

Musterlösung Bachelorprüfung ZPR/SchKG vom 16. Juli 2014, Prof. Dr. U. Haas

Prüfungslaufnr.:
Matrikelnr.:
Datum der Korrektur:

Frage I.1.1.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Vorüberlegungen			
Prozessvoraussetzungen sind – nach Art. 59 Abs. 1 ZPO – die Voraussetzungen des Sachentscheids. Die Liste in Art. 59 Abs. 2 ZPO ist nicht abschliessend („insbesondere“). <u>Art. 60 Abs. 1 ZPO</u> , von Amtes wegen.		2	
<u>Feststellungsklage Art. 88 ZPO</u> . <u>Kein Feststellungsinteresse wegen der Subsidiarität</u> . Eine Leistungsklage ist möglich.		(2)	
<u>Unbezahlte Forderungsklage Art. 85 ZPO</u> . Grundsätzlich möglich. Forderungsklagen sind nach Art. 84 Abs. 2 ZPO genau zu beziffern. Kann die klagende Partei dies zu Beginn nicht, so kann sie eine unbezahlte Forderungsklage erheben, jedoch ein Mindestwert der Forderung angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Das wirkt sich auf die sachliche Zuständigkeit, Verfahrensart und Kostenvorschuss aus. Sobald es möglich ist, ist sodann die Klage zu beziffern, d.h. nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach der Auskunftserteilung. Hier ist das Beweisverfahren (Gutachter) relevant. Nach der Bezifferung findet kein Wechsel der sachlichen Zuständigkeit statt (Art. 85 Abs. 2 <i>in fine</i>). Vorliegend kann nach Treu und Glauben gesagt werden, dass es der MAG nicht möglich ist den Gesamtschaden bereits bei Klageeinreichung anzugeben, dass aber das spätere Beweisverfahren diese Ungewissheit beseitigen wird.		4	
<u>Teilklage Art. 86 ZPO</u> (Leistungsklage). Grundsätzlich möglich. Anspruch muss teilbar sein (Art. 86 ZPO), was bei Geldforderung grundsätzlich vorliegt, <i>ditto in casu</i> . Vorteil betreffend die Prozesskosten. Eine Grenze findet die Zulässigkeit der Teilklage in dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO). Dies ist hier nicht einschlägig.		4	
Grundsätzlich wird zwischen echter und unechter Teilklage unterschieden. Echte Teilklage = wenn von einem Gesamtanspruch nur ein Teil eingeklagt wird (<i>in casu</i>); unechte Teilklage = wenn von verschiedenen prozessualen Ansprüchen, die einem einheitlichen Rechtsgrund entspringen, nur einer eingeklagt wird.			
<u>Ferner Stufenklage</u> . Unbestimmte Forderungsklage und Auskunftsbegehren, soweit das materielle Recht den Anspruch einräumt, das Auskunftsbegehren richtet sich an die Gegenpartie, weshalb die Stufenklage <i>in casu</i> nicht zielführend ist.		(1)	
<u>Fazit</u> Die Teilklage bietet hier insofern einen Vorteil, als die Prozesskosten, zumindest betreffend den Streitgegenstand, tief bleiben werden (Art. 95, 98, 99 und 102 ZPO) und zwar unabhängig vom Beweisergebnis. Mit der unbezifferten		2	

Forderungsklage wird der Streitwert steigen, sobald das Ergebnis des Gutachters vorliegt und der Gesamtschaden feststeht.			
2. Prozessvoraussetzungen			
Klageart: Leistungsklage Art. 84, <u>85 oder 86 ZPO</u> (vgl. vorstehend). Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 84 Abs. 2 ZPO) somit gegeben.		[s.o.]	
<u>Rechtsschutzinteresse, Art. 59 abs. 2 lit. a (bei positiver Leistungsklage grundsätzlich immer gegeben).</u>		1	
<p><u>Örtliche Zuständigkeit und sachliche Zuständigkeit, Art. 59 Abs. 2 lit b. ZPO.</u></p> <p><u>Örtlich</u> Art. 9ff. ZPO.</p> <p>Art. 9/35 ZPO zwingend/teilzwingend, ferner Art. 17 ZPO nicht einschlägig. Art. 10 ZPO subsidiär (lit. b, hier Zürich).</p> <p><u>Art. 31 ZPO</u>, Sitz der Beklagten: Zürich. Charakteristische Leistung, nicht Geldleistung, also Leistung der VAG. Erfüllungsort nach Art. 74 OR. Hier ist der Sachverhalt illiquide, allerdings kann davon ausgegangen werden, dass Winterthur von den Parteien nach Art. 74 Abs. 1 OR vereinbart worden ist (jedenfalls implizit), denn da befindet sich die vermietete Geschäftsfläche. Nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR ebenfalls <u>Winterthur</u> (vgl. BSK OR-Leu, Art. 74 N 5). <u>Gleiches Ergebnis bei Art. 33 ZPO (Winterthur), der nun aber lex specialis zu Art. 31 ZPO und teilzwingend ist (Art. 35 ZPO).</u></p> <p><u>Art. 36 ZPO</u> ist alternativ. Das Verhältnis der Gerichtsstände nach Art. 31/33 und 36 ZPO bei vorliegender Anspruchskonkurrenz von Vertrag und Delikt ist nicht geklärt. Wird nach Art. 36 ZPO geklagt, wird sich das Gericht u.U. für unzuständig erklären (gerade wegen Art. 33 ZPO). Jedenfalls ergibt Art. 36 ZPO <u>Winterthur oder Zürich</u> (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A. Zürich 2013, §9 N 140).</p> <p><u>Fazit: die MAG kann örtlich in Winterthur oder Zürich klagen.</u> Wird die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich (HGer ZH) bejaht, ist diese Problematik zweitrangig (vgl. §3 f. GOG).</p>		4+(3)	
<p><u>Sachlich:</u> Art. 4 ZPO verweist auf das kantonale recht, GOG, sofern die ZPO die Materie nicht regelt.</p> <p>HGer ZH nach Art. 6 Abs. 1 ZPO und §44 lit. b GOG.</p> <p>Geschäftliche Tätigkeit einer der Parteien betroffen, Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO; <i>in casu</i> geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen.</p> <p>Beschwerde an das Bundesgericht nach Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, Streitwert CHF 30'000 nach Art. 74 Abs. 1 BGG. Vorliegend erreicht.</p> <p>Art. 6 Abs. Abs. 2 lit. c ZPO. Beide Parteien im HReg eingetragen.</p> <p><u>HGer ZH zuständig.</u></p> <p>Frage, ob §21 Abs. 1 lit. a GOG einschlägig und das Mietgericht (ebenfalls) zuständig. Jedenfalls kann nach Abs. 2 das HGer vereinbart werden: <i>Ist für eine Streitigkeit auch ein</i></p>		5+(3)	

