

# **Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 9. September 2002**

## **Prof. Isaak Meier**

### **Fall 1**

Fritz Keller hat sich von der (nicht im Handelsregister eingetragenen) Treuhänderin Doris Wirtz in Steuerfragen beraten lassen.

Doris Wirtz stellt Rechnung für Fr. 25'000.-. Fritz Keller verweigert die Zahlung mit der Begründung, dass Doris Wirtz unbrauchbare Arbeit geleistet habe. Doris Wirtz sieht sich daher gezwungen, gegen Fritz Keller Klage zu erheben.

Nach Abschluss des Beweisverfahrens kommt Fritz Keller zum Schluss, dass er den Prozess verlieren werde. Er erklärt daher für den Fall, dass das Gericht die Forderung als bestehend betrachtet, Verrechnung mit einer Gegenforderung aus Schadenersatz wegen Schlechterfüllung eines früheren Auftrages. Fritz Keller reicht zur Begründung seiner Gegenforderung eine umfangreiche Rechtsschrift sowie zahlreiche Urkunden und Beweisanträge ein.

Fragen:

- 1.1. Wie hat das Gericht vorzugehen?
- 1.2. Welche Rechtsmittel kann Fritz Keller ergreifen, falls das Gericht die Klage gutheisst, unter anderem mit der Begründung, dass die Verrechnungseinrede zu spät erhoben worden war? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

### **Fall 2**

Die Firma Zeller AG besitzt als wesentlichstes Aktivum eine 50 % Beteiligung an der Firma Venture X AG. Die übrigen Aktien sind im Besitz von Rolf Müller.

Über die Zeller AG wird der Konkurs eröffnet. Es kann voraussichtlich das ordentliche Konkursverfahren durchgeführt werden. Zwei Tage nach (rechtskräftiger) Konkursöffnung erscheint Rolf Müller beim Konkursamt und macht ein auf 10 Tage befristetes Angebot zur Übernahme der Aktien für Fr. 200'000.- der Venture X AG. Eine erste kurze Abklärung des Konkursamtes ergibt, dass es sich hierbei um ein sehr gutes Angebot handelt, das voraussichtlich später kaum mehr erzielt werden kann. Das Konkursamt gelangt auch zur Überzeugung, dass Rolf Müller aus verschiedenen Gründen später am Kauf der Aktien kein Interesse mehr habe.

Fragen:

- 2.1. Wie soll das Konkursamt vorgehen?
- 2.2. Was kann der Gläubiger Paul Reich unternehmen, falls das Konkursamt den Verkauf der Aktien an Rolf Müller ohne weitere Vorkehrungen vorgenommen hat? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

### **Fall 3**

RA Kleiner vertritt die Ferienhaus Sonne AG, die in der Schweiz die Vermietung von privaten Ferienhäusern vermittelt. Die Ferienhaus Sonne AG hat immer wieder Reklamationen von unzufriedenen Kunden. Meistens drehen sich die Beanstandungen um ungenügende Reinigung, falsche Angaben im Prospekt und Fehlen von Einrichtungsgegenständen. Pro Jahr kommt es zu etwa 10 bis 15 Prozessen vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich, die meistens auf dem Vergleichswege erledigt werden. Obwohl das Gericht über mehrere Einzelrichter verfügt, werden alle Fälle jeweils von der Einzelrichterin Lisa Rechtsteiner (Mitglied der Sozialdemokratischen Partei) behandelt. Lisa Rechtsteiner und ihr Gerichtsschreiber haben bereits eine grosse Erfahrung in diesen Fällen.

RA Kleiner gelangt immer mehr zur Überzeugung, dass Lisa Rechtsteiner die Fälle nicht mehr unbefangen beurteilen könne. Im letzten Fall hat sie einmal in einer Vergleichsverhandlung nebenbei gesagt, „die Ausreden ihrer Klientin sind uns jetzt langsam bekannt“.

Im nächsten Fall des Klägers Peter Notter unternimmt RA Kleiner zunächst nichts. Als in der Vergleichsverhandlung Lisa Rechtsteiner wieder sehr negativ über die Prozesschancen der Ferienhaus Sonne AG spricht, stellt er gegen die Einzelrichterin ein Ausstandsbegehren. Das Ausstandsbegehren wird jedoch von der zuständigen Stelle abgewiesen.

Fragen:

- 3.1. Was kann RA Kleiner im Namen der Ferienhaus Sonne AG dagegen unternehmen?
- 3.2. Welches sind dabei die Erfolgschancen?

### **Fall 4**

Die Möbelfirma Mobitech AG mit Sitz in Baden hat an die sich in Zürich befindende Filiale der Fidis AG mit Sitz in St. Gallen Möbel zur Probe geliefert.

Die Mobitech AG fällt in Konkurs. Die Konkursverwaltung verlangt die Rückgabe der fraglichen Möbel mit der Begründung, dass die Mobitech AG nach wie vor Eigentümerin sei. Der Filialleiter verweigert jedoch nach Rücksprache mit dem Hauptsitz die Herausgabe der Möbel. Er macht geltend, dass die Möbel wie abgemacht als Ersatz für mangelhafte Ware aus einer früheren Bestellung geliefert worden seien. Entsprechend stehe das Eigentum an den Möbeln der Fidis AG zu.

Der Gläubiger Alex Risk lässt sich die Ansprüche gegen die Fidis AG abtreten.

Fragen:

- 4.1. Wo kann er klagen? (Frage nach der örtlichen Zuständigkeit)
- 4.2. Wie wäre die Rechtslage, wenn die Fidis AG Sitz in München hätte?

## Lösungsvorschlag

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

### Fall 1

#### 1.1. Wie hat das Gericht vorzugehen?

Doris Wirtz klagt gegen Fritz Keller auf Bezahlung von Fr. 25'000.- aus Auftrag. Im Laufe des Prozesses werden die Chancen von Doris mit ihrer Klage durchzudringen immer offensichtlicher. Dies veranlasst Fritz nach Abschluss des Beweisverfahrens Verrechnung i.S.v. OR 120 ff. zu erklären, für den Fall des Absiegens von Doris.

Sind die Voraussetzungen der Verrechnung erfüllt, dann besteht grundsätzlich ein Recht zur Verrechnung. Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht. Die Voraussetzungen der Verrechnung nach OR 120 Existenz zweier Forderungen, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit und Klagbarkeit bieten im vorliegenden Fall keine Probleme. Fritz kann folglich sein Verrechnungsrecht durch einseitige Willenserklärung ausüben. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er die Verrechnung an die Bedingung des Obsiegens von Doris knüpfen kann. Grundsätzlich sind Gestaltungsrechte bedingungsfeindlich (BGE 108 II 102). Eine Eventualverrechnung ist jedoch zulässig, da diese keine Bedingung im eigentlichen Sinne darstellt (vgl. von Tuhr Escher OR AT, Band II, S. 205 f.).

Die Verrechnung als privatrechtliche Willenserklärung ist mit einer Einrede geltend zu machen. Wie bei einer Verjährungseinrede handelt es sich dabei nicht um eine Widerklage. Fritz hat folglich die Verrechnung einredeweise zu erheben. Es stellt sich jedoch hier die Frage, ob Fritz die Einrede der Verrechnung jederzeit geltend machen kann oder ob er sich an gewisse zeitliche Schranken zu halten hat. Es geht dabei um die Frage, bis zu welchem Stadium des Verfahrens welche Vorbringen zulässig sind.

Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung sehen die Prozessgesetze Präklusionen für die Ausübung von privatrechtlichen Rechten vor. In diesem Zusammenhang wird von der Eventualmaxime gesprochen. Nach diesem Grundsatz sind Prozesshandlungen auf gewisse Verfahrensstadien beschränkt. So sind gemäss ZPO 114 Einreden bis zum Abschluss des Hauptverfahrens vorzutragen. Im vorliegenden Fall ist das Beweisverfahren bereits abgeschlossen und somit das Hauptverfahren schon durchlaufen. Fritz kann somit grundsätzlich seine Einrede nicht mehr geltend machen, da er die Präklusion für dieses Gestaltungsrecht unbenutzt verstreichen liess.

