

Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 10. September 2001

Prof. I. Meier

Bitte beachten: Laut Fakultätsbeschluss vom 4. Juli 2001 dürfen Sie auf der Prüfung vermerken, wenn Sie Repetent/in sind.

1. Sachverhalt Arrest

Sie sind Rechtsberaterin oder Rechtsberater der Swiss Konto Bank mit Sitz in Zürich. Sie haben den Auftrag, einen kurzen Bericht zu folgenden Rechtsfragen zu verfassen:

Der Betreibungsbeamte des Zürcher Stadtkreises 1 überbringt der Swiss Konto Bank einen Arrestbefehl mit dem Auftrag, die darin bezeichneten Vermögenswerte zu sperren und ihm mitzuteilen, welche Vermögenswerte in welcher Höhe von der Sperre erfasst sind. Aus dem Arrestbefehl ergibt sich Folgendes:

Die Arrestgläubigerin ist die Vera Trust AG, eine als dubios geltende Firma mit Sitz in Liechtenstein. Die Schuldnerin ist die LENCO SA mit Sitz in Mailand. Die Arrestgegenstände werden wie folgt bezeichnet: „Guthaben, Konten, Wertschriften, Depositen aller Art, Münzen, Juwelen, Safeinhalte lautend auf die Arrestschuldnerin bei der Swiss Konto Bank, Zürich.“ Die Forderung von Fr. 500'000.— wird wie folgt begründet: „Schadenersatz aus Nichterfüllung des Vertrages vom 1.10.1999.“ Als Arrestgrund ist angeführt: „Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (Der Vertrag vom 1.10.1999 ist in der Schweiz abgeschlossen worden).“

Der alleinige Aktionär der LENCO SA, Marino Müller mit Wohnsitz in Zürich, ist ein langjähriger Kunde der Bank. Marino Müller verfügt über mehrere Konten und Depots mit Vermögenswerten über mehrere Millionen SFr. Mit der LENCO SA hat die Bank keine Beziehung. Bei einem Konto mit einem Kontostand von 300'000.— EURO ist zwar als Inhaberin die LENCO SA angegeben. Marino Müller hat jedoch der Bank bei Errichtung des Kontos erklärt, dass dieses Konto ebenfalls ihm zustehe und diese Bezeichnung nur aus Gründen der „Steuroptimierung“ erfolge. Die Bank vermutet, dass die angebliche Forderung in keiner Weise bestehe und der Arrest rechtsmissbräuchlich erfolgt sei.

Die Bank möchte alles in ihrer Macht stehende unternehmen, um die Interessen von Marino Müller und der LENCO SA zu schützen.

Frage 1:

Was kann die Bank zum Schutz der Interessen von Marino Müller, der LENCO SA und allfälliger eigener Interessen unternehmen? Wird sie damit Erfolg haben?

2. Sachverhalt Beweisrecht

Ein Angestellter der Swiss Konto Bank, Anton Bleiker, ist fristlos entlassen worden. Als Begründung wurde angeführt: Bleiker habe in einem Bulletin der Bank die Aktien der Swiss Luft AG zu Unrecht viel zu schlecht dargestellt. Die Aktien haben in der Folge an der Börse

einen Kurssturz erlitten. Die Swiss Luft AG ist eine langjährige Kundin der Swiss Konto Bank.

Anton Bleiker hält die fristlose Entlassung für völlig unbegründet. Er klagt deshalb vor Arbeitsgericht auf Bezahlung von Fr. 400'000.— Schadenersatz. Als Begründung führt er unter anderem an:

- Sein Vorgesetzter, Peter Rubli, habe an einer Abteilungssitzung dieselbe Ansicht vertreten. Zum Beweis beruft er sich auf ein - von der Swiss Konto Bank zu edierendes - Memo, das Peter Rubli für interne Zwecke erstellt hat.
- Im Weiteren habe sein Bericht über die schlechte finanzielle Lage der Swiss Luft AG auch der Wahrheit entsprochen. Zum Beweis beantragt er, die Swiss Luft AG habe die Protokolle des Verwaltungsrates der Monate Januar bis Juli 2000 zu edieren.

Die Swiss Konto Bank und die Swiss Luft AG sind natürlich mit der Edition dieser Dokumente nicht einverstanden.

Das Arbeitsgericht hält die Einwendungen der Swiss Konto Bank und der Swiss Luft AG für unbegründet und geht entsprechend wie folgt vor:

- Es verfügt im Beweisabnahmebeschluss, die Swiss Konto Bank habe das fragliche Memo herauszugeben.
- Betreffend die Verwaltungsratsprotokolle der Swiss Luft AG fasst das Gericht einen separaten Beschluss, in dem es die Swiss Luft AG um Herausgabe dieser Urkunden ersucht.

Fragen:

- 2.1. Wie beurteilen Sie diese Beschlüsse?
- 2.2. Welche Androhungen werden diese Beschlüsse enthalten?

3. Sachverhalt Rechtsmittel

Peter Müller klagt vor dem Bezirksgericht Bülach gegen die Jean Fritz AG, ein Medienunternehmen, auf Unterlassung einer (hier nicht weiter interessierenden) Persönlichkeitsverletzung. Während des Hauptverfahrens stellt Peter Müller das Begehren, „es sei die Beklagte – im Sinne einer Massnahme zur Sicherung des Beweises – zu verpflichten, sämtliche e-mails des Redaktors Herbert Flink im Monat März 1999 herauszugeben“. Das Gericht weist das Begehren mit der Begründung ab, Peter Müller habe nicht glaubhaft gemacht, dass die Beweisabnahme in einem späteren Zeitpunkt gefährdet sei.

Frage 3:

Welche Rechtsmittel kann Peter Müller gegen diese Entscheidung ergreifen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen)

4. Sachverhalt Zuständigkeit

Fritz Bamert mit Wohnsitz in Zürich ist Angestellter der Firma Pommes GmbH mit Sitz in Basel. Die Aufgabe von Bamert ist es, den von der Firma Pommes GmbH hergestellten Pommes Frites-Automaten in der ganzen Schweiz zu verkaufen und zu reparieren. Bamert unter-

hält ein kleines Ersatzteillager in seiner Garage. Die administrativen Arbeiten besorgt er in seinem Wohnhaus.

Nach zwei Jahren kündigt Fritz Bamert seine Anstellung. Gestützt auf seine Kenntnisse, die er bei seiner Arbeit erworben hat, hat Bamert selber einen Pommes Frites-Automaten mit dem Namen „Mini-Lunch“ entwickelt, der sich jedoch in den entscheidenden Punkten vom Automaten der Pommes GmbH unterscheidet. Ein Jahr nach Auflösung der Anstellung gründet Bamert die Fritt AG mit Sitz in Bülach und beginnt mit dem Verkauf seines eigenen Apparates. Er bleibt in Zürich wohnhaft.

Als die Firma Pommes GmbH hiervon erfährt, lässt sie durch einen Rechtsanwalt Fritz Bamert und der Fritt AG mitteilen, sie verlange, dass die Produktion und der Vertrieb des Pommes Frites-Automaten „Mini-Lunch“ sofort eingestellt werde. Diese Vorgehensweise verstosse gegen das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Fritz Bamert sucht eine Rechtsanwaltsperson in Zürich auf. Diese weist die Vorwürfe in einem Antwortschreiben in aller Form zurück.

Als die Firma Pommes GmbH zwei Monate nichts mehr von sich hören lässt, entschliesst sich Fritz Bamert auf Anraten seiner Rechtsvertretung, im eigenen Namen und im Namen der Fritt AG Klagen gegen die Pommes GmbH mit folgendem Begehren einzureichen: „Es sei festzustellen, dass Herstellung und Vertrieb des Pommes Frites-Automaten „Mini-Lunch“ weder gegen den Arbeitsvertrag noch gegen UWG verstosse.“

Frage 4:

Wo können und sollen Fritz Bamert und die Fritt AG Klage einleiten (örtliche Zuständigkeit)?

