

Klausur Liz. II ZPR / SchKG vom 13. August 2007

Prof. I. Meier

Sachverhalt

Fall (Maximal 10 Punkte)

Das Ehepaar Eva und Peter Roth kommt wegen verschiedener Kleinkredite, für deren Rückzahlung beide solidarisch haften, in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Peter Roth arbeitet als Hilfsarbeiter bei der Wohnsitzgemeinde. Eva Roth arbeitet halbtags in einer Treuhandfirma für Fr. 3'000.- pro Monat. Daneben verkauft sie als selbständig Erwerbende Heimcomputer mit einem durchschnittlichen Verdienst von Fr. 2'000.-. Etwa 50 % der Einnahmen aus dieser Tätigkeit sind dabei Schulung und Beratung, die sie in Zusammenhang mit der Installation der PC durchführt. Eva Roth besitzt für ihre Nebentätigkeit selbst zwei Schulungsgeräte im Wert von insgesamt Fr. 5'000.-. Ebenso hat sie 4 Geräte im Wert von je Fr. 3'000.- am Lager.

Die offenen Forderungen gegenüber der Kleinkredit Bank AG betragen Fr. 20'000.-. Die Bank AG betreibt schliesslich Eva und Peter Roth je für Fr. 20'000.-. Der Betreibungsbeamte pfändet in der Betreibung gegen Eva Roth unter anderem die genannten PC im Gesamtwert von Fr. 17'000.-. Auf eine Lohnpfändung wird demgegenüber verzichtet, da das der Ehefrau anrechenbare Existenzminimum ihren Lohn bei der Treuhandfirma übersteigt. Die Betreibung gegen Peter Roth interessiert im Folgenden nicht.

Die Ehefrau möchte etwas gegen die Pfändung der PC unternehmen.

Fragen:

1. Ist die Vorgehensweise des Betreibungsbeamten richtig? Hätten Alternativen bestanden?
2. Was kann die Ehefrau unternehmen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen.)
3. Die Ehefrau möchte, soweit möglich, sicherstellen, dass sie sofort wieder frei über die PC verfügen kann. Was empfehlen Sie ihr mit welcher Begründung?

Fall (Maximal 10 Punkte)

Der verstorbene Ernst Blatter hat drei Erben: Alfons, Agnes und Heinz Blatter. Der Erblasser hat testamentarisch verfügt, dass Alfons nur einen Viertel seines Pflichtteils bekommt, da Alfons vor Jahren Konkurs gemacht hat. Mehrere Gläubiger sind dabei für grössere Beträge zu Verlust gekommen. Als der Gläubiger Rolf Reich mit einer Forderung über Fr. 100'000.- hiervon per Zufall erfährt, fordert er Alfons Blatter gestützt auf Art. 524 ZGB auf, die Herabsetzungsklage zu erheben. Alfons Blatter kommt der Aufforderung nach. Er führt den Prozess jedoch nicht umsichtig. Infolge einer Fristversäumnis zur Nennung der Beweismittel verliert er den Prozess.

Fragen:

1. Hätte der Gläubiger Reich den ungünstigen Prozessausgang verhindern können als das Verfahren noch hängig war?
2. Was kann Rolf Reich gegen den Entscheid mit welchen Begründungen unternehmen, wenn er vorher nicht tätig geworden ist? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen unter der Annahme, dass der Streitwert Fr. 30'000.- übersteigt.)
3. Wird er damit Erfolg haben?

Fall (Maximal 10 Punkte)

Das sehr vermögende Ehepaar Rita und Rolf Müller hat zwei Kinder im Alter von drei und fünf Jahren. Infolge einer Ehekrise kommen Rita und Rolf überein, es sei das Beste, sich scheiden zu lassen. Sie suchen gemeinsam die Anwältin Dr. Maria Keller auf. Maria Keller erklärt sich bereit, das Ehepaar für den Abschluss einer Scheidungskonvention zu beraten. Nach zwei längeren Sitzungen, bei denen Rolf seine Vermögensverhältnisse mit verschiedenen Buchhaltungsunterlagen belegt, unterzeichnen Rita und Rolf eine Scheidungskonvention. Laut der Konvention soll Rita für sich und die Kinder Unterhaltsbeiträge von Fr. 15'000.- pro Monat erhalten. Die Ehegatten beabsichtigen, eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nach Art. 111 ZGB zu beantragen.

Nach Abschluss der Vereinbarung kommen Rita Müller immer mehr Zweifel, ob sie beim Abschluss der Konvention nicht zu kurz gekommen sei. Als sie per Zufall von einem Bekannten erfährt, dass Dr. Maria Keller ihren Ehegatten Rolf Müller schon einmal in einer geschäftlichen Angelegenheit beraten hat, erklärt sie ihm, dass sie sich nicht mehr an die Scheidungskonvention gebunden fühle.

Einige Zeit später reicht Rita Müller (nach erfolglosem Sühnversuch) die Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB ein. Das Ehepaar ist zu diesem Zeitpunkt bereits seit über zwei Jahren getrennt. Das Scheidungsbegehren lautet: „*Es seien die Ehe zu scheiden und die Nebenfolgen zu regeln*“. Rolf Müller erhebt auf die Scheidungsklage seiner Ehefrau hin eine Widerklage auf Scheidung. Zugleich stellt er das Begehren: „*Es sei festzustellen, dass sich die Parteien über die Nebenfolgen geeinigt hätten*“.

Fragen:

1. Wie soll das Gericht betreffend die Nebenfolgen vorgehen?
2. War die Vorgehensweise von Dr. Maria Keller korrekt? Falls dies nicht der Fall ist, welche rechtlichen Konsequenzen können sich hieraus für alle Beteiligten ergeben?

Fall (Maximal 5 Punkte)

Ein Flugzeug der Swiss Flug Air AG mit Sitz in Zürich ist im Jahre 2003 in den USA im Staat New York abgestürzt. Für die Hinterbliebenen mit Wohnsitz in der Schweiz, Deutschland und den USA ist in New York eine Sammelklage erhoben worden. Eine Untersuchung ergibt, dass die Maschine wegen eines Wartungsfehlers abgestürzt ist. Die Swiss Flug AG wird schliesslich trotz ihrer aufwendigen Verteidigung zur Zahlung von 3 Milliarden US-Dollar verurteilt. Der Schaden wurde dabei (unter anderem) so berechnet, dass zunächst die einzelnen Schäden und Genugtuungsansprüche der Hinterbliebenen nach ähnlichen Kriterien wie im schweizerischen Recht grob abgeschätzt wurden. Nähere Beweise wurden jedoch nicht erhoben. Dies ergab einen Betrag von 1 Milliarde Dollar. Hierauf wurde der Betrag dreifacht mit der Begründung, dass der Unfall grobfahrlässig zur Einsparung von Wartungskosten herbeigeführt worden sei.

Rechtsanwalt Ronald Burger aus den USA, der nach US-Recht berechtigt ist, für alle Geschädigten zu handeln, will das Urteil im Namen von allen Geschädigten in der Schweiz vollstrecken lassen.

Frage: Kann Ronald Burger das Urteil in der Schweiz vollstrecken lassen? (Allfällige Besonderheiten des nationalen und internationalen Luftfahrtrechts sind nicht zu berücksichtigen.)

Lösungsvorschlag

Fall 1

Frage 1.1

Betreibung auf Pfändung

Gemäss Sachverhalt arbeitet Eva Roth halbtags in einer Treuhandfirma und verkauft daneben als selbständig Erwerbende Heimcomputer mit einem durchschnittlichen Verdienst von Fr. 2'000.-. Betreffend die Abgrenzung zwischen der Betreibung auf Pfändung und der Betreibung auf Konkurs gilt der Grundsatz, dass der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, wenn er in einer der in Art. 39 SchKG aufgezählten Arten im Handelsregister eingetragen ist. Dabei ist nicht die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister entscheidend, sondern allein, ob die betreffende Person auch eingetragen ist. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass Eva Roth im Handelsregister eingetragen ist. Da zusätzlich kein Hinweis darauf besteht, dass die in Betreibung gesetzten Forderungen pfandgesichert seien, hat der Betreibungsbeamte gemäss Art. 42 Abs. 1 SchKG mit der Betreibung auf Pfändung die korrekte Betreibungsart gewählt. (Bloss der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass ein Inhaber einer Einzel-firma gemäss Art. 934 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 54 HRegV grundsätzlich nur dann handelsregis-tereintragungspflichtig ist, wenn seine jährlichen Roheinnahmen mindestens Fr. 100'000.- betragen.)

Kompetenzgut des Berufsstandes

In ihrer Eigenschaft als selbständig Erwerbende verkauft Eva Roth Heimcomputer mit einem durchschnittlichen Verdienst von Fr. 2'000.-, wobei etwa 50 % dieser Einnahmen aus der Schulung und Beratung resultieren, die sie in Zusammenhang mit der Installation der PC durchführt. Für ihre Nebentätigkeit besitzt sie zwei Schulungsgeräte. Daneben hat sie vier Geräte am Lager. Gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG sind die Werkzeuge, Geräteschaften, Instrumente und Bücher, soweit sie für den Schuldner und seine Familie zur Ausübung des Berufs notwendig sind, unpfändbar. Für die Falllösung bietet es sich an, einerseits den Begriff des Berufes von demjenigen der Unternehmung abzugrenzen. Andererseits ist zwischen den beiden Schulungsgeräten und den vier Computern am Lager zu differenzieren.

Nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG geschützt ist lediglich die berufliche Tätigkeit. Die Bezeichnung Beruf setzt die Anwendung persönlicher Fähigkeiten, eigener Arbeitskraft und eigenen Wissens voraus¹. Kein Beruf ist der Betrieb eines Unternehmens, weil der damit erzielte Gewinn nicht überwiegend als Entgelt für persönliche Tätigkeit erscheint, sondern hauptsächlich auf andere Erwerbsfaktoren wie Einsatz bezahlter Arbeitskräfte und investiertes Kapital zurückzuführen ist. Je mehr Kenntnis eine Tätigkeit erfordert, desto eher überwiegt dieser Faktor gegenüber dem investierten Kapital². Das Vorliegen eines Berufes wird angenommen, soweit und solange der Kapitaleinsatz nicht offensichtlich überwiegt³. Als Kriterium für die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit spielt also der Kapitaleinsatz die ausschlaggebende Rolle. Zur Ermittlung des kapitalistischen Elements sind sowohl der Wert der Hilfsmittel als auch derjenige der Warenvorräte heranzuziehen⁴.

¹ AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, 2003, § 23 N 22.

² BGE 95 III 83; BISchK 1982 S. 231.

³ Vgl. SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 16; BISchK 1982 S. 231.

⁴ Vgl. BGE 53 III 130.

In Zusammenhang mit der Installation der PC führt Eva Roth Schulungen und Beratungen durch. Dafür besitzt sie zwei Schulungsgeräte im Wert von insgesamt Fr. 5'000.-. Das Bundesgericht führte in BGE 85 III 22 aus, der Kapitaleinsatz müsse nach dem Anschaffungswert und nicht nach dem Zeitwert ermittelt werden. Über den Anschaffungswert der beiden Schulungsgeräte lässt sich dem Sachverhalt nichts entnehmen. Dies ist insofern deshalb unproblematisch, weil die Schulung und Beratung offensichtlich als berufliche Tätigkeit zu qualifizieren ist. Denn in Zusammenhang mit der Schulung und Beratung wird Eva Roth persönlich (gegen Entgelt) tätig, wendet ihre persönlichen Fähigkeiten an und vermittelt ihren Kunden ihr eigenes Wissen. Die Schulungsgeräte dienen also vornehmlich der Umsetzung der persönlichen Arbeitskraft der Eva Roth. Der Kapitaleinsatz ist dabei – unabhängig vom Anschaffungswert der beiden Schulungsgeräte – von untergeordneter Natur. Weiter ist für die Annahme eines Berufs i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG grundsätzlich allein die aktuelle Tätigkeit des Schuldners von Bedeutung. Nicht ausschlaggebend ist die dafür erforderliche Ausbildung⁵; sie kann gering sein oder sogar ganz fehlen. Es ist demnach vorliegend nicht von Relevanz, ob Eva Roth eine Ausbildung im EDV-Bereich genossen hat oder nicht.

Berufswerkzeug kann nur sein, was dazu dient, einen Mehrwert zu schaffen oder ein Arbeitsentgelt zu erzielen⁶. Gemäss Sachverhalt erzielt Eva Roth mit der Schulung und Beratung einen durchschnittlichen Verdienst von rund Fr. 1'000.- (monatlich). Die Schulung- und Beratungstätigkeit stellt somit ein einträgliches Nebengewerbe dar. Die Unpfändbarkeit der Berufswerkzeuge gilt unabhängig davon, ob der Schuldner einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die beiden Schulungsgeräte grundsätzlich als Berufswerkzeug i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG zu qualifizieren sind. Als Kompetenzstücke sind sie grundsätzlich unpfändbar (vgl. unten zum Auswechslungsrecht nach Art. 92 Abs. 3 SchKG).

Die Unpfändbarkeit bezieht sich nicht auf sämtliche vom Schuldner verwendeten Hilfsmittel, sondern nur auf die notwendigen, wobei diesbezüglich kein strenger Massstab anzulegen ist⁷. In casu stellt sich somit die Frage, ob gleich zwei Schulungsgeräte für die berufliche Tätigkeit von Eva Roth notwendig sind. Der Sachverhalt ist diesbezüglich illiquid. Sollten die beiden Schulungsgeräte vom gleichen Modell und mit denselben Programmen ausgestattet sein, so liesse sich die Meinung vertreten, dass lediglich ein Schulungsgerät notwendig i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG sei. Handelt es sich jedoch um verschiedene Modelle, so dürften beiden Geräte als notwendig erscheinen.

