

# Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 21. Februar 2005

## Prof. Isaak Meier

---

### **1. Fall**

Kurt Keller, der ohne Eintrag im Handelsregister an seinem Wohnsitz in Zürich eine kleine Beratungsfirma betreibt, hat bei der VINO AG mit Sitz in Winterthur Wein für Fr. 11'000.- bestellt. Als der Wein geliefert wird, verweigert Keller die Annahme.

Da sich die Parteien nicht einigen können, klagt die VINO AG vor dem Gericht in Winterthur auf Bezahlung von Fr. 11'000.- zuzüglich 8 % Zinsen seit 1. Dezember 2003. Für die Klage in Winterthur beruft sich die VINO AG auf eine Gerichtsstandsvereinbarung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie Kurt Keller übergeben habe. Kurt Keller habe erklärt, dass er die Weine für Geschäftsanlässe benötige. Zur unüblichen Höhe der Verzugszinsen macht die VINO AG keine Ausführungen.

Der nicht anwaltlich vertretene Kurt Keller bringt an der Hauptverhandlung einzig vor, dass man nach seinen Informationen bei solchen Verträgen innert 10 Tagen ohne Angabe eines Grundes vom Vertrag zurücktreten könne. Das Gericht heisst hierauf die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens gut und verpflichtet Kurt Keller zur Bezahlung von Fr. 11'000.- zuzüglich 8 % Zinsen seit 1. Dezember 2003. In den Erwägungen führt es aus, dass Kurt Keller den Sachverhalt nicht bestritten habe und dass die rechtlichen Einwendungen unbehelflich seien.

Kurz nach Erhalt des Urteils sucht Kurt Keller Sie als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt auf und bittet Sie, dieses Urteil anzufechten. Insbesondere möchte Kurt Keller Folgendes vorbringen:

- 1) Die Zuständigkeit sei nicht gegeben. Er habe bei den Verkaufsverhandlungen deutlich gemacht, dass er den Wein für sich persönlich kaufe und die Bestellung nur aus steuerlichen Gründen über das Geschäft laufen lasse. Das Gericht hätte diese Frage von Amtes wegen prüfen müssen.
- 2) Allgemein hätte der Richter nachfragen müssen, ob er für seinen Rücktritt andere Gründe habe. Es sei schliesslich der falsche Jahrgang geliefert worden.
- 3) Auch die Zinsen könnten ohnehin nicht zugesprochen werden, da die VINO AG diese nicht näher begründet habe.

### **Frage 1:**

Welche Rechtsmittel kann Kurt Keller gegen dieses Urteil zur Geltendmachung dieser Rügen ergreifen und mit welchem Erfolg? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen.)

### **2. Fall**

Rolf Roten hat Schulden von Fr. 40'000.- gegenüber mehreren Kleinkreditbanken. Er ist verheiratet und hat vier Kinder. Er besitzt ein Einfamilienhaus, das als Familienwohnung dient. Das Haus ist mit Hypotheken stark belastet. Mit viel Glück könnte allenfalls bei der Verwertung ein Preis, der etwa Fr. 30'000.- über den Grundpfandschulden liegt, erzielt werden. Das

Einkommen von Rolf Roten liegt lediglich maximal Fr. 200.- über dem Existenzminimum. Seine Frau verfügt über keinerlei Einkünfte.

Nachdem er mehrfach betrieben worden ist, stellt Rolf Roten schliesslich beim zuständigen Konkursrichter das Begehren um Konkurseröffnung. Dieser rät ihm jedoch aus folgenden Gründen, das Begehren wieder zurückzuziehen:

- Das Begehren um Konkurseröffnung müsste voraussichtlich abgewiesen werden.
- Im Weiteren sei es für ihn viel vorteilhafter, eine Schuldenbereinigung nach SchKG 333 zu versuchen.

**Frage 2.1:**

Wie beurteilen Sie diesen Ratschlag?

Kurze Zeit danach stellt Rolf Roten beim zuständigen Gericht das Begehren um Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung. Zugleich stellt er das Begehren, es sei ihm für die Gerichtskosten für das Verfahren betreffend die Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung und die Bestellung eines Sachwalters die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

Das Gericht heisst das Begehren um Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung gut. Das Begehren um unentgeltliche Prozessführung weist es jedoch vollumfänglich ab.

**Frage 2.2:**

Wie ist diese Entscheidung zu beurteilen?

**3. Fall**

Kurt Reich und Anita Link, beide mit Wohnsitz in Rapperswil (SG), und die Treuhand AG mit Sitz in Zürich bilden eine einfache Gesellschaft, die sich mit der Beratung von Personen mit Wohnsitz in Deutschland befasst, die Grundstücke in der Schweiz kaufen wollen. Nachdem die Gesellschafter in den ersten Jahren in bestem Einvernehmen erfolgreich tätig gewesen sind, kommt es zum Streit, weil die Treuhand AG angeblich einen grösseren Gewinn nicht an die Gesellschaft abgeführt und geteilt hat.

Kurt Reich und Anita Link klagen schliesslich in Zürich gegen die Treuhand AG auf Bezahlung von je Fr. 100'000.- als Gewinnanteil. Die Sühnverhandlung findet am 3. Februar 2005 statt. Da sie nicht zum Erfolg führt, stellt die Friedensrichterin die Weisung aus.

Bevor die Kläger die Weisung beim zuständigen Gericht einreichen, leitet die Treuhand AG direkt beim zuständigen Bezirksgericht in Rapperswil die Klage auf Auflösung der einfachen Gesellschaft ein. Die direkte Klageerhebung begründet sie unter anderem damit, dass sie in sinngemässer Anwendung von § 109 ZPO darauf verzichtet habe, ein Sühnverfahren einzuleiten, weil dieses ohnehin keinen Erfolg gebracht hätte.

Am nächsten Tag leiten auch Reich und Link ihre Klagen am Bezirksgericht in Zürich ein.

**Frage 3.1:**

Wie soll das Bezirksgericht Rapperswil vorgehen?

**Frage 3.2:**

Wie soll das Bezirksgericht Zürich vorgehen? Dabei ist davon auszugehen, dass die Rechtshängigkeit am Bezirksgericht Rapperswil früher eingetreten ist.

Annahmen: Es ist davon auszugehen, dass die St. Galler ZPO inhaltlich der Zürcher ZPO entspricht; auch darf angenommen werden, dass die in Zürich und Rapperswil angerufenen Gerichte an sich für die bei ihnen erhobenen Klagen als Einzelklagen zuständig sind; überdies wissen beide Gerichte durch die jeweilige Gegenpartei vom anderen Verfahren.

**4. Fall**

Die Fidex Trust AG mit Sitz in Lugano beschäftigt sich mit der Verwaltung von Vermögen von Personen mit Wohnsitz in Italien. Im Juni 2004 wird die Fidex Trust AG für eine Steuerforderung von Fr. 500'000.- betrieben.

Da die Fidex Trust AG in finanziellen Schwierigkeiten ist, kann sie die Forderung nicht bezahlen. Nach Beseitigung des Rechtsvorschlags kommt es zur Pfändung. Der Betreibungsbeamte pfändet schliesslich drei Bilder, die sich in den Geschäftsräumlichkeiten der Fidex Trust AG befinden. Der Geschäftsführer hatte dem Betreibungsbeamten erklärt, dass diese Bilder von einem ehemaligen Klienten, Fabio Morganti mit Wohnsitz in Mailand (Italien), für eine grössere Honorarforderung an Zahlung gegeben worden seien. Morganti behauptete jedoch, dass diese Bilder nach wie vor ihm gehörten. Er habe sie nur zur Aufbewahrung übergeben.

**Frage 4.1:**

Wie soll der Betreibungsbeamte weiter vorgehen? Der Betreibungsbeamte überlegt sich unter anderem auch, welche Gerichte für eine Widerspruchsklage zuständig seien. Die Drittsprache wird nur von der Fidex Trust AG bestritten. Im Verwaltungsvertrag mit Fabio Morganti befindet sich eine Gerichtsstandsvereinbarung für die Gerichte in Mailand (für die Beantwortung dieser Frage kann von der Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ausgegangen werden; Fragen der internationalen Zustellung sind nicht zu prüfen).

**Frage 4.2:**

Wie müsste der Betreibungsbeamte vorgehen, wenn in Mailand bereits betreffend das Eigentum an diesen Bildern prozessiert wird?

## 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.*

### Lösung Fall 1

Die Vino AG hat Fr. 11'000.- zuzüglich 8 % Zins seit dem 1. Dezember 2003 beim Gericht in Winterthur eingeklagt. Da der Streitwert unter Fr. 20'000.- liegt, war der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren für die Beurteilung dieser Klage zuständig (GVG 21 Abs. 1). Gemäss Sachverhalt heisst das Gericht die Klage gut. Das bedeutet, dass der Einzelrichter über den eingeklagten Anspruch – d.h. über die Sache selbst – entschieden hat. Beim anzufechtenden Entscheid handelt es sich folglich um ein Sachurteil im Sinne von GVG 155/ZPO 188 Abs. 2.

Vor der Prüfung des Rechtsmittelweges gilt es zunächst die einzelnen Vorbringen von Kurt Keller einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Als erstes möchte Keller geltend machen, dass das Gericht in Winterthur für die Beurteilung der Klage nicht zuständig gewesen sei. Er habe den Wein für sich persönlich gekauft und das Gericht hätte dies von Amtes wegen feststellen müssen. Mit anderen Worten bringt Kurt Keller nachträglich eine Unzuständigkeitseinrede vor. Ob und inwiefern die fehlende Zuständigkeit noch im Nachhinein geltend gemacht werden kann, bestimmt sich in Zivilsachen, wie dies bei einer Streitigkeit aus Kaufvertrag fraglos der Fall ist, nach dem GestG (GestG 1 Abs. 1). Gemäss GestG 34 Abs. 1 prüft das Gericht die örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen, handelt es sich hierbei doch um eine Prozessvoraussetzung. Das bedeutet, dass das Gericht die Frage der örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich auch ohne Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede zu beantworten hat<sup>1</sup>. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht in absoluter Form, sondern nur für zwingende bzw. teilzwingende Gerichtsstände. Bei dispositiven Gerichtsständen prüft das Gericht die Zuständigkeit nämlich nur auf Einrede hin (ZPO 111); erfolgte keine solche, liegt Einlassung nach GestG 10 vor. Damit bleibt zu prüfen, ob es sich im vorliegenden Fall allenfalls um einen zwingenden bzw. teilzwingenden Gerichtsstand handeln könnte.

Bei einem Kaufvertrag zwischen einer AG und einer Privatperson, auch wenn diese ein kleines Einzelunternehmen führt, liegt die Möglichkeit des Vorliegens eines Konsumentenvertrages geradezu auf der Hand. Für Klagen der Anbieterin wäre in einem solchen Fall das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig (GestG 22 Abs. 1 lit. b). Es handelt sich hierbei um einen teilzwingenden Gerichtsstand, auf den der Konsument weder zum Voraus noch durch Einlassung verzichten kann (GestG 21 Abs. 1 lit. a). Eine Gerichtsstandsvereinbarung in AGB, welche wesensgemäss im Voraus abgeschlossen wurde, ist daher für den Konsumenten nicht beachtlich<sup>2</sup>. Es stellt sich also die Frage, ob Kurt Keller als Konsument zu betrachten ist. Gemäss GestG 22 Abs. 2 gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit angeboten werden als Konsumentenverträge. Da die Vino AG mit Wein handelt, ist letztere Voraussetzung zweifellos gegeben. Bei einer Weinlieferung von Fr. 11'000.- könnte der Rahmen des üblichen Gebrauchs zwar gesprengt sein. Allerdings ist GestG 22 Abs. 2 in einem weiten Sinne zu verstehen. So haben allgemein alle Verträge, die dem privaten Gebrauch bzw. Nutzen dienen, darunter zu fallen. Insbesondere

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Thomas Müller/Markus Wirth*, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 34 N 25

<sup>2</sup> *Karl Spühler/Dominik Vock*, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2000, Art. 21 N 3.

wird nicht danach gefragt, ob die vertragliche Leistung wegen ihres Wertes nicht mehr zum üblichen Gebrauch zähle. Beispielsweise fällt auch der Kauf eines Fahrzeuges, welches ja regelmässig mehrere tausend Franken kostet, unter den Schutzbereich dieser Bestimmung. In diesem Sinne ist auch davon auszugehen, dass der Kaufvertrag zwischen Kurt Keller und der Vino AG als Konsumentenvertrag gilt. Die Vino AG hätte folglich in Zürich am Wohnsitz von Kurt Keller klagen müssen. Wegen ihrer teilzwingenden Natur wäre diese Frage von Amtes wegen zu prüfen gewesen, und zwar unabhängig davon, dass Kurt Keller sich bereits zur Klage geäussert hat.