5. Sachverhalt Konkursrecht

Über die Koster AG muss am 1.10.1999 der Konkurs eröffnet werden. Auf Antrag des Konkursamtes ordnet das Konkursgericht das summarische Konkursverfahren an. Kurze Zeit später verfügt das Konkursamt, dass der Konkurs durch die Treuhandfirma Fidirex AG durchgeführt werde.

Das Konkursamt hat sich nach (informeller) Rücksprache mit den drei Hauptgläubigern zu dieser Vorgehensweise entschlossen, weil aussergewöhnliche Vermögenswerte (Aktien einer Familien-AG und Rechte an Filmen) zu verwerten sind.

Der Kleingläubiger Hans Korrekt (Forderung Fr. 1'000.—) ist der Auffassung, dass diese Entscheidung unter anderem aus folgenden Gründen nicht richtig sei:

1. Die Entscheidung sei angesichts der wenigen Aktiven unangemessen. Die Durchführung des Konkurses durch das Konkursamt sei viel billiger.
2. Die Anordnung der ausseramtlichen Konkursverwaltung im summarischen Verfahren sei in jedem Fall unzulässig.
3. Selbst wenn sie zulässig wäre, sei die Bestellung nicht richtig erfolgt.

Frage 5:

Was kann Hans Korrekt gegen diese Entscheidung unternehmen? (Es ist der ganze Instanzenzug aufzuzeigen). Wird Hans Korrekt dabei Erfolg haben?

Lösungsvorschlag (Lizentiatsprüfung in ZPR/SchKG vom 10. September 2001, Prof. Meier)

1. Sachverhalt Arrest

I. Prüfung des Arrestbefehls und des Vollzugs

1. Der Arrestbefehl

a) *Zuständigkeit des Gerichtes*

Da die Vera Trust AG ihren Sitz in Liechtenstein und die Lenco SA in Mailand hat und die zu verarrestierenden Vermögensgegenstände in der Schweiz liegen, ist ein internationaler Sachverhalt zu bejahen. Zur Anwendung kommt Art. 24 LugÜ, da die Beklagte, die LENCO SA ihren Sitz in einem LugÜ-Staat (Italien) hat und kein Ausschlussgrund nach Art. 1 Abs. 2 LugÜ vorliegt. Beim Arrest im internationalen Verhältnis handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme. Gem. Artikel 24 LugÜ können in der Schweiz vorsorgliche Massnahmen erlassen werden, die das Schweizer Recht vorsieht, auch wenn sich der Hauptsachengerichtsstand in einem anderen Vertragsstaat befindet. Folglich ist nun im nationalen Recht ein Gerichtsstand für die Arrestlegung zu suchen. Für den Arrest kommt nun nicht das IPRG zum Zuge, sondern Art. 272 SchKG (saak Meier: Internationales Zivilprozessrecht, Zürich 1994, S. 70 f.). Örtlich zuständig ist der Richter, wo sich die Arrestgegenstände befinden (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Bezüglich des Inhalts des Safes ist klar, dass die Gegenstände in Zürich liegen. Wie sieht es aber mit den Guthaben und Konten aus? Grundsätzlich werden Forderungen am Wohnorte des Gläubigers (=Arrestschuldners) verarrestiert (SchKG-Komm/Stoffel: Art. 272 Rn. 40). Wohnt der Arrestschuldner im Ausland, so wird aus Praktikabilitätsgründen der Sitz des Drittschuldners herangezogen (statt vieler: BGE 114 III 31). Somit ist die örtliche Zuständigkeit in Zürich.

b) *Arrestforderung*

Nach Art. 271 Abs. 1 SchKG muss die Arrestforderung fällig, und sie darf nicht pfandgesichert sein. Bezüglich der Fälligkeit oder eines allfälligen Pfandrechts gibt der Sachverhalt nichts her.

c) *Arrestgegenstand*

Beim Arrestgegenstand (Art. 271 Abs. 1 SchKG) muss es sich um realisierbare Vermögenswerte handeln. Realisiert werden kann, was pfändbar ist. Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Arrestgegenstände genügend genau bezeichnet wurden. Es besteht die Möglichkeit, wenn die genaue Bezeichnung der einzelnen Arrestgegenstände nicht möglich ist, die Gegenstände allgemein ihrer Gattung nach zu umschreiben (Gattungsarrest). Dies gilt v.a. für Vermögenswerte auf Banken (siehe dazu BLSchK 1986, S. 111). Dabei muss wenigstens der Standort und der Gewahrsamsinhaber glaubhaft dargetan werden. Es ist dabei auf die umfangreiche Praxis des BGer zu verweisen. Besonders weit geht diesbezüglich: BGE 100 II 28. Da in casu die Voraussetzungen des Gattungsarrestes erfüllt sind, handelt es sich folglich nicht um einen sog. Sucharrest. Es kann somit gesagt werden, dass die Gegenstände genügend genau bestimmt wurden.

d) *Arrestgrund*

Es handelt sich wie im Sachverhalt angegeben um einen sog. Ausländerarrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG). Dieser Arrestgrund ist im Verhältnis zu den anderen Arrestgründen subsidiär. Der Schuldner darf weder Wohnsitz noch einen Betreibungsort (Amonn/Gasser: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 51 N. 7) in der Schweiz haben. Weiter braucht der Ausländerarrest einen genügenden Bezug zur Schweiz. Dieser ist mit dem Abschluss des Vertrages in der Schweiz gewährleistet.

e) *Glaubhaftmachen der Voraussetzungen für den Arrestbefehl*

Die Voraussetzungen für die Bewilligung des Arrestes muss der Gläubiger glaubhaft machen.

2. Der Arrestvollzug

a) Auskunftspflicht der Bank

Gemäss Sachverhalt verlangt der Betreibungsbeamte von der Bank Auskunft bezüglich der vom Arrestbefehl erfassten Vermögenswerte. Dies ist gerade beim Gattungsarrest wichtig, da nur so die im Arrestbefehl enthaltenen Gegenstände spezifiziert werden können und somit der Arrest vollzogen werden kann (Müller-Chen: Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, in: B1SchK 2000, S. 221). Die Auskunftspflicht ergibt sich aus Art. 275 i.V.m. Art. 91 Abs. 4 SchKG. Allerdings ist Art. 91 Abs. 4 SchKG im Arrestverfahren nur analog anzuwenden. Da es sich beim Arrestverfahren um eine superprovisorische Sicherungsmassnahme handelt, sind gewisse Modifikationen nötig. Allerdings ändert sich im Grundsatz nichts an der Auskunftspflicht. Es ist dabei zu beachten, dass Dritte nur mittels Strafandrohung nach Art. 324 StGB (BGE 125 II 399; a. M herrschende Lehre) zur Auskunft gezwungen werden können, wenn die Arrestforderung auf einem vollstreckbaren Titel beruht (BGE 103 III 91; 107 III 151; BGE 109 III 24). Somit besteht die Möglichkeit, sich trotz Auskunftspflicht ohne strafrechtliche Folgen zu weigern. Es ist allerdings denkbar, dass der Dritte dem Arrestgläubiger gegenüber für aus ungerechtfertigter Auskunftsverweigerung erwachsenden Schaden zivilrechtlich haftbar wird (BGE 109 III 25). Gemäss neuester Rechtsprechung des BGer kann sich der Dritte im Falle einer Auskunftspflicht bis zur Rechtskraft des Arrestbefehls Zeit lassen (BGE 125 III 391 ff). Da wir es in casu mit einer Schadenersatzklage aus Nichterfüllung eines Vertrages zu tun haben, liegt kein vollstreckbarer Titel vor. Somit ist die Strafandrohung beim Auskunftsbegehren des Betreibungsamtes richtigerweise unterlassen worden.