Unabhängig von der Tatsache, dass die Schulungsgeräte als Kompetenzstücke zu qualifizieren sind, ist noch auf die Bestimmung von Art. 92 Abs. 2 SchKG hinzuweisen. Danach dürfen Gegenstände nicht gepfändet werden, bei denen von vornherein anzunehmen ist, dass der Überschuss des Verwertungserlöses über die Kosten so gering wäre, dass sich die Wegnahme nicht rechtfertigt. Dieser Vorschrift kommt in der täglichen Praxis eines Betreibungsbeamten grosse Bedeutung zu. Insbesondere die modernen Geräte der Unterhaltungs-, aber auch der Büroelektronik unterliegen angesichts des schnellen Wandels von Technik und Design einer sehr raschen Altersentwicklung⁸. Die beiden Schulungsgeräte benutzte Eva Roth für ihre Schulung und Beratung. Sie weisen aktuell zwar noch einen Wert von insgesamt Fr. 5'000.- auf, es handelt sich dabei aber nicht mehr um neuwertige Geräte. Angesichts des hohen Abschreibungsgrades auf Gebrauchtcomputern einerseits und der ungewiss langen Zeitspanne

⁵ BGE 95 III 82.

⁶ BGE 113 III 77.

⁷ BGE 117 III 22.

⁸ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 45.

bis zur Verwertung der gepfändeten Sachen andererseits ist es zumindest auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 92 Abs. 2 SchKG fragwürdig, dass der Betreibungsbeamte die beiden Schulungsgeräte gepfändet hat.

Berufswerkzeuge von hohem Wert sind gemäss Art. 92 Abs. 3 SchKG pfändbar; sie dürfen dem Schuldner jedoch nur weggenommen werden, sofern der Gläubiger vor der Wegnahme Ersatzgegenstände von gleichem Gebrauchswert oder den für ihre Anschaffung erforderlichen Betrag zur Verfügung stellt. Die Diskussion darüber, ob die Schulungsgeräte Berufswerkzeuge von hohem Wert im Sinne dieser Bestimmung darstellen, erübrigt sich, da dieses Auswechslungsrecht nur den Pfändungsgläubigern - in casu also der Kleinkredit Bank AG - zusteht, und der Betreibungsbeamte es nicht von Amtes wegen ausüben darf⁹.

In Zusammenhang mit ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit verkauft Eva Roth auch Heimcomputer. Dazu hat sie vier Geräte am Lager. Wie oben bereits ausgeführt, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Berufswerkzeug nur sein, was dazu dient, einen Mehrwert zu schaffen oder ein Arbeitsentgelt zu erzielen. Deshalb scheiden Gegenstände, die an Kunden gegen Entgelt veräussert werden, d.h. grundsätzlich sämtliche Handelswaren, aus¹⁰. In BGE 113 III 77 führte das Bundesgericht aus, Videokassetten, die in einem Videothekgeschäft vermietet werden, würden für die Inhaberin des Geschäfts keine unpfändbaren Berufswerkzeuge oder ähnliche Hilfsmittel i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG bilden. Weiter führte es unter Verweis auf BLSchK 1982 Nr. 46 S. 60 aus, die Pfändbarkeit der Videokassetten stünde zum vornherein fest, sofern diese verkauft würden, denn bei den Videokassetten handle es sich um eine reine Handelsware. Was die Warenvorräte anbelangt, sind sie unpfändbar, soweit sie der Schuldner zur Weiterverarbeitung benötigt und ohne sie den Beruf nicht mehr ausüben kann¹¹. Eva Roth kauft die Computer ein und verkauft sie anschliessend an Dritte weiter. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass sie die Computer in irgendeiner Art – sei es die Technik oder das Design betreffend - „weiterverarbeiten“ würde. Insofern sind die vier Geräte am Lager nicht als Warenvorräte, welche unter gewissen Voraussetzungen den Schutz der Unpfändbarkeit geniessen, zu qualifizieren. Somit ist auch nicht von Belang, ob allenfalls zwischen dem Verkauf der Computer einerseits und der Schulung und Beratung andererseits ein funktioneller Zusammenhang in dem Sinne besteht, dass die Schulung und Beratung lediglich in Zusammenhang mit dem Kauf eines Computers nachgefragt wird. Die vier Geräte am Lager sind demnach als Handelsware zu qualifizieren. Beim Verkauf der Computer überwiegt der Kapitaleinsatz offensichtlich über die persönlich geleistete Arbeit. Der Verkauf von Handelswaren stellt eine unternehmerische Tätigkeit dar. Die vier Geräte am Lager geniessen also nicht den Unpfändbarkeitsschutz von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG bezweckt im Wesentlichen, die wirtschaftliche Existenz des Schuldners und seiner Familie in der Zwangsvollstreckung zu schützen¹². Deshalb ist es für den Unpfändbarkeitsschutz unerheblich, ob der Schuldner seine Tätigkeit als Hauptberuf oder als Nebenberuf/Nebenerwerb ausübt¹³. Gemäss BGE 85 III 21 kommt der Schutz von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG auch einem Nebenberuf zu, sofern der Schuldner auf den damit erzielbaren Verdienst angewiesen ist. Der Nebenerwerb wird mit anderen Worten dann nicht geschützt, wenn der Hauptberuf bereits zur Deckung des Lebensunterhalts ausreicht. Entscheidend für den Unpfändbarkeitsschutz ist somit, ob der Schuldner auf die Einkünfte aus seinem Nebenerwerb zum Schutze seiner wirtschaftlichen Existenz und derjenigen seiner Familie

⁹ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 47.

¹⁰ BGE 113 III 77.

¹¹ BGE 51 III 26, der bzgl. eines Schuhmachers die Unpfändbarkeit eines kleinen Quantums Leder betraf.

¹² SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 3.

¹³ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 20.

angewiesen ist oder nicht. Eva Roths Lohn bei der Treuhandfirma beträgt Fr. 3'000.- monatlich. Mit diesem Lohn vermag sie das ihr anrechenbare Existenzminimum nicht zu decken. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass sie – abgesehen von ihrer Nebenerwerbstätigkeit – keine weiteren Einnahmequellen besitzt. Die wirtschaftliche Situation der Eva Roth lässt somit einzig und allein den Schluss zu, dass Eva Roth zwecks Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz auf die Einnahmen aus ihrer Nebenerwerbstätigkeit angewiesen ist. Diese Schlussfolgerung wird weiter durch die Tatsache bestärkt, dass Eva Roths Ehemann als Hilfsarbeiter nur ein bescheidenes Einkommen erzielen dürfte, und er somit – gestützt auf die eheliche Beistandspflicht – nichts oder zumindest nicht viel zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von Eva, respektive der wirtschaftlichen Situation des Ehepaares beitragen kann.

Gemäss konstanter Rechtsprechung ist die Berufung auf die Unpfändbarkeitsbestimmungen ausgeschlossen, wenn die Erwerbstätigkeit des Schuldners unrentabel bzw. dauernd defizitär ist¹⁴. Denn der Schuldner soll nicht einen defizitären Betrieb auf Kosten der Gläubiger weiterführen können. Die Frage der Wirtschaftlichkeit ist unter zwei Aspekten zu prüfen, welche kumulativ für die Annahme der Unpfändbarkeit erfüllt sein müssen: Einmal hinsichtlich der individuellen geschäftlichen Existenzfähigkeit des Schuldners, zweitens hinsichtlich der allgemeinen Rentabilität der eingesetzten Hilfsmittel im Rahmen seines Berufes¹⁵. Gemäss Sachverhalt erzielt Eva Roth mit der Schulung und Beratung einen durchschnittlichen monatlichen Verdienst von rund Fr. 1'000.-. Daraus erhellt, dass es sich bei der Schulungs- und Beratungstätigkeit um einen lohnenden, konkurrenzfähigen Beruf handelt. Der erste Aspekt der Wirtschaftlichkeit ist somit erfüllt. Der zweite Aspekt der Wirtschaftlichkeit verlangt, dass die Verwendungskosten des als Kompetenzgut angesprochenen Hilfsmittel in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit ihm erzielten Ertrag stehen¹⁶. Der Sachverhalt schweigt sich über die Verwendungskosten (wie z.B. Betriebs-, Abnutzungs- und Unkosten) der Schulungsgeräte aus. Diese dürften aber äusserst gering sein und somit in einem angemessenen Verhältnis zum durchschnittlichen monatlichen Ertrag von rund Fr. 1'000.- stehen. Somit ist auch der zweite Aspekt der Wirtschaftlichkeit gegeben.

Zusammenfassend kann als Fazit festgehalten werden, dass der Betreibungsbeamte die vier Geräte am Lager pfänden durfte und musste, nicht jedoch die beiden Schulungsgeräte, da jene Kompetenzstücke i.S.v. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG darstellen.

Alternativen?

Was die Reihenfolge der Pfändung betrifft, werden gemäss Art. 95 Abs. 1 SchKG sowohl bewegliche Sachen wie auch beschränkt pfändbares Einkommen in erster Linie gepfändet. Diesbezüglich differenziert das Gesetz seit der Revision 1994 im Gegensatz zur älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. z.B. BGE 107 III 78) nicht mehr. Dem Gesetzeswortlaut ist also betreffend das Verhältnis zwischen der Pfändung von Computern und der Einkommenspfändung nichts zu entnehmen.

Gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG können Erwerbseinkommen jeder Art so weit gepfändet werden, als sie nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig sind. Eva Roth arbeitet halbtags in einer Treuhandfirma für Fr. 3'000.- monatlich. Da gemäss Sachverhalt dieser Lohn das ihr anrechenbare Existenzminimum nicht zu decken vermag, konnte der Betreibungsbeamte nicht einen Teil ihres Einkom-

¹⁴ BGE 89 III 34; 86 III 47; 80 III 110.

¹⁵ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21 m.V.a. BGE 87 III 62.

¹⁶ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 21.

mens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit pfänden. Es stellt sich die Frage, ob der Betreibungsbeamte nicht einen Teil von Eva Roths Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit hätte pfänden dürfen und müssen. Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Schuldners kann in der Regel die pfändbare Quote nicht zum Voraus festgestellt werden, da der monatliche Verdienst Schwankungen unterworfen ist. Der Betreibungsbeamte kann lediglich das Existenzminimum berechnen, und der Schuldner ist alsdann gezwungen, monatlich eine Abrechnung über sein Einkommen vorzulegen. In der Praxis bringt die Erwerbspfändung meist nur ein geringes Ergebnis für die Gläubiger. Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Schuldners besteht weiter die Gefahr, dass der Schuldner seine Erwerbstätigkeit einstellt und dadurch kein Verdienst mehr gepfändet werden kann. Zur Berufseinstellung ist er jederzeit berechtigt. Zudem kann nach Art. 93 Abs. 2 SchKG das Einkommen längstens auf die Dauer eines Jahres gepfändet werden. Reicht das in dieser Zeitspanne gepfändete Einkommen für die Befriedigung des betreibenden Gläubigers nicht aus, so ist eine Nachpfändung ausgeschlossen, und das Betreibungsamt hat einen Verlustschein auszustellen. Erst in einer gestützt auf denselben fortgesetzten oder einer erneut angehobenen Betreibung kann der Gläubiger wieder eine neue Verdienstpfindung verlangen¹⁷. Dieser neuen Betreibung können sich jedoch andere Gläubiger im Rahmen des Pfändungsanschlusses nach Art. 110 f. SchKG anschliessen, was letztlich die (vollständige) Befriedigung des Erstgläubigers tangieren kann. Aus all diesen Gründen wird deshalb in der Lehre die Ansicht vertreten, der Betreibungsbeamte müsse die pfändbaren Vermögenswerte pfänden und er dürfe nicht nach seinem Ermessen eine Verdienstpfindung vollziehen. Der Betreibungsbeamte musste in casu also die vier Computer am Lager pfänden. Er durfte diese Geräte nicht Eva Roth zum weiteren Wirtschaften überlassen und anstelle einer Sachpfändung den mit dem Verkauf erzielten Gewinn im Sinne einer Verdienstpfindung pfänden. Insofern lässt sich also festhalten, dass dem Betreibungsbeamten bezüglich seiner Vorgehensweise keine Alternative zur Verfügung gestanden ist.

Frage 1.2

Nichtigkeit

Der Betreibungsbeamte hat gemäss den obigen Erwägungen mit den beiden Schulungsgeräten unpfändbare Objekte gepfändet. Es stellt sich die Frage, ob deshalb die Pfändung nichtig oder bloss anfechtbar ist. Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind Verfügungen nichtig, wenn sie gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind. Die Bestimmung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ist grundsätzlich im Interesse des Betreibungsschuldners erlassen worden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch die Pfändung von Vermögensstücken, die ihrer Natur nach nicht verwertet werden können, als schlechthin nichtig anzusehen¹⁸. Nach Vonder Mühl müsse dasselbe auch für die Pfändung von Objekten gelten, welche keinen realisierbaren, gegenwärtigen Vermögenswert haben oder hinsichtlich derer das Privatrecht die Übertragbarkeit im öffentlichen Interesse ausschliesst¹⁹. Unter diesen Gesichtspunkten erübrigt sich offensichtlich eine Diskussion über die Nichtigkeit der Pfändung der beiden Schulungsgeräte.

¹⁷ BGE 116 III 22.

¹⁸ BGE 108 III 94; 72 III 77.

¹⁹ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 65.

