

1  
Serie 32

32/01

## SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG

### Allgemeine Bemerkungen

Abgegebene Texte: OR/ZGB (Gauch), ZPO, GVG, GGebV, AnwGebV, GestG

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 und Bezeichnungen frei erfunden)**

Die Industrie Bau AG (IBAG/Wil SG) hatte für eine Bauherrin (Frauenfeld TG) den Boden eines Hochregallagers in Frauenfeld zu ersetzen. Die Ausführung sollte in Etappen erfolgen. Den Bodenbelag kaufte die IBAG von dessen Herstellerin, der X AG (Uster ZH). Vor Ausführung der ersten Etappe testete die IBAG verschiedene Beläge der X AG, welche die IBAG dabei beriet, und diese entschied sich anschliessend für das getestete Produkt P1. Dieses wurde im Frühherbst 2006 eingebaut und bewährte sich. Als es danach um die Bestellung für die zweite Etappe ging, wies ein (neuer) Kundenberater der X AG die IBAG darauf hin, die Produkte mit den Bezeichnungen P2 und P3 würden sich noch besser eignen als das Produkt P1. Die IBAG wählte daraufhin das Produkt P2 und verwendete es nach Lieferung im Februar 2007 für die zweite Etappe. Bald zeigte sich, dass der Belag der zweiten Etappe den Anforderungen der Kundin, im Wesentlichen dem Befahren mit Gabelstaplern, nicht gewachsen war. Es entstanden insbesondere Risse und Ablösungen. Nach Reklamation der Kundin, worüber die X AG umgehend informiert wurde, sanierte die IBAG im Mai 2007 den Boden der zweiten Etappe und stellte ihren Aufwand von CHF 200'000, den sie durch diverse (Regie-)Rapporte auswies, der X AG in Rechnung. Dies geschah im Juni 2007. Nach Verhandlungen einigten sich IBAG und X AG darauf, über die Ursache der Mängel ein Schiedsgutachten einzuholen, das die Frage verbindlich klären solle. Der Gutachter kam in seiner Expertise vom 15. Oktober 2007 zum Schluss, es wären keine Mängel aufgetreten, wenn der in der ersten Etappe verwendete Belag P1 eingebaut worden wäre; die Mängel seien durch die Verwendung des Produktes P2 verursacht worden. Nun wandte sich die IBAG erneut an die X AG betreffend Zahlung der Rechnung.

Die X AG verweigerte in einem Brief vom Dezember 2007 jegliche Zahlungspflicht. In ihrem Schreiben hält sie der IBAG im Wesentlichen das Folgende entgegen:

- Der für die Sanierung getriebene Aufwand sei zu gross gewesen. Man hätte es nämlich bei einer Teilsanierung durch Sanierung bloss der Fahrspuren bewenden lassen können.
- Die Regierapporte würden bzgl. der Preise bestritten.
- Es hätte an der IBAG gelegen, das Produkt P2 vor dem Erstellen der zweiten Etappe einer Prüfung zu unterziehen.
- Das Schiedsgutachten weise Denkfehler auf. Die X AG habe ein Gegengutachten erstellen lassen, welches das Schiedsgutachten entkräfte.

Ein Vertreter der IBAG kam am letzten Freitag zu Ihnen und bat Sie, bis heute Abend ein Exposé zu erstellen. Die IBAG frage sich, ob sie die X AG vor Handelsgericht Zürich betreffend der CHF 200'000 einklagen solle. Sie werden beauftragt, eine Auslegeordnung über die Chancen und Risiken der Klage zu erstellen. Das Exposé soll jedenfalls auch Ausführungen betreffend den zu erwartenden Ablauf eines etwaigen Prozesses bis zum möglichen Urteil des Handelsgerichtes enthalten, einschliessend eine Kostenschätzung. Am Sonntag erreichte Sie dann noch ein Anruf der Klientin, deren Vertreter wünschte, Sie sollten abgesehen vom obigen Auftrag noch prüfen, ob seine Gesellschaft die X AG auch in Frauenfeld einklagen könne. Allerdings bestehe keine Gerichtsstandsvereinbarung und die X AG habe in den Vergleichsgesprächen erklärt, sie werde sich keinesfalls auf einen Prozess ausserhalb des Kantons Zürich einlassen.

## Schriftliche Anwaltsprüfung

### A. Sachverhalt

Peter Brunner, geschieden, heiratete am 5. Mai 1994 Alice Bernasconi. Aus erster Ehe hat er die beiden heute mündigen Kinder Patrick und Liana. Ehefrau Alice brachte Fr. 50'000.-- Ersparnisse in die Ehe ein. Peter Brunner war Eigentümer der vor der Heirat allein und danach mit Alice zusammen bewohnten Liegenschaft Kat.Nr. 9725 in Horgen. Sie war belastet mit einer Hypothekarschuld von Fr. 270'000.--. Ausserdem verfügte er über ein Wertschriftenportefeuille von Fr. 80'000.-- und sein Salärkonto wies einen Saldo von Fr. 20'000.-- auf. Auf Wunsch von Alice wurden das Badezimmer und die Küche der Liegenschaft umfassend renoviert und modernisiert, und es wurde eine neue Heizungsanlage eingebaut. Die Arbeiten konnten wie geplant auf den Heiratstermin hin im Wesentlichen abgeschlossen werden. Die Kosten von insgesamt Fr. 60'000.-- wurden nach der Heirat je zur Hälfte von den Ehegatten bezahlt; Ehemann Peter ~~hatte~~ zahlte seine Kostenhälfte aus einem damals gerade erhaltenen Bonus. Die von Peter nach dieser Modernisierung veranlasste Liegenschaftenschätzung ergab einen Wert von Fr. 570'000.--.

Im Sommer 2000 erhielt Ehefrau Alice aus dem Nachlass ihrer Patin zwei Kassenobligationen von nominal je Fr. 25'000.-- der X-Bank. Einige Tage vor ihrer per 20. 6. 2001 fälligen Rückzahlung übergab Alice die beiden Titel ihrem Ehemann mit der Aufforderung, die Fr. 50'000.-- neu gewinnbringend anzulegen. Peter gab die Titel dem mit ihm flüchtig bekannten Treuhänder Fuchs, der ihm eine jährliche Rendite von 10% ab Juli 2001 und die Rückzahlung der Fr. 50'000.-- auf Ende Juni 2005 versprach. In der Folge zahlte Fuchs die Jahreszinsen per Mitte 2002 und 2003. Der per Ende Juni 2004 fällige Zins ging unter Hinweis auf einen „vorübergehenden Engpass“ verspätet in zwei Tranchen <sup>(unvollständig)</sup> ein, und per Ende Juni 2005 erfolgte weder die Zins- noch die Rückzahlung der Fr. 50'000.--. Offensichtlich steckte Fuchs in finanziellen Schwierigkeiten. Die in der Folge von Peter noch vor seinem unerwarteten Tod (am 10. Oktober 2005) eingeleitete Betreuung endete am 15. Februar 2006 mit der Zustellung eines

Pfändungsverlustscheins über Fr. 60'000.-- (Art. 115 Abs. 1 SchKG). Nach den Worten des Betreibungsbeamten „war es auch anderen so ergangen, die Fuchs unvorsichtigerweise Geld anvertraut haben“. Im Zuge des Pfändungsverfahrens ergab sich, dass Fuchs die ehemals in seinem Eigentum stehende Stockwerkeinheit [mit Seeblick] in Meilen am 10. März 2003 seiner Ehefrau übertragen hatte. Der Kaufpreis betrug Fr. 400'000.-- und wurde damit erbracht, dass die [in Gütertrennung lebende] Ehefrau Fuchs die auf der Liegenschaft lastende Grundpfandschuld von Fr. 400'000.-- übernahm.

Am 31. Oktober 2006 wurde die letztwillige Verfügung von Peter mit folgendem Wortlauf amtlich eröffnet. .

...“ Meine Tochter lebt in sehr günstigen Verhältnissen, weshalb sie sich mit dem gesetzlichen Minimum begnügen soll. Ihre Kinder Sandra, Yannick und Debora sollen je Fr. 5'000.-- erhalten. Meinem Sohn habe ich das Studium ermöglicht, was Fr. 50'000.-- gekostet hat und ihm zu einem guten Standard verholfen hat. Er soll sich als Erbe mit weiteren Fr. 50'000.-- begnügen. Seine beiden Kinder Beat und Sabrina sollen auch je Fr. 5'000.-- erhalten. Meinen restlichen Nachlass erhält meine liebe Ehefrau Alice, insbesondere die Liegenschaft, die dann nach ihrem Ableben an Patrick und Liana fällt.....“

Im Todeszeitpunkt gestaltet sich das eheliche Vermögen wie folgt: Liegenschaft, Wert Fr. 1'140'00.-- [belastet noch immer mit Fr. 270'000.--], Wertschriftenportefeuille Peter von Fr. 240'000.--[weitergeäuft aus Ersparnissen und Erträgen], Salärkonto von Fr. 20'000.--, Konto Alice von Fr. 40'000.--[geäuft im Wesentlichen aus Lohn aus Teilzeitarbeit sowie Zinsen von Fuchs], Säule 3a Peters [private Vorsorge, geäuft aus laufendem Lohn] von Fr. 40'000.--. Die Todesfallkosten sind mit Fr. 10'000.--eingesetzt, und es ist bekannt, dass das BVG-Vorsorgeguthaben Peters im Todeszeitpunkt Fr. 900'000.-- beträgt .

Die Erben waren und sind uneins über die Nachlassteilung. Alice ist der Meinung, man sollte doch die „verlorenen“ Fr. 60'000.-- irgendwie „hereinholen“. Dagegen finden Patrick und Liana, das sei ja allein Alice's Problem, weil es ja um ihr Geld gehe. Patrick sagt sodann stets, er finde sich mit den Fr.50'000.-- nicht ab; er wolle wie Liana wenigstens den Pflichtteil. Demgegenüber ist neustens Alice aufgrund einer bei der unentgeltlichen Rechtsberatung eingeholten Auskunft der Meinung, dieses Anliegen könnte Patrick gar nicht mehr durchsetzen.

## B. Aufgabenstellung

Äussern Sie sich zu folgenden Fragenkomplexen:

1. Sehen Sie einen gerichtlichen Weg [oder Wege], wie man allenfalls die Fr. 60'000.-- nach dem Wunsch von Alice „hereinholen“ könnte? Gegen wen wäre mit welchem Behelf/Rechtsbegehren vorzugehen? Wie müsste die Begründung lauten? Gibt es aktuellen Handlungsbedarf?
2. Könnte Alice dabei – wie immer – alleine vorgehen, „weil es um ihr Geld gehe“?
3. Falls Alice - mit welcher Klage und Begründung immer - alleine vorginge und das Gericht zur Ansicht käme, es müsste die Erbengemeinschaft klagen: Wie und in welcher Form würde diesfalls das Gericht über diese Frage der Klägerschaft entscheiden?
4. Wie könnte man gegen diesen Entscheid vorgehen (Kanton und Bund)?
5. Der Sohn Patrick will sich mit den Fr. 50'000.-- nicht abfinden und zumindest den Pflichtteil erhältlich machen. Stimmt es, dass Patrick dieses Anliegen gar nicht mehr durchsetzen könnte? Und wie hoch wäre denn dieser Pflichtteil? (Bearbeitungsnotiz: Hier gehen Sie bitte [unpräjudiziell] davon aus, dass die Fr. 60'000.-- nicht „hereingeholt“ werden können).
6. Können sich Patrick und Liana irgendwie absichern, dass Peters Liegenschaft gemäss dem Willen des Erblassers nach dem Tod von Alice an sie fällt?

