

Abhandlung

Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2009 mit Nachtrag zum Jahre 2008: Eine Übersicht.
 Von Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt, Zürich. S. 149.

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Betreibung auf Pfändung

Art. 90 LP. – L'avis de saisie émanant d'un office des poursuites incompétent à raison du lieu est en principe nul. Toutefois, la saisie et l'acte de défaut de biens consécutifs sont annulables – et pas nuls – lorsqu'il n'y a aucun bien saisissable et que, partant, les droits d'autres créanciers ne sont pas compromis. Dans ce cas, l'office des poursuites ne peut reconsidérer ou rectifier sa décision – annulable – que pendant le délai de plainte. S. 153.

Anfechtung

Art. 285 ss LP, action révocatoire. – La valeur litigieuse de l'action révocatoire à l'extérieur de la faillite et du concordat par abandon d'actif correspond, en général, au montant indiqué dans l'acte de défaut de biens, à moins que la valeur du bien soustrait ne soit moins élevée. Le jugement révoquant l'aliénation d'un immeuble habilite le créancier à le faire réaliser comme s'il appartenait encore au débiteur; cela vaut aussi à l'égard du défendeur donataire de bonne foi qui n'a pas encore disposé de l'immeuble. S. 154.

Kantonale Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Schuldbetreibung

Art. 72, 74, 53 SchKG. – Zustellung des Zahlungsbefehls, Rechtsvorschlag. Zustellung eines «Duplikates» eines verloren gegangenen Zahlungsbefehls an den Schuldner, nachdem dieser bereits das «Original» in Empfang genommen hatte. Bedeutung für den Schuldner hinsichtlich Rechtsvorschlag. S. 158.

Betreibung auf Pfändung

Art. 91, Art. 92 Abs. 2 SchKG. – Trotz einer umfassenden Auskunftspflicht des Schuldners über seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse hat das Betreibungsamt beim Pfändungsvollzug die tatsächlichen Verhältnisse von Amtes wegen abzuklären (Erw. 2). – Pfändung von «Provisionen». – Bei der Beurteilung der Frage, ob sich die Einpfändung von Gegenständen «lohnt», kommt dem Betreibungsbeamten ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Erw. 3). S. 161.

Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion und mit Quellenangabe gestattet.

Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2009 mit Nachtrag zum Jahr 2008: Eine Übersicht

Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt, Zürich

Die nachfolgende Übersicht enthält eine Auswahl der Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2009 samt Nachträgen zum Jahr 2008.

1. Arrestvoraussetzung

Der Arrest ist an drei Grundvoraussetzungen geknüpft: Existenz der Forderung des Gläubigers, Vorliegen eines Arrestgrundes sowie Vorhandensein von in der Schweiz belegenen Vermögensgegenständen, die dem Schuldner gehören. Diese Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen bzw. müssen mutmasslich gegeben sein. Ob der vom Bundesrecht verlangte Wahrscheinlichkeitsgrad (Art. 272 Absatz 1 SchKG) erreicht ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung.

Bei Fällen mit internationalem Bezug hängen Bestand oder Nichtbestand der Arrestforderung von dem nach den Regeln der völkerrechtlichen Verträge oder des IPRG zu bestimmenden anwendbaren materiellen Recht ab. Die Anwendung des einen oder anderen Rechts kann den Unterschied zwischen einem gewonnenen oder verlorenen Prozess ausmachen. Dabei ist umstritten, wie weit die Pflicht des Gerichtes geht, ausländisches Recht von Amtes wegen zu ermitteln (BGer. 8. November 2006, 5P. 355/2006).

In einem vom Bundesgericht zu beurteilenden Arrestverfahren waren sich die Parteien über die ausschlaggebende Frage uneins, ob auf die Arrestforderung monegassisches oder griechisches Recht anwendbar sei¹. Gestützt auf ein professorales Gutachten war die Vorinstanz von der Anwendbarkeit des monegassischen Rechts ausgegangen. Die Beschwerdeführer versuchten das Blatt zu ihren Gunsten zu wenden, indem

¹ BGer. 29. Dezember 2009, 5A_723/2009.

sie dem Bundesgericht zwei Gegengutachten von Prof. M. sowie von Prof. N. einreichten, aus denen sich nach ihrer Meinung ergebe, dass griechisches Recht anwendbar sei. Die Beschwerdeführer bezeichneten die beiden neu eingereichten Gutachten als integralen Bestandteil ihrer Beschwerde. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass dies dem Grundsatz widerspricht, dass die Begründung in der Beschwerdeschrift selbst enthalten sein soll. Das Bundesgericht liess jedoch im Ergebnis offen, ob ein solcher Verweis auf die beigelegten Schriften Dritter den Begründungsanforderungen von Art. 106 Absatz 2 BGG genügt, da die eingereichten Gutachten selbst bei ihrer Berücksichtigung nicht aufzeigten, inwiefern die Auffassung der Vorinstanz geradezu willkürlich sein soll.

