

Serie 34

14/01

Schriftliche Anwaltsprüfung

Sachverhalt

A.

Fred Zeller („Zeller“) ist ein 30 Jahre alter, im Zürcher Seefeld wohnhafter Angestellter der Bank am Stauffacher AG. Zeller träumte seit langem, ein „vornehmes und repräsentatives“ Fahrzeug sein Eigen nennen zu können. Im Sommer 2007 klapperte er verschiedene Garagen im Raum Zürich ab und suchte ein seinen Wünschen entsprechendes Automobil.

Im August wurde Zeller fündig. Er schloss mit der Emil Fretz AG mit Sitz in Zürich, welche unter anderem die Marke Jaguar vertritt, Mitte August einen Vertrag über einen Jaguar S ab. Danach mietete er das fabrikneue Fahrzeug bis 30. November 2007 für CHF 3'500 und 3'500 Kilometer sowie CHF 1 je zusätzlich gefahrenen Kilometer. Zusätzlich schloss Zeller mit der Emil Fretz AG einen Vertrag ab, wonach er am 30. November 2007 das Fahrzeug für CHF 58'000 käuflich übernehmen sollte.

Der Jaguar S wurde am 30. August 2007 in Verkehr gesetzt und Zeller gleichentags übergeben.

Zeller hatte sich mit der Verpflichtung wohl übernommen. Er fürchtete um seine Arbeitsstelle; die Bank am Stauffacher befand sich in einer Phase der Restrukturierung. Ohne dass die Emil Fretz AG davon wusste, noch gar ihr Einverständnis dazu gegeben hätte, schloss Zeller daher mit der in Küsnacht ansässigen und ihm von früheren Autokäufen bekannten, in Fachkreisen ausserdem als seriös geltenden Noble Cars AG am 2. September 2007 einen Vertrag, wonach er den Jaguar zum Preis von CHF 55'000 gegen einen Audi im Wert von CHF 28'000 eintauschte und CHF 27'000 in bar ausbezahlt erhielt. Der Noble Cars AG gegenüber behauptete er, der Jaguar sei für ihn zu teuer im Unterhalt, weshalb er ihn verkaufen müsse.

Die Emil Fretz AG erfuhr am 4. September 2007, dass die Noble Cars AG den Jaguar für den Preis von CHF 56'500 zum Verkauf anbot. Sie schickte ihren Angestellten Meierhans mit dem (dritten) Ersatzschlüssel nach Küsnacht los und holte das Auto vom Vorplatz der Garage der Noble Cars AG zurück. Aus Platzgründen wurde der Jaguar auf dem Neuwagenareal der Emil Fretz AG in Urdorf (Bezirk Dietikon) abgestellt.

B.

Die Noble Cars AG erstattete umgehend Strafanzeige. Die zuständige Untersuchungsrichterin liess den Jaguar beschlagnahmen und auf dem Areal der Emil Fretz AG sicherstellen.

C.

Über Zeller wurde am 10. ^{8/5/2}~~Jan~~ 2008 der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wurde mit dessen Durchführung betraut. Die Emil Fretz AG meldete fristgerecht ihre Forderung von CHF 61'770 beim Konkursamt an.

D.

Sowohl die Emil Fretz AG als auch die Noble Cars AG sind der Meinung, sie seien Eigentümerinnen des Jaguars und hätten Anspruch auf Schadenersatz.

* * *

Aufgaben:

1. Nach durchgeführtem Sühnverfahren erhob die Emil Fretz AG im Dezember 2007 Klage gegen die Noble Cars AG und Zeller.
Verfassen Sie eine Klageschrift mit einem Rechtsbegehren und einer Begründung an das Ihrer Meinung nach zuständige Gericht.
2. Die Noble Cars AG ist wie die Emil Fretz AG der Ansicht, sie sei rechtmässige Eigentümerin des Automobils. Wie würden Sie für die Noble Cars AG allfällige Rechtsbegehren und/oder Anträge formulieren?
3. Anlässlich einer von der Klägerin und der Noble Cars AG im März 2008 gewünschten Referentenaudienz trafen diese beiden Parteien einen Teilvergleich: Der Jaguar sollte (und wurde in der Folge) für CHF 58'000 verkauft. Der Kaufpreis wurde bei der Gerichtskasse hinterlegt. Wie wirkt sich dies auf Replik/Widerklageantwort und Duplik/Widerklagereplik aus?

4. Das Konkursamt Riesbach-Zürich hatte die von der Emil Fretz AG im Konkurs über Zeller angemeldete Forderung pro memoria kolloziert.

Kurz vor der Durchführung der Referentenaudienz, hatten die Gläubiger im Konkurs Zellers auf die Weiterführung des Prozesses durch die Konkursmasse verzichtet. Führen Sie aus, was dies prozessual zur Folge hat?

5. Schildern Sie als Fazit, wer Ihrer Meinung den Prozess gewinnen müsste.

6. Im Kollokationsplan findet der mit seiner Forderung von CHF 5'500 im 3. Rang kollozierte Gläubiger Hugentobler, der Steuerberater von Zeller, eine ebenfalls im 3. Rang kollozierte Forderung der Stadt Zürich für eine Steuerrechnung in der Höhe von CHF 101'200 aufgrund einer definitiven Steuereinschätzung aus dem Jahre 2006. Hugentobler findet diese Rechnung völlig überhöht und möchte die Kollokation dieser Forderung mit einer Klage verhindern. Steht ihm eine solche Klage offen? Wie verhält es sich, wenn es sich um eine Steuerrechnung aufgrund einer provisorischen Einschätzung handelt?

* * *

Gesetzestexte: ZGB/OR (Schulthess Ausgabe), SchKG (inklusive KOV), Prozessgesetze

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber Ihrer Lösung beizulegen.

Schriftliche Anwaltsprüfung

Die Architekt AG ist ein Architektur- und Planungsbüro mit Sitz in Meilen. Die Architekt AG betreibt unter anderem den An- und Verkauf von Immobilien.

Die GU AG ist ein Generalunternehmen mit Sitz in München. Sie erstellt als Generalunternehmerin Bauten aller Art in Deutschland und der Schweiz.

Mit Grundstückkaufvertrag vom 9. Juni 2008 hat die Architekt AG ein im Bezirk Horgen gelegenes Grundstück an Daniela und Peter Weber (Wohnsitz Thalwil) verkauft. Am gleichen Tag schlossen die Parteien den in Grundzügen als Beilage 1 beigefügten Werkvertrag ab.

Am 16. Juni 2008 einigte sich die Architekt AG mit der GU AG auf den in Beilage 2 wiedergegebenen Werkvertrag über die Erstellung des Standard-Fertig-Einfamilienhauses Typ "Schwan". Die beiden Werkverträge sind mit Ausnahme des Preises identisch. Die GU AG hat ihrerseits mit verschiedenen Handwerkern als Unterakkordanten Werkverträge über bestimmte Handwerksarbeiten abgeschlossen, so unter anderem mit der Gipser GmbH (mit Sitz in Affoltern a.A.), welche sämtliche Gipserarbeiten ausgeführt hat sowie der Maschinen AG (mit Sitz in Zug), welche die Kühlschränke, Geschirrspülmaschinen, Waschmaschinen etc. geliefert hat. Zur Abwicklung des Projektes hatte die GU AG ein Bankkonto bei der Bank AG mit Sitz in Zürich eingerichtet.

Am 30. Juni 2008 wurde gestützt auf eine rechtskräftige von der Architekt AG beigebrachte Baubewilligung mit den Bauarbeiten begonnen. Schon bald nach Baubeginn entstanden Auseinandersetzungen zwischen der Architekt AG und der GU AG; die GU AG machte geltend, die Architekt AG sei mit der Erbringung der "Eigenleistungen" in Verzug; insbesondere würden die Hausanschlüsse für das Abwasser fehlen. Hinzu kommt, dass sich der Kurs EUR/CHF substantiell zu Ungunsten der GU AG entwickelte, welche von der Architekt AG in EUR bezahlt wurde, ihrerseits aber die Handwerker in CHF bezahlen musste. Die GU AG teilte deshalb am 24. Oktober 2008 der Architekt AG mit, sie werde sämtliche Arbeiten einstellen, weil (a) die Architekt AG mit Eigenleistungen in Verzug und (b) das Projekt aufgrund der fallenden EUR-Kurse nicht mehr lohnenswert sei. Zu diesem

Zeitpunkt war das Haus zu rund 80 % fertig gestellt. Die Gipser GmbH hat diese Mitteilung auch erhalten und daher ihre Arbeiten am 24. Oktober 2008 ebenfalls eingestellt. Die Maschinen AG hat just an diesem Tag alle Geräte wie Waschmaschinen, Geschirrspüler, etc. geliefert.

FRAGE 1:

Was hätten Sie der Architekt AG im Oktober 2008 geraten, wie auf die Ankündigung der GU AG, nicht mehr weiterzuarbeiten, zu reagieren gewesen wäre? Bitte begründen Sie Ihre Empfehlung.

Im heutigen Zeitpunkt haben sowohl die GU AG (gegenüber der Architekt AG), die Gipser GmbH als auch die Maschinen AG (je gegenüber der GU AG) noch offene Forderungen.

FRAGE 2:

Können diese Firmen etwas unternehmen, um ihre Ansprüche sicherzustellen? Falls nein, weshalb nicht? Falls ja, erläutern Sie bitte das Verfahren.

Die Schwan AG mit Sitz in Zürich hat die Standard-Fertig-Einfamilienhäuser Typ "Schwan" erfunden, die entsprechenden Pläne gezeichnet und die Erstellungskosten kalkuliert. Die Schwan AG hat den in Beilage 3 wiedergegebenen Franchisevertrag mit der GU AG abgeschlossen und die GU AG damit berechtigt, Häuser des Typs "Schwan" zu bauen. Als einmalige Franchisegebühr hat die GU AG der Schwan AG CHF 20'000.- bezahlt. Die GU AG macht nun geltend, der Werkpreis des Werkvertrags vom 16. Juni 2008 habe sich nach der Kalkulation der Schwan AG gerichtet, es sei ihr mündlich versprochen worden, dass die Kalkulation bereits eine "GU-Marge" enthalte, was, nachdem sie nachkalkuliert habe, aber nicht der Fall sei. Das Aktionariat der Schwan AG und der Architekt AG sei identisch; ebenso seien je dieselben Personen im Verwaltungsrat dieser Gesellschaften.

FRAGE 3:

Helfen diese Argumente der GU AG gegen allfällige Ansprüche der Architekt AG aus dem Werkvertrag?

FRAGE 4:

Kann die GU AG gestützt auf diese Argumente einen Anspruch gegen die Schwan AG ableiten¹?

FRAGE 5:

Kann die Architekt AG allfällige Ansprüche gegen die GU AG sicherstellen? Falls nein, weshalb nicht? Wenn ja, schildern Sie das Verfahren und allfällige Probleme.

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben und muss der Prüfung beigelegt werden.
Gesetze: OR, ZGB, SchKG, IPRG, LugÜ, GestG, ZPO, GVG, BGG

¹ Bitte diese Frage nur materiell beantworten.

BEILAGE 1**Bauwerkvertrag für ein schlüsselfertiges Standard-Fertig-Einfamilienhaus Typ "Schwan"**

zwischen

Architekt AG, Meilen

(Auftragnehmer)

und

Daniela und Peter Weber, Thalwil

(Auftraggeber)

Bauort: Horgen

§ 1 Vertragsgegenstand

1. Der Auftragnehmer übernimmt die schlüsselfertige Erstellung und Bauleitung des vorstehend genannten Bauvorhabens gemäss Bau- und Nutzungsverordnung. Dabei gelten folgende Grundlagen:
 - a) - h) [diverse Bedingungen und Voraussetzungen].
2. Dem Auftragnehmer steht es frei, Leistungen durch Subunternehmer erbringen zu lassen, eine Abtretung von Gewährleistungsrechten aus Subunternehmerverträgen an den Auftraggeber ist zulässig.
3. Geltende Normen: Neben diesem an erstem Rang stehenden Vertrag gilt Folgendes in nachstehender Reihenfolge als Vertragsbestandteil:
 - a) Pläne;
 - b) alle sonstigen in Ziff. 1 genannten Unterlagen;
 - c) sonstige Regelungen dieses Vertrages;
 - d) gesetzliche Regelungen.

§ 2 Vergütung

4. Der Vertrag ist ein Pauschalpreisvertrag mit einem Pauschalpreis inkl. der gesetzlichen MwSt.
5. Der Kaufpreis wird in Raten wie folgt zur Zahlung fällig:
 - 10 % nach Fertigstellung der Bodenplatte;
 - 11 % nach Fertigstellung der Kellerdecke;
 - 19 % nach Fertigstellung der tragenden Wände;
 - 20 % nach Fertigstellung des Dachstuhls, der Dachdeckung und Einbau der Fenster;
 - 16 % nach Fertigstellung der Rohinstallation;
 - 11 % nach Fertigstellung des Aussenputzes;
 - 9.5 % nach Fertigstellung von Estrich und Treppe;
 - 3.5 % nach Abnahme und Einzug.
6. Der Pauschalpreis beträgt CHF 274'000.-.

