

Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG



URS BOLLER
lic. iur., Rechtsanwalt,
Zürich

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Der Inhalt des neuen Arrestgrunds
 - 2.1. Definitiver Rechtsöffnungstitel
 - 2.2. Keine weiteren Voraussetzungen
3. Motivation für die Einführung eines neuen Arrestgrunds
4. Der neue Arrestgrund im Vergleich zu den bestehenden Arrestgründen
5. Die Glaubhaftmachung des Arrestgrunds
6. Arrest gestützt auf Schweizer Zivilurteile
 - 6.1. Urteile erster Instanz
 - 6.1.1. Vollstreckbarkeit
 - 6.1.2. Berufungsfähige Entscheide
 - 6.1.3. Beschwerdefähige Entscheide
 - 6.2. Urteile zweiter Instanz
7. Auswirkungen des neuen Arrestgrunds auf den Schuldner
8. Möglicher Ausgleich von Gläubiger- und Schuldnerinteressen
 - 8.1. Allgemeines
 - 8.2. Arrestkaution
 - 8.3. Rechtsmissbräuchliches Arrestbegehren
9. Abwehrmassnahmen des Schuldners
 - 9.1. Pfandbestellung
 - 9.2. Schutzschrift
10. Würdigung des neuen Arrestgrunds

1. Einleitung

Am 18. Februar 2009 hat der Schweizerische Bundesrat die Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens (LugÜ)¹ verabschiedet.² Mit dem revidierten LugÜ wird ei-

nerseits der räumliche Anwendungsbereich des bisherigen LugÜ auf jene Staaten ausgedehnt, die im Rahmen der Osterweiterung der EU beigetreten sind.³ Andererseits wird damit eine Angleichung an die innerhalb der EU geltende «Parallel-Verordnung» (EuGVVO⁴) angestrebt, welche bereits am 1. März 2002 in Kraft getreten ist. Diese Angleichung betrifft grösstenteils Zuständigkeitsnormen des LugÜ. Daneben finden sich jedoch ebenso Neuerungen im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung. Anders als noch beim Inkrafttreten des heute geltenden LugÜ (1. Januar 1992) beabsichtigt der Bundesrat, punktuelle Anpassungen im schweizerischen Verfahrensrecht vorzunehmen, um so den Vorgaben des revidierten LugÜ gerecht zu werden. Änderungen sind im SchKG, im IPRG sowie in der neuen eidgenössischen ZPO (nZPO) geplant. Die bundesrätliche Vorlage wurde inzwischen von Stände- und Nationalrat in der Schlussabstimmung angenommen.⁵ Mit dem Inkrafttreten des revidierten LugÜ sowie der entsprechenden Anpassungen im nationalen Recht wird frühestens am 1. Januar 2011 gerechnet.⁶

Wesentliche Neuerungen sind im Arrestrecht zu verzeichnen:⁷ Unter anderem soll mit Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG ein neuer Arrestgrund geschaffen werden. Dieser wird aber nicht nur im Anwendungsbereich des revLugÜ Geltung haben, sondern auch in Verfahren mit reinem Inlandbezug sowie in internationalen Verhältnissen ausserhalb des LugÜ-Anwendungsbereichs.

Der vorliegende Beitrag stellt den Inhalt und den Hintergrund des neuen Arrestgrunds dar. Die Betrachtung erfolgt dabei primär unter dem Gesichtspunkt von reinen Binnenverhältnissen. Zudem werden Möglichkeiten aufgezeigt, wie die Interessen des Schuldners bei der Anwendung des neuen Arrestgrunds angemessen berücksichtigt werden kön-

³ Bulgarien, Tschechische Republik, Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Malta, Rumänien, Slowenien, Slowakei, Zypern.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO).

⁵ Amtl. Bull. StR vom 11. Dezember 2009 (09.021); Amtl. Bull. NR vom 11. Dezember 2009 (09.021).

⁶ Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 18. Februar 2009, abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-02-18.html (zuletzt besucht am 3. Dezember 2009).

⁷ Einlässlich zu den durch die LugÜ-Revision bedingten Änderungen im Arrestrecht: MIGUEL SOGO, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – Zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZPP 2009, 75 ff.

¹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007.

² BBl 2009 1777 ff.

nen. Schliesslich werden Massnahmen beschrieben, die ein potentieller Arrestschuldner zur Vermeidung eines Arrests ergreifen kann.

2. Der Inhalt des neuen Arrestgrunds

2.1. Definitiver Rechtsöffnungstitel

Der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG ist erfüllt, «wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt». Art. 80 SchKG definiert, was unter den Begriff des definitiven Rechtsöffnungstitels fällt: In erster Linie handelt es sich dabei um vollstreckbare gerichtliche Urteile⁸ sowie gerichtliche Vergleiche und Schuldanererkennungen, sodann Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes, und schliesslich um solche des kantonalen Rechts⁹, soweit das kantonale Recht eine Gleichstellung dieser Entscheide mit gerichtlichen Entscheiden vorsieht. Neu werden die Verfügungen des Bundes und des kantonalen Rechts in Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 revSchKG als «Verfügungen schweizerischer Verwaltungsbehörden» zusammengefasst, zudem wird die mit der eidgenössischen ZPO einzuführende vollstreckbare öffentliche Urkunde ebenfalls als definitiver Rechtsöffnungstitel qualifiziert (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} revSchKG). Das gerichtliche Urteil im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG kann auch ein ausländisches sein (Art. 81 Abs. 3 SchKG). Schliesslich gelten vollstreckbare Urteile in- und ausländischer Schiedsgerichte ebenfalls als Rechtsöffnungstitel.¹⁰

2.2. Keine weiteren Voraussetzungen

Für den Gläubiger genügt es bereits, dass er im Besitz eines definitiven Rechtsöffnungstitels gegen den Schuldner ist. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Aus diesem Grund erfährt auch der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, der sogenannte Ausländerarrest, eine Änderung: Die dort enthaltene Voraussetzung, wonach die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil zu

beruhen hat (sofern sie nicht durch eine Schuldanererkennung ausgewiesen ist oder einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist), wird als überflüssig gestrichen. Denn liegt ein vollstreckbares gerichtliches Urteil vor, so ist ohne Weiteres der neue Arrestgrund von Ziff. 6 erfüllt, die übrigen in Ziff. 4 enthaltenen Voraussetzungen (i.c. der fehlende Wohnsitz/Aufenthalt des Arrestschuldners in der Schweiz) müssen dann nicht mehr geprüft werden. Das Vorhandensein eines vollstreckbaren Urteils berechtigt daher ungeachtet des Wohnsitzes des Schuldners zum Arrest.

3. Motivation für die Einführung eines neuen Arrestgrunds

Der Grund für die Einführung dieses Arrestgrundes steht in engem Zusammenhang mit der Umsetzung der Vorgaben des LugÜ ins nationale Recht. Nach geltendem Recht kann ein Gläubiger, der in einem LugÜ-Vertragsstaat ein Urteil gegen einen Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz erstritten hat, gestützt auf Art. 39 LugÜ Sicherungsmassnahmen beantragen, wenn der ausländische Entscheid erstinstanzlich für vollstreckbar erklärt worden ist. Das LugÜ schreibt den Vertragsstaaten nicht vor, wie diese Sicherungsmassnahme ausgestaltet sein muss. Da beim seinerzeitigen Inkrafttreten des LugÜ (1. Januar 1992) keine Ausführungsbestimmungen hierzu erlassen worden waren, haben Lehre und Praxis unterschiedliche Ansichten hervorgebracht, welche Sicherungsmassnahmen schweizerischen Rechts zur Anwendung gelangen sollen, soweit die Sicherung einer Geldforderung zur Diskussion steht: Zum einen wurde die Meinung vertreten, Art. 39 LugÜ gewähre dem Schuldner Anspruch auf einen Arrest im Sinne von Art. 271 ff. SchKG. Zum anderen wurde für die Anwendung der provisorischen Pfändung oder der Aufnahme eines Güterverzeichnisses plädiert. Vereinzelt wurde die Anordnung vorsorglicher Massnahmen des kantonalen Rechts in Erwägung gezogen.¹¹ Das Bundesgericht hat sich in den wenigen Entscheiden zu dieser Frage nicht eindeutig zu Gunsten einer dieser möglichen Sicherungsmass-

⁸ Von Art. 80 Abs. 1 SchKG erfasst werden lediglich *Zivilurteile*. Die Qualifikation von *Strafurteilen* als Rechtsöffnungstitel (bezüglich der darin festgesetzten Geldforderungen wie Geldstrafen, Bussen und Kosten) findet ihre Grundlage in Art. 373 StGB.