<p><i>anderes Gericht zuständig, können die Parteien schriftlich dessen Zuständigkeit vereinbaren. Der Ausschluss des Mietgerichts darf nicht im Voraus vereinbart werden. Vgl. noch scheinbar die Zuständigkeit des Bezirksgerichts als Mietgericht bejahend Hauser/Schweri/Lieber, GOG, Zürich 2012, §21 N 9 ff.</i></p> <p><u>Allerdings ist das kantonale Recht, §21 GOG, nicht anzuwenden, wenn das Bundesrecht die Materie abschliessend regelt, und das Handelsgericht nach Art. 6 ZPO zuständig ist, vgl. Art. 4 ZPO.</u></p> <p>BGer 4A_480/2013 vom 10. Februar 2014, E. 4.: „Mit Art. 6 ZPO hat er für den Fall, dass ein Kanton ein Handelsgericht schafft, die sachliche Zuständigkeit für jene Streitsachen, welche die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO erfüllen, geregelt. Da der Bund von seiner Rechtsetzungskompetenz Gebrauch gemacht hat, ist eine parallele Zuständigkeitsregelung nach dem oben Dargelegten durch den Kanton ausgeschlossen“.</p> <p><u>Somit bleibt das HGer ZH zuständig.</u></p> <p>Nach Art. 198 lit. f ZPO entfällt die Schlichtungsverhandlung. (A.A.: §66 ff. Paritätische Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen, in jedem Bezirk, also Winterthur oder Zürich).</p>			
<p><u>Verfahrensart:</u> Die Regelung der Verfahrensart geht jener über die sachliche Zuständigkeit (des Handelsgerichts) vor (BGE 139 III 457, 463 f., E.4.4.3.3). Streitwert <i>in casu</i> CHF 50'000 (Art. 91 ZPO), Katalog weder des vereinfachten noch des summarischen Verfahrens erfüllt. Insbesondere keine mietrechtliche Streitigkeit im Sinne eines vereinfachten Verfahrens, weil weder Art. 243 Abs. 1 (Streitwert CHF 30'000) noch Abs. 2 lit. c ZPO (Katalog) einschlägig sind. <u>Ordentliches Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO. HGer ZH bleibt zuständig</u> (örtlich in Winterthur/Zürich).</p>		4	
<p>Partei- und Prozessfähigkeit, Art. 66 f. ZPO, gegeben, <u>Art. 59 Abs. 2 lit. c. ZPO. Keine anderweitige Rechtshängigkeit, Art. 59 Abs. 2 lit. d., Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO. Keine entgegenstehende Rechtskraft, Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO.</u></p>		3	
<p><u>Vorschuss für die Gerichtskosten</u> (Art. 98 ZPO), Art. 59 Abs. 2 lit. f. ZPO. Ferner Art. 99 Abs. 1 lit. b. und 102 ZPO, (vgl. nachstehend I.1.3).</p>		2	
<p>Total Punkte I.1.1.</p>		40	

Frage I.1.2.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
<p>Nicht einschlägig ist hier gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in 4A_480/2013 vom 10. Februar 2014, das Vorgehen nach §126 GOG, weil das HGer richtig besehen sachlich und somit ausschliesslich zuständig ist (vgl. auch vorstehend §21 GOG).</p> <p>Wenden sich die Parteien trotzdem an das Obergericht mit dem Begehren um Bestimmung der zuständigen Instanz, so liegt dann ein <u>Zwischenentscheid des Obergerichts vor (das kantonale Verfahren wird weder ganz noch teilweise abgeschlossen)</u> und die <u>Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 92 Abs. 1 BGG</u> steht gegen diesen Zwischenentscheid offen, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.</p>		(3)	
<p>Der Entscheid des Bezirksgerichts Winterthur, des BGZ, wie des HGer ZH wird von der <u>Kollegialbehörde</u> getroffen wegen der Höhe des Streitwerts und dem einschlägigen ordentlichen Verfahren, <u>§21 und 26 GOG sowie §45 GOG e contrario</u>.</p> <p>Entscheidet nach §135 Abs. 1 GOG das Gericht eine Sache materiell, so fällt es ein <u>Urteil</u>. Die übrigen Entscheide fällt eine Kollegialbehörde durch <u>Beschluss</u>, §135 Abs. 2 GOG.</p> <p>Nach <u>Art. 236 ZPO</u> ergeht entweder ein Sach- oder Nichteintretensentscheid, sobald das Verfahren spruchreif ist. Ein <u>Zwischenentscheid nach Art. 237 ZPO</u> ergeht in Ausnahmefällen und ist sofort anzufechten.</p> <p>Vorliegend kann das BG, seine Zuständigkeit entweder in Rahmen des Sachentscheids bejahen (Abs. 1; Urteil) oder einen bejahenden selbständigen Zwischenentscheid fällen (Abs. 2; Beschluss). Verneint es seine Zuständigkeit so ergeht ein Nichteintretensentscheid (Abs. 1; Beschluss).</p> <p>Hier gegen steht jeweils die <u>Berufung nach Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO an das Obergericht (§48 GOG)</u> offen.</p> <p>Der Entscheid des Obergerichts kann dann nach <u>Art. 90 oder 92 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 72 Abs. 1 und 74 Abs. 1. lit. b. BGG</u> angefochten werden, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind; Streitwert erreicht, Art. 74 Abs. 1 lit b. ZPO.</p> <p>Betreffend den Entscheid des <u>HGer ZH</u> sei <i>mutatis mutandis</i> – u.a. Art. 75 Abs. 2 lit. b ZPO – auf das Vorstehende verwiesen.</p>		4+(3)	
Total Punkte I.1.2.		10	

Frage I.1.3.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Prozesskosten			
<p>Die Prozesskosten bestimmen sich nach <u>Art. 95 ff. ZPO</u>.</p> <p>Es ist zwischen Gerichts- und Parteikosten/Parteientschädigung zu unterscheiden, Art. 95 Abs. 1 ZPO.</p> <p>Verteilt werden die Kosten von Amtes wegen, <u>Art. 105 ZPO</u>, und gemäss den Grundsätzen von <u>Art. 106 ZPO</u>.</p> <p>Nach <u>Art. 96 ZPO</u> setzten die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Nach <u>§199 Abs. 1 GOG</u> erlässt das Obergericht eine Gebührenverordnung für die Gerichte und die Schlichtungsbehörden (GebV OG, ferner AnwGebV).</p> <p>Nach <u>§199 Abs. 3 GOG</u> sind die Grundlagen für die Festsetzung der Gebühren:</p> <ol style="list-style-type: none"> der Streitwert oder das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand der entscheidenden Behörde, die Schwierigkeit des Falls. <p>Diese VSS wirken sich auf die Gerichts- und Parteikosten aus.</p> <p>Falls die Teilklage gewählt wird, werden die Kosten für die MAG somit tiefer ausfallen, als wenn eine unbezifferte Forderungsklage eingereicht wird (Streitwert CHF 50'000 zu min. CHF 200'000). Hinzuweisen ist <i>in casu</i> besonders auf die Kosten der <u>Beweisführung nach Art. 95 Abs. 2 lit c. ZPO</u>, die Gerichtskosten der Beweisführung, falls ein Gutachter vom Gericht ernannt wird; diese Kosten werden streitwertunabhängig erhoben; vgl. dazu ferner <u>Art. 102 ZPO – Vorschuss für Beweiserhebungen</u> – zu dem das Gericht mit der Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO aufruft.</p> <p>Zunächst wird die MAG mit einem <u>Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO</u> für die mutmasslichen Gerichtskosten konfrontiert werden. Vgl. auch die Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. f. ZPO. Der Kostenvorschuss wird nur erlassen, falls die VSS der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben sind.</p> <p>Sodann kann die Beklagte VAG nach <u>Art. 99 Abs. 1 lit b. ZPO Sicherheit für Parteientschädigung</u> verlangen (<i>cautium iudicatum solvi</i>), wobei hier ein Nachweis, z.B. zumindest zahlreiche Beteiligungen, verlangt werden sollte (vgl. KUKO ZPO-Schmid, Art. 99 N 6).</p>		5	
2. Unentgeltliche Rechtspflege			
<p>Voraussetzungen nach <u>Art. 117 ZPO</u>.</p> <p>Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede <u>mittellose</u> Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, Kostenerlass, Armenrecht). Ihr (Sach-) <u>Begehren</u> darf <u>nicht aussichtslos</u> erscheinen, Gewinn- und Verlustaussichten halten sich die Waage (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 2. A. Zürich 2013, §16 N 51 ff.). Ist es <u>zur Wahrung ihrer Rechte nötig</u> (u.a. bereits wegen der <u>Waffengleichheit</u>), so hat sie Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Die ZPO gibt die BV in Art.</p>		5	

