

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom September 1999

1. Teil: SchKG: "Schuldner Schmidt spielt auf Zeitgewinn"

Der heute im Ruhestand lebende Schuldner Schmidt schuldet der Firma Gigant AG aus spekulativen Geschäften Fr. 500'000.--. Weiter Schulden bestehen nicht. Herr Schmidt wird von der Gigant AG betrieben. Nach Durchführung des Einleitungsverfahrens mit Rechtsöffnungsverfahren und Aberkennungsprozess kann die Gigant AG das Fortsetzungsbegehren stellen. Der Betreibungsbeamte pfändet schliesslich ein wertvolles Bild von Herrn Schmidt, das einzige namhafte Aktivum. Das Bild befindet sich in Räumlichkeiten von Herrn Schmidt in Zürich. Am 1. Juni 1999 stellt die Gigant AG das Verwertungsbegehren. Herr Schmidt ist überzeugt, dass er die ausstehende Schuld in wenigen Wochen oder Monaten bezahlen kann. Er beauftragt Sie daher als Anwältin bzw. Anwalt, alles zu unternehmen, dass das wertvolle Bild nicht versteigert bzw. die Versteigerung möglichst lange hinausgeschoben wird.

1. Frage

Was raten Sie?

2. Frage

Wie beurteilen Sie folgende Möglichkeiten:

2.1. Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Pfändung mit der Begründung, die Pfändung sei am unrichtigen Ort erfolgt. In der Tat sprechen gewisse (hier nicht interessierende) Umstände dafür, dass Herr Schmidt nicht am Betreibungsort in Zürich, sondern in Winterthur wohnt. Bis jetzt hat Herr Schmidt allerdings den Wohnsitz in Zürich nicht bestritten.

2.2. Einleitung eines Verfahrens nach Art. 333 ff. SchKG.

2.3. Konkursbegehren nach Art. 191 SchKG und Bezahlung der Forderung während des Verfahrens betreffend Konkurseröffnung oder während der Konkursverfahrens vor der Verwertung des Bildes.

2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht: "Kauf im Internet"

Herr Auer mit Wohnsitz in Zürich hat sich dazu verleiten lassen, via Internet von der Eurodiscount AG mit Sitz in Düsseldorf (D) einen Teppich (echter "Perser" mit 20'000 Knoten pro cm²) zu kaufen. Der Kaufpreis von DM 1000.-- war per Kreditkarte zu bezahlen. Als Herr Auer den Teppich zugestellt erhält, muss er feststellen, dass es sich dabei um einen billigen maschinell hergestellten Teppich handelt. Auf dem Lieferschein und ebenso in den auf dem Internet lesbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht: "Gerichtsstand für alle Klagen aus Lieferungen ist Düsseldorf." Herr Auer hat dies bei Bestellung nicht gelesen.

Kurze Zeit später erfährt er auch, dass die Eurodiscount AG den doppelten Betrag, das heisst DM 2000.--, von seiner Kreditkarte abgebucht hat. Herr Auer beauftragt Sie als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt, gegen die Eurodiscount AG die notwendigen Rechtsschritte zur Rückzahlung der DM 2000.-- einzuleiten.

3. Frage

Wo und mit welcher Begründung kann Herr Auer in der Schweiz klagen?

3. Teil: Schiedsgerichtbarkeit

Die Firmen Xenon AG mit Sitz in Frankfurt (D) und Centrale SA mit Sitz in Rom (I) haben für Streitigkeiten aus einem umfangreichen Werkvertrag ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz (Zürich) vereinbart. Wegen angeblichen Werkmängeln weigert sich die Xenon AG, den Restwerklohn von 3 Mio. DM zu bezahlen. Schliesslich muss deswegen ein Schiedsverfahren eingeleitet werden. Als Schiedsrichter amten die Zürcher Rechtsanwältin Reber und der Zuger Rechtsanwalt Rauch sowie der Zürcher Oberrichter Osswald als Vorsitzender. Das Schiedsgericht entscheidet, die Zürcher ZPO anzuwenden und teilt dies auch den Parteien entsprechend mit.