⁹ Nach dem Wortlaut von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG sind Verfügungen und Entscheide kantonalen Verwaltungsbehörden nur innerhalb des jeweiligen Kantonsgebiets vollstreckbar. Dank dem Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche, dem alle Kantone beigetreten sind, werden kantonale Verfügungen im ganzen Gebiet der Schweiz vollstreckt.

¹⁰ PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, 286 ff.

¹¹ AGNES ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, AJP/PJA 2001, 180 ff.; RICHARD GASSMANN, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Diss. Zürich 1998, 189 ff.; ISAAK MEIER, Arrest im internationalen Recht, SZPP 2005, 417, 431 ff.; DANIEL STAEHELIN, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008, Art. 39 N 16 ff.; MATTHIAS STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 30a N 34 ff.; GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2007, 478 ff.; DERS., Zur Sicherungsvollstreckung gemäss Art. 39 des Lugano-Übereinkommens, ZBJV 1992, 90, 92 ff.

nahmen ausgesprochen, sondern die Auswahl der geeigneten Massnahme ins Ermessen des Exequaturrichters gestellt.¹²

Soweit nach der Praxis des angerufenen Exequaturrichters der Arrest im Sinne der Art. 271 ff. SchKG als LugÜ-Sicherungsmassnahme zur Anwendung gelangt, wird der Gläubiger eines Urteils aus einem LugÜ-Vertragsstaat gegenüber einem Gläubiger eines inländischen Urteils bevorzugt: Ersterer kann allein gestützt auf das Urteil die Verarrestierung von schuldnerischen Vermögenswerten verlangen. Letzterem ist dies aber versagt, wenn nicht zugleich ein Arrestgrund vorliegt. Insbesondere bei inländischem Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz fällt diese Diskrepanz auf: Der Gläubiger des inländischen Urteils kann sich hier nicht auf den Ausländerarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG stützen, und andere Arrestgründe werden eher selten vorliegen. Der Gläubiger eines inländischen Urteils wird so in den seltensten Fällen einen Arrest gegen seinen Schuldner erwirken können.

Der Bundesrat schlägt in der Botschaft zum revidierten LugÜ vor, aus den oben erwähnten Sicherungsmitteln den *Arrest* zum offiziellen (und einzigen) LugÜ-Sicherungsmittel für Geldforderungen zu erklären.¹³ Es wird jedoch nicht etwa ein Einführungsgesetz zum LugÜ erlassen, welches die Vorgaben des LugÜ im nationalen Recht konkretisiert. Vielmehr manifestiert sich der Entscheid zu Gunsten des Arrests als LugÜ-Sicherungsmassnahme relativ unauffällig darin, dass mit Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG ein neuer Arrestgrund eingeführt wird: Danach berechtigt das Vorhandensein eines vollstreckbaren Urteils zur Arrestlegung. Den Anforderungen an eine LugÜ-Sicherungsmassnahme ist damit grundsätzlich Genüge getan.¹⁴ Sodann wird die Ungleichbehandlung von inländischen Urteilen und solchen aus LugÜ-Staaten beseitigt: Der Gläubiger kann gestützt auf ein vollstreckbares Urteil ohne Weiteres zur Arrestlegung schreiten, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich beim Urteil des Gläubigers um eines aus einem LugÜ-Vertragsstaat handelt oder nicht. Auch schweizerische Urteile oder ausländische Urteile aus Nicht-LugÜ-Staaten berechtigen neuerdings zum Arrest, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten.¹⁵

Dass der aus einem «gewöhnlichen» schweizerischen Rechtsöffnungstitel berechnete Gläubiger nun ohne Weiteres zur Arrestlegung berechtigt ist, erscheint somit quasi als Begleiterscheinung der Umsetzung der LugÜ-Vorgaben ins nationale Vollstreckungsrecht.

4. Der neue Arrestgrund im Vergleich zu den bestehenden Arrestgründen

Der Arrest als solcher zeichnet sich dadurch aus, dass Vermögenswerte des Schuldners im Hinblick auf die spätere Zwangsvollstreckung mit betriebsrechtlichem Beschlag belegt werden. Es handelt sich um eine superprovisorische Massnahme zur Sicherstellung des Zugriffs des Gläubigers auf die fraglichen Vermögenswerte.¹⁶ Als Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes bedarf der Arrest zu seiner inneren Rechtfertigung grundsätzlich einer Gefährdung der Gläubigerinteressen:¹⁷ Nur wenn eine solche Gefährdung vorliegt, erscheint es gerechtfertigt, dass der Gläubiger zu Vollstreckungshandlungen schreiten darf, ohne zuvor sämtliche vorgesehenen Etappen des gerichtlichen Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens durchlaufen zu haben.

Im geltenden Recht wird die für die Arrestberechtigung des Gläubigers erforderliche Gefährdung der Gläubigerinteressen durch die Arrestgründe (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG) definiert. Diese umschreiben allesamt Tatbestände, bei deren Vorliegen die spätere Vollstreckung als gefährdet erscheint, wenn der Gläubiger hierfür zuerst sämtliche ordentlichen Verfahrensschritte zu durchlaufen hätte und erst dann zur eigentlichen Vollstreckung schreiten dürfte. Die Gefährdungstatbestände der fünf herkömmlichen Arrestgründe lassen sich grob in drei Gruppen einteilen:

- Vorab kann die Gefährdung darin bestehen, dass der Schuldner als Person schwierig zu belangen ist: Dies kann daran liegen, dass der Schuldner (überhaupt) keinen festen Wohnsitz hat (Ziff. 1); aber auch daran, dass der Schuldner lediglich *in der Schweiz* weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat (Ziff. 4). Schliesslich erscheint der Schuldner schwierig zu belangen, wenn er auf der Durchreise ist oder zu den Personen gehört, die Märkte und Messen besuchen, und die Forderung des Gläubigers sofort zu erfüllen ist (Ziff. 3).
- Eine weitere Gefährdung der Gläubigerinteressen liegt dann vor, wenn sich der Schuldner unredlich verhält, indem er die Vollstreckung zu vereiteln versucht: Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner Vollstreckungssubstrat beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Fluchtvorbereitungen trifft, wenn er dabei in der Absicht handelt, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen (Ziff. 2).
- Schliesslich ist der Gläubiger zum Arrest berechtigt, wenn sein Interesse an der Vollstreckung nicht nur gefährdet ist, sondern bereits einmal verletzt wurde – nämlich dadurch, dass der Gläubiger in einer früheren Betreuung gegen den Schuldner nicht vollumfänglich befriedigt

¹² BGE 126 III 438 E. 4; BGE 131 III 660 E. 4.1, E. 4.5 = PRA 95 (2006) Nr. 120.

¹³ Botschaft (FN 2), 1816 f.

¹⁴ Der Entscheid, den Arrest als LugÜ-Sicherungsmittel für Geldforderungen zur Verfügung zu stellen, ist auch unter Berücksichtigung der damit verbundenen Revision des Arrestrechts nicht unumstritten, was angesichts der erwähnten Kontroverse nicht verwundert. Vgl. etwa die Kritik bei FRANCESCO NAEF, Die Anpassung des SchKG an das revidierte LugÜ, in: Jusletter vom 27. Oktober 2008.

¹⁵ Botschaft (FN 2), 1821.

¹⁶ WALTER A. STOFFEL, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 271 N 1.

¹⁷ STOFFEL (FN 16), Art. 271 N 4.

wurde. Diesfalls verfügt der Gläubiger über einen Verlustschein. Der Gläubiger soll damit unverzüglich auf neu verfügbare Vermögenswerte greifen dürfen, um so im Nachhinein doch noch vollständige Befriedigung zu erfahren (Ziff. 5).

