

VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

70.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Arrestgrund der Zahlungsflucht, Anwendungsbereich.

Dieser Arrestgrund setzt das Bestehen eines ordentlichen schweizerischen Betreibungsortes voraus, an welchem der Schuldner seine Belangbarkeit durch unredliche Machenschaften zu vereiteln sucht (Erw. II/1). An dieser Rechtslage hat sich mit der per 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Teilrevision des SchKG vom 16. Dezember 1994 nichts geändert (Erw. II/2).

Der Kläger beehrte gegen einen Schuldner ohne hiesigen Betreibungsstand eine Arrestlegung gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Der Arrestrichter wies das Begehren wegen fehlender Glaubhaftmachung des Arrestgrundes ab, wogegen der Kläger rekurierte. Das Obergericht wies den Rekurs ab aus folgenden Erwägungen:

«II.

1. a) Der Arrestgrund der sog. Zahlungsflucht gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, welcher sich gegen denjenigen Schuldner richtet, der in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft – d.h. sie verbirgt, verschenkt, zu Schleuderpreisen verkauft oder sie ins Ausland schafft –, sich flüchtig macht oder Anstalten dazu trifft, wurde vor der jüngsten SchKG-Revision (Änderung vom 16. Dezember 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997; BBl 146/1994 V S. 995 ff.; AS 18/1995 I S. 1227 ff., insbes. S. 1307) gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung in dem Sinne ausgelegt, dass der Gläubiger damit vor Machenschaften des Schuldners geschützt werden solle, die auf Vereitelung einer Belangung am schweizerischen Betreibungsort zielten (BGE 119 III 92 E. 3.b). Diese Rechtsprechung ging zurück auf einen Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 1945, worin festgehalten wurde, bei Art. 271 (Abs. 1) Ziff. 2 SchKG handle es sich wie bei dem auf gleichem Verhalten des Schuldners beruhenden materiellen Konkursgrund von Art. 190 (Abs. 1) Ziff. 1 SchKG um

einen Rechtsbehelf, der das Bestehen eines ordentlichen schweizerischen Betreibungsortes voraussetze und den Gläubiger vor Machenschaften des Schuldners schützen wolle, die auf Vereitelung einer Belangung an jenem Orte gerichtet seien (BGE 71 III 187 E. 1). Zwar hatte das Bundesgericht in erster Linie die Frage zu entscheiden, ob sich der fremde Staat als Gläubiger trotz des seinerzeit geltenden BRB vom 24. Oktober 1939 über Arrest- und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegenüber Vermögen ausländischer Schuldner (AS 55 S. 1296 = BS 3 S. 199; aufgehoben mit BRB vom 3. September 1948, AS 1948 S. 962) auf Art. 271 (Abs. 1) Ziff. 1 und 4 SchKG berufen könne (vgl. BGE 71 III 187, Regest, Prozessgeschichte und E. 2–5). Die zu Art. 271 (Abs. 1) Ziff. 2 SchKG getroffene Erwägung erfolgte jedoch entgegen der Ansicht des Klägers [...] unabhängig vom genannten BRB vom 24. Oktober 1939 und blieb damit von dessen Aufhebung unberührt (vgl. auch BLSchK 53/1989 S. 75 Nr. 22).

Die dargestellte Rechtsprechung ist entgegen dem Dafürhalten des Klägers [...] für den vorliegenden Fall durchaus einschlägig, betrifft sie doch ausdrücklich die Nichtzulassung der Arrestlegung gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bei Fehlen eines – von der Arrestlegung unabhängigen – schweizerischen Betreibungsstands.

b) Im – für die bis Ende 1996 geltende Rechtslage einschlägigen – Schrifttum vertritt vorab *Mattmann* (Die materiellen Voraussetzungen der Arrestlegung nach Art. 271 SchKG, Diss. Freiburg 1981) mit einlässlicher und plausibler Begründung die Ansicht, der Zweckgedanke von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bestehe im Gegensatz zu den Arrestgründen gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 SchKG in der Sicherstellung einer bis anhin in der Schweiz möglichen Betreuung, d.h. dem Erhalt des status quo sowohl in Bezug auf die Zulässigkeit der schweizerischen Zwangsvollstreckung, als auch in Bezug auf deren Erfolg. Folglich setze Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eine zulässige schweizerische Zwangsvollstreckung voraus, welche der Schuldner zu vereiteln suche. Demgegenüber seien die Arrestgründe von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 und 4