Jedoch kann sich eine Pfändung von Berufswerkzeugen weiter auch dann als nichtig erweisen, wenn die Persönlichkeitsrechte des Schuldners übermässig beschnitten werden. Dies trifft zu, wenn sie offensichtlich und beträchtlich in das zum Leben Notwendige eingreift und den Schuldner in eine völlig unhaltbare Lage zu bringen droht²⁰. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts²¹ ist die Pfändung von nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG geschützten Berufswerkzeugen grundsätzlich dazu geeignet, bei einem Schuldner in das zum Leben Notwendige offenkundig und beträchtlich einzugreifen, allerdings nicht schon dann, wenn dem Schuldner die Berufsausübung erschwert werde, oder wenn er ohne sie seinen bisherigen Beruf nicht mehr in selbständiger Stellung oder überhaupt nicht mehr ausüben könne. Vielmehr sei erforderlich – so das Bundesgericht –, dass ihm durch die Pfändung der Berufswerkzeuge die Möglichkeit verwehrt bliebe, sein Gewerbe weiterzubetreiben oder in seinem Beruf ohne den Besitz eigener Werkzeuge Beschäftigung als Arbeitnehmer zu finden oder eine Erwerbstätigkeit ausserhalb seines bisherigen Berufes zu ergreifen und auf die eine oder andere Weise so viel zu verdienen, dass er sich und seine Familie ohne öffentliche Unterstützung durchbringen könne. Die restriktive Handhabung der Nichtigkeit einer Pfändung seitens des Bundesgerichts geht soweit, dass dem Schuldner allenfalls die Miete der für ihn unentbehrlichen Berufswerkzeuge – falls erschwänglich – zugemutet wird. Die gemäss konstanter Rechtsprechung hohen Anforderungen an eine nichtige Pfändung einerseits, aber auch die Illiquidität des Sachverhaltes bezüglich der Möglichkeiten von Eva Roth zur Kompensation ihres Erwerbsausfalls aus selbständiger Tätigkeit andererseits, legt den Schluss nahe, dass vorliegend die Pfändung der beiden Schulungsgeräte nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar ist.

Rechtsmittel

Der Betreibungsbeamte hat die Pfändung der Computer durch ausdrückliche Pfändungserklärung gegenüber Eva Roth vollzogen. Diese Erklärung enthielt gemäss Art. 96 Abs. 1 SchKG die Eröffnung, dass die beiden Schulungsgeräte und die vier Computer am Lager gepfändet seien, und weiter das ausdrückliche Verbot bei Strafandrohung, ohne Bewilligung des Betreibungsamtes über die gepfändeten Vermögenswerte zu verfügen²². Eva Roth möchte gegen die Pfändung der beiden Schulungsgeräte vorgehen. Da nach der hier vertretenen Auffassung die Pfändung nicht nichtig ist, hat sie ein förmliches Rechtsmittel einzulegen, Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG e contrario. Der Betreibungsbeamte hat – wie oben ausgeführt – mit den beiden Schulungsgeräten Kompetenzstücke gepfändet. Da das SchKG keine bestimmte Klage für diesen Fall vorsieht, steht der Weg für die subsidiäre betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG offen. Sinn und Zweck der Beschwerde ist die Korrektur eines Verfahrensfehlers. Daher muss ein Zurückkommen auf die anzufechtende Handlung noch möglich sein. Da in casu die Verwertung der beiden Schulungscomputer noch nicht stattgefunden hat, können die beiden Schulungsgeräte – bei Aufhebung der Pfändung – Eva Roth wieder zur freien Verfügung überlassen werden.

Mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde können gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG grundsätzlich Verfügungen von Zwangsvollstreckungsorganen angefochten werden. Die Pfändung ist mit der Pfändungserklärung des Betreibungsbeamten gegenüber dem Schuldner oder seinem Vertreter vollzogen. Diese Erklärung ist unabdingbare Voraussetzung für die Pfändung und deren Wirkungen²³. Die Pfändungserklärung stellt als Verfügung eines Betreibungsbeamten ein taugliches Anfechtungsobjekt dar.

²⁰ SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 92 N 66.

²¹ BGE 76 III 34.

²² AMONN/WALTHER, a.a.O., § 22 N 53.

²³ BGE 130 III 661; 112 III 15; SchKG-Lebrecht, Art. 89 N 13; SchKG-VONDER MÜHLL, Art. 96 N 18.

Als Schuldnerin ist Eva Roth zur betreibungsrechtlichen Beschwerde aktivlegitimiert, da sie durch die Pfändung der beiden Schulungsgeräte in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen, dadurch beschwert ist und deshalb an der Aufhebung der Pfändung bezüglich der beiden Schulungsgeräte ein schutzwürdiges Interesse hat. Passivlegitimiert ist nach h.L. jenes Vollstreckungsorgan, das die angefochtene Verfügung erlassen hat, vorliegend also das Betreibungsamt.

Art. 17 Abs. 1 SchKG nennt als Beschwerdegründe die Gesetzesverletzung und die Unangemessenheit. Eva Roth wird eine Gesetzesverletzung geltend machen, nämlich die Verletzung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

Gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG hat Eva Roth die Beschwerde innert 10 Tagen einzureichen. Über jede Pfändung wird gemäss Art. 112 Abs. 1 SchKG eine Pfändungsurkunde aufgenommen. Die 10-tägige Beschwerdefrist beginnt ab Erhalt der Abschrift der Pfändungsurkunde. Für die Beschwerde gilt kein Streitwerterfordernis. Für das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden statuiert Art. 20a Abs. 2 SchKG ein Netz bundesrechtlicher Vorschriften. Für die vom Bundesrecht nicht beantworteten Fragen kommt ergänzend das kantonale Recht zur Anwendung, Art. 20a Abs. 3 SchKG. Im Kanton Zürich kommt für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren § 109 GVG, der primär das Verfahren für die Aufsichtsbeschwerde der Justiz regelt, zur Anwendung, § 111 GVG. Eva Roth hat demnach die Beschwerde gemäss § 109 Abs. 2 GVG schriftlich sowie mit Antrag und Begründung versehen einzureichen. Die Beschwerde ist gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG bei der (unteren) Aufsichtsbehörde einzureichen. Im Kanton Zürich ist dies gemäss Art. 13 SchKG i.V.m. § 107 Abs. 1 GVG das örtlich zuständige Bezirksgericht.

Gemäss Art. 18 Abs. 1 SchKG kann Eva Roth den abweisenden Beschwerdeentscheid des Bezirksgerichts an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weiterziehen. Als Rechtsmittel dient im Kanton Zürich gemäss § 110 GVG der Rekurs. Nach Art. 13 SchKG i.V.m. §§ 111 und 110 GVG ist das Obergericht mit der Aufgabe als obere kantonale Aufsichtsbehörde betraut. Eva Roth hat den Rekurs innert zehn Tagen seit der Eröffnung des bezirksgerichtlichen Beschwerdeentscheids beim Obergericht des Kantons Zürich einzureichen, Art. 18 Abs. 1 SchKG i.V.m. § 110 GVG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht richtet sich gemäss Art. 19 SchKG nach dem BGG. Der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Von dieser Bestimmung erfasst sind auch die Beschwerdesachen i.S.v. Art. 17 SchKG. Gegen einen abweisenden Rekursentscheid des Obergerichts kann Eva Roth somit grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen erheben. Nach den Bestimmungen von Art. 90 ff. BGG sollen grundsätzlich nur Endentscheide mit Beschwerde angefochten werden können, denn das Bundesgericht soll sich nicht ständig von neuem mit einer Sache befassen müssen²⁴. Zur Bestimmung der Entscheidungsart als Kriterium für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist der erstinstanzliche Entscheid und nicht der Rechtsmittelentscheid massgebend²⁵. In Betreibungen ergehen eine Vielzahl konsekutiver Verfügungen. Diese Einzelanordnungen sind i.S.v. Art. 90 BGG als „Endentscheide“ anzusehen, auch wenn sie nicht das Zwangsvollstreckungsverfahren als Ganzes zum Abschluss bringen. Denn andernfalls müsste der Grundsatz revidiert werden, dass jede Einzelanordnung – soweit nicht

²⁴ BGG-GÜNGERICH, Art. 90 N 2.

²⁵ MEIER, Rechtsmittel an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem BGG, in: Isaak Meier/Ingrid Jent-Sørensen/Peter Diggelmann/Karin Müller, Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2007, S. 20.

angefochten – unanfechtbar wird²⁶. Die Pfändungserklärung ist demnach als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren.

Gegen den Rekursentscheid des Obergerichts als (obere) kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist nach Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG die Beschwerde unabhängig vom Streitwert zulässig. Nach Art. 75 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde u.a. gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig. Der kantonale Instanzenzug muss also ausgeschöpft sein, bevor die Beschwerde ans Bundesgericht geführt werden kann. Das Obergericht hat in casu als letzte kantonale Instanz entschieden, da gemäss § 284 Ziff. 2 ZPO die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist gegen Entscheide einer Aufsichtsbehörde.

Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 95 lit. a BGG die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Das SchKG stellt einen bundesrechtlichen Erlass dar. Eva Roth kann vorliegend mit der Beschwerde in Zivilsachen die Verletzung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG rügen. Bei der SchK-Beschwerde war es bisher selbstverständlich, dass das Bundesgericht Ermessensentscheide grundsätzlich nicht überprüfen konnte. Dies ergab sich (auch) aus Art. 19 aSchKG, der die bundesgerichtliche Kognition explizit auf die Überschreitung und den Missbrauch des Ermessens beschränkte. Im Zivilrecht war diese Einschränkung bisher grundsätzlich nicht bekannt. Das Bundesgericht hat sich bei Ermessensfragen lediglich eine gewisse Zurückhaltung auferlegt²⁷. Gemäss der geltenden Fassung von Art. 19 SchKG richtet sich die Beschwerde an das Bundesgericht nach dem BGG. Es stellt sich nun die Grundsatzfrage, ob die Ermessenskontrolle trotz Einheitsbeschwerde je nach Rechtsgebiet unterschiedlich gehandhabt werden oder in dieser Frage eine einheitliche Praxis eingeführt werden soll. Nach Meier wird die Praxis die Einschränkung der Kognition bei Ermessen im Bereich des SchKG beibehalten²⁸. Das Bundesgericht wird also auch künftig in SchK-Beschwerden Ermessensentscheide grundsätzlich nicht überprüfen. Was als Kompetenzgut in Betracht kommt, ergibt sich aus Art. 92 Abs. 1 SchKG. Der Betreibungsbeamte muss indessen im Einzelfall von Amtes wegen abklären und entscheiden, ob einem bestimmten Gegenstand im Zeitpunkt der Pfändung für den Schuldner Kompetenzqualität zukommt²⁹. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Qualifizierung eines Vermögenswertes als Kompetenzgut Rechts- oder Tatfrage ist. Tatfrage ist, ob die rechtserheblichen Tatsachen sich verwirklicht haben. Demgegenüber ist Rechtsfrage die rechtliche Würdigung der Tatsachen, die Rechtsanwendung gestützt auf die festgestellten Tatsachen³⁰. Vorliegend geht es um die Subsumtion des in Bezug auf die Schulungsgeräte und Eva Roths Schulungstätigkeit festgestellten Sachverhalts unter die Bestimmung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG. Dies stellt eine Rechtsfrage dar. Die Prüfung dieser Rechtsfrage erfolgt durch das Bundesgericht frei.

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage, Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG. Die Beschwerde ist schriftlich beim Bundesgericht einzureichen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten, Art. 42 Abs. 1 BGG.

²⁶ JENT-SØRENSEN, BGG und SchKG, in: Isaak Meier/Ingrid Jent-Sørensen/Peter Diggelmann/Karin Müller, a.a.O., S. 87 f.

²⁷ MÜNCH, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Rz 4.46 ff.

²⁸ MEIER, a.a.O., S. 46.

²⁹ AMONN/WALTHER, a.a.O., § 23 N 14 m.V.a. BGE 112 III 80, 111 III 56, 98 III 31.

³⁰ VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2006, S. 392.

Frage 1.3

Gemäss Art. 36 SchKG hat eine Beschwerde, Weiterziehung oder Berufung nur auf besondere Anordnung der Behörde, an welche sie gerichtet ist, oder ihres Präsidenten aufschiebende Wirkung. Der SchK-Beschwerde ans Bezirksgericht und dem Rekurs ans Obergericht kommt also vorliegend von Bundesrechts wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Eva Roth ist deshalb zu empfehlen, in ihren Rechtsschriften an die beiden kantonalen Instanzen jeweils die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu beantragen.

Gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG hat die Beschwerde in der Regel keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerde in Zivilsachen hat jedoch nach Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG aufschiebende Wirkung, wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet. Die Gestaltungsklagen lassen sich allgemein in materielle und prozessuale Gestaltungsklagen unterteilen. Erstere richten sich auf eine Veränderung der materiellen Rechtslage, während die prozessualen Gestaltungsklagen eine prozessuale Rechtslage verändern. Die Sonderbehandlung von Gestaltungsklagen nach Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG ist lediglich für die materiellrechtlichen Gestaltungsklagen gerechtfertigt³¹. Das Begehren auf Aufhebung einer Pfändung stellt jedoch eine prozessuale Gestaltungsklage dar. Der Beschwerde in Zivilsachen von Eva Roth kommt demnach von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Eva Roth ist deshalb zu raten, auch in der Beschwerde an das Bundesgericht einen Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu stellen.

Weiter stellt sich die Frage nach dem Inhalt der aufschiebenden Wirkung bei einer Beschwerdeerhebung gegen eine Pfändung. Hier sind grundsätzlich zwei Lösungen vorstellbar: Erstens: Die Pfändung gilt als nicht vollzogen, wodurch der Schuldner über die Vermögenswerte (wieder) frei verfügen kann. Zweitens: Die Pfändung bleibt trotz aufschiebender Wirkung aufrecht, jedoch kann die Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte nicht erfolgen. Von Salis hat sich mit der Frage der aufschiebenden Wirkung näher auseinandergesetzt und kommt zum Schluss, dass die aufschiebende Wirkung nur das weitere Verfahren, nicht jedoch die Pfändung als solche hemme³². Im Ergebnis gleich sind der unveröffentlichte Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 27. Februar 1976, wonach ganz allgemein durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung eine bereits vollzogene Pfändung nicht wieder rückgängig gemacht, sondern lediglich die Verwertung hinausgeschoben werde, sowie der Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 13. Februar 2003 i.S. X. c. Betreibungsamt des Bezirkes Brig. In die gleiche Stossrichtung tendiert auch das Bundesgericht, erkannte doch das präsidierte Mitglied der II. zivilrechtlichen Abteilung mit Verfügung vom 1. März 2007 einer Beschwerde gegen eine Pfändung die aufschiebende Wirkung in dem Sinne zu, dass während des bundesgerichtlichen Verfahrens keine Verwertung erfolgen dürfe³³. Auf den Sachverhalt bezogen bedeutet dies nun, dass Eva Roth, selbst wenn ihren Rechtsmitteln jeweils die aufschiebende Wirkung gewährt würde, nicht wieder frei über die gepfändeten Computer verfügen könnte, sondern dass lediglich mit der Verwertung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens zugewartet werden müsste.