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber ihrer Lösung beizulegen.

Gesetzestexte: ZGB/OR, Prozessgesetze, SchKG

## SCHRIFTLICHE ANWALTSPRÜFUNG

### Allgemeine Bemerkungen

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

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. Das schlüssige Aufzeigen der Probleme ist mindestens so wichtig wie die „richtige“ Lösung.

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

Nun viel Glück!

## Der Fall

### (Namen und Bezeichnungen frei erfunden)

G. **Fischer** (fortan „Fischer“) ist selbständiger Kaufmann und lebt in Berlin. Im Jahre 2000 nahm er eine Vertragsbeziehung zur Filiale Winterthur der **Bank X** („Bank“), eine AG mit Sitz in Zürich, auf. Bestandteil der Vertragsbeziehung waren insbesondere ein Kontokorrentkonto, ein Depot, eine Lombardkreditvereinbarung und ein Vermögensverwaltungsvertrag, worüber jeweils schriftliche Vereinbarungen bestehen. Darüber hinaus unterzeichnete er mit den Worten „gelesen und bestätigt“ die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ („AGB“) der Bank (ein [fiktives] Muster selbiger, deren Akzeptierung von allen Kunden verlangt wird, liegt bei). Fischer wünschte ausdrücklich die banklagernde Zustellung der Post. Die Bank legte die Mitteilungen an Fischer, u.a. monatliche Kontoauszüge mit Saldoziehung, jeweils in ein Couvert, welches Fischer bei seinen zwei- oder dreimaligen Besuchen pro Jahr gegen Quittung behändigte. Als Kundenbetreuer und zuständig für die Vermögensverwaltung setzte die Bank A. **Keller** („Keller“) ein, welcher seit 2000 mit Fischer in regelmässigem direktem oder telefonischem Kontakt stand. Im November 2007 wurde Keller wegen des Verdachts der Verübung diverser Vermögensdelikte mit einer Deliktssumme von über CHF 10 Mio. verhaftet. Die bankinternen Ermittlungen ergaben, dass Keller eine erhebliche Anzahl unautorisierte Zahlungen bzw. Gutschriften zulasten einiger von ihm betreuter Kunden veranlasst hatte, teilweise unter Fälschung von Überweisungsaufträgen.

Mit **Valuta 24. Oktober 2006** waren dem Fischer EUR 80'000 mit dem Vermerk „auftrags eines Kunden, Kto. Nr. ...“ gutgeschrieben worden. Im November 2007 teilte die Beklagte ihm die Stornierung der Gutschrift telefonisch und schriftlich mit, wogegen Fischer umgehend protestierte. Die Recherchen der Beklagten von Ende Oktober / Anfang November 2007, welche aufgrund eines damaligen anonymen Hinweises getätigt worden waren, hatten u.a. ergeben, dass Keller bankintern die Zahlung veranlasst hatte, und zwar ohne Auftrag eines Kunden. Zu diesem Zweck war durch ihn ein falscher Beleg betreffend einen angeblichen telefonischen Zahlungsauftrag des Kunden Ku1 angefertigt worden. Dem Stornierungsbeleg wurde ein (anonymisiertes) Schreiben des Ku1 von Anfang No-



vember 2007 beigelegt, in welchem dieser auf Anfrage der Bank bestätigt hatte, dass die Überweisung Valuta 24. Oktober 2006 ohne sein Wissen oder gar seinen Willen erfolgt sei. Er habe vielmehr die auftragslose Überweisung nicht bemerkt, dies vor dem Hintergrund seines regen Zahlungsverkehrs und der nur periodischen Einsicht in die Bankbelege. Es habe volles Vertrauen in die Bank gesetzt. Keller hatte die Fälschung nach seiner Verhaftung eingeräumt. Fischer bestritt in seiner Reaktion auf die Stornierung die bankseits geltend gemachten Gründe mit Nichtwissen. Tatsache sei, dass er im Oktober 2006 aufgrund einer persönlichen Geschäftsbeziehung zu Keller eine Überweisung Kellers erwartet habe, weshalb er angenommen habe, das Geld stamme von Keller, zumal der Beleg keinen Namen des Kontoinhabers genannt habe. Zudem seien sämtliche Reklamationsfristen längst abgelaufen und mache er Verjährung geltend. Sodann treffe die Bank ein grobes Selbstverschulden.

Am **7. August 2006** liess Keller zulasten des Kunden Ku2 zugunsten der Berliner Filiale eines Deutschen Autokonzerns einen Betrag von EUR 100'000 an eine dortige Bank überweisen. Auch in diesem Fall hatte Keller, wie die Recherchen der Bank ergaben, einen telefonischen Auftrag (durch Ku2) intern vorgetäuscht und auch hier hatte der Kunde (also Ku2) bestätigt, dass er nie einen Auftrag erteilt habe und es dafür auch nicht den geringsten Anlass gegeben habe, ihm allerdings erst durch die Nachfrage der Bank der Vorgang bewusst geworden sei. Die Bank fand heraus, dass die Zahlung der Tilgung einer Kaufpreisforderung für einen Personenwagen gedient hatte. Käufer war Fischer. Darauf von der Bank im November 2007 angesprochen, liess er verlauten, Keller habe ihm Geld geschuldet und habe ihm vor der Zahlung an den Autokonzern von sich aus erklärt, sie diene der teilweisen Abzahlung der Schuld. Diese Angaben bestätigte Keller nach der Verhaftung. Er anerkannte auch den Fälschungsvorwurf. Im Übrigen machte Fischer die gleichen Einwendungen und Einreden wie im ersten Fall. Zusätzlich wies er darauf hin, dass der ihm vorgelegte Zahlungsbeleg die Empfängerin – den Autokonzern – ausdrücklich nenne. Die Bank belastete in der Folge das Konto des Fischer auch mit dem Betrag von EUR 100'000. Seitdem weist dieses einen Sollsaldo (mithin zulasten Fischers) von 80'000 (ohne Zinsen) auf. Fischer protestierte auch dagegen sofort.

Im Februar 2008 wurde die Bank von einem Deutschen Anwaltsbüro im Auftrag Fischers angeschrieben. Es wurde angekündigt, man werde die Bank wegen der beiden Stornierungen einklagen.

FRAGE 1 (Gewichtung etwa 2/3):

Sie werden von der Bank mandatiert. Der Auftrag geht dahin, eine Auslegeordnung der materiellen Rechtslage (nach Schweizer Recht) zu erstellen, einschliessend eine Abschätzung der Prozesschancen beider Seiten (Fischer / Bank).

FRAGE 2 bzw. VARIANTE (Gewichtung etwa 1/3):

Sie werden von Fischer mandatiert. Er will die Stornierungen nicht akzeptieren und ersucht Sie, ihm aufzuzeigen, wie und wo geklagt werden kann, wie das Rechtsbegehren zu formulieren sei, ob die Bank Gegenansprüche einklagen könne und wie hoch der Streitwert sei. Sodann habe er ein gewisses Diskretionsbedürfnis, und zwar in der Art, dass er eine Kenntnisnahme des Verfahrens durch deutsche Behörden unter allen Umständen vermeiden möchte. Sie sollen ihm diesbezüglich Möglichkeiten aufzeigen.

# Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und (nachfolgend Bank genannt). Vorbehalten bleiben besondere Vereinbarungen und Usancen.  
Zum besseren Verständnis verzichtet die Bank in allen Formularen auf weiblich-männliche Doppelformen.

## Art. 1 Legitimationsprüfung

Die Bank verpflichtet sich zur gewissenhaften Prüfung der Legitimation des Kunden und der Bevollmächtigten. Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstandenen Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt angewendet hat.

## Art. 2 Mangelnde Handlungsfähigkeit

Der Kunde trägt den Schaden, der aus mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Person entsteht, sofern die Bank diesen Mangel bei geschäftsüblicher Sorgfalt nicht erkennen konnte. Den Schaden aus mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Bevollmächtigten oder anderer Dritter trägt er in jedem Fall.

## Art. 3 Mitteilungen der Bank

Mitteilungen der Bank gelten als erfolgt, wenn sie an die letzte vom Kunden bekanntgegebene Adresse abgesandt worden sind.

## Art. 4 Übermittlungsfehler

Den aus der Benützung von Post, Telefax, Telefon, Telex, E-Mail und anderen Übermittlungs- oder Transportarten entstehenden Schaden, wie z.B. aus Verlust, Verspätung, Missverständnissen, Verstümmelungen oder Doppelausfertigungen, trägt der Kunde, sofern die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt angewendet hat.

## Art. 5 Mangelhafte Ausführung von Aufträgen

Wenn aufgrund mangelhafter, verspäteter oder nicht erfolgter Ausführung von Aufträgen (Börsenaufträge ausgenommen) Schaden entsteht, haftet die Bank lediglich für den Zinsausfall, sofern die Bank nicht im Einzelfall auf die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens hingewiesen wurde.

## Art. 6 Gleichstellung der Samstage mit Feiertagen

Im Geschäftsverkehr mit der Bank sind Samstage staatlich anerkannten Feiertagen gleichgestellt.

## Art. 7 Beanstandungen

Beanstandungen des Kunden aus der Ausführung von Aufträgen sowie anderer Mitteilungen sind sofort nach Empfang der entsprechenden Mitteilung, spätestens aber innerhalb einer allenfalls von der Bank gesetzten Frist, vorzunehmen. Unterbleibt eine zu erwartende Anzeige der Bank, so hat die Beanstandung so zu erfolgen, wie wenn die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf zugegangen wäre. Der Kunde trägt den aus verspäteter Beanstandung entstandenen Schaden.

Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen haben innerhalb eines Monats zu erfolgen. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist gelten Auszüge als genehmigt.

## Art. 8 Pfand- und Verrechnungsrecht

Die Bank hat an allen Vermögenswerten, die sie jeweils für Rechnung des Kunden bei sich selbst oder anderswo aufbewahrt, ein Pfandrecht und bezüglich aller Forderungen ein Verrechnungsrecht für alle ihre jeweils bestehenden Ansprüche, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Währung. Die Bank ist nach ihrer Wahl zur zwangsrechtlichen oder freihändigen Verwertung der Pfänder berechtigt, sobald der Kunde mit seiner Leistung in Verzug ist.

## Art. 9 Kontoverkehr

Die Bank behält sich vor, ihre Zins- und Kommissionsansätze jederzeit, namentlich bei geänderten Geldmarktverhältnissen, abzuändern und dem Kunden hiervon schriftlich oder auf andere geeignete Weise Kenntnis zu geben. Zinsen und Kommissionen verstehen sich für die Bank netto. Steuern, Abgaben und Spesen gehen zulasten des Kunden. Erteilt der Kunde verschiedene Aufträge in einer Gesamtsumme, die seinen bei der Bank verfügbaren Betrag übersteigt, so bestimmt die Bank in eigenem Ermessen und unabhängig vom Auftragsdatum oder Auftragseingang, welche Verfügungen ganz oder teilweise auszuführen sind.

## Art. 10 Fremdwährungskonti

Die den Guthaben der Kunden in fremder Währung entsprechenden Aktiven der Bank werden in gleicher Währung inner- oder ausserhalb des Landes der betreffenden Währung ange-

Produktecode: 01050

legt. Der Kunde trägt anteilmässig alle wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen, die das Gesamtguthaben der Bank im Lande der Währung oder der Anlage als Folge von behördlichen Massnahmen treffen sollten.

Bei Fremdwährungskonti erfüllt die Bank ihre Verpflichtungen ausschliesslich am Sitz der kontoführenden Niederlassung, und zwar lediglich durch Verschaffung einer Gutschrift bei ihrer Zweigniederlassung, bei einer Korrespondenzbank oder bei der vom Kunden bezeichneten Bank im Lande der Fremdwährung.

