

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.

arrestpraxis.ch

arrestpraxis.ch

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Nr. 56 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung
Urteil vom 28. August 2012 i.S A. Sàrl c. Cour de Justice
du canton de Genève, Zivilkammer (5A_508/2012)

Übersetzt von DANIEL SCHWANDER

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung nicht vorgesehen.)

Kantonales Rechtsmittel gegen Arrestverweigerung (Art. 272 ff. SchKG; Art. 309 lit. b Ziff. 6 und 319 ZPO). Anträge in der Sache (vorliegend auf Arrestlegung) sind bei Anfechtung von Nichteintretensentscheiden grundsätzlich unzulässig (E. 1.2). Anwendbarkeit von Art. 98 BGG (E. 2). Die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO steht offen gegen die Verweigerung eines Arrestes sowie

gegen die Arresteinsprache (E. 3). Das rechtliche Gehör des Schuldners wird nicht verletzt, wenn ihm im Beschwerdeverfahren gegen eine Arrestverweigerung keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird (E. 4).

Sachverhalt:

Die A. Sàrl macht geltend, Gläubigerin zweier Forderungen in USD zu sein, und zwar auf Grundlage von mit B. abgeschlossenen Verträgen einschliesslich Nachträgen.

Am 20. April 2012 stellte die A. Sàrl beim erstinstanzlichen Gericht des Kantons Genf ein Arrestgesuch gegen B.; sie stützte sich auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG und beantragte, Arrest auf das Konto Nr. xxx oder jedes andere Konto zu legen, das bei W. in Genf auf den Namen von B. lautete; dies im Umfang der vorgenannten beiden Forderungen, zuzüglich 5,5% Zins. Mit Verfügung vom 3. Mai 2012 verweigerte das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf den Arrest. Zwar ging das Gericht davon aus, die Forderungen seien glaubhaft gemacht, und es handle sich bei den Verträgen um Schuldanerkenntnisse im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG; es befand aber, eine Verarrestierung von Vermögen eines ausländischen Staates werfe bezüglich der Immunität in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht Fragen auf, wobei die entsprechenden Voraussetzungen für eine Arrestlegung vorliegend nicht erfüllt seien.

Mit Entscheid vom 6. Juni 2012 erklärte die Genfer Cour de Justice eine hiergegen gerichtete Beschwerde für offensichtlich unzulässig, denn ein Entscheid, der – wie beim Arrest – superprovisorisch und vor Anhörung der Gegenpartei ergehe, könne weder mit kantonaler Beschwerde noch mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden, ungeachtet des Umstands, ob der Arrest gewährt oder verweigert wurde; folglich trat es auf die Beschwerde nicht ein.

Am 5. Juli 2012 gelangt die A. Sàrl mit Beschwerde in Zivilsachen sowie (in der gleichen Beschwerdeschrift) mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht und verlangt in der Hauptsache die Gewährung des beantragten Arrests, eventualiter die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 [...]

1.2 Anträge in der Sache sind bei der Anfechtung von Nichteintretensentscheiden grundsätzlich unzulässig. Der Grund dafür liegt darin, dass – abgesehen von vorliegend nicht gegebenen Ausnahmen (namentlich Urteil 5A_194/2012 vom 8. Mai 2012 E. 5 mit Hinweisen) – das Bundesgericht in einem solchen Fall einzig prüft, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das kantonale Rechts-

mittel eingetreten ist; es untersucht den Streit in der Sache somit nicht und entscheidet im Falle der Gutheissung der Beschwerde nicht reformatorisch, sondern hebt den Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück, auf dass diese auf die Beschwerde oder auf die Berufung eintrete (Urteil 4A_330/2008 vom 27. Januar 2010 E. 2.1, nicht publiziert in: BGE 136 III 102, publiziert in: JdT 2011 II 323).

Im vorliegenden Fall kann somit auf den Hauptantrag der Beschwerdeführerin, wonach die Arrestlegung zu erfolgen habe, nicht eingetreten werden. Demgegenüber ist auf den Eventualantrag, mit dem die Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung verlangt wird, einzutreten, wobei daraus abgeleitet werden kann, dass der Entscheid zu diesem Zweck vorgängig aufzuheben ist.

