

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 26. Februar 2007

Prof. Isaak Meier

1. Fall (Maximal 10 Punkte)

Peter Rohner klagt gegen die Koller AG vor dem Bezirksgericht Zürich auf Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 100'000.- aus einem Beratungsvertrag. Die Koller AG bestreitet sowohl den Bestand des Beratungsvertrages als auch die Höhe des Schadenersatzes. Das Bezirksgericht entschliesst sich, in einem separaten Entscheid den Bestand des Beratungsvertrages festzustellen und das Verfahren bezüglich der Schadenersatzforderung weiterzuführen.

Die Koller AG möchte den Entscheid, in dem der Bestand des Beratungsvertrages festgestellt wird, in folgender Hinsicht anfechten: betreffend Tatfragen, Verletzung von Privatrecht und unrichtiger Anwendung des kantonalen Rechts.

Frage 1.1: Welche Rechtsmittel kann die Koller AG ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist schliessen die Parteien einen (gerichtlichen) Vergleich, in dem die Koller AG sich verpflichtet, kein Rechtsmittel einzulegen und Peter Rohner Fr. 50'000.- zu bezahlen. Das Gericht erledigt entsprechend das gesamte Verfahren.

Zwei Monate später verlangt Peter Rohner von der Koller AG den im Vergleich versprochenen Betrag. Die Koller AG verweigert jedoch die Bezahlung und macht geltend, dass sie sich bei Abschluss des Vergleichs in einem Grundlagenirrtum befunden habe, was zutrifft.

Die Koller AG möchte sowohl den Vergleich als auch im Nachhinein den separaten Entscheid betreffend den Bestand des Vertrages anfechten.

Frage 1.2: Wie kann sie vorgehen?

2. Fall (Maximal 10 Punkte)

Karl Rafter klagt vor dem Bezirksgericht Zürich gegen die Bank AG auf Bezahlung von Fr. 100'000.- wegen angeblich kreditschädigender Äusserungen gegenüber Dritten. Zugleich stellt er das Begehren um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung.

Karl Rafter ist ein gerichtsnotorischer Querulant, der immer wieder bekannte Persönlichkeiten und Grossfirmen auf Bezahlung von unbegründeten, hohen Schadenersatzsummen einklagt. Das Gericht weist daher in einem separaten Entscheid das Begehren um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung ohne nähere Prüfung des konkreten Falles ab. Als Begründung führt es dabei aus, dass Karl Rafter ein bekannter Querulant sei, dem es lediglich darum gehe, das Gericht und die beklagten Parteien zu schikanieren. Es könne nicht angehen, dass dieses krankhafte Vorgehen noch vom Staat finanziert werde. Ausserdem könne aus der Anzahl seiner Klagen, in denen er kein Begehren um unentgeltliche Prozessführung respektive Rechtsvertretung gestellt habe, geschlossen werden, dass seine Behauptung, er verfüge nicht über ausreichende Mittel, nicht richtig sei.

Karl Rafter will gegen diese Entscheidung Rekurs nach § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO erheben. Zugleich möchte er verlangen, dass das für seinen Fall zuständige Richterkollegium des Bezirksgerichtes für das weitere Verfahren in den Ausstand trete, da dieses mit dem fraglichen Entscheid gezeigt habe, dass es offensichtlich befangen sei.

Frage 2.1: Wie beurteilen Sie die Chancen für den Rekurs und für das Ausstandsbegehren?

Frage 2.2: Wer entscheidet erstinstanzlich über das Ausstandsbegehren?

3. Fall (Maximal 10 Punkte)

Rolf Müller, der gebrauchte Luxusportwagen kauft und verkauft, ist als Einzelkaufmann im Handelsregister eingetragen. Im Mai 2004 wird über ihn auf sein Ersuchen hin der Konkurs eröffnet. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Sämtliche Gläubiger mit einer Gesamtforderungssumme von Fr. 2 Mio. gehen leer aus.

Die Credit AG mit einer Forderung von Fr. 300'000.- beauftragt die Inkassofirma X AG mit der Geltendmachung ihrer Forderung nach Konkurschluss. Diese kann schliesslich im April 2006 durch einen Privatdetektiv Folgendes in Erfahrung bringen:

- Rolf Müller verfügt seit Jahren über ein Privatkonto mit einem Guthaben von Fr. 1 Mio., das er im Verfahren betreffend Konkurseröffnung und im nachfolgenden Konkursverfahren verheimlicht hat.
- Er besitzt seit einem Jahr ein auf seinen Namen lautendes Fahrzeug im Wert von Fr. 120'000.-.
- Rolf Müller versteuert seit Konkurschluss keinerlei Einkommen. Er arbeitet jedoch regelmässig für seine Frau, die nunmehr das Geschäft unter ihrem eigenen Namen weiterführt. Sämtliche Ausgaben von Rolf Müller werden durch seine Frau beglichen. Die Zahlungen belaufen sich auf etwa Fr. 10'000.- pro Monat.

Soweit dies relevant ist, ist anzunehmen, dass Rolf Müller ein Existenzminimum von Fr. 24'000.- pro Jahr hat.

Frage 3: Wie kann die Credit AG zur Geltendmachung ihrer Forderung vorgehen und wie gestalten sich die betreffenden Verfahren? Wird sie damit Erfolg haben?

4. Fall (Maximal 5 Punkte)

Die internationalen Werbeagenturen Wirz AG mit Sitz in Zürich und Ritter GmbH mit Sitz in München (D) werfen sich gegenseitig in zwei verschiedenen Fällen unlauteres Verhalten durch Ideendiebstahl vor. Schliesslich klagt die Ritter GmbH gegen die Wirz AG vor dem Handelsgericht in Zürich auf Unterlassung einer bestimmten Werbung für das Produkt X und Schadenersatz von 300'000.- Euro. Die Wirz AG erhebt hierauf in diesem Verfahren rechtzeitig Widerklage auf Unterlassung einer Werbung für das Produkt Y und Schadenersatz von 200'000.- Euro. Die Ritter GmbH macht die Unzuständigkeit des Zürcher Gerichtes für die Widerklage geltend.

Anmerkung: Eine allenfalls gegebene Deliktzuständigkeit ist nicht zu berücksichtigen.

Frage 4.1: Ist die Widerklage zulässig?

Frage 4.2: Wie ist die Frage zu beantworten, wenn die Ritter GmbH ihren Sitz in Vaduz hat?

Frage 4.3: Wie könnte die Wirz AG ihre Schadenersatzforderung im selben Verfahren geltend machen, unter der Annahme, dass die Widerklage nicht zulässig ist?

Lösungsvorschlag

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

Fall 1

Frage 1.1

1. Entscheidende Instanz und Entscheidart

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, hat das Bezirksgericht in Zürich über den Bestand des Beratungsvertrages entschieden. Da Angaben hinsichtlich des Sitzes der Koller AG bzw. des Wohnsitzes von Peter Rohner fehlen, ist davon auszugehen, dass das Gericht in Zürich für die Klage örtlich zuständig war. Sachlich zuständig war das Bezirksgericht, zumal die zu beurteilende Streitigkeit einen Streitwert von Fr. 100'000.-, d.h. von über Fr. 20'000.- aufweist (GVG 31 Ziff. 1). Eine zwingende sachliche Zuständigkeit ist nicht ersichtlich. Namentlich fehlen Hinweise dafür, dass das Handelsgericht nach GVG 62 zuständig gewesen wäre.

Beim zu beurteilenden Entscheid handelt es sich nicht um einen Endentscheid, da der Prozess bezüglich der Schadenersatzforderung weitergeführt wird (ZPO 188 Abs. 1). Fraglich ist hingegen, ob ein Vor- oder Teilentscheid vorliegt. Vorfragen und Einreden sind zwar grundsätzlich durch den Endentscheid zu erledigen, allerdings kann, wenn es die Umstände rechtfertigen, auch ein Vor- oder Teilentscheid gefällt werden (ZPO 189). Unter einem Teilurteil ist ein Entscheid über ein oder einzelne Rechtsbegehren zu verstehen, die für sich allein beurteilt werden können und der Entscheid darüber demzufolge auch für sich allein in Rechtskraft erwachsen könnte; der Hauptanwendungsfall ist die objektive Klagenhäufung. Im Unterschied dazu bringen Vorentscheide nicht die (vollstreckungsfähige) Erledigung eines Teils des Klagebegehrens, sondern bereiten diese nur vor. D.h. mit einem Vorentscheid wird eine strittige Vorfrage ohne selbständige Bedeutung vorweg entschieden.

Mit der Feststellung des Bestandes des Beratungsvertrages wird lediglich ein materieller Aspekt des Schadenersatzanspruches beantwortet und nicht über einen Teil des Rechtsbegehrens entschieden. Die Koller AG hat denn auch einzig auf Bezahlung von Schadenersatz aus dem Beratungsvertrag, d.h. auf Leistung von Fr. 100'000.- geklagt. Das Bestehen eines Vertragsverhältnisses bildet die Grundlage dieser Leistungsklage und ist insofern Voraussetzung für den allfälligen Schadenersatzanspruch, womit von einer Vorfrage auszugehen ist. Dabei handelt es sich um eine materiellrechtliche Vorfrage, denn der Bestand des Vertrages ist eine Frage des materiellen Rechts. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich erging somit in der Form eines Vorurteils (vgl. GVG 155).

2. Berufung nach ZPO 259 ff.

Als erstes Rechtsmittel ist die Berufung nach ZPO 259 ff. zu prüfen. Das Vorurteil des Bezirksgerichts ist ein gültiges Anfechtungsobjekt i.S.v. ZPO 259 Ziff. 1. Zudem ist das in ZPO 259 Ziff. 2 statuierte Streitwerterfordernis von Fr. 8'000.- (vgl. VO BGG 1) ohne weiteres erfüllt, hat doch das Bezirksgericht, welches erst ab einem Streitwert von Fr. 20'000.- zuständig ist (GVG 31 Ziff. 1), entschieden.

Bei der Berufung handelt es sich um ein ordentliches Rechtsmittel mit umfassender Kognition. Die Koller AG kann daher alle ihre Rügen im Rahmen der Berufung vorbringen. Das

Vorurteil kann also hinsichtlich Tatfragen, Verletzung von Privatrecht und unrichtiger Anwendung des kantonalen Rechts angefochten werden.

Die Koller AG ist als Partei des vorinstanzlichen Verfahrens zur Einlegung der Berufung legitimiert. Diese ist innert 10 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Vorurteils beim Bezirksgericht zu erklären (ZPO 261 Abs. 1). Berufungsinstanz ist das Obergericht (GVG 43 Abs. 1).

3. Verhältnis der Nichtigkeitsbeschwerde und der Beschwerde in Zivilsachen

Gemäss BGG 75 Abs. 1 ist die Beschwerde ans Bundesgericht nur gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig. Dem Erfordernis der Letztinstanzlichkeit ist dabei erst genüge getan, wenn neben den ordentlichen auch alle ausserordentlichen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden. Dies wird unter anderem auch aus BGG 100 Abs. 6 ersichtlich. Daher gilt es vorab zu klären, ob vor einer Beschwerde ans Bundesgericht die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden muss. Als Abgrenzungskriterium dient dabei ZPO 285. Nach dieser Bestimmung ist die Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich nicht zulässig, wenn das Bundesgericht bezüglich des geltend gemachten Mangels freie Kognition hat. Wird jedoch eine Verletzung von BV 8, 9, 29 oder 30 oder von EMRK 6 gerügt, ist die Nichtigkeitsbeschwerde immer gegeben (ZPO 285 Abs. 2). Da die Frage der Kognition bei solchen Verletzungen schwierig zu beantworten ist, hat der kantonale Gesetzgeber die unwiderlegbare „gesetzliche Vermutung“ aufgestellt, dass dem Bundesgericht diesbezüglich keine freie Kognition zusteht.

Im zu beurteilenden Fall möchte die Koller AG den Entscheid hinsichtlich Tatfragen, Verletzung von Privatrecht und unrichtiger Anwendung von kantonalem Recht anfechten. Das Privatrecht ist weitgehend bundesrechtlich geregelt, womit von einer Bundesgesetzesverletzung auszugehen ist. Eine Verletzung von Bundesgesetzesrecht – etwa einer Bestimmung des OR – kann vom Bundesgericht im Wege der Beschwerde in Zivilsachen frei überprüft werden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass das Bundesgericht für die einheitliche Anwendung des Bundesrechts besorgt sein soll. Da zudem der Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen vorliegend erreicht wird (BGG 74 Abs. 1 lit. b), kann die Verletzung von Privatrecht grundsätzlich nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden.

Tatfragen prüft das Bundesgericht hingegen nur im Rahmen von BGG 97. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von BGG 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Hierunter lassen sich u.a die willkürliche Beweiswürdigung und die Verletzung von ZGB 8 subsumieren. Soll eine Verletzung von ZGB 8 (z.B. Beweislast) gerügt werden, dann hat das Bundesgericht wiederum freie Kognition, so dass die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig wäre. Wird hingegen eine willkürliche Beweiswürdigung geltend gemacht, was bei Tatfragen wohl der häufigste Fall sein wird, ist die Nichtigkeitsbeschwerde immer zulässig, da BV 9 ausdrücklich in ZPO 285 Abs. 2 aufgeführt wird. Gleiches gilt für die unrichtige Anwendung des kantonalen Rechts. Eine Verletzung des kantonalen Rechts kann vor Bundesgericht nämlich nur im Zusammenhang mit BV 9 gerügt werden. D.h. auch diesbezüglich muss zuerst die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden (vgl. ZPO 285 Abs. 2).