<p>117 ff. ZPO wieder.</p> <p>Vorliegend können diese Vss als erfüllt subsumiert werden.</p> <p>Umfang nach Art. 118 ZPO. Verfahren nach Art. 119 Abs. 1 ZPO. Rechtsmittel nach Art. 121 ZPO.</p> <p><u>Juristische Personen haben hingegen grundsätzlich keinen Anspruch auf uR.</u> Die Ausnahme ist, wenn ihr <u>einziges Aktivum im Streit</u> liegt und ausserdem der weit gefasste Kreis der <u>wirtschaftlich Berechtigten mittellos</u> ist (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 7).</p> <p>Vorliegend war gemäss SV die beschädigte Ware das letzte Vermögen der MAG, weshalb angenommen werden kann, dass das einzige Aktivum der MAG im Streit liegt. Offen ist, ob die wirtschaftlich Berechtigten mittellos sind.</p>			
Total Punkte I.1.3.		10	
Total Punkte I.1.		60	

Frage I.2.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Vorbemerkungen			
Zu den Prozessvoraussetzungen sei auf I.1.1. verwiesen, sofern diese nicht besonders abweichen (keine Zusatzpunkte für Doppelnennung).			
Denkbar ist <i>in casu</i> ein Vorgehen der VAG nach <u>Art. 78 ff. ZPO, einfache Streitverkündung</u> , oder <u>nach Art. 81 f. ZPO, Streitverkündungsklage („SVK“)</u> .		2	
2. Art. 78 ff. ZPO, einfache Streitverkündung			
Nach <u>Art. 78 ff. ZPO, einfache Streitverkündung</u> , fordert die Hauptpartie den Dritten auf, sie im Prozess zu unterstützen. Die Streitberufung ist an das Gericht zu richten, das diese an den Berufenen weiterleitet. Der S. verweigert jedoch die Mithilfe, weshalb der Prozess <u>Art. 79 Abs. 2 ZPO auch ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt werden wird</u> – eine an ihn erfolgte Streitverkündung verliert die Wirkungen deswegen nicht. Die Streitverkündung dient der <u>Erhaltung von Regress- und Gewährleistungsansprüchen des Streitverkünders</u> , die ihm im Fall des Unterliegens im Hauptprozess gegen den Streitberufenen zustehen. Hier hat der S. Fenster an die VAG geliefert, <i>prima facie</i> kann ein Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag vorliegen. Der Streitberufene ist dann mit der <u>Einrede des schlecht geführten Prozesses präkludiert</u> . Die <u>Wirkung der Streitverkündung</u> ist in <u>Art. 80 i.V.m. 77 ZPO</u> geregelt. Gemäss h.L. muss die streitberufene Partei die tragenden <u>tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Entscheids aus dem Erstprozess gegen sich gelten lassen, was von Amtes wegen sicherzustellen ist</u> (vgl. KUKO ZPO-Domej, Art. 77 N 2, 5). Betreffend Prozessvoraussetzungen und Rechtsmittel stellen sich sodann keine besonderen Fragen, weil das Institut der Streitverkündung in den Hauptprozess integriert ist und ferner nur eine Obliegenheit aber keine Pflicht des Streitverkünders ist. Ob die Streitverkündung zu Recht und rechtzeitig erfolgt ist, wird erst im folgenden Prozess zwischen Streitverkünder und Streitberufenem entschieden.	8+(2)		
3. Art. 81 f. ZPO, Streitverkündungsklage			
3.1. Vorbemerkungen			
Die SVK dient u.a. der <u>Prozessökonomie</u> . Der Streitberufene ist nach Art. 81 ZPO nicht nur Neben-, sondern <u>bedingt beklagte Hauptpartei</u> (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 2. A. Zürich 2013, §13 N 71 f.). <u>Die SVK ist im ordentlichen Verfahren zulässig (Art. 81 Abs. 3 ZPO), das in casu vorliegt</u> (vgl. Streitwert). Zu erheben ist die SVK spätestens in der Klageantwort, Art. 82 Abs. 1 ZPO. Dabei sind die <u>Rechtsbegehren zu</u>		4+(4)	

<p><u>nennen. Diese sind ausnahmsweise bedingter Natur!</u> Erst im Falle des Unterliegens werden sie relevant. Sodann wird die Gegenpartei, hier die MAG, und der Streitverkündungsbeklagter, hier der S., zur Stellungnahme aufgefordert. Sodann entscheidet das Gericht über die Zulässigkeit der SVK: Gegebenenfalls kann das Gericht nach <u>Art. 125 ZPO</u> vorgehen, um das Verfahren zu vereinfachen (Z.B. Trennen der Klage).</p> <p>Gemäss Teilen der Lehre kann die SVK nur geltend gemacht werden, wenn ein <u>Sachzusammenhang</u> zwischen der Haupt- und der Streitverkündungsklage besteht (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, §13 N 72a), andererseits wird mit Hinweis auf den Gesetzeswortlaut postuliert, dass ein Sachzusammenhang nicht genüge, sondern ein <u>Anspruch vorzuliegen habe, der potentielle Gewährleistungs- oder Regressansprüche betreffe</u> (KUKO ZPO-Domej, Art. 81 N 8; BK ZPO-Gross/Zuber, Art. 81 N 33). <u>Vorliegend kann prima facie sowohl der Sachzusammenhang wie ein Anspruch, der Gewährleistungs- oder Regressansprüche begründet angenommen werden (Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag).</u></p>			
<p>3.2. Prozessvoraussetzungen</p>		8+(4)	
<p>Nachstehend folgen die relevanten Prozessvoraussetzungen, und die von den Ausführungen unter I.1.1. abweichen.</p> <p><u>Rechtsschutzinteresse.</u> Kann vorliegend bejaht werden, Regressanspruch gegen den S.</p> <p><u>Verfahrensart.</u> <i>In casu</i> kann davon ausgegangen werden, das die gleiche Verfahrensart gegeben ist (Schaden der MAG und der damit zusammenhängende Schaden der VAG, sofern diese unterliegt, jedenfalls bereits resultierend aus dem Bruch der Fenster), zudem ist gemäss Lehre die gleiche Verfahrensart nicht eine Voraussetzung der SVK, was sich aber letztlich bereits daraus ergibt, dass beide Klagen im ordentlichen Verfahren sein müssen (Art. 81 Abs. 3 ZPO).</p> <p><u>Örtliche Zuständigkeit:</u> Die SVK kann auch bei einem an sich nicht zuständigen Gericht der Hauptklage eingereicht werden, ob (teil)zwingende Gerichtsstände vorbehalten sind ist umstritten (bejahend: KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 16 N 3; ablehnend: BK ZPO-Gross/Zuber, Art. 82 N 25). <u>Art. 16 ZPO</u> statuiert den Gerichtsstand der Hauptklage ausdrücklich zum Gerichtsstand der SVK.</p> <p>Ob die <u>sachliche Zuständigkeit</u> vorausgesetzt ist, ist gesetzlich <u>nicht geregelt und umstritten</u> (bejahend: BK ZPO-Berger, Art. 6 N 15; Staehelin/Staehelin/Grolimund, §13 N 72a; ablehnend KUKO ZPO-Domej, Art. 81 N 11; BK ZPO-Gross/Zuber, Art. 81 N 30). Wegen Art. 16 ZPO kann argumentiert werden, dass diese nicht gegeben sein muss. Es kann auch argumentiert werden, dass weil Art. 16 ZPO zur sachlichen Zuständigkeit schweigt, wie auch Art. 81 ZPO, Art. 4 ZPO zum Zuge kommt – was wiederum die Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit begründet. Die Lehre postuliert zu Recht, dass das bundesrechtliche vorgesehene Instrument der SVK nicht durch (v.a.) kantonales Recht einzuschränken sei, womit das für die Hauptklage zuständige</p>			