§ 3 Ausführungszeit und Begriffsbestimmung

7. Der Auftragnehmer beginnt mit der Baumassnahme spätestens 15 Arbeitstage nach Vorlage der auflagefreien Baugenehmigung.
8. Die Bau-/Ausführungszeit beträgt fünf Monate ab Baubeginn.
9. Der Auftraggeber soll aus versicherungstechnischen Gründen vor Übernahme des Hauses dieses nicht ohne einen verantwortlichen Mitarbeiter des Auftragnehmers betreten.

§ 4 Vertragsstrafe

10. In Falle des Verzugs hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe ab dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt von CHF 50.- pro Arbeitstag zu bezahlen.
11. Ein Verzug liegt nur vor, soweit zum Fertigstellungszeitpunkt wesentliche Mängel bestehen, unwesentliche Mängel bleiben ausser Betracht.

§ 5 Gewährleistungsansprüche

- 12.-15. [Umschreibung der Gewährleistung]

§ 6 Leistungsdurchführung

16. Der Auftragnehmer hat gegenüber den im Rahmen der zu erbringenden Leistung von ihm beauftragten Dritten die alleinige und uneingeschränkte Weisungsbefugnis. Insbesondere hat der Auftraggeber Änderungs- und Sonderwünsche ausschliesslich gegenüber dem Auftragnehmer, nicht jedoch Dritten, insbesondere Subunternehmen, zu erklären.

§ 7 Leistungen, die der Auftraggeber in Eigenleistung oder durch Dritte zu erbringen hat

17. Nachstehende Leistungen hat der Auftraggeber in Eigenleistung oder durch Dritte zu erbringen:
- a) Aussenanlagen;
 - b) Erstellung der Hausanschlüsse und Hausanschlusskosten bis einschliesslich Übergabe im Haus;
 - c) Absperrung der Baustelle mit einem Bauzaun, falls dieser von einer Behörde gefordert wird;
 - d)-m) [weitere Eigenleistungen].

§ 8 Bau- und Leistungsbeschreibung

18. [detaillierte Beschreibung des Hauses Typ "Schwan"].

§ 9 Sonstige Vereinbarungen

19. Ergänzungen, Änderungen und die Aufhebung dieser Vereinbarung bedürfen ausdrücklich der Schriftform. Dies gilt auch für das Schriftformerfordernis selbst.
20. Sollte eine Regelung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder werden, so bleibt die Vereinbarung im Übrigen wirksam. Anstelle der unwirksamen Regelung richtet sich der Inhalt dieser Vereinbarung nach den gesetzlichen Vorschriften.
21. Der Auftragnehmer ist berechtigt, Baustellenbesichtigungen zu Werbezwecken durchzuführen. Der Auftragnehmer ist berechtigt, das Haus nach Fertigstellung kostenlos fotografisch zu Werbezwecken zu nutzen.
22. Die Bauleitung/-überwachung auf nicht von diesem Vertrag erfasste Leistungen wird ausdrücklich ausgeschlossen. Eigenleistungen des Auftraggebers dürfen den Bau weder behindern noch unterbrechen.
23. Schweizerisches Recht kommt zur Anwendung, Gerichtsstand ist Meilen.

Meilen, 9. Juni 2008

gez. Architekt AG

gez. Daniela und Peter Weber

BEILAGE 2**Bauwerkvertrag für ein schlüsselfertiges Standard-Fertig-Einfamilienhaus Typ "Schwan"**

zwischen

GU AG, München

(Auftragnehmer)

und

Architekt AG, Meilen

(Auftraggeber)

Bauort: Horgen**§ 1 Vertragsgegenstand**

1. Der Auftragnehmer übernimmt die schlüsselfertige Erstellung und Bauleitung des vorstehend genannten Bauvorhabens gemäss Bau- und Nutzungsverordnung. Dabei gelten folgende Grundlagen:
 - a) - h) [diverse Bedingungen und Voraussetzungen].
2. Dem Auftragnehmer steht es frei, Leistungen durch Subunternehmer erbringen zu lassen, eine Abtretung von Gewährleistungsrechten aus Subunternehmerverträgen an den Auftraggeber ist zulässig.
3. Geltende Normen: Neben diesem an erstem Rang stehenden Vertrag gilt Folgendes in nachstehender Reihenfolge als Vertragsbestandteil:
 - a) Pläne;
 - b) alle sonstigen in Ziff. 1 genannten Unterlagen;
 - c) sonstige Regelungen dieses Vertrages;
 - d) gesetzliche Regelungen.

§ 2 Vergütung

4. Der Vertrag ist ein Pauschalpreisvertrag mit einem Pauschalpreis inkl. der gesetzlichen MwSt.
5. Der Kaufpreis wird in Raten wie folgt zur Zahlung fällig:
 - 10 % nach Fertigstellung der Bodenplatte;
 - 11 % nach Fertigstellung der Kellerdecke;
 - 19 % nach Fertigstellung der tragenden Wände;
 - 20 % nach Fertigstellung des Dachstuhls, der Dachdeckung und Einbau der Fenster;
 - 16 % nach Fertigstellung der Rohinstallation;
 - 11 % nach Fertigstellung des Aussenputzes;
 - 9,5 % nach Fertigstellung von Estrich und Treppe;
 - 3,5 % nach Abnahme und Einzug.
6. Der Pauschalpreis beträgt EUR 170'000.-.

§ 3 Ausführungszeit und Begriffsbestimmung

7. Der Auftragnehmer beginnt mit der Baumaßnahme spätestens 15 Arbeitstage nach Vorlage der auflagefreien Baugenehmigung.
8. Die Bau-/Ausführungszeit beträgt fünf Monate ab Baubeginn.
9. Der Auftraggeber soll aus versicherungstechnischen Gründen vor Übernahme des Hauses dieses nicht ohne einen verantwortlichen Mitarbeiter des Auftragnehmers betreten.

§ 4 Vertragsstrafe

10. In Falle des Verzugs hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe ab dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt von CHF 50.- pro Arbeitstag zu bezahlen.
11. Ein Verzug liegt nur vor, soweit zum Fertigstellungszeitpunkt wesentliche Mängel bestehen, unwesentliche Mängel bleiben ausser Betracht.

§ 5 Gewährleistungsansprüche

- 12.-15. [Umschreibung der Gewährleistung]

§ 6 Leistungsdurchführung

16. Der Auftragnehmer hat gegenüber den im Rahmen der zu erbringenden Leistung von ihm beauftragten Dritten die alleinige und uneingeschränkte Weisungsbefugnis. Insbesondere hat der Auftraggeber Änderungs- und Sonderwünsche ausschliesslich gegenüber dem Auftragnehmer, nicht jedoch Dritten, insbesondere Subunternehmern, zu erklären.

§ 7 Leistungen, die der Auftraggeber in Eigenleistung oder durch Dritte zu erbringen hat

17. Nachstehende Leistungen hat der Auftraggeber in Eigenleistung oder durch Dritte zu erbringen:
- a) Aussenanlagen;
 - b) Erstellung der Hausanschlüsse und Hausanschlusskosten bis einschliesslich Übergabe im Haus;
 - c) Absperrung der Baustelle mit einem Bauzaun, falls dieser von einer Behörde gefordert wird;
 - d) - m) [weitere Eigenleistungen].

§ 8 Bau- und Leistungsbeschreibung

18. [detaillierte Beschreibung des Hauses Typ "Schwan"].

§ 9 Sonstige Vereinbarungen

19. Ergänzungen, Änderungen und die Aufhebung dieser Vereinbarung bedürfen ausdrücklich der Schriftform. Dies gilt auch für das Schriftformerfordernis selbst.
20. Sollte eine Regelung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder werden, so bleibt die Vereinbarung im Übrigen wirksam. Anstelle der unwirksamen Regelung richtet sich der Inhalt dieser Vereinbarung nach den gesetzlichen Vorschriften.
21. Der Auftragnehmer ist berechtigt, Baustellenbesichtigungen zu Werbezwecken durchzuführen. Der Auftragnehmer ist berechtigt, das Haus nach Fertigstellung kostenlos fotografisch zu Werbezwecken zu nutzen.
22. Die Bauleitung/-überwachung auf nicht von diesem Vertrag erfasste Leistungen wird ausdrücklich ausgeschlossen. Eigenleistungen des Auftraggebers dürfen den Bau weder behindern noch unterbrechen.
23. Schweizerisches Recht kommt zur Anwendung, Gerichtsstand ist Meilen.

Meilen, 16. Juni 2008

gez. GU AG

gez. Architekt AG

BEILAGE 3

Franchisevertrag

zwischen

Schwan AG, Zürich (Lizenzgeber)

und

GU AG, München (Lizenzpartner)

Präambel:

- Der Lizenzgeber hat das exklusive Nutzungsrecht am Zeichen "Schwan" und dem in Anlage 1 zu diesem Vertrag entwickelten, kostengünstigen Haus.
- Die Urheberrechte für dieses Haus und dessen Varianten liegen bei der Schwan Lizenzgeber GmbH, Zürich.
- Mit Hilfe dieses kostengünstigen Einfamilienhauses ist es möglich, eine Käuferschicht zu erreichen, die normalerweise ausschliesslich für Mietprojekte in Frage kommt. Das kostengünstige Haus kann deshalb vom Lizenzpartner zum niedrigen, empfohlenen Richtpreis angeboten werden, da jedes Gewerk durch Fachleute und entsprechende Handwerksbetriebe in die verschiedenen Arbeitsschritte unterteilt wurde und so sukzessive für dieses Haus spezielle Ablaufpläne erstellt wurden, die ermöglichen, mit geringem Zeitaufwand die Gewerke in kürzester Zeit auszuführen.

1. Gegenstand und Geltungsbereich des Vertrages

- 1 Der Lizenzgeber räumt dem Lizenzpartner das Recht ein, das in der Präambel beschriebene Haus mit den dazugehörigen Kalkulationsgrundlagen und den Werbeträgern zu nutzen und zu bauen.
- 2 Das Vertragsgebiet liegt in der Schweiz.
- 3 Der Lizenzpartner verpflichtet sich bereits heute, das vorhandene Marktpotential in seinem Gebiet flächendeckend bestmöglich auszuschöpfen.

- 4 Der Lizenzpartner ist bei der Festlegung oder Vereinbarung der Preise für die von ihm durchgeführten Bauvorhaben frei. Er wird sich bei seiner Preis- und Konditionengestaltung im Rahmen der Marktgegebenheiten halten und bietet die Häuser des Schwan-Systems im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der ihm vom Lizenzgeber überlassenen groben Kalkulationsempfehlungen an. Insbesondere wird der Lizenzpartner das Service- und Preisimage nicht durch überhöhte Preisforderungen und nicht gerechtfertigte Nachlässe beeinträchtigen.

2. Rechtsstellung und werbliches Auftreten

[diverse, für die Prüfung nicht relevante Bestimmungen].

3. Leistungen vom Lizenzgeber

[diverse Leistungspflichten des Lizenzgebers hinsichtlich Schulung, Planung, Vergabe, Sicherheit und Werbung].

4. Eintrittsgebühr

- 5 Für den Beitritt in das Lizenzsystem, den im Vorfeld stattgefundenen Systemaufbau sowie für die Kosten der Werbung für den Lizenzpartner zahlt der Lizenzpartner an den Lizenzgeber eine einmalige Eintrittsgebühr in Höhe von CHF 20'000.-.

6.-11. [diverse Bestimmungen, die für die Prüfung nicht relevant sind]

12. Gewährleistung und Haftung des Lizenzgebers und Lizenzpartners

- 6 Der Lizenzgeber ist alleine berechtigt und verpflichtet, die in der Präambel und unter Punkt 1 dieses Vertrages genannten Schutzrechte gegen alle Angriffe auf seine Kosten zu verteidigen. Der Lizenzpartner wird den Lizenzgeber auf dessen Wunsch bei der Verteidigung der Schutzrechte in jeder Weise unterstützen.
- 7 Der Lizenzpartner haftet als selbständiger Unternehmer selbst für die von ihm im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages bzw. Werklieferungsvertrages erbrachten Arbeiten gegenüber dem Kunden. Er ist zur ordnungsgemässen sach- und fachgerechten Ausführung der Arbeiten verpflichtet und hat dabei neben den Systemrichtlinien und dem Systemhandbuch auch sämtliche einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu beachten.

- 8 Der Lizenzgeber haftet nicht für die mangelhafte Auftragsbearbeitung oder -ausführung durch den Lizenzpartner, ebenso wenig für Folgen von Ausführungen, bei welchen die Systemrichtlinien nicht eingehalten werden.
- 9 Soweit gesetzlich zulässig, schliessen die Vertragsparteien darüber hinaus eine weitergehende Haftung des Lizenzgebers aus. Der Lizenzgeber haftet für Schäden oder Fehler nur, wenn und soweit gesetzlich dies zwingend vorgeschrieben ist.

13. Dauer und Beendigung des Vertrages

- 12 Dieser Vertrag beginnt mit Vertragsunterzeichnung und läuft auf die Dauer von sieben Jahren. Sofern keiner der Vertragspartner diese Vereinbarung sechs Monate vor Ablauf schriftlich gegenüber dem jeweils anderen Vertragspartner kündigt, verlängert sich die vertragliche Laufzeit um jeweils fünf Jahre.

