

Lizentiatsprüfung ZPR/SchKG vom 3. Januar 2012

Prof. Dr. Isaak Meier

Zu beachten: Alle Fälle werden bei der Bewertung gleich gewichtet!

Fall 1

Rainer Schott hat bei der CS Zürich einen wesentlichen Teil seines Vermögens im Umfang von CHF 600'000.- angelegt. Wegen (wie Schott behauptet) abredewidriger Börsengeschäfte hat er im Jahre 2010 CHF 200'000.- verloren. Die Bank bestreitet jeden Fehler und verweist auf den allgemein schlechten Geschäftsgang.

Schott, vertreten durch Rechtsanwältin X, klagt gegen die CS mit dem Rechtsbegehren: „Es sei die Beklagte zu verpflichten, CHF 200'000.- zu bezahlen.“ Der Prozess nimmt seinen Verlauf. Die Vergleichsverhandlung bleibt erfolglos.

Im Hauptverfahren hat Schott unter anderem behauptet, dass interne Weisungen der Bank bestehen würden, Verluste von Grosskunden auch auf kleinere Kunden zu verteilen. Er beantragt deshalb, die CS sei zu verpflichten, ihre internen Weisungen zur Betreuung von Kundenkonten herauszugeben. Die CS wendet ein, dass solche Weisungen nicht bestünden. Im Übrigen verweigere sie die Herausgabe der Weisungen, da diese streng geheim seien.

Frage 1:

Wie soll das Gericht über diesen Antrag entscheiden? Falls das Gericht dem Antrag statt gibt und die CS zur Herausgabe der Weisungen verpflichtet, mit welcher Begründung und welcher Androhung soll es diese Verfügung erlassen?

Die CS gibt schliesslich die Weisungen heraus. Nach Abschluss des Hauptverfahrens kommt das Gericht bei der Urteilsberatung zum Schluss, dass es selber nicht in der Lage ist, zu entscheiden, ob die Bank bei der Verwaltung des Kontos unsorgfältig gehandelt habe oder nicht. Vielmehr sei es unumgänglich, einen unabhängigen Bankfachmann beizuziehen. Das Problem ist allerdings, dass keine der Parteien einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

Frage 2:

Wie soll das Gericht zu diesem Zeitpunkt vorgehen?

Fall 2

Maria Roth (Wohnsitz Zürich) hat vor drei Jahren mit Hans Keller (Wohnsitz in Winterthur) und Rita Müller (Wohnsitz in Chur) eine einfache Gesellschaft zur Teilnahme an einem Architekturwettbewerb gegründet. Zusammen mit zwei weiteren Architektenteams kommen sie in die engere Auswahl. Entsprechend werden sie gebeten, ihren Entwurf näher auszuarbeiten, was für alle eine Vollzeitarbeit von über einem halben Jahr bedeutet.

Aus privaten Gründen entsteht kurz nach diesem Entscheid zwischen Maria und Rita ein heftiger Streit. Maria Roth kündigt hierauf den Vertrag fristlos und verbietet Rita und Hans, den von ihr (Maria Roth) entworfenen Teil zu verwenden. Maria Roth macht zudem den ihr bisher bekannten Schaden im Umfang von CHF 300'000.- geltend und behält sich weitere Ansprüche vor. Dabei ist für die Falllösung anzunehmen, dass Rita und Hans für diese Ansprüche, wenn und insoweit sie bestehen, solidarisch haften.

Da der Streit nicht beigelegt werden kann, leitet Maria Roth wie schon angedroht beim zuständigen Gericht die Klage gegen Hans und Rita mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- 1.) Es sei die Beklagten zu verpflichten, je CHF 300'000.- zu bezahlen.
- 2.) Es sei festzustellen, dass für Maria Roth ein wichtiger Grund zur fristlosen Vertragsauflösung bestanden habe.
- 3.) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenparteien.

Frage 1:

Sind diese Rechtsbegehren zulässig bzw. allenfalls unter welchen Voraussetzungen wären diese Rechtsbegehren zulässig? Wie müsste das Gericht das oder die Rechtsbegehren erledigen, falls diese nicht zulässig sind?

Frage 2:

Welches Gericht bzw. welche Gerichte sind für diese Rechtsbegehren örtlich zuständig? Wie wäre diese Frage zu beantworten, wenn Rita Müller Wohnsitz in New York hätte?

Fall 3

Rolf Keller lebt mit seiner Familie (Ehefrau, zwei Kinder im Alter von 10 und 12 Jahren) in einer Mietwohnung im Zürcher Oberland in einem abgelegenen Weiler. Er arbeitet heute als Vorarbeiter bei der Textil AG in Rüti. Rolf Keller hat hohe Schulden aus seiner Jugendzeit, für die er damals wiederholt betrieben worden ist; die Pfändungen waren aber jeweils erfolglos. In den letzten 10 Jahren hat er von seinen Gläubigern nichts mehr gehört.

Als er plötzlich wieder vom Treuhandbüro X AG, welches einige der alten Forderungen aufgekauft hat, betrieben wird, fällt er aus allen Wolken. Gegen die Betreibung von CHF 10'000.- erhebt er Rechtsvorschlag, worauf die X AG ein Schnellverfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags einleitet. Rolf Keller möchte in diesem Verfahren vor allem geltend machen, dass die Zession der Forderung nicht gültig erfolgt sei.

Frage 1:

Um welches Verfahren handelt es sich dabei und wer muss in diesem Verfahren im konkreten Fall was belegen, um zu obsiegen?

Schliesslich kann die X AG für eine Forderung von CHF 10'000.- das Fortsetzungsbegehren stellen. Da das einzig wesentliche Aktivum der Lohn des Schuldners ist, verfügt das Betreibungsamt eine Lohnpfändung.

Kurz nach Erstellung der Pfändungsurkunde, jedoch noch vor ihrer Zustellung an die Parteien, verlangt Rolf Keller die Einrechnung der monatlichen Kosten für den Unterhalt des Autos, da er Letzteres zur Fahrt zur Arbeit benötige (Diese Kosten müssen nach den Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums korrekterweise eingerechnet werden, was vorliegend nicht zu überprüfen ist.). Das Betreibungsamt vermutet, dass ausreichend öffentliche Verkehrsmittel vorhanden sind und weist deshalb dieses Begehren kurzerhand ab.

Frage 2:

War diese Vorgehensweise korrekt? Wie hätte das Betreibungsamt gestützt auf welche Bestimmungen vorgehen müssen?

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

I. Allgemeines

Vorliegend befinden sich die Parteien im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO): Es handelt sich um einen Streitgegenstand im Wert von CHF 200'000.- (Art. 243 Abs. 1 und Art. 248 ff. ZPO e contrario: Weder das vereinfachte noch das summarische Verfahren kommen zur Anwendung). Im ordentlichen Verfahren herrschen grundsätzlich die Verhandlungsmaxime (Art 55 Abs. 1 ZPO) und die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Rainer Schott klagt gegen die CS Zürich auf CHF 200'000.-. Dies stellt eine Forderungsklage i.S. von Art. 84 Abs. 1 ZPO dar.

II. Frage 1

1. Formelle Fragen zum Editionsverfahren

1.1. Edition von Urkunden: Verfahren und Begehren

Für den Einbezug von Urkunden in ein Gerichtsverfahren, die sich im Besitz der anderen Prozesspartei befinden, muss eine Partei ein Editionsverfahren einleiten.

Rainer Schott beantragt, die CS Zürich sei zu verpflichten, ihre internen Weisungen zur Betreuung von Kundenkonten herauszugeben. Dabei besteht kein materiellrechtlicher Anspruch, der i.S. einer unbezifferten Forderungsklage (Stufenklage) geltend gemacht wird. Es handelt sich auch nicht um eine Klageänderung i.S. von Art. 230 ZPO. Dagegen stellt sein Antrag ein (prozessuales) Begehren um Edition bzw. Herausgabe der internen Weisungen der CS Zürich i.S. von Art. 160 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 177 ZPO zum erforderlichen Beweis von erheblichen und streitigen Tatsachenbehauptungen (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Im Rahmen der Verhandlungsmaxime darf das Gericht grundsätzlich nur die von den Parteien angerufenen Urkunden abnehmen. Mit dieser Verantwortung der Parteien ist auch verbunden, dass Rainer Schott, falls er seine Behauptung mit den internen Weisungen der CS Zürich belegen will, die Weisungen möglichst genügend zu bezeichnen hat. Rainer Schott kann sich auch auf die internen Weisungen berufen und deren Edition beantragen, selbst wenn er deren Existenz lediglich vermutet. Darauf ist Rainer Schott angewiesen, weil er die Beweislast für rechtserhebliche Tatsachen trägt, welche sich im Geheimbereich der CS Zürich abspielen. In solchen Fällen sind auch nur der Gattung nach bestimmte Beweismittel zulässig. Im vorliegenden Prozess könnte Rainer Schott das Editionsbegehren mit etwa folgendem Wortlaut stellen: *«Die CS Zürich sei zu verpflichten, sämtliche Urkunden (insbesondere interne Weisungen) zur Betreuung von Kundenkonten, wonach Verluste von Grosskunden auch auf kleinere Kunden zu verteilen sind, zu edieren bzw. herauszugeben».*

1.2. Mitwirkungslast der CS Zürich (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO)

Art. 160 Abs. 1 ZPO statuiert die Pflicht der Parteien und Dritten zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO haben die Parteien (prozessrelevante) Urkunden herauszugeben (prozessuale Mitwirkungslast/-obliegenheit). Die Mitwirkungslast setzt eine Aufklärung gemäss Art. 161 ZPO sowie das Fehlen eines Verweigerungsrechts i.S. von Art. 163 ZPO voraus. Eine Mitwirkungslast der CS Zürich bei der Abklärung des Sachverhalts besteht namentlich, weil der beweisbelastete Rainer Schott wegen Beweisschwierigkeiten nicht selber in der Lage ist, die Weisungen vorzubringen. Die Mitwirkungslast bezieht sich auf die Erhebung aller Beweise mit Hilfe der in Art. 168 ZPO aufgeführten Mittel (u.a. Urkunden), deren Abnahme das Gericht gestützt auf Art. 154 ZPO anordnen kann.

Die Mitwirkungslast wird mit der Anordnung des Gerichts gegenüber der CS Zürich begründet. Die Editionsverfügung besteht in der Aufforderung an die CS Zürich zur Edition bzw. Herausgabe der internen Weisungen und hat sie wenigstens so erkennbar zu bezeichnen, dass die CS Zürich in der Lage ist abzuschätzen, bezüglich was ihre Mitwirkung verlangt wird (z.B. bei einer Editionsverpflichtung der CS Zürich möglichst genaue Umschreibung der Weisungen).

2. Diskussion der Mitwirkungsverweigerungsrechte

2.1. Mitwirkungsverweigerungsrecht der CS Zürich (Art. 163 Abs. 2 ZPO)

Art. 163 ZPO definiert, unter welchen Umständen und wie weit einer Partei das Recht zusteht, die Mitwirkung bei der Beweiserhebung zu verweigern. Seine Regelungen begründen eine Ausnahme vom Grundsatz der Mitwirkungslast gemäss Art. 160 ZPO. Hat die CS Zürich ein berechtigtes Mitwirkungsverweigerungsrecht, so darf das Gericht daraus nicht auf die zu beweisenden Tatsachen schliessen (Art. 162 ZPO). Die CS Zürich ist dabei auf das Editionsverweigerungsrecht hinzuweisen (Art. 161 ZPO).

Art. 163 Abs. 1 ZPO kommt nicht in Frage: Lit. a ist nicht einschlägig; lit. b findet auch keine Anwendung, weil vorliegend kein Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB verletzt wird.

Zu prüfen ist weiter, ob der CS Zürich ein Verweigerungsrecht nach Art. 163 Abs. 2 ZPO zusteht. Will die CS Zürich sich auf das Verweigerungsrecht nach Art. 163 Abs. 2 ZPO berufen, hat sie als Trägerin anderer geschützter Geheimnisse glaubhaft zu machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.

Nachfolgend werden im Einzelnen die Voraussetzungen des Art. 163 Abs. 2 ZPO geprüft.