In einem sorgfältig redigierten Entscheid hat das Bundesgericht die Arrestforderung einer dänischen Gläubigerin geprüft, die sich auf ihr Eigentum an Wertschriften berief und von der Schuldnerin, auf welche die Vermögenswerte weiter übertragen wurden, einen auf Geldzahlung gerichteten Ersatz verlangte².

2. Abgrenzung zwischen Einsprache und Beschwerde

Einem Gläubiger steht es offen, gegen denselben Schuldner für dieselbe Forderung zwei oder mehrere Arreste bei verschiedenen Arrestgerichten zu erwirken. Rechtsmissbräuchlich wird dieses Vorgehen allerdings dann, wenn sich im Stadium des Vollzugs herausstellt, dass es zur Blockierung von Vermögenswerten in einem Umfang führt, der erheblich über dem Betrag liegt, welcher für die Sicherung der aus Kapital, Zinsen und Kosten zusammengesetzten Forderung nötig ist. Die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens des Gläubigers betrifft in dieser Konstellation somit den Vollzug und nicht die Anordnung des Arrestes. Deshalb ist die Rüge des Rechtsmissbrauchs bzw. das Begehren um (teilweisen) Widerruf des Arrestbeschlages auf dem Weg der *Beschwerde* (Art. 17 ff. SchKG) gegen den Arrestvollzug (Art. 97 Absatz 2 i.V.m. Art. 275 SchKG) geltend zu machen³.

Mit Entscheid vom 5. Juni 2008 erliess der Gerichtspräsident X. des bernischen Gerichtskreises B. einen Arrestbefehl über das Pensionskassenguthaben des Schuldners und Beschwerdeführers A. bei der Pensionskasse der Firma Z. AG. Das Betreibungs- und Konkursamt B., Dienststelle E. zeigte der Z. AG die Arrestierung der Forderung mit Anzeige vom 6. Juni 2008 an und erliess gleichentags die Arresturkunde. Innert Frist liess der Beschwerdeführer A. gegen diese Arresturkunde Beschwerde an die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern erheben mit dem Antrag, der Arrest sei aufzuheben. Er rügte unter anderem, es bestehe kein Arrestgrund, der Arrestrichter sei örtlich unzuständig und das Altersguthaben sei «höchstens beschränkt pfändbar». Gleichzeitig liess der Beschwerdeführer Arrest-

² BGE 135 III 474.

³ BGer. 10. September 2009, 5A_225/2009.

einsprache beim Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises B. einreichen. Die Aufsichtsbehörde stellte in ihren Erwägungen zutreffend fest, dass mit Ausnahme der Frage der beschränkten Pfändbarkeit bzw. Arrestierbarkeit auf die Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde und mangels Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden kann. Solange und soweit die Arresteinsprache beim Arrestrichter (noch) erhoben werden kann, ist die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen nicht zulässig. Nur ein Mangel im Vollzug selbst – der keine Grundlage im Arrestbefehl hat – kann mit Beschwerde gerügt werden. Hinsichtlich der Frage der Beschränkung der Arrestierbarkeit des Vorsorgeguthabens stellte die Aufsichtsbehörde das Beschwerdeverfahren ein bis zum Einspracheentscheid des zuständigen Arrestrichters. Nach dessen gutheissendem Einspracheentscheid schrieb die Aufsichtsbehörde das Beschwerdeverfahren hinsichtlich dieses noch offenen Punktes als gegenstandslos ab⁴.

