

## Prüfung in ZPR/SchKG

Prof. Isaak Meier

Vorbemerkung: Bei der Korrektur werden alle 5 Teile voraussichtlich etwa gleich gewichtet.

### 1. Teil

Die Food GmbH mit Sitz in Frankfurt will in Oerlikon ein neues Erlebnisrestaurant mit Diskobetrieb eröffnen. Sie plant, den Betrieb nicht als selbständige juristische Person, sondern als Zweigniederlassung im Sinne von Art. 782 OR zu führen. Die Food GmbH lässt sich in allen Fragen durch den Rechtsanwalt Smart vertreten. Am 1. 8. 1997 lässt die Food GmbH den Umbau des Hauses, das sie vom Grundeigentümer Reich langfristig gemietet hat, öffentlich ausschreiben. Die Nachbarn, sind mit der Eröffnung des Betriebes nicht einverstanden, weil sie übermässige Immissionen befürchten. Die Nachbarn sind vor allem das Ehepaar Aengstlich als Gestamteigentümerin eines angrenzenden Grundstückes und Herr Säumig, ebenfalls Eigentümer einer Nachbargrundstückes.

Das Ehepaar Aengstlich gibt Rechtsanwältin Erfolgreich den Auftrag, gegen Umbau und Eröffnung des genannten Betriebes alle möglichen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Schritte einzuleiten. Hier interessieren selbstverständlich nur die letzteren. Frau RA Erfolgreich will gegen Herrn Reich und gegen die Food GmbH ein Begehren um vorsorgliche Massnahme auf Unterlassung von Umbau und Betrieb stellen.

1. Frage Wo und bei welcher Instanz kann/muss Frau RA Erfolgreich das bzw. die Massnahmebegehren stellen ?

2. Frage Die Ehefrau Aengstlich möchte im Massnahmeverfahren und später auch im Prozess wenn immer wie möglich nicht in Erscheinung treten. Sehen sie eine Möglichkeit, dass der Ehegatte Aengstlich in diesen Verfahren allein als Partei auftreten kann ?

### 2. Teil

Für den zweiten und den dritten Teil ist davon auszugehen, dass in der Zürcher Zivilprozessordnung - ähnlich wie in anderen kantonalen Zivilprozessordnungen - zusätzlich folgende Bestimmung vorhanden ist:

„Wer Bauten und Umbauten aus privatrechtlichen Gründen verbieten lassen will, hat innert 30 Tagen seit amtlicher Publikation der Ausschreibung beim zuständigen Gericht ein Begehren um vorsorgliche Massnahme und/oder Klage zu erheben. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist gelten alle Ansprüche als verwirkt.

Zwei Monate nach der öffentlichen Ausschreibung sucht auch Herr Säumig einen Rechtsanwalt - seine Name ist Unentwegt - auf. Von ihm erfährt der nicht rechtskundige Herr Säumig mit Schrecken von der gerade genannten Frist. Herr Unentwegt rät ihm jedoch trotz Fristablauf folgende Rechtsschritte einzuleiten:

1. Direkte Klageerhebung beim Bezirksgericht Zürich verbunden mit einem Begehren um vorsorgliche Massnahmen. Herr Unentwegt will sich auf den Standpunkt stellen, dass die genannte Bestimmung mit dem Bundesrecht nicht vereinbar sei. Um nichts zu versäumen, hat Herr Unentwegt auch das Begehren um Wiederherstellung der Frist gestellt. 2. Erklärung der

Nebenintervention im Massnahmeverfahren des Ehepaars Aengstlich für den Fall, dass das Gericht Klage und Massnahme als unzulässig betrachtet sollte.

3. Frage Wie sind die Chancen von Klage und Massnahme betreffend den zeitlichen Aspekt zu beurteilen ?

4. Frage Wie ist die Nebenintervention zu beurteilen ? Was kann Herr Säumig damit erreichen, wenn sie vom Gericht zugelassen werden sollte ?

