unzuständig bezeichnen, sobald die Zuständigkeit des Gerichtes in Deutschland feststeht. Die Swatch SA ist somit gezwungen, ihre Klage als Widerklage in München gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 LugÜ geltend machen. Es handelt sich (selbstverständlich) um eine Klage aus dem selben Sachverhalt. Ein anderer Gerichtsstand steht nicht zur Verfügung.

### **Fall 3: Konkurs**

#### **Frage 4**

Peter Hauser hat die Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG betreffend der Zulassung der Forderung des Kantons Zürich über 100'000.- Entsorgungskosten gegen den Kanton Zürich zu erheben. Bei einer erfolgreichen gerichtlichen Anfechtung dieser Zulassung würde er erreichen, dass der Anteil des Kantons Zürich an der zur Verteilung gelangenden Konkursmasse herabgesetzt oder ganz aus dem Kollokationsplan weggewiesen wird. Er würde als erfolgreicher Kläger bis zur vollen Deckung seiner Forderung vorweg befriedigt. Ein allfälliger Überschuss würde nach Massgabe des berichtigten Kollokationsplanes an die übrigen Gläubiger verteilt. Der negative Kollokationsprozess würde vor dem Einzelrichter (§ 22 Ziff. 7 GVG) im beschleunigten Verfahren in Zürich (Art. 250 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 SchKG) stattfinden. Peter Hauser kann, da er selber mit seiner Forderung kolloziert ist (Legitimation gegeben), den Prozess innerhalb von 20 Tagen seit der öffentlichen Auflage des Kollokationsplanes anheben.

Bei der Eingabe des Kantons Zürich handelt es sich um eine Anmeldung einer bedingten Forderung nach Art. 210 Abs. 1 SchKG. Es ist unklar, was die Entsorgungskosten sind. Die Forderung wird somit zum vollen Betrag zugelassen (kolloziert), da mit der Durchführung des Konkursverfahrens, der Verwertung und Verteilung nicht zugewartet werden kann, bis die Entsorgungskosten feststehen. Es würde jedoch keine Auszahlung für diese Forderung erfolgen (Art. 264 III SchKG), bis die Bedingung (ob die Kosten überhaupt angefallen sind und wie hoch sie schlussendlich ausgefallen sind) erfüllt ist.

Bei Annahme, die Forderung des Kantons Zürich sei privatrechtlicher Natur (z.B. aus Nachbarrecht, Art. 684 ff. ZGB), so ist obenstehende Lösung korrekt. Bei Annahme, sie sei öffentlich-rechtlicher Natur (z.B. aus dem Umweltrecht), so wäre zuerst in einem Verwaltungsverfahren der Bestand und die Höhe der Forderung definitiv festzustellen, in welchem die Konkursmasse die Parteirolle des Schuldners inne hätte.

Als Rechtsmittel gegen den Entscheid des Einzelrichters (Sachurteil), ob der Kanton ZH mit 100'000.- kolloziert wird, ist die kantonale Berufung ans Obergericht (§ 43 Abs. 1 GVG) nach § 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO zu erheben. Der Streitwert entspricht bei der Kollokationsklage grundsätzlich dem mit der Klage höchstens erzielbaren Prozessgewinn, also dem Betrag der mutmasslichen Konkursdividende, die auf die angefochtene Forderung entfallen würde, also 50'000.-; da der Kläger auch die Konkursmasse vertritt und nicht nur eigene Interessen.

Gegen den Entscheid des Obergerichtes ist die Eidgenössische Berufung ans Bundesgericht zu erheben. Eine Zivilrechtsstreitigkeit ist gegeben, da der Richter materiell zur Kollokati-

onsstreitigkeit Stellung nimmt; er prüft Art, Bestand und Höhe der Forderung; daraus bestimmt sich dann in welchem Rang diese kolloziert wird und was man an der Verteilung erhalten wird.

Beschwerden nach Art. 17 ff. SchKG: Die Verletzung formeller Vorschriften (Verfahrensvorschriften) über die Art und Weise der Erstellung und der Auflage des Kollokationsplans sind mit der SchK-Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geltend zu machen.

Die Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG, weil der Konkursbeamte "ohne weitere Prüfung" die Forderung des Kantons Zürich zugelassen und kolloziert hat, ist gegeben. Dies ist nach Art. 244 i.V.m. 245 SchKG unzulässig. Der Konkursbeamte sollte mindestens die Erklärung des Schuldners zum Sachverhalt einholen (SchKG 244) und eine "summarische Prüfung" der Forderung vornehmen (beschränkte Untersuchungsmaxime).

