

Penie 28

28/01

### Schriftliche Anwaltsprüfung

Die Nederland Handels AG (nach stehend NH genannt) mit Sitz in Den Haag, Königreich der Niederlande, gründete 2002 die Zürich Handels AG (nachstehend ZH genannt) mit Sitz in Zürich. Die NH besass alle Aktien der ZH. Im Jahre 2004 erhielt die ZH ein Darlehen im Betrage von SFr. 1 Million von der Bank AG mit Sitz in Luxemburg (nachstehend Bank genannt). Anlässlich einer Verlängerung dieses Kredites beruhigte die NH die Bank mit einem Schreiben vom 18. Oktober 2005 wegen der heiklen finanziellen Lage der Tochtergesellschaft ZH. Sie bestätigte darin, dass es sich zu 100 % um ihre Tochtergesellschaft handle und dies bleiben werde; sie äusserte die Absicht, die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft zu überwachen, so dass diese jederzeit in der Lage sei, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Nachdem die Bank diese Zusicherungen erhalten hatte, verlängerte sie den der ZH gewährten Kredit.

Am 17. März 2006 verkaufte die NH der Global AG mit Sitz in London (nachstehend Global genannt) alle Aktien der ZH. Nachdem die Bank dies erfahren hatte, wandte sie sich mit Brief vom 28. April 2006 an die NH und verlangte die Rückzahlung des Darlehens. Mit einem an die ZH gerichteten Schreiben vom 9. Juni 2006 forderte die Bank auch von der ZH die Rückzahlung des Darlehens. Die ZH antwortete mit Brief vom 23. Juni 2006, dass sie nicht in der Lage sei, das Darlehen unverzüglich zurückzuzahlen, und sie schlug einen Zahlungsplan für die Rückzahlung vor. Die Bank teilte ihr mit, dass sie daran nicht interessiert sei, sondern sofortige Rückzahlung wolle. Sie verlangte dies auch von der NH.

Mit Schreiben vom 17. August 2006 teilte die NH der ZH mit, sie habe sich entschlossen, die Bank zu befriedigen, um ihre guten Beziehungen zu dieser nicht zu gefährden; es handle sich jedoch nur um eine zeitlich beschränkte Lösung und ihr Anwalt in der Schweiz werde mit ihr, der ZH, Kontakt aufnehmen und ihr Anweisungen betr. die Rückerstattung des geschuldeten Darlehens nebst Zins erteilen. Am 5. August 2006 zahlte die NH SFr. 1 Mio nebst Zins als Darlehensrückzahlung auf Rechnung der ZH an die Bank.

Mit Schreiben vom 25. September 2006 mahnte der Anwalt der NH den Präsidenten des Verwaltungsrates der ZH und forderte ihn auf, den Betrag von Sfr. 1 Mio nebst Zins bis zum 30. September 2006 zu erstatten. Die ZH bestritt, gegenüber der NH irgendeine Schuld zu haben.

Die NH will gegen die ZH Klage erheben auf Bezahlung von SFr. 1 Mio nebst Zins.

Fragen:

1. Welche Gerichte sind zuständig für die Klage der NH gegen die ZH (nur erste Instanz; aber wenn verschiedene Gerichte zuständig sein können, sollen alle genannt werden)? Begründen sie diese Zuständigkeit.
2. Ist die Klage gutzuheissen? (Gehen sie dabei von der Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichtes aus; wenn Sie zum Schluss kommen, es sei ausländisches Recht anzuwenden, gehen sie davon aus, die Verpflichtung der NH gegenüber der Bank sei gemäss diesem ausländischen Recht formgültig und das ausländische Recht sei im Uebrigen gleich wie das schweizerische Recht).
3. Welches Rechtsmittel stünde im vorliegenden Fall gegen ein Urteil eines Zürcher Gerichts erster Instanz zur Verfügung, wenn gerügt werden soll, das Gericht habe zu Unrecht ausländisches statt schweizerisches Recht angewendet? Welches Rechtsmittel wäre einzulegen, wenn gerügt wird, das erstinstanzliche Gericht habe dieses ausländische Recht falsch ausgelegt? Welche weiteren Rechtsmittel stehen für die gleichen Rügen gegen das Urteil der 1. Rechtsmittelinstanz zur Verfügung?
4. Was geschieht mit der Forderung der NH, wenn im Verlaufe des Gerichtsverfahrens über die ZH der Konkurs eröffnet wird?
5. Die Global will gegen die NH vorgehen, weil sie durch den Konkurs der ZH einen Schaden erlitten habe. Sie wirft der NH vor, beim Verkauf der Aktien der ZH seien in deren Bilanz Aktiven zu hoch bewertet gewesen; insbesondere seien die Warenvorräte weit über dem Marktpreis bilanziert gewesen. Hat die Global Aussicht auf Erfolg? (nehmen Sie für diese Antwort an, die NH und die Global hätten beide ihren Sitz in der Schweiz und beurteilen Sie dies auf Grund des schweizerischen Rechts)?

Falls sie bei einer Frage mehrere Lösungen für möglich halten, arbeiten Sie auch mit mehreren Varianten.

Der Sachverhalt ist nicht abzuschreiben, jedoch der Lösung beizulegen.

Zur Verfügung stehende Gesetze: OR, ZGB, IPRG, ZPO, GVG, OG, LugUe, SchKG inkl. KOV.

Anwaltsprüfungskommission

### Schriftliche Anwaltsprüfung

*Es sind alle Teilaufgaben A-E zu lösen! Es ist immer von den ursprünglichen Statuten und vom Sachverhalt gemäss den einzelnen Teilaufgaben auszugehen. Zwischen den einzelnen Teilaufgaben besteht in Bezug auf den Sachverhalt kein Zusammenhang.*

*Ich werde zwischen 10.00 Uhr und 11.00 Uhr alle Kandidatinnen / Kandidaten kurz besuchen. Sollten Sie Fragen zum Sachverhalt haben, können Sie mir diese dann stellen.*

*Gesetze: ZGB (Ausgabe Gauch), OR (Ausgabe Gauch), SchKG, ZPO, GVG;  
Kalenderblatt 2006 und 2007*

Auszug aus den Statuten des Gewerbevereins Zürich

Art. 1

Unter dem Namen „Gewerbeverein Zürich“ besteht in Zürich auf unbestimmte Dauer ein Verein im Sinne von Art. 60 ff ZGB, welcher im Handelsregister eingetragen ist.

Art. 2

Der Verein bezweckt den Zusammenschluss der örtlichen Gewerbetreibenden zur gemeinsamen Wahrung und Förderung ihrer Interessen in wirtschaftlicher und politischer Hinsicht.

Art. 3

Mitglied kann jede natürliche oder juristische Person werden, welche selbständig in Handel, Dienstleistung, Gewerbe oder Industrie tätig ist, den Geschäftssitz in Zürich hat und zudem Mitglied eines anerkannten Quartier-Gewerbevereins ist.

...

Art. 5

Die Vereinsorgane sind:

- die Generalversammlung
- die Delegiertenversammlung
- der Vorstand
- die Geschäftsstelle
- die Rechnungsrevisoren

...

Art. 11

Aufnahmegesuche sind schriftlich an den Vorstand zu richten. Dieser entscheidet endgültig über die Aufnahme. Der Vorstand ist gegenüber niemandem verpflichtet, Ablehnungsgründe bekannt zu geben.

## Art. 12

Der Austritt aus dem Gewerbeverein Zürich ist unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auf Ende eines Kalenderjahres möglich. Die Kündigung hat mit eingeschriebenem Brief an die Geschäftsstelle zu erfolgen.

## Art. 13

Mitglieder, die das Gesamtwohl des Verbandes schädigen oder den Beschlüssen, Weisungen und Anordnungen nicht nachkommen, können durch den Vorstand aus dem Gewerbeverein Zürich ausgeschlossen werden. Gegen einen solchen Beschluss kann innerhalb von zwanzig Tagen an die Geschäftsstelle zuhanden der nächsten Delegiertenversammlung Rekurs erhoben werden.

...

## Art. 20

Die Geschäfte der ordentlichen Generalversammlung sind:

...

c) Beschlussfassung über seitens der Delegiertenversammlung beantragte Statutenänderungen

...

g) Festsetzung der Jahresbeiträge

...

## Art. 21

Die Generalversammlung beschliesst mit dem einfachen Mehr der abgegebenen Stimmen.

## Art. 24

Die Delegiertenversammlung findet in der Regel einmal pro Semester statt.

## Art. 25

Die Delegiertenversammlung hat folgende Befugnisse:

...

b) Beschlussfassung über Rekurse betr. Ausschluss eines Mitgliedes

...

d) Antragstellung auf Statutenänderung zuhanden der Generalversammlung

...

## Art. 25

An der Delegiertenversammlung sind die 12 Delegierten der Quartier-Gewerbevereine der Stadtkreise und der Präsident des Gewerbevereins Zürich stimm- und wahlberechtigt. Sie beschliesst mit dem einfachen Mehr der abgegebenen Stimmen.

...

## Art. 36

Die finanziellen Mittel des Vereins bestehen aus:

- den Jahresbeiträgen der Mitglieder
- den Aufnahme- und Übertrittsgebühren
- anderen Einnahmen

## Art. 37

Der Jahresbeitrag ist spätestens bis 30. April zu bezahlen. Der Vorstand kann Mitgliedern, welche ihren Beitrag trotz erfolgter Mahnung nicht bezahlen, die Mitgliedschaft entziehen. Ein Rekursrecht an die Delegiertenversammlung besteht in diesem Fall nicht.

## Art. 38

Mitglieder, die im Laufe des Jahres austreten oder ausgeschlossen werden, haben den vollen Jahresbeitrag zu entrichten.

**Teilaufgabe A**

Die Mitglieder der beiden Quartier-Gewerbevereine Zürich 11 und Zürich 12 sind der Auffassung, dass der Gewerbeverein Zürich im Zusammenhang mit der Fluglärm Diskussion eine zu weiche Haltung habe, bzw. fälschlicherweise nicht Stellung beziehe. Sie haben an ihren Generalversammlungen beschlossen, aus dem Gewerbeverein Zürich auszutreten. Sie wollen so rasch als möglich aus dem Gewerbeverein Zürich austreten, bzw. ihren Mitgliedern einen raschen Austritt ermöglichen.

Sie beantragen deshalb im September 2006 eine Statutenänderung. Die Kündigungsfrist in Art. 12 sei auf einen Monat zu verkürzen.

Da die 2. Delegiertenversammlung 2006 im August 2006 stattgefunden hat, beschliesst der Vorstand des Gewerbevereins Zürich, den notwendigen Beschluss der Delegiertenversammlung Mitte Oktober 2006 auf dem schriftlichen Weg zu fassen. Von den 12 Delegierten der Quartier-Gewerbevereine sprachen sich 8 für eine Statutenänderung aus, 4 waren dagegen. Der Präsident enthielt sich der Stimme.

Die Statutenänderung wurde für die ordentliche Generalversammlung traktandiert. Die ordentliche Generalversammlung vom 24. November 2006 beschloss mit 257 JA-Stimmen zu 61 NEIN-Stimmen die Kündigungsfrist in Art. 12 der Statuten auf einen Monat zu verkürzen.

Das Mitglied A des Gewerbevereins Zürich und des Quartier-Gewerbevereins Zürich 1, welches an der Generalversammlung vom 24. November 2006 teilgenommen und eine NEIN-Stimme abgegeben hat, ist der Meinung, man hätte die Kündigungsfrist nicht verkürzen dürfen. Er kommt heute zu Ihnen und möchte von Ihnen wissen, ob, wie und wann er gegen die Statutenänderung vorgehen könne.

**1. Analysieren Sie die Rechtslage und zeigen Sie auch mögliche prozessuale Schritte auf!**

**Teilaufgabe B**

Das in Deutschland wohnhafte Mitglied B des Gewerbevereins Zürich hat aus seiner Pizzeria in Zürich 4 ein Sex-Kino gemacht. Im Zusammenhang mit diesem Sex-Kino gehen bei der Stadt Zürich und auch beim Gewerbeverein Zürich immer wieder Klagen von Anwohnern und auch von Gewerbetreibenden ein. Das Mitglied B will nichts ändern, ist nicht gesprächsbereit und betitelt die Mitglieder des Vorstandes in Schreiben und auch in Interviews als „Spiesser“ etc.

Mit Schreiben vom 1. Juni 2006 teilt der Vorstand dem Mitglied B mit:

Sehr geehrter Herr B

Der Vorstand des Gewerbevereins Zürich hat an seiner Sitzung vom 31. Mai 2006 einstimmig beschlossen, Sie aus dem Gewerbeverein Zürich auszuschliessen.

Der Beschluss des Vorstandes kann innert 20 Tagen mit Rekurs an die Delegiertenversammlung angefochten werden.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Gewerbeverein Zürich

Das Mitglied B reicht innert Frist einen Rekurs ein. Anlässlich der Delegiertenversammlung vom 6. Juli 2006 wird der Rekurs mit 13:0 Stimmen abgewiesen.

