

## 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.

55.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Art. 23 ff. ZGB. Ausländerarrest; Arrestaufhebungsklage.

*Bei der Bestimmung des Wohnsitzes ist nicht auf den innern Willen abzustellen, sondern auf die objektiv erkennbaren*

*Umstände. Der Wohnsitz hat sich nach für Dritte erkennbaren Kriterien zu bestimmen. Die Hinterlegung der Papiere bzw. die formelle Anmeldung bei der kommunalen Einwohnerkontrolle ist dabei lediglich ein Indiz.*

**§ 64 Abs. 2 und 3 ZPO. Kosten- und Entschädigungsfolgen.**

*Die Kosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Von der abweichenden Bestimmung von § 64 Abs. 3 ZPO darf nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Gerade im Bereich des Arrestrechtes muss ein Arrestnehmer bei ungerechtfertigtem Arrest damit rechnen, mit allen Kosten belastet zu werden.*

Aus einem Entscheid des Obergerichtes:

I.

«Am 15. Mai 1981 erliess der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach auf Antrag des Beklagten (Gläubiger) einen Arrestbefehl gegen den Kläger (Schuldner) wegen angeblicher deliktischer Handlungen als einzigem Verwaltungsrat der X. AG im Konkurs zum Nachteil von deren Gläubiger. Arrestgegenstand war ein PW Mercedes Benz 450 SL, Jahrgang 1974. Als Forderungssumme wurde der Betrag von Fr. 17 175.40 nebst 5% Zins seit 23. August 1980 auf dem Teilbetrag von Fr. 15 675.40 und als Arrestgrund der fehlende gesetzliche Wohnsitz des Klägers gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG geltend gemacht. Der Kläger erhob rechtzeitig Arrestaufhebungsklage.

II.

Der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Bülach hob mit Urteil vom 19. Januar 1982 den Arrest auf, da er zum Schluss kam, der Kläger habe im Zeitpunkt der Arrestbewilligung festen Wohnsitz an der W.-Strasse in Zürich gehabt. Da er die Ansicht vertrat, der Beklagte habe sich als unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen, auferlegte er jedoch gestützt auf § 64 Abs. 3 ZPO die Kosten trotz seines

Obsiegens in vollem Umfang dem Kläger und verpflichtete diesen, dem Beklagten eine nicht reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4000.- zu zahlen.

III.

Der Beklagte erhob Berufung und der Kläger seinerseits Rekurs gegen das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungserkenntnis. Mit Verfügung vom 8. April 1982 wurden die beiden Verfahren vereinigt.

IV.

1. Im Prozess ist umstritten, ob im Zeitpunkt der Arrestnahme, d.h. am 15. Mai 1981, beim Kläger der Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG vorhanden, d.h. ob er in diesem Zeitpunkt ohne festen Wohnsitz war. Die Beweislast für den behaupteten Arrestgrund trifft den Beklagten (Gläubiger), wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat. Der Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist nicht gegeben, sobald der Schuldner Wohnsitz hat, gleichgültig ob im Inland oder im Ausland (Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, S. 203). Vor Herausnahme eines Arrestes auf Grund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG hat der Gläubiger mit allen Mitteln abzuklären, ob kein Wohnsitz besteht. Gelingt dem Schuldner später der Nachweis, dass er im Zeitpunkt der Arrestbewilligung Wohnsitz hatte, so muss der Arrest aufgehoben werden (Fritzsche, a. a. O., Bd. II, S. 204).

Ob der Schuldner (Kläger) am 15. Mai 1981 Wohnsitz hatte, beurteilt sich nach den Grundsätzen des ZGB, insbesondere nach den Art. 23 ff. ZGB (Fritzsche, a. a. O., Bd. II, S. 203). Es ist dabei darauf abzustellen, ob nach den gesamten Umständen anzunehmen ist, die betreffende Person habe den Ort, wo sie verweilt, zum Mittel- oder Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen gemacht. Entscheidend ist dabei nach neuerer Bundesgerichtspraxis nicht der innere Wille, sondern abzustellen ist darauf, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen. Wo sich der Wohnsitz einer Partei befindet bzw. ob sie überhaupt einen solchen hat oder im entscheidenden Zeitpunkt hatte, ist nicht bloss