Die Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG wegen Verletzung von Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 (ev. Ziff. 4) SchKG betreffend Verletzung der Ausstandspflicht des Konkursbeamten ist ebenfalls gegeben.

In einem SchK-Verfahren, an welchem der Kanton beteiligt ist, haben kantonale Beamte nicht schon deshalb in den Ausstand zu treten, weil sie Angestellte dieses (Mit-)Gläubigers sind. Eine Ausstandspflicht wäre höchstens dann anzunehmen, wenn ein besonders enges Verhältnis zwischen dem Beamten und der staatlichen Stelle, welche am SchK-Verfahren beteiligt ist, bestünde.

Der Instanzenzug sähe folgendermassen aus: Zuerst wäre Beschwerde ans Bezirksgericht (untere Aufsichtsbehörde), dann Beschwerde ans Obergericht (obere Aufsichtsbehörde) und zuletzt Beschwerde an die SchK-Kammer des Bundesgerichts zu erheben.

Für das Beschwerdeverfahren sind im Kanton Zürich die §§ 108-110 GVG massgeblich (§ 111 GVG) i.V.m. §11 EG SchKG. Vor Bundesgericht richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den entsprechenden Bestimmungen des SchKG und des OG, insbesondere Art. 81 OG. Beschwerdefristen sind vorliegend 10 Tage. Legitimiert ist Peter Hauser, da er in seinen rechtlich geschützten Interessen berührt ist.

Überschreiten oder Missbrauch des Ermessens fallen unter den Begriff der Bundesrechtsverletzung. Hingegen kann mit der Beschwerde an die SchK-Kammer des Bundesgerichts nicht die Unangemessenheit eines kantonalen Entscheides gerügt werden. Diese werden letztinstanzlich von der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde überprüft. Die Staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 OG und nicht Beschwerde an die SchK-Kammer des Bundesgerichts wäre zu erheben, sofern die Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör, EMRK-Rügen u.a. gerügt wird. Je nach Rügegrund (bei mehreren) sind auch beide Rechtsmittel zu ergreifen.

## **Fall 4: Zuständigkeit / Verjährung**

### **Frage 5**

1. Möglichkeit: Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. (Vgl. Frank/Sträuli/Messmer § 191 Rz 22 f.; Oscar Vogel 4 N 107; Walder-Richli § 7



Rz 19, siehe aber dazu Fussnote 16).

Falls somit das Gericht in Lugano zu Unrecht seine Zuständigkeit abgelehnt hat, so ist es nicht Aufgabe des Gerichtes in Zürich, sich zu Unrecht zuständig zu erklären. Die Tixin AG hätte in Lugano gegen den Entscheid (Unzuständigkeitsentscheid) des Tessiner Gerichts ein Rechtsmittel ergreifen müssen, bzw. muss nun die Klage nochmals neu in Lugano einreichen.

2. Möglichkeit: Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen in materielle Rechtskraft (bezüglich der in ihnen entschiedenen Punkte). (Vgl. Habscheid Rz 482; BGE 112 II 268 f. (in diese Richtung); Prof. Meier).

Da die Klage aufgrund der res iudicata nicht noch einmal in Lugano eingereicht werden kann (und die Rechtsmittelfrist gegen den Entscheid verstrichen ist), hätte das Gericht in Zürich (sofern es die Entscheidung im Tessin gekannt hätte) sich überlegen müssen, ob es (falls es sich ebenfalls für Unzuständig erklärt) angesichts des drohenden "Rechtsverlustes" der Tixin AG, nicht doch auf die Klage eintritt (Anspruch auf effektiven Rechtsschutz /Justizgewährungsanspruch), ansonsten die Tixin AG von einer formellen Rechtsverweigerung betroffen wäre.

3. Möglichkeit: Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen in materielle Rechtskraft (bezüglich der in ihnen entschiedenen Punkte). (siehe unter 2. Mögl.). Auch wenn Zürich den Tessiner Entscheid gekannt hätte, so müssen sie sich trotzdem nicht zu Unrecht zuständig erklären. Rechtsansprüche kann man durch eigene Fehler in einem Verfahren verlieren. Die Tixin AG hätte gegen den Entscheid des Gerichts in Lugano ein Rechtsmittel ergreifen müssen.

