

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 8. September 2003

Prof. Isaak Meier

Fall 1: Säumnisurteil

Nino Rana, der nur sehr schlecht deutsch versteht, hat bei der Garage Rapid AG einen Occasionswagen für Fr. 14'000.- gekauft und hierfür eine Anzahlung von Fr. 7'000.- geleistet. Nino Rana stellt nach kurzer Zeit gravierende Mängel fest und will deshalb den Kauf rückgängig machen. Die Rapid AG ist damit nicht einverstanden und fordert den Restkaufpreis von Fr. 7'000.-. Da Nino Rana nicht zahlt, leitet die Rapid AG Klage ein. Nino Rana erscheint nicht vor dem Friedensrichter und bleibt auch der Hauptverhandlung fern. Nino Rana hat zwar die entsprechenden Vorladungen erhalten. Er hat sie jedoch nicht verstanden.

Die Hauptverhandlung läuft wie folgt ab: Nachdem feststeht, dass Nino Rana zur Verhandlung nicht erscheint, erteilt der Einzelrichter RA Keller, der als Vertreter der Rapid AG in der Verhandlung auftritt, das Wort zur Begründung der Klage. Dieser führt aus, dass die Parteien einen Kaufvertrag betreffend das fragliche Auto abgeschlossen hätten und der Beklagte nach Übergabe des Fahrzeuges den Restkaufpreis trotz Mahnung nicht bezahlt habe. Der Einzelrichter kennt die Garage Rapid AG, da er im selben Bezirk wohnt, und weiss deshalb auch, dass sie keinen guten Ruf hat. Er fragt deshalb RA Keller, ob der Beklagte wegen dem Wagen reklamiert habe. RA Keller sagt, was auch der Wahrheit entspricht, dass er hiervon nichts wisse.

Das Gericht in Zürich fällt schliesslich androhungsgemäss ohne erneute Vorladung einen Säumnisentscheid, in dem es Nino Rana zur Bezahlung von Fr. 7'000.- zuzüglich Zinsen verurteilt. In der Urteilsbegründung heisst es u.a.: Ob die Sache mangelhaft sei, könne angesichts des Ausbleibens des Beklagten dahingestellt bleiben.

Nach Erhalt des Urteils sucht Nino Rana auf Vermittlung der Fürsorgestelle der Gemeinde Frau RA Müller auf.

1. Was kann Nino Rana gegen diesen Entscheid unternehmen?

Fall 2: Rechtsmittel

Die Bank AG hat in der Generalversammlung vom 11. April 2002 eine Kapitalerhöhung von 10 Mio. Fr. beschlossen. Der Aktionär Gross hält diesen Beschluss aus verschiedenen hier nicht interessierenden Gründen für statuten- und gesetzeswidrig und entschliesst sich deshalb den Beschluss gerichtlich anzufechten.

Gross klagt entsprechend gegen die Bank AG, die durch ihren Verwaltungsrat vertreten wird, vor dem zuständigen Bezirksgericht in Zürich. Der Aktionär Reich wird als Nebenintervenient im Prozess zugelassen. Er will die Bank AG im Prozess unterstützen. Im Laufe des Prozesses kommt der Verwaltungsrat zum Schluss, dass es bes-

ser sei, den Prozess, den die Bank AG voraussichtlich ohnehin verlieren werde, jetzt zu beenden. Der Verwaltungsrat anerkennt daher die Klage vollumfänglich. Hierauf schreibt das Gericht das Verfahren infolge Anerkennung der Klage ab.

Der Aktionär Reich ist damit nicht einverstanden. Er ist der Auffassung, dass der Verwaltungsrat nicht befugt sei, eine Anfechtungsklage anzuerkennen. Das Gericht hätte deshalb das Verfahren nicht abschreiben dürfen. Reich beauftragt Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, Rechtsmittel gegen den Abschreibungsentscheid des Bezirksgerichts einzulegen.

- | |
|--|
| <p>2.1. Ist der Aktionär Reich befugt Rechtsmittel einzulegen?
2.2. Unter der Annahme, dass dies zu bejahen ist, welche Rechtsmittel kann Reich mit Erfolg ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen.)</p> |
|--|

Fall 3: SchKG

Paula Faller ist bei der Handelsfirma Landis AG, Zürich, einem Familienbetrieb mit 100 Mitarbeitern, angestellt. Sie leitet im Range eines Direktors die Marketingabteilung. Auf gleicher Stufe sind drei weitere Direktoren tätig. Die Firma wird von Otto Landis als Generaldirektor und Präsident des Verwaltungsrates geleitet. Alle wichtigen Entscheidungen werden jedoch von Otto Landis gemeinsam mit den Direktoren gefällt und besprochen. Die Direktoren haben denn auch eine Gewinnbeteiligung am Unternehmen, die etwa 20 % ihrer Löhne ausmacht.

Wegen allgemeinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten und Fehlinvestitionen muss über die Landis AG am 2.9.2002 der Konkurs eröffnet werden. Das Konkursamt kündigt sämtlichen Arbeitnehmern auf den nächsten Kündigungstermin.

Paula Faller will im Konkurs folgende Ansprüche geltend machen und davon möglichst viel erhalten:

- nichtbezahlten Lohn der letzten 8 Monate vor Konkurseröffnung bis zur ordentlichen Kündigung;
- nichtausbezahlte Gewinnbeteiligung für das Jahr 2001 (zahlbar per 1.2.2002);
- Abgangsentschädigung, die im Arbeitsvertrag wie folgt umschrieben wird: „Bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne ihr Verschulden erhält Paula Faller Fr. 100'000.-, falls sie nicht innert zwei Jahren eine gleichwertige Anstellung findet.“

Unmittelbar nach Konkurseröffnung bittet Sie Paula Faller als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt ihre Rechte im Konkurs zu wahren.

- | |
|---|
| <p>3. Was raten Sie ihr und mit welchen Problemen und Verfahrensschritten muss Paula Faller bei ihrem Vorgehen rechnen?</p> |
|---|

Fall 4: IZPR

Rita Kohl und Peter Bohnenblust haben zusammen ein Geschäft in Berlin geführt und auch dort gewohnt. Bei Auflösung des Geschäftes geraten sie in Streit, der schliesslich vor einem Gericht in Berlin fortgesetzt wird. Auf Anraten des Gerichtes schliessen sie einen (gerichtlichen) Vergleich, in dem sich Rita Kohl zur Bezahlung von 500'000.- Euro an Peter Bohnenblust verpflichtet. Der Abschreibungsentscheid wird Rita Kohl jedoch nicht richtig zugestellt. Statt an ihre Wohnadresse wird der Entscheid an die Adresse des schon längst aufgelösten Geschäftes zugestellt. Auf Umwegen gelangt der Entscheid später doch zu ihr.

Kurz nach Ende des Prozesses verlegt Rita Kohl ihren Wohnsitz nach Zürich. Als sie von Peter Bohnenblust gemahnt wird, endlich die 500'000.- Euro zu bezahlen, sucht sie Sie als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin auf. Rita Kohl möchte in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren folgende Einwendungen vorbringen:

- sie habe sich bei Abschluss des Vergleichs in einem wesentlichen Irrtum befunden;
- im Weiteren sei ihr der Abschreibungsentscheid nie richtig zugestellt worden.

4.1. Wie kann Peter Bohnenblust zur Geltendmachung seiner Forderung vorgehen?

4.2. Wie kann Rita Kohl zur Geltendmachung ihrer Einwendungen vorgehen?

Wichtig: Falls dies für die Beantwortung dieser Fragen relevant ist, ist davon auszugehen, dass das deutsche Recht inhaltlich dem schweizerischen Recht bzw. dem Zürcher Recht, soweit das Prozessrecht relevant ist, entspricht.

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.

Zur Diskussion stehen ein Wiederherstellungsgesuch und ein noch näher zu prüfendes Rechtsmittel.

Wiederherstellungsgesuch nach § 199 f. GVG

Rana kann als säumige Partei ein Gesuch um Wiederherstellung nach § 199 GVG einlegen. Gemäss § 200 Abs. 1 GVG können selbst Endentscheide, die wie i.c. bereits mitgeteilt worden sind, aufgehoben werden. Voraussetzung ist erstens ein Hindernis, welches den Antragstellenden davon abhielt, rechtzeitig zu erscheinen und zweitens die Einhaltung der zehntätigen Frist nach § 199 Abs. 3 GVG. Das Hindernis für Rana liegt darin, dass er die Vorladung mangels Sprachkenntnissen nicht verstand. Dieses Hindernis ist spätestens nach der Aufklärung durch RA Müller weggefallen. Rana muss das Gesuch innert 10 Tagen seit seiner Unterredung mit RA Müller beim zuständigen Gericht einreichen.

Zu prüfen ist drittens, ob Rana ein *grobes Verschulden i.S.v. § 199 Abs. 1 GVG* am Nichterscheinen trifft. Es wäre Rana zumutbar gewesen, jemanden, der die deutsche Sprache beherrscht, über den Inhalt der Vorladung zu befragen. So hätte er bereits mit der ersten Vorladung zum Fürsorgeamt gehen können, welches fremdsprachigen Einwohnern hilft solche Sprachbarrieren zu überwinden. Es sind jedoch auch die persönlichen Umstände des Gesuchstellers zu berücksichtigen. Anhaltspunkt ist sicher, wie gut Rana deutsch versteht. Offensichtlich konnte er immerhin einen Kaufvertrag über ein Occasionsauto abschliessen. Zudem konnte er mit Sicherheit seinen eigenen Namen und den der Rapid AG auf der gerichtlichen Vorladung lesen, so dass er hätte merken müssen, um was es geht. Massgebend ist schlussendlich aber, ob das Ausbleiben der säumigen Partei nach den gegebenen Umständen im Licht des *objektiven Sorgfaltsmassstabs* Rana zum Vorwurf gereicht¹. Es ist jedermann zuzumuten, ein amtliches Schreiben gebührend zu berücksichtigen, indem er es jemandem zu übersetzen gibt, oder sich wenigstens am angegebenen Termin im betreffenden Ort einzufinden. Rana war es möglich die Wichtigkeit des amtlichen Schreibens zu erkennen, da die Vorladung nach § 180 GVG gegen Empfangsschein oder amtliche Bescheinigung zugestellt wurde. Das Verschulden von Rana ist als grob einzustufen², weswegen das Gericht die Wiederherstellung ohne Einwilligung der Klägerin nicht bewilligen darf (§ 199 Abs. 1 GVG), wobei sich die Rapid AG davor hüten wird.