für diese selbst, sondern auch für zahlreiche Drittpersonen und Behörden von Bedeutung und muss sich daher nach Kriterien bestimmen, die für Dritte erkennbar sind (BGE 97 II 3 f.; Grossen, Schweiz. Privatrecht, Bd. II, S. 350 f.; Tuor/Schnyder, Das Schweiz. Zivilgesetzbuch, S. 75). Es ist dies eine Übertragung des allgemeinen Grundsatzes des Vertrauensprinzips auf die Wohnsitzfeststellung, nach welchem sich der Betroffene bei dem von ihm geschaffenen Rechtsschein behaften lassen muss und diesem gegenüber nicht einen abweichenden internen Willen anrufen kann (Komm. Bucher N. 12 zu Art. 23 ZGB).

2. Auf Grund eines Berichtes der Einwohnerkontrolle der Stadt Zürich vom 2. April 1981 ergibt sich, dass der Kläger sich am 9. August 1980 schriftlich von der H.-Strasse 2, Zürich, nach Hamburg abmeldete. Er hatte schon am 21. Juli 1980 beim Kreiskommando Zürich um Ausländerurlaub nachgesucht, wobei er als Zweck eine Europareise für ca. zwölf Monate angab (der Urlaub wurde am 22. Juli 1980 bewilligt). In der Folge hielt sich der Kläger aber offensichtlich nicht während eines Jahres im Ausland auf, sondern er wurde in der Schweiz in Untersuchungshaft genommen, aus welcher er am 1. April 1981 entlassen wurde. Nach einem Bericht der Einwohnerkontrolle der Stadt Zürich vom 29. Juni 1981 kam der Kläger am 19. Mai 1981, d. h. vier Tage nach dem Datum der Arrestnahme, von Hamburg kommend an der W.-Strasse, Zürich, zur Anmeldung. Dort war er im Berichtszeitpunkt immer noch gemeldet. Allerdings ist nach konstanter Lehre und Praxis die Hinterlegung der Papiere bzw. die formelle Anmeldung bei der kommunalen Einwohnerkontrolle nicht entscheidend, sondern nur ein Indiz, das zudem gegenüber den gesamten persönlichen Lebensbeziehungen nicht ins Gewicht fällt (BGE 88 III 135, 102 IV 164; Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 80; Komm. Bucher N. 36 zu Art. 23 ZGB; Tuor/Schnyder, a. a. O., S. 75). Auf Grund verschiedener Umstände ist anzunehmen, dass sich der Kläger

schon vor dem Datum der formellen Anmeldung bei Y. an der W.-Strasse in Zürich aufgehalten hat. So ist die dortige Wohnsitznahme nach einem Bericht des Kreiskommandos Zürich, der seinerseits auf ein Schreiben der Einwohnerkontrolle abstellt, nicht erst am 19. Mai 1981, sondern schon am 14. Mai 1981, d. h. schon einen Tag vor der Arrestnahme erfolgt. Verschiedene Umstände deuten sogar auf eine Wohnsitznahme an der W.-Strasse schon spätestens nach Entlassung des Klägers aus der Untersuchungshaft am 1. April 1981 hin. So sagte die Zeugin Y. aus, der Kläger habe nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft bei ihr gewohnt und im Zeitpunkt der Zeugenaussage am 26. November 1981 noch immer dort gewohnt. Gemäss den Aussagen dieser Zeugin hat der Kläger dort ein eigenes Zimmer. Weshalb diese klaren und eindeutigen Zeugenaussagen in den entscheidenden Punkten nicht glaubwürdig sein sollen, wie der Beklagte im Berufungsverfahren vorbringt, erscheint unverständlich, decken sie sich doch in wesentlichen Punkten mit andern Unterlagen und Zeugenaussagen. So ist auf der schon Ende 1980 ausgestellten TCS-Mitgliedskarte des Klägers für das Jahr 1981 als Adresse die W.-Strasse in Zürich eingetragen. Ferner gab der Kläger, der am 6. Mai 1981, also zehn Tage vor der Arrestnahme, durch das Bezirksgericht Dielsdorf in einem Forderungsprozess zwischen Dritten als Zeuge einvernommen worden war, als Adresse das erwähnte Domizil an. Damit tat der Kläger Dritten gegenüber seinen Wohnsitz an der W.-Strasse kund. Das ergibt sich auch aus den Aussagen des Zeugen Z., mit welchem der Kläger in dessen Eigenschaft als Versicherungsinspektor geschäftliche Beziehungen unterhielt, deponierte doch der Zeuge vor Vorinstanz, dass ihm der Kläger gesagt habe, er wohne an der W.-Strasse in Zürich, wo der Zeuge ihn im Frühling 1981 auch habe telefonisch erreichen können. Analoges geht aus den Aussagen des Zeugen G. hervor, mit welchem der Kläger ebenfalls Geschäfte tätigte und welchem dieser ebenfalls sagte, er wohne

