

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 4. September 2006

Prof. Isaak Meier

1. Fall

Die Müller AG mit Sitz in Winterthur hat bei der Maschinen AG mit Sitz in Zürich eine Verpackungsanlage für Fr. 100'000.- gekauft. Da die Anlage – wenigstens nach Meinung der Müller AG – nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechend funktioniert, fordert die Müller AG die Rückzahlung des Kaufpreises und die Bezahlung von Schadenersatz von Fr. 200'000.-, weil sie einzelne Kundenaufträge nicht ausführen konnte. Die Maschinen AG verweigert jede Bezahlung, da nach ihrer Meinung die Maschine bei richtiger Bedienung einwandfrei funktioniert.

Die Müller AG erhebt schliesslich beim zuständigen Gericht eine Klage mit folgendem Rechtsbegehren: „Es sei die Beklagte zu verpflichten, den nach Beurteilung und Ermessen des Gerichtes festzusetzenden Forderungsbetrag zu bezahlen.“

Das Gericht setzt hierauf der Müller AG Frist zur Bezifferung des Klagebegehrens an, mit der Androhung, dass es sonst auf die Klage nicht eintrete.

Wichtig: Für die Lösung des Falles können Sie annehmen, dass das Bezirksgericht den Fall beurteilt.

Frage 1.1

Kann die Müller AG gegen die genannte Fristansetzung mit Erfolg Rechtsmittel ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

Der Prozess wird schliesslich bis zum Beweisverfahren weitergeführt. Vor Abschluss des Beweisverfahrens kommt das Gericht zum Schluss, dass die Klage auf jeden Fall im Umfang von Fr. 100'000.- (Rückforderung des Kaufpreises) gutzuheissen ist. Die Schadenersatzforderung macht jedoch eine weitere Abnahme von Beweisen notwendig. Es fällt deshalb betreffend diesen Betrag von Fr. 100'000.- einen separaten Entscheid. Betreffend Schadenersatz wird das Verfahren weitergeführt.

Frage 1.2

Die Maschinen AG möchte gegen den separaten Entscheid Rechtsmittel ergreifen. (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

2. Fall

Elisabeth Miller und Georg Warren, beide wohnhaft in Boston (USA), haben geschäftliche Beziehungen und verkaufen in der ganzen Welt Liegenschaften.

Gegen Georg Warren wird in Zürich für eine von einem US-Gericht rechtskräftig beurteilte Forderung von 1 Mio. Fr. Arrest gelegt. Arrestobjekte sind Guthaben und Wertschriften im Gesamtwert von 1,2 Mio. Fr. beim Hauptsitz der CS in Zürich. Arrestgläubigerin ist die INIT Ltd. mit Sitz in Delaware (USA). Der Arrest wird mit einem Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung und dem Fortsetzungsbegehren erfolgreich prosequiert und die Arrestgegenstände werden für die INIT Ltd. gepfändet.

Als Elisabeth Miller in diesem Stadium von diesem Verfahren erfährt, ist sie sehr beunruhigt. Nach ihrer Meinung stehen einzelne der fraglichen Wertpapiere in ihrem Eigentum. Im Wei-

teren schuldet ihr Georg Warren aus verschiedenen Geschäften einen Betrag von Fr. 600'000.-. Frau Miller befürchtet, dass Georg Warren keine weiteren namhaften Aktiven mehr besitzt.

Frage 2

Frau Miller fragt Sie als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt um Rat, was sie zum Schutz ihrer Ansprüche unternehmen könne und wie sie vorzugehen habe?

3. Fall

Über die Müller AG wird der Konkurs eröffnet. Die Aktiven reichen zur Bezahlung der Kosten für das summarische Verfahren und für ca. 70% der privilegierten Forderungen. Wenige Tage vor Konkurseröffnung zahlte die Bank AG in Absprache mit der Müller AG die Löhne der letzten vier Monate im Umfang von Fr. 40'000.- von Rita Heller und Fritz Kunz. Beide waren leitende Angestellte der Müller AG und entschieden im Allgemeinen selbständig. Bei wichtigen Entscheiden mussten sie sich jedoch mit dem Verwaltungsratspräsidenten absprechen. Als Gegenleistung für die Bezahlung der Löhne liess sich die Bank die entsprechenden Lohnforderungen abtreten. Die Transaktion war notwendig, weil Rita Heller und Fritz Kunz sonst nicht bereit gewesen wären, an einer Auffanggesellschaft mitzuwirken.

Die Bank AG meldet im Kollokationsverfahren (unter anderem) die genannten Forderungen an und macht dabei ein Erstklassprivileg geltend. Das Konkursamt nimmt die Forderungen entsprechend in den Kollokationsplan auf.

Ein anderer Arbeitnehmer, Peter Hess, und ein Gläubiger, die Transport AG, möchten gegen die Zulassung dieser Forderungen etwas unternehmen.

Frage 3.1

Mit welchen Argumenten können Peter Hess und die Transport AG gegen die Zulassung der betreffenden Forderungen allenfalls vorgehen?

Frage 3.2

In welchem Verhältnis zueinander stehen Peter Hess und die Transport AG bei ihrem Vorgehen gegen die Zulassung dieser Forderungen?

Frage 3.3

Unter der Annahme, dass Peter Hess und die Transport AG mit ihren Rechtsschritten Erfolg haben: Welches sind die Rechtsfolgen für Peter Hess und die Transport AG?

4. Fall

Wir nehmen an, dass Sie Rechtsberater der FIFA und des Schweizerischen Fussballverbandes (SFV), beides Vereine nach ZGB mit Sitz in Zürich (FIFA) und Bern (SFV), sind, die zusammen die EM 2008 in der Schweiz und Österreich organisieren. Dabei werden Sie gebeten, zu folgenden Fragen ein Kurzgutachten zu erstellen:

Frage 4.1: Kurzgutachten zu einer Gerichtsstandsklausel

Die FIFA und der SFV möchten sicherstellen, dass sämtliche Streitigkeiten wegen TV-Übertragungsrechten, Werbung und Vermarktung der Tickets in der Schweiz vom Zürcher Handelsgericht beurteilt werden. Sie möchten deshalb in den Verträgen mit allen Partnern im In- und Ausland folgende Klausel aufnehmen:

„Für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist das Zürcher Handelsgericht zuständig.“

Frage 4.2: Kurzgutachten zu einer Schiedsklausel

Als Alternative zu einer Gerichtsstandsklausel überlegen sich die FIFA und der SFV auch folgende Vertragsklausel:

„Für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist ein von der FIFA eingesetztes Schiedsgericht zuständig.“

(Hinweis: Die Annahmen betreffend die FIFA und den SFV sind für diesen Fall getroffen worden und entsprechen nicht unbedingt der Wirklichkeit.)

Lösungsvorschlag

Wichtig: Bei diesem Lösungsvorschlag geht es primär um die Beantwortung der konkreten Fragen und nicht darum zu zeigen, wie ein Fall in der Prüfung betreffend Umfang und Tiefe der Begründung gelöst werden muss.

Lösung Fall 1

Frage 1.1

1. Allgemeines

1.1. Entscheidart

Die vorliegende gerichtliche Fristansetzung stellt einen *prozessleitenden Entscheid* dar. Diese Entscheide dienen der Fortführung des Verfahrens¹. Entscheidende Instanz war das *Bezirksgericht*; es war nach Sachverhalt zuständig.

1.2. Möglicher Rügegrund

Die von der Müller AG vorgebrachte Rüge ist, dass eine *unbezifferte Forderungsklage* zuzulassen sei. Bei Forderungsklagen dürfen die Kantone ein beziffertes Rechtsbegehren verlangen². Unbezifferte Klagen sind jedoch nach Bundesrecht in folgenden Fällen zulässig³: Wenn dies nach Bundesrecht ausdrücklich vorgesehen ist, im Fall von nicht ziffernmässig nachweisbarem Schaden oder Nachteilen, wenn erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung geben kann sowie im Fall einer Stufenklage. Zudem ist eine Partei gemäss ungeschriebenem Bundesrecht von der Bezifferung einer Klage enthoben, wenn ihr dies bei Einleitung der Klage nicht zumutbar ist⁴.

I.c. wird auf Rückzahlung eines Kaufpreises sowie auf Zahlung von Schadenersatz geklagt. Der Schaden ist hierbei u.U. ziffernmässig nicht nachweisbar. Die Verletzung von Bundesrecht könnte demnach gerügt werden.

2. Mögliche Rechtsmittel:

2.1. Kantonal:

Kantonale Berufung ist nicht zulässig, weil kein Vor-, Teil- oder Endurteil vorliegt (ZPO 259 Ziff. 1 und GVG 155).

¹ Vogel/Spühler Kap. 7 N 93.

² Vogel/Spühler Kap. 7 N 5a, mit Hinweis auf BGE 116 II 219.

³ Vogel/Spühler Kap. 7 N 5b ff., mit Hinweis auf BGE 116 II 219.

⁴ Skriptum Prof. Meier, ZPR 2005/2006, S. 86

Rekurs nach ZPO 271 Ziff. 1 – 3 ist nicht zulässig, weil es am erforderlichen Anfechtungsobjekt fehlt. Prozessleitende Entscheide sind in den in ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 4 abschliessend aufgezählten Fällen mit Rekurs anfechtbar. Im vorliegenden Fall ist aber keiner dieser Fälle gegeben, weshalb kein Rekurs ergriffen werden kann.

Es stellt sich die Frage, ob die **kantonale Nichtigkeitsbeschwerde** zulässig ist. Für die Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO § 281 fehlt ein taugliches Anfechtungsobjekt (Vor-, Teil- oder Endentscheid). Nach § 282 ZPO können prozessleitende Entscheide auch selbständig angefochten werden, sofern ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht oder ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann.

Letzteres Erfordernis könnte gegeben sein mit folgender Begründung: Zwar würde, wenn der prozessleitende Entscheid aufgehoben würde, das Verfahren fortschreiten und weder Zeit noch Kosten könnten erspart werden. Aber möglicherweise würde ohne Aufhebung des prozessleitenden Entscheids aller Voraussicht nach auf Nichteintreten erkannt und dieser Nichteintretensentscheid müsste in einem u.U. weitläufigen Rechtsmittelverfahren angefochten werden. So gehen Frank/Sträuli/Messmer⁵ davon aus, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn eine spätere Rückweisung des Endentscheids an die Vorinstanz wesentlich mehr Zeit und Kosten verursachen würde, als wenn diese Frage vorab durch Nichtigkeitsbeschwerde erledigt wird. Ob auf eine Nichtigkeitsbeschwerde mit dieser Begründung im konkreten Fall eingetreten würde, bleibt aber ungewiss.

Ein „schwer wiedergutzumachender Nachteil“ i.S.v. § 282 Ziff. 1 ZPO muss rechtlicher Natur sein; „gemeint ist ein Nachteil, der durch einen dem Nichtigkeitskläger günstigen Endentscheid nicht mehr oder nicht mehr vollständig behoben werden kann“⁶. Ein solcher Nachteil ist in der vorliegenden Situation kaum denkbar: Die Bezifferung durch die Müller AG ist ohne Nachteile möglich (insbes. wenn eine sicher alle Ansprüche umfassende Bezifferung gewählt wird, oder durch die Angabe eines Mindestbetrages). Auch ein Nichteintreten würde keinen Rechtsverlust und daher keinen rechtlichen Nachteil für die Müller AG bewirken, da sie Rechtsmittel dagegen ergreifen oder eine neue Klage erheben könnte.

Zum Schluss ist festzuhalten, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde im Allgemeinen gegen eine – selbst wenn mit einer ungesetzlichen Androhung verbundenen – Fristansetzung nicht zulässig ist, weil der Nachteil erst durch den Endentscheid erwächst⁷.

Zulässige Beschwerdegründe nach § 281 ZPO sind die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme sowie Verletzung klaren materiellen Rechts. I.c. könnte allenfalls die Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes (Zulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage) geltend gemacht werden. Frist und Form sind zu beachten (§§ 287, 288 ZPO), die Legitimation ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens gegeben.

Rechtsverweigerungsbeschwerde nach GVG § 108 ist nicht möglich, da keine Weigerung eines Gerichts zur Vornahme einer gebotenen Amtshandlung vorliegt. Rechtsverzögerung ist nicht anzunehmen, da kein ungerechtfertigter Aufschub einer Amtshandlung vorliegt⁸.

⁵ N 6a zu § 282.

⁶ Frank/Sträuli/Messmer N 5 zu § 282.

⁷ Frank/Sträuli/Messmer N 7 zu § 282.

⁸ Vgl. Hauser/Schweri § 108 N 12 f.

2.2. Rechtsmittel ans Bundesgericht:

2.2.1. Nach OG:

Für die *bundesrechtliche Berufung* ist vorliegend ein taugliches Anfechtungsobjekt zu verneinen. Für prozessleitende Entscheide könnte allenfalls Art. 50 Abs. 1 OG einschlägig sein. Ein selbständiger Zwischenentscheid liegt vor, wenn das Gericht nicht nur eine stillschweigende Annahme trifft, sondern sich explizit äussert⁹. Dies ist i.c. zu bejahen. Das Erfordernis, dass durch den bundesgerichtlichen Entscheid sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden könnte, liegt i.c. aber nicht vor. Das Bundesgericht selbst müsste einen Endentscheid herbeiführen können, nicht nur durch eine entsprechende Rückweisung¹⁰. Eine Berufung ist also nicht zulässig.

Auch für eine *staatsrechtliche Beschwerde* liegt kein taugliches Anfechtungsobjekt vor: Der nach Art. 87 Abs. 2 OG geforderte nicht wieder gutzumachende Nachteil ist im vorliegenden Fall nicht gegeben (vgl. oben). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts müsste ein aktuell drohender Nachteil rechtlicher Natur vorliegen, der auch durch einen dem Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden kann; eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens allein genügt nicht¹¹.

2.2.2. Nach BGG:

Zur Zulässigkeit der *Beschwerde in Zivilsachen* stellt sich die Frage des Vorliegens eines tauglichen Anfechtungsobjekts. Einschlägig könnte Art. 93 BGG sein, denn es liegt möglicherweise ein Zwischenentscheid der dort genannten Art vor. Nach BGG 93 Abs. 1 lit. a muss der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Ein solcher Nachteil liegt i.c. nicht vor (vgl. oben). Nach Art. 93 lit. b BGG ist Voraussetzung, dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen würde. Würde die Beschwerde gutgeheissen, so wäre der Fristansetzungsentscheid als aufgehoben zu betrachten. Das Verfahren würde fortschreiten, ohne dass die Müller AG ihr Rechtsbegehren beziffern müsste. Ein Endentscheid könnte damit aber nicht sofort herbeigeführt werden. Demnach ist kein taugliches Anfechtungsobjekt für die Beschwerde in Zivilsachen gegeben.

Die Zulässigkeit der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* ist in Art. 113 ff BGG geregelt. Per Verweis in Art. 117 BGG sind auch hier die Einschränkungen von Art. 90 – 94 zu beachten. Demnach ist auch für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kein taugliches Anfechtungsobjekt vorhanden.

3. Fazit:

Es ist kein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid zulässig. Möglicherweise und mit guter Begründung könnte eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach § 282 Ziff. 2 ZPO als zulässig erachtet werden.

⁹ Vogel/Spühler Kap. 13 N 151.

¹⁰ Spühler/Vock S. 120, dortige Fn 673.

¹¹ Spühler/Vock S. 138; Messmer/Imboden S. 195; Geiser/Münch, 2. Aufl., N 2.17.

Frage 1.2

1. Allgemeines

1.1. Entscheidart:

Es handelt sich um einen *Teilentscheid in der Sache*, d.h. um einen Entscheid, der das Verfahren in der betreffenden Instanz für einen Teil der Streitsache beendet¹². Nach zürcher Terminologie handelt es sich um ein *Teilurteil* (vgl. GVG 155). Entscheidende Instanz war das nach Sachverhalt zuständige *Bezirksgericht*.

1.2. Mögliche Rügegründe:

Der Rügegrund ist durch den Sachverhalt nicht konkret vorgegeben. Möglich sind:

- Es sei unzulässig, einen Teilentscheid zu fällen (Verstoss gegen kantonales Prozessrecht).
- Durch das Zusprechen von 100'000.- sei materielles Bundesrecht verletzt worden.
- Verletzung von Bundesverfassungsrecht durch willkürliche Anwendung kantonalen Rechts.
- Unrichtige Sachverhaltsfeststellung.

2. Mögliche Rechtsmittel:

2.1. Kantonale Berufung:

Berufung ist u.a. zulässig gegen Vor-, Teil- und Endurteile der Bezirksgerichte (ZPO 259 Ziff. 1). I.c. liegt ein *Teilurteil* eines Bezirksgerichts vor, weshalb die *Berufung* an das Obergericht zulässig ist. Es handelt sich um ein ordentliches Rechtsmittel mit voller Kognition¹³. Daher können sämtliche Rügegründe, insbesondere also sowohl Verletzungen kantonalen Rechts wie Bundesrechtsverletzungen vorgebracht werden.

Die Maschinen AG ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens zur *Berufung* legitimiert. Die *Berufung* ist innert 10 Tagen bei der ersten Instanz in schriftlicher Form zu erklären, § 261 Abs. 1 ZPO. Berufungsinstanz ist das Obergericht, § 43 Abs. 1 GVG.

Übrige kantonale Rechtsmittel müssen – ausgehend von der ersten Instanz – nicht geprüft werden, da die *Berufung* zulässig ist und alle Rügen mit diesem Rechtsmittel vorzubringen sind¹⁴.