Die Centrale SA stellt die Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass keine Werkmängel vorliegen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, 3 Mio. DM zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenpartei.

In der Begründung der Klage beruft sich die Centrale SA unter anderem auf verschiedene ihrer Angestellten als Zeugen. Die Xenon AG beantragt, es sei auf das Rechtsbegehren 1 nicht einzutreten und die Rechtsbegehren 2 und 3 abzuweisen. Zur Begründung ihres Standpunktes nennt sie ebenfalls verschiedene Zeugen.

Nach Abschluss der Hauptverfahrens schreitet das Schiedsgericht sogleich zur Abnahme der anerbundenen Beweismittel. Wenige Wochen später wird den Parteien bereits das Urteil, in dem sämtliche Anträge der Klägerin vollumfänglich gutgeheissen werden, zugestellt.

Die Xenon AG will dagegen Rechtsmittel einlegen. Sie will insbesondere folgendes rügen:

Rüge 1: Die Voraussetzungen für die Gutheissung des Feststellungsbegehrens seien offensichtlich nicht vorhanden gewesen.

Rüge 2: Das Gericht hätte nicht sogleich zur Abnahme der Beweismittel schreiten dürfen. Vielmehr hätte es den Parteien zuerst einen Beweisaufgabebeschluss zustellen und dabei den Parteien Gelegenheit geben müssen, weitere Beweismittel zu nennen. Sie (die Xenon AG) hätte noch weitere Zeugen anrufen wollen.

Rüge 3: Wie sie (die Xenon AG) erst jetzt erfahren habe, sei Oberrichter Osswald befangen, weil er von der Centrale SA schon in einem früheren Verfahren als Schiedsrichter bezeichnet worden sei und anschliessend auch als Schiedsrichter gehandelt habe.

4. Frage

Welche oder welches Rechtsmittel kann die Xenon AG einleiten und wie ist der Erfolg zu beurteilen?

4. Teil: Scheidungsverfahren: Die "schnelle" Scheidung des Ehepaares Weber-Sutter

Nach 12-jähriger Ehe kommen die Ehegatten Herr Weber und Frau Weber-Sutter überein, sich scheiden zu lassen. Die Ehegatten sind sich in allen Punkten einig. Die beidseits vermöglichen Ehegatten verzichten gegenseitig auf irgendwelche vermögensrechtlichen Ansprüche. Für das Kind Konrad wollen sie das gemeinsame Sorgerecht beantragen. Dabei soll das Kind, das in Zürich die Primarschule besucht, eine Woche bei Frau Weber-Sutter in Zürich und die nächste Woche bei Herrn Weber in Winterthur wohnen.

Der Richter hat aus verschiedenen Gründen Zweifel, ob das gemeinsame Sorgerecht im Interesse des Kindes liegt. Er verfügt daher mit Entscheid vom 1.3.2000 folgendes:

- (1.) Er bestellt dem Kind Konrad einen Beistand.
- (2.) Zu näheren Abklärungen betreffend die Situation von Herrn Weber werden verschiedene Personen aus seinem Umfeld als Zeugen vorgeladen. Es sind dies unter anderem: Der Arbeitgeber von Herrn Weber zur Abklärung der Frage, wieviel Zeit er für das Kind zur Verfügung habe und wie oft es sich im Ausland aufhalte, und sein Bruder zum Gerücht, dass Herr Weber eine nähere Beziehung zu einer Frau aus dem Milieu unterhalte.

Herr Weber meint, es handle sich bei diesen Anordnungen um reine Schikane, die jeder Berechtigung entbehren.

5. Frage

Welche Rechtsmittel kann Herr Weber einlegen (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen).

