

Dr. Fridolin M.R. Walther, LL.M. (Yale), Fürsprecher, Bern*

Fallbearbeitung im Zivilverfahrensrecht**

Mit Fug und Recht wird auch auf diese Uebungen neuerdings ein besonderes Gewicht gelegt; bietet doch gerade die Vorlesung über Zivilprozess und Konkurs ganz besondere Schwierigkeiten für den Anfänger.

Konrad Hellwig, Vorwort,
Civilprozesspraktikum, Freiburg i.B. 1888

I. Einleitung

1. Bedeutung zivilverfahrensrechtlicher Fallbearbeitungen

An den Schweizer Rechtsfakultäten kommt dem Zivilverfahrensrecht je nachdem eine sehr unterschiedliche Bedeutung zu: An gewissen Fakultäten kann bspw. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht als Wahlfach belegt werden, während Zivilprozessrecht Pflichtfach ist. Ebenfalls sehr unterschiedlich geregelt ist der Inhalt der einzelnen Fächer: An einigen Universitäten wird bspw. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht auf zwei Semester aufgeteilt, während andere nur eine einsemestri- ge Vorlesung abhalten. Internationales Zivilprozessrecht wird sowohl als freiwilliges Wahlfach als auch integriert in die Grundvorlesung Zivilprozessrecht angeboten. Unter dem Titel «Zivilprozessrecht» werden sowohl Vorlesungen über das kantonale Prozessrecht als auch solche einzig über das Bundeszivilprozessrecht gehalten. Nationales und internationales Schiedsrecht und internationales Privatrecht sowie internationales Insolvenzrecht werden z.T. gesondert gelesen, z.T. überhaupt nicht.

So unterschiedlich die einzelnen Fächer geregelt sind, so unterschiedlich sehen auch die entsprechenden Prüfungen aus. «Die» zivilverfahrensrechtliche Klausur gibt es somit nicht. Je nach Universität sehen die konkreten Klausuren ganz anders aus. An der Universität Bern wird Zivilprozessrecht z.B. als integrierter Bestandteil der fünfständigen schriftlichen Klausur im Privat- und Wirtschaftsrecht geprüft, während Schuldbetreibungs-

und Konkursrecht ein eigenständiges Wahlfach ist. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass auch an den kantonalen Anwaltsprüfungen die entsprechenden Klausuren wiederum ganz anders geregelt sind: Je nachdem muss eine Rechtsschrift, ein Urteil oder ein Parteivortrag verfasst werden. In einigen Kantonen werden «echte» Dossiers zur Verfügung gestellt, während in anderen Kantonen einzig ein Aufgabenblatt abgegeben wird. Die Zersplitterung des Prozessrechts findet also ihre Fortsetzung in der Zersplitterung der konkreten Prüfungen.

Im folgenden kann daher *pars pro toto* nur ein Typ einer möglichen zivilverfahrensrechtlichen Klausur näher dargestellt werden. Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags liegt daher auf der Darstellung der konkreten Vorgehensweise und auf der Betonung der spezifischen Besonderheiten im Zusammenhang mit der Lösung zivilverfahrensrechtlicher Klausuren.

2. Bestehende Literatur und Hilfsmittel

Führt man sich den unter Ziff. I.1. dargestellten Zustand der Zersplitterung vor Augen, so erstaunt es nicht, dass – anders als in anderen Fächern – bis heute praktisch keine Lehrbücher sich mit der Bearbeitung zivilverfahrensrechtlicher Klausuren befassen. Aus der jüngsten Vergangenheit sind aber immerhin zwei bemerkenswerte Ausnahmen zu nennen: Das Werk von *Karl Spühler/Dominik Vock*, Fälle im Zivilprozessrecht sowie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1997 (mit Supplement zum Gerichtsstandsgesetz 2001), widmet sich – wie schon sein Titel besagt – der Lösung von zivilprozessualen und zwangsvollstreckungsrechtlichen Fällen. Auf knappen 1,5 Seiten werden vorab konkrete Anweisungen zur Falllösung gegeben. Komplementär dazu befassen sich *Anton K. Schnyder/Gion Jegher*, Die abwesende Opernsängerin und andere Kurzgeschichten, Zürich 2000, mit der Lösung von Fällen zum internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Auch hier werden zu Beginn auf vier Seiten methodische Hinweise für die Fallbearbeitung gegeben.

Wirft man einen Blick in unser nördliches Nachbarland, so stellt man fest, dass dort zum seit 1877 vereinheitlichten Zivilverfahrensrecht eine Vielzahl von Lehrmitteln besteht. Zu nennen sind etwa *Ekkehard Schumann*, Die ZPO-Klausur,

* Lehrbeauftragter an der Universität Bern und Mitglied der Prüfungskommission für Fürsprecher des Kantons Bern

** Der Beitrag setzt die in recht 2 (2001) begonnene Serie von Falllösungen aus verschiedenen Fächern fort und lehnt sich z.T. in starkem Masse an den Beitrag von *Pierre Tschannen*, Fallbearbeitung im öffentlichen Recht, recht 2001 51 ff., an. Wiederum steht unter http://www.ziv.unibe.ch/ziv_forum.html ein Diskussionsforum zur Verfügung, wo Fragen gestellt und Diskussionsbeiträge publiziert werden können.