Als zweites will Keller eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht rügen. Obwohl bei Vertragsstreitigkeiten die Verhandlungsmaxime gilt und es damit grundsätzlich den Parteien obliegt, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen (ZPO 54), trifft dem Richter aufgrund von ZPO 55 und allenfalls auch gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör (BV 29)<sup>3</sup> im Interesse der Wahrheitsfindung eine gewisse Unterstützungspflicht. Die richterliche Fragepflicht dient dabei in erster Linie zur Behebung von Unklarheiten, Unvollständigkeits und Unbestimmtheiten in den Ausführungen der Parteien. Darüber hinaus soll das Gericht aber auch die Parteien zur Angabe *aller* für die gewünschte Rechtslage erheblichen Tatsachen und zu vollständiger Stellungnahme zu den Erklärungen der Gegenpartei auffordern<sup>4</sup>. Namentlich bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei, wie dies bei Kurt Keller der Fall war, kommt der richterlichen Fragepflicht eine besondere Bedeutung zu. So hat der Richter von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen, wenn anzunehmen ist, dass eine Partei es infolge unrichtiger Beurteilung der Rechtslage versäumt, erhebliche Tatsachen zu behaupten oder zu bestreiten<sup>5</sup>. Gemäss Sachverhalt ging Keller von einem uneingeschränkten 10-tägigen Widerrufsrecht aus. Wahrscheinlich hatte er die in den Konsumentenformate oft diskutierten Haustürengeschäfte im Kopf. Der Richter war sich dieser Fehleinschätzung zweifellos bewusst, hielt er in den Erwägungen doch ausdrücklich fest, dass die rechtlichen Einwendungen von Kurt Keller unbehelflich seien. Unter diesen Umständen wäre der Richter klarerweise verpflichtet gewesen Keller in der Hauptverhandlung darauf hinzuweisen, dass es bei gewöhnlichen Weinbestellungen kein Rücktrittsrecht gebe und danach zu fragen, ob er allenfalls einen anderen Grund vorbringen könne, warum er den Wein nicht vertragsgemäss entgegengenommen habe<sup>6</sup>.

Mit dem dritten Einwand macht Kurt Keller eine Verletzung der Substanziierungspflicht geltend. Diese besagt, dass Tatsachen so umfassend und klar dargelegt werden müssen, dass die Gegenseite dazu Stellung nehmen kann und dass darüber die erforderlichen Beweise abgenommen werden können. Globale Behauptungen genügen nicht. Dieses Erfordernis der begründeten Behauptung findet sich in ZPO 113 verankert. Allerdings ergibt sich die Substanziierungspflicht auch aus dem Bundesrecht. So bestimmt das ungeschriebene Bundesrecht, die obere Grenze der Substanziierungspflicht, d.h. in wie weit ein Sachverhalt zu substanziieren ist, damit dieser unter eine Bestimmung des materiellen Bundesrechts subsumiert werden kann. Eine Tatsache muss dabei so detailliert dargelegt werden, dass eine rechtliche Beurteilung der vorgebrachten Behauptungen überhaupt möglich ist<sup>7</sup>. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage von Verzugszinsen, die im Bundesrecht geregelt sind. Gemäss OR 104 Abs. 1 sind solche in aller Regel in der Höhe von 5 % geschuldet. Tatsachen, die von Gesetzes wegen ver-

---

<sup>3</sup> Die Verletzung der Fragepflicht kommt grundsätzlich einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleich. Vgl. *Frank/Sträuli/Messmer*, § 55 N 1.

<sup>4</sup> Vgl. *Vogel/Spühler*, 6. Kap. N 41.

<sup>5</sup> ZR 78/1979 Nr. 35; *Walder*, § 17 FN 18a.

<sup>6</sup> Zur richterlichen Fragepflicht vgl. ausführlich *Martin Sarbach*, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003.

<sup>7</sup> BGE 108 II 341 E. 3.

mutet werden, brauchen nicht behauptet zu werden<sup>8</sup>. Wäre also lediglich 5 % Verzugszinsen gefordert worden, hätte keine nähere Begründung erfolgen müssen. Anders sieht es nun aber bei einer höheren Zinsforderung aus. In OR 104 Abs. 2 heisst es nämlich ausdrücklich, dass hierfür eine vertragliche Grundlage erforderlich ist. Folglich braucht es auch für die Forderung von 8 % Zins die Behauptung des Vorliegens einer vertraglichen Vereinbarung; was im vorliegenden Fall gerade nicht erfolgte. Da dies von Bundesrechts wegen vorgeschrieben ist, ist davon auszugehen, dass sich die Pflicht zur genügenden Substanziierung aus dem ungeschriebenen Bundesrecht ergibt<sup>9</sup>. Könnte der kantonale Gesetzgeber frei darüber befinden, ob höhere Verzugszinsen einer Begründung bedürfen oder nicht, dann würde dies die Durchsetzung des Bundesrechts verunmöglichen, weshalb es zumindest einer gewissen minimalen bundesrechtlichen Vorgabe bedarf.

Zur Geltendmachung dieser drei Rügen ist als erstes die kantonale Berufung ans Obergericht zu prüfen. Diese steht grundsätzlich gegen Endurteile des Einzelrichters zur Verfügung, sofern der Streitwert ans Bundesgerichts erreicht wird (ZPO 259 Ziff. 2). Da der Streitwert im vorliegenden Fall Fr. 11'000.- beträgt (bei der Bestimmung des Streitwertes werden Zinsen nicht mitgerechnet, vgl. ZPO 20) und wie eingangs gesehen der Einzelrichter in der Sache entschieden hat, liegt ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor. Allerdings stellt sich die Frage, ob Kurt Keller überhaupt mit seinen Vorbringen zu hören ist, zumal er diese nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hatte, sondern erst nachträglich im Rechtsmittelverfahren. Das kantonale Berufungsverfahren kennt zwar nur ein beschränktes Novenrecht, doch stellt die Behauptung eines Konsumentenvertrages i.S. von GestG 22 eine zuständigkeitshemmende Tatsache dar, die noch im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden kann, da solche Tatsachen gestützt auf GestG 34 Abs. 1 von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (ZPO 267 Abs. 1 i.V.m. 115 Ziff. 4). Damit besteht auch vor der Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit der Erhebung der Einrede der Unzuständigkeit<sup>10</sup>. Auch der Einwand, dass der falsche Jahrgang geliefert wurde, wird von der Rechtsmittelverfahren zu hören sein. Hat nämlich der erstinstanzliche Richter seine Fragepflicht verletzt, wird das zweitinstanzliche Gericht aus Gründen der Verfahrensfairness auf Tatsachen abstellen dürfen, die unweigerlich vorgebracht worden wären, hätte sich der Richter nicht mit einer rein passiven Rolle begnügt (ZPO 115 Ziff. 5 sinngemäss<sup>11</sup>). Da die Berufungsinstanz eine umfassende Prüfungskompetenz kennt, kann Kurt Keller also alle drei Rügen mit der kantonalen Berufung vorbringen. Wie bereits erwähnt, wird er damit auch Erfolg haben.

Gegen einen allfällig negativen Berufungsentscheid kommt die eidgenössische Berufung nach OG 43 ff. in Betracht. Beim Entscheid des Einzelrichters handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von OG 48, hat der Richter in Winterthur doch endgültig über den eingeklagten Anspruch entschieden. Auch das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit ist erfüllt, zumal das Obergericht als zweite Instanz geurteilt hat. Bei einer Vertragsstreitigkeit kann sodann fraglos von einer Zivilrechtsstreitigkeit ausgegangen werden. Schliesslich sind die Voraussetzungen eines genügenden Streitwertes bei einer Streitigkeit von Fr. 11'000.- und der Legitimation vorliegend ohne weiteres zu bejahen. Das einzige Problem besteht im Beschwerdegrund. Gemäss OG 43 Abs. 1 können nämlich nur Bundesrechtsverletzungen mit eidgenössischer Berufung gerügt werden. Namentlich Tatfragen und Verfassungsverletzungen unterliegen nicht der

<sup>8</sup> Frank/Sträuli/Messmer, § 113 N 6.

<sup>9</sup> Grundsätzlich ist es zwar Sache des kantonalen Rechts das Ausmass der Substanziierung festzulegen. Allerdings bestimmt das Bundesrecht inwieweit eine Tatsache zu behaupten ist, um den Vortrag schlüssig zu machen, so dass der Richter die rechtliche Subsumtion vornehmen kann. Das heisst, das Mass der für die „Schlüssigkeit erforderlichen Substanziierung“ ergibt sich aus dem Bundesrecht. Vgl. Jörgen Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 226 f.

<sup>10</sup> Thomas Müller/Markus Wirth, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 34 N 25.

<sup>11</sup> In diesem Sinne auch ZR 100 (2001) Nr. 27 E. 2.2.

Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts im Berufungsverfahren. Das bedeutet, dass anders als im kantonalen Berufungsverfahren nur die Rüge 1, d.h. die Verletzung von GestG 34 i.V.m. GestG 22, und die Rüge 3, also die Verletzung der Substanziierungspflicht als ungeschriebenes Bundesrecht, mit eidgenössischer Berufung vorgebracht werden können. Die Verletzung der richterlichen Fragepflicht kann hingegen nicht vor Bundesgericht geltend gemacht werden, da es sich hierbei um kantonales Recht und allenfalls Verfassungsrecht handelt.

Soll der Entscheid umfassend angefochten werden, ist also zusätzlich die Möglichkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zu prüfen. Gemäss ZPO 281 steht diese grundsätzlich gegen Endentscheide, wie im vorliegenden Fall, zur Verfügung, sofern ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Sowohl die richterliche Fragepflicht als auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gelten als wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von ZPO 281 Ziff. 1, handelt es sich hierbei doch um grundlegende Prinzipien eines fairen und gerechten Verfahrens. Allerdings gilt es bei solchen Vorbringen noch zu klären, ob allenfalls die staatsrechtliche Beschwerde vorgehen könnte. Verfassungsverletzungen werden nämlich im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren unter Umständen mit freier Kognition überprüft. Da die Frage der Kognition oft schwer zu bestimmen ist, hat der kantonale Gesetzgeber mit ZPO 285 Abs. 2 ausdrücklich eine gewisse Subsidiaritätsordnung geschaffen. So ist etwa bei einer Verletzung von BV 9 und BV 29 stets die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Da im vorliegenden Fall hauptsächlich eine willkürliche Anwendung von ZPO 55 und allenfalls eine Geltendmachung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Diskussion stehen, ist demnach vorab die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben.

Damit stellt sich das Problem einer Rechtsmittelspaltung. Rüge 1 und 3 müssen mit der eidgenössischen Berufung vorgebracht werden und Rüge 2 mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde. Um die Frist für die eidgenössische Berufung nicht verstreichen zu lassen, bedarf es einer gemeinsamen Einreichung der beiden Rechtsmittel. In OG 54 Abs. 1 heisst es nämlich ausdrücklich, dass die 30-tägige Frist zur Einreichung der eidgenössischen Berufung nicht durch ein ausserordentliches kantonales Rechtsmittel – wie der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde – unterbrochen wird. Aus verfahrensökonomischen Überlegungen setzt das Bundesgericht jedoch das Verfahren bis zum Entscheid der Kassationsbehörde aus (vgl. OG 57 Abs. 1).

Gegen einen allfällig negativen Kassationsentscheid ist schliesslich noch die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht nach OG 84 ff. zu prüfen. Diese steht wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zur Verfügung. Kurt Keller kann die willkürliche Missachtung der richterlichen Fragepflicht (BV 9 i.V.m. ZPO 55) und die Verletzung des rechtlichen Gehörs (BV 29) vorbringen.

## **Lösung Fall 2**

### **Frage 2.1.**

#### **I. Aussage, das Begehren um Konkurseröffnung müsste voraussichtlich abgewiesen werden**

Zu prüfen ist Rolf Rotens (im Folgenden RR) Berechtigung ein solches Begehren zu stellen. Vorausgesetzt ist dabei insbesondere, dass das Begehren nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikeln 333 ff. SchKG besteht. Zudem ist die Frage der Verfahrenskosten anzusprechen.

*A. Antragsberechtigung*

Gemäss SchKG 191 I kann der Schuldner die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt. Zum Antrag berechtigt ist jedermann, und zwar unabhängig davon, ob die betreffende Person der Konkursbetreuung unterliegt. RR ist damit grundsätzlich antragsberechtigt. Im Weiteren ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur erforderlich, dass der Schuldner sich zahlungsunfähig erklärt. Inwieweit der Schuldner verpflichtet ist, seine Zahlungsunfähigkeit nachzuweisen, wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet. Nach der einen Ansicht genügt die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit und der Schuldner ist nicht verpflichtet, einen konkreten Nachweis seiner Zahlungsunfähigkeit zu erbringen<sup>12</sup>. Nach anderer Ansicht muss der Schuldner seine finanziellen Verhältnisse darlegen – was im Hinblick auf die Prüfungspflicht nach SchKG 191 II ohnehin notwendig ist – und das Gericht ist zu strengerer Prüfung als nach altem Recht verpflichtet<sup>13</sup>. Es wird in diesem Sinne verlangt, dass die Zahlungsunfähigkeit zumindest glaubhaft zu machen ist<sup>14</sup>. Zahlungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Schuldner objektiv nicht in der Lage ist Forderungen seiner Gläubiger bei Fälligkeit zu begleichen. Es müssen ihm somit die erforderlichen flüssigen Mittel fehlen, wobei dieser Zustand nicht bloss ein vorübergehender sein darf<sup>15</sup>. RR würde es zweifellos gelingen, seine Zahlungsunfähigkeit zumindest glaubhaft zu machen. Gemäss Sachverhalt ist er schon mehrmals betrieben worden. Sein Einkommen liegt maximal bloss Fr 200.- über dem Existenzminimum. Es ist daher davon auszugehen, dass er objektiv nicht in der Lage ist, die Forderungen der Kreditgeber, insbesondere die Kreditraten, zu begleichen. Seine Zahlungsunfähigkeit ist damit erstellt.

