

((Bitte den nachfolgenden Text bei den Entscheiden als «Vorspann» jeweils noch hinzufügen))

Schulthess Juristische Medien AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass pauliana-praxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich machen kann.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Schulthess Juristische Medien AG.
www.schulthess.com

(im Regelfall) das Gericht selber eine Interessenabwägung vorzunehmen habe, was voraussetzt, dass es zunächst Einsicht in die betreffenden Urkunden nimmt und alsdann entscheidet, ob Informationen abzudecken sind, welche zur Befriedigung des berechtigten Informationsinteresses nicht nötig sind (eingehend zum ‹Schleusensystem› *Leumann Liebster*, a.a.O., S. 135 ff.). ‹Das Gericht hat exakt darüber zu entscheiden, welche Dokumente mit welchen Abdeckungen dem Informationsgläubiger zugänglich gemacht werden müssen› (*Leumann Liebster*, a.a. O., S. 137).

3.3 Vor dem Hintergrund dieses hier der Sache nach zur Anwendung gebrachten Schleusensystems ergibt sich, dass für die – zumindest analoge – Anwendung von § 145 ZPO durchaus Raum blieb, weil nach dem Gesagten ein solcher Prüfungsmechanismus seitens des Gerichts ausdrücklich vorbehalten worden war. Zudem kann angesichts der Tatsache, dass die Informations- und Offenlegungspflicht nicht zugunsten des Beklagten, sondern nur gegenüber dem Gericht angeordnet worden war, auch nicht gesagt werden, das Handelsgericht sei im heute angefochtenen Urteil unzulässigerweise auf seinen eigenen Entscheid zurückgekommen; in Wirklichkeit hat es im Teilurteil nicht mehr als die Einreichung der Unterlagen beim Gericht angeordnet, und damit steht der angefochtene Beschluss keineswegs in Widerspruch.

4. Steht nach dem Gesagten fest, dass die Anordnung von Schutzmassnahmen in grundsätzlicher Hinsicht nicht zu beanstanden ist, bleibt zu prüfen, ob der Beklagte die konkrete Begründung mit Erfolg anzufechten vermag.

[...]»

Kassationsgericht, 1. Dezember 2008
(Mitgeteilt von Dr. Viktor Lieber)

27.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Beiseiteschaffen von Vermögenswerten, Arrestgrund der Zahlungsflucht.

Der Schuldner kann diesen Arrestgrund nicht einfach beseitigen, indem er die beanstandete Vermögensverschiebung nach der Arrestlegung rückgängig macht. Darüber hinaus muss aus seinem Verhalten nach der Arrestlegung hervorgehen, dass der Schuldner sich von der Vereitelungsabsicht distanziert hat.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:

«4.1. Mit der Arresteinsprache können auch Tatsachen geltend gemacht werden, die nach der Arrestlegung eingetreten sind (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, N. 51.71). Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG lässt nova bei der Weiterziehung des Einspracheentscheids an die obere Gerichtsstanz ausdrücklich zu. Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung zeigt, dass damit auch echte Noven gemeint sind und dass die Verhältnisse im Zeitpunkt des Einspracheentscheids zu würdigen sind, nicht im Zeitpunkt der Arrestlegung (eingehend: ZR 98 [1999] Nr. 58, E. 1b). Dass der Beklagte die 350000 X-Aktien auf das Gemeinschaftsdepot zurück übertragen hat, ist zu berücksichtigen. Somit ist über die Rechtsfrage zu entscheiden, ob der Schuldner den Arrestgrund der Zahlungsflucht dadurch beseitigen kann, dass er die beanstandeten Vermögensdispositionen rückgängig macht.

4.2. Der Arrestgrund der Zahlungsflucht im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG enthält ein objektives und ein subjektives Element (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A.34/2007 vom 11. September 2007, E. 4.4.1).

Das objektive Element, das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten, erfüllt der Schuldner indem er sie verbirgt, verschenkt, zu Schleuderpreisen verkauft oder ins Ausland bringt (BGE 119 III 92, E. 3b). Diese Handlungen braucht der Schuldner nicht zu vollenden, ansonsten käme jeder Arrest zu spät. Erforderlich sind aber konkrete Vorbereitungs-handlungen, blosser Absichtsausserungen reichen nicht aus (Bundesgerichtsurteil

5P.403/1999 vom 13. Januar 2000, E. 2c und 5P.256/2006 vom 4. Oktober 2006, E. 2). Das subjektive Element ist die Absicht des Schuldners, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen. Diese Absicht muss sich in den beanstandeten Handlungen manifestieren (Urteil 5P.403/1999, E. 2c).

