

# Liz II-Prüfung ZPR/SchKG vom 13. Januar 2010

## inkl. Musterlösung und Punkteschema

Prof. Dr. Isaak Meier

### Sachverhalt

#### **1. Fall** (10 Punkte)

Der russische Oligarch O mit Wohnsitz in Moskau (Variante 1) bzw. Wohnsitz in Berlin (Variante 2) besitzt ein Büro in Zürich, in dem er die verschiedenen Beteiligungen an Schweizer Firmen verwaltet.

Die ebenfalls aus Russland stammende Rechtsanwältin Olina M. mit Wohnsitz in Zürich hat vor drei Jahren ihre eigene Anwaltskanzlei in Zürich eröffnet. Sie ist im Bereich des Wirtschaftsrechts beratend tätig. Von zu Zeit führt sie aber auch Prozesse.

Der Oligarch O und RA Olina M. einigen sich darauf, dass sie drei Tage pro Woche in seinem Büro arbeitet und für ihn Rechtsfragen in Zusammenhang mit den Beteiligungen klärt sowie ihn in allfälligen Prozessen vertritt. Im Weiteren soll Olina M. bei zwei Firmen Einsitz im Verwaltungsrat nehmen. Olina M. erhält ein Grundhonorar von Fr. 8'000.- pro Monat. Zusätzlich erhält sie eine Sondervergütung für Prozesse, welche sich nach dem Streitwert und dem Erfolg richtet. Frau RA Olina M. verpflichtet sich dabei, bei all ihren Tätigkeiten gegen aussen als selbständige Anwältin aufzutreten.

#### **1.1. Wie ist diese Tätigkeit von RA Olina M. anwaltsrechtlich zu beurteilen? Untersteht sie betreffend die Tätigkeit als Verwaltungsrätin dem Anwaltsgeheimnis?**

Schon nach einem halben Jahr kommt es zwischen RA Olina M. und dem Oligarchen O zu Meinungsverschiedenheiten, welche zu einer sofortigen Vertragsauflösung seitens des Oligarchen führen.

#### **1.2. Wo kann RA Olina M. das noch nicht bezahlte Honorar und Schadenersatz einklagen? Es sind dabei beide Varianten betr. den Wohnsitz von O zu berücksichtigen.**

#### **2. Fall** (10 Punkte)

Die Vermietungs-AG mit Sitz in Zürich vermietet Wohnungen; unter anderem eine Vierzimmer-Wohnung an Robert Müller mit Wohnsitz in Zürich. Er ist 70-jährig und lebt mehr oder weniger von der AHV. Ein Zimmer ist an einen Enkel, welcher in Zürich studiert, untervermietet.

Da Robert Müller den Mietzins nicht mehr bezahlen kann, kommt es zur Auflösung des Mietvertrages. Robert Müller weigert sich jedoch aus gesundheitlichen Gründen, die Wohnung zu verlassen.

Nach anfänglichem Zögern entschliesst sich die Vermietungs-AG, die notwendigen rechtlichen Schritte einzuleiten, um Robert Müller auszuweisen.

- 2.1. Wie kann die Vermietungs-AG vorgehen? Wie ist der Ablauf des Verfahrens?**
- 2.2. Die Vermietungs-AG muss damit rechnen, dass sich auch der Enkel des Mieters weigert, auszuziehen. Was kann/muss sie deswegen vorgehen?**
- 2.3. Der Vollstreckungsbeamte kommt zum Schluss, dass bei Rolf Müller im Falle der sofortigen Ausweisung Suizidgefahr besteht. Kann/darf er Rolf Müller eine Auszugsfrist von 2 Monaten gewähren?**

### **3. Fall** (10 Punkte)

Die Restaurant AG, deren Aktien zu 90 % im Besitz von Rolf Huber stehen, führt ein gut gehendes Ausflugsrestaurant in der Umgebung von Zürich. Aus hier nicht interessierenden Gründen kommt die Restaurant AG in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die AG ist massiv überschuldet, so dass im Falle eines Konkurses nicht einmal mehr die privilegierten Gläubiger gedeckt wären.

- 3.1. Rolf Huber möchte die Restaurant AG retten oder – falls dies nicht möglich ist – in eigenem Namen weiterführen. Welche Möglichkeiten stehen ihm zur Verfügung?**

Rolf Huber gibt schliesslich seine Pläne zur Weiterführung des Restaurants auf. Nach Konkurseröffnung stellt sich für das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung unter anderem folgende Frage: Das Restaurant ist für die nächsten zwei Monate noch mit Firmenanlässen voll ausgebucht. Soll das Restaurant trotzdem geschlossen und das Personal entlassen werden oder soll es wenigstens für diese Zeit weitergeführt werden?

- 3.2. Wer hat diese Frage zu entscheiden? Welche Vor- und Nachteile sind mit der Weiterführung verbunden?**

### **4. Fall** (10 Punkte)

Peter Kreis ist von der Informatik AG fristlos entlassen worden, weil er angeblich absichtlich bei einem Kunden wichtige Daten zerstört hat, um seinen Vorgesetzten Alfons Bamert zu diskreditieren. Die Entlassung erfolgt vor allem auf Betreiben von Alfons Bamert.

Peter Kreis klagt vor dem zuständigen Gericht im Kanton Zürich auf Bezahlung von Schadenersatz von Fr. 50'000.- wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das zuständige Gericht heisst die Klage weitgehend gut. Aus dem Urteil interessieren folgende zwei Passagen:

- Als Begründung führt das zuständige Gericht unter anderem an, dass vom Gericht in Auftrag gegebene Gutachten klar ergeben, dass der Schaden nicht durch Peter Kreis verursacht werden können. Vielmehr sei der Fehler, welcher zum Absturz der Daten geführt habe, durch Stromschwankungen eingetreten. Angesichts dieses Gutachtens habe das Gericht auf die Einvernahme von Alfons Bamert, auf den die Informatik AG sich berufen hat, verzichten können. Alfons Bamert hätte im Übrigen infolge der – von beiden Parteien unbestrittenen – Vorgeschichte (insb. Aufforderung an die Informatik AG, Peter Kreis fristlos zu entlassen) ohnehin als befangen bezeichnet werden müssen.

- Im Weiteren meint das zuständige Gericht, dass die Informatik AG mit der Entlassung zulange zugewartet habe. Eine fristlose Entlassung müsse innert weniger Tage ausgesprochen werden. Dies sei jedoch – entgegen der Behauptung der Informatik AG – nicht erfolgt.

Die Informatik AG möchte gegen diese Entscheidung etwas unternehmen. Insbesondere meint sie, dass Alfons Bamert die absichtliche Schadenszufügung hätte klar und für das Gericht überzeugend bestätigen können. Im Weiteren möchte sie das Urteil auch betreffend den zweiten Punkt anfechten.

- 4.1. Welche Rechtsmittel kann die Informatik AG mit welcher Begründung ergreifen (es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen; bei der Chancenbeurteilung sind nur prozessuale Aspekte zu prüfen)?**
- 4.2. Peter Kreis ist auf die baldige Zahlung des Schadenersatzes dringend angewiesen. Was kann er unternehmen, um wenn möglich schon vor Ende aller Rechtsmittelverfahren zu seinem Geld zu kommen?**

# Musterlösung

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.

## Fall 1

### **Frage 1.1.**

#### I. Anwendbarkeit des BGFA

Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGFA i.V.m. § 10 Anwaltsgesetz ist das BGFA auf Personen anwendbar, die über das Anwaltspatent verfügen und im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gericht vertreten.

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass Olina M. in Zürich eine Anwaltskanzlei führt und im Sinne dieser Bestimmungen als Anwältin tätig ist und insbesondere auch prozessiert. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass sie über ein Schweizer Anwaltspatent – aufgrund ihrer forensischen Tätigkeit – im Anwaltsregister eingetragen ist (vgl. Art. 6 BGFA) Sie untersteht dementsprechend dem BGFA<sup>1</sup>.

#### II. Anwaltsrechtliche Beurteilung der Tätigkeiten von Olina M.

##### A. Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Olina M. und O.

Zwar ist der Vertrag zwischen Anwalt und Klienten in der Regel als Auftragsverhältnis zu qualifizieren, doch weist der Vereinbarung zwischen Olina M. und O. gewisse Besonderheiten auf, die sie von einem Auftrag unterscheiden. So wird der Vertrag insbesondere auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und sieht ein regelmässiges Monatsgehalt vor. Sodann steht es Olina M. nicht frei, ihren Arbeitsort zu wählen. Vielmehr wird ihr vorgeschrieben, im Büro des O. zu arbeiten. Aufgrund dieser Eingliederung in die Organisation des O. sowie der Dauerhaftigkeit des Vertragsverhältnisses ist vorliegend vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Olina M. und O. auszugehen.

##### B. Standesrechtliche Beurteilung des Anstellungsverhältnisses

Art. 8 lit. d BGFA schreibt vor, dass Anwälte unabhängig sein müssen und daher nur bei Personen angestellt sein dürfen, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.

Die Ausübung der unabhängigen Anwaltstätigkeit in Teilzeit ist zwar grundsätzlich nicht verboten, erfordert allerdings, dass zwischen der Teilzeitanstellung und der freien anwaltlichen Tätigkeit keine Beziehung besteht und die Mandate des Anwalts von den Interessen des Arbeitgebers getrennt sind<sup>2</sup>. Er muss sich auf Mandate beschränken, die ausserhalb des Tätigkeitsbereichs seines Arbeitgebers liegen<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 309.

<sup>2</sup> Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 70.

<sup>3</sup> BGE 130 II 87, 103.

Auch wenn Olina M. lediglich an drei Tagen in der Woche für O. tätig ist, so wird es ihr wohl kaum möglich sein nachzuweisen, dass ihre freie anwaltliche Tätigkeit vollkommen von den Interessen ihres Arbeitgebers O. getrennt ist. Sie konzentriert sich schliesslich auch im Bereich ihrer freien Anwaltstätigkeit vor allem auf Wirtschaftsrecht und ist in diesem Bereich sowohl beratend als auch forensisch tätig. Eine Überschneidung mit ihrer Tätigkeit für den russischen Oligarchen O. ist daher nicht auszuschliessen.

Die Anstellung bei O. verstösst somit gegen die in Art. 8 lit. d BGFA geforderete anwaltliche Unabhängigkeit.

Neben Art. 8 lit. d BGFA, der die institutionelle Unabhängigkeit verlangt und sich auf den Dauerzustand bezieht, verlangt auch die in Art. 12 lit. b BGFA Berufspflicht die unabhängige Tätigkeit des Anwalts. Dieser Artikel bezieht sich, anders als Art. 8 BGFA, sowohl auf den Dauerzustand, als auch auf den Einzelfall, das konkrete Mandat, wobei die gleichen Voraussetzungen zu beachten sind, wie auch im Rahmen von Art. 8 lit. d BGFA. Somit verstösst die Anstellung bei O. auch gegen diese standesrechtliche Bestimmung.

Die Unabhängigkeit des Anwalts erfasst auch das Gebot der Unabhängigkeit vom Mandanten<sup>4</sup>. Dementsprechend ist insbesondere auch die Vereinbarung, dass Olina M. den O. in Prozessen vertreten soll, ein standesrechtlich problematisch<sup>5</sup>.

Da Olina M. durch ihre Anstellung bei O. die für den Registereintrag notwendige Voraussetzung der institutionellen Unabhängigkeit nicht mehr erfüllt, ist ihr Eintrag im Register zu löschen. Dies hat zur Folge, dass sie nicht mehr im Monopolbereich – Vertretung vor Gericht – tätig sein kann und folglich weder für O. noch für die Mandanten ihrer Kanzlei prozessieren kann.

### C. Verwaltungsratsmandate

Nimmt ein Anwalt Einsitz in einem Verwaltungsrat, so stellt dies nicht automatisch ein standesrechtliches Problem dar. Insbesondere verstösst ein Verwaltungsratsmandat nicht per se gegen das Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit.

