

((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](http://www.schulthess.com)

nis als fristauslösendes Moment muss dabei eine sichere und umfassende sein, weil der Schuldner andernfalls das Ausmass seiner Betroffenheit durch den Arrestbeschluss und die Aussichten einer allfälligen Einsprache nicht vernünftig beurteilen kann. Diesem Kriterium wird einzig das Abstellen auf die offizielle Zustellung der Arresturkunde gerecht, *wohingegen eine pauschale oder nur bruchstückhafte Orientierung des Schuldners seitens des Gläubigers oder des Drittschuldners regelmässig nicht zu genügen vermag* (Artho von Gunten, 47, Hervorhebung vom Verfasser eingefügt). Dieser Auffassung kann, wie bereits dargelegt, ohne weiteres zugestimmt werden. Dass bloss pauschale und bruchstückhafte Informationen für die Fristauslösung nicht ausreichend sein können und diesfalls auf die Zustellung der Arresturkunde abzustellen ist, ist nicht zu bezweifeln. Indessen ist aber zu betonen, dass sich das Audienzrichteramt in diesen Entscheiden nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, wie vorzugehen wäre, wenn der Arrestschuldner – wie vorliegend (siehe nachstehend Erw. 3.4) – über *sichere und vollumfängliche Kenntnis* der Arrestvoraussetzungen verfügt. Die zitierten Entscheide sind jedenfalls nicht geeignet, um eine Praxis für die sich hier stellende Frage zu begründen, weshalb der Beklagte aus dem Vertrauensschutzprinzip nichts für sich ableiten kann. Dass der Arrestschuldner über sichere und vollumfängliche Kenntnis der Arrestvoraussetzungen verfügt, kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Arrestschuldner auf anderem Weg als durch die offizielle Zustellung der Arresturkunde durch das zuständige Betreibungsamt vom Arrestvollzug in allen Details erfahren hat. In einem solchen Fall ist der erwähnten Rechtsprechung des Genfer Cour de Justice zuzustimmen. Mit diesem ist aber zu fordern, dass der Arrestschuldner über vergleichbare Informationen verfügt, wie sie im Arrestbefehl gemäss Art. 274 Abs. 2 SchKG enthalten sind, mithin die Person des Gläubigers (Ziff. 1), die Forderung (Ziff. 2), der Arrestgrund (Ziff. 3) sowie die verarrestierten Vermögenswerte (Ziff. 4). Zudem muss der Arrestschuldner Kenntnis von der Einsprachemöglichkeit gemäss Art. 278 Abs. 1

SchKG haben und davon, dass überhaupt etwas verarrestiert werden konnte. Verfügt der Arrestschuldner aber über diese Informationen, entfällt sein Schutzbedürfnis. Ein allfälliges Beharren auf die formelle Zustellung der Arresturkunde erschiene dann als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. »

Obergericht, II. Zivilkammer,  
Beschluss vom 29. Juli 2008  
Einzelrichter im summarischen Verfahren am  
Bezirksgericht Zürich, Verfügung vom  
29. Februar 2008  
(Mitgeteilt von lic. iur. Thomas Fleischer und  
von lic. iur. Simon Kohler)  
(Vgl. auch Bundesgerichtsurteil vom 9. Januar  
2009, 5A\_545/2007)

## 8.

### **§ 104a Abs. 1 GVG; Art. 288 SchKG. Bindung der rückweisenden Instanz an die Rechtsauffassung, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt. Schädigungsabsicht in Art. 288 SchKG als tatsächlicher Begriff.**

*Bei Rückweisungen an die untere Instanz ist die rückweisende Instanz bei erneuter Befassung mit dem Fall grundsätzlich auch dann an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt, wenn entgegenstehende vorinstanzliche Erwägungen sie überzeugten (Erw. II.1.c). Die «Schädigungsabsicht» in Art. 288 SchKG ist nicht (bloss) ein normativer Begriff. Die Frage, was für eine Absicht der Schuldner bei Zahlungen im Sinne von Art. 288 SchKG hatte, bzw. die Frage, ob der Schuldner die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, ist eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage (Erw. II.1.e).*

Zum Sachverhalt:

Das Handelsgericht hiess eine Klage einer in Konkurs gefallenen Schuldnerin auf Rückerstattung von Zahlungen, welche sie der Gläubigerin geleistet hatte, gestützt auf Art. 288 SchKG ohne Durchführung eines Be-

weisverfahrens gut. Das Kassationsgericht hiess eine von der Gläubigerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 13. Juli 2006 gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück (Kass.-Nr. AA050126). Das Kassationsgericht erwog, das Handelsgericht habe angenommen, die Beschwerdegegnerin habe die inkriminierten Zahlungen mit Schädigungsabsicht im Sinne von Art. 288 SchKG geleistet, dafür zwar Indizien angeführt, aber der Beschwerdeführerin nicht mittels eines Beweisaufgebots Gelegenheit geboten, für ihre Bestreitung der Schädigungsabsicht abschliessend Beweise zu nennen. Damit habe es den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt. Es werde den Parteien nach Rückweisung der Sache Gelegenheit zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel zu den umstrittenen tatsächlichen Grundlagen des Falles gewähren müssen. Das Handelsgericht hiess die Klage wiederum ohne Erlass eines Beweisaufgebots und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens u.a. mit der Erwägung gut, der Begriff der Schädigungsabsicht sei ein normativer Begriff und könne deshalb gar nicht zum Beweis verstellt werden. Das Kassationsgericht hiess die dagegen eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde wiederum gut.

Aus den Erwägungen:

«II.1. Die Beschwerdeführerin macht u.a. (wiederum) geltend, dass die Vorinstanz ihr die Möglichkeit verwehrt habe, ihre Beweismittel dafür, dass die angefochtenen Rechtshandlungen nicht in einer Schädigungsabsicht erfolgt seien, abschliessend zu nennen. Damit habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt und sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das habe das Kassationsgericht bereits mit Beschluss vom 13. Juli 2006 befunden. Die untere Instanz sei gemäss § 104a Abs. 1 GVG bei Rückweisungen an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liege. Die Vorinstanz sei der Anordnung des Kassationsgerichts zu Unrecht nicht nachgekommen.

a) Bei Rückweisungen ist die untere Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt. Nicht nur das: Bei erneuter Befassung mit dem Fall ist auch die rückweisende Instanz daran gebunden (§ 104a Abs. 1 GVG).

b) Der Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichts vom 13. Juli 2006 beruht auf der Rechtsauffassung, dass das Handelsgericht mittels eines Beweisaufgebots der Beschwerdeführerin Gelegenheit bieten muss, für ihre Bestreitung der Schädigungsabsicht abschliessend Beweise zu nennen. Das Handelsgericht tat das wiederum nicht (...). Die Beschwerdeführerin beanstandet das zu Recht als Verletzung von § 104a Abs. 1 GVG und damit als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes. Das darauf beruhende angefochtene Urteil ist schon aus diesem Grund aufzuheben.

c) Das Handelsgericht ist anderer Auffassung. Das Handelsgericht ist der Auffassung, der Begriff der Schädigungsabsicht sei ein normativer Begriff und könne deshalb gar nicht zum Beweis verstellt werden. Wohl könnten rechtserhebliche streitige Tatsachen, welche einen Rückschluss auf das Vorliegen einer Schädigungsabsicht zuließen, zum Beweis verstellt werden. Das bloss Bestreiten eines Rechtsbegriffs («Schädigungsabsicht») ohne zugehörige rechtsgenügende Tatsachenbestreitungen könne nicht zu einem Beweisverfahren führen. «An rechtsgenügenden Behauptungen zur konkreten Motivation der für die Klägerin handelnden Personen» fehle es in den Rechtsschriften der Beschwerdegegnerin. Dementsprechend könnten sie auch nicht zum Beweis verstellt werden.

Selbst wenn diese Auffassung zuträfe, und selbst wenn sie nunmehr auch das Kassationsgericht überzeuge – was nicht der Fall ist –, änderte dies nichts an der vorstehend in lit. b dargelegten Konsequenz. Denn sowohl das Handelsgericht als auch das Kassationsgericht selber sind an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsbeschluss vom 13. Juli 2006 zugrunde lag, nämlich dass der Beschwerdeführerin mittels eines Beweisaufgebots Gelegenheit zu geben ist,

zur Frage der (fehlenden) Schädigungsabsicht abschliessend Beweismittel zu nennen.