Der Umfang der Auskunftspflicht ergibt sich aus dem Arrestbefehl. Es müssen nur Auskünfte über die im Arrestbefehl aufgeführten Gegenstände gegeben werden. Zweifelt der Dritte an der Richtigkeit der Angaben im Arrestbefehl, so entbindet ihn dies nicht von seiner Auskunftspflicht. Somit hat die Bank dem Betreibungsamt bezüglich dem auf die Lenco SA lautenden Konto Auskunft zu geben. Die Bemerkung, dass das Konto nur aus steuertechnischen Gründen auf den Namen der LENCO SA laute, kann die Bank nicht für eine Weigerung der Auskunftspflicht vorschieben. Es ist schliesslich nicht die Sache der Bank, zu entscheiden, was arrestierbar ist und was nicht. Die Überprüfung der Arrestvoraussetzungen ist einzig und allein Sache des Arrestrichters (BGE 107 III 33, 36 ff). Anders sieht es mit den Konten aus, bei denen kein Hinweis auf eine Verbindung zur LENCO SA besteht. Diesbezüglich braucht die Bank keine Auskunft zu erteilen.

b) Verhalten des Betreibungsamtes bei angemeldetem Dritteigentum

Erfährt der Betreibungsbeamte, dass der verarrestierte Vermögenswert angeblich jemandem anderen gehören soll, so hat er dies in der Arresturkunde zu vermerken (Jäger/Walder/Kull/Kottmann: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 4. Auflage, Zürich 1997/1999, Art. 276 Rn. 4) und nach den Regeln des Widerspruchsverfahrens vorzugehen (Art. 106 ff. SchKG). Um die Parteirollen in einem allfälligen Prozess zu verteilen, kommt es auf den Rechtsschein an (Jäger/Walder/Kull/Kottmann: Band I, Art. 107 Fn. 7 und Art. 108 Fn. 9). Es handelt sich um die spezielle Situation, dass die Gegenstände bei einem Verwahrer liegen. Da die Problematik darin besteht, dass gerade die Berechtigung selbst bestritten ist, kommt es auf die grössere Wahrscheinlichkeit der Berechtigung an (BGE 120 III 19; BGE 120 III 85; Amonn/Gasser: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 24 N 37). In casu lautet das oben erwähnte Konto auf die LENCO SA. Sie hat somit den Rechtsschein resp. die grössere Wahrscheinlichkeit der Berechtigung für sich. Es kommt das Verfahren nach Art. 107 SchKG zum Zuge. Das Betreibungsamt hat somit der LENCO SA und der Vera Trust AG eine 10 tägige Frist zur Bestreitung anzusetzen (Art. 107 Abs. 2 SchKG).

II. Rechtsbehelfe

1. Einsprache

Da es sich beim Arrest um eine superprovisorische Massnahme handelt, wird durch die Einsprache Personen, die in ihren Rechten betroffen sind, nachträglich das rechtliche Gehör gewährt. Mit der Arresteinsprache können alle Voraussetzungen des Arrestes bestritten werden. Über den Entscheid, wem die Sache rechtlich gehört, wird im Einspracheverfahren

nicht materiell rechtskräftig entschieden. Für dies gibt es das Widerspruchsverfahren (SchKG-Komm/Reiser: Art. 278 Rn 4). Im Einspracheverfahren wird bezüglich Drittansprachen lediglich zu entscheiden sein, ob die auf den Namen eines Dritten lautenden Vermögenswerte nach genügender Wahrscheinlichkeit tatsächlich *rechtlich* dem Schuldner gehören (SchKG-Komm/Reiser: Art. 278 Rn. 11). Zweifel über die Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Schuldnervermögen sind – provisorisch, unter Vorbehalt des Widerspruchsverfahrens – im Einspracheverfahren zu entscheiden. Ebenfalls im Einspracheverfahren kann eingebracht werden, dass dem Arrestgläubiger eine Arrestkaution hätte auferlegt werden müssen. Der Richter hat beim Entscheid, ob eine Arrestkaution aufzuerlegen ist nach pflichtgemäßem Ermessen vorzugehen (SchKG-Komm/Stoffel: Art. 273 Rn. 20).

a) Legitimation

Nach Art. 278 Abs. 1 SchKG ist zur Einsprache legitimiert, „wer durch den Arrest in seinen Rechten betroffen ist“. Die Legitimation ist eine Prozessvoraussetzung. Ist sie nicht gegeben, so wird auf die Einsprache nicht eingetreten (SchKG-Komm/Reiser: Art. 278 Rn. 20). *Drittverwahrer* sind gegenüber dem Betreibungsamt auskunftspflichtig. Sie haben gegenüber dem Arrestschuldner und Dritten die Sperrung des Vermögens zu beachten mit dem Risiko, bei Nichteinhalten, schadenersatzpflichtig zu werden (Ottomann Rudolf: Der Arrest, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 72). Folglich muss ein Drittverwahrer zur Einsprache legitimiert sein. Der zur Einsprache berechnigte Dritte ist mit seinen Einwendungen keineswegs auf solche beschränkt, die sich direkt auf sein rechtliches Betroffensein durch den Arrest beziehen (Ottomann Rudolf: Der Arrest, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 73). Somit ist in casu die Bank einsprachelegitimiert. Sie kann folglich die mit Einsprache zu rügenden Arrestvoraussetzungen beim Arrestrichter anfechten. Insbesondere kann sie geltend machen, es hätte dem Arrestgläubiger eine Arrestkaution nach Art. 273 Abs. 1 SchKG auferlegt werden müssen oder das Konto, lautend auf die LENCO SA, stehe dem Marino Müller zu.

2. Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG)

Im Gegensatz zur Einsprache werden Verfahrensfehler des Betreibungsamtes beim Vollzug des Arrestes mittels Beschwerde behoben. Einsprache und Beschwerde können nebeneinander erhoben werden. Auch hier stellt sich wieder die Frage nach der Legitimation: Bei der Beschwerde ist diesbezüglich auf den verwaltungsrechtlichen Legitimationsbegriff abzustützen: Beschwerter ist, wer in seinen rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat (Amonn/Gasser: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 6 N. 24).

Der Betreibungsbeamte überbringt der Bank den Arrestbefehl mit der Weisung um Auskunft. Dies stellt eine Verfügung seitens des Betreibungsamtes dar. Somit ist die Bank im Rahmen der Verfügung legitimiert. Nicht legitimiert ist die Bank, in der Beschwerde in eigenem Namen die Interessen von Marino Müller oder der LENCO SA wahrzunehmen, weil kein generelles Rügerecht besteht.

3. Widerspruchsverfahren (Art. 275 i.V.m Art. 106 ff. SchKG)

Die Drittansprache kann nicht nur vom Schuldner oder Gläubiger, sondern auch von einem Dritten, der beispielsweise die Sache im Besitze hat, getätigt werden (Amonn/Gasser: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 24 N 20). Die Bank kann beim Arrestvollzug dem Betreibungsbeamten gegenüber geltend machen, dass das verarrestierte Konto nicht der LENCO SA gehöre, sondern dem Marino Müller.

Nach Art. 275 SchKG kommen im Arrestverfahren die Regeln des Widerspruchsverfahrens analog zur Anwendung. Dies ist der Fall, sobald ein Dritter am Arrestgegenstand Rechte geltend macht, vor denen der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers zurücktreten müsste. In casu wird die Bank dem Betreibungsamt die Mitteilung des Drittanspruchs geltend gemacht haben. Bezüglich der Verteilung der Parteirollen des Betreibungsamtes, siehe oben unter

I.2.b. Die Bank ist im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens keinesfalls Partei. Alles, was sie tun kann ist, wie schon erwähnt, die Berechtigung des Marino Müllers am besagten Konto geltend zu machen.