Das Gericht genehmigt schliesslich die Scheidungskonvention in allen Punkten und heisst das gemeinsame Scheidungsbegehren gut. Der Beistand des Kindes Konrad will diese Entscheidung anfechten. Entsprechend legt er kantonalrechtliche Berufung ein. (Anmerkung: In einem neuen § 259a ZPO wird vorgesehen, dass der Beistand solche Entscheide mit der Berufung anfechten kann). In der Begründung der Berufung stellt der Beistand des Kindes u.a. folgende Beweisanträge:

- (1.) Einholung eines weiteren Gutachtens betreffend die Zuteilung des Sorgerechts. Nach der Meinung des Beistandes war der erste Gutachter befangen, da dieser schon früher einmal das Kind im Zusammenhang mit dem Schuleintritt begutachtet hatte.
- (2.) Einvernahme der Zeugen Keller und Oberholzer, ehemalige Nachbarn der Familie.
- (3.) Unangemeldeter Besuch des Gerichtes in der Wohnung von Herrn Weber.

Das Obergericht weist die Berufung ohne weitere Beweisabnahme ab. Zum Beweisantrag 1 heisst es in der Begründung, dass keine Befangenheit vorliege. Der Antrag 2 betreffend die Zeugen wird ohne Bemerkung übergangen. Zum Antrag 3 meint das Obergericht, dass ein unangemeldeter Besuch als Beweismittel unzulässig sei.

6. Frage

Welche Rechtsmittel kann der Beistand gegen den Entscheid des Obergerichtes einlegen?

5. Teil: Mietprozess

Der Mieter Müller hat bei der Vermieterin Vontobel AG eine Wohnung gemietet. Nach Kündigung der Wohnung durch die Vontobel AG will Herr Müller aus hier nicht interessierenden Gründen die Kündigung anfechten und eventualiter eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen (Art. 273 OR). Er leitet ein Verfahren vor der zuständigen Mietschlichtungsbehörde ein. Da sich die Parteien nicht einigen können, fällt die Schlichtungsbehörde eine (provisorische) Entscheidung nach Art. 274a Abs. 1 lit. c, Art. 274f in Verbindung mit Art. 273 Abs. 4 OR. Darin werden sämtliche Begehren von Herrn Müller vollumfänglich abgewiesen. In der letzten Ziffer des Dispositivs heisst es in Anwendung von Art. 274f Abs. 1 OR: "Diese Entscheidung erwächst in Rechtskraft, wenn die unterliegende Partei nicht innert 30 Tagen den Richter anruft."

Herr Müller ist mit dem Entscheid nicht einverstanden. Da er jedoch Zeit braucht, einen Anwalt/Anwältin zu finden, und schlussendlich noch eine Woche krank ist, verpasst er die Frist zur Anrufung des Richters.

7. Frage

Nennen Sie andere Institute des Verfahrensrechts, die ähnlich wie die provisorische Entscheidung der Schlichtungsbehörde funktionieren.

8. Frage

Was kann Herr Müller gegen diese Entscheidung nach Ablauf der 30 Tage unternehmen?

9. Frage

Hätte Herr Müller vor Ablauf der 30-tägigen Frist, abgesehen von der Anrufung des Mietgerichts, allenfalls ein Rechtsmittel einlegen können? Es ist dabei davon auszugehen, dass der Entscheid in rechtlicher Hinsicht klar falsch ist.

Lösungsvorschlag

Teil 1

1. Frage

Die Voraussetzungen des Verwertungsaufschubs nach Art. 123 SchKG ergeben sich aus Art. 123 Abs. 1 SchKG; ausserdem muss das Verwertungsbegehren gestellt sein und die Verwer-

tung noch nicht erfolgt sein. Die Schuld muss während der Aufschubsdauer vollumfänglich getilgt sein. Zu prüfen hat der Betreibungsbeamte insbesondere die aktuellen und zukünftigen Einkommensverhältnisse des Schuldners sowie die liquiden Mittel, welche auch von Dritten stammen können. Das Problem bei der Abzahlung von Fr. 500'000 dürften die Einkommens- und Vermögensverhältnisse von Schmidt sein. Zeit lässt sich zum vornherein nur gewinnen, wenn zumindest die 1. Rate bezahlt werden kann.