Rana kann somit ein Gesuch um Wiederherstellung der Verhandlung nach § 199 f. GVG einreichen. Dieses wird aber wegen groben Verschuldens der säumigen Partei und wegen der voraussichtlich nicht zu erlangenden Einwilligung der Klägerin abgewiesen.

¹ ZR 71 Nr. 3 E. 2 und 3; BGE 85 I 70.

² Vgl. auch ZR 84 Nr. 63 E. 3. Die gegenteilige Ansicht wurde bei guter Begründung ebenfalls bewertet.

Rechtsmittel gegen das Säumnisurteil

Als weitere Möglichkeit sind die üblichen Rechtsmittel gegen den Säumnisentscheid zu prüfen. Es ist von einem Sachurteil auszugehen (§ 155 GVG i.V.m. § 188 Abs. 2 ZPO), da der Einzelrichter materiell über die Forderung aus dem Kaufvertrag entschied, als er Rana zur Bezahlung des Restbetrags aus dem Kaufvertrag verpflichtete³.

Zunächst ist gemäss der Subsidiaritätsordnung die **kantonale Berufung nach § 259 ff. ZPO** zu prüfen. Das Säumnisurteil des Einzelrichters ist ein gültiges Anfechtungsobjekt i.S.v. § 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. Weiter muss ein Streitwert von Fr. 8'000.- gegeben sein (§ 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO i.V.m. Art. 46 OG). Dieser bestimmt sich nach dem klägerischen Begehren. Die Rapid AG hat nur noch auf Bezahlung des Restkaufpreises von Fr. 7'000.- geklagt, da die restlichen Fr. 7'000.- bereits von Rana beglichen wurden. Die kantonale Berufung scheidet deshalb am zu tiefen Streitwert des Falles.

Auch der **kantonale Rekurs i.S.v. § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO** fällt aus zwei Gründen ausser Betracht; einerseits mangelt es am zulässigen Anfechtungsobjekt, andererseits am erforderlichen Streitwert (§ 271 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. 46 OG).

Gemäss § 285 Abs. 1 ZPO sind vor der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde die eidgenössischen Rechtsmittel zu prüfen. Die **eidgenössische Berufung nach Art. 43 OG ff.** entfällt, da ein Entscheid eines unteren kantonalen Gerichts kein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt (Art. 48 OG) und zudem auch der nötige Streitwert von Fr. 8'000.- nicht erreicht wird (Art. 46 OG).

Danach ist die **eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 68 ff. OG** zu prüfen. Der Entscheid ist ein gültiges Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 68 OG. Eine Zivilsache liegt vor, da es sich beim Kaufvertrag über einen Occasionswagen um ein im Bundesprivatrecht geregeltes Rechtsverhältnis handelt. Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde kennt auch kein Streitwerterfordernis. Da keine Nichtigkeitsgründe i.S.v. von Art. 68 Abs. 1 lit. a-e OG gegeben sind, scheidet aber auch dieses Rechtsmittel.

Zu prüfen bleibt weiter die Zulässigkeit der **kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281 ff. ZPO**. Der Entscheid des Einzelrichters in der Sache ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt nach § 281 ZPO. Rana ist durch das Urteil beschwert (§ 51 Abs. 2 ZPO), da es ihn zur Zahlung von Fr. 7'000.- verpflichtet und somit in seine Rechtsstellung eingegriffen wird. Ein bestimmter Streitwert wird nicht gefordert. Gemäss § 287 ZPO ist die Beschwerde innert 30 Tagen an das Obergericht zu richten. Die Nichtigkeitsgründe sind abschliessend im Gesetz aufgezählt. Rana kann geltend machen, das Säumnisurteil beruhe zu seinem Nachteil auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO) oder auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

Zu Ziff. 1: Zunächst ist zu fragen, ob der Einzelrichter zulässigerweise bereits nach der ersten Hauptverhandlung ein Säumnisurteil fällen durfte. Da der Streitwert Fr. 7'000.- beträgt, fand nach § 119 ZPO i. V. m. § 21 Abs. 1 GVG ein mündliches Verfahren vor dem Einzelrichter statt. Folglich ist § 129 ZPO anwendbar. Die Grundregel lautet, dass der Beklagte ein zweites Mal vorgeladen werden muss, bevor die Säumnisfolgen (Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden) eintreffen. In Abs. 2 sind die Voraussetzungen statuiert, unter denen die Säumnisfolgen bereits mit der ersten Vorladung für die Hauptverhandlung gerichtlich angedroht

³ Da nur die Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe angenommen wird, darf nicht von einer Klageanerkennung im eigentlichen Sinne ausgegangen werden. Vgl. Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, Zürich 1996, § 35 C. II Rz. 28, S. 399.

werden können. In casu sind Ziff. 1 und 2 näher zu prüfen. Ziff. 1 nennt als Erstes das Verfahren vor dem Einzelrichter, was i.c. aufgrund des Streitwertes erfüllt ist⁴. Weiter ist zu prüfen, ob der Prozess im einfachen und raschen Verfahren nach § 53 Abs. 2 ZPO durchgeführt wurde. Die Streitigkeit über Fr. 7'000.- aus dem Kaufvertrag über einen Occasionswagen könnte als eine Konsumentenstreitigkeit qualifiziert werden und somit unter § 53 Abs. 2 Ziff. 5 ZPO fallen. Der Begriff wird in der Rechtsprechung und Lehre weit ausgelegt: Konsumentenverträge sind Verträge über Leistungen, die der Konsument für seine persönlichen oder familiären Bedürfnisse gebraucht und die von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden (vgl. Art. 120 Abs. 1 IPRG und Art. 22 Abs. 2 GestG). Die Garage Rapid AG übt eine gewerbliche Tätigkeit aus, indem sie mit Occasionswagen handelt. Ein solcher stellt selbst im Wert von Fr. 14'000.- einen Gegenstand des üblichen Verbrauchs dar, den Rana wohl für seinen familiären oder persönlichen Gebrauch nutzt. Es liegt somit eine Konsumentenstreitigkeit i. S.v. § 53 Abs. 2 Ziff. 5 ZPO vor, welche im einfachen und raschen Verfahren entschieden wurde und folglich in den Anwendungsbereich von § 129 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO fällt. Auch Ziff. 2 ist gegeben, da Rana ohne Entschuldigung vor dem Sühnebeamten nicht erschienen ist; denn Rechtsunkenntnis und sprachliche Probleme stellen keine rechtsgenügende Entschuldigung dar⁵. Demzufolge ist festzuhalten, dass zu Recht ein Säumnisurteil in der ersten Hauptverhandlung gefällt wurde.

Weiter kann Rana eine Verletzung von § 131 ZPO rügen, der dem Gericht die Möglichkeit gibt, bei begründeten Zweifeln an *unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptungen des Klägers* Beweis zu verlangen. Diese Bestimmung schränkt einerseits die Verhandlungsmaxime nach § 54 ZPO ein, andererseits erweitert sie die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO. I. c. übt der Richter diese Erweiterung seiner richterlichen Fragepflicht aus, indem er die Garage Rapid AG fragt, ob Rana reklamiert habe. Der Richter wusste aus persönlicher Erfahrung, dass die Rapid AG gelegentlich zu Klagen Anlass gab. Er zweifelt deshalb daran, dass das Auto mangelfrei ist und erkundigt sich bei RA Keller. Ob der Einzelrichter in Anwendung von § 131 ZPO einen Beweis von der Klägerin hätte verlangen sollen, kann aber offen bleiben, da bei genauem Hinsehen der Sachverhalt nicht unter § 131 ZPO fällt. Die Garage Rapid AG hat nach Art. 8 ZGB lediglich den Bestand des Kaufvertrages zu beweisen. Dies wird ihr leicht mit der Vorlage des entsprechenden Vertrages in ihrer Klagebegründung nach § 121 Abs. 1 ZPO gelingen. Die Einrede, es bestünden Mängel an der Sache, müsste von Rana behauptet und bewiesen werden. Die Zweifel des Richters bezogen sich nicht auf das Bestehen des Kaufvertrages; nur in diesem Fall hätte er aufgrund von § 131 ZPO sein Ermessen ausüben und Beweise erheben können. Insofern liegt nicht eine *unbestritten gebliebene Behauptung der klägerischen Partei* vor⁶. Zwar verdienen Konsumentenstreitigkeiten eine gewisse Ausdehnung der richterlichen Fragepflicht, dieser Fragepflicht wurde aber vollauf genüge getan, indem der Einzelrichter über den engen Wortlaut von § 55 ZPO und § 131 ZPO hinaus sich noch weiter beim Vertreter der Klägerin erkundigte. Weiter ist es fraglich, ob der

⁴ Vgl. dazu HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, Zürich 1996, § 35 II, S. 400, der darauf hinweist, dass § 129 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO auf alle vor den Einzelrichter stattfindenden Prozesse (also auch auf diejenigen im ordentlichen Verfahren) Anwendung findet.

⁵ Vgl. auch die Rechtsprechung zitiert bei FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 129 Rz. 2.

⁶ Die gegenteilige Ansicht ist ebenfalls vertretbar. Da das Obergericht sich aber bei Ermessensfragen des erstinstanzlichen Gerichts regelmässig zurückhält, wird das Rechtsmittel wohl keinen Erfolg haben. Vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 281 Ziff. 1 Rz 42.