<p>Gericht auch für die SVK zuständig sei (also gleiche sachliche Zuständigkeit nicht notwendig).</p> <p>Ist sachliche Zuständigkeit nicht vorausgesetzt, so kann die VAG gegen den S. die SVK einreichen und zwar vor dem für die Hauptklage örtlich und sachlich zuständigen Gericht, also vor dem HGer (vgl. I.1.1.; richtig besehen nur das <u>HGer ZH</u>).</p> <p>Bestimmt sich die sachliche Zust. nach Art. 4 ZPO ist denkbar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – S. ist als Einzelkaufmann im Handelsregister eingetragen (vgl. Art. 934 OR), Art. 6 ZPO kann Anwendung finden, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, das HGer ZH ist auch für die SVK zuständig. – S. ist nicht im Handelsregister eingetragen. S. als Beklagter kann weder nach Art. 6 Abs. 2 noch Abs. 3 ZPO vor das HGer gezogen werden. Hier muss die VAG, falls sie gegen die MAG unterliegt, einen weiteren eigenständigen Prozess gegen den S. einleiten. 			
<p>3.3. Wirkungen</p>			
<p>Wie einfache Streitverkündung (vgl. vorstehend), zudem u.a.: der Streitverkündungsbeklagte wird zwingend in den Prozess der Hauptparteien einbezogen, weshalb ihm die <u>Teilnahme nicht frei steht</u>. Er wird im Regressprozess zur Hauptpartei. Zwei Prozesse werden in einem vereinigt. Es liegt ein Mehrparteienverfahren vor. Allerdings bleibt der Streitverkündungsbeklagte Nebenpartei des Hauptprozesses (es bestehen zwei verschiedene Prozessrechtsverhältnisse, die materiell getrennt aber formell in einem Verfahren durchgeführt werden; im Hauptprozess ist der Streitverkündungsbeklagte Streitberufener und Nebenintervenient; vgl. BK ZPO-Gross/Zuber, Art. 81 N 40ff).</p> <p>Mit Anhebung der SVK wird die Verjährung unterbrochen, im Gegensatz zur einfachen Streitverkündung.</p>		2	
<p>3.4. Rechtsmittel</p>			
<p>Der Entscheid über die Zu- bzw. Nichtzulassung ist mit Beschwerde anfechtbar nach <u>Art. 82 Abs. 4 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO</u>. Es handelt sich um eine <u>prozessleitende Verfügung</u> nach Art. 124 ZPO.</p> <p>Der <u>negative Zulassungsentscheid</u> ist analog Art. 91 lit. b BGG an das BGer weiterziehbar. Ein <u>positiver Zulassungsentscheid</u> ist nach Art. 93 Abs. 1 BGG oder Art. 92 BGG anfechtbar (rechtlich offen; vgl. ZK ZPO-Schwander, Art. 82 N 23). Frist 10 Tage nach Art. 321 Abs. 2 ZPO.</p> <p>Betreffend das Sachurteil ist auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (vgl. I.1.2.).</p>		4	
<p>4. Fazit</p>			
<p>Da <i>in casu</i> S. die Zusammenarbeit verweigert und die Verhältnisse relativ übersichtlich sind, kann dafür gehalten werden, dass die VAG die SVK der einfachen Streitverkündung vorziehen kann. Zuständig ist sachlich wie örtlich das HGer ZH.</p>		(2)	
<p>Total Punkte I.2.</p>		40	

Frage I.3.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Vorbemerkungen			
Verfahren kann mit (Art. 236 f. ZPO) und ohne Entscheid (Art. 241 f. ZPO) erledigt werden. Gleichwertigkeit. <u>GerV</u> ist Ausfluss der Dispositionsmaxime, weshalb Gerichte an diesen gebunden sind. Hat nach <u>Art. 241 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides</u> – davon ist jeweils auszugehen. Der GerV hat eine <u>privatrechtliche (Innominatvertrag nach OR)</u> und eine <u>prozessuale Seite (nach ZPO)</u> . Er entfaltet prozessuale Wirkungen gemäss ZPO: Beendigung des Verfahrens, Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der im Vergleich festgelegten Rechtsfolgen (vgl. BSK ZPO-Oberhammer, Art. 241 N 5).		(2)	
2. Gerichtlicher Vergleich			
2.1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines gerichtlichen Vergleiches			
<p>Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien.</p> <p><u>Einigung</u> der Parteien nach den Regeln des Obligationenrechts – gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung.</p> <p><u>Form</u>: Wird ein Vergleich dem Gericht zu Protokoll gegeben, so haben die Parteien das <u>Protokoll zu unterzeichnen</u> (Art. 208 und 241 Abs. 1 ZPO), ansonsten ist der Vergleich formell nicht gültig (BSK ZPO-Oberhammer, Art. 241 N 2).</p> <p><u>Verfügungsmöglichkeit über den Prozessgegenstand</u>. Die Parteien müssen die Dispositionsbefugnis über das strittige Rechtsverhältnis besitzen (BSK ZPO- Oberhammer, Art. 241 N 34). Diese Voraussetzung ist <u>in casu erfüllt</u>. Namentlich können sich die Parteien über die Höhe der Zahlung und die Aufteilung der Gerichtskosten einigen. Einem Verzicht auf die Prozessentschädigung steht auch nichts entgegen.</p> <p><u>Zuständigkeit</u>: Da ein gerichtlicher Vergleich Rechtskraftwirkung entfaltet, soll ein solcher vor einem unzuständigen Gericht nicht in Frage kommen (BSK ZPO-Oberhammer, Art. 241 N 42, m.w.H.).</p> <p><u>Zeitpunkt</u>: Abschluss solange Urteil nicht ergangen. Erstmöglicher Zeitpunkt: Schlichtungsvhf (Art. 201 ZPO).</p> <p><u>Prüfungspflicht des Gerichts</u>: Ob das Gericht den GerV prüfen und Genehmigen soll, ist von der ZPO nicht mehr geregelt (vgl. hingegen § 188 aZPO ZH), jedoch denkbar gestützt auf Art. 52, 56, 124 Abs. 1 ZPO (vgl. Meier, S. 236) und wird in Lehre und Praxis befürwortet. Demnach soll das Gericht von Amtes wegen den GerV auf <u>Zulässigkeit, Klarheit und Vollständigkeit</u> prüfen (ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 19; Beschluss des Oger ZH vom 21. Oktober 2011, RU110046).</p>		4	
2.2. Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches			
<u>Rechtskraft</u> . GerV erwachsen in materielle Rechtskraft. Dabei erwächst der GerV direkt und nicht der		3	

