

# Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 24. Februar 2003

## Prof. Isaak Meier

### **1. Fall: Streitverkündung/Feststellungsklage**

Peter Reich ist Alleinaktionär der Reich AG. Im August 1999 verkauft er die Aktien an Kurt Müller zum Preis von Fr. 100'000.-. Im Kaufvertrag sichert Reich Müller zu, dass lediglich die in der Buchhaltung aufgeführten Verbindlichkeiten offen sind. Für den Fall, dass weitere vor August 1999 entstandene Forderungen von Dritten geltend gemacht werden sollten, verspricht Reich die Reich AG dafür schadlos zu halten.

Im Dezember 2001 macht die Gut AG gegenüber der Reich AG eine unerwartete Forderung von Fr. 500'000.- geltend. Die Gut AG begründete diese damit, dass ihr aus einer Warenlieferung im Juni 1999 ein Schaden in genannter Höhe entstanden sei. *(Die näheren Umstände dieses Schadens interessieren hier nicht.)*

Müller verweigert im Namen der Reich AG die Zahlung. Gleichzeitig bittet er Peter Reich, zu dieser Forderung Stellung zu nehmen. Peter Reich erklärt ihm hierauf Folgendes: Die Forderung sei völlig aus der Luft gegriffen. Im Weiteren weist er darauf hin, dass die Reich AG für diese Forderung nicht auf ihn Rückgriff nehmen könne, da er sich nur verpflichtet habe, für Forderungen einzustehen, die innerhalb eines Jahres nach Vertragsunterzeichnung geltend gemacht werden.

Als die Gut AG gegen die Reich AG klagt, verkündet die Reich AG mit der Klageantwort Peter Reich den Streit. Dieser erklärt, dass er nicht am Verfahren teilnehmen werde.

**Frage 1.1.:** Welches sind die Wirkungen der Erklärung der Reich AG gegenüber Peter Reich?

Kurze Zeit später erhebt Reich gegen die Reich AG und Kurt Müller eine Klage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass er nur verpflichtet sei, für Forderungen einzustehen, die bis August 2000 geltend gemacht worden seien. Die Beklagten bringen gegen die Klage unter anderem vor, dass das Feststellungsinteresse nicht gegeben sei.

**Frage 1.2.:** Ist die Feststellungsklage zulässig?

### **2. Fall: Nachlassverfahren/Rechtsmittel**

Der S-Flug AG ist am 12. März 2002 die Nachlassstundung bewilligt worden. Die S-Flug AG besitzt Beteiligungen an verschiedenen Unternehmen. Unter anderem besitzt sie 60 % der Aktien der FC Kloten AG. Der FC Kloten ist zwar nicht überschuldet. Er befindet sich jedoch in einer schlechten finanziellen Lage. Die S-Flug AG hat die Beteiligung lediglich gekauft, um in der Bevölkerung einen „Goodwill“ für den Flughafen zu schaffen.

Im Mai 2002 meldet sich Martin Gross, eine bekannte und sehr reiche Person aus der Wirtschaft, bei den zuständigen Stellen. Martin Gross ist bereit die Aktien des FC Kloten zu einem symbolischen Betrag von Fr. 5'000.- zu übernehmen.

**Frage 2.1.:** Ist der Verkauf der Aktien zulässig? Welche Voraussetzungen müssen hierfür gegeben sein?

Der Verkauf wird schliesslich von den zuständigen Stellen zum genannten Preis bewilligt und vollzogen. Zwei Wochen nach dem Verkauf erfährt ein Gläubiger der S-Flug AG vom Verkauf. Er ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen für den Verkauf nicht gegeben gewesen seien. Im Weiteren meint er, dass bei einer umsichtigeren Suche nach einem Käufer ein bedeutend höherer Erlös zu erzielen gewesen wäre.

**Frage 2.2.:** Was kann er unternehmen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

### **3. Fall: Schneller Rechtsschutz; Rechtsmittel**

Die Firma Tuch AG hat bei der Firma Werk AG eine grössere Spezialwebmaschine konstruieren und bauen lassen. Im Vertrag hat sich die Firma Werk AG unter anderem verpflichtet, wichtige Ersatzteile XYZ, die einem schnellen Verbrauch unterliegen, zu einem Betrag von Fr. 1'000.- pro Stück zu liefern. Im Weiteren hat sie sich verpflichtet eine Kopie der Konstruktionsunterlagen an die Tuch AG herauszugeben. Die Tuch AG hat bei Bestellung eine Anzahlung von Fr. 400'000.- geleistet. Der Rest des Kaufpreises von Fr. 300'000.- ist vier Monate nach Ablieferung geschuldet.

Die Maschine wird im August 2002 geliefert und funktioniert zunächst einwandfrei. Bereits im Oktober 2002 entstehen jedoch Probleme. Die Tuch AG teilt der Werk AG mit, dass sie den Rest des Preises vorläufig nicht bezahlen werde. Hierauf lässt die Werk AG der Tuch AG mitteilen, dass die Maschine keine Mängel aufweise. Die Probleme seien lediglich wegen unsachgemässer Bedienung entstanden. Bevor die Tuch AG nicht die Bezahlung des Restkaufpreises zusichere, liefere sie auch keine Ersatzteile. Ebenso werde sie die Konstruktionsunterlagen nicht aushändigen.

Zur Fertigstellung der Stoffe für die Sommerkollektion 2003 benötigt die Tuch AG dringend die fraglichen Ersatzteile. Ebenso besteht die Befürchtung, dass die auf Computer gespeicherten Konstruktionsunterlagen später nicht mehr vollständig bei der Werk AG vorhanden sind.

**Frage 3.1.:** Die Tuch AG bittet Sie als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt, die möglichen Rechtsschritte und ihre Erfolgsaussichten aufzuzeigen.

Das zuständige Gericht tritt auf ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen mit der Begründung nicht ein, es fehle die örtliche Zuständigkeit. Warum dies der Fall sein soll, interessiert hier nicht. Anzumerken ist lediglich, dass der Sachverhalt keine internationalen Bezüge aufweist.

**Frage 3.2.:** Welche Rechtsmittel kann die Tuch AG gegen diese Entscheidung ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

## **4. Fall: Örtliche Zuständigkeit**

Über die Risk AG mit Sitz in Winterthur ist der Konkurs eröffnet worden. Der Gläubiger Treu mit Wohnsitz in St. Gallen ist kurz vor der Konkurseröffnung durch den Verwaltungsratspräsidenten Peter Schlau mit Wohnsitz in Meilen verleitet worden, der Risk AG ein Darlehen von Fr. 100'000.- zu geben. Schlau hat Treu in einem Gespräch in einem Restaurant im Hauptbahnhof Zürich gefälschte Bilanzen vorgelegt. Im Darlehensvertrag befindet sich eine Gerichtsstandsvereinbarung, in der der Sitz der Risk AG als Gerichtsstand genannt wird.

Der Gläubiger Treu will gegen Peter Schlau eine Verantwortlichkeitsklage nach OR 754 erheben.

*Anmerkung: Soweit dies für die Beantwortung der nachfolgenden Frage überhaupt relevant ist, ist davon auszugehen, dass der Gläubiger Treu auch nach Konkurseröffnung direkt einen solchen Schaden gegen ein Organ der konkursiten AG geltend machen kann. Eine Abtretung nach SchKG 260 ist nicht notwendig.*

**Frage 4.1.:** Wo kann Treu Klage erheben?

**Frage 4.2.:** Wie ist die Frage zu beantworten, wenn Peter Schlau Wohnsitz in München (Variante 1) bzw. Wohnsitz in Vaduz (Variante 2) hat?