Sollen nun sowohl Fragen, die vom Bundesgericht frei überprüft werden, als auch solche, die mit der Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen sind, geltend gemacht werden, muss in jedem Fall zuerst die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden. Die Nichtigkeitsinstanz überprüft dabei nur diejenigen Mängel, die nicht vom Bundesgericht frei überprüft werden. Vorliegend bedeutet dies, dass zunächst die Nichtigkeitsbeschwerde zum Zuge kommt.

4. Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO 281 ff.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen Vor-, Teil- und Endentscheide zulässig (ZPO 281). Vorliegend liegt ein Vorurteil vor, was unter den Oberbegriff Vorentscheide fällt. Ein zulässiges Anfechtungsobjekt ist somit gegeben.

Die Koller AG möchte den Entscheid sowohl betreffend Tatfragen als auch wegen unrichtiger Anwendung des kantonalen Rechts anfechten. Tatfragen, wie eine willkürliche Beweiswürdigung, lassen sich unter den Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme subsumieren (ZPO 281 Ziff. 2). Eine Verletzung von kantonalen Bestimmungen, z.B. von ZPO 189, kann als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes nach ZPO 281 Ziff. 1 betrachtet werden, ist die Frage, ob die Voraussetzungen für ein Vorurteil vorliegen oder nicht, doch eine Frage des Verfahrensrechts. Ebenfalls kommt der Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts i.S.v. ZPO 281 Ziff. 3 in Betracht, sofern eine materiellrechtliche Bestimmung der ZPO, wie ZPO 64 ff. (Kosten- und Entschädigungsfolgen), gerügt werden soll. Es liegen somit zulässige Nichtigkeitsgründe vor. Wichtig ist aber, dass die Verletzung von Privatrecht nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden darf. Denn wie erwähnt hat das Bundesgericht diesbezüglich freie Kognition, weshalb diese Rüge erst wieder bei der Beschwerde in Zivilsachen vorgebracht werden kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheides des Obergerichts bei der Kassationsinstanz zu erheben (ZPO 287). Kassationsinstanz ist im vorliegenden Fall das Kassationsgericht (GVG 69a Abs. 1).

5. Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff.

Gegen einen abweisenden Entscheid des Kassationsgerichts ist als letztes die Beschwerde in Zivilsachen zu prüfen. Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich gegen Entscheide in Zivilsachen gegeben, sofern der Streitwert (bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten) mindestens Fr. 30'000.- beträgt (BGG 72 Abs. 1; BGG 74 Abs. 1 lit. b). Eine Zivilsache liegt vorliegend fraglos vor, steht doch die Beurteilung eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zur Diskussion. Auch dem Streitwerterfordernis von Fr. 30'000.- ist genüge getan. So bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Vorentscheide – wie im vorliegenden Fall – nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (BGG 51 Abs. 1 lit. c). Massgebend ist somit der Streitwert der Hauptsache, welcher sich auf Fr. 100'000.- beläuft. Die Voraussetzung der Letztinstanzlichkeit ist mit dem Entscheid des Kassationsgerichts ebenfalls problemlos erfüllt (BGG 75). Die Koller AG ist schliesslich zur Beschwerde legitimiert, hat sie doch am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Entscheides betreffend den Bestand des Vertrages (BGG 76 Abs. 1).

Schwieriger erscheint indes die Frage, ob ein zulässiger anfechtbarer Entscheid i.S.v. BGG 90 ff. vorliegt. Wie eingangs erwähnt, liegt vorliegend ein Vorurteil vor. Vorurteile lassen sich unter den Begriff der Vorentscheide nach BGG 92 f. subsumieren. Da es in unserem Fall nicht um eine Zuständigkeits- bzw. Ausstandsfrage geht, ist BGG 93 einschlägig. Danach können selbständig eröffnete Vorentscheide mit Beschwerde angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a); oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

Die Feststellung des Bestandes des Vertragsverhältnisses bewirkt für die Koller AG keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Der Bestand des Vertrages alleine gibt Peter Rohner nämlich noch keinen unmittelbaren Leistungsanspruch. Die Verpflichtung zur Bezahlung von Schadenersatz wird erst im Endurteil festgehalten. Gegen diesen Entscheid steht der Koller AG der gesamte Rechtsmittelweg zur Verfügung. Dabei kann selbst die Vorfrage des

Bestandes des Beratungsvertrages vom Bundesgericht überprüft werden (BGG 93 Abs. 3). Der Koller AG erwächst daher durch die Verweigerung der Anfechtung des Vorurteils kein unmittelbarer Nachteil. Hingegen wird sich die Koller AG auf BGG 93 Abs. 1 lit. b berufen können. Denn wird im Beschwerdeverfahren festgestellt, dass kein Vertrag zwischen Peter Rohner und der Koller AG besteht, entfällt auch ein vertraglicher Schadenersatzanspruch. Die Gutheissung der Beschwerde würde folglich sofort zu einem Endentscheid führen. Hinzu kommt, dass die Höhe des Schadenersatzanspruches nicht in einem weitläufigen Beweisverfahren ermittelt werden müsste, so dass durch die Zulassung der Beschwerde ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart werden könnte. Es ist somit von einem zulässigen anfechtbaren Entscheid i.S.v. BGG 93 Abs. 1 lit. b auszugehen.

Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (BGG 95 lit. a). Die Koller AG kann also die Verletzung von Privatrecht geltend machen. Aber auch die unrichtige Anwendung des kantonalen Rechts kann im Wege der Beschwerde vorgebracht werden. Das Bundesgericht kann zwar das kantonale Recht nicht auf einfach-falsche Anwendung hin überprüfen, allerdings steht ihr eine Willkürprüfung gestützt auf BV 9 zu. Die Bundesverfassung fällt nämlich unter den weiten Begriff des Bundesrechts i.S.v. BGG 95 lit. a. D.h. die Koller AG könnte etwa eine willkürliche Anwendung von ZPO 189 rügen (ZPO 189 i.V.m. BV 9). Tatfragen können im Rahmen von BGG 97 vom Bundesgericht überprüft werden. So kann die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts oder tatsächliche Feststellungen, die auf einer Rechtsverletzung i.S.v. BGG 95 beruhen, im Beschwerdeverfahren gerügt werden, sofern die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Der wohl wichtigste Fall der willkürlichen Beweiswürdigung lässt sich unter diese Bestimmung subsumieren, womit die Koller AG auch diese Rüge im Beschwerdeverfahren vorbringen kann.

Die Beschwerde ist innert 30 Tagen beim Bundesgericht einzureichen (BGG 100 Abs. 1). Die 30-tägige Beschwerdefrist beginnt dabei erst mit der Eröffnung des Entscheides des Kassationsgerichtes zu laufen, und zwar, ungeachtet der Tatsache, dass das Kassationsgericht nur die Rüge betreffend Tatfragen und die unrichtige Anwendung von kantonalem Recht überprüfen konnte (BGG 100 Abs. 6).

Frage 1.2

1. Anfechtung des Erledigungsbeschlusses

Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Anfechtung des Vorurteils schliessen die Koller AG und Peter Rohner einen gerichtlichen Vergleich. Das Verfahren wird aufgrund dessen als durch Vergleich erledigt beschrieben, was in einem Erledigungsentscheid erfolgt (ZPO 188 Abs. 2). Da im vorliegenden Fall das Bezirksgericht zuständig ist, ergeht der Entscheid in Form eines Erledigungsbeschlusses (vgl. GVG 155). Erledigungsbeschlüsse der Bezirksgerichte sind grundsätzlich mittels Rekurs anzufechten (ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 1). Allerdings ist für die Einlegung des Rekurses die Rechtsmittelfrist von 10 Tagen (ZPO 276 Abs. 1) nach Ablauf von zwei Monaten unbenützt verstrichen. Der Erledigungsbeschluss ist demzufolge in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen (vgl. ZPO 190 Abs. 2 und ZPO 191 Abs. 2).

Bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides ist insbesondere die Zulässigkeit der Revision nach ZPO 293 ff. zu prüfen. Gemäss ZPO 293 Abs. 2 kann gegen einen Endentscheid, der auf Grund von Vergleich ergangen ist, Revision verlangen, wer nachweist, dass die Parteierklärung zivilrechtlich unwirksam ist. ZPO 293 Abs. 3 setzt zudem voraus, dass die Frist für die ordentlichen kantonalen Rechtsmittel abgelaufen ist. Der rechtskräftige Erledigungsbeschluss des Bezirksgerichts erfüllt diese Erfordernisse und stellt insofern ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Revisionsgrund ist die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Erklärung der Koller AG. Die Koller AG hat sich nämlich bei der Unterzeichnung des Vergleiches gemäss Sachverhalt in einem Grundlagenirrtum befunden. Ein wesentlicher Irrtum ist unter

anderem bei Vorliegen eines Grundlagenirrtums, d.h. eines qualifizierten Motivirrtums, zu bejahen (OR 24 Abs. 1 Ziff. 4). Befand sich eine Vertragspartei in einem solchen wesentlichen Irrtum, dann ist der Vertrag für sie unverbindlich (OR 23). Die Koller AG wird damit die zivilrechtliche Unwirksamkeit ihrer Erklärung nachweisen können.

Das Revisionsbegehren ist innert 90 Tagen seit der Entdeckung des Revisionsgrundes zu stellen (ZPO 295 Abs. 1). Es ist also nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Verfahrens abzustellen, sondern auf denjenigen Zeitpunkt, in dem die Koller AG bemerkt, dass sie sich über eine wesentliche Grundlage geirrt hat. Aus dem Sachverhalt geht nicht klar hervor, wann die Koller AG ihren Irrtum erkannte. Die 90-tägige Frist wäre aber nach Ablauf von zwei Monaten selbst dann gewahrt, wenn sie den Irrtum schon kurz nach Abschluss des Vergleiches bemerkte, weshalb die Frist problemlos gewahrt ist. Zuständig für die Beurteilung des Revisionsbegehrens ist diejenige Instanz, die den anzufechtenden Entscheid gefällt hat, d.h. vorliegend das Bezirksgericht Zürich (vgl. ZPO 295 Abs. 1). Anzumerken ist, dass ein allfälliger Rechtsmittelverzicht der Revision nicht entgegensteht. Denn auf ausserordentliche Rechtsmittel – wie der Revision – kann nicht zum Voraus verzichtet werden.

2. Anfechtung des Vorurteils

Mit der Gutheissung des Revisionsbegehrens hebt das Bezirksgericht den Erledigungsbeschluss und damit den darin enthaltenen Vergleich auf und fällt einen neuen Entscheid (ZPO 298). Das bedeutet, dass sowohl die Verpflichtung Fr. 50'000.- zu bezahlen als auch die Pflicht kein Rechtsmittel gegen das Vorurteil einzulegen dahinfallen. Nach Ablauf von zwei Monaten ist aber die Frist für die Erhebung der Berufung abgelaufen (ZPO 261). Es stellt sich daher die Frage, ob es eine Möglichkeit gibt, die verstrichene Rechtsmittelfrist wiederherzustellen.

Gemäss GVG 199 kann das Gericht eine Frist wiederherstellen, sofern die Antrag stellende Partei kein grobes Verschulden an deren Versäumung trifft. Unter Fristen sind dabei nicht nur richterliche, sondern auch gesetzliche Fristen zu verstehen. Eine Rechtsmittelfrist als gesetzliche Frist kann folglich bei Fehlen von grobem Verschulden wiederhergestellt werden. Wird dem Revisionsbegehren entsprochen, kann der Koller AG wohl kein grobes Verschulden vorgeworfen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie den Vergleich unter Wahrung der gehörigen Sorgfalt eingegangen ist und erst in einem späteren Zeitpunkt ihren Irrtum bemerkte. Allenfalls könnte noch leichtes Verschulden angenommen werden, was aber der Wiederherstellung nicht entgegensteht. Obschon GVG 199 als Kann-Vorschrift formuliert ist, sieht die Praxis darin eine Gebotsnorm. D.h. der Richter muss bei Vorliegen der Voraussetzungen von GVG 199 dem Antrag auf Wiederherstellung entsprechen. Die Koller AG hat somit einen Anspruch auf Wiederherstellung der Berufungsfrist. Sie hat ihr Wiederherstellungsgesuch 10 Tage nach Wegfall des Hindernisses zu stellen (GVG 199 Abs. 3). Dieser fällt wohl mit dem Zeitpunkt der Aufhebung des Erledigungsbeschlusses zusammen. Denn solange der Abschreibungsbeschluss besteht, steht dem Rechtsmittel gegen das zugrunde liegende Vorurteil die materielle Rechtskraft entgegen. Zuständig für das Wiederherstellungsgesuch ist diejenige Instanz, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre. Im Rechtsmittelverfahren ist dies jene Instanz, welche über die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu urteilen hätte, d.h. vorliegend das Obergericht (vgl. 1.1).