2. Sachverhalt Beweisrecht

a) Vorbemerkungen

Im Verfahren vor Arbeitsgericht verlangt Anton Bleiker (Kläger) von seiner ehemaligen Arbeitgeberin Swiss Konto Bank (Beklagte) die Bezahlung von Fr. 400'000.- Schadenersatz. Anton Bleiker stützt seine Klage auf OR 337c und macht geltend, die fristlose Kündigung sei missbräuchlich gewesen.

Prozessparteien dieser arbeitsrechtlichen Streitigkeit sind Anton Bleiker und die Swiss Konto Bank. In diesem Verfahren kommt Peter Rubli, Mitarbeiter der Swiss Konto Bank und Vorgesetzter des A. Bleiker, keine Parteistellung zu, er könnte allenfalls als Zeuge i.S.v. § 157 ff. ZPO angerufen werden, davon ist allerdings im Sachverhalt nirgends die Rede. Die Swiss Luft AG ist ebenfalls nicht Partei im arbeitsrechtlichen Verfahren.

Da sich der Streitwert auf Fr. 400'000.- beläuft (ZPO 18 I) wird der Prozess im ordentlichen Verfahren (OR 343 II e contrario) vor dem Arbeitsgericht in Dreierbesetzung (GVG 13 I i.V.m. 12 I) abgehalten. Es gilt die Verhandlungsmaxime (OR 343 IV e contrario; ZPO 54 I).

Im Verlauf der vorhergehenden Verfahrensabschnitte wurden durch die Parteien die Beweismittel genannt, die in ihren Augen dazu geeignet sind, den Haupt- oder Gegenbeweis gemäss Beweisaufgabebeschluss zu erbringen (ZPO 136 und 137). Ferner wurden die Beweiseinwendungen der Beklagten (ZPO 139) nicht geschützt und das Arbeitsgericht verfügte unter anderem die Herausgabe des internen Memos durch die Swiss Konto Bank und diejenige der VR-Protokolle durch die Swiss Luft AG (ZPO 140). Da es sich bei der Swiss Luft AG nicht um eine Prozesspartei handelt, musste das Gericht einen separaten Beweisabnahmebeschluss mit den sie betreffenden Anordnungen erlassen. Sollte die Abnahme bestimmter Beweise nachträglich als entbehrlich erscheinen, wäre es dem Gericht unbenommen, auf seine Beschlüsse zurückzukommen (ZPO 143).

b) Frage 2.1: Wie beurteilen Sie diese Beschlüsse?

Anhand des internen Memos und der VR-Protokolle der Swiss Luft AG könnte A. Bleiker den Beweis erbringen, dass seine Lagebeurteilung bezüglich der Aktien der Swiss Luft AG zum damaligen Zeitpunkt sachlich gerechtfertigt war und dass sie innerhalb der Bank sogar von seinem Vorgesetzten vertreten worden war. Gelingt ihm dieser Beweis, dann ist der Vorwurf, er habe die Lage zu Unrecht viel zu schlecht dargestellt, unbegründet und das Vorliegen von wichtigen Gründen i.S.v. OR 337 I zu verneinen. In diesem Sinne sind die angerufenen Dokumente geeignet, rechtserhebliche Tatsachen i.S.v. ZPO 133 zu beweisen.

Memo der Swiss Konto Bank

Das von Peter Rubli anlässlich einer internen Sitzung der Wertschriftenabteilung verfasste Memo ist eine private Urkunde i.S.v. ZPO 183 ff.. Im Zivilprozess werden Urkunden als bewegliche Sachen zur Aufzeichnung von Gedanken definiert. Für die Qualifizierung als Urkunde ist es unerheblich, ob das Memo zum internen oder externen Gebrauch bestimmt war und ob es zum Beweiszweck verfasst wurde oder nicht.

Die Bejahung des Urkundencharakters des bankinternen Memos lässt die Frage der Beweiskraft dieses Arbeitspapiers offen. Diese wird vom Gericht in Ausübung der freien Beweiswürdigung beurteilt.

Die Swiss Konto Bank trifft eine umfassende prozessuale Editionsspflicht, sie hat alle sich in ihrem Besitz befindlichen Urkunden herauszugeben (ZPO 183). Obwohl sich diese Pflicht gegen den Willen der Partei nicht durchsetzen lässt - in diesem Sinne wird von einer „Mitwirkungslast“ gesprochen - kann sich die Missachtung der gerichtlichen Verfügung nachteilig auf den Prozessausgang auswirken.

Urkunden müssen grundsätzlich vollständig vorgelegt werden; unerhebliche Stellen dürfen mit Bewilligung des Gerichts unzugänglich gemacht werden (ZPO 186 III).

Einziges Schranke dieser Mitwirkungslast der Parteien ist die Geltendmachung höherer Interessen, die im Extremfall die Editionsspflicht ganz aufheben kann (ZPO 145). Sollte das zu edierende Memo besonders vertrauliche – und im Zeitpunkt des Prozesses noch aktuelle – Informationen zu den Geschäften der Bank oder Aussagen enthalten, deren Bekanntmachung einen grossen Schaden verursachen könnte, dann kann die Swiss Konto Bank allenfalls Schutzmassnahmen beantragen. Dem Gericht stehen Massnahmen unterschiedlicher Intensität zur Verfügung: Vom Ausschluss der Öffentlichkeit aus den Verhandlungen zur Beschränkung der Akteneinsicht auf den Vertreter der Gegenpartei oder gar auf das Gericht alleine. Die Zusprechung von Schutzmassnahmen stellt eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs dar und verlangt eine sorgfältige Interessenabwägung und die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

Bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen wird das Gericht sowohl die Geheimhaltungsinteressen der Bank als auch die Relevanz der Urkunde für die Abklärung des Sachverhaltes und insbesondere für den Kläger, der im Verfahren gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber am kürzeren Hebel steht, berücksichtigen.

Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Swiss Luft AG Januar-Juli 2000

Bei den Aufzeichnungen der Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrates der Swiss Luft AG handelt es sich ebenfalls um private Urkunden i.S.v. ZPO 183 ff.. Anders als das interne Memo wurden die VR-Protokolle im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften zum Beweisweck verfasst (OR 713 III). Im vorliegenden Beschluss hat das Gericht die Eignung der VR-Protokolle der Swiss Luft AG zum Beweis der Begründetheit der finanziellen Analyse von Anton Bleiker offenbar bejaht.

Auch für Dritte besteht eine allgemeine prozessuale Editionsspflicht aller Urkunden in ihrem Gewahrsam, sofern sie nicht ausnahmsweise ein Mitwirkungsverweigerungsrecht geltend machen können (ZPO 184 I i.V.m. ZPO 158-60).

Der Verwaltungsrat ist die leitende Instanz einer Aktiengesellschaft, ihm obliegt z.B auch die Formulierung der mittel- und langfristigen Strategien zur Überwindung finanzieller Engpässe (OR 716a I Ziff. 1). Den Mitgliedern des VR steht das Recht auf Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft und auf Einsicht in die Gesellschaftsbücher zu (OR 715a). Dieser tiefe Wissensstand widerspiegelt sich in den VR-Protokollen, die äusserst vertrauliche Informationen zur Unternehmensstrategie enthalten können. Weder die einzelnen Aktionäre noch die Generalversammlung als oberstes Organ einer Aktiengesellschaft bekommen freien Zugang zu den VR-Protokollen. Einzig das Institut der Sonderprüfung gewährt der GV unter besonderen Voraussetzungen die mittelbare Einsicht in gewisse Angelegenheiten der Gesellschaft (OR 697a).

Die Veröffentlichung der VR-Protokolle des ersten Halbjahrs 2000 könnte der börsenkotierten Swiss Luft AG einen noch grösseren Schaden zufügen als schon die Äusserungen, die Anton Bleiker damals im Bankenbulletin abgedruckt hat. Unter diesen Umständen trifft der Beweisabnahmebeschluss des Arbeitsgerichts die Swiss Luft AG besonders hart.