## **Lösungsvorschlag**

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

### **Fall 1**

#### **Frage 1.1.**

Sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind, was nachfolgend zu prüfen ist, bewirkt die Erklärung der Reich AG gegenüber Peter Reich, dass die Wirkung des Urteils, das im Prozess zwischen der Reich AG und der Gut AG (Erstprozess) ergeht, in Umfang der für das Urteil notwendigen Entscheidungsgründe, soweit sie Peter Reich belasten, auf ein allfälliges Zweitverfahren zwischen der Reich AG und Peter Reich erstreckt wird. Im Zweitverfahren gilt die Forderung der Gut AG gegenüber der Reich AG als entschieden. Peter Reich kann nicht mehr einwenden, das Ersturteil sei falsch. So wird er insbesondere mit seiner Einrede, die Forderung der Gut AG sei völlig aus der Luft gegriffen, nicht mehr gehört.

Klar davon abzugrenzen ist die Rechtskraft, die nicht erstreckt wird, mit der Folge, dass Peter Reich im Zweitverfahren noch einwenden kann, dass die Voraussetzungen für die Wirkungserstreckung nicht vorliegen. Er kann beispielsweise geltend machen, der Streit sei ihm nicht rechtzeitig verkündet worden oder die Reich AG habe den Erstprozess schuldhaft verloren. Ebenso kann er sämtliche Einreden aus dem Kaufvertrag zwischen ihm und Kurt Müller vom August 1999 erheben. Insbesondere kann er einwenden, dass er nur verpflichtet sei, für Forderungen einzustehen, die bis August 2000 geltend gemacht worden sind.

Die Streitverkündung hat indes nicht die Wirkung, dass bereits im Erstprozess auch über die Ansprüche der Reich AG gegenüber Peter Reich entschieden wird.

Als Litisdenunziat ist Peter Reich berechtigt, dem Prozess zwischen der Gut AG und der Reich AG als Nebenintervenient beizutreten. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Nebenintervention muss Peter Reich keinerlei Interesse glaubhaft machen. Dieses Erfordernis entfällt, da die Reich AG Peter Reich zum Betritt gerufen hat und alsdann nicht mehr davor geschützt werden muss, dass Peter Reich gegen ihren Willen am Verfahren teilnimmt und Akteneinsicht erlangt.

Die Wirkungserstreckung im hat ihre Grundlage im materiellen Recht (BGE 100 II 24; BGE 90 II 404). Für die Fälle der Rechtsgewährleistung findet sich eine explizite Regelung in Art. 193 OR. Sofern kein Fall von Rechtsgewährleistung vorliegt, gründet die Wirkungserstreckung auf ungeschriebenem Bundesrecht. Da die Gut AG gegenüber der Reich AG weder dingliche noch dinglich verstärkte Rechte geltend macht, sondern bloss einen obligatorischen Anspruch einklagt, der ihr aus einer mangelhaften Lieferung entstanden ist, handelt es sich um keinen Fall der Rechtsgewährleistung. Art. 193 OR ist daher nicht anwendbar. Demzufolge bestimmen sich vorliegend die Voraussetzungen der Wirkungserstreckung nach ungeschriebenem Bundesrecht. Zum selben Ergebnis führt die Überlegung, dass bei einem Aktienkauf die Sachmängelhaftung bei Mängeln des Unternehmens ohnehin nicht Anwendung findet.

Damit nach ungeschriebenem Bundesrecht die Wirkung des Urteils des Erstprozesses erstreckt wird, muss die Streitverkündung rechtzeitig erfolgt sein und die Reich AG darf den Erstprozess nicht schuldhaft verloren haben. Ausserdem muss sich das Urteil des Erstprozesses eignen, Regress- oder Folgeansprüche zu begründen. Da die Reich AG bei einem für sie negativen Ausgang des Erstprozesses auf Peter Reich Regress zu nehmen beabsichtigt, ist letztere Voraussetzung ohne weiteres gegeben. Nach Bundesrecht wird der Streit rechtzeitig verkündet, wenn dies zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Streitberufene zur Erzielung eines günstigen Urteils noch etwas beitragen kann. Da im Kanton Zürich der Streitberufene seine Vorbringen bis zum Abschluss des Hauptverfahrens vortragen kann (§ 114 ZPO), muss der Streit vor Ende des Hauptverfahrens verkündet werden. Gemäss Sachverhalt erklärt die Reich AG Peter Reich bereits mit der Klageantwort den Streit. Somit bleibt ihm noch genügend Zeit, im Rahmen von Replik und Duplik seine Anträge und Einwendungen vorzubringen. Insbesondere wird er auch noch mit seinem Vorbringen gehört, die Forderung sei völlig aus der Luft gegriffen, und kann so Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen. Als weiteres Erfordernis darf die Reich AG einen ungünstigen Prozessausgang nicht verschuldet haben. Diesbezüglich sind dem Sachverhalt keine Hinweise entnehmbar.

Die Wirkungserstreckung tritt unabhängig davon ein, ob der Streitberufene am Verfahren teilnimmt oder nicht. Es ist daher nicht erforderlich ist, dass Peter Reich zum Verfahren zwischen der Gut AG und der Reich AG erscheint. Gemäss Sachverhalt verzichtet er denn auch darauf. Auf die Wirkungserstreckung des Urteils hat dies keinen Einfluss. Es ist gerade Sinn und Zweck der Streitverkündung, dass die Wirkung des Urteils auf einen Dritten erstreckt wird, unabhängig davon, ob dieser dem Verfahren fernbleibt. Da Peter Reich nicht zur Teilnahme gezwungen werden kann, würde die Streitverkündung ansonsten ihr Ziel verfehlen. Bei der Aufforderung von Art. 193 OR, den Streitverkünder zu unterstützen, handelt es sich um eine Obliegenheit.

**Fazit:** Vorausgesetzt, dass die Reich AG kein Verschulden am ungünstigen Prozessausgang trifft, wirkt das Urteil des Erstprozesses im oben genannten Sinn auch gegenüber Peter Reich, unabhängig davon, ob er dem Prozess fernbleibt.

**Frage 1.2.**

Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage bei Ansprüchen aus dem Bundesprivatrecht ergibt sich abschliessend aus dem Bundesrecht (BGE 110 II 352). Soweit die Voraussetzungen nicht dem geschriebenen Recht (z.B. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, Art. 85a SchKG) zu entnehmen sind, richten sie sich nach ungeschriebenem Bundesrecht. Da vorliegend Pflichten aus einem Kaufvertrag strittig und im geschriebenen Bundesrecht keine besonderen Klagen zur Feststellung dieser Pflichten normiert sind, ist zu prüfen, ob eine Feststellungsklage nach ungeschriebenem Bundesrecht erhoben werden kann.

Als Erstes gilt es festzuhalten, dass nur ein Recht, Rechtsverhältnis oder einzelne Voraussetzungen eines Rechts festgestellt werden können, nicht aber Tatsachen. Peter Reich will feststellen lassen, dass er nur verpflichtet sei, für Forderungen einzustehen, die bis August 2000 geltend gemacht worden seien, bzw. dass er nicht verpflichtet sei, auch für Forderungen einzustehen, die erst später geltend gemacht worden sind. Demnach will er Rechte und Pflichten aus einem Rechtsverhältnis feststellen lassen. Dies ist zulässig.