#### **Art. 11 Wechsel, Checks und andere Papiere**

Die Bank ist berechtigt, diskontierte oder gutgeschriebene unbezahlte Wechsel, Checks und andere Papiere zurückzubelasten. Bis zur Begleichung eines Schuldsaldos verbleiben ihr die wechselrechtlichen, checkrechtlichen oder anderen Ansprüche auf Zahlung des vollen Betrags der Wechsel, Checks und anderen Papiere mit Nebenforderungen gegen jeden aus dem Papier Verpflichteten.

#### **Art. 12 Kündigung der Geschäftsverbindungen**

Die Bank und der Kunde können Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen kündigen.

Die Bank kann insbesondere Kreditlimiten jederzeit annullieren und ihre Guthaben ohne Kündigung einfordern.

#### **Art. 13 Auslagerung von Geschäftsbereichen**

Die Bank behält sich vor, Geschäftsbereiche (wie z. B. Zahlungsverkehr, Wertschriftenabwicklung) ganz oder teilweise auszulagern.

#### **Art. 14 Anwendbares Recht und Gerichtsstand**

**Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen schweizerischem Recht. Ausschliess-**

**licher Gerichtsstand für alle Verfahren ist Zürich oder der Ort der schweizerischen Niederlassung, mit welcher die vertragliche Beziehung besteht. Die Bank hat auch das Recht, den Kunden bei jedem anderen zuständigen Gericht zu belangen.**

#### **Art. 15 Bankkundengeheimnis**

Organen, Angestellten und Beauftragten der Bank obliegt die gesetzliche Pflicht, über den Geschäftsverkehr der Kunden Verschwiegenheit zu wahren. Der Kunde entbindet die Bank von ihrer Geheimhaltungspflicht, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Bank notwendig ist:

- bei vom Kunden gegen die Bank eingeleiteten gerichtlichen Schritten,
- zur Sicherung der Ansprüche der Bank und der Verwertung von Sicherheiten des Kunden oder Dritter,
- beim Inkasso von Forderungen der Bank gegen den Kunden,
- bei Vorwürfen des Kunden gegen die Bank in der Öffentlichkeit oder gegenüber Behörden des In- und Auslandes,
- und soweit bei Transaktionen in ausländischen Wertpapieren oder -rechten die zur Anwendung gelangenden Bestimmungen eine Offenlegung erfordern.

Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Auskunftspflichten der Bank.

#### **Art. 16 Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird schriftlich oder auf andere geeignete Weise informiert.

## Schriftliche Anwaltsprüfung

### Teil 1

I.

Herr und Frau F. (Fernab), ein Ehepaar mit Wohnsitz in Wien, Österreich, kauft von der Bau AG mit Sitz in Zürich eine Eigentumswohnung an der Grünstrasse 5 in Uster (Kanton Zürich). Als der Kaufvertrag abgeschlossen wird ist diese Wohnung allerdings noch nicht erstellt, es existiert lediglich ein detaillierter Baubeschrieb. Die Liegenschaft ist überdies gemäss Begründungsakt und Aufteilungsplänen in Stockwerkeigentum aufgeteilt, das Stockwerkeigentümerreglement ist im Grundbuch angemerkt. Die Beurkundung des Kaufvertrages findet am 12. März 2004 in Uster statt, wobei die Eheleute F. eine Teilzahlung an die Bau AG leisten. In der Folge wird das Gebäude erstellt. Die Eigentumsübertragung findet am 10. Juli 2005 kurz vor Bezugsbereitschaft der Wohnung statt, Zug um Zug wird auch der Restkaufpreis bezahlt. Nach Abnahme der Wohnung vermieten die Eheleute F. die Wohnung an das Ehepaar A. (Ansässig), Heizkosten sind im Mietpreis von CHF 3'000 pro Monat inbegriffen. Die Verwaltung der Liegenschaft wird durch die Treu AG besorgt.

II.

Bei Erhalt der ersten Abrechnung der Treu AG im Februar 2006 stellen Herr und Frau F. fest, dass unüblich hohe Beträge für die Beheizung ihrer Wohnung in Rechnung gestellt werden, was sie zu Nachforschungen veranlasst. Es stellt sich heraus, dass die Bau AG am 28. Januar 2004 mit der Heiz AG mit Sitz in Baden (Kanton Aargau) einen „Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag“ abgeschlossen hatte, gemäss welchem dem Kunden nebst den Kosten für den Verbrauch von Wärmeenergie auch ein Grundpreis verrechnet wird (Auszug des Vertrags in der Beilage zur Prüfungsaufgabe). Der Grundpreis wird gemäss diesem Vertrag unabhängig vom Verbrauch festgelegt und dient als Beitrag an die „Fixkosten“. Weiterhin ist im Vertrag vereinbart, dass die Heizanlage Eigentum der Heiz AG ist,

sie muss vom Kunden bei Vertragsbeendigung zum damaligen Übernahmewert gekauft werden. Die Eheleute F. sind entrüstet, denn selbstverständlich haben sie angenommen, mit der Wohnung auch eine Heizanlage zu Eigentum erworben zu haben. Sie verlangen bei der Bau AG am 26. 3. 2006 Einsicht in den Vertrag mit der Heiz AG vom 28. Januar 2004, ausserdem konsultieren sie sämtliche vorhandenen Unterlagen. Sie finden die folgenden einschlägigen Hinweise:

Im Stockwerkeigentümerreglement:

*„Wärmeerzeugung (Heizung und Warmwasser): Für die Erstellung der Wärmeerzeugung besteht ein separater Vertrag mit der Heiz AG. Der Wärmeverbrauch für Heizung und Warmwasser wird für jede Stockwerkeinheit separat gemessen. Die Wärmeverrechnung erfolgt für jede Stockwerkeinheit direkt durch die Heiz AG.“*

Im Baubeschrieb:

*„Für die Heizung mit Erdwärme wird mit der Heiz AG ein Contractingvertrag für Lieferung von Heizung und Warmwasser abgeschlossen.“*

III.

An der (form- und fristgemäss einberufenen) ordentlichen Versammlung der Stockwerkeigentümer am 20. April 2006 wird klar, dass keine einzige Eigentümerpartie beim Kauf ihrer Wohnung realisiert hatte, dass im Kaufpreis für die Wohnung die Heizanlage nicht inbegriffen war. In sämtlichen Wohnungskaufverträgen ist nämlich die Heizanlage nicht erwähnt, es existieren auch sonst keine Vereinbarungen betreffend die Beheizung der Wohnungen. Keine Partie hatte Kenntnis vom Wortlaut des Vertrags mit der Heiz AG, welcher erst auf Veranlassung der Eheleute F. mit der Einladung zur Versammlung allen zugestellt worden war.

Einzelne Eigentümer behaupten an der Versammlung sogar, dass man ihnen im Rahmen der Verkaufsgespräche Nebenkosten im üblichen Rahmen zugesichert habe. Weiterhin kommt aus, dass der „Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag“

seitens der Bau AG in einem Zeitpunkt unterschrieben worden war, als drei von sieben Wohnungsverträgen bereits notariell beurkundet waren.

Die Stockwerkeigentümer der Liegenschaft Grünstrasse 5 fühlen sich „über den Tisch gezogen“, dies umso mehr, als dass einige Eigentümer wegen der nicht budgetierten hohen Nebenkosten ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten befürchten. Sie möchten unbedingt, dass die Nebenkosten für die Heizung auf ein normales Mass gesenkt werden, einige Eigentümer möchten auch die Rückerstattung der bereits bezahlten Fixkosten erreichen. Die Anfechtung der Kaufverträge mit der Bau AG zwecks Rückgabe der Wohnung steht ebenfalls zur Diskussion.

#### Fragen:

1.

Nach der Versammlung vom 20. April 2006 werden Sie von den Eheleuten F. kontaktiert und gebeten, eine Stellungnahme zuhanden aller sieben Eigentümerpartien abzugeben. Schreiben Sie ein Exposé mit ihrer Beurteilung der Sachlage, in welchem Sie darlegen, welche Möglichkeiten den Stockwerkeigentümern und/oder der Stockwerkeigentümergeinschaft zustehen. Weisen Sie auch darauf hin, wenn für Ihre Beurteilung weitere Informationen notwendig wären.

Aeussern Sie sich insbesondere zu den Voraussetzungen einer Klage (inkl. Sachlegitimation, Prozessvoraussetzungen, Zuständigkeitsfragen) und über die möglichen Rechtsmittel. Es wird erwartet, dass Sie die Risiken eines gerichtlichen Vorgehens anderen Vorschlägen gegenüberstellen.

2.

Qualifizieren Sie den „Anlagebau - und Wärmeenergieliefervertrag“ und erklären Sie den Klienten kurz die Vor- und Nachteile dieser rechtlichen Situation gegenüber einem (nach Vertrag möglichen) Kauf der Heizanlage von der Heiz AG.

IV.

Gehen Sie im folgenden davon aus, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft Grünstrasse 5 den Vertrag mit der Heiz AG im Laufe der Zeit formell übernommen hat.

Fragen:

3.

Wo muss die Heiz AG bei Lieferverzögerungen eingeklagt werden? Begründen Sie Ihre Antwort.

4.

Kann die Versammlung der Stockwerkeigentümer den Kauf der Anlage gegen den Willen eines oder mehrerer Eigentümer beschliessen, wenn entsprechende Reglementsbestimmungen fehlen?

## **Teil 2**

Bereits im November 2005 hatten die Eheleute F. einen Brief von einem an der Erstellung des Gebäudes beteiligten Malergeschäft erhalten, in welchem bekanntgegeben wird, dass die Bau AG die Schlussrechnung für das Gebäude Grünstrasse 5 von CHF 150'000 nicht bezahlt hätte. Es wird in diesem Brief angedroht, dass die Wohnung der Eheleute F. mit einem Pfandrecht belastet würde, falls nicht entsprechende Sicherheiten geleistet würden. Die Eheleute F. stellen sich auf den Standpunkt, diese Forderung betreffe sie nicht, da sie ja den ganzen Kaufpreis für die Wohnung an die Bau AG bereits bezahlt haben. Sie sind zur Sicherheitsleistung nicht bereit.



### Fragen:

1.

Kann die Stockwerkeinheit der Eheleute F. in dieser Situation mit einem Pfandrecht zugunsten des Malergeschäftes belastet werden? Welche formellen Voraussetzungen müssen hierfür gegeben sein?

2.

Wie lautet ein entsprechendes Rechtsbegehren, und wo ist es zu stellen (örtlich und sachlich)? Wie ist weiter vorzugehen, damit das Pfandrecht definitiv eingetragen werden kann ?

3.

Welche Rechtsmittel sind gegen die erwirkten Gerichtsentscheide möglich (Kanton und Bund)?

### Teil 3

Herr und Frau F. entschliessen sich im Mai 2006, aufgrund der veränderten Ausgangslage den Mietpreis für ihre Wohnung zu erhöhen, damit die bei Abschluss des Mietvertrages nicht bekannten Mehrkosten nicht durch sie getragen werden müssen. Sie senden zu diesem Zweck das vorgeschriebene amtliche Formular an die Eheleute A. und erklären darin, dass künftig der Mietpreis von CHF 3'000 als Nettomietpreis gelte und sämtliche mit der Heizung zusammenhängende Kosten zusätzlich zu bezahlen seien. Sie verlangen monatliche Akontobeiträge von CHF 450 hierfür, jährlich sollen die Mieter eine genaue Abrechnung erhalten. Die Mieter (Ehepaar A.) wollen dies nicht akzeptieren und fechten die Mietzinserhöhung an.