2.2. Das Gericht gibt dem Antrag statt. Mit welcher Begründung?

a) Geschäftsgeheimnis

Unter einem anderen gesetzlich geschützten Geheimnis ist jedes Geheimnis zu verstehen, das kein Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB darstellt, jedoch durch eine Norm des Strafrechts, des übrigen öffentlichen Rechts oder des Zivilrechts mit dem Zweck erfasst wird, geschützt zu werden. Allgemeine Geheimnisse wie Geschäftsgeheimnisse sind in Art. 163 Abs. 2 ZPO nicht ausdrücklich genannt. Sie können jedoch problemlos darunter subsumiert werden.

Die internen Weisungen der CS Zürich fallen als Geschäftsgeheimnisse unter Art. 163 Abs. 2 ZPO. Im Einzelnen:

Bei den Weisungen der CS Zürich zur Betreuung von Kundenkonten handelt es sich nicht um Urkunden, welche sensible private Kundendaten enthalten (Bankkundengeheimnisse), sondern um allgemeine bankinterne Urkunden, welche Arbeitsanweisungen zur Verteilung der Verluste von Grosskunden auf kleinere Kunden geben und die entsprechenden Arbeitsabläufe innerhalb der Bank koordinieren. Ihr Herausgeber ist die Bankverwaltung; ihr Adressat ist eine Vielzahl von Bankmitarbeitern, welchen Zugang zu den Weisungen vorbehalten wird. Die Funktion der Weisungen besteht v.a. darin, dass die Bank durch die Weisungen ihre Kundenstrategie umsetzt und dadurch entscheidende Marktvorteile erlangt bzw. Marktnachteile abwendet.

Die CS Zürich kann sich mithin auf die Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse i.S. von Art. 163 Abs. 2 ZPO berufen.

b) Abwägung der Interessen von der CS Zürich und Rainer Schott

Das Gericht hat eine Güterabwägung zwischen dem Interesse der CS Zürich an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse und dem prozessualen Offenbarungsinteresse von Rainer Schott an der Einsicht der Weisungen oder dem allgemeinen Beweisinteresse vorzunehmen.

Vorliegend wird es der CS Zürich nicht gelingen, glaubhaft zu machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Im Einzelnen:

Zwar ist die Offenbarung der internen Weisungen mit absehbar wesentlichen Marktnachteilen für die CS Zürich verbunden, aber das Interesse an der prozessualen Wahrheitsfindung überwiegt aus folgenden Gründen deutlich die Geschäftsgeheimnisse der CS Zürich:

a) Die Bankmitarbeiter handeln nach diesen Weisungen, um die Kundenstrategie der CS Zürich umzusetzen. Die Weisungen sind daher einer Vielzahl von Mitarbeitern zugänglich und somit in keiner Weise streng geheim. Deshalb sind Arbeitsanweisungen allgemein nicht besonders schützenswert.

b) Solche interne Weisungen zur Betreuung von Kundenkonten sind skandalös und verstossen gegen das Gebot von Treu und Glauben stossend. Deshalb haben Bankkunden im Rahmen der Transparenz der Banktätigkeiten einen Anspruch, gleich behandelt und über solche Praktiken genau informiert zu werden. Es besteht mithin ein überwiegendes allgemeines Interesse daran, dass die Weisungen an die Öffentlichkeit gelangen.

c) 1/3 (CHF 200'000.-) des Vermögens von Rainer Schott ist betroffen. Zudem wird durch die Handlungen der CS Zürich mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht nur Rainer Schott, sondern auch eine Vielzahl Kleinanleger geschädigt. Daher ist das Vermögensinteresse von Rainer Schott und anderer Anleger grösser als die Geschäftsgeheimnisse der Bank.

Das Geheimhaltungsinteresse der CS Zürich ist somit zu verneinen. Das Gericht wird dem Antrag von Rainer Schott stattgeben. Die CS Zürich hat dabei die in ihrem Besitz bzw. in ihren Räumlichkeiten befindlichen internen Weisungen zu edieren bzw. herauszugeben.

c) Sicherungsmassnahmen (Art. 156 ZPO)

Wenn das Geheimhaltungsinteresse der CS Zürich nicht überwiegt, besitzt sie zwar kein Verweigerungsrecht, kann aber die Anordnung von Schutzmassnahmen beantragen (Art. 156 ZPO). Das Gericht hat den schutzwürdigen Interessen der CS Zürich durch geeignete und erforderliche Schutzmassnahmen Rechnung zu tragen und so dem Grundsatz der Verhältnis-

mässigkeit zu folgen. Dabei geht es namentlich auch um den Schutz der ausdrücklich genannten Geschäftsgeheimnisse der CS Zürich.

Als Schutzmassnahmen kommen etwa in Frage: Teil- bzw. Vollabdecken oder Schwärzen bzw. Anonymisieren von Stellen in den internen Weisungen. Trotz gravierender Einschränkung des rechtlichen Gehörs kommt ausnahmsweise auch die Beschränkung des Aktieneinsichtsrechts der Gegenpartei (Auswahl und Offenlegung lediglich der relevanten Teile der Weisungen) bzw. die blosser Bekantgabe der Weisungen an das Gericht in Frage.

3. Androhung (Art. 164 ZPO)

Falls die CS Zürich der Mitwirkungslast ohne Vorliegen eines Mitwirkungsverweigerungsrechts nicht nachkommt, wird ihre Verweigerung bei der Beweiswürdigung zum prozessualen Nachteil berücksichtigt (Art. 164 ZPO; vgl. auch Art. 161 Abs. 1 ZPO: Säumnisfolgen). Weil die Verpflichtung der CS Zürich, bei der Beweiserhebung mitzuwirken, lediglich eine prozessuale Last darstellt, kann ihre Verweigerung vom Gericht nicht mit Zwangsmassnahmen oder Sanktionen belegt werden. Die Androhungen gemäss Art. 167 ZPO, welche sich auf Dritte beziehen, sind somit unzulässig.

Rainer Schott beruft sich bei seiner Behauptung, dass die CS Zürich abredewidrige Börsengeschäfte getätigt habe, auf interne Weisungen der Bank zur Betreuung von Kundenkonten. Falls die CS Zürich ungerechtfertigterweise die Edition bzw. Herausgabe der Weisungen verweigert, wird das Gericht bei der Beweiswürdigung annehmen, dass die Weisungen existieren, und deren Inhalt gemäss Darstellung von Rainer Schott als gegeben betrachten. Das Gericht wird nämlich annehmen, dass die Behauptung von Rainer Schott zutreffend ist, was zur Gutheissung der Klage führen wird. Das heisst, dass die CS Zürich schliesslich den Prozess verlieren wird, weil die internen Weisungen eine entscheidungswesentliche Frage betreffen.

III. Frage 2

1. Einholen eines Gutachtens

Es stellt sich die Frage, ob das Gericht ein Gutachten von Amtes wegen einholen kann.

Im vorliegenden Prozess zwischen Rainer Schott und der CS Zürich gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Nach dieser Maxime sind allein die Parteien für Einbringung und Beweis des vom Gericht zu beurteilenden Sachverhaltes verantwortlich. Aus der Verhandlungsmaxime folgt der Grundsatz, dass das Gericht lediglich im Rahmen der Parteianträge angebotene Beweise abnehmen darf. Nach Art. 55 Abs. 2 ZPO besteht ein Vorbehalt zu Abs. 1 dahingehend, dass Bestimmungen über die Beweiserhebung von Amtes wegen vorbehalten bleiben (Untersuchungsmaxime).

Art. 153 konkretisiert den Vorbehalt nach Art. 55 Abs. 2 ZPO und regelt zwei Ausnahmen von der Verhandlungsmaxime:

a) Die amtliche Beweiserhebung bei geltender Untersuchungsmaxime (Abs. 1): Das Gericht erhebt von Amtes wegen Beweis, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Hier kann das Gericht frei und ungebunden von Parteianträgen und –vorbringen ein Gutachten (Art. 183 Abs. 1 ZPO) einholen, um sich vom Sachverhalt zu überzeugen. Art. 153 Abs. 1 ZPO ist im vorliegenden Prozess nicht einschlägig, da der Sachverhalt nicht von Amtes wegen festzustellen ist.

b) Die amtliche Beweiserhebung bei erheblichen Zweifeln an Unbestrittenem (Abs. 2): Das Gericht kann in Verfahren, welche von der Verhandlungsmaxime beherrscht sind, ebenfalls von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Art. 153 Abs. 2 ZPO ist im vorliegenden Prozess ebenfalls nicht einschlägig, da die Tatsachen streitig sind.

Das Einholen eines Gutachtens von Amtes wegen ist somit im Bereiche der Verhandlungsmaxime nicht selbstverständlich. Selbst bei Anwendung der Verhandlungsmaxime gilt jedoch vom Antragsgebot die Ausnahme, dass das Gericht von sich aus eine sachverständige Person beiziehen kann (Art. 183 Abs. 1 ZPO), wenn dem Gericht die nötige Fähigkeit zur Wahrnehmung und Beurteilung erheblicher Tatsachen fehlt. Das Gericht hat jedenfalls ein Gutachten stets dann von Amtes wegen abzunehmen, wenn es als möglich erscheint, dass es am Beweisergebnis etwas ändern könnte. Das heisst, das Gericht hat bei Gutachten ohne Parteiantrag weitgehend gleich zu verfahren, wie wenn sie beantragt worden wären.

Ein Gutachten kann mithin nicht nur auf Parteiantrag, sondern auch von Amtes wegen eingeholt werden. Das Gericht hat gemäss Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO vor Anordnung des Gutachtens die Parteien anzuhören.

Doch ist in Verfahren mit Verhandlungsmaxime jedenfalls mit der Beauftragung von Sachverständigen von Amtes wegen Zurückhaltung zu üben, um nicht eine Partei, welche den Sachverhalt ungenügend substantiiert oder ein Gutachten nicht rechtzeitig beantragt hat, ungerechtfertigt zu bevorzugen.

2. Zeitpunkt

Es stellt sich die Frage, ob das Gericht ein Gutachten als Beweismittel bei der Urteilsberatung einholen kann.

Die Eventualmaxime (Art. 229 ZPO; Novenrecht) regelt u.a. die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt des Prozesses neue Beweismittel vorgebracht werden können. Art. 229 Abs. 3 ZPO hält insbesondere fest, dass in Prozessen, wo das Gericht den Sachverhalt ausnahmsweise von Amtes wegen abzuklären hat (vgl. Art. 153 Abs. 1 ZPO), d.h. welche von der Untersuchungsmaxime beherrscht werden, neue Beweismittel durch das Gericht bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind.

Diese Ausnahme erstreckt sich nach ungeschriebenem Recht im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime analog auf die Beweiserhebung von Amtes wegen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO und nach zutreffender Meinung auch, wenn dem Gericht die nötige Fähigkeit zur Wahrnehmung und Beurteilung erheblicher Tatsachen fehlt bzw. jedenfalls wenn es als möglich erscheint, dass das neue Beweismittel etwas am Beweisergebnis ändern könnte.

Das Gericht wäre somit im vorliegenden Prozess befugt, i.S. von Art. 229 Abs. 3 ZPO ein Gutachten von Amtes wegen unbeschränkt und voraussetzungslos bis zur Urteilsberatung beizuziehen und zu berücksichtigen.

Fall 2

Frage 1

1. Beurteilung des ersten Rechtsbegehrens

Das erste Rechtsbegehren lautet folgendermassen: Es seien die Beklagten zu verpflichten, je CHF 300'000.- zu bezahlen.

1.1. Voraussetzungen der Leistungsklage und Qualifikation des 1. Rechtsbegehrens

Beim 1. Rechtsbegehren handelt es sich um eine Leistungsklage gemäss Art. 84 Abs. 1 ZPO. Wird die Bezahlung eines Geldbetrages verlangt, so ist dieser nach Art. 84 Abs. 2 ZPO zu beziffern. I.c. ist dies geschehen. Sodann setzt Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO voraus, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse besitzt. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist bei einer Leistungsklage grundsätzlich immer gegeben, weshalb diese Voraussetzung auch im vorliegenden Fall bezüglich des ersten Rechtsbegehrens nicht weiter zu thematisieren ist.