Das Gericht hat sodann zu prüfen, ob kein Fall von SchKG 206 III oder 265b vorliegt. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise darauf, dass bereits ein Konkursverfahren im Gange ist oder sich RR einer Betreuung mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens widersetzt hat. Damit liegt kein entsprechender Ausschlussgrund vor.

*B. Kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch*

Im Weiteren darf die Insolvenzerklärung nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich sein<sup>16</sup>. Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn es dem Schuldner nur darum geht, die Gläubiger zu schädigen, sein Ziel also nicht ein wirtschaftlicher Neuanfang ist. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf Umstände, die RR's Begehren als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen könnten. Insbesondere ist es nicht rechtsmissbräuchlich diejenigen Vorteile anzustreben, welche eine Konkursöffnung mit sich bringt: insbesondere Wegfall allfälliger Lohnpfändungen und Betreibungen für vor Konkursöffnung entstandene Forderungen nur bei neuem Vermögen. Es liegen keine Hinweise darauf vor, dass er zum wiederholten Male eine Konkursöffnung anstrebt und es kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er wolle bloss allfällig vorhandene Lohnpfändungen abschütteln, um den Gläubigern das einzig vorhandene Substrat zu entziehen, da er mit dem Haus immerhin noch über ein verwertbares Aktivum verfügt. Auch für Zweifel an der Absicht eines echten wirtschaftlichen Neuanfangs gibt es keine Anhaltspunkte, weshalb ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch nicht vorliegt.

---

<sup>12</sup> Alexander Brunner, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 191 N 9.

<sup>13</sup> Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 38 N 24.

<sup>14</sup> Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159 – 270, Lausanne 2000, Art. 191 N 27 f.

<sup>15</sup> Amonn/Walther (Fn 13) § 38 N 14.

<sup>16</sup> Amonn/Walther (Fn 13) § 38 N 25; Karl Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 24.



In diesem Zusammenhang ist ebenfalls festzuhalten, dass RR nicht vorgehalten werden kann, es mangle ihm am erforderlichen Rechtsschutzinteresse für die Konkursöffnung. Daran würde es insbesondere dann fehlen, wenn er vollkommen vermögenslos wäre und deshalb feststeht, dass der Konkurs gemäss SchKG 230 I mangels Aktiven wieder eingestellt werden müsste. Kann der Antragsteller nämlich Vermögenswerte, welche zumindest für die Deckung der Kosten eines summarischen Verfahrens ausreichen, nicht vorweisen, darf der Konkurs nicht eröffnet werden<sup>17</sup>. Jedoch liegt dieser Fall nicht vor. Denn zwar fällt RR's Einkommen nicht in die Konkursmasse, jedoch besitzt er ein Haus, welches im Konkurs verwertet werden kann, da ihm keine Kompetenzqualität zukommt (dazu nachfolgend unter II. B.). Auch wenn der Verwertungserlös nicht Fr. 30'000.- erreichen sollte, ist gleichwohl davon auszugehen, dass jedenfalls die Kosten für ein summarisches Verfahren gemäss SchKG 231 gedeckt werden können.

### *C. Kosten*

Des Weiteren ist zu beachten, dass gemäss SchKG 169 II i.V.m. 194 I vom Antragsteller ein Kostenvorschuss verlangt werden kann. In Anbetracht dessen, dass RR nur maximal Fr. 200.- pro Monat an liquiden Mitteln zur Verfügung hat, würde ihm die Bezahlung eines Vorschusses erhebliche Probleme bereiten und die Nichtbezahlung des Vorschusses hätte zur Folge, dass der Konkurs nicht eröffnet werden dürfte<sup>18</sup>. Allerdings könnte ihm im Hinblick auf die Vorschusspflicht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden<sup>19</sup>. Denkbar wäre allenfalls auch eine Unterstützung durch Dritte, z.B. Familienangehörige. Die Konkursöffnung würde daher nicht daran scheitern.

### *D. Keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff.*

Grundsätzlich sind damit soweit keine Gründe ersichtlich, weshalb das Gericht den Antrag auf Konkursöffnung ablehnen könnte. Der Richter darf den Konkurs gemäss SchKG 191 II aber nur eröffnen, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikeln 333 ff. SchKG besteht. Die Konkursöffnung kommt damit nur als Ultima Ratio in Betracht, sofern es sich beim betreffenden Schuldner um eine nicht der Konkursbetreibung unterliegende natürliche Person handelt. Der Sachverhalt liefert keinerlei Hinweise auf einen Handelsregistereintrag von RR, weshalb für ihn die Möglichkeit einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung grundsätzlich besteht und somit die Aussichten auf eine solche geprüft werden müssen.

Voraussetzung für die Bewilligung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung ist gemäss SchKG 334 I grundsätzlich, dass eine Schuldenbereinigung mit den Gläubigern nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheint. Wesentlich ist, dass grundsätzlich alle Gläubiger zustimmen müssen, damit eine Schuldenbereinigung zustande kommt. Denn im Gegensatz zum Nachlassvertrag i.S.v. SchKG 293 ff. handelt es sich hier nicht um einen gerichtlichen Zwangsvergleich, bei dem auch nicht zustimmende Gläubiger einbezogen werden können, sondern um einen aussergerichtlichen Vergleich, der rein privatrechtlicher Natur ist<sup>20</sup>.

Damit Aussicht auf eine Schuldenbereinigung besteht, muss der Schuldner über genügend Mittel verfügen, um seinen Gläubigern wenigstens eine teilweise Befriedigung ihrer Forderungen anbieten zu können. Nicht erforderlich ist, wie sich aus SchKG 335 I ergibt, dass die

<sup>17</sup> Vgl. BGE 119 III 113 E. 3b S. 118.

<sup>18</sup> BGE 118 III 27 E. 2b S. 30.

<sup>19</sup> Vgl. dazu BGE 118 III 27, 118 III 33, 119 III 28, 119 III 113.

<sup>20</sup> *Amonn/Walther* (Fn 13) § 57 N 8; *SchKG-Brunner* (Fn 12) Art. 335 N 7.

gesamten Schulden getilgt werden können. Der Schuldner sollte in der Lage sein, innert drei Jahren etwa 60 % seiner Schulden begleichen zu können. Im vorliegenden Fall verfügt RR über ein Einkommen, das nur maximal Fr. 200.- über dem Existenzminimum liegt. Auf eine erhebliche Einkommenssteigerung gibt es keine Hinweise. Er könnte damit selbst in vier Jahren nicht einmal ein Viertel seiner Schulden begleichen, weshalb mit dem Einkommen allein eine Schuldenbereinigung keine Aussicht auf Erfolg haben würde. Nun ist aber zu berücksichtigen, dass RR noch ein Haus besitzt, das bei einer allfälligen Verwertung immerhin einen Erlös von bis zu Fr. 30'000.- über den Grundpfandschulden einbringen würde. Es könnten somit rund drei Viertel der Schulden gedeckt werden. Auch bei Berücksichtigung der Umzugskosten bliebe den Gläubigern eine gute Dividende und zusätzlich könnte auch noch vereinbart werden, dass aus dem über dem Existenzminimum liegenden Betrag während einer gewissen Zeitspanne weitere Abzahlungen geleistet werden. Denkbar wäre auch eine weitere Kreditaufnahme auf das Haus in Kombination mit einem Teilverzicht, so dass die Schulden gegenüber den Kleinkreditbanken getilgt und die damit verbundene hohe Zinsbelastung abgeschüttelt werden könnten. Allerdings handelt es sich bei einem Teil seiner Gläubiger um Kleinkreditbanken, die unter Umständen grundsätzlich zu keinen Konzessionen bereit sind, weil ihnen an einer abschreckenden Wirkung auf andere Schuldner gelegen sein könnte.

Zu berücksichtigen wäre weiter, welche Aussichten für die Gläubiger im Konkurs bestehen, der in diesem Fall die Alternative wäre. Im Konkurs würde im Zuge der Generalexekution auch das Haus von RR verwertet werden, da es kein Kompetenzstück darstellt (dazu nachfolgend unter II. B). Damit könnten die Gläubiger auch im Konkurs mit einer beachtlichen Dividende rechnen. Überdies können sie in absehbarer Zeit mit wenigstens einem Teil ihrer Forderungen rechnen. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass eine Verwertung im Konkurs regelmässig nur zu einem schlechten Erlös führt, womit die Kleinkreditbanken allenfalls nur eine geringe Deckung erhalten würden. Bei einer Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff. könnte hingegen ein günstiger Zeitpunkt für den Verkauf des Hauses abgewartet werden. Zudem fallen für das Konkursverfahren nicht unerhebliche Kosten an, die den Erlös zusätzlich schmälern. Bedeutsam ist überdies, dass den Gläubigern das nach der Konkurseröffnung erzielte Einkommen entzogen ist (SchKG 197 II e contrario), während es bei der Schuldenbereinigung – wenngleich bloss im Umfang von maximal Fr. 200.-/Monat – zur Verfügung stehen würde.

Nicht zu vergessen ist schliesslich, dass dem Schuldner ein Sachwalter zur Seite gestellt wird, der über entsprechendes Know-how verfügt und damit auch in der Lage ist, durch geschicktes Verhandeln auf die Gläubiger einzuwirken und die Chancen auf eine Einigung zu erhöhen.

Weitere Voraussetzung für die Bewilligung der Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung ist aber nach SchKG 334 I auch, dass die Kosten des Verfahrens sichergestellt sind. Die Gebühr für Bewilligung, Verlängerung oder Widerruf der Stundung beträgt gemäss GebV SchKG 56 I 40–200 Franken. Je nach Person des Sachwalters können stark differierende Kosten anfallen, von mehreren hundert bis zu mehreren tausend Franken (dazu unter III. B). Die Leistung des Kostenvorschusses ist damit je nach Konstellation fraglich, sofern nur auf das Einkommen abgestellt wird. Denn mit Fr. 200.- können gerade mal die Gerichtskosten erbracht werden. Allerdings wäre es auch denkbar, dass das Haus zusätzlich belastet wird oder ein Dritter für die Sicherstellung der Kosten aufkommt. Allenfalls kommt auch die unentgeltliche Rechtspflege in Frage (dazu unter Frage 2.2.). Aufgrund des im Haus verkörperten Wertes sollte eine Sicherstellung möglich sein.

Es kann somit die Ansicht vertreten werden, dass durchaus Aussicht auf eine Schuldenbereinigung besteht, womit das Begehren um Konkurseröffnung tatsächlich abgewiesen werden müsste.

## **II. Es sei viel vorteilhafter, eine einvernehmliche Schuldenbereinigung nach SchKG 333 zu versuchen**

Hier gilt es, die Wirkungen der beiden Institute Konkurs und Schuldenbereinigung miteinander zu vergleichen und gestützt darauf abzuwägen, welcher Weg in RR's Situation vorzuziehen ist. Zu behandeln sind insbesondere die Wirkungen auf die Schulden, die Wirkungen auf das Haus sowie die Wirkungen auf die Einkommens- und Betreuungssituation.

### *A. Wirkungen auf die Schulden*

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass im Konkurs für ungedeckt gebliebene Forderungen gemäss SchKG 265 Verlustschein ausgestellt werden. Hat der Schuldner die betreffende Forderung anerkannt, gilt der Verlustschein gemäss SchKG 265 II überdies als Schuldanerkennung i.S.v. SchKG 82. Für RR hat der Konkurs somit grundsätzlich den Nachteil, dass die Schulden nicht einfach aus der Welt geschafft sind, sondern er grundsätzlich damit rechnen muss, erneut dafür betrieblen zu werden. Allerdings wird dieser Nachteil dadurch entschärft, dass neue Betreibungen für vor Konkurseröffnung entstandene Forderungen nur eingeleitet werden können, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (SchKG 256 II). Als neues Vermögen gilt aber – soweit es den Lohn anbelangt – nur, was übrig bleibt bzw. bleiben könnte, nachdem die Auslagen für eine standesgemässe Lebensführung vom Einkommen abgezogen worden sind. Dem Schuldner wird damit nicht bloss das Existenzminimum belassen, sondern ein gewisser Betrag darüber. Im Kanton Zürich wird zur Ermittlung, ob das Einkommen zur Bildung neuen Vermögens ausreicht, der Grundbetrag gemäss den betreibungsrechtlichen Richtlinien zur Berechnung des Existenzminimums um 2/3 erhöht. Neben den üblichen Zuschlägen für Wohnung etc. werden insbesondere auch die Steuern berücksichtigt. Für RR bedeutet dies, dass er – sofern sich sein Einkommen nicht merklich erhöht oder ihm sonst neues Vermögen anwächst, z.B. durch eine Erbschaft – in absehbarer Zeit nicht zu neuem Vermögen kommen wird. Daher ist der Konkurs für ihn durchaus vorteilhaft, weil er – zumindest für längere Zeit – nicht mehr für die Schulden belangt werden kann. Allerdings ist er nicht endgültig von ihnen befreit.

Demgegenüber ist das Ziel der Schuldenbereinigung letztlich, dass der Schuldner – wie es der Name des Instituts schon besagt – seine Schulden bereinigt. Nach einer erfolgreichen Schuldenbereinigung sind die Schulden getilgt. Allerdings kann dies je nach Art der Vereinbarung einen längeren Zeitraum, z.B. drei bis vier Jahre, in Anspruch nehmen. In SchKG 335 I sind verschiedene Möglichkeiten der Schuldenbereinigung vorgesehen, deren Ziel letztlich aber immer die Tilgung der Schulden ist. Wichtig ist dabei, dass die Tilgung nicht notwendigerweise durch vollständige Abzahlung der Schulden erfolgen muss, sondern insbesondere auch eine Dividende vereinbart werden kann.