Da die materielle Wahrheit der Eventualmaxime entgegensteht, gilt dieses Prinzip nicht absolut. Die Eventualmaxime erfährt mit ZPO 115 eine Milderung. Nach dieser Bestimmung können in gewissen Fällen auch verspätete Einreden noch berücksichtigt werden.

Im Zusammenhang mit ZPO 115 wird zwischen echten und unechten Noven unterschieden. Echte Noven sind solche Tatsachen, die sich erst nach Ablauf der Präklusion ereignet haben und sind nach ZPO 115 stets zulässig weil der Beklagte diese naturgemäss in unverschuldeter Weise nicht früher vorbringen konnte. Unechte Noven sind Tatsachen, die bereits vor der Präklusion aufgetreten sind. Diese können lediglich unter eingeschränkten Voraussetzungen noch berücksichtigt werden. Ob es sich bei einem privatrechtlichen Gestaltungsrecht um ein echtes oder unechtes Novum handelt, ist nicht ganz geklärt. Da die Gestaltungswirkung eigentlich erst mit einer Willenserklärung entsteht, könnte die Ansicht vertreten werden, dass es sich bei solchen materiellrechtlichen Willenserklärungen stets um echte Noven handelt (vgl. hierzu auch Susanna Regula Schärer, Das Novenrecht im Berufungsverfahren nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1984, S. 45 f.). Für ein unechtes No-

vum spricht jedoch die Tatsache, dass die Einredemöglichkeit schon früher bestand und Fritz sie lediglich aus Nachlässigkeit nicht früher eingewendet hat. Unabhängig für welche Lösung man sich entscheidet, sollten die Voraussetzungen von ZPO 115 geprüft werden.

ZPO 115 Ziff. 3 und 5 können im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit der Verrechnung als materiellrechtliche Einrede ist wie die Verjährung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (ZPO 115 Ziff. 4). Einer näheren Prüfung bedürfen somit einzig die Ziffern 1 und 2.

Gemäss ZPO 115 Ziff. 1 können Anträge, die erst im Laufe des Prozesses veranlasst wurden, auch nach Ablauf der Präklusion geltend gemacht werden. Hier stellt sich die Frage, ob Fritz erst im Beweisverfahren der Möglichkeit des Obsiegens von Doris gewahr wurde und somit erst in diesem Stadium überhaupt von einer Verrechnungsmöglichkeit denken konnte. Ohne Bestand einer Hauptforderung besteht nämlich auch keine Verrechnungsforderung. Erst als Fritz sah, dass die Hauptforderung bestätigt zu werden schien, wurde ihm die Möglichkeit der Geltendmachung der Verrechnung bewusst. In diesem Sinne könnte angenommen werden, dass Fritz erst im Laufe des Prozesses zur Einrede der Verrechnung veranlasst wurde. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass Fritz bereits während der Hauptverhandlung von seiner Gegenforderung wusste und nicht darauf vertrauen durfte, dass die Klage abgewiesen würde. Während der Hauptverhandlung sollen Kläger und Beklagte alle möglichen Anträge/Abwehrmittel geltend machen und zwar unabhängig davon, ob man sich im Recht fühlt oder nicht. Die Eventualmaxime würde auch ihres Gehaltes entleert, wenn Fritz mit einer solchen Argumentation durchzudringen vermöchte. ZPO 115 Ziff. 1 ist somit nicht erfüllt.

Im Weiteren ist ZPO 115 Ziff. 2 zu prüfen. Nach diesen Bestimmungen können Einreden, deren Richtigkeit sich durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können, noch nachträglich geltend gemacht werden. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass Fritz eine umfangreiche Rechtschrift und zahlreiche Urkunden und Beweismittel einreicht. Da Fritz neben den Urkunden noch weitere Beweisanträge stellt, kann davon ausgegangen werden, dass die Urkunden alleine nicht für die Beweisbarkeit seiner Gegenforderung genügen. Auch kann die sofortige Richtigkeit einer Schadenersatzforderung eher verneint werden. Gerade bei Schadenersatzforderungen bedarf es umfangreicherer Abklärungen und einer eingehenden Beweisabnahme. Somit kann Fritz sich auch nicht auf diese Ziffer berufen.

Die Verrechnungseinrede wurde folglich zu spät gestellt. Das Gericht hat die Einrede nicht mehr zu berücksichtigen.

*(Hinweis: Selbstverständlich kann auch eine andere vertretbare Lösung gewählt werden. Es kommt einfach auf die Prüfung der einzelnen Ziffern mit einer plausiblen und sachverhaltsbezogenen Begründung an.)*

## **1.2. Rechtsmittel**

Das Gericht hat die Klage von Doris Wirtz gutgeheissen. Es liegt somit ein Endurteil in der Sache vor. Als Rechtsmittel kommt somit die kant. Berufung in Frage.

Gemäss ZPO 259 Ziff. 1 ist die kant. Berufung gegen Endurteile der Bezirksgerichte zulässig. Da Doris Wirtz nicht im Handelsregister eingetragen ist und der Streitwert über Fr. 20'000.- liegt, war das Bezirksgericht für die Klage zuständig (GVG 31 Ziff. 1). Da es sich um eine Streitigkeit aus Auftrag handelt, fällt das Arbeitsgericht ausser Betracht (vgl. GVG 13 I). Möglicherweise könnte ein Konsumentenvertrag vorliegen, der im einfachen und raschen Verfahren zu beurteilen wäre. Da der Streitwert jedoch weit über Fr. 8'000.- liegt, entfällt auch diese Möglichkeit (ZPO 53 II Ziff. 5). Die Klage von Doris Wirtz wurde somit vom Bezirksgericht gutgeheissen. Fritz kann folglich das Urteil des Bezirksgerichts mit kant. Berufung ans Obergericht (GVG 43 I) weiterziehen.

Wegen der Subsidiarität der Rechtsmittel sind als nächstes die Voraussetzungen der eidg. Berufung zu prüfen. Der Entscheid des Bezirksgerichtes ist ein Endentscheid i.S.v. OG

48 I und somit ein gültiges Anfechtungsobjekt. Das Obergericht hat als letzte kant. Instanz entschieden, womit auch das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit erfüllt wäre. Da es sich um eine Streitigkeit aus einem Auftragsverhältnis handelt, liegt eine Zivilsache vor. Als kontradiktorisches Verfahren ist das Vorliegen einer Streitsache ebenfalls zu bejahen.

