

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.

122.

Art. 52, 80 ff., 278 SchKG: Einrede der örtlichen Unzuständigkeit wegen fehlenden Arrestgegenstandes im Rechtsöffnungsverfahren.

Nach der zürcherischen Gerichtspraxis kann die Einrede des fehlenden Arrestgegenstandes als Unzuständigkeitseinrede im Arrestforderungsprozess (Art. 278 SchKG) erhoben werden. Ob sich diese

Grundsätze ohne weiteres auf das Rechtsöffnungsverfahren übertragen lassen, kann hier offengelassen werden. Jedenfalls sind die Voraussetzungen für die Gutheissung der Einrede ausserordentlich streng. Der Richter darf sich nur als unzuständig erklären, wenn es sich eindeutig um einen leeren Arrest handelt, nicht schon dann, wenn die verarrestierte Forderung bestritten ist (Erw. 6 und 7).

Eine Beschwerde gegen einen Arrestvollzug ist dann nicht möglich, wenn die Beantwortung der Frage, ob ein Arrestgegenstand gegeben ist oder nicht, von einer matriell-rechtlichen Beurteilung der bestrittenen Arrestforderung abhängt. Dazu sind weder das Betreibungsamt noch die Aufsichtsbehörden befugt (Erw. 9).

Aus einem Entscheid über eine Nichtigkeitsbeschwerde:

«1. Mit Verfügung vom 28. April 1980 erteilte der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich der Klägerin gestützt auf ein rechtskräftiges Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes Uster vom 7. Januar 1972 in der Betreuung Nr. 4542 vom 6. November 1979 des Betreibungsamtes Zürich 1 definitive Rechtsöffnung für Fr. 12 940.20 zuzüglich Fr. 137.10 Arrestkosten und Fr. 45.- Betreibungskosten...

2. Mit rechtzeitig eingereichter Nichtigkeitsbeschwerde vom 2. Juni 1980 beantragt der Beklagte die Aufhebung der obgenannten Verfügung und die Verweigerung der Rechtsöffnung. Ausserdem stellte er das Begehren um aufschiebende Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 1980 wurde der Beschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung erteilt, dass einstweilen keine Verwertung erfolgen durfte. Der Beklagte beruft sich auf die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 und 3 ZPO.

3. Der Beklagte war während 33 Jahren Angestellter der Swissair. Diese kündigte das Anstellungsverhältnis des in New York lebenden Beklagten auf den 5. Oktober 1979. Da der Beklagte seinen Unterhaltspflichten gemäss dem Scheidungsurteil

nicht nachgekommen war, liess die Klägerin am 29. Oktober 1979 das Eigenkapital-Guthaben des Beklagten bei der Allgemeinen Pensionskasse der Swissair (APK) durch das Betreibungsamt Zürich 1 verarrestieren.

4. Mit Schreiben vom 5. März 1980 briefte sich der Beklagte auf den Beschluss vom 23. Januar 1974 des Bezirksgerichtes Zürich, 6. Abteilung in Sachen der Parteien betreffend Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 1 wegen Arrestvollzugs und machte geltend, dass er gemäss diesem Beschluss auf Barauszahlung verzichten und die Freizügigkeitsleistungen der Kasse beanspruchen könne (Art. 26 des Versicherungsreglementes der APK), was eine Bewertung unmöglich mache. Er habe auf die Barauszahlung verzichtet. Der Anspruch bei der Swissair APK, der nur den Charakter einer Anwartschaft habe, sei nicht pfändbar.

In der Verhandlung vom 15. April 1980 beantragte der Vertreter des Beklagten die Abweisung des klägerischen Begehrens im wesentlichen mit der Begründung, dass das Guthaben des Beklagten gegenüber der APK der Swissair gemäss Art. 35 Ziff. 1 des Versicherungsreglements sowie aufgrund von BGE 97 III 23 und SJZ 75 (1979) S. 287 nicht pfändbar und somit auch nicht verarrestierbar sei. Es handle sich lediglich um eine Anwartschaft. Das hiesige Gericht sei somit unzuständig und der Beklagte müsse am ordentlichen Gerichtsstand in New York belangt werden.

5. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Prüfung, ob die verarrestierbare Forderung nicht oder nur beschränkt pfändbar sei und es somit an einem Arrestgrund ganz bzw. teilweise mangle, nicht dem Rechtsöffnungsrichter obliege, sondern mit Beschwerde gegen den Arrestvollzug vom 29. Oktober 1979 hätte geltend gemacht werden müssen. Mittels Arrestlegung habe die Klägerin ein Betreibungsforum für den im Ausland wohnenden Beklagten erwirkt. Die von der Klägerin verlangte Rechtsöffnung sei grundsätzlich am Ort der Anhebung der Betreuung nachzusuchen, wes-

halb vorliegendenfalls die Zuständigkeit des hiesigen Richters zu bejahen sei.

6. Im Kanton Zürich besteht eine ausgedehnte Gerichtspraxis zur Frage der Einrede des fehlenden Arrestgegenstandes als Unzuständigkeitseinrede im Arrestforderungsprozess. Ob sich diese Grundsätze ohne weiteres auch auf die Prosequierung des Arrestes durch Betreibung, im konkreten Fall auf das Rechtsöffnungsverfahren, übertragen lassen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn man dies annehmen würde, müsste die Unzuständigkeitseinrede im vorliegenden Fall verworfen werden. Dies aus den folgenden Gründen:

7. Nach der erwähnten Rechtsprechung kann die Einrede des fehlenden Arrestgegenstandes als Unzuständigkeitseinrede im Arrestforderungsprozess erhoben werden (Sträuli/Messmer, N. 31 zu § 9 ZPO). Damit soll verhindert werden, dass ein Kläger durch Sucharreste bei Banken den ihm genehmen Gerichtsstand bestimmen kann, auch wenn der Sucharrest erfolglos geblieben ist (ZR 73 Nr. 106, 68 Nr. 99, 47 Nr. 150, 28 Nr. 67, 8 Nr. 144, SJZ 46 S. 294, Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, II, 2. Auflage Zürich 1968, S. 239). Dabei sind die Voraussetzungen für die Gutheissung der Einrede ausserordentlich streng. So genügt es nicht, dass die verarrestierte Forderung in Bestand und Höhe bestritten ist. Denn diese Frage kann erst in einem Prozess zwischen demjenigen, der die Forderung im Vollstreckungsverfahren erwirbt, und dem Drittschuldner, hier also der APK der Swissair, entschieden werden (Sträuli/Messmer, N. 31 zu § 9 ZPO; BGE 85 II 363, 63 III 41, ZR 47 Nr. 150 S. 370). Solange der Arrest von den Betreibungsbehörden nicht aufgehoben ist, darf im Zweifel angenommen werden, dass verarrestierte Vermögenswerte vorhanden sind (ZR 68 Nr. 99, 73 Nr. 106). Wenn der Arrest nicht formell durch die Betreibungsbehörden bzw. den Inzidenzrichter aufgehoben worden ist (z. B. im Widerspruchsverfahren wegen Eigentums von Drittpersonen oder im Beschwerdeverfahren wegen Unpfänd-

barkeit der verarrestierten Gegenstände), darf der Richter sich nur als unzuständig erklären, wenn es sich *eindeutig um einen leeren Arrest* handelt (Sträuli/Messmer, a. a. O.).