Somit ist festzuhalten, dass der Konkurs in der Situation von RR einer Schuldbefreiung nahe kommt, jedoch die Schulden nicht ein für allemal getilgt sind, sondern bei neuem Vermögen wieder geltend gemacht werden können, während bei der Schuldenbereinigung – allenfalls nach einer gewissen Zeitspanne – eine Befreiung von den Schulden resultiert. Eine erfolgreiche Schuldenbereinigung ist damit in dieser Hinsicht letztlich tatsächlich vorteilhafter.

*B. Wirkungen auf das Haus*

Im Konkurs fällt gemäss SchKG 197 I sämtliches pfändbare Vermögen in die Konkursmasse. Im Konkurs würde RR damit auf jeden Fall sein Haus verlieren. Denn obwohl es sich um die Familienwohnung handelt, kommt ihm keine Kompetenzqualität zu. Insbesondere handelt es sich nicht um eine der in SchKG 92 I Ziff. 1 genannten Mobilien und es kann – trotz der hohen Hypothekarbelastung – keinesfalls als Gegenstand mit ungenügendem Gantwert im Sinne von SchKG 92 II qualifiziert werden.

Bei der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung erfolgt dagegen gerade keine Zwangsverwertung. Grundsätzlich bestünde hier somit die Möglichkeit das Haus zu erhalten. Wie bereits ausgeführt, müsste das Haus allerdings für eine erfolgreiche Schuldenbereinigung wohl ebenfalls verkauft werden. Allerdings besteht auch die Möglichkeit, über eine zusätzliche Belastung mit Grundpfandrechten eine Lösung ohne Verkauf des Hauses zu finden.

Während somit im Konkurs die Familienwohnung zwangsläufig verwertet wird, besteht bei der Schuldenbereinigung eine Chance auf Erhaltung des Hauses, womit Letztere allenfalls tatsächlich vorteilhafter sein kann.

*C. Wirkungen auf die Einkommens- und Betreuungssituation*

Eine Konkursöffnung hat für eine natürliche Person wie RR den wesentlichen Vorteil, dass er sofort über seinen ganzen Lohn, insbesondere auch über den Anteil, der den Notbedarf übersteigt, verfügen kann und allfällige Einkommenspfändungen dahinfallen. Der Lohn fällt nicht in die Konkursmasse<sup>21</sup>. In Anbetracht des geringen Betrags über dem Existenzminimum ist dieser Vorteil für RR allerdings nicht sehr gross. Da gemäss SchKG 206 I alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben sind, und neue Betreibungen für vor der Konkursöffnung entstandene Forderungen nicht eingeleitet werden können, befreit die Konkursöffnung den Schuldner sodann vom permanenten Betreibungsdruck und verschafft ihm die nötige Ruhe zur wirtschaftlichen Erholung. Betreibungen für vor Konkursöffnung entstandene Forderungen sind nur bei neuem Vermögen gemäss SchKG 265 f. möglich. Zu beachten ist allerdings, dass der Schuldner während der Dauer des Konkursverfahrens nicht vor jeglichen Betreibungen gefeit ist, da er für nach Konkursöffnung entstandene Forderungen auch während des laufenden Konkursverfahrens betrieben werden kann. Sodann ist im Hinblick auf die Kleinkreditschulden, welche in aller Regel mit einer hohen Zinsbelastung einhergehen, bedeutsam, dass der Zinsenlauf gemäss SchKG 209 I mit Konkursöffnung endet und RR für die in allfälligen Verlustscheinen verurkundeten Forderungen gemäss SchKG 149 IV i.V.m. 265 II keine Zinsen zu zahlen braucht.

Bei der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung profitiert RR von einer gerichtlich angeordneten Stundung von höchstens drei Monaten, die auf Antrag des Sachwalters auf höchstens sechs Monate verlängert werden kann (SchKG 334 I u. II). Während dieser Stundung kann der Schuldner nach SchKG 334 I nur für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge betrieben werden und es stehen verschiedene bedeutsame Fristen still, so die Frist für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens nach SchKG 88, die Fristen zur Stellung des Verwertungsbegehrens bei der Betreibung auf Pfändung gemäss SchKG 116 und auf Pfandverwertung gemäss SchKG 154 sowie die Jahresfrist für die Lohnpfändung gemäss SchKG 93 II. Die Stundung verschafft RR somit während einer beschränkten Zeit die nötige Ruhe, um ohne Betreibungsdruck mit den Gläubigern verhandeln zu können. Im Gegensatz zum Konkurs handelt es sich somit nur um eine temporäre Entlastung, jedoch ist zu

---

<sup>21</sup> *Amonn/Walther* (Fn 13) § 40 N 13 f.

bedenken, dass das Ziel der Verhandlungen mit den Gläubigern eine gütliche Einigung ist, die letztlich auch den Betreibungen ein Ende setzen soll. Scheitert die Schuldenbereinigung, ist RR allerdings erneut den Betreibungen ausgesetzt.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine Konkursöffnung für RR eine sofortige Entlastung bewirken würde, indem er über seinen vollen Lohn verfügen könnte und grundsätzlich bis auf weiteres vor neuen Betreibungen verschont würde. Die Stundung nach SchKG 334 gewährt dagegen nur eine temporäre Entlastung, dies aber vor dem Hintergrund, dass während dieser Zeit eine definitive Lösung gefunden werden soll, welche die Situation bereinigt. Allerdings kann die Schuldenbereinigung längere Zeit in Anspruch nehmen und somit für RR während dieses Zeitraums eine stete Belastung darstellen. Im Hinblick auf die Wirkungen auf die Einkommens- und Betreibungssituation erscheint die Konkursöffnung somit als vorteilhafter, da eine sofortige und relativ dauerhafte Entlastung resultiert.

#### *D. Fazit*

Kurzfristig erscheint der Konkurs für RR eher die vorteilhaftere Lösung zu sein. Langfristig gesehen wäre aber eine erfolgreiche Schuldbereinigung doch vorzuziehen, weil sie eine endgültige Lösung beinhaltet. Allerdings besteht bei einer erfolglosen Schuldenbereinigung die Gefahr, dass nur noch weitere Kosten anfallen und der Schuldenberg weiter zunimmt.

### **Frage 2.2.**

#### **I. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im SchKG**

Bei der Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung und der Ernennung des Sachwalters handelt es sich um ein im SchKG geregeltes Verfahren (SchKG 333 ff.). Zwar spielt es sich vor einer gerichtlichen Instanz ab, im Kanton Zürich vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren (SchKG 333 I i.V.m. SchKG 25 Ziff. 2 lit. a i.V.m. GVG 23 I und ZPO 213 Ziff. 16). Das Gericht ist hier aber als Vollstreckungsorgan tätig und die entsprechenden Kosten gelten als Betreibungskosten, weshalb das SchKG und die zugehörige GebV massgebend sind<sup>22</sup>. Im SchKG selbst ist jedoch kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgesehen. Insbesondere bestimmt SchKG 68 I, dass der Schuldner die Betreibungskosten zu tragen hat. Seit BGE 118 III 27 wird jedoch anerkannt, dass die Regelung im SchKG nicht als abschliessend bzw. als qualifiziertes Schweigen zu betrachten ist (und damit nach BV 191 auch für das Bundesgericht verbindlich wäre), sondern dass direkt gestützt auf die Bundesverfassung ein Minimalanspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch im Bereich des SchKG grundsätzlich besteht. Denn nach BV 29 III hat jede Person, welche nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint. Dieser Anspruch besteht dabei nicht nur in Zivil- und Strafprozessen, sondern grundsätzlich in allen staatlichen Verfahren, in welche der Geschädigte einbezogen wird oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedarf<sup>23</sup>. Aufgrund von BV 29 III besteht grundsätzlich nur ein Anspruch auf Befreiung von Vorschüssen und Kautionen, nicht aber auf definitive Befreiung von den Kosten. Im Übrigen enthält auch EMRK 6 Ziff. 3 lit. c einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, dessen Umfang aber unklar ist. Festzuhalten ist daher, dass grundsätzlich auch im Rahmen des SchKG ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht und ein solcher somit auch für das hier in Frage stehende Verfahren nicht von vornherein auszuschliessen ist.

<sup>22</sup> Vgl. *Amonn/Walther* (Fn 13) § 13 N 2.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 121 I 60.

## II. Schliesst die besondere Art des Verfahrens die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege aus?

Zu prüfen ist jedoch, ob sich aus der besonderen Art des Verfahrens Gründe ergeben, welche die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ausschliessen. Zunächst ist zu beachten, dass das Verfahren der einvernehmlichen Schuldenbereinigung zwar gerichtlich bewilligt wird, nach dieser Einleitung aber grundsätzlich eine aussergerichtliche Fortsetzung findet. Dabei wird auf dem Boden des Privatrechts frei über einen aussergerichtlichen Vergleich verhandelt. Zwar wird der Schuldner dabei von einem staatlich bestellten Sachwalter unterstützt. Dieser hat aber keinerlei Weisungsbefugnisse. Es stellt sich daher die Frage, ob dieses Verfahren überhaupt in den Anwendungsbereich von BV 29 III fällt. Das Bundesgericht hat denn auch einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ausserhalb des Prozesses grundsätzlich verneint<sup>24</sup>. Wie es sich im Falle des Verfahrens der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung verhält, hat es in einem unveröffentlichten Entscheid vom 28. August 1997 i.S. G. allerdings offen gelassen.

Für die Zulassung der unentgeltlichen Rechtspflege spricht, dass dem Schuldner durch das Verfahren der Schuldenbereinigung die Möglichkeit der Sanierung eröffnet werden soll, welche ihm durch die Sicherstellungspflicht jedoch beschnitten wird, weil das Verfahren damit von vornherein scheitert. Zudem wird das Verfahren durch eine staatliche Instanz eröffnet und dem Schuldner von Gesetzes wegen ein staatlich ernannter Sachwalter zur Seite gestellt. Dagegen spricht allerdings, dass RR nicht im eigentlichen Sinne ein Rechtsverlust droht, da ein Anspruch auf Gewährung einer Stundung gemäss SchKG 334 nur dann besteht, wenn der Gesuchsteller über genügend Vermögen verfügt, um die Kosten sicherstellen zu können. Ein eigentliches Recht auf Sanierung gibt es dagegen nicht, weshalb von einem Rechtsverlust im engeren Sinne nicht gesprochen werden kann.

Um eine Antwort auf die Frage zu finden, drängt es sich jedoch auf, die verschiedenen anfallenden Kosten näher zu betrachten und sich zu überlegen, ob allenfalls die Gerichtskosten und die Kosten für den Sachwalter unterschiedlich zu behandeln sind. Dies zieht die Frage nach der Qualifikation des Sachwalters nach sich, insbesondere, ob er als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu betrachten ist. Wäre dem so, müsste nach BV 29 III neben den allgemeinen Voraussetzungen auch noch die Notwendigkeit seines Beizuges zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers bestehen. Da der Sachwalter aber von Gesetzes wegen zwingend bestellt wird, erübrigt sich die Erörterung dieser Frage, da sie durch den Gesetzgeber gleichsam schon im positiven Sinne beantwortet worden ist. Daneben bleibt das Problem, dass der Sachwalter nicht als Prozessvertreter von RR agiert, sondern im Wesentlichen ausserprozessual eine blosse Unterstützungsfunktion ausübt. Er ist damit nicht im engeren Sinne ein Rechtsbeistand. Einen Anspruch auf aussergerichtliche unentgeltliche Rechtsberatung hat das Bundesgericht aber bisher verneint<sup>25</sup>. Allerdings bleibt doch die Frage, ob diese beiden Fälle einfach gleichgesetzt werden können. Denn, wie bereits erwähnt, hat der Schuldner nicht die Wahl, ob er einen Sachwalter an seiner Seite haben will, sondern ein solcher wird notwendigerweise bestellt. Es kann daher argumentiert werden, dass der Sachwalter nicht im engeren Sinne bloss aussergerichtliche Beratung bietet, sondern dass er (bzw. die durch ihn anfallenden Kosten) aufgrund seiner staatlichen Ernennung Kostenpunkt eines staatlichen Verfahrens ist. Auch wenn von einem eigentlichen Recht auf Sanierung nicht gesprochen werden kann, wollte der Gesetzgeber doch durch die Schaffung des Instituts der Schuldenbereinigung die wirtschaftliche Erholung ermöglichen. Da er die Bestellung eines Sachwalters zwingend vorgesehen und

<sup>24</sup> Vgl. die Übersicht in BGE 5P.305/2000 vom 17. November 2000 E. 3.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 121 I 321 E. 2 b S. 324.

damit auch als notwendig erachtet hat, sollte deshalb ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bejaht werden<sup>26</sup>.