14. Sonstige Bestimmungen

- 13 Nebenabreden und Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform.
- 14 Ist oder wird eine Klausel dieses Vertrages oder ein Teil hievon unwirksam, bleibt die Gültigkeit des übrigen Vertragsinhalts hievon unberührt. In diesem Fall verpflichten sich die Parteien, unverzüglich eine Klausel zu vereinbaren, die in gesetzlich zulässiger Weise dem am nächsten kommt, was die Vertragsparteien wirtschaftlich oder rechtlich gewollt haben.
- 15 Erfüllungsort und der für Streitigkeiten aus diesem Vertrag ausschliessliche Gerichtsstand für Kaufleute ist der Sitz des Lizenzgebers. Es gilt ausschliesslich Schweizer Recht.
- 16 Alle in diesem Vertrag genannten Anlagen sind Bestandteil dieses Vertrages.

Zürich, 18. Mai 2007

gez. Schwan AG

gez. GU AG

Schriftliche Anwaltsprüfung

1. Peter Meier ist Aktionär und einziger Verwaltungsrat der Onix AG mit Sitz in Zürich. Die Onix AG ist eine Immobiliengesellschaft. Peter Meier hält 70 % der Aktien. Seine Schwester Beatrice Flückiger 30 %. Das Aktienkapital beträgt CHF 1 Million. Der Onix AG gehören sieben Mehrfamilienhäuser. Die Bilanzsumme beträgt CHF 15 Millionen. Die Onix AG hat Peter Meier vor 10 Jahren ein Darlehen von CHF 3 Millionen gewährt. Der Darlehenszins beträgt pro Jahr 1 % . Das Darlehen ist bis heute nicht zurückbezahlt worden. Die Schwester von Peter Meier hat nun eine Verantwortlichkeitsklage gegen Peter Meier am Bezirksgericht Zürich mit folgendem Rechtsbegehren eingereicht:

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Onix AG Fr. 1'200'000.-- zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen".

In der Klagebegründung führt die Klägerin aus, dass 1 % kein marktüblicher Zins sei, man müsse bei einem Darlehen zumindest von 5 %, eigentlich von mehr, ausgehen. Der Bruder habe daher während 10 Jahren 4 % Zins zu wenig bezahlt, was der Gesellschaft zu ersetzen sei, da der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstanden sei.

Peter Meier möchte eine Beurteilung der Prozesschancen der Schwester und fragt Sie (Kandidat), was Sie für die Beurteilung der Prozesschancen allenfalls noch zusätzlich wissen müssen.

2. Peter Meier möchte als Verwaltungsrat der Immobiliengesellschaft Onix AG Näheres darüber wissen, was die Voraussetzung für Mietzinserhöhungen sind. Peter Meier hat die Bewirtschaftung der Immobilien bisher einer Liegenschaftsverwaltung überlassen. Er möchte dies in Zukunft selber machen und auch die Mietzinserträge optimieren. Er ersucht Sie daher, ihn kurz und präzise über die formellen und materiellen Voraussetzungen von Mietzinserhöhungen zu informieren.
3. Die Onix AG hat auf einem Grundstück in Regensdorf/ Kt. Zürich ein Mehrfamilienhaus mit zehn Wohnungen erstellt. Die Onix AG hat mit dem Baumeister Bau AG einen Werkvertrag für die Baumeisterarbeiten im Pauschalbetrag von CHF 1.2 Mio.

abgeschlossen. Im Werkvertrag mit der Bau AG ist die Bestimmung enthalten, dass ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Bauherrn, die Baumeisterarbeiten nicht an einen Subunternehmer zur Ausführung übertragen werden dürfen. Die Bau AG hat dennoch den gesamten Auftrag, ohne die Zustimmung des Bauherrn einzuholen, an die Fabi GmbH zur Ausführung übertragen. Die Onix AG und der Architekt der Onix AG haben nicht gewusst, dass die Baumeisterarbeiten von einer anderen Firma, als vertraglich abgemacht, ausgeführt werden.

Noch während der Bauzeit hat die Onix AG das Grundstück in Stockwerkeigentum umgewandelt und hat von den zehn Stockwerkeinheiten auch bereits vier verkauft und zu Eigentum übertragen. Wie üblich haben die vier Käufer den Kauf unter anderem durch Errichtung von Hypotheken auf ihren Stockwerkeinheiten finanziert. Kurz vor Vollendung des Bauwerkes teilte die Bau AG der Bauherrschaft (Onix AG) mit, es sei über sie der Konkurs eröffnet worden.

Heute hat die Onix AG und die vier Käufer vom Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf ohne vorgängige Verhandlung eine Verfügung erhalten, wonach das Grundbuchamt Höngg-Zürich angewiesen wird, das von der Garum AG verlangte Pfandrecht für eine Forderung im Betrag von CHF 470'000.-- sei im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig im Grundbuch einzutragen. Der Onix AG wurde eine Frist von sieben Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt, um schriftliche Einwendungen zu erheben, ansonsten gelte die vorsorgliche Verfügung als bestätigt. Für den Fall, dass Einwendungen erhoben würden, würde zur Verhandlung über das klägerische Rechtsbegehren um provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes vorgeladen. In der Kurzbegründung der Verfügung wird lediglich ausgeführt, dass eine Zession der Werklohnforderung der Fabi GmbH an die Garum AG vorliege, und es sei entsprechend dem Antrag der Garum AG das Pfandrecht vorsorglich auf dem gemeinschaftlichen Grundstück (Stammgrundstück), an denen die Beklagten mit ihren Grundstücken (Stockwerkeinheiten) beteiligt seien, vorläufig einzutragen.

Peter Meier fragt sie, ob sich die Onix AG und die vier Käufer mit Erfolgsaussichten gegen die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes wehren sollen und wenn ja,

mit welcher Begründung. Er fragt sie auch, ob Sie (Kandidat) für eine zuverlässige Beurteilung der Rechtslage noch zusätzliche Informationen benötigen.

4. Schliesslich fragt Sie (Kandidat) Peter Meier noch Folgendes: Die Onix AG hat am 22. Dezember 2008 einen Zahlungsbefehl im Betrag von Fr. 8'000.-- erhalten. Peter Meier hat am 6. Januar 2009 für die Onix AG Rechtsvorschlag erhoben. Dies in der Meinung, dass vom 20. Dezember - 8. Januar Gerichtsferien seien. Nun ist sich Peter Meier aber doch nicht mehr so sicher, ob er die Frist für den Rechtsvorschlag eingehalten hat. Peter Meier ersucht sie um die Prüfung der Frage, ob die Frist für den Rechtsvorschlag eingehalten wurde.

Dezember 2008							
	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
49	1	2	3	4	5	6	7
50	8	9	10	11	12	13	14
51	15	16	17	18	19	20	21
52	22	23	24	25	26	27	28
	29	30	31				

Januar 2009							
	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
1				1	2	3	4
2	5	6	7	8	9	10	11
3	12	13	14	15	16	17	18
4	19	20	21	22	23	24	25
5	26	27	28	29	30	31	

Bemerkungen:

- Die Aufgaben 4 wird bei der Beurteilung weniger stark gewichtet als die Aufgaben 1, 2 und 3, die gleich gewichtet werden.
- Bei Aufgabe 3 ist die Zuständigkeit des Grundbuchamtes Zürich-Höngg nicht zu prüfen. Dieses Grundbuchamt ist für Liegenschaften in Regensdorf zuständig.

- Bei Aufgabe 4 soll der abgedruckte Kalender die Lösungsfindung erleichtern.
- Beiliegende Gesetze: OR, Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG), ZGB, Grundbuchverordnung, SchKG, ZPO, GVG

SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG VOM**Allgemeine Bemerkungen**

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

Versuchen Sie, möglichst klare Ausführungen zu machen.

Alle Namen sind frei erfunden.

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

FALL 1 (etwa 40%)

Sie bekommen als Anwalt/Anwältin vom Korrespondenzanwalt aus dem asiatischen Staat X namens eines Klienten einen Auftrag unter Schilderung folgender Umstände: Der Klient ist einer von vier Nachkommen des im Jahre 2007 in X verstorbenen Erblassers. Der Klient vermutet, dass der Erblasser Vermögenswerte in Millionenhöhe bei der Schweizer Bank ... (Aktiengesellschaft) mit Sitz in Zürich (fortan Bank) liegen hatte. Erbenstellung und Erbenspruch des Klienten werden von der Bank bestritten. Mit seinen Geschwistern liegt der in X lebende Klient im Streit. Der Klient bat die Bank schriftlich um Auskunft betreffend der bei ihr liegenden Vermögenswerte (Konto oder Konti, Depot oder Depots usw., er nannte auch gewisse Nummern) des Verstorbenen, und zwar für einen Zeitraum von zehn Jahren vor dem Ableben. Die Bank verweigerte jegliche Auskunft. Sie machte vor dem Hintergrund auch des Bankgeheimnisses geltend, der Klient habe seine Erbenstellung nicht nachgewiesen und wenn er Erbe wäre, könnten die entsprechenden Rechte durch die Erben nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Sodann sei sie auch nicht bereit, eine Gerichtsstandsvereinbarung abzuschliessen. Sie werde vielmehr, falls der Klient sie in der Schweiz einklage, auch die Zuständigkeit bestreiten.

Der Korrespondenzanwalt hat nun folgende Fragen:

- a) Wie steht es mit der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit für eine Auskunftsklage in der Schweiz?
- b) Ist es möglich, dass die Geschwister des Klienten nach der Klageerhebung in das Verfahren einbezogen werden könnten? Wenn ja, wie?
- c) Gesetzt den Fall, es wird eine Unzuständigkeitseinrede erhoben: Wie geht dann das Verfahren weiter (inklusive Skizzierung des Rechtsmittelweges, unter Weglassung des Kassationsgerichtes)?

FALL 2 (etwa 30%)

Am 8. September 2008 eröffnete der zuständige Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren der Alphag (Aktiengesellschaft) über die Betag (Aktiengesellschaft) ohne vorgängige Betreuung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG den Konkurs. Von den Tatbeständen der genannten Bestimmung erwähnte der Einzelrichter „betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubigerin“. Die Betag erhob fristgerecht Rekurs. Das Obergericht gewährte aufschiebende Wirkung. Im Rekursverfahren ging die Betag nicht näher auf den Betrugsvorwurf ein. Hingegen versuchte sie, ihre Zahlungsfähigkeit darzulegen. Sodann hinterlegte sie den seitens der Alphag geltend gemachten Forderungsbetrag bei der Obergerichtskasse, allerdings unter dem Vorbehalt, er dürfe nur nach einem für die Betag nachteiligen Ausgang des zwischen den Parteien vor Handelsgericht hängigen Prozesses, der sich um den Bestand besagter Forderung drehe, an die Alphag ausgezahlt werden. Einem rechtskräftigen Urteil des Handelsgerichtes sei ein Vergleich der Parteien gleichzustellen. Weil die Hinterlegung nicht vorbehaltlos erfolgt war, wies das Obergericht den Rekurs mit Beschluss vom 26. Januar 2009 ab und setzte das Datum der Konkursöffnung auf den gleichen Tag fest. Auf die behauptete Zahlungsfähigkeit ging das Obergericht nicht ein. Der einzige Verwaltungsrat der Betag kommt zu Ihnen. Er erteilt Ihnen den Auftrag, ein Rechtsmittel beim Bundesgericht einzureichen, unter Stellung der notwendigen Anträge. Ergänzend überreicht Ihnen besagter Verwaltungsrat namens seiner Mandantin ein Bündel von (neuen) Akten, aus welchen mit Leichtigkeit geschlossen werden könne, dass an den Betrugsvorwürfen nichts dran sei.

Ihre Aufgabe: Verfassen Sie (ohne Rubrum, Datum, Floskeln und Unterschrift) eine Rechtsmittelschrift an das Bundesgericht oder verfassen Sie zuhanden der Klientin ein schriftliches Memorandum, weshalb Sie wegen Aussichtslosigkeit davon abraten (wobei sie in diesem Fall die sonstigen, bei Ergreifung eines Rechtsmittels wesentlichen Punkte zu erwähnen haben). Im ersten Falle können Sie in einem kurzen Begleitkommentar zuhanden der Klientin erläuternde Anmerkungen bezüglich des gewählten Vorgehens machen.

FÄLLE 3 (zusammen etwa 30%)

Verlaufs einer Woche kommen einige Klienten zu Ihnen und stellen Fragen, bezüglich welcher die jeweiligen Mandanten präzise und kurze mündliche (für den heutigen Zwecke schriftlich niederzulegende) Antworten haben wollen (in etwa nicht mehr als eine halbe Seite pro Frage):

3.1 Klient A: Er vertreibe Büromaterial in der Schweiz. Der Exklusivvertreter für den Kanton Zürich habe vertragswidrig das Jahr 2008 noch nicht abgerechnet, dies trotz Mahnung. Ein Kollege habe ihm gesagt, er solle doch eine Stufenklage machen. Der Klient möchte wissen, was das sei und wie er zu einem Urteil komme, in dem stehe, wie viel ihm der Vertreter zahlen müsse.

3.2 Klient B: Er sei am Handelsgericht Zürich in einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung gewesen. Die Richterin habe ihm an den Kopf geworfen, in seiner Schadenersatzklage sei noch vieles nicht substantiiert, da müsse in der Replik noch einiges kommen. Der Klient möchte wissen, was das mit dem Substanziieren generell auf sich habe.