München 1981; *Gerhard Lüke*, Fälle zum Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 1993, *Gottfried Baumgärtel/Hans-Willi Laumen/Hanns Prütting*, Der Zivilprozessrechtsfall, Methodik und Klausuren mit Muster-Lösungen, 8. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1995; *Klaus Schreiber*, Übungen im Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Berlin/New York 1996; *Walter Gerhardt*, Zivilprozessrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, 6. Auflage, Heidelberg 2000; *Dagmar Coester-Waltjen/Gerald Mäsch*, Übungen in internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung, 2. Auflage, Berlin etc. 2001.

II. Demonstrationsbeispiel: Fall «Jaguar XJ-S V12 Convertible»

Nehmen wir an, es sei heute der 10. Dezember 2001. Sie erhalten soeben folgendes Aufgabenblatt:

Andrea Tonatti (T), ein in Köniz bei Bern tätiger und wohnhafter Automechaniker, hat Schwierigkeiten mit dem Eintreiben einer offenen Rechnung: Hans-Kaspar Langer (L), ein Deutscher mit Wohnsitz in Hamburg, hat während eines Ferienaufenthaltes in Bern im Sommer 2001 seinen Jaguar XJ-S V12 Convertible, Baujahr 1990, bei ihm reparieren lassen. Die Rechnung in der Höhe von CHF 1500.– hat Langer trotz mehrmaliger Aufforderungen bis heute nicht bezahlt. T weiss aus zuverlässiger Quelle, dass L bei der Ersparniskasse Langnau über ein Konto (Nr. A23-583-35.021) und wahrscheinlich noch über weitere Vermögenswerte verfügt. Sämtliche Aktiven sollen jedoch bald auf die steuergünstigeren Bahamas verschoben werden.

T beauftragt Sie mit allen zur Wahrnehmung seiner Interessen nötigen Schritten (Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege sind keine zu stellen) und überreicht Ihnen die dazu notwendigen Urkunden (Werkstatttrapport vom 18.6.2001, Rechnung vom 19.6.2001, Mahnungen vom 24.8.2001 und vom 28.9.2001, Einzahlungsschein für das Konto Nr. A23-583-35.021).

Hilfsmittel: ZPO, GOG, SchKG, IPRG, Lugano-Übereinkommen, ZGB, OR

III. Einstieg in die Fallbearbeitung

1. Vorbemerkung

Wie bereits unter Ziff. I.1. ausgeführt wurde, ist der eigentliche Prüfungsstoff auf Grund der bestehenden Zersplitterung des Zivilverfahrensrechts – auf je nach Universität verschiedene Fächer – in vielen Fällen sehr eingeschränkt. So gibt es bspw. an der Universität Bern nach dem heutigen Studienreglement eine Prüfung einzig im Wahlfach Internationales Zivilprozessrecht.

Wirft man aber einen Blick auf die anwaltliche und gerichtliche Praxis, so stellt man fest, dass in den meisten Fällen diese idealtypische Aufteilung in verschiedene Fachgebiete nicht besteht, sondern sich ganz im Gegenteil häufig sog. *vernetzte und mehrschichtige Probleme* stellen, die nur gelöst werden können, wenn man die gesamte Rechtsordnung zur Anwendung bringt. Insbesondere universitäre Prüfungsfälle blenden diese Problematik aber meist aus und beschränken sich auf atypische Fälle mit Bezug zu nur einem oder zwei Prüfungsgebieten.

2. Besonderheiten bei der Bearbeitung zivilverfahrensrechtlicher Fälle

Die Lösung zivilverfahrensrechtlicher Fälle folgt grundsätzlich dem gleichen Muster, das auch für die Falllösung in anderen Fachgebieten gilt. Insofern kann auf die Ausführungen von Prof. *Tschannen* unter Ziff. III. seines Beitrags (recht 2001 53 ff.) verwiesen werden.

a) Fragen der Sachverhaltsermittlung

Besonderheiten ergeben sich insbesondere aber dadurch, dass anders als in anderen Fachgebieten der dem Fall zu Grunde liegende Sachverhalt nicht immer als vorgegeben betrachtet werden kann. Insbesondere bei Anwaltsprüfungen kann das eigentliche Schwergewicht einer Falllösung auf der Aufarbeitung des Sachverhaltes und auf der damit verbundenen *Beweiswürdigung bzw. der korrekten Handhabung von Beweislastregeln* liegen. Bekanntlich ist gemäss dem sog. Verhandlungsgrundsatz grundsätzlich nur über bestrittene Sachverhaltsbehauptungen Beweis zu führen. Erwähnenswert ist weiter, dass «bestreiten» und «rügen» nicht dasselbe sind. In anderen Fällen können sich Sachverhaltsfragen insofern stellen, als dass ein Rechtsmittelentscheid einer oberen Instanz geschrieben werden muss und bspw. eine falsche Anwendung von Art. 8 ZGB gerügt worden ist. Dringend abzuraten ist von der Versuchung, zur Erleichterung der Falllösung eigene Sachverhaltsannahmen zu treffen (sog. Verbot der Unterstellung).