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass hinsichtlich der Sachwalterkosten kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, kann dies nicht unbesehen auch für die Gerichtskosten betreffend die Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung gelten. Bei der Bewilligung handelt es sich klarerweise um ein staatliches Verfahren und RR ist auf den Entscheid des Gerichtes angewiesen, um überhaupt in den Genuss der Stundung gelangen zu können, welche wiederum die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Verhandlung mit den Gläubigern darstellt. Sodann kann auch argumentiert werden, dass die Kostensicherstellungspflicht gemäss SchKG 334 I – auf die sofort noch näher einzugehen ist – nur die Kosten nach dem Bewilligungsentscheid betrifft und damit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedenfalls nicht entgegensteht. Es ist daher – sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind – aufgrund BV 29 III jedenfalls ein Erlass der Vorschusspflicht betreffend die Gerichtskosten zu gewähren. Eine endgültige Befreiung ist aber nicht möglich.

Wenn auch aufgrund der allgemeinen Grundsätze ein Anspruch bejaht werden kann, fragt es sich, ob dem die Regelung in SchKG 334 I nicht grundsätzlich entgegensteht – jedenfalls soweit es die Sachwalterkosten betrifft. Denn Voraussetzung für die Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, dass die Kosten sichergestellt sind. Die Sicherstellung ist somit nicht bloss eine Modalität des Verfahrens, sondern Voraussetzung für das Verfahren schlechthin. Folglich müsste die Bewilligung abgelehnt werden, wenn dem Gesuchsteller die Sicherstellung nicht möglich ist. Es fragt sich nun, ob es sich hier um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers in dem Sinne handelt, dass auch die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ausgeschlossen werden sollte. Aufgrund von BV 191 dürfte diese Regelung vom Bundesgericht nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Stützen liesse sich eine in diese Richtung gehende Argumentation dadurch, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Staates sein kann, zur Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners Vermögenswerte bereitzustellen. Jedoch geht es in dieser Konstellation nicht darum, Substrat für die Befriedigung der Gläubiger zu erzeugen, sondern nur um die Kosten für einen gesetzlich zwingend vorgeschriebenen und staatlich eingesetzten Sachwalter. Nicht zu vergessen ist, dass die primäre Voraussetzung für die Bewilligung des Verfahrens die Chance auf eine einvernehmliche Einigung mit den Gläubigern ist. In dieser Hinsicht muss klarerweise ausreichend Substrat vorhanden sein und es ist solches selbstverständlich nicht vom Staat vorzuschliessen. Fehlt es daran, ist die Bewilligung der Schuldenbereinigung ausgeschlossen. Es ist aber denkbar, dass hohe Sachwalterkosten einen Grund darstellen, um eine an sich mögliche Einigung mit den Gläubigern zu verunmöglichen. Zudem kann es je nach dem, in welcher Form die Vermögenswerte vorhanden sind, für den Schuldner schwierig sein, einen Kostenvorschuss zu leisten. Ist wie im konkreten Fall ein Haus das einzige bedeutsame Aktivum, müssten zuerst liquide Mittel generiert werden, was zu einer unvorteilhaften Wertvernichtung führen könnte (allerdings ist nachfolgend noch zu prüfen, ob damit die Bedürftigkeit noch bejaht werden kann).

Aus dem Zusammenhang zwischen Aussicht auf Einigung und Kostensicherstellung ergibt sich, dass in der Regel keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung bestehen wird, wenn nicht einmal genügend Vermögenswerte vorhanden sind, um die Kosten sicherzustellen. Aufgrund der in diesen Konstellationen bestehenden Aussichtslosigkeit der Schuldenbereinigung ist auch ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu verneinen, da die Nichtaussichtslosigkeit eine Voraussetzung dieses Anspruches ist (vgl. dazu nachfolgend unter III. A). Es

---

<sup>26</sup> Ohne nähere Begründung ebenfalls bejahend: *Pierre-Robert Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271 – 352, Lausanne 2003, Art. 334 N 7.

scheinen jedoch Konstellationen denkbar, in welchen zwar grundsätzlich für eine Schuldenbereinigung ausreichendes Vermögen vorhanden ist, die zusätzlichen Mittel für einen Sachwalter aber fehlen oder aber auch nur – wie im konkreten Fall – die Leistung eines Vorschusses Probleme bereitet. In diesen letzteren Fällen sollte die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege daher bejaht werden. Zusätzliche Voraussetzung ist allerdings, dass die Voraussetzungen der Bedürftigkeit und der Nichtaussichtslosigkeit im konkreten Fall bejaht werden können.

### **III. Voraussetzungen der Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege**

Die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege setzt grundsätzlich zweierlei voraus. Zum einen muss die Antrag stellende Person bedürftig und zum anderen darf der Prozess nicht aussichtslos sein. Diese Voraussetzungen ergeben sich aus BV 29 III und werden auch in § ZPO 84 I genannt.

#### *A. Nichtaussichtslosigkeit des Verfahrens*

Damit unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, darf das Verfahren nicht aussichtslos sein. Nach der Rechtsprechung ist ein Rechtsbegehren dann als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und daher kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine über die nötigen Mittel verfügende Partei „sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder davon absehen würde; denn eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet.“<sup>27</sup> Wesentlich ist nun, dass gemäss SchKG 334 I bereits für die Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung vorausgesetzt ist, dass sie nicht aussichtslos ist. Massgebend für die Frage der Nichtaussichtslosigkeit im Hinblick auf die unentgeltliche Rechtspflege kann vorliegend ebenfalls nur die Aussicht auf Erfolg der Schuldenbereinigung sein, da diese Gegenstand des in Frage stehenden Verfahrens ist. Indem folglich der Richter die Schuldenbereinigung bewilligt hat, was er nach dem Gesagten nur darf, wenn er sie nicht für aussichtslos erachtet, hat er somit zugleich auch die Nichtaussichtslosigkeit des Verfahrens implizit bejaht. Folglich darf er aufgrund seiner Einschätzung die unentgeltliche Rechtspflege nicht mit der Begründung verweigern, das Verfahren sei aussichtslos. Die Nichtaussichtslosigkeit ist somit zu bejahen.

#### *B. Bedürftigkeit*

Als bedürftig gilt ein Gesuchsteller, wenn er die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Ob dem so ist, beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Somit sind nicht nur die Einkommenssituation, sondern auch die Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen<sup>28</sup>. Wesentlich ist auch, dass die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege gegenüber der familienrechtlichen Beistandspflicht subsidiär ist<sup>29</sup>. Nach Sachverhalt verfügt die Ehefrau aber über kein Einkommen und es ist ihr mit vier Kindern auch nicht zuzumuten noch einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Hinweise auf Vermögen der Ehefrau gibt es keine. Gemäss Sachverhalt liegt RR's Einkommen maximal Fr. 200.- über dem Existenzminimum. Es fragt

<sup>27</sup> BGE 109 Ia 5 E. 4 S. 9.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 124 I 1 E. 2a S. 2.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 103 Ia 99 E. 4 S. 101.



sich nun, ob er damit bereits nicht mehr als bedürftig gilt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern die individuellen Umstände zu berücksichtigen. Auch wenn das Einkommen wenig über dem für den Lebensunterhalt absolut notwendigen Betrag liegt, kann daher noch Bedürftigkeit angenommen werden<sup>30</sup>.

Für die Ermittlung des prozessrechtlichen Existenzminimums wird regelmässig von einem gegenüber dem betriebsrechtlichen Existenzminimum erhöhten Betrag ausgegangen. So wird denn auch im Kanton Zürich auf einen erweiterten Notbedarf abgestellt, indem auch die Steuern berücksichtigt werden, und überdies wird der gesuchstellenden Partei ein gewisser Freibetrag zugebilligt. Ein Anspruch auf einen generellen, prozentualen Zuschlag zum betriebsrechtlichen Notbedarf besteht allerdings nicht und massgebend ist letztlich, ob dem Gesuchsteller zugemutet werden kann, für die Kosten aufkommen<sup>31</sup>. Zu prüfen ist dabei, ob der Gesuchsteller in der Lage ist, aus dem Überschuss über das betriebsrechtliche Existenzminimum innert absehbarer Zeit die notwendigen Vorschüsse zu leisten. Es muss daher grundsätzlich auch auf die zur Diskussion stehenden Kosten abgestellt werden. Die Gebühr für Bewilligung, Verlängerung oder Widerruf der Stundung beträgt nach GebV SchKG 56 I 40–200 Franken. Im vorliegenden Fall, in dem das verfügbare Einkommen nur maximal Fr. 200.- über dem Existenzminimum liegt, müsste die Bedürftigkeit grundsätzlich bejaht werden, da der erweiterte Notbedarf plus Freibetrag ohne weiteres 200 Franken übersteigen wird. Allerdings erscheint es nicht als unzumutbar, RR für diesen Betrag aufkommen zu lassen, da er ihn in etwa einem Monat aufbringen könnte. Im Hinblick auf die Gerichtskosten könnte die Bedürftigkeit demnach durchaus verneint werden.

Allerdings stehen in casu auch noch die Sachwalterkosten zur Diskussion. Diese sind im Rahmen dieses Verfahrens die grösste Position, wobei die absolute Höhe aber sehr stark von der Person abhängig ist, welche als Sachwalter eingesetzt wird. Würde ein Rechtsanwalt eingesetzt, können die Kosten schnell einmal mehrere Tausend Franken betragen. Es ist aber durchaus auch möglich, dass als Sachwalter fachkundige Mitarbeiter von staatlichen Sozialdiensten oder auch Freiwillige von gemeinnützigen Organisationen ernannt werden, womit die Kosten bei mehreren Hundert Franken liegen können oder sogar ganz entfallen<sup>32</sup>. Daraus folgt, dass die Bedürftigkeit im konkreten Fall je nach Person des Sachwalters bejaht oder verneint werden müsste, sofern nur das Einkommen berücksichtigt wird.

Allerdings ist, wie bereits erwähnt, nicht nur die Einkommenssituation zu beachten. RR besitzt ein Haus und somit Vermögen. Nach der Rechtssprechung ist es einem Grundeigentümer zuzumuten, sein Haus mit zusätzlichen Hypotheken zu belasten, sofern dies noch möglich ist<sup>33</sup>. Ob dies im konkreten Fall noch möglich wäre, kann nicht endgültig beantwortet werden. Gemäss Sachverhalt ist das Haus mit Hypotheken stark belastet. Eine weitere Belastung ist aber in Anbetracht des eher geringen Betrages nicht auszuschliessen. Da auch für die Bejahung der Aussicht auf Schuldenbereinigung von einer Verwertung des Hauses mit Gewinn bzw. einer weiteren Belastbarkeit ausgegangen werden muss, muss diese Möglichkeit konsequenterweise bejaht werden. Damit wäre die Bedürftigkeit zu verneinen. Sind die Wohnkosten aufgrund des Bewohnens eines Hauses unangemessen hoch, könnte RR auch der Verkauf

---

<sup>30</sup> BGE 124 I 1 E. 2a S. 2 f.

<sup>31</sup> Vgl. ZR 96/1997 Nr. 11; ZR 102/2003 Nr. 63.

<sup>32</sup> Vgl. *Gustav Hug-Beeli*, Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag des Schuldners, BIschK 1998 S. 41 ff., Fn 48.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 119 Ia 11.

des Hauses und der Umzug in eine billigere Wohnung zugemutet werden<sup>34</sup>. Die Bedürftigkeit müsste somit grundsätzlich verneint werden.

#### **IV. Fazit**

Die Bedürftigkeit und damit letztlich auch der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege sind somit zu verneinen.

### **Lösung Fall 3**

#### **Frage 3.1. Vorgehensweise des Bezirksgerichts Rapperswil**

Als Erstes hat das Bezirksgericht Rapperswil sämtliche Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen nach ZPO 108 zu prüfen. In casu ist besonders die *gehörige Einleitung des Prozesses* durch die Treuhand-AG fraglich, da sie die Klage direkt beim Gericht eingereicht hat. Grundsätzlich ist jeder Prozess vor dem Friedensrichter einzuleiten (ZPO 93 i.V. m. GVG 72). Die Rechtshängigkeit der Klage wird aber erst mit der Einreichung der Weisung beim Gericht begründet (ZPO 102).

Die direkte Klageanhebung, als Ausnahme von der obligatorischen Durchführung der Sühnverhandlung, ist nur in den Fällen von ZPO 103-105 sowie im summarischen Verfahren zulässig (vgl. ZPO 205 e contrario). ZPO 103 ist nicht einschlägig, da nach dem Sachverhalt weder das Handelsgericht (GVG 61) noch das Obergericht für die Klage der Treuhand-AG zuständig sind. Zudem liegt kein Anwendungsfall von ZPO 105 vor, insbesondere ist keine Arbeitsstreitigkeit zu beurteilen, da kein Anstellungsverhältnis zwischen den Gesellschaftern besteht. Ebenso wenig ist ZPO 104 lit. a-c anwendbar, denn die Verhandlung findet im ordentlichen Verfahren statt, es handelt sich nicht um einen FFE-Fall und die Auflösungsklage musste nicht innerhalb einer Frist von weniger als 30 Tagen erhoben werden.

Näherer Untersuchung bedarf ZPO 104 lit. d, wonach eine Klage ohne Sühnverfahren schriftlich beim Gericht rechtshängig gemacht wird, wenn sie in den Anwendungsbereich des LugÜ fällt. I.c. haben jedoch alle Parteien ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz. Allein der Umstand, dass die einfache Gesellschaft den Zweck verfolgt, Personen mit Wohnsitz in Deutschland betreffend des Erwerbs eines Grundstückes in der Schweiz zu beraten, reicht nicht aus, um einen qualifizierten Auslandsbezug herzustellen, der vernünftigerweise die Hinzuziehung einer internationalen Kollisions- oder Sachnorm, namentlich die Anwendung des LugÜ, rechtfertigen würde (ZPO 104 lit. d).