Fraglich ist, ob es sich beim ersten Rechtsbegehren von Maria Roth [nachfolgend: Maria] um eine Teilklage i.S.v. Art. 86 ZPO handelt. Eine solche würde nur dann vorliegen, wenn es sich bei den weiteren Ansprüchen, die sich Maria vorbehält, und dem vorliegend eingeklagten Anspruch über CHF 300'000.- jeweils um Teilansprüche desselben Gesamtanspruchs handelt (echte Teilklage) oder wenn diese Ansprüche zwar unabhängig voneinander bestehen, aber aus demselben Rechtsverhältnis entstammen (unechte Teilklage).¹ Für das Vorliegen einer Teilklage spricht zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, abschliessend kann diese Frage aufgrund der Angaben im Sachverhalt allerdings nicht beantwortet werden. An der Frage der Zulässigkeit des ersten Rechtsbegehrens ändert sich hierbei allerdings nichts.²

Eine unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO liegt hier im Übrigen nicht vor, denn gemäss Sachverhalt macht Maria nur den ihr bisher bekannten Schaden im Umfang von CHF 300'000.- geltend. Weitere (zur Zeit noch unbezifferte) Ansprüche sind denn auch nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsbegehrens.³

1.2. Bedeutung der Solidarschuld für die Zulässigkeit des 1. Rechtsbegehrens

Fraglich ist schliesslich, ob die Beklagten Hans Keller [nachfolgend: Hans] und Rita Müller [nachfolgend: Rita] dazu verpflichtet werden können je CHF 300'000.- zu bezahlen. Gemäss Sachverhalt haben Maria, Hans und Rita zur Teilnahme an einem Architekturwettbewerb eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR gegründet.

Der einfachen Gesellschaft kommt keine Rechtspersönlichkeit zu. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine „blosse“ Rechtsgemeinschaft. Bezüglich den Vermögenswerten, welche an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind (gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung nach Art. 543 OR), besteht eine Gesamthandschaft unter den einzelnen Gesellschaftern. Da es sich hierbei um ein Rechtsverhältnis handelt, über welches nur mit Wirkung

¹ FÜLLEMANN DANIEL, Kommentar zu Art. 86 ZPO, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich 2011, Rz. 3 zu Art. 86.

² Insbesondere würde sich die Frage der Notwendigkeit eines Nachklagevorbehaltes (bei echten Teilklagen) noch nicht in diesem Verfahren, sondern erst im Falle der Geltendmachung weiterer Teilansprüche in einem künftigen Prozess auswirken. Nach richtiger Ansicht ist ein solcher Vorbehalt allerdings gar nicht erforderlich, denn in materielle Rechtskraft erwächst nur der bereits beurteilte Teilanspruch. Auch von einem konkludenten Erlass weiterer Teilansprüche i.S.v. Art. 115 OR ist im Falle eines fehlenden Nachklagevorbehaltes höchstens dann auszugehen, wenn sich dies in irgend einer Form aus der Klagebegründung ergibt (siehe hierzu FÜLLEMANN, (Fn. 1), Rz. 4 zu Art. 86). Zudem hat sich Maria gemäss Sachverhalt weitere Ansprüche gerade vorbehalten und damit wohl auch in der Klageschrift einen solchen Vorbehalt angebracht. Würde in der Klageschrift sodann nicht genau substantiiert, auf welchen bzw. auf welche Schadensposten sich der eingeklagte Anspruch bezieht (setzt sich dieser aus mehreren Schadensposten zusammen, so ist zudem der auf jeden Posten entfallende Betrag anzugeben), müsste zwar mit der Abweisung der Klage gerechnet werden. An der Zulässigkeit der Formulierung des vorliegenden Rechtsbegehrens würde allerdings auch dies nichts ändern (zum Erfordernis der genügenden Substantiierung siehe MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 220 f.).

³ Siehe hierzu das Beispiel bei MEIER ISAAK, (Fn. 2), S. 224.

für alle entschieden werden kann, müssen die Gesellschafter im Prozess gemäss Art. 70 ZPO als aktive notwendige Streitgenossen auftreten. Bezüglich Verpflichtungen, welche die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung (Art. 543 OR) eingegangen sind, ist zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten zu unterscheiden. Soweit dingliche Rechte geltend gemacht werden, liegt eine Gesamtschuld vor. Für obligatorische Rechte ist zwischen der Real- und Geldleistung zu unterscheiden. Der Anspruch auf Realleistung ist ebenfalls gegen alle (bzw. alle nicht klagenden) Gesellschafter zu richten. Bezüglich Geldleistungsansprüchen besteht hingegen gemäss Art. 544 Abs. 3 OR kein Gesamt-, sondern ein Solidarschuldverhältnis. Hier kann der Gläubiger gemäss Art. 144 Abs. 1 OR von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern.

Folglich besteht bei Klagen auf Geldleistung gegen die Gesellschafter keine passive notwendige Streitgenossenschaft, sondern allenfalls eine einfache Streitgenossenschaft. Bei dieser werden mehrere Klagen über gleichartige Rechte oder Pflichten, die auch separat erhoben werden könnten, in einem Verfahren vereint (Art. 71 Abs. 1 ZPO), dies im Gegensatz zur notwendigen Streitgenossenschaft, wo dogmatisch gesehen nur eine Klage vorliegt.

Gemäss Sachverhalt haften die übrigen Gesellschafter für die in Frage stehenden Ansprüche solidarisch (Als Rechtsgrundlage kommt z.B. Art. 544 Abs. 3 OR in Betracht). Bezüglich des vorliegenden Rechtsbegehrens bedeutet dies, dass hier nicht eine Gesamtklage, sondern zwei eigenständige Klagen bestehen. Sofern die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft vorliegen, können die Klagen gegen Hans und Rita in einem Verfahren zusammengefasst werden. Hierfür müssen die Klagen auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Art. 71 Abs. 1 OR), es muss jeweils dieselbe Verfahrensart anwendbar (Art. 71 Abs. 2) und dasselbe Gericht sachlich zuständig sein (gemäss h.L. stillschweigende Voraussetzung⁴). Die beiden Klagen stützen sich wohl auf dasselbe Rechtsverhältnis (Gesellschaftsvertrag); jedenfalls wird damit derselbe Schaden geltend gemacht. Das Konnexitätserfordernis ist daher gegeben. Da der Streitwert (CHF 300'000.-) jeweils identisch ist, kommt bezüglich beiden Klagen dasselbe Verfahren zur Anwendung. I.c. handelt es sich um das ordentliche Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO (vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO; ein Fall des summarischen Verfahrens gemäss Art. 248 ZPO liegt nicht vor). Die sachliche Zuständigkeit ist gemäss Sachverhalt gegeben.

Obwohl der Anspruch materiell-rechtlich nur einmal besteht, ist es möglich, dass beide Klagen gegen die Solidarschuldner Rita und Hans gutgeheissen werden. Erst nach vollkommener Tilgung der Schuld (freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung) werden die übrigen Schuldner im Aussenverhältnis befreit (Art. 147 Abs. 1 OR).

1.3. Fazit

Das erste Rechtsbegehren ist zulässig.

2. Beurteilung des zweiten Rechtsbegehrens

Das zweite Rechtsbegehren lautet folgendermassen: Es sei festzustellen, dass für Maria Roth ein wichtiger Grund zur fristlosen Vertragsauflösung bestanden habe.

2.1. Allgemeine Ausführungen

Im vorliegenden Fall hat Maria den Gesellschaftsvertrag (Art. 530 Abs. 1 OR) fristlos aus wichtigem Grund gekündigt. Es handelt sich hierbei also um eine ausserordentliche Kündi-

⁴ Siehe hierzu etwa RUGGLE PETER, Kommentar zu Art. 71 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Rz. 17 zu Art. 71.

gung. Der Gesetzgeber hat bei den Auflösungsgründen der einfachen Gesellschaft eine solche nicht vorgesehen (Art. 545 Abs. 1 OR). Ob sodann im Gesellschaftsvertrag ein ausserordentliches Kündigungsrecht statuiert worden ist, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist hingegen bei sämtlichen Dauerschuldverhältnissen möglich.⁵ Dieses Recht stützt sich auf Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dabei gilt bezüglich der Bejahung des wichtigen Grundes allerdings ein höherer Massstab als bei der richterlichen Auflösung mittels Gestaltungsklage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR. Im ersteren Fall muss im Gegensatz zur richterlichen Auflösung geradezu ein Zustand vorliegen, aufgrund dessen dem betroffenen Gesellschafter das weitere Verbleiben in der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann.⁶ Das Vorliegen eines solchen Zustandes bzw. wichtigen Grundes will Maria hier feststellen lassen.

2.2. Anwendungsbereich der allgemeinen Feststellungsklage

Beim zweiten Rechtsbegehren handelt es sich um eine allgemeine Feststellungsklage. Gemäss Art. 88 ZPO können lediglich ein Recht oder Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

Gegenstand der Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO können lediglich ein Recht oder Rechtsverhältnis, nicht jedoch Tatsachen sein. Bei der Frage, ob ein bestimmter Vorgang bzw. eine bestimmte Verhaltensweise einen wichtigen Grund zur fristlosen Vertragsauflösung darstellt, handelt es sich um eine Rechtsfrage. Den Vorgang, der zur Kündigung geführt hat, muss Maria hingegen in ihrer Klagebegründung behaupten und je nach dem, ob die anderen Gesellschafter diesen bestreiten, auch den Beweis hierfür erbringen, denn hierbei handelt es sich um eine Tatsache, die als solche nicht feststellbar ist. Würde eine entsprechende Behauptung fehlen oder brächte Maria diese nicht genügend substantiiert vor, so hätte der Richter sie darauf hinzuweisen (Art. 56 ZPO).

Fraglich ist, ob mittels Feststellungsklage auch einzelne rechtliche Voraussetzungen eines Anspruchs festgestellt werden können (sog. Teilfeststellungsklage). Bei der Feststellung, ob ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung vorliegt, handelt es sich um eine solche Teilfeststellungsklage, denn der wichtige Grund stellt eine rechtliche Voraussetzung zur Wirksamkeit der fristlosen Vertragsauflösung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB dar. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Begehren von Maria nicht vielmehr auf Feststellung der wirksamen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund anstatt auf Feststellung, dass ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung bestanden habe, lauten müsste. In der Lehre ist umstritten, ob eine solche Teilfeststellungsklage zulässig ist. Sofern man dies bejaht, müsste hierfür jedenfalls ein besonderes Rechtsschutzinteresse bestehen.⁷ Bezüglich des vorliegenden Begehrens besteht allerdings kein spezielles Interesse daran, nur das Bestehen eines wichtigen Grundes feststellen zu lassen. Der Richter hat Maria aber gemäss Art. 56 ZPO darauf hinzuweisen, das Begehren entsprechend den soeben gemachten Ausführungen anzupassen (Art. 227, Art. 230 ZPO). Sollte eine Klageänderung nicht (mehr) möglich sein, so hätte das Gericht u.E. aufgrund folgender Überlegung dennoch auf das Feststellungsbegehren einzutreten: Das Vorliegen eines wichtigen Grundes stellt das Kernelement der ausserordentlichen Kündigung dar. Die Kündigung an sich ist dann „bloss“ noch die Folgehandlung. Ein Nichteintretensentscheid (infolge fehlender Zulässigkeit einer Klageänderung) müsste deshalb als überspitzter Formalismus i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV qualifiziert werden.

2.3. Voraussetzungen für das Vorliegen des Feststellungsinteresses

⁵ BGE 128 III 428, E. 3 S. 429 f.

⁶ Zum Ganzen STAEHELIN DANIEL in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2007, Rz. 29 zu Art. 545/546.

⁷ Siehe hierzu MEIER, (Fn. 2), S. 210.

2.3.1. Allgemeines

Im Gegensatz zur Leistungs- und Gestaltungsklage liegt das Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO (Feststellungsinteresse) bei der Feststellungsklage nur unter bestimmten Voraussetzungen vor. Lehre und Rechtsprechung haben hierfür die folgenden drei Kriterien entwickelt:⁸

- Über das Bestehen oder Nichtbestehen des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses muss eine Ungewissheit bestehen.
- Die Fortdauer der Ungewissheit muss für die klagende Partei unzumutbar sein.
- Die Feststellungsklage muss sodann geeignet und grundsätzlich das einzige Mittel sein, um die Ungewissheit zu beseitigen. Insbesondere darf der klagenden Partei im heutigen Zeitpunkt keine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung stehen.