4.3. Der Arrest soll sicherstellen, dass Geldforderungen vollstreckt werden können. Eine über die Sicherung hinausreichende Funktion hat er nicht, was bei der Auslegung der Art. 271 ff. SchKG zu berücksichtigen ist (Amonn/Walther, a.a.O., N. 51.2f.). Der Arrest ist keine Strafe für bereits erfolgte, unredliche Vermögensdispositionen, er soll viel mehr für die Zukunft verhindern, dass der Schuldner durch weitere, ähnliche Vermögensverschiebungen die Zwangsvollstreckung vereitelt.

4.4. Der Arrestgrund der Zahlungsflucht (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) knüpft stets an einen Vorfall in der Vergangenheit an. Der Bestimmung liegt eine Schlussfolgerung vom bisherigen auf das zukünftige Handeln des Schuldners zu Grunde: Wer bereits Vermögenswerte beiseite geschafft oder dies zumindest vorbereitet hat, von dem ist in Zukunft Ähnliches zu befürchten. Den Vorfall, der zu solchen Prognosen Anlass gibt, kann der Schuldner nicht ungeschehen machen. Er kann lediglich den früheren Zustand durch weiteres Tun wieder herstellen. Das ändert aber nichts daran, dass er das objektive Element der Zahlungsflucht verwirklicht und damit seine Vertrauenswürdigkeit in Frage gestellt hat.

In dieser Hinsicht besteht ein wichtiger Unterschied zum Ausländerarrest, der an einen Zustand in der Gegenwart (Wohnsitz im Ausland) anknüpft. Hier hat es der Schuldner in der Hand, die Voraussetzungen des Arrests durch Wohnsitznahme in der Schweiz zu beseitigen (ZR 98 [1999] Nr. 58, E. 1c), weil nur der gegenwärtige Wohnsitz ausschlaggebend ist. Der Unterschied entspricht Sinn und Zweck der beiden Arrestgründe. Die Durchsetzung einer Forderung im Ausland ist auch gegenüber einem redlichen Schuldner kostspieliger und langwieriger als im Inland. Darauf beruht der Ausländerarrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG), ihm liegt keine Schlussfolgerung von vergangenem auf zukünftiges Ver-

halten und auf die Absichten des Schuldners zu Grunde. Deshalb ist der Ausländerarrest ohne Weiteres aufzuheben, wenn der Schuldner in die Schweiz zieht. Die Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung im Ausland entfallen dann. Im Gegensatz dazu lässt der Rücktransfer beiseite geschaffter Vermögenswerte die Befürchtung nicht ohne Weiteres entfallen, dem Schuldner sei auch in Zukunft Ähnliches zuzutrauen. Ebenso gut wie um einen Sinneswandel kann es sich dabei um Beschwichtigung oder Prozesstaktik handeln.

4.5. Mit Blick auf die zukunftsgerichtete Sicherungsfunktion des Arrests ist aber zu fordern, dass das subjektive Element der Zahlungsflucht im Zeitpunkt des Einspracheentscheids noch immer gegeben ist. Dies ist auch im Hinblick auf Fälle geboten, in denen sich der Arrestgläubiger auf einen weit, möglicherweise Jahrzehnte zurückliegenden Vorfall beruft. Anders als etwa die Bestimmungen über die *actio Pauliana* legt Art. 271 SchKG keinen Zeitraum fest, in dem sich die Zahlungsflucht ereignet haben muss. Das Erfordernis der gegenwärtigen Vereitelungsabsicht erlaubt hier eine sinnvolle Abgrenzung. Hat sich der Schuldner von der Absicht disanziert, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, ist ein Arrest nicht mehr nötig. Ihn aufgrund des Schuldnerverhaltens nach Arrestlegung aufzuheben, ist also nicht undenkbar.

