

VISCHER

Der HELBING & LICHTENHAHN VERLAG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim HELBING & LICHTENHAHN VERLAG.

Hinweis:

Vgl. zu dieser Entscheidung *BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 1/2012, S. 59 ff.*

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Nr. 65 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung
Urteil vom 19. Juli 2011 i.S. A. SA c. B. s.r.o. (5A_261/2011)

Übersetzt von REMO BORNATICO

(Originaltext italienisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 137 III 625.)

Arrestierung einer nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung am schweizerischen Wohnsitz oder Sitz des Arrestgläubigers (Art. 272 Abs. 1 SchKG; Art. 2 Abs. 2 ZGB). *Der Gläubiger kann eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung, deren Schuldner er ist und deren Berechtigter im Ausland domiziliert ist, an seinem schweizerischen Wohnsitz oder Sitz arrestieren lassen (E. 3). Ein solches Vorgehen des Arrestgläubigers stellt keinen offensichtlichen Rechtsmissbrauch dar (E. 4).*

Sachverhalt:

Wegen nicht bezahlten Rechnungen betrieb die B. s.r.o. die A. SA für eine Forderung von Fr. 49 677.10 (zuzüglich Zinsen und Nebenkosten). Nachdem die A. SA in dieser Betreuung Rechtsvorschlag erhoben hatte, erteilte der Einzelrichter des Bezirks Bellinzona mit Urteil vom 10. Dezember 2007 provisorische Rechtsöffnung. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft, nachdem die nachträgliche von der A. SA – gleichzeitig mit einem Gesuch um Verurteilung der B. s.r.o. auf Ersatz-des Schadens aus unerlaubter Handlung – eingereichten Aberkennungsklage wegen eingetretener prozessualer Verwirkung abgeschlossen worden ist.

Mit Eingabe vom 1. September 2010 hat die A. SA den Einzelrichter des Bezirks Bellinzona ersucht, die Forderung von Fr. 49 677.10 zuzüglich Zinsen gemäss dem Urteil vom 10. September 2007 gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG in der damals geltenden Fassung mit Arrest zu belegen. Diese Massnahme wurde zur Sicherstellung einer Schadenersatzforderung aus unerlaubter

Handlung von Fr. 68 599.–, welche die A. SA der B. s.r.o. gegenüber zu haben behauptet, weil diese in Mittäterschaft mit und durch C. (Angestellter der B. s.r.o.) und D. (Angestellter der A. SA) durch die Begehung schwerer Straftaten, worunter unlauterer Wettbewerb, Betrug und ungetreue Geschäftsführung, zu ihren Ungunsten gehandelt habe. Dieser Anspruch wurde für das vorliegende Verfahren auf Fr. 49 677.10 zuzüglich Zinsen beschränkt.

Am 30. September 2010 verfügte der Einzelrichter des Bezirks Bellinzona den Arrest.

Mit Entscheid vom 7. Dezember 2010 wies der Einzelrichter des Bezirks Bellinzona die von der B. s.r.o. gegen die genannte Verfügung erhobene Einsprache ab.

Mit Urteil vom 4. März 2011 hiess die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin eine Beschwerde der B. s.r.o. gut und änderte den Entscheid des Einzelrichters des Bezirks Bellinzona vom 7. Dezember 2010 in dem Sinne ab, dass die Einsprache gegen die Arrestverfügung vom 3. September 2010 gutgeheissen und der Arrest wegen örtlicher Unzuständigkeit für nichtig erklärt wurde.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 5. April 2011 beantragt die A. SA dem Bundesgericht die Aufhebung des kantonalen Urteils und die Bestätigung des Entscheides des Einzelrichters des Bezirks Bellinzona vom 7. Dezember 2010. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Anwendung des Gesetzes (Art. 271 ff. SchKG, Art. 90 ZPO/TI, Art. 2 und 8 ZGB, Art. 118 OR) sowie eine offensichtlich falsche Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung.

Mit Schreiben vom 26. April 2011 verzichtet die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin auf Bemerkungen, während die Beschwerdegegnerin mit Antwort vom 20. Mai 2011 im Hauptstandpunkt Nichteintreten auf die Beschwerde und im Eventualstandpunkt deren Abweisung beantragt.

Aus den Erwägungen:

1.–2. [...]

3.

3.1 Gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG (in seiner bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) wird der Arrest vom Richter des Ortes bewilligt, wo sich die Vermögensgegenstände befinden, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und beim Schuldner gehörende Vermögensgegenstände vorhanden sind. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden die nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderungen grundsätzlich am Wohnort ihres Inhabers verarrestiert. Hat dieser keinen Wohnsitz in der Schweiz, wird die Forderung am Wohnsitz oder Sitz des Drittschuldners in der Schweiz verarrestiert (BGE 128 III 473 E. 3.1 mit Hinweis = Pra 2002 Nr. 215).