Fragen:

1.

Mit welchen Argumenten könnte gegen die vorgesehene Mietzinserhöhung opponiert werden?

2.

Welche Stelle ist für die Anfechtung örtlich und sachlich zuständig, und welche Rechtsmittel kommen gegen deren Entscheid in Frage?

Beilage:

Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag (Auszug)

Gesetzestexte:

P. Gauch, ZGB und OR mit Nebengesetzen (46. Aufl.), BGG, Prozessgesetze.

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber ihrer Lösung beizulegen.

# Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag (Auszug)

abgeschlossen am 28. Januar 2004

zwischen

Heiz AG.....  
nachfolgend Unternehmung genannt

als Anlageersteller und Wämerlieferant,

und

Bau AG.....  
nachfolgend Kunde genannt

als Grundeigentümer Parz.Nr...,

für die Ueberbauung Grünstrasse 5 in 8610 Uster

## Einleitung

Dieser Vertrag und seine Beilagen ordnen das Rechtsverhältnis zwischen der Unternehmung und dem Kunden abschliessend. Soweit hierin keine speziellen Bestimmungen enthalten sind gelten die gesetzlichen Vorschriften.

## 1. Gegenstand des Vertrages

- 1.1 Vertragsgegenstand ist die Erstellung und der Betrieb einer umweltschonenden Erdwärmesonden-Wärmepumpen-Heizanlage (nachfolgend gesamthaft Anlage genannt) durch die Unternehmung. Die Anlage befindet sich in einem separaten Gebäude neben der Trafostation nördlich der Überbauung Grünstrasse 5 und steht im Eigentum der Unternehmung
- 1.2 Der Kunde bezieht die Wärme von der Unternehmung.
- 1.3 .....

## **2. Pflichten der Unternehmung**

- 2.1 Die Unternehmung finanziert, erstellt, betreibt und unterhält die Anlage.
- 2.2 Die Unternehmung haftet für allfällige bei der Erstellung der Anlage dem Kunden entstehende Schäden, sofern diese nicht auf schuldhaftes Verhalten des Kunden zurückzuführen sind.
- 2.3 Die Unternehmung verpflichtet sich zur dauernden Bereitstellung der vom Kunden benötigten Wärmeenergie im Umfang des Jahresenergieverbrauchs.

Die Energielieferung kann lediglich in folgenden Fällen vorübergehend unterbrochen oder eingeschränkt werden:

- zur Vornahme von Wartungsarbeiten, Reparaturen oder baulichen Massnahmen
- bei ausserordentlichen Vorkommnissen wie Störungen durch Naturereignisse, Feuer, Stromausfall oder dgl.
- in Fällen höherer Gewalt wie Krieg, Sabotage, Unruhen oder dgl.
- während den üblichen täglichen Sperren der Wärmepumpen durch das Elektrizitätswerk.

Soweit Unterbrechungen oder Einschränkungen voraussehbar sind, werden sie von der Unternehmung vorher angezeigt.

- 2.4 Die Unternehmung haftet für sämtliche im Eigentum der Unternehmung befindliche Teile der Anlage und ist zu deren Unterhalt verpflichtet.
- 2.5 Die Unternehmung behebt allfällige Störungen raschmöglichst, spätestens innert 48 Stunden ab Eingang einer Meldung, andernfalls installiert sie auf ihre Kosten eine Überbrückungslösung.

Eine darüber hinausgehende Haftung für allfällige von der Anlage ausgehende Schäden, einschliesslich Folgeschäden, wird von der Unternehmung nicht übernommen.

- 2.6 Veränderungen an der Anlage, die den Betrieb der Wärmeverteilung negativ beeinflussen können, sind dem Kunden vorgängig anzuzeigen.
- 2.7 Die Unternehmung sorgt für einen angemessenen Versicherungsschutz für ihre Anlageteile.
- 2.8 Die Unternehmung verpflichtet sich, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen eventuellen Rechtsnachfolger zu übertragen.

### **3. Pflichten des Kunden**

- 3.1 Der Kunde ist dafür besorgt, dass alle Wohnungen der Überbauung Grünstrasse 5 in Uster zur Wärmeabnahme an die Anlage angeschlossen werden und während der gesamten Vertragsdauer angeschlossen bleiben.
- 3.2 Der Kunde verpflichtet sich zur dauernden Abnahme der bereitgestellten Wärme zur Deckung seines gesamten Bedarfs, diese gemäss Art. 6 zu bezahlen und diese weder von Dritten zu kaufen noch selber Wärme zu erzeugen.
- 3.3 Der Kunde gewährt der Unternehmung jederzeit den notwendigen Zugang zum laufenden Betrieb zwecks Ablesung, Reparatur, Erneuerung, Ergänzung oder technischer Abänderung der Anlage. Der Kunde erteilt der Unternehmung die dazu nötigen Sachinformationen.
- 3.4 Durch den Kunden zu erbringende bauseitige Leistungen:
  - Sicherstellung der Befahrbarkeit des Grundstücks für Bohrgeräte und Begleitfahrzeuge
  - Sämtliche Durchführungen und Abdichtungen durch Schächte, Wände, Decken etc. sind in der Verantwortung und Lieferumfang des Kunden.
  - anfallende Grab- und Mauerarbeiten
  - Baustrom und -wasser.
- 3.5 Der Kunde haftet für allfällige bei der Erstellung der Überbauung entstehende Schäden an der Anlage, sofern diese nicht auf schuldhaftes Verhalten der Unternehmung zurückzuführen sind.
- 3.6 Der Kunde ist ab der Liefergrenze der Unternehmung für die Förderung, Verteilung und Regulierung der Wärme, sowie für die Instandhaltung und Erneuerung der gesamten Wärmeverteilanlage verantwortlich.
- 3.7 Die nicht zur Anlage gehörenden Teile und Bauten sind durch den Kunden zu unterhalten.
- 3.8 Der Kunde zeigt voraussehbare Unterbrechungen oder Einschränkungen auf Seite der Wärmeverteilanlage vorgängig an.
- 3.9 Der Kunde meldet Unregelmässigkeiten auf seiner Seite die den Betrieb der Anlage beeinflussen können ohne Verzug.
- 3.10 Veränderungen an der Verteilanlage sind der Unternehmung vorgängig anzuzeigen. Diese kann Veränderungen, welche die Wärmeerzeugung oder -verteilung negativ beeinflussen könnten, untersagen oder von der Übernahme der an der Anlage entstehenden Anpassungskosten abhängig machen.
- 3.11 Der Kunde schliesst eine Versicherung ab, worin die Anlageteile der Unternehmung durch Einflüsse, die vom Kunden stammen, abgesichert sind.

- 3.12 Der Kunde benachrichtigt die Unternehmung über eine allfällige Handänderung des Grundstücks spätestens 2 Wochen im voraus. Dem Kunden ist bekannt, dass jede Handänderung gemeinsam mit der Übertragung des vorliegenden Vertrages zu erfolgen hat und er haftet der Unternehmung für die Einhaltung dieser Bestimmung.
- 3.13 Der Kunde verpflichtet sich, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen eventuellen Rechtsnachfolger zu übertragen.

#### **4. Wärmeübergabe, Verbrauchsmessung**

.....

#### **5. Anschlusskosten**

Der Kunde hat keine Anschlusskosten zu entrichten.

#### **6. Wärmepreis**

- 6.1 Der Preis für die gelieferte Wärmeenergie setzt sich aus dem Grundpreis und dem Verbrauchspreis zusammen.
- 6.2 Der Grundpreis wird unabhängig vom Wärmeverbrauch festgelegt und dient als Beitrag zu den Fixkosten. Dem Wohnungseigentümer wird der Grundpreis auch verrechnet, wenn kein Bezug stattfindet.
- 6.3 Der jährlich zu entrichtende Grundpreis beträgt....
- 6.4 (Indexklausel).
- 6.5 Der Verbrauchs- oder Arbeitspreis ist das Entgelt für die gelieferte Wärmemenge. Die Wärmemenge wird mittels Zähler ermittelt. Der zu entrichtende Wärmepreis beträgt.....
- 6.6 (Indexklausel).

#### **7. Abrechnung**

- 7.1. Per 30. Juni und 31. Dezember jedes Jahres wird die bezogene Energiemenge abgelesen und abgerechnet. Die Abrechnung erfolgt für jede STWEG separat. Die Unternehmung liefert den entsprechenden Verteilschlüssel für die einzelnen Wohnungen. Die Abrechnungen werden spätestens 2 Monate nach Ablesung zugestellt.

- 7.2. Die Zahlungen sind innert 30 Tagen ab Rechnungsdatum zu leisten. Bei Zahlungsverzug können Mahnspesen und Verzugszinsen gemäss OR in Rechnung gestellt werden.

## 8. Vertragslaufzeit, Lieferbeginn, Rechtsnachfolge

- 8.1 Der Vertrag tritt unmittelbar mit der Unterzeichnung und nach Vorliegen einer rechtsgültigen Baubewilligung in Kraft.
- 8.2 Das Energielieferverhältnis zwischen den Vertragspartnern beginnt mit dem Tag der Inbetriebnahme der Anlage und dauert bis zur Beendigung dieses Vertrages.
- 8.3 Die Inbetriebnahme der Anlage erfolgt in gegenseitiger Absprache unmittelbar nach ihrer Fertigstellung.
- 8.4. Dieser Vertrag wird ohne zeitliche Begrenzung abgeschlossen, mindestens aber auf eine Dauer von 30 (dreissig) Jahren ab Beginn des Energielieferverhältnisses. Wird er nicht mindestens 12 Monate vor Ablauf der Minstdauer von einer Partei schriftlich gekündigt, verlängert er sich jeweils stillschweigend um weitere 5 (fünf) Jahre bei gleicher Kündigungsfrist.
- 8.5 Bei Beendigung dieses Vertrages ist der Kunde verpflichtet, die Anlage zum Übernahmewert zu übernehmen und die Beendigung wird erst wirksam, wenn der Übernahmewert beglichen ist. Der Übernahmewert ist die Summe aus den Restwerten der Teilbereiche, **Erdsonden, Infrastruktur** (Leitungen, Speicher, Planungskosten, Bauarbeiten, Elektroinstallationen, usw.) und **Wärmepumpen** (Pumpen, usw.) die wie folgt ermittelt werden:

$$\text{Übernahmewert} = \frac{\text{Erstellungswert} * \text{Restnutzungsdauer}}{\text{Gesamtnutzungsdauer}}$$

Der Erstellungswert ist der Gesamtbetrag der von der Unternehmung für die Erstellung und den Ersatz des entsprechenden Teilbereichs der Anlage geleisteten Aufwendungen. Die Restnutzungsdauer und die Gesamtnutzungsdauer werden für die drei Teilbereiche der Anlage getrennt betrachtet. Die Gesamtnutzungsdauer für die Erdsonden beträgt **30 Jahre**, für die Infrastruktur **30 Jahre** und für die Wärmepumpen **15 Jahre**.

- 8.6 Können sich die Parteien über den Übernahmewert oder Teile davon nicht einigen, so soll darüber das ordentliche Gericht entscheiden, dabei ist Art. 8.5 massgebend.
- 8.7 Der Kunde hat jederzeit das Recht, mit dem Ersuchen an die Unternehmung heranzutreten, die Anlage gemäss Art. 8.5 in sein Eigentum zu übernehmen.
- 8.8 Der Kunde kann den Vertrag vor Ablauf der Vertragsdauer ausserordentlich kündigen, unter der Bedingung, dass die Unternehmung den vertraglich vereinbarten Pflichten nicht nachkommt. In diesem Fall entschädigt der Kunde

der Unternehmung den Übernahmewert gemäss Art. 8.5 zum Zeitpunkt der Kündigung.