Die Mandate können jedoch im konkreten Fall zu einem Konflikt mit Art. 12 lit. c BGFA führen, der Interessenkonflikten zwischen der Klientschaft und anderen Personen, mit denen ein Anwalt in Kontakt steht, verbietet.

### D. Erfolgshonorar

Auch wenn das Prinzip der Parteiautonomie auch für Anwälte und die von ihnen geschlossenen Verträge gilt, wird dieser Grundsatz durch Art. 12 lit. e BGFA eingeschränkt. Diese Vorschrift verbietet es, vor Beendigung des Prozesses ein reines Erfolgshonorar zu vereinbaren, das an Stelle des Honorars tritt und bei ungünstigem Prozessausgang entfällt, so dass der Honoraranspruch des Anwalts derart mit seinem Erfolg verbunden ist, dass er ohne dessen Eintritt gar nicht entsteht. Eine zusätzliche Erfolgsprämie ist hingegen zulässig<sup>6</sup>.

Gemäss ihrer Vereinbarung mit O. erhält Olina M sowohl ein festes Grundhonorar von Fr. 8000.– pro Monat, das unabhängig von Prozessausgang und Streitwert geschuldet ist, als

---

<sup>4</sup> Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 75.

<sup>5</sup> Vgl. dazu: Staehelin/Oetiker, in Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 8 N 45.

<sup>6</sup> Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 122.

auch eine *zusätzliche* Sondervergütung für Prozesse, die sich nach dem Streitwert und dem Prozessausgang richtet.

Da Olina M. somit auch bei einem negativen Prozessausgang keineswegs gänzlich auf ihr Honorar verzichtet, sondern vielmehr weiterhin die erfolgsunabhängigen Fr. 8'000.– erhält, verstösst die Honorarvereinbarung mit O. nicht gegen Art. 12 lit. e BGFA.

#### E. Unabhängiger Auftritt gegen aussen

Die fehlende Unabhängigkeit kann auch dadurch, dass Olina M. gegen aussen weiterhin als selbstständige Anwältin auftreten soll nicht kompensiert werden. Vielmehr steht diese Vereinbarung, dass gegen aussen eine tatsächlich gar nicht mehr vorhandene Unabhängigkeit suggeriert werden soll, im Konflikt mit den Standesregeln.

So verstösst es gegen die in Art. 12 lit. a BGFA geforderte sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung, wenn Olina M. gegenüber der Öffentlichkeit vorspiegelt selbstständig tätig zu sein, während sie in Wahrheit in einem Anstellungsverhältnis zu O. steht.

Sodann stellt es einen Verstoß gegen Art 12 lit. j BGFA dar, der Anwälte verpflichtet Veränderungen der für den Registereintrag massgeblichen Umstände zu melden, wenn Olina M. den für den Registereintrag massgeblichen Verlust ihrer Unabhängigkeit verbirgt.

#### III. Unterstellung unter Anwaltsgeheimnis bzgl. Tätigkeit im Verwaltungsrat

Art. 13 BGFA sieht vor, dass Anwälte bezüglich allem, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist, dem Berufsgeheimnis unterstehen.

Für die Frage, ob Olina M. auch bezüglich ihrer Tätigkeit als Verwaltungsrätin dem Berufsgeheimnis untersteht ist daher entscheidend, wie diese Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Der Verwaltungsrat ist in erster Linie Organ der jeweiligen Gesellschaft. Er wird nicht bestellt, um der Gesellschaft Recht zu verschaffen, sondern um ihre Geschäfte zu führen<sup>7</sup>.

Wenn Olina M. im Verwaltungsrat von zwei Firmen des O. Einsitz nimmt ist sie daher in diesem Zusammenhang nicht als Anwältin tätig, sondern als Gesellschaftsorgan. Die Gesellschaften werden nicht zu ihren Klientinnen, vielmehr wird sie zum Organ der Gesellschaften. Die Informationen, die Olina M. im Zusammenhang mit ihrer verwaltungsrätlichen Tätigkeit erhält, werden ihr somit nicht „infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut“ und fallen nicht unter das Berufsgeheimnis im Sinn von Art. 13 BGFA<sup>8</sup>.

## Frage 1.2.

### I. Internationaler Sachverhalt

Während die Klägerin in der Schweiz ansässig ist, hat der Beklagte O seinen Wohnsitz in Russland (Variante 1) bzw. Deutschland (Variante 2), das heisst im Ausland. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt im Sinn von Art. 1 IPRG vor. Die zuständigen Gerichte sind unter Anwendung des IPRG bzw. der allfälligen vorgehenden völkerrechtlichen Verträge (Art. 1 Abs. 2 IPRG) zu ermitteln.

### II. Variante 1

---

<sup>7</sup> Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 349.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Pfeifer, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 13 N 33.

Zunächst ist zu prüfen, ob ein völkerrechtlicher Vertrag zur Anwendung kommt. In Frage käme hier insbesondere das Lugano Übereinkommen (LugÜ).

Sachlicher Anwendungsbereich:

Gemäss Sachverhalt klagt auf Bezahlung des Honorars aus ihrem (Arbeits-) Vertrag mit O sowie auf Schadenersatz, es handelt sich somit um eine Zivil- und Handelssache im Sinn von Art. 1 Abs. 1 LugÜ. Sodann liegt keine der in Art. 1 Abs. 2 LugÜ ausdrücklich vom dem Anwendungsbereich des Abkommens ausgeschlossenen Rechtsfragen vor. Der Streit fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ.

Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich:

Eine Streitigkeit fällt in den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des LugÜ, wenn der Beklagte Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat (Art. 2 LugÜ) oder sich die Zuständigkeit gestützt auf eine besondere Bestimmung (Art. 16, Art. 17 LugÜ) ergibt. Der Wohnsitzstaat des Beklagten – Russland – ist kein Vertragsstaat des LugÜ, Art. 2 LugÜ ist daher vorliegend nicht anwendbar. Auch fällt der Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 16 oder 17 LugÜ.

Unter diesen Umständen ist das LugÜ nicht massgeblich, vielmehr ist die Zuständigkeit nach den Regeln des IPRG zu beurteilen, da auch keine anderen völkerrechtlichen Verträge zum Zuge kommen.

A. Gerichtsstand der Niederlassung Art. 112 Abs. 2 IPRG

Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz können am Ort dieser Niederlassung geltend gemacht werden.

Gemäss Art. 20 lit. c IPRG befindet sich die Niederlassung einer natürlichen Person in jenem Staat, in dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet. Dabei fällt jede Tätigkeit, der eine Person zum Zweck des Erwerbs nachgeht unter den Begriff der Geschäftstätigkeit. Der Mittelpunkt dieser Tätigkeit liegt dort, wo sich äussere Einrichtungen befinden, die eine dauerhafte Entfaltung gewerblichen Strebens ermöglichen<sup>9</sup>. Es ist allerdings nicht nötig, dass es sich dabei um die Haupttätigkeit der Person handelt<sup>10</sup>.

O besitzt ein Büro in Zürich, von dem aus seine verschiedenen Beteiligungen an Schweizer Firmen verwaltet werden. Es ist davon auszugehen, dass O die Verwaltung dieser Beteiligungen zum Erwerbzweck betreibt. Des Weiteren deutet der Umstand, dass er im Hinblick auf die rechtliche Beratung im Zusammenhang mit dieser Verwaltungstätigkeit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Olina M. abschloss, darauf hin, dass die Tätigkeit des Büros in Zürich auf Dauer angelegt ist und daher eine Niederlassung in Zürich besteht.

Eine Klage aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung ist immer dann gegeben, wenn es um vertragliche Rechte und Pflichten geht, die mit der eigentlichen Führung der Niederlassung zusammenhängen<sup>11</sup>. Da Olina M. ausdrücklich angestellt wurde, um die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Niederlassung abzuklären, das ihre Klage im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung steht, handelt es sich um eine Klage aufgrund der Tätigkeit der Niederlassung in der Schweiz im Sinn von Art. 112 Abs. 2 IPRG.

Es steht Olina M. somit offen ihre Klage am Ort der Niederlassung in Zürich anhängig zu machen.

---

<sup>9</sup> Amstutz/Vogt/Wang, in: Basler Kommentar IPRG, Basel 2007, Art. 112 N 12.

<sup>10</sup> Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2006, N 543.

<sup>11</sup> Amstutz/Vogt/Wang, in: Basler Kommentar IPRG, Basel 2007, Art. 112 N 11.

## B. Gerichtsstand am Erfüllungsort Art. 113 IPRG

Ginge man davon aus, dass der Gerichtsstand der Niederlassung im Sinn von Art. 112 Abs. 2 IPRG vorliegend nicht zur Anwendung kommt, so käme eine Zuständigkeit der Gerichte am Erfüllungsort gemäss Art. 113 IPRG in Frage.

Massgebliche Verpflichtung ist die strittigen Primärverpflichtung. Für die auf einer Leistungsstörung beruhende Sekundärverpflichtung - den Schadenersatzanspruch - ist akzessorisch auf die Primärverpflichtung abzustellen<sup>12</sup>.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht noch nicht entschieden, ob der Erfüllungsort in Übereinstimmung mit Art. 5 Ziff. 1 LugÜ nach der lex causae zu ermitteln ist, oder ob diesbezüglich die lex fori berücksichtigt werden muss<sup>13</sup>.

Ein Teil der Lehre befürwortet insbesondere aus Praktikabilitätsgründen die Anwendung der lex fori. Folgt man dieser Meinung, so ist der Erfüllungsort vorliegend nach Schweizer Recht, d.h. nach Art. 74 OR zu bestimmen

Da es sich bei der strittigen Primärverpflichtung, der Honorarforderung der Klägerin, um eine Geldleistung handelt und eine spezielle Vereinbarung fehlt, befindet sich der Erfüllungsort nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR am Wohnsitz der Klägerin, das heisst in Zürich.

Art. 113 IPRG würde Olina M. somit einen Gerichtsstand in Zürich eröffnen.

## C. Arbeitsvertraglicher Gerichtsstand Art. 115 IPRG

Da es sich bei dem Vertrag zwischen Ollina M. und O. um einen Arbeitsvertrag handelt (siehe oben), kommt die besondere arbeitsvertragliche Zuständigkeit gemäss Art. 115 IPRG zur Anwendung. Art. 115 IPRG sieht vor, dass die Schweizer Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Abs. 1), und für Klagen des Arbeitnehmers überdies die Gerichte an seinem Wohnsitz (Abs. 2) zuständig sind.

Os Wohnsitz in Moskau lässt die erste Variante wegfallen. Da Ollina M. ihre Arbeit gewöhnlich in Os Büros in Zürich verrichtete und sind gemäss der zweiten Variante von Art. 115 Abs. 1 IPRG die Gerichte in Zürich für die Klage zuständig. Zum gleichen Ergebnis würde auch die Anwendung von Art. 115 Abs. 2 führen, da Ollina M. ihren Wohnsitz in Zürich hat.

## D. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung Art. 129 IPRG

Sollte man davon ausgehen, dass die geltend gemachte Schadenersatzforderung nicht auf Vertragsverletzung beruht und eine vertragliche Sekundärleistung darstellt, die am vertraglichen Gerichtsstand geltend gemacht werden kann, so käme allenfalls eine Zuständigkeit am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Frage.

## III. Variante 2

Hier ist erneut zu prüfen, ob ein völkerrechtlicher Vertrag anwendbar ist, oder ob das IPRG zum Zuge kommt.

Wie bereits unter der Variante 1 ausgeführt liegt der vorliegende Sachverhalt im sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ. Zu prüfen bleibt daher nur, ob nun auch die räumlich-persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des LugÜ erfüllt sind.

Wie bereits erwähnt, ist das LugÜ grundsätzlich immer dann anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat des LugÜ hat (Art. 2 LugÜ). Da der Beklagte O seinen Wohnsitz nun in Deutschland hat und es sich bei Deutschland um einen Vertragsstaat des LugÜ handelt, fällt der Sachverhalt jetzt auch in den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des LugÜ. Dieses geht dem IPRG daher vor.