Der Beschluss der Delegiertenversammlung wird dem Mitglied B mit Schreiben vom 7. Juli 2006 mitgeteilt:

Sehr geehrter Herr B

Die Delegiertenversammlung des Gewerbevereins Zürich hat am 6. Juli 2006 den von Ihnen erhobenen Rekurs einstimmig abgewiesen. Sie sind damit aus dem Gewerbeverein Zürich ausgeschlossen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Gewerbeverein Zürich

Das Schreiben wird von Mitglied B am 12. Juli 2006 in Deutschland in Empfang genommen.

Mitglied B kommt am 16. August 2006 zu Ihnen und möchte von Ihnen wissen, ob, wie und wann der Ausschluss aus dem Gewerbeverein Zürich angefochten werden könne.

**2. Analysieren Sie die Rechtslage und zeigen Sie auch mögliche prozessuale Schritte auf!**

**Teilaufgabe C**

Das Mitglied C des Gewerbevereins Zürich mit Geschäfts- und Wohnsitz in Zürich, hat in den Jahren 2004, 2005 und auch 2006 den Mitgliederbeitrag von je CHF 3'000.- trotz Mahnung nicht geleistet. Der Kassier hat das Mitglied C, welches eine Einzelfirma betreibt und nicht im Handelsregister eingetragen ist, betrieben. Mitglied C erhob Rechtsvorschlag. Einen Monat nach Zustellung des Zahlungsbefehls zieht das Mitglied C nach Horgen um; das Mitglied C zeigt dem Vorstand des Gewerbevereins Zürich den Umzug nicht an. Der Vorstand des Gewerbevereins Zürich beauftragt Sie als Anwältin / Anwalt mit der Durchsetzung der offenen Mitgliederbeiträge.

- 3. Welche Dokumente verlangen Sie vom Vorstand des Vereins?**
- 4. Welche prozessualen Vorgehensvarianten zur Durchsetzung der offenen Mitgliederbeiträge skizzieren Sie dem Vorstand des Vereins?**
- 5. Welche Vorgehensvariante empfehlen Sie und weshalb?**
- 6. Welches sind die wesentlichen Verfahrensschritte in den verschiedenen Vorgehensvarianten?**
- 7. Wo und bei welchem Richter leiten Sie in den verschiedenen Vorgehensvarianten die Verfahren ein?**
- 8. Wie formulieren Sie die Rechtsbegehren in den verschiedenen Vorgehensvarianten?**
- 9. Welche kantonalen Rechtsmittel hat man gegen den Entscheid des erstinstanzlichen Richters in den verschiedenen Vorgehensvarianten?**

(nächste Seite Teilaufgabe D!)

**Teilaufgabe D**

Der Gewerbeverein Zürich beschliesst anlässlich der Generalversammlung vom 15. Oktober 2006 sich mit dem viel kleineren Verband „Zürcher Detaillisten“ zusammenzuschliessen. Das Geschäft ist ordnungsgemäss traktandiert worden und die Beschlussfassung anlässlich der Generalversammlung erfolgte mit 80% JA- zu 10% NEIN-Stimmen sowie 10% Enthaltungen. Der Verband der Zürcher Detaillisten hat über den Zusammenschluss schon Mitte August 2006 beschlossen; der Verband der Zürcher Detaillisten wird nach dem Zusammenschluss nicht mehr weitergeführt.

Das Mitglied D des Gewerbevereins Zürich war nicht an der Generalversammlung. Er ist gleichwohl der Meinung, dass der Entscheid betreffend Zusammenschluss falsch sei. Er will aus dem Gewerbeverein Zürich so rasch als möglich austreten.

Mitglied D kommt heute zu Ihnen und stellt die folgenden Fragen.

***10. Ist der Beschluss über den Zusammenschluss richtig zustande gekommen, müssen da nicht alle Mitglieder zustimmen?***

***11. Ich will im Jahr 2007 dem Gewerbeverein Zürich nicht mehr angehören, kann ich noch austreten?***

(nächste Seite Teilaufgabe E!)



## Teilaufgabe E

Im Zusammenhang mit einer Auseinandersetzung über die Abrechnung der Gewerbeausstellung 2005 tritt der gesamte Vorstand des Gewerbevereins Zürich zurück. Es wird vermutet, dass der Gewerbeverein Zürich überschuldet ist. Anlässlich der Generalversammlung vom 24. November 2006 kann der Vorstand nicht mehr bestellt werden. Kein einziges Mitglied stellt sich für den Vorstand zur Verfügung. Der Leiter der Geschäftsstelle hat den Arbeitsvertrag schon im Sommer 2006 gekündigt und ist nicht mehr für den Gewerbeverein Zürich tätig.

Die Messe Zürich AG, Zürich, hat aus Mietverträgen im Zusammenhang mit der Gewerbeausstellung 2005 gegenüber dem Gewerbeverein Zürich offene Mietzinsforderungen von CHF 95'000.-.

In der Betreuung durch die Messe Zürich AG konnte der Zahlungsbefehl dem Gewerbeverein Zürich nicht zugestellt werden. An der ehemaligen Geschäftsstelle ist niemand mehr tätig und der frühere Präsident des Gewerbevereins Zürich verweigerte die Annahme des Zahlungsbefehls mit der Begründung, er sei seit dem 24. November 2006 nicht mehr im Amt.

Die Messe Zürich AG kommt zu Ihnen und fragt um Rat.

### **12. Wie würden Sie als Anwältin / Anwalt der Messe Zürich AG vorgehen?**

Aus einer fehlgeleiteten E-Mail-Nachricht des Notariates Zürich 1 erfahren Sie, dass der alte Vorstand des Gewerbevereins Zürich versucht, die im Eigentum des Vereins stehende Liegenschaft Rennweg 10 an den ehemaligen Leiter der Geschäftsstelle, welcher noch offene Lohnforderungen hat, zu einem Preis zu verkaufen, welcher deutlich unter dem Verkehrswert liegt.

### **13. Was unternehmen Sie jetzt? Erklären Sie der Klientin, welche nicht rechtskundig ist, in einem maximal 1 ½-seitigen Schreiben, Ihre Überlegungen und die Schritte eines möglichen Verfahrens.**

2006

	52	1	2	3	4	5	5	6	7	8	9	9	10	11	12	13	13	14	15	16	17	
	JANUARY					FEBRUARY					MARCH					APRIL						
Monday		2	9	16	23	30		6	13	20	27		6	13	20	27		3	10	17	24	
Tuesday		3	10	17	24	31		7	14	21	28		7	14	21	28		4	11	18	25	
Wednesday		4	11	18	25		1	8	15	22		1	8	15	22	29		5	12	19	26	
Thursday		5	12	19	26		2	9	16	23		2	9	16	23	30		6	13	20	27	
Friday		6	13	20	27		3	10	17	24		3	10	17	24	31		7	14	21	28	
Saturday		7	14	21	28		4	11	18	25		4	11	18	25		1	8	15	22	29	
Sunday	1	8	15	22	29		5	12	19	26		5	12	19	26		2	9	16	23	30	
	18	19	20	21	22		22	23	24	25	26	26	27	28	29	30	31	31	32	33	34	35
	MAY					JUNE					JULY					AUGUST						
Monday		1	8	15	22	29		5	12	19	26		3	10	17	24	31		7	14	21	28
Tuesday		2	9	16	23	30		6	13	20	27		4	11	18	25		1	8	15	22	29
Wednesday		3	10	17	24	31		7	14	21	28		5	12	19	26		2	9	16	23	30
Thursday		4	11	18	25		1	8	15	22	29		6	13	20	27		3	10	17	24	31
Friday		5	12	19	26		2	9	16	23	30		7	14	21	28		4	11	18	25	
Saturday		6	13	20	27		3	10	17	24		1	8	15	22	29		5	12	19	26	
Sunday		7	14	21	28		4	11	18	25		2	9	16	23	30		6	13	20	27	
	35	36	37	38	39		39	40	41	42	43	44	44	45	46	47	48	48	49	50	51	52
	SEPTEMBER					OCTOBER					NOVEMBER					DECEMBER						
Monday		4	11	18	25		2	9	16	23	30		6	13	20	27		4	11	18	25	
Tuesday		5	12	19	26		3	10	17	24	31		7	14	21	28		5	12	19	26	
Wednesday		6	13	20	27		4	11	18	25		1	8	15	22	29		6	13	20	27	
Thursday		7	14	21	28		5	12	19	26		2	9	16	23	30		7	14	21	28	
Friday	1	8	15	22	29		6	13	20	27		3	10	17	24		1	8	15	22	29	
Saturday	2	9	16	23	30		7	14	21	28		4	11	18	25		2	9	16	23	30	
Sunday	3	10	17	24		1	8	15	22	29		5	12	19	26		3	10	17	24	31	

2007

	1	2	3	4	5	5	6	7	8	9	9	10	11	12	13	13	14	15	16	17	18			
	JANUARY					FEBRUARY					MARCH					APRIL								
Monday	1	8	15	22	29			5	12	19	26			5	12	19	26		2	9	16	23	30	
Tuesday	2	9	16	23	30			6	13	20	27			6	13	20	27		3	10	17	24		
Wednesday	3	10	17	24	31			7	14	21	28			7	14	21	28		4	11	18	25		
Thursday	4	11	18	25		1	8	15	22			1	8	15	22	29		5	12	19	26			
Friday	5	12	19	26		2	9	16	23			2	9	16	23	30		6	13	20	27			
Saturday	6	13	20	27		3	10	17	24			3	10	17	24	31		7	14	21	28			
Sunday	7	14	21	28		4	11	18	25			4	11	18	25		1	8	15	22	29			
	18	19	20	21	22	22	23	24	25	26	26	27	28	29	30	31	31	32	33	34	35			
	MAY					JUNE					JULY					AUGUST								
Monday		7	14	21	28			4	11	18	25			2	9	16	23	30		6	13	20	27	
Tuesday	1	8	15	22	29			5	12	19	26			3	10	17	24	31		7	14	21	28	
Wednesday	2	9	16	23	30			6	13	20	27			4	11	18	25		1	8	15	22	29	
Thursday	3	10	17	24	31			7	14	21	28			5	12	19	26		2	9	16	23	30	
Friday	4	11	18	25		1	8	15	22	29			6	13	20	27		3	10	17	24	31		
Saturday	5	12	19	26		2	9	16	23	30			7	14	21	28		4	11	18	25			
Sunday	6	13	20	27		3	10	17	24			1	8	15	22	29		5	12	19	26			
	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	44	45	46	47	48	48	49	50	51	52	1			
	SEPTEMBER					OCTOBER					NOVEMBER					DECEMBER								
Monday		3	10	17	24			1	8	15	22	29			5	12	19	26		3	10	17	24	31
Tuesday		4	11	18	25			2	9	16	23	30			6	13	20	27		4	11	18	25	
Wednesday		5	12	19	26			3	10	17	24	31			7	14	21	28		5	12	19	26	
Thursday		6	13	20	27			4	11	18	25			1	8	15	22	29		6	13	20	27	
Friday		7	14	21	28			5	12	19	26			2	9	16	23	30		7	14	21	28	
Saturday	1	8	15	22	29			6	13	20	27			3	10	17	24		1	8	15	22	29	
Sunday	2	9	16	23	30			7	14	21	28			4	11	18	25		2	9	16	23	30	

28/03

## SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG

### Sachverhalt

1. Sandro Miller besuchte mit seiner Ehefrau am 1. Oktober 2005 die Züspa in Zürich. Miller ist Käsermeister in Bauma im Zürcher Oberland und als Einzelkaufmann im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen.

An der Züspa liessen sich Miller und seine Ehefrau mehrere Geräte, darunter auch Dampfreiniger vorführen. Das Modell Super-Clean Professional gefiel den Eheleuten, so dass Sandro Miller mit der SC Professional AG, mit Sitz in Dietikon, einen schriftlichen Kaufvertrag über dieses Gerät abschloss. Der Abschluss des Vertrages erfolgte auch deshalb, weil die SC Professional AG dem Ehepaar Miller bestens vertraut war, hatte deren Vertreter doch Miller in der Vergangenheit bei Besuchen in der Käserei in Bauma etliche Male Produkte für den Käsereibedarf verkauft.

Als Liefertermin für den Dampfreiniger war im Vertrag „unverbindlich der 15. Oktober 2005“ vorgesehen.

2. Gemäss Vertrag verpflichtete sich Sandro Miller, der SC Professional AG bei Lieferung des Dampfreinigers den Preis von CHF 5'500.00 zu bezahlen („Nachnahme“). Der am Stand der SC Professional AG am 1. Oktober 2005 anwesende Max Muri, einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft, vereinbarte mit Sandro Miller, den Dampfreiniger vor Lieferung am Domizil nochmals vorzuführen.
3. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2005 teilte Sandro Miller der SC Professional AG mit, er „sistiere“ den Vertrag und verlange umgehend die erneute Vorführung. Nach dieser Vorführung werde er dann allenfalls an seiner Bestellung festhalten. Die SC Professional AG reagierte auf dieses Schreiben vorerst nicht.