d) Zwar ist in gewissen Konstellationen ein Konflikt zwischen der Norm von § 104a Abs. 1 GVG und anderen prozessualen Normen denkbar und kann unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht einer strikten Befolgung von § 104a Abs. 1 GVG fraglich sein, weil sie mit anderen Vorschriften kollidieren könnte. So wäre wohl die untere Instanz bei Rückweisungen nicht verpflichtet, prozessual unmögliche oder unzulässige Anordnungen der rückweisenden Instanz auszuführen. Fehlt es auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht schlichtweg an tatsächlichen Vorbringen, kann auch bei entsprechender Anordnung der rückweisenden Instanz kein Beweisauftragsbeschluss erlassen werden. Denn dieser hat die genaue Bezeichnung der einzelnen zu beweisenden Tatsachen zu enthalten. Sind keine solchen Tatsachen vorhanden, kann kein Beweisauftragsbeschluss formuliert werden. Könnte ein solcher nur unter Berücksichtigung verspätet behaupteter Tatsachen erlassen werden, könnte die nach § 104a Abs. 1 GVG zu befolgende Anordnung mit dem Novenverbot nach § 115 ZPO kollidieren und allenfalls der anderen Partei Anlass zu einer diesbezüglichen Nichtigkeitsbeschwerde geben, deren Gutheissung zu einer unlösbaren Situation führen könnte (indem nach § 104a Abs. 1 GVG [gemäss einer ersten Rückweisung] etwas zu tun wäre, was nach § 104a Abs. 1 GVG [gemäss einer zweiten Rückweisung] nicht getan werden dürfte).

e) Vorliegend kann aber offen gelassen werden, wie ein solcher Konflikt zu lösen wäre. Denn vorliegend liegt kein solcher Konflikt vor. Einerseits ist im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz die «Schädigungsabsicht» nicht (bloss) ein normativer Begriff, der als Rechtsnorm nicht zum Beweis verstellt werden könnte. Vielmehr ist die Frage, was für eine Absicht die Beschwerdegegnerin bzw. ihre Organe bei den strittigen Zahlungen hatte bzw. ob sie die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, durchaus eine tatsächliche, einem Beweisverfahren zugängliche Frage (vgl. etwa auch *Stahelin/Bauer/Stahelin*, Kommentar zum SchKG, SchKG

III, Basel/Genf/München 1998, N. 16, 20) und 23 zu Art. 288; sinngemäss auch in BGE 120 II 259, 265 Erw. 2.c, BGE 98 II 231, 247 Erw. 9, BGE 80 IV 109, 112; Urteile des Bundesgerichts vom 19. Mai 2004 4C.262/2002 Erw. 5.1 und vom 3. Februar 2004 6S.507/2002 Erw. 5.2.1. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. September 2000 5P.35/2000 Erw. 5.a sei [im Bereich der subjektiven Voraussetzung der Schädigungsabsicht] Tatsachenfrage, ob die verantwortlichen Organe einer Aktiengesellschaft die schädigende Wirkung ihres Verhaltens tatsächlich vorausgesehen haben. Demgegenüber sei es eine Rechtsfrage, ob die Organe aufgrund der tatsächlich festgestellten Umstände die schädigende Wirkung hätten voraussehen können und müssen). Andererseits nahm die Vorinstanz nicht etwa bloss eine normative Würdigung unstreitiger Tatsachen vor. Vielmehr traf sie durchaus tatsächliche Feststellungen bezüglich streitiger Tatsachen (und führte selbst nach Auffassung der Beschwerdegegnerin ein Beweisverfahren durch, allerdings in prozessual unzulässiger Weise [...]). So stellte sie fest, dass die Beschwerdegegnerin sich exakt im Zeitpunkt der Zahlungen an die Beschwerdeführerin in ärgster finanzieller Bedrängnis befunden habe und sich dieser Situation auch vollumfänglich bewusst gewesen sei. Das stellte die Vorinstanz explizit «entgegen der beklaglichen Ansicht» fest. Die Beschwerdeführerin hatte diese Tatsachen also bestritten. Demnach konnte und musste ein (mit einem Beweisauftragsbeschluss einzuleitendes) Beweisverfahren darüber durchgeführt werden.»

Kassationsgericht, 3. Oktober 2008  
(Mitgeteilt von lic. iur. C. Tschurr)

## 9.

### § 222 Ziff. 2 ZPO; § 226 ZPO. Illiquidität des Befehlsbegehrens zufolge fehlender Vollstreckbarkeit.

*Auf ein Befehlsbegehren ist nicht einzutreten, wenn fraglich ist, ob eine Vollstreckung*