2.2. Weiterzug vom Obergericht ans Kassationsgericht:

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde steht nicht zur Verfügung, falls nur Fragen gerügt werden, die das Bundesgericht mit freier Kognition prüfen kann; Falls auch oder ausschliesslich Fragen gerügt werden, bei denen das Bundesgericht keine freie Kognition hat, muss für diese Frage zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden (ZPO 285 Abs. 2).

¹² Vogel/Spühler Kap. 7 N 95; vgl. auch Guldener S. 242.

¹³ Vogel/Spühler Kap. 13 N 72.

¹⁴ Frank/Sträuli/Messmer § 259 N 19.

2.2.1. Nach OG:

Art. 43 Abs. 1 OG bestimmt die zulässigen Rügegründe der eidg. Berufung. Mit Berufung kann demnach geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge. Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ist die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten. Die staatsrechtliche Beschwerde ist zulässig wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, Konkordaten, Staatsverträgen sowie bundesrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften (Art. 84 Abs. 1 OG).

Sofern auch oder ausschliesslich Fragen gerügt werden sollen, die nicht nach OG 43 Abs. 1 bzw. 84 Abs. 1 durch das Bundesgericht zu überprüfen sind, kann für diese Fragen zunächst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden. Also ist z.B. für die Rüge der unrichtigen Tatsachenfeststellung sowie der unrichtigen Anwendung kantonalen Prozessrechts zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen.

„*Spaltung des Rechtsweges*“: Sofern sowohl durch die Nichtigkeitsbeschwerde zu rügende als auch vom Bundesgericht in freier Kognition zu beurteilende Fragen gerügt werden sollen, sind eidg. Berufung und kant. Nichtigkeitsbeschwerde zugleich anzustrengen¹⁵. Das Bundesgericht wird sein Verfahren sistieren (Art. 57 Abs. 1 OG), bis das letztinstanzliche kantonale Gericht entschieden hat.

Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (gleich wie nach BGG): Beschwerdeobjekt sind u.a. Teilentscheide (ZPO 281). Dies ist i.c. gegeben. Zulässige Beschwerdegründe sind die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme sowie Verletzung klaren materiellen Rechts. Aufgrund der Subsidiarität gem. ZPO 285 Abs. 2 kommen die Rügen der Verletzung eines kantonalen Verfahrensgrundsatzes und der unrichtigen tatsächlichen Annahme in Betracht. Frist und Form sind zu beachten (§§ 287, 288 ZPO), die Legitimation ist als Partei gegeben. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist für diese Rügen demnach zulässig.

2.2.2. Nach BGG:

Art. 95 BGG bezeichnet die Rügegründe der Beschwerde: Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über politische Rechte sowie interkantonalem Recht.

Sofern auch oder ausschliesslich Fragen gerügt werden sollen, die nicht nach BGG 95 durch das Bundesgericht zu überprüfen sind, kann für diese Fragen zunächst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden. Also ist z.B. für die Rüge der unrichtigen Tatsachenfeststellung sowie der unrichtigen Anwendung kantonalen Prozessrechts zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen (vgl. BGG 75).

Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde: Beschwerdeobjekt sind (u.a.) Teilentscheide (ZPO 281), was i.c. gegeben ist. Zulässige Beschwerdegründe sind neben der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes auch eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme sowie die Verletzung klaren materiellen Rechts. Aufgrund der Subsidiarität gem. ZPO 285 Abs. 2 kommen die Rügen der Verletzung eines kantonalen Verfahrens-

¹⁵ Frank/Sträuli/Messmer § 285 N 19.

grundsatzes und der unrichtigen tatsächlichen Annahme in Betracht. Frist und Form sind zu beachten (§§ 287, 288 ZPO), die Legitimation ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens gegeben. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist für diese Rügen demnach zulässig.

2.3. Weiterzug ans Bundesgericht:

2.3.1. Nach OG:

Eidg. Berufung: Art. 43 Abs. 1 OG bestimmt die zulässigen Rügegründe der eidg. Berufung: Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge. I.c. ist der Rügegrund im Sachverhalt nicht ausdrücklich angegeben; insbesondere könnte die unrichtige Anwendung des Kaufvertragsrechts geltend gemacht werden.

Das Streitwertfordernis für Zivilstreitigkeiten beträgt nach OG 46 Fr. 8'000.-. Ohne Zweifel liegt i.c. eine Zivilsache vor. Ebenfalls ein Streitiges Rechtsverhältnis. Die Streitwertgrenze ist bei weitem überschritten. Daher sind diese Voraussetzungen vorliegend gegeben.

Anfechtungsobjekt: Teilentscheide sind i.d.R. nicht berufungsfähig¹⁶. Es ist zu prüfen, ob ein „anderer Vor- und Zwischenentscheid der in Art. 48 Abs. 1 und 2 OG bezeichneten Instanzen“ i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OG vorliegt. Die Praxis lässt die Anfechtung von Teilurteilen zu, wenn über Begehren entschieden wurde, die zum Gegenstand eines separaten Prozesses hätten gemacht werden können und deren Beurteilung für den Entscheid über die anderen Begehren präjudiziell ist; Zudem müssen die Voraussetzungen von OG 50 Abs. 1 (Möglichkeit der sofortigen Herbeiführung eines Endentscheides sodass ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann und damit die gesonderte Anrufung des Bundesgerichtes gerechtfertigt erscheint.) gegeben sein¹⁷.

Hier ist je nach Sachlage zu unterscheiden:

- (A) Geht man davon aus, dass die Rückforderung des Kaufpreises allenfalls deshalb nicht geschuldet ist, weil ein für den Rest des Verfahrens präjudizieller Umstand vorliegt (z.B. Nichtigkeit des Vertrages, weshalb auch kein vertraglicher Schadenersatz zu bezahlen wäre), so ist die eidg. Berufung als zulässig zu erachten. Denn mit der gesonderten Beurteilung könnte im Falle der Aufhebung des Entscheides allenfalls zugleich über das Schadenersatzbegehren entschieden werden.
- (B) Ist die Beurteilung des Rückforderungsanspruchs aber nicht präjudiziell und kann dadurch auch keine sofortige Herbeiführung eines Endentscheides bewirkt werden (z.B. falls behauptet wird, der Kaufpreis sei nicht zurückzuerstatten, weil er nie bezahlt wurde), so ist die bundesrechtliche Berufung nicht zulässig.

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (OG 54 Abs. 1). Die Form ist einzuhalten (OG 55). Die Legitimation ist für die Maschinen AG als Partei des vorderrichterlichen Verfahrens zweifelsohne gegeben¹⁸.

¹⁶ Spühler/Vock S. 118 f.

¹⁷ Geiser/Münch, 2. Aufl. N 4.28; vgl. auch Spühler/Vock S. 119.

¹⁸ Vogel/Spühler Kap. 13 N 177.

Fazit: Die eidg. Berufung ist zulässig, wenn von der präjudiziellen Bedeutung der Beurteilung des im Teilurteil enthaltenen Gegenstandes ausgegangen wird. In diesem Fall ist die staatsrechtliche Beschwerde nur für Rügen zulässig, die mit der eidg. Berufung nicht geltend gemacht werden können, z.B. willkürliche Anwendung kantonalen Rechts (Subsidiarität gem. OG 84 Abs. 2).

Staatsrechtliche Beschwerde (*Weiterzug des kassationsgerichtlichen Entscheids*): Mit dieser kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bürger, von Konkordaten, Staatsvertragsrecht sowie bundesrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften geltendgemacht werden (OG 84 Abs. 1 lit. a – d). I.c. ist der Rügegrund im Sachverhalt nicht ausdrücklich angegeben; insbesondere könnte die willkürliche Anwendung kantonalen Prozessrechts geltend gemacht werden.

Es stellt sich die Frage, ob ein taugliches *Anfechtungsobjekt* nach Art. 87 Abs. 2 OG gegeben ist. Dieser lautet: „Gegen andere selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist die staatsrechtliche Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können“. Dieser Nachteil muss rechtlicher Natur sein und auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid nicht mehr behoben werden können¹⁹. Ein solcher Nachteil muss dann nicht gegeben sein, wenn zugleich zur staatsrechtlichen Beschwerde eine – nach Art. 50 OG zulässige – eidg. Berufung gegen einen letztinstanzlichen Zwischenentscheid erhoben wird²⁰. Wird im vorliegenden Fall also zugleich Berufung und staatsrechtliche Beschwerde ergriffen und geht man von der Zulässigkeit der Berufung aus, so ist auch ein taugliches Anfechtungsobjekt für eine staatsrechtliche Beschwerde gegeben. Andernfalls müsste ein Nachteil der beschriebenen Art vorliegen. Ein solcher liegt i.c. vor, denn mit dem Teilurteil wird über einen Teil der Begehren endgültig entschieden; diese werden im Endentscheid nicht mehr geändert, weshalb auch ein günstiger Endentscheid die Nachteile des Teilurteils nicht mehr beheben könnte. Ein taugliches Anfechtungsobjekt ist also auch in diesem Fall gegeben.

Die Beschwerdelegitimation (OG 88) ist gegeben, da die Maschinen AG Partei des vorderrichterlichen Verfahrens war und der angefochtene Entscheid sie als Adressatin persönlich betrifft. Die Frist beträgt 30 Tage ab Eröffnung des kantonalen Entscheids (OG 89 Abs. 1). Die Formvorschriften sind zu beachten (Art. 90 OG).

Fazit: Die staatsrechtliche Beschwerde ist also zulässig.

2.3.2. Nach BGG:

Es ist die **Beschwerde in Zivilsachen** zu prüfen: Eine Zivilsache ist ohne Zweifel gegeben (BGG 72). Die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- (BGG 74 Abs. 1 lit. b) ist überschritten. Letztinstanzlichkeit nach BGG 75 Abs. 1 ist gegeben, sofern nur der Weiterzug an das Bundesgericht in Frage kommt oder die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen worden ist. Die Beschwerdelegitimation nach BGG 76 Abs. 1 lit. a und b ist vorhanden.

Teilentscheide sind nach Art. 91 lit. a BGG anfechtbar, wenn durch sie nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, und wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt

¹⁹ Geiser/Münch, 2. Aufl., N 2.17; vgl. auch Messmer/Imboden S. 195.

²⁰ Geiser/Münch, 2. Aufl., N 2.18.

werden können. Hier ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Rückforderung des Kaufpreises unabhängig von einer Schadenersatzforderung beurteilt werden kann (vgl. oben).

Art. 95 BGG bezeichnet die zulässigen Rügegründe: Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über politische Rechte sowie interkantonalem Recht. I.c. ist der Rügegrund im Sachverhalt nicht ausdrücklich angegeben; insbesondere könnte die unrichtige Anwendung des Kaufvertragsrechts geltend gemacht werden.

Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (BGG 100 Abs. 1). Die Formvorschriften sind zu beachten (Art. 42 BGG).

Fazit: Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

Die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* ist unzulässig, da sie gem. BGG 113 nur ergriffen werden kann, wenn die Einheitsbeschwerde unzulässig ist.

Lösung Fall 2

Frage 2

Arrest und Pfändung der INIT Ltd.

Es wurde für eine Forderung von Fr. 1 Mio. der INIT Ltd. Arrest gelegt. Die Arrestobjekte, Vermögenswerte von Georg Warren, haben einen Gesamtwert von Fr. 1.2 Mio. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass sowohl bei der Arrestlegung, als auch bei der nachfolgenden Pfändung die gesetzlichen Vorschriften eingehalten wurden. SchKG 275 verweist unter anderem auf SchKG 97II. Demnach wird nur soviel verarrestiert resp. gepfändet, wie für die Deckung der Forderung notwendig ist. Zwar haben die Arrestobjekte einen Gesamtwert von Fr. 1.2 Mio., sie wurden aber nicht im vollen Umfang verarrestiert resp. gepfändet.

Geltendmachen der Forderungen von Fr. 600'000.-

1. Arrest (SchKG 271ff.)

1.1. Vorbemerkung

Eine einstweilige Verfügung nach Zivilprozessrecht ist nicht möglich, wo das Bundesrecht den Arrest vorsieht (Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, S. 404, BV 122, SchKG 38 und 271). Die Vollstreckung von Geldforderungen kann nur mit dem Arrest nach SchKG gesichert werden. Frau Miller will die Vollstreckung der Fr. 600'000.- sichern. Einstweilige Massnahmen nach Zivilprozessrecht kommen deshalb nicht in Frage. Um sich möglichst schnell genügend Vollstreckungs-substrat zur Deckung ihrer Forderungen zu erhalten, wäre es für Frau Miller am besten, wenn sie Arrest auf die Bankguthaben resp. die Wertschriften des Georg Warren bei der CS in Zürich legen könnte.

Der Arrest ist auch an schon gepfändeten Vermögenswerten möglich. In diesem Fall ist SchKG 281 nicht anwendbar. Der Arrestgläubiger nimmt an der Pfändung teil, wenn er innert der 30tägigen Frist von SchKG 110I das Fortsetzungsbegehren stellt (BGE 101 III 78). I.c. wird dies mindestens im Umfang von Fr. 400'000.- nötig sein. Bis zum Betrag von Fr. 200'000.- könnte Frau Miller Arrest an ungepfändeten Vermögenswerten verlangen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

1.2. Arrestbegehren (SchKG 272I)

Das Arrestbegehren kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Es reicht, wenn mit dem Arrestbegehren glaubhaft gemacht wird, dass die Voraussetzungen für den Arrest vorliegen. Das Gericht muss anhand plausibler Darstellung und liquider Beweise von deren Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überzeugt sein. Gegebenenfalls bewilligt es den Arrest (SchKG 272I).

1.2.1. Arrestforderung (SchKG 272I.1)

Der Gläubiger hat glaubhaft zu machen, dass die Forderung, für die Arrest gelegt werden soll, besteht. Die Arrestforderung muss fällig sein und darf nicht pfandgesichert sein (SchKG 271I Einleitungssatz). Der Sachverhalt enthält keine Hinweise darauf, dass diese Voraussetzungen nicht gegeben sind. Frau Miller kann das Bestehen einer Arrestforderung glaubhaft machen.

1.2.2. Arrestgegenstand (SchKG 272I.3)

Als Arrestgegenstand kommt alles in Frage, was auch pfändbar wäre. Arrestgegenstände müssen rechtlich dem Schuldner zustehen (Amonn/Walther, S. 405). Da die INIT Ltd. dasselbe

Guthaben und dieselben Wertschriften bei der CS in Zürich sowohl verarrestieren als auch pfänden konnte, ist davon auszugehen, dass diese Erfordernisse gegeben sind.

Die Arrestgegenstände müssen genau bezeichnet werden. Ist dies nicht möglich, wie z.B. bei Bankguthaben, reicht eine Beschreibung allgemein der Gattung nach (Gattungsarrest, Stoffel in Staehelin Adrian, Bauer Thomas, Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N. 29 zu SchKG 272).

Frau Miller kann glaubhaft machen, dass das Bankguthaben und die Wertschriften des Georg Warren bei der CS in Zürich, verarrestierbare Vermögensgegenstände sind.

Frau Miller verlangt mit Vorteil Arrest für Fr. 400'000.- an schon gepfändeten Vermögenswerten durch die INIT Ltd. und für Fr. 200'000.- am übrigen Vermögen des Georg Warren bei der CS in Zürich. Dies, damit Georg Warren auch über diesen Betrag nicht mehr verfügen kann.

1.2.3. Arrestgrund (SchKG 272I.2 und 271I)

Die Arrestgründe sind in SchKG 271I umschrieben. Hinweise darauf, dass einer der Tatbestände von SchKG 271I.1-3 erfüllt sein könnte, gibt es im Sachverhalt nicht. Elisabeth Miller besitzt auch keinen Verlustschein gegen Georg Warren (SchKG 271I.5).

Näher zu prüfen bleibt deshalb der Arrestgrund des Auslandwohnsitzes gemäss SchKG 271I.4. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Schuldner im Ausland wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist und die Forderung einen genügenden Bezug zur Schweiz hat oder auf einem Urteil oder einer Schuldanerkennung beruht. Georg Warren, der Schuldner, hat Wohnsitz in Boston (USA). Ein anderer Arrestgrund liegt nicht vor. Ein genügender Bezug zur Schweiz besteht, wenn der Gläubiger Wohnsitz in der Schweiz hat oder wenn ein Anknüpfungspunkt nach IPRG (z.B. Zuständigkeit der Schweizer Gerichte, Erfüllungsort oder Arbeitsort in der Schweiz) gegeben ist. Der Sachverhalt enthält nichts, was die Annahme eines ausreichenden Binnenbezugs begründen liesse. Dieser wird insbesondere nicht durch den Lageort der Vermögenswerte allein hergestellt (Kommentar SchKG III, Stoffel, N. 87 zu SchKG 271). Dass Frau Miller ihre Forderungen bereits gerichtlich geltend gemacht hat und damit über ein vollstreckbares gerichtliches Urteil verfügt, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

Unter einer Schuldanerkennung i.S.v. SchKG 82I werden öffentliche und private Urkunden verstanden, nach deren Inhalt es der Wille des Schuldners ist, vorbehaltlos und unbedingt eine bestimmte Geldsumme zu bestimmter Zeit an den Gläubiger zu bezahlen oder als Sicherheit zu leisten (Amonn/Walther, S. 129). Private Urkunden müssen die Unterschrift des Schuldners oder seines Vertreters tragen. Als Schuldanerkennung kommen auch schriftliche Verträge in Frage. Bei zweiseitigen Verträgen besteht die zusätzliche Voraussetzung, dass der Schuldner vorleistungspflichtig ist oder wenn Zug um Zug erfüllt werden muss, dass der Gläubiger seine Leistung mindestens gehörig angeboten hat (Walder Hans Ulrich, Jentsørensens Ingrid, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. Aufl., Zürich 1997, S. 36).