Richter i. c. einen Beweis hätte verlangen können, da es sich bei der Mängelfreiheit um eine negative Tatsache handelt (*negativa non sunt probanda*). Der Richter ist somit korrekt vorgegangen, wenn er die Rapid AG nicht beweisen liess, ob Mängelrüge erhoben wurde.

Rana kann auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen (Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und § 56 ZPO), da er faktisch keine Möglichkeit hatte sich zu den Vorbringen der Klägerin zu äussern. Diese Rüge ist aber unbegründet, da Rana vorschriftsgemäss vorgeladen wurde. Er hätte zweimal die Möglichkeit gehabt sich zu verteidigen, hat sie aber grobfahrlässig nicht wahrgenommen.

Zu Ziff. 2: Gemäss Urteilsbegründung ist der Einzelrichter der Meinung, es sei angesichts des Ausbleibens des Beklagten unerheblich, ob die Sache mangelhaft sei. Aufgrund Art. 201 OR obliegt es dem Käufer die Mängelrüge zu erheben, ansonsten die Kaufsache als genehmigt gilt. In einem Säumnisverfahren wird zudem nach § 129 ZPO Verzicht auf Einreden angenommen. Das Gericht prüfte folglich zu Recht nicht, ob Sachmängel vorliegen; es liegt keine willkürliche Annahme von Tatsachen vor.

Das Obergericht wird somit auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eintreten, sie aber mangels Nichtigkeitsgründen abweisen.

Den abweisenden Entscheid des Obergerichts kann Rana nur mit **staatsrechtlicher Beschwerde in Zivilsachen nach OG 84 ff.** weiterziehen. Das Urteil ist ein gerichtlicher und letztinstanzlicher Entscheid i.S.v. Art. 86 OG. Es steht wie vorne ausgeführt kein anderes Bundesrechtsmittel offen (Art. 84 Abs. 2 OG). Rana ist gemäss Art. 88 OG legitimiert und kann gestützt auf Art. 84 Abs. 1 lit. a OG etwa die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und/oder des Willkürverbots nach Art. 9 BV geltend machen, indem er die willkürliche Anwendung der kantonalen Prozessrechtsbestimmung § 131 ZPO behauptet. Unter Einhaltung der Form und Frist ist die staatsrechtliche Beschwerde zulässig (Art. 89 Abs. 1 OG).

Zusammenfassend stehen Rana nur die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 ZPO ans Obergericht und anschliessend die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 OG ans Bundesgericht zur Verfügung.

Konkurrenz zwischen dem Wiederherstellungsgesuch und der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde

Es stellt sich die Frage, ob und in welcher Reihenfolge Rana die beiden Rechtsbehelfe einlegen soll. Durch das Säumnisurteil geht ihm eine Instanz verloren. Aufgrund des niedrigen Streitwertes steht ihm auf kantonaler Ebene nur noch die Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht zur Verfügung, das mit beschränkter Kognition entscheidet. Rana sollte deshalb auf jeden Fall das Wiederherstellungsgesuch beantragen. Wird aber das Wiederherstellungsgesuch nicht bewilligt, so versäumt er unter Umständen die Rechtsmittelfrist für die Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils. *Rana ist deshalb zu empfehlen beide Rechtsbehelfe gleichzeitig einzulegen. Für diese Fälle bestimmt § 200 Abs. 2 GVG, dass nach Anhängigmachung des Rechtsmittels die obere Instanz, i.c. das Obergericht zur Beurteilung des Wiederherstellungsgesuchs und der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zuständig ist.*

Fall 2

Frage 2.1.

Aktionär Reich ist Nebenintervenient im Prozess zwischen Aktionär Gross und der Bank AG. Einerseits ist zu prüfen, ob ihn seine Stellung als Nebenintervenient befugt, den Prozess der Hauptpartei an deren Stelle durch die Erhebung von Rechtsmitteln weiterzuführen. Andererseits gilt es abzuklären, ob er aus eigener Betroffenheit ein Rechtsmittel in eigenem Namen einlegen kann.

a) Legitimation zur Weiterführung des Prozesses der Hauptpartei

Aktionär Reich hat sich der Bank AG als Nebenintervenient zu ihrer Unterstützung im Prozess gegen Aktionär Gross angeschlossen. Gegenstand des Verfahrens bildet der angefochtene Generalversammlungsbeschluss vom 11. April 2002 über die Kapitalerhöhung von 10 Mio. Fr. Indem das Gericht über die Rechtmässigkeit dieses Beschlusses entscheidet, regelt es das Rechtsverhältnis zwischen der Bank AG und ihren Aktionären. Das ergehende Urteil wirkt sich also auf das Rechtsverhältnis zwischen der Hauptpartei, der Bank AG, und des sie unterstützenden Nebenintervenienten, Aktionär Reich, aus. Es handelt sich somit um eine abhängige (=unselbständige) Nebenintervention. Eine unabhängige Nebenintervention läge demgegenüber vor, wenn das Urteil das Rechtsverhältnis zwischen Aktionär Reich und Aktionär Gross, also der Gegenpartei, beeinflussen würde. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da das Urteil über die Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses nicht in die Rechtsbeziehung zwischen Aktionär Reich und Aktionär Gross eingreift.

Ein abhängiger Nebenintervenient kann nach § 45 Abs. 2 ZPO zugunsten der unterstützten Partei Rechtsmittel einlegen, sofern dies von der Hauptpartei nicht ausdrücklich bestritten wird oder mit ihren Prozesshandlungen in Widerspruch steht. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass die Bank AG die Rechtsmitteleinlegung von Aktionär Reich ausdrücklich bestreiten würde. Da Prozesshandlungen des Nebenintervenienten aber bereits unzulässig sind, sobald er sich in Widerspruch zur Hauptpartei setzt, auch wenn diese von der Hauptpartei nicht ausdrücklich bestritten werden, ist zu prüfen, ob Reich mit der Einlegung von Rechtsmitteln in unzulässiger Weise den Handlungen der Bank AG widerspricht. Indem die Bank AG nach einer Vor-Nachteil-Abwägung die Klage anerkennt, gibt sie zum Ausdruck, dass sie den Prozess alsbald zu einem Ende bringen und nicht weiterführen, geschweige denn gegen ein allfälliges Urteil Rechtsmittel einlegen möchte. Mit der Ergreifung eines Rechtsmittels würde sich Aktionär Reich somit klar in Widerspruch zur Klageanerkennung der Bank AG setzen⁷. Er würde nicht mehr dem Wesen der Nebenintervention entsprechend die Bank AG unterstützen, sondern in unzulässiger Weise seine eigenen Interessen im Widerspruch zu denjenigen der Bank AG an einer raschen Verfahrensbeendigung voranstellen. Als blosser Nebenintervenient hat er jedoch seine eigenen Interessen denjenigen der Prozessherrin zu unterwerfen. Gestützt auf § 45 Abs. 2 ZPO kann er somit kein Rechtsmittel erheben⁸.

⁷ ZR 90 Nr. 24; ZR 61 Nr.78.

⁸ Nur nebenbei sei erwähnt, dass Aktionär Reich aus demselben Grund den Prozess auch nicht gestützt auf § 48 ZPO weiterführen kann. Dem Wesen der abhängigen Nebenintervention entsprechend ist dies ebenfalls nicht gegen den Willen der Bank AG möglich. Vorliegend fehlt es jedoch an ihrem Einverständnis, da sie den Prozess durch die Klageanerkennung ja gerade beenden wollte.

b) Rechtsmittellegitimation aus eigener Betroffenheit in eigenem Namen

Wie zuvor dargelegt, ist Aktionär Reich nicht befugt, aus seiner Stellung als abhängiger Nebenintervenient den Prozess der Hauptpartei im Widerspruch zu derselben fortzusetzen. Jedoch besteht die Möglichkeit, dass er gestützt auf eine besondere bundesrechtliche oder kantonale Norm legitimiert wird, ein Rechtsmittel in eigenem Namen zu ergreifen, falls er durch den Abschreibungsbeschluss in seinen eigenen Rechten betroffen ist.

Im Kanton Zürich können betroffene Dritte ihre Interessen mit dem Drittrekurs nach § 273 ZPO wahrnehmen. Voraussetzung hierfür ist, dass Aktionär Reich Dritter im Sinne dieser Bestimmung ist und der Abschreibungsentscheid unmittelbar in seine Rechte eingreift. Bei der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR handelt es sich um eine Gestaltungsklage. Der den Generalversammlungsbeschluss aufhebende Entscheid wirkt somit gegenüber jedermann und nicht nur zwischen Kläger und Beklagtem. Art. 706 Abs. 5 OR bestimmt denn auch ausdrücklich, dass das einen Generalversammlungsbeschluss aufhebende Urteil „für und gegen alle Aktionäre“ wirkt. Die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses wirkt demnach auch gegenüber Aktionär Reich. Somit ist er vom Abschreibungsentscheid unmittelbar in seinen eigenen Rechten betroffen. U.a. verliert er durch den den Generalversammlungsbeschluss aufhebenden Entscheid allfällige Bezugsrechte auf neu auszugebende Aktien. Des Weiteren ist zu prüfen, ob Aktionär Reich Dritter i.S.v. § 273 ZPO ist. Nach § 273 ZPO sind „ausgeschlossene Nebenintervenienten“ ausdrücklich zum Rekurs befugt. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen Dritte durch gerichtlichen Entscheid nicht zur Nebenintervention zugelassen oder davon ausgeschlossen werden. Eine solche Konstellation liegt gemäss Sachverhalt nicht vor: Reich wurde als Nebenintervenient im Verfahren zugelassen. Auch seine im Widerspruch zur Hauptpartei stehenden Vorbringen bewirken nicht seinen Ausschluss. Somit ist er kein „ausgeschlossener Nebenintervenient“ i.S.v. § 273 ZPO. Da die Aufzählung in § 273 ZPO indessen nicht abschliessend ist, stellt sich die Frage, ob auch zugelassene Nebenintervenienten unter den Begriff des Dritten fallen. Dagegen spricht die formale Betrachtungsweise, dass Aktionär Reich als zugelassener Nebenintervenient im Verfahren Nebenpartei ist. Auf der anderen Seite kann er als solcher aber, wie zuvor dargelegt, gerade keine Rechtsmittel erheben. Im Unterschied zu den typischen Fällen der Nebenintervention kommt es vorliegend auch zu keinem Folgeprozess, in dem Aktionär Reich seine Rechte noch wahrnehmen könnte. Mit guten Gründen kann daher Aktionär Reich wie jedem Dritten das Recht zugestanden werden, gegen Entscheide, die wie vorliegend unmittelbar in seine eigenen Rechte eingreifen, rekurrieren zu können. Da indes fraglich ist, ob Rechtsprechung und h.L. die inter omnes-Wirkung von Gestaltungsurteilen für ein Betroffensein i.S.v. § 273 ZPO genügen lassen, wurden auch abweichende Ausführungen entsprechend bewertet.