2.3.2. Ungewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses

Die erste Voraussetzung ist erfüllt, wenn eine Partei ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) behauptet, ein Anspruch oder Rechtsverhältnis bestehe oder bestehe nicht, während die andere Partei gegenteiliger Ansicht ist.⁹ Gemäss Sachverhalt besteht zwischen Maria und Rita ein heftiger Streit. Dessen Inhalt ist allerdings nicht bekannt. Es ist zwar wahrscheinlich, dass die Beklagten Hans und Rita auch bezüglich des Vorliegens des ausserordentlichen Kündigungsgrundes unterschiedlicher Ansicht sind wie die Klägerin Maria. Eine genaue Antwort hierzu lässt sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen. Jedenfalls wird für die vorliegende Falllösung davon ausgegangen, dass das Vorliegen eines ausserordentlichen Kündigungsgrundes zwischen den Parteien strittig ist.

2.3.3. Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit

Die Fortdauer der Ungewissheit ist für die klagende Partei bei Geldforderungen dann unzumutbar, wenn sie dadurch in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit und/oder ihrem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt wird.¹⁰ Gemäss Sachverhalt würde die nähere Ausarbeitung des Entwurfes für alle Gesellschafter eine Vollzeitarbeit von über einem halben Jahr bedeuten. Maria wäre also während ca. sechs Monaten vertraglich dazu verpflichtet gewesen, ihre Arbeitskraft zu hundert Prozent für das Projekt zur Verfügung zu stellen. Eine vorzeitige ordentliche Kündigung ist im vorliegenden Fall nicht möglich (siehe hierzu die obigen Ausführungen zur ausserordentlichen Kündigung unter Frage 1/2.1.). Sollte die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt gewesen sein, so würden den anderen Gesellschaftern demzufolge Schadenersatzforderungen gegenüber Maria zustehen, denn es kann davon ausgegangen werden, dass durch ihr Ausscheiden und das Verbot der Verwendung ihres Teils der Architektentwurf entweder gar nicht mehr oder nur noch unter weiteren Kostenaufwendungen näher ausgearbeitet werden konnte.

Wie hoch diese Forderungen sein müssen, damit das Erfordernis der Unzumutbarkeit bejaht werden kann, ist in Lehre und Rechtsprechung allerdings nicht geklärt. Die Praxis hat das Erfordernis der Unzumutbarkeit bis anhin etwa bei Forderungen über CHF 77'000.- und CHF 14'000.- gegenüber einem Anwalt¹¹ und einer Forderung von CHF 37'942.90 gegenüber ei-

⁸ Siehe hierzu MEIER, (Fn. 2), S. 210 ff.

⁹ Die Voraussetzung der Ungewissheit bezieht sich also auf die unterschiedliche Ansicht (Meinungsverschiedenheit) der Parteien bezüglich des Bestandes eines Rechts oder Rechtsverhältnisses und nicht auf die blosse Unklarheit hierüber (siehe hierzu etwa OBERHAMMER PAUL, Kommentar zu Art. 88 ZPO, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Rz. 13 zu Art. 88).

¹⁰ Siehe hierzu z.B. BGE 131 III 319, E. 3.5 S. 325; MEIER, (Fn. 2), S. 211.

¹¹ BGE 120 II 20, E. 3c) S. 25.

nem Geschäftsmann¹² bejaht. In beiden Fällen sind jedoch Betreibungen bezüglich diesen Forderungen eingeleitet worden. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit wurde jeweils mit dem Argument bejaht, dass Eintragungen im Betreibungsregister in diesen Grössenordnungen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der betreffenden Person einschränken würden.¹³

Da bereits die Leistungsklage von Maria einen Streitwert von CHF 300'000.- aufweist und sie sich zudem noch weitere Ansprüche vorbehält, kann davon ausgegangen werden, dass sich auch die allfälligen Schadenersatzklagen von Hans und Rita in einem hohen Rahmen bewegen würden. Zwar liegen im vorliegenden Fall noch keine Betreibungen und damit auch keine Betreibungsregistereintragungen vor. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dürfte aber trotzdem in unzumutbarer Weise eingeschränkt sein, wenn wie hier unklar ist, ob und wann mit einer grösseren Schadenersatzklage der Gegenseite zu rechnen ist.¹⁴

U.E. darf die Voraussetzung der Unzumutbarkeit generell keine allzu hohe Hürde darstellen. Ausgeschlossen von der Feststellungsklage sollten lediglich Bagatellbeträge sein. Nach dieser Ansicht wäre die Voraussetzung der Unzumutbarkeit schon allein aufgrund der weiteren Ansprüche, die sich Maria vorbehält, gegeben, obwohl sie diesbezüglich selber den Zeitpunkt der Geltendmachung bestimmen kann und deshalb im Gegensatz zu drohenden Klagen ihr gegenüber weniger stark in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt ist.

2.3.4. Geeignetheit der Feststellungsklage und grundsätzlich einziges Mittel, um die Ungewissheit zu beseitigen (Subsidiarität gegenüber der Leistungs- und Gestaltungs-klage)

Das Feststellungsbegehren von Maria ist ohne weiteres dazu geeignet, den zwischen den Parteien strittigen Punkt des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung bzw. der Wirksamkeit der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zu klären.

Die Feststellungsklage ist grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn die Klägerin den bzw. die aus der Feststellung resultierenden Ansprüche zum heutigen Zeitpunkt auch mit einer Leistungs- oder Gestaltungs-klage geltend machen könnte. Wird aus einem bestimmten Rechtsverhältnis oder Rechtsgrund ein Anspruch geltend gemacht, so kann, sofern sich daraus weitere Ansprüche ergeben können, unter Umständen auch auf Feststellung des Bestandes bzw. Nichtbestandes von diesem Rechtsverhältnis bzw. Rechtsgrund geklagt werden. Dies ist dann der Fall, wenn die weiteren Ansprüche, die künftig allenfalls geltend gemacht werden sollen, zum heutigen Zeitpunkt noch nicht fällig sind oder erst künftig entstehen oder wenn aufgrund einer andauernden Verletzung der Schaden noch weiter anwächst.¹⁵ Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt und mangelt es im heutigen Zeitpunkt bloss an der Möglichkeit der genauen Bezifferung des Streitwertes, so könnte eine unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO erhoben werden.¹⁶

Gemäss Sachverhalt klagt Maria auf Leistung von CHF 300'000.- und stellt ein Begehren auf Feststellung des Bestandes eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung. Es kann

¹² Beschluss HGer ZH vom 12. Juni 2007, ZR 107 (2008) Nr. 72 250, S. 251 ff.

¹³ BGE 120 II 20, E. 3c) S. 25; Beschluss HGer ZH vom 12. Juni 2007, ZR 107 (2008) Nr. 72, 250, S. 251 ff.

¹⁴ Sofern das Leistungsbegehren von Maria über CHF 300'000 direkt mit der fristlosen Kündigung im Zusammenhang steht, wird das Gericht zwar auch die Wirksamkeit dieser Kündigung als Vorfrage in den Erwägungen überprüfen. Ins Dispositiv der Leistungsklage wird diese Frage allerdings nicht aufgenommen, weshalb sie auch nicht in materielle Rechtskraft erwächst. Demnach könnte dasjenige Gericht, welches eine allfällige spätere Schadenersatzklage der anderen zwei Gesellschafter gegenüber Maria behandelt, in diesem Punkt zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen. Die Frage der Unzumutbarkeit kann also nicht mit dem Argument verneint werden, dass bereits im Rahmen der Leistungsklage die Wirksamkeit der Kündigung überprüft wird.

¹⁵ BGE 99 II 172, E. 2 S. 174; Urteil des Bundesgerichts 4C.64/2004 vom 7. Juni 2004, E. 3; siehe hierzu auch die Beispiele bei MEIER, (Fn. 2), S. 211 f.

¹⁶ Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 4C.64/2004 vom 7. Juni 2004, E. 3.

davon ausgegangen werden, dass die Leistungsklage mit dem Kündigungsgrund in direktem Zusammenhang steht. Zudem behält sich Maria vor, allenfalls in einem künftigen Verfahren weitere Ansprüche geltend zu machen. Sofern diese Ansprüche zum heutigen Zeitpunkt noch nicht fällig sind, erst künftig entstehen oder in ihrem Umfang aufgrund einer andauernden Verletzung noch nicht genau bestimmt werden können, wäre das Begehren auf Feststellung des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung bzw. der Wirksamkeit der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zulässig. Sind die weiteren Ansprüche hingegen bereits fällig und besteht nicht weiterhin ein schadensvermehrender Verletzungszustand, müsste Maria eine bezifferte Leistungs- oder eine unbezifferte Forderungsklage (Art. 85 ZPO) erheben.

Weil Maria den Gesellschaftsvertrag bereits gekündigt hat, kommt im vorliegenden Fall eine Gestaltungs- oder Forderungsklage auf Auflösung der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR höchstens als Eventualbegehren in Betracht (falls das Gericht das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung nicht bejahen sollte). Das Gericht kann nicht ein Rechtsverhältnis mittels Gestaltungs- oder Forderungsurteil auflösen, bevor es nicht darüber entschieden hat, ob dieses unter Umständen bereits durch Kündigung von einer der Parteien wirksam aufgelöst worden ist.

Sollte man zum Schluss gelangen, dass bezüglich der weiteren Ansprüche eine Leistungs- bzw. eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben ist, so wäre das Feststellungsbegehren nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund folgender Überlegungen dennoch zulässig: Sollte die Kündigung nicht wirksam gewesen sein, stünden den übrigen Gesellschaftern Schadenersatzforderungen gegenüber Maria zu (hierzu ausführlich oben unter Frage 1/2.3.3.). Da bei der Leistungsklage die Frage der Wirksamkeit der Kündigung nur als Vorfrage in den Erwägungen geprüft und demzufolge nicht ins Dispositiv aufgenommen wird, erwächst diese Frage auch nicht in materielle Rechtskraft. Deshalb ist es möglich, dass sowohl die Leistungsklage von Maria als auch eine allfällige spätere Schadenersatzklage der anderen zwei Gesellschafter gegenüber Maria gutgeheissen werden. Die Ungewissheit bezüglich allenfalls bestehenden Schadenersatzansprüchen der anderen Gesellschafter gegenüber Maria kann Letztere zum heutigen Zeitpunkt also nur dadurch beseitigen, indem sie die Feststellung des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung bzw. der Wirksamkeit der ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund verlangt.

2.4. Fazit

Unter Berücksichtigung der unter Frage 1/2.2. gemachten Ausführungen zur Teilfeststellungsklage ist das Rechtsschutzinteresse zur Feststellung des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung bzw. zur Feststellung der Wirksamkeit der fristlosen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund zu bejahen.

3. Beurteilung des dritten Rechtsbegehrens

Das dritte Rechtsbegehren lautet folgendermassen: Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenpartei.

Dabei handelt es sich um ein übliches Begehren, das ohne weiteres zulässig ist. Ist Maria anwaltlich vertreten, sollte sie auch noch die Mehrwertsteuer geltend machen. Ansonsten trägt sie diese auch im Falle eines Obsiegens selbst.

4. Objektive Klagenhäufung

Die Leistungs- und Feststellungsklage können nur dann im selben Verfahren behandelt werden, wenn hierfür die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung gemäss Art. 90 ZPO erfüllt sind. Hierfür müssen für die beiden Begehren dasselbe Gericht sachlich zuständig (lit.

a) und die gleiche Verfahrensart anwendbar sein (lit. b). Die erste Voraussetzung ist gemäss Sachverhalt erfüllt. Auf das Leistungsbegehren ist das ordentliche Verfahren anwendbar (siehe hierzu oben unter Frage 1/1.2.). Der Streitwert des Feststellungsbegehrens bestimmt sich nach dem Interesse des Klägers. Bezüglich Maria ist dies die Schadenersatzforderung über CHF 300'000 und der Vorbehalt weiterer Ansprüche. Es ist also auch diesbezüglich das ordentliche Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO anwendbar (vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO; ein Fall des summarischen Verfahrens gemäss Art. 248 ZPO liegt nicht vor). Somit ist die objektive Klagenhäufung zulässig.