3.3 Klient C: Er führe einen Prozess vor Handelsgericht. Der Gegner habe die Duplik eingereicht, welches Dokument ihm - C - das Gericht zugestellt habe. Mit der Zustellung habe der Instruktionsrichter (Referent) verfügt, das Hauptverfahren sei geschlossen. Er würde aber gerne noch zu einigen Punkten Stellung nehmen. Der Klient möchte wissen, ob das möglich sei.

3.4 Klient D: Er ist Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär einer Handelsfirma X. Wie der Klient schildert, sei er persönlich mit einer anderen Firma Y in Kontakt gestanden, wobei es zum Streit gekommen sei. Die Firma Y habe ihn über rund CHF 40'000 betrieben und nach erhobenem Rechtsvorschlag vor den Friedensrichter gezerzt. Klage sei aber innert

Frist (Fristablauf Dezember 2007) keine gegen ihn erhoben worden. Auf Rat seines Treuhänders habe er daraufhin Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld vor Handelsgericht Zürich erhoben. Als der Gegenseite die Duplikfrist gelaufen sei, habe sie ihn erneut vor den Friedensrichter gezerrt und daraufhin Forderungsklage über CHF 40'000 beim Bezirksgericht an seinem Wohnsitz eingereicht. Er möchte nun wissen, was wohl das Handelsgericht machen werde.

3.5 Klient E: Er schildert sich als ausserordentlichen Pechvogel. Schwierige Jugend, schlechte Ausbildung, schwere Unfälle. Nun sei er - 25jährig - arbeitslos und lebe von der Sozialhilfe. Er habe allerdings eine Grossmutter, die wohne - verwitwet - in einem eigenen Haus. Die habe sicher genug Geld, wolle ihm aber partout nichts geben. Er fragt Sie, ob die Grossmutter ihn nicht unterstützen müsse und ob er sie einklagen könne.

3.6 Klient F: Er war beim Friedensrichter in der Stadt Zürich. Dieser habe ihn nach der Sühnverhandlung gefragt, ob die Weisung zuhanden des Handelsgerichtes oder des Bezirksgerichtes Zürich auszustellen sei. Offenbar könne er – F – wählen. Er bittet Sie, ihm kurz die Vor- und Nachteile des Prozessierens vor Bezirks- und Handelsgericht zu schildern.

SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG VOM**Allgemeine Bemerkungen**

Abgegebene Texte: OR/ZGB und weitere Erlasse (Gauch), ZPO, GVG, SchKG,

Versuchen Sie, möglichst klare Ausführungen zu machen.

Alle Namen sind frei erfunden.

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

FALL 1 (etwa 50 - 60%)

Die in Zürich domizilierte Architekten AG (kurz: AAG) fiel Ende 2007 in Konkurs. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten Rechtsanwalt R. und Architekt Peter Müller als Verwaltungsräte agiert. Im Konkursverfahren wurden 20 Personen mit Forderungen von rund Fr. 1,8 Millionen CHF zugelassen, darunter der Gläubiger G. Während des Konkursverfahrens stellte sich heraus, dass der einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer der AAG, Hugo Habicht, im Zeitraum September 2006 bis November 2007 monatliche Zahlungen an die Gutachten AG von durchschnittlich CHF 20'000 (gesamthaft CHF 300'000) veranlasst hatte. Leistungen hatte die Gutachten AG allerdings keine erbracht. Vielmehr diente sie dem Hugo Habicht als Kasse. Die Gutachten AG fiel unterdessen auch in Konkurs. Das Verfahren wurde mangels Aktiven eingestellt. Habicht wurde strafrechtlich verurteilt. Er ist mittellos. Die Konkursverwaltung nahm wegen möglicher Verantwortlichkeitsansprüche im Zusammenhang mit den Verfehlungen Habichts Kontakt mit Anwalt R. und Peter Müller auf. Mit Anwalt R. schloss sie folgende Vereinbarung:

„1. Zur Erledigung allfälliger Ansprüche aus Verantwortlichkeit bezahlt R. ohne Anerkennung einer Rechtspflicht CHF 50'000.

2. In einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess gegen andere Organe der AAG sind die klagenden Gläubiger verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen RA R. bereits rechtsgültig erledigt sind.“

Der Betrag floss nach den Regeln des SchKG an die Gläubiger. Der Gläubiger G. kam trotzdem mit CHF 150'000 zu Verlust. Die Konkursverwaltung trat allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegen Peter Müller an sämtliche Konkursgläubiger ab. Innert Frist klagte (als einziger Gläubiger) G. gegen Peter Müller (prozessual präziser: man war schon beim Friedensrichter, vor Ablauf der Dreimonatsfrist sollen noch Vergleichsgespräche geführt werden). Unter dem Titel der „aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“ fordert G. von Peter Müller die Bezahlung von CHF 150'000. Peter Müller kommt behufs Einholung anwaltlichen Rates zu Ihnen. Er will eine Auslegeordnung, welche aufgrund des präsentierten Sachverhaltes Chancen und Risiken eines Prozesses aufzeigt. Die Friedensrichterin habe in Anwendung einer (nach ihren Worten) „Praktikerregel“ einen Vergleich in Höhe von CHF 75'000 vorgeschlagen, was ihm doch sehr hoch erschienen sei. Er habe das Gefühl gehabt, G. wäre einer solchen Lösung nicht völlig abgeneigt, zumal - wie G. von sich

gab - dessen Anwalt auch nicht gratis arbeite. Zum Sachverhalt könne er noch ergänzen, dass sich sein vorher gutes Verhältnis zu Rechtsanwalt R. nach der Konkureröffnung abgekühlt habe. Man habe seither nicht mehr miteinander gesprochen. Was Habicht anbelange, sei diesem leider zu sehr vertraut worden. Ab und zu sei die Einholung von Gutachten nötig gewesen, nie aber in diesem Ausmass. Wegen Überlastung (er arbeitete als [einziger] Architekt für die AAG) habe er in der fraglichen Zeit die monatlichen Kontoauszüge auf der Geschäftsstelle der AAG nicht eingesehen, in welchen die Überweisungen an die ihm nicht bekannte Gutachten AG aufgeschienen seien. Offenbar habe auch die Revisionsstelle nichts gemerkt. Jedenfalls habe sie den Abschluss per Ende 2006 im März 2007 ohne Vorbehalt zur Abnahme empfohlen.

Aufgabe 1: Erstellen Sie die Auslegeordnung. Arbeiten Sie grundsätzlich mit dem geschilderten Sachverhalt. Wo Frage- oder Recherchierbedarf besteht, können Sie dies selbstverständlich anmerken und Varianten aufzeigen. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es sich um einen reinen Binnensachverhalt handelt.

FALL 2 (etwa 20 - 30%)

Der Rechtsdienst der Kleinbank AG mit Sitz in Winterthur gelangt an Sie. Er berichtet, man habe seit 2008 eine Geschäftsbeziehung mit dem damals gegründeten und eingetragenen Verein „Freunde des Ostens“, der (auch mit Sitz in Winterthur) den kulturellen Austausch zwischen Okzident und Orient bezweckt und im kulturellen Bereich karitative Aufgaben erfüllen soll. Der Zahlungsverkehr wurde über die Kleinbank AG abgewickelt. Der Verein hatte eine übliche Bankbeziehung aufgenommen. Die Bank führte für ihn ein Kontokorrentkonto. Der Kunde habe die üblichen Formulare unterschrieben, darunter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ihm überreicht worden seien und deren Kenntnis unterschriftlich bestätigt worden sei. In den AGB sei als Gerichtsstand „Winterthur“ vereinbart worden. Sodann sei eine Beanstandungsfrist von 10 Tagen stipuliert worden, bei deren Verstreichen gemäss AGB die Kontoauszüge als genehmigt gelten sollten. Gerüch-teweise habe es im Vereinsvorstand einen Machtkampf gegeben, es werde auch von Geld-schwierigkeiten gemunkelt. Leider weise das Konto seit ein paar Monaten einen Sollsaldo

von über CHF 40'000 zu Lasten des Vereins auf. Die Bank habe den Verein vereinbarungsgemäss mit eingeschriebenem Brief aufgefordert, den (durch den Kontoauszug ausgewiesenen) Saldo innert 40 Tagen auszugleichen. Die Frist sei ungenutzt verstrichen. Mündliche Kontaktversuche seien unbefriedigend verlaufen. Die Geschäftsleitung der Bank wolle nun den Rechtsweg beschreiten, mit dem Ziel, so schnell wie möglich den ausstehenden Betrag einzutreiben.

Aufgabe 2: Schreiben Sie für den Rechtsdienst der Bank ein Memo, welches die möglichen Vorgehensweisen aufzeigt und geben Sie einen Rat, welchen Weg Sie bevorzugen würden.

FÄLLE 3

Ein ausserkantonaler Anwalt hat es sich zur Gewohnheit gemacht, vor Einleitung einer Klage bei einem zürcherischen Gericht Ihnen das von ihm vorgesehene Klagebegehren ohne Schilderung des Falles zukommen zu lassen. Er will jeweils eine kurze Analyse von nicht mehr als einer halben A4 – Seite haben (und bezahlen), und zwar des Inhalts, ob er mit den Begehren (bzw. deren Formulierung) bei den kritischen Zürcher Gerichten mit Problemen rechnen müsse. Eine Auswahl der vorgelegten Begehren findet sich unten.

Aufgabe 3 (etwa 20%): Analysieren Sie im angegebenen Höchstumfang die Rechtsbegehren.

1) "Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 70'000 (entsprechend CHF 84'000) zu bezahlen und es sei in der Betreuung Nr... (Zahlungsbefehl vom ...) der Rechtsvorschlag zu beseitigen."

[Anmerkung für Kandidaten: Es geht um die Rückzahlung eines Darlehens von USD 70'000]

2) "Es sei dem Beklagten zu verbieten, den Kläger einen notorischen Mieterschreck zu nennen sowie Äusserungen zu tätigen, die ihn sonstwie als unredlichen Vermieter erscheinen lassen."

3) "Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin die geschuldeten 3,5 Tonnen Batterien gemäss Vertrag vom 1. August 2007 am 2. April 2008 in Gerlafingen abgeliefert hat und dass die 'sofortige Anzeige' offener Mängel (Art. 201 Abs. 1 OR) spätestens bis 9. April 2008 hätte erfolgen müssen."

4) "Es sei die Beklagte zunächst zu verpflichten, eine Abrechnung über die klägerischen Provisionsansprüche im Zeitraum 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008 zu erstellen und es sei die Beklagte danach zu verpflichten, gestützt auf die korrekte Abrechnung dem Kläger die Provisionen für den erwähnten Zeitraum auszuzahlen, mindestens CHF 100'000."

Schriftliche Anwaltsprüfung

Fall 1

Als Tante Elsa am 22. September 2000 verstarb, erbten ihre zwei Neffen Felix (Sala Capriasca/TI) und Eduard (Meilen/ZH) eine Zeichnung, die sie aus der Schule von Poussin stammend glaubten. Ohne die Erbschaft zu teilen, verkauften Sie die Zeichnung am 6. Januar 2001 dem Kunsthändler Raphael (Zürich), Inhaber der Galerie Raphael AG, für CHF 15'000.--.

Am 4. Februar 2009 fiel Felix bei der Durchsicht eines Auktionskatalogs der Galerie Raphael AG auf, dass "ihre" Zeichnung als eine solche von Poussin selber zum Verkauf angeboten sei, mit einer Reservepreis von CHF 500' 000.

Felix kommt zu Ihnen und erkundigt sich, "ob er sich am Mehrwert beteiligen könne".

Frage 1: *Wie beraten Sie Felix?*

Frage 2: *Falls Sie prozessuale Schritte für erfolgsversprechend halten, geben Sie an, wer gegen wen mit welchem Rechtsbegehren wo klagen soll und in welchem Verfahren.*

Fall 2

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 23. September 1988 verkauften Albert (Horgen) und seine Schwester Bertha (Ascona) eine 8-Zimmer-Wohnung in Meilen (Kat.Nr. 01.254) für CHF 1.2 Mio. an Carlo (Thalwil) wohnt. Der Kaufvertrag enthält als Verfügung von Todes wegen zugunsten der Verkäufer ein Vor- und Rückkaufsrecht, das im Grundbuch vorgemerkt ist.

In der Folge übertrug Carlo mit öffentlich beurkundetem Schenkungsvertrag vom 22. Juni 1999 die Wohnung schenkungsweise an seine stark demenzkranke Schwester Daniela (Affoltern am Albis). Der Eigentumsübergang wurde am 4. Juli 1999 im Grundbuch Meilen vollzogen.

Carlo verstarb am 7. Februar 2009. Zwei Tage später teilten Albert und Bertha der Daniela schriftlich mit, sie würden "hiermit" das Rückkaufsrecht ausüben. Daniela teilte diesen ihrerseits schriftlich mit, dass das Rückkaufsrecht nicht ausgeübt werden könne, da bei seiner Begründung die nötige erbrechtliche Form nicht eingehalten worden sei. Albert und Bertha sind damit nicht einverstanden, zögern aber, einen Prozess einzuleiten, da sie aus früheren Prozessen vor Zürcher Gerichten Kosten schulden. Am 25. Februar 2009 reicht Daniela gegen Albert und Bertha beim Bezirksgericht Meilen folgendes Begehren ein:

"Es sei festzustellen, dass die Klägerin nicht verpflichtet sei, den Beklagten das Eigentum an der Liegenschaft Kat.Nr. 01.254 in Meilen zu verschaffen."