3.2 Das Kantonsgericht hat die Arrestverfügung wegen örtlicher Unzuständigkeit des von der Arrestgläubigerin angerufenen Richters, die im Besitz der Arrestschuldnerin mit Wohnsitz im Ausland befindliche Forderung von Fr. 49 677.10 zu verarrestieren, als nichtig erklärt. Nach Ansicht der kantonalen Richter fehle der Arrestgläubigerin, die gleichzeitig Schuldnerin der mit Arrest belegten Forderung ist, die Rolle der Drittschuldnerin.

3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das angefochtene Urteil sei willkürlich, weil es bei der Anwendung von Art. 272 Abs. 1 SchKG ohne Grund ein weder vom Gesetz noch von den Grundsätzen der Rechtsprechung und Lehre auf dem Gebiet des Arrestes vorgesehenes Erfordernis – nämlich dass der Drittschuldner nicht gleichzeitig der Arrestgläubiger sein könne – einführe.

3.4 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der «Drittschuldner» der Schuldner des Arrestschuldners (BGE 103 III 86 E. 2b). Die Ausnahme, wonach eine Forderung am Wohnsitz oder am Sitz des Drittschuldners verarrestiert werden kann, ist aus Gründen der Praktikabilität eingeführt worden (BGE 31 I 198 E. 3; BSK SchKG-STOFFEL, N. 48 zu Art. 272 SchKG; WALTER A. STOFFEL, Das neue Arrestrecht, AJP 1996 S. 1401–1415, insb. S. 1409; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995 S. 259–284, insb. S. 265). Sie erlaubt es überdies, den internationalen negativen Kompetenzkonflikt zu vermeiden. Denn der Hauptteil der ausländischen Rechtsordnungen lokalisiert im Unterschied zur schweizerischen Rechtsordnung die Forderung am Wohnsitz des Drittschuldners und es wären ohne die Einführung einer solchen Ausnahme Situationen entstanden, in denen – sowohl aus dem Standpunkt des Wohnsitzstaates des Arrestschuldners als auch aus dem Standpunkt der Schweiz – eine Forderung im Ausland zu verarrestieren wäre (RICHARD GASSMANN, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, 1998, S. 52 f.; s. auch DANIEL STAEHELIN, a.a.O., S. 265). Wenn bei der Anwendung von Art. 272 Abs. 1 SchKG die Bedingung eingeführt würde, dass der Arrestgläubiger nicht gleichzeitig der Drittschuldner sein kann, würde man Situationen schaffen, in denen ein Gläubiger (mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz) nicht verlangen könnte, dass eine Forderung, deren Schuldner er selber ist, in der Schweiz und auch nicht im (ausländischen) Wohnsitzstaat des Arrestschuldners verarrestiert werde.

Es ist ausserdem festzustellen, dass gemäss der Rechtsprechung die Vermögenswerte, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Buchgläubigers verwertet werden können, die daher Gegenstand einer Pfändung sein oder zur Konkursmasse gehören können, mit Arrest belegt werden können (BGE 107 III 100). Mittels des Arrestes wird nicht die automatische Zuteilung des verarrestierten Vermögenswertes an den Gläubiger gewährt. Vielmehr muss nach Beendigung des Arrestprosequierungsverfahrens zunächst zu dessen Verwertung geschritten werden. Nun hatte das Bundesgericht bereits die Gelegen-

heit zu entscheiden, dass im Rahmen der Verwertung einer gepfändeten Forderung die Zusprennung dieser Forderung an den betreibenden Gläubiger, der zugleich Schuldner dieser Forderung ist, erlaubt sei (BGE 109 III 62 E. 2 und 3 = Pra 72 Nr. 183). Es rechtfertigt sich daher nicht, die Beschwerdeführerin daran zu hindern, eine Forderung verarrestieren zu lassen, die nicht nur verwertbar ist, sondern die sie sogar an Zwangsversteigerungen zu erwerben berechtigt wäre.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass vorliegend entgegen der Auffassung des kantonalen Gerichtes und der Beschwerdegegnerin eine Drittschuldnerin gegeben ist, die sich (unbestrittenermassen) in der Schweiz befindet, und dass die verarrestierte Forderung daher an ihrem Sitz zu lokalisieren ist. Aus diesem Grund erscheint es willkürlich zu entscheiden, die Arrestverfügung sei wegen örtlicher Unzuständigkeit des Einzelrichters des Bezirks Bellinzona nichtig.

4.