- 8.9 Will die Unternehmung ihre Rechte an der Anlage an Dritte übertragen, hat der Kunde innert fünf Monaten nach der entsprechenden Mitteilung das Recht, die Anlage gemäss Art. 8.5 selbst zu übernehmen.

## **9. Gerichtsstand**

Der Gerichtsstand ist Uster/ZH. Es gilt das schweizerische Recht. Allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden durch die ordentlichen Gerichte entschieden, sofern sich die Parteien nicht auf ein Schiedsgericht einigen.

(Schlussbestimmungen, Datum und Unterschriften)



## Schriftliche Anwaltsprüfung

### Grundsachverhalt

Marcel Fuchs schloss mit Peter Meier einen [formgültigen] Kaufvertrag über die Liegenschaft Kat.Nr. 7025 in Horgen sowie damit verbunden einen Viertel Miteigentum an Kat.Nr. 7028. Letztere Liegenschaft ist ein privates Zufahrtssträsschen, welches die Liegenschaft Kat.Nr. 7025 und die anstossenden weiteren Liegenschaften Kat.Nrn. 7024, 7026 und 7027 an die öffentliche Strasse erschliesst. Sie steht im Miteigentum der 4 Anstösser. Als Kaufpreis wurden Fr. 800'000.-- insgesamt vereinbart. Die Gewährleistung wurde wie üblich - so äusserte sich damals der Notar - wegbedungen. Das [Schmutz-]abwasser der genannten 4 Liegenschaften Kat.Nrn. 7024-7027 wird über eine unter dem Zufahrtssträsschen gelegene [private] Leitung in die öffentliche Abwasserkanalisation abgeführt. Einige Monate vor dem Verkauf hatte das Gemeinwesen im Zuge einer Überprüfung der gemeindeeigenen Abwasserleitungen mit einer Kanalspiegelung festgestellt, dass sich die private Zuleitung der 4 Liegenschaften in einem schlechten, aber momentan noch tolerablen Zustand befand, der in naher Zukunft nach einer von den Miteigentümern zu tragenden Sanierung rief. Das hatte die Gemeindeverwaltung entsprechend den Miteigentümern mitgeteilt. Verkäufer Fuchs hatte diesen Sachverhalt seinem Vertragspartner verschwiegen. Da Peter Meier das Gebäude auf Kat.Nr. 7025 abzureissen und einen Neubau zu realisieren gedachte, vereinbarten die Parteien, dass die Eigentumsübertragung erst nach Vorliegen der Baubewilligung erfolgen solle.

Ungefähr 6 Monate nach dem Vertragsschluss erteilte die Baubehörde die Baubewilligung, machte aber die Realisation des Vorhabens bzw. die Baufreigabe von der Auflage abhängig, dass zuvor die private Anschlussleitung im Zufahrtssträsschen an die öffentliche Kanalisation saniert wer-

de. Das wäre mit Gesamtkosten von rund Fr. 200'000.-- verbunden. An sich waren die drei weiteren Anstösser und Miteigentümer, die aufgrund der erwähnten Orientierung durch die Gemeindeverwaltung ohnehin gelegentlich eine Sanierung auf sich zukommen sahen, bereit, Kostenanteile von je einem Viertel zu übernehmen, so dass Peter Meier als "Vierter im Bunde" rund Fr. 50'000.-- zu zahlen hätte. Indes ist Peter Meier der Meinung, Fuchs habe ihn "gelegt"; er habe die Liegenschaft mindestens im Umfang dieser Sanierungskosten "überzahlt". Fuchs ist aber nicht zu einer Preisreduktion oder sonstigen Zugeständnissen bereit, und er ist angesichts der Kontroverse auch nicht bereit, Hand zur Eigentumsübertragung zu bieten.

### **Bearbeitungsthema 1:**

Kann Peter Meier die Sanierungskosten von Fuchs erhältlich machen oder allenfalls eine Kaufpreisreduktion erwirken?

### **Bearbeitungsthema 2:**

Peter Meier will sich auf alle Fälle - ob sein Bemühen um eine Preisreduktion bzw. Kostenübernahme durch Fuchs gelinge oder nicht - die Liegenschaft "sichern", zumal er bereits Projektierungskosten von rund Fr. 10'000.-- bezahlt hat, und er hat bei der zuständigen Behörde eine vorläufige Eintragung nach Art. 961 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB beantragt. Mit diesem Begehren wurde er abgewiesen. Zu Recht? Rechtsmittel im Kanton und auf Bundesebene?

### **Bearbeitungsthema 3:**

Nehmen Sie an, das schliesslich mit der Klage Meiers über Fr. 50'000.-- befasste Bezirksgericht habe die Klage ohne Weiterungen abgewiesen mit der [zusammengefassten] Begründung, es sei nicht erstellt, dass Fuchs im Zuge des Vertragsschlusses bzw. der Vertragsverhandlungen die marode Leitung und deren Sanierungsbedarf verschwiegen habe, da Meier entgegen § 113 ZPO weder in der Klagebegründung noch in der Replik Beweismittel für diese Behauptungen bezeichnet habe, und überdies sei nicht ersichtlich, dass Fuchs eine Aufklärungspflicht gehabt habe.

Gehen Sie weiter davon aus, das Obergericht weise Ihre Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts im Wesentlichen unter Hinweis auf § 161 GVG ab. Rechtsmittel ?

**Variante A des Sachverhalts:**

Die Parteien hatten im Kaufvertrag vereinbart, dass Peter Meier Fr. 200'000.-- sofort zahlt [was geschehen ist] und dass die Eigentumsübertragung nach Vorliegen der Baubewilligung Zug um Zug gegen Zahlung des Restbetrages erfolge. Peter Meier erfuhr erst aufgrund der Auflage in der Baubewilligung vom schlechten Zustand der Abwasserleitung und des ihn treffenden Anteils an den Sanierungskosten von Fr. 50'000.-- . Unter dem Eindruck dieser Erkenntnis weigerte er sich, die Restzahlung zu leisten, ging aber im Übrigen wie in Thema 2 geschildert vor. Noch vor dem Entscheid über die vorläufige Eintragung wurde über Fuchs der Konkurs eröffnet, und es wurde in der Folge das summarische Verfahren angeordnet.

**Bearbeitungsthema 4:**

Wie ist jetzt die Rechtslage? Hat Peter Meier Anspruch auf Erfüllung des Vertrages? Oder könnte er noch "aussteigen"? Welches wären die Folgen der von Ihnen gesehenen Varianten?

**Variante B des Sachverhalts:**

Peter Meier hatte den Kaufpreis gesamthaft bezahlt, und das Eigentum wurde übertragen. Und auch jetzt erfuhr Meier erst aufgrund der Auflage in der Baubewilligung vom Sanierungsbedarf der Leitung. Auf Klageandrohung hin erklärte sich aber Fuchs unterschriftlich bereit, seinem Käufer mit Fr. 60'000.-- "für Sanierung und Umtriebe entgegen zu kommen", aber im Moment sei er nicht liquid, und er versprach Zahlung nach 3 Monaten. Um dem Misstrauen Meiers zu begegnen, brachte Fuchs eine (formgültige) Bürgschaftserklärung seines Onkels über Fr. 50'000.-- bei. Noch vor Ablauf der Frist wurde der Konkurs über Fuchs eröffnet.

### **Bearbeitungsthema 5:**

Peter Meier meldet im Konkurs eine Forderung über Fr. 60'000.-- an. Das Amt "tritt zur Zeit auf die Forderungsanmeldung nicht ein" mit der Begründung, Meier habe sich zunächst einmal an den Bürgen zu halten und könne erst zur Kollokation zugelassen werden, wenn feststehe, ob er etwas und wenn ja wieviel er vom Bürgen erhalte. Muss sich Peter Meier damit zufrieden geben? Wenn nein, was dann?

### **Bearbeitungsthema 6:**

Angenommen [und losgelöst von Frage 5], Peter Meier sei mit einer Forderung von Fr. 60'000.-- kolloziert worden und nun entschliesse sich der Bürge, die Fr. 50'000.-- effektiv zu zahlen, ist aber unsicher, ob er die Einzahlung an das Konkursamt oder an Peter Meier veranlassen soll. Wie ist hier die Rechtslage? Wer ist hier mit welchen Beträgen Gewinner oder Verlierer?

Bearbeitungsnotiz: Es ist davon auszugehen, dass in der dritten Klasse eine Konkursdividende von 20% resultiert.

### **Bearbeitungshinweis zu den Rechtsmittelfragen:**

Hier wollen Sie sich nicht in epischer Breite über unwesentliche Formalia verbreiten [z.B. Amtssprache, Gang des Rechtsmittelverfahrens, Fristerstreckungen etc.], sondern sich auf das Wesentliche beschränken: Legitimation, Bezeichnung des Rechtsmittels und Rechtsmittelinstanz, Rüge-themen.

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

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber Ihrer Lösung beizulegen.

## Schriftliche Anwaltsprüfung

### Prüfungsaufgabe:

#### Teil A

Ein Golfplatz im Bezirk Affoltern ZH wird vom Golfclub Wiesengrund betrieben, einem Verein, dessen Mitglieder zur Benützung des Golfplatzes berechtigt sind. Das Clubhaus gehört aber der W Immobilien AG [WIAG] mit Sitz in Affoltern am Albis und ist vom Golfclub gegen Bezahlung einer erheblichen jährlichen Entschädigung gepachtet.

Das ursprüngliche Aktienkapital der WIAG von CHF 600'000, eingeteilt in 6000 Namenaktien à CHF 100 nominal, gehörte zu gleichen Teilen A, B und C, welche auch Initianten und Promotoren des Golfclubs waren und heute noch den Verwaltungsrat der WIAG bilden. Um eine bedeutende Vergrösserung und Verschönerung des Clubhauses finanzieren zu können und einem vielseitigen Wunsch auf Öffnung des Aktionariates nachzukommen, beschloss die WIAG im Jahre 2006 eine Kapitalerhöhung von CHF 600'000 auf CHF 1'500'000 durch Ausgabe von 9000 Namenaktien à CHF 100 nominal zum Preis von CHF 500 pro Aktie, welche von vielen Mitgliedern des Golfclubs erworben wurden.

Anlässlich dieser Kapitalerhöhung wurde folgende Bestimmung in die Statuten der WIAG aufgenommen:

"Die Übertragung von Aktien bedarf in jedem Fall der Genehmigung durch den Verwaltungsrat, welcher die Zustimmung aus wichtigen Gründen verweigern kann. Als wichtige Gründe gelten:

1. wenn der Erwerber nicht Mitglied des Golfclubs Wiesengrund ist,
2. wenn der Erwerber mehr als 2% der im Handelsregister eingetragenen Anzahl Aktien erwerben oder besitzen würde,
3. der Erwerb oder das Halten von Aktien im Interesse Dritter.

Soweit Aktionäre mehr als 2% des Aktienkapitals erwerben oder halten, werden sie mit 2% als Aktionäre mit Stimmrecht und für den Rest als Aktionäre ohne Stimmrecht behandelt.

Die Beschränkung bezüglich 2% gilt nicht für Aktionäre, welche bei Einführung dieser Statutenbestimmung bereits an der Gesellschaft beteiligt waren."

Demgemäss blieben A, B und C weiterhin mit allen ihren Aktien stimmberechtigt, während die übrigen Aktionäre nur mit 2% als Aktionär mit Stimmrecht eingetragen wurden, auch wenn sie mehr Aktien hielten, was wegen der hohen Dividende öfters vorkam.