---

<sup>12</sup> Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2006, N 1076.

<sup>13</sup> Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2006, N 1077.

## A. Allgemeiner Gerichtsstand Art. 2 LugÜ

In Anwendung von Art. 2 LugÜ steht es Olina M. offen O. vor den Gerichten seines Wohnsitzstaates Deutschland zu verklagen. Art. 2 LugÜ regelt dabei allerdings ausschliesslich die nationale Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit ist nach Deutschem Prozessrecht zu bestimmen.

## B. Wahlgerichtsstände

Art. 5 LugÜ und seine verschiedenen Wahlgerichtsstände gestattet dem Kläger die Alternative, einen Beklagten mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat in einem anderen Vertragsstaat zu verklagen. Dies eröffnet der Klägerin Olina M. die vorteilhafte Möglichkeit, den im Vertragsstaat Deutschland wohnenden O. in einem anderen Vertragsstaat – insbesondere ihrem Wohnsitzstaat Schweiz – zu verklagen.

### 1. Gerichtsstand des Erfüllungsortes Art. 5 Ziff. 1 LugÜ

Der Begriff des Vertrages ist im Anwendungsbereich des LugÜ autonom auszulegen, dabei kommt es im Kern darauf an, dass eine freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliegt<sup>14</sup>. Dabei werden auch Sekundärverpflichtungen, wie Schadenersatzansprüche, die an Stelle der nicht erfüllten Primäransprüche treten, als vertraglich im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ qualifiziert<sup>15</sup>. Die von Olina M. eingeklagten Honorar- und Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem von ihr und O. abgeschlossenen Vertrag erfüllen diese Voraussetzungen. Auch hier ist die primäre Hauptleistungspflicht, auf die der Kläger seinen Erfüllungsanspruch stützt – vorliegend die Honorarforderung – die für die Bestimmung des Erfüllungsortes massgebliche Verpflichtung. Ebenso ist auch hier bezüglich der aus einer Leistungsstörung resultierenden Sekundärpflicht akzessorisch auf den Erfüllungsort der Primärpflicht abzustellen<sup>16</sup>. Der Erfüllungsort ist nach der Rechtsprechung des EuGH unter Anwendung der lex causae zu bestimmen<sup>17</sup>.

In Ermangelung einer Rechtswahl ergibt sich das auf die Sache anwendbare Recht sich aus Art. 121 IPRG, der vorsieht, dass auf Arbeitsverträge, das Recht jenes Staates anwendbar ist, in dem der Arbeitgeber gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Lex causae ist mithin das Schweizer Recht. Der Erfüllungsort ist somit nach Art. 74 OR zu bestimmen. Da es sich bei der strittigen Primärverpflichtung, der Honorarforderung der Klägerin, um eine Geldleistung handelt und eine spezielle Vereinbarung fehlt, befindet sich der Erfüllungsort nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR am Wohnsitz der Klägerin, das heisst in Zürich.

Olina M. stünde es somit offen unter Berufung auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ einen Gerichtsstand in Zürich zu begründen.

### 2. Arbeitsvertraglicher Gerichtsstand Art. 5 Ziff. 1 LugÜ

Art. 5 Ziff. 1 LugÜ sieht eine spezielle arbeitsvertragliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers vor, sofern dieser sich in einem anderen Vertragsstaat als dem Wohnsitzstaat des Arbeitgebers befindet.

Der Begriff des Arbeitsvertrages ist hier autonom auszulegen. Dabei ist insbesondere auch massgeblich, dass sich der Arbeitnehmer in die Organisation des Arbeitgebers eingliedert und kein eigenes unternehmerisches Risiko trägt<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 15.

<sup>15</sup> Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2006, N 1070.

<sup>16</sup> Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2006, N 1071.

<sup>17</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 24.

<sup>18</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 75.

Berücksichtigt man diese Kriterien, ist in casu auch unter dem Blickwinkel des LugÜ das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen Olina M. und O. zu bejahen. Da der gewöhnliche Arbeitsort im Unterschied zum Wohnsitz des Beklagten nicht in Deutschland sondern in Zürich befindet, kommt eine Klage am arbeitsvertraglichen Gerichtsstand in Zürich in Frage.

### 3. Gerichtsstand der Niederlassung Art. 5 Ziff. 5 LugÜ

Art. 5 Ziff. 5 LugÜ setzt sowohl eine Niederlassung des Beklagten am Gerichtsstand als auch eine Streitigkeit aus dem Betrieb der Niederlassung voraus<sup>19</sup>.

Der Begriff der Niederlassung ist autonom auszulegen. Der EuGH geht insbesondere dann vom Vorliegen einer Niederlassung aus, wenn ein auf Dauer angelegter Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit gegeben ist, der eine Geschäftsführung hat und für das Stammhaus Geschäfte abschliessen kann, wobei es von diesem aber in gewisser Weise beaufsichtigt wird<sup>20</sup>. Nach der herrschenden Lehre fällt sowohl die Niederlassung einer juristischen Person als auch die berufliche Niederlassung einer natürlichen Person unter diesen Begriff<sup>21</sup>.

Das von O in Zürich betriebene Büro ist – wie bereits im Zusammenhang mit Art. 112 Abs. 2 IPRG ausgeführt – auf Dauer angelegt. Das es im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit im Zusammenhang mit den Schweizer Beteiligungen wohl mit gewisser Selbstständigkeit geschäftlich tätig werden muss, dabei jedoch in gewisser Weise beaufsichtigt wird, kann es als Niederlassung im Sinn von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ qualifiziert werden.

Eine Streitigkeit, welche sich aus dem Betrieb der Niederlassung ergibt ist auch hier insbesondere dann gegeben, wenn sie im Zusammenhang der am Ort vorgenommenen Einstellung des dort beschäftigten Personals steht<sup>22</sup>. Olinas Ms. Vertrag sah vor, dass sie und im Büro des O in Zürich tätig werden sollte. Da dem Sachverhalt nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Vertrag in Zürich abgeschlossen wurde. Dementsprechend stellt Olinas Klage eine Streitigkeit aus dem Betrieb einer Niederlassung im Sinn von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ dar, die sie in Zürich anhängig machen kann.

### 4. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung Art. 5 Ziff. 3 LugÜ

Sollte man davon ausgehen, dass die geltend gemachte Schadenersatzforderung nicht auf Vertragsverletzung beruht und somit eine vertragliche Sekundärleistung darstellt, die am vertraglichen Gerichtsstand geltend gemacht werden kann, so käme allenfalls eine Zuständigkeit am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Frage.

## IV. Doppelrelevante Tatsachen

Handelt es sich beim Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit um eine doppelrelevante Tatsache, das heisst um eine Tatsache, die sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren Begründetheit relevant ist<sup>23</sup> – wie dies hier etwa bei der Frage des Vorliegens eines (Arbeits-)Vertrages der Fall ist – so wird sie nur in einmal einer umfassenden Prüfung unterzogen und zwar bei der Prüfung der Begründetheit der Klage<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 147.

<sup>20</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 150.

<sup>21</sup> Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, Zürich 2005, 137 mit weiteren Hinweisen.

<sup>22</sup> Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 5 N 153.

<sup>23</sup> Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 2006, 4 N 103b.

<sup>24</sup> HGer ZH ZR 102 (2003), 207.

Sollte Olina M. sich dafür entscheiden, sich auf die für sie günstige (arbeits-) vertragliche Zuständigkeit in Zürich berufen, so wird das Gericht auf die Klage eintreten, wenn sie das Vorliegen eines solchen Vertrages schlüssig behauptet, so dass das Vorliegen eines Vertrages zu bejahen wäre, falls ihre Behauptungen auch bewiesen werden können. Den Beweis für den Abschluss des Vertrages muss sie zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht erbringen.

## **Fall 2**

### **Frage 2.1.**

Der Mietvertrag ist beendet und die Vermietungs-AG (V-AG) möchte Robert Müller (RM) nun ausweisen. Vorerst ist ein sog. Mietausweisungsverfahren (d.h. eine Leistungsklage) einzuleiten. Es handelt sich dabei um ein eigentliches Erkenntnisverfahren, da Gegenstand der Entscheidung der materielle Bestand des geltend gemachten Anspruches und nicht seine Vollstreckbarkeit ist. Erst nach Vorliegen einer daraufhin ergehenden rechtskräftigen Entscheidung kann vollstreckt werden, vgl. § 300 ZPO. Vom Verfahrensablauf her wären also grundsätzlich 1. ein Erkenntnisverfahren, 2. ein Vollstreckungsverfahren nötig. Allerdings besteht beim Befehlsverfahren (welches wie noch ausgeführt wird bei der Mietausweisung z.Anw. kommt) die Besonderheit, dass der Befehlsrichter auch zugleich die notwendigen Vollstreckungsanordnungen trifft (vgl. § 304 Abs. 1 ZPO u. § 223 Ziff. 1 ZPO). Deshalb erübrigt sich ein anschliessender Gang zum Vollstreckungsrichter.

Im Kanton Zürich steht für das Ausweisungsverfahren das Verfahren zur Handhabung klaren Rechts (§ 222 Ziff. 2 ZPO) zur Verfügung, da der Vermieter bei der Zahlungsverzugskündigung jeweils über die entsprechenden Urkunden (Zahlungsfristansetzung, Kündigung, vgl. Art. 257d u. Art. 266l OR) verfügt, m.a.W. stets „sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse“ vorliegen.<sup>25</sup> Es handelt sich um ein abgekürztes Erkenntnisverfahren (nicht um eine vorsorgliche Massnahme!), welches im sog. Befehlsverfahren, einer Unterart des summarischen Verfahrens, abgewickelt wird. Die Anordnungen des Befehlsrichters bestehen in Verfügungen i.S.v. § 223 ZPO, also – im Falle der Ausweisung – im Befehl, das Objekt unverzüglich zu räumen unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

Macht der Kläger die Berechtigung glaubhaft, kann dem Begehren auf seinen Antrag ohne Anhörung des Beklagten entsprochen werden. Dem Beklagten wird diesfalls Frist zur Einsprache angesetzt (§ 224 ZPO). Dieser sog. provisorische Befehl ist bei den (hier interessierenden) Zahlungsverzugskündigungen die Regel: denn der Vermieter *muss* ja aufgrund der mietrechtlichen Schutzbestimmungen (siehe obige OR-Bestimmungen) entsprechend dokumentiert sein (da ansonsten gar keine wirksame Zahlungsverzugskündigung vorliegt). Infolgedessen vermag er mit Hilfe dieser Urkunden seine Berechtigung – wie von § 224 ZPO gefordert – auch entspr. glaubhaft zu machen. Der Mieter andererseits muss sich mit der Einsprache behelfen; der Rekurs ist ausgeschlossen (§ 271 Abs. 2 ZPO). Wird Einsprache erhoben, fällt der provisorische Befehl dahin und es wird zur Verhandlung vorgeladen (§ 224 Abs. 3 ZPO).

Im summarischen Verfahren sind die Beweismittel eingeschränkt (es gilt insb. der Urkundenbeweis, § 209 ZPO). Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass der Mieter die vom Vermieter aufgrund des Zahlungsverzugs ausgesprochene Kündigung (bei der Mietschlichtungsstelle) anfecht. Diesfalls schreibt das Bundesrecht eine Überweisung an die Ausweisungsbehörde vor (Art. 274g OR, sog. Kompetenzattraktion). Das Bundesgericht fordert in diesem Fall volle Beweismittelzulassung.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ansonsten muss der ordentliche Prozess beschritten werden (also Schlichtungsbehörde, dann Mietgericht), vgl. § 226 ZPO. Wird hingegen trotz klaren Rechts die Schlichtungsbehörde angerufen, so überweist diese das Verfahren umgehend an den Einzelrichter im summarischen Verfahren.