4.6. Der Beklagte hat die 350000 X-Aktien unter dem Druck des Arrests auf das Gemeinschaftskonto zurück übertragen. Die Schuld, die damit sichergestellt werden soll, bestreitet er. Der Beklagte stimmt der Vorderrichterin darin zu, dass die Voraussetzungen des Ausländerarrests zu keinem Zeitpunkt erfüllt waren. Damit bestätigt er indirekt ihre Beweiswürdigung, wonach er sich nur zum Schein bei der Stadt Zürich ins Ausland abgemeldet habe. Dass er inzwischen wieder ordnungsgemäss angemeldet sei, behauptet er nicht. Mit diesem Verhalten bewirkt der Beklagte, dass einer Betreuung gegen ihn langwierige Nachweise seines Wohnsitzes vorauszugehen hätten. Gerade unter solchen Umständen kann aus dem Rücktransfer der X-Aktien nicht geschlossen werden, der Beklagte habe sich von

der Absicht distanziert, die Zwangsvollstreckung zu vereiteln. Es liegt näher, darin ein prozestaktisches Manöver zu erblicken. Der Arrestgrund der Zahlungsflucht besteht weiterhin.»

Obergericht, II. Zivilkammer,
Beschluss vom 24. Juli 2008
(Mitgeteilt von lic. iur. Thomas Fleischer)

28.

§ 282 ZPO; § 102 Abs. 1 GVG; § 133 ZPO; § 136 ZPO. Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides. Mitwirkung eines abgelehnten Richters an einem Urteil. Abstellen auf ein Fachrichtervotum ohne Beweisauflage.

Wird ein prozessleitender Beschluss im Sinne von § 282 ZPO selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und wird darüber entschieden, kann die gleiche Frage nicht mehr noch einmal mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid aufgeworfen werden (Erw. III.1). Der abgelehnte Justizbeamte darf auch nach gestelltem Ablehnungsbegehren weiter mitwirken, mit dem Risiko der Anfechtbarkeit bei erfolgreicher Ablehnung (Erw. III.2). Ein Fachrichtervotum macht ein Beweisverfahren und einen Beweisauflagebeschluss nicht entbehrlich (Erw. III.5.e und f).

Zum Sachverhalt:

Mit einem Teilurteil vom 18. Juni 2007 wies das Handelsgericht eine Klage auf Bezahlung von Schadenersatz ab. Mit Beschluss vom 4. Juli 2007 wies die Verwaltungskommission des Obergerichts ein (vor Erlass des Urteils gestelltes) Ablehnungsbegehren ab. Die Beschwerdeführerin reichte sowohl gegen den Beschluss der Verwaltungskommission als auch gegen das (Teil-)Urteil des Handelsge-

richts mit einer einzigen Eingabe eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Im (Teil-)Urteil hatte das Handelsgericht bezüglich einer streitigen tatsächlichen Frage (zukünftiges Einkommen der Beschwerdeführerin ohne Unfall) auf ein Fachrichtervotum abgestellt, ohne einen Beweisauflagebeschluss erlassen zu haben.

Aus den Erwägungen:

«III.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das angefochtene Teilurteil sei schon deshalb aufzuheben, weil ein Ausstandsgrund gemäss § 94 Ziff. 4 GVG und damit kein ordentlich bestelltes Gericht vorliege.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschluss der Verwaltungskommission vom 4. Juli 2007 selbständig angefochten. Vorstehend (in Erw. II) wurde darüber befunden. Die diesbezügliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit bleibt es beim Beschluss der Verwaltungskommission, d.h. bei der Abweisung des Ablehnungsbegehrens der Beschwerdeführerin. Wird ein prozessleitender Beschluss im Sinne von § 282 ZPO selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und wird darüber entschieden, kann die gleiche Frage nicht mehr noch einmal mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid aufgeworfen werden. Auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Handelsgericht das angefochtene Teilurteil gefällt habe, bevor über das gestellte Ablehnungsbegehren entschieden worden war. Dieses Vorgehen verletze §§ 188 und 108 ZPO.

a) Das Handelsgericht erzog dazu, nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung (ZR 81 Nr. 97) sei es zulässig, das Verfahren auch nach Stellung eines Ablehnungsbegehrens bis und mit der Urteilsberatung weiterzuführen. Ein abgelehnter Richter dürfe also vor der Erledigung des Ausstandsbegehrens weiterhin amten; allerdings mit dem Risiko, dass der Endentscheid nachträglich angefochten werden könne, wenn das Ausstandsbegehren geschützt werde. (...).

b) Die Beschwerdeführerin moniert, ZR 81 Nr. 97 habe einen Strafprozess betroffen. Diese Rechtsprechung könne nicht tel quel in