In letzter Zeit nahmen Spannungen zwischen A, B und C einerseits und einem grösseren Teil der übrigen Aktionäre wegen der Zielsetzungen von Club und AG zu. Die Opponenten wollten vor allem einen kostengünstigen, sportlichen Golfclub, während A, B und C sowie ihnen nahestehende Mitglieder einen prestigeträchtigen, "feudalen" Club beibehalten wollten.

Die Situation eskalierte im Vorfeld der ordentlichen Generalversammlung vom 17. Mai 2008, weil für diese zusätzlich zu den normalen Traktanden eine Kapitalerhöhung um CHF 500'000 unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre beantragt wurde. Die neuen Aktien sollten den Aktionären (darunter A) der Golf Sportswear AG [GSAG] mit Sitz in Uitikon-Waldegg zugewiesen und von diesen durch Sacheinlage in Form der GSAG-Aktien liberiert werden. Auf diese Weise sollte die WIAG im Clubhaus noch eine grosse Boutique von Golf-Utensilien einrichten können. Eine Gruppe um die Aktionäre X, Y und Z erachtete diese Akquisition als völlig überflüssig und den Wert der GSAG-Aktien im Verhältnis zu den neu ausgegebenen WIAG-Aktien als wesentlich zu tief.

Im Vorfeld der GV wurde sowohl von A, B und C wie auch von X, Y und Z verbissen um jede Stimme gekämpft. Insbesondere geschah folgendes:

- Die WIAG hielt 500 eigene Aktien. Der Verwaltungsrat beschloss, diese Aktien an B bis nach der GV auszuleihen, und B stimmte mit diesem Aktien zusätzlich zu seinen eigenen für die Kapitalerhöhung.
- A schenkte den Aktionären M und N, die je 300 Aktien haben, je ein Paar neue Golfschuhe von der GSAG, worauf M und N (die ursprünglich sich aus dem Streit heraushalten und nicht an der GV teilnehmen wollten) für die Kapitalerhöhung stimmten.
- X und Y kauften von den Aktionären E, F, G, H, I und K, welche jeder mehr als 2% Aktien hielten, deren nicht stimmberechtigte Aktien zum Preis von CHF 100 pro Aktie mit der Absprache, diese Aktien nach der GV wieder zum selben Preis an den früheren Eigentümer zurückzuverkaufen. X und Y beantragten zusätzlich zu ihren je 50 eigenen Aktien noch die Genehmigung der Übertragung von je 250 so erworbenen Aktien. Der Verwaltungsrat der WIAG lehnte es aber ab, X und Y für diese 500 Aktien das Stimmrecht zu geben, so dass diese Aktien an der GV nicht stimmberechtigt waren.

An der Generalversammlung vom 17. Mai 2008 waren 14100 Aktien vertreten. Die Kapitalerhöhung wurde mit 9600 Ja gegen 4400 Nein und 100 Enthaltungen angenommen.

### **Frage 1**

X, Y und Z haben Sie gestern aufgesucht und beauftragt, wenn möglich den Vollzug dieser Kapitalerhöhung zu verhindern. Sie sind insbesondere der Meinung, dass das Abstimmungsergebnis rechtlich unhaltbar sei. Entweder sollten A, B und C auch nur je 2% Stimmen haben, wie alle anderen, oder dann sei die Stimmrechtsbeschränkung für alle ungültig. Auch die im Vorfeld der GV beschriebenen Geschäfte bzw. Stimmrechtsverweigerungen seien sicher rechtlich fragwürdig.

Wie beurteilen Sie diese Mutmassungen Ihrer Klienten?

### **Frage 2**

- a) Können Sie die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister überhaupt noch verhindern?
- b) Wie müssen Sie gerichtlich vorgehen, um das Ziel Ihrer Klienten zu erreichen, die Kapitalerhöhung zu Fall zu bringen?
- c) Mit welchen Rechtsmitteln und innert welchen Fristen können Sie die für Ihre Klienten negativen Gerichtsentscheide bis ans Bundesgericht weiterziehen?

### **Frage 3**

Wie wird nach Ihrer Ansicht das Gericht über diese Kapitalerhöhung entscheiden?

Könnte der Prozess über die Kapitalerhöhung allenfalls gegenstandslos werden, wenn nach drei Monaten seit dem GV-Beschluss noch kein Urteil gefällt ist?

### **Frage 4**

Der Golfclub Wiesengrund hält auch ein paar Aktien der WIAG und die Mehrheit der Vorstandsmitglieder will, dass der Verein so wie X, Y und Z rechtliche Schritte ergreift. A, der dem Vorstand auch angehört, lehnt dies ab mit der Begründung, der Vorstand habe keine Kompetenz, einen Prozess anzufangen.

Wie beurteilen Sie diesen Standpunkt?

### **Teil B**

Die WIAG hat für den Umbau des Clubhauses den bekannten Architekten Zehnder beauftragt. Im Architekturvertrag wurde der Gerichtsstand Zug vereinbart, wo Zehnder sein Büro hat. Gleichzeitig wurde im Vertrag festgehalten, dass C, wohnhaft in Meilen, (welcher aber nicht Partei des Vertrages ist) als Bautreuhänder der WIAG die Rechnungen von Zehnder und dessen Schlussabrechnung überprüfen und genehmigen soll, bevor entsprechende Zahlungen der WIAG zu leisten seien.

Der Umbau kam wesentlich teurer als erwartet. Als der Betrag der ursprünglichen Kostenschätzung erreicht war, weigerte sich C, weitere Rechnungen zu visieren, und die WIAG demzufolge, weitere Zahlungen vorzunehmen. Zehnder hat deswegen die WIAG und C vor dem Kantonsgericht Zug eingeklagt auf Abrechnung und Zahlung des noch offenen Honorars in noch zu bestimmender Höhe.

### **Frage 5**

- a) C erhebt die Einrede der Unzuständigkeit. Zurecht?
- b) C beantragt, vor dem Entscheid über die Zuständigkeit ein Beweisverfahren darüber durchzuführen, dass er gegenüber Zehnder keinerlei Verpflichtungen habe. Zurecht?
- c) Wie wäre die Frage der Zuständigkeit zu beurteilen, wenn C Wohnsitz in Konstanz (Deutschland) hätte?

### **Teil C**

Die Innendekorationsfirma Hübscher AG mit Sitz in Zürich ist von der WIAG ebenfalls nicht vollständig bezahlt worden. Sie hat die WIAG für den Betrag von CHF 50'000 betrieben; die WIAG hat Rechtsvorschlag erhoben. Der Rechtsöffnungsrichter hat die provisorische Rechtsöffnung mit der Begründung abgelehnt, der Vertrag, auf welchen die Hübscher AG ihre Forderung stützt, sei seitens der WIAG nur von A unterzeichnet worden, obschon dieser nur kollektivzeichnungsberechtigt ist. Der Richter ist auf das Argument der Hübscher AG nicht eingetreten, es ergebe sich aus der Korrespondenz vor Vertragsunterzeichnung, dass der ebenfalls zeichnungsberechtigte B kundgetan habe, für diese Angelegenheit sei A allein vom Verwaltungsrat beauftragt worden.

### **Frage 6**

- a) Welches Rechtsmittel ergreifen Sie gegen den Rechtsöffnungsentscheid mit welcher Begründung?
- b) Welches Rechtsbegehren stellen Sie beim Weiterzug ans Bundesgericht und warum?

Gesetzestexte: ZGB, OR, ZPO, GVG, GestG, BGG, IPRG, LugUe, SchKG, gesamter Text der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (Stand 1. Januar 2008).

Hinweis: Die Aufgabe darf nicht abgeschrieben werden.  
Der Text ist Ihrer Arbeit wieder beizulegen.



## Anwaltsprüfung

### Sachverhalt 1

August Aalfeld (A) kommt eines Morgens im März 2008 empört in Ihre Kanzlei und erzählt Ihnen folgende Geschichte:

Er sei Verwaltungsratspräsident der Beck AG, Beckstrasse 3, Baden (B). Ende des letzten Jahres habe diese die Clara GmbH (C) gekauft, die seit Mai 2004 das kleine „Restaurant Clara“ im Herzen von Zürich führt. Stammanteilseigner der GmbH waren Frau Dallmeier zu 75% und Herr Dallmeier zu 25% (D). Frau Dallmeier war auch die Geschäftsführerin des Unternehmens mit Einzelzeichnungsberechtigung.

Im Kaufvertrag wurde u. a. vereinbart:

1. Die Käuferin erwirbt vom Ehepaar Dallmeier deren Stammanteile an der Clara GmbH im Nominalwert von CHF 20'000.- zum Kaufpreis von CHF 190'000.-.
2. Die Käuferin übernimmt das Inventar per 31.12.2007 und anerkennt mit der Übernahme dessen Richtig- und Vollständigkeit und verzichtet im vornherein auf jedwelche Einreden gegen den Bestand und die Bewertung.
3. Die Verkäufer übergeben der Käuferin per Übernahmedatum sämtliche Gesellschaftsakten, insbesondere die Geschäftsabschlüsse der vorangegangenen Jahre.
4. Die Verkäufer anerkennen ihre vollumfängliche Haftung für alle Verbindlichkeiten der Clara GmbH welche per 31.12.2007 bilanziert sind und/oder erst nach diesem Datum geltend gemacht werden, sofern diese aus der Geschäftstätigkeit bis zum 31.12.2007 entstanden sind. Dies gilt im Besonderen auch für Verpflichtungen gegenüber den Steuerbehörden (MWSt und steueramtliche Revision) und den gesetzlichen und privaten

Sozialversicherungen. Die Verkäufer werden diese Verbindlichkeiten innert der verlangten Frist ohne jede Einrede begleichen.

5. Als Gerichtsstand vereinbaren die Parteien Zürich.

Frau Dallmeier habe seine Gutmütigkeit aber auf jede erdenkliche Art ausgenützt, was er nun nach und nach habe merken müssen.

- a) Zum einen sei die Beck AG noch immer nicht im Besitz der Geschäftsabschlüsse, des Mietvertrages und anderer geschäftlicher Dokumente obwohl er die Dallmeiers mehrmals aufgefordert habe, ihm diese zukommen zu lassen.
- b) Bei Überprüfung des Warenbestandes habe er merken müssen, dass ca. 40% der Lebensmittel bereits ein abgelaufenes Haltbarkeitsdatum aufwiesen. Die Dallmeiers hätten ihm auf seine Rüge hin aber nur geantwortet, er könne die Waren doch trotzdem noch verwenden. Die Waren wären aber mit einem Wert von CHF 40'000.- in den Kaufpreis miteingeflossen!
- c) Die Dallmeiers hätten ihm im Zuge der Verkaufsverhandlungen zugesichert, dass für das benachbarte Lokal im selben Haus ein mit der Vermieterschaft ausgehandeltes Konkurrenzverbot bestehe, d.h. dass in diesen Räumen keine andere Gaststätte betrieben werden dürfe. Sie hätten ihm auch einige Unterlagen gegeben, aus denen dies ersichtlich war. Nunmehr habe er aber erfahren müssen, dass die Dallmeiers der Aufhebung des Konkurrenzverbotes unterschriftlich zugestimmt hätten, um eine Verlängerung des Mietvertrages um weitere Jahre sicherzustellen. Auch habe bereits ein anderes Café angefangen die Räume für sich auszubauen und zu benutzen.
- d) Und zu guter Letzt hätten die Dallmeiers ihm erklärt, dass ihre Vormieter die Räumlichkeiten des „Clara“ ausgebaut hätten und Investitionen in Höhe von CHF 150'000.- auf Umbau und Inventar getätigt hätten, die der Vermieter bei der endgültigen Auflösung des Mietverhältnisses zur Hälfte übernehmen würde. Die Dallmeiers hätten die Investitionskosten bei Antritt des Mietverhältnisses übernommen und so müsse dies auch die Beck AG tun. Die Beck AG bekäme aber CHF 75'000.- bei Beendigung des Mietvertrages vom Vermieter zurückerstattet.