Eine Feststellungsklage ist im Weiteren nur zulässig, wenn ein genügendes Feststellungsinteresse vorhanden ist bzw. wenn ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis besteht. Dies ist dann der Fall, wenn eine Rechtsunsicherheit besteht oder ein Anspruch gefährdet oder bestritten wird, die Fortdauer dieser Rechtsungewissheit nicht zumutbar ist und es nicht möglich ist, die Ungewissheit durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zu beseitigen. Letztes Erfordernis ist gegeben, da Peter Reich ausschliesslich den Bestand bzw. Nichtbestand einer Verpflichtung feststellen lassen kann. Eine Klage auf Leistung ist nicht möglich, da die Reich AG zu keinem Tun oder Unterlassen verpflichtet ist noch dazu verurteilt werden soll. Eben so wenig soll das Gericht durch Gestaltungsurteil ändernd in die Rechtslage eingreifen, denn es geht nicht darum, eine Rechtsänderung herbeizuführen, sondern eine bestehende Rechtsungewissheit zu klären. Gemäss Sachverhalt ist ungewiss, für welche Ansprüche sich Peter Reich gegenüber der Reich AG genau zur Schadloshaltung verpflichtet hat. Er bestreitet denn auch eine Pflicht, für Ansprüche, die nach August 2000 geltend gemacht werden, einzustehen. Ob die Fortdauer der Ungewissheit für Peter Reich unzumutbar ist, beurteilt sich danach, ob er durch den in Frage stehenden Anspruch in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit behindert wird (BGE 123 III 414; BGE 120 II 20; BGE 110 II 352). Demnach ist nicht allein auf die abstrakte Höhe der fraglichen Forderung abzustellen, sondern auf die Höhe der Forderung im Verhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Peter Reich. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der drohende Anspruch den Verkaufspreis der Reich AG um das Fünffache übersteigt. Der Verkaufserlös, sofern er bei Peter Reich überhaupt noch vorhanden ist, würde nicht halbwegs zur Deckung der fraglichen Forderung genügen. Ein Betrag über eine halbe Million ist für eine natürliche Person in der Regel eine schwere wirtschaftliche Belastung. Es ist davon auszugehen, dass Peter Reich dafür Rückstellungen machen muss und ihm das Geld für andere Verwendungen solange fehlt und er unter Umständen sogar darauf verzichten muss. Peter Reich ist daher durch den ausstehenden Anspruch in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit stark eingeschränkt. Demgegenüber erscheinen die gegenläufigen Interessen der Reich AG, selbst den Zeitpunkt für die Geltendmachung einer entgegengesetzten Leistungsklage zu bestimmen, von eher untergeordneter Bedeutung. Die Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit ist daher zu bejahen.

Stellt sich noch die Frage, wie sich die Streitverkündung der Reich AG im Erstprozess auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage von Peter Reich auswirkt. Als Erstes ist festzuhalten, dass allein durch die Streitverkündung der Reich AG noch keine Leistungsklage gegen Peter Reich rechtshängig gemacht ist. Der Feststellungsklage steht somit nicht die Rechtshängigkeit einer identischen Klage der Reich AG entgegen. Zu prüfen ist im Weiteren, ob die Streitverkündung und die ausgelassene Möglichkeit von Peter Reich, am Erstverfahren als Nebenintervenient teilzunehmen, sein Feststellungsinteresse schmälern. Dies ist zu verneinen, denn im Erstverfahren wird gerade nicht über die Regressfrage entschieden, die Gegenstand

der Feststellungsklage ist. Mit Einwendungen gegen die Regressforderung wäre Peter Reich im Erstverfahren nicht gehört worden. Auch wenn er also dem Erstverfahren beigetreten wäre, wäre die Frage offen geblieben, ob er nur für Forderungen einzustehen hat, die bis August 2000 geltend gemacht worden sind. Sein Interesse an der Klärung dieser Frage ist daher unvermindert vorhanden, auch wenn er am Erstverfahren nicht teilgenommen hat.

**Fazit:** Die Feststellungsklage von Peter Reich ist zulässig.

## **Fall 2**

### **Frage 2.1. Nachlassverfahren**

Am 12. März 2003 wurde die Nachlassstundung über die S-Flug AG durch den Nachlassrichter bewilligt (SchKG 294 II). Im Kanton Zürich ist dafür der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig (SchKG 25 Ziff. 5 lit. a i.V.m. ZPO 213 Ziff. 15 und GVG 23 I). Gemäss SchKG 295 I gewährt der Nachlassrichter die Stundung für vier bis sechs Monate. Somit fand der im Mai getätigte Verkauf noch innerhalb der Nachlassstundung statt.

Im Gegensatz zum Konkurs verliert der Schuldner die Verfügungsmacht über sein Eigentum nicht gänzlich, sie wird jedoch eingeschränkt. In diesem Zusammenhang interessiert vor allem SchKG 298 II. Diese Bestimmung zählt jene Rechtshandlungen auf, welche dem Nachlassschuldner, wie auch dem Sachwalter, nur mit Ermächtigung des Nachlassrichters erlaubt sind. Darunter fällt unter anderem der Verkauf von Anlagevermögen. Es gilt nun zu prüfen, ob es sich bei den Aktien der FC Kloten AG um Anlagevermögen in Sinne von SchKG 298 II handelt.

Der Begriff des Anlagevermögen ist im buchhalterisch-technischen Sinne zu verstehen, wie er auch in OR 663a I und 665 f. verwendet wird. Gemäss OR 665a I gehören Beteiligungen (als Bestandteil des Finanzvermögens) zum Anlagevermögen. Unter einer Beteiligung versteht man Anteile am Kapital anderer Unternehmen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln (vgl. OR 665a). Somit umfasst die Definition der Beteiligung sowohl eine subjektive als auch eine objektive Komponente. Das subjektive Element zeigt sich in der Absicht der dauernden Anlage. Es soll sich dabei also nicht bloss um eine kurzfristige Investition handeln. Das objektive Element verlangt, dass die Anlage einen massgeblichen Einfluss vermittelt. Gemäss einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung liegt ein massgeblicher Einfluss immer dann vor, wenn mindestens ein Anteil von 20 Prozent gehalten wird (OR 665a III).

Beide obengenannten Voraussetzungen werden erfüllt. Einerseits handelt es sich zweifellos um eine auf längere Dauer ausgerichtete Anlage, hält die S-Flug AG die Aktien doch mit dem Ziel, in der Bevölkerung „Goodwill“ zu schaffen. Dies setzt einen langen Anlagehorizont voraus. Aus dem Sachverhalt geht des Weiteren hervor, dass die S-Flug AG 60 Prozent der FC Kloten AG besitzt. Folglich ist auch das objektive Kriterium des massgeblichen Einflusses erfüllt. Als Fazit bleibt festzuhalten, dass es sich bei den Aktien um eine Beteiligung im Sinne von OR 665a handelt, die nach OR 665a I zum Anlagevermögen zählt.

Nachdem nun die Anwendbarkeit von SchKG 298 II feststeht, gilt es, die Zulässigkeit der Ermächtigung durch den Nachlassrichter zu beurteilen.

Im Gegensatz zum Konkursrecht, das für den Verkauf von Vermögensgegenständen vor der eigentlichen Verwertung einerseits Verfahrensvorschriften (SchKG 243 II) und andererseits gewisse Mitwirkungsrechte der Gläubiger (SchKG 238 I, 256 III) festhält, finden sich in Nachlassrecht keine diesbezüglichen Bestimmungen. Somit kann der Nachlassrichter ohne Einbezug der Gläubiger entscheiden. Dabei muss er jedoch den Sinn und Zweck des Nachlassverfahrens beachten und die Interessen der Gläubiger wahren. Das eigentliche Ziel des Nachlassverfahrens im Allgemeinen und der Nachlassstundung im Besonderen ist es, der betroffe-

nen Gesellschaft ohne Betreibungsdruck der Gläubiger Zeit zur Sanierung und damit zur Rettung der Gesellschaft einzuräumen. Dieser Zweck bedingt denn auch, dass betriebsnotwendige Aktien einer Gesellschaft nicht veräussert werden dürfen, da ansonsten ein Weiterbestand bzw. eine Rettung der Gesellschaft von vornherein unmöglich würde. Auf der anderen Seite macht es Sinn, nicht betriebsnotwendige Aktiven zu veräussern, um so Kapital für die eigentliche Tätigkeit der Gesellschaft zu beschaffen. Da die Aktien der FC Kloten AG nichts mit der Geschäftstätigkeit der SAG zu tun haben, können sie, ohne das Überleben der Unternehmung zu gefährden, verkauft werden. Zum Schutz der Gläubigerinteressen muss aber ein fairer Verkaufspreis erzielt werden. Auf jeden Fall sollte die Verwertungssumme höher sein als der im Konkursfall voraussichtlich zu erzielende Erlös.