3. Teil

Das Bezirksgericht Zürich weist zunächst das Massnahmebegehren und kurze Zeit später auch die Klage unter Hinweis auf die genannte Bestimmung ab. Im weiteren erklärt das Gericht, das mit dem Massnahmebegehren des Ehepaars Aengstlich befasst ist, die Nebenintervention des Herrn Säumig für unzulässig. Als Begründung führt es an, dass hierfür kein schützenswertes Interesse habe.

5. Frage Welche Rechtsmittel kann Säumig gegen diese drei Entscheidungen ergreifen ? Es ist jeweils der ganze Instanzenzug aufzuzeigen.

4. Teil

Für den 4. Teil machen wir einen Zeitsprung. Nunmehr befinden wir uns im ordentlichen Prozess des Ehepaars Aengstlich gegen die Food GmbH vor dem Bezirksgericht Zürich. In diesem Prozess steht unter anderem die Frage zur Diskussion, was die Food GmbH genau mit ihrem Betrieb machen will. Zum Beweis ihrer Behauptungen verlangt das Ehepaar die Herausgabe sämtlicher Geschäftsunterlagen betr. den geplanten Betrieb von RA Smart. Frau RA erfolgreich weiss aus einem gescheiterten Vergleichsgespräch, dass Kollege Smart über sämtliche Geschäftsunterlagen seiner Klientschaft verfügt.

6. Frage Ist RA Smart verpflichtet diese Unterlagen herauszugeben ? Welche Argumente sprechen dagegen ? Unter welchen Voraussetzungen besteht allenfalls eine solche Verpflichtung ? Welche Rechtsfolgen treten für wen ein, falls sich RA Smart zu unrecht weigert, die Urkunden herauszugeben ?

5. Teil

Für den 5. Teil vollziehen wir erneut einen - diesmal noch grösseren - Zeitsprung. Der nunmehr eröffnete Betrieb „Planet Monte Carlo- Food GmbH, Oerlikon“, kurz „PMCOe“, macht in den ersten zwei Jahren enorme Umsätze. Wegen ungetreuer Geschäftsführung der Leiters des Zweigbetriebes, Herrn Jetsetter, kann der Betrieb jedoch im Dritten Jahr plötzlich seine zahlreichen Arbeitnehmer und Lieferanten nicht mehr bezahlen.

Die Lieferantin, Ungeduld AG, will möglichst schnell ihre ausstehende Forderung von Fr. 300 000.- bezahlt oder wenigstens gesichert erhalten.

7. Frage Wie kann/muss sie hierfür vorgehen ?

8. Frage Für die Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass über die PMCOe schliesslich der Konkurs eröffnet wird. Ein wichtiges Aktivum in diesem Konkurs sind Verantwortlichkeitsansprüche gegen Herrn Jetsetter. Herr Jetsetter erklärt sich gegenüber der Kon-

kursverwaltung bereit, Fr. 300 000.- in den Konkurs zu zahlen. Die Ungeduld AG findet jedoch, das dies viel zu wenig ist. Fragen: Was kann die Ungeduld AG unternehmen, falls die anderen Gläubiger mit dem Angebot eiverstanden sind ? Was kann/muss die Konkursverwaltung unternehmen um sicherzustellen, dass die Konkursmasse auf jeden Fall die Fr, 300 000.- erhält ?

---

## **Lösung**

### **1. Teil**

#### **1. Frage**

Massnahmebegehren gegen die Food GmbH: Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, da die Food GmbH ihren Sitz im Ausland hat. Die Streitsache liegt im Anwendungsbereich des LugÜ. Somit kommt diese Rechtsgrundlage und nicht das IPRG zur Anwendung (IPRG 1 II).