8. Zu prüfen bleibt daher, ob im vorliegenden Fall zweifelsfrei von einem leeren Arrest gesprochen werden kann. Hier gilt es zu berücksichtigen, dass sich das Rechtsverhältnis des Beklagten zur APK seit dem Beschwerdeentscheid des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Januar 1974 wesentlich verändert hat. Damals befand sich der Beklagte noch in ungekündigter Stellung bei der Swissair. Er konnte somit weder über seine einbezahlten Gelder noch über allfällige Arbeitgeberbeiträge verfügen. Inzwischen ist das Arbeitsverhältnis indessen gekündigt. Die ihm zustehenden Vorsorgegelder lassen sich beziffern; sie betragen laut Schreiben der APK an das Betreibungsamt Zürich I vom 13. März 1980 Fr. 102 586.10. Es fragt sich, ob dieser Betrag ihm nicht nach Art. 25 als Abgangsentschädigung zusteht, da dieser Artikel die Leistungen bei vorzeitigem Dienstaustritt im Ausland regelt. Der Beklagte arbeitete ja seit vielen Jahren bei der Swissair North America. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Beklagte seinerzeit in der Schweiz angestellt und ins Ausland versetzt wurde, so dass Art. 26 mit dem Wahlrecht zwischen der Barauszahlung und den Freizügigkeitsleistungen der Kasse zur Anwendung käme; oder ob sein Status als Lokalangestellter der Swissair North America zu qualifizieren wäre, so dass Art. 25 des Reglementes gelten würde, der mindestens ausdrücklich kein Wahlrecht statuiert. Selbst wenn aber Art. 26 des Reglementes anwendbar wäre, der die Leistungen bei vorzeitigem Dienstaustritt an Arbeitnehmer in der Schweiz und ins Ausland Versetzten regelt, stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf die Barauszahlung unter den obwaltenden Umständen nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre, da er offensichtlich zum Zwecke erfolgte, der Klägerin den Zugriff auf das in der Schweiz befindliche Vermögensaktivum zur Deckung

ihrer berechtigten Unterhaltsforderungen zu verunmöglichen.

Schliesslich wäre auch zu prüfen, ob der Anspruch auf den Betrag im Sperrkonto der Zürcher Kantonalbank, Filiale Glattbrugg, wohin die APK den Betrag zugunsten des Beklagten überweisen will, überhaupt eine blosser Anwartschaft darstellt, die nach BGE 97 III 26/27 unpfändbar wäre, oder ob nicht vielmehr im Sinne von BGE 99 III 55 E 3 eine eigentliche Forderung mit einem der heute entscheidenden Instanz unbekanntem Fälligkeitstermin anzunehmen wäre. Denn es liegt wohl kaum eine bedingte Forderung, deren Entstehung vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängt (sog. dies incertus an; vgl. von Tuhr/Escher, OR II S. 46/47), vor. Ungewiss ist für die Kassationsinstanz heute lediglich der Fälligkeitstermin; denn es ist unbekannt, in welchem Alter der Beklagte den Anspruch auf Auszahlung des hinterlegten Betrages erheben kann (sog. dies incertus quando; vgl. von Tuhr/Escher, a. a. O.). Eine solche noch nicht fällige Forderung wäre pfändbar (BGE 53 III 32; Riemer, Berner Kommentar, Die Stiftungen, Bern 1975, Syst. Teil N. 295 mit zahlreichen Nachweisen).

Alle diese Fragen müssten in einem Prozess gegen die APK der Swissair geprüft werden. Da sowohl der Anspruch auf die Abgangsentschädigung nach Art. 25 wie auch der Anspruch auf Barauszahlung nach Art. 26 zweifelsfrei pfändbar und damit verarrestierbar wären, steht keineswegs zum vornherein fest, dass es an einem Arrestgegenstand fehlt. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, es handle sich mit Sicherheit um einen leeren Arrest. Die Klägerin durfte daher die Rechtsöffnung am Arrestort verlangen, weshalb die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten vom Vorderrichter zu Recht verworfen wurde.

Der Vorderrichter hat damit weder einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz noch klares materielles Recht verletzt, so dass die Beschwerde abzuweisen ist.

9. Immerhin sei hier angemerkt, dass

die Begründung der Vorinstanz, der Beklagte hätte eine Beschwerde gegen den Arrestvollzug erheben können, für den vorliegenden Fall nicht zutrifft. Da hier die Beantwortung der Frage, ob ein Arrestgegenstand gegeben ist oder nicht, von einer materiell-rechtlichen Beurteilung der bestrittenen Arrestforderung abhängt, wären die Aufsichtsbehörden nicht zuständig gewesen. Denn weder dem Betreibungsamt noch den Aufsichtsbehörden obliegt die Prüfung materiell-rechtlicher Fragen (BGE 63 III 40, 68 III 38, 82 III 130). Im Ergebnis ist aber der Entscheid der Vorinstanz, wie dargelegt, richtig, weshalb der Beklagte dadurch nicht beschwert ist.»

Obergericht, III. Zivilkammer,
17. September 1980