

Liz II-Prüfung ZPR/SchKG vom 16. Juni 2011

inkl. Musterlösung und Punkteschema

Prof. Dr. Isaak Meier

Sachverhalt

1. Fall (Gewichtung: 40%)

Sachverhalt

Der Handwerker Hans Schuster (45-jährig) ist seit zwei Jahren arbeitslos. Seit drei Jahren ist er geschieden. Monatlich muss er für seine Kinder Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.- bezahlen. Sozialleistungen ermöglichen es ihm, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Nach erfolglosem Versuch, wieder eine Arbeitsstelle zu finden, entschliesst er sich, ein kleines Geschäft zu gründen und selbständig zu werden. Er nimmt einen Bankkredit von Fr. 30'000.- auf. Da er sich bewusst ist, dass eine selbständige Tätigkeit mit grossen finanziellen Risiken verbunden ist, überträgt er am 1.2.2007 das kürzlich geerbte Haus im Wert von Fr. 300'000.-, in welchem auch beide zusammen wohnen, auf seine Lebenspartnerin Rita Müller. Entsprechend wird Rita Müller als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

In den ersten paar Jahren läuft das Geschäft recht gut. Anfangs 2011 kommt er jedoch immer mehr in wirtschaftliche Schwierigkeiten, welche ihn daran hindern, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Da er auch den Bankkredit nach Fälligkeit nicht zurückzahlen kann, wird er von der Bank schlussendlich betrieben. Zusätzlich drohen Beteiligungen für die offenen Unterhaltsbeiträge (total Fr. 8'000.-) und Lieferanten von Material (Fr. 5'000.-). Die Einnahmen von Schuster schwanken sehr stark von Monat zu Monat. Durchschnittlich kann er etwa Fr. 4'000.- erarbeiten, was ca. Fr. 500.- über dem Existenzminimum liegt. Schuster ist nicht im Handelsregister eingetragen, obwohl er möglicherweise hierzu verpflichtet wäre.

Fragen

1. Was raten Sie Hans Schuster, wenn er sich von seinen Schulden entlasten bzw. vollständig befreien möchte?
2. In der Beteiligungen der Bank wird der Lohn gepfändet, was jedoch selbstverständlich nicht reicht, die Forderungen von Fr. 30'000.- vollständig zu bezahlen. Als die Bank per Zufall von der Übertragung des Hauses auf die Lebenspartnerin des Schuldners erfährt, möchte die Bank heute von Ihnen wissen, was sie betr. diesen Vermögenswert unternehmen könnte. Aufgabe: Erstellen Sie der Bank ein kleines Gutachten über die Möglichkeiten und ihre Chancen. Dabei sind zwei Varianten zu berücksichtigen: Variante 1: Das Eigentum des Hauses ist tatsächlich auf Rita Müller übertragen worden. Variante 2: Die Übertragung war möglicherweise nur ein simuliertes Geschäft, womit das Eigentum nicht übergegangen wäre.

2. Fall (Gewichtung: 60%)

Sachverhalt

Die MIGROS mit Sitz in Zürich verkauft Unterwäsche aus biologischer Baumwolle. Den Stoff kauft sie bei der Cotton Ltd. Indien ein, welche den Stoff jeweils mit eigenen Transportmitteln nach Zürich liefert. Die Fertigung mit Färbung übernimmt die Carona SA mit Sitz in Lugano.

In einem Warentest über biologische Textilien schneiden die Produkte der MIGROS sehr schlecht ab. Laut den Tests sind die Endprodukte mit Schadstoffen belastet. Die MIGROS stoppt sofort den Verkauf. Da schon sämtlicher Stoff verarbeitet ist, weiss die MIGROS nicht, ob bereits der Stoff Schadstoffe aufwies oder ob die Schadstoffe bei der Verarbeitung hinzugekommen sind.

Die MIGROS hat für den Stoff der nicht verkauften Ware USD 500'000.- bezahlt und für die Produktion Fr. 600'000.-.

Fragen

3. Was könnte die MIGROS unternehmen, um im Hinblick auf das Prozessrisiko herauszufinden, welcher Vertragspartner an der Verschmutzung schuld ist und damit welche Partei sie einklagen soll?
4. Falls die MIGROS beide Firmen einklagen möchte, wo könnte sie die (getrennten oder gemeinsamen) Klagen erheben?
5. Wie wäre die Zuständigkeit zu beurteilen, wenn die Cotton Ltd. ihren Sitz in Polen hätte?

Falls Sie zum Schluss gelangen, dass es entscheidend ist, welches materielle Recht anwendbar ist, dürfen Sie annehmen, dass das fragliche Recht dem Schweizerischen Recht entspricht. Das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht und das CISG sind nicht zu prüfen.