Der neue Arrestgrund Ziff. 6 lässt sich in keine dieser drei Gruppen einordnen. Überhaupt fehlt ihm jegliche Art von Gefährdung als Tatbestandselement. Im Unterschied zu den übrigen Arrestgründen hat der Gläubiger bei Ziff. 6 in keiner Weise darzutun, dass seine Interessen gefährdet sind, so dass es gerechtfertigt erschiene, ihm vorgezogene Vollstreckungshandlungen zu erlauben. Allein der Umstand, dass der Gläubiger über ein vollstreckbares Urteil verfügt, genügt, damit dieser unmittelbar auf Vermögenswerte des Schuldners greifen kann. Dies gilt somit auch dann, wenn das Verhalten des Schuldners keinerlei Anlass zur Befürchtung gibt, dass die Vollstreckung der Forderung Schwierigkeiten bereiten könnte oder der Schuldner gar die Vollstreckung zu vereiteln versuchen wird. In zahlreichen Fällen, in denen der Gläubiger neu zur Arrestlegung berechtigt sein wird, bedarf der Gläubiger des Arrests gar nicht, um seine Forderung auf dem gewöhnlichen Weg vollstrecken zu können. Es fehlt mithin an der Erforderlichkeit der für den Schuldner einschneidenden Massnahme. Der neue Arrestgrund will daher nicht so richtig ins bestehende Konzept des Arrestrechts passen.

5. Die Glaubhaftmachung des Arrestgrunds

Gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG hat der Gläubiger die Arrestvoraussetzungen¹⁸ *glaubhaft* zu machen. Die Glaubhaftmachung betrifft die Frage des Beweismasses: Vom Gläubiger wird nicht der volle Nachweis der Arrestvoraussetzungen verlangt, sondern es genügt, wenn der Richter sie aufgrund einer plausiblen Darstellung für wahrscheinlich hält.¹⁹ Das summarische Arrestbewilligungs- und Arresteinspracheverfahren lässt keinen Raum für ein weitreichendes Beweisverfahren.

Stützt sich der Gläubiger beim Arrestgrund von Ziff. 6 auf ein ausländisches Urteil, so kann die Prüfung der Vollstreckbarkeit desselben mit einigen Schwierigkeiten verbunden sein: So müssen allfällige Staatsverträge und deren Anwendungsbereich ermittelt werden, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Entscheids mögen nicht ohne Weiteres feststellbar sein, es stellen sich anerkennungsrechtliche Fragen wie beispielsweise die Vereinbarkeit des Entscheids mit dem materiellen und formellen *ordre public* usw. Im Anwendungsbereich des bisherigen Arrestgrunds Ziff. 4 wurde

in Bezug auf das Erfordernis des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils daher die Auffassung vertreten, der Gläubiger habe glaubhaft zu machen, dass das Urteil später einmal vollstreckbar sein werde.²⁰ Der Arrestrichter dürfe sich dabei auf eine «prima facie»-Prüfung der Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Entscheids beschränken.²¹ Dies wird auch unter dem neuen Arrestgrund von Ziff. 6 weiterhin so gelten.

Handelt es sich beim vorgelegten Titel um einen Entscheid aus einem LugÜ-Vertragsstaat, so hat nach den revidierten Bestimmungen des LugÜ ohnehin nur eine beschränkte Überprüfung der Vollstreckbarkeit stattzufinden: Der Arrestrichter, der diesfalls zwingend zugleich als Exequaturrichter amtiert,²² hat gemäss Art. 41 revLugÜ lediglich zu prüfen, ob der vorgelegte Entscheid dem LugÜ untersteht und ob der Gläubiger den Entscheid selbst sowie die standardisierte Bescheinigung gemäss Anhang V zum LugÜ vorlegt. Die Prüfung allfälliger Anerkennungsverweigerungsgründe ist neu im erstinstanzlichen Exequaturverfahren ausdrücklich untersagt.²³ Stützt sich der Arrestgläubiger somit auf einen LugÜ-Entscheid, so hat er mit der Vorlage des Entscheids und der Bescheinigung den Arrestgrund bereits glaubhaft gemacht.

Stützt sich der Gläubiger auf einen schweizerischen Rechtsöffnungstitel, so dürfte ihm die Glaubhaftmachung des Arrestgrunds ebenfalls kaum je schwerfallen. Ist der Gläubiger im Besitz eines definitiven Rechtsöffnungstitels, so kann er dies mit dessen Vorlage mehr als nur gerade glaubhaft machen. Im einseitigen Arrestbewilligungsverfahren wird der Gläubiger in der Regel mit der Präsentation des Rechtsöffnungstitels den vollen Nachweis des Arrestgrunds (und auch der Arrestforderung) erbringen. Lediglich allfällige Einwendungen des Schuldners im Arresteinspracheverfahren werden dem Nachweis entgegenstehen können, beispielsweise der Einwand des Schuldners, die Vollstreckbarkeit des vorgelegten Urteils sei zwischenzeitlich dahingefallen.

6. Arrest gestützt auf Schweizer Zivilurteile

6.1. Urteile erster Instanz

6.1.1. Vollstreckbarkeit

Nachfolgend ist zu untersuchen, unter welchen Umständen erstinstanzliche Urteile schweizerischer Gerichte, die unter der neuen eidgenössischen ZPO (nZPO) ergehen werden, zum Arrest berechtigen.

¹⁸ Es sind dies: Die Arrestforderung, der Arrestgrund sowie das Vorhandensein von schuldnerischen Vermögenswerten.

¹⁹ STOFFEL (FN 16), Art. 272 N 3.

²⁰ FELIX C. MEIER-DIETERLE, Der «Ausländerarrest» im revidierten SchKG, AJP/PJA 1996, 1423.

²¹ STOFFEL (FN 16), Art. 271 N 78.

²² Art. 271 Abs. 3 revSchKG.

²³ Art. 41 revLugÜ; Botschaft (FN 2), 1811.

Gemäss Art. 336 Abs. 1 nZPO ist ein Entscheid vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat (lit. a), oder wenn er noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt worden ist (lit. b). Rechtskraft und Vollstreckbarkeit müssen somit nicht zwingend zusammenfallen. Ob ein Entscheid zur Arrestlegung berechtigt, entscheidet sich allein nach dessen Vollstreckbarkeit (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 SchKG). Auf die Rechtskraft kommt es grundsätzlich nicht an. Dies ist insofern neu, als nach der bisherigen Praxis zu Art. 80 SchKG stets verlangt wurde, dass der zu vollstreckende Entscheid nicht nur vollstreckbar, sondern auch formell rechtskräftig und somit nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar ist. Ein Entscheid, der für vorzeitig vollstreckbar erklärt worden ist, berechtigte nach dieser Praxis nicht zur Rechtsöffnung.²⁴ Mit der neuen eidgenössischen ZPO soll ausdrücklich auch erst vorläufig vollstreckbaren Entschieden, die noch mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können, die Qualität als Rechtsöffnungstitel zuerkannt werden.²⁵

6.1.2. Berufungsfähige Entscheide

Wird gegen einen erstinstanzlichen Entscheid Berufung im Sinne der Art. 311 ff. nZPO erhoben, so hemmt die Berufung grundsätzlich die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 nZPO). Solange demnach gegen einen erstinstanzlichen Entscheid die Berufung möglich ist oder die Berufung bereits ergriffen wurde, ist der Entscheid nicht vollstreckbar, es sei denn, die Rechtsmittelinstanz habe die vorzeitige Vollstreckung bewilligt (Art. 315 Abs. 2 nZPO). Legt der Arrestgläubiger einen erstinstanzlichen, berufungsfähigen Entscheid vor, so hat er für die Glaubhaftmachung der Vollstreckbarkeit des Entscheids entweder eine Rechtskraftbescheinigung (Art. 336 Abs. 2 nZPO) beizubringen, oder aber eine Bestätigung der Rechtsmittelinstanz, dass die vorzeitige Vollstreckung bewilligt worden ist (Art. 315 Abs. 2 nZPO). Unterlässt er dies, so ist es dem Arrestgericht verwehrt, das Arrestbegehren gutzuheissen, da der Gläubiger das Kriterium der Vollstreckbarkeit nicht genügend glaubhaft gemacht hat. Denn soweit der Arrestgläubiger behauptet, der Schuldner habe innert Frist keine Berufung ergriffen bzw. die Berufungsinstanz habe die vorzeitige Vollstreckung bewilligt, darf ihm auch die Vorlage der entsprechenden Beweismittel (Rechtskraftbescheinigung bzw. Vollstreckungsbewilligung) zugemutet werden, selbst

wenn er nach Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht den vollen Nachweis für die Vollstreckbarkeit des Entscheids zu erbringen hat, sondern die Vollstreckbarkeit lediglich glaubhaft machen muss.

