

ten Gesellschaft zumindest stichprobeweise auf augenfällige Ungereimtheiten und offensichtliche anfechtbare Vorgänge zu untersuchen. Wie detailliert und mit welchem Aufwand eine solche Prüfung zu erfolgen hat, obliegt jedoch dem pflichtgemässen Ermessen des Konkursamtes. Im ordentlichen Verfahren kann die Gläubigerversammlung der Konkursverwaltung konkrete Weisungen zur Überprüfung der Bücher erteilen und allenfalls auch einen professionellen Buchprüfer beauftragen. Schliesslich bleibt es dem Gläubiger eines Konkursiten aufgrund seiner Mitwirkungsrechte unbenommen, die Bücher selbst und vorerst auf eigene Kosten nach entsprechenden Ansprüchen zu durchforsten. Dieser Aufwand ist ihm lediglich im Falle einer erfolgreichen Suche mit anschliessender erfolgreicher Geltendmachung der eruierten Ansprüche nach Art. 260 Abs. 2 SchKG zu ersetzen.

Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2010: Eine Übersicht

Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt, Zürich

Die nachfolgende Übersicht enthält eine Auswahl der Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2010. Auf den 1. Januar 2011 sind die Schweizerische Zivilprozessordnung, das rev. SchKG und das rev. Lugano-Übereinkommen in Kraft getreten. Wie weit diese Neuerungen der Arrestrechtsprechung neue Konturen verleihen, bleibt abzuwarten und wird Gegenstand der Übersicht des kommenden Jahres sein.

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.

In einem vom Bundesgericht beurteilten Arrestverfahren gaben die Gesuchstellerinnen – die X. SpA und die Y. SpA mit Sitz in Rom – als Grund der Arrestforderung unter Hinweis auf die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Mailand vom 27. Juli 2007 unerlaubte Handlungen wie Veruntreuung und Entgegennahme von Bestechungsgeldern des früheren Delegierten des Verwaltungsrates und CEO der Y. SpA an. Die Vorinstanz des Bundesgerichts hatte angenommen, dass mit den Ausfüh-

rungen im Arrestbegehren und den Hinweisen auf die Aktenstellen in der Anklageschrift gewisse Schadensposten nicht ausreichend substantiiert seien. Mit dieser Annahme hatte die kantonale Vorinstanz nach Auffassung des Bundesgerichtes die Anforderungen an die Substantiierung bzw. Glaubhaftmachung überspannt, was mit dem Willkürverbot nicht vereinbar ist¹. Das Bundesgericht erachtete deshalb in diesem Punkt die Beschwerde als begründet.

2. Staatenarrest – Arrestvollzug

Im Zusammenhang mit Staatenarresten ist die Frage der Vollstreckungsimmunität der zu verarrestierenden Vermögenswerte ein immergrünes Thema. Auch im vergangenen Jahr hatte das Bundesgericht Gelegenheit, sich zu dieser Thematik zu äussern und gleichzeitig hinsichtlich heikler Verfahrensfragen ein klärendes Wort zu sprechen.

Zur Debatte stand im Rahmen eines SchKG-Beschwerdeverfahrens der Vollzug von zwei am 5. November 2009 vom Arrestrichter Basel-Stadt erlassenen Arrestbefehlen für die Forderungssumme von insgesamt rund CHF 1 Mia. gegenüber der Republik Argentinien. Als Arrestgegenstände wurde in beiden Arrestbefehlen die bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) in Basel auf den Namen der Republik Argentinien oder der Zentralbank Argentinien lautenden Guthaben in in- oder ausländischer Währung, Forderungen, Wertschriften (Aktien, Obligationen, Schuldbriefe) sowie Barmittel aufgeführt. Das mit dem Arrestvollzug beauftragte Betreibungsamt des Kantons Basel-Stadt teilte mit Anzeige vom 5. November 2009 der BIZ die Zahlungs- und Verfügungssperre gemäss Art. 98 und Art. 99 SchKG mit.

Die BIZ erhob beim Arrestrichter keine Einsprache, sondern begnügte sich damit, sowohl das Betreibungsamt als auch die kantonale Aufsichtsbehörde schriftlich darauf hinzuweisen, dass sie als eine internationale Organisation mit Sitz in Basel von jeglicher Massnahme der Vollstreckung in der Schweiz befreit sei und dass sich diese Befreiung insbesondere auf die der BIZ anvertrauten Werte erstrecke. In einem separaten Schreiben an die Aufsichtsbehörden bestätigte das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) die Richtigkeit der Ausführungen der BIZ.

Die kantonale Aufsichtsbehörde griff gestützt auf Art. 22 SchKG in das Verfahren ein und stellte mit Urteil vom 23. April 2010 die Nichtigkeit der beiden Arrestbefehle fest.

Gegen dieses Urteil legten die beiden Arrestgläubiger mit Eingabe vom 10. Mai 2010 beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass der Vollzug des Arrestes durch das Betreibungsamt als Akt der Zwangsvollstreckung – anders als der Arrestbefehl – keinen bloss vorläufigen Charakter hat. Die Beschwerdegünde gegen den Arrestvollzug unterliegen deshalb auch nicht den

¹ BGer. 11. Juni 2010, 5A_46/2010.

Restriktionen von Art. 98 BGG (Beschränkung der Rüge auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte). Daher können im bundesgerichtlichen Verfahren gemäss Art. 96 lit. a und b BGG die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden. Den Beschwerdeführern war im Ergebnis trotzdem kein Erfolg beschieden, da die BIZ als internationale Organisation für alle ihre Handlungen Immunität geniesst und deshalb nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit und Zwangsgewalt unterliegt und auch die an sich mögliche Zustimmung zum Arrest nicht gegeben hat.