5. Erledigung der Rechtsbegehren, falls diese nicht zulässig sein sollten

Sollte das Leistungsbegehren nicht beziffert sein (im Falle einer unbezifferten Forderungsklage ist zumindest ein Mindeststreitwert anzugeben), so würde das Gericht mangels Vorliegens einer Prozessvoraussetzung diesbezüglich einen Nichteintretensentscheid fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Zuvor hat es der Klägerin allerdings die Möglichkeit der Nachbesserung zu geben (Art. 56 ZPO). Anders verhält es sich dann, wenn eine anwaltlich vertretene Partei bewusst auf eine Bezifferung verzichtet hat.¹⁷

Sofern eine oder mehrere Voraussetzungen für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses nicht gegeben sind, ist bezüglich des Feststellungsbegehrens mangels Vorliegens einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) ein Nichteintretensentscheid zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Wird die Feststellung einer Tatsache verlangt, so liegt eine negative Prozessvoraussetzung vor, was ebenfalls zu einem Nichteintretensentscheid führt. Im letzteren Fall ist eine Nachbesserung aufgrund von Art. 56 ZPO möglich (siehe hierzu oben unter Frage 1/2.2.). Bezüglich der richterlichen Behandlung einer Teilfeststellungsklage, für die kein besonderes Rechtsschutzinteresse besteht, siehe oben unter Frage 1/2.2.

Frage 2

1. Örtliche Zuständigkeit, wenn alle Parteien Wohnsitz in der Schweiz haben

1.1. Allgemeines

Vorliegend handelt es sich um einen Binnensachverhalt, weshalb zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit die ZPO zur Anwendung gelangt. Diese richtet sich nach den Art. 9 ff. ZPO. Da im vorliegenden Fall zwei Personen (Hans und Rita) im selben Verfahren als Beklagte auftreten, ist im folgenden Unterkapitel zunächst zu überprüfen, unter welchen Voraussetzungen das für eine Partei zuständige Gericht allenfalls auch für die andere Partei zuständig ist. Danach können dann die einzelnen Gerichtsstandsbestimmungen genauer untersucht werden.

1.2. Subjektive Klagenhäufung

Bezüglich des ersten Rechtsbegehrens handelt es sich um eine einfache Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 ZPO (zur genauen Begründung siehe oben unter Frage 1/1.2.).

Eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages kann hingegen nur mit Wirkung gegen alle Gesellschafter ausgesprochen werden. Bezüglich des 2. Begehrens, mit welchem die Feststellung eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung verlangt wird, liegt also unabhängig davon, ob im vorliegenden Fall Gesamthandvermögen und/oder Gesamtschulden bestehen, eine passive notwendige Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 ZPO vor. Diese setzt sich aus

¹⁷ Siehe hierzu Beschluss OGer ZH (PF110013) vom 21. Juni 2011, E. 2-4.

den nicht klagenden Parteien Hans und Rita zusammen (zur notwendigen Streitgenossenschaft im Allgemeinen siehe oben Frage 1/1.2.).

Gemäss Art. 15 Abs. 1 ZPO (subjektive Klagenhäufung) ist das für einen beklagten Streitgenossen zuständige Gericht für alle beklagten Streitgenossen zuständig, sofern diese Zuständigkeit nicht auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht. Eine Gerichtsstandsvereinbarung liegt im vorliegenden Fall nicht vor (siehe hierzu unten unter Frage 2/1.5.).

Diese Bestimmung der subjektiven Klagenhäufung bezieht sich sowohl auf die einfache wie auch auf die notwendige Streitgenossenschaft. Der Unterschied besteht darin, dass im ersteren Fall überprüft werden muss, ob die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft erfüllt sind (siehe hierzu oben unter Frage 1/1.2.). Bei der notwendigen Streitgenossenschaft ergibt sich hingegen bereits aus dem materiellen Recht, dass die Streitgenossen gemeinsam eingeklagt werden müssen.

Da bezüglich des ersten Rechtsbegehrens die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft erfüllt sind (siehe hierzu oben Frage 1/1.2.) und es sich beim zweiten Rechtsbegehren um einen Fall der notwendigen Streitgenossenschaft handelt, ist das jeweils für einen Beklagten zuständige Gericht auch für den anderen zuständig.

1.3. Objektive Klagenhäufung

Stehen mehrere Ansprüche gegen eine beklagte Person in einem sachlichen Zusammenhang, so ist gemäss Art. 15 Abs. 2 ZPO jedes Gericht hierfür zuständig, das für einen der Ansprüche zuständig ist. Dieser Bestimmung kommt allerdings erst dann Bedeutung zu, wenn Maria an einem Gerichtsstand klagt, der eigentlich nur bezüglich einem der beiden Rechtsbegehren zur Verfügung steht. Ob dies der Fall ist, wird sich nachfolgend zeigen.

1.4. Allgemeiner Gerichtsstand (Art. 10 ZPO)

Für Klagen gegen eine natürliche Person ist gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO das Gericht an deren Wohnsitz zuständig. I.c. wären dies also die Gerichte in Winterthur (Wohnsitz Hans) und Chur (Wohnsitz Rita). Art. 10 ZPO kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn keine besondere Gerichtsstandsbestimmung einschlägig ist (Subsidiarität). Deshalb ist im Nachfolgenden zunächst zu untersuchen, ob sich die örtliche Zuständigkeit aufgrund einer besonderen Bestimmung (Art. 20 ff. ZPO) ergibt, bevor dann allenfalls auf Art. 10 ZPO zurückzugreifen ist.

1.5. Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) / Einlassung (Art. 18 ZPO)

Für eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 ZPO oder eine Einlassung gemäss Art. 18 ZPO liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

1.6. Klagen aus Vertrag (Art. 31 ZPO)

1.6.1. Anwendbarkeit von Art. 31 ZPO

Eine Klage aus Vertrag liegt dann vor, wenn die Ansprüche ihren Grund in der Vertragsabwicklung haben. Darunter fallen nicht nur Primär-, sondern auch Sekundäransprüche (Rückabwicklung, Schadenersatz). Die vertraglichen Zuständigkeitsnormen kommen aber auch dann zur Anwendung, wenn über die Gültigkeit, das Zustandekommen oder den Fortbestand des Vertrages zu befinden ist.¹⁸

¹⁸ SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN, Kommentar zu Art. 93 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Rz. 16 zu Art. 31.

Im vorliegenden Fall besteht zwischen Maria, Hans und Rita ein Gesellschaftsvertrag nach Art. 530 Abs. 1 OR. Es scheint zwar wahrscheinlich, dass der Schadenersatzanspruch über CHF 300'000.-, den Maria mit dem ersten Rechtsbegehren geltend macht, vertraglicher Natur ist. Eine abschliessende Antwort hierfür liefert der Sachverhalt allerdings nicht.¹⁹ Bezüglich des Feststellungsbegehrens kommen die vertraglichen Zuständigkeitsnormen jedenfalls zur Anwendung, denn hier geht es gerade um die Frage der wirksamen Vertragsauflösung bzw. um dessen Fortbestand. Sollte dem ersten Rechtsbegehren tatsächlich nur ein ausservertraglicher Rechtsgrund zugrunde liegen und würden sich dadurch im Vergleich zum zweiten Rechtsbegehren unterschiedliche Gerichtsstände ergeben, so könnte dieses Problem über Art. 15 Abs. 2 ZPO gelöst werden, denn die zwei Rechtsbegehren beruhen wohl auf demselben Lebenssachverhalt (zur objektiven Klagehäufung siehe oben unter Frage 2/1.3.).²⁰

Die teilzwingenden Gerichtsstände gemäss Art. 32 - 34 ZPO sind vorliegend nicht einschlägig. Insbesondere kann die einfache Gesellschaft mangels Rechtspersönlichkeit nicht als Arbeitsgeberin auftreten. Ein Anstellungsverhältnis könnte höchstens direkt zwischen den Gesellschaftern bestehen. Dies ist vorliegend allerdings nicht der Fall.

1.6.2. Mögliche Gerichtsstände

Gemäss Art. 31 ZPO ist für Klagen aus Vertrag das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist, zuständig. Somit wären sowohl die Gerichte in Winterthur (Wohnsitz des Beklagten Hans) und Chur (Wohnsitz der Beklagten Rita) als auch diejenigen am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung örtlich zuständig.

Zur Bestimmung der charakteristischen Leistung ist immer auf die Primärpflicht abzustellen (also nicht auf die Schadenersatzforderung). Die geldwerte Vergütung stellt jeweils nicht die charakteristische Leistung eines Vertrages dar.²¹ Beim vorliegenden Gesellschaftsvertrag besteht die charakteristische Leistung somit in den jeweiligen Beiträgen der einzelnen Gesellschafter zum Architekturprojekt.

Bezüglich der Bestimmung des Erfüllungsortes ist gemäss Art. 31 ZPO nicht der tatsächliche Leistungserbringungsort massgebend, sondern allein der rechtliche (der Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist). Dieser bestimmt sich gemäss Art. 74 Abs. 1 OR zunächst nach dem ausdrücklichen oder konkludenten Willen der Parteien. Ob die Gesellschafter ausdrücklich oder zumindest konkludent einen Erfüllungsort vereinbart haben, ist nicht bekannt. Sollten sie dies getan haben, dann wären dies wohl die jeweiligen Wohnorte oder Büros der einzelnen Gesellschafter, denn von speziell für das Architekturprojekt bezogenen gemeinsamen Büroräumlichkeiten ist im konkreten Fall nicht die Rede. Da sich der Sachverhalt bezüglich einer allfälligen Bestimmung des Erfüllungsortes durch die Parteien ausschweigt, wird dieser für die vorliegende Falllösung gemäss Art. 74 Abs. 2 OR bestimmt.

Sofern die Parteien nichts bestimmt haben, kommt Art. 74 Abs. 2 OR zur Anwendung. Im vorliegenden Fall wäre hier Ziff. 3 einschlägig, denn es geht weder um die Erfüllung einer Geldschuld (Ziff. 1), noch wird eine bestimmte Sache geschuldet (Ziff. 2). Demzufolge würde sich der Erfüllungsort an demjenigen Ort befinden, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seinen Wohnsitz gehabt hat. I.c. wären dies die jeweiligen Wohnorte der einfachen Gesellschafter, also Zürich, Winterthur und Chur (es wird für die

¹⁹ Jedenfalls reicht es aus, wenn Maria die vertragliche Grundlage des Anspruchs substantiiert behauptet, denn hierbei handelt es sich um eine doppelrelevante Tatsache, welche das Gericht erst umfassend bei der eigentlichen Anspruchsgrundlage prüft (siehe hierzu MEIER/SOGO, (Fn. 2), S. 135 f.).

²⁰ Vgl. hierzu SUTTER-SOMM THOMAS/KLINGLER RAFAEL, Kommentar zu Art. 14 u. 15 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Rz. 19 zu Art. 15 i.V.m. Rz. 9 zu Art. 14.

²¹ MEIER/SOGO, (Fn. 2), S. 121.

Falllösung davon ausgegangen, dass allfällige Architektenbüros der einzelnen Gesellschafter sich ebenfalls an deren Wohnsitzen befinden).

Da hier mehrere Personen einen Teil der charakteristischen Leistung erbracht haben und demnach auch mehrere Erfüllungsorte begründet werden können, kann man sich die Frage stellen, ob der Gerichtsstand des Erfüllungsortes tatsächlich auf solche Fälle Anwendung finden soll. Im Folgenden wird von der Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes ausgegangen.