Georg Warren schuldet Elisabeth Miller gemäss Sachverhalt Fr. 600'000.- aus verschiedenen Geschäften. Herr Warren und Frau Miller haben geschäftliche Beziehungen. Hinweise auf Vertragsurkunden gehen aus dem Sachverhalt nicht hervor. Dennoch ist es unüblich, dass Geschäfte in der Höhe von Fr. 600'000.- ohne schriftliche Verträge abgewickelt werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Frau Miller zumindest im Besitze einer privaten schriftlichen Urkunde i.S.v. SchKG 82I ist. In Bezug auf zweiseitige Verträge lässt, der Sachverhalt nicht darauf schliessen, dass sie ihre Leistung nicht mindestens gehörig angeboten hat. Frau Miller wird es aus diesem Grund gelingen, den in SchKG 271I.4 genannten Arrestgrund glaubhaft zu machen.

1.2.4. Fazit

Frau Miller kann glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen für den Ausländerarrest gemäss SchKG 271I.4 gegeben sind.

1.3. Bewilligung des Arrests (SchKG 272I)

1.3.1. Örtliche Zuständigkeit

Georg Warren und Elisabeth Miller haben Wohnsitz in Boston (USA). Frau Miller will über das Guthaben und die Wertschriften von Georg Warren in der Schweiz Arrest legen lassen. Es liegen ein qualifizierter Auslandsbezug und damit ein internationaler Sachverhalt vor. Die örtliche Zuständigkeit ist nach den Regeln des internationalen Zivilprozessrechts zu bestimmen. Der allfällige Hauptsachenbeklagte, Georg Warren, hat seinen Wohnsitz in den USA und nicht in einem Vertragsstaat des LugÜ. Das LugÜ ist räumlich-persönlich nicht anwendbar (LugÜ 2I). LugÜ 16.5 ist für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit nicht massgebend, weil Frau Miller noch kein Urteil hat, welches sie vollstrecken lassen will (Meier Isaak, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, S. 185). Gemäss h.L. wird der Arrest nicht von IPRG 10 erfasst. Es wird stillschweigend von der Anwendung von SchKG 272 zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ausgegangen (Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, S. 154). Zuständig ist demnach der Richter am Ort der zu verarrestierenden Vermögenswerte.

Die Wertschriften sind in einem Depot der CS in Zürich physisch vorhanden. Forderungen werden am Wohnort des Forderungsgläubigers verarrestiert. Hat dieser Wohnsitz im Ausland, wird der Sitz des Drittschuldners herangezogen (BGE 114 III 31). Georg Warren ist Forderungsgläubiger in Bezug auf die Bankguthaben. Er hat Wohnsitz in Boston (USA). Die CS ist Schuldnerin des Guthabens gegenüber Georg Warren. Sie ist demnach Drittschuldnerin im obigen Sinne. Sowohl die Wertschriften als auch das Bankguthaben sind in Zürich belegen. Zuständig für den Erlass des Arrestbefehls ist folglich das Gericht in Zürich.

1.3.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht (SchKG 23). Frau Miller will Vermögensgegenstände, die in Zürich belegen sind verarrestieren lassen. Im Kanton Zürich ist für die Verfügung des Arrests der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig (ZPO 213.11, 17 und GVG 23I).

1.3.3. Arrestbefehl (SchKG 274I)

Da Frau Miller die Voraussetzungen für den Arrest glaubhaft machen kann, bewilligt der Arrestrichter den Arrest und erlässt den Arrestbefehl. Dieser enthält die bei SchKG 274II aufgezählten Angaben.

1.4. Arrestvollzug

Der Arrest wird durch das Betreibungsamt analog den Regeln über die Pfändung vollzogen (SchKG 275) und die Arresturkunde ausgestellt (SchKG 276).

Für Frau Miller werden Guthaben und Wertschriften von Georg Warren bei der CS in Zürich verarrestiert. Fr. 400'000.-, die bereits für die INIT Ltd. gepfändet sind und weitere Fr. 200'000.-.

2. Arrestprosequierung

Ein Gläubiger, der nicht schon vor der Bewilligung des Arrests den Schuldner betrieben oder gegen ihn geklagt hat, muss dies innert zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde tun (SchKG 279I).

2.1. Klageweise Geltendmachung der Forderungen von Fr. 600'000.-

2.1.1. Zuständigkeit und Klageeinleitung

Wie unter 1.3.1. ausgeführt liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das LugÜ ist räumlich-persönlich nicht anwendbar. Es liegt kein Fall von LugÜ 16.5 vor, weil es sich um ein Erkenntnisverfahren handelt. Die Bestimmung des Gerichtsstandes erfolgt nach IPRG. Für den Fall, dass kein anderer Gerichtsstand in der Schweiz gegeben ist, sieht IPRG 4 zur Prosequierung des Arrests den Arrestort als Gerichtsstand vor. I.c. ist kein anderer Gerichtsstand nach IPRG gegeben, deshalb sind die schweizerischen Gerichte am Arrestort zuständig. Der Arrestort ist Zürich (vgl. 1.3.1.). Die Gerichte in Zürich sind örtlich zuständig für die Klage von Frau Miller zur Prosequierung des Arrests. Sachlich zuständig ist das Bezirksgericht, weil der Streitwert Fr. 600'000.- beträgt (ZPO 17I i.V.m. GVG 31.1).

Der Prozess wird im ordentlichen Verfahren geführt. Die Klage ist aufgrund der Frist von zehn Tagen ohne Sühnverfahren einzuleiten (SchKG 279I, ZPO 104 lit. c). Davon, dass die übrigen Prozessvoraussetzungen (Partei- und Prozessfähigkeit, Form, Rechtsschutzinteresse, usw.) gegeben sind, ist auszugehen. Sofern Frau Miller den Prozess gehörig einleitet (ZPO 108), wird das Gericht auf die Klage eintreten.

2.1.2. Beurteilung der klageweisen Geltendmachung der Forderungen

Die Guthaben und Wertschriften von Georg Warren bei der CS in Zürich haben einen Gesamtwert von Fr. 1.2 Mio. Vermögenswerte im Umfang von 1 Mio. wurden bereits für die INIT Ltd. gepfändet. Der Arrest von Frau Miller kann an Vermögenswerten von höchstens Fr. 200'000.- begründet werden, die nicht schon von der INIT Ltd. gepfändet sind. Die restlichen Fr. 400'000.- betreffen Wertschriften resp. Guthaben, die von der INIT Ltd. gepfändet sind. Bis der Prozess von Frau Miller entschieden ist und sie das Urteil vollstrecken lassen kann, werden die entsprechenden Vermögenswerte für die INIT Ltd. verwertet worden sein.

In Bezug auf die Fr. 200'000.-, die nicht gepfändet sind, müsste Frau Miller ebenfalls noch die Vollstreckung anstreben, also eine Betreuung einleiten (es gilt die Frist von SchKG 279IV). Das kann sie auch ohne Gerichtsurteil.

Es ist für Elisabeth Miller nicht sinnvoll ihre Forderungen klageweise geltend zu machen. Sie riskiert Vollstreckungssubstrat zu verlieren resp. eine längere Verfahrensdauer.

2.2. Arrestprosequierung durch Betreuung auf Pfändung

2.2.1. Betreuungsort

Als Betreuungsort kommt nur der Arrestort (SchKG 52) in Frage. Der Arrestort ist in Zürich (vgl. 1.3.1.). Frau Miller kann in Zürich das Betreibungsbegehren stellen.

2.2.2. Vorgehen bis zum Fortsetzungsbegehren

Frau Miller kann den Arrest durch Einleiten der Betreuung auf Pfändung prosequieren. Sie hat innert zehn Tagen das Betreibungsbegehren zu stellen (SchKG 279I und 67). Gegen einen Rechtsvorschlag des Schuldners hat der Gläubiger wiederum innert zehn Tagen vorzugehen (SchKG 279II). Das Fortsetzungsbegehren ist vom Gläubiger innert zehn Tagen nach Beseitigung des Rechtsvorschlages oder wenn kein Rechtsvorschlag erhoben worden ist, zehn Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls zu stellen (SchKG 279III und 88). Die Betreuung wird je nach der Person des Schuldners auf dem Weg der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt (SchKG 279III). Wenn kein Tatbestand von SchKG 39ff. erfüllt ist, wird die Betreuung auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt (SchKG 42I).

Frau Miller hat zehn Tage nach Beseitigung des Rechtsvorschlages resp. nach Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren zu stellen. Die Betreuung wird auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt.

2.2.3. Pfändung resp. Anschlusspfändung und Verwertung

Gläubiger, die innert 30 Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung das Fortsetzungsbegehren stellen, nehmen an dieser Pfändung teil (SchKG 110I). Dies gilt auch für Arrestgläubiger, die sich einer für einen anderen Arrestgläubiger vollzogenen Pfändung anschliessen wollen (Jent-Sørensen in Staehelin Adrian, Bauer Thomas, Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N. 32 zu SchKG 110). Fr. 400'000.-, welche für Frau Miller verarrestiert worden sind, sind schon durch die INIT Ltd. gepfändet. Fraglich ist, ob sie sich bezüglich dieses Betrags der Pfändung zu Gunsten der INIT Ltd. anschliessen kann. Die 30 Tage Frist ist für Frau Miller knapp. Immerhin könnte sie, falls der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt und dieser durch provisorische Rechtsöffnung (SchKG 82f., die Schuldanererkennung i.S.v. SchKG 82I wurde oben bejaht, vgl. 1.2.3.) beseitigt wird, sofort die provisorische Pfändung verlangen (SchKG 83) und somit an der Pfändung der INIT Ltd. gemäss SchKG 110I teilnehmen.

Gläubiger, die erst nach der 30 Tage Frist gemäss SchKG 110I das Fortsetzungsbegehren stellen, bilden weitere Pfändungsgruppen mit gesonderter Pfändung (SchKG 110II).

Stellt Frau Miller nach Ablauf der 30 Tage Frist das Fortsetzungsbegehren (in der Praxis wahrscheinlicher), so kann sie sich der Pfändung der INIT Ltd. nicht anschliessen. Sie begründet eine weitere Pfändungsgruppe, für die eine neue Hauptpfändung vorgenommen wird. Es wird nicht die Pfändung der INIT Ltd. ergänzt. Die Pfändung für Frau Miller kann auch Vermögenswerte erfassen, die zu Gunsten der INIT Ltd. gepfändet sind, allerdings nur im Umfang eines allfälligen Überschusses (SchKG 110III). Für die Forderung der INIT Ltd. von 1 Mio. wurden Guthaben und Wertschriften des Georg Warren in diesem Umfang gepfändet. Einen Überschuss gibt es nicht. Für Frau Miller können demnach nur Vermögenswerte von Georg Warren bei der CS in Zürich im Umfang von Fr. 200'000.- gepfändet werden. Diesen Betrag erhält sie nach der Verwertung (SchKG 116ff.) und der Verteilung (SchKG 144ff.). Die Forderungen von Frau Miller bleiben im Umfang von Fr. 400'000.- ungedeckt. Ein Verlustschein wird nicht ausgestellt (Kommentar SchKG II, Huber, N. 4 zu SchKG 149). Das Betreibungsamt, welches die Arrestgegenstände liquidiert kann nicht bestätigen, dass der Schuldner, Georg Warren, über keine weiteren Vermögenswerte mehr verfügt.

Stellt Frau Miller das Fortsetzungsbegehren vor Ablauf der 30 Tage Frist, nimmt sie an der Pfändung der INIT Ltd. teil. Frau Miller ist im Umfang von 400'000.- Arrestgläubigerin an Vermögenswerten, die für die INIT Ltd. gepfändet sind. Sie nimmt mit Forderungen in der Höhe von Fr. 400'000.- an der Pfändung der INIT Ltd. teil. Da es sich um die Liquidation von Arrestgegenständen handelt kommt es nicht zu einer Ergänzungspfändung (Kommentar SchKG II, Jent-Sørensen, a.a.O.). Die Pfändungsurkunde wird angepasst (SchKG 113). Das Verwertungsbegehren kann von der INIT Ltd. oder von Elisabeth Miller gestellt werden (SchKG 117I, 116). Nach der Verwertung kommt es zur Verteilung (SchKG 144). Reicht der Verwertungserlös nicht zur Befriedigung aller Gläubiger, erstellt das Betreibungsamt einen Kollokationsplan (SchKG 146I). Die Gläubiger erhalten den Rang gemäss SchKG 219 (SchKG 146II). Die INIT Ltd. und Frau Miller sind Gläubiger derselben Klasse. Sie haben deshalb unter sich gleiches Recht (SchKG 219 und 220I). Dies bedeutet, dass die 1 Mio. unter sie anteilmässig aufgeteilt wird, also im Verhältnis 10:4. 0.71 Mio. fallen auf die INIT Ltd., 0.29 Mio. auf Elisabeth Miller. Für die ungedeckten Fr. 110'000.- erhält Frau Miller keinen Verlustschein. Die Fr. 200'000.-, die nicht zugleich für die INIT Ltd. gepfändet sind, werden nur für Frau Miller gepfändet und verwertet. Dieser Betrag steht ihr alleine zu.

2.3. Fazit

Frau Miller prosequiert den Arrest mit Vorteil durch Betreibung auf Pfändung. Kann sie innert 30 Tagen seit der Pfändung der INIT Ltd. das Fortsetzungsbegehren stellen, bleiben Fr. 110'000.- ungedeckt, ansonsten Fr. 400'000.-. Es wird Frau Miller kein Verlustschein ausgestellt.

Beanspruchten der von der INIT Ltd. gepfändeten Wertpapiere (Widerspruchsverfahren)

1. Anmeldung

Dritte können ihre Ansprüche bis zur Verteilung beim Betreibungsamt anmelden (SchKG 106I und II). Frau Miller muss anmelden, dass sie Eigentum an einzelnen Wertschriften beansprucht. Zuständig ist das Betreibungsamt, das die Betreuung durchführt. I.c. geht es um die Betreuung der INIT Ltd. Die INIT Ltd. kann nur am Arrestort betrieben haben (vgl. SchKG 52). Der INIT Ltd. wurde in Zürich der Arrest bewilligt. Die Betreuung wird vom Betreibungsamt Zürich durchgeführt. Frau Miller muss ihren Anspruch beim Betreibungsamt Zürich anmelden.

2. Vorverfahren

Im Vorverfahren werden die Parteirollen für einen nachfolgenden Widerspruchsprozess verteilt. SchKG 107V bzw. 108I bestimmen, wer gegen wen klagen muss. Die Regelungen unterscheiden den Bezug zum Streitgegenstand je nach dem, ob eine bewegliche Sache, eine Forderung oder ein Grundstück vorliegt. Frau Miller macht Eigentum an Wertpapieren geltend. Wertpapiere sind bewegliche Sachen, an denen Gewahrsam ausgeübt werden kann. Gewahrsam bedeutet die unmittelbare faktische Herrschaft über eine bewegliche Sache. Unter Herrschaft wird die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache verstanden. Die Berechtigung an der Sache spielt für die Bestimmung des Gewahrsams keine Rolle. Massgebend ist der Moment der Pfändung (vgl. zum Gewahrsam Kommentar SchKG II, Staehelin, N. 4ff. zu SchKG 107).

Im Moment der Pfändung hatte die CS in Zürich unmittelbare faktische Herrschaft und damit tatsächliche Verfügungsgewalt über die Wertpapiere. Die CS hatte Gewahrsam an den Wertpapieren. Die Wertpapiere befinden sich weder in Gewahrsam des Schuldners noch eines Dritten. Wer selber an einer Sache kein besseres Recht beansprucht, sondern die Sache aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses mit dem Schuldner oder dem Dritten in Gewahrsam hat, ist Vierter. Die CS macht kein Recht geltend an den Wertpapieren. Es ist davon auszugehen, dass sie aufgrund eines Vertrags mit Georg Warren die Wertschriften in Gewahrsam hat, sie ist deshalb Vierte. Befinden sich bewegliche Sachen im Gewahrsam eines Vierten, kommt es darauf an, für wen der Vierte den Gewahrsam ausübt. Die CS übt den Gewahrsam für Georg Warren aus. Darauf deuten die anzunehmende vertragliche Beziehung zwischen Georg Warren und der Bank sowie die Tatsache, dass die INIT Ltd. glaubhaft machen konnte, dass die Wertpapiere Vermögenswerte von Georg Warren sind (das war eine Voraussetzung für den Arrest der INIT Ltd.), hin. Weil die CS den Gewahrsam an den Wertpapieren für Georg Warren ausübt, hat in einem nachfolgenden Widerspruchsprozess Frau Miller als Drittansprecherin die Klägerrolle, wie wenn Georg Warren ausschliesslichen Gewahrsam an den Wertpapieren hätte. SchKG 107I.1 ist anwendbar.

Gemäss SchKG 107I können Schuldner und Gläubiger den Anspruch des Dritten beim Betreibungsamt bestreiten, wenn sich eine bewegliche Sache im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners befindet (SchKG 107I Ingress und 107I.1). Georg Warren oder die INIT Ltd. können beim Betreibungsamt den Anspruch von Elisabeth Miller bestreiten.