<p>Abschreibungsbeschluss in Rechtskraft (Art. 208 abs. 2 ZPO), der GerV kann aber in die Verfügung aufgenommen werden, um die Vollstreckung zu vereinfachen.</p> <p><u>Verjährung.</u> Die Verjährung wird bereits durch die Klage unterbrochen und gehemmt und läuft erst weiter, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, spricht der Vergleich unterzeichnet, gemäss Art. 138 OR. Ferner ist die neue Verjährungsfrist stets die zehnjährige nach Art. 137 Abs. 2 OR.</p> <p><u>Führt zur unmittelbaren Beendigung des Verfahrens (sog. Berner Modell;</u> anders das sog. Zürcher Modell: Nach der Zürcher ZPO beendete erst der Abschreibungsentscheid des Gerichtes den Prozess formell). Etwas differenzierend, OGer. Zürich PD110003-O/U.doc, Urteil vom 4. März 2011. Die Abschreibung hat nur deklaratorische Wirkung. Lediglich die <u>Kostenfolge</u> bedarf einer Entscheidung.</p>			
<p>2.3. Rechtsmittel</p>			
<p>Aufgrund seiner Doppelnatur kann der gerichtliche Vergleich nicht bloss durch eine Parteierklärung für unwirksam erklärt werden, wie dies grundsätzlich im Obligationenrecht der Fall ist. Vielmehr muss der gerichtliche Vergleich zivilverfahrensrechtlich angefochten werden.</p> <p>Das gerichtliche Verfahren wird unmittelbar durch den gerichtlichen Vergleich und nicht erst durch den Abschreibungsentscheid beendet. Der Vergleich ist als Entscheidsurrogat kein Endentscheid i.S.v. Art. 236 ZPO, weshalb der Vergleich gemäss <u>h.L. weder mit Berufung noch mit Beschwerde angefochten werden kann</u> (KUKO ZPO-Naegeli, Art. 241 N 15; Leumann Liebster, a.a.O., Art. 241 N 17 und 27).</p> <p>Die Anfechtung ist nur in <u>Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO möglich. Die Frist beträgt 90 Tage nach Entdeckung des Revisionsgrundes gemäss Art. 329 ZPO (relative Frist). Die Revision ist unter Angabe des Revisionsgrundes – Willensmängeln – schriftlich und begründet eizureichen.</u></p> <p>Die Frist gilt gerade beim Anrufen von <u>Willensmängeln</u> (vgl. hingegen die übliche einjährige Anfechtungsfrist nach Art. 31 OR; ZK ZPO-Liebster. Art. 241 N 26; Meier, S. 237).</p> <p>Ein Revision kann zudem nach Ablauf von zehn Jahren seit Eintritt der Rechtskraft des Entscheids nicht mehr verlangt werden (Art. 329 Abs. 2 ZPO, absolute Verwirkungsfrist).</p> <p><u>Kosten- und Entschädigungsfolgen unterliegen nach Art. 110 ZPO der Beschwerde, dabei ist das Beschwerdeobjekt der Abschreibungsbeschluss, gemäss BGE 139 III 135 S. 134 E.1.2.</u></p> <p>Geht die Rüge hingegen gegen die Erledigung an sich (mangelhafte Mitwirkung des Gerichts), also nicht gegen den Vergleich und seinen Inhalt (materieller Teil des Vergleichs), geht es mitunter um die Frage der Zulässigkeit, der Klarheit und der Vollständigkeit, so soll ein Rechtsmittel gemäss Teilen der Lehre und Rechtsprechung möglich sein. Prozessurteile (Erledigungen wegen formeller Erwägungen) sollen der Berufung nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO unterliegen oder mangels Streitwert nach Art. 308 Abs. 2</p>		4	

<p>i.V.m. Art. 319 lit a. ZPO der Beschwerde (Beschluss des OGer ZH vom 21. Oktober 2011, RU110046; a.M. BGE 139 III 135 S. 134 E. 1.3.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, §23 N 23; m.w.N.: ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 17 f.,). Angesichts der h.L. und der Praxis des BGer ist die Gültigkeit dieser „Zürcher“ Praxis jedoch zu hinterfragen.</p> <p><u>Zuständigkeit für die Revision:</u> Das Revisionsbegehren ist gemäss Art. 328 Abs. 1 ZPO beim Gericht zu stellen, welches in letzter Instanz selber entschieden hat. In casu also das HGZH, u.U. das BGZ oder BG Winterthur.</p> <p>Neuer Entscheid in der Sache: ist das Revisionsbegehren begründet, so hebt das Gericht den (deklaratorischen) Abschreibungsentscheid auf und entscheidet neu über die Begründetheit der ursprünglichen Klage (Art. 333 ZPO).</p>			
<p>3. Aussergerichtlicher Vergleich nach ZPO</p>			
<p>AGerV wird vollständig vom Privatrecht beherrscht, „nur“ Vertrag dar (<u>Innominatvertrag</u>), hat nicht die weitgehenden prozessrechtlichen Wirkungen des GerV <u>und entfaltet unmittelbar keine prozessualen Wirkungen</u>.</p> <p>Der AGerV bezweckt die „Beseitigung eines Streites oder einer Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis“ (m.w.N. Gauch, der aussergerichtliche Vergleich, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, 1988 Zürich, S. 3 ff.).</p> <p>Während ein GerV nur mit Mitwirkung eines Gerichts möglich, ist der AGerV jederzeit möglich und wird ohne richterliche Mitwirkung abgeschlossen. Hat keine Rechtskraftwirkung. Er ist auch möglich, wenn der Streit vor Gericht rechtshängig ist.</p> <p>AGerV keine Folgen ausser er wird zum GerV, oder wenn ein Fall von Klageanerkennung, Klagerückzug liegt vor.</p> <p>Gegenstand des AGerV kann sein, worüber die Parteien verfügen können. Der Abschluss des AGerV bestimmt sich nach Art. 1 ff. OR.</p> <p><u>Der AGerV kann grundsätzlich formlos erfolgen.</u> Sollen im Einzelfall Rechtsfolgen eintreten, die üblicherweise von der Beachtung einer Formvorschrift abhängen, so ist die Form entsprechend durch den AGerV zu wahren (zB. Zession nach Art. 165 Abs. 1 OR).</p> <p>Der AGerV unterbricht nach Art. 135 OR die Verjährung, wenn eine Anerkennung im AGerV erblickt werden kann. Im Gegensatz zum GerV wird die Verjährung aber nicht gehemmt, sondern beginnt sofort nach Art. 137 OR von neuem – bei Schriftlichkeit ist Art. 137 Abs. 2 OR ebenfalls einschlägig.</p> <p><u>Die Anfechtung des AGerV gestaltet sich wie im Falle eines jeden Vertrages.</u> Da dieser keine <i>res iudicata</i> oder <i>lis pendens</i> Wirkungen bewirkt, kann er ohne weiteres vor Gericht gebracht werden – Einschränkungen gibt hier das materielle Recht vor (vgl. <i>caput controversum vel non controversum</i>).</p>		3	

4. Gerichtlicher Vergleich nach SchKG			
<p>Obwohl der GerV gemäss Gesetz ein def RÖ-Titel ist, ist er mit der <u>Bescheinigung des Gerichts</u>, dass er im Gerichtsprotokoll schriftlich festgehalten und von allen Parteien unterzeichnet worden ist, vorzulegen (BSK SchKG-Staehelin, Art. 80 N 21). Gemäss BGE 139 III 135 S. 134 E.1.2. beurkundet der Abschreibungsbeschluss den Prozess erledigungsvorgang im Hinblick auf die Vollstreckung des Vergleichs. Ferner ist es gemäss Lehre zweckmässig, den Abschreibungsbeschluss zusammen mit dem Vergleich dem Rechtsöffnungsrichter einzureichen, weil Voraussetzung für den Rechtsöffnungstitel sei, dass der Vergleich prozessual gültig zustande gekommen und dem Gericht ordnungsgemäss mitgeteilt sei (BK ZPO-Killias, Art. 241 N 33).</p>		2	
5. Aussergerichtlicher Vergleich nach SchKG			
<p><u>AGerV stellt grundsätzlich keinen def RÖ-Titel dar.</u> Wird er aber dem Gericht zugestellt und schreibt das Gericht daraufhin das Verfahren ab, so stellt gemäss Lehre der <u>AGerV zusammen mit dem Abschreibungsbeschluss einen def RÖ-Titel dar</u> (BSK SchKG-Staehelin, Art. 80 N 21; BK ZPO-Killias Art.241 N 38). Ob diese Ansicht zutrifft, sei hier offen gelassen.</p> <p>Der AGerV kann aber <u>prov RÖ-Titel nach Art. 82 SchKG</u> sein.</p> <p>AGerV: Vollstreckung muss durch geeignete Mechanismen sichergestellt werden, sonst bei Geld-Vergleich lediglich provisorischer Rechtsöffnungstitel nach Art. 82 SchKG.</p>		2	
Total Punkte I.3.		20	
Total Punkte I.		120	