Fortsetzung Sachverhalt

Die MIGROS entscheidet sich schlussendlich, gegen die Carona SA rechtlich vorzugehen. Da eine aussergerichtliche Einigung nicht möglich ist, kommt es zum Prozess vor dem zuständigen Gericht in Zürich (die örtliche Zuständigkeit kann als gegeben angenommen werden).

Die unterschiedlichen Standpunkte sind unter anderem folgende:

Die Carona SA bestreitet die Verschmutzung nicht. Sie behauptet jedoch, sie habe mit den verantwortlichen Personen der MIGROS den Produktionsablauf und die Färbung genau besprochen. Beide Parteien hätten sich vor Ort auf die gewählte Vorgehensweise geeinigt. Im Übrigen sei auch die Mängelrüge erst zwei Wochen nach Kenntnis des Warentestergebnisses erfolgt. Nach der Gerichtspraxis sei diese um etliche Tage zu spät.

Die MIGROS vertritt demgegenüber folgenden Standpunkt: Die Vertreter der MIGROS hätten sich vor Ort nur den Ablauf erklären lassen. Von einer Übernahme der Verantwortung könne gar keine Rede sein, zumal die Beklagte genau gewusst habe, dass die MIGROS keine Fachleute in Textilverarbeitung beschäftige. Die Mängelrüge sei postwendend in einem länge-

ren Telefon von der Verantwortlichen für den Textilbereich mit dem CEO der Carona SA erfolgt.

Nach zweifachem Schriftenwechsel und erfolgloser Instruktionsverhandlung erfolgt die Vorladung zur Hauptverhandlung. Bei der Vorbereitung derselben entdeckt die Carona SA ein E-Mail, in der einer ihrer nichtleitenden Angestellten klare Anweisungen der MIGROS für die Fertigung erhalten hat.

Fragen

6. Kann die Carona SA dieses E-Mail noch vorbringen?
7. Falls dies zu bejahen ist, wann muss dieses E-Mail vorgebracht werden?

Fortsetzung Sachverhalt

Die Klage wird schlussendlich unter anderem mit folgender Begründung gutgeheissen: Die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die MIGROS Weisungen für die Fertigung erteilt habe. Das E-Mail sei nicht mehr zulässig, da die Beklagte in der Lage gewesen wäre, dieses bereits früher vorzubringen. Zudem habe die Beklagte nach dem klaren Wortlaut des Vertrages die Verpflichtung übernommen, dafür zu sorgen, dass das Endprodukt keinerlei Schadstoffe aufweise. Die Carona SA ist mit diesem Entscheid nicht einverstanden und möchte dagegen ein Rechtsmittel ergreifen.

Frage

8. Mit welcher Begründung und mit welchem Erfolg kann die Beklagte den Entscheid auf dem Rechtsmittelweg anfechten?

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

1.1. **Insolvenzerklärung**

Ausgangslage: Der Schuldner Hans Schuster wurde von der Bank bereits betrieben und es drohen weitere Betreibungen von anderen Gläubigern.

In Frage kommt primär die Konkursöffnung auf Antrag des Schuldners (Insolvenzerklärung, Art. 191 SchKG). Antragsberechtigt ist jeder – auch der nicht konkursfähige – Schuldner. Damit der Richter dem Antrag stattgibt ist erforderlich, dass keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artt. 333 ff. besteht. Eine weitere Schranke bildet das Rechtsmissbrauchsverbot.

Einvernehmliche private Schuldenbereinigung: Der Richter muss prüfen, ob diese aussichtslos ist. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner ein entsprechendes Gesuch effektiv eingereicht hat. Konkret werden die Sanierungsaussichten vom Richter etwa mithilfe von Bescheinigungen kantonaler Schuldenberatungsstellen geprüft, welche der Schuldner beibringen muss.

Rechtsmissbrauchsverbot: Nicht missbräuchlich wäre gemäss Bundesgericht etwa eine Insolvenzerklärung, mit welcher der Schuldner nicht nur der Einkommenspfändung ein Ende setzen, sondern auch seine Gläubiger gleich behandelt sehen will. Es darf ihm nicht nur darum gehen, seine Gläubiger zu schädigen oder eine lästige Pfändung abzuschütteln.¹

Die Vorteile der Insolvenzerklärung für den bedrängten Schuldner sind u.a.:

- Das laufende Einkommen des Schuldners wird vom Konkurs nicht erfasst (vgl. Art. 197: „Sämtliches pfändbare Vermögen ...“). Allfällige bereits erfolgte Lohnpfändungen fallen dahin (die entsprechenden Forderungen werden zu Konkursforderungen); über seinen laufenden Lohn kann der Schuldner also wieder frei verfügen (Art. 206 SchKG). Aber Achtung: Für nach Konkursöffnung entstehende Forderungen (in casu z.B. Unterhaltsforderungen) kann der Schuldner normal betrieben und gepfändet werden (Art. 206 II SchKG).
- Nach Schluss des Konkursverfahrens kann der noch ungedeckte Teil der Forderungen gestützt auf einen Konkursverlustschein erst wieder durchgesetzt werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 SchKG).
- Der Schuldner muss die Kosten zwar vorschliessen (vgl. Art. 169 Abs. 2 SchKG), diese sind aber im Vergleich zum Nachlassverfahren gering.

1.2. **Einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG)**

Vorweg anzumerken ist, dass es dem Schuldner natürlich auch freisteht, privat mit seinen Gläubigern betr. die Schulden eine Einigung zu finden. Das spez. vom SchKG vorgesehene

¹ KuKo-SchKG, N 7 zu Art. 191.

Schuldenbereinigungsverfahren hat im Vergleich dazu den Vorzug, dass es dem Schuldner eine Nachlassstundung und beim Ausarbeiten des Bereinigungsanschlages Unterstützung gewährt. Das Verfahren scheitert jedoch meist daran, dass sämtliche Gläubiger der Vereinbarung zustimmen müssen.

1.3. Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG)

Grundsätzlich kommt auch das Nachlassverfahren in Frage: Mit Bewilligung der Nachlassstundung werden allfällige laufende Beteiligungen gestoppt, mit der Bestätigung des Nachlassvertrages fallen sie schliesslich dahin (Art. 297 u. 311 SchKG). Beachte aber insb. die Art. 305 f. SchKG: um das nötige Zustimmungsquorum der Gläubiger zu erreichen, müsste HS wohl die Darlehens- und Materiallieferungsschulden innert nützlicher Frist befriedigen können; die Unterhaltsschulden müssten von Gesetzes wegen sogar voll beglichen werden können (Art. 306 II Ziff. 2 SchKG). Daher ist das Nachlassverfahren – obschon theoretisch denkbar – nicht realistisch. Im konkreten Fall ist nicht zu erwarten, dass die Gläubiger (resp. das gem. SchKG notwendige Quorum) dem Nachlassvertrag zustimmen würden. Zudem ist das Nachlassverfahren für den Durchschnittsschuldner zu teuer und aufwendig (zwingende Bestellung eines Sachwalters, vgl. u.a. Art. 293 SchKG).

Frage 2

2. Gutachten betr. das Haus

2.1. Variante 1

Zu prüfen ist die paulianische Anfechtungsklage nach Art. 285 SchKG. Aufgrund des Zeitablaufs (die Schenkung erfolgte mehr als ein Jahr und weniger als fünf Jahre vor der Konkursöffnung) kommt nur die Absichtsanfechtung gem. Art. 288 SchKG in Frage. Die Verwirklichungsfrist von Art. 292 SchKG ist gewahrt, da seit der Zustellung des Pfändungsverlustscheins² (mutmasslich irgendwann im Laufe des 1. Halbjahres 2011) noch keine zwei Jahre vergangen sind. Weitere Voraussetzungen sind: Gläubigerschädigung, Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit derselben. Vorliegend ist die Gläubigerschädigung klar gegeben (Minderung des Vollstreckungssubstrats). Fraglich ist aber die Schädigungsabsicht, zumal HS zum Zeitpunkt der Schenkung noch nicht überschuldet war, sondern sich lediglich für den Fall einer kommenden Überschuldung absichern wollte. Gem. Bundesgericht genügt es, wenn der Schuldner damit rechnen konnte und musste, dass die betreffende Zahlung eine Schädigung der übrigen Gläubiger bewirken könnte und er diese Folge gleichsam in Kauf genommen, d.h. als solche in seinen Willensentscheid einbezogen hat (BGer. vom 19.5.2004, 4C.262/2002, E. 5.1; Umbach-Spahn, in: KuKo-Hunkeler, Rz. 9 zu Art. 288). Vorliegend wollte HS für den Fall, dass er sich überschulden sollte, den eventuellen Gläubigern das Haus entziehen.