³¹ MEIER, a.a.O., S. 51.

³² VON SALIS, Probleme des Suspensiveffekts von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 50, Zürich 1980, S. 170 ff.

³³ Urteil 5A_16/2007 des Bundesgerichts vom 11. April 2007.

Fall 2

Frage 2.1: Hätte der Gläubiger Reich den ungünstigen Prozessausgang verhindern können als das Verfahren noch hängig war?

Zu prüfen ist, ob und in welcher Form Rolf Reich das laufende Verfahren hätte beeinflussen und den ungünstigen Prozessausgang verhindern können. Sind Dritte wie in vorliegendem Fall daran interessiert, dass in einem zwischen anderen Personen hängigen Prozess die eine von diesen obsiegt, stellt ihnen die Zivilprozessordnung das Institut der Nebenintervention zur Verfügung, um dem Verfahren zur Unterstützung dieser Person beizutreten. Zu untersuchen ist somit erstens, ob eine Nebenintervention i.c. möglich gewesen wäre (a), und zweitens, ob sie Rolf Reich eine Verfahrensposition verschafft hätte, die es ihm erlaubt hätte, erfolgreich auf einen positiven Prozessausgang hinzuwirken (b).

a) Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nebenintervention sind gemäss § 44 Abs. 1 ZPO, dass ein Verfahren zwischen anderen Personen hängig ist, die Nebenintervention erklärt wird sowie der interventionswillige Dritte ein rechtliches Interesse am Obsiegen der von ihm unterstützten Verfahrenspartei glaubhaft macht. Die ersten beiden Voraussetzungen verursachen keine weiteren Probleme. Gemäss Aufgabenstellung ist von der Hängigkeit eines Herabsetzungsverfahrens zwischen Alfons Blatter und seinen Geschwistern Agnes und Heinz auszugehen und somit von einem Verfahren, das sich zwischen anderen Personen als dem interventionswilligen Rolf Reich abspielt. Seine Beitritterklärung kann Rolf Reich durch einfache Mitteilung gegenüber dem Gericht abgeben. Näherer Betrachtung bedarf indes das Erfordernis des rechtlichen Interesses am Obsiegen der vom Nebenintervenienten unterstützten Partei. Nach § 44 Abs. 1 ZPO genügt ein bloss wirtschaftliches Interesse für die Nebenintervention nicht; erforderlich ist vielmehr ein rechtlich geschütztes Interesse. Rolf Reich ist Gläubiger von Alfons Blatter. Dränge Letzterer mit der Herabsetzungsklage durch, fiel ihm Vermögen aus der Erbschaft zu, woraus sich Rolf Reich Deckung seiner Forderung erhofft. Das Interesse des Gläubigers an der Zahlungsfähigkeit seines Schuldners ist allerdings rein wirtschaftlicher Art³⁴. Über seine Vermögenswerte kann der Schuldner grundsätzlich frei verfügen. Der Gläubiger hat – Ausnahmen und besondere Abreden vorbehalten – keinen Rechtsanspruch weder auf einzelne Vermögenswerte des Schuldners noch auf Beibehaltung, Nichtverminderung oder Vermehrung dessen Vermögens. Daran ändert auch nichts, dass für die Forderung des Gläubigers Schuldscheine bestehen, wovon vorliegend infolge des vorausgegangenen Konkurses auszugehen ist (Art. 265 SchKG). Weder bewirken diese eine Verfügungsbeschränkung des Schuldners, noch verschaffen sie dem Gläubiger eine besondere Berechtigung an dessen Vermögen. Das Interesse an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist ökonomischer Art ungeachtet dessen, ob Schuldscheine vorhanden sind. Ein rechtlich geschützter Anspruch auf das dem Schuldner aus der Erbschaft zufallende Vermögen ergibt sich aber allenfalls aus Art. 524 ZGB. Danach können im Zeitpunkt des Erbanges über Schuldscheine verfügende Gläubiger den Schuldner zur Herabsetzungsklage anhalten sowie, falls dieser der Aufforderung zur Klageanhebung nicht Folge leistet, selber auf Herabsetzung klagen. Wie bereits erwähnt, hat Alfons Blatter gemäss Sachverhalt einen Konkurs hinter sich, bei dem mehrere Gläubiger für grössere Beträge zu Verlust gekommen sind. Es ist deshalb anzunehmen, dass Rolf Reich für den ungedeckt gebliebenen Teil seiner Forderung einen Verlustschein besitzt. Selber klagen kann er indes nicht, da Alfons Blatter seiner Klageaufforderung nachgekommen

³⁴ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 44 N 5.

ist. Nach seinem Sinn bezweckt Art. 524 ZGB, den Erbengläubigern Haftungssubstrat im Umfang des – ganzen oder halben (vgl. Art. 480 Abs. 1 ZGB) – Pflichtteils ihres Schuldners zu sichern. Art. 524 ZGB gibt Gläubigern, die wie Rolf Reich über einen Schuldschein verfügen, insofern einen Anspruch, dass ihren Schuldnern der Pflichtteil zugeführt und weder zu Unrecht durch den Erblasser entzogen (Art. 524 ZGB) noch durch Verzicht der Erben (Art. 578 ZGB) von ihrem Zugriff ausgenommen wird. Entsprechend setzte ein absichtlicher Prozessverlust des auf Herabsetzung klagenden Erben Alfons Blatter einen paulianischen Anfechtungstatbestand³⁵. Im Rahmen von Art. 524 ZGB vermittelt die Rechtsordnung dem Gläubiger somit einen rechtlich geschützten Anspruch am Schuldnervermögen. Rolf Reich hätte dem Herabsetzungsverfahren als Nebenintervenient beitreten und so u.U. einen paulianischen Folgeprozess verhindern können.

b) In der Stellung als Nebenintervenient hätte Rolf Reich zugunsten von Alfons Blatter Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können (§ 45 Abs. 2 ZPO). Hierunter fällt auch die Benennung von Beweismitteln. Gemäss Sachverhalt ging der Prozess infolge eines Versäumnisses zur Beweismittelbezeichnung verloren. Wäre Rolf Reich rechtzeitig dem Prozess als Nebenintervenient beigetreten, hätte er demgemäss selbst die Beweismittel benennen können. Alle gerichtlichen Anordnungen, so insbesondere auch der Beweisauflagebeschluss mit der Fristansetzung für die Beweisantrittungsschrift (§ 136 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO), werden dem Nebenintervenienten zugestellt. Rolf Reich wäre sonach über den Fristenlauf in Kenntnis gesetzt worden und hätte die Frist durch selbständige Einreichung einer Beweisantrittungsschrift (§ 137 ZPO) wahren können. Voraussetzung ist freilich, dass er vor Ablauf der Frist für die Beweisantrittung dem Verfahren beigetreten wäre. Danach wäre eine Beweisantrittung nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen nach § 138 i.V.m. § 115 ZPO möglich gewesen³⁶. Gemäss § 45 Abs. 2 ZPO darf sich der Nebenintervenient mit seinen prozessualen Handlungen allerdings nicht in Widerspruch zur Hauptpartei setzen. Denn sofern sich das Urteil wie vorliegend auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und der von ihm unterstützten Hauptpartei auswirkt, nimmt der Nebenintervenient als Gehilfe der Hauptpartei eine unselbständige Verfahrensstellung ein (sog. abhängige Nebenintervention). Gemäss Sachverhalt führt Alfons Blatter den Prozess nicht umsichtig und versäumt deshalb die Frist zur Nennung der Beweismittel. Er sieht sonach nicht absichtlich von der Beweismittelbezeichnung ab, etwa um das Beweisverfahren zwecks Beschleunigung des Prozesses abzukürzen oder weil er die Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei anerkennt, sondern er verpasst die Frist unwillentlich mangels Sorgfalt. Da er nicht gezielt von der Beweismittelbezeichnung ablässt, setzte sich Rolf Reich durch die Benennung der Beweismittel nicht in Widerspruch zu ihm.

Fazit: Rolf Reich hätte sich dem zwischen Alfons Blatter und seinen Geschwistern hängigen Verfahren als Nebenintervenient anschliessen, als solcher die Beweismittel benennen und so einen ungünstigen Prozessausgang abwenden können.

³⁵ PIOTET, SPR IV/I, S. 505.

³⁶ Im Einzelnen hierzu unter 2.3.

Frage 2.2: Was kann Rolf Reich gegen den Entscheid mit welchen Begründungen unternehmen, wenn er vorher nicht tätig geworden ist?

Hat das Gericht in der Sache bereits entschieden, ist einerseits zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Rechtsmittel gegen den Entscheid ergriffen werden können (a), und andererseits zu untersuchen, ob sich die versäumte Frist wiederherstellen lässt (b). Für beide Rechtsbehelfe muss vorweg die Frage beantwortet werden, ob Rolf Reich zu ihrer Geltendmachung berechtigt ist, zumal sie – von Ausnahme abgesehen – ausschliesslich den Verfahrensparteien offen stehen. Hätte Rolf Reich am Verfahren als Nebenintervenient teilgenommen, ergäben sich entsprechende Befugnisse ohne weiteres aus seiner Stellung als Nebenpartei, stehen dieser doch grundsätzlich dieselben prozessualen Mittel zur Verfügung wie der unterstützten Hauptpartei. Als Nebenintervenient hätte er sowohl ein Fristwiederherstellungsgesuch stellen als auch, wie in § 45 Abs. 2 ZPO ausdrücklich aufgeführt, Rechtsmittel erheben können. Gemäss Aufgabenstellung ist Rolf Reich dem erstinstanzlichen Verfahren jedoch fern geblieben und nicht Nebenpartei geworden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Rolf Reich nach erfolgtem erstinstanzlichem Entscheid noch seinen Beitritt als Nebenintervenient erklären und Nebenparteistellung erlangen kann. § 44 Abs. 2 ZPO bestimmt, dass die Nebenintervention „bis zur Erledigung des Prozesses und aller Rechtsmittel zulässig“ ist. Demnach können Dritte ihren Prozessbeitritt auch erst nach erfolgtem Entscheid erklären. Gemäss dem Wortlaut von § 44 Abs. 2 ZPO ist eine nachträgliche Intervention jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfristen möglich. Nach zürcherischer Lehre kann sie darüber hinaus zur Einlegung ausserordentlicher Rechtsmittel erfolgen³⁷. Vorliegend könnte Rolf Reich somit selbst nach erfolgtem Entscheid noch dem Verfahren als Nebenintervenient beitreten und als solcher Rechtsmittel ergreifen und ein Wiederherstellungsgesuch einreichen.

a) Die Legitimation für die Erhebung von Rechtsmittel ergibt sich demnach aus der Stellung als Nebenintervenient. Als solcher kann Rolf Reich sämtliche Rechtsmittel geltend machen, welche der Hauptpartei offen stehen. Wiederum gilt jedoch die Einschränkung, dass sich Rolf Reich dadurch nicht in Widerspruch zu Alfons Blatter setzen darf (§ 45 Abs. 2 ZPO). Ein Widerspruch läge vor, wenn Alfons Blatter das Verfahren bewusst beenden wollte etwa durch ausdrückliche Klageanerkennung, Klagerückzug oder Rechtsmittelverzicht. Gemäss Sachverhalt ist dies jedoch nicht der Fall. Alfons Blatter verliert den Prozess mangels Umsichtigkeit. Er führt den Prozess nicht gezielt zu einem bestimmten Abschluss. Aus der blossen Unterlassung, ein Rechtsmittel einzulegen, ergibt sich noch kein absichtlicher Verzicht³⁸. Durch die Ergreifung eines Rechtsmittels setzte sich Rolf Reich demnach nicht in Widerspruch zu Alfons Blatter.

Anfechtungsobjekt bildet ein Sachendurteil des Bezirksgerichts. Seine sachliche Zuständigkeit entspringt dem Umstand, dass der Streitwert gemäss Sachverhalt über CHF 20'000.-- liegt, der Prozess im ordentlichen Verfahren geführt wird und kein Spezialgericht, wie Arbeits-, Miet- oder Handelsgericht, die Zuständigkeit beansprucht (§ 31 ZPO). Beim Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid, da er das Verfahren abschliesst. Er ergeht in Urteilsform; das Bezirksgericht entscheidet als Kollegialbehörde im ordentlichen Verfahren über die Sache selbst (Art. 155 GVG; Art. 188 Abs. 2 ZPO). Denn die nicht fristgerechte Bezeichnung eines Beweismittels hat zur Folge, dass das Beweismittel im weiteren Beweisverfahren nicht berücksichtigt wird. Das Gericht erstellt den Sachverhalt, ohne das Beweismittel einzubeziehen. Dies bedeutet, dass Rolf Reich seine Behauptungen nicht untermauern kann und das Ge-

³⁷ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 44 N 10; GULDENER, S. 307; WALDER, § 13 Fn 5.

³⁸ GULDENER, S. 308 Fn 15.

richt die von ihm behaupteten Tatsachen, sofern sie von der Gegenpartei bestritten werden, als nicht verwirklicht annimmt. Auf der Grundlage des so erstellten Sachverhaltes beurteilt das Gericht, ob die vorgebrachten Ansprüche begründet sind; es erlässt es einen Entscheid in der Sache.

Gegen Sachendurteile von Bezirksgerichten ist zunächst die kantonale Berufung zu prüfen (§ 259 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO). Die Streitwertvoraussetzungen sind, wie sich bereits aus der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit ergibt, ohne weiteres erfüllt. Ferner muss die Hauptpartei beschwert sein. Vorliegend folgt das Gericht den Anträgen von Alfons Blatter nicht, es weist die Klage ab; demgemäss ist er formell beschwert. Da der Entscheid ausserdem seine zivile Rechtsstellung beeinträchtigt, ist er zugleich materiell beschwert. Gerügt werden können sämtliche Rechts- und Tatfragen; das Obergericht prüft die Berufung mit voller Kognition (§ 269 Abs. 1 ZPO). Hinweise auf Verfahrensfehler sind aus dem Sachverhalt keine ersichtlich. Rolf Reich wird rügen, der Entscheid sei inhaltlich falsch, und versuchen, den Nachweis hierfür durch nachträgliches Einreichen der Beweismittel zu erbringen. Unter den Voraussetzungen von § 267 i.V.m. § 138 und § 115 ZPO können neue Beweismittel in das Berufungsverfahren eingebracht werden³⁹. Rolf Reich kann sonach auch nach Erlass des Entscheides noch seinen Beitritt zum Verfahren erklären und als Nebenintervenient unter Beachtung von Frist und Form kantonale Berufung einlegen.