**Fazit:** Unter Beachtung der Voraussetzungen von SchKG 298 II ist der Verkauf der Aktien zu einem fairen Preis zulässig.

### **Frage 2.2. Rechtsmittel**

Da das SchKG keine diesbezüglichen Regelungen aufweist, richtet sich der Rechtsmittelweg nach den kantonalen Bestimmungen.

#### **1. Rechtsmittel gegen den Ermächtigungsentscheid des Nachlassrichters**

Entscheide des Nachlassrichters ergehen von Bundesrechts wegen im summarischen Verfahren (SchKG 25 Ziff. 2 lit a).

**a) Kantonale Berufung ans Obergericht:** Diese ist gemäss ZPO 259 nur gegen Vor-, Teil- und Endurteile zulässig. Entscheide des Einzelrichters im summarischen Verfahren ergehen nie durch ein Urteil in der Sache im Sinne von ZPO 259, sondern durch Verfügung (GVG 155). Deshalb fehlt es an einem zulässigen Anfechtungsobjekt für die kantonale Berufung.

**b) Kantonaler Rekurs ans Obergericht:** An erster Stelle empfiehlt es sich, die Legitimation des Gläubigers zu prüfen. Hier gilt hervorzuheben, dass das Bundesrecht, anders als z.B. in SchKG 294, kein Rechtsmittel vorschreibt. Es stellt sich nun die Frage, ob das kantonale Recht trotzdem ein Rechtsmittel zulassen darf. Falls davon ausgegangen wird, lässt sich das Problem der Legitimation anhand des Zürcher Rechts wie folgt beantworten: Da der Gläubiger im Ermächtigungsverfahren nach SchKG 298 II keine Parteistellung innehat, richtet sich die Frage der Legitimation nach ZPO 273. Danach können Drittpersonen gegen jeden Entscheid, der in ihre Rechte eingreift, Rekurs erheben, auch wenn den Parteien der Weiterzug nicht gestattet ist. Es darf also nicht auf die Rekursfähigkeit im Sinne von ZPO 271 und 272 abgestellt werden. Folglich sind Erledigungs- oder prozessleitende Entscheide, gleichgültig, ob sie im ordentlichen oder im summarischen Verfahren ergangen sind und unabhängig von der Höhe des Streitwerts, anfechtbar.<sup>1</sup> Gefordert wird jedoch ein unmittelbarer Eingriff in die Rechte des Dritten. Als Gläubiger im Nachlassverfahren wird er durch den unrechtmässigen Verkauf der Aktien direkt betroffen, wird doch dadurch das Vermögen des Nachlassschuldners geschmälert. Ein Problem stellt die in ZPO 276 festgehaltene Frist von zehn Tagen dar, da der Gläubiger erst vierzehn Tage nach dem Verkauf davon Kenntnis erhält. Als Lösung bietet sich die analoge Anwendung von ZPO 287 an, der die Frist der Nichtigkeitsbeschwerde regelt. Somit beginnt die zehntägige Frist erst ab Kenntnisnahme zu laufen und stellt somit kein Hindernis mehr dar

---

<sup>1</sup> Vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 273 N 3.

c) **Fazit:** Der Gläubiger ist zur Einlegung des Rekurses berechtigt. Zuständig ist das Obergericht des Kantons Zürich (GVG 43).

## 2. Rechtsmittel gegen den Rekursentscheid des Obergerichts

a) **Eidgenössische Berufung ans Bundesgericht:** Hier stellt sich vor allem die Frage, ob eine Zivilsache im Sinne von OG 44 ff. vorliegt. Dies hängt von der Rechtsnatur des Streitgegenstandes ab. Da die Ermächtigung durch den Nachlassrichter weder den Bestand zivilrechtlicher Ansprüche des Gläubigers noch einen Eingriff in solche zum Prozessgegenstand hat, handelt es sich nicht um eine Zivilsache im Sinne von OG 44 ff. Daher kommt eine eidgenössische Berufung nicht in Frage.

b) **Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht:** Auch sie scheitert am Erfordernis der Zivilsache (vgl. oben). Ausserdem mangelt es an einem in OG 68 aufgeführten Rügegrund.

c) **Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht:** Da sowohl die eidgenössische Berufung wie auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nicht in Betracht kommen, ist der Weg für die Prüfung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde frei (ZPO 285). Der Rekursentscheid des Obergerichts ist gemäss ZPO 281 ein gültiges Anfechtungsobjekt. Als weitere Voraussetzung bedarf es eines in ZPO 281 aufgeführten Rügegrundes. So kann gerügt werden, der Entscheid beruhe auf aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen gemäss ZPO 281 Ziff. 2. Es wurde nämlich ohne weitere Überprüfung davon ausgegangen, dass sich kein höherer Erlös erzielen lässt. Ein Streitwert ist nicht erforderlich. Als Partei im vorinstanzlichen Verfahren ist der Gläubiger zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.<sup>2</sup> Die Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen beim Kassationsgericht (GVG 69a) einzureichen (ZPO 287).

d) **Fazit:** Der Gläubiger ist zur Einlegung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde berechtigt. Zuständig ist das Kassationsgericht des Kantons Zürich.

## 3. Rechtsmittel gegen den Entscheid des Kassationsgerichts

a) **Staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht:** Als letztes Rechtsmittel bleibt die staatsrechtliche Beschwerde (OG 84 ff.). Es liegt ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vor (OG 86), der nicht durch ein anderes Rechtsmittel beim Bundesgericht gerügt werden kann (vgl. oben, OG 84 II). Als Beschwerdegrund kann der Gläubiger Willkür geltend machen. Da BV 9 jedoch kein selbständiges Beschwerderecht anerkennt, muss zusätzlich die Verletzung einer Norm gerügt werden, in casu die willkürliche Anwendung von SchKG 298 II. Da er in seinen rechtlich geschützten Interessen persönlich und aktuell betroffen ist, liegt die Legitimation gemäss OG 88 vor. Die Beschwerde ist inner 30 Tagen beim Bundesgericht einzureichen (OG 89).

b) **Fazit:** Der Gläubiger ist zur Einlegung staatsrechtlicher Beschwerde berechtigt.

## 4. Rechtsmittel gegen die Handlung des Sachwalters

Da ein Rechtsmittel gegen den Entscheid des Nachlassrichters gegeben ist, kann die darauf beruhende Handlung des Sachwalters nicht gesondert angefochten werden.

---

<sup>2</sup> Vgl. Karl Spühler / Dominik Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1997, Seite 70.

### **Fall 3**

#### **Frage 3.1.**

Als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt habe ich der Tuch AG als meiner Klientin verschiedene Möglichkeiten aufzuzeigen. Die Klientin soll schliesslich über alle möglichen Rechtsschritte und deren Erfolgsaussichten informiert sein, um sich dann für eine Lösung entscheiden zu können.