Zu prüfen ist im Weiteren, ob sich die Rechtsmittellegitimation nicht bereits direkt aus Bundesrecht ergibt. Art. 706 Abs. 5 OR bestimmt, dass die Entscheidung über die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses gegenüber allen Aktionären wirkt, unabhängig davon, ob diese am Verfahren teilnehmen oder nicht. Soll aber besagte Entscheidung nicht nur zwischen Kläger und Beklagtem Wirkung entfalten, müssen alle anderen von der Entscheidung in ihren Rechten unmittelbar Betroffenen in angemessener Weise ins Verfahren miteinbezogen werden. Nach der hier vertretenen Auffassung muss als Folge der Gestaltungswirkung von Art. 706 Abs. 5 OR den betroffenen Dritten somit von Bundesrechts wegen auch eine entsprechende Rechtsmittelbefugnis zugestanden werden. Genauso berechtigt ist indes auch die entgegengesetzte Auffassung. Schlüssig begründet würde sie mit derselben Punktzahl bewertet.

Frage 2.2.

Der Abschreibungsentscheid des Bezirksgerichts erging durch Beschluss (Art. 31 Ziff. 1 GVG; Art. 155 GVG; Art. 188 Abs. 2 ZPO). Die kantonale Berufung fällt ausser Betracht, da sie gemäss Art. 259 ZPO nur gegen Urteile möglich ist⁹.

Gemäss § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ist im ordentlichen Verfahren der Rekurs gegen Erledigungsbeschlüsse der Bezirksgerichte zulässig, sofern der Streitwert für die Berufung ans Bundesgericht erreicht wird oder nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann. Die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses erfolgte im ordentlichen Verfahren (§§ 204 ff. ZPO e contrario). Durch den Abschreibungsbeschluss infolge Anerkennung wurde das Verfahren vor Bezirksgericht beendet. Die Klage auf Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses ist eine vermögensrechtliche Streitigkeit¹⁰. Der Streitwert bemisst sich nach dem Gesamtinteresse der Gesellschaft und nicht nach demjenigen des klagenden Aktionärs¹¹. Gemäss Sachverhalt wird der Generalversammlungsbeschluss über eine Kapitalerhöhung von 10 Mio. Fr. angefochten. Aus Sicht der Bank AG stehen somit 10 Mio. Fr. zuzüglich eines allfälligen Agios auf dem Spiel. Der Streitwert kann ohne weiteres auf diesen Betrag geschätzt werden und übersteigt bei weitem den für die eidgenössische Berufung erforderlichen Betrag von 8000.- Fr. (Art. 46 OG). Die Legitimation ist gemäss Aufgabenstellung als gegeben zu betrachten. Keine Probleme stellen sich auch bezüglich der Rügegründe, da mit dem Rekurs als vollkommenes Rechtsmittel sämtliche Rechts- und Tatfragen überprüft werden können. In der Form und Frist von § 276 ZPO kann somit Rekurs nach § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO erhoben werden.

Gegen einen abweisenden Entscheid des Obergerichts als Rekursinstanz ist als Erstes die eidgenössische Berufung zu prüfen (Art. 285 Abs. 1 ZPO, Art. 68 Abs. 1 OG, Art. 84 Abs. 2 OG). Gemäss Art. 48 Abs. 1 OG sind mit eidgenössischer Berufung Endentscheide oberer kantonalen Behörden anfechtbar, die durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden können. Endentscheide i.S.v. Art. 48 Abs. 1 OG sind alle Entscheide, die zu einer vollständigen Erledigung des Verfahrens führen. Mit dem Abschreibungsbeschluss des Bezirksgerichts wird das Verfahren abgeschlossen. Es handelt sich somit um einen Endentscheid i.S.v. Art. 48 Abs. 1 OG. Das Obergericht ist ein oberes kantonales Gericht. Ordentliche kantonale Rechtsmittel gegen den Obergerichtsentscheid stehen keine mehr zur Verfügung (§§ 259 und 271 ZPO e contrario). Der Abschreibungsbeschluss ist somit taugliches Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 48 Abs. 1 OG. Einer näheren Prüfung bedarf bei der eidgenössischen Berufung im Weiteren der Beschwerdegrund. Nach Art. 43 OG können bis auf wenige hier nicht vorliegende Ausnahmen nur Bundesrechtsverletzungen gerügt werden. Gemäss Sachverhalt rügt Aktionär Reich, der Verwaltungsrat sei nicht befugt gewesen, die Anfechtungsklage anzuerkennen. Eine Klageanerkennung ist nur möglich, wenn die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können. Aktionär Reich macht eine Verletzung der *Offzialmaxime* geltend. Es ist zu prüfen, ob im Anfechtungsverfahren von Generalversammlungsbeschlüssen die *Offzialmaxime* bundesrechtlich vorgegeben ist. Hierbei ist einerseits zu beachten, dass der Verwaltungsrat funktional die Mehrheit der Aktionäre vertritt. Es wäre mit dem Ordnungsge-

⁹ Die Begründung, die kantonale Berufung sei unzulässig, da kein Sachentscheid sondern ein Prozessentscheid vorliege, ist unzutreffend. Bei der Abschreibung infolge Anerkennung handelt es sich um einen Sachentscheid und keinesfalls um einen Prozessentscheid. Die Unzulässigkeit der kantonalen Berufung ergibt sich daraus, dass der Abschreibungsentscheid infolge Klageanerkennung in Beschluss- und nicht in Urteilsform ergeht.

¹⁰ BGE 107 II 179.

¹¹ BGE 92 II 243; BGE 75 II 152.

füge der Gesellschaft nicht vereinbar, dass der Verwaltungsrat eigens einen Mehrheitsbeschluss der Aktionäre durch Anerkennung der Anfechtungsklage zu Fall bringen könnte¹². Andererseits schliesst schon die Gestaltungswirkung gegenüber Dritten, wie sie Art. 706 Abs. 5 OR explizit vorsieht, einen parteiautonom abgeschlossenen Vergleich aus¹³. Dasselbe gilt auch für die Anerkennung durch den Verwaltungsrat. Im Anfechtungsverfahren von Generalversammlungsbeschlüssen gilt demnach die *Offizialmaxime*. Da sie sich aus Bundesrecht ergibt, liegt ein gültiger Beschwerdeggrund i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OG vor. Der Abschreibungsbeschluss infolge Klageanerkennung verstösst in klarer Weise gegen die *Offizialmaxime*. Im Weiteren handelt es sich gemäss obigen Ausführungen um eine vermögensrechtliche Streitigkeit und der Streitwert von 8000.- Fr. ist erfüllt (Art. 46 OG). Es handelt sich auch um eine Zivilsache, da das strittige Rechtsverhältnis wie dargelegt im Bundesprivatrecht geregelt ist. Ausserdem liegt eine Zivilstreitigkeit vor, weil sich zwei Parteien in einem kontradiktorischen Verfahren vor dem Richter gegenübergestellt sind. Auf die Legitimation ist nicht weiter einzugehen. Sind Form und Frist gewahrt (Art. 54 und 55 OG), kann Aktionär Reich gegen einen abweisenden Rekursentscheid des Obergerichts eidgenössische Berufung einlegen. Er wird Erfolg haben, da durch den Abschreibungsbeschluss infolge Klageanerkennung die *Offizialmaxime* verletzt wurde.

Frage 3: Kollokationsverfahren

In welchem Stadium ist das Konkursverfahren über die Landis AG?

Das zuständige Konkursgericht hat am 2. September den Konkurs über die Handelsfirma Landis AG eröffnet. Die Konkursöffnung wurde dem Konkursamt mitgeteilt (SchKG 176), das die notwendigen Schritte zur Feststellung der Konkursmasse und zur Bestimmung des Verfahrens eingeleitet hat.

Nach SchKG 195 kann der Konkurs in drei besonderen Fällen (Tilgung sämtlicher Forderungen, Rückzug sämtlicher Konkurseingaben durch die Gläubiger, Zustandekommen eines Nachlassvertrages) bis zum Schluss des Verfahrens widerrufen werden. Demzufolge kann Paula Faller als Gläubigerin den Widerruf des Konkurses alleine nicht erreichen.

Neben der Aufnahme des Inventars hat das Konkursamt dafür zu sorgen, dass die noch vorhandenen Aktiven den Konkursgläubigern erhalten bleiben. Zu diesem Zweck kann es Sicherungsmassnahmen anordnen (SchKG 221 i.V.m. 223). Bestehende Verpflichtungen des Schuldners können nur dann erfüllt werden, wenn sich dadurch ein grösserer Gewinn für die Konkursmasse erzielen lässt (SchKG 211).

Die im Sachverhalt erwähnte Kündigung aller Arbeitsverhältnisse der Landis AG auf den nächsten Kündigungstermin stellt in diesem Zusammenhang eine erforderliche Sicherungsmassnahme dar. Liegen (noch) keine Übernahmeangebote für die ganze Tätigkeit oder für einzelne Geschäftsbereiche der Landis AG vor und erscheint eine Sanierung nicht möglich, kann das Konkursamt nicht riskieren, dass die Belegschaft monatelang auf Kosten der Konkursmasse weiter beschäftigt wird. Die erfolgte (vor-

12 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Nachdruck Zürich 1997, N 1918a; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 73.