Gegen einen abweisenden Entscheid des Obergerichts sind bei einem Streitwert von über CHF 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Art. 76 ff. BGG) und die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 ff. ZPO) zu prüfen. Welches der beiden Rechtsmittel (zuerst) zu erheben ist, hängt von den geltend gemachten Rügen ab. Nach Art. 75 BGG ist die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich erst gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig. Beschwerde ans Bundesgericht kann demgemäss erst nach vollständiger Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges unter Einschluss der ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel erhoben werden. Im Kanton Zürich ist deshalb zuerst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben, sofern sie zur Verfügung steht. § 285 Abs. 1 und 2 ZPO schliesst die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aus für Rügen, die das Bundesgericht mit freier Kognition prüft. Dies trifft insbesondere auf Bundesgesetzesrecht zu, nicht hingegen auf kantonales Recht. Letzteres überprüft das Bundesgericht lediglich auf Willkür (Art. 9 BV). Für die in § 285 Abs. 2 ZPO explizit aufgeführten Verfassungs- und Völkerrechtsverletzungen ist sodann unabhängig von der effektiven Kognition des Bundesgerichts kraft ausdrücklicher Anordnung stets zuerst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben. Daraus ergibt sich, dass gegen den Obergerichtsentscheid direkt Beschwerde ans Bundesgericht zu erheben wäre, wenn ausschliesslich Rügen vorgebracht würden, die das Bundesgericht frei überprüfen kann und nicht ausdrücklich in § 285 Abs. 2 ZPO genannt werden. Sobald eine Rüge vorgebracht wird, die das Bundesgericht nicht frei prüft oder die in § 285 Abs. 2 ZPO explizit genannt wird, ist diese zuerst mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen. Werden nun Rügen beider Art geltend gemacht, sind nicht beide Rechtsmittel gleichzeitig einzulegen, sondern es ist zunächst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben betreffend diejenigen Rügen, die damit vorzubringen sind (v.a. kantonales Recht sowie in § 285 Abs. 2 ZPO ausdrücklich erwähnte Verfassungs- und Völkerrechtsverletzungen). Erst im Anschluss an die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde kann Beschwerde ans Bundesgericht geführt werden. Dabei können vor Bundesgericht nun alle Rügen gemäss Art. 95 BGG vorgebracht werden, insbesondere auch im kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht geprüfte Bundesgesetzesverletzungen. Insofern vor Bundesgericht Rügen vorgebracht werden, die im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht geprüft werden konnten, bildet der Entscheid des Obergerichts das Anfechtungsobjekt (sog. Dorénaz-Praxis). Die Frist für die Beschwerde ans Bundesgericht wird erst mit der Eröffnung des kantonalen Nichtigkeitsentscheides in

³⁹ Im Einzelnen hierzu unter 2.3.

Gang gesetzt (Art. 100 Abs. 6 BGG). Als Beschwerdegrund fällt vorliegend zum einen weiterhin die Verletzung materiellen Rechts (Pflichtteilsverletzung) in Betracht. Lässt das Obergericht die von Rolf Reich anerbtenen Beweismittel im Berufungsverfahren nicht zu, kann er zum anderen eine Verletzung von § 267 i.V.m. § 138 und § 115 ZPO geltend machen und damit verbunden eine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs (§ 56 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV) sowie allenfalls des Rechts auf Beweis. Um einen Eingriff in § 267 i.V.m. § 138 und § 115 ZPO sowie in § 56 ZPO und Art. 29 BV zu rügen muss demnach zuerst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, handelt es sich dabei doch um Verletzungen von kantonalem Recht bzw. um eine in § 285 Abs. 2 ZPO explizit aufgeführte Verfassungsverletzung.

Der die Berufung abweisende Entscheid des Obergerichts schliesst das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht ab und bildet damit ein taugliches Anfechtungsobjekt nach § 281 ZPO. Dabei beschränkt sich die Kognition des Kassationsgerichts auf die in § 281 Ziff. 1–3 ZPO genannten Nichtigkeitsgründe. Die Präklusionsbestimmungen gemäss § 267 i.V.m. § 138 und § 115 ZPO zählen ebenso zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen nach Ziff. 1 wie das Recht auf Gehör. Ein gültiger Anfechtungsgrund liegt somit vor. Nicht rügen lässt sich hingegen die Pflichtteilsverletzung, obschon sie sich unter Ziff. 3 subsumieren liesse. Denn in Bezug auf Bundesgesetzesverletzungen geniesst das Bundesgericht volle Kognition, weshalb die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde diesbezüglich ausser Betracht fällt (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Legitimation Rolf Reichs ergibt sich wiederum aus seiner Verfahrensstellung als Nebenintervenient. Zur Beschwer kann auf die Ausführungen zur kantonalen Berufung verwiesen werden. Streitwerterfordernis besteht keines. Beachtet Rolf Reich Form und Frist, wird er mit der Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen.

Weist auch das Kassationsgericht sein Begehren ab, steht ihm schliesslich der Weg ans Bundesgericht offen. Gerügt werden kann nunmehr sowohl die zivilrechtliche Pflichtteilsverletzung, als auch die Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör, umfasst Art. 95 lit. a BGG doch Bundesrecht aller Ebenen, d.h. Bundesgesetzes- wie Bundesverfassungsrecht. Nicht geprüft wird hingegen die richtige Anwendung des kantonalen Rechts, also von § 267 i.V.m. § 138 und § 115 ZPO sowie § 56 ZPO. Soweit allerdings geltend gemacht wird, dieses sei nicht bloss unrichtig, sondern willkürlich angewendet worden, liegt eine Bundesrechtsverletzung (Art. 9 BV) vor, die vor Bundesgericht wiederum vorgebracht werden kann. Das Streitwerterfordernis ist gemäss Sachverhalt erfüllt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Zur Beschwerde legitimiert ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat und durch das anzufechtende Urteil beschwert wird. Betreffend die Beschwer kann auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden. Auch die erstgenannte Voraussetzung wird durch Rolf Reich erfüllt, ist er doch ab dem Verfahren vor Obergericht bis zur Beendigung des kantonalen Instanzenzuges als Nebenpartei am Prozess beteiligt gewesen. Wahrt er Form und Frist, kann er somit im Anschluss an den Nichtigkeitsentscheid Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erheben.

b) Wie bereits erwähnt, hätte Rolf Reich dem Verfahren auch nachträglich, d.h. nach Erlass des Sachentscheides, beitreten und als Nebenintervenient ein Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Frist zur Beweismittelbezeichnung stellen können. Dabei handelt es sich um eine kantonale Frist. Massgebend ist somit § 199 f. GVG. Fraglich ist allerdings, ob ein solches Gesuch auch noch möglich ist, nachdem das Verfahren bereits durch Endurteil abgeschlossen worden ist. § 200 Abs. 1 GVG beantwortete diese Frage positiv. Danach kann eine Fristwiederherstellung beantragt werden, selbst nachdem der Entscheid den Parteien mitgeteilt worden ist. Gemäss der Lehre ist ein Fristwiederherstellungsgesuch selbst noch zulässig, nachdem das Urteil bereits in Rechtskraft erwachsen ist⁴⁰. Zuständig zur Beurteilung des Gesuchs ist die entscheidende Instanz, sofern (noch) kein Rechtsmittel eingelegt worden ist.

⁴⁰ HAUSER/SCHWERI, § 199 N 5, § 200 N 1.

Wird das Gesuch hingegen erst nach Anhängigmachung eines Rechtsmittels eingereicht, befasst sich die Rechtsmittelinstanz damit (§ 200 Abs. 2 GVG). Wiederum ist zu beachten, dass sich der Nebenintervenient durch das Gesuch nicht in Widerspruch zur Hauptpartei setzen darf. Dies ist vorliegend nicht der Fall, zumal Alfons Blatter gemäss Sachverhalt schlicht desinteressiert ist, jedoch weder ausdrücklich auf eine Wiederherstellung verzichtet noch sonst wie Einwände gegen eine Nachholung des Beweisverfahrens und die dadurch bewirkte Verfahrensverlängerung zu erkennen gibt. Rolf Reich könnte demnach neben oder anstatt der Rechtsmitteleinlegung versuchen, die Frist zur Benennung der Beweismittel wiederherzustellen. Hierzu muss er das Gesuch innert zehn Tagen (§ 199 Abs. 3 GVG) schriftlich einreichen oder mündlich zu Protokoll geben.

Fazit: Rolf Reich kann dem Prozess selbst nach Erlass des Urteils noch als Nebenintervenient beitreten und als solcher Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde und schliesslich Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht führen und/oder um Wiederherstellung der Beweisantragungsschrift ersuchen.

Frage 2.3: Wird Rolf Reich Erfolg haben?

Der Prozessausgang hängt davon ab, ob Rolf Reich die versäumten Beweismittel noch in den Prozess einbringen kann. Aussicht auf Erfolg besteht nur, wenn dies möglich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Bezeichnung der Beweismittel grundsätzlich bis zum Ablauf der vom Richter gesetzten Frist für die Beweisanretung (§ 136 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) durch Einreichung der Beweisanretungsschrift (§ 137 ZPO) zu erfolgen hat. Diese Frist gilt ebenfalls für Rolf Reich. Als Nebenintervenient nimmt er den Prozess in der Lage auf, in der er ihn vorfindet; er ist an den Stand des Verfahrens im Zeitpunkt seines Beitritts gebunden (§ 45 Abs. 1 ZPO). Weder bewirkt sein Hinzukommen einen Stillstand oder Unterbruch der Fristen, noch hat er einen besonderen Anspruch darauf, dass eine abgelaufene Frist seinerseits verlängert wird. Tritt der Nebenintervenient wie vorliegend zu untersuchen erst nach Ablauf der Frist für die Beweisanretung dem Verfahren bei, muss er das Fristversäumnis grundsätzlich hinnehmen. Lediglich soweit auch der Hauptpartei die Nachreichung von Beweismitteln bzw. die Wiederherstellung der Frist offen stünde, ist ebenfalls der Nebenintervenient zu entsprechenden Anträgen befugt. Während Hängigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens kommt eine nachträgliche Bezeichnung von Beweismitteln somit lediglich unter den eingeschränkten Voraussetzungen von § 138 i.V.m. § 115 ZPO in Frage. Für das Rechtsmittelverfahren sind die einschlägigen Bestimmungen der jeweiligen Rechtsmittel massgebend. Für das kantonale Berufungsverfahren bestimmt § 267 Abs. 1 ZPO, dass die Nachreichung von Beweismitteln unter denselben Voraussetzungen zulässig ist wie im erstinstanzlichen Verfahren. Betreffend die Aussichten für die Fristwiederherstellung ist § 199 GVG einschlägig.

Massgebend für die Beantwortung der Frage, ob im Haupt- oder Berufungsverfahren nach Ablauf der Beweisanretungsfrist noch Beweismittel bezeichnet werden können, ist somit § 115 ZPO. Da die Beweismittel von Beginn an vorhanden waren, lediglich nicht rechtzeitig bezeichnet wurden, kommt Ziff. 1 von § 115 ZPO nicht in Frage. Die betreffenden Beweismittel sind nicht erst infolge prozessualer Wendungen aktuell geworden. Denkbar wäre allenfalls Ziff. 2, wonach Urkunden nachgereicht werden dürfen, sofern sie für eine Behauptung sofort den Beweis zu erstellen vermögen. Zum Vorliegen solcher Urkunden lässt sich aus dem Sachverhalt allerdings nichts weiter gewinnen. Ausgeschlossen sind sodann Ziff. 4 und 5. Weder gilt im Herabsetzungsprozess die Untersuchungsmaxime, noch gibt der Sachverhalt Hinweise, dass die Beweismittel durch die richterliche Fragepflicht ausgelöst werden. Genauerer Betrachtung bedarf indes Ziff. 3 von § 115 ZPO. Danach können Tatsachenbehauptungen

– und kraft Verweises von § 138 ZPO Beweismittel – generell nachträglich vorgebracht werden, wenn sich glaubhaft machen lässt, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig eingebracht werden konnten. Demgemäss können sowohl Beweismittel nachgereicht werden, die erst nach Ablauf der Beweisantretungsschrift entstehen (echte Noven), als auch solche, die zwar bereits zuvor vorgelegen haben (unechte Noven), jedoch trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig eingebracht werden konnten. Vorliegend sind die Beweise von Beginn an bekannt. Sie werden bloss nicht bezeichnet. Es handelt sich sonach um unechte Noven. Verspätet benannt werden können sie demnach nur, wenn glaubhaft gemacht werden kann, dass dies trotz gehöriger Sorgfalt nicht vorher möglich gewesen ist. Dabei stellt sich die Frage, welche Person angemessen tätig geworden sein muss, die Haupt- oder die Nebenpartei. Hierfür ist daran zu erinnern, dass der abhängige Nebenintervenient im Prozess grundsätzlich nicht eigene Rechte geltend macht, sondern die Hauptpartei bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützt. Entscheidend ist demgemäss, dass die Hauptpartei an der Fristversäumnis kein Verschulden trifft. Für die Befugnis zur nachträglich Einreichung der Beweismittel nicht ausschlaggebend ist demgegenüber, ob der Nebenintervenient den Prozess sorgfältiger hätte verfolgen müssen. Gemäss Sachverhalt hat die Hauptpartei die Frist zur Beweismittelbezeichnung infolge unsorgfältiger Prozessführung verstreichen lassen. Gestützt auf § 115 Ziff. 3 ZPO werden keine Beweismittel nachträglich angetreten werden können, da sie Alfons Blatter bei gehöriger Führung des Prozesses rechtzeitig hätte benennen können. Erfüllt die Hauptpartei die Voraussetzungen nicht, um nachträglich Beweismittel zu benennen, können sie nachträglich auch nicht durch den Nebenintervenienten eingebracht werden, leitet er die prozessual geltend zu machenden Rechte doch von der Hauptpartei ab.