b) *Prozessvoraussetzungen und -hindernisse*

Das Schwergewicht vieler zivilprozessualer Prüfungsfälle besteht in der Bejahung oder Verneinung von *Prozessvoraussetzungen*. Besondere Bedeutung kommt in der Regel v.a. *Zuständigkeitsfragen* und somit dem Zuständigkeitsrecht zu. Dieses Teilgebiet des Zivilprozessrechts zeichnet sich denn auch durch seine hohe praktische Bedeutung aus. Es handelt sich dabei nämlich um die eigentliche *Schlüsselmaterie* des Zivilprozessrechts, die darüber entscheidet, ob es in einem bestimmten Land bzw. an einem bestimmten Ort überhaupt zu einem Verfahren kommen kann. Es erstaunt daher nicht, dass in der Vergangenheit gerade in diesem Gebiet sowohl auf schweizerischer als auch auf europäischer Ebene die grössten Fortschritte betreffend einer Vereinheitlichung erzielt worden sind (siehe dazu *Fridolin M. R. Walther*, Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [Gerichtsstandsgesetz] – Das erste Kapitel einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung?, ZZPInt 2000 297 ff.).

Ebenfalls sehr häufig werden *Fristenfragen* und Fragen betreffend das Vorliegen einer *Streitgenossenschaft* in Fälle «eingebaut». Es empfiehlt sich daher, den Prozessvoraussetzungen und auch den Prozesshindernissen bei der Vorbereitung einer Prüfung grosses Gewicht beizumessen. Nur am Rande sei erwähnt, dass die sog. Aktivlegitimation *keine* Prozessvoraussetzung ist.

c) *Zulässigkeitsvoraussetzungen von Rechtsmitteln*

Besonders beliebt ist weiter die «Verkleidung» zivilverfahrensrechtlicher Fälle in sog. Rechtsmittelfälle. Auf diese Weise können nämlich zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen werden: Neben den eigentlichen zivilverfahrensrechtlichen Fragestellungen können zugleich auch Fragen des Rechtsmittelrechts geprüft werden. Es empfiehlt sich daher weiter, nebst den Prozessvoraussetzungen auch den *Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtsmittel* und deren spezifische Eigenschaften (bspw. betreffend Legitimation, Kognition, Novenrecht und zulässigen Rügegründen) grosse Beachtung zu schenken.

d) *Fragen des internationalen Zivilprozessrechts*

Vielfach stellen sich auch Fragen aus dem Gebiet des *internationalen Zivilprozessrechts*. Zur Beantwortung derselben müssen oft eigenständige Überlegungen angestellt werden. So ist etwa vorab immer zu prüfen, ob überhaupt ein internationaler Sachverhalt vorliegt und, wenn ja, welche staatsvertraglichen Bestimmungen anwendbar sind. Besonders häufig müssen insbesondere Fra-

gen der internationalen Zuständigkeit, des Kollisionsrechts, der Zustellung, der Rechtshängigkeit und der Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen beantwortet werden.

e) *«Auslegung» der Aufgabenstellung*

Ebenfalls spezifische Probleme ergeben sich etwa bei der Auslegung der Fragestellung selbst. Eine besonders beliebte Aufgabenstellung lautet wie folgt: «Ihr Mandant beauftragt Sie mit allen zur Wahrnehmung seiner Interessen nötigen Schritten.» Ebenfalls sehr gängig ist weiter folgende Frage: «Welche prozessualen Schritte sind X anzuraten, um wieder in den Besitz des Gegenstandes Y zu kommen?» In solchen Fällen kann meist davon ausgegangen werden, dass mehr als ein verfahrensrechtlicher Schritt in die Wege geleitet werden muss. Das Problem besteht in solchen Fällen meist aber darin, herauszufinden, welche von bspw. vier oder sechs theoretisch zulässigen Rechtsmitteln bzw. Rechtsvorkehren wirklich im Interesse des Mandanten sind bzw. welchen überhaupt realistische *Erfolgsaussichten* zukommen. Dabei können auch *prozesstaktische* Probleme eine gewisse Rolle spielen. Nicht vergessen werden dürfen also etwa Gesuche um Leistung einer Prozesskostensicherheit oder um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege oder um Gewährung der aufschiebenden Wirkung bzw. um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. In Fällen, in denen vorsorgliche Massnahmen bzw. ein Arrest verlangt werden müssen, sind meist auch entsprechende *Prosequierungsschritte* vorzukehren.