Fraglich ist allerdings, ob für die Schädigungsabsicht nicht eine gewisse Nähe zum Insolvenzverfahren bestehen muss. Zu einem Zeitpunkt, in welchem, ex ante betrachtet, noch keine oder bloss vorübergehende finanzielle Schwierigkeiten bestehen, erfolgt eine unentgeltliche Zuwendung aus rein präventiven Gründen. Das Anfechtungsinteresse der Gläubigersamtheit vermag den vollstreckungsrechtlichen Eingriff (Art. 291 SchKG) in eine aus privatrechtlicher Sicht korrekt begründete Rechtsposition in einem Zeitpunkt, zu welchem noch kein konkretes Näheverhältnis zum Insolvenzverfahren besteht, noch nicht zu rechtfertigen. Der Schuldner muss sich nur dann Rechenschaft über eine möglicherweise eintretende Gläubigerschädigung geben, wenn die betreffenden Transaktionen zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, in

² Gest. auf Art. 115 II SchKG wurde der Bank bereits ein prov. Verlustschein ausgestellt. Nach Abschluss des Beteiligungsverfahrens wird der Bank sodann der def. Pfändungsverlustschein i.S.v. Art. 149 SchKG ausgestellt werden.

welchem bereits mit einem künftigen Insolvenzverfahren gerechnet werden musste. Daher muss im vorliegenden Fall die Schädigungsabsicht eher verneint werden (gute Argumentationen in die andere Richtung wurden aber genauso honoriert).

Weiter zu prüfen ist die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht. Hierfür genügt gemäss Bundesgericht blosser Fahrlässigkeit (BGer. vom 29.5.2008, 5A.29/2007, E. 3.4). Aufgrund der engen Beziehung zwischen HS und Rita Müller (RM) kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass diese von HS' Plänen und Absichten bestens Bescheid wusste.

Insgesamt wäre vorliegend die Ergreifung der Absichtspauliana jedoch wenig erfolgversprechend, da es an der Schädigungsabsicht fehlt.

2.2. Variante 2

Bei dieser Variante ist unklar, wer materiell Eigentümer des Hauses ist. Formell ist RM gemäss Sachverhalt als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Bank muss vorerst die Pfändung des Grundstücks beim Betreibungsamt ausdrücklich verlangen und die Berechtigung des Schuldner glaubhaft machen.³ Formell handelt es sich um eine sog. Nachpfändung i.S.v. Art. 115 Abs. 3 SchKG. Die Klärung der Rechtslage, wem nun materiell das Eigentum am Haus zusteht, erfolgt im Widerspruchsverfahren. Hat das Betreibungsamt Kenntnis vom Drittanpruch (wie vorliegend aufgrund des Grundbucheintrags) so setzt es das Widerspruchsverfahren von Amtes wegen in Gang.⁴ Im Gesetz ist bei der Zuteilung der Parteirollen zu unterscheiden, ob der Gewahrsam ausschliesslich beim Schuldner liegt oder nicht (Art. 107 f. SchKG). Bei Grundstücken sind speziell die Ziffn. 3 der jeweiligen Artikel zu beachten. Ausschlaggebend ist demnach allein der Grundbucheintrag: dem im Grundbuch Eingetragenen fällt stets die Beklagtenrolle zu, vorliegend also RM (Art. 108 SchKG). Die Bank muss vorliegend also gegen RM vorgehen und primär geltend machen, das Haus sei mangels gültigen Grundgeschäfts (Schenkung) gar nicht an sie übergegangen, sondern gehöre weiterhin HS und damit zum Vollstreckungssubstrat. Der Gerichtsstand bestimmt sich nach Art. 109 Abs. 3 SchKG. Es handelt sich bei dieser Klage um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Sie bewirkt keine Aufhebung des fraglichen Rechtsgeschäfts, sondern lediglich, dass diesem in der betr. Betreibung keine Beachtung geschenkt und der fragliche Gegenstand in die Betreibung einbezogen wird.

Für den Fall, dass das Gericht zu einem anderen Schluss kommen sollte (d.h. dass RM doch materiell Eigentümerin des Hauses sei), kann sich die Bank im Rahmen ihrer Widerspruchsklage im Sinne einer Eventualbegründung darauf berufen, RM habe das Haus in paulianisch anfechtbarer Weise erworben (vgl. oben Variante 1).⁵ Sie muss jedoch zur Anfechtungsklage aktivlegitimiert sein (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), was vorliegend kein Problem darstellt.

FALL 2

Frage 3

Zu prüfen ist die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO, in casu lit. b, 2. Fall von Absatz 1. Die gesuchstellende Partei muss demnach ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft

³ Vgl. VZG 10 (Pfändung von Grundstücken, die im GB auf den Namen eines Dritten eingetragen sind, dürfen nur gepfändet werden, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass [u.a.] der GB-Eintrag unrichtig ist; das Betreibungsamt hat sofort nach der Pfändung das Widerspruchsverfahren einzuleiten) sowie Ammann/Walther, § 24 N 2.