Angenommen, Sie werden von Albert und Bertha mit der Prozessführung be-
traut.

Frage 1: *Welche Anträge stellen Sie und warum?*

Frage 2: *Was ist Streitgegenstand des von Daniela angehobenen Prozesses?*

Fall 3

Guillaume (ein in Zürich wohnhafter Franzose) hat Boris (einen in St. Moritz wohnhafter Russe) vor dem Bezirksgericht Zürich zwei Tage vor Ablauf der Verjährungsfrist auf Verurteilung von mehreren Millionen USD aus Darlehen verklagt.

In der Klageantwort erhebt Boris die Einrede der Schiedsabrede, ernennt in einem Schreiben an Guillaume Dr. Schüch als Einzelschiedsrichter und stellt dem Schiedsrichter das Begehren, es sei festzustellen, dass er, Boris, dem Guillaume nichts schulde. Guillaume kommt zu Ihnen und gesteht ein, dass die Parteien in der Tat mündlich übereingekommen waren, im Streitfall ein Einzelschiedsrichter entscheiden zu lassen. Er fragt sich, wie nun am besten vorzugehen sei.

Wie beraten Sie Guillaume?

Gesetze: Gesetzesausgabe GAUCH (ZGB und OR mit Nebengesetzen), ZPO ZH, GVG ZH.

Schriftliche Anwaltsprüfung

Sachverhalt A

Die Eheleute Grau wollen sich scheiden lassen. Frau Grau kommt zu Ihnen als Anwalt/Anwältin. Das gemeinsame Scheidungsbegehren wurde bereits vor drei Monaten beim Bezirksgericht eingereicht, die Hauptverhandlung fand aber noch nicht statt. Die Parteien sind daran, eine Scheidungskonvention auszuarbeiten. Schreiben Sie ein Exposé über das Güterrecht entsprechend den nachfolgend gestellten Fragen. Dabei ist von den nachfolgenden Fakten auszugehen.

Allgemeine Angaben zur Ehe

Die Eheleute Grau sind heute beide 55 Jahre alt und seit 25 Jahre verheiratet. Der einzige Sohn der Eheleute ist 24 Jahre alt. Kurz nach der Heirat erwarben sie das eheliche Haus in Bonstetten ZH. Der Ehemann arbeitet seit jeher zu 100% bei einer Bank, wo er Karriere machte. In den letzten Jahren verdiente er pro Jahr (inkl. Bonus) brutto zwischen CHF 250'000 und CHF 350'000. Die Ehefrau schloss ihr Studium als lic. iur. ab und arbeitete anschliessend rund drei Jahre als juristische Sekretärin an einem Bezirksgericht. Nach der Geburt des Sohnes war sie vorübergehend nicht mehr berufstätig, doch nahm sie bald einmal eine Teilzeitstelle bei einem juristischen Verlag an. Sie arbeitet immer noch dort, seit fünf Jahren mit einem Arbeitspensum von 80% (4 Tage pro Woche). Dabei erzielt sie ein Jahreseinkommen von rund brutto CHF 85'000 pro Jahr. Der Ehemann ist vor zwei Jahren aus dem ehelichen Haus ausgezogen und hat nun eine teure Wohnung gemietet, wo er zusammen mit seiner neuen Freundin wohnt. Der Ehemann zahlt der Ehefrau seit der Trennung keine Unterhaltsbeiträge, doch übernimmt er sämtliche Kosten für das eheliche Haus in Bonstetten (Hypothekarzins, Kosten für Heizöl, Gebühren etc.) und zahlt auch sämtliche Einkommens- und Vermögenssteuern der Ehefrau.

Angaben zur ehelichen Liegenschaft in Bonstetten ZH (Bezirk Affoltern)

- Die Eheleute sind Miteigentümer je zur Hälfte dieser Liegenschaft.
- Die Liegenschaft wurde vor genau 22 Jahren im Rohbau für CHF 200'000 gekauft. Die gesamten Anlagekosten (inkl. Land/Rohbau) beliefen sich auf rund CHF 555'000.
- Die Ehefrau leistete beim Kauf aus einer Erbschaft eine Zahlung von CHF 110'000; im Übrigen wurde die Liegenschaft mittels Hypotheken finanziert (lastend auf der Gesamtliegenschaft).

- Die Hypothekarschuld belief sich ursprünglich auf CHF 445'000. Infolge Amortisationszahlungen aus dem Einkommen des Ehemannes reduzierte sie sich aber auf CHF 400'000. Wann jeweils welcher Betrag amortisiert wurde, können die Parteien nicht mehr abklären. Die Hypothek wurde jedoch für den Kauf der Eigentumswohnung in Vals (dazu nachfolgend) auf CHF 500'000 aufgestockt. Der Ehemann bezahlte die Hypothekarzinsen und die Unterhaltskosten stets aus dem laufenden Einkommen. Laut aktuellem Grundbuchauszug besteht auf der Liegenschaft ein Namensschuldbrief über nominell CHF 560'000 an erster Pfandstelle.
- Der Verkehrswert der Liegenschaft beträgt heute CHF 830'000.
- Die latenten Grundstückgewinnsteuern betragen rund CHF 40'000.
- Die Ehefrau will die Liegenschaft zu Alleineigentum übernehmen. Der Ehemann ist damit einverstanden.

Frage 1: Wie gestaltet sich die güterrechtliche Auseinandersetzung bezüglich dieses Hauses?

Ferienwohnung in Vals GR (Stockwerkeigentum)

Die Eheleute kauften diese Ferienwohnung vor fünf Jahren zum Preis von CHF 220'000 als Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag besteht allerdings nicht. Der heutige Verkehrswert beträgt noch CHF 180'000. Die Parteien sind sich einig, dass die Liegenschaft ins Alleineigentum des Ehemannes zu überführen ist. Der Kaufpreis wurde vor allem mittels Bankdarlehen finanziert: Auf die Liegenschaft wurde ein Inhaberschuldbrief von CHF 100'000 aufgenommen. Weitere CHF 100'000 wurden durch Erhöhung der Hypothek auf der ehelichen Liegenschaft in Bonstetten von CHF 400'000 auf CHF 500'000 finanziert. Die Hypothekarzinsen und die Unterhaltskosten wurden aus dem Einkommen des Ehemannes bezahlt. CHF 20'000 des Kaufpreises hat die Ehefrau aus einer erhaltenen Erbschaft finanziert. Die Ehefrau will sich am Verlust der Liegenschaft nicht beteiligen.

Frage 2: Wie gestaltet sich die güterrechtliche Auseinandersetzung bezüglich dieser Ferienwohnung?

Bankguthaben und Wertschriften

Beide Ehegatten haben je ein Bankkonto bei der Bank A in Zürich und beide haben auch eigene Aktien. Der Lohn und allfällige Vermögenserträge gehen auf die jeweiligen Bankkonti der Ehegatten. Auch die Ausgaben der Ehegatten laufen über diese Bankkonti. Es ist von den folgenden Vermögenswerten (in CHF) auszugehen:

	Kontostand Bankkonto		Verkehrswert der Aktien	
	bei Klageeinleitung	heute	bei Klageeinleitung	heute
Ehefrau	200'000	220'000	80'000	60'000
Ehemann	100'000	80'000	150'000	100'000

Die Aktien hat die Ehefrau geerbt, das Bankguthaben hat sie vor allem aus ihrem Erwerbseinkommen finanziert, jedoch stammen CHF 20'000 davon aus einer Erbschaft. Der Ehemann hat schon CHF 50'000 Ersparnisse in die Ehe eingebracht, den Rest dürfte er aus seinem Lohn gespart haben. Aus seinem Bankguthaben hat er dann im Verlaufe der Ehe die Aktien gekauft. Seit der Klageeinleitung haben die Ehegatten weder Aktien gekauft noch verkauft.

Frage 3: Wie gestaltet sich die güterrechtliche Auseinandersetzung bezüglich dieser Bankkonti und Wertschriften?

Steuern und Bankschulden

Für die vorstehend erwähnten Hypothekarschulden haften beide Ehegatten gegenüber den Banken solidarisch. Der Ehemann hat die Steuern für das vergangene Jahr noch nicht vollständig bezahlt. Er rechnet mit Steuernachzahlungen von rund CHF 20'000. Die Bundessteuer für das Jahr 2008 im Betrag von CHF 30'000 hat er ordnungsgemäss im März 2009 bezahlt.

Frage 4: Wie sind diese Hypothekarschulden und Steuerschulden/-zahlungen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu behandeln?

Bankguthaben in Liechtenstein

Weitere CHF 120'000 liegen auf einem Bankkonto lautend auf den Namen der Ehefrau auf einer Bank in Liechtenstein. Es handelt sich um eine Bonuszahlung, welche der Ehemann von seinem Arbeitgeber vor ein paar Jahren erhalten hatte. Diese CHF 120'000 übergab der Ehemann der Ehefrau für den Fall, dass ihm etwas zustossen sollte, was er ihr auch sagte (der Ehemann ist begeisterter Segelflieger). Die Ehefrau ist der Meinung, dass der Ehemann ihr dieses Geld damit geschenkt hat. Der Ehemann verlangt dagegen dieses Geld von der Ehefrau im Rahmen der Scheidung zurück.

Frage 5: Wie sind diese CHF 120'000 güterrechtlich zu behandeln?

Darlehen an Freund

Die Ehefrau gewährte ausserdem vor zwei Jahren ohne Wissen des Ehemannes einem nahen Freund X, von dem sie wusste, dass er grosse finanzielle Probleme hatte, ein zinsloses Darle-

hen von CHF 60'000, welchen Betrag sie von ihrem Bankkonto bei der Bank A in Zürich abhob. X zahlte ihr CHF 40'000 10 Tage nach der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage auf ihr Bankkonto bei der Bank A zurück. Er fiel vor einem Monat in Konkurs. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Die Schulden von X belaufen sich auf rund eine Million Franken, Aktiven sind praktisch keine vorhanden.

Frage 6: Welches sind die möglichen Auswirkungen dieses Konkurses auf das Darlehen der Ehefrau?

Frage 7: Was ergibt sich daraus für die güterrechtliche Auseinandersetzung?

Gestaltung der Eigentumsübertragung

Frage 8: Wie soll die Übertragung der beiden Liegenschaften (eheliches Haus und Ferienwohnung) ins Alleineigentum der Ehefrau bzw. des Ehemannes erfolgen und was ist dabei zu beachten?

Sachverhalt B

In der Zwischenzeit ist die Scheidung aufgrund einer Konvention (mit Saldoklausel) erfolgt. Frau Grau kommt ein halbes Jahr nach der Rechtskraft des Scheidungsurteil zu Ihnen als Anwalt/Anwältin und teilt ihnen mit, dass sie soeben erfahren habe, dass Herr Grau vor ein paar Jahren noch CHF 200'000 in eine liechtensteinische Stiftung eingebracht hat, dessen einziger Begünstigter er sei. Sie weiss allerdings nicht, seit wann diese Stiftung besteht und wann er wieviel Geld einbezahlt oder auch wieder bezogen hat. Sie ist der Meinung, dieses Geld hätte bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch berücksichtigt werden müssen. Schreiben Sie ein Exposé zu den nachfolgenden drei Fragen:

Frage 9: Gehört dieses Geld zur Errungenschaft des Ehemannes?

Frage 10: Kann das Scheidungsurteil ergänzt werden? Wie ist dabei vorzugehen?

Frage 11: Wie könnte die Ehefrau die von ihr vermuteten (und behaupteten) Tatsachen vor Gericht beweisen?

Bearbeitungshinweis: Das Schwergewicht soll bei der Bearbeitung des **Sachverhalts A** liegen. Stärker gewichtet wird zudem die richtige Beantwortung der Fragen 1 und 2.

Gesetzestexte: ZGB/OR (Schulthess-Ausgabe); SchKG, ZPO, GVG

24/08

SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG

Allgemeine Bemerkungen

Abgegebene Texte: OR/ZGB und weitere Erlasse (= Gauch), ZPO, GVG, SchKG, GerGebV, AnwGebV, BGE 80 II 247 = PRA 44 Nr. 18

Versuchen Sie, möglichst klare Ausführungen zu machen.

Alle Namen sind frei erfunden.

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

DER FALL

Vorbemerkungen: Sollten Sie im Rahmen der Fall-Lösung das Problem „Vermögensschaden und Schutznorm“ ansprechen wollen, können Sie für die Bearbeitung davon ausgehen, dass keine Schutznorm existiert. Sofern keine natürlichen Personen explizit genannt werden, können Sie davon ausgehen, dass es sich um juristische Personen handelt. Sodann liegt ein reiner Binnensachverhalt vor. Zinsen lassen wir generell weg.

Ausgangslage: Eine Klientschaft (fortan „Klägerin“) will Ihren Rat im Hinblick auf die Anhebung eines Zivilprozesses.