2. Frage

2.1. Wird die Betreuung in Zürich eingeleitet, ist nur Beschwerde innert 10 Tagen möglich. Erfolgt auch die Fortsetzung in Zürich (statt Winterthur), so werden - anders als bei der Einleitung der Betreuung - Drittinteressen (andere Gläubiger gemäss Art. 110 f. SchKG) verletzt. Dass der Pfändungsvollzug in Zürich durch das an sich richtige Amt erfolgte (Art. 4 SchKG), ändert nichts daran. Das Ergebnis ist Nichtigkeit der Pfändung, die jederzeit gerügt werden kann. Anzurufen ist das Bezirksgericht Zürich als untere Aufsichtsbehörde. Zeitgewinn durch Aufhebung der Pfändung. Achtung: kein automatischer Suspensiveffekt der Beschwerde (SchKG 36).

2.2. Voraussetzung des Verfahrens zur einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung und Auswirkung der Bewilligung vgl. Art. 333 und 334 Abs. 1 und 2 SchKG. Der Richter wird die Möglichkeit der Schuldenbereinigung wohl nicht zum vornherein als aussichtslos bezeichnen können. Der Zeitgewinn besteht in der Stundung von drei Monaten.

2.3. Allgemein gelten Art. 172 Abs. 3 SchKG und Art. 174 Abs. 1 SchKG. Bei der Insolvenzerklärung bedeutet die Zahlung von Schulden keine konkurshindernde Tatsache (vgl. SchKG 194; SchKG-Brunner, N. 30 zu Art. 192 SchKG). Möglich ist aber ein Widerruf des (eröffneten) Konkurses durch den Richter (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Zeitgewinn: Dauer des Konkursverfahrens.

Teil 2

Frage 3

Im vorliegenden Fall liegt ein internationaler Sachverhalt vor, da eine der Parteien Wohnsitz im Ausland hat. Nach Art. 1 II IPRG werden gegenüber der Anwendung des IPRG völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Der Fall ist vom Anwendungsbereich des LugUe abgedeckt.

Für die Frage der Zuständigkeit sind die Ansprüche aus Vertrag und diejenigen aus Delikt zu unterscheiden.

Systematisch ist zunächst zu prüfen, ob eine Zuständigkeit nach Art. 13 bis 16 LugUe vorliegt. Dies ist in der Tat für die vertraglichen Ansprüche der Fall. Es handelt sich um eine Verbraucherstreitigkeit nach Art. 13/14 LugUe. Die Voraussetzung von Art. 13 I Ziff. 3 LugUe (Angebot im Internet) ist gegeben. Entsprechend kann Auer entweder in Deutschland (Wohnsitz des Anbieters) oder in der Schweiz (Wohnsitz des Verbrauchers) klagen.

Art. 14 bestimmt aber nur die sog. internationale Zuständigkeit. Die internationale örtliche Zuständigkeit ergibt sich dann aus Art. 114 IPRG.

Der so gefundene Lösung steht auch nicht die Gerichtsstandsvereinbarung entgegen. Nach

Art. 15 LugUe ist in Verbrauchersachen eine zum voraus abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung unbeachtlich.

Die Gerichtsstandsvereinbarung ist im übrigen (wohl) ungültig, weil die in Art. 17 I LugUe umschriebenen Formvorschriften (fehlende Schriftlichkeit) nicht erfüllt sind. Die gegenteilige Lösung ist aber auch vertretbar. Der Umstand, dass die Gerichtsstandsvereinbarung in den AGB enthalten ist, dürfte ihrer Verbindlichkeit nicht entgegen stehen.

Man kann sich fragen, ob zusätzlich am Erfüllungsort nach Art. 5 Ziff.2 geklagt werden kann. Wie es sich e contrario aus Art. 13 LugUe (1. Satz) ergibt, sind die Zuständigkeiten in Art. 14 LugUe grundsätzlich als abschliessend zu betrachten. Die Zuständigkeit am Erfüllungsort fällt somit ausser Betracht. Die sonst überzeugende Prüfung von Art. 5 Ziff.2 LugUe wurde jedoch trotzdem honoriert.