<sup>26</sup> Gemäss Bundesgericht setzt ein definitiver, der materiellen Rechtskraft teilhafter Entscheidung über einen bundesrechtlichen Anspruch (in casu also über den Anfechtungsanspruch des Mieters) eine umfassende Abklärung der tatsächlichen wie rechtlichen Grundlagen voraus. Deswegen und gestützt auf Art. 274d Abs. 3 OR (Untersuchungsmaxime) muss die Ausweisungsbehörde in diesem Verfahren (Art. 274g OR) alle Beweismittel zulassen (sog. uneigentliches Summarverfahren, da die Beweismittel nicht eingeschränkt sind). Näheres in: BGE 117 II 554 (558 f.); BGE 118 II 302 (305 ff.); BGE 119 II 141 (143).

## Frage 2.2.

Gebunden sind grundsätzlich nur die Parteien eines Prozesses und zwar hinsichtlich des Dispositivs (vgl. § 191 Abs. 1 ZPO). Vorliegend richtete sich das Ausweisungsbegehren nur gegen RM und nicht auch gegen seinen Enkel, weshalb gegen letzteren der Entscheid keine Wirkungen entfaltet und nicht vollstreckt werden kann. Das Ausweisungsbegehren sollte daher von Anfang an auch gegen den Enkel gerichtet werden (materiell würde sich dieses auf Sachenrecht stützen, da bei der Untermiete zwischen der Hauptvermieterin und dem Untermieter kein Vertragsverhältnis besteht).

Eine differenziertere Betrachtungsweise der Frage der „Drittwirkung“ der Vollstreckung stellt darauf ab, ob die Drittperson eigene Rechte zum Verbleiben in der Wohnung geltend macht (z.B. aus Untermiete) oder ob sie sich aus anderen Gründen weigert auszuziehen. Macht sie ein eigenes Recht geltend (wie in casu der Enkel, der sich auf Untermiete stützt), kann die Ausweisung erst erfolgen, wenn die Person, welche die Vollstreckung beantragt, auch gegenüber der besagten Drittperson einen Ausweisungsentscheid erwirkt hat. Ansonsten kann die betr. Person gestützt auf das Urteil gegen den Mieter ausgewiesen werden.<sup>27</sup>

Allenfalls können Enkel und Grossvater als einfache Streitgenossen gemäss § 40 ZPO gemeinsam eingeklagt werden, falls die Voraussetzungen gegeben sind (gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit, gleiche Verfahrensart, Konnexität). Fraglich ist vorliegend insb. die sachliche Zuständigkeit (zwischen Enkel und Vermieter besteht kein Mietvertrag). Diese ist jedoch gegeben, da auch der Enkel gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO (Verfahren zur Handhabung klaren Rechts) ausgewiesen werden kann. RM und der Enkel sind somit einfache Streitgenossen, d.h. sie können im selben Verfahren als Beklagte belangt werden. Wären die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft nicht erfüllt, würde dies am Erfordernis des eigenständigen Vorgehens gegen den Enkel nichts ändern (!) – gegen den Enkel müsste einfach separat verhandelt werden.

## Frage 2.3.

Wie bereits erwähnt, enthält in unserem Fall bereits der Ausweisungsentscheid die nötigen Vollstreckungsanordnungen, d.h. der Gemeinde- resp. Stadtmann (§ 307 ZPO) wird direkt angewiesen, den Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der V-AG zu vollstrecken.

Ausnahmsweise kann die Auszugsfrist durch den Vollzugsbeamten – hierfür besteht aber keine ausdrückliche Rechtsgrundlage – um kurze Zeit verlängert werden, wenn der Mieter hierfür gesundheitliche oder andere überzeugende Gründe geltend macht. Dies folgt aus dem verfassungs- und privatrechtlich garantierten Persönlichkeitsschutz und aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip; allerdings muss diese zusätzliche Auszugsfrist relativ kurz bemessen sein (ansonsten wiederum ein Grundrecht – nämlich dasjenige des Vermieters (Eigentumsgarantie) – unverhältnismässig eingeschränkt wird).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. zum Ganzen Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht (erscheint demnächst), § 53: Zwangsvollstreckung von Realansprüchen, IV. Ausweisung von Mietern und Pächtern als wichtiger Anwendungsfall der Realvollstreckung.

<sup>28</sup> Vgl. zum Ganzen: Meier, Isaak: Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination, in: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2008, 121. Band, Heft 4, S. 436 ff. sowie BGE 117 Ia 336 E. 2b u. BGE 117 IV 170 E. 3b.

## **Fall 3**

### **Frage 3.1.**

#### **1. Rettung des Unternehmens**

Um die Restaurant AG zu retten ist als erste Möglichkeit die Sanierung mittels Nachlassstundung zu prüfen. Der Schuldner reicht dafür ein begründetes Gesuch ein (Art. 293 Abs. 1 SchKG). Damit die Nachlassstundung bewilligt wird, muss Aussicht auf Zustandekommen eines Nachlassvertrages (Art. 294 Abs. 2 und Art. 295 Abs. 1 SchKG) bestehen. Diese ist i.c. aber wohl zu verneinen, denn laut Sachverhalt könnten im Falle eines Konkurses nicht einmal mehr die privilegierten Gläubiger befriedigt werden. Die vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger bildet aber eine notwendige Voraussetzung für die Bestätigung eines allfällig zustande gekommenen Nachlassvertrages (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Mangels Aussicht auf Zustandekommen eines Nachlassvertrages würde das Gesuch um Nachlassstundung somit im vorliegenden Fall eher nicht bewilligt.

Zu erwägen ist auch, ob allenfalls ein Konkursaufschub beantragt werden kann. Die Restaurant AG ist laut Sachverhalt überschuldet (d.h. die Aktiven decken das Fremdkapital der Unternehmung nicht mehr) und da es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, muss bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellt und bei berechtigtem Verdacht der Richter benachrichtigt werden (Art. 725 Abs. 2 OR, Art. 192 SchKG). Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, eröffnet der Richter den Konkurs von Amtes wegen. Er kann diesen aber auch aufschieben, sofern Aussicht auf Sanierung besteht und dies beantragt worden ist (Art. 725a Abs. 1 OR). Dafür muss der Antragsteller die Sanierungsaussichten dartun, d.h. er muss einen Sanierungsplan vorlegen. Gefordert werden tief greifende Restrukturierungen, es soll generell eine dauerhafte finanzielle Gesundung herbeigeführt werden.<sup>29</sup> Der Konkursaufschub ist eine Art Verschnaufpause, während der sich die Unternehmung zu sanieren versucht und dauert in der Regel nicht länger als drei bis vier Monate. In vorliegendem Fall kommt der Konkursaufschub eher nicht in Betracht, denn es besteht wohl keine Aussicht auf Sanierung. Da die Restaurant AG laut Sachverhalt massiv überschuldet ist, wird es schwierig sein, die Unternehmung in der kurzen Zeit des Konkursaufschubes finanziell vollständig sanieren zu können. Das Gericht wird i.c. einen Konkursaufschub also sehr wahrscheinlich nicht bewilligen.

#### **2. Weiterführung durch Rolf Huber**

Als weitere Möglichkeit ist ausserdem die Weiterführung des Unternehmens durch Rolf Huber in eigenem Namen zu erwähnen. Faktisch handelt es sich um einen Verkauf des Betriebes an Rolf Huber, der dann den Betrieb in eigener Regie weiterführt. Dies ist einerseits vor Konkurseröffnung möglich, indem die Restaurant AG den Betrieb an Rolf Huber verkauft, oder aber nach Konkurseröffnung mittels eines Freihandverkaufs im Sinne des Konkursrechts.

##### **a) Weiterführung vor Konkurseröffnung (privatrechtlicher Verkauf)**

Als erstes wird die Übernahme und Weiterführung des Betriebes durch Rolf Huber vor Konkurseröffnung mit nachfolgendem Konkurs der insolventen Gesellschaft geprüft. Rolf Huber könnte die Restaurant AG in eigenem Namen übernehmen und weiterführen. Dies kann er als Privatperson im Rahmen eines Einzelunternehmens tun oder er kann allenfalls auch eine Auffanggesellschaft gründen, auf welche dann der ganze Betrieb übertragen wird

---

<sup>29</sup> HUNKELER, KUKO, Art. 192 Rz. 18; BSK-OR WÜSTINER, Art. 275a Rz. 7.

(zu beachten ist dabei das FusG, insbesondere Art. 69 ff. FusG). Da der Verkauf des Betriebes vor Konkurseröffnung getätigt wird, handelt es sich um einen privatrechtlichen Verkauf und nicht um einen Freihandverkauf im Sinne des Konkursrechts.

Bei dieser Übernahme stellen sich mehrere Fragen. Erstens ist es in diesem Zeitpunkt sehr schwierig, den wahren Marktwert des Betriebes zu erfassen und daher besteht die Gefahr, dass ein zu niedriger Preis bezahlt wird. Es sollte jeweils eine provisorische Schätzung des wirklichen Wertes erfolgen und dementsprechend ein fairer Preis bezahlt werden (sog. „Fairness-Rule“) denn es ist zu berücksichtigen, dass der Kauf des Betriebes vor Konkurseröffnung unter Umständen der paulianischen Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG unterliegen kann, sofern der Kaufpreis des Betriebes unverhältnismässig tief ist (wenn es sich um einen sog. „dumping price“ handelt).

Falls er den Betrieb vor Konkurseröffnung übernimmt, so stellt sich ausserdem das Problem der Übernahme der Altlasten der insolventen Gesellschaft. Art. 333 OR ist ausserhalb des Konkurses durchaus anwendbar und besagt, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht. Insbesondere Abs. 3 von Art. 333 OR besagt, dass der bisherige Arbeitgeber sowie der Erwerber des Betriebes solidarisch für allfällige Forderungen des Arbeitnehmers haften, die vor dem Übergang fällig geworden sind. Damit muss Rolf Huber auch für offene Forderungen der Arbeitnehmer einstehen, die noch im Zeitpunkt der „alten“ Gesellschaft entstanden sind, was sich für ihn nachteilig auswirken kann.

#### b) Weiterführung nach Konkurseröffnung (Freihandverkauf)

Auch wäre es möglich, dass Rolf Huber die Restaurant AG erst nach Konkurseröffnung übernimmt. Im ordentlichen Verfahren wird normalerweise eine erste Gläubigerversammlung einberufen (Art. 232 Ziff. 5 und Art. 237 Abs. 2 SchKG), die dann die Konkursverwaltung wählt (entweder eine ausseramtliche Konkursverwaltung, oder weiterhin das Konkursamt, Art. 237 Abs. 2 SchKG). Anschliessend wird dann in der zweiten Gläubigerversammlung entschieden, ob die Verwertung durch Versteigerung oder Freihandverkauf zu geschehen hat (Art. 243 Abs. 3 i.V.m. Art. 256 Abs. 1 SchKG). Wird aber der Betrieb nach Konkurseröffnung zur Weiterführung verkauft, so muss dies in der Regel möglichst nahtlos geschehen und es muss innert kürzester Zeit entschieden werden, ob der Betrieb verkauft werden kann oder nicht. Eine Verwertung nach der zweiten Gläubigerversammlung wäre daher viel zu spät. Deshalb besteht die Möglichkeit, dass entweder die erste Gläubigerversammlung (Art. 238 SchKG) oder auch bereits das Konkursamt (Art. 243 Abs. 2 SchKG) solche Entscheidungen fasst und vorzeitig verwertet. Vorliegend handelt es sich um einen Freihandverkauf und nicht um eine Versteigerung, da der Käufer eine bestimmte Person sein soll – i.c. Rolf Huber – und nicht lediglich der Höchstbietende.

Die erste Gläubigerversammlung ist befugt, über die Vornahme eines freihändigen Verkaufs zu entscheiden, falls die Erledigung keinen Aufschub duldet, d.h. wenn eine gewisse Dringlichkeit gegeben ist (Art. 238 Abs. 1 SchKG). Vorliegend wäre an sich die erste Gläubigerversammlung befugt, den Entscheid über den vorliegenden Freihandverkauf zu treffen, denn dieser ist dringlich und sollte schnellstmöglich gefällt werden, um eine Schliessung des Unternehmens zu verhindern. Die erste Gläubigerversammlung findet aber grundsätzlich nicht nahtlos an die Konkurseröffnung statt (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und deshalb ist fraglich, ob es der Weiterführung des Betriebs schadet, wenn dieser unterbrochen wird, resp. ob Rolf Huber unter diesen Bedingungen immer noch bereit wäre, den Betrieb zu übernehmen. Deshalb ist zu prüfen, ob nicht allenfalls das Konkursamt bereits bei Konkurseröffnung über den Verkauf entscheiden könnte.