4. Am 8. Februar 2006 schrieb die SC Professional AG Sandro Miller, sie entschuldige sich, dass bislang die Lieferung und „Einweisung“ noch nicht habe vorgenommen werden können und versprach, sich innert 10 Tagen zwecks Terminvereinbarung zu melden. Nach Eingang dieses Schreibens hörte Sandro Miller wiederum nichts mehr.
5. Am 1. Mai 2006 schrieb Sandro Miller der SC Professional AG einen „geharnischten“ Brief, in dem er die Gesellschaft darüber orientierte, dass er vom Kaufvertrag zurücktrete, da bislang keine Vorführung des Gerätes erfolgt sei.
6. Mit Schreiben vom 8. Mai 2006 wies die SC Professional AG den Rücktritt Millers zurück und bedauerte die Verzögerung, welche wegen eines Todesfalles in der Familie Muri entstanden sei. Als neuer Auslieferungstermin schlug die SC Professional AG nun den 15. Mai 2006 vor. Miller reagierte postwendend und teilte der SC Professional AG mit, der „Auslieferungstermin“ sei gegenstandslos, da er vom Vertrag zurückgetreten und die Lieferantin ihren Vorführungs- und Lieferverpflichtungen nicht nachgekommen sei.
7. Die SC Professional AG verschickte den Dampfreiniger mit eingeschriebener Paketpost am 28. Mai 2006. Sandro Miller verweigerte die Annahme der Ware, als der Postbote am 30. Mai 2006 das Paket in seiner Käserei zustellen wollte. Das Paket ging ungeöffnet an den Absender zurück.
8. Die SC Professional AG wollte sich dieses Verhalten von Sandro Miller nicht gefallen lassen und leitete die Betreibung ein. Gegen den durch das Betreibungsamt Bauma am 26. Juni 2006 zugestellten Zahlungsbefehl erhob Miller unverzüglich und ohne Grundangabe Rechtsvorschlag.
9. Die Allgemeinen Verkaufsbedingungen (AVB) der SC Professional AG, welche Bestandteil des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages bilden, legen fest, „*dass bei Überschreiten einer unverbindlichen Lieferfrist um 10 Tage der Kunde die Lieferantin auffordern kann zu liefern*“. Weiter sehen die AVB vor, dass mit Eingang dieser Aufforderung, die SC Professional AG in Verzug gerät.

\* \* \*

Fragen respektive Aufgaben:

1. Erstellen Sie für die SC Professional AG
  - (i) ein Rechtsöffnungsbegehren an die zuständige Instanz und
  - (ii) ein separates Begleitschreiben, in dem Sie die Klientin auf die Risiken und Chancen hinweisen.
2. Die zuständige Instanz erteilt der SC Professional AG keine Rechtsöffnung. Die erkennende Instanz begründet ihren Entscheid damit, es sei gerichtsnotorisch, dass die SC Professional AG unklare und gar irreführende Angaben gegenüber Konsumenten abgebe. Was kann die SC Professional AG tun?
3. Nehmen Sie nun an, die zuständige Instanz erteile der SC Professional AG provisorische Rechtsöffnung. Miller will sich dies nicht gefallen lassen. Er ist der Ansicht, die erkennende Instanz habe einen formellen Fehler begangen. Was muss er tun? Könnte er einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ans Bundesgericht weiter ziehen (nach heute noch geltendem Recht und nach neuem ab 1. Januar 2007 geltendem Recht)?
4. Das Betreibungsamt hat gegen Miller die Pfändungsbetreibung eingeleitet. Was sind die Folgen und Möglichkeiten für den Schuldner, Gläubiger und allenfalls Dritte, wenn dies
  - (i) vom Schuldner unmittelbar nach Zustellung des Zahlungsbefehls realisiert wird oder
  - (ii) dies erst die Rechtsöffnungsinstanz realisiert.

\* \* \*

Gesetzestexte: ZGB/OR (Schulthess-Ausgabe); SchKG ; BGG (neu); OG; ZPO; GVG

Die Prüfungsaufgabe ist der Lösung beizulegen.

Schriftliche Anwaltsprüfung

## Teil I

A. Felix Kuster (geboren 1932) schloss im Jahre 1958 die Ehe mit der gleichaltrigen Hulda Brodbeck. Dieser Ehe entsprossen die Tochter Maja (geboren 1960) und der Sohn Reto (geboren 1962). Die Ehe Kuster-Brodbeck verlief unglücklich. Ende 1988 verliess Felix Kuster seine Ehefrau in Meilen und zog zu seiner Freundin Gabriela Fröhlich (geboren 1950). Im Januar 1989 suchte Hulda Kuster-Brodbeck den Anwalt Dr. X auf. Dieser liess Felix Kuster wissen, dass sich seine Klientin einer Ehescheidung stets widersetzen werde und er daher nach dem geltenden Scheidungsrecht in absehbarer Zeit eine Scheidung nicht werde erlangen können. In der Folge schlossen die Ehegatten unter Mithilfe von Dr. X am 24. Januar 1989 folgende aussergerichtliche Vereinbarung:

- „1. Die Ehegatten haben den ehelichen Haushalt in Meilen aufgelöst. Der Ehemann hat per 1. Januar 1989 eine eigene Wohnung bezogen.*
- 2. Der Ehemann hat seine persönlichen Effekten und mit dem Einverständnis der Ehefrau einzelne wenige Möbelstücke mitgenommen. Den gesamten Rest an Hausrat und Mobiliar überlässt er der Ehefrau zur Benutzung und zu unbeschwertem Eigentum.*
- 3. Im Übrigen haben die Ehegatten das während der Ehe gesparte Vermögen hälftig geteilt. Der Ehemann hat sich zusätzlich verpflichtet, der Ehefrau die Hälfte der Erbschaft auszuzahlen, die ihm von Seiten seiner im Jahre 1988 verstorbenen Grosstante angefallen ist.*
- 4. Der Ehemann verpflichtet sich, der Ehefrau als ehelichen Unterhalt 40% seines Nettoeinkommens zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich und zum Voraus. Diese Unterhaltspflicht umfasst auch 40% des 13. Monatslohns.“*

B. Im November 1989 bezahlte der Ehemann vereinbarungsgemäss seiner Ehefrau aus der ihm angefallenen Erbschaft den Betrag von CHF 100'000.—. In der Folge brach Hulda Kuster-Brodbeck nicht nur mit dem Ehemann, sondern auch mit beiden Kindern, die sich auf die Seite des Vaters gestellt hatten, jeglichen Kontakt ab. Felix Kuster erwarb zum Kaufpreis von Fr. 400'000.— eine Eigentumswohnung in Egg (Bezirk Uster), die er fortan mit seiner Freundin und Lebenspartnerin, Gabriela Fröhlich, bewohnte. Diesen Eigentumserwerb finanzierte er mit CHF 80'000.— aus der ihm angefallenen Erbschaft und mit einem grundpfandgesicherten Bankdarlehen in Höhe von CHF 240'000.— ; ferner hatte Gabriela

Fröhlich mit einem Darlehen von CHF 80'000.— an den Kaufpreis beigetragen. Im Jahre 1992 konnte Felix Kuster dank einer ihm von seinem Vater angefallenen Erbschaft sowohl die Bankschuld als auch die Darlehensschuld gegenüber Gabriela Fröhlich erheblich reduzieren. Zudem schloss er im gleichen Jahr bei der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt für die Dauer von 15 Jahren eine reine temporäre Todesfallversicherung ab, die er mit Mitteln aus dieser Erbschaft finanzierte, und womit er für den Fall seines Todes seine Lebenspartnerin begünstigte. (Anmerkung: Bei reinen temporären Todesfallversicherungen wird eine Leistung nur fällig, wenn während der vereinbarten Dauer der Todesfall eintritt. Sie haben keinen Rückkaufswert).

C. Nachdem am 1. Januar 2000 das neue Scheidungsrecht in Kraft getreten war, überlegte sich Felix Kuster, ob er nunmehr auf Scheidung klagen solle. Da er seit der Trennung mit der Ehefrau überhaupt keine Kontakte mehr gehabt hatte und damit rechnen musste, dass sie ihm alle nur erdenklichen Schwierigkeiten bereiten werde, liess er diesen Gedanken alsbald wieder fallen. Am 12. April 2000 errichtete er bei bester körperlicher und geistiger Gesundheit eine eigenhändige letztwillige Verfügung mit folgendem Wortlaut:

*„1. Ich stelle fest, dass ich seit 11 Jahren von meiner Ehefrau getrennt gelebt habe. Wir haben gemäss Vereinbarung vom 24. Januar 1989 all unsere gemeinsamen Ersparnisse hälftig geteilt und sie verlangte von mir zudem, dass ich ihr die Hälfte der mir von meiner Grosstante angefallenen Erbschaft bezahlen müsse. Sie hat den Betrag von CHF 100'000.— im November 1989 erhalten.*

*2. Das mir beim Vollzug der Trennung nach der Teilung der Ersparnisse verbleibende Vermögen wurde aufgebraucht. Mein heutiges Vermögen besteht aus einem Bankkonto bei der UBS AG und der auf meinen Namen lautenden Eigentumswohnung in Egg. Diese Vermögenswerte habe ich seinerzeit mit Mitteln aus dem mir verbliebenen Anteil an der Erbschaft meiner Grosstante erworben.*

*3. Meine gesetzlichen Erben sind die Ehefrau sowie meine Kinder Maja und Reto Kuster.*

*4. Ich setze meine Ehefrau auf den Pflichtteil. Sie hat sich darauf den Betrag von CHF 100'000.--, den ich ihr im November 1989 ausbezahlt habe, anrechnen zu lassen.*

*5. Meine langjährige Lebenspartnerin Gabriela Fröhlich soll als Vermächtnis die Eigentumswohnung in Egg erhalten.*

*6. Zur Willensvollstreckerin bestimme ich Frau Gabriela Fröhlich.*

Egg, den 12. April 2000

Felix Kuster“

Das Original dieser Urkunde übergab er dem Notariat Uster zur Aufbewahrung.

D. Im Jahre 2003 verschlechterte sich der Gesundheitszustand von Felix Kuster. Seine Lebenspartnerin hat ihn während der langen Krankheitszeit mit viel Hingabe gepflegt. Am 10. Mai 2006 ist er verstorben. Die Tochter Maja Kuster hat ihre Mutter vom Tod des Vaters in Kenntnis gesetzt. Diese weigerte sich, an der Beerdigung teilzunehmen und vermied jeden Kontakt mit Gabriela Fröhlich. Sie möchte aber trotzdem wissen, wie der Nachlass des verstorbenen Ehemannes abgewickelt werden wird, und sucht deshalb erneut die Anwaltskanzlei Dr. X auf.

**Frage 1: Auf welchem Weg erlangt die überlebende Ehefrau Kenntnis von der letztwilligen Verfügung des Erblassers? Besteht für sie Handlungsbedarf, (und wenn ja, inwiefern), oder soll sie sich vielmehr passiv verhalten und zuwarten (und gegebenenfalls aus welchen Gründen)? Frage 2: Wie ist die Vereinbarung vom 24. Januar 1989 bezüglich all ihrer Elemente rechtlich einzuordnen und wie ihre Gültigkeit zu beurteilen?**

E. Im Zeitpunkt des Todes betrug der Verkehrswert der Eigentumswohnung in Egg CHF 420'000.--; die aktuelle hypothekarische Belastung belief sich auf 120'000.--. Der Saldo des Bankkontos bei der UBS AG betrug im Zeitpunkt des Todes CHF 20'350.—. Die Todesfallkosten in Höhe von CHF 15'150.— wurden von Gabriela Fröhlich aus dem Bankkonto bei der UBS AG bezahlt. Im Zeitpunkt des Todes waren sodann noch Staats- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer im Betrag von insgesamt CHF 5'200.— offen. Die Darlehensschuld gegenüber Gabriela Fröhlich betrug noch CHF 40'000.--. Am 15. Juni 2006 vereinbarten die Geschwister Maja und Reto Kuster schriftlich, dass Reto seinen Erbanteil der Schwester abtrete. Darüber wurden sowohl die Mutter als auch Gabriela Fröhlich informiert. Ende August 2006 erhielt Gabriela Fröhlich von der SwissLife die Mitteilung, dass ihr in den nächsten Tagen die Summe von CHF 100'000.— ausbezahlt werde.

F. Gabriela Fröhlich, die mit den Kindern des Erblassers stets eine freundschaftliche Beziehung unterhalten hatte, strebt eine rasche Erbteilung an. Sie formulierte am 18. September 2006 einen rudimentären schriftlichen Entwurf für einen Erbteilungsvertrag, der



im Wesentlichen den nachstehend wiedergegebenen Inhalt aufweist, und bittet Maja Kuster, diesen (versehen mit Kopien der wichtigsten Belege) auch der Mutter zu unterbreiten:

„1. ....

2. Die Vertragsparteien stellen fest, dass die Ehegatten Frau Hulda Kuster-Brodbeck und Felix Kuster nach der schriftlichen Vereinbarung vom 24. Januar 1989 im Rahmen der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes die gesamten damals vorhandenen gemeinsamen Ersparnisse hälftig geteilt haben und die Ehefrau aus der Erbschaft der Grosstante des Ehemannes zusätzlich die Hälfte, das heisst die Summe von rund CHF 100'000.—, erhalten hat.