Kommt man bei der Abfassung einer Entscheidung zum Ergebnis, dass bspw. eine Klage aus formellen Gründen zurückzuweisen ist, empfiehlt es sich, aus *prüfungstaktischen Gründen* die nicht beantworteten Fragen unter Umständen im Rahmen eines Gutachtens abzuhandeln. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass eine Arbeit als ungenügend bewertet wird, weil gewisse Fragen nicht beantwortet wurden. Ebenfalls eine elegante Lösung dieses Problems besteht oftmals darin, eine sog. *Eventualbegründung* zu verfassen.

f) *Terminologie*

Das Zivilverfahrensrecht verfügt wie jedes andere Fachgebiet auch über eine spezifische Terminologie. So werden bspw. Klagen im Kanton Bern beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung *zurückgewiesen*, und es wird nicht auf sie *nicht eingetreten*. In gewissen Kantonen heisst das primäre ordentliche Rechtsmittel bspw. *Berufung* und nicht etwa *Appellation* oder *Rekurs*. Auch die Bezeichnung der Gerichte ist kantonal verschieden.

So ist im Kanton Basel-Landschaft die obere Instanz etwa das *Obergericht*, während sie im Kanton Basel-Stadt *Appellationsgericht* heisst. Sehr unterschiedlich ist weiter die Art und Weise, wie in den einzelnen Kantonen *Rechtsbegehren* und *Beweisanträge* formuliert werden. Bereits erwähnt wurde, dass *bestreiten* und *rügen* nicht austauschbare Begriffe sind.

g) Übergangsrechtliche Fragen

Demnächst soll das Zivilprozessrecht auf Stufe Bund vereinheitlicht werden. Bereits seit dem 1. Januar 2001 in Kraft ist das sog. Gerichtsstandsgesetz. Das Phänomen der Vereinheitlichung bzw. der (schleichenden) Angleichung des Zivilprozessrechts kann aber auch auf anderen Ebenen festgestellt werden: so sind auch auf *regionaler und internationaler Ebene* entsprechende Vereinheitlichungsbemühungen im Gang (siehe dazu etwa *Fridolin M.R. Walther*, Neuere Entwicklungen im europäischen und internationalen Prozessrecht – oder: Die Europäisierung, Regionalisierung und Internationalisierung des Prozessrechts, *Revue 1* [2000] 6 ff.). Dadurch bedingt stellen sich zunehmend auch komplizierte *Übergangsfragen*. So ist etwa nach dem Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes unklar, ob auf sog. altrechtliche Gerichtsstandsvereinbarungen die vom Bundesgericht zu Art. 59 aBV entwickelte sog. typographische Rechtsprechung weiterhin Anwendung findet oder nicht (siehe dazu *Walther*, GestG-Kommentar, Art. 39 N. 5 ff.). Auch die bereits absehbare Revision des Lugano-Übereinkommens wird voraussichtlich ebenfalls zu schwierigen übergangsrechtlichen Problemen führen.

3. Aufbau von Entscheidungen und Eingaben

Die zivilverfahrensrechtliche Klausur findet oft auch unter erschwerten Umständen statt, weil die Falllösung zusätzlich in der Form einer Entscheidung oder einer gerichtlichen Eingabe abgefasst werden muss. Je nach Kanton folgen aber die entsprechenden Lösungen einem ganz anderen Aufbau. Diesem «handwerklichen» Aspekt kommt v.a. bei Anwaltsprüfungen eine hohe Bedeutung zu. Entsprechende Kenntnisse können denn auch in der Regel einzig im Rahmen eines Praktikums gewonnen werden.

Stark vereinfacht muss eine Entscheidung oder eine gerichtliche Eingabe mindestens folgende Punkte enthalten bzw. sich mit folgenden Punkten auseinander setzen:

- Rubrum
- Rechtsbegehren und sonstige Anträge bzw. Dispositiv

- Evtl. Zulässigkeitsvoraussetzungen für Rechtsmittel
- Prozessvoraussetzungen
- Sachverhaltsfragen
- Materiellrechtliche Fragen
- Kostenregelung
- Evtl. Eröffnungsformel und Rechtsmittelbelehrung

Besondere Beachtung verdient immer auch die Frage, ob eine Eingabe überhaupt begründet werden darf bzw. eine Begründung enthalten muss. So dürfen bspw. im Kanton Bern Appellationserklärungen in ordentlichen Verfahren keine Begründung enthalten (Art. 339 ZPO BE). Ebenfalls keine Begründung dürfen sog. Ladungsbegehren im Kompetenzverfahren, d.h. in Verfahren mit einem Streitwert unter 8000 Franken, enthalten (Art. 294 ZPO BE). Im Vergleich dazu erheblich strenger sind die Voraussetzungen an die Begründung einer staatsrechtlichen Beschwerde (siehe dazu Art. 90 Abs. 1 OG).