Das eigentliche Problem bei der eidg. Berufung liegt im Beschwerdegrund. Gemäss OG 43 I können nur Bundesrechtsverletzungen mit der Berufung gerügt werden. Es stellt sich folglich in unserem Fall die Frage, welche Rügen Fritz gegen den Entscheid des Bezirksgerichts erheben kann. Das Bezirksgericht hat die Verrechnungseinrede von Fritz mit der Begründung der verspäteten Eingabe zurückgewiesen. Das Gericht hat sich dabei auf die Eventualmaxime und v.a. auf ZPO 114 abgestützt und somit auf kant. Recht. Die Verrechnung ist jedoch bundesrechtlich geregelt (OR 120 ff.). Es stellt sich nun die Frage, ob das kant. Recht überhaupt die Verrechnungsmöglichkeit zeitlich einschränken darf oder ob es einen bundesrechtlichen Anspruch gibt, die Verrechnungseinrede jederzeit erheben zu können. Gemäss BV 122 I ist der Bund auf dem Gebiet des Zivilrechts zuständig. Das Verfahren wird jedoch dem kant. Recht vorbehalten (BV 122 II). Um einen effektiven Rechtsschutz und eine einheitliche Rechtsdurchsetzung zu gewähren, können sich jedoch auch prozessrechtliche Normen aus dem Bundesrecht i.S.v. ungeschriebenem Bundesrecht ableiten lassen (vgl. hierzu Isaak Meier, Privatrecht und Prozessrecht, in: P.Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, S.15 ff.). In diesem Sinne dürfen Vorschriften der kant. ZPO die materielle Verrechnungsordnung des Bundesrechts nicht verletzen (BGE 63 II 138 f.). Gemäss OR 124 I entsteht die Gestaltungswirkung mit der Verrechnungserklärung. Mit dieser Willenserklärung erlischt die Hauptforderung. Durch eine zeitliche Beschränkung scheint diese schlichte Anknüpfung an die Erklärung des Verrechnenden unterlaufen zu werden. In diesem Sinne könnte angenommen werden, dass die jederzeitige Geltendmachung der Verrechnungseinrede dem ungeschriebenen Bundesrecht zu entnehmen ist, und folglich eine Bundesrechtsverletzung vorliegt. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass obwohl die Verrechnung ein materiellrechtliches Institut ist, sie in der Form und in dem Verfahrensstadium geltend gemacht werden muss, die das kant. Prozessrecht vorschreibt (BGE 63 II 139, 85 II 107). So gilt es als zulässig, dass zivilprozessual die Geltendmachung der Verrechnungsforderung nur bis zur Einreichung der Klageantwort zugelassen wird (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR AT, N 3385). Das Bezirksgericht durfte folglich die Verrechnungseinrede gestützt auf die kantonrechtlich geregelte Eventualmaxime nach Abschluss der Hauptverhandlung verweigern. Fritz könnte somit lediglich rügen ZPO 115 sei nicht richtig angewendet worden, was aber nicht mit der eidg. Berufung erfolgen kann.

Da Fritz mit einem Novum (Verrechnungseinrede) nicht mehr zugelassen wurde, könnte er auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen. Das rechtliche Gehör als verfassungsmässiges Recht ist jedoch nicht mit der Berufung, sondern mit der staBe geltend zu machen (OG 43 I).

Im vorliegenden Fall wird die eidg. Berufung mangels Bundesrechtsverletzung eher nicht in Betracht kommen. Bei der Bejahung von ungeschriebenen Bundesrecht müsste in jedem Fall vorsichtshalber auch noch die kant. Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt werden, um – falls mit der Begründung nicht durchgedrungen werden sollte – die Rechtsmittelfrist nicht zu verpassen.

Für welchen Weg man sich also auch entscheidet, bleibt als nächstes Rechtsmittel die kant. Nichtigkeitsbeschwerde zu prüfen. Gemäss ZPO 281 können Endentscheide mit der kant. NB angefochten werden. Der Entscheid des Bezirksgerichts ist somit ein gültiges Anfechtungsobjekt. Als weitere Voraussetzung bedarf es eines gültigen Rügegrundes. Fritz möchte die Verletzung von ZPO 115 und evt. von BV 29 rügen. Sowohl die Eventualmaxime und die Ausnahmen von ZPO 115 als auch das rechtliche Gehör gelten als wesentliche Verfahrensgrundsätze. Fritz kann somit das Urteil mit kant. NB nach ZPO 281 Ziff. 1 anfechten.

Als letztes Rechtsmittel ist die staatsrechtliche Beschwerde i.S.v. OG 84 zu prüfen. Als Beschwerdegrund kann Fritz Willkür geltend machen. Da BV 9 keine selbständiges Beschwerderecht anerkennt, muss zusätzlich die Verletzung einer kant. Norm gerügt werden. Fritz kann die willkürliche Anwendung von ZPO 115 (BV 9 i.V.m. ZPO 115) und als selbständiges Recht BV 29 II geltend machen.

## **Fall 2**

### **2.1 Wie soll das Konkursamt vorgehen?**

Das Ziel eines jeden Konkursverfahrens ist es, die Ansprüche der Gläubiger möglichst optimal zu befriedigen. Der Verkauf der Aktien für CHF 200'000.- an Rolf Müller ist deshalb von grösstem Interesse, da sich sein Angebot als äusserst lukrativ erweist und sich ein solcher Ertrag später kaum mehr erzielen lässt. Der Konkurs wurde bereits eröffnet, jedoch noch nicht öffentlich bekannt gegeben. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch das Konkursamt, sobald die Verfahrensart feststeht (Art. 232 I SchKG). Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Konkurs im ordentlichen Verfahren durchgeführt wird. Die Bekanntmachung enthält unter anderem die Einladung zur ersten Gläubigerversammlung, die spätestens 20 Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung stattfinden muss (Art. 232 II Ziff. 5 SchKG). Für die Fristberechnung ist die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsblatt massgebend (Art. 35 SchKG).

Normalerweise wird eine erste Gläubigerversammlung gemäss Art. 232 Ziff. 5 SchKG einberufen. Diese Gläubigerversammlung setzt die Konkursverwaltung ein (Art. 237 II SchKG), welche im ordentlichen Verfahren für die Verwertung der Aktivmasse verantwortlich ist. Dabei ist die Konkursverwaltung jedoch an die Beschlüsse der Gläubigerversammlung gebunden. Die öffentliche Versteigerung stellt gemäss Art. 256 I SchKG den Normalfall dar. Die zweite Gläubigerversammlung kann jedoch beschliessen freihändig zu veräussern.

Ausnahmsweise hat sowohl die Konkursverwaltung als auch die erste Gläubigerversammlung das Recht, die Aktien vorzeitig zu verkaufen. So ist die erste Gläubigerversammlung gemäss Art. 238 I SchKG befugt, über die Vornahme von freihändigen Verkäufen zu entscheiden, wenn deren Erledigung keinen Aufschub duldet. Eine solche Dringlichkeit liegt vor, wenn bei einer späteren Verwertung voraussichtlich ein wesentlich geringerer Erlös erzielt würde. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass es sich um ein sehr gutes Angebot handelt, das voraussichtlich später kaum mehr erreicht werden kann. Ausserdem ist sich das Konkursamt sicher, dass Rolf aus verschiedenen Gründen später am Kauf der Aktien kein Interesse mehr hat. Daher kann kaum mehr ein so hoher Verkaufserlös realisiert werden, zumal Dritte sicherlich ein geringeres Interesse am Kauf aufweisen als Rolf Müller. Das Angebot ist jedoch auf zehn Tage befristet. In dieser Zeit müsste also die öffentliche Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsblatt publiziert werden und die erste Gläubigerversammlung stattfinden. Dies ist nicht zu bewerkstelligen, zumal den Gläubigern eine gewisse Vorbereitungszeit zugestanden werden muss. Daher ist ein vorzeitiger Verkauf durch die erste Gläubigerversammlung gemäss Art. 238 I SchKG nicht möglich.

Die Konkursverwaltung ist gemäss Art. 243 II SchKG unter gewissen Voraussetzungen befugt Gegenstände zu verwerten. Da die Gesamtheit der Aktien nur von zwei Parteien gehalten wird, sind die Aktien weder börsenkotiert noch weisen sie einen Marktwert im Sinne von Art. 243 II SchKG auf. Somit kann zur Begründung des Notverkaufs nur noch die schnelle Wertverminderung angeführt werden. Dies ist zu bejahen, da voraussichtlich später kein so hoher

Ertrag mehr erreicht werden kann. Hierbei ist jedoch Art. 256 III SchKG zu beachten, wonach Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert nur freihändig verkauft werden dürfen, wenn die Gläubiger vorher die Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen. Gemäss Lehre ist für die Bestimmung des Vermögensgegenstandes von bedeutendem Wert von einem fünfstelligen Betrag auszugehen (Meier/Brönnimann/Ottomann/Stäubli/Walder, Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, S. 106). Somit ist ein freihändiger Verkauf durch die Konkursverwaltung nach Art. 243 II SchKG ohne vorhergehende Konsultierung der Gläubiger ausgeschlossen.