Angesichts des drohenden Schadens kann sich die Swiss Luft AG auf ihr berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der im VR erfolgten Besprechungen berufen und die Befreiung von der Vorlegung der VR-Protokolle verlangen.

Ob die Swiss Luft AG Mitwirkungsverweigerungsrechte (ZPO 158-160) erfolgreich geltend machen kann, lässt sich anhand des Sachverhaltes nicht endgültig beurteilen. Die vollständige Aufhebung der Editionsspflicht der Swiss Luft AG setzt jedenfalls voraus, dass keine Schutzmassnahmen i.S.v. ZPO 145 ergriffen werden können, die die angerufenen Interessen gebührend berücksichtigt. Denkbar sind hier Beschränkungen des Teilnahmerechts am Prozess (Ausschluss der Öffentlichkeit), des Rechts auf Akteneinsicht (Einsichtnahme durch Parteivertreter oder nur durch das Gericht), oder die zeitliche Verschiebung der Beweisabnahme, bedingt durch das Gelingen des Beweises mit anderen Mitteln.

Auch in diesem Fall nimmt das Gericht eine sorgfältige Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Dritten und dem prozessualen Offenbarungsinteresse vor und prüft die zu treffenden Anordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör.

c) Frage 2.: Welche Androhungen werden diese Beschlüsse enthalten?

Im Falle der Swiss Konto Bank (Beklagte) wird die Androhung für den Weigerungsfall auf ZPO 183 II i.V.m. ZPO 148 hinweisen. Das Verhalten der säumigen Partei wird bei der Urteilsfällung frei gewürdigt. Dies kann auch bewirken, dass die Beweislast umgekehrt wird oder der Beweis zu Lasten des Säumigen als erbracht gilt. Die Weigerung der Edition kann die Swiss Konto Bank zum Prozessverlust führen.

Im Falle der Swiss Luft AG (Dritte) wird die Androhung für den Fall einer unbefugten Weigerung auf ZPO 184 II i.V.m. ZPO 163 II verweisen. Wird nach erfolgter Strafandrohung gemäss ZPO 163 II die Edition der Urkunden weiterhin ungerechtfertigt verweigert, erfolgt eine Sanktionierung nach StGB 292.

3. Sachverhalt Rechtsmittel

Beim Entscheid des Bezirksgerichts Bülach, in dem die Beweissicherung abgelehnt wird, handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Die kantonale Berufung fällt somit mangels Sachentscheid ausser Betracht. Zu prüfen ist der Rekurs nach ZPO 271 ff.

a) Rekurs

Das Begehren um Beweissicherung ergeht während dem Hauptverfahren. Eine vorsorgliche Beweissicherung i.S. von ZPO 231 liegt nicht vor, da diese nur vor Rechtshängigkeit des Prozesses zur Anwendung gelangt. Auch handelt es sich nicht um ein Befehlsverfahren i.S. von ZPO 222 Ziff. 3. Die Klage aus Persönlichkeitsverletzung (Hauptverfahren) ergeht im ordentlichen Verfahren. Somit kommt ZPO 271 und nicht ZPO 272 (summarisches Verfahren) zur Anwendung. Eine mögliche analoge Anwendung von ZPO 231-237 auf die Beweissicherung auch während des Verfahrens bezieht sich nur auf den Verfahrensablauf und nicht auf die sachliche Zuständigkeit.

Peter Müller ist zur Erhebung des Rekurses legitimiert; auch ist er formell und materiell beschwert. Ein Rekurs ist nur zulässig, wenn der Streitwert Fr. 8'000.- erreicht oder nach der Natur der Sache nicht schätzbar ist. Bei einer Klage auf Unterlassung einer Persönlichkeitsverletzung kann davon ausgegangen werden, dass der Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann.

Da als Anfechtungsobjekt ein prozessleitender Entscheid des Bezirksgerichtes vorliegt, kommt nur Ziff. 4 in Frage. Die anfechtbaren prozessleitenden Entscheide sind in ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 4 abschliessend aufgeführt. Es stellt sich nun die Frage, ob die Beweissicherung als vorsorgliche Massnahme im Sinne dieser Bestimmung betrachtet werden kann. Da der Prozess bereits rechtshängig ist, liegt eine Beweissicherung i.S. von ZPO 135 vor. Nach der zürcherischen Rechtsprechung gilt die Sicherung von Beweismitteln nach ZPO 135 nicht als vorsorgliche Massnahmen i.S.v. ZPO 110 (ZR 70 Nr. 128 I.a.; vgl. auch Kommentar-ZPO § 272 N 30). Der Entscheid wäre folglich nicht rekursfähig. Bei einer Klage aus Persönlichkeitsverletzung wird die Beweissicherung jedoch durch das Bundesrecht (ZGB 28c Abs. 2 Ziff. 2) geregelt. In der Randbemerkung zu ZGB 28c wird explizit von vorsorglichen Massnahmen gesprochen. Obwohl die Beweissicherung in der Regel nicht als vorsorgliche Massnahme im eigentlichen Sinne verstanden wird (Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 48 f.), kann im Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsverletzung – gerade wegen der Aufzählung im ZGB – von einer einstweiligen Massnahme i.S. von Ziff. 4 ausgegangen werden (auch die gegenteilige Ansicht ist vertretbar).

Gegen den Entscheid ist somit der Rekurs ans Obergericht nach ZPO 271 Abs. 1 Ziff. 4 gegeben.

b) Eidgenössische Berufung

Gegen den Rekursentscheid ist die eidgenössische Berufung zu prüfen. Da vorsorgliche Massnahmen keinen definitiven Charakter haben, liegt kein Endentscheid i.S. von OG 48 vor. Auch handelt es sich beim Abweisungsentscheid nicht um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit nach OG 49. Gemäss OG 50 sind „andere“ Zwischenentscheide unter der Voraussetzung anfechtbar, dass sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann, was bei einer vorsorglichen Massnahme nicht der Fall ist. Die bundesrechtliche Berufung ist folglich mangels Anfechtungsobjekt zu verneinen.

c) Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde

Nicht erforderlich ist bei der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, dass ein Endentscheid vorliegt. So gilt als Anfechtungsobjekt auch ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Vogel § 13 N 186). Im vorliegenden Fall könnte als Beschwerdegrund aufgeführt werden, es sei über das Massnahmebegehren in Anwendung von kantonalen Recht (ZPO 110 oder 135) anstelle des massgebenden eidgenössischen Rechts (ZGB 28c II Ziff. 2) entschieden worden (OG 68 I lit. a). Eine vorsorgliche Massnahme, welche im Rahmen einer Persönlichkeitsverletzung verlangt wird, gilt als Zivilsache (vgl. BGE 103 II 1 ff.). Somit könnte grundsätzlich die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde gegeben sein. Wird neben der Verletzung von Bundesrecht auch die Verletzung kantonalen Rechts geltend gemacht, ist sowohl die eidgenössische als auch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben (Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, S. 58). Ansonsten ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde jedoch eher mangels Nichtigkeitsgrund zu verneinen.

d) Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde

Gegen Rekursentscheide ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, sofern ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, immer gegeben. Zu beachten ist, dass auch ein mit Rekurs angefochtener prozessleitender Entscheid uneingeschränkt nach ZPO 281 (und nicht ZPO 282) gerügt werden kann. Nach Spühler/Vock (S. 62) müssen jedoch „dogmatisch“ gesehen auch Rekursentscheide über prozessleitende Entscheide nach ZPO 271 I Ziff. 4 unter ZPO 282 subsumiert werden. Gemäss Praxis des Kassationsgerichts und eindeutigem Wortlaut der Bestimmung von ZPO 281 ist dieser Ansicht jedoch nicht zu folgen. Wird die Ansicht von Spühler/Vock vertreten, ist zu beachten, dass die Anordnung einer Beweissicherung nach ZPO 272 II Ziff. 2 nicht rekursfähig ist. Die Verweigerung, wie in unserem Fall, kann jedoch mit Rekurs angefochten werden (ZPO-Kommentar § 272 N 13). Sowohl bei ZPO 281 als auch bei 282 muss ein Nichtigkeitsgrund i.S. von Ziff. 1-3 geltend gemacht werden. In unserem Fall könnte die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes – nämlich ZPO 135 – gerügt werden. Auch käme eine willkürliche tatsächliche Annahme in Betracht. Die Verletzung von ZGB 28c Abs. 2 Ziff. 2 könnte als Verletzung klaren materiellen Rechts i.S. von Ziff. 3 angefochten werden.