4. Konkrete Vorgehensweise

Erfahrungsgemäss empfiehlt sich folgende Vorgehensweise bei der Lösung eines zivilverfahrensrechtlichen Falles:

a) In einem *ersten Schritt* ist das Aufgabenblatt (mehrmals) gründlich durchzulesen. Nach erfolgter Lektüre sollte die konkrete Aufgabenstellung erneut studiert werden, kommt es doch immer wieder vor, dass bspw. anstelle einer Eingabe gleich die Entscheidung selbst verfasst wird.

b) In einem *zweiten Schritt*, dem sog. «Brain Storming», sind sämtliche sofort ersichtlichen Probleme in lockerer Reihenfolge aufzuschreiben.

c) Im Rahmen des *dritten Schrittes* sind die aufgefundenen Probleme auf ihre Relevanz hin zu überprüfen, zu lösen und in eine logische Reihenfolge zu bringen. Dabei ist insbesondere der *dienenden Funktion* des Zivilprozessrechts Rechnung zu tragen:

«Seine dienende Funktion bestimmt auch die Auslegung des Prozessrechts. Da es die Verwirklichung des materiellen Rechts zum Gegenstand hat, ist im Zweifelsfall nicht anzunehmen, einer prozessualen Gesetzesvorschrift komme eine Bedeutung zu, die geeignet ist, die Verfolgung materieller Ansprüche übermässig zu erschweren (*Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, 52 f. mit Hinweisen). Soll Bundesprivatrecht angewendet werden, hat sich die Auslegung des kantonalen Zivilprozessrechts diesem anzupassen und seine Durchsetzung zu gewährleisten. Die prozessuale Rechtsverwirklichung ist nicht bloss ein Postulat an die Adresse des kantonalen Gesetzgebers, sondern auch ein

Grundsatz der Rechtsanwendung. Das kantonale Prozessrecht ist daher im Zweifel in einem Sinn auszulegen, welcher die Verwirklichung des Bundesprivatrechts auf einfachstem Wege ermöglicht (*Guldener*, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR n.F. 80/1961 II S. 1 ff., 23; *Voyame*, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR n.F. 80/1961 II S. 67 ff., 99). Eine diesen Grundsätzen widersprechende Auslegung ist daher bundesrechtswidrig.» (BGE 116 II 215 E. 3)

Es empfiehlt sich daher, *einen Fall immer zuerst unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu analysieren und zu lösen*. Unerlässlich ist daher in den meisten Fällen die Erstellung einer entsprechenden Skizze, in der die verschiedenen Rechts- und Prozessverhältnisse eingetragen werden. Ebenfalls sehr bewährt hat sich die Erstellung einer sog. *Zeitachse*, auf der sämtliche wesentlichen Ereignisse in chronologischer Reihenfolge eingetragen werden. Auf diese Weise können Klage- und Verjährungsfristen erheblich einfacher beurteilt werden. Handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt, so sind zudem die entsprechenden Landesgrenzen einzuzeichnen und gestützt auf das Kollisionsrecht das anwendbare Sachrecht zu bestimmen. Erst wenn ein Fall materiellrechtlich klar ist, sollte mit der Lösung verfahrensrechtlicher Probleme begonnen werden, nicht aber bereits vorher! Gerade bei «gemischten» Aufgaben wird auch der materiellrechtlichen Lösung ein wesentlicher Einfluss auf die Gesamtnote zukommen. Insbesondere dort, wo ein Spezialgesetz zur Anwendung kommt, ist genau zu prüfen, ob dieses nicht auch prozessuale Sonderregelungen enthält. Ziel des dritten Schrittes ist es, die zu verfassende Entscheidung oder Eingabe in Form einer groben, noch nicht genau ausformulierten Lösungsskizze bzw. einer Disposition der Lösung entworfen zu haben. Ist die Abfassung einer Eingabe oder einer Entscheidung verlangt, so sollten diese in Form eines bloss stichwortartigen «Skeletts» bzw. eines detaillierten Inhaltsverzeichnisses (sog. Gliederungskonzept) vorliegen. Besondere Beachtung ist jeweils der Vorbereitung der Rechtsbegehren bzw. des Dispositivs zu schenken. Gut beraten ist, wer dafür ein gesondertes Blatt verwendet und auf diesem fortlaufend die bereits gewonnenen Erkenntnisse festhält.

d) Erst wenn der dritte Schritt vollständig abgeschlossen ist, sollte mit dem *vierten Schritt*, der eigentlichen Niederschrift, begonnen werden. Die wörtliche Ausarbeitung geschieht nur einmal, und zwar erst jetzt! In zeitlicher Hinsicht erscheint es als angezeigt, mit der Niederschrift spätestens nach Ablauf der Hälfte der Prüfungszeit zu beginnen. In formeller Hinsicht ist auf eine systemati-

sche Gliederung, eine flüssige Argumentation und auf eine klare Sprache zu achten. Eine Selbstverständlichkeit sind neben einer leserlichen Schrift die nur einseitige Beschriftung der Seiten und das Ziehen eines breiten Randes. In die Tiefe ist dort zu gehen, wo die Probleme liegen, nicht aber in die Breite, wo sich keine Probleme stellen.