6.1.3. Beschwerdefähige Entscheide

Ist gegen einen erstinstanzlichen Entscheid lediglich die Beschwerde im Sinne der Art. 319 ff. nZPO gegeben, so ist der Entscheid grundsätzlich sofort vollstreckbar; die Erhebung der Beschwerde hemmt die Vollstreckbarkeit nicht (Art. 325 Abs. 1 nZPO). Zwar kann die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckung aufschieben (Art. 325 Abs. 2 nZPO) und den Entscheid allenfalls aufheben bzw. einen neuen Entscheid treffen (Art. 327 Abs. 3 nZPO). Das Prinzip der sofortigen Vollstreckbarkeit des Entscheids bringt es jedoch mit sich, dass der Entscheid zumindest einstweilen zum Arrest berechtigt, solange die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wurde. Vom Arrestgläubiger darf nicht verlangt werden, dass er eine Rechtskraftbescheinigung beibringt oder sich gar von der Rechtsmittelinstanz bescheinigen lassen müsste, dass diese der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt habe. Vielmehr ist es Sache des Arrestschuldners, dies im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens darzutun.²⁶ Ein allfälliges Dahinfallen der Vollstreckbarkeit des Entscheids ist im Arresteinspracheverfahren auch dann zu berücksichtigen, wenn die Vollstreckbarkeit erst nach der Arrestbewilligung aufgehoben worden ist, denn mit der Arresteinsprache können auch Tatsachen geltend gemacht werden, die nach der Arrestlegung eingetreten sind.²⁷ Wurde die Vollstreckbarkeit des Entscheids (zwischenzeitlich) aufgehoben, so ist die Arresteinsprache gutzuheissen und der Arrest aufzuheben. Fehlt es nämlich an der Vollstreckbarkeit des Entscheids, so dürfen auch keine vollstreckungsrechtlichen Massnahmen aufrechterhalten werden, es sei denn, die Rechtsmittelinstanz habe dies bei der Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich zugelassen.²⁸

Legt der Arrestgläubiger dem Arrestgericht somit einen beschwerdefähigen Entscheid vor, so darf dieses den Arrest bewilligen, auch wenn die Gefahr besteht, dass die Vollstreckbarkeit des Entscheids durch eine Anordnung der Rechtsmittelinstanz später dahinfällt oder sogar bereits dahingefallen ist.

²⁴ DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 80 N 7; BGE 131 III 404 E. 3 = PRA 95 (2006) Nr. 33.

²⁵ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7347; Sogo (FN 7), 86 m.w.H.

²⁶ Vgl. dieselbe Konstellation im Rechtsöffnungsverfahren bei STÜCHELI (FN 10), 224.

²⁷ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, N 51.71; ZR 108 (2009), N 27.

²⁸ Vgl. Art. 325 Abs. 2 Satz 2 nZPO. Denkbar ist etwa, dass die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde lediglich insoweit aufschiebende Wirkung erteilt, als die Vollstreckungsmassnahmen nicht über eine Sicherung hinausgehen dürfen. Diesfalls wäre der Arrest grundsätzlich zugelassen.

6.2. Urteile zweiter Instanz

Die Zulässigkeit und Wirkungen der Anfechtung eines zweitinstanzlichen Zivilurteils richten sich nach dem Bundesgerichtsgesetz (BGG). Dieses sieht in Art. 103 Abs. 1 vor, dass einer Beschwerde in Zivilsachen in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt. Abs. 2 derselben Bestimmung regelt Fälle, in denen einer Beschwerde zwingend aufschiebende Wirkung zukommt. Urteile, die auf Geldzahlung gerichtet sind, fallen jedoch nicht darunter. Für sie gilt, dass sie grundsätzlich mit der Ausfällung vollstreckbar werden, solange der Beschwerde nicht aufschiebende Wirkung verliehen wird und/oder der Entscheid aufgehoben wird. Gleiches gilt für Entscheide, die lediglich mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden können (Art. 117 in Verbindung mit Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG).

Stützt sich der Arrestgläubiger demnach auf einen zweitinstanzlichen Entscheid, so verhält es sich gleich wie mit Entscheiden erster Instanz, die lediglich mit der Beschwerde anfechtbar sind (vgl. Ziff. 6.1.3. hiervor): Der Entscheid berechtigt unmittelbar nach der Ausfällung zur Arrestlegung, und es ist Sache des Arrestschuldners, im Arresteinspracheverfahren darzulegen, dass seiner Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen worden ist oder dass das Bundesgericht den Entscheid sogar aufgehoben hat.

7. Auswirkungen des neuen Arrestgrundes auf den Schuldner

Wie zuvor gezeigt (Ziff. 4. hiervor), setzt der neue Arrestgrund keine besondere Gefährdung der Gläubigerinteressen voraus. Dies hat zur Folge, dass sich künftig auch der redliche Schuldner mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz plötzlich in der Rolle des Arrestschuldners wiederfindet, wenn er sich (möglicherweise aus berechtigten Gründen) seinem Gläubiger vorerst widersetzt hat, aber schliesslich im Zivilprozess doch unterlegen ist. Gerade wenn der Gläubiger gegen den Schuldner ein Urteil erstritten hat, das nur mit Beschwerde angefochten werden kann,²⁹ so stellt er das Arrestbegehren möglicherweise während laufender Rechtsmittelfrist. Dem Schuldner bleibt so unter Umständen nicht einmal Zeit zu entscheiden, ob er den Entscheid anfechten will oder darauf verzichtet und das Urteil freiwillig erfüllt.

Die Auswirkungen, die mit einer Arrestlegung einhergehen, können einschneidend sein: Zum einen werden beim Vollzug des Arrestbefehls nicht nur Vermögenswerte im Umfang der Arrestforderung mit Beschlagnahme belegt, sondern es erfolgt praxisgemäss ein Zuschlag, so dass das Arrestgut auch Deckung für künftige Zinsen und die Betreibungskosten im

weitesten Sinn³⁰ bietet. Dieser Zuschlag kann durchaus 20% der Arrestforderung ausmachen, es sind aber auch deutlich höhere Zuschläge anzutreffen. Handelt es sich beim Arrestgut zudem nicht um Forderungen, sondern um eine Sache, so kann deren Wert die Höhe der Arrestforderung durchaus erheblich übersteigen. Der Schuldner wird somit in betragsmässiger Hinsicht stärker eingeschränkt, als wenn ihn der Gläubiger die Forderung freiwillig erfüllen liesse.

Zum anderen wird der Schuldner dadurch empfindlich getroffen, dass der Gläubiger in seinem Arrestbegehren bestimmen kann, welche Vermögenswerte des Schuldners verarrestiert werden sollen. Der Gläubiger kann zwar lediglich jene Vermögenswerte verarrestieren lassen, von deren Existenz er Kenntnis hat und deren Vorhandensein er glaubhaft machen kann; möglicherweise handelt es sich dabei aber gerade um solche Vermögenswerte, auf die der Schuldner dringend angewiesen ist und deren Verarrestierung ihn in Schwierigkeiten bringen kann. Anders als beim bisherigen Arrestgrund von Ziff. 4, bei dem der grösste Teil der Vermögenswerte des im Ausland wohnenden Schuldners wohl ebenfalls im Ausland belegen ist und in der Schweiz meistens nur «nebensächliche» Vermögenswerte in Form von Bankkonten und -depots existieren, dürften im Fall von Ziff. 6 bei einem inländischen Arrestschuldner zahlreiche Vermögenswerte unterschiedlichster Art vorzufinden sein. So ist denkbar, dass bei der Verarrestierung von Vermögenswerten eines Produktionsunternehmens Güter mit Arrestbeschlagnahme belegt werden, die termingerecht geliefert werden müssen. Der Schuldner gerät so unter Umständen gegenüber seinen anderen Gläubigern in Verzug, was möglicherweise eine Konventionalstrafe auslöst. Dem Betreibungsbeamten steht es denn auch beim Arrestvollzug nicht zu, auf Antrag des Arrestschuldners andere als die im Arrestbefehl aufgeführten Gegenstände zu verarrestieren. Anders als bei der gewöhnlichen Pfändung, bei welcher der Betreibungsbeamte bei der Auswahl der Pfandgegenstände auch die Interessen des Schuldners zu berücksichtigen hat,³¹ ist er beim Arrestvollzug hinsichtlich der Arrestgegenstände an den Arrestbefehl gebunden.³² Wohl ist der Arrestschuldner berechtigt, die blockierten Gegenstände gegen Leistung einer Sicherheit aus dem Arrestbeschlagnahme auszulösen.³³ Vorab ist jedoch erforderlich, dass der

²⁹ Z.B. weil der Streitwert unter CHF 10'000 liegt (Art. 308 Abs. 2 nZPO).