Erst einige Wochen später konnte Herr Aalfeld aus nachgereichten Unterlagen ersehen, dass der Vermieter damals bereits die komplette

Vorfinanzierung übernommen hatte und die damaligen Mieter 50% der abgerechneten Bausumme (CHF 70'000.- ) über 5 Jahre amortisiert haben.

- e) Damit nicht genug, hätte er auch noch einige Rechnungen erhalten, die sich auf die Geschäftstätigkeit aus dem Jahre 2007 bezögen und die sich die Dallmeiers weigern würde zu begleichen.

**Herr Aalfeld möchte nun von Ihnen wissen,**

- 1. was man tun könne, damit man die benötigten Geschäftsunterlagen bekomme. (ca. 10%)**
- 2. wie die Rechtslage bezüglich des Kaufvertrages aussehe, welche Möglichkeiten man allenfalls habe und welche Ansprüche gegen D gestellt werden könnten. (ca. 30%)**
- 3. was man in Bezug auf die noch offenen Forderungen aus dem Jahre 2007 tun müsse. (ca. 20%)**
- 4. an welches Gericht oder welche Stelle man sich jeweils wenden müsse, wie der weitere Verfahrensgang wäre und welche Rechtsmittel man allenfalls einlegen könne. (ca. 10%)**

## **Sachverhalt 2**

Weiter erzählt Herr Aalfeld, die Dallmeiers hätten ihm aber nicht nur mit dem Kauf der GmbH Probleme bereitet, sondern Frau Dallmeier machte ihm auch noch in weiterer Hinsicht Schwierigkeiten:

Als man die GmbH gekauft habe, habe man mit Frau Dallmeier vereinbart, dass diese die Geschäfte noch für zwei Monate weiter führe, das neue Personal einarbeite und bis Ende Februar 2008 ein wenig aushelfe. Vereinbart wurde ein Lohn von CHF 3'500.-. Frau Dallmeier war zu dieser Zeit auch noch einzelzeichnungsberechtigt, da sie erst mit einstimmigem Beschluss der Gesellschafterversammlung am 08. Februar 2008 als Geschäftsführerin ausschied, ihre Zeichnungsberechtigung erlosch und die neue Geschäftsführerin der Clara GmbH (Frau Esslinger) gewählt wurde.

Frau Dallmeier aber habe sich am 01.01.2008 einen Arbeitsvertrag ausgestellt, der einen Bruttolohn von CHF 5'000.- auswies und den sie ohne Wissen der

neuen Eigentümer selbst unterschrieb und zudem von einer Freundin (Frau Frei), die bei der Beck AG beschäftigt ist, gegenzeichnen liess. Dieser Freundin sagte sie, der Vertrag sei nur Pro-Forma und sie brauche ihn lediglich, um eine hohe Krankentaggeldversicherung abschliessen zu könne, da sie bald eine Operation vornehmen müsse. Auch müsse sie gegenüber der Bank einen hohen Monatslohn ausweisen, da andernfalls der Kredit für einen Liegenschafts Kauf gefährdet sei. Ansprüche daraus würde sie aber niemals stellen. Tatsächlich meldete sich Frau Dallmeier am 15.1.2008 krank und war für mehrere Wochen arbeitsunfähig.

Am 21.1.2008 hätte die Clara GmbH, Frau Dallmeier dann auf den 29.2.2008 gekündigt unter Angabe des Kündigungsgrundes „Restrukturierung der Gesellschaft“. Diese habe die Kündigung auch persönlich entgegengenommen und unterschriftlich anerkannt. Den Lohn in der Höhe von CHF 3'500.- für Januar 2008 habe sie erhalten, der Februarlohn sei ihr noch nicht ausgezahlt worden.

Frau Dallmeier habe nun aber auf Zahlung des Februar- und Märzlohnes in der Höhe von jeweils CHF 5'000.- und auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses geklagt. Sie sei der Meinung dass trotz allfälliger neuer Arbeitsverträge die Kündigungsfrist seit Mai 2004 berechnet werden müsse und somit 2 Monate betrage.

**5. Muss August Aalfeld in dieser Situation befürchten vor dem Arbeitsgericht zu unterliegen? (ca. 30%)**

**Gesetze:** OR, ZGB, GVG, ZPO, Bundesrechtspflege, GStG, SchKG

**Schriftliche Anwaltsprüfung**

---

Die ASP Portal AG mit Sitz in Horgen und Verkaufsbüros in Horgen und Zürich erbringt verschiedene Dienstleistungen in den Bereichen EDV und Internet. Dies umfasst etwa die Konzeption und das Programmieren von Websites, Hosting und Housing, technischer Support, die Entwicklung massgeschneiderter System- und Datenbanklösungen sowie das Erbringen zugehöriger Dienstleistungen in den Bereichen Wartung und Weiterentwicklung.

Die Q&A Web GmbH mit Sitz und Büros in Meilen erbringt Dienstleistungen im Bereich des Verkaufs datenbankgestützter Internetlösungen sowie entsprechender Beratungsdienstleistungen.

Die ASP Portal AG und die Q&A Web GmbH unterhalten seit einigen Jahren Geschäftsbeziehungen verschiedener Art zueinander, wobei sich die Geschäftsfelder der Parteien teilweise überschneiden. Im Rahmen dieser Geschäftsbeziehungen hat die ASP Portal AG eine Vielzahl ihrer Konzepte und Entwürfe für die Q&A Web GmbH realisiert und verschiedene weitere, umfangreiche Dienstleistungen erbracht.

Unter anderem hat die ASP Portal AG eine EDV-Applikation entwickelt, welche zum Betrieb verschiedener Internetportale verwendbar ist (nachfolgend der Einfachheit halber als "Applikation" bezeichnet). Kernstück der Applikation ist eine zentrale Datenbank, welche einmal erfasste Einträge in jeder der auf Basis der Applikation betriebenen Internetseiten verfügbar macht. Die ASP Portal AG betreibt diese Applikation seit dem 18. Juni 2001 für die Q&A Web GmbH. Die beiden Parteien haben am 4. September 2000 eine Vereinbarung unterzeichnet, welche die Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf den Betrieb der Applikation regelt.

Die Q&A Web GmbH ist berechtigt, die Nutzung der Applikation Dritten zur Verfügung zu stellen und ist verpflichtet, der ASP Portal AG eine nutzungsabhängige Gebühr zu entrichten. Die ASP Portal AG ist verpflichtet, die für den Betrieb der

---

Applikation notwendige technische Infrastruktur (in Horgen installierte Standleitungen, Server, Backup-Systeme etc.) bereitzustellen und zu unterhalten, die Applikation fortwährend zu warten und auf Kundenwünsche anzupassen sowie die Kunden und Benutzer im Allgemeinen zu unterstützen ("Support"). In zeitlicher Hinsicht enthält die Vereinbarung die folgende Klausel:

**"Vertragsdauer**

Diese Vereinbarung ist bis auf weiteres gültig. Die Parteien verpflichten sich jedoch, diese Vereinbarung jährlich sich ergebender Änderungen anzupassen. Im Falle eines Handwechsels der Anteilsmehrheit der Q&A Web GmbH verpflichtet sich die ASP Portal AG, diese Vereinbarung im selben Umfange weiter bestehen zu lassen."

Die Q&A Web GmbH verwendet die Applikation zum Betrieb des Portals "0815.ch". Das Portal "0815.ch" umfasst verschiedene Themenportale, z.B. "meilen.0815.ch". Diese Themenportale werden entweder durch die Q&A Web GmbH selbst für Dritte oder im Rahmen eines Franchise-Vertrages von Dritten betrieben.

Die Q&A Web GmbH hatte auch mit der ASP Portal AG einen Franchise-Vertrag über diverse Themenportale abgeschlossen, diesen aber mit Kündigung vom 27. Dezember 2007 per 31. Dezember 2008 aufgelöst.

Um ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden und Franchisenehmern nachzukommen, ist die Q&A Web GmbH auf den Betrieb der Applikation durch die ASP Portal AG angewiesen. Um die Applikation zu substituieren, müsste eine neue Applikation entwickelt werden, was mutmasslich etwa 3-6 Monate in Anspruch nehmen würde.

**FRAGE 1:**

Die ASP Portal AG möchte die Vereinbarung vom 4. September 2000 kündigen. Bitte beraten Sie die ASP Portal AG<sup>1</sup>.

**FRAGE 2:<sup>2</sup>**

Die ASP Portal AG hat die Vereinbarung vom 4. September 2000 am 4. März 2008 per 4. Juni 2008 gekündigt. Die Q&A Web GmbH vertritt die Meinung, eine Kündigung sei nicht bzw. nicht innert so kurzer Frist möglich. Sie befürchtet nun, die Applikation werde am 4. Juni 2008 abgeschaltet. Was kann die Q&A Web GmbH prozessual unternehmen? Wie würden Sie die Rechtsbegehren formulieren? Wie ist der mutmassliche Verfahrensablauf? Welche Rechtsmittel stehen zur Verfügung?

**FRAGE 3:<sup>3</sup>**

Kann die ASP Portal AG prophylaktisch etwas gegen allfällige prozessuale Schritte der Q&A Web GmbH unternehmen? Welche Anträge würden Sie im Rahmen der Antwort auf die prozessualen Begehren der Q&A Web GmbH stellen?

**FRAGE 4:**

Sachverhaltsvariante: Eine Kündigung der Vereinbarung vom 4. September 2000 ist nicht erfolgt, aber am 30. Mai 2008 wurde der Konkurs über die Q&A Web GmbH eröffnet. Sie können davon ausgehen, dass genügend Aktiven vorhanden sind, einen ordentlichen Konkurs durchzuführen. Welche Probleme stellen sich mit Bezug auf die Vereinbarung vom 4. September 2000? Wer entscheidet über diese Probleme?

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

---

<sup>1</sup> Neutrale Darstellung der Rechtslage.

<sup>2</sup> Beantwortung als Anwältin/Anwalt der Q&A Web GmbH.

<sup>3</sup> Beantwortung als Anwältin/Anwalt der ASP Portal AG.

# Schriftliche Anwaltsprüfung

## Sachverhalt

Die Ehegatten Rita und Paul Müller haben 1960 geheiratet. Sie haben vier Kinder: Maria, Rolf, Peter und Hans. Hans, Maria und Rolf wohnen in Zürich; Peter wohnt in St. Gallen. Paul betreibt als Einzelkaufmann ein kleines Unternehmen und ist entsprechend auch im Handelsregister eingetragen.

1978 erbt Rita ein Haus in Elgg (ZH) mit dem Anrechnungswert von Fr. 100'000.-, welches nachfolgend im Jahre 1984/85 renoviert und 1990 für Fr. 300'000 weiterverkauft wird. Die Renovation ist hauptsächlich durch die persönliche Arbeit von Paul im Wert von ca. Fr. 50'000.- erfolgt.

Der Verkaufserlös wird auf ein Bankkonto einbezahlt, das auf den Namen von Rita und Paul Müller lautet.