1.7. Klagen aus unerlaubter Handlung (Art. 36 ZPO)

Obwohl es als wahrscheinlich erscheint, dass die Schadenersatzforderung von Maria vertraglicher Natur ist (Verletzung des Gesellschaftsvertrages), ist es auch denkbar, dass dieser zusätzlich oder ausschliesslich eine unerlaubte Handlung zugrunde liegt. Der Sachverhalt gibt diesbezüglich keine abschliessende Antwort. Auch wäre es nicht klar, ob die unerlaubte Handlung allein von Rita begangen worden wäre und Hans nur aus Vertrag für denselben Schaden einzustehen hätte (unechte Solidarität nach Art. 51 Abs. 1 OR) oder ob diese von beiden gemeinsam verschuldet worden wäre (echte Solidarität nach Art. 50 Abs. 1 OR). Aufgrund des Streites zwischen Maria und Rita würde wohl eher der erstere Fall in Betracht kommen.

Für Klagen aus unerlaubter Handlung ist gemäss Art. 36 ZPO das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig.

Sofern Maria ihr Leistungsbegehren über CHF 300'000 auf eine ausservertragliche Rechtsgrundlage stützt, sind diesbezüglich einerseits die Gerichte in Winterthur (Wohnsitz des Beklagten Hans), Chur (Wohnsitz der Beklagten Rita) und Zürich (Wohnsitz der geschädigten Rita) örtlich zuständig, andererseits aber auch diejenigen am Handlungs- oder Erfolgsort.

Wo sich in diesem Fall das für den Schaden ursächliche Geschehen zugetragen hat (Handlungsort), ist nicht bekannt. Wo die konkrete Rechtsgutsverletzung stattgefunden hat (Erfolgsort) und was für ein Rechtsgut hierbei verletzt worden ist, ist ebenfalls unbekannt. Sofern es sich um einen reinen Vermögensschaden handelt, liegt der Erfolgsort in der Regel an demjenigen Ort, an welchem sich die beeinträchtigten Vermögenswerte befinden. Sofern der Schaden aufgrund der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes entstanden ist (z.B. Eingriff in ein dingliches Recht oder Verletzung eines Immaterialgüterrechts), so ist danach zu fragen, wo sich das dingliche Recht zurzeit der Verletzung befunden hat bzw. wo sich die Immaterialgüterrechtsverletzung innerhalb des geschützten Bereichs konkret ausgewirkt hat.²²

1.8. Gesellschaftsrecht (Art. 40 ZPO)

Da es sich bei der einfachen Gesellschaft nicht um eine juristische Person handelt, kommt diesbezüglich auch keine Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 40 ZPO in Betracht.

1.9. Niederlassung (Art. 12 ZPO)

Sofern eine Zuständigkeit am Wohnsitz/Sitz der Beklagten Partei besteht (Art. 31 oder Art. 36 ZPO), kann gemäss Art. 12 ZPO auch am Ort der Niederlassung geklagt werden, sofern sich die Klage aus dem Betrieb derselben ergibt. Für das Bestehen einer Niederlassung liefert der Sachverhalt allerdings keine Anhaltspunkte.

1.10. Fazit

²² SUTTER-SOMM THOMAS/HEDINGER MARTIN, Kommentar zu Art. 36 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Rz. 37 ff. zu Art. 36.

Rita kann an ihrem Wohnsitz in Chur (Art. 31 ZPO; allenfalls auch Art. 36 ZPO), an den Erfüllungsorten in Chur, Winterthur oder Zürich (Art. 31 ZPO) und allenfalls auch am Wohnsitz der Geschädigten Maria (Zürich) sowie am Handlungs- und/oder Erfolgsort (Art. 36 ZPO) eingeklagt werden.

Hans kann an seinem Wohnsitz in Winterthur (Art. 31 ZPO; allenfalls auch Art. 36 ZPO), an den Erfüllungsorten in Chur, Winterthur oder Zürich (Art. 31 ZPO) und allenfalls auch am Wohnsitz der Geschädigten Maria (Zürich) sowie am Handlungs- und/oder Erfolgsort (Art. 36 ZPO) eingeklagt werden.

Auf Art. 15 Abs. 1 ZPO (subjektive Klagenhäufung) muss für die Begründung eines gemeinsamen Gerichtsstandes nur dann zurückgegriffen werden, sofern an einem Ort geklagt wird, an welchem eigentlich nur für eine der beklagten Parteien ein Gerichtsstand besteht. Dies ist hier höchstens dann der Fall, wenn aufgrund einer allenfalls von Rita allein begangenen unerlaubten Handlung am Handlungs- oder Erfolgsort geklagt würde²³ und dieser Ort sich nicht in Chur, Winterthur oder Zürich befinden würde.

Sollte dem ersten Rechtsbegehren nur ein ausservertraglicher Rechtsgrund zugrunde liegen, was jedoch eher unwahrscheinlich erscheint, und würden sich dadurch im Vergleich zum zweiten Rechtsbegehren unterschiedliche Gerichtsstände ergeben, so könnte dieses Problem über Art. 15 Abs. 2 ZPO (objektive Klagenhäufung) gelöst werden.

Maria kann Hans und Rita demzufolge gemeinsam in Zürich, Winterthur und Chur einklagen. Sofern auch das Vorliegen einer unerlaubten Handlung geltend gemacht wird, besteht zusätzlich ein Gerichtsstand an einem allfälligen schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort, was allerdings nur dann von Relevanz ist, wenn sich dieser Ort nicht in Zürich, Winterthur oder Chur befindet.

2. Örtliche Zuständigkeit, wenn Rita Müller Wohnsitz in New York hätte

2.1. Vorliegen eines internationalen Sachverhaltes

Bezüglich des ersten Rechtsbegehrens liegen zwei Klagen vor, eine gegen Hans und eine gegen Rita (siehe hierzu oben unter Frage 1/1.2). Bezüglich des zweiten Rechtsbegehrens liegt dogmatisch gesehen zwar nur eine Klage vor (notwendige Streitgenossenschaft; siehe hierzu oben unter Frage 2/1.2). Dennoch handelt es sich hierbei nicht um eine Gesamtpartei, sondern um ein Mehrparteienverhältnis. Sofern die Beklagte Rita nun in New York Wohnsitz hat, ist deshalb bezüglich beiden Klageverhältnissen gesondert zu prüfen, ob diesbezüglich ein internationaler Sachverhalt vorliegt und damit die örtliche Zuständigkeit nicht der ZPO, sondern allfälligen Staatsverträgen sowie dem IPRG zu entnehmen ist (Art. 2 ZPO; Art. 1 Abs. 1 IPRG), wobei Staatsverträge dem IPRG vorgehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG).

Bezüglich der Klage von Maria gegenüber Rita liegt aufgrund des Wohnsitzes von Letzterer in New York ein Sachverhalt mit qualifizierter Auslandsberührung und damit ein internationaler Sachverhalt vor.

Bezüglich des Klageverhältnisses zwischen Maria und Hans ist die Frage der Internationalität schwieriger zu beantworten. Beide Parteien haben Wohnsitz in der Schweiz. Allerdings besteht auch ein Erfüllungsort in New York (siehe hierzu unten unter Frage 2/2.7. i.V.m. 2.4.). Dieser ergibt sich zwar aufgrund der charakteristischen Leistung von Rita und nicht aufgrund von derjenigen von Maria oder Hans. Trotzdem kann man auch bezüglich des Klageverhältnisses zwischen Maria und Hans von einem internationalen Sachverhalt ausgehen, obwohl die qualifizierte Auslandsberührung hier weniger stark ausgeprägt ist, wie wenn der ausländische

²³ In diesem Fall hätte Hans nur aus Vertrag für denselben Schaden einzustehen (unechte Solidarität nach Art. 51 Abs. 1 OR).

Erfüllungsort durch die charakteristische Leistung von einer am betreffenden Klageverhältnis beteiligten Partei (Maria oder Hans) begründet worden wäre.²⁴

2.2. Abgrenzung IPRG / LugÜ für das Klageverhältnis Maria / Rita

2.2.1. Allgemein

Staatsverträge gehen dem IPRG vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Als Staatsvertrag kommt vorliegend vorab das LugÜ in Betracht. Dessen Anwendbarkeit gilt es im Folgenden zu prüfen. Das LugÜ ist massgebend, wenn die betreffende Streitigkeit von seinem sachlichen, räumlich-persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich erfasst wird.

Sachlich findet das LugÜ Anwendung auf Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 LugÜ). Im vorliegenden Fall geht es um die Beurteilung von privaten Rechtsgeschäften (Schadenersatzforderung aus Vertragsverletzung und/oder allenfalls aus unerlaubter Handlung und Feststellungsbegehren bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung). Somit liegt hier eine Zivil- und Handelssache vor. Ein Ausschlussstatbestand nach Art. 1 Abs. 2 LugÜ ist nicht ersichtlich. Sachlich ist das LugÜ damit anwendbar.

Eine Streitigkeit fällt in den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des LugÜ, wenn der Beklagte Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat (Art. 2 Ziff. 1 u. Art. 3 Ziff. 1 LugÜ) oder sich die Zuständigkeit gestützt auf eine besondere Bestimmung (Art. 22, 23 oder 24 LugÜ) ergibt. Da die USA, in deren Hoheitsgebiet die Beklagte Rita ihren Wohnsitz hat, nicht Vertragsstaat des LugÜ sind, kann dieses höchstens aufgrund von Art. 22, 23 oder 25 LugÜ auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung finden. Eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 23 LugÜ oder eine Einlassung gemäss Art. 24 LugÜ liegt im vorliegenden Fall nicht vor (siehe hierzu oben unter 1.5.). Hingegen ist zu überprüfen, ob eine ausschliessliche Zuständigkeit gemäss Art. 22 LugÜ vorliegt. I.c. kommt hier lediglich Ziff. 2 in Betracht.²⁵

Sofern in der Schweiz geklagt würde, wäre der zeitliche Anwendungsbereich des revidierten LugÜ (Art. 63 Ziff. 1 LugÜ) gegeben, denn die betreffende Klage ist nach dessen Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 rechtshängig gemacht worden.

2.2.2. Anwendbarkeit von Art. 22 Ziff. 2 LugÜ

²⁴ Ein internationaler Sachverhalt würde bezüglich des Klageverhältnisses zwischen Maria und Hans etwa auch dann vorliegen, wenn eine allfällige unerlaubte Handlung von Hans und Rita gemeinsam verschuldet worden wäre (solidarische Haftung nach Art. 50 Abs. 1 OR) und sich das für den Schaden ursächliche Geschehen zumindest teilweise durch die Handlung von Rita in New York zugetragen hätte.

²⁵ Bezüglich Art. 22 Ziff. 4 LugÜ bleibt aber noch das Folgende anzufügen: Sofern die Leistungsklage über CHF 300'000.- auf einer registerbezogenen Immaterialgüterrechtsverletzung beruhen sollte, (was bei Streitigkeiten zwischen Architekten unter Umständen bezüglich eines eingetragenen Designs der Fall sein könnte) hätte das mit dieser Klage befasste Gericht, sofern sich dieses in einem anderen LugÜ-Staat als demjenigen der Eintragung befindet, im Falle der Einrede der Ungültigkeit des immateriellen Rechts durch die Beklagte das Verfahren entweder bis zur Klärung dieser Frage zu sistieren oder darauf mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Im ersten Fall hätte das Gericht eine Frist anzusetzen, innert welcher die beklagte Partei des Verletzungsprozesses eine Feststellungsklage auf Ungültigkeit des immateriellen Rechts im LugÜ-Registerstaat zu erheben hätte. Tut sie dies nicht, so bleibt die Einrede unberücksichtigt. Art. 22 Ziff. 4 LugÜ würde also, sofern die vorliegende Leistungsklage überhaupt auf einer registerrechtlichen Streitigkeit beruhen sollte, (was aufgrund des Sachverhaltes, welcher von einer privaten Streitigkeit spricht, als eher unwahrscheinlich erscheint) erst im Falle der Einrede der Ungültigkeit des immateriellen Rechts durch die Gegenpartei relevant. Und selbst dann würde das mit der Verletzungsklage befasste Gericht, welches sich in einem anderen LugÜ-Staat als demjenigen des Registerortes befindet, seine Zuständigkeit nicht zwangsweise verlieren, denn es könnte das Verletzungsverfahren solange sistieren, bis die Frage der Gültigkeit durch ein Gericht des Registerstaates beurteilt worden ist, und dieses hierauf wieder aufnehmen bzw. fortführen. Art. 22 Ziff. 4 LugÜ ist also vorliegend nicht direkt einschlägig. Siehe zum Ganzen Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1777 ff., S. 1799 f.