Als erste Möglichkeit drängt sich sicherlich die Einleitung einer Klage auf. Die Werk AG hat sich nämlich vertraglich zur Lieferung der Ersatzteile und zur Herausgabe einer Kopie der Konstruktionsunterlagen verpflichtet. Dies stellt einen vertraglichen Anspruch dar, der mit einer Leistungsklage durchgesetzt werden kann. Gemäss GVG 62 wäre hierfür das Handelsgericht zuständig. Da die Ersatzteile dringend benötigt werden, müsste die Klage mit einem Begehren um vorsorgliche Massnahmen nach ZPO 110 verbunden werden. An sich wäre dieser Weg für die Tuch AG vorteilhaft, da direkt über den materiellen Anspruch entschieden würde und sie mit einem Urteil auch die Vollstreckung verlangen könnte. Das Problem ist aber, dass grundsätzlich vor einer Klageeinleitung ein Sühnverfahren durchlaufen werden muss (vgl. ZPO 93). Nur in gewissen genau umschriebenen Fällen kann auf ein Sühnverfahren verzichtet werden (ZPO 103-105). Da in unserem Fall das Handelsgericht nach GVG 62 und nicht nach GVG 61 zuständig ist, wird ein vorangehendes Sühnverfahren für die Klageeinleitung vorausgesetzt (vgl. ZPO 103 Ziff. 1). Somit wird die Tuch AG mit dieser Variante wegen dem vorangehenden Sühnverfahren nicht gut bedient sein und es wäre ihr wegen der zeitlichen Dringlichkeit von dieser Möglichkeit abzuraten.

Als weitere Variante ihren Anspruch gerichtlich durchzusetzen, käme das Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen beim Einzelrichter im summarischen Verfahren nach ZPO 222 Ziff. 2 in Betracht. Da sich der Anspruch auf Lieferung der Ersatzteile und Herausgabe einer Kopie der Konstruktionsunterlagen unzweifelhaft auf einen schriftlichen Vertrag stützen wird und grundsätzlich nicht diese Ansprüche streitig sind, bestehen gute Chancen vor dem Einzelrichter durchzudringen. Im summarischen Verfahren entfällt das Sühnverfahren (vgl. ZPO 205), was dem Kriterium der Dringlichkeit demzufolge zu genügen vermag. Ein Risiko stellt hier jedoch die Möglichkeit der Überweisung ins ordentliche Verfahren bei Illiquidität dar (ZPO 226).

Im Weiteren kommen vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen ebenfalls beim Einzelrichter im summarischen Verfahren nach ZPO 222 Ziff. 3 in Frage. Dies hat den Vorteil, dass ohne über den materiellen Anspruch entschieden zu haben, vorläufige Massnahmen zum Schutz der Tuch AG angeordnet werden können. Voraussetzungen und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen sind heute umfassend dem Bundesrecht zu entnehmen. So muss für den Erlass vorsorglicher Massnahmen glaubhaft erscheinen, dass der zu schützende Anspruch gegeben ist und dem Gesuchsteller ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Als Massnahmen kommen Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen in Frage.

Da die Gefahr besteht, dass die auf Computer aufgezeichneten Konstruktionsunterlagen später nicht mehr vollständig bei der Werk AG vorhanden sind, ist hierfür eine Sicherungsmassnahme zu empfehlen. So könnte z.B. eine Hinterlegung einer Sicherheitskopie beim Gericht beantragt werden. Hierzu müssen jedoch ein Anspruch und ein drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht werden. Da bezüglich einer Kopie der Konstruktionsunterlagen ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe besteht, wird die Hauptsachenprognose relativ einfach bejaht werden können. Demgegenüber muss bei der Nachteilsprognose mehr Geschick aufgewendet werden. Die konkrete Gefährdung, dass die Werk AG evt. böswillig die Unterlagen löscht, muss irgendwie plausibel dargelegt werden können. Da eine Sicherstellung jedoch mit einem sehr geringem Eingriff in die Rechte der Werk AG

verbunden ist, werden wahrscheinlich keine allzu hohen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden.

Bei der Lieferung der Ersatzteile stellt sich jedoch das Problem, dass es sich hierbei um eine Leistungsmassnahme handelt. Eine solche Leistungsmassnahme stellt eigentlich schon eine Vollstreckung des behaupteten Anspruchs dar. Es wird also sozusagen dem gerichtlichen Urteil vorgegriffen und eine vorläufige Vollstreckung angeordnet. Eine solche vorläufige Vollstreckung unterscheidet sich massgebend von den vorsorglichen Massnahmen im eigentlichen Sinne. Diese dürfen folglich nur in einer sehr eingeschränkten Masse angeordnet werden (vgl. hierzu Vogel/Spühler, 12 N 196 ff.). Die Zürcher Praxis neigt jedoch dazu, solche Leistungsmassnahmen grosszügiger als vom Bundesrecht vorgesehen zuzulassen. Es werden dabei besonders strenge Anforderungen an das Glaubhaftmachen des Anspruchs und das Drohen eines besonders schweren Nachteils gestellt (ZR 85 Nr. 38).

Da auch bezüglich der Ersatzteillieferung eine klare vertragliche Verpflichtung besteht, wird auch bei diesen erhöhten Voraussetzungen ein Anspruch glaubhaft gemacht werden können. Ein drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wird jedoch substantiiert dargelegt werden müssen, um mit den Anliegen durchdringen zu können. Ohne die Ersatzteile kann die eigens für die Tuch AG hergestellte Maschine nicht benutzt werden. Für die Fertigstellung der Stoffe für die Sommerkollektion 2003 ist die Tuch AG jedoch auf das Funktioniereben dieser Maschine angewiesen. Werden die Ersatzteile nicht geliefert, fällt die ganze Produktion aus. Dieser Betriebsausfall kann zu einem späteren Zeitpunkt nicht wieder gut gemacht werden. Einerseits könnte die Sommerkollektion nicht erst im Herbst oder Winter auf den Markt gebracht werden und andererseits wären die Stoffe für das nächste Jahr wahrscheinlich schon veraltet. Neben Einnahmeeinbussen ist auch mit Schadenersatzansprüchen zu rechnen, da die Tuch AG ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden nicht mehr nachkommen könnte. Die Nichtlieferung der Ersatzteile ist folglich für die Tuch AG mit einem beträchtlichen Schaden, der nicht einfach wieder gut gemacht werden kann, verbunden. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass das Gericht dieser Leistungsmassnahme zustimmen wird. Da die Kaufpreisforderung bezüglich der Ersatzteile auch nicht strittig ist, ist der Nachteil, den die Werk AG durch die Leistungsmassnahme erleidet, nicht allzu hoch zu gewichten.

Schlussendlich wären auch superprovisorische Massnahmen nach ZPO 224 denkbar. Hierzu bedarf es neben den allgemeinen Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme noch einer besonderen Dringlichkeit. Sowohl für die Lieferung der Ersatzteile als auch für die Herausgabe der Konstruktionsunterlagen könnte eine solche Dringlichkeit gegeben sein. Es besteht jedoch die Gefahr, dass das Gericht diese Dringlichkeit verneint und eine superprovisorische Massnahme verweigert. Als Rechtsanwältin wäre hier ein Begehren um superprovisorische Massnahmen und eventualiter um vorsorgliche Massnahmen zu empfehlen.

### **Frage 3.2.**

Das zuständige Gericht tritt auf ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Schon aus diesem kurzen Satz ergibt sich, dass es sich hierbei nicht um prozessuale vorsorgliche Massnahmen handeln kann. Erklärt sich ein Gericht nämlich für die Hauptsache als zuständig, wird sie ihre Zuständigkeit für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nach ZPO 110 auch nicht mehr in Frage stellen können. Es handelt sich folglich um vorprozessuale Massnahmen, die vom Einzelrichter im summarischen Verfahren angeordnet werden.

Die kantonale Berufung nach ZPO 259 entfällt mangels Sachurteils. Auch sind Summarentscheide in der Regel nicht berufungsfähig.