## **Frage 6**

Wenn eine Klage wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters zurückgewiesen wird, beginnt, falls die Verjährungsfrist unterdessen abgelaufen ist, eine neue Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung des Anspruches (Art. 139 OR). Darüberhinaus bestimmt Art. 34 Abs. 2 GestG, dass als Zeitpunkt der Klageanhebung das Datum der ersten Einreichung gilt, wenn eine Klage mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgewiesen und binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht wird. Der Begriff der Klageanhebung, nach welchem sich die Rechtzeitigkeit der Klageeinleitung beurteilt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Begriff des Bundesrechts. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- Ist die Klage ohne Sühnverfahren direkt beim erkennenden Gericht einzureichen, so sind innert Frist die für die Klageeinleitung notwendigen Handlungen vorzunehmen.
- Ist die Klage nach kantonalem Recht beim Sühnbeamten einzuleiten, so genügt dessen Anrufung innert der Frist, wenn entweder der Sühnbeamte die Streitsache mangels Aussöhnung der Parteien von Amtes wegen an das erkennende Gericht weiterzuleiten hat, oder wenn der Kläger den Streit innert bestimmter Frist vor den urteilenden Richter bringen muss und diese Frist eingehalten wird: eine solche Frist ist gegeben, wenn der Sühnausweis nur zeitlich beschränkt gültig bleibt. Dies ist im Kanton Zürich der Fall.

Es stellt sich nun die Frage, ob der bundesrechtliche Begriff der Klageanhebung auch für die Einhaltung der 30 Tage-Frist nach Art. 34 Abs. 2 GestG Geltung beansprucht, und wie das Verhältnis zwischen Art. 139 OR und Art. 34 Abs. 2 GestG zu beurteilen ist. Bei der Bewertung wurden alle vertretbaren Antworten/Lösungsansätze als gleichwertig betrachtet.

Die Forderung ist aber sowohl nach Art. 139 OR wie auch Art. 34 Abs. 2 GestG noch nicht verjährt.

## **Fall 5: Rechtsmittel**

### **Frage 7**

Der Sistierungsentscheid des Bezirksgerichts Bülach ist ein prozessleitender Entscheid, mit dem ein Verfahren eingestellt wird. Die kantonale Berufung fällt deshalb mangels Sachentscheid ausser Betracht. Zu prüfen ist der Rekurs nach § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. Der Streitwert ist gegeben, K. Müller ist legitimiert und beschwert. Der Rekurs ist innert zehn Tagen der Rekursinstanz schriftlich einzureichen (§ 276 Abs. 1 ZPO). Gegen den Rekursentscheid ist zuerst die bundesrechtliche Berufung zu prüfen. Es liegt kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG vor. Ebenso geht es beim Sistierungsentscheid nicht um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit nach Art. 49 OG. Zu prüfen wäre also ein Entscheid nach Art. 50 OG. Die erste Voraussetzung für die Anfechtung von "anderen" Zwischenentscheiden, dass sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann, ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die bundesrechtliche Berufung ist daher mangels Anfechtungsobjekt zu verneinen. Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde ist mangels Nichtigkeitsgrund zu verneinen. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen Rekursentscheide zulässig (§ 281 ZPO). Unter Rekursentscheiden sind nach den Gesetzesberatungen auch Rekursentscheide zu verstehen, die wegen eines prozessleitenden Entscheides ergangen sind (es wurde auch die gegenteilige Ansicht als richtige Lösung akzeptiert). Als Nichtigkeitsgründe kommt einerseits die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes nach Ziff. 1 in Betracht (Verletzung des rechtlichen Gehörs und von Art. 36 Abs. 1 GestG). Art. 36 Abs. 1 GestG behandelt in Zusammenhang stehende Klagen, d.h. die Streitgegenstände sind nicht identisch, stehen aber trotzdem in Zusammenhang. Die Prozesse sind grundsätzlich selbständig zu führen. Im Einzelfall kann es aber sinnvoll sein, den Ausgang des ersten Verfahrens abzuwarten. Eine Aussetzung ist nur zulässig, falls der Prozess vor dem ersten Gericht entsprechend weit fortgeschritten ist. Ein Sachzusammenhang liegt vor, wenn die mehreren Klagen auf dem gleichen sachlichen oder rechtlichen Grund beruhen. Andererseits kann eine willkürliche tatsächliche Annahme nach Ziff. 2 gerügt werden. Als letztes Rechtsmittel ist die staatsrechtliche Beschwerde zu prüfen. Nach Art. 87 Abs. 2 OG können selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die nicht eine Zuständigkeit oder ein Ausstandsbegehren betreffen, nur angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen. (Rügegründe wären allenfalls Willkür und die Verletzung des rechtlichen Gehörs).