Für Klagen, welche unter anderem die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person zum Gegenstand haben, sind gemäss Art. 22 Ziff. 2 LugÜ die Gerichte in demjenigen Vertragsstaat zuständig, in welchem die Gesellschaft oder juristische Person ihren Sitz hat. Der Sitz bestimmt sich dabei nach dem jeweils anwendbaren IPRG. Da die einfache Gesellschaft keinen Sitz im rechtlichen Sinne aufweist, wäre im vorliegenden Fall der Ort der tatsächlichen Verwaltung als Sitz i.S.v. Art. 22 Ziff. 2 LugÜ zu qualifizieren (Art. 21 Abs. 2 IPRG).

Fraglich ist jedoch, ob Art. 22 Ziff. 2 LugÜ nur Gestaltungs- oder auch Feststellungsklagen zum Gegenstand hat. Geht man davon aus, dass hiervon auch Feststellungsklagen umfasst werden, dann muss genauer untersucht werden, ob das zweite Rechtsbegehren unter diese Bestimmung subsumiert werden kann. Bezüglich des ersten Rechtsbegehrens ist Art. 22 Ziff. 2 LugÜ hingegen nicht einschlägig, denn hierbei handelt es sich nicht um einen direkt mit der Liquidation im Zusammenhang stehenden Anspruch.²⁶

Damit die einfache Gesellschaft als Gesellschaft i.S.v. Art. 22 Ziff. 2 LugÜ qualifiziert werden kann, muss sie über einen genügenden Organisationsgrad verfügen. Dasselbe gilt im IPRG hinsichtlich der Anwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Normen (Art. 150 IPRG). Es kann deshalb auf die diesbezüglich entwickelte Lehre zurückgegriffen werden.²⁷ Ein genügender Organisationsgrad liegt danach in denjenigen Fällen vor, in welchen die Gesellschaft über eine gewisse innere Struktur verfügt, die auch nach aussen seine Wirkungen entfaltet. Kriterien hierfür sind unter anderem die folgenden: Bestellung von Geschäftsführern mit Vertretungsmacht, Ernennung von Organen, Einrichtung eines ständigen Büros, Möglichkeit des Ein-/Austrittes von Gesellschaftern, Fassung von Beschlüssen nach dem Mehrheitsprinzip, Zusammenschluss auf eine gewisse Dauer und nicht nur zur Erreichung eines punktuellen Ziels.²⁸

Im vorliegenden Fall haben sich Hans, Rita und Maria zur Teilnahme an einem Architekturwettbewerb zusammengeschlossen. Es handelt sich also „bloss“ um einen Zusammenschluss zur Erreichung eines punktuellen Ziels. Auch ansonsten ist keine Organisationsstruktur im Sinne der obigen Ausführungen erkennbar (Bestellung von Geschäftsführern, Einrichtung eines gemeinsamen Büros). Demzufolge ist Art. 22 Ziff. 2 LugÜ nicht einschlägig.

2.2.3. Zwischenfazit

Das LugÜ ist bezüglich des Klageverhältnisses Maria / Rita nicht anwendbar. Ob für die Klage gegen Rita ein Forum in der Schweiz besteht, bestimmt sich demnach gemäss IPRG.

2.3. Subjektive Klagenhäufung

Sofern sich eine Klage gegen mehrere Streitgenossen richtet, welche nach dem IPRG in der Schweiz verklagt werden können, ist gemäss Art. 8a Abs. 1 IPRG das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig. Art. 8a Abs. 1 IPRG begründet also keine internationale, sondern nur eine nationale Zuständigkeit.

Wie bereits oben beschrieben worden ist, liegt bezüglich des ersten Rechtsbegehrens eine einfache Streitgenossenschaft vor, bezüglich des zweiten Rechtsbegehrens hingegen eine notwendige (siehe hierzu oben Frage 1/1.2. und Frage 2/1.2.). Damit die Beklagten Rita und

²⁶ MARKUS ALEXANDER R., Kommentar zu Art. 22 LugÜ, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano Übereinkommen (LugÜ), 2. Auflage, Bern 2011, Rz. 67 zu Art. 22.

²⁷ MARKUS ALEXANDER R., (Fn. 25), Rz. 63 zu Art. 22.

²⁸ VON PLANTA ANDREAS/EBERHARD STEFAN, Kommentar zu Art. 150 IPRG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, Rz. 16 ff. zu Art. 150.

Hans aber auch tatsächlich gemeinsam beklagt werden können, muss gemäss Art. 8a Abs. 1 IPRG für beide Gesellschafter bereits ein Gerichtsstand in der Schweiz bestehen.²⁹

Bezüglich der Klage gegen Hans besteht auf jeden Fall ein Forum in der Schweiz, denn dieser hat gemäss Sachverhalt Wohnsitz in Winterthur (bezüglich der einzelnen Gerichtsstände siehe unten unter Frage 2/2.7.).

Bezüglich der Klage gegen Rita ist hingegen zu untersuchen, ob diesbezüglich ein Gerichtsstand in der Schweiz begründet werden kann. Sollte dies nicht möglich sein, so könnte das erste Rechtsbegehren nicht gemeinsam beurteilt werden. Bezüglich des zweiten Rechtsbegehrens liegt hingegen ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vor. Hier muss deshalb bereits vom materiellen Recht her ein gemeinsamer Gerichtsstand bestehen. Ein solcher könnte, sofern Maria nicht in der Schweiz verklagt werden könnte, gemäss Art. 3 IPRG (Notzuständigkeit) an einem der für Hans zuständigen schweizerischen Gerichtsstände erhoben werden.

Um zu bestimmen, ob für die Klage von Maria gegen die in New York wohnende Rita ein Forum in der Schweiz besteht, müssen die folgenden Gerichtsstände untersucht werden: Erfüllungsort nach Art. 113 IPRG und Handlungs- oder Erfüllungsort nach Art. 109 Abs. 2 bzw. Art. 129 IPRG.

Anzufügen bleibt noch, dass es in der Lehre umstritten ist, ob Art. 6 Ziff. 1 LugÜ zumindest analog auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn zwar die Erstbeklagte Wohnsitz in einem LugÜ Staat hat, nicht jedoch die Sekundärbeklagte. In diesem Fall könnte also am Wohnsitz der Erstbeklagten auch die Zweitbeklagte eingeklagt werden, obwohl diese keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des LugÜ hat. Die Befürworter machen hierzu geltend, dass durch eine Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ auch auf solche Fälle eine Privilegierung von Sekundärbeklagten mit Wohnsitz in einem Drittstaat gegenüber Sekundärbeklagten mit Wohnsitz in einem LugÜ Staat verhindert werden kann, was dem Sinn und Zweck des LugÜ entspreche. Der Wortlaut von Art. 6 besagt jedoch klar, dass auch die Sekundärbeklagte Wohnsitz in einem LugÜ Staat haben muss (siehe hierzu auch Art. 4 Abs. 1 LugÜ). Staatsverträge haben sodann keine extraterritoriale Wirkung. Auch ist im Rahmen der Revision des LugÜ auf eine Anpassung dieser Bestimmung bewusst verzichtet worden. Und schliesslich haben die Gerichte der Vertragsstaaten auch nicht die Kompetenz, den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich eines Staatsvertrages auszuweiten.³⁰ Aus diesen Gründen wird für die vorliegende Falllösung davon ausgegangen, dass Art. 6 Ziff. 1 LugÜ bezüglich der in New York wohnhaften Rita weder direkt noch analog anwendbar ist.

2.4. Klage gegen Rita am Schweizerischen Erfüllungsort (Art. 113 IPRG)

Ist die für den Gesellschaftsvertrag charakteristische Leistung in der Schweiz zu erbringen, so kann gemäss Art. 113 IPRG auch beim schweizerischen Gericht am Erfüllungsort dieser Leistung geklagt werden. Fraglich ist, ob sich der Erfüllungsort nach der *lex fori* oder der *lex causae* bestimmt. Geht man von Ersterem aus, so bestimmt sich dieser nach Art. 74 OR. Ansonsten wäre zunächst das auf den Vertrag anzuwendende Recht zu bestimmen. Dieser untersteht, sofern wie im vorliegenden Fall keine Rechtswahl getroffen worden ist, dem Recht des Staates, in welchem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbracht hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 117 IPRG).

²⁹ Gemäss seinem Wortlaut kommt Art. 8a Abs. 1 IPRG nur dann zur Anwendung, wenn alle Streitgenossen nach dem IPRG in der Schweiz verklagt werden können. Dieser Wortlaut ist allerdings zu eng. Er verkennt die Tatsache, dass auch nur bezüglich einem Teil der Streitgenossen ein internationaler Sachverhalt vorliegen kann. Es muss deshalb auch genügen, dass sich bezüglich der einen Klage die schweizerischen Gerichtsstände aus der ZPO anstatt aus dem IPRG ergeben.

³⁰ Zum Ganzen ROHNER THOMAS/LERCH MATTHIAS, Kommentar zu Art. 6 LugÜ, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen (LugÜ), Basel 2011, Rz. 27 zu Art. 6.

Beim vorliegenden Gesellschaftsvertrag besteht die charakteristische Leistung in den jeweiligen Beiträgen der einzelnen Gesellschafter zum Architekturprojekt. Es hat also jeder Gesellschafter einen Teil der charakteristischen Leistung erbracht, weshalb der Vertrag grundsätzlich sowohl dem amerikanischen (Wohnsitz und wohl auch Aufenthalt i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG von Rita in New York) als auch dem schweizerischen Recht untersteht (Wohnsitz und wohl auch Aufenthalt i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG von Hans und Maria in der Schweiz). Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Schweizer Gericht in einem solchen Fall das schweizerische Recht anwenden wird. Der Erfüllungsort bestimmt sich demnach auch bei Anwendung der *lex causae* nach Art. 74 OR.

Entsprechend den obigen Ausführungen zu Art. 31 ZPO (siehe hierzu Frage 2/1.6.2.) wären die schweizerischen Erfüllungsorte für das Klageverhältnis zwischen Maria und der in New York wohnhaften Rita in Zürich (Wohnsitz von Maria) und Winterthur (Wohnsitz von Hans) zu lokalisieren. Zudem würde ein Erfüllungsort in New York (Wohnsitz von Rita) bestehen, was vorliegend allerdings nicht von Relevanz ist.

2.5. Klage gegen Rita am Schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort (109 Abs. 2 bzw. Art. 129 IPRG)

Sofern davon ausgegangen wird, dass dem ersten Rechtsbegehren auch oder ausschliesslich eine unerlaubte Handlung zugrunde liegt, käme für das Klageverhältnis zwischen Maria und der in New York wohnhaften Rita auch ein allfälliger schweizerischer Handlungs- und/oder Erfolgsort nach Art. 109 Abs. 2 (im Falle der Verletzung eines Immaterialgüterrechts) oder Art. 129 IPRG als Gerichtsstand in Betracht (zum Handlungs- und Erfolgsort siehe oben unter Frage 2/1.7.).

2.6. Klage gegen Rita am Ort der tatsächlichen Verwaltung der Gesellschaft (Art. 151 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 IPRG)

Damit die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG zur Anwendung gelangen, muss die einfache Gesellschaft über einen genügenden Organisationsgrad verfügen. Wie dies bereits oben unter Frage 2/2.2.2. beschrieben worden ist, ist diese Voraussetzung im vorliegenden Fall nicht erfüllt, weshalb sich weiter Ausführungen zu den gesellschaftsrechtlichen Gerichtsständen des IPRG erübrigen.

2.7. Klageverhältnis Maria / Hans

Auch bezüglich des Klageverhältnisses zwischen Maria und Hans liegt ein internationaler Sachverhalt vorliegend (siehe hierzu oben unter Frage 2/2.1.). Im vorliegenden Fall ist das LugÜ anwendbar, denn der Beklagte Hans hat Wohnsitz in einem LugÜ Staat (Winterthur (CH)); bezüglich der übrigen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des LugÜ, welche i.c. ebenfalls gegeben sind, siehe oben unter Frage 2/2.2.). Einschlägig ist hier allein der allgemeine Gerichtsstand gemäss Art. 2 Ziff. 1 LugÜ. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ kommt mangels Bezug zu einem anderen LugÜ Staat nicht zur Anwendung. Dasselbe gilt bezüglich Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (unerlaubte Handlung). Auch die übrigen besonderen Gerichtsstandsbestimmungen sind vorliegend nicht einschlägig; insbesondere liegt keine ausschliessliche Zuständigkeit nach Art. 22 LugÜ vor (siehe hierzu oben unter Frage 2/2.2.2.).