Die Konkursverwaltung resp. das Konkursamt, welches diesbezüglich die Funktion der Konkursverwaltung übernimmt (nach Art. 221 i.V.m. 240 SchKG, da zu diesem Zeitpunkt mangels Gläubigerversammlung noch keine amtliche oder ausseramtliche Konkursverwaltung gewählt werden konnte), ist – wie bereits gesagt – ebenfalls befugt, vorzeitig in Form eines Freihandverkaufs Gegenstände zu verwerten, falls die Voraussetzungen des Notverkaufs erfüllt sind (Art. 243 Abs. 2 SchKG). Der Begriff „Notverkauf“ wird dabei weit ausgelegt (darunter fällt auch die Wahrung eines befristeten, guten Angebots).<sup>30</sup> In casu könnte es sich hierbei um einen Anwendungsfall des Notverkaufs bei schneller Wertverminderung handeln, denn der Verkauf des Betriebs als Ganzes (Grundstück, Möblierung, Lieferungsverträge, etc.) beinhaltet auch den Goodwill, Know-how etc. Ausserdem handelt es sich um ein gut gehendes Restaurant, was darauf hindeutet, dass der Ertragswert des Betriebs um einiges über dem Einzelverwertungswert liegen dürfte. Insgesamt erzielt daher eine Veräusserung des gesamten Betriebs wohl einen höheren Erlös, als wenn die einzelnen Gegenstände später im Rahmen einer Versteigerung verwertet würden. Da Rolf Huber den Betrieb laut Sachverhalt „retten möchte“, kann angenommen werden, dass er ein persönliches oder ein anderes individuelles Interesse an der Weiterführung des Restaurants hat. Daher besteht die Möglichkeit, dass er durchaus bereit ist, einen Preis zu bezahlen, der zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erzielt werden kann. Würde ein solch gutes Angebot abgelehnt, so kann davon ausgegangen werden, dass der Vermögenswert im Sinne einer weiten Interpretation des Art. 243 Abs. 2 SchKG einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt ist.<sup>31</sup> Auch wird Rolf Huber durch den Entscheid des Konkursamtes ermöglicht, den Betrieb einigermaßen nahtlos weiterzuführen, wodurch er einerseits Geschäftsbeziehungen aufrechterhalten kann und andererseits bestehende Kundschaft nicht enttäuschen muss resp. das Restaurant durch eine zeitweilige Schliessung keinen Reputationsverlust erleidet.<sup>32</sup> Diese Verwertung durch das Konkursamt kann daher „ohne Aufschub“ geschehen, d.h. der Betrieb könnte möglichst nahtlos durch Rolf Huber weitergeführt werden.

Wird die vorzeitige Verwertung in Form eines Freihandverkaufs bejaht, so stellt sich ein weiteres Problem. Den Gläubigern muss nämlich die Möglichkeit zustehen, ihr Recht auf ein höheres Angebot auszuüben, sofern es sich um Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert oder um Grundstücke handelt (Art. 256 Abs. 3 SchKG). Wurde der Betrieb bereits vor der ersten Gläubigerversammlung verkauft, so hatten die Gläubiger noch keine Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Demnach müsste das Konkursamt den Gläubigern vor Verkauf des Betriebs an Rolf Huber eine Frist einräumen, damit sie von ihrem Recht Gebrauch machen können. Da der Verkauf aber möglichst ohne Unterbruch durchgeführt werden sollte, gestaltet es sich als schwierig, rechtzeitig den Gläubigern auch eine Frist einzuräumen (i.d.R. 10-30 Tagen), in welcher sie das Recht auf ein höheres Angebot wahrnehmen können. In welcher Form das Konkursamt dabei die Mitteilung an die Gläubiger macht, steht ihr frei.<sup>33</sup> Das Konkursamt könnte die Gläubiger bspw. mittels eines Zirkularbeschlusses (Art. 255a Abs. 1 SchKG) benachrichtigen resp. die Mitteilung im Schweizerischen Handelsamtsblatt öffentlich bekannt machen, was aber dennoch einige Zeit in Anspruch nehmen würde. Um den Verkauf rechtzeitig vornehmen zu können und dennoch Art. 256 Abs. 3 SchKG gerecht zu werden, wäre es allenfalls möglich, einen bedingten Kaufvertrag abzuschliessen, nach welchem den

---

<sup>30</sup> BGE 131 III 280 (284 ff.); BSK-SchKG RUSSENBERGER, Art. 243 Rz. 10; GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Vorzeitige Verwertung und Freihandverkauf im Konkurs, BISchK 64 (2000), S. 82.

<sup>31</sup> Vgl. auch Skript MEIER, SchKG II (Insolvenz- und Sanierungsrecht).

<sup>32</sup> BGE 131 III 280 (284 ff.); BISchK 59 (1995), S. 22 ff.; BSK-SchKG RUSSENBERGER, Art. 243 Rz. 10; VONDER MÜHLL, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, BISchK 59 (1995), S. 6.

<sup>33</sup> LORANDI FRANCO, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, S. 318.

Gläubigern im Nachhinein das Recht zuteil wird, ein höheres Angebot zu machen. Das heisst, der Kaufvertrag wird unter dem Vorbehalt der Genehmigung (resp. allfälligen höheren Angeboten) durch die erste Gläubigerversammlung abgeschlossen.<sup>34</sup>

Befinden wir uns hingegen im summarischen Verfahren, so werden grundsätzlich von vornherein keine Gläubigerversammlungen einberufen. Der Konkurs wird weitgehend autonom vom Konkursamt geleitet und auch durchgeführt. Wir gelangen aber zum selben Ergebnis wie im ordentlichen Verfahren, denn es entscheidet ebenfalls das Konkursamt über die Weiterführung und den Verkauf des Betriebes. Den Gläubigern muss aber dennoch das Recht auf ein höheres Angebot eingeräumt werden, falls es sich um Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert oder um Grundstücke handelt (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 256 Abs. 3 SchKG). Ob es sich i.c. um ein ordentliches oder summarisches Verfahren handelt, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Zwar ist laut Sachverhalt die Restaurant AG derart massiv überschuldet, dass nicht einmal mehr die privilegierten Gläubiger gedeckt wären. Es ist jedoch fraglich, ob aus dieser Tatsache abgeleitet werden kann, dass auch der Erlös der inventarisierten Vermögenswerte nicht ausreichen wird, um die Kosten des ordentlichen Verfahrens zu decken. Die Höhe der Verschuldung allein ist kein Hinweis auf den Wert der zu verwendenden Vermögensgegenstände. Es kann durchaus sein, dass die Restaurant AG über Vermögenswerte verfügt, die einen hohen Wert haben (bspw. wertvolle Bilder, einen antiken Kachelofen etc.). Zwar ist aus dem Sachverhalt ersichtlich, dass die Forderungen der privilegierten Gläubiger nicht gedeckt wären. Da wir aber i.c. nicht wissen, um was für einen Betrag es sich dabei handelt, kann nicht zugleich darauf geschlossen werden, dass auch die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens nicht gedeckt wären. Es besteht ausserdem die Möglichkeit, dass einer der Gläubiger ausdrücklich das ordentliche Verfahren verlangt und die Kosten dafür vorschiesst (Art. 231 Abs. 2 SchKG).

### Frage 3.2.

Hier stellt sich die Frage, ob das Konkursamt den Betrieb im Rahmen einer sog. Sicherungswartung übernehmen und kurzzeitig zur Erhaltung und Steigerung der Konkursaktiven weiterführen und anschliessend liquidieren sollte. Hierbei geht es nicht um einen Verkauf an eine Drittperson, denn der Betrieb bleibt in der Konkursmasse bestehen und wird lediglich kurzfristig durch das Konkursamt zum Zwecke der Erhöhung der Masse weitergeführt. Anhaltspunkte für eine mögliche Erhöhung der Konkursaktiven sind, dass laut Sachverhalt das Ausflugsrestaurant für die nächsten zwei Monate vollkommen ausgebucht ist und daher in dieser Zeit wohl noch einen Gewinn erzielen könnte, was sich wiederum positiv auf die Konkursmasse auswirken würde.

Wird der Konkurs im ordentlichen Verfahren durchgeführt, so entscheidet grundsätzlich die erste Gläubigerversammlung über die Weiterführung des Betriebes, da es sich dabei um eine Frage handelt, die dringlich ist (Art. 238 Abs. 1 SchKG, „*Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners*“). Da der Betrieb aber möglichst ohne Unterbruch weitergeführt werden soll, muss die Entscheidung über die Weiterführung regelmässig bereits vor der Einberufung der ersten Gläubigerversammlung gefällt werden (vgl. oben). Das Konkursamt übernimmt somit die Funktion der Konkursverwaltung (Art. 221 i.V.m. Art. 240 SchKG) und entscheidet – zumindest vorläufig – über diese Frage bereits vor Einberufung der ersten Gläubigerversammlung.<sup>35</sup> Über die definitive Weiterführung des Betriebes entscheidet alsdann die erste Gläubigerversammlung (Art. 238 Abs. 1 SchKG), sofern sie beschlussfähig zustande kommt resp. – falls vorhanden – der Gläubigerausschuss (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG).

<sup>34</sup> VONDER MÜHLL, a.a.O., S. 3; FRITZSCHE/WALDER, § 51 Rz. 4

<sup>35</sup> BSK-SchKG RUSSENBERGER, Art. 238 Rz. 4; vgl. auch Skript MEIER, a.a.O.

Befinden wir uns hingegen im summarischen Konkursverfahren (Art. 231 Abs. 1 SchKG), so werden grundsätzlich keine Gläubigerversammlungen einberufen und der Konkurs wird weitgehend autonom vom Konkursamt geleitet und durchgeführt. Demnach entscheidet das Konkursamt über die Weiterführung des Betriebes oder es ordnet, sofern es dies als notwendig erachtet, eine Gläubigerversammlung an resp. führt über den Zirkularweg einen Beschluss herbei (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). Im Normalfall wird das Konkursamt aber aus Gründen der Dringlichkeit selber entscheiden müssen, ob der Betrieb weitergeführt werden soll oder nicht.

Das Konkursamt hat sich vor Augen zu halten, dass jeweils die gläubigerfreundlichste Variante gewählt und eine möglichst hohe Konkursdividende erwirtschaftet werden soll. Daher muss logischerweise der Erlös die Kosten der Weiterführung jeweils übersteigen (vgl. oben). Der Vorteil einer Weiterführung im vorliegenden Fall liegt darin, dass die Konkursmasse allenfalls noch erhöht werden kann und sich somit die Konkursdividende der einzelnen Gläubiger erhöht. Schliesslich ist das Restaurant für zwei Monate vollkommen ausgebucht und es kann daher davon ausgegangen werden, dass voraussichtlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, sofern natürlich die während dieser Zeit entstehenden Forderungen nicht so hoch sind, dass sie diese Einnahmen übersteigen. Eine Weiterführung während dieser zwei Monate hat nämlich grundsätzlich die Befriedigung der Löhne der Arbeitnehmer, der entstandenen Forderungen allfälliger Lieferanten, Vermieter etc. während dieser Zeit zur Folge, sofern das Konkursamt von seinem Recht Gebrauch macht und in die bestehenden Verträge eintritt (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Der Nachteil besteht nun darin, dass diese Forderungen direkt aus der Konkursmasse heraus befriedigt werden, da sie erst nach Konkurseröffnung entstanden sind und aufgrund des Eintritts in die Verträge (Art. 211 Abs. 2 SchKG) durch das Konkursamt zu Massschulden werden (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG, sog. Masseverbindlichkeiten). Deshalb müssen diese Forderungen auch vorweg beglichen werden, d.h. bevor die Konkursgläubiger befriedigt werden.