Die Kompetenzen des Konkursamtes sind in Art. 221 SchKG geregelt. Danach kann es die zur Sicherung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens erforderlichen Massnahmen treffen. Der freihändige Verkauf eines Aktienpakets stellt aber keine derartige Massnahme dar. Des Weiteren wurde das Konkursamt auch nicht durch die erste Gläubigerversammlung als Konkursverwaltung gemäss Art. 237 II SchKG eingesetzt, welche nach Art. 243 II SchKG die Aktien, die i.c. schneller Wertverminderung ausgesetzt sind, durch einen Notverkauf verwerten kann. Somit ergibt sich aus dem Gesetz keine direkte Kompetenz des Konkursamtes für den Verkauf der Aktien.

Im Interesse aller Beteiligten muss aber das Konkursamt bereits vor der ersten Gläubigerversammlung die Möglichkeit haben Notverwertungen durchzuführen, welche einen Aufschub bis zur Durchführung der ersten Gläubigerversammlung nicht ertragen. Auch in diesem Falle steht den Gläubigern das Recht auf ein höheres Angebot nach Art. 256 III SchKG zu (vgl. Meier/Brönnimann/Ottomann/Stäubli/Walder, Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, S. 108). Um dieser Bestimmung gerecht zu werden, ist ein bedingter Kaufvertrag zu schliessen, mittels welchem den Gläubigern das Recht eingeräumt wird, dem Konkursamt ein besseres Angebot zu unterbreiten.

Fazit: Gemäss Lehre kann das Konkursamt bei Dringlichkeit bereits vor der ersten Gläubigerversammlung einen Notverkauf durchführen.

## **2.2 Rechtsmittel**

Hier wird davon ausgegangen, dass das Konkursamt die Aktien ohne vorgängig besondere Vorkehrungen getroffen zu haben, verkauft hat. Da das SchKG keine bestimmte Klage für diesen Fall vorsieht, steht der Weg für die subsidiäre betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG offen.

An dieser Stelle muss jedoch noch geprüft werden, ob allenfalls eine nichtige Verfügung gemäss Art. 22 SchKG vorliegt. Dies ist immer dann zu bejahen, wenn eine Verfügung gegen Vorschriften verstösst, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen wurden. Da die in Art. 256 III SchKG festgehaltene Bestimmung im Interesse der Verfahrensbeteiligten aufgestellt wurde, ist der Freihandverkauf des Konkursamtes nicht nichtig im Sinne von Art. 22 SchKG.

Es gilt nun die weiteren Voraussetzungen der betreibungsrechtlichen Beschwerde zu prüfen:

Sinn und Zweck der Beschwerde ist die Korrektur eines Verfahrensfehlers. Daher muss ein Zurückkommen auf die anzufechtende Handlung noch möglich sein. Beim freihändigen Verkauf wird das Vertrauen des Käufers nicht geschützt, folglich ist der Kaufvertrag widerrufbar

(vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1997, § 27 N 24).

Der Abschluss des Kaufvertrages durch das Konkursamt stellt das Anfechtungsobjekt dar. Nach allgemeiner Auffassung in Lehre und Praxis gilt der Grundsatz, dass von den SchK-Behörden vorgenommene Rechtsgeschäfte nicht der Beschwerde unterliegen, da sie keine Verfügungen darstellen (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1997, § 6 N 8). Eine wichtige Ausnahme hiervon bilden jedoch die Rechtsgeschäfte betreffend die Verwertung von Aktiven, d.h. Steigerung und Freihandverkauf. Nach Art. 132a SchKG ist hier die Beschwerde gerade der einzige Rechtsbehelf. Dies gilt auch für das Konkursverfahren.

Des Weiteren muss es sich um eine Handlung eines Konkurs- oder Betreibungsorgans in einem Konkursverfahren handeln. Mit dem Abschluss eines Kaufvertrages durch das Konkursamt während des laufenden Konkurses wird auch diese Voraussetzung erfüllt.

Als Beschwerdegrund kann eine Gesetzesverletzung geltend gemacht werden, nämlich die Nichtbeachtung von Art. 256 III SchKG.

Als Nächstes gilt es, die Beschwerdelegitimation zu prüfen. Durch den Verkauf der Aktien ist Paul Reich in seinem rechtlich geschützten Interesse betroffen (materieller Beschwer), wurde doch sein Recht als Gläubiger bezüglich Art. 256 III SchKG verletzt. Auch kann er ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung des Kaufvertrages (formeller Beschwer) geltend machen, wenn er das Recht auf ein besseres Angebot wahrnehmen will.

Es ist davon auszugehen, dass Paul Reich rechtsfähig ist. Somit ist auch die Voraussetzung der Beschwerdeführungsbefugnis erfüllt.

Passivlegitimiert ist nach herrschender Lehre immer jene Behörde, von der die anzufechtende Verfügung ausgegangen ist, hier also das Konkursamt (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1997, § 6 N 29).

Da die Nichtanwendung einer bundesrechtlichen Bestimmung als Rechtsverletzung und nicht als Rechtsverweigerung gilt (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1997, § 6 N 14), gelangt Abs. 2 und nicht Abs. 3 von Art. 17 SchKG zur Anwendung. Somit ist die Beschwerde innert zehn Tagen (17 II SchKG) bei der unteren Aufsichtsbehörde einzureichen (17 I SchKG). Im Kanton Zürich ist dies nach § 107 I GVG i.V.m. Art. 13 SchKG das Bezirksgericht.

Gemäss Art. 18 SchKG kann Paul Reich den abweisenden Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde mit Rekurs an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weiterziehen. Als Beschwerdegrund ist die Verletzung von Art. 256 III SchKG geltend zu machen. Durch den negativen Entscheid der ersten Instanz ist Paul Reich in seinem Recht und Interesse betroffen und folglich aktivlegitimiert. Im Kanton Zürich ist das Obergericht mit dieser Aufgabe betraut (§ 106 II GVG i.V.m. Art. 13 SchKG). Der Rekurs ist innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des bezirksgerichtlichen Beschwerdeentscheids beim Obergericht des Kantons Zürich einzureichen (Art. 18 I SchKG i.V.m. § 110 GVG).

Der Entscheid des Obergerichts kann an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts weitergezogen werden (Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 78 I OG). Als Beschwerdegrund kann jedoch nur noch die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden, d.h.

weder Unangemessenheit noch Verletzung von verfassungsmässigen oder kantonalen Rechten können gerügt werden. In unserem Fall liegt eine Verletzung von Bundesrecht vor, wurde doch Art. 256 III SchKG missachtet. Da der Entscheid des Obergerichts die rechtlich geschützten Interessen (i.c. das Recht auf ein besseres Angebot gemäss Art. 256 III SchKG) verletzt, ist Paul Reich beschwert und somit aktivlegitimiert. Die Beschwerde ist innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des obergerichtlichen Entscheides beim Obergericht des Kanton Zürichs einzureichen (Art. 19 I SchKG i.V.m. Art. 78 I OG).

### **Fall 3: Richterliche Unparteilichkeit und Unbefangenheit**

#### *3.1. Was kann RA Kleiner dagegen unternehmen?*

Die für die Lösung dieses Falls einschlägigen Normen über den Ausstand der Justizbeamten sind in den §§ 95-103 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes zu finden. Es handelt sich um die Konkretisierung der in BV 30 I verankerten verfassungsrechtlichen Garantie des unparteiischen Richters, die auch von EMRK 6 Ziff. 1 unter dem Titel „Recht auf ein faires Verfahren“ geschützt wird. Diese Garantie steht mit der Garantie des gesetzlichen Richters in einem Spannungsverhältnis. Die gezielte Ablehnung von Justizbeamten soll nicht zur Aushöhlung der Garantie des gesetzlichen Richters führen [Vgl. BGE 122 II 471 E. 3b; 116 Ia 28 E. 2c].