Das Betreibungsamt setzt ihnen dazu eine Frist von zehn Tagen an (SchKG 107II). Sie können Frau Miller auffordern lassen, Beweismittel beim Betreibungsamt zur Einsicht vorzulegen (SchKG 107III). Wird der Anspruch des Dritten nicht bestritten, so gilt er als anerkannt (SchKG 107IV).

Unterlassen Georg Warren resp. die INIT Ltd. die Bestreitung, so werden die von Frau Miller bezeichneten Wertpapiere ihr zugewiesen. Der Pfändungsbeschluss fällt dahin.

Dem Drittsprecher wird eine Frist von 20 Tagen zur Klage angesetzt, wenn sein Anspruch rechtzeitig bestritten wird. Versäumt er es innert der 20 Tage zu klagen, verzichtet er auf seinen Anspruch (SchKG 107V).

Falls Georg Warren resp. die INIT Ltd. den Anspruch von Elisabeth Miller rechtzeitig bestreiten, muss sie innert Frist gegen den oder die Bestreitenden klagen.

3. Widerspruchsprozess

Klägerin ist Frau Miller. Die Klage richtet sich gegen die INIT Ltd. oder Georg Warren, allenfalls gegen beide. Je nach dem, wer den Anspruch von Elisabeth Miller bestritten hat.

3.1. Örtliche Zuständigkeit

Wie unter 1.3.1. ausgeführt liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Zu prüfen ist die Anwendbarkeit des LugÜ.

Das LugÜ ist sachlich anwendbar auf Zivil- und Handelssachen, nicht aber wenn die Streitigkeiten Konkurse, Vergleiche oder ähnliche Verfahren betreffen (LugÜ 1I, II.2). I.c. ist ein Anspruch auf Wertpapiere Gegenstand der Streitigkeiten. Es geht um ein betreibungsrechtliches Verfahren, nicht aber um einen Konkurs, einen Vergleich oder um etwas Ähnliches. Der Begriff der Zivilsache gemäss LugÜ 1I ist weit zu verstehen, das LugÜ regelt auch die Zuständigkeit in Zwangsvollstreckungsverfahren (LugÜ 16.5). Der Widerspruchsprozess gehört deshalb zu den Zivilsachen, das LugÜ ist sachlich anwendbar. Räumlich-persönlich anwendbar ist das LugÜ, wenn der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz hat. Weder die INIT Ltd. noch Georg Warren hat Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz. Nach LugÜ 4I ist das LugÜ, wenn der Beklagte nicht Wohnsitz in der Schweiz hat dennoch anwendbar, wenn ein Tatbestand von LugÜ 16 erfüllt ist. Eine Klage nach SchKG 107 fällt gemäss Meier (Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, S. 178) unter LugÜ 16.5. Diese Ansicht ist allerdings umstritten, wenn der Widerspruchsprozess nur zwischen dem Drittsprecher und dem Schuldner geführt wird. Dann handelt es sich nach einem Teil der Lehre um ein reines Erkenntnisverfahren und die entsprechenden Gerichtsstände sind anwendbar.

Wird der Meinung Meier gefolgt, so sind für die Widerspruchsklage die Gerichte des Vertragsstaates, in welchem die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll, zuständig (LugÜ 16.5).

Die INIT Ltd. will das Urteil aus den USA in der Schweiz vollstrecken lassen. Das Widerspruchsverfahren der Frau Miller betrifft dieses Vollstreckungsverfahren. Die direkte internationale Zuständigkeit ist in der Schweiz gegeben. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nicht nach IPRG, sondern nach SchKG. Klagen nach SchKG 107V sind beim Gericht des Betreibungsortes einzureichen (SchKG 109I.1). Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreibungsort. Es kommt auf den Betreibungsort der Betreibung für die INIT Ltd. an, welcher dem Arrestort, Zürich, entspricht (vgl. SchKG 52). Der Betreibungsort und somit auch der Gerichtsstand für die Widerspruchsklage ist Zürich.

3.2. Sachliche Zuständigkeit

Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren durchgeführt (SchKG 109IV Satz 2, 25.1). Gemäss ZPO 17I i.V.m. GVG 22.3 ist der Einzelrichter sachlich zuständig für die Beurteilung von Widerspruchsklagen.

3.3 Übrige Prozessvoraussetzungen

Davon, dass die übrigen Prozessvoraussetzungen (Partei- und Prozessfähigkeit, Form, Rechtsschutzinteresse, usw.) gegeben sind, ist auszugehen. Im beschleunigten Verfahren hat Frau Miller die Klage direkt beim Gericht ohne Sühnverfahren einzureichen (ZPO 104 lit. a). Das Gericht wird, sofern die Klage auch sonst gehörig eingeleitet worden ist, auf die Klage eintreten.

3.4. Fazit

Frau Miller muss zunächst ihre Ansprüche beim Betreibungsamt Zürich anmelden. Bestreitet Georg Warren resp. die INIT Ltd. ihre Ansprüche, muss sie in Zürich den Widerspruchsprozess einleiten.

Gemeinsame Ausführungen für die Forderungen und die Wertpapiere

1. SchK Beschwerde gemäss SchKG 17 von Frau Miller

Beschwerdeobjekt ist eine Verfügung (SchKG 17I). Der Begriff der Verfügung wird in einem weiten Sinn verstanden. I.c. kommen die Pfändung oder die Pfändungsurkunde als Beschwerdeobjekte in Frage. Die SchK Beschwerde kann wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit geführt werden. Frau Miller könnte einen Fehler im Pfändungsverfahren, die Verletzung von Gesetzesrecht, rügen. Die SchK Beschwerde ist zehn Tage nach Kenntnis der mangelhaften Verfügung einzureichen. Frau Miller weiss erst seit kurzem vom Pfändungsverfahren gegen Georg Warren. Die Frist ist noch nicht abgelaufen. Die Beschwerde ist schriftlich einzureichen (GVG 109II). Zuständig ist das Bezirksgericht als Aufsichtsbehörde (SchKG 17I, GVG 107I, EG SchKG 11).

Zur Beschwerde legitimiert ist, wer beschwert ist. In Frage kommen zunächst der Schuldner und der Gläubiger, aber auch Dritte können legitimiert sein. Beschwerdebefugt ist, wer in seinen rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen ist (vgl. VwVG 48 lit. a, materielle Beschwer). Wer Beschwerde führen will, braucht ein aktuelles und praktisches Interesse an deren Beurteilung (formelle Beschwer, vgl. zur Beschwer Cometta in Staehelin Adrian, Bauer Thomas, Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München, N. 38 zu SchKG 17).

Ein aktuelles und praktisches Interesse hat Frau Miller an der Aufhebung der Pfändung. Würde weniger gepfändet, so bliebe für sie allein mehr Vollstreckungssubstrat.

Fraglich ist, ob Frau Miller materiell beschwert ist. Bezüglich der Guthaben ist dies zu verneinen, die Forderungen von Georg Warren gegenüber der Bank werden von Frau Miller nicht beansprucht. Was die Wertschriften betrifft, so macht sie zumindest an einzelnen davon Eigentum geltend. Sie ist Drittansprecherin. Die Legitimation zur Beschwerde einer Drittansprecherin ist gegeben, wenn die Drittansprecherin Adressatin der Verfügung ist. Sie kann z.B. rügen, die Fristansetzung zur Klage gem. SchKG 107V durch das Betreibungsamt sei mangelhaft. Frau Miller möchte aber verhindern, dass Gegenstände, die sie beansprucht, weiterhin dem Pfändungsbeschlagn unterliegen. Die Pfändungsverfügung resp. die Pfändungsurkunde richtet sich an den Schuldner, Frau Miller hat im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren nicht Parteistellung und ist somit grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert. Für den Fall, dass die Drittansprecherin gegen eine falsche Schätzung resp. eine Überpfändung vorgehen will, hat das Bundesgericht in zwei Ausnahmefällen die Legitimation bejaht, „bei der Schätzung von Objekten, die dem Retentionsrecht des Vermieters unterliegen, und von Faustpfändern im Pfandverwertungsverfahren“ (BGE 112 III 75). Frau Millers Anliegen ist nicht, dass unrichtig geschätzt oder zuviel gepfändet wurde, sondern, dass ihrer Ansicht nach Vermögenswerte vom Pfändungsbeschlagn erfasst sind, die nicht dem Schuldner gehören. In diesem Fall verneint die Lehre (Meier Isaak, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 85) die Legitimation der Drittansprecherin sogar dann, wenn sie mit der Beschwerde geltend machen will, die fraglichen Vermögensgegenstände hätten, weil ihr Drittrecht offensichtlich gewesen sei, gar nicht gepfändet werden dürfen. Demnach ist sie, wenn es nur darum geht, die bessere Berechtigung durchzusetzen, erst recht nicht zur Beschwerde legitimiert. Dafür ist die Widerspruchsklage vorgesehen. Frau Miller hat kein rechtlich geschütztes Interesse, die SchK Beschwerde zu erheben, weil für ihren Rechtsschutz das Widerspruchsverfahren vorgesehen ist. In tatsächlichen Interessen ist sie nicht betroffen.

Frau Miller ist mangels materieller Beschwer nicht zur Beschwerde nach SchKG 17 legitimiert. Die Aufsichtsbehörde wird auf eine SchK Beschwerde von Frau Miller wegen fehlender Legitimation nicht eintreten.

2. Widerspruchsprozess und Anschlusspfändung

Frau Miller stehen ihrer Ansicht nach einzelne der von der INIT Ltd. gepfändeten Wertpapiere zu. An dieser Pfändung nimmt Frau Miller, wenn sie den Arrest rechtzeitig prosequiert, teil. Gewinnt Frau Miller den Widerspruchsprozess gegen die INIT Ltd. oder den Schuldner, Georg Warren, so fallen die betreffenden Wertpapiere aus der Pfändung. Der auf Frau Miller entfallende Verwertungserlös wird folglich ebenfalls geringer. Da sie aber die Wertpapiere, die ihr zu Alleineigentum zugewiesen werden, nicht mit der INIT Ltd. teilen muss (resp. den entsprechenden Verwertungserlös), ist es für sie dennoch von Vorteil, ihren Anspruch auf die Wertpapiere im Widerspruchsprozess geltend zu machen.

Lösung Fall 3

Frage 3.1.

I. Allgemeines

Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Konkurs über die Müller AG im summarischen Verfahren durchgeführt wird. Dieses wird grundsätzlich nach den Bestimmungen für das ordentliche Verfahren abgewickelt (Art. 231 Abs. 3 SchKG). Entsprechend finden auch die Vorschriften der Art. 244 ff. SchKG über die Erhaltung der Konkursforderungen und die Kollokation der Gläubiger Anwendung. Das Konkursamt²¹ hat daher im vorliegenden Fall in Anwendung von Art. 247 SchKG den Kollokationsplan erstellt. Davon ausgehend ist im Folgenden aufzuzeigen, auf welche Weise und mit welchen Argumenten gegen die Aufnahme der Forderungen in der ersten Klasse vorgegangen werden kann.

II. Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG

Der im Konkurs erstellte Kollokationsplan kann grundsätzlich auf zwei Wegen angefochten werden. Mit der Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG ist vorzugehen, wenn geltend gemacht werden soll, dass eine Forderung materiell nicht richtig kolloziert, d.h. zum Beispiel hinsichtlich Anerkennung, Höhe oder Rang einer Forderung falsch entschieden worden sei²². Da die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG nur ergriffen werden kann, wenn das Gesetz nicht den Weg der Klage vorschreibt (Subsidiarität der SchK-Beschwerde, Art. 17 Abs. 1 SchKG), können mit ihr nur Verfahrensfehler bei der Erstellung des Kollokationsplans gerügt werden²³.

Es ist daher zu prüfen, ob Peter Hess und die Transport AG vorliegend mittels Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG vorgehen können. Die Kollokationsklage kommt in zwei Varianten vor. Gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG muss ein Gläubiger den Kollokationsplan mittels Klage gegen die Masse anfechten, wenn seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen oder nicht im beanspruchten Rang zugelassen worden ist (sog. positive Kollokationsklage²⁴). Will ein Gläubiger die Zulassung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang bestreiten, muss er gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG gegen den betreffenden Gläubiger klagen (sog. negative Kollokationsklage²⁵). Vorliegend kommt nur letztere Variante in Betracht, da gegen die Forderung der Bank AG, also diejenige einer anderen Gläubigerin, vorgegangen werden soll.

Da die Forderung der Bank AG als Erstklassforderung aufgenommen worden ist, gibt es für Hess und die Transport AG grundsätzlich zwei Möglichkeiten, um ihre Aussicht auf Befriedigung zu verbessern. Zum einen können sie versuchen darzulegen, dass die Forderung überhaupt nicht hätte zugelassen werden dürfen. Zum anderen können sie aufzeigen, dass die Forderung zwar zu Recht zugelassen, aber zu Unrecht in der ersten Klasse aufgenommen wurde. Hess und die Transport AG werden somit sowohl die Zulassung als auch den Rang der Forde-

²¹ Im summarischen Konkursverfahren darf grundsätzlich keine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt werden (vgl. Urs Lustenberger, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 231 N 41 ff.) und entsprechend waltet das Konkursamt als Konkursverwaltung.

²² Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 46 N 47.

²³ Vgl. dazu Amonn/Walther (Fn. 22), § 46 N 41 mit Beispielen.

²⁴ Karl Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 58; Alexander Brunner/Mark A. Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Bern 2002, S. 24.

²⁵ Spühler (Fn. 24), S. 58; Brunner/Reutter (Fn. 24), S. 24.

rungen bestreiten wollen. Beides kann gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG mittels der negativen Kollokationsklage geltend gemacht werden.

Aktivlegitimiert ist im negativen Kollokationsprozess grundsätzlich jeder im Kollokationsplan zugelassene Gläubiger. Es kann davon ausgegangen werden, dass mangels anderer Angaben im Sachverhalt sowohl Peter Hess als auch die Transport AG im Kollokationsplan als Gläubiger zugelassen worden sind. Folglich sind sie grundsätzlich zur Klage legitimiert. Passivlegitimiert ist im negativen Kollokationsprozess der Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird. Vorliegend wird die Forderung der Bank AG bestritten, weshalb sie passivlegitimiert und die Klage gegen sie zu richten ist. Für die negative Kollokationsklage ist wie für jede Klage sodann ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse erforderlich. Ein solches liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn die Klage geeignet ist, den Anteil des Beklagten an der Konkursmasse (d.h. seine Dividende) herabzusetzen²⁶. Vorliegend soll die Zulassung der Forderung an sich oder deren Rang bestritten werden. Bei Gutheissung der Klage wird in beiden Fällen die Dividende der Bank AG herabgesetzt, weshalb ein Rechtsschutzinteresse von Peter Hess und der Transport AG grundsätzlich zu bejahen ist. Verneint wird ein Rechtsschutzinteresse allerdings grundsätzlich dann, wenn gegen die Forderung eines dem klagenden Gläubiger im Range nachgehenden Gläubigers vorgegangen werden soll²⁷.

Diese Konstellation liegt aber nicht vor. Gemäss Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG werden Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, in der ersten Klasse kolloziert. Da es sich laut Sachverhalt bei Peter Hess um einen Arbeitnehmer²⁸ der Müller AG handelt und davon ausgegangen werden kann, dass bei ihm noch Löhne ausstehend sind, wird er für diejenigen der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung in der ersten Klasse kolloziert werden. Er befindet sich somit in der gleichen Klasse wie die Bank AG und hat daher ohne weiteres ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse, da er durch die fragliche Kollokation an besserer Deckung gehindert wird. Bei der Transport AG ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt davon auszugehen, dass sie über eine gewöhnliche Drittklassforderung verfügt und entsprechend in einem tieferen Rang als die Bank AG kolloziert ist. Auch sie hat folglich ein genügendes Rechtsschutzinteresse, da sie gegen einen im Rang vorgehenden Gläubiger vorgehen will.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Peter Hess und die Transport AG ihre Rügen vorliegend mittels negativer Kollokationsklage vorbringen können, da sie im Sinne von Art. 250 Abs. 2 sowohl die Zulassung als auch den Rang der Forderung der Bank AG bestreiten wollen und als – im Vergleich mit der Bank AG – gleich- bzw. nachrangige Gläubiger der Müller AG zur Klage legitimiert sind. Die SchK-Beschwerde steht aufgrund der Subsidiarität zur Kollokationsklage (Art. 17 Abs. 1 SchKG) für hier zur Diskussion stehenden Rügegründe nicht zur Verfügung, zumal der Sachverhalt keine Hinweise auf Verfahrensfehler enthält.

²⁶ Dieter Hierholzer, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 250 N 31; Brunner/Reutter (Fn. 24), S. 42; vgl. auch BGE 115 III 68 E. 3 S. 71.

²⁷ Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 49 N 25 Fn. 51; vgl. auch Karl Spühler/Myriam A. Gehri/Susanne B Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, S. 203 f.; Christian Schöninger, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 148 N 21.

²⁸ Die Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt als gegeben zu betrachten. Vgl. dazu im Übrigen die Ausführungen nachfolgend unter IV. a).