Abgesehen vom Eintritt in bereits bestehende Vertragsbeziehungen kann das Konkursamt darüber hinaus auch gänzlich neue Verpflichtungen eingehen, indem es bspw. zusätzliches Personal einstellt oder irgendwelche neue Verträge abschliesst (bspw. mit einem anderen, allenfalls günstigeren Lieferanten). Diese werden dann ebenfalls zu Massschulden, die vorab befriedigt werden müssen (Art. 262 Abs. 1 SchKG).

In der Regel braucht es aber für die Weiterführung Angestellte, bspw. Servicepersonal und Köche, die bestenfalls bereits vorher im Betrieb tätig waren und den Ablauf schon kennen. Deshalb macht es Sinn, das bestehende Personal weiterzubeschäftigen. Wenn das Konkursamt nun diese Arbeitsverträge übernimmt wie sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehen und genau so weiterführt, so kann – wie erwähnt – davon ausgegangen werden, dass es in die Verträge eintritt (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Ist dies der Fall, so wird der Vertrag mit allen Rechten und Pflichten weitergeführt und erfüllt und somit werden auch alle offenen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis – also auch diejenigen, die bereits vor Konkurseröffnung entstanden und fällig geworden sind (ohne Begrenzung auf sechs Monate) – zu Massschulden und müssten vorweg befriedigt werden (Art. 262 Abs. 1 SchKG).<sup>36</sup> Dies hätte unter Umständen fatale Auswirkungen und würde die Konkursmasse erheblich beeinträchtigen. Um dies zu vermeiden, könnte das Konkursamt den Arbeitnehmern ordentlich kündigen und mit den Arbeitnehmern einen neuen (befristeten) Arbeitsvertrag abschliessen.<sup>37</sup> Dies hätte zur Folge,

---

<sup>36</sup> Diese Ansicht ist allerdings umstritten (vgl. hierzu: BSK-SchKG STAEHELIN, Art. 262 Rz. 11; MEIER I-SAAK, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BLSchK 67 [2003], S. 20).

<sup>37</sup> LORANDI FRANCO, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 96 (2000), S. 150 ff., S. 153; IWIR 1 (2000), S. 14.

dass die Lohnforderungen, die nach Konkurseröffnung entstehen, zwar ebenfalls vorweg aus der Masse befriedigt werden müssen, da diese neu eingegangene Verpflichtungen darstellen. Die Masse muss aber nicht auch für allfällige bereits entstandene Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis aufkommen, da sie eben gerade nicht nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in den bestehenden Vertrag eingetreten ist. Diese Forderungen wären dann – zumindest für die letzten sechs Monate – in der ersten Klasse privilegiert. Der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages ist aber nicht unproblematisch, denn der Vertragseintritt nach Art. 211 Abs. 2 SchKG kann eigentlich nicht dadurch umgangen werden, indem lediglich eine Art Änderungskündigung vorgenommen wird, der Arbeitnehmer aber weiterhin für dieselbe Arbeit weiterbeschäftigt wird.<sup>38</sup> Es wäre daher empfehlenswert, in einer schriftlichen Erklärung ausdrücklich klarzumachen, dass kein Vertragseintritt erfolge, eine kurzfristige Zusammenarbeit aber wünschenswert wäre. Eine unproblematische Lösung wäre, wenn Dritte als Arbeitnehmer eingestellt werden, wobei dann das vorhandene Know-how verloren gehen würde und deshalb auch nicht zwingendermassen erstrebenswert sein kann.

Zudem kommt die Problematik hinzu, dass die Konkurseröffnung allein keinen gesetzlichen Auflösungsgrund im Arbeitsrecht darstellt. Es kann daher sein, dass Schadenersatzansprüche entstehen, sofern nicht fristgerecht gekündigt werden kann. Diese Forderungen aus vorzeitiger Kündigung sind dann in der ersten Klasse privilegiert (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). Je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses könnte aber die gesetzliche Kündigungsfrist gerade etwa dem Zeitraum der Weiterführung des Unternehmens im vorliegenden Fall entsprechen (vgl. Art. 335c OR). Es wäre daher vorteilhaft, den Angestellten bei Übernahme des Betriebes zwar zu kündigen, sie aber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen und dabei ausdrücklich zu erklären, dass kein Eintritt in den Vertrag erfolge. Die Folge davon wäre, dass die Konkursmasse für bereits entstandene Forderungen nicht einzustehen hätte und auch keine Schadenersatzansprüche aus vorzeitiger Kündigung zu befürchten wären. Die Löhne, welche während dieser Zeit entstehen, müssten aber aus der Masse heraus entrichtet werden.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> MEIER ISAAK, a.a.O., S. 20.

<sup>39</sup> MEIER ISAAK, Laufende Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK 70 (2006), S. 99.

## **Fall 4**

### **Frage 4.1.**

#### **Zuständigkeit**

- örtliche Zuständigkeit:

Zur örtlichen Zuständigkeit können mangels Angaben im Sachverhalt keine Ausführungen gemacht werden.

- sachliche Zuständigkeit:

Vorliegend klagt Peter Kreis auf Bezahlung von Schadenersatz von Fr. 50'000.- wegen un gerechtfertigter fristloser Entlassung. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, die sich auf Art. 337c OR stützt. Nach § 13 Abs. 1 GVG entscheidet das Arbeitsgericht Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Da die Informatik AG Arbeitgeberin und Peter Kreis Arbeitnehmer waren, ist für die vorliegende Streitsache das Arbeitsgericht sachlich zuständig. Unter § 13 Abs. 1 GVG fallen nämlich auch Ansprüche, die bei oder nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufkommen. Zu beachten ist, dass Arbeitsgerichte nur in den Bezirken Zürich und Winterthur bestehen, weshalb in den übrigen Fällen das Bezirksgericht nach § 31 Ziff. 1 GVG zum Zuge kommt.

*In der Lösung nicht verlangt, wird aber zur Vollständigkeit ausgeführt:* Daneben ist das Handelsgericht als Wahlrecht von Peter Kreis denkbar. Nach § 63 Ziff. 1 GVG kann der Kläger – i.c. Peter Kreis – zwischen dem Arbeitsgericht bzw. dem Bezirksgericht einerseits und dem Handelsgericht andererseits wählen, wenn nicht er, wohl aber der Beklagte im Handelsregister als Firma eingetragen ist und der Streitgegenstand im Übrigen den Anforderungen von § 62 GVG entspricht. Gemäss Art. 643 Abs. 1 OR ist der Handelsregistereintrag für die Entstehung einer AG Konstitutiverfordernis, weshalb von dessen Vorliegen auszugehen ist. Die Informatik AG als Beklagte ist folglich im Handelsregister eingetragen; für eine Eintragung seitens des Klägers Peter Kreis sind im Sachverhalt keine Angaben enthalten. Ferner ist der Streitwert von Fr. 30'000.- nach § 62 Abs. 1 GVG mit den vorliegenden Fr. 50'000.- bei Weitem überschritten. Fraglich ist indessen, ob sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht (§ 62 Abs. 1 GVG). Zu beachten ist, dass die Zuständigkeit des Handelsgerichts bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten zwischen Unternehmen und deren Personal nicht besteht (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, § 62 Rz. 26; § 63 Rz. 5).<sup>40</sup> Vorliegend würde das Handelsgericht daher wohl einen Nichteintretensentscheid fällen.

Im Folgenden wird daher davon ausgegangen, dass die Klage beim Arbeitsgericht erhoben wurde.

#### **Qualifikation des Entscheides**

Aus dem Sachverhalt ist zu schliessen, dass das zuständige Gericht einen Endentscheid i.S.v. § 188 Abs. 1 ZPO gefällt hat. Gemäss § 188 Abs. 2 ZPO und § 155 GVG ergehen Endentscheide in der Sache selbst als Urteil. Da i.c. eine materielle Anspruchsprüfung stattgefunden hat, wurde über die Sache selbst entschieden; somit liegt ein Endurteil vor.

#### **Rügen**

##### **1. Punkt:**

Vorliegend macht die Informatik AG geltend, dass Alfons Bamert nicht einvernommen worden ist. Das Gericht hat nämlich auf dessen Einvernahme verzichtet, da das Gutachten klar ergeben hat, dass der Schaden nicht durch Peter Kreis verursacht werden können. Zudem

---

<sup>40</sup> Anderer Ansicht Hauser/Schweri, § 62 Rz. 26.

war das Gericht der Ansicht, dass Bamert ohnehin hätte als befangen bezeichnet werden müssen. Die Informatik AG meint allerdings, dass Alfons Bamert die absichtliche Schadenszufügung hätte klar und für das Gericht überzeugend bestätigen können. Indem die Beweisaufnahme bezüglich Bamert unterbleibt, hat das Gericht einen Beweis vor seiner Aufnahme gewürdigt (Kofmel Sabine, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Universität Bern, Bern 1992, S. 256). Diese antizipierte Beweiswürdigung kann als Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGB) oder als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gerügt werden.

Art. 8 ZGB gibt „einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn der Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht“ (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juli 2008 (5A\_44/2008) E. 3). Dieser Anspruch ist deshalb insbesondere dann verletzt, „wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt“ (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juli 2008 [5A\_44/2008] E. 3.1). Das Recht auf Beweis „ist auch dann verletzt, wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet“ (BGE 114 II 289 ff. [291] E. 2a). Art. 8 ZGB steht folglich einer beschränkten Beweisabnahme nicht entgegen, „wenn der Richter schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist“ (BGE 114 II 289 ff. [291] E. 2a). Auch ist eine antizipierte Beweiswürdigung in dem Sinne nicht ausgeschlossen, als das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit absprechen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juli 2008 [5A\_44/2008] E. 3.2). Eine beschränkte Beweisabnahme ist jedoch allenfalls als Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu betrachten, „weil einem Beweismittel zum vornherein jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abgesprochen wird, ohne dass dafür sachliche Gründe angegeben werden können“ (BGE 114 II 289 ff. [291] E. 2a).

In casu ist davon auszugehen, dass es sich bei der Schadensverursachung um eine strittige Tatsachenbehauptung handelt. Die Informatik AG meint nämlich, dass Peter Kreis die Daten absichtlich zerstört hat, um Alfons Bamert zu diskreditieren. Dies wird Ersterer wohl bestritten haben, zumal ein Gutachten in Auftrag gegeben wurde (vgl. § 133 ZPO). Weiter stellt sich die Frage, ob die Erörterung der Schadensverursachung rechtserheblich ist. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis dann fristlos auflösen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Vorliegend entlässt die Informatik AG den Kreis fristlos, da sie ihn verdächtigt, absichtlich wichtige Daten zerstört zu haben. Erweist sich der Verdacht als Tatsache und geht es um eine Verfehlung, welche einen wichtigen Grund für die Auflösung des Vertrages darstellt, ist die fristlose Entlassung gerechtfertigt (BSK OR I, Art. 337 Rz. 22). Erweist sich der Verdacht allerdings nicht als begründet, liegt grundsätzlich eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung vor. Folglich handelt es sich bei der Schadensverursachung um eine rechtserhebliche Tatsache. Weiter entspricht der Beweisantrag dem Inhalt des kantonalen Rechts. Gemäss § 157 Abs. 1 ZPO kann Bamert als Zeuge einvernommen werden. Dies gilt auch dann, wenn er ein Organ wäre (vgl. § 157 Abs. 2 ZPO; eine Parteibefragung nach § 149 ff. ZPO ist ausgeschlossen, selbst wenn Bamert die Informatik AG als Organ im Prozess vertreten würde [Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 157 Rz. 7]). Der Antrag, Bamert einzuvernehmen, stellt somit ein nach kantonalem Recht zulässiges Beweismittel dar. Bezüglich der Schadensverursachung wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben; eine Rüge der völligen Unterlassung eines Beweisverfahrens und insofern einer Verletzung von Art. 8 ZGB ist folglich auszuschliessen. Ferner hat das Gutachten eine Schadensverursachung seitens Peter Kreis klar verneint, weshalb das Gericht den Sachverhalt diesbezüglich als erstellt erachtet hat. In diesem Sinne wurde wohl auf die Einvernahme von

Bamert verzichtet, weil die Kenntnisnahme dieses Beweismittels das Beweisergebnis nicht hätte beeinflussen können und es somit unerheblich war (Kofmel, S. 257). Ob im Konkreten das Recht auf Beweis verletzt ist bzw. ob es sich um eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt, soll im Folgenden nicht weiter ausgeführt werden (vgl. Fragestellung). Die Informatik AG wird sowohl eine Verletzung von Art. 8 ZGB als auch eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV rügen.