Frage II.1.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Vorbemerkungen			
Schulze kann gegen das Betreibungsverfahren Glücks vorgehen oder sein eigenes verfolgen. Der Rechtsvorschlag ist nicht mehr möglich ist. Ferner ist die direkte Zahlung an Glück wegen <u>Art. 12 SchKG</u> nicht unproblematisch – die Zahlung stoppt das Betreibungsverfahren, falls Glück dies dem Betreibungsamt anzeigt (vgl. BGE 73 III 70). Dem Schuldner steht dann Art. 85 SchKG offen, falls die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.		2+(4)	
2. Vorgehen als Gläubiger			
2.1. Rechtsöffnung Art. 80, 82 SchKG			
Art. 80/82 SchKG nicht einschlägig, mangels RÖ-Titel.		2	
2.2. Anerkennungsklage Art. 79 SchKG			
Art. 79 SchKG Anerkennungsklage und Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags. Rechtsnatur: materiellrechtliche Klage, ordentliche ZPO-Vorschriften. Zudem betreibungsrechtliche Wirkung, indem RV aufgehoben wird. Die AK ist grundsätzlich eine <u>Leistungsklage</u> (vgl. BSK SchKG-Staehelin Art. 79 N 3). Urteil trotz darin enthaltenen RÖ keine Betreibungshandlung i.s.v. Art. 56 SchKG, Fristen nach ZPO. Frist für Einreichung nach Art. 88 SchKG – hier gegeben. Örtliche Zuständigkeit: nach ZPO, GOG, EG SchKG ZH. Betreibungsort steht nicht zur Verfügung, im Gegensatz zu Art. 83 Abs. 2 SchKG. Sachliche Zuständigkeit: nach ZPO, GOG, EG SchKG ZH. Verfahren nach ZPO, hier Streitwert über CHF 30'000. Ordentliches Verfahren. <u>Entscheid ergeht auch wenn Betreibung oder RV inzwischen zurückgezogen wird</u> – RÖ-Begehren wird dann gegenstandslos und abgeschrieben. Entscheid hat volle <u>materiellrechtliche Wirkung</u> . Insofern auch <i>lis pendens</i> und <i>res iudicata</i> zu beachten i.Z.m. Vorgehen als Schuldner (vgl. nachstehend). Entscheid muss den <u>RV ausdrücklich beseitigen</u> , auch bei Urteilssurrogaten. <u>Sämtliche Rechtsmittel möglich, die bei einem entsprechenden materiellen Entscheid möglich. Kosten nicht nach GebV, sondern ZPO.</u> <u>Erfolgsaussicht:</u> Sachverhalt illiquide, ob Forderung tatsächlich verjährt war – selbst wenn, dann Zahlung einer Schuld, Naturalobligation. Ferner Zahlung wegen Irrtum, ungerechtfertigter Bereicherung, da vermeintlich ungerechtfertigt erfolgt. U.U. keine Aussicht auf Erfolg – hier offen, ob Schulze den RV beseitigen kann und überhaupt Recht erhält betreffend den CHF 40'000. Ferner: bindende Vorfrage für weitere Prozesse und <u>res iudicata-Folgen</u> . <i>Res iudicata</i> betreffend CHF 40'000, bzw.		8	

CHF 40'000/50'000 falls abgewiesen (umstritten in Lehre; vgl. Teilkagedogmatik, KUKO ZPO-Oberhammer Art. 86 N 10).			
3. Vorgehen als Schuldner			
Art. 83 Abs. 2 SchKG mangels RÖ-Verfahren nicht einschlägig. Art. 85 SchKG nicht einschlägig, denn Urkunden gemäss SV nicht vorhanden (vgl. vorstehend und BGE 73 III 70). Jedenfalls ist die <u>Verjährungseinrede im Verfahren nach Art. 85 SchKG nicht möglich</u> (vgl. BSK SchKG-Bodmer/Bangert, Art. 85 N 22).		2	
3.1. Art. 85a SchKG – negative Feststellungsklage			
<p><u>Vorfrage: Fristen</u></p> <p>Nur solange Betreibungsverfahren andauert, ist Klage möglich. <u>Frist ist vorliegend nach Art. 88 Abs. 2 SchKG zu bestimmen.</u> Stellt nämlich der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren nicht, so fällt die Betreuung dahin – auch wenn der Eintrag bestehen bleibt. Ev. Stundung bewirkt keine Unterbrechung der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG – vgl. CHF 10'000 Restanz.</p> <p><u>Art. 31 SchKG verweist auf die ZPO – SchKG vorbehalten. Vgl. Art. 145 Abs. 4 ZPO. Art. 56 und 63 SchKG.</u></p> <p>Die Frist verlängert sich nicht, wenn der erste Berechnungstag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt; <u>diese Tage beeinflussen nur das Ende (<i>dies ad quem</i>), nicht den Beginn (<i>dies a quo</i>) der Frist.</u></p> <p>Die Frist wird nach Art. 63 SchKG verlängert, wenn eine Betreuungshandlung nach Art. 56 SchKG vorliegt, die während Betreibungsferien und Rechtsstillstand nicht vorgenommen werden darf. <u>Die Zustellung des Zahlungsbefehls ist eine Betreuungshandlung nach Art. 56 SchKG, weshalb Art. 63 anwendbar.</u></p> <p>Frist begann am 13.07.2013, unerheblich, dass Samstag, weil <i>dies a quo</i>. Sie endet zunächst am 12.07.2014. Der 12.07.2014 ist aber ein Samstag, weshalb die Frist frühestens am Montag, 14.07.2014 endet. <u>Genau besehen nennt Art. 63 nur Art. 56 Ziff. 2 (Betreibungsferien) und 3 (Rechtsstillstand) SchKG. Weshalb die Frist am Montag, den 14.07.14 abgelaufen ist.</u></p> <p><u>A.M. (Hilfsgutachten): Art. 63 SchKG anwendbar und Frist läuft frühestens am 16.07.14 ab. Die Betreuung dauert an, weshalb diese Voraussetzung des Art. 85a SchKG erfüllt ist.</u> Weil am 15.07.2014 die Betreibungsferien begonnen haben, ist hingegen der Gläubiger je nach Vorgehen limitiert, was hier aber nicht gefragt ist. Da Herr Schulze heute, am 16.07.2014, theoretisch noch handeln kann, kann hier ferner offen bleiben, ob die Frist wegen den Betreibungsferien sogar erst am 31. Juli 2014 (+3Tage) endet nach Art. 56 Ziff. 2 SchKG und Art. 63 SchKG.</p> <p><u>Je nachdem wie die Frist berechnet wird, ist sie nach Art. 88 Abs. 2 SchKG (nicht) abgelaufen.</u></p> <p>Art. 85a SchKG ist ein Notbehelf, der jenem Betrieben dient, welcher es unterlassen hat, sich rechtzeitig mittels</p>		5+(3)	