1.3 Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit grundsätzlich zulässig. Folglich erübrigt sich die Behandlung der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

2.

Der angefochtene Entscheid betrifft eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (BGE 133 III 589 E. 1 und 2; 135 III 232 E. 1.2). Folglich kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Diese Rügen überprüft das Bundesgericht nur, wenn sie vom Beschwerdeführer erhoben und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG); der Beschwerdeführer muss dartun, welche Norm oder welcher Grundsatz der Verfassung verletzt wurde und mittels präziser Argumentation aufzeigen, worin diese Verletzung besteht (BGE 133 III 391 E. 6; 134 II 349 E. 3 mit Hinweisen = Pra 2009 Nr. 65).

3.

Die Genfer Cour de Justice trat auf die Beschwerde nicht ein. Dabei stützte sie sich auf ein Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (BGE 137 III 417) und begründete dies damit, dass es sich beim Arrest um einen superprovisorischen Massnahmeentscheid handle, der vor Anhörung der Parteien gefällt werde und gegen den weder die kantonale Beschwerde noch die Beschwerde ans Bundesgericht offen stehe.

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine willkürliche Anwendung (Art. 9 BV) von Art. 319 ZPO in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO.

3.1 Gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO ist die Berufung gegen Arrestentscheide unzulässig (Art. 272 und 278 SchKG). Es stellt sich die Frage, ob demgegenüber die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO, die einzig in Frage käme, zulässig ist.

Gemäss Rechtsprechung ist der Arrest eine dringende Sicherungsmassnahme, deren Zweck darin besteht, den Schuldner daran zu hindern, über seine Vermögenswerte zu verfügen und sie der laufenden oder zukünftigen Zwangsvollstreckung seines Gläubigers zu entziehen (BGE 133 III 589 E. 1; 116 III 111 E. 3a;

107 III 33 E. 2 = Pra 70 Nr. 194). Der Arrestrichter entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO), ohne den Schuldner vorgängig anzuhören (BGE 133 III 589 E. 1; 107 III 29 E. 2), und stützt sich allein auf die Wahrscheinlichkeit der Tatsachen (BGE 138 III 232 E. 4.1.1; Urteil 5A_870/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2; zur Wahrscheinlichkeit im Allgemeinen: vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3) sowie auf eine summarische Beurteilung der Rechtslage (BGE 138 III 232 E. 4.1.1).

Da der Arrestentscheid ohne vorgängige Anhörung gefällt wird, gleicht er zwar den superprovisorischen Massnahmen gemäss Art. 265 ZPO. Er unterscheidet sich aber von diesen in zweierlei Hinsicht. Einerseits schliesst die Verfügung, die den Erlass eines Arrestes verweigert, das Verfahren ab (BGE 133 III 589 E. 1; 126 III 485 E. 2a/aa = Pra 2001 Nr. 86) und führt – anders als bei superprovisorischen Massnahmen (Art. 265 Abs. 2 ZPO) – nicht zu einer vorsorglichen Massnahmeverhandlung. Andererseits kann die Arrestbewilligung von einem Betroffenen nur mittels Einsprache angefochten werden (Art. 278 Abs. 1 SchKG; BGE 126 III 485 E. 2a/aa = Pra 2001 Nr. 86; Urteil 5A_812/2010 vom 24. November 2011 E. 3.2.1 = Pra 2012 Nr. 78); auf die Arrestbewilligung folgt somit ein summarisches Einspracheverfahren, im Zuge dessen der Richter die Parteien anhört (Art. 278 Abs. 2 SchKG; zu diesem Verfahren: vgl. BGE 138 III 636 E. 4.3.2 = Pra 2013 Nr. 38), und nicht eine vorsorgliche Massnahmeverhandlung (Art. 265 Abs. 2 ZPO).