## 2. Punkt:

Ferner will die Informatik AG auch gegen den Standpunkt des Gerichts vorgehen, dass sie mit der fristlosen Entlassung des Peter Kreis zulange zugewartet habe, indem diese nicht innert weniger Tage ausgesprochen worden sei. Die Informatik AG hat hingegen Gegenteiliges behauptet, nämlich, dass sie innert weniger Tage fristlos gekündigt habe. Gerügt werden soll also eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage. Tatfrage ist nämlich, ob sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat.

## Rechtsmittelweg

### a) Berufung (§§ 259 ff. ZPO)

Eine allfällige Berufung richtet sich gemäss § 43 Abs. 1 GVG an das Obergericht.

*Anfechtungsobjekt:* Die Berufung ist gemäss § 259 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO gegen Endurteile (s.o.) des Arbeitsgerichts zulässig. Das Anfechtungsobjekt ist somit gegeben.<sup>41</sup>

*Streitwert:* Der Entscheid des Arbeitsgerichts ist erstinstanzlich, wenn ein Streitwert von Fr. 8'000.- erreicht wird oder nach der Natur der Sache nicht schätzbar ist (§ 13 Abs. 2 GVG). Laut Sachverhalt beträgt der Streitwert vorliegend Fr. 50'000.- (vgl. § 18 Abs. 2 ZPO), weshalb das Arbeitsgericht nicht endgültig, sondern erstinstanzlich entschieden hat. Die Berufung (als ordentliches Rechtsmittel) ist also grundsätzlich zulässig.

*Anfechtungsgrund:* I.c. will die Informatik AG einerseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. des Rechts auf Beweis (Art. 8 ZGB) und andererseits eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung rügen. Das Obergericht hat diesbezüglich volle Kognition (vgl. § 269 Abs. 1 ZPO).

*Legitimation:* Die Legitimation der Informatik AG ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens vorhanden.

*Frist und Form:* Die Berufungserklärung ist der ersten Instanz, d.h. dem Arbeitsgericht, innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids schriftlich einzureichen (§ 261 Abs. 1 ZPO).

Fazit: Die Berufung ist zulässig.

### b) Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (§§ 281 ff. ZPO) oder Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG)?

---

<sup>41</sup> Ein Beweisabnahmebeschluss ergeht zwar als prozessleitender Entscheid; er ist jedoch nicht mit Rekurs anfechtbar (vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO), weshalb die Berufung gegen den Endentscheid möglich ist (vgl. § 269 Abs. 2 ZPO).

Gegen einen abweisenden (Berufungs-)Entscheid des Obergerichts sind die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG) und die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (§§ 281 ff. ZPO) ans Kassationsgericht (vgl. § 69a Abs. 1 GVG) zu prüfen. Der Streitwert beträgt i.c. Fr. 50'000.- (vgl. § 18 Abs. 2 ZPO), weshalb die geforderten Fr. 15'000.- nach Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG erreicht sind (s.u.). Die Beschwerde in Zivilsachen ist gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG grundsätzlich nur gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig. Ob der kantonale Instanzenzug vollständig ausgeschöpft ist, hängt davon ab, ob zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben ist. Ob zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben ist, beurteilt sich wiederum nach den geltend gemachten Rügen. Gemäss § 285 Abs. 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich derjenigen Rügen abgeschlossen, welche das Bundesgericht mit freier Kognition überprüfen kann, wie das zum Beispiel für die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht gilt (vgl. Art. 95 lit. a und b BGG). Die Kognition des Bundesgerichts ist insofern eingeschränkt als es grundsätzlich nur Rechtsfragen überprüft und bezüglich Tatfragen i.d.R. keine freie Kognition hat. Ausgenommen ist Art. 97 BGG, nach welchem die unrichtige Sachverhaltsfeststellung in gewissen Fällen gerügt werden kann. Zudem ist nach § 285 Abs. 2 ZPO bei der Rüge von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV und Art. 6 EMRK in jedem Fall zuerst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben. Werden ausschliesslich Rügen vorgebracht, bei denen das Bundesgericht freie Kognition hat, so kann direkt Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden. Will eine Partei ausschliesslich oder zusätzlich Rügen vorbringen, bei denen das Bundesgericht keine freie Kognition hat oder welche in § 285 Abs. 2 ZPO aufgeführt werden, so muss in jedem Fall zuerst das Rechtsmittel der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt werden. Erst anschliessend kann die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ergriffen werden. Das Kassationsgericht wird dabei nur diejenigen Rügen prüfen, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen. Vor Bundesgericht können anschliessend insbesondere die im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht überprüften Rügen wie z.B. die Verletzung von Bundesgesetzesrecht vorgebracht werden. Im Falle, dass mit der Beschwerde in Zivilsachen auch Rügen geltend gemacht werden, für die das Kassationsgericht nicht zuständig war, liegt nach der sog. Doré-naz-Praxis ein doppeltes Anfechtungsobjekt vor: Bezüglich der vom Kassationsgericht nicht geprüften Rügen ist das Urteil des Obergerichts das Anfechtungsobjekt. Bezüglich der vom Kassationsgericht geprüften Rügen bildet demgegenüber der Entscheid des Kassationsgerichts das Beschwerdeobjekt.

In Bezug auf die einzelnen Rügen ergibt sich folgender Rechtsmittelweg:

1. Punkt:

- Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV: Bei der Rüge von Art. 29 Abs. 2 BV gilt die unwiderrufbare gesetzliche Vermutung, dass das Bundesgericht keine freie Kognition hat, weshalb gemäss § 285 Abs. 2 ZPO immer zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einzureichen ist.
- Verletzung von Art. 8 ZGB: Das Bundesgericht hat betreffend Bundesgesetzesrecht wie Art. 8 ZGB freie Kognition und das Kassationsgericht entsprechend keine Überprüfungsbefugnis. Bezüglich dieser Rüge kann deshalb direkt Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erhoben werden.

2. Punkt:

Willkürliche Sachverhaltsfeststellung: Tatfragen kann das Bundesgericht nicht frei überprüfen, weshalb hier zunächst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen ist. Bei der Verletzung von Art. 9 BV ist zudem § 285 Abs. 2 ZPO zu beachten.

Fazit: In Bezug auf die Rügen, welche vom Bundesgericht nicht frei überprüft werden können oder welche eine in § 285 Abs. 2 ZPO aufgeführte Bestimmung betreffen, ist also zunächst

kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht zu erheben. Anschliessend können alle Rügen mit der Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht vorgebracht werden.

aa) Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (§§ 281 ff. ZPO)

Eine allfällige kantonale Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gemäss § 69a Abs. 1 GVG an das Kassationsgericht (s.o.).

*Anfechtungsobjekt:* Beschwerdeobjekt sind u.a. Endentscheide i.S.v. § 281 ZPO, was vorliegend gegeben ist.

*Anfechtungsgrund:* Nichtigkeitsgründe sind die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, die aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme sowie die Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 1, 2 und 3 ZPO). I.c. ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs als willkürliche tatsächliche Annahme nach § 281 Ziff. 2 ZPO zu rügen, denn die antizipierte Beweiswürdigung stellt eine Tatfrage dar. Auch der zweite Rügepunkt der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung fällt unter Ziff. 2 von § 281 ZPO.

*Streitwert:* Es ist kein Streitwert erforderlich.

*Legitimation:* Die Legitimation der Informatik AG ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens vorhanden.

*Form und Frist:* Die Nichtigkeitsbeschwerde ist schriftlich innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids bzw. der mündlichen Eröffnung zu erheben. Unverschuldeterweise kann sie später auch innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eingereicht werden (§§ 287 und 288 ZPO).

Fazit: Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig.

bb) Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG)

*Anfechtungsobjekt:* Die Entscheide des Kassations- und Obergerichts sind Entscheide in Zivilsachen i.S.v. Art. 72 Abs. 1 BGG, da sie eine Arbeitsstreitigkeit aus dem OR betreffen. Zudem schliessen sie das Verfahren ab (Endentscheide nach Art. 90 BGG).

*Vorinstanz:* Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG). Sowohl der Entscheid des Kassationsgerichts als auch derjenige des Obergerichts stellen letztinstanzliche Entscheide dar (zur Dorénaz-Praxis s.o.).

*Anfechtungsgrund:* Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist (1. Variante) oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (2. Variante) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

Bezüglich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis kommt die 2. Variante in Frage: Nach Art. 95 lit. a BGG kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts könnte vorliegend auf einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 8 ZGB und somit auf einer Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG beruhen. Zudem ist die Behebung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Beweis für den Verfahrensausgang entscheidend, da

Bamerts klare und überzeugende Bestätigung der absichtlichen Schadenszufügung eine gerechtfertigte fristlose Entlassung zur Folge hätte.

Bezüglich des 2. Punktes ist eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung zu rügen (1. Variante). Die Behebung des Mangels ist insofern entscheidend für den Verfahrensausgang, als der Zeitpunkt der Kündigung für die Gerechtfertigkeit einer fristlosen Entlassung durchaus entscheidend sein kann.

*Streitwert:* Nach Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG ist die Beschwerde in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.- beträgt in arbeitsrechtlichen Fällen. Vorliegend handelt es sich um Schadenersatz wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung und somit um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Da der Streitwert laut Sachverhalt Fr. 50'000.- umfasst (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG), ist auch dieses Beschwerdeerfordernis erfüllt.

*Legitimation:* Legitimiert ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Die Informatik AG wird wohl am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen. Sie ist der Ansicht, dass kein Schadenersatzanspruch besteht. Sofern die Vorinstanz von ihren Anträgen abweicht, ist die Informatik AG formell beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des angefochtenen Entscheids.

*Form und Frist:* Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG ist die Beschwerdeschrift begründet und unterzeichnet einzureichen. Die Beschwerdefrist beträgt nach Art. 100 Abs. 1 BGG 30 Tage seit Eröffnung des Entscheids. Zu beachten ist, dass sowohl bezüglich des Entscheids des Kassationsgerichts als auch des Obergerichtsurteils die Frist erst mit Eröffnung des Ersteren beginnt (vgl. Art. 100 Abs. 6 BGG).

Fazit: Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

Nicht gegeben ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG), da sie gemäss Art. 113 BGG nur ergriffen werden kann, wenn die Einheitsbeschwerde (Art. 72-89 BGG) unzulässig ist.

## **Frage 4.2.**

In casu kämen nur Leistungsmassnahmen in Betracht, da Peter Kreis bereits vor Ende aller Rechtsmittelverfahren zu seinem Geld kommen möchte. Leistungsmassnahmen zur vorläufigen Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung sind nach herrschender Meinung allerdings nicht zulässig. Ausnahmen gelten v.a. im Bereich des Familienrechts (Vogel/Spühler, S. 351). Vorsorgliche Massnahmen sind somit auszuschliessen.