13 BGE 80 I 385.

sorgliche) Kündigung durch das Konkursamt soll Klarheit darüber verschaffen, dass die Konkursmasse nicht gedenkt, in die bestehenden Arbeitsverträge einzutreten (SchKG 211 II)¹⁴.

Gegen die vom Konkursamt ausgesprochene (ordentliche) Kündigung kann nach herrschender Lehre keine SchK-Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (SchKG 17) erhoben werden¹⁵.

Aufgrund des Konkursinventars, das dem Schuldner zur Stellungnahme vorgelegt wird (SchKG 228), kann das Konkursamt abschätzen, ob die vorhandenen Aktiven die Kosten für die Durchführung des ordentlichen Verfahrens voraussichtlich decken werden. Ist dies nicht der Fall, beantragt es dem Konkursgericht das summarische Verfahren (SchKG 231) oder gar die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven (SchKG 230).

Den Gläubigern steht das Recht zu, die Durchführung des Konkurses im ordentlichen Verfahren zu verlangen (SchKG 231 II), wenn sie für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichende Sicherheiten leisten. Dadurch können sie die Durchführung von Gläubigerversammlungen und die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung erwirken, was die Mitwirkungs- und Kontrollchancen der Gläubiger erheblich erhöht.

Sobald feststeht, welche Verfahrensart zur Anwendung kommt, kann die Eröffnung des Konkurses öffentlich gemacht werden. Mit der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung, dem sog. Schuldenruf, wird eine einmonatige Frist zur Eingabe der Konkursforderungen samt Beweismitteln ausgelöst (SchKG 232 II Ziff. 2). Sollte ein Gläubiger diese Frist nicht einhalten, kann die Forderung trotzdem bis zum Schluss des Verfahrens eingegeben werden. Für die durch die Verspätung verursachten Kosten (Neuauflage des Kollokationsplans u.Ä) muss der säumige Gläubiger aufkommen (SchKG 251).

Als leitende Mitarbeiterin der Landis AG wird Paula Faller in den Personal- und Lohnlisten sowie in der Kreditorenbuchhaltung der Konkursitin aufgeführt, so dass sie Adressatin einer Spezialanzeige sein sollte (SchKG 233).

FAZIT

Nach dem Gesagten ist Paula Faller zu raten, ihre Forderungen (Lohn, Gewinnbeteiligung, Abgangsentschädigung) mit allen verfügbaren Beweisstücken (z.B. Arbeitsvertrag, Lohnabrechnungen, Bilanz 2001) fristgerecht einzureichen. Obwohl die Einteilung der Gläubiger von Amtes wegen vorgenommen wird (SchKG 244 ff.), ist es für Paula Faller ratsam, alle Angaben zu machen, die zur privilegierten Behandlung ihrer Forderungen führen können¹⁶.

Kollokation der Forderungen der Paula Faller

Im Konkursverfahren findet eine Generalexekution statt: Das gesamte Vermögen des Schuldners sowie alle bei der Eröffnung des Verfahrens bestehenden Schulden wer-

¹⁴ Vgl. GILLIÉRON, N 36 zu Art. 211 SchKG.

¹⁵ Vgl. MEIER ISAAK, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 74 f.

¹⁶ Vgl. SCHKG-HIERHOLZER, N 8 zu Art. 244; GILLIÉRON, N 45 zu Art. 232 SchKG.

den liquidiert. Mit dem Erlös aus der Verwertung der Konkursmasse werden die Gläubiger grundsätzlich gleichmässig befriedigt. Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Gläubiger im Konkurs erfährt jedoch zwei Ausnahmen. Einerseits werden mit dem Erlös aus der Verwertung der Pfänder die pfandgesicherten Forderungen vorweg bezahlt (SchKG 219 I), andererseits werden gewisse Forderungen natürlicher Personen wie Arbeitnehmer, Versicherte, Familienmitglieder usw., die in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Schuldner stehen, aus sozialen Gründen privilegiert (SchKG 219 IV Erste und zweite Klasse).

Nicht alle Personen, die formell unter den obligationenrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen, gelten als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG. Für die Annahme eines Arbeitnehmerprivilegs muss im Einzelfall das Bestehen eines Subordinations- oder Unterordnungsverhältnis bejaht werden.

Folgende Elemente können ein Unterordnungsverhältnis ausschliessen:

- Unabhängigkeit, Einzelzeichnungsberechtigung;
- Massgebliche Teilhabe an der Geschäftspolitik;
- Alleinige oder gemeinsame Bestimmung des Geschäftsganges;
- Einsicht in die Geschäftsunterlagen.

Die wirtschaftliche Beteiligung am Unternehmen (z.B. die Stellung als Aktionär) ist hingegen nicht massgeblich. Das Bundesgericht hat bei einem Geschäftsführer, der Mitglied des Verwaltungsrates und als solcher einzelzeichnungsberechtigt war, das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses entschieden verneint¹⁷.

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass Otto Landis, Gründer (oder Nachkommen des Gründers) des Familienunternehmens Landis AG, der Firma als Generaldirektor und Präsident des Verwaltungsrates (VR) vorsteht. Otto Landis wirkt auch bei der Vorbereitung und Fällung aller wichtigen Entscheidungen mit, so dass den Direktoren keine Autonomie in der Führung ihrer Abteilungen zusteht. Der partizipative Führungsstil von Otto Landis und die Teilhabe der Kadermitglieder am wirtschaftlichen Erfolg der Firma (Gewinnbeteiligung) lassen alleine den Schluss nicht zu, die Direktoren könnten den Geschäftsgang massgeblich bestimmen.

Nach dem Gesagten kann bei Paula Faller das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses und somit die Privilegierung der Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis mit der Landis AG grundsätzlich bejaht werden.

- a) Ausstehender Lohn der letzten 8 Monate vor Konkurseröffnung bis zur ordentlichen Kündigung

Bei der Lohnforderung der Paula Faller gilt es zwischen den Monaten Januar und Februar, den Monaten März bis August und dem Kündigungslohn (ab 2. September 2002) zu unterscheiden.

Privilegiert im Sinne von SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a, erster Halbsatz sind zuerst die Lohnforderungen März bis August 2002 („*letzte sechs Monate vor Konkurseröffnung*“). Der Lohn der weiteren zwei Monate (Januar und Februar) ist dagegen nicht privilegiert und fällt in die dritte Klasse mit den übrigen Forderungen.

¹⁷ Vgl. BGE 118 III 52 E. 3b.

Anders als bei den „Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis“, die nur insofern privilegiert sind, als sie in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstanden sind, werden „Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers“ (SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a, zweiter Halbsatz) zeitlich uneingeschränkt privilegiert. Dass die Kündigung u.U. erst nach der Konkursöffnung ausgesprochen wird und der Lohn erst in den der Konkursöffnung folgenden Monaten ausbezahlt werden soll, spielt bei dieser Art von Forderungen keine Rolle. Da die Konkursöffnung kein wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von OR 337 darstellt, soll die Privilegierung des Kündigungslohns nicht vom eher zufälligen Zeitpunkt der Kündigung abhängen.

Auch sind keine Gründe ersichtlich, warum zwischen der Kündigung, die seitens des Arbeitgebers am Vortag des Konkurses ergeht und einer vom Konkursamt nach Konkursöffnung ausgesprochene Kündigung unterschieden werden sollte. In beiden Fällen wird das Arbeitsverhältnis gerade wegen des Konkurses vorzeitig beendet, was ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers zur Folge hat.

Nach dem Gesagten handelt es sich beim Kündigungslohn um eine privilegierte Forderung der ersten Klasse.

Für die ausstehenden Lohnforderungen der letzten vier Monaten vor Konkursöffnung entrichtet die Arbeitslosenversicherung sogenannte Insolvenzenschädigungen (AVIG 52 I). Paula Faller muss ihren Anspruch spätestens 60 Tage nach der Konkurspublikation geltend machen. Soweit die Kasse Paula Faller Insolvenzenschädigungen entrichtet, tritt sie in die Forderungen der Arbeitnehmerin ein (Subrogation) und wird in den Kollokationsplan als privilegierte Gläubigerin der ersten Klasse aufgenommen (AVIG 54). Paula Faller kann nach wie vor die verbleibenden zwei Monatslöhne in die erste Klasse eingeben.

b) Gewinnbeteiligung für das Jahr 2001

Privilegierte Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis sind die Lohnforderungen inkl. Überstundenlohn und der dreizehnte Monatslohn (pro rata temporis), der Anspruch auf einen Anteil am Geschäftsergebnis (OR 322a) oder auf Provision (OR 322b) sowie der Anspruch auf Abgangsschädigung (OR 339b-d)¹⁸.

Der vereinbarte Anteil am Geschäftsergebnis, der sich anhand der Bilanz genau errechnen lässt, ist im Laufe des Jahres 2001 entstanden und am 1. Februar 2002 fällig geworden und fällt somit ausserhalb der sechsmonatigen Frist vor Konkursöffnung. Paula Faller kann die Gewinnbeteiligung als gewöhnliche Drittklassforderung eingeben.

Gemäss OR 678 sind Aktionäre, VR-Mitglieder sowie andere dem Verwaltungsrat nahestehenden Personen zur Rückgabe von Anteilen am Geschäftsergebnis verpflichtet, die sie ungerechtfertigt oder im bösem Glauben erhalten haben. Andere Leistungen, die in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen, müssen ebenfalls rückerstattet werden.

¹⁸ Vgl. die Auflistung in SchKG-Peter, N 34 zu Art. 219 SchKG.