Zu prüfen bleibt, ob die Treuhand AG sich auf die analoge Anwendung von ZPO 109 stützen kann um die direkte Klageeinleitung zu rechtfertigen. Eine *direkte Anwendung* von ZPO 109 ist nicht zulässig, da die Klage mangels Einreichung der friedensrichterlichen Weisung beim Gericht nicht rechtshängig gemacht wurde (ZPO 102 I). Ausserdem setzt der Wortlaut und die Marginalie der Bestimmung voraus, dass das Sühnverfahren an einem Mangel litt. Die grammatikalische Auslegung ergibt folglich, dass ZPO 109 nur dann Anwendung findet, wenn überhaupt ein Sühnverfahren stattgefunden hat. Da aber i.c. kein Sühnverfahren stattfand, kann auch kein mangelhaftes Sühnverfahren i.S.v. ZPO 109 vorliegen.

---

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Alfred Bühler*, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002 S. 644 ff., 648.

Zudem betrifft ZPO 109 geringfügigere verfahrensrechtliche Formmängel, wie etwa die Nichteinreichung einer Vollmacht. ZPO 109 äussert sich folglich nicht zur generellen Pflicht ein Sühnverfahren durchführen zu müssen, sondern ist als Bestimmung gegen einen *überspitzten Formalismus* (vgl. BV 9) in dem Sinne zu verstehen, dass eine Rückweisung der Sache an den Friedensrichter bei formellen Mängeln zu unterlassen ist, wenn auch bei Beachtung der Formalien das gleiche Ergebnis eingetreten wäre.

Für eine *analoge Anwendung von ZPO 109* auf die Klage der Treuhand-AG könnte hingegen sprechen, dass es *prozessökonomisch* unsinnig sei, zwei Sühnverfahren mit den identischen Parteien über dieselbe Angelegenheit zeitlich kurz hintereinander durchzuführen, wenn keine Aussicht auf Einigung besteht. Die analoge Anwendung ist jedoch aus mehreren Gründen auf die Auflösungsklage der Treuhand-AG abzulehnen:

Eine analoge Anwendung impliziert nämlich, dass durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dem Grundgedanken einer Norm und damit der in der Norm vorgegebenen Wertung besser Rechnung getragen werden könnte. Nun bezweckt aber der Grundsatz des zürcherischen Verfahrensrecht, dass prinzipiell immer versucht werden soll, die Parteien auszusöhnen, um ein unnötiges Gerichtsverfahren zu vermeiden und den Rechtsfrieden möglichst schnell wiederherzustellen (ZPO 93). Dieser Grundsatz darf nicht durch eine Analogie ausgehöhlt werden.

Ausserdem scheint es fraglich, dass i.c. ein Sühnversuch von vornherein ausgeschlossen ist. Nur unter dieser Voraussetzung dürfte aber eine Rückweisung der Sache an den Friedensrichter unterbleiben. Denn zwei unterschiedliche Sachverhalte (Gewinnherausgabe und Auflösung der einfachen Gesellschaft) verlangen auch zwei Sühnverhandlungen; es dürfen keine Ergebnisse eines Sühnverfahrens vorweggenommen werden. Zumal Reich und Link nun einer Auflösung der Gesellschaft womöglich gar nicht abgeneigt wären.

Zudem würde eine extensive Auslegung der Bestimmung in der Praxis Folgendes bewirken: Bei Klagen mit identischen Parteien würde die beklagte Partei nach der Durchführung der ersten Sühnverhandlung direkt Klage beim Gericht ihrer Wahl erheben um dort die Rechtshängigkeit zu bewirken. Dies würde jedoch ein unerwünschtes *Forum Running* der Parteien begünstigen, wie es aus dem internationalen Recht bekannt ist.

Auch kann einer analogen Anwendung von ZPO 109 entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber *abschliessend* in ZPO 102 ff. die Ausnahmefälle statuiert hat, in denen die Auslösung der obligatorische Sühnverhandlung möglich (ZPO 103) bzw. vorgeschrieben (ZPO 104, 105) ist. Der abschliessende Charakter der Bestimmungen wäre daher nicht mehr gewährleistet, wenn in sinngemässer Anwendung von ZPO 109 die Sühnverhandlung unterlassen werden könnte.

Es kann deshalb festgehalten werden, dass die analoge Anwendung von ZPO 109 auf die Auflösungsklage der Treuhand-AG abzulehnen ist. Die Klage wurde somit nicht gehörig eingeleitet. Da die gehörige Einleitung des Prozesses aber eine Prozessvoraussetzung i.S.v. ZPO 108 bildet, darf das Bezirksgericht Rapperswil nicht auf die Klage eintreten. Es erlässt einen Nichteintretensentscheid i.S.v. ZPO 188 Abs. 2 Satz i.V.m. GVG 155 Satz 2 (prozessualer Endentscheid).

Die Bestimmung nach ZPO 108 Satz 2, wonach das Gericht das Notwendige zur Verbesserung allfälliger Mängel anordnen kann, kommt i.c. nicht zur Anwendung, da die Durchfüh-

zung einer gesetzlich vorgeschriebenen Sühnverhandlung kein verbesserungsfähiger Mangel i.S. dieser Bestimmung ist.

### **Frage 3.2. Vorgehensweise des Bezirksgerichts Zürich**

Für die Beantwortung der Frage 3.2. ist von der Sachverhaltsannahme auszugehen, dass die Klage der Treuhand AG bereits früher rechtshängig gemacht wurde. Mithin hat das Bezirksgericht Rapperswil die analoge Anwendung von ZPO 109 bejaht.

Mit der Einreichung der friedensrichterlichen Weisung durch Link und Reich wurde die Klage am Bezirksgericht Zürich rechtshängig (ZPO 102), welches als das zweit angerufene Gericht i.S.v. GestG 35 f. zu qualifizieren ist. Auch das Bezirksgericht Zürich hat nun von Amtes wegen die Prozessvoraussetzungen prüfen.

Hiezu gehört u.a. die negative Prozessvoraussetzung der fehlenden anderweitigen Litispendenz einer identischen Klage (ZPO 107 I Ziff. 2 i.V.m. GestG 35). Denn die Rechtshängigkeit einer identischen Klage führt zur sogenannten *Ausschlusswirkung*, d.h., wenn mit der Klage in Rapperswil bereits eine identische Klage rechtshängig gemacht wurde, muss das zweit angerufene Gericht in Zürich das Verfahren sistieren, bis das erstangerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat. Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, tritt das zweit angerufene Gericht in Zürich nicht auf die Klagen ein, da es sonst an der Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses an einer gerichtlichen Beurteilung der Klagen fehlen würde. Die Ausschlusswirkung einer rechtshängigen Klage ergibt sich seit Inkrafttreten des GestG aus geschriebenem Bundesrecht. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit hingegen bestimmt sich nach wie vor nach kantonalem Recht, massgebend ist somit grundsätzlich die Einreichung der Weisung beim Gericht (ZPO 102).

### **I. Prüfung der Klageidentität nach GestG 35**

Normzweck der Bestimmung über die Klageidentität ist die Vermeidung widersprüchlicher Gerichtsentscheide sowie die Prozessökonomie; es sollen nicht unnötigerweise Gerichte mehrerer Gerichtssprengel für die identische Klage in Anspruch genommen werden.

Voraussetzung für die Klageidentität i.S.v. GestG 35 ist die *Identität der Parteien* und die *Identität des Streitgegenstandes*. Erstere ist hier unproblematisch: Sowohl die Klagen in Zürich als auch diejenige in Rapperswil sind zwischen Reich, Link und der Treuhand-AG rechtshängig. Es liegen somit Klagen mit denselben Parteien vor. Der Tausch der Parteirollen ist unerheblich.

Hingegen ist die *Identität des Streitgegenstandes* näher zu prüfen. Im Rahmen der Rechtshängigkeit ist dabei von einem weiteren Begriff der Klageidentität als bei der Bestimmung der Identität im Rahmen der Rechtskraft auszugehen<sup>35</sup>. Nach einem Teil der Lehre galten die Streitgegenstände im Rahmen der Rechtshängigkeit nur bei Identität der *Rechtsbegehren* als identisch. Nach dieser Auffassung müsste i.c. die Identität verneint werden, da in Zürich Leistungsklagen (Anspruch auf Gewinnverteilung nach OR 532) in Rapperswil hingegen eine

<sup>35</sup> Bezüglich der Rechtskraft liegt eine identische Klage und damit eine *res iudicata* dann vor, wenn ein Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung vorgelegt wird (BGE 121 III 477, 125 III 10, 242). Der weitere Begriff der Identität im Rahmen der Rechtshängigkeit kommt zur Anwendung, weil bei der Rechtshängigkeit der Klage noch nicht bekannt ist, was schliesslich durch das Gericht beurteilt wird.

Gestaltungsklage (Auflösung der einfachen Gesellschaft nach OR 545 Abs. 1 Ziff. 7) rechts-hängig sind.

Die h.L. stellte demgegenüber auf die sogenannte *Lebensvorgangstheorie* ab. Danach ist der Streitgegenstand identisch, wenn aus demselben Lebensvorgang dasselbe Rechtsbegehren oder zumindest ein Teil davon geltend gemacht wird. Auch nach dieser Theorie liegen keine identischen Streitgegenstände vor. Weder sind die Rechtsbegehren identisch noch der Lebensvorgang (zum einen die angeblich nicht erfolgte Auszahlung des Gesellschaftsgewinns, zum anderen die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund) identisch.

Nach *neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung*<sup>36</sup> und *Lehre*<sup>37</sup> ist allerdings für die Bestimmung der Identität des Streitgegenstandes vor allem darauf abzustellen, ob sich eine einheitliche Beurteilung der Ansprüche durch ein Gericht aufdrängt um widersprüchliche Urteile zu vermeiden. Die Klagen müssen folglich in ihrem Kern identisch sein – unterschiedliche Rechtsbegehren sind nicht mehr das ausschlaggebende Kriterium. Die Klagen müssen sich im Wesentlichen auf dieselben Tatsachen und Rechtsgründe stützen mit der Folge, dass sie nicht nebeneinander bestehen können.

Diese sogenannte *Kernpunkttheorie* wurde vom EuGH entwickelt<sup>38</sup> und vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung übernommen. Die Anpassung der bundesgerichtlichen Judikatur rechtfertigt sich umso mehr, als dass die Bestimmung von GestG 35 gerade im Hinblick auf die fast wörtliche Parallelbestimmung des LuGÜ 21 formuliert wurde, um eine Eurokompatibilität des GestG zu erzielen<sup>39</sup>.

I.c. liegt jedoch selbst nach der Kernpunkttheorie keine Identität des Streitgegenstandes vor. Auch wenn die einfache Gesellschaft ex nunc aufgelöst würde, könnte die Treuhand-AG zur Gewinnherausgabe verpflichtet werden. Umgekehrt könnte das Bezirksgericht Rapperswil die Auflösungsklage der Treuhand-AG auch nicht gutheissen, obwohl das Bezirksgericht Zürich die Klagen der Link und Reich abweist. Somit bestehen die Ansprüche nebeneinander, denn die Pflicht zur Zahlung des Gewinnanteils besteht unabhängig davon, ob die einfache Gesellschaft aufgelöst wird.

Zudem macht die Treuhand-AG lediglich die Auflösung der einfachen Gesellschaft geltend, nicht jedoch die Verteilung des allfälligen Liquidationsgewinnes. Die Ansprüche auf Herausgabe des Gewinns, der in der Vergangenheit erzielt wurde, sind denn auch bereits entstanden, und die Treuhand-AG stellt den vormaligen Bestand der einfachen Gesellschaft nicht in Frage. Eine Identität des Streitgegenstandes wäre allenfalls zu diskutieren, wenn die Treuhand-AG etwa auf Feststellung der Nichtigkeit der einfachen Gesellschaft geklagt hätte. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass keine Identität der Klagen i.S.v. GestG 35 vorliegt.

---

<sup>36</sup> BGE 128 III 284. Wenn sich die gleichen Parteien gegenüberstehen und die Klagen auf demselben Sachverhalt beruhen, ist eine negative Feststellungsklage und Leistungsklage als identisch i.S.v. Art. 35 GestG zu qualifizieren. Bislang war das Bundesgericht nur bei der Anwendung des LuGÜ der EuGH-Rechtsprechung (vgl. Fn 4) gefolgt (BGE 123 III 422 f.)

<sup>37</sup> Für die schweizerische Lehre vgl. *Meier Isaak*, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) – Konzept des neuen Rechts und erste Antworten auf offene Fragen, S. 28 f.

<sup>38</sup> EuGH 8.12. 1987 (Gubisch/Palumbo, Slg. 1987-11, 4877): Die Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrages in einem Staat und die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Vertrages sind identisch. Ebenso sind die Klage auf Verurteilung zur Zahlung von Schadenersatz und der negativen Feststellungsklage bezüglich dieser Schadenhaftung identisch (EUGH 6.12. 1994, Tatry/Maciej Rataj, Slg. 1994-11/12, 5481).

<sup>39</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 18. November 1998, BBl 1998, 131 (S. 2834 f., 2632 f.).