Mit den Ausstandsregeln soll gewährleistet werden, dass kein Justizbeamte an einem Prozess mitwirkt, der sich von ausserhalb des Verfahrens liegenden Erwägungen leiten lässt. Sind Ausschlussgründe von Amtes wegen beachtlich (GVG 95), ist das Vorliegen von Ablehnungsgründen mit einem Ausstandsbegehren geltend zu machen (GVG 96). Dies kann durch Selbstablehnung des betroffenen Justizbeamten (GVG 97) oder auf Begehren einer Partei oder eines Mitglieds der Gerichtsabteilung (GVG 98) geschehen.

Im Verfahren „Peter Notter gegen Ferienhaus Sonne AG“ wird das von der Beklagten gestellte Ausstandsbegehren „von der zuständigen Stelle“ abgewiesen. RA Kleiner ist seit geräumiger Zeit Rechtsvertreter der Ferienhaus Sonne AG und als solcher zur Stellung des Begehrens im Namen seiner Klientin befugt (ZPO 29 i.V.m. 35). Als Partei im Prozess ist die Ferienhaus Sonne AG legitimiert, während des ganzen Verfahrens den Ausstand der Einzelrichterin zu verlangen (GVG 98). Das bei einer Vergleichsverhandlung im mündlichen ordentlichen Verfahren gestellte Ausstandsbegehren erfolgte somit rechtzeitig.

Der Antragsteller muss sein Begehren begründen und belegen (GVG 100 I). Rügt eine Partei die Befangenheit eines Justizbeamten (GVG 96 Ziff. 4), muss sie ihr Empfinden objektivieren und Beweise für bestimmte Äusserungen oder für ein Verhalten des abgelehnten Justizbeamten erbringen, die auf eine bereits gefestigte Meinung hindeuten und den Ausgang des Verfahrens nicht mehr als offen erscheinen lassen. Die einzelnen Elemente, auf die sich das Ausstandsbegehren der Ferienhaus Sonne AG stützen könnte, werden unter 3.2. diskutiert. Hier sei nur auf die in einem früheren Verfahren gefallene Bemerkung der Richterin, die Ausreden der Ferienhaus Sonne AG seien dem Gericht langsam bekannt, kurz hingewiesen.

Anders als bei mündlichen Ausführungen während den Gerichtsverhandlungen wird bei Vergleichsverhandlungen nur deren Ergebnis ins Protokoll festgehalten (GVG 144 II). Die beanstandete Äusserung der Einzelrichterin anlässlich einer Vergleichsverhandlung sowie ihre wiederholten, für die Beklagte stets ungünstigen, Prognosen über den Prozessausgang werden keinen Eingang ins Protokoll gefunden haben. In dieser sowieso schwierigen Beweislage privilegiert der Gesetzgeber die „gewissenhafte Erklärung“ der abgelehnten Justizperson

über die eigene Unparteilichkeit, die bei illiquider Sachlage zur alleinigen Entscheidungsgrundlage erhoben wird (GVG 100 I, zweiter Satz).

Wir stehen hier vor einem streitigen Ausstandsbegehren i.S.v. GVG 101 I, das von der abgelehnten Justizperson – hier die Einzelrichterin Rechtsteiner – nicht geschützt wurde. Hätte die Einzelrichterin nämlich die zur Begründung des Begehrens vorgebrachten Argumenten als vertretbar oder gar zutreffend anerkannt, hätte sie sich selbst in den Ausstand begeben (GVG 101 II). Darauf hätte der Präsident des Bezirksgerichtes den Fall „Peter Notter gegen Ferienhaus Sonne AG“ einem anderen Einzelrichter zugeteilt. Dies ist aber im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Bei der entscheidenden „zuständigen Stelle“ handelt es sich demzufolge um das Obergericht, das gemäss GVG 106 I die Aufsicht über die Einzelrichter am Bezirksgericht innehat. Die Abweisung des Ausstandsbegehrens durch das Obergericht – oder genauer durch die Verwaltungskommission des Obergerichts (§ 45 Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 8. Dezember 1999, LS 212.51) – erfolgt durch einen prozessleitenden Beschluss. Der Ablehnungsentscheid, obwohl von der Aufsichtsbehörde getroffen, ist ein Teil des vor der Einzelrichterin pendenden Zivilprozesses, das heisst ein Akt der Rechtsprechung.

Das Verfahren betreffend Ausstandsbegehren ist vom Beschwerdeverfahren nach GVG 108 ff. klar abzugrenzen. Im Beschwerdeverfahren sanktioniert die Aufsichtsbehörde die Verletzung von Amtspflichten durch ein ihr untergeordnetes Gericht. Ihre Kognition ist auf die in GVG 108 erwähnten Fälle beschränkt. Auch ist die Aufsichtsbeschwerde kein Rechtsmittel zur Korrektur einer getroffenen materiellen Entscheidung. Als Akt der Justizverwaltung bezweckt sie die Behebung oder die administrative Ahndung eines Missstands. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei der Abweisung des Ausstandsbegehrens nicht um einen Beschwerdeentscheid handelt. Auch kann gegen den Entscheid des Obergerichts keine Aufsichtsbeschwerde erhoben werden.

Weiter sind gegen den Entscheid des Obergerichtes weder kantonale Berufung noch Rekurs gegeben, weil diese Rechtsmittel ausschliesslich gegen Entscheide unterer Instanzen (Einzelrichter, Bezirks-, Arbeits- und Mietgericht) gegeben sind (ZPO 259 und 271). Die eidg. Berufung gegen prozessleitende Entscheide (Vor- und Zwischenentscheide in der Terminologie des OG) ist nur unter den besonderen Voraussetzungen von OG 49-50 zulässig. Diese sind sowenig wie das Erfordernis der Zivilrechtsstreitigkeit und der Bundesrechtsverletzung im vorliegenden Fall erfüllt. Auch die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde kommt hier mangels Nichtigkeitsgründen (OG 68 I) nicht in Frage.

Zu prüfen bleibt nun die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO 281 ff. Prozessleitende Entscheide können auch selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn die Voraussetzungen von ZPO 281-282 kumulativ erfüllt sind. Werden die kantonalen Vorschriften über den Ausstand von Justizbeamten (GVG 95 ff.) missachtet, ist die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes i.S.v. ZPO 281 Ziff. 1 grundsätzlich zu bejahen [Vgl. ZR 87/1988 Nr. 34, II E. 2]. Weil die Garantie des unparteiischen Richters ein verfassungsmässiges Recht ist, ist auch ZPO 285 II zu beachten. Da BV 30 heute dort ausdrücklich genannt wird, ist die Nichtigkeitsbeschwerde auf jeden Fall zulässig und muss vor der staatsrechtlichen Beschwerde erhoben werden. Die Nichtigkeitsklägerin wird sich auf den Standpunkt setzen, das Obergericht habe unter Missachtung von GVG 96 Ziff. 4 das Ausstandsbegehren nicht geschützt. Dieser Entscheid wirkt sich insofern zum Nachteil der Nichtigkeitsklägerin aus, als die erfolglos abgelehnte Einzelrichterin und nicht eine frische, unvoreingenommene Justizperson über die Streitsache urteilen wird (ZPO 281).

Vorliegend sprechen zuerst Gründe der Prozessökonomie für die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels. Die Entscheide einer mit Erfolg abgelehnten RichterIn sind gemäss GVG 102 anfechtbar. Das Verfahren muss von der Stellung des Ablehnungsbegehrens an wiederholt werden. Konkret wäre hier das ganze Beweisverfahren zu wiederholen, wenn mit der Geltendmachung der Verfahrensverletzung bis zum Endentscheid gewartet wurde. Das Vorliegen der Voraussetzung von ZPO 281 I Ziff. 2 kann somit bejaht werden. Der Entscheid des Obergerichtes ist, wie gesagt, weder ein Beschwerdeentscheid noch ein Akt der Justizverwaltung, er wird somit vom Ausschluss von ZPO 284 Ziff. 2 nicht betroffen [Vgl. SJZ 73 (1977) S. 377 ff. Nr. 107; ZR 100/2001 Nr. 3 m.w.H.].