Es ist damit zu rechnen, dass die Konkursmasse oder einzelne (Abtretungs-)Gläubiger sich im Kollokationsverfahren oder in einem zivilrechtlichen Verfahren gegen die Anerkennung dieser Forderung wehren werden.

c) Vertragliche Abgangsentschädigung

Der Anspruch der Paula Faller auf die vertragliche Abgangsentschädigung ist in zweier Hinsicht bedingt: die Entschädigung wird zwei Jahren nach der unverschuldeten Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt, wenn Paula Faller keine gleichwertige Anstellung gefunden hat. Diese vertragliche Klausel soll Paula Faller für den Fall absichern, dass sie nach Ausschöpfung ihres Anspruchs auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung (z.Zt. ca. 2 Jahren, AVIG 27) noch keine Arbeit gefunden hat.

Der Eintritt der ersten Bedingung kann bejaht werden, da die Entlassung der Paula Faller in arbeitsrechtlicher Hinsicht ohne ihr Verschulden geschehen ist¹⁹. Erst zwei Jahren nach der Entlassung wird sich herausstellen, ob Paula Faller eine gleichwertige, keine oder eine minderwertige Anstellung gefunden hat.

Diese vertragliche Abgangsentschädigung stellt eine bedingte privilegierte Forderung aus dem Arbeitsverhältnis dar. Suspensiv bedingte Forderungen können als Konkursforderungen eingegeben werden und werden entsprechend in den Kollokationsplan aufgenommen (SchKG 210). Die Auszahlung des auf die Forderung entfallenden Anteils erfolgt aber erst, nachdem die Bedingung eingetreten ist. Solange dies nicht der Fall ist, wird der Anteil bei der Depositenanstalt hinterlegt (SchKG 264).

FAZIT

Bei den Konkurseingaben der Paula Faller handelt es sich bei der Lohnforderung von März bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist und bei der vertraglichen Abgangsentschädigung um privilegierte Forderungen der ersten Klasse. Der Lohn für die Monaten Januar und Februar 2002 sowie die Gewinnbeteiligung 2001 sind gewöhnliche Forderungen der dritten Klasse.

Auflage des Kollokationsplans

Nach Ablauf der Eingabefrist prüft das Konkursamt die eingegebenen Forderungen und erstellt den Kollokationsplan (SchKG 244 ff.). Das Konkursamt ist verpflichtet, eine Erklärung des Schuldners einzuholen, an die es jedoch nicht gebunden ist. Der Kollokationsplan gibt über die Rangordnung der Eingaben und die auf sie voraussichtlich entfallenden Dividenden Auskunft. Die Auflage des Kollokationsplans wird öffentlich bekannt gemacht. Gläubigern, deren Forderungen nicht im beanspruchten Rang kolloziert worden sind, wird die Auflage des Kollokationsplans separat angezeigt (SchKG 249 III).

Verfahrensschritte nach Auflegung des Kollokationsplans

Die Auflage des Kollokationsplans beim Konkursamt löst die 20-tägige Frist zur Anhebung von Kollokationsklagen aus (SchKG 250).

Paula Faller kann die Kollokation der eigenen Forderungen (Abweisung oder Kollokation in der dritten Klasse) mit positiver Kollokationsklage gegen die Konkursmasse

¹⁹ Ob Paula Faller als Ko-direktorin für das Debakel der Landis AG mitverantwortlich ist, wird im Rahmen eines allfälligen Verantwortlichkeitsprozess zu entscheiden sein.

anfechten (SchKG 250 I). Wird ihre Klage gutgeheissen und die auf ihre Forderung entfallende Dividende erhöht, wirkt sich dieses Urteil auf alle übrigen Gläubiger aus, da ihre Dividenden entsprechend gekürzt werden müssen.

Die Kollokation anderer Gläubiger kann Paula Faller mit negativer Kollokationsklage gegen den betreffenden Gläubiger beanstanden (SchKG 250 II). Wird ihr Begehren vom Gericht geschützt, entfaltet das Urteil zuerst nur zwischen den Parteien am Prozess seine Wirkung. Die Klägerin kann die Differenz zwischen der Dividende des Beklagten vor und nach dem Prozess bis zur vollständigen Deckung ihrer Forderungen beanspruchen. Der Überschuss fällt in die Konkursmasse und wird unter den Gläubigern verteilt.

Formelle Mängel des Kollokationsplans hat Paula Faller hingegen innert 10 Tagen mit SchK-Beschwerde anzufechten.

Paula Faller muss sich bewusst sein, dass gegen ihre Forderungen ebenfalls negative Kollokationsklage erhoben werden kann. Ferner ist das Risiko von Verantwortlichkeitsklagen nach OR 757 gegen Otto Landis, die übrigen Mitglieder des VR und allenfalls auch gegen Paula Faller und die anderen Direktoren nicht von der Hand zu weisen. Sollte die Konkursmasse diese Prozesse nicht in eigenem Namen führen wollen, könnten sich einzelne Gläubiger das Prozessführungsrecht abtreten lassen (SchKG 260).

Im Kollokationsprozess kommt dem Schuldner keine Aktivlegitimation zu. Nachdem er seine Erklärung zu den einzelnen Forderungen abgegeben hat (Erwahrung, SchKG 244 f.), kann er allfällige Verfahrensmängel mit SchK-Beschwerde rügen.

Fall 4

4.1. Wie kann Peter Bohnenblust zur Geltendmachung seiner Forderung vorgehen?

2 Punkte

Im vorliegenden Fall stehen Anerkennung und Vollstreckung eines gerichtlichen Vergleichs aus Deutschland zur Diskussion.

Rechtsgrundlage: Da Deutschland als Herkunftsland des Vollstreckungstitels und die Schweiz als Vollstreckungsort Mitglieder des LugÜ sind, kommt dieses Übereinkommen zur Anwendung. Es liegt eine Zivilsache vor. Eine Ausnahme nach LugÜ 1 II ist nicht gegeben. Mit den in Art. 1 II Ziff. 2 genannten Vergleichen sind selbstverständlich nicht gerichtliche Vergleiche, sondern Zwangsvergleiche im Rahmen eines Nachlassverfahrens gemeint.

Vorliegen eines Vollstreckungstitels nach LugÜ: Die Voraussetzungen für Anerkennung und Vollstreckung sind ausschliesslich durch das LugÜ zu beantworten. Im vorliegenden Fall liegt ein gerichtlicher Vergleich vor, der nach LugÜ 51 vollstreckbar ist, wenn er auch im Herkunftsstaat vollstreckbar ist. Nach deutschem Recht, das laut der Prüfungsannahme inhaltlich dem Zürcher Recht entspricht, ist diese Voraus-

setzung nach ZPO 191 II gegeben. Die Vollstreckbarkeit eines schweizerischen Vergleichs, der eine Geldforderung zum Gegenstand hat, ergibt sich auch schon aus SchKG 81.

Mögliche Vorgehensweisen: Es stehen grundsätzlich zwei Verfahrensvarianten zur Verfügung:

- Gewöhnliches Vollstreckungsverfahren, in dem die Frage der Vollstreckbarkeit als Vorfrage geprüft wird; d.h. in der Schweiz Betreibungsverfahren mit Prüfung der Frage der Vollstreckbarkeit im Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung.
- Separates Vollstreckungsverfahren (sog. Exequaturverfahren) nach LugÜ 31 ff. mit anschliessendem Betreibungsverfahren.

Variante gewöhnliches Betreibungsverfahren:

- **Sachliche Zuständigkeit:** Für die Ausstellung des Zahlungsbefehls ist das Betreibungsamt zuständig (vgl. SchKG 69); das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung wird vom Einzelrichteramt im summarischen Verfahren beurteilt (SchKG 25 II; ZPO 213 Ziff. 2).
- **Örtliche Zuständigkeit:** Da ein internationaler Sachverhalt vorliegt und die Streitsache im Anwendungsbereich des LugÜ liegt, kommt LugÜ 16 Ziff. 5 für das Einleitungsverfahren zur Anwendung. Da hier jedoch nur die internationale Zuständigkeit bestimmt wird, ist als nächster Schritt das IPRG zu prüfen. Das IPRG behält jedoch die Zuständigkeiten des SchKG für Vollstreckungsverfahren im engeren Sinne, wie sie hier vorliegen, vor. Somit kommt schlussendlich SchKG 46 in Verb. mit 84 I zur Anwendung. Örtlich zuständig sind somit Betreibungsamt und Rechtsöffnungsgericht in Zürich. Für das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung ist es auch vertretbar, die Zuständigkeit direkt aus LugÜ 32 II herzuleiten.
- **Verfahrensablauf:** Das Einleitungsverfahren weist grundsätzlich keine Besonderheiten auf. Die Frage der Vollstreckbarkeit wird im Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung geprüft. SchKG 81 II besagt, dass sich die Voraussetzungen aus dem Staatsvertrag (hier LugÜ) ergeben, wenn die Vollstreckung eines Titels aus einem Land zur Diskussion steht, mit dem die Schweiz einen Staatsvertrag abgeschlossen hat.
- **Besonderheiten des Verfahrens betr. definitive Rechtsöffnung:** Eine ungelöste Streitfrage ist, ob und inwiefern das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung an das Verfahren nach LugÜ 31 angepasst werden soll. Nach der Zürcher Praxis wird etwa der Schuldner mit Einwendungen aus dem LugÜ erst im Rechtsmittelverfahren gehört.
- **Rechtsmittel:** Gegen den Rechtsöffnungsentscheid kann Rekurs ans Obergericht nach ZPO 272 II Ziff. 3 ergriffen werden. Anschliessend stehen die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde insb. gestützt auf ZPO 281 Ziff. 1 und/oder 2 und die staatsrechtliche Beschwerde insb. gestützt auf BV 9 (Willkür) zur Verfügung.

2 Punkte

Variante Exequaturverfahren:

- **Sachliche Zuständigkeit:** Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichteramtes im summarischen Verfahren ergibt sich aus LugÜ 32 I, wo auf das Rechtsöffnungsrichteramt verwiesen wird.