Hintergrund ist zusammengefasst folgender Sachverhalt:

Die Hochhaus AG („HAG“) entschloss sich, ihr in die Jahre gekommenes Hochhaus umbauen zu lassen. Dazu gehörte eine Aufstockung und eine Verstärkung des Tragwerkes, zu welchem die Liftschächte und der Treppenhausbereich gehörten. Die Hochhaus AG betraute Ende 2005 die Klägerin mit der Generalplanung- und -leitung des Umbaus. Letztere suchte für die Ausführungsplanung und die Fachbauleitung der Tragwerksverstärkung sowie die Baukontrolle eine dafür spezialisierte Ingenieurfirma. Sie fand sie in Person der Beklagten. Klägerin und Beklagte schlossen einen entsprechenden Vertrag (je in eigenem Namen). Während der Bauausführung stellte sich im Juli 2006 heraus, dass verschiedene statische Berechnungen der Beklagten ungenügend gewesen waren. Diese gestand in mehreren Schreiben vom August 2006 ein, dass ihr leider einige Fehler unterlaufen seien. Aufgrund neuer Berechnungen der Beklagten wurden die Statikmängel behoben. Die Beklagte leitete auch die Mängelbehebung. Allerdings entstanden erhebliche Mehrkosten, welche die verschiedenen mit der Mängelbehebung betrauten Bauunternehmen ihrer Kontrahentin, der HAG, in Rechnung stellten.

Nach Beendigung der Arbeiten im Herbst 2006 kam es zu Gesprächen über die Bereinigung der finanziellen Folgen der fehlerhaften Planung. Involviert waren neben den erwähnten Gesellschaften die Haftpflichtversicherer der Klägerin („Versicherung K“) und

der Beklagten („Versicherung B“). Ab Juni 2007 zog sich die Versicherung B aus den Verhandlungen zurück, mit dem Argument, die HAG könne die Beklagte nicht direkt belangen, vielmehr müsse der Schaden der HAG durch die Versicherung K gedeckt werden, welche dann gemäss dem Präjudiz BGE 80 II 247 [vgl. Beilage; Sie können davon ausgehen, dass es auch für Haftpflichtversicherer gilt] nicht auf die Beklagte greifen könne. In der Folge erzielte die Klägerin mit der HAG anfangs 2008 eine Einigung. Letztere erhielt von der Klägerin einen Betrag von CHF 600'000 (gerundet) ersetzt. Es handelte sich dabei um das Total der Rechnungen, welche die mit den Verbesserungsarbeiten betrauten Bauunternehmen vertragsgemäss der HAG in Rechnung gestellt hatten. Man habe - so die Klägerin - die Beklagte danach aufgefordert, ihr diesen Betrag zu ersetzen sowie einige zusätzliche Aufwendungen. Die Beklagte habe zuletzt im Dezember 2008 jegliche Zahlung verweigert. Man wolle nun eine Beurteilung der Chancen und Risiken einer Klage gegen die Beklagte.

Im Rahmen des Instruktionsgespräches erhalten Sie noch die *folgenden Informationen* seitens der Klägerin:

- Anlässlich der Vergleichsgespräche habe die Beklagte erklärt, sie werde in einem allfälligen Prozess die Verjährungseinrede erheben. Diese sei damit begründet worden, dass die Beklagte ihre fehlerhaften Pläne im April 2006 abgeliefert habe und die schriftlichen Verzicht auf Erhebung der Verjährungseinrede erst vom 10. Juni 2007 und 9. Juni 2008 datierten.
- Der Klägerin hätten die Mittel gefehlt, um der HAG den erwähnten Vergleichsbetrag zu bezahlen. Sie habe deshalb einen Kredit bei der Hausbank aufnehmen müssen. Die Versicherung K habe sich solidarisch verpflichtet, für die Rückzahlung einzustehen. Sie sei auch bereit, die Anwaltskosten des Verfahrens gegen die Beklagte zu übernehmen. Von diesen Umständen wisse die Beklagte.
- Die Beklagte habe erklärt, sie würde im Prozess behaupten, die Versicherung K habe der Klägerin eine Deckungszusage gegeben.
- Es liegt ein Schreiben der Beklagten vom August 2006 vor, in welchem diese von sich aus auf ihre fehlerhaften Berechnungen hinwies und sie dafür auch die Verantwortung übernehme. Man habe wortwörtlich "die Schwierigkeit der

Aufgabe unterschätzt". Bei den letzten Gesprächen habe die Beklagte nun gesagt, damit sei aber keine Anerkennung eines bestimmten Betrages verbunden gewesen.

- Wie erwähnt, wurden der HAG CHF 600'000 bezahlt. Der Betrag setzt sich aus Rechnungsbeträgen von Bauunternehmen zusammen, welche die zusätzlichen Arbeiten im Sommer 2006 zu leisten hatten. Die Verträge hatte die HAG, vertreten durch die Klägerin, geschlossen. Die Beklagte hatte zusammen mit der Klägerin die Bauaufsicht übernommen. Bei den letzten Gesprächen habe die Beklagte erklärt, sie werde im Prozess die besagten Rechnungen rundwegs bestreiten. Es werde dann Sache der Klägerin sein, die Angemessenheit der Rechnungen substantiiert zu behaupten und zu beweisen.
- Die Klägerin schilderte, die Versicherung B habe der HAG im Juni 2007 eine Zahlung von CHF 100'000 geleistet, wobei schriftlich betont worden sei, die Zahlung erfolge aus „reiner Gefälligkeit“ und sei weder als Schuldanerkennung noch als Akonto- oder Teilzahlung zu verstehen. Die HAG habe sich gegenüber der Klägerin auf diesen Kulanzcharakter berufen und auf voller Bezahlung der CHF 600'000 beharrt. Die Klägerin habe danach, nicht zuletzt auch im Hinblick auf mögliche weitere Geschäftsbeziehungen mit der HAG, die CHF 600'000 bezahlt.
- Die Klägerin wies darauf hin, zwei ihrer Angestellten hätten im Zusammenhang mit den zusätzlichen Arbeiten 400 „Mannstunden“ aufgewendet. Gegen aussen würde für diese Mitarbeiter ein Stundenansatz von CHF 150 verrechnet.
- Die Klägerin wies darauf hin, sie habe für die Vergleichsgespräche mit der HAG einen Anwalt beigezogen, der sie CHF 6'000 gekostet habe.

Aufgabe (70%): Verfassen Sie aufgrund der gegebenen Informationen ein Memorandum für die Klägerin, welches aus juristischer Sicht die Chancen und Risiken einer Schadenersatzklage darlegt.

Sodann stellt Ihnen die Klientschaft, welche über juristisches Basiswissen verfügt, noch ein paar prozessuale Fragen (**Zusatzaufgabe: 30%**), bezüglich welcher sie eine kurze (nicht mehr als halbseitige) Antwort wünsche:

- Zusatzaufgabe 1: Man habe gehört, es könne nützlich sein, mit der Klage ein Privatgutachten einzureichen, dann bräuchte es allenfalls kein Gerichtsgutachten mehr. Stimme das? Was unterscheide diese beiden Gutachten vom Schiedsgutachten und vom Fachrichtervotum?
- Zusatzaufgabe 2: Man habe munkeln gehört, der Beklagten gehe es finanziell nicht besonders gut. Was könnten die Folgen sein, wenn die Beklagte während des Prozesses in Konkurs falle?
- Zusatzaufgabe 3: Man habe auch munkeln gehört, die Beklagte wolle demnächst ihren Sitz in den Kanton Tessin verlegen. Was bedeute das für die örtliche Zuständigkeit (bisher spielte sich alles im Kanton Zürich ab), nachdem es an einer Gerichtsstandsvereinbarung fehle? Müsse man dann dort Klage erheben?
- Zusatzaufgabe 4: Man habe gehört, mit der Erhebung einer Teilklage könne man die Kosten senken. Es wird gefragt, ob das eine gute Idee sei und wie man im vorliegenden Fall dann vorgehen könnte.
- Zusatzaufgabe 5: Die Beklagte habe noch erwähnt, wenn man sie einklage, werde sie noch diverse Positionen zur Verrechnung stellen. Man frage sich, welche Auswirkungen das habe, insbesondere auch bezüglich der Kosten.

Urteilstkopf

80 II 247

41. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 5 octobre 1954 dans la cause La Neuchâteloise, Compagnie suisse d'assurances, contre Gini et Durlemann.

Regeste

Art. 41 OR. Die Unterlassung genügender Instruktion und Überwachung seiner Arbeiter durch den Geschäftsherrn bildet den in **Art. 55 OR** vorgesehenen Haftungsgrund und zieht nicht eine Deliktshaftung gemäss **Art. 41 OR** nach sich (Erw. 4 a). Deliktshaftung des Geschäftsherrn, der seinen Arbeiter anweist, eine Arbeit in einer Art und Weise auszuführen, die eine Gefährdung Dritter bewirken kann (Erw. 4 b). **Art. 51 OR.** Diese Bestimmung räumt dem Geschädigten nicht die Befugnis ein, durch Abtretung seines Anspruches gegen einen Haftpflichtigen an einen der andern darüber zu entscheiden, welcher von ihnen letzten Endes den Schaden zu tragen habe. **Art. 51 OR** ist auch anwendbar bei Haftung Mehrerer für denselben Schaden aus gleichartigen Rechtsgründen. In solchem Falle entscheidet der Richter, ob unter den verschiedenen Haft.. pflichtigen ein Rückgriffsrecht besteht. Über das Rückgriffsrecht des Versicherers gegen den aus Vertragsverletzung für den Schaden Haftbaren (Erw. 5).

Sachverhalt ab Seite 248

BGE 80 II 247 S. 248

A.- Au début de 1949, Joseph Peroni a chargé l'entre preneur Jérôme Gini de repeindre une dépendance de sa

BGE 80 II 247 S. 249

villa d'Anières. Gini confia cette tâche à une équipe dont faisait partie l'ouvrier Francis Durlemann. Le 15 mars 1949, celui-ci décapait, au moyen d'une lampe à souder, l'extérieur d'une paroi en bois de la dépendance, pour en enlever la vieille peinture. A la hauteur du premier étage, la paroi était percée d'une porte, qui s'ouvrait sur le vide. Alors que Durlemann décapait cette porte, qui était restée fermée, le feu prit à l'intérieur du bâtiment et le détruisit complètement. Le dommage, montant à environ 45 000 fr., fut réparé par les trois compagnies qui assuraient l'immeuble contre l'incendie. En particulier, La Neuchâteloise paya 21 083 fr., somme à concurrence de laquelle Peroni lui céda tous ses droits contre les tiers responsables.

B.- Par exploits du 12 septembre 1949, La Neuchâteloise a assigné Durlemann et Gini devant les tribunaux genevois, en concluant à ce que les défendeurs soient condamnés solidairement à lui payer en principal 21 083 fr. pour l'indemnité versée à Peroni et 556 fr. 65 pour des frais d'expertise. Elle fondait son action contre Durlemann sur les art. 72 LCA et 41 CO et sa demande contre Gini sur les art. 72 LCA, 41, 101, 51 al. 2 et 363 CO.

Déboutée de ses conclusions par le Tribunal de première instance du canton de Genève, la demanderesse a déféré la cause à la Cour de justice. Celle-ci a, par arrêt du 6 avril 1954, rejeté l'action intentée à Gini et condamné Durlemann à payer à La Neuchâteloise des indemnités, réduites en vertu de l'art. 44 al. 2 CO, de 5000 fr. pour les dommages-intérêts payés à Peroni et de 100 fr. pour les frais d'expertise, ces deux montants portant intérêt à 5% dès le 10 février 1950.

C.- Contre cet arrêt, La Neuchâteloise recourt en réforme au Tribunal fédéral; elle reprend les conclusions qu'elle a formulées dans l'instance cantonale.

Durlemann recourt également, en concluant principalement à ce que La Neuchâteloise soit déboutée des fins de l'action qu'elle lui a intentée et subsidiairement à ce

BGE 80 II 247 S. 250

que l'indemnité allouée à la demanderesse soit réduite dans une forte proportion.

Gini conclut au rejet du recours de La Neuchâteloise.

Auszug aus den Erwägungen:

Considérant en droit:

I. - Sur l'action intentée à Durlemann:

1. En fait, la juridiction cantonale a constaté que la flamme projetée par la lampe à souder de Durlemann avait pénétré par un interstice à l'intérieur du bâtiment et enflammé de la paille de bois amassée contre la porte. ...

2, 3. - (Durlemann a commis un acte illicite (art. 41 et suiv. CO) en négligeant de s'assurer que l'intérieur du bâtiment ne contenait aucune matière facilement combustible qui risquât d'être atteinte par la flamme de la lampe. Dès lors, La Neuchâteloise est, en vertu de l'art. 72 al. 1 LCA, subrogée aux droits de Peroni contre Durlemann dans la mesure où elle a réparé le dommage. Toutefois, la faute de l'ouvrier est légère et celui-ci tomberait dans la gêne s'il devait payer intégralement le montant du préjudice (art. 44 al. 2 CO). Aussi l'indemnité à laquelle il est tenu envers La Neuchâteloise doit-elle être fixée à 4000 fr.).