# Korrekturschema

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

<b>Fall 1: SchKG</b>	
<b>1. Frage:</b> Wie hat der Betreibungsbeamte angesichts des behaupteten Verkaufes vorzugehen und welches sind die rechtlichen Möglichkeiten von Müller und Keller? ( <b>Maximal 6 Punkte</b> )	
• Vormerkung der Eigenumsansprache in der Pfändungsurkunde (Art. 106 Abs. 1 SchKG)	0.5
• Gesehen, dass Gewahrsamsverhältnisse abgeklärt werden müssen (Art. 107 und 108 Abs. 1 SchKG) (0.25, wenn Art. 108 ohne Begründung bejaht).	0.5
• Vorliegen des Mitgewahrsams bejaht (Art. 108 SchKG)	0.5
• Vorliegen des Alleingewahrsams von Schuldner bejaht (Art. 107 SchKG)	0
• Vorliegen des Alleingewahrsams von Frau Sorg bejaht (Art. 108)	0
• Klagefristansetzung an Müller und Keller durch das Betreibungsamt (Art. 108 Abs. 2 SchKG)	0.5
• Anhebung der Widerspruchsklage von Müller und Keller gegen Frau Sorg (Art. 108 Abs. 1 SchKG) (nur 0.25 wenn nicht ausdrücklich gesagt, gegen wen sich die Klage richtet bzw. 0, wenn falscher Beklagter)	0.5
• Bei Abhandlung des Verfahrens nach Art. 107 SchKG: Ansetzung der Bestreitungsfrist nach Art. 107 Abs. 2 SchKG. Nach erfolgter Bestreitung. Klage von Frau Sorg gegen Müller und Keller; (weniger, wenn Fehler bei der Verfahrensschilderung)	0.5
• Gesehen, dass konkrete Mängel geltend gemacht werden müssen; [weniger, wenn Antwort nur teilweise richtig oder überzeugend (0.25 bei Sittenwidrigkeit bzw. bei Nichtigkeit nach Art. 20 OR)]	0.5
• Anfechtungsklage erwähnt	0.5
• Gesehen, dass Anfechtungstatbestände hier im Rahmen des Widerspruchsverfahrens geltend gemacht werden können	2.0
• Gesehen, dass def. bzw. prov. Verluſtschein vorausgesetzt wird (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG)	0.5
• Gesehen, dass für alle Gläubiger bzw. dass im Falle von 115 Abs. 2 SchKG ein prov. Verluſtschein vorhanden: Weniger, (wenn die Antwort nur für einen oder zwei Gläubiger gegeben wurde bzw. wenn unklar ist, welche Gläubiger gemeint sind.)	1.0
• Resultat erfolgreicher Klage: Verwertung des Autos durch den BA; (weniger, wenn Antwort nur teilweise richtig.)	0.5
• Für besondere Ausführungen im Rahmen der Frage 1:	
• Ausführungen zur Gegenleistung des Kaufes (generell und nicht nur im Zusammenhang mit der Schenkungspauliana)	0.5
• An Kompetenzstücke gedacht	0.25
• An Pfändung des allenfalls noch ausstehenden Kaufpreises gedacht	0.25
• Einfache Streitgenossenschaft zwischen klagenden Gläubigern	0.25

- |   |      |
|---|------|
| • Beschwerde gegen Entscheid des Betreibungsbeamten betr. Gewahrsam bzw. Klagerollenzuweisung | 0.25 |
| • Besonderes zum Verhältnis Widerspruchs-/Anfechtungsklage                                    | 0.25 |
| • Art. 112 Abs. 3 SchKG gesehen   | 0.25 |
| • Berufung ans Bundesgericht  | 0.25 |

Die in der zweiten Spalte ausgesetzten Punkte für Teilantworten wurden addiert. Es konnten jedoch höchstens 6 Punkte erzielt werden.