Zur Durchsetzung ihres Rechts auf Wahrung ihrer Immunität hatte die BIZ nicht die Normalroute der Einsprache beschritten, die BIZ unterliess es mithin, beim Arrestrichter Einsprache gemäss Art. 278 SchKG zu erheben und im Einspracheverfahren geltend zu machen, dass sie durch den angeordneten Arrest in ihren Rechten bzw. ihrer Immunität betroffen sei. Das schlug aber deshalb nicht zu ihrem Nachteil aus, weil die kantonale Aufsichtsbehörde für die BIZ in die Bresche sprang und feststellte, dass dem Arrestrichter die Befugnis gefehlt hatte, die Beschlagnahme der Guthaben der Republik Argentinien bzw. der argentinischen Zentralbank bei der BIZ oder anderer ihr anvertrauter Werte zu befehlen. Ebenso wenig war es dem Betreibungsamt erlaubt, den entsprechenden Befehl durch Verfügungs- und Zahlungsverbote zu vollziehen. Das Bundesgericht attestierte deshalb der kantonalen Aufsichtsbehörde, dass sie die Arrestbefehle und deren Vollzug durch das Betreibungsamt mit Blick auf die Immunitätsbestimmungen im Sitzabkommen zu Recht als offensichtlich unwirksam betrachtet hat². Als verfahrensrechtliches Kuriosum sei festgehalten, dass die BIZ im bundesgerichtlichen Verfahren den Antrag stellte, nicht als Verfahrenspartei betrachtet zu werden. Das Bundesgericht hielt diesem (unzulässigen) Antrag entgegen, dass es nach Art 102 Abs. 1 BGG von Amtes wegen entscheide, wer in das bundesgerichtliche Verfahren einzubeziehen sei. Da die BIZ im kantonalen und im bundesgerichtlichen Verfahren in der sie in ihren eigenen Rechten betreffenden Sache Anträge gestellt hatte, war sie ohne Weiteres als Beschwerdegegnerin zu betrachten. Auch den Antrag der Beschwerdeführerinnen, das EDA vom bundesgerichtlichen Verfahren auszuschliessen, taxierte das Bundesgericht als unzulässig, weshalb auch das EDA in das bundesgerichtliche Verfahren einbezogen wurde.

3. Neue Tatsachen

Zur Sicherung der ihr gemäss Scheidungsurteil vom 31. Oktober 2005 zugesprochenen und ausstehenden Kinder- und Frauenalimente erwirkte Z. gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG beim Bezirksgericht Liestal am 16. Juli 2009 einen Arrestbefehl gegenüber X. mit Wohnsitz in Belgien. Gegen den Arrestbefehl erhob X. fristgerecht Einsprache. Mit Urteil vom 5. November 2009 hiess der Arrestrichter die Einsprache gegen

² BGer. 12. Juli 2010, 5A_360/2010, publiziert: BGE 136 III 379.

den Arrestbefehl vom 16. Juli 2009 teilweise gut und bewilligte den Arrest mit einer reduzierten Forderungssumme. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft wies die von X. gegen dieses Urteil erhobene Appellation am 23. März 2010 ab und bestätigte den Arresteinspracheentscheid. X. führte mit Eingabe vom 27. Mai 2010 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Dabei berief er sich u. a. auf das Urteil des Kantonsgerichts Obwalden vom 26. April 2010, in welchem der Unterhalt an die Ehefrau in Abänderung des Scheidungsurteils aus dem Jahre 2005 herabgesetzt bzw. aufgehoben worden sei.

Im Arresteinspracheverfahren können von Bundesrechts wegen (echte) neue Tatsachen bis vor der oberen kantonalen Gerichtsinstanz geltend gemacht werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG). Das Bundesgericht ist jedoch an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Das Urteil des Kantonsgerichtes Obwalden vom 26. April 2010 ist als Tatsache, die sich nach Erlass des angefochtenen Urteils (23. März 2010) ereignet hat, im Verfahren vor Bundesgericht neu und daher unzulässig. Es fällt auch nicht unter die neuen Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 99 BGG, da nicht erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass zum Vorbringen gegeben hat. Deshalb konnten im bundesgerichtlichen Verfahren sämtliche Vorbringen von X., welche sich auf das Urteil des Kantonsgerichtes Obwalden vom 26. April 2010 stützen, nicht berücksichtigt werden³.

4. Prosequierung

a) Prosequierungsfrist bei Lugano-Arrest

Ein Lugano-Arrest muss erst prosequiert werden, wenn der Entscheid über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheides (Exequatur) rechtskräftig geworden ist⁴. Diese zutreffende Rechtsauffassung des Zürcherischen Obergerichtes deckt sich mit der nunmehr expliziten Regelung von Art. 279 Abs. 5 rev. SchKG (Inkrafttreten am 1. Januar 2011).

b) Prosequierungsfrist/Beschwerde Bundesgericht

Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht hemmt weder die Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit eines internationalen Schiedsspruchs. Erteilt der bundesgerichtliche Instruktionsrichter zunächst die aufschiebende Wirkung – diese Anordnung wirkt ex tunc – und hebt er diese Anordnung danach wieder auf, muss der Arrest innert 10 Tagen ab Zustellung des Entscheids betr. Aufhebung der aufschiebenden Wirkung prosequiert werden⁵.

³ BGer. 11. Oktober 2010, 5A_409/2010.

⁴ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, ZR 2010 Nr. 16.

⁵ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, ZR 2010 Nr. 39.