³⁰ Hierzu gehören etwa Arrestvollzugskosten, Kosten des Arrestbewilligungs-, des Einsprache- sowie des Rechtsöffnungsverfahrens inkl. Prozessentschädigungen, Zahlungsbefehlskosten, vgl. FRANK EMMEL, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 68 N 3.

³¹ Art. 95 SchKG, insbesondere Abs. 5.

³² BGE 113 III 139 E. 4 = PRA 1989 Nr. 117; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 275 N 7.

³³ Art. 277 SchKG.

Betreibungsbeamte den Arrest effektiv vollzieht, die Arrestgegenstände schätzt und ein Protokoll davon anfertigt.³⁴ Der Schuldner vermag somit mit der Leistung einer Sicherheit die Verarrestierung von dringend benötigten Vermögenswerten zumindest vorübergehend nicht zu verhindern. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner nicht nur Sicherheit offerieren will, sondern die Arrestforderung definitiv tilgen will: Durch Zahlung an das Betreibungsamt geht die Arrestforderung zwar unter³⁵ und das Betreibungsamt stellt den Arrestvollzug ein³⁶. Doch wird zwischen Arrestlegung und Arrestaufhebung eine gewisse Zeit verstreichen, während der der Schuldner über die verarrestierten Gegenstände nicht verfügen kann bzw. darf.

Darüber hinaus erwachsen dem Schuldner durch die Arrestlegung zusätzliche Verfahrenskosten: Die Kosten des Arrestbewilligungsverfahrens und des Arrestvollzugs gelten als Betreibungskosten im weitesten Sinn.³⁷ Entschliesst sich der Schuldner nach Arrestlegung zur Zahlung der Forderung, so wird seine Zahlung vorab an jene Kosten angerechnet.³⁸ Hier zeigt sich deutlich, dass der in einem Forderungsprozess obsiegende Gläubiger seinen Schuldner auch finanziell schikanieren kann, wenn er unverzüglich zur Arrestlegung schreitet, ohne vorher die Zahlungsbereitschaft des Schuldners abzuwarten. Immerhin kann der Gläubiger für das Arrestbewilligungsverfahren keine Parteientschädigung geltend machen, da es sich um ein einseitiges Verfahren ohne Beteiligung des Schuldners handelt.³⁹

8. Möglicher Ausgleich von Gläubiger- und Schuldnerinteressen

8.1. Allgemeines

Die soeben dargelegten Auswirkungen treffen grundsätzlich jeden Arrestschuldner, nicht nur solche, bei denen der neue Arrestgrund von Ziff. 6 gegeben ist. Entscheidend ist jedoch, dass bei diesem Arrestgrund solch einschneidende Massnahmen nicht unbedingt als durch überwiegende Gläubigerinteressen gerechtfertigt erscheinen. Denn nicht in jedem Fall besteht Anlass zur Befürchtung, die Forderung lasse sich vielleicht nicht oder nur schwer vollstrecken. Wie erwähnt, fehlt dem Arrestgrund von Ziff. 6 jegliches Gefährdungsmoment als Tatbestandsmerkmal. Es ist daher zu prüfen, ob den

berechtigten Schuldnerinteressen anderweitig Rechnung getragen werden kann.

8.2. Arrestkaution

Gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG haftet der Gläubiger dem Schuldner für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenen Schaden. Ungerechtfertigt ist ein Arrest dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Arrestvoraussetzungen nicht gegeben waren, dass also in erster Linie die Arrestforderung nicht bestand oder dass es an einem Arrestgrund fehlte.⁴⁰ Eine Schadenersatzpflicht könnte somit dann ausgelöst werden, wenn der Gläubiger gestützt auf ein zwar vollstreckbares, aber noch nicht rechtskräftiges Urteil einen Arrest erwirkt und dieses Urteil in der Folge von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird. Diesfalls fehlte es rückblickend am Bestand der geltend gemachten Arrestforderung. Der Schaden des Schuldners im Falle eines ungerechtfertigten Arrests besteht darin, dass der Schuldner über die verarrestierten Vermögenswerte nicht frei verfügen kann.

Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG sieht daher vor, dass der Arrestrichter den Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung anhalten kann, um die Schadenersatzpflicht des Schuldners sicherzustellen (sog. Arrestkaution). Der Arrestrichter hat über die Frage, ob der Gläubiger eine Kaution zu leisten habe und wie hoch diese gegebenenfalls sei, von Amtes wegen im Arrestbewilligungsverfahren zu entscheiden. Es liegt im Ermessen des Arrestrichters, ob er die Bewilligung des Arrests von der Leistung einer Kaution abhängig macht. Bei seinem Entscheid hat er unter anderem den Grad der Wahrscheinlichkeit der Existenz der Arrestforderung zu berücksichtigen. Die Höhe der Arrestkaution entspricht nicht etwa der Höhe der geltend gemachten Arrestforderung, sondern sie bemisst sich nach dem möglichen Schaden des Schuldners. Dieser ist einerseits von der Höhe der Arrestforderung abhängig, andererseits von der Bedeutung der Arrestgegenstände für den Schuldner.⁴¹ Der Schuldner ist zur Stellung eines entsprechenden Antrags in jedem beliebigen späteren Zeitpunkt des Verfahrens berechtigt.⁴²

Stützt sich der Gläubiger beim Arrestgrund von Ziff. 6 auf ein vollstreckbares, aber noch nicht rechtskräftiges Urteil, so ist nicht auszuschliessen, dass das Urteil dereinst aufgehoben wird und dass der Schuldner durch die unberechtigte Arrestlegung einen Schaden erleidet. Dieser Unsicherheit könnte mit der Auferlegung einer Arrestkaution begegnet werden. Kein Raum für eine Arrestkaution dürfte hingegen dann bestehen, wenn das Urteil des Gläubigers bereits rechtskräftig ist. Denn in diesem Fall erscheint es als nahezu ausgeschlossen, dass sich der Arrest im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist, es sei denn, der Gläubiger begehre einen Arrest, ob-

³⁴ BGE 113 III 139 E.5 = PRA 1989 Nr. 117; HANS REISER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 277 N 4.

³⁵ Art. 12 Abs. 2 SchKG.

³⁶ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 32), Art. 275 N 17.

³⁷ EMMEL (FN 30), Art. 68 N 3.

³⁸ Art. 68 Abs. 1 und 2 SchKG.

³⁹ YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, Diss. Zürich 2001, 124.

⁴⁰ STOFFEL (FN 16), Art. 273 N 13 ff.

⁴¹ STOFFEL (FN 16), Art. 273 N 22.

⁴² STOFFEL (FN 16), Art. 273 N 18.

wohl der Schuldner die Forderung nach Erlass des Urteils bereits getilgt hat.

Die Arrestkaution würde sich somit gerade in denjenigen Fällen anbieten, in denen der Gläubiger unter Berufung auf ein (zwar vollstreckbares, aber) noch nicht rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner vorgehen will. Die Arrestkaution wäre diesfalls der «Preis» für ein solches vorzeitiges Vorgehen und böte dem Schuldner immerhin Sicherheit für allfälligen Schaden, sollte sich der Arrest im Nachhinein als ungerichtlich erweisen, weil das Urteil aufgehoben worden ist.