III. Argumente gegen die Zulassung der Forderungen an sich

Es handelt sich bei den Forderungen um Lohnforderungen der letzten vier Monate. Die Forderungen sind daher jedenfalls vor Konkurseröffnung entstanden und es handelt sich entsprechend um Konkursforderungen, d.h., sie können im Konkurs geltend gemacht werden²⁹.

a) Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG

Laut Sachverhalt liess sich die Bank AG die Lohnforderungen von Rita Heller und Fritz Kunz wenige Tage vor Konkurseröffnung als Gegenleistung für die Bezahlung der ausstehenden Löhne abtreten. Es drängt sich daher die Frage auf, ob gegen die Forderung der Bank AG allenfalls erfolgreich mit dem Argument vorgegangen werden könnte, es liege ein im Sinne der Art. 285 ff. SchKG anfechtbares Rechtsgeschäft vor. Denn im Erfolgsfalle könnte dies dazu führen, dass die Zession als zwangsvollstreckungsrechtlich unbeachtlich erkannt wird und die Bank die Forderungen entsprechend nicht im Konkurs eingeben kann. Zu prüfen ist zunächst, ob Anfechtungsansprüche überhaupt mittels Kollokationsklage durch einen Gläubiger geltend gemacht werden können.

Nach allgemeiner Auffassung können Anfechtungsansprüche nicht nur mittels einer separaten Anfechtungsklage geltend gemacht, sondern beispielsweise auch zur Begründung einer Kollokationsklage herangezogen werden³⁰. Geht es, wie im konkreten Fall, um die Feststellung der Passivmasse und hat die Konkursverwaltung die Forderung anerkannt, können Anfechtungsansprüche sogar überhaupt nur noch mittels Kollokationsklage geltend gemacht werden; eine separate Anfechtungsklage ist ausgeschlossen³¹. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der einzelne Gläubiger ohne weiteres zur Geltendmachung legitimiert ist. Gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sind im Konkurs primär die Konkursverwaltung oder, nach Massgabe der Artikel 260 und 269 Abs. 3, jeder einzelne Konkursgläubiger zur Anfechtung berechtigt. Nach dieser Bestimmung scheint eine vorgängige Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG erforderlich zu sein. Nach herrschender Auffassung können jedoch Anfechtungsansprüche zur Begründung der Kollokationsklage herangezogen werden, ohne dass eine vorgängige Abtretung erforderlich ist³². Peter Hess und die Transport AG können somit ihre Kollokationsklagen grundsätzlich damit begründen, dass die Forderungen der Bank AG auf im Sinne der Art. 285 ff. SchKG anfechtbare Weise begründet worden sind.

Zu prüfen ist nun noch, ob die Transaktion in materieller Hinsicht eine anfechtbare Handlung darstellt. Gemäss Art. 285 Abs. 1 SchKG sollen mit der Anfechtung „Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286-288 SchKG entzogen worden sind“. Grundvoraussetzung ist daher, dass der Zwangsvollstreckung überhaupt Vermögenswerte entzogen worden sind, dass also die (anderen) Gläubiger durch die Rechtshandlung geschädigt werden. Zugunsten der Konkursmasse wird eine solche Schädigung in Anbetracht der Konkurseröffnung vermutet, jedoch kann der Anfechtungsgegner den Nachweis erbringen, dass im konkreten Fall keine Schädigung eingetreten ist³³. Zentral ist also, ob in casu aus der Abtretung der Lohnforderungen eine Schädigung der

²⁹ Vgl. Art. 206 Abs. 2 SchKG e contrario.

³⁰ Amonn/Walther (Fn. 22), § 52 N 27; Spühler (Fn. 24), S. 100.

³¹ BGE 21 279 E. 5 S. 285 f.; 33 II 680 E. 3 S. 685.

³² BGE 21 279 E. 5 S. 285; Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 18; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Auflage, Zürich 1997/99, Art. 250 N 19; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. Aufl., Lausanne 2005, N 2938 ff.; Henry Peter, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, Art. 285 N 36.

³³ BGE 99 III 27 E. 3 S. 32 f.

Gläubiger resultiert³⁴. Die Lohnforderungen bestanden mangels anderer Angaben im Sachverhalt im Zeitpunkt der Abtretung zu Recht und entsprechend bewirkt Letztere auch keine Schädigung der übrigen Gläubiger. Denn Rita Heller und Fritz Kunz hätten die Forderungen in gleicher Weise wie Bank geltend machen können (sei es als Erst- oder Drittklassforderung³⁵). Es liegt folglich nur ein Gläubigerwechsel vor, der nicht zu einer Schmälerung des Vollstreckungssubstrates führt.

Im Übrigen wird bei allen Anfechtungstatbeständen vorausgesetzt, dass eine Handlung des Schuldners vorliegt, wobei diese Frage vorliegend eng mit derjenigen der Schädigung verknüpft ist. Als Handlungen des Schuldners gelten bei juristischen Personen solche, welche durch ein Organ im Namen des Schuldners vorgenommen werden³⁶. Das potentiell anfechtbare Rechtsgeschäft wird vorliegend von Rita Heller und Fritz Kunz abgeschlossen. Es kann hier offen bleiben, ob die beiden allenfalls als Organe der Müller AG zu qualifizieren sind. Denn sie treten vorliegend nicht Forderungen ab, welche der Müller AG, sondern solche, welche ihnen persönlich gegenüber der Müller AG zustehen. Die Müller AG kann folglich die Forderungen gar nicht abtreten und Rita Heller und Fritz Kunz handeln diesbezüglich entsprechend auch nicht als Organe der Müller AG. Daran ändert auch nichts, dass die Vorgehensweise auf einer Absprache zwischen der Müller AG und der Bank AG beruht. Es liegt somit keine Handlung des Schuldners im Sinne von Art. 286 ff. SchKG vor.

Die Transaktion ist folglich nicht als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne der Art. 285 ff. SchKG zu qualifizieren ist, da keine Handlung des Schuldners, sprich der Müller AG, vorliegt und insbesondere keine Schmälerung des Vollstreckungssubstrates erfolgte. Hess und die Transport AG können somit die Zulassung der Forderung unter diesem Gesichtspunkt nicht mit Erfolg bestreiten.

b) Unzulässigkeit der Abtretung von Lohnforderungen (nicht erforderlich für volle Punktzahl)

Gemäss Art. 325 OR ist die Abtretung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten als familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten nichtig. Laut Sachverhalt werden Lohnforderungen von Rita Heller und Fritz Kunz abgetreten. Es handelt sich jedoch nicht um künftige (nicht fällige³⁷) Lohnforderungen, sondern solche der letzten vier Monate, welche folglich als fällig zu erachten sind (Art. 323 Abs. 1 OR). Im Übrigen wird nach dem Wortlaut der Bestimmung nur die Sicherungszession erfasst³⁸. Vorliegend werden die Forderungen aber nicht zur Sicherung einer Verbindlichkeit abgetreten, sondern die Abtretung erfolgt erfüllungshalber im Rahmen eines Forderungskaufs. Die Abtretung der Forderung wird somit nicht vom Anwendungsbereich von Art. 325 OR erfasst und Hess und die Transport AG können daher nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Zession nichtig sei und die Forderungen der Bank AG entsprechend nicht zustehen.

³⁴ Die Zahlungen an Heller und Kunz leistete die Bank mangels anderer Angaben im Sachverhalt aus eigenen Mitteln. Daraus resultiert einerseits keine Schmälerung der Konkursmasse und andererseits liegt auch keine Handlung des Schuldners vor (vgl. zu Letzterem die nachfolgenden Ausführungen).

³⁵ Vgl. dazu nachfolgend unter IV.

³⁶ Vgl. Adrian Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 285 N 16.

³⁷ Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 325 N 1.

³⁸ Rehbinder/Portmann (Fn. 37), Art. 325 N 1.

IV. Argumente gegen die Zulassung der Forderung im ersten Rang

a) Fehlende Arbeitnehmereigenschaft von Rita Heller und Fritz Kunz

Voraussetzung für die Geltendmachung des Konkursprivilegs erster Klasse ist, dass es sich um „Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis handelt, die in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind“³⁹. Gemäss Sachverhalt werden wenige Tage vor Konkurseröffnung die Löhne der letzten vier Monate bezahlt. Der Lohnanspruch ist mit Erbringung der Arbeitsleistung entstanden und es ist davon auszugehen, dass die Löhne regulär jeweils Ende Monat fällig geworden sind (Art. 323 Abs. 1 OR). Es handelt sich somit um Forderungen, welche im Sinne von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung sowohl entstanden als auch fällig geworden sind. Die Forderungen fallen somit in den privilegierten Zeitraum.

Nach Rechtsprechung und Lehre kann das Lohnprivileg aufgrund des Schutzgedankens des Gesetzes und der damit einhergehenden Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger aber nicht von jedermann beansprucht werden⁴⁰. Das Konkursprivileg soll danach nur demjenigen Arbeitnehmer zustehen, „für welchen ein erhöhtes Schutzbedürfnis besteht, d.h. welcher in ausgeprägter Weise vom Arbeitgeber abhängig ist und mit Blick auf seine Unterordnung nicht rechtzeitig anders disponieren, geschweige denn auf Geschäftsgang und Firmenpolitik entscheidenden Einfluss nehmen kann“⁴¹. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt das Lohnprivileg daher nicht nur den formellen Bestand eines Arbeitsvertrages voraus, sondern auch ein tatsächliches Subordinationsverhältnis⁴². Ob ein solches vorliegt, beurteilt sich dabei nach der tatsächlichen Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der Unternehmung⁴³. Es fehlt beispielsweise dann, „wenn Arbeitnehmer, wie etwa Direktoren einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, über eine mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit verfügen“, wobei allerdings nicht die Bezeichnung, sondern die effektive Stellung entscheidend ist⁴⁴. Als Kriterien, welche gegen ein Unterordnungsverhältnis sprechen, werden sodann genannt die massgebliche Teilhabe an der Geschäftspolitik und die Einsicht in die Geschäftsunterlagen⁴⁵. Ein Subordinationsverhältnis fehlt nach Auffassung des Bundesgerichtes insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer (zugleich) Organstellung hat⁴⁶. Der generelle Ausschluss der obersten Führungskräfte eines Unternehmens vom Lohnprivileg wird allerdings in der neueren Literatur kritisiert. Danach ist einzig darauf abzustellen, ob die betreffende Person tatsächlich noch in einem Unterordnungsverhältnis steht, und kann das Privileg je nach Konstellation entsprechend auch Verwaltungsräten zukommen⁴⁷.

Vorliegend stellt sich daher die Frage, ob Rita Heller und Fritz Kunz noch als Arbeitnehmer gelten, da sie leitende Angestellte sind und im Allgemeinen selbständig entscheiden konnten. Letzteres Element spricht gemäss den vorstehend genannten Kriterien gegen das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Aufgrund der Angaben im Sachverhalt scheint es zudem

³⁹ Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG.

⁴⁰ BGE 118 III 46; Hansjörg Peter, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 219 N 31; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 219 N 24; Roland Müller, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, SJZ 2004, S. 553 ff.

⁴¹ BGE 118 III 46 E. 3a S. 51.

⁴² BGE 118 III 46 E. 2c S. 49 f.; Urteil des Bundesgerichtes 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005 E. 3.2; Ammann/Walther (Fn. 22), § 42 N 73; Peter (Fn. 40), Art. 219 N 31.

⁴³ BGE 118 III 46 E. 3a S. 51; Urteil des Bundesgerichtes 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005 E. 3.2

⁴⁴ BGE 118 III 46 E. 2c S. 50.

⁴⁵ BGE 118 III 46 E. 2a S. 48.

⁴⁶ BGE 118 III 46 E. 3b S. 52; Urteil des Bundesgerichtes 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005, E. 3.2.

⁴⁷ Müller (Fn. 40), S. 561; in diesem Sinne auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 322 N 16; Kurt Meier, Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs, Plädoyer 1998, S. 38 ff., 41.

nicht ausgeschlossen, dass Rita Heller und Fritz Kunz die Stellung von Direktoren innehaben, was nach traditioneller Auffassung ebenfalls gegen ein Subordinationsverhältnis sprechen würde, zumal dann von einer Organstellung auszugehen wäre. Es fehlen allerdings diesbezüglich im Sachverhalt nähere Angaben. Ob ein Subordinationsverhältnis zu bejahen ist, hängt deshalb vorliegend wesentlich davon ab, wie das Element der Absprache mit dem VR-Präsidenten bei wichtigen Entscheiden gewertet wird. Zwar könnte man die Auffassung vertreten, dass kein Subordinationsverhältnis vorliegt, da ja nur bei wichtigen Entscheiden eine Absprache erfolgen muss und „absprechen“ dahingehend verstanden werden könnte, dass bloss ein Meinungs austausch stattfinden muss. Allerdings muss „absprechen“ realistischerweise wohl in dem Sinne verstanden werden, dass Heller und Kunz nicht gegen den Willen des VR-Präsidenten entscheiden konnten, dass dieser also das letzte Wort hatte. Überdies ist dies gerade bei wichtigen Entscheidungen der Fall. Daraus resultiert aber eine starke Einschränkung ihrer Selbständigkeit und Unabhängigkeit. Es ist daher ein entscheidender Einfluss auf Geschäftsgang und Firmenpolitik⁴⁸ eher zu verneinen und entsprechend noch vom Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses auszugehen.

Da Rita Heller und Fritz Kunz also in einem Subordinationsverhältnis standen, sind sie Arbeitnehmer im Sinne von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG. Ihre Lohnforderungen hätten somit in der ersten Klasse kolloziert werden müssen. Sofern die Abtretbarkeit des Privilegs zu bejahen ist⁴⁹, hat demnach auch die Bank AG Anspruch auf Kollokation im ersten Rang.

b) Kein Übergang des Privilegs

Peter Hess und die Transport AG könnten schliesslich vorbringen, dass die Forderungen von Rita Heller und Fritz Kunz zwar an sich als Erstklassforderungen zu qualifizieren waren und auch abgetreten werden konnten, dass dabei das Privileg aber nicht übergegangen sei. Es stellt sich somit die Frage, ob das Arbeitnehmerprivileg aufgrund des ihm zugrunde liegenden Schutzzweckes (Schutz des vom Schuldner abhängigen Arbeitnehmers) von der Bank AG in Anspruch genommen werden kann, obwohl sie selbst zweifellos nicht als abhängige Arbeitnehmerin zu qualifizieren ist und des mit der Privilegierung angestrebten Schutzes eigentlich nicht bedarf.

Gemäss Art. 170 Abs. 1 OR gehen mit der Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. In die Kategorie der Vorzugsrechte fallen insbesondere die Privilegien im Pfändungs- und Konkursverfahren⁵⁰. Folglich müsste auch das Arbeitnehmerprivileg, da es ein Konkursprivileg ist, grundsätzlich übergehen, zumal mangels anderer Angaben im Sachverhalt davon auszugehen ist, dass die Abtretung zivilrechtlich wirksam ist. Das Privileg würde nur dann nicht übergehen, wenn es als ein Vorzugsrecht zu qualifizieren wäre, das im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR untrennbar mit der Person des Arbeitnehmers verknüpft ist.

Dies ist jedoch nach herrschender Auffassung nicht der Fall⁵¹. Das Arbeitnehmerprivileg beruht danach nicht auf den persönlichen Eigenschaften des betreffenden Arbeitnehmers, ist also kein höchstpersönliches Recht, sondern beruht vielmehr auf dem Entstehungsgrund der

⁴⁸ BGE 118 III 46 E. 3a S. 51.

⁴⁹ Dazu sogleich unter b).

⁵⁰ Vgl. z.B. Daniel Girsberger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 170 N 7.

⁵¹ Amonn/Walther (Fn. 22), § 42 N 67; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 219 N 16; Peter (Fn. 40), Art. 219 N 82; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 357; BGE 49 III 201.

Forderung, nämlich dem Arbeitsverhältnis⁵². Privilegiert ist somit nicht der Gläubiger, sondern die betreffende Forderung; das Privileg haftet an der Forderung und geht bei der Abtretung über⁵³. Dies steht letztlich auch nicht in Widerspruch mit dem Schutzzweck des Arbeitnehmerprivilegs, da der Übergang des Privilegs dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet, sich die für den Lebensunterhalt erforderlichen Mittel bei Ausbleiben der Lohnzahlungen dadurch zu beschaffen, dass er seine Forderung veräussert⁵⁴. Eine Veräusserung – zu guten Konditionen – ist jedoch nur möglich, wenn der Erwerber eine gewisse Sicherheit hat, dass die Forderung auch erfüllt wird; dafür bietet das Privileg eine gewisse Gewähr⁵⁵. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das Privileg, sofern als ursprünglich vorhanden erachtet, bei der Abtretung übergegangen ist und die Bank AG daher zu Recht eine Erstklassforderung geltend macht⁵⁶. Peter Hess und die Transport AG werden also mit diesem Argument keinen Erfolg haben.

V. Fazit

Peter Hess und die Transport AG können nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit Erfolg gegen die Zulassung oder den Rang der Forderung vorgehen. Die Forderung der Bank AG wurde zu Recht in der ersten Klasse kolloziert.

Frage 3.2

Wenn sowohl Peter Hess als auch die Transport AG die Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG erheben wollen, stellt sich die Frage, ob sie dabei gemeinsam vorgehen müssen – ob also allenfalls von einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen ist – oder ob sie völlig unabhängig voneinander klagen können. Dabei ist insbesondere der Frage nachzugehen, ob aufgrund der Art der zu entscheidenden Rechtsfrage und der Wirkungen der Entscheidung eine einheitliche Entscheidung als zwingend erscheint. Art. 39 Abs. 1 ZPO umschreibt die notwendige Streitgenossenschaft dahingehend, dass mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden müssen, wenn sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Die notwendige Streitgenossenschaft ergibt sich dabei grundsätzlich aus dem materiellen Recht⁵⁷.