Da das Vorurteil durch Ablauf der Rechtsmittelfrist in formelle Rechtskraft erwachsen ist, käme allenfalls auch die Möglichkeit der Revision nach ZPO 293 ff. in Frage. ZPO 293 Abs. 1 spricht zwar von rechtskräftigen Endentscheiden, allerdings fallen auch Vorentscheide darunter¹, so dass ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegen würde. Als Revisionsgrund müssten aber neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt worden sein. Solche Tatsachen

¹ Karl Spühler/Dominik Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 83 f.

müssten schon im Zeitpunkt der Fällung des Entscheides bestanden haben. Der Irrtum bezüglich des Vergleichsabschlusses ist in einem späteren Zeitraum anzusiedeln, womit die Revision mangels Revisionsgrund entfällt.

Denkbar wäre schliesslich, dass allgemein durch die Aufhebung des Erledigungsbeschlusses eine Wiederherstellung in den früheren Zustand erfolgt. D.h. durch die Gutheissung des Revisionsbegehrens gegen den Erledigungsbeschluss wird das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Abschluss des Vergleichs zurückversetzt. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist für die Anfechtung des Vorurteils noch nicht abgelaufen, weshalb der Koller AG die Möglichkeit der Berufung zur Verfügung stehen muss.

(Anmerkung: Mit guter und überzeugender Begründung konnten auch andere Lösungen vertreten werden!)

Fall 2

Frage 2.1

Rekurs:

In ZPO 271 Ziff. 4 ist als taugliches Anfechtungsobjekt lediglich der prozessleitende Entscheid über unentgeltliche Prozessführung genannt. Die Aufzählung in dieser Vorschrift ist abschliessend, die unentgeltliche Rechtsvertretung ist jedoch von der unentgeltlichen Prozessführung umfasst. Damit liegt in jeder Hinsicht ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.

Das Streitwerterfordernis ist ebenfalls gegeben. Der Streitwert muss gemäss ZPO 271 I i.V.m. VO BGG 1 bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mindestens 8'000.- CHF betragen.

Nach h.M. ist auf den Streitwert der Hauptsache abzustellen; dieser beträgt hier 100'000.- CHF.

Nach a.A. handelt es sich bei dem Begehren um unentgeltliche Prozessführung bzw. unentgeltliche Rechtsvertretung um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit, so dass kein Streitwerterfordernis besteht.

[Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Hinweise darauf, dass sonstige Voraussetzungen des Rekurses problematisch sein könnten. Daher waren diese nicht anzusprechen.]

Der Rekurs hätte Erfolg, wenn der angefochtene Entscheid oder das Verfahren mit Fehlern behaftet wären.

Der angefochtene Entscheid, die Nichtgewährung unentgeltlicher Prozessführung sowie unentgeltlicher Rechtsvertretung, wäre mit Fehlern behaftet, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Prozessführung oder unentgeltlicher Rechtsvertretung vorliegen würden.

Die Voraussetzungen für deren Gewährung sind in BV 29 III, EMRK 6 III lit. c sowie im kantonalen Recht in ZPO 84 ff. festgelegt.

Damit ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung bestünde, müsste Karl Rafter mittellos sein. Dies wäre der Fall, wenn er nicht in der Lage wäre, neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie die Gerichtskosten aufzubringen (ZPO 84 I). Karl Rafter hat in der Vergangenheit zahlreiche Prozesse geführt, ohne ein Begehren auf unentgeltliche Prozessführung oder unentgeltliche Prozessvertretung zu stellen. Daraus könnte geschlossen werden – wie das Gericht es getan hat –, dass er über ausreichende Mittel verfügt.

Die finanzielle Lage des Gesuchstellers beurteilt sich jedoch nach dem Zeitpunkt, in welchem das Gesuch gestellt wurde. Es ist daher unzulässig, aus der Vergangenheit auf den jetzigen Prozess zu schliessen.

Es ist durchaus möglich, dass Karl Rafter seit den letzten Prozessen mittellos geworden ist; er könnte z.B. arbeitslos geworden sein oder keine Hypothek mehr auf sein Grundstück aufnehmen dürfen.

Ebenso ist möglich, dass Karl Rafter über ausreichende Mittel verfügt. Er könnte z.B. aufgrund seiner querulatorischen Einstellung der Ansicht sein, dass der Staat ihm Unrecht tue und deshalb auch für seinen Prozess aufkommen solle.

[Anmerkung: Wichtig ist, diesen Problembereich zu diskutieren. Ob sich Verf. letztlich für oder gegen Mittellosigkeit entscheidet oder diese Frage offen lässt, ist nicht weiter

von Belang – sofern eine Diskussion der Mittellosigkeit anhand des Sachverhaltes stattfindet.]

Weiterhin müsste der Prozess, für den Karl Rafter unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung begehrt, aussichtslos sein. Dies wäre der Fall, wenn eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügte, diesen Prozess nicht führen würde, wenn also die Wahrscheinlichkeit, den Prozess zu gewinnen, geringer ist als die, den Prozess zu verlieren.

Es stellt sich die Frage, ob der Prozess nicht schon deshalb aussichtslos ist, weil Karl Rafter zumindest im Hinblick auf Prozessführung nicht handlungsfähig ist. Querulanten sind oftmals ernstlich psychisch erkrankt und glauben sich aufgrund dieser Krankheit von allen möglichen Menschen oder Institutionen – nicht zuletzt dem Staat – ungerecht behandelt und meinen, sich gegen diese ungerechte Behandlung verteidigen zu müssen. Sie können also die Handlungen anderer Menschen ihnen gegenüber und ihre eigene Rolle in den von ihnen angestrebten Gerichtsverfahren nicht realistisch einschätzen. Dass Karl Rafter schon oft gegen bekannte Persönlichkeiten und Grossfirmen unbegründete Klagen erhoben hat, könnte für eine solche Realitätsverkennung sprechen. Andererseits spricht der Bekanntheitsgrad seiner „Opfer“ dafür, dass es Karl Rafter lediglich um öffentliche Aufmerksamkeit gehen könnte, er sich also mit seinen Prozessen ins Rampenlicht stellen möchte; in diesem Fall wäre er durchaus in der Lage zu erkennen, wie die tatsächlichen Verhältnisse sind, so dass er im Grunde wüsste, dass seine Prozesse aussichtslos sind.

[Anmerkung: Wichtig ist auch hier, diesen Problembereich zu diskutieren. Ob sich Verf. letztlich für oder gegen Handlungsfähigkeit entscheidet oder diese Frage offen lässt, ist nicht weiter von Belang – sofern eine Diskussion der Handlungsfähigkeit anhand des Sachverhaltes stattfindet.]

Aussichtslosigkeit des Prozesses könnte aber auch auf einer ungünstigen Prognose hinsichtlich der Begründetheit der Klage beruhen. Diese Prognose ist vom Gericht anhand einer summarischen Prüfung des vom Antragsteller dargelegten Sachverhaltes, eventuell erst nach Anhörung der Gegenpartei, zu stellen.

Das Gericht hat das Begehren Karl Rafters jedoch nicht überprüft. Eine lebensnahe Auslegung des Sachverhaltes ergibt, dass das Gericht schon beim Absender „Karl Rafter“ und kurzer Sichtung des Klagebegehrens darauf geschlossen hat, dass Karl Rafter eine seiner „üblichen“ Klagen erhebt und als „Krönung“ ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung stellt. Das Gericht schloss daraus, dass diese Klage, die auf den ersten Blick dasselbe Muster aufweist wie die früheren Begehren, auch dieses Mal jeder Grundlage entbehre. Es ist anzunehmen, dass das Gericht an dieser Stelle die Beschäftigung mit dem Begehren Karl Rafters abgebrochen hat, ohne sich mit den Details des jetzigen Begehrens überhaupt beschäftigt zu haben.

Die summarische Hauptsachenprüfung kann jedoch nicht auf Erfahrungen aus der Vergangenheit basieren, sondern muss anhand des konkreten Einzelfalles durchgeführt werden. Da die Richter ihre Entscheidung hinsichtlich der Erfolgsaussichten des Verfahrens ohne jede Beschäftigung mit dem jetzigen Begehren getroffen haben, könnte das rechtliche Gehör des Rafters verletzt sein. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus EMRK 6 I, BV 29 II sowie ZPO 56. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist es einmal wesentlich, dass der betreffenden Partei Gelegenheit zur Äusserung gegeben wird. Es wurde Karl Rafter nicht verwehrt, sich zu äussern; das von ihm Geäusserte, nämlich sein Antrag, wurde schlichtweg nicht gelesen. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist es jedoch notwendig, dass das Gericht das Ge-

äusserte auch wahrnimmt und seiner Entscheidung zugrunde legt. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Das rechtliche Gehör Karl Rrafters ist somit verletzt. Folge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist, da es sich um einen Anspruch formeller Natur handelt, in jedem Fall die Aufhebung der Entscheidung, die auf dieser Verletzung beruht. Der Rekurs wird somit Erfolg haben. Die Rekursinstanz, gemäss GVG 43 I das Obergericht, wird den Entscheid des Bezirksgerichts aufheben und die Sache an dieses zur erneuten Entscheidung zurückverweisen; darin, dass das Bezirksgericht überhaupt keine Prüfung in der Sache vorgenommen hat, liegt ein zureichender Grund für die Rückweisung gemäss ZPO 280 II.

Dass das Bezirksgericht erneut über das Begehren um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung zu entscheiden hat, bedeutet jedoch nicht, dass es in der Sache anders als vorher zu entscheiden hat, also diesmal dem Begehren stattzugeben hat. Die Voraussetzungen für unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung müssen gegeben sein.

Das von Karl Rafter angestrebte Hauptverfahren könnte trotz vorheriger Verletzung des rechtlichen Gehörs aussichtslos sein. Dafür spricht, dass diese Klage auf den ersten Blick wie eine „typische“ Klage Karl Rrafters aussieht. Allerdings kann auch ein Querulant einmal eine begründete Klage erheben. Die beklagte Bank könnte z.B. die Hausbank Karl Rrafters sein und sich tatsächlich gegenüber Dritten kreditschädigend über Karl Rafter geäussert haben.

[Anmerkung: Wichtig war, diesen Problembereich zu diskutieren. Ob sich Verf. letztlich für oder gegen Aussichtslosigkeit entscheidet oder diese Frage offen lässt, ist nicht weiter von Belang – sofern eine Diskussion der Aussichtslosigkeit anhand des Sachverhaltes stattfindet.]

Für die Gewährung unentgeltlicher Rechtsvertretung ist ausserdem gemäss ZPO 87 Voraussetzung, dass diese erforderlich ist. Die Erforderlichkeit bemisst sich nach der Rechtskundigkeit der Partei, dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses sowie entsprechend dem Prinzip der „Waffengleichheit“ danach, ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist.

Karl Rafter hat schon viele Prozesse geführt und ist daher mit dem Ablauf eines Gerichtsverfahrens vertraut. Es hat sich ebenfalls um Schadensersatzklagen gehandelt, so dass er sich vielleicht mit den Anforderungen an seine Beweisspflichtigkeit auskennt. Allerdings sind seine bisherigen Klagen als unbegründet abgewiesen worden. Wenn seine jetzige Klage nicht bereits aussichtslos ist, dann ist sie nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung anders als die bisherigen Klagen, und Karl Rafter kann unter Umständen nicht auf entsprechende Erfahrungen zurückgreifen. Weiterhin handelt es sich im konkreten Fall um eine Klage wegen angeblich kreditschädigender Äusserungen. Solche Fallkonstellationen sind eher unüblich für eine Privatperson, so dass es unwahrscheinlich ist, dass Karl Rafter bereits Erfahrungen mit dieser Rechtsmaterie hat. Überdies gehört diese Rechtsmaterie eher zu den schwierigeren, insbesondere hinsichtlich Beweispflichtigkeit der Parteien. Die Gegenseite, eine Bank, wird auch mit grosser Wahrscheinlichkeit von einem Rechtsanwalt vertreten werden, so dass das Prinzip der „Waffengleichheit“ beachtet werden muss.

[Auch hier kommt es weniger auf das Ergebnis an, zu dem Verf. kommt, sondern im Vordergrund steht die Abwägung der Argumente aus dem Sachverhalt sowie die Beachtung der verfahrensrechtlichen Aspekte, auf die aus dem Sachverhalt geschlossen werden kann.]

Endergebnis hinsichtlich des Rekurses: Wegen der Verletzung rechtlichen Gehörs ist der Rekurs in jedem Fall erfolgreich. Das Bezirksgericht wird erneut über das Begehren um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung entscheiden müssen.

Ausstandsbegehren:

Karl Rafter begehrt den Ausstand des gesamten Richterkollegiums.

Der Ausstand von Gerichtspersonen richtet sich nach EMRK 6 I, BV 30 I sowie GVG 95 ff. als Ausfluss des Rechts auf einen unparteiischen Richter und ist für jeden Richter einzeln festzustellen.

GVG 95 statuiert dabei Ausschlussgründe, bei deren Vorliegen der Richter in den Ausstand treten muss, unabhängig davon, ob er tatsächlich befangen ist. Ein solcher Ausschlussgrund ist hier nicht ersichtlich.

Weiterhin sind in GVG 96 Ablehnungsgründe genannt, bei deren Vorliegen der Richter selbst den Ausstand verlangen kann (es aber nicht tun muss) oder von einer Partei abgelehnt werden kann. Voraussetzung für eine erfolgreiche Ablehnung ist, dass objektive Umstände Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters aufkommen lassen.