⁴ Vgl. Ammann/Walther, § 24 N 8.

⁵ Vgl. BGE 107 III 121; Ammann/Walther, § 52 N 27.

machen. Fraglich ist somit, ob als schutzwürdiges Interesse gilt, wenn es einer Partei darum geht, gegen die richtige Partei vorzugehen, m.a.W. ihr Prozessrisiko zu minimieren. Dies ist gemäss Botschaft der Fall und wird auch in der Lehre so vertreten (Botschaft, S. 7315). Ein Teil der Lehre stellt an die Gewährung der vorsorglichen Beweisführung noch zusätzliche Voraussetzungen (vgl. näheres bei Meier, ZPO, 310 ff.).

Frage 4

4.1. Klage gegen die Cotton Ltd. Indien

Es handelt sich um einen internationalen Sachverhalt, da die beklagte Partei ihren Sitz im Ausland hat. Es ist zu prüfen, ob ein Staatsvertrag, insb. das LugÜ Anwendung findet. Das LugÜ regelt, unter welchen Voraussetzungen einer Partei im LugÜ-Raum ein Gerichtsstand zur Verfügung steht. Insb. der räuml.-pers. Anwendungsbereich (Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei in einem LugÜ-Staat) ist vorliegend nicht gegeben. Sodann ist keiner der Spezialfälle von (u.a.) Art. 22 f. LugÜ gegeben, wonach unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen eine nicht im LugÜ-Raum ansässige Beklagte in demselben eingeklagt werden kann. Es erübrigt sich demnach, den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich auch noch zu prüfen.

Als nächstes ist das IPRG zu Rate zu ziehen. Dieses regelt, wann in internationalen Sachverhalten in der Schweiz ein Gerichtsstand besteht. In Frage kommt einzig Art. 113 IPRG, welcher für den Fall, dass der Erfüllungsort in der Schweiz liegt, hier einen Gerichtsstand vorsieht. Bei der Eruiierung des Erfüllungsorts ist Folgendes zu beachten:

- a. Massgebend ist der *rechtliche* Erfüllungsort der charakteristischen Leistung (ebenso: ZPO 31; auch den tats. Erfüllungsort erwähnend hingegen LugÜ 5).⁶ Welches die charakteristische Leistung ist bestimmt sich nach Art. 117 IPRG. Vorliegend ist die Leistung der Verkäuferin, nämlich der Cotton, für den Vertrag (Kaufvertrag) charakteristisch.
- b. Der Erfüllungsort bestimmt sich primär nach Vertrag (Erfüllungsortvereinbarung). Vorliegend ist anzunehmen, dass die Parteien Zürich (explizit oder implizit) als Erfüllungsort vereinbart haben, da gemäss Sachverhalt die Lieferung jeweils nach Zürich erfolgte.

Andernfalls (ohne Erfüllungsortvereinbarung⁷) wäre der gesetzliche Erfüllungsort (der charakt. Leistung) massgebend. Dieser wiederum bestimmt sich (je nach Meinung) nach der *lex fori*, der *lex causae* oder nach der EuGH-Rechtsprechung zu 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ (aus Gründen der Harmonisierung [siehe unten Variante Polen])⁸:

- Lösung nach der *lex fori*: Der Erfüllungsort für die Warenlieferung bestimmt sich nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR (Gattungsschulden sind „andere Verbindlichkeiten“ und damit Holschulden). Der Erfüllungsort liegt i.c. somit nicht in der Schweiz, weshalb kein Gerichtsstand in der Schweiz besteht.

- Lösung nach der *lex causae*: Welchem Recht, dem indischen oder dem schweizerischen, der vorliegende Kaufvertrag untersteht, bestimmt sich nach Art. 116 ff. IPRG, in casu spez. Art. 117 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 lit. a IPRG (da keine Rechtswahl). Folglich ist in casu das indische Recht auf den Kaufvertrag zwischen Migros und Cotton Ltd. anwendbar. Da gemäss Aufgabenstellung das indische Recht dem schweizerischen entspricht, kann auf oben, 2.1. verwiesen werden: der Erfüllungsort liegt nicht in der Schweiz, weshalb kein Gerichtsstand in der Schweiz besteht.

⁶ Honsell/Vogt/Schnyder, BSK zum IPRG, N 14 zu Art. 113 IPRG, Dasser/Oberhammer, Handkommentar zum LugÜ, N 32 zu Art. 5 LugÜ.