Daraus folgt, dass sich die Rechtsprechung der I. Zivilabteilung (BGE 137 III 417 E. 1.3), auf welche sich die Vorinstanz stützt, nicht auf die Verweigerung eines Arrestes übertragen lässt. Vor Inkrafttreten der ZPO stand ausserdem die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, wenn die anderen Prozessvoraussetzungen erfüllt waren, gegen den Arrest ablehnende erstinstanzliche Entscheide offen, sofern das kantonale Recht kein Rechtsmittel vorsah (Art. 75 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 130 Abs. 2 BGG; vgl. namentlich BGE 133 III 589 E. 1; Entsprechendes galt bereits unter dem alten OG für die staatsrechtliche Beschwerde: vgl. namentlich BGE 119 III 92 E. 1, teilweise publiziert = Pra 83 Nr. 205; Urteile 5P.156/2003 vom 7. Juli 2003 E. 1; 5P.334/2006 vom 4. September 2006 E. 1; ANDREA BRACONI, Le recours en matière de poursuites pour dettes selon la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, JdT 2009 II S. 78 ff. [86 und Fn. 90]). Künftig ist es Aufgabe der kantonalen Obergerichte, über Beschwerden zu entscheiden (Art. 75 Abs. 2 BGG; BGE 137 III 238 E. 2 = Pra 2012 Nr. 8).

Das Bundesgericht hatte überdies bereits Gelegenheit klarzustellen, dass Entscheide über superprovisorische Massnahmen zwar grundsätzlich keine letztinstanzlichen kantonalen Entscheide im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG sind (Urteile 5A_473/2012 vom 17. August 2012 E. 1.2.1; 5A_712/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 1.2; 5A_678/2007 vom 8. Januar 2008 E. 3.1 mit Hinweisen), dass es jedoch Ausnahmen von dieser Regel gibt. So verhält es sich etwa mit dem Entscheid, mit dem der Richter die superprovisorische Einstellung der

Betreibung verweigert (Art. 85a Abs. 2 SchKG), wenn der Konkurs des Betriebes droht. In diesem Fall gibt es keine alternative vorsorgliche Massnahme zur superprovisorischen Einstellung, denn die Konkursöffnung macht eine negative Aufhebungssklage gemäss Art. 85a Abs. 1 SchKG gegenstandslos (vorgenanntes Urteil 5A_473/2012 E. 1 mit Hinweisen). Gleiches gilt für die superprovisorische Verweigerung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 961 Abs. 3 ZGB), denn der Gesuchsteller riskiert sein Recht zu verirken, wenn die Eintragung im Tagebuch des Grundbuchamtes nicht innerhalb der gesetzlichen Frist vorgenommen wird (Art. 839 Abs. 2 ZGB; BGE 119 II 429 E. 3a = Pra 83 Nr. 273; Urteil 5P.344/2005 vom 23. Dezember 2005 E. 3.4; Präsidialverfügung vom 19. Juli 2011 in der Sache 5A_453/2011).

Nach dem Gesagten steht die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO sowohl gegen die Verweigerung eines Arrests als auch gegen eine Arresteinsprache offen (KURT BLICKENSTORFER, in: ZPO, DIKE-Kommentar, 2011, N. 24 zu Art. 309 ZPO; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, N. 1627 f.; PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010 [Erstauflage], N. 34 zu Art. 309 ZPO).

3.2 Der vorliegende Entscheid, mit dem das erstinstanzliche Gericht den von der Beschwerdeführerin beantragten Arrest verweigert hat, ist mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO an das kantonale Obergericht anzufechten (Art. 75 Abs. 2 BGG), bevor eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhoben werden kann (Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG). Indem die Cour de justice auf die Beschwerde nicht eingetreten ist, hat sie Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO willkürlich angewendet. Demzufolge ist die Beschwerde in Zivilsachen gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese auf die kantonale Beschwerde eintrete.

4.

Um seine Wirksamkeit voll zu entfalten, muss die Arrestlegung überraschend erfolgen. Daher ist die Beschwerdegegnerin nicht zur Stellungnahme aufzufordern. Dies stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (BGE 107 III 29 E. 2 und 3; Urteil 5P.334/2006 vom 4. September 2006 E. 3). Allerdings ist die Beschwerdegegnerin nicht als «unterlegene Partei» im Sinne von Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 1 BGG zu behandeln. Deshalb hat der Kanton Genf für die Prozesskosten, mit Ausnahme der Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 4 BGG), aufzukommen (BGE 125 I 389 E. 5 = Pra 2000 Nr. 4).