Hier könnte der Ablehnungsgrund der Feindschaft nach GVG 96 Ziff. 3 vorliegen. Feindschaft setzt jedoch eine persönliche Beziehung zwischen den Beteiligten voraus. Sofern sich die Beteiligten schon einmal begegnet sind, wird dies ausschliesslich im Rahmen früherer Prozesse des Karl Rafter geschehen sein. Auf eine persönliche Beziehung zwischen Karl Rafter und den Richtern ausserhalb des Gerichtes befindet sich im Sachverhalt kein Hinweis, so dass nicht von Feindschaft auszugehen ist.

Es könnte jedoch ein Ausstandsgrund gemäss GVG 96 Ziff. 4 vorliegen. Dafür müssten die Richter objektiv als befangen erscheinen. Befangenheit ist die unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Beteiligten und zum Gegenstand des konkreten Verfahrens, aus der heraus der Richter in die Behandlung und Entscheidung des Falls auch unsachliche, sachfremde Elemente einfließen lässt mit der Folge, dass er daraufhin einen Prozessbeteiligten benachteiligt oder bevorzugt oder zumindest dazu neigt.

Das Richterkollegium hat die Ablehnung des Gesuches von Karl Rafter mit der Begründung abgelehnt, Karl Rafter beanspruche die Gerichte übermässig mit seinen querulatorischen Klagen. Das Gericht befürchtet also, dass die Funktionsfähigkeit der Gerichte nicht mehr gewährleistet sei. Der Rechtsstaat kann nur dann funktionieren, wenn die Gerichte von unnützen und nur zum Zwecke der Schikane erhobenen Klagen geschützt werden, so dass es ein berechtigtes Anliegen sein kann, querulatorische Klagen so schnell wie möglich abzuweisen bzw. nicht darauf einzutreten. Allerdings sind auch Querulanten Rechtsträger, denen bestimmte Rechte zustehen, nicht zuletzt der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Dieses gehört zu den zentralen Rechten, die der Rechtsstaat gewährleistet, und es darf nur unter ganz engen Voraussetzungen davon abgewichen werden, z.B. wenn das Vorbringen einer Partei überhaupt nicht erheblich ist. Ob ein Vorbringen erheblich ist, kann das Gericht jedoch nur beurteilen, wenn es sich mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt hat, was im vorliegenden Fall nicht geschehen ist.

Fraglich ist, ob dieser Umstand eine Befangenheit des Gerichtes zur Folge hat. Eine Fehlentscheidung allein, wie z.B. im vorliegenden Fall, lässt noch nicht darauf schliessen, dass ein Gericht auch bei einer erneuten Entscheidung über den Fall auf die sachliche Prüfung verzichten wird.

Allerdings hat das Gericht im vorliegenden Fall nicht nur ohne Bezug auf das Vorbringen des Karl Rafter entschieden. Es hat sich ausserdem negativ über die Person Karl Rafter geäussert und ihm Schikane sowie ein krankhaftes Vorgehen unterstellt. Dies könnte dafür sprechen, dass die Grundhaltung der entscheidenden Richter gegenüber Karl Rafter so negativ ist, dass sie zu einer objektiven Beurteilung der Begehren des Karl Rafter nicht mehr in der Lage sind.

Andererseits beruht der Eindruck des Gerichtes auf Fakten, denn Karl Rafter hat in der Vergangenheit viele unbegründete Klagen erhoben.

[Auch in dieser Aufgabe kam es nicht so sehr auf das Ergebnis an, sondern gefordert war eine Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt und eine Abwägung von Argumenten für oder gegen Befangenheit.]

Frage 2.2

Das Ausstandsbegehren ist an das betreffende Gericht selbst, hier also das Bezirksgericht, zu stellen. Wenn der Richter sich ihm anschliesst, wird ihm der Ausstand nach GVG 100 II gewährt.

In diesem Fall ist allerdings nicht davon auszugehen, dass sich die Richter dem Ausstandsbegehren des Karl Rafter anschliessen werden; sie werden sich nicht für befangen halten. Somit wird ein Streitiges Ausstandsbegehren vorliegen. Dieses muss vom Bezirksgericht an die Aufsichtsbehörde gemäss GVG 101 weitergeleitet werden, damit diese über das Ausstandsbegehren entscheidet. Die Aufsicht über das Bezirksgericht führt gemäss GVG 106 das Obergericht.

Fall 3

Nachkonkurs

Das neu entdeckte Guthaben von Rolf Müller könnte dem Nachkonkurs gemäss SchKG 269 unterliegen.

Vermögenswerte, die nach Konkursabschluss entdeckt werden, nimmt das Konkursamt in Besitz und verwertet und verteilt sie ohne weitere Förmlichkeit (SchKG 269 I).

I.c. ist das Konkursverfahren abgeschlossen worden². Es handelt sich nicht um eine Einstellung i.S.v. SchKG 230.

Der Nachkonkurs ist in Bezug auf Vermögensgegenstände möglich, die zur Masse gehörten. Zur Konkursmasse gehören alle pfändbaren Vermögenswerte des Schuldners im Moment der Konkurseröffnung (SchKG 197 I). Zur Masse hat nur das Guthaben von Rolf Müller auf dem Privatkonto gehört. Das Auto wurde nach Konkurseröffnung angeschafft und die Zahlungen der Ehefrau erfolgten ebenfalls später.

Das Guthaben ist erst nach Konkursabschluss durch den von der X AG beauftragten Detektiv entdeckt worden. Es handelt sich dabei um eine Forderung gegenüber der Bank und ist vom Konkursamt einzuziehen. Der Betrag von Fr. 1 Mio. wird unter die Gläubiger nach ihrem Rang verteilt (SchKG 269 I). Hinweise auf eine ungleiche Rangierung der Gläubiger gemäss SchKG 219 fehlen im Sachverhalt. Der Betrag wird deshalb unter alle zu gleichen Teilen verteilt (SchKG 220 I und 256 ff.). Dem Betrag von Fr. 1 Mio. stehen Forderungen von 2 Mio. gegenüber. Die Konkursdividende beträgt also $\frac{1}{2}$. Die Credit AG erhält deshalb aus dem Nachkonkurs Fr. 150'000.-.

Dies reicht nicht zur Deckung der Forderung der Credit AG in der Höhe von Fr. 300'000.-. Um den Rest auch noch zu erhalten, muss sie Rolf Müller betreiben.

Betreibung der Credit AG gegen Rolf Müller

Die übrigen entdeckten Vermögenswerte, das Auto und die Zahlungen, können von der Credit AG nur der Verwertung zugeführt werden, wenn sie gegen Rolf Müller eine Betreibung einleitet.

Die Credit AG hat ein Betreibungsbegehren zu stellen (SchKG 67). Der Betreibungsort ist der Wohnsitz von Rolf Müller, des Schuldners (SchKG 46 I). Gestützt auf einen Konkursverlustschein kann aber nur eine neue Betreibung eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (SchKG 265 II Satz 2). Dasselbe gilt für Gläubiger, die nicht am Konkurs teilgenommen haben (SchKG 267). Begründet der Schuldner seinen Rechtsvorschlag mit mangelndem neuem Vermögen (SchKG 75 II und 265a I), legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter vor (SchKG 265a I). Der Richter entscheidet über die Bewilligung des Rechtsvorschlags.

Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreibungsort (SchKG 265a I). Sachlich zuständig ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren (SchKG 25 Ziff. 2 lit. d i.V.m. ZPO 213 Ziff. 13 und GVG 23).

Der Schuldner muss glaubhaft machen, dass kein neues Vermögen entstanden ist (SchKG 265a II).

Neues Vermögen³ liegt vor, wenn es nach Konkursabschluss angefallen ist. Massgebend ist ein bilanzmässiger Überschuss der Aktiven über die Passiven des Schuld-

² Vgl. die Formulierung in Absatz 2 des Sachverhaltes „... nach Konkursabschluss“.

³ Zur nachfolgenden Begriffsumschreibung vgl. Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuld- betreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 48 N. 31 ff. und Ueli Huber, in: Kommentar

ners (Nettovermögenstheorie). Zu den Aktiven zählen grundsätzlich nur pfändbare Vermögenswerte. Kompetenzgut ist davon ausgeschlossen⁴.

Der Schuldner hat allerdings Anspruch auf eine standesgemässe Lebensführung. Er muss die Möglichkeit haben, eine neue Existenz aufzubauen. Neues Vermögen liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn der Aktivenüberschuss das Existenzminimum des Schuldners übersteigt⁵. Allerdings reicht es aus, dass der Schuldner wirtschaftlich Berechtigter des neuen Vermögens ist (SchKG 265 II in fine).

Das Auto ist ein Vermögenswert, der dem Schuldner nach Konkurschluss zugekommen ist. Es handelt sich dabei um neues Vermögen.

Neues Vermögen könnten sodann die erfolgten Zahlungen der Frau für Rolf Müllers Ausgaben sein. Nach Amonn/Walther gehört ein Einkommen des Schuldners zum neuen Vermögen. I.c. erzielt Rolf Müller kein steuerbares Einkommen. Er erhält Zahlungen seiner Frau für seine Auslagen. Da dem Begriff des neuen Vermögens schon mit einer wirtschaftlichen Berechtigung genüge getan ist, fallen die Zahlungen auf jeden Fall darunter.

Rolf Müller hat nie Geld ausbezahlt erhalten und somit kein Vermögen gebildet. Für diesen Fall sind Lehre und Rechtsprechung der Ansicht, dass auf das hypothetische Vermögen, welches dem Schuldner anzuhäufen möglich gewesen wäre, abzustellen sei⁶.

Wie dieses berechnet werden soll, ist nicht klar. Mehrere Gerichtsentscheide stellen auf das Einkommen ab, das der Schuldner im Jahr vor der neuen Betreuung hatte. Huber kritisiert daran, dass wenn der Gläubiger zu früh betreibt, allenfalls der Betrag für neues Vermögen noch nicht erreicht sein kann. Betreibt er hingegen zu spät, kann der Schuldner Geld ausgeben, das dem Gläubiger zustehen würde⁷.

Je nach Ansicht ist also nur hypothetisches Vermögen massgebend, dass innert dem Jahr vor einer neuen Betreuung erzielt werden konnte oder alles seit Konkurschluss⁸. I.c. ist diese Frage von geringer Relevanz, da zwischen Konkurschluss und neuer Betreuung nicht viel mehr als ein Jahr vergangen sein dürfte.

Nach der neueren Lehre kann sodann auch zukünftiges Erwerbseinkommen, wenn es über dem monatlichen Lebensbedarf (Existenzminimum und Betrag für die standesgemässe Lebensführung) liegt, neues Vermögen sein⁹.

Vom so errechneten Betrag ist der Lebensbedarf abzuziehen. Was darüber hinaus bleibt, ist neues Vermögen i.S.v. SchKG 265a.

Die Berechnung des Lebensbedarfs erfolgt in den Kantonen uneinheitlich. Ausgangspunkt bildet regelmässig das betreibungsrechtliche Existenzminimum¹⁰, welches aus einem Grundbetrag und Zuschlägen für notwendige Auslagen (insb. Mietzins) besteht¹¹. Das Existenzminimum wird um die unumgänglichen Aufwendungen

zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. von Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel/Genf/München 1998, N. 13 ff. zu Art. 265 SchKG.

⁴ Beat Lanter, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Diss. Zürich 1976, S. 122 ff.

⁵ Vgl. dazu BGE 129 III 385 E. 5.1.1 S. 388.

⁶ Huber, a.a.O., N. 16 zu Art. 265 SchKG.

⁷ Huber, a.a.O., N. 17 zu Art. 265 SchKG.

⁸ A.A. Lanter, a.a.O., S. 127: Ihm zufolge ist auf das Einkommen seit Konkurseröffnung abzustellen.

⁹ Huber, a.a.O., N. 20 zu Art. 265 SchKG.

¹⁰ BGE 129 III 385 E. 5.1.3 S. 389.

¹¹ Vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Bezirksgerichte und die Betreibungsämter über Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums vom 23. Mai 2001 (ZR 100 (2001) Nr. 46).

für Steuern sowie gewisse übliche Kosten, wie solche für ein Fahrzeug, Radio und Fernsehen usw. erweitert und schliesslich erfolgt noch ein Zuschlag in Höhe von 20–100 % des bei der Berechnung des Existenzminimums eingesetzten Grundbetrages (nicht des ganzen Existenzminimums!¹²)¹³. Im Kanton Zürich erfolgt ein Zuschlag von 2/3 des Grundbetrages¹⁴. Eine exakte Berechnung kann vorliegend jedoch nicht vorgenommen werden, weil dafür auch das nicht bekannte Einkommen der Ehefrau¹⁵ und wie erwähnt weitere Positionen berücksichtigt werden müssten. Der Lebensbedarf dürfte jedoch bei einem Existenzminimum von 24'000 Franken (gemäss Sachverhalt) 30'000 Franken übersteigen.