Um zu seinem Schadenersatzanspruch zu gelangen, muss Peter Kreis folglich eine Betreibung einleiten. Der Entscheid des Arbeitsgerichts könnte einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 Abs. 1 SchKG darstellen, zumal es sich um ein gerichtliches Urteil handelt. Gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG muss der fragliche Entscheid allerdings vollstreckbar sein. Zudem hat er nach der Praxis auch formell rechtskräftig zu sein (BGE 131 III 87 ff. [89] E. 3.2), darf also nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können. Vorliegend stellt die Berufung ein ordentliches Rechtsmittel dar, weshalb der Entscheid des

Arbeitsgerichts nicht formell rechtskräftig ist. Zu beachten ist weiter, dass die Berufung gemäss § 260 Abs. 1 ZPO in der Regel aufschiebende Wirkung hat, weshalb der erstinstanzliche Entscheid vor Ende des Berufungsverfahrens grundsätzlich auch nicht vollstreckbar ist. In Frage käme hier allenfalls ein Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren. Ob dieses Gesuch gutgeheissen wird, ist allerdings fraglich. Bei der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wie auch bei der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erübrigt sich hingegen ein entsprechendes Gesuch, da den genannten Rechtsmitteln grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. § 286 Abs. 1 ZPO, Art. 103 Abs. 1 BGG). Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel hemmt somit weder die Vollstreckbarkeit noch die formelle Rechtskraft. Die Qualifizierung der Beschwerde in Zivilsachen als ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel ist umstritten. Bei der Annahme eines ordentlichen Rechtsmittels<sup>42</sup> wird der Berufungsentscheid nicht formell rechtskräftig, solange die Frist für die Beschwerde in Zivilsachen läuft. Bei der Annahme eines ausserordentlichen Rechtsmittels wird der Berufungsentscheid sofort formell rechtskräftig sowie vollstreckbar (s.o.).

Fazit: Dem Peter Kreis würde auch die Gutheissung eines Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung nicht hilfreich sein, da der Entscheid des Arbeitsgerichts nicht formell rechtskräftig ist. Ob der obergerichtliche Berufungsentscheid einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 Abs. 1 SchKG bildet, hängt davon ab, wie die Beschwerde in Zivilsachen qualifiziert wird.

---

<sup>42</sup> Meier Isaak, Rechtsmittel an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem BGG, in: Meier Isaak/Jent-Sørensen Ingrid/ Diggelmann Peter/ Müller Karin, Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2007, S. 18.

## Punkteschema

<b>Fall 1</b>	Frage 1.1.	<b>Unterstellung unter das BGFA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Registereintrag</li> <li>• Tätigkeit im Monopolbereich</li> </ul>	0.5
		<b>Anstellung bei O. und Frage der Unabhängigkeit nach Art. 8/12 BGFA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diskussion der Frage, ob eine Anstellungsverhältnis gegeben ist</li> <li>• Folgen eines Anstellungsverhältnisses: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Konflikt mit Art. 8 BGFA</li> <li>• Konflikt mit Art. 12 BGFA</li> <li>• Verhältnis der beiden Artikel zueinander</li> <li>• Grundsätzliche Möglichkeit der Teilzeittätigkeit</li> <li>• Unmöglichkeit einer Teilzeittätigkeit bei Konflikt mit den Interessen der Klienten</li> <li>• Problematik der prozessualen Vertretung von O. im Besonderen</li> </ul> </li> </ul>	2
		<b>VR-Mandate</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Grundsätzliche Zulässigkeit</li> <li>• Möglichkeit von Interessenkonflikten im Einzelfall</li> </ul>	1
		<b>Erfolgshonorar</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 12 lit. e BGFA verbietet das reine Erfolgshonorar</li> <li>• Analyse der vorliegenden Vereinbarung von Grundhonorar und Sondervergütung</li> <li>• Subsumtion</li> </ul>	1
		<b>Unabhängiger Auftritt trotz Anstellung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Problematik im Allgemeinen</li> <li>• Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA</li> <li>• Allenfalls Verstoss gegen die Meldepflicht von Art. 12 lit. j BGFA</li> </ul>	1
		<b>Verwaltungsratsmandat und Anwaltsgeheimnis</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 13 BGFA</li> <li>• Qualifikation der VR-Tätigkeit</li> <li>• Fazit</li> </ul>	0.625
	Frage 1.2.	<b>Internationaler Sachverhalt</b>	0.125
		<b>Variante 1</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• LugÜ nicht anwendbar, IPRG massgeblich</li> <li>• Zuständigkeit am Ort der Niederlassung nach Art. 115 IPRG</li> <li>• Zuständigkeit am Erfüllungsort Art. 113 IPRG</li> <li>• Arbeitsvertragliche Zuständigkeit nach Art. 115 IPRG</li> <li>• u. U. deliktische Zuständigkeit nach Art. 129 IPRG bzw. Überlegungen dazu, ob der Schadenersatzanspruch auf Vertragsverletzung beruht.</li> </ul>	1.125
		<b>Variante 2</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• LugÜ anwendbar</li> <li>• Zuständigkeit gemäss Art. 2 LugÜ im Wohnsitzstaat des Beklagten</li> </ul>	1.625

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zuständigkeit am Erfüllungsort Art. 5 Ziff. 1 LugÜ</li> <li>• Arbeitsvertragliche Zuständigkeit Art. 5 Ziff. 1 LugÜ</li> <li>• Zuständigkeit am Ort der Niederlassung Art. 5 Ziff. 5 LugÜ</li> <li>• u. U. deliktische Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ bzw. Überlegungen dazu, ob der Schadenersatzanspruch auf Vertragsverletzung beruht.</li> </ul> <p><b>Doppelrelevante Tatsache</b></p> <p><b>Total Fall 1: 10 Punkte</b></p>	1
<b>Fall 2</b>	Frage 2.1.	<p>Vorerst Erkenntnisverfahren; Leistungsklage</p> <p>Verfahren zur Handhabung klaren Rechts (ZPO 222 Ziff. 2) <i>oder</i> Ord. Verfahren über Schlichtungsbehörde (OR 274a) und Mietgericht (GVG 18 I)</p> <p>richtige Ausführungen zum Befehlsverfahren <i>oder</i> ev. richtige Ausführungen zum Mietprozess</p> <p>Sodann Vollstreckungsverfahren und Vollstreckungsmittel</p>	<p>1</p> <p>1,5 <i>oder</i> 0.5</p> <p>1 <i>oder</i> 0.5</p> <p>1</p>
	Frage 2.2.	<p>Rechtskraft (ZPO 191 I), Ausweisung gegenüber Enkel nötig</p> <p>einfache Streitgenossenschaft (ZPO 40) mit richtiger Ausführung</p> <p>Verfahren (gg.über Enkel)</p> <p><i>oder</i> Erwähnung von ZPO 305 I mit entspr. korrekten Ausführungen</p>	<p>1</p> <p>0.5</p> <p>1.5</p> <p><i>oder</i> 0.5</p>
	Frage 2.3.	<p>Kompetenz Vollstr.beamter (Grundsatz)</p> <p>Gute Argumentation</p> <p><b>Total Fall 2: 10 Punkte</b></p>	<p>0.5</p> <p>max. 2</p>

<b>Fall 3</b>	Frage 3.1.	<p><b>Nachlassverfahren</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Möglichkeit der Nachlassstundung erwähnt</li> <li>• Vor. der Aussicht auf Zustandekommen eines Nachlassvertrages erwähnt</li> <li>• Notwendigkeit der vollständigen Befriedigung der privilegierten Gläubiger genannt (SchKG 306 II Z. 2) und Vor. verneint</li> </ul> <p><b>Konkursaufschub</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Konkursaufschub nach OR 725a genannt</li> <li>• Aussicht auf Sanierung besprochen</li> </ul> <p><b>Weiterführung des Unternehmens</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Unterscheidung vor und nach Konkurseröffnung vorgenommen</li> <li>• Weiterführung mittels Auffanggesellschaft oder als Einzelunternehmer erwähnt</li> </ul> <p><b>a) Vor Konkurseröffnung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Problem des fairen Preises, Gefahr der Anfechtung nach SchKG 285 ff. diskutiert</li> <li>• Problematik von OR 333 I und III erkannt</li> </ul> <p><b>b) Nach Konkurseröffnung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• SchKG 238 geprüft, bei Dringlichkeit Freihandverkauf diskutiert</li> <li>• SchKG 243 II, Notverkauf, Freihandverkauf, schnelle Wertverminderung geprüft. Funktionsübernahme durch Konkursamt als Konkursverwaltung (SchKG 221 i.V.m. 240) erwähnt</li> <li>• Angemessenheit des Preises, Erlös voraussichtlich höher als bei Einzelverwertung erwähnt</li> <li>• SchKG 256 III, Problem der Durchführung des Verkaufs diskutiert</li> </ul>	0.5
			0.5
			0.75
			3.75
	Frage 3.2.	<p>Unterscheidung ord. und summ. Verfahren vorgenommen</p> <p><b>Ordentliches Verfahren</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zuständigkeit der ersten Gläubigerversammlung (SchKG 238 I) erkannt</li> <li>• Möglichkeit des prov. Entscheids durch Konkursamt (SchKG 221 i.V.m. 240) bei Dringlichkeit vor 1. GV, def. Entscheid durch 1. GV erkannt</li> </ul> <p><b>Summarisches Verfahren</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Grds. Zuständigkeit des Konkursamtes (SchKG 221 i.V.m. 240) erwähnt</li> <li>• Keine Durchführung von Gläubigerversammlungen erwähnt</li> <li>• Möglichkeit einer Gläubigerversammlung oder eines Zirkularbeschlusses bei besonderen Umständen (SchKG 231 III Z. 1) erkannt</li> </ul> <p><b>Vorteile</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erhöhung Konkursmasse sofern Erlös erwähnt</li> </ul> <p><b>Nachteile</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Massaschulden (SchKG 262 I), Vorwegbefriedigung genannt</li> <li>• Forderungen aus Arbeitsverträgen, Problematik des Vertragseintritts (SchKG 211 II) erkannt</li> <li>• Entstehen von weiteren Forderungen (bspw. aus Lieferanten- und Kaufverträgen) erwähnt</li> </ul> <p><b>Total Fall 3: 10 Punkte</b></p>	0.5
			1
			0.625
			0.5
			1.375

<b>Fall 4</b>	Frage 4.1.	<p>- <b>Sachliche Zuständigkeit:</b> Arbeitsgericht nach § 13 Abs. 1 GVG.</p> <p>- <b>Qualifikation des Entscheides</b></p> <p>- <b>Berufung:</b> Berufungsinstanz (§ 43 Abs. 1 GVG); Voraussetzungen.</p> <p>- <b>Abgrenzung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zur Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.</b></p> <p>- <b>Ausführungen zu den einzelnen Rügegründen und den jeweiligen in Frage kommenden Rechtsmitteln:</b></p> <p><u>1. Punkt:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Thematisierung des Rechts auf Beweis bzw. der antizipierten Beweiswürdigung</li> <li>▪ Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vs. Beschwerde in Zivilsachen; konkrete Nichtigkeits-/Beschwerdegründe</li> </ul> <p><u>2. Punkt:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Thematisierung der Tatfrage</li> <li>▪ Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vs. Beschwerde in Zivilsachen; konkrete Nichtigkeits-/Beschwerdegründe</li> </ul> <p>- <b>Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde:</b> Kassationsinstanz (§ 69a Abs. 1 GVG); Voraussetzungen.</p> <p>- <b>Beschwerde in Zivilsachen:</b> Voraussetzungen.</p>	<p>0.25</p> <p>0.125</p> <p>0.75</p> <p>1</p> <p>1.75</p> <p>1.625</p> <p>0.75</p> <p>0.75</p>
	Frage 4.2.	<p>- <b>Vorsorgliche Massnahmen:</b> Vornahme und Erläuterung des Ausschlusses von Leistungsmassnahmen.</p> <p>- <b>Aufschiebende Wirkung:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren</li> <li>▪ Darlegung der Rechtsmittel</li> <li>▪ Fazit</li> </ul> <p>- <b>Weiteres Vorgehen:</b> Einleitung der Betreuung; Thematisierung des definitiven Rechtsöffnungstitels.</p> <p><b>Total Fall 4: 10 Punkte</b></p>	<p>0.5</p> <p>2</p> <p>0.5</p>

<b>Notenskala: ab x Punkten</b>	
3	1.5
3.5	4.5
4	7.5
4.5	10.5
5	13.5
5.5	16.5
6	19.5