3. Das zu teilende Nachlassvermögen setzt sich heute zusammen aus der Eigentumswohnung in Egg (Verkehrswert CHF 420'000.—) und einem Barvermögen (nach Abzug der Todesfallkosten und der Steuerschulden) von CHF 2'000.—.

4. a) Der Anspruch von Frau Hulda Kuster-Fröhlich auf den Pflichtteil ist durch den Vorempfang von CHF 100'000.— mehr als konsumiert. Die Tochter Maja Kuster und Frau Gabriela Fröhlich verzichten vergleichsweise und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht auf jegliche Rückerstattung.

b) Die Tochter Maja Kuster anerkennt, dass die Eigentumswohnung der Vermächtnisnehmerin Frau Gabriela Fröhlich unter gleichzeitiger Übernahme der Grundpfandschulden zu alleinigem Eigentum zufallen soll.

c) Die Tochter Maja Kuster und Frau Gabriela Fröhlich werden über die erbrechtliche Auseinandersetzung untereinander eine separate Vereinbarung abschliessen.

.....“

Aus emotionalen Gründen möchte Frau Hulda Kuster-Brodbeck erreichen, dass die von ihr gehasste Geliebte ihres verstorbenen Ehemannes wenn immer möglich leer ausgeht. Sie fragt sich zudem, ob es wirklich rechtens sei, dass sie selber nichts mehr erhalten solle während anscheinend die SwissLife „dieser Person“ schon CHF 100'000.— ausbezahlt habe. Sie wendet sich deshalb auch hier an ihren Anwalt, um über die Rechtslage informiert zu werden. Obwohl die Tochter Maja Kuster der Lebenspartnerin ihres Vaters grundsätzlich vertraut, sucht auch sie eine Anwältin auf, um sich beraten zu lassen.

**Frage 3: Ist der überlebenden Ehefrau die Unterzeichnung eines Erbteilungsvertrages mit diesem Inhalt zu empfehlen, oder ist ihr davon abzuraten und aus welchen Gründen?**

**Frage 4: (Für die Bearbeitung der nachfolgend formulierten Teilfragen wird vorausgesetzt, dass die überlebende Ehefrau dem vorgeschlagenen**

*Erbteilungsvertrag nicht zustimmt, auf Erbteilung klagen will und eine gerichtliche Entscheidung anstrebt.)*

**a) Formulieren Sie ein angesichts der konkreten Verhältnisse mögliches Rechtsbegehren.**

**b) Wer wäre Partei in diesem Erbteilungsprozess?**

**c) Welches Gericht müsste entscheiden und in welchem Verfahren?**

**d) Welche kantonalen und bundesrechtlichen Weiterzugsmöglichkeiten würden bestehen?**

**e) Mit welchem Ergebnis müssen die überlebende Ehefrau einerseits und die Tochter Maja Kuster andererseits rechnen, falls auch gerichtliche Vergleichsbemühungen scheitern?**

**Frage 5: Wie wäre vorzugehen, falls von der überlebenden Ehefrau nähere Auskünfte erforderlich wären und solche verweigert würden (örtliche und sachliche Zuständigkeit, Verfahren, Instanzenzug)?**

## **Teil II:**

G. Mit Grundstückkaufvertrag vom 12. November 2001 verkaufte die X AG Maja Kuster eine Stockwerkeinheit zum Preis von CHF 863'000.—. Maja Kuster leistete vereinbarungsgemäss am 1. Dezember 2001 eine Anzahlung von CHF 235'000.—. Der Restbetrag wäre auf die am 22. Februar 2002 vorgesehene Besitzantretung fällig geworden. Vor diesem Termin teilte jedoch Maja Kuster der Verkäuferin mit, sie sei nicht in der Lage, den Vertrag zu erfüllen. In der Folge einigten sich die Vertragsparteien mündlich auf das Dahinfallen des Vertrages. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die konkreten Folgen der Vertragsauflösung wurde jedoch nicht getroffen. Von der erhaltenen Anzahlung von CHF 235'000.— erstattete die X AG Maja Kuster Fr. 145'000.— zurück. Maja war mit diesem Vorgehen nicht einverstanden. Sie anerkannte im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung nur einen Anspruch der X AG in Höhe von CHF 15'000.— und forderte den Restbetrag von CHF 75'000.— zurück. Die X AG stellte sich dagegen auf den Standpunkt, der ihr aus der Vertragsauflösung entstandene Schaden übersteige CHF 90'000.—, so dass Maja Kuster infolge Verrechnung nichts mehr zustehe. Es kam zum Prozess. Das örtlich zuständige (zürcherische) Bezirksgericht hat die Klage von Maja Kuster nach Abschluss des Hauptverfahrens abgewiesen. Es ging ohne nähere Begründung davon aus, die Parteien seien sich darin einig gewesen, dass dem Rückforderungsanspruch von Maja Kuster Schadenersatzansprüche der X AG im Umfang des

positiven Vertragsinteresses entgegengesetzt werden könnten. Maja Kuster will dieses Urteil nicht hinnehmen. Sie steht auf dem Standpunkt, dass über die Rückabwicklung des Geschäfts nicht konkret gesprochen worden sei und jedenfalls diesbezüglich keine Einigung bestanden habe. Im Hinblick auf ein Rechtsmittelverfahren erörtert sie mit ihrer Anwältin verschiedene Szenarien und Fragen.

- Frage 6:** Wie wäre die Rechtslage für den Fall, dass die Parteien über die Rückabwicklung des Geschäfts keine Regelung getroffen haben, zu beurteilen?
- Frage 7:** Angenommen, das Obergericht würde die Klage gutheissen: Könnte die X AG mit einer eidgenössischen Berufung Erfolg haben, falls sie vor Bundesgericht geltend macht, die Parteien hätten sich über die Rückabwicklung des Geschäfts geeinigt, und die Klage sei deshalb zu Unrecht gutgeheissen worden?
- Frage 8:** Welche Berufungsanträge sollte Maja Kuster in einem allfälligen kantonalen Berufungsverfahren stellen und aus welchen Überlegungen?

-----

Der Sachverhalt ist nicht abzuschreiben. Er ist am Schluss mit der Prüfungsarbeit wieder abzugeben.

**Hilfsmittel:** ZGB/OR (Ausgabe von Gauch, Verlag Schulthess, mit Anhang), ZPO, GVG und OG.

28/05

## Schriftliche Anwaltsprüfung

---

Die Eheleute Doris und Maximilian Scheller waren - und sind es auch heute noch - wohnhaft in Nürnberg, Deutschland. Sie waren befreundet mit Karl Hohler, Kundenberater der Privatbank AG mit Sitz in Zürich. Karl Hohler wohnte zu dieser Zeit in Küsnacht/ZH.

Im Juli 1988 eröffnete Karl Hohler im Auftrag der Eheleute Scheller ein Konto bei der Privatbank AG. Gemäss den Kontoeröffnungsunterlagen, welche von den Eheleuten Scheller unterzeichnet wurden, sollte sämtliche Post banklagernd zugestellt werden und die Bank war beauftragt, das auf dem Konto liegende Vermögen nach freiem Ermessen bestmöglich zu verwalten.

1995 hatten die Eheleute Scheller zwei Forderungen von je DM 1,5 Mio., welche sie auf das Konto bei der Privatbank AG einzahlen lassen wollten. Aus Geheimhaltungsgründen sollte aber keine Direktzahlung erfolgen. Karl Hohler schlug Ihnen daher vor, dass die Zahlungen an die Financial Intermediary Ltd. mit Sitz in Panama erfolgen sollten, welche ebenfalls ein Konto bei der Privatbank AG unterhielt.

Die Financial Intermediary Ltd. war von der Bank im eigenen Namen gegründet worden, um für einen italienischen Kunden gewisse Transaktionen durchzuführen. Karl Hohler war über das Konto der Financial Intermediary Ltd. einzelzeichnungsberechtigt, obwohl er keine Organstellung bei dieser Gesellschaft innehatte. Er hatte dieses Konto schon mehrfach für Transaktionen verwendet, bei welchen ein Geheimhaltungsinteresse des Kunden bestand. Karl Hohler wies die Eheleute Scheller an, die beiden Zahlungen sollten mit der Referenz "DMS" erfolgen.

Am 10. November 1995 hat die Banca Popolare, Mailand, DM 1,5 Mio. auf das Konto der Financial Intermediary Ltd. bei der Privatbank AG mit der Referenz "DMS" überwiesen. Eine identische Zahlung erfolgte am 15. November 1995 von der Allgemene Bank, Den Haag.

Die Eheleute wurden über den Zahlungseingang auf dem Konto der Financial Intermediary Ltd. informiert und waren davon überzeugt, der Gegenwert von DM 3 Mio. sei ihrem Konto gutgeschrieben worden. Im Bewusstsein, dass die Bank beauftragt war das Vermögen der Eheleute Scheller zu verwalten, haben diese einstweilen keine weiteren Instruktionen erteilt.

Erst am 3. März 2005 hat Maximilian Scheller die Bank in Zürich aufgesucht und bei der Kontrolle der banklagernden Post festgestellt, dass der Betrag von DM 3 Mio. dem Konto nie gutgeschrieben worden war.

Seit dem 3. März 2005 hat Maximilian Scheller mehrfach versucht herauszufinden, wohin die fraglichen Beträge transferiert wurden. Unter dem Hinweis auf das Bankgeheimnis hat die Bank jede Auskunft über das Konto der Financial Intermediary Ltd. verweigert.

Karl Hohler hat das Anstellungsverhältnis mit der Privatbank AG Ende 2000 gekündigt und lebt seither in Rom, wo er als freier Finanzberater tätig ist. Er hat den Kontakt zu den Eheleuten Scheller seit 1998 verloren.

**FRAGE 1:**

*Wie beurteilen Sie die Rechtslage? Können die Eheleute Scheller Ansprüche geltend machen? Wenn ja, gegen wen?<sup>1</sup>*

**FRAGE 2:**

*Haben die Eheleute Scheller die Möglichkeit, gegen die Privatbank AG und Karl Hohler in Zürich zu klagen? Falls ja, wie und wo könnten diese Klagen anhängig gemacht werden?*

**FRAGE 3:**

*Wie lauten das oder die Rechtsbegehren? Begründen Sie das/die Rechtsbegehren bitte mit wenigen Worten.*

**FRAGE 4:**

*Beurteilen Sie bitte die Kosten eines Rechtsstreites. Können Massnahmen getroffen werden, das Kostenrisiko zu verringern?*

---

<sup>1</sup> Bitte beurteilen Sie einen allfälligen Anspruch auch dann, wenn Sie der Meinung sind, die Erfolgsaussichten seien gering. Sollten Sie dafür halten, es sei ausländisches Recht anwendbar, weisen Sie bitte darauf hin, wenden aber ersatzweise Schweizer Recht an.

**FRAGE 5:**

*Wie ist der Rechtsmittelzug gegen einen materiellen Endentscheid der ersten Instanz?*

**FRAGE 6:**

*Maximilian Scheller berichtet Ihnen, nach seinen Kenntnissen habe Karl Hohler finanzielle Probleme. Er glaube aber, dass Karl Hohler noch über zwei Liegenschaften in Zürich verfüge. Können diese Liegenschaften zur Sicherung eines zukünftigen Urteils herangezogen werden? Was wären die Voraussetzungen? Wie kann sich Karl Hohler dagegen wehren? Beschreiben Sie das Verfahren.*

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben und muss der Prüfung beigelegt werden.

Gesetze: OR, ZGB, SchKG, IPRG, LugÜ, GStG, ZPO, GVG, AnwGebV, GerGebV, BGG.

**Schriftliche Anwaltsprüfung****Sachverhalt A:**

Die A Handels AG, Eigentümerin der Liegenschaft Kat.Nr. 1020 in Uster, hatte mit Mietvertrag vom 23. Februar 2003 ihrem Verwaltungsratspräsidenten Peter Huber die auf dem erwähnten Grundstück stehende Lagerhalle zu einem jährlich per 1. März im voraus zahlbaren Mietzins von monatlich Fr. 1'200.-- vermietet. Da Huber der A. Handels AG ein Darlehen von Fr. 60'000.-- zur Verfügung gestellt hatte, wurde im Mietvertrag vereinbart, dass die Begleichung des Mietzinses mit dem Darlehenssaldo verrechnet werde, solange das Darlehen "laufe".

**Frage 1:**

Wirft der Sachverhalt bis hier irgendwelche rechtliche Probleme auf?

Mit Zahlungsbefehl vom 27. Oktober 2004 leitete die Bank X AG gegen die A. Handels AG die Betreuung auf Grundpfandverwertung ein. Die Bank X AG hatte der A. Handels AG einen limitierten Geschäftskredit eingeräumt und zur Sicherheit einen Namensschuldbrief, lastend an I. Pfandstelle auf der Liegenschaft Kat.Nr. 1020 in Uster, erhalten. Die A Handels AG war mit fälligen Rück- und Zinszahlungen in Rückstand geraten.