Für die deliktischen Ansprüche ergibt sich die Zuständigkeit aus Art. 3 LugUe. Dabei kann grundsätzlich an jedem Gericht geklagt werden, da das Internet überall abrufbar ist. Zur Begründung des Deliktortes in der Schweiz wurden aber auch viele andere Varianten akzeptiert.

Teil 3

Frage 4

Es handelt sich um einen Fall der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, dessen Rechtsgrundlage im 12. Kapitel des IPRG zu finden ist. Die Voraussetzungen nach Art. 176 I IPRG sind erfüllt (Sitz des Schiedsgerichts in der CH, mind. eine Partei hat ihren Sitz/Wohnsitz nicht in der CH). Das KSG (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit) findet nur auf Binnensachverhalte Anwendung, und das LugÜ ist aufgrund Art. 1 II Ziff. 4 nicht anwendbar.

Einziges Rechtsmittel ist die Beschwerde ans Schweizerische Bundesgericht nach Art. 191 I IPRG i.V.m. OG 85 lit.c. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des OG betreffend die staatsrechtliche Beschwerde.

Rüge 1: Ein rechtliches Interesse an der Feststellungsklage fehlt, da die Centrale AG eine Leistungsklage auf Zahlung erhebt und diese somit vorgeht (Subsidiaritätsprinzip); allerdings entspricht dies keinem Beschwerdegrund von Art. 190 II IPRG, folglich ist es nicht rüfbar. Die Beschwerdegründe sind in Art. 190 II IPRG abschliessend aufgezählt.

Rüge 2: Wird unter Art. 190 II lit.d IPRG subsumiert (Problem des rechtlichen Gehörs). Unabhängig vom gewählten Verfahren (i.c. ZPO ZH) muss den Parteien die Gleichbehandlung, wie auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt werden (Art. 182 III IPRG). Auch die ZPO ZH sieht einen direkten Beweisabnahmebeschluss lediglich im einfachen und raschen Verfahren vor (ZPO 141), welches i.c. nicht vorliegt.

Rüge 3: Wird unter Art. 190 II lit.a IPRG subsumiert (vorschriftswidrige Zusammensetzung des Schiedsgerichts). Die Rüge kann nicht mehr vor den gemäss IPRG 179 und 180 zuständigen Instanzen erhoben werden, da das Verfahren schon abgeschlossen ist. Bei objektiver Betrachtung ist jedoch eine Befangenheit und ebenso ein Anschein der Voreingenommenheit eher nicht gegeben.

Teil 4

Frage 5:

Der vorliegende Sachverhalt wird gemäss Art. 7a SchlT nZGB nach dem neuen Scheidungsrecht (Bundesgesetz vom 26. Juni 1998) beurteilt.

Die kantonale Berufung gemäss § 259 ff. ZPO fällt, sowohl für die Anordnung der Bestellung eines Beistandes als auch für die Anordnung der Vorladung von Zeugen, ausser Betracht, da es sich vorliegend um einen prozessleitenden Entscheid und nicht um ein Vor-, Teil- und Endurteil handelt.

Auch der Rekurs muss verneint werden, da § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO die Möglichkeit der Anfechtung von prozessleitenden Entscheiden abschliessend auflistet und die vorliegenden Anordnungen darin nicht enthalten sind (als Variante wurde zugelassen, wenn die Meinung vertreten wurde, es handle sich bei der Anordnung der Bestellung eines Beistandes um eine vorsorgliche Massnahme).

Die bundesrechtliche Berufung kommt ebenfalls nicht in Betracht, da es sich nicht um einen Endentscheid gemäss Art. 48 OG handelt. Es liegt auch kein Fall von OG 49 oder OG 50 vor.

Falls Ziff. 1 oder Ziff. 2 von § 282 ZPO bejaht werden kann, so ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde für prozessleitende Entscheide zulässig, sofern die allgemeinen Voraussetzungen von § 281 ZPO erfüllt sind. Mit einer entsprechender Begründung wurde sowohl die Zulässigkeit, wie auch die Ablehnung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde mit der vollen Punktzahl honoriert.