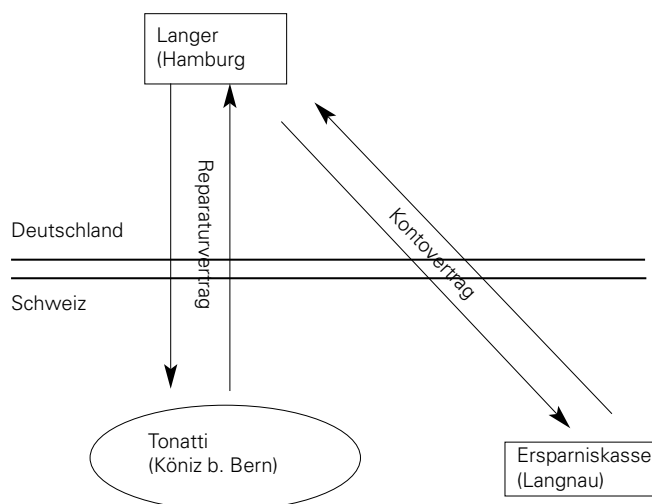
e) Verbleibt nach Abschluss des vierten Schrittes noch Zeit, so sollte im Sinne eines *fünftens* Schrittes eine eigentliche *Schlussbetrachtung* durchgeführt werden.

Für die Lösung von Fällen mit internationalem Bezug kann zudem auf die Checkliste von *Schnyder/Jegher* (10 f.) verwiesen werden.

IV. Die Bearbeitung des Falls «Jaguar XJ-S V12 Convertible» im Einzelnen

1. Aufarbeitung des Sachverhaltes

Der Sachverhalt bietet keine weiteren Probleme, und die materiellrechtliche Rechtslage ist ebenfalls klar: L schuldet T die Entschädigung aus dem Reparaturvertrag, unabhängig davon, ob dieser als Auftrag oder als Werkvertrag aufgefasst wird (siehe dazu auch *Eugen Bucher/Wolfgang Wiegand*, Übungen im Obligationenrecht: Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, 3. Auflage, Zürich 2001, Fall 9). Eine mögliche Skizze könnte wie folgt aussehen:



2. Die Auslegung der Aufgabenstellung

Es stellt sich weiter die Frage, welche Schritte im Interesse von T liegen könnten. Sicher ist, dass Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege keine zu stellen sind. Angesichts der drohenden Verlagerung des Vermögens in das Ausland ist eine möglichst rasche Sicherung des Kontos bei der Ersparniskasse Langnau angezeigt. Zu prüfen ist somit, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines *Arrestes* erfüllt sind und wenn ja, wo und wie eine allfällige Prosequierung desselben zu erfolgen hätte.

Die Sicherung von Geldforderungen ist exklusiv durch das SchKG geregelt (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Eine einstweilige Verfügung wäre daher völlig fehl am Platz.

3. Abfassung eines Arrestgesuchs

Wie bereits mehrfach erwähnt, weichen der Aufbau und die anderen formellen Punkte je nach anwendbarem Verfahrensrecht stark voneinander ab. Im Folgenden soll daher exemplarisch eine mögliche Lösung dargestellt werden, der hauptsächlich das *bernische* Prozessrecht zu Grunde liegt. Da es sich bei dem vorliegenden Fall um einen (wenn auch modifizierten) Teil einer echten Anwaltsprüfung handelt, findet keine Beschränkung auf lediglich ein ganz bestimmtes Fachgebiet (bspw. SchKG) statt.

Die inhaltlichen Überlegungen können wie folgt kurz zusammengefasst werden: Vorab zu prüfen ist, ob die in Art. 272 SchKG genannten Voraussetzungen für einen Arrest, nämlich das Bestehen einer Arrestforderung, eines Arrestgrundes und eines zu verarrestierenden Vermögensgegenstandes, gegeben sind und auch glaubhaft gemacht werden können (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Als *Arrestgrund* kommt vorliegend einzig der sog. *Ausländerarrest* gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG in Frage (allenfalls könnte noch kurz der Arrestgrund gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 diskutiert werden.). Die Forderung weist einen genügenden Bezug zur Schweiz auf, da das Auto in der Schweiz repariert worden ist und die Geldforderung über CHF 1500.– in der Schweiz zu erfüllen ist (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG i.V.m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Allenfalls könnte noch kurz geprüft werden, ob der Ausländerarrest nicht *per se* eine unzulässige Diskriminierung i.S.v. Art. 8 BV bzw. Art. 14 EMRK darstellt (siehe dazu den Entscheid des EuGH vom 10. Februar 1994, Rs. C-398/92, i.S. Mund & Fester c. Hatrex International Transport).

Die *Arrestforderung* ist ausgewiesen und auf Grund der mehrmaligen Mahnungen auch fällig. Fraglich ist einzig, ob das Konto bei der Ersparniskasse Langnau einen «Vermögensgegenstand» i.S.v. Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG darstellt. Auch dies ist zu bejahen, stellt ein «Konto» doch nichts anderes als eine Forderung gegen einen anderen Schuldner (den sog. *Drittschuldner*) dar.