**Frage 2:**

Ist es aufgrund dieser Informationen von vorneherein klar, dass die Bank auf Verwertung des Grundpfandes betreiben konnte?

Gehen Sie - ungeachtet Ihrer Antwort auf Frage 2 - davon aus, dass die Bank zu ihrem Vorgehen berechtigt war. Das zuständige Betreibungsamt wies nach Erhalt des Betreibungsbegehrens der Bank Peter Huber an, ab sofort die künftig fälligen Mietzinsen an das Betreibungsamt zu überweisen unter Hinweis auf die Gefahr der Doppelzahlung.

**Frage 3:**

War das rechtens? Wie immer: Konnte sich Huber gegen diese Anweisung wehren? Wie? Rechtsmittel auf allen Ebenen? Gäbe es, wenn der

letztmögliche kantonale Entscheid anfangs Januar 2007 getroffen worden wäre, Änderungen?

Gehen Sie in der Folge davon aus, dass beim Betreibungsamt keine Zahlungen eingingen und dass die Proteste Hubers nichts fruchteten. Am 20. Oktober 2005 erging eine Betreibung gegen Peter Huber über Fr. 14'400.- für "Jahresmiete März/05-Februar/06".

Frage 4:

Wer müsste diese Betreibung - wenn es rechtens zugegangen ist - erheben haben?

Peter Huber erhob Rechtsvorschlag, doch wurde im nachfolgenden Verfahren vom zuständigen zürcherischen Richter gegen ihn provisorische Rechtsöffnung erteilt.

Frage 5:

a) Welches/e Rechtsmittel steht/en kantonal und eidgenössisch zur Verfügung? Bei der Bearbeitung dieser Frage ist davon auszugehen, dass der letztinstanzliche kantonale Entscheid vom 9. Januar 2007 datiert.

b) Würde etwas ändern, wenn bei sonst gleicher Fragestellung der geforderte Jahresmietzins Fr. 18'000.-- betrüge und für diesen Betrag provisorische Rechtsöffnung erteilt worden wäre?

Angenommen, es bleibt bei der provisorischen Rechtsöffnung. Peter Huber erhebt Aberkennungsklage. Er macht geltend, er habe ja mit der A. Handels AG beim Abschluss des Mietvertrages speziell vereinbart, dass die Zinsen zum vorneherein auf den 1. März durch Verrechnung mit der Darlehensschuld der AG getilgt werden, solange sie bestehe, was in einem geringen Restbetrag immer noch der Fall sei. Da diese klare Vereinbarung längst vor der Betreibung der X Bank AG getroffen worden sei, habe weder Raum noch Anlass bestanden, die Zinsen dem Betreibungsamt abzuliefern. Damit sei die Forderung abzuerkennen.

Frage 6:

Erachten Sie diesen Standpunkt als aussichtsreich? Wenn ja/ nein, weshalb?



Frage 7:

a) Angenommen [und unabhängig von Ihrer Meinung zu Frage 6], es werde die Aberkennungsklage erstinstanzlich abgewiesen: Rechtsmittel kantonal und Bund? Die Frage ist nach heutiger Rechtslage zu bearbeiten.

b) Und wieder: Würde sich etwas ändern, wenn der Jahresmietzins Fr. 18'000.- betrüge?

**Sachverhalt B:**

Peter Huber ist noch mit einem anderen Problem konfrontiert: Er hatte Ende Juni 2006 einen Kaufvertrag über eine Stockwerkeinheit [Kat.Nr. 20251 in Greifensee] zum Preis von Fr. 800'000.-- abgeschlossen. Vereinbarungsgemäss hatte er am 1. Juli 2006 eine Anzahlung von Fr. 200'000.-- geleistet. Der Restbetrag wäre am 1. Oktober 2006 zu leisten gewesen. Vor diesem Termin teilte Peter Huber der Verkäuferin, der Prodomo AG, mit, er sei aufgrund einer unvorhergesehenen finanziellen Verpflichtung - eine in Aussicht stehende aufwändige Operation mit wohl langer Erholungsphase - und einem unerwarteten Verlust in einem Konkurs [nicht dem eigenen!] nicht in der Lage, den Kaufvertrag zu erfüllen und bitte deshalb um "Annullation des Vertrages". Die Prodomo äusserte im Antwortschreiben ihr Bedauern, erklärte aber, sie sei mit einer Annullation einverstanden. Über die konkreten Folgen dieser "Annullation" fehlt eine Abmachung. Die Übertragung der Liegenschaft war noch nicht erfolgt.

Peter Huber erwartete - für ihn selbstverständlich - die Rückzahlung seiner geleisteten Zahlung. Indes stellte sich die Prodomo auf den Standpunkt, sie habe jede Menge Aufwand im Vorfeld dieses Vertragsabschlusses gehabt und es sei ihr insbesondere wegen dieser Annullation ein satter Gewinn in Höhe von rund 20% des Kaufpreises entgangen, wofür sie Ersatz zugut habe. Alles in Allem seien ihre Aufwendungen und der zu ersetzende Gewinn so hoch, dass es nichts mehr zurückzuerstatten gebe.

Frage 8:

- a) Analysieren Sie die Rechts- und Interessenlage aus der Sicht von Peter Huber mit Blick auf die finanzielle Auseinandersetzung
- b) Wie wäre in einem allfälligen Prozess zur fehlenden Vereinbarung über die Folgen der "Annullation" zu argumentieren?

**Bearbeitungshinweis zu den Rechtsmittelfragen:**

Hier wollen Sie sich bitte jeweils nicht in epischer Breite über unwesentliche Formalia verbreiten [z.B. Amtssprache, Gang der Rechtsmittelverfahren im Detail, Eingaben im Doppel, Rechtsanwendung von Amtes wegen, Gestaltung der Rechtsschriften, Möglichkeit von Fristerstreckungen, Ausführungen über die elektronische Zustellung etc], sondern sich auf das Wesentliche beschränken: Legitimation, Rechtsmittelinstanz, Bezeichnung des Rechtsmittels, ev. Streitwertfragen, Rüge Themen.

Gesetzestexte: ZGB/OR (Ausgabe Gauch, 46. Auflage), SchKG (Ausgabe Navigator), Prozessgesetze.

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber der Lösung beizulegen.

Schriftliche Anwaltsprüfung

Am 13. Oktober 2004 wurde in Zürich von der Finanz AG, die ihren Sitz in Zürich hatte, ein Anlagevertrag abgeschlossen, wonach dem Anleger bei wöchentlichen Auszahlungen eine Nettorendite von 2,5 % pro Trade (108 % pro Jahr) versprochen wurde, sofern die Rendite durch entsprechende Trades erwirtschaftet würde. Als Anleger wurde im Vertrag, den die Finanz AG aufgesetzt hatte, Sandro Deutsch, wohnhaft in München, genannt, während der Vertrag in Anwesenheit von Sandro durch den in Kroatien wohnhaften Zeno Deutsch unterzeichnet worden ist. Als Anlagebetrag war der Betrag von US Dollar 500'000 genannt. Zur Besicherung des Anlagebetrages wurde auf ein separates „Notarschreiben“ verwiesen, welches zum Bestandteil des Vertrages erklärt wurde. Zeno Deutsch hatte dem Sandro Deutsch am 5. August 2004 die Befugnis erteilt, in seinem Namen Verträge abzuschliessen und zu unterschreiben, bei Banken Kredit aufzunehmen, Gelder abzuheben und zu beliehen. Das war aber bei Unterzeichnung des Vertrages mit der Finanz AG weder den Verantwortlichen der Finanz AG noch dem nachstehend genannten Ernst Jung bekannt.

Ernst Jung ist Inhaber des Zürcher Notariatspatentes und führt an seinen Wohnort Zürich eine im Handelsregister eingetragene Rechts- und Treuhandpraxis. Mit dem „Notarschreiben“ bestätigte er unterm 13. Oktober 2004 an die Adresse von Sandro Deutsch in München was folgt:

*Um die vertragsgemässe Anlage der von Ihnen auf das „Notarkonto“ bei der Bank für Handel überwiesenen Beträge zu gewährleisten, bestätige ich hiemit:*

*Die auf das Konto „Notarkonto“ Nr. 47 der Finanz AG überwiesenen und eingezahlten Beträge werden nur für Anlagen im Sinne des oben erwähnten Anlagevertrages verwendet. Verfügungen über das Konto können nur mit meiner Zustimmung erfolgen.*

*Die Zustimmung für die Kapitalfreigabe für Anlagen gemäss Anlagevertrag erfolgt nur dann, wenn sichergestellt ist, dass auf dem Konto der Finanz AG bei der Traderbank entweder das Kapital oder das entsprechende Anlagepapier einer Prime-Bank deponiert ist.*

*Eine weitere Haftung meinerseits ist ausgeschlossen.*

Zeno Deutsch übergab den Verantwortlichen der Finanz AG am 13. Oktober 2004 in den Räumlichkeiten der Bank für Handel einen Check über

US Dollar 500'000, welcher Betrag dem Konto der Finanz AG bei der genannten Bank unter der Rubrik „Notarkonto“ gutgeschrieben wurde. Inhaberin dieses Kontos war die Finanz AG. Es wurden jedoch keine Trades getätigt.

Mit Schreiben vom 9. Februar 2005 kündigte Sandro Deutsch den Vertrag und verlangte Rückzahlung des investierten Betrages. Die Finanz AG überwies am 17. Februar 2005 US Dollar 12'500 an Sandro Deutsch. Einige Tage später wurden ihm von der Finanz AG US Dollar 300'000 zurückerstattet. Hinsichtlich des Restbetrages erklärte die Finanz AG, dass sie diese später zurückzahlen werde. Dies geschah jedoch nicht. Von Verantwortlichen der Finanz AG wurden vom Notarkonto US Dollar 200'000 abgezogen und veruntreut. Ueber die Finanz AG wurde am 14. April 2005 der Konkurs eröffnet. Die Konkursdividende für die von Zeno Deutsch eingegebene Dritt-Klasse-Forderung von Fr. 240'000 aus dem Anlagevertrag beträgt voraussichtlich Null.

Zeno Deutsch will nun Ernst Jung auf Bezahlung von Fr. 240'000 (entsprechend einem ausstehenden Betrag von US Dollar 200'000 mit einem Umrechnungskurs von Fr. 1.20 pro US Dollar) nebst 5% Zins seit 9. Februar 2005 einklagen. Jung bestreitet die Aktivlegitimation von Zeno Deutsch. Er, Jung, habe auf Wunsch der Finanz AG schon vor dem 13. Oktober 2004 mehrere solche „Notarschreiben“ erstellt, unterschrieben und diese der Finanz AG übergeben, ohne zu wissen, für wen sie verwendet würden. Nicht Zeno, sondern Sandro Deutsch sei Partner des Anlagevertrages. Im Vertrag mit der Finanz AG sei Sandro als Anleger genannt, und auch sein Schreiben sei an Sandro adressiert. Die Verantwortlichen der Finanz AG hätten bei Vertragsabschluss nicht bemerkt, dass Zeno und nicht Sandro den Vertrag unterzeichnet habe. Zeno habe beim Vertragsschluss Sandro vertreten. Geschuldet seien zudem – wenn überhaupt – US Dollar und nicht Schweizer Franken. Er, Jung, habe aber jedenfalls nicht für die US Dollar 200'000. Für das Notarkonto habe er zusammen mit Emil Weibel von der Finanz AG Kollektivunterschrift gehabt. Die Unterschriftsberechtigung sei also anfänglich richtig geregelt gewesen, nämlich so, dass der Zugriff auf das Konto nur mit ihm zusammen hätte erfolgen können. Erst später, als die US Dollar 200'000 bereits vom Notarkonto abgezogen worden seien, sei er gewahr geworden, dass eine weitere Person Kollektivunterschrift für das Konto erhalten habe. Deshalb habe er kein Verschulden. Da die verschwundenen US Dollar von den Verantwortlichen der Finanz AG veruntreut worden seien, sei der Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Schaden des Anlegers ohnehin unterbrochen worden. Ausserdem seien die am 17. Februar 2005 bezahlten US Dollar 12'500 als teil-

weise Kapitalrückzahlung zu betrachten, sodass ohnehin nicht mehr US Dollar 200'000 offen seien.

Fragen:

1. Welches Gericht ist für die Klage von Zeno Deutsch zuständig?
2. Welches Recht bzw. welche Rechte sind anwendbar für die Beurteilung der Klage von Zeno Deutsch?
3. Wie ist die Klage von Zeno Deutsch zu beurteilen (gehen Sie unabhängig von der Beantwortung der Frage 2 vom schweizerischem Recht aus)? Was ist von den Einwendungen Jungs zu halten?
4. Wie würde im Falle der Gutheissung der Klage von Zeno Deutsch das Urteilsdispositiv lauten?
5. Welche Rechtsmittel stehen Jung gegen das Urteil der 1. Instanz bzw. gegen die Entscheide der Rechtsmittelinstanzen zur Verfügung, wenn er geltend machen will, die Vorinstanz habe Zeno zu Unrecht als Vertragspartei behandelt?