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach ZPO 281 ist somit gegeben.

e) Staatsrechtliche Beschwerde

Als letztes Rechtsmittel ist die staatsrechtliche Beschwerde zu prüfen. Nach der Terminologie des OG gelten prozessleitende Entscheide nach Zürcher ZPO als Zwischenentscheide. Selbständig eröffnete Zwischenentscheide, die nicht eine Zuständigkeit oder ein Ausstandsbegehren betreffen, können nur angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (vgl. OG 87 Abs. 2). Da eine mögliche Beseitigung von Beweismitteln – leichte Löscharkeit der e-mails – einen solchen Nachteil nach sich ziehen würden, kann von einem zulässigen Anfechtungsobjekt ausgegangen werden. Peter Müller ist zur Beschwerde legitimiert. Es liegt ein letztinstanzliches Urteil vor. Auch wurde die Subsidiarität beachtet. Als Rügengrund kann eine Verletzung von BV 9 (willkürliche Anwendung von ZPO 135 oder ZGB 28c II Ziff. 2) geltend gemacht werden.

Die Staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht ist somit gegeben.

4. Sachverhalt Zuständigkeit

Da ein rein nationaler Sachverhalt vorliegt, kommt das GestG zur Anwendung.

Klage von Fritz Bamert: Es liegt trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine arbeitsrechtliche Streitigkeit vor. Damit bestimmt sich die Zuständigkeit nach Art. 24 GestG. Der Gerichtsstand am Arbeitsort ist (wohl) am Wohnsitz von Bamert anzunehmen. Für die Ansprüche aus UWG richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 25 GestG. Handlungsort ist die ganze Schweiz. Der Erfolgsort kann (wohl) am Sitz der Pommes GmbH angenommen werden. In Lehre und Praxis umstritten ist die Konkurrenz der Gerichtsstände aus Vertrag und Delikt. Jede vertretbare Antwort wurde akzeptiert.

Klage der Fritt AG: Die lediglich mit UWG begründbare Klage kann an den Gerichtsständen nach Art. 25 GestG erhoben werden.

Gleichzeitige Erhebung der Klagen von Fritz Bamert und der Fritt AG: Eine gemeinsame Erhebung der Klage im Sinne einer einfachen Streitgenossenschaft (sog. subjektive Klagenhäufung) ist – wenigstens nach dem Wortlaut von Art. 7 GestG – nur möglich, soweit die Klagen auch separat am selben Gerichtsstand erhoben werden können. Art. 7 Abs. 1 GestG handelt lediglich von der passiven Streitgenossenschaft. Abs. 2 bezieht sich nach ganz herrschender Meinung lediglich auf die objektive Klagenhäufung einer Partei.

5. Sachverhalt Konkursrecht

Gemäss Sachverhalt hat das Konkursgericht das summarische Verfahren angeordnet. Das Konkursamt hat in der Folge verfügt, dass der Konkurs durch eine ausserordentliche Konkursverwaltung - die Fidirex AG - durchgeführt wird. Es muss daraus geschlossen werden, dass das Konkursamt der Fidirex AG den Auftrag erteilt hat. Eine (ausnahmsweise auch im summarischen Verfahren) mögliche Gläubigerversammlung hat nicht stattgefunden und eine informelle Rücksprache mit drei Hauptgläubigern stellt zweifellos auch keinen Zirkularbeschluss dar (vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).

Hans Korrekt ist als Gläubiger einer Forderung gegen die Konkursitin von Fr. 1'000.— verfahrensbeteiligt und aktivlegitimiert, um gegen diese Verfügung des Konkursamtes SchKG-Beschwerde zu führen.

6. Zu Ziff. 1:

Geht man - entgegen dem Bundesgericht (vgl. Ziff. 2) - davon aus, dass die Einsetzung einer ausserordentlichen Konkursverwaltung im summarischen Verfahren nicht schlechthin unzulässig, ja sogar nichtig ist, so stellt sich die Frage, ob bei (regelkonformer) Einsetzung Beschwerde wegen Unangemessenheit geführt werden könnte. Bei Wahlbeschlüssen hinsichtlich einer ausserordentlichen Konkursverwaltung findet eine Ermessenskontrolle statt (BGE 101 III 45; SchKG-Russenberger, N. 15 zu Art. 239). Nach BGE 101 III 45 sind die Aufsichtsbehörden berechtigt und verpflichtet, die Einsetzung einer ausserordentlichen Konkursverwaltung kraft ihres Aufsichtsrechts (Art. 13 SchKG) aufzuheben, wenn die Massnahme unangemessen erscheint oder wenn sich die in die Konkursverwaltung gewählte Person als ungeeignet erweist.

7. Zu Ziff. 2:

Gestellt ist die Frage, ob im summarischen Konkursverfahren überhaupt eine ausserordentliche Konkursverwaltung eingesetzt werden kann. Nach BGE 121 III 143 f. E. 1 kann und darf im summarischen Verfahren - entgegen einer vor diesem Entscheid

verschiedentlich geübten Praxis - keine ausserordentliche Konkursverwaltung eingesetzt werden, was auch gilt, wenn die Konkursämter überlastet sind (SchKG-Lustenberger, N. 41 zu Art. 231; BGE 119 III 1 E. 2 und 121 III 143 f. E. 1 b). Missachtung dieses Grundsatzes bewirkt Nichtigkeit, was verschiedentlich kritisiert wird (SchKG-Lustenberger, N. 43 zu Art. 231). Es werden von anderer Seite auch Argumente für die Zulässigkeit der a.o. Konkursverwaltung im summarischen Verfahren vorgebracht.

8. Zu Ziff. 3:

Auch für jene, die die a.o. Konkursverwaltung im summarischen Verfahren zulassen wollen, ist dafür jedoch die Einberufung einer Gläubigerversammlung, zumindest aber ein Zirkularbeschluss, erforderlich (SchKG-Lustenberger, N. 44 zu Art. 231).

SchK-Beschwerde:

Der Instanzenzug führt zunächst zur unteren kantonalen Aufsichtsbehörde, in Zürich die Bezirksgerichte; von dort zur oberen kantonalen Aufsichtsbehörde, zum Obergericht des Kantons Zürich. Was den Weiterzug an die SchK-Kammer des Bundesgerichts als oberste kantonale Aufsichtsbehörde anbelangt, ist die Geltendmachung der Unangemessenheit nicht zulässig (vgl. Art. 19 SchKG).

Anzumerken ist, dass im Beschwerdeverfahren das Rügeprinzip nicht gilt. Das Bundesgericht muss also stets – und insbesondere, wenn es von Nichtigkeit ausgeht – die Beschwerde behandeln und die Verfügung des Konkursamtes aufheben, auch wenn der Beschwerdeführer nur Unangemessenheit der rechtswidrigen Entscheidung gerügt haben sollte.