⁷ Wird – mit Billigung des Empfängers – andernorts erfüllt als verabredet war, liegt darin eine nachträgliche Vertragsmodifikation (und damit eine Erfüllungsortvereinbarung).

⁸ Schnyder/Liatowitsch, N 1077.

- Gemäss Rechtsprechung des EuGH ist zur Bestimmung des vertraglichen Erfüllungsorts die lex causae massgebend, siehe somit Lösung 2.2.

Ergebnis: Da vorliegend eine (vertragliche) Erfüllungsortsvereinbarung besteht, ergibt sich in der Schweiz (Zürich) ein Gerichtsstand. Bestünde keine solche Vereinbarung so stünde der Cotton Ltd. kein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung (m.a.W. das schweizerische IPRG wäre nicht anwendbar) und es müsste das indische IPRG konsultiert werden.

4.2. **Klage gegen die Carona SA in Lugano**

Es handelt sich vorliegend um einen rein nationalen Sachverhalt. Gemäss ZPO 31 kann entweder am Sitz der Carona SA in Lugano oder am rechtlichen Erfüllungsort, d.h. gest. auf Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR (Arbeitsleistung aus Werkvertrag; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 2135) ebenfalls in Lugano geklagt werden.

4.3. **Streitgenossenschaft**

Fraglich ist, ob Art. 8a IPRG hier anwendbar ist, zumal nur die eine Partei (Cotton Ltd.) „nach diesem Gesetz“ in der Schweiz verklagt wird (die Carona SA hingegen nach der ZPO). Bejahendenfalls stellt sich weiter die Frage, ob der Zusammenzug der Klagen nur in Zürich möglich ist (da nur Zürich in casu einen übers IPRG begründeten Gerichtsstand darstellt) und nicht auch in Lugano.

Frage 5

5.1. **Klage gegen die Cotton Ltd. in Polen**

Auch hier liegt wie unter 4.1. klar ein internationaler Sachverhalt vor, da die beklagte Partei ihren Sitz im Ausland hat. Polen ist Mitgliedstaat des LugÜ. Räuml.-pers. (Sitz der beklagten Partei in einem LugÜ-Staat) sowie sachl. Anwendungsbereich sind klar gegeben. Das revidierte LugÜ, in Kraft seit 1.1.2011, ist in zeitlicher Hinsicht anwendbar.

Grundsätzlich stehen Sitzgerichtsstand (wobei für die örtliche Zuständigkeit die polnische ZPO konsultiert werden müsste) oder Erfüllungsortsgerichtsstand alternativ zur Verfügung (Art. 2 Ziff. 1 und Art. 5 Ziff. 1 LugÜ). Auf diesen ist nachfolgend näher einzugehen.

Es ist zwischen lit. a und b zu unterscheiden; lit. b als die spezifischere Norm geht lit. a vor (vgl. lit. c). In lit. b wird für zwei Vertragstypen, darunter den Kaufvertrag über bewegliche Sachen, der Erfüllungsort direkt bestimmt. In casu liegt ein solcher Kaufvertrag vor, weshalb lit. b einschlägig ist. Vorliegend ist die Lieferung gemäss Sachverhalt bereits am vertraglich vereinbarten Erfüllungsort erfolgt, nämlich in Zürich. Das LugÜ legt hier direkt die örtliche Zuständigkeit fest. Zu klagen ist somit gegen die Cotton Ltd. vorliegend in Zürich.

5.2. **Klage gegen die Carona SA in Lugano**

Vgl. oben 4.2. Es muss in Lugano geklagt werden.

5.3. **Gerichtsstand der Streitgenossen**

Zu prüfen ist, ob beide Parteien, die Cotton Ltd und die Carona SA, am selben Ort eingeklagt werden können. Die eine der beiden Parteien hat ihren Sitz im LugÜ-Ausland (Cotton Ltd.). Zu prüfen ist somit Art. 6 Ziff. 1 LugÜ.⁹ Gemäss dieser Bestimmung kann eine Person, die ihren Wohnsitz (oder Sitz, Art. 60 LugÜ Ziff. 1 lit. a) in einem LugÜ-Staat hat, vor dem Gericht eines anderen LugÜ-Staates verklagt werden, wenn es sich dabei um das Gericht am ordentlichen (Wohnsitz/Sitz-) Gerichtsstand des Streitgenossen handelt und der sachliche Zu-

⁹ Die Klage gegen die Carona SA fällt selber nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ, sie wird aber (und dies ist – neben der Internationalität des Sachverhalts – für die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ ja erforderlich, an ihrem Sitz eingeklagt; Vgl. weiterführend Thomas Müller, N 21 zu Art. 6, in: Dasser/Oberhammer (Hrsg.): Kommentar zum LugÜ.

sammenhang zwischen den Klagen eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung gebietet. Die Konnexität ist im vorliegenden Fall gegeben (zu diskutieren)¹⁰. Somit kann die Cotton Ltd. mit Sitz in Polen ebenfalls in Lugano eingeklagt werden.