Vorliegend ist zunächst festzuhalten, dass zwischen Peter Hess und der Transport AG kein materiellrechtliches Rechtsverhältnis besteht. Sie sind zwar beide Gläubiger in ein und demselben Konkursverfahren und figurieren entsprechend beide im Kollokationsplan, im Übrigen stehen sie aber in keinerlei Beziehung zueinander. Sie machen insbesondere keinen materiellrechtlichen Anspruch geltend, welcher ihnen nur gemeinsam zusteht, wie dies bei einem von Gesamthändlern geführten Aktivprozess der Fall ist⁵⁸. Dies ist auch daraus ersichtlich, dass nach Art. 250 Abs. 2 SchKG jeder Gläubiger einzeln eine negative Kollokationsklage anstrengen kann. Es handelt sich auch nicht um eine materielle Gestaltungsklage, da die Kollokationsklage nicht auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines materiellrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Denn Gegenstand der Kollokationsklage ist einzig die Frage,

⁵² Von Tuhr/Escher (Fn. 51), S. 357.

⁵³ Amonn/Walther (Fn. 22), § 42 N 67.

⁵⁴ BGE 49 III 201, S. 203.

⁵⁵ BGE 49 III 201, S. 203.

⁵⁶ In BGE 49 III 201 hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass das Privileg von der Abtretung auch dann erfasst wird, wenn es im Zeitpunkt der Abtretung – mangels Konkurseröffnung – noch nicht zur Entstehung gelangt ist. „Nur die Ausübung des Privilegs setzt die Konkurseröffnung ... voraus“ (BGE 49 III 201, S. 204). Voraussetzung für die Privilegierung bleibt selbstverständlich, dass die abgetretenen Forderungen in den von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG erfassten Zeitraum fallen.

⁵⁷ Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 5 N 48.

⁵⁸ Vogel/Spühler (Fn. 57), Kap. 5 N 51.

in welchem Umfang eine Forderung am Konkurs teilnehmen kann⁵⁹. Materiellrechtliche Fragen werden nur vorfrageweise geprüft⁶⁰. Da demnach eine materiellrechtliche Verbindung zwischen Hess und der Transport AG fehlt, sind sie nicht als notwendige Streitgenossen im eigentlichen Sinne zu qualifizieren.

Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht gleichwohl eine notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen ist, da sich eine solche nach Auffassung des Bundesgerichtes auch „de la nature de l'affaire“ ergeben kann⁶¹. Der genannte Entscheid hatte die Frage zum Gegenstand, wie das Verhältnis zwischen mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG zu qualifizieren sei, und in der Tat ist das Bundesgericht in einem späteren Entscheid (wieder) zur Auffassung gelangt, dass mehrere Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG bei gemeinsamem Vorgehen insofern als notwendige Streitgenossen zu betrachten sind, als sämtliche Klagen im selben Verfahren zu beurteilen seien und über den einheitlichen Anspruch ein einheitliches Urteil ergehen müsse. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang von einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft gesprochen⁶². Diese zeichnet sich dadurch aus, dass es grundsätzlich jedem Abtretungsgläubiger frei steht, ob er klagen will. Wer nicht klagen will, kann draussen bleiben. Alle diejenigen, welche klagen wollen, müssen dies aber in einem einheitlichen Verfahren tun, wobei jedoch innerhalb desselben jeder Kläger weitgehend unabhängig von den anderen handeln kann⁶³.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Konstellation von Art. 260 SchKG mit derjenigen von Art. 250 Abs. 2 SchKG vergleichbar ist. Bei Art. 260 SchKG wird eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft deshalb angenommen, weil die Abtretungsgläubiger als Prozessstandschafter einen Anspruch der Masse geltend machen, über welchen nur einheitlich entschieden werden kann⁶⁴. Der Fall von Art. 250 Abs. 2 SchKG ist durchaus vergleichbar gelagert. So hat das Bundesgericht in einem älteren Entscheid ausgeführt, das Klagerecht nach Art. 250 Abs. 2 SchKG sei „seinem Wesen nach nicht anderes als ein – allerdings besonders gearteter – Anwendungsfall der in Art. 260 SchKG vorgesehenen Abtretung“⁶⁵. In der Tat klagt der Gläubiger zwar auf eigenes Risiko, er handelt aber an Stelle der Masse und übt deren Bestreitungsrechte aus⁶⁶. So müsste denn eigentlich das Urteil im negativen Kollokationsprozess im Wesentlichen immer gleich ausfallen, egal welcher Gläubiger klagt. Denn die Entscheidung, in welchem Umfang der beklagte Gläubiger am Erlös teilnehmen kann, beruht auf der vorfrageweisen Prüfung des materiellrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Müller AG und der Bank AG und Peter Hess und der Transport AG können nur solche Einreden vorbringen, welche dem Konkursiten gegen den beklagten Gläubiger zustehen⁶⁷. Insofern ruft auch Art. 250 Abs. 2 SchKG nach einer einheitlichen Entscheidung und sind die beiden Konstellationen durchaus vergleichbar, was auch bei Art. 250 Abs. 2 SchKG für die Annahme

⁵⁹ Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 2.

⁶⁰ Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 6.

⁶¹ BGE 107 III 91 E. 3c S. 95; vgl. auch Vogel/Spühler (Fn. 57), Kap. 5 N 55a ff.

⁶² Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990, N 284; Fritzsche/Walder (Fn. 27), § 51 N 43 Fn. 75; Alfred Bühler, in: Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, § 53 N 2g.

⁶³ Amonn/Walther (Fn. 22), § 47 N 61; ausführlich Christoph Leuenberger, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 195 ff.

⁶⁴ Vogel/Spühler (Fn. 57), Kap. 5 N 55c.

⁶⁵ BGE 39 I 270 E. 1 S. 274.

⁶⁶ Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 23; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 250 N 19; Andrea Braconi, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, Diss. Zürich, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 141, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 130; BGE 115 III 68 E. 3 S. 70.

⁶⁷ Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 62.

einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft sprechen würde. Ein Unterschied besteht allerdings insofern, als der materiellrechtliche Anspruch selbst bei Art. 250 Abs. 2 SchKG nicht Gegenstand der Entscheidung bildet. Sodann fehlt eine Verpflichtung der Gläubiger zu gemeinsamem Vorgehen, wie sie im Formular enthalten ist, mit welchem die Abtretung nach Art. 260 SchKG bescheinigt wird⁶⁸.

Für eine Behandlung aller Klagen in einem einheitlichen Verfahren und die Annahme einer in diesem Sinne notwendigen Streitgenossenschaft könnte auch sprechen, dass nach wohl überwiegender Auffassung die Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG als prozessuale Gestaltungsklage betrachtet wird, welche zu einem den Kollokationsplan abändernden Gestaltungsurteil führt⁶⁹. Allerdings wirkt ein gutheissendes Urteil zunächst nur zwischen dem klagenden Gläubiger und dem Beklagten⁷⁰. Entsprechend ist es durchaus möglich, dass bei gemeinsamer Klage mehrerer Gläubiger unterschiedliche Urteile ergehen, indem ein Kläger z.B. auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet und sich mit der erreichten Herabsetzung einer Forderung begnügt, während ein anderer Kläger ein Rechtsmittel ergreift und damit eine weitere Herabsetzung erreicht, wobei dies dann bei der Berechnung des auf den einzelnen entfallenden Prozessgewinns zu berücksichtigen ist⁷¹. Es fehlt somit an einer Erga-omnes-Wirkung des Entscheids, was wiederum eher gegen die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft spricht.

Allerdings wird auch im Rahmen von Art. 260 SchKG dem einzelnen Gläubiger zugestanden, dass er auf Ergreifung eines Rechtsmittels verzichten kann und dann immerhin am erstinstanzlich erstrittenen Erlös partizipiert⁷². Dies spricht somit nicht per se gegen die Annahme einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft. Im Übrigen scheint berücksichtigungswert, dass mit der Kollokationsklage definitiv über den Umfang der Teilnahme des Beklagten am Erlös der Konkursmasse befunden wird. Es wäre daher auch im Interesse des Beklagten angezeigt, alle Klagen in einem einheitlichen Verfahren zu beurteilen, um zu verhindern, dass er mehrere separate Prozesse führen muss, die auf demselben Rechtsgrund basieren, und um zu verhindern, dass widersprechende Urteile ergehen.

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass mehrere Kläger als einfache Streitgenossen vorgehen können, also ein einheitliches Verfahren nicht zwingend ist⁷³. Nach Gilliéron liegt dies darin begründet, dass keine Bestimmung die Gläubiger zu gemeinsamem Vorgehen verpflichtet (wie dies durch das Formular Nr. 7 bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG geschieht) und auch das Gericht am Konkursort durch keine Bestimmung des Bundesrechts dazu verpflichtet sei, die Klagen zu vereinigen⁷⁴. Frank/Sträuli/Messmer erwähnen die hier zur Diskussion stehende Kollokationsklage zwar ebenfalls als Beispiel einer einfachen Streitgenossenschaft, qualifizieren sie aber als echte einfache Streitgenossenschaft (da auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhend)⁷⁵. Dabei führen sie hinsichtlich der Konsequenzen, welche sich aus dieser Qualifikation ergeben, aus: „Werden aber mehrere Klagen eingereicht, ... so **müssen** sie wegen ihres engen Sachzusammenhangs vom gleichen Gericht im gleichen Verfahren entschieden werden, damit widersprechende Urteile vermieden werden ... Mehrere Prozesse sind vom

⁶⁸ Amonn/Walther (Fn. 22), § 47 N 52.

⁶⁹ Vgl. Hierholzer (Fn. 26), Art. 250 N 5 m.w.H.; a.M. z.B. Spühler (Fn. 24), S. 58, wonach es sich um eine spezielle Feststellungsklage handelt.

⁷⁰ Amonn/Walther (Fn. 22), § 46 N 66 und dazu auch nachfolgend unter 3.3 I.

⁷¹ BGE 25 I 247 E. 1 S. 553.

⁷² Leuenberger (Fn. 53), S. 205.

⁷³ Viktor Urs Furrer, Die Kollokationsklagen nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1979, S. 68 f.; Brunner/Reutter (Fn. 2424), S. 43, weniger eindeutig S. 53; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159-270, Lausanne 2001, Art. 250 N 148.

⁷⁴ Gilliéron (Fn. 73), Art. 250 N 148.

⁷⁵ Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 40 N 8.

Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei zu vereinigen.“⁷⁶ Insofern muss dann wohl eine notwendige Streitgenossenschaft angenommen werden, wobei aber jeder Kläger seinen Prozess im Wesentlichen unabhängig führen kann. Die Vereinigung mehrerer Prozesse ist jedenfalls gestützt auf kantonales Recht (§ 40 Abs. 3 ZPO) bei zureichenden Gründen möglich. Der Umstand, dass vorliegend aus demselben Rechtsgrund geklagt wird, stellt einen zureichenden Grund dar und lässt die Vereinigung als angezeigt erscheinen. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann gehen ihrerseits davon aus, dass, wenn mehrere Gläubiger den Kollokationsplan im gleichen Punkt anfechten, sämtliche Klagen von Bundesrechts wegen in einem Prozess behandelt und erledigt werden müssen⁷⁷.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Peter Hess und der Transport AG bei Erhebung einer Kollokationsklage nicht eine eigentliche notwendige Streitgenossenschaft bilden, da zwischen ihnen keine materiellrechtlichen Verbindungen bestehen. Die Nähe zu Art. 260 SchKG (auch vorliegend wird zumindest vorfrageweise ein einheitlicher Anspruch gegenüber der Masse beurteilt) legt die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft in dem Sinne nahe, dass die Klagen von Peter Hess und der Transport AG bei getrennter Erhebung von Amtes wegen zu vereinigen sind, damit widersprechende Urteile vermieden werden. Auch in der Literatur findet sich denn die Auffassung, dass mehrere negative Kollokationsklagen zwingend in einem Prozess behandelt werden müssen.

Frage 3.3

I. Anspruch auf den Prozessgewinn

Wird die negative Kollokationsklage gutgeheissen, so dient gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG „der Betrag, um den der Anteil des Beklagten an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung des Klägers bis zur vollen Deckung seiner Forderung einschliesslich der Prozesskosten. Ein Überschuss wird nach dem berichtigten Kollokationsplan verteilt.“ Ein gutheissendes Urteil wirkt sich demnach zuerst einmal nur zwischen den am Prozess beteiligten Parteien aus⁷⁸, indem dem Kläger als Lohn für seine Bemühungen der Prozessgewinn bis zur vollständigen Deckung seiner Forderungen zugewiesen wird. Gläubiger, welche nicht geklagt haben, profitieren also zunächst nicht davon. Der Prozessgewinn besteht gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG im „Betrag, um den der Anteil des Beklagten an der Konkursmasse herabgesetzt wird“. Es handelt sich mit anderen Worten um den Betrag, um den die Dividende des Beklagten infolge der Klage vermindert wird⁷⁹. Genau ermittelt werden kann der Prozessgewinn dabei erst bei der Verteilung, wobei wie folgt vorgegangen wird. Es wird festgestellt, welche Dividende der Beklagte nach dem ursprünglichen Kollokationsplan erhalten hätte und welche er nach dem berichtigten Kollokationsplan erhält (auf den Betrag, den er erhalten hätte, wenn von Anfang an richtig kolloziert worden wäre, hat der Gläubiger nämlich auf jeden Fall Anspruch⁸⁰). Der Prozessgewinn stellt somit die Differenz zwischen diesen beiden Beträgen dar.

Im vorliegenden Fall ist gemäss Fragestellung davon auszugehen, dass Peter Hess und die Transport AG erfolgreich geklagt haben. Sie haben demnach Anspruch auf Befriedigung aus dem Prozessgewinn bis zur vollständigen Deckung ihrer Forderungen⁸¹ einschliesslich Prozesskosten, während die nicht klagenden Gläubiger zunächst keinen Nutzen daraus ziehen

⁷⁶ Frank/Sträuli/Messmer, § 40 N 2.

⁷⁷ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 250 N 12.

⁷⁸ Amonn/Walther (Fn. 22), § 46 N 66.

⁷⁹ Vgl. dazu auch Amonn/Walther (Fn. 22), § 46 N 55 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 250 N 20 und BGE 22 S. 277 E. 1 S. 283; 25 I 547 E. 1 S. 553.

⁸¹ Zur Frage der Verteilung des Prozessgewinns vgl. nachfolgend unter II.

können. Die Höhe des Prozessgewinns errechnet sich, wie ausgeführt, indem die sich aus der Gegenüberstellung des ursprünglichen und des korrigierten Kollokationsplanes ergebende Differenz der Dividende für den beklagten Gläubiger festgestellt wird. Gemäss Sachverhalt reichen die Aktiven für ca. 70 % der privilegierten Forderungen. Auf die von der Bank AG eingegebenen Forderungen wären somit nach ursprünglicher Kollokation ca. 28'000 Franken (70 % von 40'000) entfallen. Zu fragen ist nun, welche Dividende die Bank AG nach dem korrigierten Kollokationsplan erhält. Wird sie vollständig abgewiesen, erhält sie keine Dividende mehr, womit der Prozessgewinn $28'000 - 0 = 28'000$ Franken beträgt. Wird die Forderung zwar zugelassen, aber in die dritte Klasse zurückgestuft, kann der Prozessgewinn geringer ausfallen. Nähere Angaben hierzu lassen sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen. Wäre die dritte Klasse auch bei von Anfang an richtiger Kollokation leer ausgegangen, würde der Prozessgewinn ebenfalls $28'000 - 0 = 28'000$ Franken betragen. Hätte die dritte Klasse etwas erhalten, wäre der Betrag der entsprechenden Dividende von den 28'000 Franken abzuziehen. Peter Hess und die Transport AG haben folglich Anspruch auf den Prozessgewinn in Höhe von rund 28'000 Franken bis zur vollständigen Deckung ihrer Forderungen. Je nach Höhe dieser Forderungen können sie somit mit vollständiger Deckung rechnen.

II. Verteilung des Prozessgewinns

Da sowohl Peter Hess als auch die Transport AG erfolgreich geklagt haben, stellt sich die Frage, wie der Prozessgewinn unter ihnen aufzuteilen ist, wenn der Betrag nicht ausreicht, um beiden zu einer vollständigen Deckung zu verhelfen. Art. 250 Abs. 2 SchKG lässt sich diesbezüglich keine Regelung entnehmen. Denkbar wäre, dass die beiden Kläger unabhängig von einer allfälligen unterschiedlichen Rangierung im Kollokationsplan als grundsätzlich gleichberechtigt betrachtet werden, wonach eine Verteilung im Verhältnis zur Höhe ihrer Forderungen oder allenfalls 50/50 in Betracht kommen würde. Nahe liegend wäre andererseits, auch hier dem Grundsatz von Art. 220 Abs. 2 SchKG Rechnung zu tragen, wonach Gläubiger einer nachfolgenden Klasse erst dann Anspruch auf den Erlös haben, wenn die Gläubiger der vorhergehenden Klasse befriedigt worden sind, und somit einen Unterschied bezüglich Rangierung zu berücksichtigen. Wie bereits zu Frage 3.1 ausgeführt, ist aufgrund der Angaben im Sachverhalt davon auszugehen, dass Peter Hess als Arbeitnehmer über in der ersten Klasse kollozierte Forderungen gegenüber der Müller AG verfügt. Bei der Transport AG handelt es sich mangels anderer Angaben im Sachverhalt hingegen um eine Drittklassgläubigerin. Die beiden stehen folglich in einem unterschiedlichen Rang. Ob die Rangfolge als massgebend erachtet wird, ist somit vorliegend von Bedeutung.