**Fazit:** Bei Einhaltung der Vorschriften betreffend Frist (GVG 287) und Form (GVG 288) ist gegen die Abweisung des Ausstandsbegehrens durch das Obergericht die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zulässig.

In der Folge kann der (letztinstanzliche) Kassationsentscheid wegen Verletzung des Anspruchs auf ein unparteiisches Gericht (BV 30 I) mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden. Diese ist gegen Vor- und Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren gegeben (OG 87 I). *„Das Bundesgericht überprüft die Auslegung und Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. Mit freier Kognition prüft es dagegen, ob die als vertretbar erkannte Auslegung des kantonalen Prozessrechts mit den Garantien Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar ist.“* [BGE 126 I 73 E. 3b m.w.H.]

### 3.2. Erfolgchancen

Bei der Beantwortung des zweiten Teils der Frage geht es um eine Auseinandersetzung mit den Elementen des Sachverhalts, die einzeln betrachtet oder in einer Gesamtwürdigung für oder wider der Befangenheit der EinzelrichterIn sprechen. Bei der Bewertung der Antworten wurde ein besonderes Augenmerk auf die Argumentation gelegt. Ob die Kandidaten der Ferienhaus Sonne AG gute Erfolgchancen oder eine aussichtslose Prozesslage zugestanden haben, war letztlich wenig relevant, vorausgesetzt dass die jeweiligen Aussagen fallbezogen und kohärent diskutiert wurden.

Die Verwaltungskommission des Obergerichts definiert die Befangenheit wie folgt:

*„Nach der heute vorherrschenden Begriffsbestimmung versteht man darunter die unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Beteiligten oder zum Gegenstand des konkreten Verfahrens, aus der heraus er in die Behandlung und Entscheidung des Falles auch unsachliche, sachfremde Momente einfließen lässt mit der Folge, dass er daraufhin – von der Sache selbst her nicht gerechtfertigt – einen Prozessbeteiligten benachteiligt oder bevorzugt oder zumindest dazu tendiert (...). Der Ablehnungsgrund der Befangenheit setzt nach der zürcherischen Rechtsprechung jedoch nicht voraus, dass der betreffende Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn aufgrund gewisser Umstände, bei objektiver Betrachtung, der Anschein einer Voreingenommenheit des Richters erweckt wird.“* [ZR 86/1987 Nr. 42, E. II]

Die vom Bundesgericht verwendete Formel zur Beschreibung der Reichweite des Anspruchs auf einen unbefangenen Richter entfernt sich nicht von der zürcherischen Praxis, sie kann z.B. in BGE 118 Ia 282, E. 3d nachgelesen werden.

In einer Gesamtwürdigung der Prozesschancen des Ausstandsbegehrens gegen die EinzelrichterIn Rechtsteiner sind die folgenden Aspekte einzubeziehen:

- 10 bis 15 Prozesse pro Jahr, die auf dem Vergleichswege erledigt werden und alle derselben Einzelrichterin zugeteilt werden
- Politisches Credo der Richterin (Mitgliedschaft bei der SP)
- Grosse Erfahrung der Richterin und des Gerichtsschreibers
- Aussage im letzten Fall („Ausreden“)
- Schlechte Prozessprognose im laufenden Verfahren (Vergleichsverhandlung)

Die ausführliche Diskussion jedes einzelnen Elementes würde den Rahmen dieser Musterlösung sprengen und den Eindruck erwecken, dass es „falsche“ und „richtige“ Antworten hat. Die Sichtung der kantonalen und eidgenössischen Rechtsprechung zur Ablehnung von Justizpersonen ist jedoch ernüchternd. Die Abwägung zwischen der Garantie des unparteiischen Richters und der Garantie des gesetzlichen Richters wird in zivilrechtlichen Streitigkeiten unter Beizug von prozessökonomischen Argumenten eher zu Gunsten der zweiten entschieden.

Nachfolgend eine Auswahl der für die Beurteilung des Falles relevanten Rechtsprechung:

- Richter hat bereits in einem früheren Prozess eine für die Partei ungünstige Entscheidung getroffen: BGE 114 Ia 278 E. 1; ZR 79/1980 Nr. 5, S. 4.
- Mehrfache Funktionen eines Zivilrichters im selben Verfahren: BGE 113 Ia 407 E. 2b.
- Zusammensetzung des Spruchkörpers: BGE 105 Ia 172 E. 5.
- Unzulässigkeit von Ausstandsbegehren für mögliche künftige Verfahren: ZR 79/1980 Nr. 116.
- Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens, Treu und Glauben: Entscheid des EVG vom 28. März 2002 in AHI-Praxis 5/2002, S. 188 ff., E. 2b; BGE 124 I 121 E. 2; BGE 118 Ia 282, E. 5 und 6; BGE 116 Ia 387 E. 1; BGE 114 Ia 278 E. 3e.
- Mitgliedschaft des Richters in einer politischen Partei: BGE 108 Ia 172 E. 4b; ZR 81/1982 Nr. 69.
- Deplazierte Äusserungen des Richters: BGE 127 I 196 E. 2d S. 200; ZR 96/1997 Nr. 125; ZR 86/1987 Nr. 42.
- Prozessprognose bei Vergleichsverhandlungen: ZR 89/1990 Nr. 116 E. b.ee; ZR 86/1987 Nr. 42, E. II, S. 96; ZR 83/1984 Nr. 62, insb. E. 4.

### *3.3. Weiterführende Literatur*

ZPR-Skriptum von Prof. Meier, Ausgabe 2002/2003, insb. Teil 3, Kap. 2, S. 28 f.

H. U. Walder, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996, insb. § 6, S. 83 ff.

Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., 2001, insb. §§ 17-18, S. 85 ff.

Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002.

Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.

André E. Lebrecht, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 86 (1990) S. 297 ff.

R. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit: verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001.

A. Kölz, Kommentar zu Art. 58 BV (Stand: Dezember 1990), in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987.

J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999.

## Fall 4

### 4.1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit beurteilt sich nach dem Gerichtsstandsgesetz. Eine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG liegt nicht vor. Diese Bestimmung besagt, dass die Zuständigkeiten des SchKG vorbehalten seien. Dabei darf diese Bestimmung nicht in dem Sinne verstanden werden, dass allgemein die Zuständigkeit für alle Klagen des SchKG vom GestG ausgeklammert werden. Nur für diejenigen Fälle, wo das SchKG selbst eine Zuständigkeit vorsieht, geht diese dem GestG vor.

Im vorliegenden Fall muss somit geprüft werden, ob sich aus dem SchKG eine Zuständigkeitsbestimmung ergibt. Sollen Gegenstände, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, der Masse zugeführt werden, hat dies mit der Admassierungsklage i.S. von Art. 242 Abs. 3 SchKG zu erfolgen. Für die Admassierungsklage fehlt jedoch eine ausdrückliche Zuständigkeit im SchKG. Eine solche kann auch nicht aus dem ungeschriebenen Recht hergeleitet werden. Der Umstand, dass der Anspruch nach Art. 260 SchKG abgetreten wurde, ändert an der Zuständigkeit nichts. Folglich kommt in unserem Fall das GestG zur Anwendung.

Anwendbar sind zunächst die Gerichtsstände für Klagen aus dem Betrieb der Niederlassung (Art. 5 GestG). Es handelt sich um eine geschäftliche Niederlassung, trotz der im Sachverhalt genannten Umstände, die auf eine gewisse Unselbständigkeit hindeuten (Rückfrage mit dem Hauptsitz). Ebenso betrifft die Klage den Betrieb der Geschäftsniederlassung.