Demgegenüber ist das Guthaben auf dem Privatkonto kein neues Vermögen i.S.v. SchKG 269. Ein Gläubiger, der Vermögenswerte einer Konkursmasse entdeckt, muss diese dem Konkursamt anzeigen. Wenn der Schuldner den Rechtsvorschlag nach SchKG 265a nicht erhebt, könnte die Betreuung auf Pfändung eines Gläubigers zwar fortgesetzt werden. Allerdings erfordert der Zweck von SchKG 269, dass das Konkursamt die betreffenden Vermögensgegenstände dem Betreibungsverfahren entzieht und sie zur Verwertung für die Gesamtheit der Konkursgläubiger in Besitz nimmt. Erfährt das Konkursamt erst nach einem durchlaufenen Pfändungsverfahren, dass bestimmte Vermögenswerte zur Konkursmasse gehört hätten, kann es den Pfändungserlös vindizieren¹⁶.

Es wird dem Rolf Müller nicht gelingen glaubhaft zu machen, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen (SchKG 265a II). Der Richter wird den Rechtsvorschlag nicht bewilligen und das neue Vermögen feststellen (SchKG 265 II und 265a III).

Rolf Müller kann innert 20 Tagen nach dem Entscheid ein ordentliches Verfahren auf Bestreitung des neuen Vermögens einleiten (SchKG 265a IV).

Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreuungsort (SchKG 265a IV). Sachlich zuständig ist der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren (GVG 22 I Ziff. 6).

Der Rechtsvorschlag, mit dem fehlendes neues Vermögen geltend gemacht wird (SchKG 75 II), bedeutet keinen Verzicht auf die Bestreitung der Forderung¹⁷. Wenn das Gericht den Rechtsvorschlag des fehlenden neuen Vermögens nicht bewilligt, ist über die Bestreitung der Forderung grundsätzlich noch nicht entschieden. Sind jedoch Einrederichter und Rechtsöffnungsrichter identisch, kann über die diesbezügliche Rechtsöffnung im selben Verfahren entschieden werden. Für die Rechtsöffnung ist im Kanton Zürich¹⁸ wie bei der Bewilligung des Rechtsvorschlags des fehlenden neuen Vermögens der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Betreuungsort zuständig (SchKG 25 Ziff. 2 lit. a i.V.m. ZPO 213 Ziff. 2 und GVG 23 sowie SchKG 84 I). Die Rechtsöffnung betreffend die Bestreitung der Forderung wird deshalb im selben Verfahren wie die Einrede des mangelnden neuen Vermögens entschieden. Es ist anzunehmen, dass Rechtsöffnung erteilt wird, der Sachverhalt enthält keine gegenteiligen Hinweise.

¹² Vgl. BGE 129 III 385, in dem eine Erhöhung sämtlicher Positionen des erweiterten Existenzminimums um 50–66 % als willkürlich erachtet wurde.

¹³ BGE 129 III 385 E. 5.1.2 u. 5.1.3 S. 388 f.; Thomas Bauer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, hrsg. von Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel/Genf/München 2005, ad N. 21 zu Art. 265 SchKG.

¹⁴ ZR 1985 Nr. 58.

¹⁵ Vgl. Bauer, a.a.O., ad N. 14 ff. zu Art. 265 SchKG.

¹⁶ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 1997/99, N. 7 zu Art. 269 SchKG.

¹⁷ BGE 103 III 31.

¹⁸ Annehmen.

Wurde die Einrede fehlenden neuen Vermögens abgewiesen, Rechtsöffnung erteilt und wurde bei einer allfälligen Klage nach SchKG 265a IV neues Vermögen festgestellt, so kann die Betreuung fortgesetzt werden.

Nachdem die Credit AG das Fortsetzungsbegehren (SchKG 88) gestellt hat, kann die Pfändung vollzogen werden (SchKG 89 ff.). Zunächst sind die pfändbaren Vermögenswerte zu bestimmen.

Das Guthaben auf dem Privatkonto hatte zur Konkursmasse gehört. Es fragt sich, ob es einer erneuten Pfändung gemäss SchKG 265a unterliegen könnte. Nach Konkursabschluss entdeckte Vermögenswerte nimmt das Konkursamt in Besitz (SchKG 269 I). Sie gehörten der Masse und sind jedenfalls dem Schuldner entzogen. Das Guthaben lässt sich nicht pfänden¹⁹.

Der Pfändbarkeit des Autos könnte entgegenstehen, dass es sich dabei um ein Kompetenzstück handelt. Insbesondere ist fraglich, ob das Auto für einen Autohändler als für die Ausübung des Berufs notwendige Gerätschaft gemäss SchKG 92 I Ziff. 3 qualifiziert werden muss. Fahrzeuge werden normalerweise an einem Ort präsentiert und dort verkauft. Ob und welches Fahrzeug der Händler selber fährt, ist für Kunden irrelevant. Kenntnisse über die gehandelten Autos kann sich jener auch auf Probefahrten aneignen. Allerdings muss auch ein Autohändler wie jede andere berufstätige Person an den Arbeitsort gelangen. Ob Rolf Müller dazu aber auf ein Auto angewiesen ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte das sehr teure Modell von Rolf Müller gepfändet werden. Ihm wäre diesfalls der für die Anschaffung eines Ersatzautos nötige Betrag zur Verfügung zu stellen (SchKG 92 III und 144 III).

Fraglich ist es, ob die künftigen Zahlungen der Ehefrau an Rolf Müller pfändbar sind. Die Pfändbarkeit kann sich aus zwei verschiedenen Gründen ergeben.

Einerseits könnte der Einrederichter gemäss SchKG 265a III die Bezahlungen für pfändbar erklären. Dies unter den nachfolgenden Voraussetzungen²⁰.

Der Schuldner muss die faktische Verfügungsmacht über den Vermögensgegenstand haben. Dies ist dann der Fall, wenn ein Vermögenswert rechtlich einem Dritten zusteht, wirtschaftlich aber der Schuldner in den Genuss davon kommt. Letzterer wäre an sich berechtigt, schiebt aber eine Drittperson vor. Er ist demnach nur noch wirtschaftlich Berechtigter. Die künftigen Einnahmen aus dem Geschäft stehen rechtlich der Ehefrau zu. Sie bezahlt alle Ausgaben von Rolf Müller. Rolf Müller profitiert in wirtschaftlicher Hinsicht von diesen Geschäftseinnahmen. Er wäre an sich an den Einnahmen berechtigt, schiebt aber die Ehefrau vor. Rolf Müller ist wirtschaftlich Berechtigter in Bezug auf die künftigen Einnahmen.

Zu den Voraussetzungen gehört, dass die Drittperson gefügig ist und dem Schuldner die faktische Verfügungsmacht über die Vermögenswerte auch überlässt. Dass dies auf die Ehefrau gegenüber Rolf Müller zutrifft, hat sich in der Vergangenheit gezeigt. Sie hat seit Konkursabschluss seine Ausgaben übernommen.

Weiter ist die Erkennbarkeit für den Dritten ein Kriterium. Die Absicht des Schuldners den Dritten nur deshalb vorzuschieben, um die Bildung neuen Vermögens zu verhindern, muss für den Dritten erkennbar gewesen sein. Es war für die Ehefrau als Vertraute des Schuldners ohne weiteres erkennbar, dass Rolf Müller erst gerade Konkurs gegangen ist. Ihre Kenntnis betreffend verbleibender, ungedeckter Forderungs-

¹⁹ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 15 zu Art. 265 SchKG.

²⁰ Vgl. dazu Matthias Kuster, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG, SJZ 1997, S. 289 ff.

beträge ist anzunehmen. Sie wusste deshalb, dass Rolf Müller damit rechnen musste, wieder belangt zu werden. Es war für sie sodann ohne weiteres erkennbar, dass sich Rolf Müller vor dem Zugriff seiner Gläubiger schützen wollte, indem er es vermied, in den Besitz neuen Vermögens zu gelangen. Die Erkennbarkeit ist zu bejahen.

Die Pfändbarerklärung von Vermögenswerten Dritter ist nur möglich, wenn der Schuldner in rechtsmissbräuchlicher Weise seine Gläubiger benachteiligt, durch das Verschieben des Dritten. Dieses Tatbestandsmerkmal ist erfüllt. Es gibt keinen vernünftigen anderen Grund, weshalb Rolf Müller das Geschäft an seine Frau übertragen hat.

Der Einreederichter kann Vermögenswerte Dritter nur dann für pfändbar erklären, wenn die Vermögenswerte, die dem Schuldner rechtlich zustehen, nicht ausreichen, um die Forderung des Gläubigers zu decken (SchKG 95 III). Die Forderung der Credit AG beträgt Fr. 300'000.-, aus dem Nachkonkurs erhält sie Fr. 150'000.-. Die Verwertung des Autos ergibt höchstens Fr. 120'000.-. Es bleiben also mindestens Fr. 30'000.-, für welche die Zahlungen der Ehefrau gepfändet werden können.

Andererseits könnte es sich bei den Zahlungen der Ehefrau um ein Erwerbseinkommen i.S.v. SchKG 93 I handeln.

Einkommen, das im wesentlichen Entgelt für persönliche Arbeit des Schuldners ist, kann beschränkt gepfändet werden (SchKG 93 I). Gegen die Qualifikation der Ausgabendeckungen als Erwerbseinkommen spricht, dass Rolf Müller nie Geld ausbezahlt wird. Es gibt sodann im Sachverhalt keinen Hinweis auf einen Arbeitsvertrag. Allerdings leistet Rolf Müller regelmässig Arbeit im Geschäft der Frau. Dies lässt sich aus der Angabe im Sachverhalt, dass die Zahlungen monatlich erfolgen, schliessen. Der Umfang der Zahlungen hat ein Ausmass, das normalerweise nicht erreicht wird, wenn nicht eine Gegenleistung erbracht wird. Einen Hinweis auf eine andere Gegenleistung als die Arbeit von Rolf Müller gibt es im Sachverhalt nicht. Die Zahlungen werden ausschliesslich zur Ausgabendeckung von Rolf Müller aufgewendet. Rolf Müller arbeitet in seinem ehemaligen Geschäft, das seine Frau weiterführt. Nach wie vor dient das Geschäft dazu, Rolf Müller regelmässige Einkünfte zu verschaffen. Die künftigen Bezahlungen seiner Frau können deshalb als Erwerbseinkommen qualifiziert werden und sind für ein Jahr pfändbar (SchKG 93 I).

Gepfändet werden darf nicht mehr, als zur Deckung der Forderung nötig ist (SchKG 97 II). Je nach dem, ob ein Ersatzauto bezahlt werden muss (SchKG 92 III und 144 III), ist die Einkommenspfändung länger oder weniger lang möglich. Längstens jedenfalls, bis die Forderung der Credit AG inkl. Zinsen gedeckt ist. Das Erfordernis der Subsidiarität besteht im Gegensatz zur Pfändbarerklärung gemäss SchKG 265a III nicht. Es ist deshalb mit Vorteil zu argumentieren, es handle sich bei den Zahlungen nicht um einen Vermögensgegenstand Dritter, sondern um ein Erwerbseinkommen.

Vom Einkommen ist, unabhängig von dessen Qualifikation, das Existenzminimum abzuziehen, nicht aber der Lebensbedarf. Wenn einmal die Schwelle des neuen Vermögens überschritten worden ist, können Vermögenswerte des Schuldners gepfändet werden, wie wenn über ihn nie der Konkurs eröffnet worden wäre. Dies gilt auch, wenn die Zahlungen als Vermögensgegenstand Dritter qualifiziert werden²¹.

Pfändbar sind also die künftigen Bezahlungen der Ehefrau an Rolf Müller und das Auto.

²¹ Huber, a.a.O., N. 28 zu Art. 265a SchKG.

Das Auto ist zu verwerten (SchKG 116 ff.) und der Erlös von Fr. 120'000.- minus eines allfälligen Betrags für ein Ersatzauto zu verteilen (SchKG 144 ff.). Wird gepfändetes Einkommen regelmässig an das Betreibungsamt geleistet (SchKG 99), so können die entsprechenden Beträge direkt an den Gläubiger nach SchKG 144 ff. verteilt werden. Eine Verwertung ist nicht nötig. Innert einem Jahr kann so maximal Fr. 120'000.- minus das Existenzminimum von Fr. 24'000.-, also Fr. 96'000.- an die Credit AG verteilt werden. Allerdings ist die Einkommenspfändung nur für einen beschränkteren Zeitraum möglich, weil sonst zusammen mit dem Erlös für das Auto und dem Erlös aus dem Nachkonkurs der Forderungsbetrag der Credit AG übertroffen würde.

Fazit: Die Forderung der Credit AG kann mit dem Erlös aus dem Nachkonkurs und einer zusätzlichen Betreuung gedeckt werden.

Arrest der Credit AG gegenüber Rolf Müller

Der Arrest ist möglich unter den Voraussetzungen von SchKG 272 I und 271. Demnach muss der Gläubiger glaubhaft machen, dass er eine fällige Forderung gegen den Arrestschuldner hat (SchKG 271 I i.V.m. 272 I Ziff. 1), ein Arrestgrund vorliegt (SchKG 271 I i.V.m. 272 I Ziff. 2) und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören.

Die Credit AG kann gegenüber Rolf Müller eine Forderung von Fr. 300'000.- vorweisen. Diese wurde spätestens bei der Konkurseröffnung fällig (SchKG 208 I). Es ist davon auszugehen, dass sich die Credit AG am Konkurs beteiligt hat, auch wenn dies nicht ausdrücklich aus dem Sachverhalt hervorgeht. Gläubigern, die bei der Verteilung zu wenig für ihre Konkursforderungen erhalten, wird ein Konkursverlustschein über den ungedeckten Betrag ausgestellt (SchKG 265 I). Der Verlustschein berechtigt zum Arrest (SchKG 265 II). Sie verfügt somit über einen Arrestgrund (SchKG 271 I Ziff. 5).