Weiter zu prüfen ist, welches Gericht in internationaler, örtlicher und sachlicher Hinsicht für die Beurteilung des Arrestgesuchs zuständig ist. Die *sachliche Zuständigkeit* beurteilt sich nach kantonalem Recht. Die *internationale Zuständigkeit* ist auf Grund der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 24 des Lugano-Übereinkommens grundsätzlich eine Frage des nationalen Rechts. Nur am Rande und an dieser Stelle nicht näher vertieft sei die Frage, ob nicht auch ein Gericht an einem Hauptsachegerichtsstand gemäss Lugano-Übereinkommen zuständig wäre (siehe dazu den Entscheid des EuGH vom 17. November 1998, Rs. C-391/95, i.S. Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft Deco-Line, Rn. 22, sowie *Richard Gassmann*, Arrest im internationalen Rechtsverkehr: zum Einfluss des Lugano-Übereinkommens auf das schweizerische Arrestrecht, Zürich 1998). Die *örtliche Zuständigkeit* ist durch das SchKG geregelt; sieht dieses doch vor, dass der Arrest vom Richter des Ortes bewilligt wird, wo der Vermögensgegenstand sich befindet. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts gelten nicht in einer Urkunde verbrieft Forderungen, deren Gläubiger im Ausland wohnt, als am Sitz bzw. Wohnsitz des Schuldners belegen (siehe BGE 107 III 147 ff.). Verarrestiert werden soll die L aus dem Kontovertrag zustehende Forderung auf Auszahlung seines Guthabens bei der Ersparniskasse Langnau. Die Forderung gilt somit als am Sitz des Schuldners, in casu als am Sitz der Drittschuldnerin in Langnau belegen. Das Gesuch muss also beim Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises VI Signau-Trachselwald in Langnau gestellt werden (Art. 20 GOG BE).

Das *Rechtsbegehren* hat das Konto zu umfassen. Ob auch die im Sachverhalt erwähnten «weiteren Vermögenswerte» verarrestiert werden können, ist auf Grund des Verbots von Sucharresten zumindest fraglich, da es eine Gattung, die «Vermögenswerte» heisst, nicht gibt. Empfehlenswert erscheint daher, entweder auf die Verarrestierung derselben zu verzichten oder diese zumindest der Gattung nach zu spezifizieren.

Das Arrestgesuch könnte wie folgt aussehen:

EINSCHREIBEN/EXPRESS

Gerichtskreis VI
Signau-Trachselwald
Amthaus
3550 Langnau

Bern, 10. Dezember 2001

Arrestgesuch

für

Herrn Andrea Tonatti, Blumenweg 5, 3098 Köniz
vertreten durch den unterzeichnenden Anwalt Dr. Fridolin M.R. Walther, Fürsprecher, mit Prozess- und
Zustellungsdomizil auf dessen Kanzlei, Münzgraben 6, 3011 Bern **– Gesuchsteller –**

gegen

Herrn Hans-Kaspar Langer, Heckenweg 4, D-21029 Hamburg **– Gesuchsgegner –**

Rechtsbegehren

Es seien sämtliche Guthaben auf dem Konto Nr. A23-583-35.021 bei der Ersparniskasse Langnau in
3550 Langnau bis zu einem Gesamtbetrag von CHF 1500.– nebst Zins zu 5% seit dem 24. August
2001 und Kosten zu verarrestieren. **– unter Kostenfolge –**

Begründung

I. Formelles

1. Arrestgesuche sind gemäss Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG i.V.m Art. 317 Ziff. 6 ZPO im summarischen
Verfahren zu behandeln. Sachlich zuständig ist der Gerichtspräsident (Art. 2 ZPO). Die örtliche Zu-
ständigkeit ergibt sich aus dem Belegenheitsort der zu verarrestierenden Gegenstände (Art. 2 ZPO
i.V.m. Art. 272 SchKG). Bei Forderungen wird bei Wohnsitz des Arrestschuldners im Ausland auf den
Sitz oder die Niederlassung des Drittschuldners abgestellt. Das Konto Nr. A23-583-35.021 bei der Er-
sparniskasse Langnau gilt somit als in Langnau belegt. Das angerufene Gericht ist somit auch in ört-
licher Hinsicht zur Behandlung des vorliegenden Gesuches zuständig.

2. Der unterzeichnende Anwalt legitimiert sich durch Vollmacht vom 10. Dezember 2001.

Beweismittel:

– Vollmacht vom 10. Dezember 2001

Beilage 1

II. Materielles

1. Arrestforderung

Der Gesuchsteller hat im Sommer 2001 das Automobil des Gesuchsgegners, einen Jaguar XJ-S V12
Convertible, repariert. Die geleisteten Arbeiten wurden nicht beanstandet, da sie zur vollsten Zufrie-
denheit des Gesuchsgegners erfolgten.

Beweismittel:

- Werkstattbericht vom 18. Juni 2001
- Rechnung vom 19. Juni 2001

Beilage 2
Beilage 3

Der Gesuchgegner hat es aber in der Folge unterlassen, trotz mehrmaliger Mahnungen die dem Gesuchsteller zustehende Entschädigung zu bezahlen. Die Forderung ist fällig und glaubhaft gemacht und stellt daher eine genügende Arrestforderung dar.