Im Konkurs der Finanz AG hat auch Ernst Jung eine Forderung eingegeben, und zwar von Fr. 120'000. Diese wurde im Kollokationsplan als Dritt-Klasse-Forderung aufgenommen, auf Kollokationsklage von Zeno Deutsch hin aber gestrichen. Vorher haben sich sowohl Zeno Deutsch wie auch Ernst Jung die Verantwortlichkeitsansprüche gegen Bruno Blumer, Verwaltungsrat der Finanz AG, abtreten lassen. Sie gehen übereinstimmend davon aus, dass sich in diesem Verantwortlichkeitsverfahren ein Prozessgewinn von Fr. 90'000 erzielen lasse.

Frage:

6. Wie hoch ist der für die Kosten- und Entschädigungsfolgen massgebliche Streitwert im Kollokationsprozess zwischen Zeno Deutsch und Ernst Jung?

Bevor Zeno Deutsch die Verantwortlichkeitsklage gegen Bruno Blumer einleitet, stirbt Zeno Deutsch.

Frage:

7. Was geschieht mit dem an Zeno Deutsch abgetretenen Verantwortlichkeitsanspruch?

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, der Lösung aber beizulegen.  
Zur Verfügung stehende Gesetze: OR, ZGB, IPRG, SchKG, GestG, ZPO, GVG, BGG, Verordnung über die Anpassung des kantonalen Rechts an das BGG.

# Anwaltsprüfung

---

## Sachverhalt

Die Eheleute Paul und Edith White-Keller wurden am 17. Mai 2001 vom Bezirksgericht Horgen geschieden. Die Ehefrau ist Schweizerin, der Ehemann Angehöriger der USA. Sie haben 3 Mädchen, Andrea, geb. 1991, Dolores, geb. 1993 und Gabriella, geb. 1998. Während der Dauer des Scheidungsprozesses wurden die Kinder unter die Obhut der Mutter gestellt. Der Vater missbrauchte sein Besuchsrecht, flog mit den Kindern in die USA und leitete seinerseits dort einen Scheidungsprozess ein, in welchem er beantragte, die Kinder seien unter seine Obhut zu stellen. Der Ehefrau gelang es, die Kinder wieder in die Schweiz zurück zu holen. Der Ehemann blieb in den USA und beteiligte sich nicht mehr am Scheidungsprozess in Horgen.

Gemäss dem Scheidungsurteil vom 17. Mai 2001 wurden die 3 Mädchen unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Dem Vater wurde kein Besuchsrecht zugesprochen.

Frau White-Keller hatte grosse Angst vor einer neuerlichen Entführung der Kinder. Ihr Mann hatte in der Vergangenheit mehrfach in Aussicht gestellt, er werde keine Ruhe geben, bis die Kinder bei ihm in den USA leben würden. Er stiess auch Drohungen gegenüber seiner Ex-Frau aus, welche diese sehr ernst nahm. Frau White-Keller (nachfolgend Klägerin 4) reichte am 5. Juli 2001 in eigenem Namen und namens der Kinder (nachfolgend Klägerinnen 1 bis 3) beim Bezirksgericht Horgen eine **Klage** gegen den Ex-Ehemann (Beklagter) mit folgendem **Rechtsbegehren** ein:

1. Der Beklagte habe unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams jeden Umgang und Kontakt mit und zu den Klägerinnen per Fax, Telefon, persönlich oder mit anderen Kommunikationsmitteln zu unterlassen.
2. Der Beklagte habe es des weiteren unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams zu unterlassen, die üblichen Aufenthaltsorte der Klägerinnen, d.h. deren Wohnort, Schule, Kinderhort und Kindergarten aufzusuchen oder sich andernorts den Klägerinnen wissentlich und willentlich auf eine Distanz von weniger als 30m zu nähern.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Der Ex-Ehemann liess durch seinen Anwalt beantragen, dass die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerinnen vollumfänglich abzuweisen sei. Weiter stellte er den prozessualen Antrag, dass für die nicht mündigen Töchter für die Dauer des Prozesses eine unabhängige Prozessbeistandschaft bestellt werden solle. Letzterer Antrag wurde gutgeheissen. Das Bezirksgericht lud die zuständige Vormundschaftsbehörde ein, eine solche Prozessbeistandschaft einzurichten. Sie bestimmte Herrn RA Sandro Fleissig als Prozessbeistand, der die Interessen der Kinder wahren sollte.

Sandro Fleissig stellte folgende **Anträge**:

1. Dem Beklagten sei unter Androhung von Strafe im Sinne von Art. 292 StGB die Kontaktaufnahme mit den Klägerinnen 1-3 zu untersagen, wobei dieses Verbot wie folgt zu befristen sei: Das Verbot gilt längstens bis
  - (1) eine aussergerichtliche Regelung des persönlichen Verkehrs oder der Einräumung des Besuchsrechts geschlossen würde, oder
  - (2) ein gerichtlicher Entscheid bezüglich persönlichen Verkehr oder die Einräumung eines Besuchsrechtes vorliegt,
  - (3) längstens jedoch bis zum 30. Juni 2004
2. Zudem soll ausdrücklich festgehalten werden, dass eine Kontaktaufnahme auf Initiative der Kinder weder für die Kinder noch für den Beklagten strafbar ist.

Das Gericht beauftragte den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst Horgen, ein Gutachten zu erstellen. Dieser kam zum Schluss, aktuell habe keines der Kinder ein Interesse an einer Kontaktaufnahme zum Vater gezeigt. Es befürwortete das Kontaktverbot deshalb grundsätzlich. Es sei von fachlicher Seite sinnvoll abzuwarten, wann sich die Kinder für eine solche Kontaktaufnahme reif und bereit fühlten. Der Zeitpunkt dafür könne jedoch aufgrund der Entwicklung und Aussagen der Kinder noch nicht bestimmt werden. Eine zeitliche Begrenzung des Kontaktverbotes, so wie der Beistand dies beantragt hatte (längstens jedoch bis zum 30. Juni 2004) befürwortete das Gutachten nicht. Es empfahl jedoch eine Beistandschaft im Sinne einer professionellen kindzentrierten Begleitung, welche die sich entwickelnden Wünsche der Kinder bzw. die Bereitschaft zu einem Kontakt mit dem Vater neutral unterstützen sollte.

Das Bezirksgericht Horgen erachtete die Ausführungen und Empfehlungen des KJPD als nachvollziehbar, schlüssig und überzeugend. Es entschied deshalb, dass ein Kontaktverbot an die Adresse des Beklagten auszusprechen sei, dass dieses zeitlich nicht zu begrenzen sei, weil der Zeithorizont von der individuellen Entwicklung jedes Kindes abhängt. Es lud gleichzeitig die zuständige Vormundschaftsbehörde ein, den Kindern einen Beistand zu bestellen, der die vom Gutachten umschriebenen Aufgaben wahrnehme.

Das **Dispositiv** des Urteils, welches am 18. Mai 2005 erging, lautete wie folgt:

1. Dem Beklagten wird verboten, mit den Klägerinnen von sich aus Kontakt per Fax, Telefon oder mit anderen Kommunikationsmitteln aufzunehmen oder die üblichen Aufenthaltsorte der Klägerinnen, d.h. deren Wohnort, Schule, Kinderhort und Kindergarten aufzusuchen oder sich andernorts den Klägerinnen wissentlich und willentlich auf eine Distanz von weniger als 30m zu nähern.
2. Missachtet der Beklagte das Verbot gemäss Ziffer 1, hat er nach Art. 292 StGB wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung Bestrafung mit Haft oder Busse zu erwarten.

Straffrei ist der Kontakt, wenn er von den Klägerinnen aufgenommen wird.

Ferner ist die Klägerin 4 berechtigt, dieses Kontaktverbot für einzelne oder alle Kinder aufzuheben.



3. Die Vormundschaftsbehörde Horgen wird eingeladen, den Klägerinnen 1-3 einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu bestellen. Dieser soll folgende Aufgaben und Befugnisse haben:
    - a). Einmal jährlich bei den Kindern sondieren, ob sie eine Kontaktaufnahme mit dem Beklagten (ihrem Vater) wünschen, erstmals 2006.
    - b). Das Kind, das eine Kontaktaufnahme wünscht, in geeigneter Form auf den Kontakt vorbereiten
    - c). Den Rahmen festlegen, in welchem dieser Kontakt, einschliesslich der Antwort des Beklagten, stattfindet; dies unter schriftlicher Orientierung von Mutter und Vater.
- Die Kosten dieser Beistandschaft werden je zur Hälfte der Klägerin 4 und dem Beklagten auferlegt.

Weiter entschied das Gericht, dass die Kosten des Verfahrens dem Beklagten auferlegt würden, sie jedoch zu Folge unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen würden. Es wurde ausdrücklich auf das Nachforderungsrecht der Gerichtskasse für die Gerichtskosten und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsvertreters hingewiesen. Der Beklagte wurde weiter verpflichtet, dem Rechtsvertreterin der Mutter eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 27'200.- zzgl. MWST zu bezahlen und dem Prozessbeistand der Kinder für seine Bemühungen und Barauslagen als Verfahrensbeistand der Kinder eine Prozessentschädigung von CHF 6'000.- zzgl. MWST zu bezahlen.

Sowohl die Mutter als auch der Vater erhoben gegen dieses Urteil **Berufung**. Der Vater stellte folgende Anträge:

1. Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei der unter Strafandrohung verbotene Umgang und Kontakt des Beklagten (Berufungsklägers) mit den Klägern auf den persönlichen Kontakt (exklusive Kontakt per Fax, Telefon oder mit anderen Kommunikationsmitteln) zu beschränken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger (Berufungsbeklagten).

4. Eventualiter seien die Kosten und Prozessentschädigungen des vorinstanzlichen Verfahrens auf beide Parteien anteilmässig aufzuteilen.

Die **Anträge der Mutter** lauteten wie folgt:

1. Die Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 18. Mai 2005 sei aufzuheben und ersatzlos zu streichen
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten
3. Die Berufung des Beklagten sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten abzuweisen.

Der **Vertreter der Kinder** beantragte:

Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 18. Mai 2005 sei zu bestätigen und die Berufungsanträge der Klägerin 4 und des Beklagten seien abzuweisen.

Am 25. August 2006 erging Beschluss und Urteil des Obergerichts wie folgt:

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Klage der Klägerinnen 1-3 wird nicht eingetreten.
2. Auf die Zweitberufung der Klägerin 4 wird insoweit nicht eingetreten, als damit verlangt wird, die Einladung an die Vormundschaftsbehörde Horgen zur Bestellung eines Beistands im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB (inklusive Umschreibung von dessen Aufgaben und Befugnissen) aufzuheben.

Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 18. Mai 2005 bezüglich Ziffer 3 in folgendem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist:

„Die Vormundschaftsbehörde Horgen wird eingeladen, den Klägerinnenn 1-3 einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu bestellen. Dieser soll folgende Aufgaben und Befugnisse haben:

- a) Einmal jährlich bei den Kindern sondieren, ob sie eine Kontaktaufnahme mit dem Beklagten (ihrem Vater) wünschen, erstmals 2006.

- b) Das Kind, das eine Kontaktaufnahme wünscht, in geeigneter Form auf den Kontakt vorbereiten.
- c) Den Rahmen festlegen, in welchem dieser Kontakt, einschliesslich der Antwort des Beklagten, stattfindet; dies unter schriftlicher Orientierung von Mutter und Vater.

Die Kosten dieser Beistandschaft werden zur Hälfte dem Beklagten auferlegt“.

- 3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.
- 4. [Rechtsmittelbelehrung]

**Das Gericht erkennt:**

- 1. Dem Beklagten wird verboten, mit den Klägerinnen von sich aus Kontakt per Fax, Telefon oder mit andern Kommunikationsmitteln aufzunehmen oder die üblichen Aufenthaltsorte der Klägerinnen, d.h. deren Wohnort, Schule, Kinderhort und Kindergarten aufzusuchen oder sich andernorts den Klägerinnen wissentlich und willentlich auf eine Distanz von weniger als dreissig Meter zu nähern.

Missachtet der Beklagte dieses Verbot, hat er nach Art. 292 StGB wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung Bestrafung mit Haft oder Busse zu erwarten. Straffrei ist der Kontakt wenn er von den Klägerinnen aufgenommen wird, ebenso eine Antwort des Beklagten auf die Kontaktaufnahme in vom Beistand der Klägerinnen 1 – 3 festgelegten Rahmen. Ferner ist die Klägerin 4 berechtigt, dieses Kontaktverbot für einzelne oder alle Kinder aufzuheben.

- 2. In Gutheissung der Zweitberufung der Klägerin 4 wird Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 18. Mai 2005 insoweit aufgehoben, als damit die Kosten der Beistandschaft zur Hälfte der Klägerin 4 auferlegt werden.
- 3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung wird bestätigt.
- 4. Die erstinstanzlichen Kosten (inklusive der Kosten des Massnahmeverfahrens EU00012) werden den Klägern 1-3 unter solidarischer Haftung und dem Beklagten je zur Hälfte auferlegt.