Zur staatsrechtliche Beschwerde gegen Ermessensentschiede: Staatsrechtliche Beschwerde ist zulässig, wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht wird (BGE 122 III 35; 121 III 28; 120 III 61). Hier geht es jedoch nicht um die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts, sondern darum, dass die einschlägigen zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen nicht beachtet wurden. Zwar ist Hans Korrekt nicht zur Einsetzung der a.o. Konkursverwaltung angehört worden. Geht man aber davon aus, dass eine solche überhaupt nicht eingesetzt werden darf, entfällt auch die Anhörung zu dieser gesetzeswidrigen Massnahme, die mit Bezug darauf angefochten werden kann. Aber selbst wenn man annimmt, dass es zulässig sein sollte, im summarischen Verfahren eine a.o. Konkursverwaltung einzusetzen, so ergeben sich die Mitwirkungsrechte an der Gläubigerversammlung bzw. beim Zirkularbeschluss aus dem SchKG (vgl. Amonn/Gasser, Rz 100 zu § 6).

Verschiedentlich wurde die Ansicht vertreten, die staatsrechtliche Beschwerde sei, gestützt auf Willkür, zulässig. Willkür ist qualifizierte Unrichtigkeit. Ein qualifiziert unrichtiger Ermessensentscheid ist aber mit Beschwerde wegen Ermessensmissbrauch bzw. -Ermessensüberschreitung rügbar. Damit ist dann wieder die SchK-Beschwerde ans BGer gegeben.

9. Korrekturschema

Bei richtiger Antwort mit guter Begründung sind folgende Punkte möglich:

1. Sachverhalt: Arrest (Maximal 10 Punkte)	0.25
	0.25
	0.25
Internationaler Sachverhalt und Anwendbarkeit von Art. 24 LugÜ mit richtiger Begründung bejaht.	0.25
Zuständigkeit nach Art. 272 Abs. 1 SchKG geprüft und bejaht.	
<i>Arrestforderung</i> als Voraussetzung für den Arrestbefehl nach Art. 274 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG erwähnt.	0.50
<i>Arrestgegenstand</i> als Voraussetzung für den Arrestbefehl nach Art. 274 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG erwähnt	0.75
- Problematik der genauen Bezeichnung der Arrestgegenstände/resp. Sucharrest gesehen	0.50
- Möglichkeit des Gattungsarrest mit Voraussetzungen diskutiert	
- Bejahung der genügend genauen Bezeichnung der Arrestgegenstände mit Begründung	0.25
- <i>Arrestgrund</i> (inkl. die speziellen Voraussetzungen des Ausländerarrestes [Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG]) als Voraussetzung für den Arrestbefehl nach Art. 274 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG erwähnt	0.50
- Genügender Bezug zur Schweiz mit Begründung (Vertragsabschluss in der Schweiz) bejaht	0.75
- <i>Auskunftspflicht</i> von Dritten gegenüber dem Betreibungsamt (Art. Art. 275 i.V.m. Art. 91 Abs. 4 SchKG) im Grundsatz gesehen (inkl. ges. Grundlage)	0.50
- Umfang der Auskunftspflicht (gegenüber dem Betreibungsamt) diskutiert anhand der Konten von Müller und der LENCO SA;	
- zeitlich: bis wann ist Auskunft zu erteilen	0.50
- Bank kann nicht mittels Strafandrohung gezwungen werden Auskunft zu geben, da kein vollstreckbarer Titel vorliegt, verweigert sie die Auskunft, kann sie allerdings zivilrechtlich haftbar werden	0.50
- <i>Einsprache</i> : Grundsätzlich Einsprachemöglichkeit (Art. 278 SchKG) gegen Arrestbefehl gesehen (inkl. ges. Grundlage)	0.50
- Legitimation der Bank diskutiert und bejaht	0.25
- Generelle Rügemöglichkeit der Bank gesehen/bejaht	
- Problematik des „Dritteigentums“ diskutiert und Einsprachemöglichkeit neben Widerspruchverfahren bejaht	0.25
- Möglichkeit der Geltendmachung der Arrestkaution im Einspracheverfahren	0.25
- <i>Beschwerde</i> : Grundsätzlich Beschwerdemöglichkeit (Art. 17 ff. SchKG) gegen Vollzugsmängel des Betreibungsamtes gesehen (inkl. ges. Grundlage)	0.50
- Legitimation der Bank diskutiert und beantwortet	0.50
- Keine generelle Rügemöglichkeit (wie bei Einsprache)	0.50
- <i>Widerspruchsverfahren</i> : Grundsätzliche Möglichkeit des Widerspruchsverfahren (Art. 275 i.V.m. Art. 106 ff. SchKG) gesehen (inkl. ges. Grundlage)	0.50
- Legitimation der Bank diskutiert und verneint	
- Geltendmachung der Drittsprache beim Betreibungsbeamten im Rahmen des Vollzuges	

2. Sachverhalt: Beweisrecht (Maximal 7.5)	
Frage 2.1. „Wie beurteilen Sie diese Beschlüsse?“	0
<p>Formalien (keine Punkte wurden erteilt für folgende allgm. Feststellungen)</p> <p>Arbeitsrechtliche Streitigkeit, Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, Verfahrensart (Verfahrensgrundsatz), Richtigkeit der Beweisabnahmebeschlüsse</p>	3
<p>Editionspflichten der Partei (Swiss Konto Bank)</p> <ul style="list-style-type: none"> -internes Memo ist eine Urkunde i.S. von § 183 ff. ZPO -Editionspflicht der Partei nach § 183 I ZPO bejaht -Schutzmassnahmen, § 145 (und § 186 III) ZPO erwähnt -Schutzmassnahmen eingehend diskutiert (mit konkreten Beispielen) -Interessenabwägung (Wahrheitsfindung, Interessen der Parteien) -besonders treffende, fallbezogene Äusserungen zur Interessenabwägung <p style="text-align: right;">je 0.5</p>	3
[einschlägige Normen nur erwähnt (ohne Kommentar): 0.25]	
[einschlägige Normen und treffende Ausführungen: 0.5]	
<u>Editionspflicht des Dritten (Swiss Luft AG)</u>	0.25
-VR-Protokolle sind eine Urkunde i.S.v. § 184	0.5
-Editionspflichten des Dritten nach § 184 bejaht	0.25
-Weigerungsrecht § 184 I i.V.m. §§ 158-160 ZPO diskutiert	0.5
-Interessenabwägung (Wahrheitsfindung, Interessen Parteien und Dritten)	(+0,25)
-Schutzmassnahmen, § 145 und § 186 III ZPO erwähnt	
-Schutzmassnahmen eingehend diskutiert (mit Konkretisierung)	je 0.5
Frage 2.2. „Welche Androhungen werden diese Beschlüsse enthalten?“	
Androhung an Prozesspartei § 183 II	
Folge der Weigerung: § 148 (erster und zweiter Satz!)	
Androhung an Dritten (Swiss Luft AG)	
Folgen unbefugter Weigerung § 184 II ZPO, Ungehorsamstrafe StGB 292	
Auferlegung von unnötig verursachten Kosten an Partei un Dritten § 66 ZPO	