SchKG in der Tatsache motiviert, dass der Schuldner nicht in der Schweiz betrieben werden könne, und bezweckten die Ermöglichung einer Betreuung, die ohne Arrest in der Schweiz überhaupt nie zulässig gewesen wäre (a.a.O., S. 92, S. 100, S. 101, S. 104, mit Verweis auf BGE 71 III 188, S. 105, S. 107 f., S. 109 und S. 115). Dieser Meinung neigen entgegen der Auffassung des Klägers [...] zumindest sinngemäss auch *Fritzsche/Walder* (Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 56 Rz. 8) und *Jaeger/Daeniker* (Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911–1945, Bd. II, Zürich 1947, N 9 ff. zu Art. 271) zu. Allein aus der Tatsache, dass sich andere Autoren zur fraglichen Voraussetzung nicht explizit äussern (vgl. etwa *Blumenstein*, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 831 f.; *von Overbeck*, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Zürich 1940, S. 216; *Büchi/Meier/Bosshard*, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 2. Bd., Zürich 1983, S. 174; *Amonn*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Bern 1988, § 51 N 8 ff.; *Gilliéron*, Pour suite pour dettes, faillite et concordat, 3. A., Lausanne 1993, S. 371), lässt sich nichts zugunsten des Klägers ableiten.

c) Nach der bis Ende 1996 geltenden, unangefochtenen Rechtslage war mithin bei fehlendem inländischem Betreibungsstand keine Arrestnahme unter dem Titel von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG möglich.

Die von *Jaeger* (Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Bd., 3. A., Zürich 1911) gestützt auf ZR 3/1904 Nr. 206 geäusserte Ansicht, wonach auch für den Fall, da ein Schuldner aus dem Ausland mit der Absicht, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, in die Schweiz geflüchtet sei, gegen ihn von einem ausländischen Gläubiger gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG Arrest verlangt werden könne (a.a.O., N 11 zu Art. 271 SchKG), hat als durch BGE 71 III 187 und BGE 119 III 92 überholt zu gelten.

2. a) Im Zuge der per 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Teilrevision des SchKG vom 16. Dezember 1994 (BBl 146/1994 V S. 995 ff.; AS 18/1995 I S. 1227 ff., insbes. S. 1307) wurde

Art. 271 Abs. 1 SchKG teilweise neu gefasst. Es ist somit zu prüfen, ob sich die Rechtslage dadurch zugunsten des Klägers geändert hat.

b) aa) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Regelung verstanden werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die *ratio legis*, die das Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben und Regelungsabsichten des Gesetzgebers auf Grund der herkömmlichen, keiner hierarchischen Prioritätenordnung unterliegenden Auslegungselemente zu ermitteln hat. Die Gesetzesmaterialien können dort, wo es sich um neuere Gesetze handelt, eine wertvolle Auslegungshilfe liefern (BGE 123 II 600 f., unter Hinweis auf BGE 121 III 219, BGE 123 II 464 und BGE 116 II 411).

bb) Nachdem Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG durch die jüngste SchKG-Revision lediglich eine den französischen Text betreffende redaktionelle Änderung erfahren hat (vgl. BBl 143/1991 III S. 162; AS 18/1995 I S. 1286), ergeben sich aus dem Wortlaut keine der bisherigen Praxis entgegenstehenden Aufschlüsse.

cc) In Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG wird neu u.a. die Voraussetzung, dass «kein anderer Arrestgrund gegeben ist», statuiert. Daraus ist systematisch lediglich zu folgern, dass Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bloss subsidiär zur Anwendung gelangt und die übrigen Arrestgründe gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-3 und 5 SchKG nicht den einschränkenden Erfordernissen dieser Bestimmung (genügende Binnenbeziehung, vollstreckbares gerichtliches Urteil oder provisorischer Rechtsöffnungstitel) unterliegen sollen. Allein gestützt darauf lässt sich ebenfalls noch nichts ableiten, was zwingend gegen die bisherige Praxis sprechen würde.