Zentrale Norm für die Zuständigkeit im einstweiligen Rechtsschutz ist LugÜ 24. Diese besagt nach herrschender Auffassung, dass eine vorsorgliche Massnahme an allen Gerichtsständen des LugÜ und ebenso an allen nationalen Gerichtsständen beantragt werden kann. Die wohl überwiegende Lehre nimmt an, dass mit den letztgenannten Zuständigkeiten diejenigen des IPRG gemeint sind. Konkret bedeutet dies insb.: Für die dingliche Unterlassungsklage ergibt sich die Zuständigkeit der Schweiz zunächst aus LugÜ 16 Ziff.1 lit. a. Für die örtliche Zuständigkeit in der Schweiz sind alsdann IPRG 10 in Verbindung mit IPRG 97 anzuwenden.

Massnahmebegehren gegen Reich:

Betreffend dieses Begehren liegt kein internationaler Sachverhalt, sondern ein nationaler, genauer gesagt ein innerkantonaler Sachverhalt vor. Die Zuständigkeit beantwortet sich nach ZPO 6 I.

Gemeinsamer Gerichtsstand:

Zu einer vollständige Antwort gehörte auch, dass man sich die Frage nach einem gemeinsamen Gerichtsstand für beide Begehren gestellt hat. In Frage kommen ZPO 14 und LugÜ 6 Ziff. 1. Bei der Anwendung der letztgenannten Bestimmung musste allerdings das Problem angesprochen werden, dass gegenüber dem Massnahme-begehren von Reich ein rein nationaler Sachverhalt vorliegt.

Sachliche Zuständigkeit:

Zuständig ist für beide Begehren der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht (GVG 23, ZPO 222 Ziff. 3).

#### **2. Frage**

Die Ehegatten bilden keine notwendige Streitgenossenschaft, da die Entscheidung nicht notwendigerweise gleich lauten muss. Selbst wenn sie eine notwendige Streitgenossenschaft bilden würden, muss man sich die Frage stellen, ob die Ehegatten nicht im einstweiligen Rechts-

schutz aus Gründen der Dringlichkeit separat vorgehen können. Unseres Erachtens ist dies allerdings zu verneinen.

## **2. Teil**

### **3. Frage**

Die hier zu beurteilende Frist ist nach den Vorgaben im Sachverhalt eine solche des kantonalen Rechts, und zwar sollen die innert Frist nicht geltend gemachten Ansprüche verirken. Die massgeblichen Ansprüche beruhen auf Bundesrecht, d.h. insbesondere auf Nachbarrecht i.S.v. ZGB 684 (für die Rechtsdurchsetzung vgl. ZGB 679). Die Kernfrage ist, ob das kantonale Recht für die Geltendmachung bundesrechtlicher Ansprüche solche Verwirkungsfristen einführen kann. Eine Verletzung von Bundesrecht ist wegen des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (ÜbBest BV 2) und wegen der Geltung ungeschriebenen Bundesrechts zu bejahen. Letzteres bestimmt, dass das kantonale Recht die Durchsetzung von Bundesrecht weder verhindern noch erschweren darf. Da nach Sachverhalt sowohl Klage als auch vorsorgliche Massnahmen einzuleiten sind, ist zu prüfen, ob bei letzteren das Problem der Bundesrechtsverletzung die gleiche Rolle spielt wie bei der Klage, wozu die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung keinen einheitlichen Standpunkt einnehmen. Die Klage müsste somit trotz Verwirkung zugelassen werden; hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen ist das Ergebnis davon abhängig, ob der Lehre oder der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt wird.

### **4. Frage**

Für die Frage der Zulässigkeit der Nebenintervention ist hier hauptsächlich zu prüfen, ob das erforderliche rechtliche Interesse gegeben ist, was angesichts der nachbarrechtlichen Verhältnisse zu bejahen ist. Der Nebenintervenient kann zu Gunsten der Hauptpartei Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und gegebenenfalls Rechtsmittel einlegen, ohne dass hingegen ein Widerspruch zur Hauptpartei zulässig ist. Das Urteil lautet jedenfalls auf die Hauptpartei und nicht auf den Nebenintervenienten.