Zu prüfen bleibt noch, ob ein Gesuch um Wiederherstellung der Beweisantretungsfrist mehr Aussicht auf Erfolg verspricht. Gemäss § 199 GVG lässt sich eine Frist ohne die nicht zu erwartende Einwilligung der Gegenpartei nur wieder herstellen, wenn die Partei an der Versäumnis kein grobes Verschulden trifft. Massgebend ist wiederum das Verhalten der Hauptpartei. Entscheidend ist, dass diese kein grobes Verschulden trifft und die Frist deshalb unabhängig von der Zustimmung Gegenpartei wieder hergestellt werden kann. Erfüllt die Hauptpartei diese Voraussetzung, kann die Fristwiederherstellung auch von der Nebenpartei erfolgreich beantragt werden. Kein grobes Verschulden liegt vor, falls die Hauptpartei lediglich das nicht beachtet hat, was eine sehr sorgfältige Person in derselben Situation ebenfalls nicht berücksichtigt hätte, wobei an rechtskundige Personen gegenüber Unkundigen tendenziell höhere Anforderungen gestellt werden. Vorliegend wird die Frist infolge Unumsichtigkeit versäumt. Die im Beweisaufgabebeschluss klar bezeichnete Frist hätte sich bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit leicht einhalten lassen. Die Bezeichnung der Beweismittel bedeutet, sofern diese bekannt und vorhanden sind, keinen eine Verzögerung rechtfertigenden Aufwand. Entschuldbare Hindernisse gehen aus dem Sachverhalt nicht hervor. Alfons Blatter trifft am Versäumnis sonach ein grobes Verschulden, weshalb die Frist nur mit Zustimmung seiner Geschwister wieder hergestellt werden kann. Einem entsprechenden Gesuch von Rolf Reich wird deshalb voraussichtlich kein Erfolg beschieden sein.

Fazit: Die Hauptpartei hat sich die Fristversäumnis selbst vorzuwerfen. Rolf Reich wird mit den Anträgen um nachträgliche Beweismittelbezeichnung sowie um Fristwiederherstellung deshalb keinen Erfolg haben.

Fall 3

1. Frage

Die Parteien haben eine Scheidungskonvention abgeschlossen und darin den Kindesunterhalt und den Unterhalt der Frau geregelt. Betreffend die Nebenfolgen der Scheidung weichen die Rechtsbegehren von Klage und Widerklage voneinander ab. Es ist zu prüfen, ob das Gericht die Scheidungskonvention beachten und allenfalls genehmigen muss.

Zulässigkeit der Widerklage und des Feststellungsbegehrens von Rolf Müller

Rita klagt gegen Rolf Müller, dieser erhebt Widerklage. Die Widerklage ist zulässig, wenn für die Hauptklage und die Widerklage die gleiche sachliche Zuständigkeit und die gleiche Verfahrensart vorliegen und wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage besteht (ZPO 60, GestG 6). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall zweifelsohne erfüllt. Im Übrigen ist grundsätzlich von der Zulässigkeit der Widerklage gestützt auf ZGB 116 auszugehen.

Falls sowohl die Klage als auch die Widerklage mit ZGB 114 begründet werden, ist nach einem Teil der Lehre die Widerklage unzulässig wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses.⁴¹ ZGB 116 sei gar nicht anwendbar und der Beklagte könne nur die Abweisung oder Gutheissung der Scheidungsklage beantragen. Es bleibt nach dieser Ansicht bei der Scheidung im streitigen Verfahren.

Auch bei Zulässigkeit der Widerklage ist fraglich, ob Rolf die Einigung über die Nebenfolgen der Scheidung feststellen lassen kann. Auf ein Feststellungsbegehren wird nur eingetreten, wenn ein rechtlich geschütztes Interesse an der Feststellung besteht.⁴² Daran könnte es im vorliegenden Fall fehlen, da Rolf im Sinne eines Gestaltungsbegehrens die Genehmigung der Vereinbarung hätte verlangen können (Subsidiarität der Feststellungsklage). Allerdings darf das Gericht, auch wenn es Rolfs Rechtsbegehren restriktiv auslegt, dieses nicht einfach ausser Acht lassen. Zwar wäre sein Rechtsbegehren diesfalls unzulässig, das Gericht hätte dessen Inhalt aber zumindest als Antrag entgegenzunehmen.⁴³ Das Gericht hat in jedem Fall über die Genehmigung der vorbestehenden Scheidungskonvention zu entscheiden.

Vereinbarung von Unterhalt an die Ehefrau

Abschluss der Vereinbarung

Verträge über die vermögensrechtlichen Folgen einer Scheidung können von den Eheleuten schon vor Rechtshängigkeit eines Prozesses abgeschlossen werden. Dass die Eheleute Müller schon vor dem Scheidungsprozess die Vereinbarung abgeschlossen haben, steht der Gültigkeit der Vereinbarung nicht entgegen.

Bindungswirkung der Vereinbarung und Genehmigungsvoraussetzungen

Bei der Scheidungsvereinbarung ist deren Verbindlichkeit für die Parteien zu unterscheiden von der Gültigkeit. Die Vereinbarung entfaltet erst Rechtswirkungen, wenn das Gericht sie

⁴¹ SUTTER/FREIBURGHANUS, N. 22 zu Art. 116 ZGB.

⁴² WALDER-RICHLI, §24 N. 8ff.

⁴³ Bei der Scheidungsklage handelt es sich um eine actio duplex, bei der auch Beklagte Anträge auf Zusprechung von Leistungen stellen können, ohne Widerklage zu erheben (VOGEL/SPÜHLER, §7 N. 48).

genehmigt. Gegebenenfalls wird sie in das Urteilsdispositiv aufgenommen (ZGB 140 Abs. 1). Bindungswirkung tritt für die Parteien aber schon vorher ein.⁴⁴ Sie können dem Gericht allerdings beantragen, die Genehmigung zu verweigern, weil es an einer Voraussetzung fehle.⁴⁵ Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren (ZGB 111) kann zudem, nach Ansetzen der Bedenkfrist, die Bestätigung verweigert werden, um die Genehmigung der Scheidungskonvention zu verhindern.

Rita klagt gegen Rolf Müller, dieser erhebt Widerklage. Wenn ein Ehegatte Widerklage auf die Klage des anderen erhebt, sind die Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren sinngemäss anwendbar (ZGB 116). Fraglich ist, was unter „sinngemäss“ zu verstehen ist. Dazu gibt es zwei Ansichten in der Lehre. Nach der einen findet kein Übergang in das nichtstreitige Verfahren statt.⁴⁶ Die sinngemässe Anwendung der Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren ist beschränkt auf wenige Punkte. Die Parteien müssen angehört werden (ZGB 111 Abs. 1), und die Scheidung darf erst zwei Monate danach ausgesprochen werden. Die Parteien können die Klage oder Widerklage zurückziehen, eine Bindung an den erklärten Scheidungswillen besteht nicht (dafür an die Vereinbarung der Nebenfolgen).

Der anderen Ansicht zufolge bewirkt die Widerklage einen Wechsel ins nichtstreitige Verfahren.⁴⁷ Anstelle von ZGB 114f. werden ZGB 111f. uneingeschränkt analog angewendet.⁴⁸

Je nach Lehrmeinung, wird das Gericht also vom Klageverfahren ins nichtstreitige Verfahren wechseln oder nicht, mit der Folge, dass entweder eine Bedenkfrist eingeräumt wird oder nicht.

Beim Wechsel in das nichtstreitige Verfahren, stellt sich die Frage, ob das Gericht die vorliegende Scheidungskonvention zwischen Rolf und Rita trotz diesbezüglicher unterschiedlicher Rechtsbegehren als umfassende Einigung über die Scheidungsfolgen entgegennehmen kann (analog ZGB 111). Da eine einmal geschlossene Konvention grundsätzlich bindend ist, und eine Einigung bei deren Abschluss bestanden hat, kommt es nicht auf die Rechtsbegehren an. Es liegt eine umfassende Einigung über die Scheidungsfolgen vor. Das Gericht wird deshalb analog ZGB 111 Abs. 2 vorgehen und den Parteien eine zweimonatige Bedenkzeit einräumen.⁴⁹ Wenn Rita die Vereinbarung nicht bestätigt, wird das Gericht diese nicht genehmigen.

Falls ZGB 116 restriktiv ausgelegt wird und ZGB 111f. nur beschränkt analog angewendet werden, erhalten die Parteien keine Bedenkfrist. Rita könnte lediglich geltend machen, es fehle an einer Genehmigungsvoraussetzung.⁵⁰

Die Genehmigung ist zu verweigern, wenn sie gegen zwingende Vorschriften des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts verstösst. Die Vereinbarung soll auf dem freien Willen der Parteien beruhen, insbesondere darf beim Abschluss kein Willensmangel vorgelegen haben. Sie muss nach reiflicher Überlegung geschlossen worden sein. Die Parteien müssen im Hinblick

⁴⁴ SUTTER/FREIBURGHHAUS, N. 39 zu Art. 140 ZGB; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 12.32; SPÜHLER/FREI-MAURER, N. 150 zu aZGB 158 Ziff. 5; LEUENBERGER/SCHWENZER, FamKomm Scheidung, N. 5 zu Art. 140 ZGB. A.A. MEIER/SCHNELLER, S. 43; Für eine Bewertung war auf jeden Fall eine Diskussion des Problems der vertraglichen Bindung und des richterlichem Eingriffs in die Vertragsbeziehung erforderlich.

⁴⁵ BGE 115 II 206.

⁴⁶ SUTTER/FREIBURGHHAUS, N. 21 zu Art. 116 ZGB mit weiteren Verweisen.

⁴⁷ STECK, Basler Kommentar, N. 11 zu Art. 116 ZGB.

⁴⁸ STECK, Basler Kommentar, N. 31 zu Art. 116 ZGB.

⁴⁹ FANKHAUSER, FamKomm Scheidung, N. 23 zu Art. 116 ZGB; STECK, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 116 ZGB, mit Hinweis auf eine mögliche Änderung der h.L. Demnach kann bei einem Wechsel in's nichtstreitige Verfahren nur das Fehlen einer Genehmigungsvoraussetzung geltend gemacht werden. Ansonsten ist die Scheidungskonvention verbindlich.

⁵⁰ Diese Möglichkeit hätte sie auch beim Wechsel ins nichtstreitige Verfahren, nur ist in diesem Fall die Nichtbestätigung als einfachere Variante vorzuziehen.

auf die Tragweite fähig gewesen sein, vernünftig zu handeln. Die Vereinbarung hat sodann den Erfordernissen der Klarheit und der Vollständigkeit zu genügen und sie darf nicht offensichtlich unangemessen sein (vgl. ZGB 140 Abs. 2). In formeller Hinsicht ist ZGB 143 zu beachten.

Rita Müller kann dem Gericht beantragen, die Genehmigung der Vereinbarung sei wegen Willensmangels zu verweigern. Das Gericht wendet zwar das Recht von Amtes wegen an, in tatsächlicher Hinsicht gilt aber die Verhandlungsmaxime. Das Gericht hat nicht nach versteckten Willensmängeln zu suchen.⁵¹

Es kommt also darauf an, wie Rita Müller ihr Rechtsbegehren begründet. Es ist anzunehmen, dass Rita die Situation, wie sie im Sachverhalt dargestellt ist, zur Begründung dem Gericht angegeben hat. Rita wird also geltend machen, sie habe ihren Willen gestützt auf die Beratung von Frau Keller gebildet, welche sie nicht unabhängig beraten habe und dieser Wille habe nicht ihrem wirklichen Willen entsprochen. Es könnte ein Grundlagenirrtum i.S.v. OR 24 Abs. 1 Ziff. 4 gegeben sein. Die Hinweise im Sachverhalt reichen allerdings nicht aus, um diese Frage zu entscheiden.

Je nach den Vermögensverhältnissen der Parteien könnte auch ein Fall der offensichtlichen Unangemessenheit vorliegen.

Die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen sind als gegeben anzunehmen.

Das Gericht wird, wenn es im streitigen Verfahren über die Nebenfolgen der Scheidung entscheidet, bei Vorliegen eines Grundlagenirrtums oder bei offensichtlicher Unangemessenheit, die Genehmigung verweigern.

Fazit: Wenn das Gericht nach der einen Lehrmeinung vorgeht, wird es den Parteien eine Bedenkfrist einräumen und nach verweigerter Bestätigung, die Genehmigung der Vereinbarung verweigern.

Nach der anderen Ansicht wird keine Bedenkfrist gewährt und die Vereinbarung ist für die Parteien bindend. Eine Verweigerung der Genehmigung ist möglich aufgrund Grundlagenirrtums von Rita oder wegen offensichtlicher Unangemessenheit. Der Sachverhalt ist unklar in Bezug auf die betreffenden Voraussetzungen.

Verweigerung der Genehmigung

Verweigert das Gericht die Genehmigung, so ist die Vereinbarung wirkungslos. Das Gericht darf nun aber die nicht genehmigungsfähige Vereinbarung nicht durch eine eigene Entscheidung ersetzen und die Scheidung aussprechen.⁵²

Bei der Beurteilung analog ZGB 111 fehlt es bei Nichtgenehmigung der Scheidungskonvention an einem Scheidungsgrund. Es ist nach ZGB 113 vorzugehen. Dies allerdings nicht, wenn ZGB 111 aufgrund ZGB 116 analog angewendet wurde.⁵³ In diesem Fall wird das Verfahren gestützt auf die ursprünglich eingereichte Klage nach ZGB 114f. fortgesetzt. Das Gericht wird in einem kontradiktorischen Verfahren über die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung entscheiden.