3. Frist zur Einsprache

Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben (Art. 278 Absatz 1 SchKG). Das Bundesgericht hat sich vom Wortlaut dieser Bestimmung weitgehend gelöst und entschieden, dass die Frist erst mit Zustellung der Abschrift der Arresturkunde zu laufen beginnt⁵. Der Zeitpunkt der Zustellung der Abschrift der Arresturkunde gilt unabhängig davon, ob der Arrestschuldner beim Arrestvollzug anwesend oder vertreten war. Ebenso wenig massgebend ist demzufolge der Zeitpunkt, in dem der Arrestschuldner als Bankkunde intern über den Arrestvollzug orientiert worden ist oder sonstwie Kenntnis vom Arrest hat. Eine Ausnahme ist zu machen im Fall des offenkundigen Rechtsmissbrauchs. Der in der letzten Berichtsperiode referierte Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 29. Februar 2008 (nunmehr publiziert in ZR 2008 Nr. 7) trifft m. E. im Ergebnis nach wie vor zu.

4. Staatenarrest

Wiederum hatte das Bundesgericht Gelegenheit, sich zu verschiedenen Aspekten des Staatenarrestes zu äussern.

Bei der Verarrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer Zentralbank gehören, kann die Immunität und damit die Unpfändbarkeit der entsprechenden Vermögenswerte im Rahmen der Einsprache und nicht nur im Stadium des Arrestvollzugs geltend gemacht werden⁶. Daneben beschäftigt sich dieser Entscheid mit der Unterscheidung zwischen dem «genügenden Bezug» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten eines Schuldners, der nicht im Sinne

⁴ Entscheid der AB in Betreibungs- und Konkursachen des Kantons Bern vom 29. August 2008, ABS-08 189, publiziert im Internet.

⁵ BGE 135 III 232.

⁶ BGE 135 III 608.

von Art. 271 Absatz 1 Ziff. 4 SchKG in der Schweiz wohnt, und der «genügenden Binnenbeziehung» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer ausländischen Zentralbank gehören. Ausserdem behandelt dieser Entscheid eine Reihe von delikaten verfahrensrechtlichen Fragen (Zulässigkeit und Beachtlichkeit eines dem Bundesgericht eingereichten Rechtsgutachtens, soweit dieses zur Bekräftigung der bereits vor der Vorinstanz vorgetragenen Argumentation dient; keine Begründung verfassungsmässiger Rechte im Sinne von Art. 98 BGG durch das Lugano-Übereinkommen).

5. Lugano-Arrest

Im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens sind auch Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes inklusive Arrest grundsätzlich anzuerkennen und zu vollstrecken, vorausgesetzt, sie sind im Ursprungsstaat überhaupt (noch) vollstreckbar. Ein einschlägiger Entscheid des Bundesgerichtes zu dieser Thematik liegt hinsichtlich des italienischen *Sequestro conservativo* vor⁷. Die Anerkennung und Vollstreckung ist zudem an drei Voraussetzungen geknüpft. Erstens darf die Massnahme inhaltlich nicht auf das Territorium des Forumsstaates beschränkt sein. Zweitens muss die Entscheidung an einem Hauptsachegerichtsstand erlassen worden sein. Drittens muss die Entscheidung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs ergangen sein. Der Gesuchsbeklagte muss die Möglichkeit gehabt haben, sich im Urteilsstaat in einem kontradiktorischen Verfahren dagegen zur Wehr zu setzen, und zwar bevor um die Anerkennung und Vollstreckung der Massnahme in einem anderen Vertragsstaat ersucht wird.

6. Prosequierung

Der Arrestgläubiger, welcher die Anerkennungsklage ohne vorgängige Betreuung eingeleitet hat, ist berechtigt, die Betreuung vor der Mitteilung des Urteils einzuleiten⁸. Art. 279 Absatz 4 SchKG schliesst einzig eine Prosequierungsbetreibung nach Ablauf der Frist von zehn Tagen nach Eröffnung des Urteils aus; diese Bestimmung hindert den Gläubiger aber nicht, eine Betreuung einzuleiten, ohne die Eröffnung des Urteils abzuwarten.

7. Auskunftspflicht des Dritten

Nach der in BGE 125 III 391 inaugurierten Rechtsprechung des Bundesgerichtes entsteht die Auskunftspflicht des Dritten nicht bereits im Zeitpunkt des Arrestvollzugs, sondern erst nach Ablauf der Einsprachefrist des Art. 278 SchKG bzw. – falls Einsprache erhoben wurde – erst nach deren rechtskräftiger Abweisung. Das Bundesgericht hat diese in der Lehre umstrittene Auffassung unlängst bestätigt, ohne sie einer Neubeurteilung zu unterziehen⁹.

⁷ BGer. 22. Oktober 2009, 5A_530/2008, zur Publikation vorgesehen.

⁸ BGE 135 III 551.

⁹ BGer. 12. Januar 2019, 5A-761/2009.