dd) Nach dem Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981 (VESchKG) sollte zunächst die herkömmliche Regelung der Arrestgründe gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-5 SchKG beibehalten werden. Im bundesrätlichen Entwurf vom 8. Mai 1991 (ESchKG, BBl 143/1991 III S. 203

ff., insbes. S. 266) wurde dann aber eine Neufassung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG vorgeschlagen, welche vorsah, den sog. Ausländerarrest, d.h. den Arrest bei fehlendem Wohnsitz oder ausserordentlichem Betreibungsstand des Schuldners in der Schweiz, nurmehr unter erschwerten Bedingungen zuzulassen. In der parlamentarischen Beratung kehrte der Nationalrat in erster Lesung diskussionslos zur hergebrachten Formulierung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG zurück (Amtl. Bull. NR 103/1993 I S. 39). Im Ständerat einigte man sich im Wesentlichen auf die vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung. Abweichungen ergaben sich bei der Umschreibung der Intensität der für die Arrestforderung bzw. das derselben zugrundeliegende Rechtsverhältnis erforderlichen Binnenbeziehung und insbesondere beim neu aufgenommenen Erfordernis, dass «kein anderer Arrestgrund gegeben ist» (Amtl. Bull. SR 104/1994 II S. 733). Auf die Bedeutung des letztgenannten Zusatzes wurde allerdings nicht näher eingegangen (vgl. Votum *Salvioni*, a.a.O., S. 733). Dieser Fassung stimmte auch der Nationalrat in zweiter Lesung zu (Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1419), wobei in der Debatte einzig Bundesrat Koller näher auf die Bedeutung der Voraussetzung, dass «kein anderer Arrestgrund gegeben ist», einging (Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1421). Die solchermassen bereinigte Fassung passierte schliesslich die Schlussabstimmungen der beiden Räte (Amtl. Bull. NR 104/1994 IV S. 2530 und Amtl. Bull. SR 104/1994 IV S. 1355).

Daraus, dass Bundesrat Koller ausdrücklich auf die Qualifizierung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG als Auffangtatbestand und die grundsätzliche Gleichstellung unredlicher aus- mit inländischen Schuldnern hinwies, weiter festhielt, dass zur Arrestlegung gegen einen fraudulösen «Ausländer» weder ein Urteil noch eine Schuldanerkennung vorliegen noch eine Binnenbeziehung gegeben sein müsse, und überdies betonte, dass der «Ausländer» sämtliche klassischen Arrestgründe gegen sich gelten lassen müsse (Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1421), ist nicht zu entnehmen, dass mit der Neufassung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auch eine Änderung der

Zweckbestimmung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG und damit eine Ausdehnung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung über die ihr nach der – damals bekannten – Rechtsprechung beigelegte Bedeutung hinaus hätte verbunden werden sollen. Vielmehr legen die Materialien den Schluss nahe, dass der Zusatz, dass «kein anderer Arrestgrund gegeben ist», einzig zur Klarstellung dient, dass die übrigen Arrestgründe – in ihrer «klassischen», d.h. bisherigen, Form – nicht eingeschränkt werden sollten.

ee) Im Schrifttum wird zur Voraussetzung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, dass «kein anderer Arrestgrund gegeben ist», vorab ebenfalls darauf hingewiesen, dass der Ausländerarrest nur subsidiär bzw. als Auffangtatbestand in Betracht falle und die übrigen Arrestgründe durch seine einschränkenden Voraussetzungen (qualifizierte Forderung oder Binnenbeziehung) nicht betroffen sein sollten (*Spühler*, Neuerungen in den Bereichen Arrest, Feststellung neuen Vermögens und der Anfechtung, Referat anlässlich Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen vom 23. Juni 1995 im Casino Luzern; *Gasser*, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 132/1996 S. 652; *Ottomann*, Der Arrest, ZSR 115/1996 I S. 249; *Meier-Dieterle*, Der «Ausländerarrest» im revidierten SchKG – eine Checkliste, AJP 11/1996 S. 1420; *Huber/Schmid*, Stiftung für juristische Weiterbildung, Schwerpunkte der SchKG-Revision, Referat anlässlich des Seminars vom 17./18. September 1996; *Spühler/Stücheli/Pfister*, Schuldbeitrags- und Konkursrecht I, Zürich 1996, S. 144; *Gaillard*, Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger, in: Le séquestre selon la nouvelle LP, Publications du centre d'études juridiques européennes, Genève, hrsg. v. Jeanneret, Zürich 1996, S. 23 f.; *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 6.A., Bern 1997, § 51 N 17).