Alternativ stehen auch die Gerichtsstände nach Art. 20 GestG zur Verfügung. Der Umstand, dass die Frage der Rechtsnatur der Klage umstritten ist, ist für die Begründung der Zuständigkeit nicht relevant (sog. doppelrelevante Tatsache).

#### *Hinweise:*

- *Bei der Bewertung wurden auch andere Lösungen akzeptiert, soweit sie mit einer nachvollziehbaren Begründung versehen waren.*
- *Hier handelt es sich um eine Lösung, die lediglich die Ergebnisse festhält. In der Prüfung mussten die Antworten bezogen auf den Sachverhalt im Einzelnen begründet werden.*

#### **4.2. Wie wäre die Rechtslage, wenn die Fidis AG Sitz in München hätte?**

Es handelt sich um einen internationalen Sachverhalt, da der Hauptsitz der Beklagten im Ausland liegt. Dies führt zur Anwendung des IPRG bzw. des LugÜ.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine Konkursache im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ vorliegt oder nicht. Dieser Begriff ist dabei vertragsautonom zu verstehen. M.E. kann mit guten Argumenten die Anwendung des LugÜ bejaht oder verneint werden. Prof. Meier tendiert zur Ansicht, dass hier eine Konkursache vorliegt.

Bejaht man die Anwendung des LugÜ, kommen insbesondere die Gerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 1 und Ziff. 5 LugÜ in Frage. Beide führen zu den dort genannten Zuständigkeiten in der Schweiz.

Nimmt man an, dass eine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ vorliegt, ist die Anwendung des IPRG zu prüfen. Nach wohl herrschender Meinung in der Schweiz handelt es sich bei der Admassierungsklage um eine gewöhnliche Klage des ZGB, für welche die allgemeinen Zuständigkeiten gelten. Entsprechend kommen die passenden Gerichtsstände des IPRG zur Anwendung. Dies führt schlussendlich zu den Zuständigkeiten gestützt auf Art. 98, 112 und 113 IPRG.

*Hinweise:*

- *Bei der Bewertung wurden auch andere Lösungen akzeptiert, soweit sie mit einer nachvollziehbaren Begründung versehen waren.*
- *Hier handelt es sich um eine Lösung, die lediglich die Ergebnisse festhält. In der Prüfung mussten die Antworten bezogen auf den Sachverhalt im Einzelnen begründet werden.*

## Bewertungsschema

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

		Kommentar	Punkte	
Fall 1	Frage 1.1.	Frage der Präklusion/Eventualmaxime erkennen	0.25	
		Verrechnung eine privatrechtliche Willenserklärung nach OR 120ff.; Einrede und keine Widerklage	0.5	
		Eventualverrechnung zulässig; Willenserklärung bedingungsfeindlich	0.25	
		ZPO 114 begründet erkennen	0.5	
		ZPO 115 als Ausnahme von der Eventualmaxime (ZPO 114) erkennen	0.25	
		Problem echte und unechte Noven begründet und sachverhaltsbezogen diskutieren (sehr gute Ausführungen Zusatzpunkt!)	1	
		Prüfung der Voraussetzungen von ZPO 115:		
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ziff. 4: Verrechnung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen begründet erkennen</li> <li>• Ziff. 1: gute und schlüssige Begründung, ob i.c. anwendbar oder nicht</li> <li>• Ziff. 2: gute und schlüssige Begründung, ob i.c. anwendbar oder nicht</li> </ul>	0.25 1 1		
	Frage 1.2.	Kant. Berufung nach ZPO 259 ff.		
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anfechtungsobjekt: begründete und sachverhaltsbezogene Ausführungen warum ein Sachentscheid vorliegt und das Urteil durch das Bezirksgericht ergangen ist</li> <li>• Funktionale Zuständigkeit: Obergericht</li> </ul>	0.25 0.25	
		Eidg. Berufung nach OG 43 ff.		
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Endentscheid, Zivilsache, Zivilrechtsstreitigkeit, obere kant. Instanz erkennen</li> <li>• Problem: Verletzung von Bundesrecht (Verrechnung im OR) oder kant. Recht (Eventualmaxime) schlüssig und begründet diskutieren; verschiedene Möglichkeiten aufzeigen und sich schlüssig für einen Weg entscheiden</li> </ul>	0.25 3	
		Kant. Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO 281 ff. (nur sofern eidg. Berufung verworfen oder Rechtsmittelsplitting/vorsichtshalber)		
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anfechtungsobjekt: Endentscheid des OG nach ZPO 281</li> <li>• Anfechtungsgrund: begründete Annahme einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von Ziff. 1 Staatsrechtliche Beschwerde nach OG 84 ff.</li> </ul>	0.25 0.5	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anfechtungsgrund: begründete Geltendmachung einer Verletzung von BV 9 und 29 II</li> </ul>	0.5	
	Total Frage 1: 10 Punkte			
Fall 2	Frage 2.1.	Prüfung der formalen Zuständigkeit		
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bejahung der Zuständigkeit der Konkursverwaltung</li> <li>• Verneinung der Zuständigkeit Konkursverwaltung</li> <li>• Bejahung der Zuständigkeit der 1. Gl-Vers.</li> <li>• Verneinung der Zuständigkeit der 1. Gl-Vers. mit Begründung</li> <li>• Verneinung der Zuständigkeit der 1. Gl-Vers. als Alternative</li> <li>• Verneinung der Zuständigkeit des Konkursamtes</li> </ul>	0.25 0.25 0.5 0.75 0.25 0.5	
		Prüfung der Möglichkeit eines Freihandverkaufs		
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hinweis auf Grundsatz der Versteigerung</li> <li>• 238 I Recht der 1. Gl.-Vers. zum vorzeitigen Verkauf aus freier Hand</li> </ul>	0.5 0.25	

**Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 9. September 2002**  
**Prof. Isaak Meier**

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 243 II Recht der Konkursverwaltung auf Notverkauf (gute Ausführung + 0.25) 0.25</li> <li>• 256 III Recht der Gläubiger auf besseres Angebot 0.5</li> </ul> <p>Problemlösung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bedingter Vertrag 0.75</li> <li>• Bejahung Konkursamt (gem. Lehre) 0.75 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Analog 243 II (Konkursverwaltung) 0.25</li> <li>▪ Analog 124 II (Bertreibung auf Pfändung) 0.25</li> </ul> </li> <li>• Verneinung Konkursamt (nach Wortlaut SchKG) 0.25</li> <li>• Konkursamt als Konkursverwaltung 0.5</li> <li>• Bejahung Zirkularbeschluss (255a) 0.25</li> <li>• Verneinung Zirkularbeschluss 0.25</li> <li>• Anfrage der Gläubiger 0.25</li> </ul>	
	Frage 2.2.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abgrenzung zur nichtigen Verfügung (22 SchKG) 0.5</li> <li>• Subsidiarität der SchKG-Beschwerde (17 I SchKG) 0.5</li> <li>• Prüfung des Beschwerdeobjekts: 0.5 <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Diskussion der Verfügung mit guten Ausführungen 0.25</li> <li>○ des Konkursamtes in einem Schuldbetreibungsverfahren 0.25</li> <li>○ Möglichkeit der Aufhebung der Handlung 0.25</li> </ul> </li> <li>• Prüfung des Beschwerdegrunds: 0.25 <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Abgrenzung zur Rechtsverweigerung 0.25</li> <li>○ Kanton: Gesetzesverletzung und Unangemessenheit 0.25</li> <li>○ Bund: ausdrückliche Erwähnung, dass nur Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann 0.25</li> <li>○ Gute Abhandlung 0.25</li> </ul> </li> <li>• Prüfung der Beschwerdelegitimation: <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Aktivlegitimation <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beschwerdeführungsbefugnis 0.25</li> <li>▪ Verletzung rechtlich geschützter Interessen 0.25</li> <li>▪ Praktisches und aktuelles Interesse an der Aufhebung der Verfügung 0.25</li> </ul> </li> <li>○ Passivlegitimation 0.25</li> </ul> </li> <li>• Bezirksgericht (als untere Aufsichtsinstanz) 0.25</li> <li>• Obergericht (als obere Aufsichtsinstanz) 0.25</li> <li>• Bundesgericht 0.25</li> <li>• Diskussion der Haftung nach Art. 5 SchKG (gute Ausführungen +0.25) 0.25</li> </ul> <p>Total Frage 2: 10 Punkte</p>	
Fall 3	Frage 3.1.	<p>Analyse des Sachverhalts</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fall von Ablehnung eines Justizbeamten nach GVG 96 Ziff. 4 erkannt (Anschein der Befangenheit) 0.25</li> <li>• Legitimation und Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens geprüft und bejaht, GVG 98 allenfalls GVG 99 0.25</li> <li>• Beweisproblematik, insb. „gewissenhafte Erklärung des Justizbeamten“ diskutiert, GVG 100 0.25</li> <li>• Verfahren bei Ausstandsbegehren (Begehren, Verweigerung des betroffenen Justizbeamten, Streitiges Ausstandsbegehren, Entscheidung des Obergerichts) GVG 101 i.V.m. 106 I 0.25</li> <li>• Entscheid der Aufsichtsbehörde zutreffend qualifiziert (prozessleitender Entscheid, Akt der Rechtsprechung) 0.25</li> </ul> <p>Rechtsmittel gegen Entscheid der Aufsichtsbehörde:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verneinung der Aufsichtsbeschwerde nach GVG 108 (kein Rechtsmittel; Beschwerdegründe liegen nicht vor; Instanz) 0.125</li> <li>• Verneinung kant. Berufung/kant. Rekurs (Entscheid des Ober-</li> </ul>	

**Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 9. September 2002**  
**Prof. Isaak Meier**

		<p>gerichts; ZPO 259/271)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verneinung eidg. Berufung (keine Zivilsache; Verletzung von kant. Recht oder von BV 30 I; OG 43 I)</li> <li>• Verneinung eidg. Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68)</li> <li>• Prüfung und Bejahung der kant. Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht ZPO 281 Ziff. 1 i.V.m. 282 (prozessleitender Entscheid, Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, schwer wiedergutzumachender Nachteil und/oder Aufwand an Zeit und Kosten); kein Fall von ZPO 284 Ziff. 2; ZPO 285 II; bei vollständiger und begründeter Prüfung</li> <li>• Bewertung der falschen Antwort: nach ZPO 284 Ziff. 2 ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig</li> <li>• Weiterzug mit staatsrechtlichen Beschwerde OG 84 I lit. a i.V.m. 87 geprüft und bejaht</li> <li>• Ausführliche Begründung der Verletzung von BV 30 I bzw. EMRK 6 I, umfassende Kognition des Bundesgerichts</li> </ul> <p>Frage 3.1: max. 4.75 Punkte</p>	<p>0.125</p> <p>0.125</p> <p>0.125</p> <p>2.0</p> <p>(0.50)</p> <p>0.50</p> <p>0.50</p>
	Frage 3.2.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Überzeugende Würdigung der Häufigkeit der Prozesse gegen die FS AG und der Erledigung durch Vergleich; Diskussion eines allfälligen Anspruchs auf Rotation der Richter</li> <li>• Überzeugende Würdigung der Spezialisierung des Gerichts</li> <li>• Überzeugende Würdigung der politischen Komponente</li> <li>• Überzeugende Würdigung der Aussage anlässlich eines früheren Verfahrens</li> <li>• Überzeugende Würdigung der negativen Prozessprognose im konkreten Verfahren (Vergleichsverhandlung)</li> </ul> <p>Frage 3.2: max. 5.0 Punkte</p>	<p>1.0</p> <p>1.0</p> <p>1.0</p> <p>1.0</p> <p>1.0</p>
Fall 4	Frage 4.1.	<p>Prüfung der Frage, ob eine Ausnahme nach GestG 1 Abs. 2 lit. b vorliegt (Zuständigkeit des SchKG); für eine volle Punktzahl waren Ausführungen zu folgenden Fragen notwendig: Sieht das SchKG für die Admassierungsklage einen ausdrücklichen oder einen ungeschriebenen Gerichtsstand vor? Hat die Rechtsnatur einen Einfluss auf die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage? Ist der Umstand, dass eine Abtretung nach Art. 260 SchKG vorliegt, von Bedeutung für die Zuständigkeitsfrage? Bei der Beantwortung aller Fragen wurden alle Lösungen akzeptiert, die mit einer überzeugenden Begründung versehen waren.</p> <p>Überzeugende Prüfung des Gerichtsstandes der Niederlassung (Art. 5 GestG); für eine volle Punktzahl musste bezogen auf den vorliegenden Fall geprüft werden, ob die Tatbestandselemente dieses Gerichtsstandes (insb. Vorliegen einer Niederlassung im Sinne dieser Bestimmung und eine Klage aus dem Betrieb der Niederlassung) gegeben sind.</p> <p>Überzeugende Prüfung des Gerichtsstandes für dingliche Klagen (Art. 20 GestG); für eine volle Punktzahl mussten die Tatbestandselemente dieses Gerichtsstandes bezogen auf den vorliegenden Fall geprüft werden. Zusätzlich musste die Problematik der sog. doppelrelevanten Tatsachen betr. die Rechtsnatur der Klage behandelt werden.</p> <p>Bemerkungen zum allgemeinen Gerichtsstand wurden in den vorangehenden Punktepaketen einbezogen.</p> <p>Keine zusätzlichen Punkte wurden für Hinweise auf andere hier nicht naheliegende Gerichtsstände verteilt (Konsumentenstreitig-</p>	<p>2.5</p> <p>1.5</p> <p>1.5</p>

**Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 9. September 2002**  
**Prof. Isaak Meier**

		keiten, vorbehaltlose Einlassung, unerlaubte Handlung etc.) Eine Ausnahme wurde lediglich für sehr gute Begründungen, etwa zum Gerichtsstand der Konsumentenstreitigkeiten, gemacht.  Zusätzliche Punkte wurden allgemein für ausgezeichnete Ausführungen verteilt.	
	Frage 4.2.	Anwendbarkeit des IZPR mit Hinweis auf internationaler Sachverhalt mit kurzer Begründung bejaht.  Überzeugende Prüfung der Frage, ob eine konkursrechtliche Streitigkeit vorliege, die die Anwendung des LugÜ ausschliesst (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ): für eine volle Punktzahl war es insbesondere notwendig, dass der Aspekt der autonomen Auslegung hervorgehoben und entsprechend die Rechtsnatur der Klage erneut geprüft wurde.  Überzeugende Prüfung der Gerichtsstände, die je nach Beantwortung der vorangehenden Frage in Betracht kommen. D.h. Prüfung der Gerichtsstände des LugÜ (insb. Art. 5 Nr. 1 und Nr. 5) bzw. des IPRG (insb. Art. 98, 112 und 113) bzw. allenfalls des GestG, falls auch die Anwendung des IPRG mit überzeugender Begründung verneint wurde. Die Tatbestandselemente dieser Gerichtsstände mussten dabei bezogen auf den vorliegenden Fall geprüft werden.  Keine zusätzlichen Punkte wurden grundsätzlich für Hinweise auf andere hier nicht naheliegende Gerichtsstände verteilt.  Zusätzliche Punkte wurden jedoch allgemein für ausgezeichnete Ausführungen verteilt.  Total Frage 4: 10 Punkte	0.5  2  2
		Total Punkte	39.75

## Notenskala

Note	Punkte	Gerundete Note	ab x Punkten
3	7.25	3	5.5
3.5	10.75	3.5	9
<b>4</b>	<b>14.25</b>	4	12.5
4.5	17.75	4.5	16
5	21.25	5	19.5
5.5	24.75	5.5	23
6	28.25	6	26.5

1 Note höher pro 7 Punkte