<p>Rechtsvorschlag zu verteidigen, bzw. der die Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags nicht mehr verlangen und auch die Tilgung der Schuld nicht durch Urkunden beweisen kann. Hier teilweise gegeben – Rechtsvorschlag nicht erhoben, keine Urkunden. Art. 85a SchKG dient der Aufhebung/Einstellung der Betreibung und schränkt die Beweismittel nicht ein.</p> <p>Obwohl die Klage eine Feststellungsklage ist, ist ein besonderes Feststellungsinteresse nicht erforderlich, die Betreibung genügt.</p> <p>Natur der Klage: <u>materiell- und betreibungsrechtlich</u> (h.L.), (ferner: betreibungsrechtlich mit Reflexwirkung auf das materielle Rechte, vgl. KUKO SchKG-Brönimann, Art. 85a N 2; BSK SchKG-Bodmer/Bangert, Art. 85a N 31).</p> <p>Die Schuld besteht nur betreffend die CHF 10'000, eine Teilzahlung wurde geleistet, Folgen? Streitwert/<i>res iudicata</i> über CHF 10'000 oder CHF 50'000? <u>Grundsätzlich Feststellungsklage über CHF 10'000 (h.L.)</u>.</p> <p>Somit materiellrechtliche Wirkung nur betreffend CHF 10'000. Die CHF 40'000 müssen gesondert eingeklagt werden. Zudem wird die Betreibung eingestellt. <u>Somit ist Art. 86 SchKG zu prüfen, auch wenn Art. 85a SchKG bejaht wird.</u></p> <p><u>Weitere Voraussetzungen von Art. 85a SchKG</u>, insb. Zuständigkeiten, Streitwert CHF10'000, ferner günstiger Rechtsbehelf für den Schuldner, da <u>Parteirollen vertauscht</u> und der Gläubiger Beweis führen muss. Zwar ist er Beklagter, aber materiell-rechtlicher Kläger.</p>			
<p>3.2. Art. 86 SchKG</p>			
<p>Rechtsvorschlag wurde unterlassen Art. 86 SchKG zu prüfen. <i>Restitutio in integrum</i> CHF 40'000.</p> <p>Einjährige Frist <u>Verwirkungsfrist</u> (h.L.), die weder gehemmt noch wiederhergestellt werden kann, a.M. vertretbar. Frist endet <u>am 16.07.2014</u>. Klage war am 16.07.14 möglich.</p> <p>Die Norm spricht vom „<u>Bezahlen einer Nichtschuld</u>“. Wird eine verjährte Forderung bezahlt, so wird eine <u>Naturalobligation</u> beglichen. Diese stellt dogmatisch gesehen nach OR eine Schuld dar. Wird eine Naturalobligation beglichen, wird somit eine Schuld und nicht eine Nichtschuld bezahlt (h.L.) – a.M. vertretbar.</p> <p><u>Somit ist Art. 86 SchKG (nicht) einschlägig.</u></p> <p>Weiteres: Natur/Rechtskraft der Klage (materiellrechtlich! Und richtig besehen auch betreibungsrechtlich, Kosten werden zurückerstattet und Dritte erhalten keine Auskunft mehr betreffend die Betreibung). Leistungsklage im ord. oder vereinfachten Verfahren nach ZPO. Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreibungsort oder am ordentlichen Gerichtstand des Beklagten. Betriebene trägt Beweislast, dass er Nichtschuld zahlte. Ferner Art. 74 Abs. 2 a BGG, Streitwert CHF 40'000 hier erfüllt.</p> <p>Insbesondere hier Verhältnis zu einer möglichen Klage nach Art. 85a SchKG; sachliche Zuständigkeit nicht gegeben, weshalb Art. 90 ZPO, Klagehäufung nicht einschlägig – daher</p>		<p>5+(3)</p>	

<p>zwei eigenständige Klagen (ferner: Art. 125/127 ZPO, Vereinigung/Überweisung von Klagen).</p> <p><u>Alternativ: Leistungsklage wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 OR), womit aber Schulze als „Gläubiger“ vorginge. Freiwillige und irrtümliche Zahlung.</u></p>			
<p>3.3. Feststellungsklage Art. 88 ZPO</p>		2+(2)	
<p>Ist Rechtsvorschlag nicht erhoben worden und sind aus Fristen- oder aus anderen Gründen die vorstehend genannten Klagen nicht einschlägig, so verbleibt noch die Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO: die Feststellung des Nichtbestandes der in Betreuung gesetzten.</p> <p>Doch es stellt sich die Frage, ob ein Feststellungsinteresse zu verneinen ist, da vorliegend Leistungsklage/ferner Klage nach Art. 63 OR grundsätzlich möglich sind – vgl. Vorgehen Herrn Schulzes als „Gläubiger“. Nach BGer stellt ein ungerechtfertigter Betreibungsregistereintrag ein legitimes Feststellungsinteresse dar (BGE 120 II 120 E.3.). Die Feststellungsklage ist gemäss dieser Rechtsprechung zuzulassen.</p> <p>Ferner Art. 88 Abs. 2 SchKG; die Frist ist (u.U.) abgelaufen und die Betreuung dauert nicht weiter an. Der Eintrag im Betreibungsregister besteht aber weiterhin (Feststellungsinteresse gegeben).</p> <p>Voraussetzungen der Klage summarisch (Zusatzpunkte).</p>			
<p>4. Fazit</p>		2	
<p>Ein Vorgehen als Gläubiger über die Anerkennungsklage (Teilklage) ist möglich, sodann Art. 63 OR – beides hängt von der materiellrechtlichen Beurteilung und den Prozeschancen ab, hier ist der Sachverhalt illiquide. Dieses Vorgehen ist für Schulze insofern günstig, da er beim Obsiegen vollstrecken kann (def. RÖ-Titel).</p> <p>Ferner negative Feststellungsklage, weil ein Eintrag im BetrReg besteht.</p>			
<p>Punkte II.1.</p>		40	

Frage II.2.

Prüfungsschritte	Bemerkungen	Punkte	vergeben
1. Vorgehen Herrn Glücks („Glück“)			
1.1. Pfändungsverfahren			
Ablauf Pfändung Art. 89 ff., Reihenfolge Art. 95, Schätzung Art. 97 SchKG, es wird nicht mehr gepfändet als nötig. Hier erfüllt.		2	
Unpfändbare Vermögenswerte, Art. 92 SchKG. Ziff. 1-5 Kompetenzstücke. Hier Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3: Berufswerkzeug – Auto. <u>Auto nur für den Weg zur Arbeit</u> , SV allerdings relativ offen, daher <u>(k)ein Berufswerkzeug, Kompetenzstück</u> (nicht) unter Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3: SchKG zu subsumieren und folglich <u>(nicht) pfändbar</u> .		3	
Unbesehen des Vorstehenden: <u>Vorbehalt</u> besonderer Bestimmungen. Verwertung beschlagnahmter Gegenstände, welche auf Grund strafrechtlicher Gesetze mit Beschlag belegt sich, <u>Art. 44 SchKG</u> . Werden durch Strafverfolgungsbehörden, vgl. Art. 69 ff. StGB, gepfändete Vermögenswerte beschlagnahmt, wird <u>Verwertung unmöglich. Das Auto fällt aus der Pfändung</u> . Selbst dann, wenn Beschlagnahme später wegfällt, weil gemäss BGer Pfändung nicht wieder auflebt (BGE 120 III 86 E. 3 d a.E.);).		4	
<u>Zu wenig gepfändet</u> – CHF 30'000 Bei Art. 44 SchKG Nachpfändung vorzunehmen, Art. 145 SchKG, kein Abwarten der Verwertung. (BSK SchKG-Schöniger, Art. 145 N 14). V.A.w/kein Antrag des Gläubigers (vgl. Art. 115 Abs.3 SchKG). <u>Betreibungsferien nach Art. 56 Abs. 2 und 63 SchKG, wobei hier Fristen nicht von Bedeutung</u> . Frühestens ab 2./5.8. dürfen Betreibungshandlungen wieder vorgenommen werden. <u>Fristen dem Gläubiger gegenüber, vgl. Art. 145 Abs. 1 in fine</u> und Art. 116 SchKG, kommen nicht zum tragen.		3	
<u>Ausführungen zur Nach- und Ergänzungspfändung Art. 145, 110, 111 SchKG</u> . NP unverzüglich, Verwertung v.A.w., kein Begehren nötig. Löst Fristen für Anschlusspfändung aus 145 Abs. 3; Art. 110 und 111 SchKG anwendbar. EP Ausweitung Pfändungsmasse infolge Anschluss weiterer Gl. Während oder nach Ablauf Teilnahmefrist vorzunehmen. V.A.w. Unselbständige Natur der EP, im Gegensatz zur NP. EP löst keine Anschlussfristen aus. <u>SV offen, ob Nachpfändung Substrat liefern wird. Jedenfalls tatsächlich keine vollständige Befriedigung erfolgt gemäss SV, weil Verlustschein am 11.8.14 ausgestellt</u> . Nicht genug Masse vorhanden (nur CHF 20'000). NP nicht möglich nach Ausstellung eines Verlustscheins. Hier somit anzunehmen, dass VS nach NP ausgestellt. Verwertung zwar frühestens 1 Mt nach Pfändung Art. 116 SchKG. Gilt nicht bei NP Art. 145 Abs. 1 SchKG.		3+(2)	