Dem liesse sich zwar entgegenhalten, dass die Wahrscheinlichkeit der Existenz der Arrestforderung bei Vorlage eines noch nicht rechtskräftigen Urteils immer noch einiges höher sein dürfte, als wenn der Gläubiger im Anwendungsbereich der übrigen Arrestgründe seine Forderung anderweitig glaubhaft machen muss (z.B. anhand von Verträgen, Korrespondenz usw.). Der Gläubiger müsste in jenen Fällen umso eher zu einer Arrestkaution angehalten werden, da dort der Bestand der Forderung als viel weniger stark gesichert gilt. Die Arrestkaution würde damit praktisch zur Regel. Diese Argumentation lässt allerdings ausser acht, dass bei den übrigen Arrestgründen in aller Regel eine *Gefährdung* der Vollstreckung gegeben ist, während diese beim Arrestgrund von Ziff. 6 nicht zwingend gegeben sein muss und in der Regel auch nicht vorliegen wird. Fehlen beim Arrestgrund von Ziff. 6 somit jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die spätere Vollstreckung der Forderung gefährdet sein könnte, so scheint die Auferlegung einer Arrestkaution im Sinne eines Interessenausgleichs zu Gunsten des Schuldners gerechtfertigt. Angesichts einer solchen Hürde würde sich ein Gläubiger möglicherweise davon abhalten lassen, allzu voreilig auf die Vermögenswerte des Schuldners zu greifen.

Allerdings käme die Auferlegung einer Arrestkaution lediglich dann in Betracht, wenn es sich beim zu vollstreckenden Urteil des Gläubigers nicht um ein LugÜ-Urteil handelt: Denn wird ein LugÜ-Urteil für vollstreckbar erklärt, so erhält der Gläubiger einen *unbedingten* Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme im Sinne von Art. 39 LugÜ (bzw. Art. 47 revLugÜ). Die Aussprechung eines Arrests als Sicherungsmassnahme darf diesfalls nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Gläubiger eine Arrestkaution leistet.⁴³ Wenn aber die Auferlegung einer Arrestkaution bei LugÜ-Arresten a priori ausgeschlossen ist, so werden die Gläubiger inländischer Urteile schlechter gestellt, wenn ihnen im Einzelfall eine Arrestkaution abverlangt werden kann. Dies läuft dem Zweck der LugÜ-bedingten SchKG-Revision zuwider, welche durch die Einführung des Arrestgrunds gemäss Ziff. 6

eine Benachteiligung von Gläubigern inländischer Urteile gerade ausschliessen will.⁴⁴ Gleichwohl lässt das Gesetz die Arrestkaution bei inländischen Urteilen grundsätzlich zu. Es schiene deshalb verfehlt, die Auferlegung einer Arrestkaution beim Arrestgrund von Ziff. 6 generell auszuschliessen. Im Einzelfall kann es sich durchaus als sachgerecht erweisen, wenn der Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, sofern die Interessen des Schuldners es verlangen.

8.3. Rechtsmissbräuchliches Arrestbegehren

Der neue Arrestgrund von Ziff. 6 bringt es mit sich, dass der Gläubiger unter Umständen einen Arrest begehrt, bevor der Schuldner die Möglichkeit erhält, das eben erst ergangene Urteil freiwillig zu erfüllen. Man denke etwa an zweitinstanzliche Urteile, die mit der Ausfällung grundsätzlich vollstreckbar werden, sofern nicht das Bundesgericht einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Art. 103 BGG). Dies scheint nicht so recht in das sonst eher schuldnerfreundliche Konzept des SchKG zu passen, welches dadurch geprägt ist, dass dem Schuldner in der Regel bevorstehende Verfahrensschritte, insbesondere Zwangsmassnahmen, unter Einhaltung von Fristen im Voraus angezeigt werden.⁴⁵ Auch wenn der Schuldner durch umgehende Begleichung der Forderung seine Vermögenswerte dem Arrestbeschluss wieder entziehen kann, kann die vorübergehende Arrestlegung doch einschneidende Folgen haben, zudem fallen für den Schuldner Kosten an (vgl. vorne Ziff. 7.).

Es stellt sich daher die Frage, ob ein Arrestbegehren, das ein Gläubiger unverzüglich nach Eröffnung eines Urteils stellt, gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstossen könnte. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs kommt in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen, es gilt auch im Zwangsvollstreckungsrecht.⁴⁶ Da der Schuldner im Arrestbewilligungsverfahren nicht anzuhören ist, kann er sich zwar nicht auf das Rechtsmissbrauchsverbot berufen, um die Abweisung des Begehrens zu erwirken, indessen hat der Richter das allfällige Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs von Amtes wegen zu beachten.⁴⁷

Wann ein Verhalten rechtsmissbräuchlich ist, lässt sich nicht allgemeingültig definieren. Vielmehr haben Lehre und Rechtsprechung Fallgruppen herausgebildet, welche mögliche Formen des Rechtsmissbrauchs umschreiben. Gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst beispielsweise die reine Schikane, somit die Rechtsausübung ohne jedes

⁴³ Botschaft (FN 2), 1815 f.; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 11), 189; GASSMANN (FN 11), 202; STAEHELIN (FN 11), LugÜ-Komm., Art. 39 N 7; NAEF (FN 14), Rz. 7; FELIX C. MEIER-DIETERLE, Sicherungsmassnahmen gestützt auf deutsche Urteile und öffentliche Urkunden in der Vollstreckung in der Schweiz, Deutscher Anwaltverein Nr. 38, Mai 2009, 46, 47; a.M. MEIER (FN 11), 431 f.; WALTER (FN 11), ZBJV 1992, 95.

⁴⁴ Botschaft (FN 2), 1816 f., 1821.

⁴⁵ So z.B. die Zustellung der Konkursandrohung (Art. 159 f. SchKG).

⁴⁶ HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, Art. 2 N 75.

⁴⁷ HONSELL (FN 46), Art. 2 N 34; BGE 121 III 60 E. 3d.

rechtliche Interesse oder bei geringem eigenem rechtlichem Interesse in der Absicht, andere zu schädigen.⁴⁸ Der Gläubiger könnte sich mit dem beschriebenen Verhalten insofern rechtsmissbräuchlich verhalten, als ihm jegliches Interesse an einer sofortigen Verarrestierung fehlt oder als immerhin ein krasses Missverhältnis zwischen seinen und den Interessen des Schuldners besteht.

Die sofortige Beantragung eines Arrests durch den Gläubiger mag dem Schuldner, der nach Erlass des Urteils freiwillig zu erfüllen bereit wäre, schikanös erscheinen. Aber auch wenn sich die sofortige Arrestlegung im Einzelfall als unnötig erweist, so hat der Gläubiger an seiner Vorgehensweise auch bei objektiver Betrachtung durchaus ein Interesse: Wartet er mit der Vollstreckung zu, so besteht in der Regel die Gefahr, dass Vermögenswerte des Schuldners verschwinden oder dass der Gläubiger plötzlich mit weiteren Gläubigern um das begrenzte Vermögen des Schuldners konkurrieren muss. Der Gläubiger, der ein Urteil zu seinen Gunsten erstritten hat, stärkt seine Position durch die schnellstmögliche Vollstreckung seines Urteils praktisch immer. Jedenfalls dürften die Fälle, in denen ihm die Arrestlegung keinerlei Nutzen erbringt, selten sein. Insofern kann dem Gläubiger nicht vorgeworfen werden, er handle aus rein schikanösen Motiven und damit rechtsmissbräuchlich, wenn er das Urteil so rasch als möglich zur Vollstreckung bringt. Zudem dürfte dem Arrestrichter infolge der Einseitigkeit des Arrestbewilligungsverfahrens die individuelle Interessenlage des Schuldners ohnehin regelmässig nicht bekannt sein. Es liegt zwar in der Natur einer Zwangsmassnahme wie dem Arrest, dass sie wohl immer den Interessen des davon Betroffenen zuwiderläuft. Dem Richter müssten indessen zusätzliche, gewichtigere Anhaltspunkte für einen massiven Eingriff in die Schuldnerinteressen bekannt sein, um auf einen *offenbaren* Rechtsmissbrauch zu erkennen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass mit dem Arrestgrund von Ziff. 6 bewusst auf das Erfordernis der Gefährdung der Gläubigerinteressen verzichtet wird. Es ginge nicht an, auf dem Umweg über das Rechtsmissbrauchsverbot dem Gläubiger die unverzügliche Arrestlegung nur unter der Voraussetzung zu erlauben, dass er eine Gefährdung seiner Interessen dartut.⁴⁹ Sodann schiene es auch nicht praktikabel, dem Gläubiger mit Hilfe des Rechtsmissbrauchsverbots eine «Wartefrist» aufzuerlegen, während der er dem Schuldner die Möglichkeit der freiwilligen Erfüllung einzuräumen hat. Zu gross wäre die Unsicherheit des Gläubigers, wann er denn nun endlich zur Arrestlegung schreiten darf.