- **Örtliche Zuständigkeit:** Nach LugÜ 32 II ist das Rechtsöffnungsrichteramt am Wohnsitz des Schuldners, hier Zürich, örtlich zuständig.
- **Verfahrensablauf:** Die Erklärung der Vollstreckbarkeit erfolgt zunächst auf einseitiges Vorbringen (LugÜ 34). Der Schuldner kann seine Einwendungen alsdann im Rechtsbehelfsverfahren nach LugÜ 36 vortragen. Ist die Vollstreckbarkeit definitiv festgestellt, muss der Gläubiger noch ein Einleitungsverfahren durchlaufen. Das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung ist dann allerdings auf die Einwendungen nach SchKG 81 I beschränkt.
- **Sicherungsmassnahmen:** Nach erstinstanzlicher Erklärung der Vollstreckbarkeit kann der Gläubiger bereits Sicherungsmassnahmen beantragen (LugÜ 39). Nach h.M. kann der Gläubiger einen sog. Lugano-Arrest erwirken.
- **Rechtsmittel:** Die Rechtsmittel ergeben sich aus dem LugÜ (Art. 36 und 37) in Verbindung mit dem kantonalen Recht und dem OG. Im Kanton Zürich kann zunächst der Rekurs an das Obergericht und anschliessend die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen werden.

Welches Verfahren soll Peter Bohnenblust wählen?

Die Variante gewöhnliches Betreibungsverfahren hat den Vorteil, dass die Voraussetzung der Vollstreckbarkeit nicht überprüft werden müssen, wenn Rita Kohl keinen Rechtsvorschlag erhebt. Da jedoch mit einem Rechtsvorschlag gerechnet werden muss, ist m.E. das Exequaturverfahren vorzuziehen, weil nach der erstinstanzlichen Gewährung der Vollstreckbarkeit bereits Sicherungsmassnahmen nach LugÜ 39 (Lugano-Arrest) erlangt werden können.

4.2. Wie kann Rita Kohl zur Geltendmachung ihrer Einwendungen vorgehen?

Rita Kohl möchte folgende Einwendungen vorbringen:

- Sie habe sich bei Abschluss des Vergleichs in einem wesentlichen Irrtum befunden.
- Im Weiteren sei ihr der Abschreibungsentscheid nicht richtig zugestellt worden.

4.2.1. Einwendung betr. unrichtige Zustellung

3 Punkte

Ist die Zustellung unrichtig erfolgt?

Im Zeitpunkt der Abschreibung des Verfahrens gestützt auf den gerichtlichen Vergleich wohnten beide Parteien in Deutschland. Die Frage der Zustellung beurteilt sich somit nach deutschem Recht, von dem anzunehmen ist, dass es inhaltlich dem Zürcher Recht entspricht.

Ob die Zustellung nach Zürcher Recht korrekt erfolgt ist, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Massgebend sind die §§ 187 in Verb. mit 177 ff. GVG. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, ob die Zustellung an eine empfangsberechtigte Person nach GVG 177 II erfolgt ist oder nicht. Es wurde auch nicht erwartet, dass die Kandidatinnen und Kandidaten die Zustellungspraxis kennen. Entsprechend wurden alle irgendwie nachvollziehbaren Ausführungen und Schlussfolgerungen akzeptiert.

M.E. ist die Zustellung nicht richtig erfolgt. Ebenso konnte sie auch nicht dadurch geheilt werden, dass Rita Kohl den Entscheid schlussendlich doch erhielt.

Gestützt auf welche Bestimmung kann die Einwendung im Vollstreckungsverfahren gerügt werden?

Folgende Bestimmungen fallen in Betracht:

- LugÜ 27 Ziff. 2: Diese Bestimmung kommt hier nicht zur Anwendung, da Rita Kohl sich auf das Verfahren eingelassen hat. Lediglich der Abschreibungsbeschluss wurde nicht richtig zugestellt. Art. 27 Ziff. 2 kann im Übrigen auch deshalb nicht angerufen werden, da hier die Vollstreckung eines gerichtlichen Vergleichs zur Diskussion steht. Nach LugÜ 51 in Verb. mit 50 kann lediglich vorgebracht werden, dass der Vergleich gegen den Ordre Public verstösst.
- LugÜ 27 Ziff. 1: Mit der Zustellung könnte allenfalls gegen den (formellen) Ordre Public verstossen worden sein. Es ist dies jedoch eher zu verneinen, da hiervon nur wirklich gravierende Rechtsverstösse erfasst werden. Rita Kohl war ja auch selber am Vergleichsabschluss beteiligt.
- LugÜ 47 betr. Nachweis der Zustellung: Nach dieser Bestimmung hat der Gesuchsteller, der eine Vollstreckung beantragen will, u.a. Urkunden vorzulegen, aus denen sich ergibt, dass die Zustellung erfolgt ist. Möglicherweise kann Peter Bohnenblust solche Urkunden nicht vorlegen. Auch hier ist allerdings infolge von LugÜ 51 in Verb. mit 50 unklar, ob Rita Kohl die unrichtige Zustellung rügen könnte.
- LugÜ 51 in Verb. mit 47: Der Vergleich kann nur in der Schweiz vollstreckt werden, wenn er auch in Deutschland vollstreckbar ist. Nach Zürcher Recht, das hier für das deutsche Recht zur Anwendung kommt, muss der Vergleich hierfür in Rechtskraft erwachsen sein. Es lässt sich sagen, dass ein Entscheid, der nicht richtig zugestellt worden ist, auch nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Wie die Zustellung dürfte daher auch der Nachweis der Vollstreckbarkeit kaum zu erbringen sein.

In welchem Verfahrensabschnitt kann die Einwendung gerügt werden?

- **Variante Betreibungsverfahren:** Die Einwendung der mangelnden Zustellung insb. gestützt auf LugÜ 27 Ziff. 1 kann nach der Zürcher Praxis erst im Rekursverfahren geltend gemacht werden. Falls Peter Bohnenblust die nach LugÜ 47 erforderlichen Dokumente betr. Rechtskraft und Zustellung nicht vorlegen kann, muss das Gericht das Gesuch um definitive Rechtsöffnung von Amtes wegen abweisen.
- **Variante Exequaturverfahren:** Für das Exequaturverfahren gilt das gerade zur Variante Betreibungsverfahren Ausgeführte schon gestützt auf LugÜ 31 ff.

4.2.1. Einwendung betr. Willensmängel

3 Punkte

Wo und mit welchem Rechtsbehelf oder Rechtsmittel können die Willensmängel vorgetragen werden?

Rita Kohl will einen in Deutschland geschaffenen Rechtstitel in Frage stellen. Sie muss damit auch nach den dort zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln vorgehen. Nach deutschem Recht (in casu gleich Zürcher Recht) können Willensmängel zunächst im Rahmen der Berufung geltend gemacht werden, wenn die Rechtsmittelfrist noch läuft. Ist die Entscheidung bereits in Rechtskraft er-

wachsen, steht Rita Kohl das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision zur Verfügung (ZPO 293 II).

Gestützt auf welche Bestimmungen können die Willensmängel bzw. die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen die Willensmängel in einem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz vorgebracht werden?

Rita Kohl hat grundsätzlich keine Möglichkeit, die Willensmängel direkt in einem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz vorzubringen. Denkbar ist höchstens das Argument, es liege dabei ein Verstoss gegen den Ordre Public vor (LugÜ 27 Ziff. 1). M.E. fallen jedoch solche Mängel nicht unter diese Bestimmung, zumal ja die betroffene Partei deswegen in Deutschland Rechtsschritte einleiten kann.

Rita Kohl kann jedoch in einem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz nach LugÜ 38 vorgehen, falls sie in Deutschland Rechtsschritte eingeleitet hat. D.h. sie kann insbesondere die Sistierung des schweizerischen Vollstreckungsverfahrens bis zum Vorliegen eines Entscheides in Deutschland beantragen. Beim ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision wäre es allerdings notwendig, dass Rita in Deutschland mit Erfolg die aufschiebende Wirkung beantragt (ZPO 294).

M.E. gilt LugÜ 38 nicht nur in einem Exequaturverfahren, sondern sinngemäss auch in einem gewöhnlichen Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung, in dem die Vollstreckung eines Lugano-Entscheides zur Diskussion steht.

Wie kann das Vollstreckungsverfahren in der Schweiz nach Beseitigung des Rechtsvorschlags gestoppt werden?

Eine schwierige Frage ist, ob und wie das Vollstreckungsverfahren in der Schweiz gestoppt werden kann, wenn der Rechtsvorschlag bereits beseitigt wurde. Nach dem Wortlaut von LugÜ 38 kann der Gesuchsgegner die fragliche Einwendung nur geltend machen, solange das Rechtsbehelfsverfahren nach LugÜ 36/37 noch läuft. M.E. sollte wohl, mindestens soweit das nationale Recht dies zulässt, auch eine nachträgliche Sistierung noch möglich sein. In der Schweiz könnte der Schuldner wohl nach SchKG 85 bzw. 85a vorgehen.