Beweismittel:

- Mahnung vom 24. August 2001
- Mahnung vom 28. September 2001

Beilage 4
Beilage 5

2. Arrestgrund

Der Gesuchsteller stützt sich vorweg auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Der Gesuchsgegner hat keinen Wohnsitz in der Schweiz. Er verfügt jedoch über Vermögen bei der Ersparniskasse Langnau. Die Forderung des Gesuchstellers gegenüber dem Gesuchsgegner stellt einen genügenden Bezug zur Schweiz dar. Gemäss neuerer Bundesgerichtspraxis sind die Anforderungen an einen genügenden Bezug weit auszulegen. Der Wohnsitz des Gesuchstellers und der Erfüllungsort des Anspruchs in der Schweiz stellen einen genügenden Bezug zur Schweiz dar.

3. Arrestgegenstand

Der Gesuchsgegner verfügt bei der Ersparniskasse Langnau über das Konto Nr. A23-583-35.021. Dieses Konto ist bis zu einem Betrag von CHF 1500.– nebst Zins und Kosten zu verarrestieren.

Beweismittel:

- Einzahlungsschein für Konto Nr. A23-583-35.021

Beilage 6

4. Arrestbewilligung

Da der Gesuchsteller offensichtlich Forderungen gegen den Gesuchsgegner in der Höhe von CHF 1500.– hat, ein Arrestgrund vorliegt und offensichtlich bei der Ersparniskasse in Langnau ein Konto besteht, ist der Arrest zu bewilligen.

5. Arrestkaution

Die Interessen des Arrestschuldners werden durch einen Arrest nicht beeinträchtigt. Dieser kann sich in einem einfachen und raschen Einspracheverfahren zur Wehr setzen. Der Arrestrichter kann zudem auch nachträglich jederzeit noch eine Arrestkaution anordnen. Von der Anordnung einer Arrestkaution ist daher abzusehen.

Damit ist das eingangs gestellte Rechtsbegehren gehörig begründet.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Fridolin M.R. Walther, Fürsprecher

Im Doppel

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

(Orientierungskopien an die Gegenseite sind *keine* zu senden!)

4. Prosequierung des Arrests

Das SchKG lässt sowohl die Klage als auch die Betreuung als Prosequierung zu (Art. 279 Abs. 1 SchKG). Da es nach einer Betreuung meist zur Erhebung eines Rechtsvorschlages durch den Schuldner kommt, erscheint es als angezeigt, direkt Klage zu erheben. Da in casu der Streitwert nur CHF 1500.– beträgt, braucht einzig ein sog. Ladungsbegehren gemäss Art. 294 ZPO BE gestellt zu werden. Eine Begründung desselben ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 294 ZPO BE). Dieses entspricht in inhaltlicher Hinsicht mehr oder weniger einem Betreibungsbegehren (Art. 67 SchKG) und erfolgt meist in einfacher *Briefform*. Auf die Frage, ob auch für die Gerichts-, Partei- und Arrestaufnahmekosten Arrest gelegt werden kann, wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

Problematisch ist vorliegend einzig die Frage,

wo bzw. bei welchem Gericht das Ladungsbegehren eingereicht werden muss. Da Deutschland Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens ist, steht gemäss Art. 3 Abs. 2 LugÜ der Gerichtsstand des Arrestortes gemäss Art. 4 IPRG nicht zur Verfügung. Die Klage muss vielmehr an einem Gerichtsstand gemäss dem LugÜ eingereicht werden. In casu steht der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 5 Nr. 1 LugÜ zur Verfügung, da gemäss dem anwendbaren schweizerischen Recht der Erfüllungsort der offenen Geldforderung sich in der Schweiz am Wohnsitz des Gläubigers befindet (siehe dazu Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG i.V.m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR und *Gerhard Walter*, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2002, § 5 C II 1). Zuständig ist somit der Gerichtspräsident 1/2 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen, nicht aber der Gerichtspräsident, der für die Beurteilung des Arrestgesuchs zuständig ist.

EINSCHREIBEN
Gerichtskreis VIII Bern-Laupen
Amthaus / Hodlerstrasse 7
3011 Bern

Bern, 13. Dezember 2001

Ladungsgesuch gemäss Art. 294 ff. ZPO

für

Herrn Andrea Tonatti, Blumenweg 5, 3098 Köniz
vertreten durch den unterzeichnenden Anwalt Dr. Fridolin M.R. Walther, Fürsprecher, mit Prozess- und Zustellungsdomizil auf dessen Kanzlei, Münzgraben 6, 3011 Bern **- Kläger -**

gegen

Herrn Hans-Kaspar Langer, Heckenweg 4, D-21029 Hamburg **- Beklagter -**

I. Rechtsbegehren

Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von CHF 1'500.– nebst Zins zu 5% seit dem 24. August 2001 zu bezahlen. **- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -**

II. Formelles

Das angerufene Gericht ist gestützt auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes sowohl international als auch örtlich zuständig (Art. 5 Nr. 1 LugÜ i.V.m. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG i.V.m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 294 ff. ZPO.

Für Ihre Bemühungen danke ich Ihnen bestens.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Fridolin M.R. Walther, Fürsprecher

Im Doppel

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

Kopie z.K.: Klient

- Betreibungsamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Signau (als Beweis für die rechtzeitig erfolgte Prosequierung des zwischen denselben Parteien hängigen Arrestverfahrens)