**2. Frage:** Hätte ein Erfolg von Müller und Keller auch Auswirkungen auf die Rechtslage von Meier? (Maximal 4 Punkte)

- |  |     |
|--|-----|
| • Müller und Meier bilden eine (erste) Gläubigergruppe (Art. 110 Abs. 1 SchKG):  | 0.5 |
| • Keller gehört nicht zur ersten Gruppe (Art. 110 Abs. 2 SchKG):   | 0.5 |
| • Pfändung des sog. „Übererlöses“ für 2. Gruppe (Art. 110 Abs. 3 SchKG):. Keine Punkte, wenn Pfändung des „Übererlöses“ als unzulässig bezeichnet wurde.   | 0.5 |
| • Verteilung innerhalb einer Gläubigergruppe: Wenn Regel richtig dargestellt.: Weniger, wenn teilweise unrichtig oder zu wenig konkrete Ausführungen.  | 0.5 |
| • Verteilung zwischen den Gruppen: Befriedigung der 1. Gruppe (Müller und Meier), bevor der Überschuss an nachfolgende Gläubiger (Keller) geht:  | 0.5 |
| • Verteilung bei Prozessführung: Zuerst erfolgreich prozessführender Müller aus der 1. Gruppe, dann prozessführender Keller aus der 2. Gruppe. Meier erhält nichts (Anerkennung im Sinne von Art. 108 Abs. 3 SchKG): Weniger, wenn nicht explizit erwähnt ist, das Müller zuerst befriedigt wird/2.5). Weniger, wenn gesagt wird, der Überschuss gehe nach Befriedigung von Müller und Keller an Meier/2.0). | 3.0 |

NB: Bei Abhandlung dieser Frage einzig bezogen auf die paulianische Anfechtungsklage stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Gläubigergruppen nicht. Deshalb keine Punkte.

Die in der zweiten Spalte ausgesetzten Punkte für Teilantworten wurden addiert. Es konnten jedoch höchstens 4 Punkte erzielt werden.

## Fall 2: IZPR (Maximal 10 Punkte)

- Bejahung intern. Sachverhalt und Anwendung des LugÜ mit überzeugender Begründung. **1**
- Hinweis darauf, dass die Vereinbarung über das anwendbare Recht keine Gerichtsstandsvereinbarung sei. **0.5**
- Gerichtsstand des Sitzes in München vollständig geprüft (u.a. Anwendung des deutschen Rechts für örtliche Zuständigkeit). **0.5**
- Gerichtsstand des Erfüllungsortes für die Klage der Swatch SA mit überzeugender Begründung geprüft. **2**
- Gerichtsstand der Widerklage in München überzeugend geprüft. **1**
- Anwendung von Art. 22 LugÜ überzeugend geprüft (Begründung der Konnexität etc.). **2**
- Anwendung von Art. 21 LugÜ überzeugend geprüft (u.a. Rechtshängigkeit; Klageidentität; Besonderheit nach der Praxis des EUGH). **3**

(Bei insgesamt sehr überzeugender Behandlung von Fall 2 insbesondere bei eingehender Auseinandersetzung mit Art. 22/21 LugÜ werden zusätzliche Punkte bis Maximal 10 Punkte vergeben.)

Wer angenommen hat, es liege eine Gerichtsstandsvereinbarung vor, erhält hierfür maximal 0.5 Punkte bei zutreffenden Ausführungen zur Gerichtsstandsvereinbarung.

Keine Punktzahl wurde für die Prüfung folgender Gerichtsstände vergeben: Gerichtsstand der Niederlassung; Gerichtsstand für Verbraucherstreitigkeiten; zusätzliche Prüfung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes für die Klage der Design GmbH.)

## Fall 3: Konkurs (Maximal 10 Punkte)

**4. Frage:** Was kann Peter Hauser unternehmen? (Soweit Rechtsmittel in Frage stehen, ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

- **KOLLOKATIONSKLAGE** nach Art. 250 Abs. 2 SchKG gegen den Kanton Zürich (Wegweisungsprozess/negativer Kollokationsprozess gegen den Anspruch des Kantons Zürich auf Fr. 100'000.- Entsorgungskosten); **1.0**
- Peter Hauser kann bei erfolgreicher gerichtlicher Anfechtung der Zulassung des Kt. ZH im Kollokationsplan erreichen, dass der Anteil des Kantons an der zur Verteilung gelangenden Konkursmasse herabgesetzt oder ganz (aus dem Kollokationsplan) weggewiesen wird. Als erfolgreicher Kläger wird er bis zur vollen Deckung seiner Forderung (nochmals 15'000.-) vorweg befriedigt. Der Überschuss wird nach Massgabe des berichtigten Kollokationsplans an alle anderen Gläubiger verteilt. **0.5**
- Örtl. Zuständigkeit: Zürich (Konkursort SchKG 250 i.V.m. SchKG 46 II). **0.25**
- Sachl. Zuständig: Einzelrichter im beschleunigten Verfahren (GVG § 22 Ziff. 7). **0.25**
- Frist: 20 Tage von der öff. Auflage des Koll.planes (SchKG 250 I) an. **0.25**
- Legitimation: Peter Hauser ist selber mit seiner Forderung (30'000.-) kolloziert. **0.25**
- Art. 210 SchKG: Bedingte Forderung: Bei der Eingabe des Kt. ZH handelt es sich um die Anmeldung einer bedingten Forderung nach Art. 210 Abs. 1 SchKG. (Da unklar ist, was die Entsorgungskosten wird. Die Forderung wird zum vollen Betrag zugelassen (kolloziert), da mit der Durchführung des Konkursverfahrens, der Verwertung und Verteilung nicht zugewartet werden kann, bis die Entsorgungskosten feststehen. Es würde aber keine Auszahlung erfolgen (Verteilung nach SchKG 264 III), bis die Bedin- **1.5**