Gemäss ZPO 272 sind Erledigungsverfügungen, die im summarischen Verfahren ergangen sind, grundsätzlich mit Rekurs anfechtbar. Da auf das Begehren um vorsorgliche Massnahmen nicht eingetreten wurde, liegt ein Nichteintretensentscheid in Form einer Erledi-

gungsverfügung als ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor (vgl. ZPO 188 Abs. 2). Weiter muss ein Streitwert von Fr. 8'000.- gegeben sein. Da für die Fertigstellung der Sommerkollektion wahrscheinlich mehrere Ersatzteile benötigt werden und daneben auch der Wert der Konstruktionsunterlagen hinzu kommt, ist davon auszugehen, dass die Streitwertgrenze erreicht ist. Nach ZPO 272 Abs. 2 Ziff. 1 ist der Rekurs jedoch ausgeschlossen, wenn ein provisorischer Befehl nach ZPO 224 erteilt wurde. In unserem Fall wurde aber gerade kein Befehl erteilt und somit entfällt auch dieser Ausschlussgrund. Der Rekurs nach ZPO 272 ist somit gegen den abweisenden Massnahmeentscheid gegeben.

Gemäss ZPO 285 Abs. 1 sind vor der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde die eidgenössischen Rechtsmittel zu prüfen. Die eidgenössische Berufung fällt dabei ausser Betracht, da vorsorgliche Massnahmen nie als Endentscheide ergehen und es somit am zulässigen Anfechtungsobjekt fehlt (OG 48 Abs. 1).

Als nächstes Rechtsmittel ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde zu prüfen. Dabei ist das Anfechtungsobjekt relativ weit umschrieben. So sind auch Entscheide über vorsorgliche Massnahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zugänglich. Als Beschwerdegrund kommt OG 68 Abs. 1 lit. e in Frage. Das GestG gehört dabei zu den eidgenössischen Zuständigkeitsvorschriften im Sinne von OG 68 Abs. 1 lit. e. Die Zuständigkeitsvorschriften für vorsorgliche Massnahmen ergeben sich aus GestG 33. Seit Inkraftsetzung des GestG ist somit ein Zuständigkeitsentscheid über vorsorgliche Massnahmen mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar (vgl. hierzu Marcel Dietrich, Zürcher GestG-Kommentar, Art. 33 N 97 f.). Zu beachten ist, dass bei der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ein Streitwerterfordernis nicht verlangt wird. Dies bedeutet, dass auch bei einem Streitwert von unter Fr. 8'000.- die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde möglich ist. In unserem Fall spielt dies jedoch eine untergeordnete Rolle, da davon ausgegangen werden kann, dass ein Streitwert von mind. Fr. 8'000.- erreicht sein wird.

***Hinweis:** Punkte konnten nur bei einer schlüssigen Abgrenzung der Rechtsmittel und Behandlung auf den konkreten Fall erzielt werden. Alle Rechtsmittel einfach aufzuzählen oder lediglich eine Abgrenzung bezüglich des Streitwertes vorzunehmen ohne das Problem erkannt zu haben, genügt grundsätzlich nicht für die Lösung.*

## **Fall 4**

### **Frage 4.1.**

Im vorliegenden Fall liegt ein rein nationaler Sachverhalt vor. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit beurteilt sich deshalb nach GestG.

Zu prüfen ist zunächst die **Gerichtsstandsvereinbarung**. Falls aus der Vereinbarung nichts anderes hervorgeht, kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden (GestG 9).

Hauptstreitpunkt ist, ob die Gerichtsstandsvereinbarung für Peter Schlau verbindlich ist oder nicht. Schlau hat den Darlehensvertrag in Vertretung und Namens der Risk AG abgeschlossen. D.h. Vertragspartner des Darlehensvertrages und damit auch der Gerichtsstandsvereinbarung sind Treu und die Risk AG. Peter Schlau ist weder Partei des Darlehensvertrages noch der Gerichtsstandsvereinbarung. Die Gerichtsstandsvereinbarung ist deshalb für ihn nicht verbindlich.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Gerichtsstandsvereinbarung im Übrigen gültig wäre.

- Die für die Verantwortlichkeitsklage in Frage kommenden Gerichtsstände (GestG 29 und 25) sind nicht zwingend.

- Eine Konsumentenstreitigkeit nach GestG 22 II liegt hier nicht vor. Die Vergabe eines Darlehens an ein Unternehmen in der Höhe von Fr. 100'000.- weist eher auf eine geschäftliche Aktivität hin.
- Die Vereinbarung ist offensichtlich schriftlich abgeschlossen worden (vgl. GestG 29 II).

Zu prüfen sind als nächster Schritt die besonderen Gerichtsstände des GestG. Das GestG sieht für Klagen aus „gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit“, wie sie hier vorliegt, in **Art. 29** einen besonderen Gerichtsstand vor. Entsprechend hat Treu die Wahl, Peter Schlau an seinem Wohnsitz in Meilen oder am Sitz der Gesellschaft in Winterthur einzuklagen.

Als weiterer Gerichtsstand fällt **Art. 25** in Betracht. Das Verhalten von Peter Schlau stellt auch eine unerlaubte Handlung dar. Dies führt zur Frage: Kommt bei einer Verantwortlichkeitsklage Art. 29 als *lex specialis* ausschliesslich zur Anwendung oder kann die Klage, falls zusätzlich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 25 vorliegt, auch an den Gerichtsständen dieser Bestimmung erhoben werden. Für eine ausschliessliche Anwendung von Art. 29 sprechen:

- Eine kumulative Anwendung führt zu einer „Ausuferung“ der ohnehin schon zahlreichen Zuständigkeiten des GestG.
- In einer weiten Auslegung des Begriffes „unerlaubte Handlung“ fällt jede Handlung, die eine Verantwortlichkeit nach OR 754 auslösen kann, unter diese Bestimmung. Angesichts der Sondernorm in Art. 29 ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber für diese Klagen auch lediglich diese Gerichtsstände zur Anwendung bringen wollte.

Mit der herrschenden Lehre ist daher anzunehmen, dass Art. 29 die kumulative Anwendung von Art. 25 ausschliesst.

Bejaht man eine kumulative Anwendung, sind die Gerichtsstände von Art. 25 im vorliegenden Fall zu prüfen.

Als **Handlungsort** kommt jeder Ort in Frage, in der Peter Schlau die alleinige Ursache oder eine Teilursache für den eingetretenen Schaden gesetzt hat. In Frage kommt Zürich, wo Schlau die gefälschte Bilanz vorgelegt hat. Denkbar ist aber auch jeder (im vorliegenden Fall nicht bekannte) Ort, wo Peter Schlau seine Täuschung vorbereitet hat. Nach herrschender Lehre begründen Vorbereitungshandlungen allerdings nur einen Gerichtsstand, wenn diese bereits für sich gesehen, eine (abgeschlossene) unerlaubte Handlung beinhalten.

Als **Erfolgsort** fällt der (im vorliegenden Fall unbekante) Ort in Betracht, wo das Konto geführt wurde, von dem Treu die Fr. 100'000.- abgebucht hat. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen sog. reinen Vermögensschaden (vgl. BGE 125 III 103).

Der **Wohnsitz der geschädigten Person** ist schliesslich Winterthur.

Art. 25 schafft somit einen zusätzlichen Gerichtsstand in Zürich und an anderen Orten, zu denen allerdings die Angaben fehlen.

#### **Frage 4.2. Variante 1**

Bei Variante 1 liegt ein internationaler Sachverhalt vor, der schlussendlich zur Anwendung des LugÜ führt. Das LugÜ ist grundsätzlich anwendbar, wenn der Beklagte Wohnsitz in einem LugÜ-Staat hat. Der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ ist gegeben. Trotz der Geltendmachung der Verantwortungsklage nach Konkurseröffnung liegt hier keine Konkursache im Sinne von Art. 1 II vor.