3. Sachverhalt: Rechtsmittel (Maximal 10 Punkte)	
Verneinung der kant. Berufung nach ZPO 259, da kein Sachentscheid vorliegt.	0.5
Rekurs nach ZPO 271 (Massnahme während des Verfahrens und somit ordentliches Verfahren) erkennen	0.5
- Streitwert überzeugend geprüft und begründet	0.5
- Anfechtungsobjekt: prozessleitender Entscheid	0.5
- Ziff. 4: abschliessende Aufzählung sehen; Beweissicherung nach ZPO 135 und ZGB 28c II Ziff. 2 erkennen; überzeugende Begründung, ob eine vorsorgliche Massnahme i.S. von Ziff. 4 oder ein prozessleitender Entscheid ohne Charakter einer einstweilige Massnahme vorliegt	2.5
Eidgenössische Berufung	
- kein Endentscheid i.S. von OG 48 erkennen	0.5
- kein Zwischenentscheid nach OG 49	0.25
- andere Zwischenentscheide nach OG 50 I nur wenn sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann. Die Möglichkeit einen Endentscheid herbeizuführen ist i.c. zu verneinen; nur Erwähnung des Artikels genügt nicht, braucht Begründung.	0.5
Überzeugende und begründete Verneinung/Bejahung der eidg. Nichtigkeitsbeschwerde.	0.5
Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde	
- Anfechtungsobjekt: Rekursentscheid und somit ZPO 281 anwendbar, auch wenn ursprünglich ein prozessleitender Entscheid vorlag (auch gegenteilige Ansicht, dass ZPO 282 zur Anwendung kommt, vertretbar); Abgrenzung der beiden Bestimmungen erkennen; falls vorsorgliche Massnahme i.S. von ZPO 271 Ziff. 4 verneint wurde, dann unter den erhöhten Anforderungen von ZPO 282 (überzeugende Begründung, ob Ziff. 1 oder 2 als erfüllt betrachtet werden oder nicht; nur Erwähnung des Artikels genügt nicht!)	1.25
- gute und begründete Ausführungen zu den Nichtigkeitsgründe (Ziff. 1: Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes → ZPO 135; Ziff. 2: willkürliche tatsächliche Annahme; Ziff. 3: Verletzung klaren materiellen Rechts → ZGB 28c II Ziff. 2 mit Begründung)	0.75
Staatsrechtliche Beschwerde prüfen; nur zu erwähnen genügt nicht	0.25
- Bejahung eines Zwischenentscheids nach OG 87	0.5
- nicht wiedergutzumachender Nachteil (Abs. 2) überzeugend und begründet bejaht/verneint	0.5
- Legitimation, Subsidiarität, Letztinstanzlichkeit	0.25
- Rügengründe prüfen (BV 9; BV 29 nur mit Begründung)	0.25

<p>4. Sachverhalt: Zuständigkeit (Maximal 10 Punkte)</p> <p>Anwendung GestG mit zutreffender Begründung (insb. Vorliegen eines nationalen Sachverhalts) bejaht. 0.5</p> <p>Problem negative Feststellungsklage überzeugend diskutiert (insbesondere Festhalten, dass dieselben Grundsätze wie bei einer anderen Klage gelten). 1</p> <p>Zuständigkeit am Wohnsitz der beklagten Partei geprüft. 0.5</p> <p>Gerichtsstand aus Arbeitsrecht überzeugend geprüft (Problem der Beendigung des Arbeitsverhältnisses angesprochen; nähere Prüfung des Arbeitsortes etc.) 2</p> <p>Gerichtsstand aus unerlaubter Handlung überzeugend geprüft (Hinweis darauf, dass diese Zuständigkeit für die Klagen beider Parteien gegeben ist; Diskussion der Zuständigkeit am Handlungs- und Erfolgsort, Beantwortung der Frage der Konkurrenz des Gerichtsstandes am Deliktort und der Gerichtsstände aus Arbeitsrecht; evt. Hinweis auf Gerichtsstand aus Persönlichkeitsschutz) 2</p> <p>Gerichtsstand der Niederlassung überzeugend geprüft. 2</p> <p>Gerichtsstand der Klagenhäufung überzeugend geprüft (zutreffende Unterscheidung der objektiven und subjektiven Klagenhäufung; Problem der subjektiven Klagenhäufung gegen denselben Beklagten angesprochen; Hinweis darauf, dass GestG 7 diesen Fall nicht erfasst). 2</p> <p>Korrektur für besonders gute Ausführungen bzw. wegen besonders gravierende Fehler (z.B. zusätzlich Bejahung der Anwendung des IZPR)</p> <p>Keine Punkte geben Ausführungen zu folgenden Fragen:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Feststellungsklage, - sachliche Zuständigkeit, - Anwendung von Art. 29 GestG, - Gerichtsstand der Widerklage, - Vorbehaltlose Einlassung, - Gerichtsstandsvereinbarung, - Art. 35/36 GestG. 	
<p>5. Sachverhalt: Konkursrecht (Maximal 10 Punkte)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Zulässigkeit der a.o. Konkursverwaltung (KV) im summ. Verf. verneint 1.5 - Zulässigkeit der a.o. KV im summ. Verfahren ohne überzeugende Begr. verneint 1 - Gewusst, dass das Bundesgericht im Widerhandlungsfall Nichtigkeit annimmt 1 - Zul. der a.o. KV im summ. Verf. mit (überzeugender) Begr. bejaht (0.25-1.0) 1 - Zulässigkeit der a.o. KV ohne (überzeugende) Begründung bejaht 0 - Meint zu Unrecht, a.o. KV betreffe nur die Verwertung von Aktiven 0 - Gedanken zu: höhere Kosten i. Verh. zu höherem Verwertungserlös etc. 0.25 • Die Anordnung des summ. KV ist nicht Gegenstand der Anfechtung 0 • Gesehen, dass a.o. KV (nur) von GI-Vers. eingesetzt werden kann 1 - Möglichkeit des Zirkularbeschlusses (ausdrücklich) gesehen 1 • Gesehen, dass GV oder Zirkular ohne zutreffende Schlussfolgerung 0.25 - Annahme, die informelle Umfrage bei Gläubigern sei Zirkularbeschluss 0 • Verfahren zur Bestellung a.o.KV nicht richtig (ohne nähere Angaben) 0.25 • Offen gelassen, ob a.o. KV richtig bestellt 0 • Gedanken zu Mehrheitsverhältnissen 0.25 - Beschwerde zulässig: 0.25 • Weil H.K. Konkursgläubiger (ausdrücklich erwähnt) 0.25 • weil die Höhe der Dividende davon abhängt 0.25 <ul style="list-style-type: none"> • weil Entscheid noch rückgängig gemacht werden kann 0.25 • weil GI. nicht zugestimmt hat 0.25 	

- Frist für SchK-Beschwerde: 10 Tage	0.25
• SchK-Beschwerde gegen die Verfügung des Konkursamtes	0.5
• Kt. ZH: Bezirksgericht als untere Aufsichtsinstanz	0.5
• Obergericht des Kantons Zürich als obere Aufsichtsinstanz	0.5
• Beschwerde wegen Gesetzesverletzung ans BGer zulässig	0.5
• Beschwerde ans BGer wegen Rechtsverw./Verzögerung	0
• keine Beschwerde ans BGer gegen Ermessensentscheide	0.5
• Staatsr. Beschw. bei Verletzung verf.m. Rechte etc.	0.5
• Staatsrechtl. Beschw. gegen Ermessensentscheid (wegen Willkür) verneint	0.5
• Staatsrechtl. Beschw. gegen Ermessensentscheid mit fallbez. Begr. bejaht	0.5
- Geltendmachung von Ermessensfehlern bei Gesetzesverletzung	0.5
Zuschlag für besonders gute Ausführungen/Abzug für besonders gravierende Fehler	
Negativ:	
• Kantonale Rechtsmittel bejaht	- 0.5
• Ordentliches Verfahren als sinnvolle Lösungsmöglichkeit bejaht	- 0.25
• Obere kant. AB keine Ermessensprüfung	-0.25
• Bei Beschwerde: summ. Verfahren (ER); Zuständigkeit nach § 31 GVG/beschl. Verfahren (mit Sühnverf.)	-0.25
Positiv:	
• Gesehen, dass bei Kompetenz der KV dieses seine Aufgaben delegieren könnte	0.25
• Gute Ausführungen zum Verh. Unangemessenheit/Gesetzesverletzung (wenn Ermessen der KV verneint (und/oder daher bei der Beschwerde ans Bundesgericht nicht differenziert)	0.5
• Jur. Person als a.o. KV	0.25
• Beantragung der aufschiebende Wirkung vorgeschlagen	0.25

Notenskala

Note	Punkte	Gerundete Note	ab x Punkten
2.5	6	2.5	4
3	10	3	8
3.5	14	3.5	12
4	18	4	16
4.5	22	4.5	20
5	26	5	24
5.5	30	5.5	28
6	34	6	32