Diese Kosten werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Nachforderungsrecht der Gerichtskasse nach § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv bezüglich der Rechtsvertreterin der Klägerin 4 wird bestätigt.

6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

CHF 4'000.00 die weiteren Kosten betragen:

CHF 1'244.00 Schreibgebühren

CHF 874.00 Zustellgebühren

CHF 12'912.00 Unentgeltlicher Rechtsbeistand

7. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägerinnen 1 – 3 einerseits unter solidarischer Haftung und dem Beklagten, andererseits je zu 5/12 und der Klägerin 4 zu 1/6 auferlegt. Diese Kosten werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Nachforderungsrecht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

8. Die Klägerinnen 1 – 3 werden solidarisch verpflichtet, dem Vertreter des Beklagten, für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 15'000.- zuzüglich CHF 1'140.- (7,6 % MWST) zu bezahlen.

9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Vertreterin der Klägerin 4, für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von CHF 3'000.-zuzüglich CHF 228.- (7,6 % MWST) zu bezahlen.

Im Übrigen werden die Prozessentschädigungen für das Berufungsverfahren wettgeschlagen.

10. Schriftliche Mitteilung...

11. [Rechtsmittelbelehrung]

Den Nichteintretensentscheid begründete das Obergericht wie folgt:

*Die Klägerin 4 [die Mutter] verlangte ursprünglich das Kontaktverbot auch im Namen ihrer Kinder, der Klägerinnen 1-3. Wie bereits erwähnt wurde diesen im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens eine Vertretungsbeistand bestellt, so dass diese Klägerinnen seither einzig durch diese vertreten sind. Dieser Beistand hielt dann in seinem Rechtsbegehren zwar auch an einem Kontaktverbot für den Beklagten fest, beschränkte dieses jedoch in zeitlicher Hinsicht. Das Verbot sollte längstens bis zu einer aussergerichtlichen oder gerichtlichen Regelung des persönlichen Verkehrs oder der Einräumung eines Besuchsrechts gelten, auf jeden Fall längstens bis zum 30. Juni 2004. Dieses Begehren wurde im Laufe des Verfahrens nicht mehr abgeändert, insbesondere verlangte der Beistand nicht etwa eine Verlängerung oder gar Aufhebung der beantragten zeitlichen Befristung des Kontaktverbotes.*

*Die Vorinstanz hat mit ihrem Urteil auch diese Klage gutgeheissen, jedoch ausdrücklich ohne dieses Kontaktverbot zu befristen. Damit wurde die Dispositionsmaxime verletzt, da damit den Klägerinnen 1-3 mehr bzw. anderes zugesprochen wurde, als sie selber verlangten.*

...

*Mit Ablauf der Maximalfrist für das durch die Klägerinnen 1-3 angebehrte Kontaktverbot am 30. Juni 2004 war die Klage überdies bereits im Zeitpunkt der Fällung des erstinstanzlichen Urteils am 18. Mai 2005 gegenstandslos. Daran hat sich zwischenzeitlich nichts geändert. Es fehlt somit am rechtlichen Interesse an der Beurteilung dieser Klage, weshalb darauf nicht einzutreten ist.*

Die Mutter war nach Erhalt dieses Urteils schockiert über den Umstand, dass ihren Kindern vom Obergericht Prozesskosten von gesamthaft um die CHF 30'000.- auferlegt worden waren. Zwar war ihnen, wie auch den anderen Prozessbeteiligten die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden. Da die Kinder aber mittlerweile über gewisse Ersparnisse (aus Erbschaften etc.) verfügten, war damit zu rechnen, dass die Gerichtskasse die Kinder früher oder später zur Rückzahlung aufforderte.

## Aufgabe

Die Mutter sucht Sie als Ihren Rechtsvertreter/Rechtsvertreterin Anfang September 2006 auf und bittet Sie, die Situation betreffend die von den Kindern zu bezahlende Prozesskosten möglichst umfassend zu analysieren. Ziel ist es, den Kindern zu ersparen, diese sehr erheblichen Kosten und Entschädigungen an die Gerichtskasse zurück zu zahlen. Die Mutter will wissen, ob irgendwelche aussichtsreichen Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Sie bittet Sie auch, gegen allfällige „Verantwortliche“ für diese unbefriedigende Situation alle „Massnahmen“ (Klagen, etc.) zu ergreifen, welche sinnvoller Weise zur Verfügung stehen. Sie sollen ihr nach sorgfältiger Analyse einen konkreten Vorschlag unterbreiten, welchen Weg (oder welche Wege) Sie als aussichtsreich betrachten.

## Schriftliche Anwaltsprüfung

### Teil I:

A. Die Ehe von Max Derrer mit Hilde Derrer-Herzog wurde im Jahre 1986 rechtskräftig geschieden. Aus dieser Ehe sind die Tochter Anna (geboren 1940) und der Sohn Christoph (geboren 1942) hervorgegangen. Max Derrer ist im Jahre 1987 mit Beatrice Bauert (geboren 1951) eine neue Ehe eingegangen. Mit öffentlicher letztwilliger Verfügung vom 12. Mai 1987 setzte er seine beiden Kinder aus erster Ehe, Anna und Christoph, auf den Pflichtteil und begünstigte mit der dadurch frei werdenden Quote seine Ehefrau Beatrice. Als Willensvollstrecker bestimmte er Rechtsanwalt Dr. W. in Chur. Am gleichen Tag schloss er mit seiner Ehefrau Beatrice einen Ehe- und Erbvertrag.

B. Nach ausführlichen Vorgesprächen unterbreitete Max Derrer seiner Tochter Anna in einem Schreiben vom 27. April 1992 einen schriftlichen Vorschlag für einen Erbvertrag mit folgendem Inhalt:

*„I. Aus dem Nachlass des Vaters erhält die Tochter Anna ab Todestag des Erblassers eine monatliche, indexierte Rente von CHF 3'500.— ... (Indexierungsklausel).*

*II. Diese Rente wird aus den Baurechtszins-Einnahmen der Fa. Ela AG in Chur bezahlt. Dieser Baurechtszins ist ebenfalls indexiert gemäss dem Landesindex der Konsumentenpreise. Als Sicherheit für Anna hat im Zeitpunkt des Ablebens von Max Derrer eine Abtretung dieses Baurechtszins-Guthabens im Umfang des Rentenbetrages zu erfolgen.*

*III. Anna verzichtet hiermit auf jegliche weitere Erbansprüche, so dass ihr Vater in Bezug auf sein restliches Vermögen frei verfügen kann.*

*IV. Mit der Auszahlung und Sicherstellung der Rente wird der Willensvollstrecker Rechtsanwalt Dr. W., Chur, beauftragt.“*

Anscheinend hatte Anna anlässlich der Vorgespräche gegenüber ihrem Vater gewisse Zweifel darüber geäußert, ob die kapitalisierte Rente dereinst ihrem Pflichtteil entsprechen würde. Seinem Schreiben vom 27. April 1992 fügte der Vater deshalb noch den Satz bei: „Laut

*Berechnung von Rechtsanwalt Dr. W. fährst Du auf diese Weise sehr gut, denn Du bist lebenslänglich finanziell gesichert“.*

Am 1. Juni 1992 wurde der Erbvertrag von Max Derrer und Anna unterzeichnet und gesetzeskonform öffentlich beurkundet.

C. Max Derrer verkaufte am 1. März 2005 mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag sein Ferienhaus in Davos dem Liegenschaftenhändler Reto Caflisch. Die Eigentumsübertragung fand am 15. Mai 2005 statt.

D. Max Derrer verstarb am 5. Januar 2007 mit letztem Wohnsitz in Meilen. Der Wert seines Nachlasses beläuft sich auf rund 9,8 Millionen Franken. Anna hat von Fachleuten die Auskunft erhalten, dass der Wert der kapitalisierten lebenslänglichen Rente erheblich unter dem Wert des Pflichtteils liege, der ihr ohne den Erbvertrag mit dem Vater zustehen würde. ***(Für die Bearbeitung der nachfolgenden Fragen ist davon auszugehen; dass diese Auskunft zutreffend ist)***. Anna wendet sich an eine Rechtsanwältin, um abklären zu lassen, ob eine rechtliche Möglichkeit besteht, dass sie statt der erbvertraglich geschuldeten Rente das gesetzliche Erbrecht oder wenigstens den Pflichtteil beanspruchen kann.

E. Max Derrer war seit dem Jahre 2000 in psychiatrischer Behandlung gestanden. Der behandelnde Arzt hatte im Dezember 2005 in einem Gutachten Folgendes festgestellt:

*„Der Patient litt seit Beginn des Jahres 2003 unter sporadischen Störungen und Wirrungen, die das Urteilsvermögen beeinträchtigten. Einfache Geschäfte des täglichen Lebens konnte er aber vornehmen. In der Folge ist eine ernsthafte Geisteskrankheit eingetreten; diese war zwar erst im Januar 2005 nach aussen feststellbar, lag aber sicherlich bereits vorher latent vor. Im März 2005 war der Patient sicher geisteskrank. Daher wurde er am 1. September 2005 unter Vormundschaft gestellt.“*

F. Die Kinder von Max Derrer haben vom Verkauf des Ferienhauses erst nach dem Tod des Erblassers erfahren. Christoph, der heimlich darauf hoffte, das Ferienhaus dereinst bei der Erbteilung zugeteilt zu erhalten, ist der Auffassung, dass dieses wegen der Krankheit des Vaters nicht rechtsgültig ins Eigentum von Reto Caflisch habe übergehen können, sondern in den Nachlass falle. Reto Caflisch hingegen stellt sich auf den Standpunkt, er habe Max Derrer nicht näher gekannt. Dieser habe bei den Vertragsverhandlungen und bei der öffentlichen



Beurkundung einen gesunden Eindruck gemacht. Nach Wahrnehmung aller beteiligten Personen sei der Verkäufer bei klarem Verstand gewesen und er (Caflisch) habe darauf vertrauen dürfen, dass dieser handlungsfähig sei. Max Derrer sei denn auch erst mehrere Monate nach Abschluss des Geschäfts bevormundet worden. Im Übrigen hätten sich nunmehr bei ihm (Caflisch) mehrere Kaufsinteressenten für das von ihm renovierte Haus gemeldet. Er sei bereit, auch mit Christoph entsprechende Verhandlungen zu führen. Christoph will aber davon nichts wissen. Er konsultiert einen Rechtsanwalt, um sich über die Rechtslage informieren zu lassen. Die überlebende Ehefrau (Beatrice) zeigt sich desinteressiert und will nichts unternehmen.

- Frage 1:** Wie ist der Vertrag zwischen Anna und ihrem Vater vom 1. Juni 1992 rechtlich zu qualifizieren?
- Frage 2:** Erstellen Sie ein Exposé zur Beantwortung der Frage, ob und inwiefern der Erbvertrag zwischen Anna und ihrem Vater vom 1. Juni 1992 (aufgrund des vorgegebenen konkreten Sachverhalts) gegebenenfalls für ungültig erklärt werden kann. Prüfen und begründen Sie kurz mögliche rechtliche Varianten und beurteilen Sie die voraussichtlichen Erfolgchancen.
- Frage 3:** Formulieren Sie für den Fall, dass Anna sich zur Klage entschliesst, das Rechtsbegehren und bezeichnen Sie die beklagte Partei.
- Frage 4:** Wie beurteilen Sie die Rechtslage mit Bezug auf das Ferienhaus? Besteht auf Seiten von Christoph Handlungsbedarf und gegebenenfalls inwiefern und aus welchen Gründen?

## **Teil II:**

A. Franz Keller war von 1986 bis 1989 als Analytiker/Programmierer bei der X AG tätig. In der gleichen Funktion führte er in den Jahren 1991 und 1992 im Auftragsverhältnis für die X AG EDV-Arbeiten aus. Von Mai bis September 1996 war er wieder in der EDV-Abteilung der X AG angestellt. In der Folge kam es zwischen Franz Keller und der X AG zu Meinungsverschiedenheiten und zu einem Prozess, der im November 1998 vor Arbeitsgericht Zürich mit einem Vergleich erledigt wurde.

B. Mit Schreiben vom 8. April 2001 machte Franz Keller gegen Beat Baumann - den Gründer der X AG und bis Ende 1997 deren Geschäftsführer – eine Schadenersatzforderung in Höhe

von CHF 76'000.-- geltend, als „negativen Schaden aus Arbeitseinbusse von 3-4 Monaten“. In den folgenden Jahren reichte Franz Keller beim Friedensrichteramt Zürich (Kreise 7 und 8) jährlich eine Klage auf „Schadenersatzforderung aus culpa in contrahendo“ im Betrag von CHF 72'000.-- ein, verzichtete aber jeweils darauf, durch Einreichung der ihm ausgestellten Weisungen beim zuständigen Gericht eine entsprechende Klage rechtshängig zu machen. Erst am 9. Dezember 2005 machte er beim Bezirksgericht Zürich eine Klage mit dem Antrag rechtshängig, Beat Baumann sei zu verpflichten, ihm CHF 72'000.— nebst Zins sowie Ersatz für den weiteren Folgeschaden zu bezahlen. Das Bezirksgericht und in der Folge auch das Obergericht (letzteres mit Urteil vom 12. Januar 2007) wiesen die Klage ab.