Frage 6

6. Kann die Carona SA dieses E-Mail noch vorbringen?

Anwendung findet Art. 229 ZPO. In casu befinden wir uns im ordentlichen Verfahren (da weder die Voraussetzungen für das vereinfachte noch für das summarische Verfahren gegeben sind, Art. 219 ZPO). Der Hauptverhandlung gingen zwei Schriftenwechsel und eine Instruktionsverhandlung voraus (vgl. Art. 220, 222, 225, 226). Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. 3 und Abs. 2 lit. c und d ZPO sind mit der Klage sämtliche Beweismittel bereits zu nennen resp. soweit möglich mit einzureichen (Urkunden). Gem. Art. 229 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und es sich entweder um echte Noven handelt (lit. a, erster Teilsatz) oder aber um unechte Noven, welche trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (lit. b). Der Zeitpunkt, welcher bestimmt, ob eine Tatsache/ein Beweismittel ein echtes oder unechtes Novum darstellt, ist – sofern eine solche wie vorliegend stattgefunden hat – die Instruktionsverhandlung. Was davor entstand ist unechtes, was danach entstand echtes Novum.¹¹ Vorliegend handelt es sich um ein unechtes Novum, da das E-Mail bereits vor der Instruktionsverhandlung existierte, jedoch erst nachher entdeckt wurde. Es fragt sich somit, ob die Carona SA die zumutbare Sorgfalt bei der Zusammenstellung der Beweismittel vermissen liess oder nicht. Allenfalls liesse sich diskutieren, ob die Tatsache, dass das E-Mail an einen nichtleitenden Angestellten ergangen war, eine genügende Entschuldigung für das verspätete Entdecken darstellt. Dies ist jedoch eher fraglich, da ein solches Verständnis der „zumutbaren Sorgfalt“ die Eventualmaxime sehr stark aushöhlen würde.

Frage 7

7. Falls dies zu bejahen ist, wann muss dieses E-Mail vorgebracht werden?

Das E-Mail muss ohne Verzug, d.h. gleich zu Beginn der Hauptverhandlung, vorgebracht werden. Art. 229 Abs. 1 ZPO spricht zwar von Vorbringen in der „Hauptverhandlung“, sie müssen jedoch „ohne Verzug“ erfolgen. Man könnte sich also fragen, ob für den Fall, dass bis zum Verhandlungstermin noch mehrere Wochen vergehen, die Noven-Eingabe schriftlich erfolgen muss. Dies ist jedoch aufgrund des klaren Wortlauts eher zu verneinen. „Ohne Verzug“ bedeutet somit in casu im ersten Parteivortrag der Carona SA in der Hauptverhandlung.

Frage 8

8. Rechtsmittelweg

Zu prüfen ist vorerst, welches Gericht vorliegend entschieden hat. Da sich zwei juristische Personen gegenüberstehen, welche beide im Handelsregister eingetragen sind (Art. 643 OR), ist das Handelsgericht sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO, § 44 lit. b GOG). Seit 1.1.2011 ist somit nur noch die Beschwerde in Zivilsachen möglich (Art. 72 BGG). Der Grundsatz der double instance erfährt hier eine Ausnahme (Art. 75 Abs. 2 BGG). Als mögliche Rügen kommen in Frage: Beweislast (Art. 8 ZGB), Verletzung von Art. 229 ZPO, Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 152 ZPO), Verletzung von materiellem Bundesrecht (Werkvertragsrecht, etwa Art. 369 OR), allenfalls fehlerhafte Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO; Achtung: eingeschränkte Prüfung durchs Bundesgericht: nur wenn sie in offensichtlich unrichtige

¹⁰ Die Konnexität ist vertragsautonom zu bestimmen; sie kann etwa gründen auf: gleicher rechtlicher Grund oder Sachverhalt (letzteres wäre vorliegend gegeben); vgl. Müller, N 36 ff. (a.a.O.).

¹¹ Beim unter lit. a (echte Noven) genannten Fall der erst nach der Instruktionsverhandlung „gefundenen“ Tatsachen/Beweismittel handelt es sich materiell um unechte Noven (vgl. Meier, ZPR, S. 344).