Verarrestiert werden können nur Vermögenswerte, die bei einer Pfändung pfändbar wären²². Die Vermögenswerte, welche nach obiger Erörterung pfändbar sind, kommen als verarrestierbare Vermögensgegenstände in Frage. Verarrestiert werden können also die Zahlungen der Ehefrau an Rolf Müller und das Auto. Die Credit AG hat die Zahlungen und das Auto durch den von der Inkasso AG beauftragten Privatdetektiv festgestellt und kann sie deshalb glaubhaft machen.

Für den Arrest hat die Credit AG ein Arrestgesuch zu stellen. Örtlich zuständig ist der Richter am Ort an dem sich die Vermögensgegenstände befinden (SchKG 272 I). Bei Forderungen kommt es auf den Wohnsitz des Gläubigers an²³. Bei Qualifikation der Zahlungen der Ehefrau als Lohnforderungen befindet sich die Zuständigkeit des Arrestrichters am Wohnsitz von Rolf Müller. Werden die Zahlungen unter den Begriff des pfändbaren Vermögenswerts eines Dritten subsumiert, so ist für den Lageort der Wohnsitz der Ehefrau, welcher mit dem des Schuldners übereinstimmt (ZGB 162), massgebend. Das Auto wird am Ort, an dem es sich befindet verarrestiert.

Sachlich zuständig ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren (SchKG 25 Ziff. 2 lit. a i.V.m. ZPO 213 Ziff. 11 und GVG 23).

²² Hans Reiser, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. von Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel/Genf/München 1998, N. 63 zu Art. 275 SchKG.

²³ Walter A. Stoffel, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. von Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel/Genf/München 1998, N. 40 zu Art. 272 SchKG.

Die Credit AG hat den Arrest innert der Frist von SchKG 279 I zu prosequieren.

Konkurseröffnung ohne Betreuung (SchKG 190 I Ziff. 1)

Es könnten im vorliegenden Fall die Voraussetzungen der Konkurseröffnung ohne Betreuung gemäss SchKG 190 I Ziff. 1 erfüllt sein. Allerdings hat die Credit AG kein Interesse an einem Konkurs von Rolf Müller.

In SchKG 265b wird der Gläubiger, der nach dem Konkurs den Schuldner betreibt, davor geschützt, dass jener das Verfahren für den Gläubiger durch Konkurserklärung (SchKG 191) unattraktiv machen kann, weil ihm dann nur noch eine kleine Konkursdividende zur Verfügung stehen würde. Die Konkursmasse eines erneuten Konkurses über Rolf Müller würde nur aus dem Auto bestehen. Künftige Lohnzahlungen fallen nicht in die Masse, ein hypothetisches Vermögen lässt sich nicht verwerten. Es ergäbe sich aus dem Konkurs ein Erlös von max. Fr. 120'000.-. Im Nachkonkurs blieben Forderungen von 1 Mio. unbefriedigt. Die Konkursdividende für die Credit AG würde deshalb 12% betragen, also Fr. 14'400.-. Ein neuer Konkurs wäre für die Credit AG sehr nachteilig und ist von ihr selbst auf keinen Fall anzustreben.

Zu prüfen wäre im Übrigen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Über jeden Schuldner kann, unter anderem wenn er betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger vornimmt, ohne Betreibungsverfahren direkt der Konkurs eröffnet werden (SchKG 190 I Ziff. 1). Rolf Müller ist Schuldner der Credit AG, ihre Forderung verjährt erst in 20 Jahren (SchKG 265 II i.V.m. 149a I). Er hat dafür gesorgt, dass bei ihm kein neues Vermögen entsteht und deshalb seine Gläubiger benachteiligt. Grundsätzlich ist also die Konkurseröffnung gemäss SchKG 190 I Ziff. 1 möglich.

Fraglich ist, ob die Credit AG Gläubigerin einer Forderung, über die ein Konkursverlustschein ausgestellt worden ist, dazu legitimiert ist.

SchKG 190 I enthält jedenfalls keine diesbezügliche Beschränkung. SchKG 265b verbietet es nur dem Schuldner selbst seine Insolvenz zu erklären, ein anderweitiger Konkurs ist an sich nicht ausgeschlossen.

SchKG 265 II besagt, dass gestützt auf einen Konkursverlustschein ein Gläubiger den Schuldner nur betreiben kann, wenn dieser zu neuem Vermögen gekommen ist. Von der direkten Konkurseröffnung ist in SchKG 265 II nicht die Rede. Der Zweck von SchKG 265a ist es, dem Schuldner die wirtschaftliche Erholung nach einem Konkurs zu ermöglichen. Dies soll zwar einem rechtsmissbräuchlich handelnden Schuldner nicht zugute kommen. Allerdings könnte die unbedeutendste Gläubiger schädigende Handlung einen erneuten Konkurs auslösen, wenn das neue Vermögen nicht abgeklärt wird. Dies würde nur Kosten verursachen und nicht viel bringen, weil kaum verwertbares Vermögen vorhanden ist.

Dem Gläubiger einer Konkursverlustscheinsforderung sollte es aus diesen Gründen nicht möglich sein, die Konkurseröffnung nach SchKG 190 I Ziff. 1 zu beantragen.

Fall 4

4.1. Ist die Widerklage zulässig?

a) Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Widerklage

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage ergeben sich aus dem kantonalen Recht und dem Bundesrecht bzw. Staatsvertragsrecht.

Das kantonale Recht beantwortet grundsätzlich die Frage der sachlichen Zuständigkeit. Im Weiteren formuliert es – neben der vom Bundesrecht bestimmten örtlichen Zuständigkeit – weitere Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage (§ 60 ZPO).

Das Bundesrecht regelt betreffend die Widerklage die nationale und internationale örtliche Zuständigkeit.

b) Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage nach § 60 ZPO und Verhältnis zu den Bestimmungen von GestG, IPRG und LugÜ

Nach § 60 ZPO ist die Widerklage zulässig, wenn für sie die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage vorgesehen ist.

aa) Gleiche Verfahrensart

Erste Voraussetzung ist somit, dass für beide Klagen, würden sie separat erhoben, die gleiche Verfahrensart vorgeschrieben ist. Dies ist vorliegend der Fall. Sowohl die Klage der Ritter GmbH gegen die Wirz AG als auch diejenige der Wirz AG gegen die Ritter GmbH werden im ordentlichen Verfahren behandelt, da kein Anwendungsfall einer der besonderen Verfahrensarten vorliegt. Es ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Statuierung dieser Voraussetzung in § 60 ZPO keine selbständige Bedeutung zukommt²⁴. Denn nach herrschender Auffassung handelt es sich hierbei um einen ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatz²⁵.

bb) Gleiche sachliche Zuständigkeit

Weitere Voraussetzung ist, dass für beide Klagen, würden sie separat erhoben, die gleiche sachliche Zuständigkeit besteht. Zunächst ist die sachliche Zuständigkeit für die Klage der Ritter GmbH gegen die Wirz AG zu prüfen. Gemäss Sachverhalt klagt die Ritter GmbH vor dem Handelsgericht. Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes ist, abgesehen von den hier nicht einschlägigen Zuständigkeiten aus Bundesrecht gemäss § 61 GVG²⁶, gegeben, wenn es sich um einen Prozess zwischen Parteien handelt, die als Firmen im Handelsregister eingetragen sind, sofern sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht und wenn der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht erreicht wird. Vorliegend ist § 62 nicht anwendbar. Denn mit „Handelsregister“ ist nur das

²⁴ Karl Spühler, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), hrsg. von Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Basel/Genf/München 2001, Art. 6 N 13. Vgl. nachfolgend cc).

²⁵ Thomas Müller, in: Gerichtsstandsgesetz, hrsg. von Thomas Müller/Markus Wirth, Zürich 2001, Art. 6 N 12; Franz Kellerhals/Andreas Güngerich, in: Gerichtsstandsgesetz, hrsg. von Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 6 N 31; BSK GestG-Spühler (FN 24), Art. 6 N 13.

²⁶ Insbesondere sind Streitigkeiten aus UWG kein Fall von § 61 Abs. 1 Ziff. 1 GVG (Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 61 N 76).

schweizerische gemeint. Da die Ritter GmbH in diesem jedoch nicht eingetragen ist, fehlt es an der Voraussetzung, dass sich zwei Parteien, welche im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, gegenüberstehen.

Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes ergibt sich jedoch aus § 63 Ziff. 1 GVG. Danach kann, sofern der Streitgegenstand im Übrigen den Anforderungen von § 62 entspricht, der Kläger zwischen dem Bezirksgericht oder dem Arbeitsgericht und dem Mietgericht einerseits und dem Handelsgericht andererseits wählen, wenn nicht er, wohl aber der Beklagte im Handelsregister als Firma eingetragen ist. Diese Konstellation liegt vor, da zwar nicht die Ritter GmbH, aber die Wirz AG als Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Vorausgesetzt ist allerdings zusätzlich, dass das Streitwertfordernis erfüllt ist. Seit dem 1. Januar 2007 beträgt der Streitwert 30'000 Franken. Er ist vorliegend in Anbetracht der Schadenersatzforderung von 300'000 Euro gegeben. Zudem muss sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder Handelsverhältnisse überhaupt beziehen. Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, genügt bereits der Bezug zum Gewerbe einer Partei. Unter Gewerbe im Sinne dieser Bestimmung sind „alle berufs- und gewerbsmässig betriebenen Geschäfte einer im Handelsregister eingetragenen Person zu verstehen“²⁷, wobei zwischen dem sog. Grundgeschäft (Tätigkeit, durch welche ein Erwerbseinkommen erzielt wird) und den Hilfs- oder Nebengeschäften (Förderung des Grundgeschäfts) unterschieden wird, wobei die Kompetenz des Handelsgerichts in allen Fällen gegeben ist²⁸. Es ist im Übrigen nicht erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis besteht²⁹. Die Wirz AG erwirtschaftet ihre Erträge als Werbeagentur durch die Ausarbeitung und Durchführung von Werbekampagnen. Die von der Ritter GmbH beanstandete Werbung gehört somit zum Grundgeschäft der Wirz AG und entsprechend bezieht sich der Streit jedenfalls auf das von einer Partei betriebene Gewerbe. Damit ist das Erfordernis des Vorliegens eines Handelsgeschäfts erfüllt. Das Handelsgericht ist für die Klage der Ritter GmbH daher sachlich zuständig.

Weiter ist zu prüfen, ob das Handelsgericht auch für die Klage der Wirz AG gegen die Ritter GmbH sachlich zuständig ist. Es kann hierbei weitgehend auf das eben Ausgeführte verwiesen werden. Wiederum ist die Zuständigkeit nach § 62 GVG nicht gegeben, weil nicht beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind. Die Zuständigkeit ergibt sich aber auch in dieser Konstellation aus § 63 GVG. Gemäss Ziff. 2 der Bestimmung kann nämlich der Kläger, sofern eine Handelssache vorliegt und der Streitwert gegeben ist, das Handelsgericht wählen, wenn der Beklagte als Firma in einem ausländischen Register eingetragen ist, das dem schweizerischen Handelsregister entspricht, ungeachtet dessen, ob der Kläger selbst im Handelsregister eingetragen ist. Als GmbH ist die Ritter AG in Deutschland in einem Register eingetragen, welches dem schweizerischen Handelsregister entspricht, womit die Wirz AG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen das Handelsgericht wählen kann. Der Streitwert ist in Anbetracht der Schadenersatzforderung über 200'000 Euro gegeben. Hinsichtlich des Erfordernisses der Handelssache kann grundsätzlich auf das vorstehend Gesagte verwiesen werden. Werbung ist auch das Grundgeschäft der Ritter GmbH und entsprechend bezieht sich der Streit jedenfalls auf das von ihr betriebene Gewerbe. Es liegt daher eine Handelssache im Sinne von § 62 GVG vor und entsprechend ist auch für die Klage der Wirz AG das Handelsgericht sachlich zuständig.

Fazit: Das Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit für die beiden Klagen ist erfüllt.

²⁷ Hauser/Schweri (FN 26), § 62 N 20.

²⁸ Hauser/Schweri (FN 26), § 62 N 21 f.

²⁹ Hauser/Schweri (FN 26), § 62 N 24.

cc) Verhältnis von § 60 ZPO zu GestG, IPRG und LugÜ

Der Umstand, dass das Bundesrecht (GestG, IPRG bzw. LugÜ) die nationale und internationale örtliche Zuständigkeit regelt, führt zur Frage, in welchem Verhältnis § 60 ZPO zu diesen bundesrechtlichen Bestimmungen steht. Die Zuständigkeit für die Widerklage macht nur Sinn, wenn schlussendlich die Widerklage nicht nur am gleichen Ort, sondern auch beim selben Gericht und im gleichen Verfahren wie die Hauptklage beurteilt werden kann. Es stellt sich daher die Frage, ob die Regelung der örtlichen Zuständigkeit nicht indirekt auch die Frage der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart präjudiziert.