Ebenso geht das Gericht vor, wenn es ZGB 116 anders auslegt und das Verfahren ohnehin im Klageverfahren weiterführt.

⁵¹ MEIER/SCHNELLER, S. 44.

⁵² SUTTER/FREIBURGHANUS, N. 45 zu Art. 140 ZGB.

⁵³ GLOOR, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 113 ZGB.

Vereinbarung von Unterhalt für die Kinder

Die Parteien der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen sind die Ehegatten. Die Kinder erhalten darin zwar Unterhalt zugesprochen, waren aber an Ausarbeitung und Abschluss der Konvention nicht beteiligt. Die Eltern können Verträge über den Unterhalt der Kinder abschliessen.⁵⁴ Sie handeln diesfalls als deren Vertreter. Bei Abschluss einer Unterhaltsvereinbarung ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens wird das Kind durch denjenigen Elter vertreten, dem die rechtliche Obhut zugeteilt ist (ZGB 304). In einem eherechtlichen Verfahren wird das Kind vertreten durch den das Sorgerecht beanspruchenden Elter.⁵⁵ Es handelt sich um einen Fall der Prozessstandschaft. Der betreffende Elter schliesst den Vertrag in eigenem Namen, aber mit Wirkung für die Kinder ab.

Im vorliegenden Fall soll Rita einen Beitrag an den Kindesunterhalt erhalten. Es ist davon auszugehen, dass nach dem Willen der Parteien ihr das Sorgerecht zugeteilt werden soll. Die Vereinbarung wurde vor Beginn des Verfahrens abgeschlossen. Unklar ist, ob die Kinder schon jetzt unter ihrer Obhut sind. Es rechtfertigt sich aber analog der Situation im eherechtlichen Verfahren ihr die Befugnis zur Vertretung der Kinder zuzugestehen. Sie wird es nach dem Sinn der Vereinbarung sein, die für den verbleibenden Rest des Kindesunterhalts aufkommt. Somit stimmt ihr Interesse mit demjenigen der Kinder überein und ist für eine angemessene Wahrung der Kinderinteressen gesorgt.

Die Gültigkeit und damit auch die Genehmigung von Verträgen über den Unterhalt für Kinder richtet sich nach dem Kindesrecht (ZGB 133 Abs. 1 i.V.m. 285ff., 287 Abs. 3).⁵⁶ Zuständig für die Genehmigung ist das Scheidungsgericht (ZGB 287 Abs. 3).

Für das Kind wird ein Unterhaltsvertrag erst mit der Genehmigung durch das Gericht verbindlich. Bis dahin kann das Kind ohne Angabe von Gründen im Rahmen von Treu und Glauben erklären, es fühle sich nicht an den Unterhaltsvertrag gebunden, und andere Bedingungen vorschlagen. Es kann auch die gerichtliche Regelung seines Unterhaltsanspruchs verlangen.⁵⁷

Rolf hat sich zur Zahlung von Unterhalt an die Kinder verpflichtet. Er ist an die Vereinbarung betreffend Kindesunterhalt gebunden.⁵⁸ Für die Kinder tritt keine Bindungswirkung ein.

Die Vereinbarung steht unter der Suspensivbedingung, dass die elterliche Sorge gemäss den Parteianträgen zugeteilt wird.

Das Gericht prüft die Unterhaltsvereinbarung in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Es wendet in Bezug auf die Interessen der Kinder die Untersuchungsmaxime an.⁵⁹

Die Genehmigung wird erteilt, wenn das Gericht die Vereinbarung als angemessen beurteilt. Massgebend sind die im Urteilszeitpunkt gegebenen und in Zukunft absehbaren Verhältnisse.

Rolf soll laut Konvention Rita Fr. 15'000.- bezahlen. Welcher Anteil davon für Kindesunterhalt vorgesehen ist, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Ebenfalls unklar sind die Vermögensverhältnisse der Parteien. Aus diesem Grund kann nicht beurteilt werden, ob das Gericht die Genehmigung erteilen wird oder nicht.

Falls das Gericht die Vereinbarung über den Kindesunterhalt nicht genehmigt, kann der gesetzliche Vertreter der Kinder einen neuen Vertrag vorschlagen. Dieser muss die Ableh-

⁵⁴ SUTTER/FREIBURGHHAUS, N. 25 zu Art. 140 ZGB.

⁵⁵ HEGNAUER, N. 32 zu Art. 287/288 ZGB.

⁵⁶ SUTTER/FREIBURGHHAUS, N. 25 zu Art. 140 ZGB.

⁵⁷ HEGNAUER, N. 69ff. zu Art. 287/288 ZGB.

⁵⁸ BGE 126 III 57.

⁵⁹ BREITSCHMID, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 287 ZGB.

nungsgründe berücksichtigen. Wenn kein neuer Vertrag zustande kommt, entscheidet das Gericht.⁶⁰

Fazit: das Gericht hat die Vereinbarung über den Kindesunterhalt nachzuprüfen. Verweigert es die Genehmigung, erhalten die Parteien die Möglichkeit, eine an die Verweigerungsgründe angepasste Fassung des Unterhaltsvertrags vorzulegen. Kommt eine Einigung zwischen ihnen nicht zustande, entscheidet das Gericht.

2. Frage

Das Vorgehen von Dr. Maria Keller und dessen rechtliche Konsequenzen

Verletzung einer Berufsregel

Frau Dr. Keller ist Anwältin. Es ist davon auszugehen, dass sie nach BGFA 6 Abs. 1 in das Anwaltsregister eingetragen ist. Sie untersteht damit den disziplinarrechtlichen Regeln des BGFA. Es ist zu prüfen, ob sie mit ihrem Verhalten gegen die Berufsregeln gemäss BGFA 12 verstossen hat.

Nach BGFA 12 lit. a müssen Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausüben. BGFA 12 lit. b bis j enthalten weitere Vorschriften.

Im vorliegenden Fall ist BGFA 12 lit. c genauer zu prüfen. Demnach vermeiden Anwältinnen und Anwälte jeglichen Konflikt zwischen den Interessen der Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. BGFA 12 lit. c auferlegt der Anwältin eine Treuepflicht gegenüber ihren Klienten kraft öffentlichen Rechts. Diese ist verletzt, wenn die Anwältin Entscheidungen treffen muss, bei der die Interessen ihres Klienten mit denjenigen eines anderen Klienten oder ihren eigenen möglicherweise in Konflikt geraten.⁶¹

Eine Anwältin könnte z.B. nicht Kläger und Beklagten vertreten. Anders ist es bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren. In diesem Fall ist die Doppelvertretung nach der Lehre grundsätzlich zulässig.⁶² Nicht möglich ist, dass die Anwältin zuerst die Parteien bei der Ausarbeitung der Scheidungskonvention berät und anschliessend die eine Partei vertritt.

Die Anwältin muss von beiden Parteien beauftragt sein, sie zu beraten. Wenn die Anwältin zuvor in derselben Sache die eine Partei beraten oder vertreten hat, darf sie nachher nicht beide Parteien beim Abschluss einer Vereinbarung beraten.⁶³

Dr. Keller berät Rolf und Rita beim Abschluss der Scheidungskonvention. Es liegt somit ein Fall der Doppelvertretung vor. Maria Keller hat Rolf schon einmal beraten. Es könnte ein Interessenkonflikt vorliegen. Ein solcher liegt gemäss Lehre zunächst nur dann vor, wenn die Beratung dieselbe Sache betrifft. Rolf wurde von Maria Keller in einer geschäftlichen Angelegenheit beraten, also nicht in derselben Sache. Rolfs Interesse in dieser früheren Sache hat keinen Einfluss auf die aktuelle Beratungstätigkeit von Frau Keller gehabt.

Möglich ist aber, dass Dr. Keller auch in Zukunft wieder Mandate für Rolf ausführen möchte. Es könnte somit ein Interesse von Frau Keller an weiteren Aufträgen von Rolf vorliegen, dass einer unabhängigen Beratung von Rita entgegen steht. Rolf hat, nachdem er sich bei seiner

⁶⁰ HEGNAUER, N. 74ff. zu Art. 287/288 ZGB.

⁶¹ FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N. 84 zu Art. 12 BGFA.

⁶² FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N. 102 zu Art. 12 BGFA; a.A. TESTA, S. 104f.

⁶³ TESTA, S. 104.

geschäftlichen Tätigkeit von Frau Keller hatte beraten lassen, bei der Scheidung erneut sie als Anwältin gewählt. Dies lässt darauf schliessen, dass Rolf zufrieden war mit der Beratung in der geschäftlichen Angelegenheit. Rita kann somit erwarten, dass Rolf bei erneutem Bedarf wiederum auf ihre Dienste zurückgreifen wird. Rolf wird verpflichtet Fr. 15'000.- pro Monat an Unterhalt für Rita und die Kinder zu bezahlen. Er ist demnach finanziell gut situiert. Sein Einkommen erzielt Rolf mit der geschäftlichen Tätigkeit. Diese muss sehr einträglich sein, damit Rolf in der Lage ist Unterhaltszahlungen in der vorgesehen Höhe zu leisten. Folglich ist anzunehmen, dass mit der Geschäftstätigkeit von Rolf zusammenhängende Mandate lukrativ sein können und Frau Keller alles tun wird, um auch in Zukunft wieder Beratungsaufträge für Rolf zu erhalten.

Eine Anwältin darf ein Mandat auch dann nicht annehmen, wenn das Kollisionsrisiko mit anderen Interessen als gering erscheint, um ihren Treuepflichten zu genügen.⁶⁴

Fazit: Frau Keller kann Rita nicht unabhängig beraten. Sie hat gegen die Berufsregeln nach BGFA 12 lit. c verstossen.⁶⁵

Disziplinarverfahren

Zuständig für die Durchführung eines Disziplinarverfahrens ist die kantonale Aufsichtsbehörde (BGFA 14). Das Verfahren wird eingeleitet durch eine Meldung der kantonalen Gerichts- oder Verwaltungsbehörden an die Aufsichtsbehörde (BGFA 15). Im Disziplinarverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“.⁶⁶ Allerdings muss Frau Dr. Keller nur die Gefahr einer Interessenkollision nachgewiesen werden, was gemäss obiger Ausführungen möglich ist. Frau Keller muss nicht effektiv unrichtig beraten haben. Die Aufsichtskommission ordnet eine Disziplinar-massnahme nach BGFA 17 an.

Das Disziplinarverfahren richtet sich nach den Art. 22ff. und 30ff. des Zürcher Anwalts-gesetzes.

Anordnung einer Disziplinar-massnahme gemäss BGFA 17

Zu den Voraussetzungen für die Anordnung einer Disziplinar-massnahme gehört, nebst der Verletzung einer Berufsregel, dass die Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Einerseits hat die gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig zu sein. Andererseits muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln stehen. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls.⁶⁷ Die in BGFA 17 vorgesehenen Massnahmen sind die Verwarnung, der Verweis, die Busse sowie ein befristetes oder unbefristetes Berufsausübungsverbot.

Im vorliegenden Fall haben Rita und Rolf ein fünfjähriges Kind. Es ist davon auszugehen, dass sie seit mindestens fünf Jahren in einer Beziehung leben. Zwar mag die Ehefrau keine detaillierten Kenntnisse über Rolfs Vermögensverhältnisse haben, immerhin sollte ihr aber die Grössenordnung bekannt sein. Trotzdem kommen ihr erst Zweifel über die Scheidungskonvention, als ihr bekannt wird, dass Maria Keller ihren Mann schon einmal beraten hat. Hätte Dr. Keller die Interessen von Rita überhaupt nicht gewahrt bei der Ausarbeitung der Scheidungskonvention, so hätte das Rita früher festgestellt.

Die Pflichtverletzung von Maria Keller ist als leicht zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich deshalb nur das Erteilen einer Verwarnung (BGFA 17 Abs. 1 lit. a).

⁶⁴ FELLMANN, Kommentar zum Anwalts-gesetz, N. 87 zu Art. 12 BGFA.

⁶⁵ Auch andere Argumentationen zur Unabhängigkeit von Dr. Keller bzw. in Bezug auf das Vorliegen eines Interessenkonfliktes wurden bewertet.

⁶⁶ Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich vom 7. November 1973, ZR 73 (1974) Nr. 100, S. 283.

⁶⁷ POLEDNA, Kommentar zum Anwalts-gesetz, N. 23f. zu Art. 17 BGFA.

Rechtliche Konsequenzen für Rita Müller

Auf Rita und Rolf hat die Verletzung der Berufsregeln durch Maria Keller keinen Einfluss. Sie haben aufgrund dessen keine Rechtsansprüche ihr gegenüber.

Rita könnte allenfalls, in diesem Zusammenhang nicht näher zu prüfende, auftragsrechtliche Ansprüche gegenüber Frau Dr. Keller haben.

Literatur zu Fall 3

FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (HRSG.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005 [zit. Autor, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N. ... zu Art. ...]

HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar, Bd. II, 2. Abteilung, 2. Teilbd.: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilbd.: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-775 ZGB (mit Supplement); Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB, Bern 1997

HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (HRSG.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006 [zit. Autor, Basler Kommentar, N. ... zu Art. ...]

MEIER ISAAK/SCHNELLER MADELEINE, Scheidungsverfahren nach revidiertem Recht, Zürich 1999

SCHWENZER INGEBORG (HRSG.), FamKommentar Scheidung, Bern 2005 [zit. Autor, FamKomm Scheidung, N. ... zu Art. ...]

SPÜHLER KARL/FREI-MAURER SYLVIA, Berner Kommentar, Bd. II, 1. Abteilung: Das Ehe-recht, 1. Teilbd., 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Ergänzungsband, Bern 1991

SUTTER THOMAS/FREIBURGHaus DIETER, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999

TESTA GIOVANNI ANDREA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss., Zürich 2001

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006

WALDER-RICHLI HANS ULRICH, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996

Fall 4

Anerkennung und Vollstreckung des fraglichen Urteils richten sich nach dem IPRG (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG). Das LugÜ kommt lediglich für die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen, die aus einem Mitgliedstaat stammen, zur Anwendung (Art. 31 LugÜ spricht von in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen).