Es ist wieder zuerst die **Gerichtsstandsvereinbarung** zu prüfen (Art. 17). Auch hier ist die Anwendung der Gerichtsstandsvereinbarung zu verneinen, da Schlau nicht Vertragspartner des Darlehensvertrages und damit auch nicht der Gerichtsstandsvereinbarung ist. Im Übrigen ist die Gerichtsstandsvereinbarung als gültig zu betrachten. Eine zwingende Zuständigkeit im Sinne von Art. 16 Ziff. 2 liegt hier ohne Zweifel nicht vor. Eine Verantwortlichkeits-

klage ist keine Klage, welche die Gültigkeit, Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder der Beschlüsse eines Organs zum Gegenstand hat.

Das LugÜ enthält keine besondere Zuständigkeit für die Verantwortlichkeitsklagen. Naheliegender ist es jedoch die Anwendung von **Art. 5 Ziff. 3** zu prüfen. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist dabei nach autonomer Auslegung zu bestimmen. Verantwortlichkeitsansprüche sind ihrer Natur nach keine vertraglichen Ansprüche. Vielmehr resultieren sie auf Verletzungen von gesetzlichen und statutarischen Pflichten der Organe. Verantwortlichkeitsansprüche können daher als ausservertragliche Ansprüche eingestuft werden.

Damit stellt sich die Frage nach den Gerichtsständen dieser Bestimmung. Trotz der engen Formulierung in Art. 5 Ziff. 3 (Ort, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist) kann nach Lehre und Praxis ebenfalls am Handlungs- und Erfolgsort geklagt werden. Grundsätzlich sind diese Begriffe gleich auszulegen wie im GestG. Zu beachten ist allerdings, dass allfällige Handlungs- und Erfolgsorte in Deutschland keinen Gerichtsstand begründen, da die besonderen Zuständigkeiten nur zur Anwendung kommen, wenn diese im Staate liegen, in dem der Beklagte nicht seinen Wohnsitz hat (vgl. Art. 5 LugÜ).

Neben den besonderen Zuständigkeiten gestützt auf Art. 5 kommt (selbstverständlich) der allgemeine Gerichtsstand nach Art. 2 zur Anwendung. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach deutschem Recht.

#### **Frage 4.2. Variante 2**

Lässt man zunächst die Gerichtsstandsvereinbarung ausser Betracht, kommt für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich das IPRG zur Anwendung, da der Beklagte den Wohnsitz nicht in einem LugÜ-Staat hat. Mit Liechtenstein besteht zwar ein bilateraler Staatsvertrag. Dieser betrifft jedoch nur die Frage der Anerkennung und Vollstreckung.

Zu prüfen ist wiederum zuerst die **Gerichtsstandsvereinbarung**. Hier ist besonders zu beachten, dass diese sich – trotz der grundsätzlichen Anwendung des IPRG – nach dem LugÜ richtet. Nach Art. 17 LugÜ ist es genügend, dass eine Partei in einem Vertragsstaat wohnt und die Gerichte eines Vertragsstaates gewählt werden. Betreffend Anwendung und Gültigkeit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Entsprechend findet hier die Gerichtsstandsvereinbarung keine Anwendung.

Das IPRG enthält in **Art. 151** eine besondere Zuständigkeit für Verantwortlichkeitsklagen. Wie im GestG kommen als Gerichtsstände der Sitz der Gesellschaft oder Wohnsitz der haftenden Person in Frage. Der letztgenannte Gerichtsstand kommt hier allerdings nicht zur Anwendung, da das IPRG selbstverständlich nur Zuständigkeiten in der Schweiz begründen kann.

Wie beim GestG stellt sich auch hier wieder die Frage, ob neben Art. 151 auch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach **Art. 129 II** zur Anwendung kommt. Auch hier ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen, dass die besondere Bestimmung von Art. 151 die (allgemeine) Zuständigkeit für unerlaubte Handlungen ausschliesst. Siehe die Begründung oben.

Bejaht man eine alternative Anwendung von Art. 151 und Art. 129 II sind die Gerichtsstände der letztgenannten Bestimmung zu prüfen. Für die Prüfung gilt das bereits oben ausgeführte analog. D.h. Handlungsort und zusätzlicher Gerichtsstand ist Zürich. Denkbar sind sodann weitere (hier nicht bekannte) Handlungsorte oder der Erfolgsort am Ort, wo die Fr. 100'000.- abgebucht worden sind.

## Bewertungsschema

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

|        |            | Kommentar   | Punkte  |
|--------|------------|---|---|
| Fall 1 | Frage 1.1. | <p>Wirkungen der Streitverkündung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Wirkungserstreckung der für das Urteil notwendigen Entscheidungsgründe, soweit sie den Streitberufenen belasten, auf ein allfälliges Zweitverfahren am konkreten Sachverhalt aufzeigen</li> <li>• klare Abgrenzung zur Rechtskraft ziehen, die nicht erstreckt wird, und am Sachverhalt darlegen</li> <li>• Möglichkeit des Streitberufenen erkennen, dem Prozess als Nebenintervenient beizutreten, ohne ein Interesse glaubhaft zu machen</li> </ul> <p>Voraussetzungen der Wirkungserstreckung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• als Rechtsgrundlage geschriebenes oder ungeschriebenes Bundesrecht erkennen, auf Problem des Aktienkaufs eingehen und Anwendbarkeit von 193 OR oder ungeschriebenem Bundesrecht schlüssig diskutieren</li> <li>• Rechtzeitigkeit der Streitverkündung nach Bundesrecht prüfen und begründen<br/>[max. 0.25 Punkte bei Begründung mit § 46 ZPO]</li> <li>• fehlendes Verschulden der Hauptpartei am Prozessverlust erkennen</li> <li>• schlüssig darlegen, dass die Wirkungserstreckung unabhängig davon erfolgt, ob der Streitberufene am Erstverfahren teilnimmt oder nicht</li> </ul>   | <p>1.0</p> <p>0.25</p> <p>0.25</p> <p>1.0</p> <p>1.25</p> <p>0.25</p> <p>1.0</p>                                  |
|        | Frage 1.2. | <p>Voraussetzungen der Feststellungsklage:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• als Rechtsgrundlage geschriebenes oder ungeschriebenes Bundesrecht erkennen und am Sachverhalt begründet darlegen</li> <li>• erkennen, dass nur ein Recht oder Rechtsverhältnis, nicht aber Tatsachen festgestellt werden können und am Sachverhalt darlegen</li> <li>• bestehende Rechtsunsicherheit, Gefährdung oder Bestreitung des Anspruches begründet prüfen</li> <li>• Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Ungewissheit schlüssig diskutieren</li> <li>• fehlende Möglichkeit, eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zu erheben, sachverhaltsbezogen begründen</li> <li>• <u>Variante 1</u>: Auswirkungen der Streitverkündung und der sich daraus ergebenden Möglichkeit der Teilnahme als Nebenintervenient am Erstverfahren auf das Feststellungsinteresse schlüssig diskutieren, oder</li> <li>• <u>Variante 2</u>: begründet darlegen, dass durch die Streitverkündung noch keine Leistungsklage rechtshängig ist, die einer Feststellungsklage entgegensteht, oder</li> <li>• <u>Variante 3</u> (falls bei Frage 1.1. fälschlicherweise davon ausgegangen wurde, dass im Erstverfahren auch über den Regressanspruch entschieden wird): Prüfung der Identität von Feststellungsklage und Leistungsklage</li> </ul> <p>Total Frage 1: 10 Punkte</p> | <p>1.25</p> <p>0.25</p> <p>0.25</p> <p>1.5</p> <p>0.25</p> <p>1.5</p> <p>od.</p> <p>1.5</p> <p>od.</p> <p>1.0</p> |
| Fall 2 | Frage 2.1. | <ul style="list-style-type: none"> <li>- SchKG 298 II gesehen</li> <li>- Gute und schlüssige Diskussion über das Vorliegen von Anlagevermögen</li> <li>- Ausführliche und schlüssige Prüfung der Zulässigkeit der Zustimmung des Nachlassrichters (falls das Vorliegen von Anlagevermögen verneint wurde: vollständige Prüfung der Zuständigkeit des Schuldners bzw. Sachwalters)</li> <li>- Fallbezogene Äusserungen zur Wirkung der Nachlassstundung</li> </ul>   | <p>0.5</p> <p>1.75</p> <p>1.75</p>  |