<p>gung erfüllt ist).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Unterscheidung, ob die Forderung des Kt. ZH privatrechtlicher Natur (z.B. Nachbarrecht Art. 684 ff. ZGB) oder öffentlich-rechtlicher Natur (Umweltrecht) ist, und falls ja, ob dann nicht zuerst in einem Verwaltungsverfahren festgestellt werden muss, in welchem die Konkursmasse die Parteirolle des Schuldners innehat, wie hoch die Forderung ist.</li> </ul>	0.5
<p><b>Rechtsmittel:</b> (Gegen den Entscheid (Sachurteil), ob der Kt. ZH mit 100'000.- kolloziert wird)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Der Streitwert entspricht bei der Kollokationsklage grundsätzlich dem mit der Klage höchstens erzielbaren Prozessgewinn, also dem Betrag der mutmasslichen Konkursdividende, die auf die angefochtene Forderung entfallen würde, also 50'000.-; da der Kläger auch die Konkursmasse vertritt und nicht nur eigene Interessen.</li> </ul>	0.5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kantonale Berufung ans Obergericht (§ 43 Abs. 1 GVG) nach § 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. (Prüfung der Voraussetzungen und Begründung erforderlich)</li> </ul>	1.0
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Eidgenössische Berufung ans Bundesgericht. (Prüfung der Voraussetzungen und Begründung erforderlich). Zivilrechtsstreitigkeit gegeben, da der Richter materiell zur Kollokationsstreitigkeit Stellung nimmt; er prüft Art, Bestand und Höhe der Forderung; daraus bestimmt sich dann in welchem Rang diese kolloziert wird und was man an der Verteilung erhalten wird; betr. Klage mit Reflexwirkung aufs materielle Recht.</li> </ul>	
<p><b>BESCHWERDEN:</b> Die Verletzung formeller Vorschriften (Verfahrensvorschriften) über die Art und Weise der Erstellung und der Auflage des Kollokationsplans sind mit der SchK-Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geltend zu machen.</p>	0.5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG, weil der Konkursbeamte „ohne weitere Prüfung“ die Forderung des Kantons Zürich kolloziert, unzulässig nach Art. 244/245 SchKG.</li> </ul>	0.5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Der Konkursbeamte sollte mindestens die Erklärung des S zum Sachverhalt einholen (SchKG 244) und eine „summarische Prüfung“ der Forderung vornehmen (beschränkte Untersuchungsmaxime). Beschwerde inhaltlich berechtigt. (Begründung wichtig).</li> </ul>	0.5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG wegen Verletzung von Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 (ev. Ziff. 4) SchKG wegen Verletzung der Ausstandspflicht.</li> </ul>	0.5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• In einem SchK-Verfahren, an welchem der Kanton beteiligt ist, haben kantonale Beamte nicht schon deshalb in den Ausstand zu treten, weil sie Angestellte dieses (Mit-)Gläubigers sind. Eine Ausstandspflicht wäre höchstens dann anzunehmen, wenn ein besonders enges Verhältnis zw. dem Beamten und der staatlichen Stelle, welche am SchK-Verfahren beteiligt ist, bestünde.</li> </ul>	0.25 0.25 0.25
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Instanzenzug: Beschwerde ans Bezirksgericht (untere Aufsichtsbehörde) Beschwerde ans Obergericht (obere Aufsichtsbehörde) Beschwerde an die SchK-Kammer des Bundesgerichts</li> </ul>	0.25
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zum Beschwerdeverfahren: Im Kanton Zürich sind die §§ 108-110 GVG massgeblich (§ 111 GVG) i.V.m. § 11 EG SchKG. Vor Bundesgericht richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den entsprechenden Bestimmungen des SchKG und des OG, insbesondere Art. 81 OG. Beschwerdefristen sind vorliegend 10 Tage. Legitimiert ist Peter Hauser, da er in seinen rechtlich geschützten Interessen berührt ist.</li> </ul>	0.25