Zum Schluss kann mit staatsrechtliche Beschwerde gerügt werden, der Entscheid verletze BV 4 (Willkürverbot), wobei OG 87 zu beachten ist, wonach Zwischenentscheide nur anfechtbar sind, wenn sie für den Betroffenen ein nichtwiedergutzumachender Nachteil zur Folge haben.

Frage 6:

Gemäss Art. 147 Abs. 2 nZGB ist der Beistand befugt, Rechtsmittel einzulegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge geht.

Zu Beweisantrag 1 kann die Zulässigkeit der bundesrechtlichen Berufung verneint werden, da kein Bundesrecht (OG 43) verletzt ist. Die Frage des Beweismittels ist eine kantonale Angelegenheit (Verletzung von § 173 Abs.2 ZPO i.V.m. § 95 und 96 GVG).

Dafür kann mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden, es sei gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz (Verletzung von § 173 Abs.2 ZPO i.V.m. § 95 und 96 GVG) verletzt worden.

Auch hier kann mit staatsrechtliche Beschwerde willkürliche Rechtsanwendung oder aber auch die Verletzung von BV 58 gerügt werden.

Zu Beweisantrag 2 kann die Berufung bejaht werden, da die Verletzung von Art. 138 nZGB (Verletzung von Bundesrecht gemäss OG 43!) gerügt werden kann, wonach in der oberen

Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können.

Zu Beweisanspruch 3 kann die Berufung auch bejaht werden, da die Verletzung von ungeschriebenen Bundesrecht gerügt werden kann. Der Freibeweis ist gemäss BGE 122 I 55 bei Sorgerechtsangelegenheiten zulässig.

Teil 5

Frage 7

Gefragt wird nach Instituten des Verfahrensrechts, bei denen eine Entscheidung in Rechtskraft erwächst, wenn nicht innert einer bestimmten Frist gehandelt wird. Musterbeispiele dazu wären:

- § 224 ZPO (prov. Befehle): einstweiliger Rechtsschutz vor Anhängigmachung des Prozesses. Glaubhaftmachung durch Kläger. Fristansetzung, um beim Richter Einsprache zu erheben, unter Androhung, dass die Verfügung sonst vollstreckbar wird. Diese Androhung ist in erster Linie bei einem prov. Befehl im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO anzuwenden. Im Massnahmeverfahren dagegen hat der prov. Befehl vor allem dann Sinn, wenn er sofort wirksam wird, d.h. sofort vollstreckbar, gleichgültig ob Einsprache erhoben wird oder nicht (superprovisorischer Befehl).
- § 110 Abs. 2 ZPO: Rechtsschutz während des Prozesses. Bei dringlichen Massnahmen, Möglichkeit, den Parteien Frist von höchstens zehn Tagen zur Einsprache anzusetzen, unter Androhung, dass es im Säumnisfall bei der vorläufigen Anordnung sein Bewenden habe (vorsorgliche Massnahmen).

Frage 8

Bei der Frist handelt es sich um eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist. Bei Ablauf geht das Klagerecht der unterlegenen Partei unter. Der Entscheid der Schlichtungsbehörde wird von Gesetzes wegen rechtskräftig. Da es sich um eine bundesrechtliche Frist handelt, ist zu ihrer Wiederherstellung das GVG nicht anwendbar. Die Frist kann nur durch analoge Anwendung (unter den gegebenen Voraussetzungen) von Art. 35 OG oder durch analoge Anwendung von Art. 139 OR (bundesgerichtliche Rechtsprechung) wiederhergestellt werden.

9. Frage

Zu prüfen ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde.

Nach § 18 Abs. 2 GVG ist die Nichtigkeitsbeschwerde ans Mietgericht aber nur möglich gegen prozessleitende Entscheide und Endentscheide, die nicht in der Sache selbst erfolgt sind.

--