II. - Sur l'action intentée à Gini:

4. La Neuchâteloise prétend en premier lieu que Gini n'encourt pas seulement une responsabilité contractuelle, mais qu'il répond également du dommage en vertu de l'art. 41 CO. En effet, dit-elle, il a commis un acte illicite en négligeant d'instruire et de surveiller son ouvrier et en lui ordonnant de décaper les battants de la porte sur place, sans les décrocher, procédé qui était propre à causer un incendie.

a) Sur le premier point, le Tribunal fédéral a jugé que, dans les rapports extra-contractuels, l'omission d'instruire et de surveiller suffisamment ses ouvriers constituait exclusivement la cause de responsabilité prévue à l'art. 55 CO (RO 77 II 248). Une telle négligence n'entraîne

BGE 80 II 247 S. 251

donc pas une responsabilité aquilienne fondée sur l'art. 41 CO. D'ailleurs, d'après les constatations du juge du fait, le travail confié à Durlemann n'avait rien d'exceptionnel; il s'agissait d'une intervention banale selon un procédé absolument courant. Gini pouvait dès lors se reposer sur son employé, qui était un ouvrier expérimenté. Cela étant, les conditions exigées par l'art. 55 CO ne sont même pas remplies. A plus forte raison ne peut-on, sur ce point, reprocher à Gini un acte illicite selon l'art. 41 CO.

b) La juridiction cantonale constate effectivement que l'entrepreneur a ordonné à son ouvrier, en l'envoyant à Anières, de décaper la porte sans en ouvrir ou en décrocher les battants. Ces instructions pourraient fonder la responsabilité délictuelle de l'intimé si elles étaient contraires à un principe général de l'ordre légal (RO 67 II 136) ou à une disposition particulière. La recourante invoque à cet égard l'art. 1er ch. 9 du règlement genevois du 15 août 1945, aux termes duquel il est interdit d'utiliser des lampes à souder sans s'être assuré qu'on ne risque pas de provoquer un commencement d'incendie. Mais, pour qu'on pût retenir un acte illicite à la charge de Gini, il faudrait que celui-ci eût commis une faute. Cette condition n'est pas remplie. Comme le côté extérieur de la porte devait seul être décapé, l'entrepreneur pouvait ordonner qu'on procédât à ce travail sur place, tout en laissant implicitement à l'ouvrier expérimenté qu'était Durlemann le soin de prendre les précautions nécessaires. En agissant ainsi, il n'aurait commis une négligence que s'il avait connu la présence de matières inflammables à l'intérieur du bâtiment. Or La Neuchâteloise ne prétend pas qu'il ait été renseigné sur ce point.

Dès lors, l'intimé n'est pas responsable du dommage ex delicto.

5. En revanche, Gini est tenu, selon l'art. 101 CO, du préjudice que Durlemann a causé dans l'accomplissement de son travail. Cette prétention de Peroni n'étant

BGE 80 II 247 S. 252

pas de nature délictuelle, elle n'a pas passé de plein droit à La Neuchâteloise en vertu de l'art. 72 LCA. Mais elle a fait l'objet d'une cession en faveur de cet assureur. La juridiction cantonale n'en a pas moins rejeté également l'action dans la mesure où elle était fondée sur l'art. 101 CO. Le droit de recours de l'assureur contre les tiers responsables du dommage - a-t-elle dit - est réglé par l'art. 51 CO, dont les effets ne sauraient être modifiés par un acte du lésé; or, l'assureur étant tenu du dommage en vertu du contrat, l'art. 51 al. 2

CO ne lui donne aucun droit de recours contre celui qui ne répond du même préjudice qu'aux termes de la loi, comme c'est le cas de l'employeur recherché en vertu de l'art. 101 CO; du reste, on n'arriverait pas à un autre résultat si l'on considérait cette dernière responsabilité comme contractuelle; car l'équité commanderait alors de refuser à l'assureur, qui a reçu des primes en échange de sa prestation, tout droit de recours contre un tiers qui, tel Gini, n'a commis aucune faute personnelle et répond seulement d'une négligence légère de son auxiliaire.

La Neuchâteloise conteste cette argumentation. Se fondant sur l'arrêt RO 74 II 81, elle prétend en premier lieu que l'art. 51 al. 2 CO n'empêche pas le lésé de céder à son assureur les droits qu'il a contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat. Elle allègue d'autre part que la responsabilité découlant de l'art. 101 CO est de nature contractuelle et que, fondée sur une faute, elle doit prévaloir sur celle de l'assureur, qui répond du préjudice sans avoir commis de faute.

A l'appui de sa thèse, le recourante invoque en vain l'arrêt RO 74 II 81. Dans cette espèce, en effet, le Tribunal fédéral n'a pas appliqué l'art. 51 CO. C'est en vertu du droit italien qu'il a admis que l'assureur était subrogé aux droits du lésé à l'égard du tiers tenu du préjudice en vertu d'un contrat. Contrairement à ce que croit la recourante, le Tribunal fédéral n'a donc pas modifié sa jurisprudence antérieure, selon laquelle le lésé ne saurait

BGE 80 II 247 S. 253

déroger à l'art. 51 CO en décidant laquelle des personnes responsables supportera en définitive le dommage (RO 45 II 645). La cession que Peroni a consentie à La Neuchâteloise est ainsi inopérante.

Dès lors, le droit de recours que l'assureur pourrait avoir contre Gini ne saurait être fondé que sur l'art. 51 CO. A ce propos, la juridiction cantonale a considéré à tort que la responsabilité fondée sur l'art. 101 CO était encourue "aux termes de la loi" au sens de l'art. 51 al. 2 CO. Cette expression ne désigne que les cas de responsabilité causale et ne vise pas la responsabilité qui frappe l'employeur en vertu de l'art. 101 CO. Celui qui recourt à des auxiliaires répond de leurs actes comme des siens propres. En particulier, l'entrepreneur est tenu d'exécuter avec soin l'ouvrage promis (art. 364 et 328 CO). S'il en charge ses employés, l'exécution n'en doit pas moins être faite avec la diligence qu'on pouvait attendre de lui et il est tenu de leur manque de soins ou de connaissances techniques comme s'il avait agi lui-même (RO 46 II 130, 70 II 221). Aussi la responsabilité que Gini assume en vertu de l'art. 101 CO est-elle contractuelle, ainsi que celle de La Neuchâteloise.

Interprété littéralement, l'art. 51 CO ne paraît pas viser le cas où, comme en l'espèce, plusieurs personnes répondent du même dommage en vertu de causes semblables. Mais la ratio legis impose une autre solution. L'art. 51 CO procède du principe que le lésé ne doit pas s'enrichir du fait qu'il peut demander la réparation du dommage à plusieurs responsables. Or cette possibilité d'enrichissement existe non seulement lorsque ceux-ci répondent du préjudice en vertu de causes différentes mais aussi quand ils en sont tenus pour des causes semblables. On doit en conclure que ce dernier cas est également réglé par l'art. 51 CO. Du reste, le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé dans ce sens (RO 77 II 248 consid. 3). En revanche, l'art. 51 al. 2 CO, qui fixe quel est, en règle générale, l'ordre des responsabilités, n'est pas

BGE 80 II 247 S. 254

applicable lorsqu'on ne se trouve pas en présence de causes de caractères différents. Dans ce cas, on ne peut se fonder que sur les art. 51 al. 1 et 50 al. 2 CO, en vertu desquels le juge apprécie librement si les personnes responsables ont un droit de recours les unes contre les autres (RO 77 II 248 consid. 3).

L'intimé invoque différents arrêts du Tribunal fédéral dont il ressortirait que l'assureur peut recourir, en vertu de l'art. 51 CO, contre celui-là seul qui a commis une faute personnelle; or cette condition ne serait pas remplie lorsque la personne recherchée par l'assureur n'est responsable que selon l'art. 101 CO. Mais cette argumentation ne peut être accueillie. L'art. 101 CO impute à l'employeur la faute de ses auxiliaires, comme si celui-ci l'avait commise lui-même. On ne saurait donc, même dans le cas de l'art. 51 CO, distinguer entre la faute dont le tiers responsable est tenu en vertu de l'art. 97 CO et celle dont il répond selon l'art. 101. Au surplus, dans la plupart des espèces citées par l'intimé, il s'agissait de recours des assureurs contre des tiers dont la responsabilité était uniquement causale. Seul l'arrêt Hauser (RO 55 II 118) traite d'un cas où les deux responsabilités concurrentes étaient contractuelles; et l'intimé soutient que ce prononcé a posé le principe que l'assureur n'avait pas de droit de recours contre le tiers responsable en vertu d'un contrat. Cette allégation est erronée. Comme le Tribunal fédéral l'a laissé entendre plus tard (RO 77 II 249), l'arrêt Hauser n'a pas la valeur d'un précédent. Dans cette espèce, le Tribunal fédéral n'a refusé

tout droit de recours à l'assureur qu'en raison des circonstances concrètes et en vertu du pouvoir d'appréciation que lui conférait la loi.

Pour statuer sur le droit de recours de l'assureur contre les tiers responsables contractuellement, il faut considérer qu'un tel droit déroge à la réglementation de l'art. 72 LCA. En effet, par cette disposition, on a refusé à l'assureur toute subrogation aux droits contractuels du lésé, attendu que les compagnies d'assurances calculaient leurs primes

BGE 80 II 247 S. 255

sans tenir compte de la possibilité qu'elles avaient de se retourner contre les tiers responsables. Or, en édictant ultérieurement l'art. 51 CO, le législateur n'a nullement voulu améliorer la situation des assureurs; au contraire, il a disposé, dérogeant ainsi à l'art. 72 LCA, que la responsabilité de l'assureur devait, en règle générale, prévaloir sur celle de la personne tenue du dommage en vertu d'un quasi-délit, sans faute de sa part. Dès lors, il n'a pu, d'un autre côté, avoir l'intention de donner à l'assureur, à l'égard du tiers responsable contractuellement, des droits plus étendus que ceux qui découlaient de l'art. 72 LCA. Cette disposition, il est vrai, n'excluait que la subrogation légale de l'assureur dans les droits qu'avait le lésé contre la personne tenue du préjudice en vertu d'un contrat; elle permettait en revanche la cession d'une telle prétention, ce dont les compagnies d'assurances usaient abondamment. Mais l'art. 51 CO règle maintenant le droit de recours en le soustrayant à la volonté du lésé. Or, vu la tendance qu'avait le législateur lorsqu'il a édicté cette disposition, on ne saurait admettre en définitive, à titre de solution légale, un droit de recours que l'art. 72 LCA n'accordait pas lui-même à l'assureur. Certes, cette considération ne permet pas, si l'on tient compte qu'une cession était possible autrefois, d'exclure tout droit de l'assureur contre la personne responsable du dommage pour inexécution de ses obligations conventionnelles. Mais elle oblige à garder une certaine mesure dans l'octroi de ce recours. En tout cas; il s'impose de le refuser lorsque le tiers répond seulement d'une faute contractuelle légère, qu'il l'ait commise lui-même ou qu'elle soit le fait de ses employés. On peut du reste invoquer en faveur de cette solution un argument dont l'arrêt RO 55 II 118 était déjà inspiré (cf. également YUNG, Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, dans Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Genève, 1952, p. 252 ch. 12 litt. a). Aux termes de l'art. 14 al. 4 LCA, la responsabilité

BGE 80 II 247 S. 256

de l'assureur demeure entière même si le sinistre est dû à une faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. Dès lors, l'assureur tient compte, en calculant la prime, de l'augmentation du risque provoquée par cette disposition. Mais, si la compagnie d'assurances ne peut réduire sa prestation en raison d'une négligence légère commise par le lésé, on ne voit pas pour quel motif il en serait autrement lorsque ce même lésé a chargé un tiers de s'occuper de sa chose et que celui-ci a fait une faute contractuelle légère. Il n'y a aucune raison que l'assureur ne supporte pas en définitive le dommage qu'il devrait couvrir si l'assuré avait commis lui-même la négligence dont son cocontractant s'est rendu coupable en exécutant ses obligations conventionnelles.

Dès lors, Gini n'étant tenu que d'une faute légère de son employé, La Neuchâteloise n'a aucun droit de recours contre lui.

Entscheid

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

- 1.- Le recours formé par La Neuchâteloise est rejeté.
- 2.- Le recours formé par Durlermann est admis partiellement et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que le montant que Durlermann est condamné à payer à La Neuchâteloise est fixé à 4000 fr. Pour le surplus, l'arrêt rendu le 6 avril 1954 par la Cour de justice civile de Genève est confirmé.

Schriftliche Anwaltsprüfung**Sachverhalt**

A.

Am 1. Oktober 2006 verstarb Max Wüst in Affoltern am Albis. Er hinterliess seine Ehefrau Ingrid (Jahrgang 1950), zwei Söhne, David (Jahrgang 1980 und wohnhaft in Delémont) und Yves (Jahrgang 1975 und wohnhaft in Zürich), und die Tochter Sandra (Jahrgang 1973 und wohnhaft in Stuttgart). Der Nachlass umfasste ein Barvermögen von CHF 524'000.

Im Rahmen der Erbteilung erwarb Ingrid zwei auf den Inhaber lautende Kassenobligationen der Zürcher Kantonalbank („ZKB“) im Betrag von gesamthaft CHF 440'000 (CHF 400'000 zu 2,5 % und CHF 40'000 zu 3 % Zins). Die beiden Kassenobligationen legte sie am 30. April 2008 in ihr Wertschriftendepot bei der Filiale der ZKB in Affoltern am Albis.