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Überschreiten oder Missbrauch des Ermessens fallen unter den Begriff der Bundesrechtsverletzung. Hingegen kann mit der Beschwerde an die SchKK des Bundesgerichts nicht die Unangemessenheit eines kantonalen Entscheides gerügt werden. Diese werden letztinstanzlich von der oberen kant. Aufsichtsbehörde überprüft. Begründung erforderlich, inwieweit bei der „Ausstandsbeschwerde betreffend Befangenheit“ und bei der „Beschwerde wegen ungenügender Prüfung der Konkursforderung bei der Eingabe durch den Beamten“ Ermessensfragen / bzw. Ermessensüberschreitung oder Bundesrechtsverletzungen (und somit überprüfbar durch SchKK) eine Rolle spielen.</li> <li>• Staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 OG und nicht Beschwerde an die SchKK des Bundesgerichts, sofern die Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, der Anspruch auf rechtliches Gehör, EMRK-Rügen u. a. gerügt wird. Je nach Rügegrund (bei mehreren) sind auch beide Rechtsmittel zu ergreifen.</li> </ul>	<b>0.25</b>
--	-------------

<p><b>Fall 4: Zuständigkeit/Verjährung</b></p>	
<p><b>5. Frage:</b> Hätte das Gericht in Zürich anders entscheiden müssen, wenn es die Entscheidung des Tessiner Gerichtes gekannt hätte? (<b>Maximal 5 Punkte</b>)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>1. Möglichkeit:</u> Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. (Vgl. Frank/Sträuli/Messmer § 191 Rz 22 f.; Oscar Vogel 4 N 107; Walder-Richli § 7 Rz 19, siehe aber dazu Fussnote 16). Falls somit das Gericht in Lugano zu Unrecht seine Zuständigkeit abgelehnt hat, so ist es nicht Aufgabe des Gerichtes in Zürich, sich zu Unrecht zuständig zu erklären. Die Tixin AG hätte in Lugano gegen den Entscheid (Unzuständigkeitsentscheid) des Tessiner Gerichtes ein Rechtsmittel ergreifen müssen, bzw. muss nun die Klage nochmals neu in Lugano einreichen.</li> </ul>	<b>4.0</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>2. Möglichkeit:</u> Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen in materielle Rechtskraft (bezüglich der in ihnen entschiedenen Punkte). (Vgl. Habscheid Rz 482; BGE 112 II 268 f. (in diese Richtung); Prof. Meier). Da die Klage aufgrund der res iudicata nicht noch einmal in Lugano eingereicht werden kann (und die Rechtsmittelfrist gegen den Entscheid verstrichen ist), hätte das Gericht in Zürich (sofern es die Entscheidung im Tessin gekannt hätte) sich überlegen müssen, ob es (falls es sich ebenfalls für Unzuständig erklärt) angesichts des drohenden „Rechtsverlustes“ der Tixin AG, nicht doch auf die Klage eintritt (Anspruch auf effektiven Rechtsschutz / Justizgewährungsanspruch), ansonsten die Tixin AG von einer formellen Rechtsverweigerung betroffen wäre.</li> </ul>	<b>4.0</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>3. Möglichkeit:</u> Die Entscheide über die Zuständigkeit erwachsen in materielle Rechtskraft (bezüglich der in ihnen entschiedenen Punkte). (siehe unter 2. Mögl.). Auch wenn Zürich den Tessiner Entscheid gekannt hätte, so müssen sie sich trotzdem nicht zu Unrecht zuständig erklären. Rechtsansprüche kann man durch eigene Fehler in einem Verfahren verlieren. Die Tixin AG hätte gegen den Entscheid des Gerichtes in Lugano ein Rechtsmittel ergreifen müssen.</li> <li>• Eine richtige Ausführung der obigen Möglichkeiten ergibt 4 Punkte. Mehrere (zwei oder alle) richtige Ausführungen der obengenannten Möglichkeiten ergibt das Maximum von 5 Punkten.</li> </ul>	<b>4.0</b>

<p><b>6. Frage:</b> Wie ist die Rechtslage betreffend die Verjährung der Forderung, falls das Zürcher Gericht auf den Fall eintritt? (<b>Maximal 5 Punkte</b>)</p>	
--	--