## **3. Teil**

### **5. Frage**

Massnahmebegehren:

- Das Anfechtungsobjekt ist ein prozessleitender Entscheid des Bezirksgerichts betreffend vorsorgliche Massnahmen in Form eines Beschlusses (GVG 155). Es handelt sich um vorsorgliche Massnahmen nach Rechtshängigkeit gemäss ZPO 110. Vor der Rechtshängigkeit wäre das Befehlsverfahren, das viele erwähnt haben, richtig. In diesem Fall aber nicht.

- ZPO 271 I Ziff. 4, GVG 43 I: Rekurs ans Obergericht, der vorliegende Fall wird im Gesetz ausdrücklich erwähnt.

- Keine eidg. Berufung, sie scheitert schon am Anfechtungsobjekt:

· Es liegt kein Endentscheid i.S.v. OG 48 I vor; wenn nur um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht wurde, kann der streitige Anspruch zum Gegenstand eines neuen Verfahrens gemacht werden

· Es liegt auch kein Zwischenentscheid i.S.v. OG 50 I vor, weil nicht sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann

- Nun ist die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde zu prüfen:

· Das Anfechtungsobjekt ist weiter gefasst als bei der eidg. Berufung. Es muss nur ein letztinstanzlicher Entscheid vorliegen (nicht wie bei der Berufung ein Endentscheid oder qualifizierter Fall des Zwischenentscheids), was i.c. vorliegt.

· Auch der Beschwerdegrund von OG 68 I lit. a ist gegeben, nämlich die Anwendung von der ZPO-Bestimmung statt von Bundesrecht.

Klage:

Im Sachverhalt heisst es, die Klage werde abgewiesen. Viele haben trotzdem gesagt, das Gericht sei nicht eingetreten, weil das Fehlen der Verwirkung eine Prozessvoraussetzung sei. Die Klageverwirkung ist aber eine Frage des materiellen Rechts.

- Anfechtungsobjekt ist ein Endurteil (nicht ein Erledigungsbeschluss)

- ZPO 259 I Ziff. 1, GVG 43 I: kt. Berufung gegen ein Endurteil des Bezirksgerichts ans Obergericht

- OG 43 ff.: Die eidgenössische Berufung ans Bundesgericht bereitete keine Probleme, alle Voraussetzungen sind erfüllt

Nebenintervention:

- Anfechtungsobjekt ist ein prozessleitender Entscheid und zwar eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren im Verfahren vom Ehepaar Ängstlich gegen Reich/Food. Säumig ist also ein Dritter. Viele haben gesagt, es liege ein prozesserledigender Entscheid vor für Säumig. Hauptsache war, dass ZPO 273 gesehen wurde: Rekurs vom ausgeschlossenen Nebenintervenienten Säumig ans Obergericht. Viele haben den Rekurs fälschlicherweise gestützt auf ZPO 271 oder 272 verneint. Der ausgeschlossene Nebenintervenient wird aber ausdrücklich im Gesetz erwähnt.

- Die eidg. Berufung ist nicht möglich, u.a. da

· als Anfechtungsobjekt kein Fall von OG 50 I vorliegt

· der Beschwerdegrund nicht gegeben ist, da die Nebenintervention ein Institut des kantonalen Rechts ist (Verletzung von Bundesrecht ist nicht gegeben)

- Die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht gegeben, weil kein Beschwerdegrund von OG 68 vorliegt

- ZPO 281, GVG 69a: kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Rekursentscheid: Der Rekursentscheid als Anfechtungsobjekt ist im Gesetz in ZPO 281 ausdrücklich erwähnt.

[Viele haben auch ZPO 283 als Legitimation des Säumig als Dritten erwähnt und auf ZPO 273 verwiesen. Aber beim Rekurs haben sie ZPO 273 noch nicht gesehen und den Rekurs verneint.]

- Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Kassationsgerichts (sie hat keine weiteren Probleme aufgeworfen)

#### **4. Teil**

##### **6. Frage**

Gemäss ZPO 137 bezeichnet jede Partei ihre Beweismittel in der Beweisantragungsschrift. Auf gerichtliche Aufforderung hin (Beweisabnahmebeschluss; ZPO 140) wird die Gegenpartei verpflichtet, die sich in ihrem Gewahrsam befindlichen Urkunden einzureichen (ZPO 183). Weigert sie sich, wird ihr Verhalten vom Gericht nach ZPO 148 gewürdigt (ZPO 183 II), was in der Regel bedeutet, dass das Gericht annehmen kann, diejenige Tatsache, für die das fragliche Beweismittel angerufen wurde, habe sich verwirklicht.

Falls sich die betreffenden Urkunden nicht bei den Parteien, sondern bei Dritten befinden, können diese nach ZPO 184 zur Herausgabe verpflichtet werden, sofern sie nicht zur Weigerung gemäss ZPO 158 f. berechtigt sind.

In casu befinden sich die Geschäftsunterlagen bei RA Smart, dem Vertreter der beklagten Partei. RA Smart ist als Dritter zu qualifizieren, seine Editionsspflicht leitet sich also aus ZPO 184 ab. Als mögliche Weigerungsgründe kommen ZPO 159 Ziff. 1 (unmittelbarer Nachteil, eigene Schande) oder ZPO 159 Ziff. 3 (Berufsgeheimnis) in Frage. Von der beruflichen Geheimhaltungspflicht, die auch im StGB verankert ist, kann RA Smart nur durch die Aufsichtsbehörde und/oder die Geheimnisherrin, die Food GmbH, entbunden werden. Verweigert diese die Entbindung ungerechtfertigterweise, muss ihr Verhalten nach ZPO 148 gewürdigt werden, also gleich, wie wenn sie selber die Edition von Urkunden verweigert hätte, die sich in ihrem Besitz befinden. Wird RA Smart entbunden, ist er zur Edition verpflichtet, es sei denn, er erkläre dem Gericht in begründeter Form, ein höheres Interesse (in casu könnte ein Geschäftsgeheimnis denkbar sein) gebiete trotz Befreiung die Geheimhaltung (ZPO 159 Ziff. 3). Geschieht dies, hat das Gericht darüber zu befinden, ob dieses höhere Interesse den gänzlichen Verzicht auf die Edition gebietet oder ob weniger weitergehende Schutzmassnahmen nach ZPO 145 genügen (z.B. Beschränkung des Akteneinsichtsrecht der Gegenpartei).

Verweigert RA Smart die Edition trotz Entbindung und Nichtvorliegen eines höheren Interesses wird er gemäss ZPO 184 II i.V.m. ZPO 163 II bestraft: Busse bis Fr. 500.- oder bis zu 10 Tagen Haft; bei fortgesetzter Weigerung Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams. Vorbehalten bleiben Schadenersatzansprüche des Ehepaars Ängstlich, falls sich durch die schuldhafte Nichtedition von RA Smart ein ganzer oder teilweiser Prozessverlust ergibt.

#### **5. Teil**

##### **7. Frage**

· SchKG 50 I: Die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft unterliegt der Konkursbetreibung am Ort des Betriebs.

· SchKG 190 I Ziff. 2: Gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, kann auf Antrag des Gläubigers ohne vorgängige Betreibung der Konkurs eröffnet werden.

· ZPO 213 Ziff. 5: Der Konkurs wird eröffnet durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich.

· SchKG 162: Auf Antrag des Gläubigers wird ein Güterverzeichnis erstellt.

· SchKG 271: Es liegt kein Arrestgrund vor. Ein Ausländerarrest scheitert daran, dass die Food GmbH in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzt und dort betrieben werden kann.

## **8. Frage**

· SchKG 260 I: Ein einzelner Gläubiger kann sich mit Einverständnis der anderen Gläubiger Rechtsansprüche abtreten lassen

· SchKG 240: Die Konkursverwaltung hat den Wert der Konkursmasse zu erhalten. Damit Auswirkungen eines ungünstigen Prozessausgangs nicht die Konkursmasse treffen, werden die Verantwortlichkeitsansprüche nur gegen Hinterlegung von Fr. 300'000.- abgetreten.

---