## II. Prüfung der Konnexität der Klagen nach GestG 36

Als Nächstes hat das Bezirksgericht Zürich zu prüfen, ob allenfalls *konnexe Klagen* von Reich und Link rechtshängig gemacht wurden. Diesfalls könnte es in Anwendung des pflichtgemässen Ermessens das Verfahren sistieren, bis das Bezirksgericht Rapperswil entschieden hat (GestG 36 Abs. 1). Ebenso hätte das Bezirksgericht Zürich die Möglichkeit das Verfahren an das erstangerufene Bezirksgericht Rapperswil von Amtes wegen zu überweisen, wenn dieses sich damit einverstanden erklärt (GestG 36 Abs. 2).

Bei der Auslegung des Begriffes des sachlichen Zusammenhangs ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu LuGÜ 22 abzustellen. Konnex sind Klagen, wenn sie aus rechtlichen oder faktischen Gründen in einem so engen sachlichen Zusammenhang stehen, dass eine *gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint*, um zu vermeiden, dass verschiedene Gerichte in getrennten Verfahren sich widersprechende Entscheide fällen könnten<sup>40</sup>. Mithin verfolgt GestG 36 den Zweck, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, die sich aus nicht identischen, jedoch im Zusammenhang stehenden Klagen ergeben könnten.

Eine Identität der Parteien, wie sie i.c. vorliegt, bildet zwar keine Voraussetzung, indiziert aber häufig eine Konnexität nach GestG 36. Auch der Umstand, dass die Klagen in einem *ursächlichen Zusammenhang* – die Klage der Treuhand-AG wurde durch das Vorgehen der Mitgesellschafter Link und Reich ausgelöst – , deutet oft auf eine Konnexität der Klagen hin.

Dennoch sind die Klagen nicht als konnex i.S.v. GestG 36 zu qualifizieren. Sie beruhen zwar auf *demselben Rechtsverhältnis* (Gesellschaftsvertrag), doch geht es einerseits um die Gewinnherausgabe eines in der Vergangenheit erzielten Gewinnes der einfachen Gesellschaft und andererseits um die Auflösung derselben. Bei der Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen handelt es sich um eine Gestaltungsklage mit Wirkung ex nunc bei Eintritt der Rechtskraft. Sie führt zu einer Zweckänderung der einfachen Gesellschaft, d.h. der neue Zweck der Gesellschaft liegt darin, die gemeinsamen und die mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse aufzulösen, die Schulden zu begleichen sowie die Aktiven unter den Gesellschaftern zu verteilen.

Grundsätzlich ist es die Aufgabe der Gesellschafter die einfache Gesellschaft zu liquidieren. Dennoch hat jeder Gesellschafter das Recht, die Durchführung der Liquidation klageweise zu verlangen. Hätte die Treuhand-AG ein solches zur Auflösungsklage zusätzliches Liquidationsbegehren gestellt, könnte eine Konnexität der Klagen und somit die Gefahr widersprüchlicher Entscheide angenommen werden, da die Gewinnherausgabeansprüche von Link und Reich vom Bezirksgericht Rapperswil im Rahmen der Liquidation zu berücksichtigen wären. Dieses Liquidationsbegehren kann jedoch dem Sachverhalt nicht entnommen werden.

So ist es i.c. durchaus möglich und per se nicht widersprüchlich, wenn einerseits der Gewinnherausgabeanspruch abgewiesen und andererseits die Auflösung der Gesellschaft verweigert wird. Umgekehrt würde die Auflösung der Gesellschaft einem Entscheid über die Gewinnanteil von Link und Reich nicht entgegenstehen. Dies, weil die Auflösung der einfachen Gesellschaft nicht rückwirkend auf die Zeit vor der Gewinnerwirtschaftung beantragt wird. Die allfällige Pflicht zur Zahlung des Gewinnanteils besteht unabhängig davon, ob die einfache Gesellschaft aufgelöst wird; eine gemeinsame Beurteilung durch ein Gericht drängt sich nicht auf.

---

<sup>40</sup> Bzw. wenn sie Rechtsfolgen haben könnten, die sich gegenseitig ausschliessen (EuGH Rs C-406/92, Slg. 1994 I-5439 ff.).

Fazit: Zwar sind im vorliegenden Fall Klagen zwischen identischen Parteien rechtshängig, jedoch besteht zwischen den Ansprüchen keine Konnexität i.S.v. GestG 36. Das Bezirksgericht Zürich hat somit, sofern die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, auf die Klagen von Link und Reich einzutreten.

## **Lösung Fall 4**

### **Frage 4.1.**

#### **I. Vorbemerkungen**

Im vorliegenden Fall steht die Vorgehensweise des Betreibungsbeamten bei einer Drittsprache an gepfändeten Vermögenswerten zur Diskussion. Dabei interessiert insbesondere auch die Frage, an welches Gericht der Betreibungsbeamte die Parteien verweisen soll, falls es zur Widerspruchsklage kommt.

Die Betreuung richtet sich zwar gegen eine im Handelsregister eingetragene und damit grundsätzlich der Konkursbetreuung unterliegende Person. Nach Art. 43 SchKG ist jedoch für Steuerforderungen, wie sie hier in Betreuung gesetzt worden sind, die Konkurseröffnung ausgeschlossen.

Der Betreibungsbeamte hätte im Übrigen die Durchführung des Widerspruchsverfahrens umgehen können, wenn er – wie in Art. 95 Abs. 3 SchKG vorgesehen – zunächst nicht die von einem Dritten beanspruchten Bilder, sondern andere Vermögenswerte gepfändet hätte. Offenbar sind jedoch keine anderen Vermögenswerte vorhanden.

Klammert man zunächst die zweite Frage aus, ist die Frage für den vorliegenden Fall wie folgt zu beantworten:

#### **II. Vorgehensweise des Betreibungsbeamten unter Ausklammerung der Frage der Zuständigkeit für das Widerspruchsverfahren**

Der Geschäftsführer der Schuldnerin weist darauf hin, dass Fabio Morganti an den fraglichen Bildern Eigentum geltend mache. Damit ist in korrekter Form eine Drittsprache im Sinne von Art. 106 SchKG erfolgt. Hierfür ist nicht notwendig, dass der Dritte selber sein Recht anmeldet. Der Betreibungsbeamte hat in der Pfändungsurkunde die Drittsprache vorzumerken.

Das weitere Verfahren richtet sich nach Art. 107 SchKG. Die fraglichen Pfändungsobjekte befinden sich im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners. Das Verfahren läuft in zwei Stufen ab: Schuldner und Gläubiger erhalten zunächst die Gelegenheit, den Anspruch des Dritten zu bestreiten. Im vorliegenden Fall erfolgt die Bestreitung nur aber immerhin durch den Schuldner. Entsprechend hat das Betreibungsamt dem Dritten Frist zur Klage anzusetzen.

#### **III. Zur Frage der Zuständigkeit für die Widerspruchsklage von Morganti**

Zunächst stellt sich die Frage der Rechtsgrundlage zur Beantwortung der Zuständigkeitsfrage. Da Morganti im Ausland wohnt, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Demzufolge ergibt sich die Zuständigkeit grundsätzlich aus dem IPRG oder dem LugÜ. Die Streitsache liegt im

sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ: Es liegt eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 LugÜ vor. Dieser Begriff ist in sehr weitem Umfange zu verstehen, da ja das Überkommen unter anderem auch die Zuständigkeit für „Verfahren, die die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen zum Gegenstand haben“, regelt (Art. 16 Nr. 5 LugÜ). Das Widerspruchsverfahren als Klage, die in Zusammenhang mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren steht, fällt damit auf jeden Fall darunter. Da hier die Einzelzwangsvollstreckung und nicht das Konkursverfahren zur Diskussion steht, liegt auch keine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 LugÜ vor.

Von den Zuständigkeiten des LugÜ sind vorab diejenige nach Art. 17 LugÜ (Gerichtsstandsvereinbarung) und Art. 16 Nr. 5 LugÜ (Zwangsvollstreckungsverfahren) zu prüfen. Sollte Art. 16 Nr. 5 LugÜ anwendbar sein, wäre damit die Gerichtsstandsvereinbarung unbeachtlich, da es sich dabei um eine zwingende Zuständigkeit handelt. Andernfalls kann ohne nähere Prüfung die Gerichtsstandsvereinbarung zur Anwendung gebracht werden, da ja gemäss Sachverhalt von ihrer Gültigkeit ausgegangen werden kann.

Die Frage, ob die Widerspruchsklage unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ fällt, ist in der Lehre sehr umstritten. Es werden namentlich drei Ansichten vertreten:

- Nach einer Ansicht kommt für alle Formen der Widerspruchsklage Art. 16 Nr. 5 LugÜ zur Anwendung<sup>41</sup>.
- Eine andere Ansicht differenziert danach, ob sich im Prozess der Dritte und der Schuldner oder der Dritten und der Gläubiger gegenüber stehen. Im ersteren Fall liegt nach dieser Ansicht eine (gewöhnliche) Klage um das Eigentum vor, für welche die allgemeinen Zuständigkeiten des LugÜ gelten. Bei der zweiten Konstellation fällt die Klage unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ<sup>42</sup>.
- Eine dritte Ansicht will unterscheiden, ob der Dritte gegen den Schuldner klagt oder der Dritte die beklagte Partei ist. Im letztgenannten Fall sind nach dieser Ansicht die allgemeinen Zuständigkeit und im erstgenannten Fall Art. 16 Nr. 5 LugÜ massgebend<sup>43</sup>.

Bei der Korrektur wurden selbstverständlich alle überzeugend begründeten Lösungen akzeptiert. Für eine vollständige Begründung waren vor allem folgende Aspekte in Betracht zu ziehen:

- Die Widerspruchsklage hat – bei allen Konstellationen – in erster Linie zum Ziel, die pfändbaren Vermögenswerte von denjenigen abzugrenzen, die Dritten zustehen und damit aus der Zwangsvollstreckung auszusondern sind. Dieser Aspekt spricht für eine Anwendung von Art. 16 Nr. 5 LugÜ für alle Klagen.
- Für eine Einstufung als gewöhnliche Zivilklage spricht, dass bei der Widerspruchsklage die Eigentumsfrage mindestens als Vorfrage zu prüfen ist.
- Die entscheidende Frage ist diejenige der Rechtskraft des Widerspruchsverfahrens. Hierzu werden allerdings wiederum verschiedene Ansichten vertreten. Grundsätzlich

---

<sup>41</sup> Karl Spühler/Myriam A. Gehri/Susanne B. Pfister, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I*, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 162; Karl Spühler/Dominik Infanger, *Anwendung des LugÜ, insbesondere von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ, auf SchKG-Klagen*, in: Karl Spühler (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts*, Zürich 2000, S. 125; Adrian Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basel/Genf/München 1998, Art. 109 N 3 f., 16.

<sup>42</sup> Amonn/Walther (Fn 13) § 24 N 47 ff., insb. 59.

<sup>43</sup> Matthias Staehelin, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basel/Genf/München 1998, Art. 30a N 16; Vogel/Spühler (Fn 4), 4. Kap. N 68; Walter A. Stoffel, *Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest*, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), *FS Vogel*, Freiburg 1991, S. 386 ff.



gilt die Rechtskraft nur für das hängige Betreibungsverfahren<sup>44</sup>. Falls allerdings der Dritte und der Schuldner Partei sind, wird von einem Teil der Lehre angenommen, dass die Entscheidung in Rechtskraft erwachse<sup>45</sup>. Für die Vertreter dieser Ansicht ist es nahe liegend, diese Klagen auch vom Anwendungsbereich von Art. 16 Nr. 5 LugÜ auszunehmen.

- Nicht sehr aufschlussreich ist die isolierte Feststellung, es handle sich beim Widerspruchsverfahren um eine Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Hier handelt es sich ja lediglich um eine begriffliche Erfassung der Erscheinung, dass die Klage zwischen Erkenntnisverfahren- und Vollstreckungsverfahren liegt. Eine Zuordnung zum einen oder anderen Bereich kann damit nicht vorgenommen werden.

## **Frage 4.2.**

### **I. Vorbemerkungen**

Bei der zweiten Frage wird davon ausgegangen, dass in Mailand zwischen Morganti und der Fidex Trust AG bereits prozessiert wird.

Das Problem, für das es eine überzeugende Lösung zu präsentieren galt, ist: Wie kann der Konflikt zwischen dem Eigentumsprozess in Italien und einem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz, in dem sich die Frage stellt, ob die fraglichen Bilder in die Pfändung einbezogen werden können, gelöst werden?

Für den Betreibungsbeamten bieten sich zwei Vorgehensweisen an:

Variante 1: Der Betreibungsbeamte kann trotz der Klage in Italien dem Dritten Frist für die Erhebung der Widerspruchsklage am Betreibungsort in der Schweiz ansetzen. Die Koordination dieses Verfahrens mit dem Verfahren in Italien ist dann Sache des angerufenen Gerichtes.

Variante 2: Der Betreibungsbeamte kann das Verfahren in Italien als Ersatzform für das Widerspruchsverfahren betrachten und entsprechend hiervon Vormerk nehmen und das Betreibungsverfahren nach Art. 109 Abs. 5 SchKG sistieren.

### **II. Koordination der Verfahren in Italien und in der Schweiz durch das für die Widerspruchsklage zuständige Gericht**

Bei Vorgehen nach Variante 1 wäre Morganti zur Verhinderung der Verwertung der fraglichen Bilder gezwungen, eine Widerspruchsklage in der Schweiz einzuleiten. Auf seinen Antrag bzw. von Amtes wegen hätte alsdann das Gericht die Anwendung von Art. 21 oder Art. 22 LugÜ zu prüfen.