Gemäss Art. 2 Ziff. 1 LugÜ ist Hans in der Schweiz einzuklagen. Da diese Bestimmung nur die internationale Zuständigkeit regelt, muss die örtliche Zuständigkeit durch das IPRG bestimmt werden. Für die Klage gegen Hans würden Gerichtsstände an seinem Wohnsitz in Winterthur (Art. 112 IPRG; allenfalls auch Art. 109 Abs. 2 bzw. 129 IPRG), an den schweizerischen Erfüllungsorten in Winterthur oder Zürich (Art. 113 IPRG) und allenfalls auch an

einem schweizerischen Handlungs- und/oder Erfolgsort (Art. 109 Abs. 2 bzw. 129 IPRG) bestehen.

2.8. Fazit

Rita kann an den schweizerischen Erfüllungsorten in Winterthur oder Zürich (Art. 113 IPRG) und allenfalls auch an einem schweizerischen Handlungs- und/oder Erfolgsort (Art. 109 Abs. 2 bzw. 129 IPRG) eingeklagt werden.

Hans kann an seinem Wohnsitz in Winterthur (Art. 112 IPRG; allenfalls auch Art. 109 Abs. 2 bzw. 129 IPRG), an den schweizerischen Erfüllungsorten in Winterthur oder Zürich (Art. 113 IPRG) und allenfalls auch an einem schweizerischen Handlungs- und/oder Erfolgsort (Art. 109 Abs. 2 bzw. 129 IPRG) eingeklagt werden.

Auf Art. 8a Abs. 1 IPRG (subjektive Klagenhäufung) muss für die Begründung eines gemeinsamen Gerichtsstandes nur dann zurückgegriffen werden, sofern an einem Ort geklagt wird, an welchem eigentlich nur für eine der beklagten Parteien ein Gerichtsstand besteht. Dies ist hier höchstens dann der Fall, wenn aufgrund einer allenfalls von Rita allein begangenen unerlaubten Handlung am schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort geklagt würde³¹ und dieser Ort sich nicht in Winterthur oder Zürich befinden würde.

Sollte dem ersten Rechtsbegehren nur ein ausservertraglicher Rechtsgrund zugrunde liegen, was jedoch eher unwahrscheinlich erscheint, und würden sich dadurch im Vergleich zum zweiten Rechtsbegehren unterschiedliche Gerichtsstände ergeben, so könnte dieses Problem über Art. 8a Abs. 2 IPRG (objektive Klagenhäufung) gelöst werden.

Maria kann Hans und Rita demzufolge gemeinsam in Zürich und Winterthur einklagen. Sofern auch das Vorliegen einer unerlaubten Handlung geltend gemacht wird, besteht zusätzlich ein Gerichtsstand an einem allfälligen schweizerischen Handlungs- oder Erfolgsort, was allerdings nur dann von Relevanz ist, wenn sich dieser Ort nicht in Zürich oder Winterthur befindet.

Fall 3

Frage 3.1

1. Punkt: Welches Verfahren?

Laut Sachverhalt waren die Pfändungen für die Schulden aus der Jugendzeit von Rolf Keller jeweils erfolglos. Nach Art. 149 Abs. 1 SchKG erhält jeder Gläubiger, der an der Pfändung teilgenommen hat, für den ungedeckten Betrag seiner Forderung einen Verlustschein. Es ist folglich davon auszugehen, dass die damaligen Gläubiger einen solchen Verlustschein erhalten haben. Vorliegend hat die X AG einige dieser alten Forderungen aufgekauft und verfügt damit über die entsprechenden Verlustscheine. Gemäss Art. 149 Abs. 2 SchKG gilt dieser Verlustschein als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 SchKG und somit als provisorischer Rechtsöffnungstitel in einer neuen Betreibung. Auch wenn Verlustscheine amtlich erstellte Urkunden sind und insofern nicht wirklich Schuldanerkenntnisse des Schuldners bilden, gelten sie von Gesetzes wegen als deren Surrogate.

Während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheins kann der Gläubiger ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreibung fortsetzen (Art. 149 Abs. 3 SchKG), d.h. der Verlustschein

³¹ In diesem Fall hätte Hans nur aus Vertrag für denselben Schaden einzustehen (unechte Solidarität nach Art. 51 Abs. 1 OR).

berechtigt während dieser Frist, ohne Durchführung eines neuen Einleitungsverfahrens eine neue, selbständige Betreuung gegen den Schuldner zu führen. Zu beachten ist allerdings auch die Verjährungsfrist von 20 Jahren (Art. 149a Abs. 1 SchKG). Da vorliegend bereits zehn Jahre seit der erfolglosen Pfändung verstrichen sind, musste eine neue Betreuung eingeleitet werden; zudem ist die durch den Verlustschein verurkundete Forderung noch nicht verjährt.

Gestützt auf den Verlustschein als provisorischen Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 82 SchKG konnte die X AG die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Das durch die X AG eingeleitete Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags stellt somit das provisorische Rechtsöffnungsverfahren dar. Es handelt sich hierbei insofern um ein Schnellverfahren, als es im summarischen Verfahren abgehandelt wird (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).

2. Punkt: Wer muss was belegen?

Die Gläubigerin X AG muss den Rechtsöffnungstitel, d.h. den Verlustschein, vorlegen.

Der Richter spricht die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet, dass «nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein einer Tatsache herbeigeführt zu werden braucht, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte» (BGE 120 II 393, 397 f.). Ein strikter Beweis ist somit nicht erforderlich, es findet eine Beweismasssenkung statt. Ob die dem Verlustschein zugrunde liegende Forderung auf einem zweiseitigen Austauschvertrag basiert und damit die Basler Rechtsöffnungspraxis zur Anwendung kommt, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Der Schuldner Rolf Keller muss also glaubhaft machen, dass die Zession nicht gültig erfolgt ist.

Frage 3.2

Kompetenzstücke:

Gemäss Sachverhalt verfügt das Betreibungsamt eine Lohnpfändung gegenüber Rolf Keller.

Nach Art. 93 Abs. 1 SchKG kann der Lohn eines Schuldners so weit gepfändet werden, als er nach dem Ermessen des Betreibungsamtes für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig ist (beschränkt pfändbares Einkommen). Dabei sind in das sog. Existenzminimum auch die Berufsauslagen einzurechnen.

Rolf Keller verlangt, dass die monatlichen Unterhaltskosten für das Auto in die Berechnung des Existenzminimums aufgenommen werden, da er jenes zur Fahrt zur Arbeit benötige. Laut Sachverhalt hätten diese Kosten gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums richtigerweise eingerechnet werden müssen; dies ist vorliegend jedoch nicht zu überprüfen. Es stellt sich allerdings die Frage, gestützt auf welche Grundlage diese Einrechnung denkbar und welche Bestimmung einschlägig ist.

In Frage kommt Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG, wonach Berufswerkzeuge unpfändbar sind. Sofern dem Automobil Kompetenzqualität zukommt, sind dessen Unterhaltskosten als Berufsauslagen in die Berechnung des Existenzminimums einzubeziehen. Es ist also zu prüfen, ob das Automobil ein Kompetenzstück darstellt.

Die Unpfändbarkeit eines Autos beurteilt sich danach, ob der Schuldner im Rahmen der Berufsausübung darauf angewiesen ist. Dies ist beispielsweise zu bejahen, wenn «der Schuldner entweder verpflichtet ist, einen eigenen Wagen zur Arbeit mitzubringen, oder wenn er wegen des langen Arbeitswegs eines solchen bedarf. Dem Fahrzeug eines schuldnerischen Arbeit-

nehmers kommt auch Kompetenzcharakter zu, wenn er bei Benützung des Privatwagens gegenüber dem öffentlichen Verkehrsmittel täglich zwei Stunden Arbeitsweg einspart. Für einen nur sechs Kilometer vom Arbeitsort entfernten Schuldner dagegen ist ein Auto kein Kompetenzstück. Er kann entweder öffentliche Verkehrsmittel oder das Fahrrad benützen» (BSK SchKG I-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 23).

Laut Sachverhalt lebt Rolf Keller in einem abgelegenen Weiler im Zürcher Oberland. Er ist bei der Textil AG in Rüti als Vorarbeiter angestellt, welches sich ebenfalls im Zürcher Oberland befindet. Das Auto benötigt Rolf Keller zur Fahrt zur Arbeit. Es dient ihm zwar nicht zur Ausübung des Berufes im engeren Sinne, d.h. während der Arbeitszeiten. Wie soeben dargelegt, kann gemäss Praxis aber auch dann ein Fall von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vorliegen, wenn der Schuldner zur Bewältigung des Arbeitsweges auf ein Auto angewiesen ist. Ob und inwiefern ein Anschluss an öffentliche Verkehrsmittel vorhanden ist, wird aus dem Sachverhalt nicht klar. Falls er mit dem Automobil gegenüber dem öffentlichen Verkehr ca. zwei Stunden Arbeitsweg einspart oder gar kein öffentlicher Verkehr vorhanden ist, müsste dieses als Kompetenzstück qualifiziert werden. Demzufolge hätten die Kosten für den Unterhalt des Automobils als Berufsauslagen gestützt auf Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG in die Berechnung des Existenzminimums einbezogen werden müssen. Sind hingegen ausreichend öffentliche Verkehrsmittel vorhanden, wäre die Kompetenzqualität des Automobils zu verneinen gewesen. Die Berufsauslagen für den öffentlichen Verkehr hätten dennoch in das Existenzminimum einberechnet werden müssen. Da aber Rolf Kellers Arbeitsort Rüti wie auch sein Wohnort im Zürcher Oberland liegen, ist eher davon auszugehen, dass ein ausreichender Anschluss an öffentliche Verkehrsmittel vorhanden ist. Ob das Auto aufgrund ungewöhnlicher Arbeitszeiten von Rolf Keller – d.h. wenn bei Arbeitsbeginn und -ende keine öffentlichen Verkehrsmittel vorhanden sind – ein unpfändbares Hilfsmittel zur Berufsausübung darstellt, lässt sich aufgrund des illiquiden Sachverhalts jedoch nicht ausschliessen.

Vorliegend stellt der Lohn des Schuldners gemäss Sachverhalt das einzig wesentliche Aktivum dar, weshalb das Betreibungsamt eine Lohnpfändung i.S.v. Art. 93 Abs. 1 SchKG verfügte. In diesem Sinne ist anzunehmen, dass das Automobil z.B. infolge langjährigen Gebrauchs von niedrigem Wert ist. Zu beachten ist allerdings, dass „in der Praxis ältere Autos mit geringem Wert und Unterhaltskosten – unter Berücksichtigung des Arbeitswegs und des Anschlusses an die öffentlichen Verkehrsmittel – mehr als andere Fahrzeuge zu unpfändbaren Objekten erklärt“ werden (KUKO SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 92 N 46). Denkbar ist daher auch, dass das Automobil wegen genügender Rentabilität als unpfändbar i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG erachtet wurde.

Untersuchungsmaxime:

Gemäss Sachverhalt vermutet das Betreibungsamt, dass ausreichend öffentliche Verkehrsmittel vorhanden sind und weist das Begehren von Rolf Keller um Einrechnung der Unterhaltskosten des Autos kurzerhand ab. Es handelt sich hierbei um eine unzureichende Abklärung des Betreibungsamtes, denn eine blosser Vermutung genügt nicht. Vielmehr hätte das Betreibungsamt dies von Amtes wegen abklären müssen; es hätte den Rolf Keller zur Mitwirkung anhalten müssen. Es gilt die Untersuchungsmaxime; die gemilderte Untersuchungsmaxime nach Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG stellt nämlich einen allgemeinen Grundsatz dar, der für das ganze Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zu beachten ist.