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

		Kommentar	Punkte
Fall 1	Frage 1.	Zulässigkeit für ein Säumnisurteil i.c. richtigerweise bejaht gestützt auf <ul style="list-style-type: none"> • ZPO 129 Abs. 2 Ziff. 2 (Fehlen an der Sühneverhandlung ohne genügende Entschuldigung) (0.5) und ZPO 129 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. 53 Ziff. 3 (0.5); Sachverhalt als Konsumentenstreitigkeit qualifiziert (0.5) 	1.5
		Möglichkeit eines Wiederherstellungsgesuchs nach GVG 199 geprüft <ul style="list-style-type: none"> • GVG 199 gesehen (1.5), GVG 200 Abs.1 erkannt (0.25) • Grobes Verschulden überzeugend bejaht (1.0) und Einwilligung der Gegenpartei erwähnt (0.25) • Variante: Grobes Verschulden überzeugend verneint (1.0) und GVG 199 als Gebotsnorm qualifiziert (0.25) 	1.75 1.25 oder 1.25
		Rechtsmittel (Achtung: Um die volle Punktzahl zu erreichen musste die Subsidiaritätsordnung der Rechtsmittel klar eingehalten werden) <ul style="list-style-type: none"> • kantonale Berufung nach ZPO 259 Ziff. 2 (0.25), kantonaler Rekurs i. S. v. ZPO 271 Abs. 1 (0.25), eidgenössische Berufung nach OG 43 (0.25) zutreffend verneint 	0.75
		<ul style="list-style-type: none"> • eidg. Nichtigkeitsbeschwerde i. S. v. OG 68 wegen fehlendem Rügegrund richtigerweise verneint 	0.25
		Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde <ul style="list-style-type: none"> • ZPO 131 gesehen (1.0), unter ZPO 281 Ziff. 1 (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes) subsumiert (0.25), ZPO 131 fallbezogen und eingehend diskutiert (1.0) 	2.25
		<ul style="list-style-type: none"> • weitere Rügegründe (etwa ZPO 55 und 56, BV 29, BV 9 etc.) unter ZPO 281 Ziff. 1 und Ziff. 2 subsumiert und näher behandelt 	0.5
		<ul style="list-style-type: none"> • weitere Rechtsmittelvoraussetzungen für die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde geprüft und bejaht (Anfechtungsobjekt, kein Streitwerterfordernis, Legitimation von Rana etc.) 	0.5
		Staatsrechtliche Beschwerde (OG 84) geprüft (Anfechtungsobjekt, Subsidiarität, Rügegründe) und bejaht	0.25
		Konkurrenz zwischen Rechtsmittel und Wiederherstellungsgesuch erkannt und diskutiert	1.0
		Total Frage 1: 10 Punkte	
Fall 2	Frage 2.1.	Legitimation zur Weiterführung des Prozesses der Hauptpartei: <ul style="list-style-type: none"> • Reichs Stellung im Prozess begründet als unselbständiger Nebenintervenient qualifizieren 	0.25
		<ul style="list-style-type: none"> • grundsätzliche Rechtsmittelbefugnis von Reich als unselbständiger Nebenintervenient gestützt auf ZPO 45 Abs. 2 erkennen 	0.25
		<ul style="list-style-type: none"> • vorliegend Rechtsmittelbefugnis von Reich begründet verneinen da im Widerspruch zur Hauptpartei 	0.75
		Legitimation aus eigener Betroffenheit in eigenem Namen: <ul style="list-style-type: none"> • Möglichkeit von ZPO 273 erkennen und schlüssig diskutieren 	1.75
		<ul style="list-style-type: none"> • Legitimationsmöglichkeit kraft Bundesrecht begründet prüfen (OR 706 Abs. 5) 	0.75

	Frage 2.2.	<p>Kantonale Berufung nach ZPO 259 ff. begründet verneinen Rekurs nach ZPO 271 ff.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Abschreibungsbeschluss als Anfechtungsobjekt nach ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 1 erkennen und begründen 1.0 • Streitwert schlüssig begründen 1.0 <p>Eidgenössische Berufung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Abschreibungsbeschluss als Anfechtungsobjekt nach OG 48 Abs. 1 erkennen und begründen 1.0 • Bundesrechtsverletzung als Beschwerdegrund nach OG 43 sachverhaltsbezogen darlegen 0.5 • Anerkennungsbefugnis der Anfechtungsklage durch den Verwaltungsrat (Geltung der Offizialmaxime) schlüssig diskutieren 1.75 • übrige Voraussetzungen der eidg. Berufung fallbezogen prüfen 0.5 <p>Total Frage 2: 10 Punkte</p>	0.5
Fall 3	Frage 3.	<p>Eingabe der Forderungen im Konkurs der Landis AG</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anmeldungspflicht und Substanziierungspflicht • innert Frist und mit Beweismitteln (SchKG 232 II Ziff. 2, KOV 59) • Angabe des (behaupteten) Privilegs nicht erforderlich (Rangeinteilung v.A.w.) • allenfalls verspätete Eingabe und ihre Folgen: Neuauflage des Kollokationsplans und Kosten (SchKG 251) • allenfalls Spezialanzeige an die Arbeitnehmer (SchKG 233) <p>Lohn bis zur ordentlichen Kündigung 1.75</p> <ul style="list-style-type: none"> • Unterordnungsverhältnis (Subordination) • Unterscheidung zwischen a) Lohn Januar/Februar, b) Lohn März bis August und c) Lohn September (Konkurseröffnung) bis Ende der Kündigungsfrist • Privileg: bei a und b handelt es sich um „Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis“ (SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a <u>erster Halbsatz</u>), der Lohn Januar/Februar ist jedoch nicht mehr privilegiert; bei c (sog. Kündigungslohn) handelt es sich um eine „Forderung wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers“ i.S.v. SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a <u>zweiter Halbsatz</u> <p>Gewinnbeteiligung für das Jahr 2001 1.0</p> <ul style="list-style-type: none"> • Es handelt sich um eine „Forderung von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis“ i.S.v. SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a erster Halbsatz • Privileg: sechsmonatige Frist bei Konkurseröffnung abgelaufen <p>Vertragliche Abgangsentschädigung 1.75</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bedingte Forderung (SchKG 210) • Keine Auszahlung, Hinterlegung (SchKG 264 III) • Privileg: es handelt sich um eine „Forderung wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers“ i.S.v. SchKG 219 IV Erste Klasse lit. a zweiter Halbsatz <p>Konkursverwaltung legt den Kollokationsplan auf 0.50</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erhaltung der Konkursforderungen (SchKG 244-246) • Verpflichtung, eine Erklärung des Schuldners einzuholen • Abgewiesene Forderungen (SchKG 248) • Zu erwartende Konkursdividende • Öffentliche Bekanntmachung und Anzeige an die Gläubiger (SchKG 249 III) 	0.50

		<p>Verfahrensschritte nach Auflegung des Kollokationsplans</p> <ul style="list-style-type: none"> • Keine Kollokation oder Kollokation in der dritten Klasse: (positive) Kollokationsklage der PF gegen die Masse (SchKG 250 I) <ul style="list-style-type: none"> - konkursrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht - Streitwert und Legitimation - Wirkung und Risiken für die Klägerin und für alle Gläubiger • Formelle Mängel des Kollokationsplans: SchK-Beschwerde (SchKG 17) <ul style="list-style-type: none"> - Folgen: Aufhebung des Kollokationsplans hinsichtlich einzelner Forderungen - Berichtigung und Neuauflage des Kollokationsplans • (negative) Kollokationsklage der PF gegen die Zulassung oder den Rang anderer Gläubiger (SchKG 250 II) <ul style="list-style-type: none"> - Wirkungen für die Klägerin • (negative) Kollokationsklage anderer Gläubiger gegen die Zulassung oder den Rang der Forderungen von Paula Faller (SchKG 250 II) <ul style="list-style-type: none"> - Wirkungen für die Kläger <p>Total Frage 3: 10 Punkte</p>	<p>1.50</p> <p>1.50</p> <p>1.0</p> <p>0.50</p>
Fall 4	Frage 4.1.	<p>Prüfung der Anwendbarkeit des LugÜ; Darstellung der Variante mit Einleitung der Betreuung und Prüfung der Frage der Vollstreckungsvoraussetzungen im Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung;</p> <p>Ausführungen zum Vergleich als Vollstreckungstitel (Hinweis auf LugÜ 51 und SchKG 80 II);</p> <p>Prüfung der örtlichen Zuständigkeit nach LugÜ 16 Ziff. 5 in Verbindung mit SchKG;</p> <p>Hinweis auf allfällige Besonderheiten für das Rechtsöffnungsverfahren, die sich aus dem LugÜ ergeben.</p> <p>Darstellung der Variante mit Exequaturverfahren nach LugÜ 31 ff. und anschliessender Betreuung; kurze Erwähnung der Rechtsmittel;</p> <p>Bemerkungen zur örtlichen (LugÜ 32 II) und sachlichen (32 I) Zuständigkeit;</p> <p>Hinweis auf Sicherungsmassnahmen (insb. Lugano-Arrest);</p> <p>Diskussion der Vor- und Nachteile der beiden Verfahrensvarianten.</p>	<p>2</p> <p>2</p>

Frage 4.2.		<p>Einwendung der unrichtigen Zustellung: Prüfung der Frage, ob die Zustellung im Sinne von LugÜ 27 Ziff. 1 (ordre public) oder 2 (unrichtige Zustellung bei Nichteinlassung) mangelhaft ist bzw. – was an sich die entscheidende Frage ist – ob infolge der unrichtigen Zustellung überhaupt ein vollstreckbarer Titel vorliegt;</p> <p>Richtigkeit der Zustellung nach GVG;</p> <p>Ausführungen zur Frage, wann und wo diese Einwendung erhoben werden kann (Ausführungen zum Verfahren und den Rechtsmitteln werden unter 4.1. berücksichtigt);</p> <p>Bemerkungen zum anwendbaren Verfahrensrecht.</p> <p>Einwendung der Willensmängel: Eingehendere Ausführungen zur Frage wo, bei welchem Gericht und in welchem Verfahren die Einwendung erhoben werden kann;</p> <p>Ausführungen zur Frage, gestützt auf welche Bestimmungen die Einwendung der Willensmängel und/oder die Einwendung eines Verfahrens betr. die Willensmängel in einem Vollstreckungsverfahren in der Schweiz erhoben werden kann;</p> <p>Ausführungen zur Frage, wie ein allfälliges Vollstreckungsverfahren in der Schweiz gestoppt werden kann, wenn Rechtsmittel (insb. die Revision wegen Willensmängeln in Berlin) erhoben werden.</p> <p>Total Frage 4: 10 Punkte</p>	3
			3
		Total Punkte	40

Notenskala

Exakte Note	Punkte	Gerundete Note	ab x Punkten
3	6.5	3	4.5
3.5	10.5	3.5	8.5
4	14.5	4	12.5
4.5	18.5	4.5	16.5
5	22.5	5	20.5
5.5	26.5	5.5	24.5
6	30.5	6	28.5

1 Note höher pro 8 Punkte