4.1 Nach Ansicht der kantonalen Richter erweist sich die vom Arrestgesuch angestrebte Sicherungswirkung als gleich null; man könne sich unter diesen Umständen fragen, ob das Verhalten der Arrestgläubigerin (auch im Lichte der gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien) nicht einen offensibaren Rechtsmissbrauch darstelle. Das kantonale Gericht bemerkt, dass der Arrest ein im Interesse des Gläubigers konzipiertes Instrument sei, das Vermögenswerte verarrestieren lassen könne, die dann zu seinen Gunsten verwertet würden. Im vorliegenden Fall habe indessen die Verwertung des Anspruchs von Fr. 49 677.10 zu Gunsten der Arrestschuldnerin und zu Lasten der Arrestgläubigerin für diese Letztere keine praktische Tragweite; denn sie würde nichts anderes als die Gläubigerin eines Anspruchs, den sie selber mittels Bezahlung erfüllen müsse, und sie würde somit einen Fall der Vereinigung gemäss Art. 118 Abs. 1 OR schaffen.

4.2 Die Beschwerdeführerin rügt, es sei willkürlich, Art. 118 Abs. 1 OR auf den vorliegenden Fall anzuwenden, da ihre Forderung der Beschwerdegegnerin gegenüber noch nicht liquid sei, weshalb es, in Erwartung des Ausgangs des Prosequierungsverfahrens, einer Sicherung bedürfe, und dass erst im Zeitpunkt, in welchem sie über ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil für einen mindestens der verarrestierten Forderung entsprechenden Betrag verfüge, die Sicherung sich als gleich null erweisen werde.

4.3 Der offensibare Missbrauch eines eigenen Rechts wird vom Gesetz nicht geschützt (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diese Regel erlaubt es dem Richter, die Wirkungen des Gesetzes in bestimmten Fällen, in denen die Ausübung eines Rechts eine offensibare Ungerechtigkeit verursachen würde, zu korrigieren. Es sind die konkreten Umstände des Einzelfalles, die bestimmen, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, wobei man sich von den verschiedenen von der Rechtsprechung und der Lehre entwickelten Kategorien leiten lassen kann. Das im Gesetzestext verwen-

dete Adjektiv «offenbar» hebt indessen hervor, dass Rechtsmissbrauch nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist. Typische Fälle sind das Fehlen jeglichen Interesses an der Ausübung eines eigenen Rechts, die Inanspruchnahme eines Rechtsinstitutes in einer Weise, die dessen Zweck widerspricht, ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den im Spiel stehenden Interessen und ein widersprüchliches Verhalten (BGE 135 III 162 E. 3.3.1 mit Hinweisen = Pra 2009 Nr. 101). Auf dem Gebiet des Arrestes hatte das Bundesgericht bereits Gelegenheit zu entscheiden, dass sich der Gläubiger, der seine eigenen Pflichten als Verkäufer erfüllt und dann die gelieferte Ware zum Zwecke verarrestieren lässt, um Deckung zu erlangen für eine eigene Schadenersatzforderung dem Käufer gegenüber, die nach der Bestellung der mit Arrest belegten Ware entstanden ist, nicht rechtsmissbräuchlich verhält. Gemäss der Rechtsprechung kann sodann der Käufer, der ein Akkreditiv ausgestellt hat und die Dokumente der Bank übergeben lässt, die Forderung des Begünstigten der Bank gegenüber verarrestieren lassen, um die Eintreibung einer sich aus dem Grundverhältnis ergebenden Schadenersatzforderung zu sichern. Es kann darüber hinaus dem Schuldner nicht verboten werden, zur Sicherung einer Rückforderungsklage den Gegenstand der Vollstreckung darstellenden Betrag, der dem Amt bezahlt worden ist, zu verarrestieren (BGE 125 III 149 E. 2b/bb mit Hinweisen; 120 III 159 E. 3b mit Hinweisen = Pra 84 Nr. 182).

Entgegen den Annahmen des Kantonsgerichtes lässt sich nicht behaupten, die vorliegend mit dem Arrestgesuch verfolgte Sicherungswirkung sei gleich null. Wenn nämlich der Arrestgläubigerin die verarrestierte Forderung, deren Schuldnerin sie gleichzeitig ist, zugesprochen wird, wird sie zwar tatsächlich eine durch Vereinigung erloschene Forderung erhalten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie nichts erhalten würde, weil sie das Erlöschen einer Schuld erwirkt, die sie sonst erfüllen müsste (vgl. auch BGE 109 III 62 E. 2 = Pra 72 Nr. 183). Wird hingegen die verarrestierte Forderung einem Dritten zugesprochen, wird der Arrestgläubiger den Erlös dieser Zuschlagserteilung erhalten; in diesem Fall stellt sich auch die Frage des Erlöschens durch Vereinigung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 OR nicht. Das prozessuale Vorgehen der Beschwerdeführerin entbehrt daher nicht jedes Interesses und stellt keinen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.

5. [...]