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nach Art. 139 OR beginnt für die Geltendmachung des Anspruches eine neue Frist von 60 Tagen, falls die Klage wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters zurückgewiesen und die Verjährungsfrist unterdessen abgelaufen ist.</li> </ul>	<b>1.5</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nach Art. 34 Abs. 2 GestG gilt als Zeitpunkt der Klageanhebung das Datum der ersten Einreichung, wenn eine Klage wegen örtlicher Zuständigkeit zurückgezogen oder zurückgewiesen und binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht wird.</li> </ul>	<b>1.5</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Der Begriff der Klageanhebung, nach welchem sich die Rechtzeitigkeit der Klageeinleitung beurteilt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Begriff des Bundesrechts. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ist die Klage ohne Sühnverfahren direkt beim erkennenden Gericht einzureichen, so sind innert Frist die für die Klageeinleitung notwendigen Handlungen vorzunehmen.</li> <li>- Ist die Klage nach kantonalem Recht beim Sühnbeamten einzuleiten, so genügt dessen Anrufung innert der Frist, wenn entweder der Sühnbeamte die Streitsache mangels Ausöhnung der Parteien von Amtes wegen an das erkennende Gericht weiterzuleiten hat, oder wenn der Kläger den Streit innert bestimmter Frist vor den urteilenden Richter bringen muss und diese Frist eingehalten wird: eine solche Frist ist gegeben, wenn der Sühnausweis nur zeitliche beschränkt gültig bleibt.</li> </ul> </li> </ul>	<b>1.25</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Der bundesrechtliche Begriff der Klageanhebung ist insbesondere vom kantonrechtlichen Begriff des Eintritts der Rechtshängigkeit zu unterscheiden: Rechtshängigkeit nennt man die Anhängigkeit der Klage beim Gericht von einem bestimmten Zeitpunkt an.</li> </ul>	<b>0.25</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Diskussionspunkt: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gilt der bundesrechtliche Begriff der Klageanhebung auch für Art. 34 Abs. 2 GestG</li> <li>- Unterschied / Verhältnis zwischen Art. 139 OR und Art. 34 Abs. 2 GestG</li> </ul> </li> </ul>	<b>0.5</b>

### **Fall 5: Rechtsmittel (Maximal 10 Punkte)**

**7. Frage:** Welche Rechtsmittel kann Kurt Müller ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

	<b>0.5</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Die kantonale Berufung nach § 259 ZPO ist zu verneinen, da kein Sachentscheid vorliegt.</li> </ul>	<b>0.75</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rekurs nach § 271 ZPO geprüft (Streitwert, Legitimation, Beschwer Form und Frist) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfechtungsobjekt ist ein prozessleitender Entscheid</li> <li>- mit dem ein Verfahren eingestellt wird (§ 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO)</li> </ul> </li> </ul>	<b>1</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bundesrechtliche Berufung: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Es handelt sich um einen prozessleitenden Entscheid und nicht um einen Endentscheid nach Art. 48 OG.</li> </ul> </li> </ul>	<b>0.75</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Es liegt kein anfechtbarer Zwischenentscheid über eine Zuständigkeit nach Art. 49 OG vor.</li> </ul>	<b>0.5</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Nach Art. 50 Abs. 1 OG können andere Zwischenentscheide nur mit Berufung angefochten werden, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein so bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann. Dies ist im vorliegenden Falle zu verneinen.</li> </ul>	<b>0.5</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde ist mangels Nichtigkeitsgrund zu verneinen.</li> </ul>	<b>0.75</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Rekursentscheid</li> <li>- Nichtigkeitsgründe nach Ziff. 1:</li> </ul> </li> </ul>	<b>1.25</b>
	<b>0.75</b>
	<b>0.75</b>



<ul style="list-style-type: none"> <li>* Verletzung von Art. 36 Abs. 1 GestG (mit Ausführungen)</li> <li>* Verletzung des rechtlichen Gehörs</li> <li>- Ziff. 2: Willkürliche tatsächliche Annahme</li> <li>• Staatsrechtliche Beschwerde: Ein selbständig eröffneter Vor- oder Zwischenentscheid über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren liegt nicht vor (Art. 87 Abs. 1 OG). Nach Art. 87 Abs. 2 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide nur zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher zu verneinen (zu rügen gewesen wäre allenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und Willkür).</li> </ul>	<b>1.5</b>
---	------------

## Notenskala

Note	Punkte
3	13
3.5	17
4	21
4.5	25
5	29
5.5	33
6	37

Gerundete Note	ab x Punkten
2	3
2.5	7
3	11
3.5	15
4	19
4.5	23
5	27
5.5	31
6	35