Was das GestG anbelangt, so regelt dieses nach herrschender Auffassung grundsätzlich nur die örtliche Zuständigkeit, und es ist den Kantonen daher nicht verwehrt, die gleiche sachliche Zuständigkeit als zusätzliches Erfordernis zu statuieren³⁰. Hinsichtlich des Erfordernisses der gleichen Verfahrensart wird – wie bereits erwähnt – sogar davon ausgegangen, dass es sich dabei um einen ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatz³¹ bzw. ein nicht ausdrücklich genanntes Tatbestandselement von Art. 6 GestG³² handelt. Fehlt es an dieser Voraussetzung, ist die Widerklage nicht zulässig³³. Die herrschende Auffassung geht somit nicht davon aus, dass die Regelung der örtlichen Zuständigkeit die Frage der gleichen Verfahrensart und der gleichen sachlichen Zuständigkeit präjudiziert. Vielmehr muss das erste Erfordernis von Bundesrechts wegen immer erfüllt sein und das letztere dann, wenn es im kantonalen Recht statuiert wird. Soweit ersichtlich entspricht es nicht herrschender Auffassung, dass – wie von Schlosser zum LugÜ vertreten (dazu nachfolgend) – bei fehlen der gleichen Verfahrensart und der gleichen sachlichen Zuständigkeit der Gerichtsstand der Widerklage gleichwohl gegeben ist, die Widerklage jedoch in einem separaten Verfahren behandelt wird.

Betreffend das Verhältnis des Lugano-Übereinkommens zum nationalen Recht wird überwiegend die Meinung geäußert, dass das Lugano-Übereinkommen seinem Regelungsgegenstand entsprechend lediglich die örtliche Zuständigkeit bestimmt. Die übrigen Voraussetzungen der Widerklage ergeben sich aus dem nationalen Recht³⁴. Entsprechend kann dieses die Widerklage von zusätzlichen, nicht gerichtstandsmässigen Voraussetzungen abhängig machen. Diese dürfen jedoch nicht dazu führen, dass die praktische Wirksamkeit des Lugano-Übereinkommens beeinträchtigt wird. Dadurch ergibt sich eine obere Grenze staatlicher Widerklagebeschränkungen. Selbst dies ist jedoch nicht unbestritten; so findet sich auch die Ansicht, dass selbst nationale Widerklageverbote beachtet werden müssen³⁵.

Nach einer vermittelnden Lösung darf das nationale Recht weitere Widerklagevoraussetzungen aufstellen. Aus dem LugÜ folge jedoch, dass eine örtliche Zuständigkeit gegeben sein muss. Liegen sonach die Widerklagevoraussetzungen nach nationalem Recht nicht vor, habe dies zur Folge, dass am Ort der Hauptklage zwar ein Gerichtsstand für die Widerklage gegeben sei, diese jedoch – sofern nach schweizerischem Recht nicht dieselbe sachliche Zuständigkeit oder dieselbe Verfahrensart vorliegt – vom Hauptverfahren abgetrennt werden müsse. D.h. das LugÜ begründet in jedem Fall eine örtliche Zuständigkeit; die Klage muss an diesem Ort aber u.U. als selbständige Klage in einem separaten Verfahren angehoben werden³⁶. Ob

³⁰ ZK GestG-Müller (FN 25), Art. 6 N 13 f.; BK GestG-Kellerhals/Güngerich (FN 25), Art. 6 N 35; BSK GestG-Spühler (FN 24), Art. 6 N 9.

³¹ ZK GestG-Müller (FN 25), Art. 6 N 12; BSK GestG-Spühler (FN 24), Art. 6 N 13.

³² BK GestG-Kellerhals/Güngerich (FN 25), Art. 6 N 31.

³³ ZK GestG-Müller (FN 25), Art. 6 N 12.

³⁴ Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 2004, Art. 6 N 60; Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2005, Art. 6 N 40.

³⁵ Vgl. Geimer/Schütze (FN 34), Art. 60 N 61; a.A. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., München 2006, N 352.

³⁶ Vgl. Peter F. Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 2003, Art. 6 N 10.

eine solche Abspaltung den Zweck (Verfahrensökonomie; Vermeidung widersprechender Entscheide) einer Widerklage noch zu erfüllen vermag, sei an dieser Stelle offen gelassen.

Was das IPRG anbelangt, so wird die Frage weder im Basler noch im Zürcher IPRG-Kommentar erörtert. Im Hinblick auf die zum GestG bestehende herrschende Auffassung ist aber wohl eher davon auszugehen, dass auch Art. 8 IPRG sich nur auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt.

Fazit: Sowohl im nationalen als auch im internationalen Verhältnis wird im Grundsatz davon ausgegangen, dass die Regelung der örtlichen Zuständigkeit keine präjudizierende Wirkung für die Frage der gleichen Verfahrensart und der gleichen sachlichen Zuständigkeit hat. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die Kantone bzw. Staaten insofern zusätzliche Voraussetzungen statuieren dürfen. Für den nationalen Bereich wird sogar davon ausgegangen, dass die gleiche Verfahrensart eine bundesrechtliche Voraussetzung ist. Da im vorliegenden Fall beide zusätzlichen Voraussetzungen gegeben sind, kann die Frage jedoch letztlich offen bleiben.

c) Örtliche Zuständigkeit

- Anwendbare *Rechtsgrundlage*: LugÜ geht dem IPRG vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG)
 - *Sachlicher* Anwendungsbereich: Gemäss Sachverhalt werfen sich die Wirz AG und die Ritter GmbH unlauteres Verhalten durch Ideendiebstahl vor und klagen auf Unterlassung bzw. Schadenersatz aus diesem Verhalten. Demgemäss streiten sie sich um eine Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 Abs. 1 LugÜ. Ferner handelt es sich um keine ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossene Rechtsfrage nach Art. 1 Abs. 2 LugÜ.
 - *Örtlicher* Anwendungsbereich: Lässt sich grundsätzlich nur aufgrund der konkret in Frage kommenden Gerichtsstandsbestimmung beurteilen. Wenn allerdings wie vorliegend beide Parteien in einem LugÜ-Staat Wohnsitz haben (D bzw. CH), wobei es sich nicht um denselben handelt, und die Klage in einem LugÜ-Staat anhängig gemacht wird (i.c. CH), findet in jedem Fall das LugÜ Anwendung.
- Voraussetzung für die Widerklage ist einmal, dass dasselbe *Gericht örtlich zuständig* ist. Dieselbe örtliche Zuständigkeit kann sich ergeben aus:
 - einer gewöhnlichen Zuständigkeitsbestimmung des LugÜ;
 - falls das Gericht nicht ohnehin gemäss LugÜ zuständig ist: aus Art. 6 Ziff. 3 LugÜGemäss Aufgabenstellung sind die Gerichtsstände nach Art. 5 LugÜ nicht zu prüfen. Gestützt auf die übrigen ordentlichen Gerichtsstandsbestimmungen lässt sich keine Zuständigkeit in Zürich begründen. Insbesondere müsste die Wirz AG nach Art. 2 LugÜ in München klagen. Zur Begründung der Widerklagezuständigkeit kommt deshalb nur Art. 6 Ziff. 3 LugÜ in Frage.
- Anwendungsvoraussetzungen von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ:
 - (*Wohn-*)Sitz der beklagten Person in einem LugÜ-Staat: Die Beklagte, die Ritter GmbH, hat ihren Sitz gemäss SV in München, also einem LugÜ-Staat.

- Braucht die Klage analog Art. 5 LugÜ in einem *anderen LugÜ-Staat* anhängig gemacht zu werden als die Beklagte Sitz hat?
Ja, die h.L. wendet diese Voraussetzung von Art. 5 LugÜ auch bei Art. 6 LugÜ an³⁷. Vorliegend ist sie ohne weiteres erfüllt, da die Widerklage in der Schweiz erhoben wird und die Beklagte Wohnsitz in Deutschland hat.
- Die Hauptklage muss bereits *anhängig* sein. Gemäss Sachverhalt ist dies ohne weiteres erfüllt, zumal die Klage ohne Sühnverfahren (§ 104 lit. d ZPO) direkt beim Handelsgericht eingereicht worden ist.
- Die Widerklage muss *konnex* zur Hauptklage sein, d.h. sich „auf denselben Vertrag oder Sachverhalt“ stützen. Nach allgemeiner Ansicht ist das Konnexitätserfordernis vertragsautonom zu bestimmen.

Vorliegend werden Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend gemacht, also ausservertragliche Ansprüche. Die erstgenannte Variante („auf denselben Vertrag“) scheidet demgemäss von Beginn weg aus, um Konnexität zu begründen.

Die Beurteilung, ob zwischen den Klagen ein genügend enger Zusammenhang besteht, um die Widerklagezuständigkeit zu rechtfertigen, konzentriert sich deshalb auf die Frage, ob die geltend gemachten Ansprüche „demselben Sachverhalt“ entspringen. Gemäss der Aufgabenstellung klagt die Ritter GmbH auf Unterlassung und Schadenersatz aus der Werbung für das Produkt X, während Die Wirz AG auf Unterlassung und Schadenersatz aus der Werbung für das Produkt Y klagt. Dass es sich um Werbungen für zwei verschiedene Produkte handelt, besagt indes noch nichts darüber, ob die Klagen nicht in sachlichem Zusammenhang stehen. Entscheidend zur Beantwortung dieser Frage ist, ob sich gerade die Werbung für das Produkt X unlauter auf die Werbung von Produkt Y auswirkt, oder ob jeweils durch eine andere Handlung der Unlauterkeitstatbestand gesetzt wird. Wirkt sich die Werbung für das Produkt X unlauter auf die Werbung des Produkts Y aus und umgekehrt die Werbung des Produkts Y unlauter auf Werbung des Produkts X, kann der gemeinsame anspruchsbegründende Sachverhalt im zeitgleichen Bewerben beider Produkte gesehen werden. Das Gericht wird zu Beurteilung der Hauptklage entscheiden müssen, ob die Werbung für Produkt X Störer der Werbung für Produkt Y ist oder ob gerade umgekehrt die Werbung für Produkt X rechtmässig ist und durch die Werbung für Produkt Y unlauter gestört wird. Ist also die eine Werbung Ursache für die Störung der anderen, kann die andere ihrerseits nicht Störer der ersten sein. Das Konnexitätserfordernis wäre demnach erfüllt, wenn die eingeklagten Ansprüche dem gemeinsamen Sachverhalt „konkurrierendes Bewerben der Produkte X und Y“ entspringen. Gemäss Sachverhalt handelt es sich jedoch um „zwei verschiedene Fälle“ unlauteren Verhaltens. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Werbung für das Produkt X nicht durch die Werbung für das Produkt Y unlauter gestört wird, sondern durch eine andere Handlung der Ritter GmbH, bzw. dass die Wirz AG Unterlassung der Werbung für Produkt Y aus einem anderen Grund als einer hierdurch bewirkten Störung der Werbung für Produkt X verlangt. Die Störungshandlung der einen Werbung fusst demnach auf einem anderen Lebensvorgang als die Störungshandlung der anderen Werbung. In beiden Verfahren werden sich zwar ähnliche rechtliche Fragen stellen, doch macht dies die Klagen m.E. noch nicht konnex. Auch der Umstand, dass beide Unternehmen dasselbe Marktsegment wiederholt bewerben und möglicherweise in einem „Dauerkonflikt“ stehen, lässt die unlauteren Rechtshandlungen nicht als einen „Gesamtatbestand“ erscheinen, handelt es sich doch stets um einzelne konkrete Rechtsgutverletzungen. Da jede Störungshandlung für sich betrachtet werden muss, liegen unterschiedliche Sachverhalte vor, die eine Widerklage nicht zulassen – es sei denn, die Ritter GmbH lasse sich auf das Verfahren ein. Für nationale Sachverhalte hat das Bundesgericht ferner explizit fest-

³⁷ Kropholler (FN 34), Art. 6 N 2; Schlosser (FN 36), Art. 6 N 1.

gehalten, dass allein der Umstand, dass die Ansprüche verrechenbar sind, noch keine Konnexität begründet. Selbes dürfte auch im Anwendungsbereich des LugÜ gelten.

Ergebnis: Mangels Konnexität der Ansprüche ist eine Widerklage nicht möglich.