C. In der obergerichtlichen Urteilsbegründung wurde ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass der Kläger erst am 7. April 2000 Kenntnis vom Schaden und von der Person des Schädigers erlangt habe. Trotzdem seien die Ansprüche des Klägers verjährt. Dieser habe zunächst zwar regelmässig den Lauf der Verjährung unterbrochen, so auch durch das Sühnbegehren vom 11. April 2001, das nächste Sühnbegehren sei jedoch erst am 14. Mai 2002, und damit mehr als ein Jahr nach der letzten verjährungsunterbrechenden Handlung gestellt worden. Die am 23. Mai 2001 durchgeführte Sühnverhandlung und die gleichentags ausgestellte Weisung hätten keine verjährungsunterbrechende Wirkung.

D. Franz Keller hält das obergerichtliche Urteil für falsch. Er möchte von seinem Anwalt wissen, ob es wirklich zutrifft, dass der eingeklagte Anspruch verjährt ist. Zudem möchte er überprüfen lassen, ob die Auffassung des Obergerichtes, wonach bei Annahme einer einjährigen Verjährungsfrist die vom Friedensrichter am 23. Mai 2001 ausgestellte Weisung nicht als verjährungsunterbrechende Verfügung oder Entscheidung qualifiziert werden könne, rechtlich begründet ist. Er ist entschlossen, den obergerichtlichen Entscheid anzufechten.

**Frage 5: Welches kantonale oder eidgenössische Rechtsmittel ist zu ergreifen? Wie beurteilen Sie die Erfolgschancen?**

---

Der Sachverhalt ist nicht abzuschreiben. Er ist am Schluss mit der Prüfungsarbeit wieder abzugeben.

**Hilfsmittel:** ZGB/OR (Ausgabe von Gauch, Verlag Schulthess, mit Anhang), ZPO, GVG, BGG und kantonale VO BGG vom 29. November 2006.

## **SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG**

### **Allgemeine Bemerkungen**

Abgegebene Texte: OR/ZGB (Gauch), ZPO, GVG, SchKG.

Versuchen Sie, möglichst klare Begründungen zu geben, welche die getroffenen Subsumtionen nachvollziehbar aufzeigen.

Dazu braucht es keine langen Wiederholungen des Sachverhaltes und breite Rechtserörterungen, sondern die möglichst klare Darlegung, warum welcher Bestandteil des Sachverhaltes unter eine bestimmte Norm fällt oder nicht.

Versuchen Sie, die wesentlichen Punkte des Falles in den Vordergrund zu stellen. Konzentrieren Sie sich ganz generell auf Fragen, die sich vernünftigerweise stellen.

In formeller Hinsicht verwenden Sie bitte nicht die sog. "Querulantenschaltung", sondern den augenscheinenden 1,5-Zeilenabstand.

Nun viel Glück!

**Der Fall**  
**(Namen frei erfunden)**

Wir befinden uns im Juli 2003 (Gerichtsferien): Sie werden vom Verwaltungsrat der Klägerin (sie heisst ELAG, eine AG mit Sitz in Zürich) im Rahmen einer *Konsultation* um Rat gefragt. Ihnen wird Folgendes geschildert:

Die ELAG sei Spezialistin für elektrische Installationen. Mit schriftlichem Werkvertrag vom 1. November 2001 habe sie von der MIETAG (AG mit Sitz in Winterthur, Zweck: Werbung aller Art) die Aufgabe erhalten, in den von der MIETAG gemieteten Räumen in Winterthur die *Deckenbeleuchtung* zu erstellen. Die Räume hätten sich im ersten und - zum kleineren Teil - im zweiten Stock befunden. Konkreter Inhalt des Werkvertrages sei insbesondere gewesen: Die Legung von Leitungen, die Montage diverser Schalter, das Anbringen von herabgehängten Decken, woran dann Beleuchtungsschienen mit Spots montiert worden seien. In zeitlicher Hinsicht seien die Hauptarbeiten bis Ende Dezember 2001 erbracht worden, kleinere Arbeiten noch bis Ende Januar 2002. Bedauerlicherweise habe sich schon kurz nach Beendigung der Arbeiten gezeigt, dass es mit der Solvenz der MIETAG nicht zum Besten stehe. Man habe es leider versäumt gehabt, auf Vorschussbasis zu arbeiten. Wie auch immer: Die im Januar 2002 gestellte Rechnung mit dem Pauschalwerklohn von CHF 50'000 sei nicht bezahlt worden, und es sei schnell zu befürchten gewesen, dass die MIETAG nichts zahlen werde. Die MIETAG habe schon im Sommer 2002 ihre Aktivitäten eingestellt und die Räumlichkeiten geräumt. Der damalige Geschäftsführer der ELAG - ein Jurist - habe dem VR der ELAG schmackhaft gemacht, gegen die HAUSAG, die Eigentümerin der Mieträume (eine AG mit Sitz in Baar/ZG), vorzugehen. Zuerst habe es ein Verfahren vor der Einzelrichterin gegeben (4. April 2002 bis 31. Oktober 2002) und dann sei am 14. Januar 2003 durch den gehörig bevollmächtigten Geschäftsführer im Kanton Zürich Klage gegen die HAUSAG erhoben worden.

Ihnen wird die seinerzeitige *Klageschrift* vom Januar 2003 vorgelegt. Sie trägt folgende *Klagebegehren*:

- "1. Es sei festzustellen, dass der Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechtes in der Höhe von CHF 50'000 nebst 6% Zins seit 31. Januar 2002 zu Gunsten der Klägerin besteht.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000 nebst 6% Zins seit 31. Januar 2002 zu bezahlen.
3. Das Grundbuchamt Oberwinterthur sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Beklagten in Winterthur [wird genau genannt] ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Pfandsumme von CHF 50'000 nebst 6% Zins seit 31. Januar 2002 zu Gunsten der Klägerin definitiv einzutragen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Kosten für das summarische Verfahren Nr. [wird genannt] von CHF 1'777.35 zu bezahlen.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Prozessentschädigung von mindestens CHF 500 für das summarische Verfahren Nr. [wird genannt] zu bezahlen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anschliessend stellte der Geschäftsführer in der *Klageschrift* noch folgende *prozessuale Anträge*:

- "1. Es sei auf die Klage einzutreten. (Grund: Die Beklagte sagte vor der Einzelrichterin, sie werde sich im Kanton Zürich nicht auf den Prozess einlassen).
2. Es sei der MIETAG der Streit zu verkünden (Grund: Die MIETAG soll die Klägerin unterstützen).
3. Die Beklagte sei gestützt auf § 222 Ziff. 3 ZPO zu verpflichten, den Betrag von CHF 50'000 bei der Gerichtskasse zu hinterlegen (Grund: Die Solvenz der HAUSAG ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Angesichts der sonstigen Belastung der Liegenschaft bietet das Bauhandwerkerpfandrecht alleine keine Gewähr für eine Bezahlung des Klagebetrages nach Gutheissung der Klage).
4. Die Vorbringen der Klägerin vor der Einzelrichterin und die dort eingereichten Beilagen seien als integraler Bestandteil der klägerischen Vorbringen zu betrachten."

Wie Sie der *Klagebegründung* entnehmen können, war diese relativ kurz gehalten. Der Geschäftsführer hatte darin das Motto "Leistung muss sich lohnen" in den Vordergrund gestellt. Man habe sauber offeriert, man habe die geschuldeten Leistungen erbracht, man habe korrekt Rechnung gestellt, es seien nie Beanstandungen gekommen. Als Bauhandwerker dürfe man sich auch an den Hauseigentümer wenden. Dieser bzw. diese habe in casu durch die Arbeiten der Klägerin schliesslich wertvollere Büroräume erhalten.

Nachdem zuvor pro Raum nur zwei oder drei hässliche Neonröhren vorhanden gewesen seien, besitze die HAUSAG jetzt eine moderne Beleuchtung in den betreffenden Räumen.

Aus der ebenfalls relativ kurz gehaltenen *Klageantwort* vom 26. März 2003 entnehmen Sie folgende wesentliche Punkte: Die Beklagte bestreitet die örtliche Zuständigkeit. Sie bestreitet auch den Klageanspruch. Sie habe nie ihre Einwilligung für den Mieterausbau gegeben. Auch habe sich der (schriftliche) Mietvertrag nur auf die Räumlichkeiten im ersten Stock bezogen. Bezüglich der Räume im zweiten Stock habe es die Beklagte nur geduldet, dass diese auf Zusehen hin und ohne Rechtsanspruch als Lager benutzt werden. Weiter gehe die Beklagte davon aus, die klägerischen Arbeiten seien im Dezember 2001 beendet worden, nämlich deshalb, weil es damals ein Eröffnungsfest der MIETAG gegeben habe und man nicht im Dunkeln gefeiert habe. Anlässlich dieses Anlasses habe der einzige VR der Beklagten die neue Beleuchtung zum ersten Mal gesehen und habe zu den Leuten der MIETAG bemerkt, man sei damit nicht einverstanden, speziell auch mit den Veränderungen im zweiten Stock. Die neue Beleuchtung habe für die HAUSAG keine besondere Bedeutung. Sie glaube nicht, dass sie deshalb die Räume teurer vermieten könne. Diese stünden zur Zeit eh leer. In jedem Fall sei die Beklagte nicht bereit, auch nur einen Rappen zu zahlen. Über die prozessualen Anträge solle das Gericht entscheiden; sie würden in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bestritten.

Wie Ihnen der Verwaltungsrat der Klägerin weiter *schildert*, seien die Parteien daraufhin vom Gericht zu einer *Vergleichsverhandlung* auf den Juni 2003 vorgeladen worden. Leider habe der Geschäftsführer der ELAG die Firma schon im April 2003 verlassen, sodass man ohne juristischen Beistand an die Verhandlung gegangen sei. Immerhin habe man vom ehemaligen Geschäftsführer noch die Mitteilung erhalten, dass der Verwaltungsrat der HAUSAG während der Arbeitsausführung mehrmals in den Räumlichkeiten der MIETAG gewesen sei und nie etwas gesagt habe, weder zu den Leuten der Klägerin noch zu den Leuten der MIETAG. Das habe man dem Richter in der Verhandlung berichtet. Dieser habe generell gemeint, das Gericht habe in dieser komplexen Angelegenheit vor Behandlung der prozessualen Fragen einmal mit den Parteien zusammensitzen wollen, um die ganze Angelegenheit vielleicht vergleichsweise zu lösen. Wenn es keinen Vergleich gebe, würde das Gericht über die prozessualen Fragen

Beschluss fassen. Es habe denn auch tatsächlich keinen Vergleich gegeben, obwohl sich die Klägerin nolens volens mit 50% des eingeklagten Betrages zufrieden gegeben hätte. Der Richter habe noch mitgeteilt, dass er vor wenigen Wochen dem Handelsamtsblatt entnommen habe, dass die MIETAG anfangs März 2003 in Konkurs gefallen sei und das Verfahren Ende April 2003 mangels Aktiven eingestellt worden sei. Die Firma sei unterdessen gelöscht worden.

Nach der *gescheiterten Vergleichsverhandlung* habe man sich darauf geeinigt, dass das Gericht den Prozess bis nach den Gerichtsferien ruhen lasse. Der einzige Verwaltungsrat der Beklagten habe noch zu Protokoll gegeben, dass er bei einem Klagerückzug innerhalb dieser Zeit die Hälfte aller entstandenen Gerichtskosten übernehmen und auf eine Parteientschädigung verzichten würde.

Soweit das Ihnen *Erzählte*, die gestellten *Begehren* und die Zusammenfassung der *Parteistandpunkte* gemäss Klageschrift und Klageantwort.

### Aufgabe

Ihre Aufgabe ist es, für den Verwaltungsrat der Klägerin eine **lesbare und kompetente Auslegeordnung** zu machen, enthaltend vor allem konzise Ausführungen darüber,

- was *prozessual* (vermutlich) abgelaufen ist (einschliesslich Stellungnahme zur Zuständigkeit),
- welche *materiellen Ansprüche* gegen die Beklagte unter dem geschilderten Sachverhalt erfolgsversprechend sein könnten,
- worauf bei der *Substanziierung* in der (allfälligen) Replik besonderes Gewicht zu legen wäre,
- ob (nach Replik und Duplik) ein *Beweisverfahren* folgen könnte, wenn ja, mit welchen Beweisthemen (wenn möglich Beweissätze formulieren) und welcher Beweislastverteilung,
- wie die Klägerin *nach* einem allfälligen Obsiegen zu Geld kommen könnte,
- was Sie (auch unter dem Eindruck der Analyse der Ansprüche) von den gestellten *materiellen und prozessualen Begehren* halten, dies allenfalls auch im Hinblick auf eine Eingabe an das Gericht, mit welcher Klarstellungen oder Modifikationen vorgenommen werden könnten.