1994 wird ein Haus in Zollikon für Fr. 800'000.- gekauft und wie folgt finanziert: Fr. 300'000.- stammen aus dem genannten Bankkonto; Fr. 200'000.- werden von Paul aus dem aus seinem Einkommen ersparten Geld beigesteuert. Der Rest wird mit einem grundpfändlich gesicherten Bankdarlehen bezahlt, dessen Zinsen nachfolgend aus dem Einkommen von Paul bezahlt werden. An sich nehmen die Ehegatten an, das Haus würde ihnen in unjuristischem Sinne „gemeinsam gehören“. Das Haus wurde jedoch auf den Namen von Rita gekauft, vor allem um das Haus vom Zugriff der Gläubiger zu schützen, falls Paul einmal mit seinem Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen sollte.

Im Haus wohnen nicht nur Rita und Paul, sondern auch Maria. Als Mietzins wurde ursprünglich mündlich ein monatlicher Betrag von Fr. 1'000.- abgemacht. Dieser Betrag ist etwa die Hälfte von dem, was bei der Vermietung an eine Drittperson erzielt werden könnte. Der Mietzins wird zunächst tatsächlich bezahlt. Nach wenigen Monaten haben jedoch Rita und Paul nicht mehr nach den Zahlungen gefragt. Maria übernimmt stattdessen nur noch gelegentlich Zahlungen für Essen und Heizkosten.

1997 schliessen Rita und Paul einen Ehe- und Erbvertrag ab. *Im Ehevertrag vereinbaren sie, dass bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten die Summe beider Vorschläge ganz dem überlebenden Ehegatten zusteht. Im Erbvertrag setzen sich beide Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein.* Ziel dieser Vereinbarung war vor allem, dass der überlebende Ehegatte weiterhin im Haus in Zollikon sollte bleiben können.

Alle Kinder wurden vorgängig über den Abschluss dieses Vertrages informiert und haben sich mündlich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, obwohl allen bewusst war, dass damit ihre Pflichtteile verletzt würden. Da die Kinder davon ausgehen, dass sie nach dem Tode beider Eltern alles erben werden, ist ihnen der Verzicht auf den Pflichtteil nicht schwer gefallen.

Im Jahre 2007 stirbt Rita Müller in einem Alters- und Pflegeheim in Luzern, wo sie sich in den letzten Monaten vor ihrem Tod ohne Aussicht auf Besserung des Gesundheitszustandes aufgehalten hatte. Das Haus in Zollikon, welches der einzig nennenswerte Vermögenswert von Rita und Paul darstellt, hat inzwischen eine Wertsteigerung von 100% gegenüber dem Kaufpreis erfahren. Maria, Hans und Rolf bestätigen nach Eröffnung des Erbvertrages Paul Müller erneut, dass sie mit dieser Lösung einverstanden seien. Peter ist jedoch dringend auf Geldmittel angewiesen und bittet seinen Vater, ihm den Pflichtteil auszuzahlen. Paul Müller erklärt nach Rücksprache mit den anderen Kindern, dass er hierzu nicht bereit sei.



Vorbemerkung: Für alle Fragen ist lediglich das heute geltende Recht anzuwenden; altrechtliche und/oder übergangsrechtliche Fragen sind somit ausser Acht zu lassen.

## 1. Fragen zum Problemkreis 1

- 1.1. Peter bittet Sie, abzuklären, welche Rechte ihm an der Hinterlassenschaft von Rita Müller zustehen. Dabei ist insbesondere darzulegen, wie der Pflichtteil zu berechnen ist, falls ein solcher besteht. Eine genaue ziffernmässige Berechnung ist jedoch nicht notwendig. Vielmehr geht es in erster Linie darum, die einzelnen Schritte und Faktoren der Berechnung aufzuzeigen und zu begründen.
- 1.2. Wie beurteilen Sie die Chance, dass Peter bei Anerkennung des Pflichtteils das Haus in Zollikon übernehmen könnte?

## 2. Fragen zum Problemkreis 2

Für diesen Problemkreis ist anzunehmen, dass sämtliche Kinder bei Abschluss des Ehe- und Erbvertrages formgültig auf den Pflichtteil verzichtet haben.

- 2.1. Könnten die Kinder mit Erfolg etwas unternehmen, wenn Paul unerwartet in einem Testament den nicht pflichtteilsgeschützten Teil seiner Hinterlassenschaft einer Drittperson vermacht?

## 3. Fragen zum Problemkreis 3

Für diesen Problemkreis ist davon auszugehen, dass weder Peter noch die anderen Kinder formgültig auf den Pflichtteil verzichtet haben. Während die anderen Kinder nichts unternehmen, entschliesst sich Peter 6 Monate nach dem Tod von Rita zur Durchsetzung des Pflichtteilsrechts. Hierbei stellen sich folgende Fragen:

- 3.1. Welche Klage bzw. welche Klagen sind mit welchen Rechtsbegehren gegen wen zu erheben?
- 3.2. Wo sind die Klagen zu erheben (nur örtliche Zuständigkeit)?
- 3.3. Wie ist die Rechtslage, wenn sich am Schluss des Ehe- und Erbvertrages von 1997 folgende Klausel befinden würde: „*Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden von RA Dr. iur. Rolf Reich oder einer von ihm bezeichneten Person als Schiedsrichter endgültig beurteilt*“. Rita und Paul kannten Rolf Reich, weil er Rita Müller einmal in einer kleineren Sache beraten hatte.
- 3.4. Peter klagt schliesslich trotz der Schiedsklausel vor einem staatlichen Gericht. Die von der beklagten Seite erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des staatlichen Gerichts wird von demselben verworfen. Welche Rechtsmittel können dagegen erhoben werden?

## **4. Fragen zum Problemkreis 4**

Für diesen Problemkreis ist wiederum davon auszugehen, dass weder Peter noch die anderen Kinder formgültig auf den Pflichtteil verzichtet haben.

Nach dem Tod von Rita kommt Paul Müller in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten, die einen Konkurs in absehbarer Zeit als möglich erscheinen lassen. Kurz vor (Variante 1) bzw. nach (Variante 2) Ablauf eines Jahres seit Eröffnung des Erbvertrages anerkennt der Vater ausdrücklich die Pflichtteile und zahlt den Kindern entsprechende Geldbeträge aus. Wiederum 9 (Variante a) bzw. 15 (Variante b) Monate später wird über ihn auf Antrag eines Gläubigers der Konkurs eröffnet.

- 4.1. Wie ist diese Vorgehensweise angesichts des Konkurses zu beurteilen?
- 4.2. Was muss die Konkursverwaltung bzw. können die Gläubiger unternehmen?

Benötigte Rechtsgrundlagen:

ZPO, GVG, ZGB/OR, IPRG, SchKG, LugÜ, Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG), BV, EMRK, BGG

## Schriftliche Anwaltsprüfung

### I

Xaver Kuhn (Kilchberg) arbeitet in Zürich 5 als Direktor bei der Nova Pharma AG („Nova Pharma“) mit Sitz in Zürich. Sein (gültiger) Arbeitsvertrag datiert vom 9. Februar 2004. Sein Jahresgehalt beträgt CHF 195'000 (CHF 15'000 x 13) zuzüglich Spesen. Darüber hinaus kann die Nova Pharma laut Arbeitsvertrag frei über die Bezahlung eines Bonus' entscheiden und dessen Höhe festlegen.

Am 20. Februar 2004 unterzeichnete Kuhn ein mit „Confirmation“ überschriebenes Dokument der Nova Holding SA mit Sitz in Zürich, wonach er eine Eintrittsprämie von CHF 75'000 aufgrund eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms erhalte. Dieser Betrag war zum Kauf von Aktien der Nova Holding SA bestimmt, der die Nova Pharma gehört. Die Aktien sollten für Kuhn bis zum Ablauf einer Sperrfrist von drei Jahren, bis Ende Januar 2007, aufbewahrt werden. Unter der Voraussetzung, dass Kuhn zu diesem Zeitpunkt immer noch Angestellter innerhalb des Nova Holding-Konzerns sein werde, sollte er dann die Aktien zur freien Verfügung erhalten.

### II

Auf den 1. Januar 2005 erhielt Kuhn eine monatliche Lohnerhöhung von CHF 1'000.

Für die Jahre 2004, 2005 und 2006 erhielt Kuhn sofort verfügbare Boni von CHF 80'000, CHF 100'000 und CHF 150'000. Darüber hinaus erhielt er gemäss Beteiligungsprogramm Prämien in Form von Aktien der Nova Holding SA in der Höhe von CHF 30'000, CHF 100'000 und CHF 70'000, wobei immer eine Sperrfrist von drei Jahren vorgesehen war und nach deren Ablauf jeweils nur dann frei verfügt werden durfte, wenn Kuhn noch immer innerhalb des Nova Holdings-Konzerns Angestellter war. Zugewiesen wurden Kuhn diese Beträge für Aktienkäufe jeweils von der Nova Holding SA.

Im Frühjahr 2007 bezog Kuhn den Gegenwert sämtlicher für ihn für das Jahr 2004 gekauften und aufbewahrten Aktien.

### III

Am 23. Februar 2007 kündigte Kuhn sein Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2007. Nach Eingang der Kündigung (24. Februar 2007) wurde er von der Nova Pharma von seiner Arbeitsleistung per sofort freigestellt.

#### IV

Kuhn wünscht nicht nur die Auszahlung des ausstehenden festen Lohnes (Februar bis Oktober 2007), sondern auch eine Bonuszahlung und die Auszahlung sämtlicher für ihn aufbewahrten Aktien der Nova Holdings SA (Kurswert laut SWX [Börse], an der diese kotiert sind, am 23. Februar 2007 total CHF 170'000) in bar.

\* \* \*

##### Aufgabe 1:

Kuhn wünscht von Ihnen eine Beurteilung der Rechtslage in Form eines Memos, das die materiellen Aspekte des Sachverhaltes behandelt. Das Memo soll sich auch über die Grösse der jeweiligen Posten auslassen (fester Lohn, allfällige Boni) und eine Chancenbeurteilung zu Handen Ihres Klienten vornehmen.

##### Aufgabe 2:

Kuhn weiss von seinem Vorgesetzten, dass er „freiwillig keinen Franken erhalten“ werde. „Reden sei zwecklos“.

- a) Erläutern Sie, welche(s) Gericht(e) Sie für örtlich und sachlich zuständig halten und wie sich die Kosten im Falle eines Unterliegens gestalten würden (im Grundsatz – nicht in Franken und Rappen).
- b) Kuhn ist Mitglied des schweizerischen kaufmännischen Vereins und möchte sich von dessen juristischem Verbandssekretär, der aber über kein Anwaltspatent verfügt, vertreten lassen. Kann er dies?

##### Aufgabe 3:

Nehmen Sie an, das Obergericht des Kt. Zürich habe in der vergangenen Woche ein Urteil gefällt. Dabei sei es Ihrer Ansicht nach von einem, in einzelnen relevanten Punkten, völlig falschen Sachverhalt ausgegangen. Wie gestaltet sich der weitere Rechtsweg? Begründen Sie Ihre Lösung.

##### Aufgabe 4:

Nehmen Sie an, im Mai 2007 erhalte die Nova Pharma einen ungeahnten Auftrag, der sämtliche Arbeitskräfte des Unternehmens beansprucht. Der Verwaltungsrat fordert Xavier Kuhn deshalb auf, innert sieben Tagen wieder zur Arbeit zu erscheinen. Kuhn will von Ihnen wissen, ob er diesem Aufruf Folge leisten müsse und ob er – sollte er sich weigern – eine fristlose Kündigung hinzunehmen habe.

\* \* \*

Gesetzestexte: ZGB/OR (Schulthess Ausgabe), Prozessgesetze

Die Aufgabe ist nicht abzuschreiben, aber Ihrer Lösung beizulegen.