Am 14. Mai 2008 verfasste sie eine letztwillige Verfügung, in der sie David wegen persönlicher Differenzen auf den Pflichtteil setzte. Für den frei werdenden Teil setzte sie Yves und Sandra zu gleichen Teilen als Erben ein. Ihre sechs Enkelkinder (je zwei Kinder von David, Sandra und Yves) bedachte sie mit Legaten à CHF 20'000.

Ingrid Wüst war mit finanziellen Angelegenheiten und im Umgang mit Banken unerfahren. Aus diesem Grund hatte sie schon im Jahr 2005 ihrem Sohn Yves eine Vollmacht über ihr Depot bei der ZKB erteilt. Gestützt auf eine mit Ingrid Wüst unterzeichnete Anweisung vom 11. Juni 2008 wurden die beiden Kassenobligationen in ein auf Yves Wüst lautendes Depot bei der ZKB in Affoltern am Albis übertragen.

B.

Yves Wüst veräusserte die beiden Kassenobligationen Ende Juni 2008. Den Erlös von CHF 440'000 stellte Yves Wüst der Hans Steiner AG, einer Baufirma mit 10 Angestellten und Sitz in Horgen, in Form eines Darlehens zur Verfügung. Die Hans Steiner AG „schwächelte“ bereits damals stark. Eine Rückzahlung des Darlehens erschien aussichtslos. Am 14. Dezember 2008 beschloss deshalb die Generalversammlung der Hans Steiner AG, ihr Aktienkapital von CHF 250'000 auf null herabzusetzen und durch Verrechnung mit CHF 250'000 aus dem Darlehen wieder auf CHF 250'000 zu erhöhen. Leider nützte alles nichts; die Sanierung scheiterte. Am 4. April 2009 wurde über die Hans Steiner AG der Konkurs eröffnet.

C.

Ingrid Wüst realisierte erst am 15. Januar 2009 nach Erhalt und Studium der Depotauszüge per Ende 2008, dass die beiden Kassenobligationen auf das Depot ihres Sohnes Yves transferiert wurden. Sie stellte erst die ZKB zur Rede; als deren Rechtsabteilung aber eine von ihr – Ingrid Wüst – unterzeichnete Anweisung präsentierte, wendete sie sich an Yves.

Yves stellt sich auf den Standpunkt, er sei von einer Schenkung der beiden Kassenobligationen ausgegangen. Dies habe er im guten Glauben auch tun dürfen, da seine Mutter mit David zerstritten gewesen und der Kontakt mit Sandra seit deren Wegzug Anfang 2007 ins Ausland abgebrochen sei (was beides auch den Tatsachen entspricht). Überdies habe er die Kassenobligationen verkauft und das Geld in die Hans Steiner AG „gesteckt“. Diese sei nun Konkurs und das Geld wohl verloren.

D.

Das Konkursamt Horgen ist mit der Durchführung des Konkursverfahrens der Hans Steiner AG betraut. Die Gläubiger dürfen davon ausgehen, dass ein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt werden kann.

* * *

Aufgaben:

1. Ingrid Wüst kann sich mit ihrem Sohn Yves nicht einigen. Nach gescheitertem Sühnversuch will sie Klage beim Gericht erheben.
 - a) Beim welchen Gericht müsste Ingrid Wüst Klage erheben? Formulieren Sie das Rechtsbegehren der Klage.
 - b) Erstellen Sie ein Memorandum zu Händen von Ingrid Wüst, in dem Sie die Rechtslage umfassend beurteilen und die Prozesschancen erläutern.
2. David und Sandra fragen sich, ob sie im Fall einer Niederlage ihrer Mutter in einem Prozess gegen Yves nicht aus Erbrecht gegen ihren Bruder vorgehen könnten. Sähen sie da eine erfolgversprechende Möglichkeit? Sind Sie der Ansicht, der Sachverhalt sei in (einem) einzelnen, aber für Sie entscheidenden Punkt(en) offen, so bilden Sie Sachverhaltsvarianten zu Ihrer Lösung.

3. Unabhängig vom Ausgang allfälliger Prozesse unter den Fragen 1 und 2 will Yves Wüst im Konkurs der Hans Steiner AG eine Forderung eingeben. Wie müsste diese Forderungseingabe aussehen? Begründen Sie die Forderung kurz.
4. Nehmen Sie an, das Konkursamt Horgen habe in der Folge die privilegierten Forderungen der Arbeitnehmer mit einer Abschlagszahlung aus der Konkursmasse befriedigt. Monate später melden sich zwei Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Rottweil (Deutschland) und wollen ihre Lohnforderungen ebenfalls beim Konkursamt anmelden. Das Konkursamt kolloziert die Forderungen bloss in der 3. Klasse, mit der Begründung, mit der Abschlagszahlung an die fristgerecht angemeldeten privilegierten Gläubiger sei der „Topf, der den ‚Privilegierten‘ zustehe ‚aufgebraucht‘“; weitere privilegierte Gläubiger könnten nicht zugelassen werden.
- Trifft diese Argumentation zu? Wie könnten sich die zwei „verspäteten“ ausländischen Arbeitnehmer gegebenenfalls gegen die Verfügung des Konkursamtes wehren? Schildern Sie den ganzen Instanzenzug.

* * *

Gesetzestexte: ZGB/OR (Schulthess Ausgabe), SchKG, Prozessgesetze

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber Ihrer Lösung beizulegen.

Anwaltsprüfung

Fall 1

Frau Maria Rodriguez stammt aus Peru. Ihr Mann, Kevin Schweizer, hat sie 1998 während einer Lateinamerikareise kennen gelernt. 1999 haben die beiden in Lima geheiratet. Einen Ehevertrag haben sie weder in Peru noch in der Schweiz abgeschlossen. Seit Ende 1999 lebt Maria bei Kevin in der Schweiz (Schlieren). Im Sommer 2001 wurde ihnen die gemeinsame Tochter Lara geboren.

Kevin interessiert sich schon seit ca. 20 Jahren für lateinamerikanisches Kunsthandwerk. Er hat schon verschiedene Versuche unternommen, solches in die Schweiz zu importieren und hier zu vertreiben. Er erlitt 2001 einen schweren Unfall und ist seither zu 100% invalid. Er bezieht eine volle IV-Rente (totale jährliche Zahlungen für die ganze Familie ca. CHF 35'000.-), was bedeutet, dass er lediglich in bescheidenem Umfang, d.h. ca. 30%, erwerbstätig sein dürfte. Kevin schlägt Maria vor, dass sie im grösseren Stil in den Handel mit lateinamerikanischem Kunsthandwerk einsteigt. Um das Geschäft zu betreiben, erhält Maria grosszügige Darlehen von ihrem Schwager, d.h. dem Ehemann ihrer Schwester, welche ebenfalls in der Schweiz lebt. Der Schwager akzeptiert einzig Maria als Darlehensschuldnerin. Mit Kevin versteht er sich schlecht. Der Schwager machte seine Zahlungen davon abhängig, dass das Geschäft als Einzelunternehmung von Maria im Handelsregister eingetragen werde, was in der Folge auch geschah. Bis heute belaufen sich die totalen Zahlungen des Schwagers an Maria auf CHF 200'000.-. Rückzahlungen wurden noch keine getätigt. Maria verkauft schliesslich mit der (unentgeltlichen) Hilfe ihrer Schwester Kunsthandwerk an diversen Märkten in der Schweiz. Man mietet auch einen Lagerraum in Dielsdorf, um die Ware an Grosshändler zu vertreiben. Kevin erledigt gewisse administrative Arbeiten im Zusammenhang mit dem Geschäft, so erstellt er beispielsweise MWST-Abrechnungen, bereitet die Unterlagen für die Erstellung von Jahresabschlüssen vor, organisiert Standplätze für Märkte etc.

Am 1. März 2009 zieht Maria mit der Tochter Lara, wegen massiven ehelichen Schwierigkeiten, aus der ehelichen Wohnung in Schlieren aus und geht zu ihrer Schwester nach Wädenswil. Als sie am 5. März 2009 den Lagerraum ihres Geschäftes betreten will, in welchem sich die Ware sowie auch sämtliche Unterlagen befinden, realisiert sie, dass Kevin das Schloss geändert hat. Erst bei dieser Gelegenheit merkt sie, dass Kevin den Mietvertrag für das Geschäft in seinem (und nicht in ihrem) Namen abgeschlossen hat. Sie hat auch keinen Zugang zu den Bankkonten der Firma mehr. Auch diese lauten auf Kevin. Sie verfügte lediglich über Vollmachten, welche Kevin ihr entzogen hat.

Maria möchte sofort wieder Zugang zu ihrem Geschäft. Kevin stellt sich nun aber auf den Standpunkt, das Geschäft sei in Tat und Wahrheit seines. Er wolle jetzt alleine dafür täti gsein. Man hätte Maria nur proforma als Inhaberin eingetragen, weil er als IV-Rentner nicht berechtigt sei, einer umfangreicheren Erwerbstätigkeit nachzugehen. Er habe voreheliche Mittel in der Höhe von CHF 50'000.- in das Geschäft investiert, was Maria vehement bestreitet. Er hätte die Hauptarbeit im Geschäft geleistet, Maria hätte lediglich „ein bisschen Ware an Märkten verkauft“. Er habe das ganze Administrative erledigt, verfüge über die nötigen Kontakte etc. Maria sagt, dass sich Kevin in das Geschäft „hineingedrängt“ hätte. Bis zur Trennung sei stets klar gewesen, dass das Geschäft allein ihres sei.

Maria bittet Sie, sie im Detail zu beraten, was sie alles unternehmen kann, um schnellstmöglich und auch dauerhaft ihr Geschäft zurückzuerhalten. Sie befürchtet immense Verluste, wenn das Geschäft vorübergehend oder länger nicht betrieben oder von ihrem Mann betrieben wird, der ja nicht mehr als 30 % arbeiten darf. Sie macht sich auch Sorgen betreffend die Darlehensschulden bei ihrem Schwager. Gemäss der vom Ehemann zusammen mit einem Treuhänder erstellten Steuererklärung der Familie der Jahre 2007 und 2008, beträgt der Wert des Warenlagers ca. CHF 200'000.- und war das Geschäft kein grosser finanzieller Erfolg (bescheidene Gewinne von ca. CHF 5'000.- pro Jahr). Maria ist aber überzeugt, dass sie das Geschäft in der Zukunft zur Blüte bringen kann. Sie hängt auch gefühlsmässig sehr an diesem Geschäft.

Was raten Sie Maria? Wie und wo gehen Sie vor?

Fall 2

Karina ist vor der Scheidung von ihrem Ex-Mann diverse Verpflichtungen im Zusammenhang mit einem von ihm betriebenen Restaurant eingegangen. Sie ist deshalb heute mit Schulden im Umfang von ca. CHF 80'000.- belastet. Sie verdient monatlich ca. CHF 5'000.- und lebt wegen einer Einkommenspfändung im Zusammenhang mit diesen Schulden seit längerem am Existenzminimum.

Sie möchte nun wieder heiraten und hat deshalb folgende Fragen:

1. Kann ihr zweiter Ehemann für diese Schulden in irgendeiner Weise in Anspruch genommen werden? Würde es gegebenenfalls helfen, eine Gütertrennung zu vereinbaren?
2. Würde ihr eine Insolvenzerklärung helfen? Wenn ja, wie müsste sie dabei vorgehen?
3. Sie hat gehört, dass sie als erstes einmal einige tausend CHF deponieren müsste, wenn sie eine Konkurserklärung abgeben wolle. Sie verfüge aber über keinerlei liquides Vermögen. Was kann sie tun?
4. Sie hat von diversen Freunden Geld geliehen, welche sie bis heute betreffend Rückzahlung noch nie unter Druck gesetzt und sie auch noch nie betrieben haben. Darf sie während der Dauer des Konkursverfahrens diesen Freunden die ihr zur Verfügung gestellten Geldbeträge zurückzahlen?
5. Wie geht es nach Abschluss des Konkursverfahrens weiter?

Fall 3

Michael, der in der Werbebranche tätig ist, ist Mieter von Geschäftsräumlichkeiten in Zürich-Oerlikon. Er hat mit der Vermieterschaft einen 5-jahres Vertrag abgeschlossen, welcher Ende März 2009 ausgelaufen ist. Die Vermieterschaft hat ihm kommentarlos einen neuen 5-jahres Vertrag (gültig ab 1. April 2009) zugestellt. Er hat diesen unterzeichnet und zurückgeschickt. Erst jetzt hat er realisiert, dass der Mietzins gemäss aktuellem Vertrag ca. 20% höher sei als gemäss frü-

herem. Die Vermieterschaft habe dies damit erklärt, dass die frühere Miete nicht dem Markt- und Ortsüblichen entsprochen hätte. Michael will nun wissen, ob er etwas gegen diese hohe Miete unternehmen kann. Weiter stört ihn, dass die (einem anderen Vermieter gehörende) Liegenschaft direkt gegenüber der Strasse renoviert wird. Es gebe sehr viel Baulärm, zudem sei die Strasse mit Abschränkungen, Baumaschinen etc. verstellt. Er befürchtet Umsatzrückgänge. Kann er jemand dafür belangen und wenn ja, wie?

Gesetze: ZGB, OR, SchKG, IPRG, ZPO, GVG, GStG, BGG