Von den Voraussetzungen für Anerkennung und Vollstreckung ist zunächst die indirekte Zuständigkeit zu prüfen. Da sich die Swiss Flug AG laut Sachverhalt aufwendig verteidigt hat, ist anzunehmen, dass sie sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen hat. Damit ist die indirekte Zuständigkeit nach Art. 26 lit. c IPRG begründet. Da es sich um einen Geldanspruch handelt, ist auch die Voraussetzung einer vermögensrechtlichen Streitigkeit erfüllt.

Als nächstes ist der ordre public nach Art. 27 IPRG zu prüfen. Abs. 1 betrifft den materiellen ordre public. Abs. 2 lit. b statuiert den formellen ordre public. Der ordre public steht für die die fundamentalen, unabdingbaren Grundsätze der Rechtsordnung des Anerkennungs- und Vollstreckungsstaats. Unter den materiellen ordre public fallen die zentralen Grundsätze der Privatrechtsordnung. Sie betreffen den Inhalt des Entscheides. Der formelle ordre public bezeichnet demgegenüber die unverzichtbaren Verfahrensgrundsätze; er bezieht sich auf das Zustandekommen des Entscheides.

Betreffend den materiellen ordre public fällt in Betracht, dass das schweizerische Haftpflichtrecht auf den effektiven Schaden abstellt, der dann für die Konkretisierung des Schadenersatzanspruchs reduziert werden kann (Art. 42 ff. OR). Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung ist der Schaden konkret zu berechnen (vgl. BGE 120 II 299; 113 II 347). Nach dem in der Schweiz vorherrschenden klassischen Schadensbegriff entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie). Ein Mehrfachschaden mit Strafcharakter ist dem schweizerischen Recht unbekannt. Allerdings gibt es auch im schweizerischen Recht ausnahmsweise Schadenersatzansprüche, die pönalen Charakter haben, so zum Beispiel im Arbeitsrecht bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nach Art. 337c OR..

In casu wurden sie einzelnen Schäden und Genugtuungsansprüche der Hinterbliebenen grob abgeschätzt. Nähere Beweise wurden jedoch nicht erhoben. Ein solches Vorgehen widerspricht der Norm von Art. 42 Abs. 1 OR, wonach diejenige Person, die Schadenersatz geltend machen will, ihren Schaden zu beweisen hat. Ein solcher Beweis hat auch eine substantiierte Schadensberechnung zu umfassen (BGE 111 II 303). Weiter wurde gemäss Sachverhalt der geschätzte Betrag verdreifacht mit der Begründung, der Unfall sei grobfahrlässig zur Einsparung von Wartungskosten herbeigeführt worden. Eine solche Vervielfachung des Schadenersatzes ist dem Schweizerischen Recht fremd. Bei Gutheissung einer Schadenersatzklage wird dem Kläger nur die Ersetzung des konkret errechneten und bewiesenen Schadens zugesprochen. Insgesamt gesehen verstösst in casu der exorbitant hohe Schadenersatzbetrag und dessen Berechnungsart gegen den materiellen ordre public. Zwar ist in Betracht zu ziehen, dass in den USA aus den zugesprochenen Beträgen auch die Erfolgshonorare der Anwälte bezahlt werden müssen. Dies rechtfertigt jedoch trotzdem keine Verdreifachung des Schadenersatzbetrages. Nach herrschender Meinung in Lehre und Praxis in der Schweiz ist der Schadenersatz bei Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz auf das erträgliche Mass zu reduzieren. Die in casu vorgenommene Schadensfeststellung und -berechnung verstossen auch gegen den formellen ordre public. Denn im schweizerischen Recht muss ein Schaden nach dem Regelbeweis so bewiesen werden, dass das Gericht vom Eintritt des Schadens überzeugt ist (sog.

Überzeugungstheorie; vgl. Art. 42 Abs. 1 OR). Immerhin kann das Gericht nach Art. 42 Abs. 2 OR einen nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach Ermessen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge abschätzen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht auf die Beweisabnahme verzichten kann. Die Vorgehensweise ist entsprechend mit unseren Vorstellungen einer richterlichen Entscheidungsbildung wohl unvereinbar. Selbstverständlich kann auch die gegenteilige Ansicht vertreten werden.

Ein besonderes Problem des vorliegenden Falles ist auch, dass RA Burger aus den USA das Urteil in der Schweiz durchsetzen will. Aus schweizerischer Sicht hat RA Burger wohl die Stellung eines Prozessstandschafters. Das heisst er hat die Prozessführungsbefugnis betreffend die Schadensersatzsumme, die letztlich den Hinterbliebenen zusteht. RA Burger ist zwar laut dem BGFA in Zürich nicht als Anwalt zugelassen (Art. 4, 21, 27 und 30 BGFA e contrario). Dies spielt jedoch keine Rolle. RA Burger tritt in Zürich nicht als Anwalt auf, sondern – wie gesagt – als Prozessführungsbefugter. Bestand und Umfang der Prozessführungsbefugnis richten sich, jedenfalls sofern sich diese auf das materielle Recht stützt, nach der *lex causae*, d.h. nach amerikanischem Recht, und nicht nach der *lex fori*⁶⁸.

Korrekturschema

Fall 1	Frage 1.1 (5.0 Pte.)	Abgrenzung Betreuung auf Pfändung / Konkursbetreuung vornehmen	0.25
		Diskussion über das Kompetenzgut des Berufsstandes; insbesondere: - Abgrenzung zwischen beruflicher Tätigkeit und dem Betrieb eines Unternehmens - Differenzierung zwischen dem Verkauf von Computern einerseits und der Schulung und Beratung andererseits - Thematisierung des Verhältnisses zwischen Hauptberuf und Nebenerwerb. Bei gutem Lösungsansatz sind insgesamt 3 Punkte möglich.	3.0
		Verweis auf die Reihenfolge der Pfändung mit schlüssigem Fazit vornehmen	0.25
		Als Alternative die Verdienstpfindung thematisieren und eine in sich schlüssige Lösung aufzeigen	1.25
		Auswechslungsrecht nach SchKG 92 III darlegen	0.25
	Frage 1.2 (4.0 Pte.)	Diskussion der Nichtigkeit der Verfügung vornehmen	0.5
		SchK-Beschwerde an das Bezirksgericht ausführen und dabei insbesondere thematisieren: sachliche Zuständigkeit, Beschwerdeobjekt, Beschwerdegrund, Streitwert, Frist und Form	1.0
		Rekurs an das Obergericht ausführen und dabei insbesondere die sachliche Zuständigkeit korrekt herleiten	0.5
		Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ausführen und dabei insbesondere thematisieren: Anfechtungsobjekt, Endentscheid, Streitwert, Vorinstanz, Beschwerdegrund, Frist, Form, Abgrenzung Rechtsverletzung/Ermessenskontrolle sowie Abgrenzung Rechtsfragen/Tatfragen	2.0
	Frage 1.3 (1.0 Pt.)	Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung stellen	0.5
		Diskussion über den Inhalt der aufschiebenden Wirkung	0.5
		Total Fall 1: 10 Punkte	

⁶⁸ MEIER, S. 61 m.w.N.; ferner GEIMER, N 2234 ff.; NAGEL/GOTTWALD, § 4 N 47 f.

Fall 2	Frage 2.1 (2.0 Pte.)	Rechtsbehelfe während Hängigkeit des Verfahrens: - Möglichkeit der Nebenintervention erkennen (§ 44 Abs. 1 ZPO) und Voraussetzungen der Beitrittserklärung und Verfahrenshängigkeit darlegen. - Glaubhaftmachen des rechtlichen Interesses unter Abgrenzung zum bloss wirtschaftlichen Interesse überzeugend begründen. - Ausführungen zur Rechtsstellung des Nebenintervenienten: Dartun, dass eine unselbständige Nebenintervention vorliegt und diese zur Wahrung der Rechte von Reich genügt; am Sachverhalt aufzeigen, dass die Beweismittelbezeichnung durch Reich nicht im Widerspruch zur Hauptpartei erfolgt.	0.25 1.0 0.75
	Frage 2.2 (5.25 Pte.)	Rechtsbehelfe gegen den Entscheid: - Rechtsmittel: • Legitimation diskutieren: Möglichkeit der Nebenintervention auch nach erfolgtem Entscheid erkennen (§ 44 Abs. 2 ZPO), aus Nebenparteilicher die Befugnis zur Erhebung sämtlicher Rechtsmittel der Hauptpartei ableiten (§ 45 Abs. 2 ZPO) und am Sachverhalt aufzeigen. • Darlegen, dass die Rechtsmitteleinlegung nicht im Widerspruch zur Hauptpartei erfolgt. • Übrige Voraussetzungen der kantonalen Berufung vollständig dartun (Sachendurteil, Vorinstanz, Rügegründe, Streitwert etc.) • Weiterzug bis an das Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen unter Abgrenzung zur kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde sowie unter besonderer Berücksichtigung der Legitimation und der Rügegründe begründet prüfen. - Fristwiederherstellung: Möglichkeit, dem Verfahren auch nach Erlass des Urteils noch als Nebenintervenient beizutreten und als solcher ein Fristwiederherstellungsgesuch für die Beweismittelbezeichnung zu stellen, erkennen und darauf eingehen, dass eine Fristwiederherstellung für die Beweisantretung selbst nach Zustellung des Endentscheides noch möglich ist (§ 200 GVG); dartun, dass sich der Nebenintervenient durch das Gesuch um Fristwiederherstellung nicht in Widerspruch zur Hauptpartei setzt.	1.25 0.25 0.75 2.0 1.0
	Frage 2.3 (2.75 Pte.)	Bewertung der Erfolgsaussichten: Aussicht auf Erfolg besteht nur, falls noch Beweismittel in den Prozess eingebracht werden können: - Präklusionsregelung für die Bezeichnung der Beweismittel (§ 137 f. ZPO) und Bindung des Nebenintervenient an den Stand des Verfahrens im Zeitpunkt seines Beitritts (§ 45 Abs. 1 ZPO) am Sachverhalt aufzeigen. - Novenrecht im kantonalen Berufungsverfahren (§ 267 Abs. 1 i.V.m. § 138 i.V.m. § 115 ZPO) begründet prüfen unter Behandlung der Frage, in welcher Person die Ausnahmevoraussetzungen nach § 115 ZPO vorliegen müssen. - Erfolgsaussichten für die Fristwiederherstellung schlüssig besprechen.	0.5 1.5 0.75
		Total Fall 2: 10 Punkte	

Fall 3		<p><u>Bewertung von Frage 1</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Widerklage von Rolf Müller (Identität zu Klage, Zulässigkeit Feststellungsbegehren, ZGB 116) 0.75 - Vereinbarung von Unterhalt an die Ehefrau 3.75 <ul style="list-style-type: none"> - Rechtsnatur der Scheidungskonvention: privatrechtlicher Vertrag, der richterlicher Genehmigung bedarf - Bindungswirkung und Genehmigung <ul style="list-style-type: none"> - Scheidungskonvention ist für die Parteien grundsätzlich verbindlich - ZGB 116 → 111: Bedenkfrist ansetzen, bei Nichtbestätigen durch Rita Genehmigung verweigern - Genehmigung verweigern bei Nichtvorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen - Folgen der Verweigerung der Genehmigung <ul style="list-style-type: none"> - Entscheid über die Nebenfolgen in einem kontradiktorischen Verfahren - Vereinbarung von Unterhalt für die Kinder 2 <ul style="list-style-type: none"> - Abschluss einer Vereinbarung über den Unterhalt für die Kinder durch die Eltern - Bindungswirkung und Genehmigung <ul style="list-style-type: none"> - Verbindlichkeit für den unterhaltspflichtigen Ehegatten - Genehmigung richtet sich nach Kindesrecht <u>Bewertung von Frage 2</u> - Rechtliche Konsequenzen für Dr. Maria Keller 3.25 <ul style="list-style-type: none"> - BGFA 12 lit. c: Interessenkollision - Disziplinarverfahren nach Anwaltsgesetz ZH Art. 22ff. und 30ff. - Massnahme gemäss BGFA 17 - Rechtliche Konsequenzen für Rita Müller: allenfalls auftragsrechtliche Ansprüche (nicht näher zu prüfen) 0.25 → für eine Bewertung musste das BGFA angewendet werden! Total Fall 3: 10 Punkte 	
--------	--	--	--

Fall 4		
Anwendbares Recht und indirekte Zuständigkeit		Total 1 P
	- Anwendbares Recht (Falls nicht IPRG; Abzug bei indirekter Zuständigkeit)	0.25
	- Indirekte Zuständigkeit - Einlassung - Ausschluss Vertragserfüllungs- und/oder Deliktsort (falls nur diese Gerichtsstände 0.5)	0.75
Ordre Public		Total 3 P
	- Erwähnung mit Definition, 0.125 - Zusätzlich - Unterscheidung formell/materiell 0.25 - weiterführende Begründung 0.375 - Notwendigkeit nur effektiver Schaden mit guter Definition 0.5 - Reduktion; Strafschadenersatz; Möglichkeit der Reduktion 1.0	1.0
	- Beweisrecht; Erwähnung von Art. 46 OR; Überzeugungstheorie - falls nur rechtliches Gehör 0.5	1.0
	Problem der subjektiven Klagehäufung	1.0
	andere Aspekte	
Problematik der Parteivertretung	- Bemerkungen Prozessstandschaft 0.5 - weitere Ausführungen zur Parteivertretung (anwendbares Recht; BGFA) 0.75	Total 1 P
	Total Fall 4: 5 Punkte	

Total Punkte Fälle 1–4:	35.0
--------------------------------	-------------

Notenskala

Exakte Note	Punkte
3	4.75
3.5	7.25
4	9.75
4.5	12.25
5	14.75
5.5	17.25
6	19.75

Gerundete Note	ab x Punkten
3	3.5
3.5	6
4	8.5
4.5	11
5	13.5
5.5	16
6	18.5