1.2. Verlustschein („VS“)			
<p>Natur des VS <i>in casu</i> und generell?</p> <p><u>Pfändungsurkunde 112 SchKG, Art. 115 SchKG, Ergebnis der Pfändung festgehalten. VS v.A.w. unverzüglich auszustellen.</u></p> <p><u>Hier zunächst keine leere Urkunde/def. VS.</u> nach Art. 115 Abs. 1 i.V.m 149 ff. SchKG, da CHF 20'000 Masse vorhanden.</p> <p><u>Provisorischer VS Art. 115 Abs. 2 SchKG.</u> Reduzierte Wirkung.</p> <p>Steht der Verlust endgültig fest, wird ein DVS ausgestellt. <i>In casu</i> nicht auszuschliessen, dass Glück zunächst über einen PVS und dann einen DVS verfügt, jedenfalls bis am 11.08.14. Bereits mit dem PVS kann er nach Art. 115 Abs. 3 SchKG eine Nachpfändung verlangen – hier NP erneut relevant wegen neuer Stelle Schulze. Günstig für Glück. Aber <u>Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG beachten!</u> SV offen, falls Frist verpasst, dann NP nicht möglich. Dann Vorgehen mit DVS.</p> <p>Falls VS von Beginn weg, d.h. bereits am 11.08.14, ein DVS ist, oder Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG für PVS verstrichen, dann kann Glück nach <u>Art. 149 Abs. 3 SchKG vorgehen – Fortsetzung der Betreibung.</u> Auch re neue Stelle Schulzes.</p>		4	
<p><u>Neue Stelle Schulzes – beschränkt pfändbares Einkommen Art. 93 SchKG.</u></p> <p>Weil zunächst kein Einkommen gepfändet worden ist, war Art. 93 Abs. 3 SchKG – <i>Anpassung der Pfändung an geänderte Verhältnisse</i> –, nicht einschlägig.</p> <p>Ab. 1.9.14 neues Schuldnerereinkommen. Daher Art. 115 Abs. 3 SchKG relevant: Sofern die Frist von Art. 88 Abs. 2 noch läuft, wird Herr Glück neue Pfändung verlangen können. Zudem wird Frist für Anschlusspfändung für Frau Pfau neu eröffnet. Sonst Vorgehen mit DVS, Art. 149 Abs. 3 SchKG.</p> <p>Dauer der Einkommenspfändung: Art. 93 Abs. 2 SchKG.</p>		2	
2. Vorgehen Frau Pfau („FP“)			
<p>Pfändungsanschluss Art. 110 SchKG. Privilegierter Pfändungsanschluss Art. 111 SchKG</p>		2	
<p>30-Tage-Juni-Pfändung-Frist nach Art. 110 Abs. 1 SchKG endet am 16.7.14, verlängert nach Art. 56 und 63 SchKG.</p> <p>Falls Frist verpasst: Art. 110 Abs. 2: Pfau in weiteren Gruppe mit eigener Hauptpfändung.</p> <p>40-Tage Frist nach Art. 111 SchKG günstiger.</p> <p>Bei einer NP werden neue Anschlussfristen nach Art. 145 Abs. 3 SchKG ausgelöst, weshalb anzunehmen ist, dass FP die Fristen der Art. 110 f. SchKG wahren wird. NP bietet jeweils neue Chance für FP. Sie sollte daher möglichst bald betreiben, gerade falls Art. 111 SchKG nicht einschlägig sein sollte (vgl. nachstehend).</p>		2+(2)	
<p>Art. 111 Abs. 2 SchKG – Forderung aus Ehe, hier gegeben.</p>		1	
<p>Offen ob 1-Jahres Frist gewahrt.</p>		1	
<p>Falls 1-Jahres Frist nicht gewahrt: Art. 110 SchKG. Falls gewahrt: Anschlussverfahren nach Art. 111 Abs. 4 f. SchKG.</p>		2+(2)	

<p>Frau Pfau nimmt provisorisch an der Pfändung teil und muss innert 20 Tagen Klage erheben, falls Schulze vor dem Betreibungsamt innert 10 Tagen den Anspruch bestreitet. Schulze bestreitet den Anspruch, Abs. 5 einschlägig. Klage beim Zuständigen Gericht.</p> <p>Schuldner und privilegierter Anschlussgläubiger als Parteien. Jedenfalls ist Anschlussprozess möglich. SV lässt offen, ob über die Forderung bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Gut anzunehmen, dass Forderung durch Scheidungsurteil bereits erledigt „<i>Gemäss Frau Pfau schuldet Herr Schulze ihr noch CHF 5'000 aus der Ehe</i>“. <i>Res iudicata?</i> Hier funktionell eine Rechtsöffnungsstreitigkeit im Sinne von Art. 80 f. SchKG, so dass das summarische Verfahren nach Art. 251a ZPO einschlägig.</p> <p>Rechtsnatur des Prozesses hier offen. H.L. umstritten: Reflexklage, materielle Streitigkeit, vollstreckungsrechtliche Klage mit materiellrechtlichen Hintergrund.</p>			
<p>Fazit: Pfändungsanschluss zeitlich möglich, offen, ob sogar Art. 111 SchKG.</p> <p>Folge des Pfändungsanschlusses. FP nimmt an Pfändung teil, Ergänzungspfändung vorzunehmen v.A.w.</p> <p>Falls Ergänzungspfändung zugunsten FP gemäss Art. 110, oder Art. 111 einschlägig ist, wird das Pfändungssubstrat (CHF 20'000) umso weniger genügen – weder für Frau Pfau noch für Herr Glück -> daher auch Verlustschein (aber auch ohne Teilnahme FP Unterdeckung vorhanden, da Auto beschlagnahmt).</p>		2	
<p>3. Fazit</p>			
<p>Beide werden u.U. befriedigt werden: Lohnpfändung. Ferner Zusatzpunkte für zielführende Ausführungen.</p>		(3)	
<p>Punkte II.2.</p>		40	
<p>Total Punkte II.</p>		80	
<p>Total Punkte 150 + (50) Zusatzpunkte</p>		200	