Ein Arrestbegehren, das der Gläubiger unverzüglich stellt, ohne dem Schuldner Gelegenheit zur freiwilligen Erfüllung zu geben, darf somit im Allgemeinen nicht mit dem Rechtsmissbrauchsverbot als Begründung abgewiesen werden. Nichtsdestotrotz gebietet es der gegenseitige Anstand und Respekt, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur freiwilligen Erfüllung ansetzt, auch wenn zuvor im Forderungsprozess mit harten Bandagen gekämpft wurde.

9. Abwehrmassnahmen des Schuldners

Der Schuldner, der seinem Gläubiger im Forderungsprozess gegenübersteht, weiss, dass der Gläubiger im Fall dessen Ob-siegens unverzüglich zur Arrestlegung schreiten kann, falls das Urteil sofort vollstreckbar ist. Es fragt sich daher, welche Massnahmen der Schuldner ergreifen kann, um für den Fall des Unterliegens im Prozess die Verarrestierung seiner Vermögenswerte abzuwenden. Nicht zu thematisieren sind dabei unlautere Methoden wie etwa das Beiseiteschaffen von Vollstreckungssubstrat.⁵⁰

9.1. Pfandbestellung

Gemäss Art. 271 Abs. 1 SchKG ist der Arrest nicht zulässig, wenn die Arrestforderung pfandgesichert ist. Ist dies der Fall, so besteht für den Gläubiger kein Sicherheitsbedürfnis mehr, weil er durch Betreibung auf Pfandverwertung auf den ihm exklusiv zustehenden Vermögenswert greifen kann.⁵¹ Einem Arrest, der als LugÜ-Sicherungsmassnahme ausgesprochen werden soll, steht die Pfandsicherung ebenfalls entgegen.⁵²

Ein Pfandrecht, das den Arrestausschluss bewirkt, kann in einem Grund-, in einem Faust- oder Forderungspfandrechte bestehen.⁵³ Aber auch Sicherungsübereignung, Sicherungszession sowie Sicherungshinterlegung sind je nach ihrer Ausgestaltung funktional dem Pfandrechte gleichzusetzen, da der Vermögenswert dem Gläubiger unmittelbar zur Vorabbe-friedigung zur Verfügung steht.⁵⁴ Dagegen fallen Personalsicherheiten wie Bürgschaften und Garantien nicht unter den Pfandbegriff.⁵⁵

⁴⁸ HANS MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsband, Bern 1966, Art. 2 N 14, N 340 ff.; HONSELL (FN 46), Art. 2 N 38 f., N 41 m.w.H.

⁴⁹ Im Anwendungsbereich des Arrests als LugÜ-Sicherungsmassnahme wäre ein solches Erfordernis wegen des unbedingten Sicherungsanspruchs ohnehin klarerweise ausgeschlossen (JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilrecht, 8. A., Frankfurt am Main 2005, Art. 47 N 9).

⁵⁰ Dieses verpönte Verhalten erfüllt den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

⁵¹ STOFFEL (FN 16), Art. 271 N 32.

⁵² STAEHELIN (FN 11), LugÜ-Komm., Art. 39 N 15; GASSMANN (FN 11), 203.

⁵³ Art. 37 SchKG.

⁵⁴ STOFFEL (FN 16), Art. 271 N 36 f.; kritischer FELIX C. MEIER-DIETERLE, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 271 N 7.

⁵⁵ STOFFEL (FN 16), Art. 271 N 35. Allerdings kann man sich fragen, ob die Garantie einer erstklassigen Bank nicht ebenso einen Arrestausschluss soll bewirken können.

Will sich der Schuldner gegen eine drohende Verarrestierung zur Wehr setzen, so drängt es sich auf, dass er mit seinem Gläubiger vor Beendigung des Forderungsprozesses ein Sicherungsgeschäft vereinbart. Wie soeben erwähnt, sind die Möglichkeiten hierzu vielfältig. Abhängig von der Höhe der Forderung und der Liquidität des Schuldners bieten sich verschiedene Varianten an. Für den Schuldner kommen dabei die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession kaum in Frage, will er doch dem Gläubiger, dem er die rücksichtslose Arrestlegung zutraut, nicht auch noch seine Vermögenswerte zu vollem Recht (wenn auch nur sicherungsweise) übertragen. Unkompliziert erscheint aber etwa die Hinterlegung des Forderungsbetrags auf einem Sperrkonto. Dabei müsste allerdings sichergestellt sein, dass die Bank den Betrag auch tatsächlich bei Vorlage eines *vollstreckbaren* Urteils ausbezahlt und nicht in jedem Fall die Vorlage einer Rechtskraftbescheinigung verlangt. Gerade in den Fällen, in denen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nicht miteinander einhergehen⁵⁶, muss dem Gläubiger die Möglichkeit zustehen, den hinterlegten Betrag abzurufen, sobald das Urteil vollstreckbar ist, auch wenn die Rechtskraft noch nicht eingetreten ist und dementsprechend auch noch nicht bescheinigt werden kann.

Der Vorteil eines solchen Sicherungsgeschäfts besteht für den Schuldner darin, dass ihm die Wahl offen steht, welche Vermögenswerte er dem Gläubiger als Pfandsicherheit überlassen will. Er kann hierfür diejenigen Vermögenswerte einsetzen, auf die er nötigenfalls verzichten kann. Diese Kontrolle stünde ihm im Falle eines Arrests nicht zu. Zudem kann sich der Schuldner betragsmässig auf die Höhe der potentiellen Forderung des Gläubigers beschränken. Ein Zuschlag für Zinsen und Kosten wie bei einem Arrest wird nicht bzw. nur in geringerem Umfang nötig sein. Schliesslich fallen auch keine Arrestkosten an.

Aber auch der Gläubiger kann Vorteile aus einem solchen Geschäft ziehen: Nicht immer verfügt der Gläubiger über gesicherte Kenntnisse von verarrestierbaren Vermögenswerten des Schuldners. Durch den Abschluss eines Sicherungsgeschäfts erhält der Gläubiger hingegen eine klar definierte Sicherheit, die er bei Nichterfüllung in Anspruch nehmen kann.

9.2. Schutzschrift

Wie soeben dargelegt, ist der Arrest nicht zulässig, wenn der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung der Arrestforderung ein Pfandrecht eingeräumt hat. Doch was hindert den Gläubiger daran, (allenfalls aus purer Schikane) ungeachtet dessen trotzdem einen Arrest zu verlangen? Der Gläubiger braucht dem Arrestrichter im einseitigen Arrestbewilligungsverfahren die Pfandbestellung nur zu verschweigen. Denn hat der Arrestrichter keine Kenntnis von der Pfandbestellung, so

vermag diese die Arrestlegung auch nicht zu verhindern. Der Schuldner wird erst nach vollzogenem Arrest im Arresteinspracheverfahren die Einrede der Pfandsicherheit vorbringen können. Für den Schuldner bietet sich daher die Möglichkeit an, dass er mittels einer *Schutzschrift* dem Gericht, bei dem der Gläubiger möglicherweise ein Arrestbegehren einreichen wird, frühzeitig Kenntnis seines Standpunkts gibt und dabei insbesondere auf das Bestehen einer Pfandsicherung hinweist.

Die Schutzschrift ist ein vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und verfolgt das Ziel, den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu verhindern, indem entweder eine mündliche Verhandlung verlangt oder der Sachstandpunkt dem Gericht schon im Voraus unterbreitet wird.⁵⁷ Ob nach geltendem Recht das Institut der Schutzschrift im Arrestrecht überhaupt zulässig ist, ist nicht ohne Weiteres klar: Fest steht, dass das Arrestbewilligungsverfahren gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG ein einseitiges Verfahren ist, in dem der Schuldner nicht angehört wird.⁵⁸ Diese bundesrechtliche Verfahrensregel gilt als abschliessend.⁵⁹ Der Schuldner hat im Stadium des Arrestbewilligungsverfahrens keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Allerdings scheint nicht ausdrücklich ausgeschlossen zu sein, dass der Arrestrichter eine allfällige Schutzschrift berücksichtigen *darf*. Die Zulässigkeit von Schutzschriften im Arrestverfahren beurteilt sich diesfalls nach kantonalem Recht.⁶⁰

Allerdings ist die Schutzschrift bisher kaum je in Verbindung mit Arrestverfahren in Erscheinung getreten, sondern vielmehr zur Abwendung vorsorglicher Massnahmen im Wirtschaftsrecht. Dies mag daran liegen, dass der «typische» Arrestschuldner nach bisherigem Recht entweder im Ausland wohnt bzw. Sitz hat oder ohnehin flüchtig ist. Rechnet er mit einem drohenden Arrest in der Schweiz, so wird es ihm leichter fallen, seine hier belegenen Vermögenswerte (in der Regel Kontoguthaben und Wertschriften) ins Ausland zu transferieren, als bei einem schweizerischen Gericht eine Schutzschrift zu deponieren. Mit dem neuen Arrestgrund werden aber neuerdings zahlreiche inländische Personen und Gesellschaften zu potentiellen Arrestschuldern, so dass die Bedeutung der Schutzschrift für den Bereich des Arrests eher zunehmen dürfte.