Für eine Nichtberücksichtigung des Ranges würde sprechen, dass die Kläger in gleicher Weise das Risiko des Prozessverlustes und der damit verbundenen Kostenfolgen tragen. Für eine Bevorzugung des höher klassierten Gläubigers spricht, dass die Rangfolge der Gläubiger eine vom Gesetzgeber aus sozialen Gründen⁸² gewollte Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger darstellt und folglich auch in der vorliegenden Konstellation beachtet werden muss. Die Berücksichtigung des Ranges findet sich denn auch in Art. 260 Abs. 2 SchKG, wonach das Ergebnis der Geltendmachung eines Masseanspruchs den Abtretungsgläubigern zur Deckung ihrer Forderungen „nach dem unter ihnen bestehenden Range“ dient. Das Bundesgericht ist in einem älteren Entscheid aufgrund der Parallelen zwischen diesen beiden Bestimmungen denn auch zum Schluss gekommen, dass die Rangfolge auch bei der Verteilung des Prozessgewinnes einer Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG zu berücksichtigen sei⁸³. Zur Begründung wurde weiter ausgeführt, die Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG stelle für den privilegierten Gläubiger die einzige Möglichkeit dar, eine korrekte Verteilung des Erlöses der Masseaktiven zu erreichen. Würde man nun aber den Pro-

⁸² Amonn/Walther (Fn. 22), § 42 N 66.

⁸³ BGE 39 I 270 E. 1 S. 274 f.

zessgewinn im Verhältnis der Forderungen aufteilen, hätte dies zur Folge, dass es dem privilegierten Gläubiger verunmöglicht würde, den ihm eigentlich von Gesetzes wegen zustehenden Anteil zu erhalten, weil Kurrentgläubiger ihn durch gleichzeitige Erhebung einer Kollokationsklage – zumindest teilweise – um seinen Anteil bringen könnten⁸⁴. Auch nach herrschender Auffassung in der Literatur hat die Verteilung nach dem Rang zu erfolgen⁸⁵. Die Sicherstellung der Befriedigung nach der gesetzlichen Rangfolge wird somit höher gewichtet als das Prozessrisiko.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass aus dem Prozessgewinn vorerst Peter Hess bis zur vollständigen Deckung seiner privilegierten Forderungen befriedigt wird. Nur wenn danach noch etwas übrig bleibt, kann auch die Transport AG von der erfolgreichen Klage profitieren. Je nach Höhe der Forderungen von Peter Hess könnte sie allenfalls auch leer ausgehen. Da Peter Hess jedoch für seine Forderungen bereits mit einer 70-prozentigen Deckung rechnen kann und nur die Lohnforderungen der letzten sechs Monate privilegiert sind, stehen die Chancen gut, dass für die Transport AG von den 28'000 Franken noch ein gewisser Betrag übrig bleibt.

⁸⁴ BGE 39 I 270 E. 1 S. 275.

⁸⁵ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Fn. 32), Art. 250 N 21; Braconi (Fn. 66), S. 139 m.w.H.

Lösung Fall 4

Frage 4.1: Kurzgutachten zu einer Gerichtsstandsklausel

1. Grundsätzliches

Die Zuständigkeitsvereinbarung „Für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist das Zürcher Handelsgericht zuständig“ setzt sich aus zwei Komponenten zusammen:

- Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit;
- Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit.

Um die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich zu begründen müssen beide Komponenten erfüllt sein.

Zu prüfen ist diese Zuständigkeitsvereinbarung:

- gegenüber Vertragspartnern mit (Wohn-)Sitz im Inland (2.) sowie
- gegenüber Vertragspartnern mit (Wohn-)Sitz im Ausland (3.).

2. Vertragspartner mit (Wohn-)Sitz im Inland

a) Örtliche Zuständigkeitsvereinbarung

Rechtsgrundlage: GestG 9. Voraussetzungen:

- keine zwingende Zuständigkeit: ist vorliegend erfüllt, insbesondere liegt keine Konsumentenstreitigkeit vor, da die vertraglichen Leistungen nicht für private Bedürfnisse bestimmt sind (vgl. GestG 2 I; GestG 21 ff.).
- Bestimmtheitserfordernis:
 - o Örtlich: Die Vereinbarung bezieht sich auf die Stadt Zürich und ist damit ausreichend bestimmt.
 - o Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses: Die Formulierung „alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag“ bezeichnet das betroffene Rechtsverhältnis als das jeweilige Vertragsverhältnis und ist damit präzise genug: gemeint sind die Ansprüche aus dem Werbevertrag etc. Die Vereinbarung „aller Ansprüche“ aus diesem genau bestimmten Rechtsverhältnis ist ebenfalls zulässig, auch wenn die einzelnen Ansprüche nicht schon im Voraus definiert werden.
- Erforderlich um das Ziel gem. Sachverhalt zu erreichen, ist, dass der vereinbarte Gerichtsstand ausschliesslich zur Anwendung kommt. Dies wird im GestG vermutet und muss daher nicht besonders im Vertrag aufgeführt werden.
- Formerfordernisse: Schriftlichkeit bzw. andere Form gemäss GestG 9 II.
- Annahmepflicht – Ablehnungsbefugnis: Falls kein genügender Bezug zu Zürich besteht, kann das Gericht die Klage ablehnen. Ein genügender Bezug ist sicherlich vorhanden bei der FIFA, die hier Sitz hat. Da der SFV selbst nicht in Zürich Sitz hat, käme es bei ihm darauf an, ob in Zürich seine Vertragspartner Sitz haben, ein Erfüllungsort besteht, Vertragsverhandlungen geführt worden sind oder sonst ein besonderer Bezug hergestellt werden kann.

- Das Handelsgericht Zürich hat eine Praxis, wonach es, sofern kein genügender Bezug im Sinne des GestG vorliegt, trotzdem auf die Klage eintritt, sofern: der Streitwert mindestens 1 Mio. Fr. beträgt, die klagende Partei die Kosten sicherstellt und für die Prorogation beachtenswerte Gründe vorliegen. Letztes Kriterium wird in der Lehre allerdings kritisch aufgenommen⁸⁶.

b) Sachliche Zuständigkeitsvereinbarung

Die Gerichtsorganisation und damit die sachliche Zuständigkeitsvereinbarung gehört in die kantonale Kompetenz und wird nicht vom GestG geregelt. Massgebend für die Vereinbarung des Handelsgerichts ist GVG 64. Voraussetzungen:

- Form: Schriftlichkeit.
- Der Streitwert für die Berufung muss gegeben sein (GVG 64 i.V.m. GVG 62). Hier stellt sich die Frage der Anpassung des kantonalen Rechts an das BGG.
- Es muss eine Handelssache vorliegen, d.h. Gewerbe oder Handelsverhältnisse (GVG 62). Ist bei Vermarktungsrechten zu bejahen.
- Keine Rolle für die Anwendung von GVG 64 spielt, ob die FIFA/SFV als Vereine im HR eintragungsfähig sind (was zu bejahen ist) und ob sie auch eingetragen sind. Das Eintragungserfordernis für Kläger und Beklagten entfällt nach GVG 64.

Ergebnis: Unter Beachtung dieser Erfordernisse ist eine solche Vereinbarung ohne weiteres möglich. Beim SFV können sich mangels Bezug zu Zürich betr. die Annahmepflicht Probleme stellen, doch wird das Gericht auch hier auf die Klage eintreten, zumal der Streitwert wohl über 1 Mio. Fr. liegen wird.

3. Vertragspartner mit (Wohn-)Sitz im Ausland

a) Örtliche Zuständigkeitsvereinbarung

Rechtsgrundlage: LugÜ 17, und zwar ausschliesslich. Gemäss Sachverhalt liegen der Gerichtsstand und der Sitz einer der Parteien in der Schweiz und damit in einem Vertragsstaat. Darüber hinaus muss ein Auslandsbezug zu einem weiteren Staat vorliegen. Dabei kann es sich um einen weiteren Vertragsstaat oder nach h.L. um einen Drittstaat handeln, d.h. ein Bezug zu einem weiteren LugÜ-Staat ist nicht erforderlich. Selbst wenn ein Vertragspartner z.B. in Liechtenstein wohnt, ist somit das LugÜ massgebend, d.h. das IPRG kommt in keinem Fall zur Anwendung.

(Da dies allerdings nicht unbestritten ist, kann man sich im Rahmen eines Gutachtens bzw. der Beratung der Parteien die Frage stellen, ob nach einer Formulierung zu suchen ist, die sowohl unter LugÜ als auch unter IPRG standhält.)

Zuständigkeitsvereinbarung nach LugÜ 17 im Einzelnen:

- Der sachliche Anwendungsbereich muss vorliegen: Es handelt sich um eine Zivilsache; es liegt keine ausgeschlossene Materie vor (Art. 1 LugÜ).

⁸⁶ Vgl. Isaak Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2005, S. 151.

- Der örtlich Anwendungsbereich muss vorliegen: Dies ist wie gesagt erfüllt, da ein Gericht in der Schweiz, d.h. in einem LugÜ-Staat, vereinbart wird und auch eine Partei hier Wohnsitz hat. Sodann muss ein Bezug zu einem weiteren Vertragsstaat oder zu einem Drittstaat bestehen. Dies ist dann gegeben, wenn der Vertragspartner ausserhalb der Schweiz wohnt (egal wo), ein Erfüllungsort ausserhalb der Schweiz liegt, etc.
- Keine zwingende Zuständigkeit: v.a. liegt auch hier keine Konsumentenstreitigkeit vor.
- Das Rechtsverhältnis ist ebenfalls genügend bestimmt (z.B. aus dem Werbevertrag) und das Gericht genügend genau bezeichnet (Zürich), wobei nach LugÜ sogar die Bezeichnung des Staates genügen würde.
- Ausschliesslichkeit wird nach LugÜ vermutet (alt und neu), d.h. sie braucht nicht explizit in der Vereinbarung genannt zu werden.
- Die Formerfordernisse sind gegenüber dem GestG erleichtert, wobei auch hier der Grundsatz der Schriftlichkeit gilt.
- Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht – im Gegensatz zum GestG – eine uneingeschränkte Annahmepflicht.

b) Sachliche Zuständigkeitsvereinbarung

LugÜ und IPRG regeln die sachliche Zuständigkeit nicht. Diese bestimmt sich nach der lex fori und somit nach GVG. Sie ist analog zum reinen Inlandsachverhalt zu beantworten.

Fazit: Im internationalen Verhältnis ist eine solche Vereinbarung noch einfacher möglich als nach GestG.

Auch die Anforderungen nach IPRG wären erfüllt, sofern Schriftlichkeit bzw. eine der Formen nach IPRG 5 vorliegt, es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt (ja), keine zwingende Zuständigkeit gegeben ist (keine Konsumentenstreitigkeit), kein schweizerischer Gerichtsstand entzogen wird sowie Gericht und Rechtsverhältnis genau bezeichnet sind. Ausschliesslichkeit wird vermutet und Annahmepflicht besteht im Rahmen von IPRG 5 III.

Frage 4.2: Kurzgutachten zu einer Schiedsklausel

4. Anwendbare Rechtsgrundlage

Das schweizerische Schiedsgerichtsrecht ist für internationale Fälle im 12. Kapitel des IPRG und für nationale Fälle im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) geregelt. Entscheidend für die Anwendbarkeit des IPRG ist der Wohnsitz bzw. gewöhnliche Aufenthalt zur Zeit des Vertragsschlusses. Sobald eine der Vertragsparteien diesen beim Abschluss der Schiedsabrede nicht in der Schweiz hatte, ist das IPRG anwendbar (Art. 176 Abs. 1 IPRG). Hatten beide Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, ist das KSG die massgebliche Rechtsgrundlage (Art. 1 Abs. 1 KSG). Das KSG ist ebenfalls anwendbar, wenn die Parteien die Anwendung des IPRG zu Gunsten des kantonalen Rechts schriftlich ausgeschlossen haben (Art. 176 Abs. 2 IPRG). Im vorliegenden Fall haben die FIFA und der SFV ihren Sitz in der Schweiz; wo ihre Vertragspartner Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt haben, ist nicht bekannt, es darf aber bei der

Organisation einer Europameisterschaft damit gerechnet werden, dass inländische und ausländische Partner beteiligt sind. Das Kurzgutachten ist also sowohl nach KSG als auch nach IPRG zu erstellen.

5. Ungültigkeit der Schiedsklausel und deren Rechtsfolgen

Die Gültigkeit der Schiedsklausel hängt von folgenden Voraussetzungen ab: Vertragliches Zustandekommen, Einhalten der Formvorschriften, Schiedsfähigkeit der Streitsache, keine Verletzung zwingender Bestimmungen sowie Unabhängigkeit und Parität des Schiedsgerichts.

Vertragliches Zustandekommen: Die Schiedsklausel als prozessrechtlicher Vertrag unterliegt den Regeln des Obligationenrechts (analog)⁸⁷. Nach IPRG Art. 178 Abs. 2 unterliegt sie allenfalls in favore validitatis den Regeln des auf die Klausel bzw. auf den Streitgegenstand anwendbaren ausländischen Rechts. Vorliegend ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt vom gültigen Zustandekommen auszugehen.

Form: Art. 6 Abs. 1 KSG verlangt für Binnenschiedsgerichte eine schriftliche Vereinbarung. Hierfür gelten die Art. 13 – 16 OR analog⁸⁸. Für Schiedsabreden nach IPRG genügt Schriftlichkeit, sowie Telegramm, Telex, Telefax oder eine andere Form der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 178 Abs. 1 IPRG). Auch ein Vertragsschluss per E-Mail erfüllt die Anforderungen⁸⁹. Der Sachverhalt gibt keinen Aufschluss über die Form der Vereinbarung in casu. Für Binnenfälle ist der FIFA und dem SFV Schriftlichkeit zu empfehlen, international genügt z.B. auch ein Vertragsschluss per Mail.

Schiedsfähigkeit: Nach Art. 5 KSG kann jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt. Frei verfügbar sind Ansprüche, die vor Gericht durch Handlung der beklagten Partei rechtsverbindlich erledigt werden können⁹⁰. Unter IPRG kann jeder „vermögensrechtliche Anspruch“ Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Das Bundesgericht versteht unter diesem (umstrittenen) Begriff jeden Anspruch, welcher wenigstens für eine Partei ein – wenn auch nur indirektes – geldwertes Interesse haben kann⁹¹. Bei der Organisation der EM handelt es sich um Ansprüche mit geldwertem Interesse, welche auch der freien Verfügung der Parteien unterliegen. Die Schiedsfähigkeit ist also gegeben.

Entgegenstehende Gesetzesvorschriften sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Insbesondere schliessen zwingende oder teilzwingende Gerichtsstände des GestG eine Schiedsklausel nicht aus⁹².

Nach h.L. erfordert die Gültigkeit einer Schiedsklausel auch, dass Gewähr für ein unabhängiges und paritätisches Schiedsgericht geleistet ist⁹³. Dies setzt voraus, dass keiner Partei bei der Bestellung der Schiedsrichter eine Vorzugsstellung zukommt und dass es ihnen nicht wegen

⁸⁷ Vogel/Spühler Kap. 14 N 40.

⁸⁸ Vogel/Spühler Kap. 14 N 37.

⁸⁹ ZK IPRG-Volken Art. 178 N 30.

⁹⁰ Vgl. Kommentar ZPO vor §§ 238 – 258 N 18.

⁹¹ BGE 118 II 353 E. 3b.

⁹² Vogel/Spühler Kap. 14 N 34.

⁹³ Vogel/Spühler Kap. 14 N 30; Rüede/Hadenfeldt S. 141. Dies folgt aus Art. 58 aBV (Art. 30 Abs. 1 nBV).

der besonderen Beziehung zu einer Partei an Unbefangenheit fehlt⁹⁴. Diese Grundsätze sind *zwingendes Recht* und können durch die Parteien nicht wegbedungen werden⁹⁵. In casu soll das Schiedsgericht durch die FIFA eingesetzt werden. Geht man allein von diesem Wortlaut aus, so kann die FIFA sämtliche Schiedsrichter selbst bestimmen. Eine Vorzugsstellung bei der Konstituierung ist damit klar gegeben. Eine solche Schiedsklausel ist deshalb unwirksam. Welche verfahrensrechtlichen Folgen daraus entstehen, wird im Folgenden zu erläutern sein.

a) Möglichkeit der Ablehnung

Die Folge besteht nach einem Teil der Lehre nicht in der Unwirksamkeit betreffend der ganzen Schiedsabrede, sondern nur bezüglich des Teil der Abrede, der gegen die genannten Grundsätze verstösst⁹⁶. Diese teilweise Unwirksamkeit lässt das Recht auf Ablehnung gem. Art. 19 Abs. 1 KSG und Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG entstehen⁹⁷. Wenn aber die betroffene Partei in einem solchen Fall ihr Recht zur Ablehnung nicht unverzüglich ausübt, sondern sich vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt, ist sie mit dieser Einwendung später nicht mehr zu hören⁹⁸.