Amonn/Gasser (a.a.O., § 51 N 13) verweisen im Weiteren zum Arrestgrund des unredlichen Verhaltens des Schuldners auch unter neuem Recht ausdrücklich auf BGE 119 III 92. Sodann hält *Ottomann* (a.a.O.) dafür, dass

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sich ohnehin kaum auf den Schuldner mit Wohnsitz im Ausland, welcher in der Schweiz über keinen ordentlichen Betreibungsstand verfüge, beziehen könne. Dagegen heben *Meier-Dieterle* (a.a.O.) und mit Nachdruck *Gaillard* (a.a.O.) hervor, dass im Ausland wohnende Schuldner, die Vermögen beiseite schafften oder Anstalten zur Flucht trafen, den schweizerischen Schuldner gleichgestellt seien. Mangels Auseinandersetzung mit der bisherigen Praxis bleibt indes unklar, ob sie Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG neu auch auf Fälle barer Vermögensverschiebung ohne hiesigen Betreibungs-ort angewendet wissen wollen. Jedenfalls wird aber mit dem Hinweis auf die Materialien kein schlüssiger Nachweis einer entsprechenden Regelungsabsicht des Gesetzgebers erbracht.

ff) Der Gesetzgeber strebte in der jüngsten SchKG-Revision eine Einschränkung des eigentlichen Ausländerarrests, d.h. des Arrests gegen einen Schuldner ohne Wohnsitz oder ausserordentlichen Betreibungsstand in der Schweiz, an (Botschaft vom 8. Mai 1991, BBl 143/1991 III S. 1 ff., insbes. S. 162 f.; Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1420 f.; Amtl. Bull. SR 104/1994 II S. 733; *Brönnimann*, Das revidierte Schuldbeitrags- und Konkursgesetz (SchKG): Feststellung des neuen Vermögens, Arrest, Anfechtung, Schriftenreihe SAV 13/1995 S. 129 f.; *Stoffel*, Das neue Arrestrecht, AJP 11/1996 S. 1401 ff.). Dies ist naturgemäss mit einer Beschneidung der Gläubigerrechte verbunden. Entsprechend dieser Vorgabe ist eine Ausdehnung des bisherigen Anwendungsbereichs des Arrestgrundes der Zahlungsflucht nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG – welcher als solcher von der jüngsten Gesetzesänderung direkt gar nicht betroffen wurde – mit der genannten Regelungsabsicht nicht vereinbar.

Entgegen der Ansicht des Klägers erscheint eine ausdehnende Interpretation von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG aus Rücksicht auf die gesetzgeberischen und anderweitigen Bemühungen, die Schweiz für kriminelle oder sonstige unlautere Gelder unattraktiv zu machen (Einführung von Art. 305^{bis} StGB und Art. 305^{ter} StGB, BG zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [GwG] vom

10. Oktober 1997, Geldwäschereirichtlinien und Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission zu Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, IRSG-Revision), ebenfalls nicht als angezeigt. Aus den Gesetzgebungsarbeiten zur jüngsten SchKG-Revision wird deutlich, dass bei der primär ins Auge gefassten Verschärfung der Voraussetzungen des sog. Ausländer-Arrests die Fluchtgeldproblematik durchaus bedacht wurde, das Arrestrecht indessen nicht in dieser Richtung instrumentalisiert werden sollte (vgl. Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1420 f.). Das Vollstreckungsrecht ist denn auch nicht der richtige Ort, diese Fragen anzugehen.

Somit ist mit der Vorinstanz nach wie vor auf die hergebrachte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG abzustellen, von welcher abzuweichen mithin kein Anlass besteht. Danach liegt der Arrestgrund der Zahlungsflucht nur vor, wenn der Schuldner durch unredliches Verhalten seine Belangung an einem zur Verfügung stehenden schweizerischen Betreibungsort zu vereiteln sucht (BGE 119 III 92 E. 3.b).»

Obergericht, II. Zivilkammer,
Beschluss vom 23. März 1998