4.2. Wie ist die Frage zu beantworten, wenn die Ritter GmbH ihren Sitz in Vaduz hat?

- Vaduz liegt in Liechtenstein und damit in einem Nicht-LugÜ-Staat. Gleichwohl ergibt sich die internationale Zuständigkeit für die Klage der Ritter GmbH gegen die Wirz AG aus dem LugÜ. Denn der Gerichtsstand am Beklagtenwohnsitz nach Art. 2 LugÜ gilt auch gegenüber Personen mit Wohnsitz in Drittstaaten. Es stellt sich sonach die Frage, ob sich die örtliche Zuständigkeit für die Widerklage der Wirz AG ebenfalls auf das LugÜ stützen kann oder ob hierfür das IPRG massgebend ist.
- Nach seinem Wortlaut setzt Art. 6 LugÜ voraus, dass die beklagte Person Wohnsitz in einem LugÜ-Staat hat. Beklagte der Widerklage ist die Ritter GmbH. Für die Begründung der Widerklage kann sich die Wirz AG demnach nicht, jedenfalls nicht direkt, auf Art. 6 Ziff. 3 LugÜ berufen.
- Dass eine Widerklage dennoch möglich sein muss, wird in der Doktrin allgemein anerkannt. Während die einen Autoren Art. 6 Ziff. 3 LugÜ analog anwenden wollen, sprechen sich die anderen dafür aus, die Widerklage nach nationalem Recht zuzulassen³⁸.
- Folgt man letztgenannter Ansicht, bestimmen sich die Voraussetzungen für die Widerklage in Zürich nach Art. 8 IPRG. Ähnlich wie Art. 6 Ziff. 3 LugÜ nennt dieser das Erfordernis des „sachlichen Zusammenhangs“. Inhaltlich stimmt dies mit dem Konnexitätserfordernis des LugÜ überein. Das zuvor zur Konnexität Ausgeführte gilt sinngemäss.
- Ergibt sich die Widerklagezulässigkeit aus nationalem Recht, steht damit zugleich fest, dass auch die übrigen Widerklagevoraussetzungen nach nationalem Recht wie insbesondere dieselbe Verfahrensart und dieselbe sachliche Zuständigkeit erfüllt sein müssen. Wie zuvor dargelegt, stellen sich diesbezüglich vorliegend jedoch keine Probleme. Für die Beantwortung der Frage, ob die Hauptklage bereits Rechtshängig ist, ist wie zuvor § 104 lit. d ZPO massgebend.

Ergebnis: Die Widerklagezulässigkeit bestimmt sich nach Art. 8 IPRG (oder in analoger Anwendung von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ). Mangels Konnexität kann keine Widerklage in Zürich erhoben werden.

4.3. Wie könnte die Wirz AG ihre Schadenersatzforderung im selben Verfahren geltend machen, unter der Annahme, dass die Widerklage nicht zulässig ist?

- Eine Möglichkeit, einen Anspruch ausserhalb einer Widerklage in einen Prozess einzubringen, besteht in der *Verrechnung*. Vorliegend könnte die Wirz AG im Verfahren Verrechnung ihres Schadenersatzanspruches mit demjenigen der Ritter GmbH erklären. Voraussetzung ist, dass die Verrechnung zulässig ist.
- Die Verrechnung ist ein Institut des materiellen Rechts. Voraussetzungen und Wirkungen sind dem OR zu entnehmen. Dieses fordert weder Konnexität, noch dass die Verrechnung

³⁸ Kropholler (FN 34), Art. 6 N 37; Schlosser (FN 36), Art. 6 N 9; Michael Werner, Widerklage auf nationaler und internationaler Ebene, Diss. St. Gallen, Bern 2002, S. 59 f.

durch Widerklage geltend gemacht wird. Kantonale Normen, welche dem entgegenstehen, sind bundesrechtswidrig. Dem kantonalen Recht sind allerdings die Voraussetzungen zu entnehmen, um die Verrechnung einredeweise in den Prozess einzubringen³⁹.

- Die Verrechnung wird einredeweise in den Prozess eingebracht, um die Klage der Gegenpartei zu entkräften. Das Gericht, welche die Hauptklage prüft, muss auch die dagegen vorgebrachten Einreden prüfen können. Nach dem Grundsatz „le juge de l’action est le juge de l’exception“ kann deshalb das mit der Klage befasste Gericht ebenfalls die zur Verrechnung gebrachte Forderung beurteilen, unabhängig davon, ob es örtlich für diese Forderung zuständig wäre, wenn sie durch selbständige Klage geltend gemacht würde. Vorliegend beläuft sich die Forderung der Wirz AG auf 200'000.— CHF. Die Wirz AG kann sie vollumfänglich zur Verrechnung bringen, da die Forderung der Ritter GmbH 300'000.— CHF beträgt. Die schwierige Frage, wie mit einem die Forderung der Ritter GmbH übersteigenden zur Verrechnung gebrachten Betrag umzugehen wäre, stellt sich deshalb nicht.
- Allerdings befinden wir uns in der ersten Sachverhaltskonstellation in einem euro-internationalen Verhältnis. Es stellt sich die Frage, inwiefern die Verrechenbarkeit durch das LugÜ beeinflusst wird. Hierzu hat der EuGH festgehalten, dass die Verrechnung als blosses Verteidigungsmittel Bestandteil des vom Kläger in Gang gesetzten Verfahrens bildet. Die Zulässigkeit von Verteidigungsmitteln und ihre Voraussetzungen bestimmten sich entsprechend nach nationalem Recht. Nicht erforderlich ist, dass eine Zuständigkeit nach Art. 6 Ziff. 3 LugÜ besteht. Lediglich eine gesonderte Klage auf Verurteilung des Hauptklägers setzt eine Zuständigkeit nach Art. 6 Ziff. 3 LugÜ voraus.
- Entsprechend richtet sich die Zulässigkeit der Verrechnung auch in euro-internationalen Sachverhalten nach nationalem Recht. Für die Frage, bis wann die Einwendung im Prozess zulässig ist, ist die ZPO massgebend. Hierzu ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen sowie die Wirkungen der Verrechnung ergeben sich aus dem auf die Hauptforderung anwendbarem Recht, welches nach IPRG zu bestimmen ist. Ohne die materiellrechtlichen Voraussetzungen im Einzelnen zu prüfen, ist festzuhalten, dass die Verrechnung prozessual zulässig ist, auch wenn wie vorliegend in Zürich keine Zuständigkeit für eine separate Einklagung des zur Verrechnung gebrachten Anspruchs besteht.
- Im selben Sinn ist die zweite Sachverhaltsvariante zu beantworten, in der die Ritter GmbH in Vaduz Sitz hat.
- Durch die Verrechnung wird die Begründetheit der Hauptforderung allerdings nicht bestritten, sondern mit einer Gegenforderung aufgerechnet. Die Wirz AG kann indes auch den Bestand der Hauptforderung bestreiten und nur für den Fall, dass sie damit nicht durchdringt, die Verrechnung erklären. Zu diesem Zweck ist die Verrechnung eventualiter zu erklären. Obschon die Verrechnung grundsätzlich bedingungsfeindlich ist, kann sie im Prozess als Eventualantrag gestellt werden⁴⁰.

Ergebnis: Die Wirz AG kann ihre Forderung im Prozess zur Verrechnung bringen. Mit Vorteil formuliert sie die Verrechnung als Eventualbegehren für den Fall, dass die Hauptforderung gutgeheissen wird.

³⁹ Statt aller Werner (FN 38), S. 24.

⁴⁰ Vgl. Werner (FN 38), S. 40 f.

Korrekturschema

Fall 1	Frage 1.1	Erkennen, dass ein Vorurteil (ZPO 189/GVG 155) vorliegt, mit Definition und klarer Abgrenzung zum Teilurteil	0.5
		Berufung nach ZPO 259 ff. begründet und vollständig darlegen	0.5
		Gut begründete Argumentation bezüglich des Verhältnisses von kant. NB und Beschwerde in Zivilsachen, namentlich anhand von ZPO 285 Abs. 2 und BGG 75 Abs. 1	0.5
		Begründete Ausführungen zur kant. NB nach ZPO 281 ff., insbesondere klare und schlüssige Subsumtion der genannten Rügen	1.5
		Beschwerde in Zivilsachen nach BGG 72 ff. begründet prüfen, insbesondere gute Argumentation zum Vorliegen eines anfechtbaren Entscheides i.S.v. BGG 93 Abs. 1 lit. b und richtige Ausführungen zu den Beschwerdegründen	2
Frage 1.2	Anfechtung des Erledigungsbeschlusses Erkennen, dass ein rechtskräftiger Erledigungsbeschluss i.S.v. ZPO 188 Abs. 2/GVG 155 vorliegt (ZPO 190 Abs. 2 und ZPO 191 Abs. 2)	0.5	
		Revision nach ZPO 293 ff. begründet und vollständig darlegen, insbesondere gute Ausführungen dazu, dass der Grundlagenirrtum nach OR 24 Abs. 1 Ziff. 4 unter den Revisionsgrund der zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Parteierklärung fällt (ZPO 293 Abs. 2; OR 23)	1.5
		Anfechtung des Vorurteils Möglichkeit der Wiederherstellung der Berufungsfrist nach GVG 199 erkennen und überzeugend diskutieren	2
		Revision nach ZPO 293 ff. überzeugend diskutieren	0.5
		Schlüssige und überzeugende Diskussion der Frage, ob allgemein durch die Aufhebung des Vergleichs eine Wiederherstellung in den früheren Zustand erfolgt oder andere zusätzliche gute Überlegungen	0.5
		Total Fall 1: 10 Punkte	
Fall 2	Frage 2.1	Rekurs Verfahren: Anfechtungsobjekt und Streitwert	0,5
		Anfechtungsgründe: Voraussetzungen ZPO 84, 87 (BV 29, EMRK 6)	
		Mittellosigkeit	1,0
		Aussichtslosigkeit bei Querulanten -- Prozessunfähigkeit -- etc.	3,0
		Verletzung des rechtlichen Gehörs -- kann auch einmal Recht haben	

		<p>-- typische Klage → in jedem Fall Rückverweisung an erste Instanz</p> <p>Erforderlichkeit (bzgl. unentgeltlicher Rechtsvertretung) -- erfahren durch viele Prozesse -- hoher Streitwert -- ungewöhnliche Rechtsmaterie -- Waffengleichheit -- etc.</p> <p>Ausstandsbegehren</p> <p>GVG 95, 96 Ziff. 3; BV; EMRK -- Unterschied Ausschluss / Ablehnung absolute Gründe / nicht absolute Gründe -- GVG 95 abzulehnen; GVG 96 Ziff. 3 abzulehnen</p> <p>GVG 96 Ziff. 4 -- Begriff Befangenheit objektive Anhaltspunkte -- Spannungsverhältnis Recht auf Richter / Funktion der Rechtspflege -- für jeden Richter einzeln festzustellen</p>	<p>0,5</p> <p>1,0</p> <p>2,0</p>
	Frage 2.2	<p>Unterscheidung streitige / nichtstreitige Ausstandsbegehren Verfahrensgang: -- Einreichung bei „Ausgangsgericht“, GVG 100 II wenn Richter zustimmen: nichtstreitig → Justizverwaltung; zuständig: Behörde nach GVG 101 = Gericht selbst -- keine Zustimmung der Richter: streitig zuständig: Aufsichtsbehörde, GVG 101 I = Obergericht, GVG 106 I</p> <p>Total Fall 2: 10 Punkte</p>	2,0
Fall 3	Frage 3	<p><u>Nachkonkurs (SchKG 269)</u> - Vorgehen - Verteilung Guthaben, Konkursdividende</p> <p><u>Betreibung der Credit AG gegen Rolf Müller</u> - Betreibungsbegehren, Bewilligung Rechtsvorschlag (SchKG 67ff., SchKG 265a) - Neues Vermögen (SchKG 265II, SchKG 265a) - Bestreitungsverfahren (SchKG 265aIV) - Fortsetzung der Betreibung auf Pfändung - Pfändbarkeit der Vermögenswerte - für Guthaben ausschliessen - Auto, ev. Kompetenzgut - Zahlungen der Ehefrau</p> <p><u>Arrest der Credit AG gegenüber Rolf Müller</u> - Voraussetzungen gemäss SchKG 272I.1 - .3 - Örtliche und sachliche Zuständigkeit des Arrestrichters</p> <p>Total Fall 3: 10 Punkte</p>	<p>1.5</p> <p>7.5</p> <p>1.25</p> <p>1.75</p> <p>0.5</p> <p>4</p> <p>1</p>

Fall 4	Fragen 4.1 und 4.2	Die Ausführungen zu den Fragen 4.1. und 4.2. wurden miteinander bewertet.	
		0.5 Punkte wurden verteilt, wenn die Frage des anwendbaren Rechts bei den Fragen 4.1. und 4.2., insbesondere betreffend die internationale örtliche Zuständigkeit, vollständig geprüft und beantwortet wurde.	0.5
		Die vollständige Prüfung der allgemeine Voraussetzungen der Widerklage nach § 60 ZPO und §§ 62 ff. GVG ergab 1 Punkt.	1.0
		Die Beantwortung der zentralen Frage, ob zwischen Haupt- und Widerklage eine ausreichende Konnexität besteht, wurde mit maximal 1.5 Punkten bewertet. Massgebend war dabei vor allem, dass die Begründung sachverhaltsbezogen erfolgte, dass sie überzeugend ist sowie keine Widersprüche aufweist und schliesslich, dass möglichst viele (überzeugende) Argumente vorgetragen wurden.	1.5
	Frage 4.3	Die Prüfung der Verrechnung mit eingehender Begründung ergab 2 Punkte. Für die volle Punktzahl musste insbesondere deutlich gemacht werden, dass die Verrechnung ein materiellrechtlicher Grund zum Untergang der Forderung ist und ihre Zulässigkeit deshalb nicht prozessual eingeschränkt werden kann. Begrüsst wurde auch ein Hinweis auf die Praxis des EuGH.	2
		Total Fall 4: Punkte 5	
		Total Punkte	35

Notenskala

Exakte Note	Punkte
3	3.625
3.5	6.875
4	10.125
4.5	13.375
5	16.625
5.5	19.875
6	23.125

Gerundete Note	ab x Punkten
3	2
3.5	5.25
4	8.5
4.5	11.75
5	15
5.5	18.25
6	21.5