Art. 21 LugÜ: Die Beantwortung der Frage, ob hier identische Klagen vorliegen, fällt – mindestens in der Begründung – verschieden aus, je nachdem ob man in der Widerspruchsklage zwischen Drittem und Schuldner eine gewöhnliche Zivilklage über das Eigentum oder eine vollstreckungsrechtliche Klage sieht. Im erstgenannten Fall ist klar, dass eine identische Klage vorliegt. Im anderen Fall muss, um zum selben Ergebnis zu kommen, auf die bekannte weite Streitgegenstandsumschreibung von EuGH und Bundesgericht zurückgegriffen werden

<sup>44</sup> Spühler/Gehri/ Pfister (Fn 41), S. 161; Staehelin (Fn 41), Art. 109 N 30.

<sup>45</sup> Amonn/Walther (Fn 13), § 4 N 49, § 24 N 51, 67 f.

(eingehend hierzu die Ausführungen zu Fall 3.). Im Kerngehalt geht es in beiden Klagen um dasselbe, nämlich um die Frage des Eigentums an den Bildern. Auch der Zweck der Verhinderung von widersprechenden Entscheidungen ist hier ohne Zweifel gegeben. Sollte die Widerspruchsklage von Morganti in der Schweiz abgewiesen und damit die fraglichen Bilder verwertet werden, würde damit auch der Prozess in Italien obsolet werden. Eine schwierige – hier nicht näher zu erörternde – Frage ist allerdings, ob zwischen einer vollstreckungsrechtlichen Klage, wie sie nach dieser Interpretation angenommen wird, überhaupt mit einer gewöhnlichen Zivilklage identisch sein kann.

Art. 22 LugÜ: Wird das Vorliegen von identischen Klagen verneint, müssten mindestens zusammenhängende Klagen nach Art. 22 LugÜ angenommen werden.

Für die – in der Prüfung ebenfalls kurz zu schildernde – Vorgehensweise bei Anwendung von Art. 21 oder 22 LugÜ kann auch auf den Wortlaut dieser Bestimmungen verwiesen werden.

### **III. Vormerknahme vom Verfahren in Italien als Ersatzform für das Widerspruchsverfahren in der Schweiz**

Diese Variante kommt m.E. nur in Frage, wenn man der Auffassung ist, dass es sich beim Widerspruchsverfahren bei Beteiligung von Drittem und Schuldner um ein gewöhnliches Erkenntnisverfahren handelt.

Bei dieser Variante ist wie folgt vorzugehen:

Der Betreibungsbeamte hat vom Verfahren in Italien Vormerk zu nehmen und das Betreibungsverfahren in der Schweiz bis zum Vorliegen eines Entscheides zu sistieren (Art. 109 Abs. 5 SchKG). Die Rechtsgrundlagen hierfür sind nicht Art. 21 und/oder 22 LugÜ. Diese regeln allein die Koordination von verschiedenen Gerichtsverfahren, nicht jedoch von einem Gerichtsverfahren und einem (verwaltungsrechtsähnlichen) Vollstreckungsverfahren. Als Begründung muss vielmehr angeführt werden, dass die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens in der Schweiz gegenstandslos geworden ist, weil ein gleichwertiges Verfahren bereits in Italien läuft.

Liegt ein Entscheid aus Italien vor, wird m.E. die Anerkennbarkeit direkt vom Betreibungsbeamten selber geprüft. Es handelt sich um ein Beispiel für die Anerkennung eines ausländischen Entscheides als Vorfrage in einem nicht gerichtlichen Verfahren. D.h.: Weder die Parteien noch der Betreibungsbeamte müssen beim zuständigen Gericht ein Verfahren betreffend Anerkennung der ausländischen Entscheidung einleiten.

**Bewertungsschema**

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

		Kommentar	Punkte
Fall 1	Frage 1	<p>Beurteilung der Rüge 1:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Erkennen und schlüssige Diskussion der Bedeutung von GestG 34</li> <li>- Problem eines Konsumentenvertrages überzeugend diskutieren (GestG 21 Abs. 1 lit. a i.V.m. 22 Abs. 1 lit. b; GestG 22 Abs. 2)</li> </ul> <p>Beurteilung der Rüge 2:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- richterliche Fragepflicht erkennen (ZPO 55; BV 29 Abs. 2) und überzeugend diskutieren</li> </ul> <p>Beurteilung der Rüge 3:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Geltendmachung einer Verletzung der Substantiierungspflicht begründet erkennen</li> <li>- Abgrenzung zwischen kant. Recht (ZPO 113) und ungeschriebenen Bundesrecht erkennen und überzeugend diskutieren</li> <li>- gute und überzeugende inhaltliche Beurteilung</li> </ul> <p>Kant. Berufung nach ZPO 259 Abs. 1 Ziff. 2</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfechtungsobjekt: Sachurteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren begründet erkennen (GVG 21 Abs. 1; GVG 155/ZPO 188)</li> <li>- Problem eines Novums überzeugend und schlüssig diskutieren</li> <li>- umfassende Kognition und damit alle Rügen zulässig klar und schlüssig darlegen</li> </ul> <p>Eidg. Berufung nach OG 43 ff.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Anfechtungsobjekt, Streitwert, Letztinstanzlichkeit, Zivilsache, Streitigkeit, Legitimation und Verfahren begründet prüfen</li> <li>- zulässige Rügen klar und schlüssig darlegen</li> </ul> <p>Kant. Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO 281 ff.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes schlüssig und begründet darlegen (ZPO 55 und allenfalls ZPO 113)</li> <li>- Subsidiarität zur staBe nach ZPO 285 begründet prüfen (BV 9 und BV 29)</li> </ul> <p>Schlüssige und begründete Ausführungen zu den verfahrensmässigen Fragen des Rechtsmittelsplittings</p> <p>Staatsrechtliche Beschwerde begründet und schlüssig prüfen (ZPO 55 i.V.m. BV 9, BV 29 und allenfalls ZPO 113 i.V.m. BV 9)</p> <p><b>Total Frage 1: 10 Punkte</b></p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p>
Fall 2	Frage 2.1	<p>1. Teilfrage: Abweisung des Begehrens um Konkurseröffnung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erkennen der Voraussetzungen der Insolvenzerklärung gemäss 191 SchKG und schlüssig begründete Ausführungen dazu, ob diese im vorliegenden Fall erfüllt sind: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Berechtigung zum Antrag und Erklärung der Zahlungsunfähigkeit, kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch</li> <li>- Keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff.</li> </ul> </li> <li>• Gute Ausführungen zu den Kosten für das Verfahren der Insolvenzerklärung.</li> </ul> <p>2. Teilfrage: Vorteilhaftigkeit der Schuldenbereinigung nach SchKG 333</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gute Ausführungen zu den Wirkungen eines Konkurses bzw. einer Schuldenbereinigung auf die Schulden.</li> </ul>	<p>0.75</p> <p>1.75</p> <p>0.25</p> <p>0.5</p>

**Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 21. Februar 2005**

**Prof. Isaak Meier**

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gute Ausführungen, welches die Folgen von Konkurs bzw. Schuldenbereinigung in Bezug auf das Haus sind.</li> <li>• Privatrechtlichen Charakter des Vergleichs erkennen und ausführen, was dies für Folgen hat. (Ausführungen zu diesem Punkt unter der ersten Teilfrage werden hier bewertet).</li> <li>• Gute Ausführungen zu den Wirkungen von Konkurs bzw. Schuldenbereinigung auf die Einkommens- und Betreuungssituation.</li> <li>• Sehr gute Ausführungen, welche über das bei den vorhergehenden Punkten Erwartete hinausgehen oder gute Ausführungen zu weiteren Aspekten.</li> </ul>	<p>0.75</p> <p>0.5</p> <p>0.5</p> <p>0.25</p>
	Frage 2.2	<p>Anmerkung: Ausführungen zur Bewilligung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung an sich werden bereits unter Frage 2.1 bewertet.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erkennen und schlüssige Diskussion der Problematik von unentgeltlicher Rechtspflege im SchKG</li> <li>• Erkennen des Problems, dass es sich bei der Schuldenbereinigung um ein ganz spezielles Verfahren handelt und schlüssige Diskussion der sich daraus ergebenden Fragen</li> <li>• Schlüssige Ausführungen zur Frage, ob die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im vorliegenden Fall erfüllt sind: Schlüssige Diskussion der Frage der Bedürftigkeit. Schlüssige Diskussion der Frage der Nichtaussichtslosigkeit des Verfahrens.</li> </ul> <p><b>Total Frage 2: 10 Punkte</b></p>	<p>1</p> <p>1.75</p> <p>2</p>
Fall 3	Frage 3.1	<p>Vorgehensweise Bezirksgericht Rapperswil:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen durch das Gericht (ZPO 108) dargelegt.</li> <li>- Richtig erkannt, dass die Klage mangels Sühnverfahren grundsätzlich nicht gehörig eingeleitet wurde (ZPO 93) (0.5) und kein Fall einer direkten Klageerhebung vorliegt (ZPO 103 ff.) (0.25), insbesondere auch nicht der Fall von ZPO 104 lit. d (0.25).</li> <li>- Zulässigkeit einer analogen Anwendung von ZPO 109 auf die Klageeinleitung der Treuhand AG eingehend diskutiert und sachverhaltsbezogen verneint</li> <li>- Schlüssige Ausführungen zur Vorgehensweise des Bezirksgerichts Rapperswil gezogen</li> </ul>	<p>0.25</p> <p>1.0</p> <p>2.0</p> <p>0.75</p>
	Frage 3.2	<p>Vorgehensweise Bezirksgericht Zürich:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Rechtshängigkeit der Klage beim zweit angerufenen Gericht durch die Einreichung der Weisung (ZPO 102) dargelegt.</li> <li>- Negative Prozessvoraussetzung der fehlenden anderweitigen Litispendenz (ZPO 107 I Ziff. 2 i.V. m. GestG 35) behandelt.</li> </ul> <p>Prüfung von GestG 35 (Identität):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Parteidentität dargelegt</li> <li>- Identität des Streitgegenstandes eingehend diskutiert und sachverhaltsbezogen verneint.</li> </ul> <p>Prüfung von GestG 36 (Konnexität):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Konnexität der Klagen überzeugend und fallbezogen verneint und richtige Schlussfolgerung für die Vorgehensweise des Bezirksgerichts Zürich gezogen</li> </ul> <p><b>Total Frage 3: 10 Punkte</b></p>	<p>0.25</p> <p>0.25</p> <p>0.5</p> <p>2.5</p> <p>2.5</p>

## Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 21. Februar 2005

Prof. Isaak Meier

Fall 4	Frage 4.1	<p>Fragen zum SchKG (2 Punkte):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bemerkungen zur Anwendung der Einzelzwangsvollstreckung trotz Eintrag im Handelsregister (vgl. SchKG 43); Hinweis auf SchKG 95 in Frage 4.1 oder 4.2.</li> <li>- Anwendung von SchKG 106/107: Prüfung der Frage, ob ein Dritt-recht formrichtig angemeldet worden ist; Prüfung Gewahrsam; Ansetzung von Bestreitungsfrist an Gläubiger und Schuldner; Ansetzung der Klagefrist an den Drittsprecher etc.</li> </ul> <p>Fragen zur Zuständigkeit betr. das Widerspruchsverfahren (4 Punkte):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zutreffende Ausführungen zur Frage der Anwendung des LugÜ (Feststellung, dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt und Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs und der Ausnahmen nach LugÜ 1 II Nr. 2).</li> <li>- Überzeugende Prüfung der Anwendung von LugÜ 16 Nr. 5 (Näheres hierzu in der Musterlösung).</li> </ul>	<p>1.0</p> <p>1.0</p> <p>1.0</p> <p>3.0</p>
	Frage 4.2	<p>Präsentation einer überzeugenden Lösung für die Konflikte, die durch das hängige Verfahren in Italien über die Eigentumsfrage an Bildern und das Betreibungsverfahren in der Schweiz, in dem dieselben Bildern gepfändet worden sind, entstehen.</p> <p>Dabei waren vor allem folgende Aspekte zu erwähnen (siehe hierzu auch die Musterlösung):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Schildern der Probleme, die durch das Verfahren in Italien entstehen können.</li> <li>- Aufzeigen der möglichen Vorgehensweisen des Betreibungsbeamten (siehe die Musterlösung).</li> <li>- Diskussion der Anwendung von LugÜ 21 und 22: Dabei wurde besonders darauf geachtet, dass eine im Hinblick auf die zu Frage 4.1 gewählte Lösung für die Rechtsnatur der Widerspruchsklage konsequente Begründung erfolgte.</li> <li>- Erkennen des Problems, ob der Betreibungsbeamte die Anerkenbarkeit des Urteils aus Italien selber prüfen könne oder ob hier ein Gericht eingeschaltet werden müsse.</li> <li>- Etc.</li> </ul> <p><b>Total Frage 4: 10 Punkte</b></p>	<p>4.0</p>
		<b>Total Punkte</b>	<b>40</b>

### Notenskala

Exakte Note	Punkte	Gerundete Note	ab x Punkten
3	7.25	3	5.5
3.5	10.75	3.5	9.0
<b>4</b>	<b>14.25</b>	<b>4</b>	<b>12.5</b>
4.5	17.75	4.5	16.0
5	21.25	5	19.5
5.5	24.75	5.5	23.0
6	28.25	6	26.5

1 Note höher pro 7 Punkte