Mit der eidgenössischen ZPO wird nun die Zulässigkeit und das Verfahren rund um die Schutzschrift gesamtschweizerisch einheitlich geregelt: Art. 270 nZPO erklärt die Schutzschrift grundsätzlich für zulässig. Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann

⁵⁶ Siehe vorne Ziff. 6.1.1.

⁵⁷ BGE 119 Ia 53, 57 f.

⁵⁸ STOFFEL (FN 11), Art. 272 N 45.

⁵⁹ BGE 107 III 30 E. 2.

⁶⁰ Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG.

seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen.⁶¹ Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet.⁶² Im Übrigen ist sie sechs Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten.⁶³

In Art. 270 Abs. 1 nZPO ist derzeit noch vorgesehen, dass sich eine Schutzschrift nicht nur gegen eine superprovisorische Massnahme oder einen Arrest richten kann, sondern auch gegen eine LugÜ-Vollstreckbarerklärung, die ja ebenfalls auf einseitiges Begehren erfolgt. Mit Inkrafttreten des revLugÜ wird die Zulässigkeit der Schutzschrift mit Bezug auf die LugÜ-Vollstreckbarkeit jedoch aufgehoben. Dies aus dem Grund, dass gemäss Art. 41 revLugÜ Anerkennungsverweigerungsgründe neu erst im Rechtsmittelverfahren zu prüfen sind. Somit sind Schutzschriften, die sich gegen einen Arrest als LugÜ-Sicherungsmassnahme richten, grundsätzlich unzulässig. Dies ist jedoch insofern zu relativieren, als eine solche Schutzschrift lediglich insoweit unzulässig ist, als darin Ausführungen zur Vollstreckbarerklärung vorgebracht werden.⁶⁴ Die Schutzschrift erweist sich jedoch insofern als zulässig und ist daher zu beachten, als darin Einwendungen bezüglich der möglicherweise zu verarrestierenden Vermögenswerte und zu einer allfällig bestehenden Pfandsicherheit vorgebracht werden.

Sofern der Schuldner trotz vorgängiger Pfandbestellung seinem Gläubiger zutraut, dass dieser dennoch mit einem Arrest gegen ihn vorgehen wird, so ist er gut damit beraten, die Pfandsicherheit dem potentiellen Arrestrichter in einer Schutzschrift anzuzeigen. Nur so hat er Gewähr dafür, dass dieser arresthindernde Umstand auch effektiv zum Tragen kommt. Da jedes Gericht nur die bei ihm eingegangenen Schutzschriften beachten wird, hat der Schuldner die Schutzschrift bei jenem Gericht einzureichen, das über das Arrestbegehren (bzw. das Begehren um Vollstreckbarerklärung eines LugÜ-Entscheids) befinden wird. Hierbei handelt es sich entweder um das Gericht am Betreuungsort (somit in der Regel am Sitz/Wohnsitz des Schuldners⁶⁵) oder am Ort, an dem der Schuldner über verarrestierbare Vermögenswerte verfügt.⁶⁶ Unter Umständen hat der Schuldner somit die Schutzschriften bei mehreren Gerichten zu deponieren.

10. Würdigung des neuen Arrestgrunds

Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG entspringt einerseits dem Bedürfnis, einer langjährigen Rechtsunsicherheit ein Ende zu bereiten und nun offiziell

den *Arrest* als massgebliches Sicherungsmittel für die Vollstreckung von auf Geldzahlung lautenden Urteilen gemäss Art. 39 LugÜ (bzw. Art. 47 revLugÜ) zu erklären. Andererseits soll damit das den LugÜ-Urteilen zukommende Vollstreckungsprivileg auch auf inländische Urteile und ausländische Urteile ausserhalb des LugÜ-Anwendungsbereichs ausgedehnt werden, um eine Ungleichbehandlung von Urteilen unterschiedlicher Herkunft zu vermeiden. Eine Schlechterstellung schweizerischer Urteile gegenüber solchen aus dem LugÜ-Ausland wäre bzw. ist in der Tat unbefriedigend, weshalb diese Angleichung grundsätzlich zu begrüssen ist.

Allerdings hat diese Angleichung gewichtige Auswirkungen. Bereits das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, einen Arrest gegen seinen Schuldner zu erwirken. Dies könnte grundsätzlich zu einer starken Zunahme der Arrestverfahren führen. Es bleibt abzuwarten, wie viele Gläubiger von ihrem neuen Recht effektiv Gebrauch machen werden. Insbesondere darf man darauf gespannt sein, wie Bund, Kantone und Gemeinden als Gläubiger zahlreicher öffentlichrechtlicher Forderungen⁶⁷ auf die Gesetzesänderung reagieren werden und ob sich diesbezüglich ein Trend entwickeln wird.

Dadurch, dass jeder definitive Rechtsöffnungstitel zur Arrestlegung berechtigt, ist denkbar, dass der Arrest bald zu einer gewöhnlichen «Durchlaufstation» auf dem Vollstreckungsweg verkommen wird. Dies erscheint insofern problematisch, als es sich beim Arrest um eine superprovisorische Massnahme, mit den Worten von GASSER⁶⁸ sogar um eine «hochqualifizierte Verweigerung des rechtlichen Gehörs» handelt, die ihrem Wesen nach auf Ausnahmefälle beschränkt sein sollte. Bedenklich ist insbesondere, dass der Schuldner den Vollstreckungslaunen seines Gläubigers ausgeliefert ist, auch wenn er sich redlich verhält und ihm unter keinem Titel vorgeworfen werden kann, dass er die Vollstreckungsinteressen seines Gläubigers gefährdet. Die mit einem Arrest verbundene Beeinträchtigung der Schuldnerrechte dürfte in zahlreichen Anwendungsfällen des neuen Arrestgrunds durch die Gläubigerinteressen nicht gerechtfertigt sein. Der neue Arrestgrund weitet die Gläubigerrechte zu Lasten des Schuldners zu stark aus.⁶⁹ Dies ist jedoch der Preis für die Gleichstellung schweizerischer Urteile gegenüber solchen aus dem Anwendungsbereich des LugÜ. Will der Schuldner einen drohenden Arrest vorsorglich vermeiden, so hat er seinem Gläubiger vor Abschluss des Forderungsprozesses eine Sicherheit zu leisten und mit einer Schutzschrift dafür zu sorgen, dass der potentielle Arrestrichter um diesen Ar-

⁶¹ Art. 270 Abs. 1 nZPO.

⁶² Art. 270 Abs. 2 nZPO.

⁶³ Art. 270 Abs. 3 nZPO.

⁶⁴ Botschaft (FN 2), 1824 f.

⁶⁵ Art. 46 SchKG.

⁶⁶ Art. 272 Abs. 1 revSchKG bzw. Art. 39 Ziff. 2 revLugÜ.

⁶⁷ Man denke etwa an die Steuerforderungen des Gemeinwesens.

⁶⁸ DOMINIK GASSER, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, ZBJV 1994, 583.

⁶⁹ So auch SOGO (FN 7), 98, der postuliert, dass der neue Arrestgrund ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 47 Abs. 2 revLugÜ um das Kriterium der Vollstreckungsgefährdung zu ergänzen sei.

resthinderungsgrund weiss. Zudem hat der Arrestrichter dem Institut der Arrestkaution vermehrt Beachtung zu schenken, wenn der Gläubiger gestützt auf ein noch nicht rechtskräftiges Urteil einen Arrest verlangt und keine Hinweise auf eine Vollstreckungsgefährdung vorliegen.

Zusammenfassung