Die Möglichkeit der einseitigen Bestellung der Schiedsrichter bildet also nach Art. 19 Abs. 1 KSG einen Grund zur Ablehnung des Schiedsgerichts. Dass auch unter Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG generell einen Ablehnungsgrund besteht, ist zu verneinen. Massgeblich für die dort geforderten „berechtigten Zweifel“ sind die Umstände im konkreten Fall⁹⁹. Das IPRG habe auf die ausdrückliche Nennung des Ablehnungsgrunds des „überwiegenden Einflusses auf die Bestellung“ verzichtet; dass hieraus ein Ablehnungsgrund entsteht, ist aber durchaus möglich¹⁰⁰. Nach ZK IPRG-Vischer¹⁰¹ kann besonders bei Verbandsschiedsgerichten, auf deren Bestellung eine der Parteien keinen Einfluss hatte, der Anschein der Befangenheit oder der Parteilichkeit entstehen; dieser Anschein genügt für die Begründung der Ablehnung. Die Verletzung der Gleichbehandlungsgarantie i.S.v. Art. 182 Abs. 3 IPRG stellt aber für sich allein noch keinen selbständigen Ablehnungsgrund dar. Vorliegend können also Schweizerische Vertragspartner nach KSG 19 Abs. 1 die Ablehnung des Schiedsgerichts bewirken. Um die Frage der Ablehnung für internationale Verhältnisse zu beantworten, fehlen konkrete Angaben im Sachverhalt. Zu meist wird aber wohl auch hier eine Ablehnung möglich sein.

b) Absolute Nichtigkeit

⁹⁴ Rüede/Hadenfeldt S. 140.

⁹⁵ Rüede/Hadenfeldt S. 141. BSK IPRG-Peter/Legler Art. 179 N 14 bezeichnen die Bestellung mit überwiegendem Einfluss einer Partei unter IPRG als „zu verurteilen“.

⁹⁶ Ähnlich Walter/Bosch/Brönnimann S. 103, wonach zwar in einem solchen Fall die Bestellung der Schiedsrichter schlechthin unwirksam sei. Der Schiedsvertrag müsse aber nicht insgesamt nichtig sein, sofern die Möglichkeit bestehe, dass die Ernennung eines neuen Schiedsgerichts erfolgen kann.

⁹⁷ Rüede/Hadenfeldt S. 142. Ebenfalls Ablehnungsgrund behagt: Walter/Bosch/Brönnimann S. 109.

⁹⁸ Rüede/Hadenfeldt S. 142. Ähnlich Walter/Bosch/Brönnimann S. 113, welche diesen Ausschluss der Anfechtbarkeit nicht ausdrücklich nennen, aber dahin argumentieren.

⁹⁹ BSK IPRG-Peter/Freymond Art. 180 N 13.

¹⁰⁰ BSK IPRG-Peter/Freymond Art. 180 N 17; in BSK IPRG-Peter/Legler Art. 179 N 14 wird dagegen der überwiegende Einfluss einer Partei auf die Konstituierung ohne Einschränkung als Grund zur Ablehnung genannt. ZK IPRG-Vischer sieht einen Ablehnungsgrund des überwiegenden Einflusses dann gegeben, wenn es um die Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder des Obmanns geht. Ebenfalls zur Zulassung der Ablehnung tendieren wohl auch Walter/Bosch/Brönnimann S. 109, wonach sich die „berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit“ des Schiedsgerichts i.S.v. Art. 180 Abs. 1 lit. c IPRG nach der Praxis zu Art. 19 KSG bestimmen.

¹⁰¹ Art. 180 N 10.

Nach anderer Ansicht besteht aufgrund des Prinzips der Gewährleistung der unabhängigen Rechtsprechung für Schiedsabreden eine inhaltliche Schranke. Ein Verstoß dagegen bewirkt, dass ein Schiedsspruch nichtig ist¹⁰². Die Nichtigkeit könnte aus praktischen Gründen mit der Anfechtung des Endentscheids geltend gemacht werden. Ein Gremium, das keine genügende Garantie für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bietet, kann nach dieser Ansicht gar nicht als Schiedsgericht gelten¹⁰³. Folgt man dieser Meinung, könnte (m.E.) vor staatlichen Gerichten geklagt werden, da einer dort erhobenen Schiedseinrede wohl nicht stattgegeben werden dürfte.

c) Frage der Anfechtbarkeit

Es stellt sich die Frage, ob eine Anfechtung des späteren Schiedsentscheids wegen nicht ordnungsgemässer Zusammensetzung des Schiedsgerichts zulässig ist (Art. 36 lit. a KSG und 190 Abs. 2 lit. a IPRG). Die Anfechtung des Endentscheides ist mit denjenigen Rügen nicht mehr möglich, welche schon während des Verfahrens bekannt, aber nicht geltend gemacht worden sind. Wer nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme eines Ablehnungsgrundes das Ablehnungsverfahren beschreitet, verwirkt die Anfechtung nach Art. 190 Abs. 2 lit. a¹⁰⁴. Dasselbe gilt für Art. 36 lit. a KSG¹⁰⁵. Da im vorliegenden Fall schon in der Schiedsabrede die Bestellung geregelt ist, muss die betroffene Partei einen dadurch entstehenden Ablehnungsgrund unverzüglich geltend machen. Andernfalls ist sie mit dieser Rüge gegen den Endentscheid ausgeschlossen.

Die Frage der Zulässigkeit einer Anfechtung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips nach Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG und Art. 36 lit. d i.V.m. Art. 25 KSG ist nach h.L. zu verneinen. Der Anfechtungsgrund von IPRG Art. 190 lit. d dient der Durchsetzung der Mindest-Verfahrensvorschriften von Art. 182 Abs. 3 IPRG¹⁰⁶. Der Grundsatz der Gleichbehandlung i.S.v. IPRG 182 Abs. 3 verlangt in Bezug auf Austausch von Rechtsschriften, auf Zeugeneinvernahmen, Parteivorträge und alle anderen Verfahrensfragen eine Gleichstellung der Parteien¹⁰⁷. Die Konstituierung des Schiedsgerichts wird aber weder als Gehalt von Art. 182 Abs. 3 IPRG noch von Art. 25 KSG genannt. Da in casu eine Verletzung der Vorschriften über die Zusammensetzung bzw. Bestellung des Schiedsgerichts in Frage steht, kommt eine Anfechtung nach Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG bzw. 36 lit. d KSG nicht in Frage¹⁰⁸. Zudem ist auch hier zu beachten, dass diese Rüge unverzüglich vorzubringen wäre, ansonsten sie verwirkt ist¹⁰⁹.

6. Sitz

¹⁰² Kommentar ZPO vor §§ 238 – 258 N 25.

¹⁰³ Kommentar ZPO vor §§ 238 – 258 N 10.

¹⁰⁴ BSK IPRG-Berti/Schnyder Art. 190 N 27; ZK IPRG-Vischer Art. 180 N 19

¹⁰⁵ Rüede/Hadenfeldt S. 341 f.

¹⁰⁶ BSK IPRG-Berti/Schnyder Art. 190 N 59.

¹⁰⁷ ZK IPRG-Vischer Art. 182 N 25.

¹⁰⁸ A.M. BSK IPRG-Peter/Legler Art. 179 N 14 welche eine Anfechtung unter IPRG 190 Abs. 2 lit. d bei überwiegendem Einfluss einer Partei auf die Konstituierung zulassen wollen, sofern dies erst am Ende des Verfahrens bekannt wird.

¹⁰⁹ ZK IPRG-Vischer Art. 190 N 31.

In der vorliegenden Schiedsklausel wurde kein Sitz für das Schiedsgericht festgelegt. Die Nennung eines Sitzes ist für die Gültigkeit der Schiedsklausel aber nicht unbedingt notwendig. Fehlt eine Vereinbarung, so wird der Sitz nach der subsidiären Ordnung von Art. 2 KSG bzw. 176 Abs. 3 IPRG durch die Schiedsrichter bestimmt.

7. Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit kann ein schnelleres und flexibleres Verfahren bieten, weil grundsätzlich nur eine Instanz besteht und das Verfahrensrecht frei bestimmt werden kann. Die Parteien können die Schiedsrichter frei wählen. Deshalb verfügen sie oft über mehr Fachkompetenz und geniessen ein grösseres Vertrauen der Parteien. Besonders im internationalen Handel kann ein Interesse der Handelspartner bestehen, dass ein von den betreffenden Staaten unabhängiges, unparteiisches Schiedsgericht den Streit schlichtet. Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit können sich darin zeigen, dass eine wirtschaftlich stärkere Partei dem schwächeren Gegner eine Schiedsabrede aufzwingt, oder gar das Schiedsgericht zu ihren Gunsten zu beeinflussen versucht.

8. Vorschlag einer verbesserten Schiedsklausel

Eine verbesserte Schiedsklausel sollte eine paritätische Konstituierungsordnung enthalten oder auf eine der Ordnungen verweisen, die von den Schiedsgerichtsinstitutionen zur Verfügung gestellt werden, z.B. die Schiedsordnung einer der Schweizerischen Handelskammern. Ausserdem sollte ein Sitz des Schiedsgerichts bestimmt werden. Eine Klausel könnte also wie folgt lauten: „Für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich zuständig. Es besteht aus drei Schiedsrichtern von denen je einer durch jede Vertragspartei und der dritte als Obmann von den zwei ersten (Parteischiedsrichtern) ernannt wird.“

Bewertungsschema

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

		Kommentar	Punkte
Fall 1 Nach OG	Frage 1.1	- Erkennen, dass ein prozessleitender Entscheid vorliegt, mit Definition.	0.25
	maximal 6 Punkte	- Richtige Ausführungen zur Bezifferung des Rechtsbegehrens .	0.5
		- Ausschliessen der kantonalen Berufung , mit Begründung.	0.25
		- Erschöpfende Argumentation der Zulässigkeit des Rekurses (insbesondere ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 4).	1.0
		- Ausschliessen der eidg. Berufung , mit Begründung.	0.5
		- Fallbezogene Ausführungen zum Verhältnis von eidg. Berufung und staatsrechtlicher Beschwerde bzw. kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde (ZPO 285 Abs. 2).	0.25
		- Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde , insbesondere gut begründete Argumentation zum Vorliegen eines „schwer wieder gutzumachenden Nachteils“ i.S.v. ZPO 282.	2.0
		- Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde , insbesondere schlüssige Argumentation zur Frage des „nicht wieder gutzumachenden Nachteils“ i.S.v. OG 87 Abs. 2.	1.0
	- Weitere gute Ausführungen zu Rechtsmittelfragen.	0.25	
Nach OG	Frage 1.2	- Erkennen, dass ein Teilentscheid in der Sache vorliegt.	0.25
	Maximal 4 Punkte	- Zulässigkeit der kantonalen Berufung .	0.25
		- Zulässigkeit der eidg. Berufung , insbesondere Erkennen der Problematik und überzeugende Argumentation der Anfechtbarkeit von Teilentscheiden (OG 50 Abs. 1).	2.0
		- Gute Ausführungen zur Frage der Spaltung des Rechtsweges , insbesondere Ausführungen zur Rüge von Tat- und Rechtsfragen, zur kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde sowie zur staatsrechtlichen Beschwerde.	1.5
Total Fall 1: 10 Punkte			10
Fall 1 Nach BGG	Frage 1.1	- Erkennen, dass ein prozessleitender Entscheid vorliegt, mit Definition.	0.25
	maximal 7 Punkte	- Richtige Ausführungen zur Bezifferung des Begehrens .	0.5
		- Ausschliessen der kantonalen Berufung , mit Begründung.	0.25
		- Erschöpfende Argumentation der Zulässigkeit des Rekurses (insbesondere nach ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 4).	1.0
		- Gut begründete Argumentation des Verhältnisses von Einheitsbeschwerde und kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde (BGG 75 Abs. 1 und ZPO 285 Abs. 2).	0.5

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 4. September 2006

Prof. Isaak Meier

		- Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde , insbesondere gut begründete Argumentation zum Vorliegen eines „schwer wieder gutzumachenden Nachteils“ i.S.v. ZPO 282.	2.0
		- Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen , insbesondere schlüssige Argumentation zum Vorliegen eines anfechtbaren Entscheids (BGG 93 Abs. 1):	2.0
		- Richtige Ausführungen zur subsidiären Verfassungsbeschwerde .	0.25
		- Weitere gute Ausführungen zu Rechtsmittelfragen.	0.25
Nach BGG	Frage 1.2	- Erkennen, dass ein Teilentscheid in der Sache vorliegt.	0.25
	Maximal 3 Punkte	- Zulässigkeit der kantonalen Berufung .	0.25
		- Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde , insbesondere Ausführungen zur Rüge von Tat- und Rechtsfragen.	0.5
		- Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen , insbesondere Erkennen der Problematik und überzeugende Argumentation der Anfechtbarkeit von Teilentscheiden (Art. 91 lit. a BGG).	2.0
		Total Fall 1: 10 Punkte	10
Fall 2	Frage 2	<u>1. Forderungen von Fr. 600'000.-</u> Arrest und Pfändung für Frau Miller - Voraussetzungen (SchKG 272I, 2711.4) - Bewilligung des Arrests (SchKG 272I), örtliche und sachliche Zuständigkeit des Arrestrichters - Arrestprosequierung (SchKG 279) - durch Klage - durch Betreibung auf Pfändung (Anschlusspfändung) <i>Bemerkung: Der Arrest für die INIT Ltd. wurde erfolgreich prosequiert. Ausführungen dazu wurden nicht bewertet.</i>	1.75 0.75
		<u>2. Wertpapiere</u> - Anmeldung an das zuständige Betreibungsamt - Parteirollen gemäss SchKG 107I.1, Bestimmung des Gewahrsams für Vermögenswerte, die sich bei einem Vierten befinden - Ablauf des Vorverfahrens - Widerspruchsprozess, örtliche und sachliche Zuständigkeit	0.25 2 0.5 2.25
		Total Frage 2: 10 Punkte	

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 4. September 2006

Prof. Isaak Meier

Fall 3	Frage 3.1	<p>Begründete Ausführungen dazu, dass vorliegend mit der Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG vorgegangen werden kann.</p> <p>Bestreitung des Bestehens der Forderung der Bank AG:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anfechtbarkeit der Abtretung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Möglichkeit der Geltendmachung der Anfechtbarkeit durch die Kollokationsklage begründet bejahen. ▪ Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG begründet verneinen. <p>Bestreitung des Rangs der Forderung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Privilegierung der Lohnforderungen von Rita Heller und Fritz Kunz mit guter Begründung bejaht oder verneint. • Abtretbarkeit des Arbeitnehmerprivilegs begründet bejaht. 	<p align="center">1</p> <p align="center">1</p> <p align="center">1</p> <p align="center">1</p> <p align="center">1</p>
	Frage 3.2	<p>Prüfung der Frage, ob Peter Hess und die Transport AG die Kollokationsklage gemeinsam erheben müssen, wenn sie beide klagen wollen: Erörterung der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung und Vergleich mit Art. 260 SchKG.</p>	<p align="center">2.5</p>
	Frage 3.3	<p>Begründete Darlegung des Anspruchs von Peter Hess und der Transport AG auf den Prozessgewinn sowie begründete Ausführungen zur konkreten Höhe des Prozessgewinns im vorliegenden Fall.</p> <p>Begründete Ausführungen dazu, wie der Prozessgewinn zwischen Peter Hess und der Transport AG zu verteilen ist.</p> <p>Total Frage 3: 10 Punkte</p>	<p align="center">1</p> <p align="center">1.5</p>
Fall 4	Frage 4.1	<p>Gerichtsstandsvereinbarung</p> <p><i>Nationale Zuständigkeit</i></p> <p>Die meisten Punkte (1 bis maximal 1.25 Punkte) wurden vergeben für Ausführungen zu GestG 9 III (Annahmepflicht). Für die Hervorhebung der Ausschliesslichkeitsvermutung nach GestG 9 gab es 0.5 Punkte. Die Prüfung von weiteren Voraussetzungen betreffend die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung (Konsumentenstreitigkeit etc.) ist mit maximal 0.5 Punkten bewertet worden.</p> <p><i>Sachliche Zuständigkeit</i></p> <p>Die Prüfung der Zulässigkeit einer Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit nach GVG 64 ergab 0.5 bis 0.75 Punkte. Nähere Ausführungen zum Streitwert und insbesondere zur Frage, ob eine Handelssache vorliegt, führte zu weiteren 0.5 Punkten.</p> <p><i>Internationale Zuständigkeit</i></p> <p>1 Punkt wurde zunächst vergeben für Ausführungen zur Anwendung des LugÜ. Der Hinweis auf die Ausschliesslichkeitsvermutung ergab wiederum 0.5 Punkte. Ausführungen zu den Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung wurden insgesamt mit 0.5 Punkten bewertet.</p>	<p align="center">Total 5 Punkte</p>

	Frage 4.2	<p>Schiedsklausel</p> <p><i>Anwendbares Recht</i> Die zutreffende Bestimmung der Rechtsgrundlagen (IPRG und Konkordat) und Umschreibung ihrer Anwendungsbereiche ergab insgesamt 1 Punkt.</p> <p><i>Bestellung des Schiedsgerichtes</i> Am meisten Punkte (2 Punkte) wurden verteilt für Ausführungen zum Problem der Bestellung des Schiedsgerichtes durch eine Partei. Dabei wurden auch Verbesserungsvorschläge erwartet.</p> <p><i>Allgemeine Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Schiedsklausel</i> Bemerkungen zu Voraussetzungen für die Gültigkeit der Schiedsklausel (Schiedsfähigkeit, Sitz, Form, etc.) ergaben insgesamt 1 Punkt.</p> <p><i>Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit</i> Ebenfalls 1 Punkt erhielt, wer Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit aufzählte.</p> <p>Total Frage 4: 10 Punkte</p>	Total 5 Punkte
		Total Punkte	40

Notenskala

Exakte Note	Punkte	Gerundete Note	ab x Punkten
3	3.75	3	2.0
3.5	7.25	3.5	5.5
4	10.75	4	9.0
4.5	14.25	4.5	12.5
5	17.75	5	16.0
5.5	21.25	5.5	19.5
6	24.75	6	23.0

1 Note höher pro 7 Punkte