|        |            |   |   |
|--------|------------|---|---|
|        |            | (allgemeine Aussagen wurden nicht bewertet)<br>- Wirkung der Zustimmung und Abwicklung des Verkaufs<br>- Aufsichtspflicht des Sachwalters gesehen und Äusserungen zur Verfügungsfähigkeit des Schuldners  | 0.25<br>0.25<br>0.5   |
|        | Frage 2.2. | 1) Rechtsmittel gegen den Entscheid des Nachlassrichters<br>- Problem der Legitimation begründet und schlüssig diskutiert<br>- Gute und klare Diskussion des Streitwertes<br>- Prüfung der weiteren Voraussetzungen der kant. Berufung<br>- Prüfung der weiteren Voraussetzungen des kant. Rekurses<br>- Verneinung der eidg. Berufung und NB<br>- Prüfung der weiteren Voraussetzungen der kant. NB<br>- Prüfung der staBe<br><br>2) Rechtsmittel gegen die Handlung des Sachwalters<br>- Verneinung der Möglichkeit, da RM gegen Nachlassrichter oder<br>- Vollständige Prüfung der SchKG-Beschwerde<br><br>Total Frage 2: 10 Punkte  | 1<br>1<br>0.25<br>0.5<br>0.25<br>0.5<br>0.5<br><br>1<br>oder<br>1 |
| Fall 3 | Frage 3.1. | Klage auf Erfüllung und vorsorgliche Massnahmen während des Prozesses (ZPO 110) begründet und schlüssig prüfen<br>Vorsorgliche Massnahmen vor Einreichung der Klage nach ZPO 222 Ziff. 3 begründet erkennen<br>Glaubhaftmachung des Anspruchs begründet und schlüssig diskutieren<br>Drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil sowohl für Ersatzteile als auch für Konstruktionsunterlagen begründet und schlüssig diskutieren<br>Problem Leistungsmassnahmen begründet und schlüssig diskutieren<br>Unterschied Lieferung der Ersatzteile (Leistungsmassnahme) und Sicherung der Konstruktionsunterlagen (Sicherungsmassnahme) begründet erkennen<br>Befehlsverfahren nach ZPO 222 Ziff. 2 begründet und schlüssig prüfen<br>Superprovisorische Massnahme nach ZPO 224 begründet und schlüssig prüfen | 0.5<br>0.5<br>0.5<br>0.5<br>1.5<br>0.5<br>0.5<br>0.5              |
|        | Frage 3.2. | Kant. Berufung nach ZPO 259 begründet verneinen<br>Rekurs nach ZPO 271 ff.<br>- Summarisches Verfahren und somit ZPO 272 erkennen<br>- Streitwert schlüssig diskutieren<br>- Anfechtungsobjekt: Erledigungsverfügung erkennen<br>- Kein Ausschluss nach ZPO 272 Abs. 2 begründet erkennen<br>Keine eidgenössische Berufung, da kein Endentscheid gemäss OG 48 Abs. 1 vorliegt, begründet und schlüssig erkennen<br>Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde (OG 68 ff.)<br>- Anfechtungsobjekt begründet und schlüssig erkennen; RM klar abgrenzen<br>- Beschwerdegrund: Verletzung von OG 68 I lit. e begründet und schlüssig erkennen; RM klar abgrenzen<br>- Kein Streitwörterfordernis begründet und schlüssig erkennen; klare RM-Abgrenzung<br><br>Total Frage 3: 10 Punkte                                     | 0.5<br>0.5<br>0.5<br>0.25<br>0.5<br>1<br>1<br>0.25                |
| Fall 4 | Frage 4.1. | Prüfung von GestG 9 (Gerichtsstandsvereinbarung). Wichtig war dabei deutlich zu machen, dass Peter Schlau nicht Vertragspartei des Darlehensvertrages und damit auch nicht der Gerichtsstandsvereinbarung ist. Ein Teil der Punkte wurde aber auch vergeben, wenn lediglich andere Aspekte der Gerichtsstandsvereinbarung geprüft wurden: z.B. Vorliegen einer Konsumentenstreitigkeit, Formgültigkeit, Annahmepflicht, zwingender Gerichtsstand etc.   | 2   |

|  |            |  |     |
|--|------------|--|-----|
|  |            | Anwendung von GestG 29 (Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsansprüche) mit überzeugender kurzen Begründung.   | 1   |
|  |            | Problem der Konkurrenz mit anderen Gerichtsständen (insb. GestG 25) gesehen und überzeugend gelöst. Die zu beantwortende Frage lautete: Ist Art. 29 lex specialis zu Art. 25 oder kommen beide Gerichtsstände gleichzeitig zur Anwendung? Zusätzlich waren die Voraussetzungen von Art. 25 im vorliegenden Fall zu prüfen. | 2   |
|  | Frage 4.2. | Variante 1 (Wohnsitz von Peter Schlau in München)  |     |
|  |            | Bejahung, dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt und entsprechend Anwendung von IPRG oder LugÜ; wenigstens kurze Prüfung der Anwendung des LugÜ.  | 0.5 |
|  |            | Erneute kurze Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17).  | 0.5 |
|  |            | Qualifizierung des Verantwortlichkeitsanspruchs nach autonomer Auslegung; Prüfung der Voraussetzungen von LugÜ 5 Ziff. 3. Eventuell: Hinweis auf LugÜ 16 Ziff. 2 und Verneinung der Anwendung dieser Bestimmung.   | 1.5 |
|  |            | Variante 2 (Wohnsitz von Peter Schlau in Vaduz)  |     |
|  |            | Prüfung und Bejahung der Anwendung des IPRG im Grundsatz.  | 0.5 |
|  |            | Kurze Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung. Dabei war vor allem hervorzuheben, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 LugÜ und nicht nach IPRG 5 beurteilt wird.   | 0.5 |
|  |            | Prüfung der Anwendung von IPRG 151 (Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsansprüche).   | 0.5 |
|  |            | Beachtung und Lösung der Konkurrenzfrage: Schliesst IPRG 151 die Anwendung von IPRG 129 aus? Welche Gründe sprechen für welche Lösung? Zusätzlich waren kurz die Voraussetzungen von IPRG 129 zu prüfen.   | 1.0 |
|  |            | Total Frage 4: 10 Punkte   |     |
|  |            | Total Punkte   | 40  |

## Notenskala

| Exakte Note | Punkte      | Gerundete Note | ab x Punkten |
|-------------|-------------|----------------|--------------|
| 3           | 6.5         | 3              | 4.5          |
| 3.5         | 11          | 3.5            | 9            |
| <b>4</b>    | <b>15.5</b> | 4              | 13.5         |
| 4.5         | 20          | 4.5            | 18           |
| 5           | 24.5        | 5              | 22.5         |
| 5.5         | 29          | 5.5            | 27           |
| 6           | 33.5        | 6              | 31.5         |

1 Note höher pro 9 Punkte