Sachverhaltsfeststellungen mündet, Art. 97 I BGG), alles gemäss Art. 95 BGG mögliche Beschwerdegründe. Zur Frage des Überprüfungsumfanges (Kognition): Bei der Beweiswürdigung handelt es sich um eine Tatfrage, welche nur sehr beschränkt überprüft wird (Art. 97 I BGG), die übrigen Rügen sind Rechtsfragen und werden frei überprüft.

Punkteschema

Fall 1	1.	Insolvenzerklärung, SchKG 191 <ul style="list-style-type: none"> - keine Aussicht auf Schuldenber. (Vor. 1) + Subs. - Kein RMB (Vor. 2) + Subs. - Wirkungen beschreiben Diskutieren weiterer valabler Möglichkeiten mit jeweiliger Abwägung der Vor- und Nachteile, letztlich aber Verwerfung	6
	2. Variante 1	Paulianische Anfechtungsklage <ul style="list-style-type: none"> - Absichtsanf., 288 (aufgr. Fristablauf) - Gl.schädigung (Vor. 1: Nennung & Subsumtion) - Schäd.absicht (Vor. 2: dito): problemat. Punkt - Erkennbarkeit der Schäd.abs. (Vor. 3: dito) - Klagewirkung - Ausführungen zum Verfahren, Legitimation, prov. VS etc. 	7
	2. Variante 2	Nachpfändung <ul style="list-style-type: none"> - Formell = Nachpfändung nach SchKG 115 III Widerspruchsverfahren <ul style="list-style-type: none"> - Verfahrensablauf, Legitimation etc. - bR-Klage (betr.r. mit Reflexwirkung aufs mat. Recht) - Klagewirkung Eventualbegründung der Widerspruchsklage: paulianisch anfechtbarer Erwerb der RM	7
		Total Fall 1:	20
Fall 2	3.	Vorsorgliche Beweisführung <ul style="list-style-type: none"> - schutzwürdiges Interesse darlegen - weitere korrekte Ausführungen 	3
	4.1.	IPRG 113 (Erfüllungsortsgerichtsstand) prüfen <ul style="list-style-type: none"> - <i>rechtl.</i> Erfüllungsort der charakt. Leistung ist massgebend - folglich (i.c.) vertraglicher Erfüllungsort oder (falls verneint) gesetzlicher Erfüllungsort; dieser bestimmt sich entweder nach lex fori, lex causae oder nach EuGH-Rechtsprechung zu LugÜ 5 Ziff. 1 lit. b - Ergebnis: Erfüllungsort liegt in der Schweiz (Zürich) oder (falls vertraglicher Erfüllungsort verneint) IPRG von Indien ist zu konsultieren 	4
	4.2.	ZPO 31 prüfen <ul style="list-style-type: none"> - am Sitz oder am <i>rechtl.</i> Erfüllungsort (Erw. von OR 74 II Ziff. 3 für den rechtl. Erfüllungsort) Streitgenossenschaft: IPRG 8a prüfen	3
	5.1.	LugÜ 2 Ziff. 1	8

		oder (Erkennen der Alternativität) LugÜ 5 Ziff. 1 <ul style="list-style-type: none"> - Unterscheidung zw. lit. a und lit. b vornehmen - lit. b geht vor lit. a - lit. b ausführen: Erfüllungsort wird direkt bestimmt: rechtl. oder tats. Lieferort - vorliegend somit tats. Lieferort Zürich einschlägig - 5 Ziff. 1 legt direkt örtl. Zuständigkeit fest 	
	5.2.	Gerichtsstand der Streitgenossen <ul style="list-style-type: none"> - LugÜ 6 Ziff. 1 prüfen - Voraussetzung (1): Erstklage am ord. (WS/Sitz-) Gerichtsstand des Streitgenossen - Voraussetzung (2): Konnexität - Ergebnis: Klage gegen beide in Lugano 	4
	6.	Novenrecht/Eventualmaxime <ul style="list-style-type: none"> - ZPO 229 - Vorliegend unechtes Novum - Diskussion der Unsorgfalt 	3
	7.	Zeitpunkt des Vorbringens <ul style="list-style-type: none"> - zu Beginn der Hauptverhandlung 	1
	8.	Rechtsmittel <ul style="list-style-type: none"> - Entscheid des Handelsgerichts - Beschwerde in Zivilsachen als einzig mögliches Rechtsmittel - Rügen: Verletzung von Bundesrecht (ZGB 8, ZPO 229, OR etc.), eingeschränkt bei Tatfragen - Ausführungen zum Verfahren (double instance gilt nicht, BGG 75 II) etc. 	4
		Total Fall 2:	30
		Total:	50

Notenskala: ab x Punkten	
3	2.5
3.5	7
4	11.5
4.5	16
5	20.5
5.5	25
6	29.5