an der W.-Strasse, wo er telefonisch erreichbar sei; auch hat der Zeuge dem Kläger an die betreffende Adresse, allerdings vermutlich schon 1980, ein TV-Gerät geliefert. In ähnlicher Richtung weisen sodann die Aussagen der Zeugin K., einer Angestellten von G., welche den Kläger jeweils telefonisch an der W.-Strasse erreichte und mit diesem persönlich im Verlaufe des Jahres 1981 dort war. Für einen Wohnsitz des Klägers an der W.-Strasse in Zürich schon vor – und auch nach – der Arrestnahme sprechen ferner verschiedene weitere Zeugenaussagen. So übernachtete die Zeugin M. von Januar bis Mai 1981 wiederholt bei ihrer Freundin an der W.-Strasse und sah dabei auch den Kläger, der jeweils dort übernachtet habe. Der Zeuge S. sagte aus, er habe den Kläger im April 1981 oft an der W.-Strasse persönlich abgeholt.

Angesichts des weitgehenden Übereinstimmens dieser Zeugenaussagen erscheinen sie entgegen der Ansicht des Beklagten durchaus nicht als unglaubwürdig, selbst wenn einige Zeugen mit dem Kläger bekannt, nicht aber eigentlich befreundet sind. Angesichts des Umstandes, dass nicht nur auf dem TCS-Ausweis die betreffende Adresse vermerkt war, sondern sie vom Kläger zehn Tage vor der Arrestnahme bei einer Zeugeneinvernahme auch dem Bezirksgericht Dielsdorf angegeben wurde, sowie in Anbetracht dessen, dass er verschiedenen Bekannten, mit denen er teilweise geschäftlich verkehrte, als Wohnsitz die erwähnte Adresse nannte, dort auch telefonisch erreichbar war und beim Übernachten gesehen wurde, liegen hinreichend Kriterien vor, die Dritten erkennbar kundtaten, dass der Kläger im Frühling 1981 – dies allein ist entscheidend – schon vor dem Tage der Verarrestierung am 15. Mai 1981 und auch schon vor der formellen Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle an der W.-Strasse in Zürich Wohnsitz hatte. Dem vermögen die Aussagen des Polizeibeamten B. als Zeugen keinen Abbruch zu tun, wonach diesem ein bis zwei Wochen vor der Entlassung des Klägers aus der Untersuchungshaft (am 1. April 1981) Fräulein

Y. gesagt haben soll, sie nehme den Kläger nicht mehr bei sich auf, zeigten doch die nachfolgenden Umstände, dass offenbar ein Gesinnungswandel eingetreten war und erreichte doch B. den Kläger nach dessen Entlassung telefonisch bei Y. bzw. über diese. Bei der Haftentlassung hatte der Kläger für Postzustellungen B. gegenüber überdies ebenfalls jene Adresse angegeben. Aus dem Umstand, dass dem Betreibungsamt Zürich II von diesem Wohnsitz des Klägers nichts bekannt war, kann nicht geschlossen werden, der Kläger habe im massgeblichen Zeitpunkt dort keinen Wohnsitz gehabt (zu beachten ist, dass diese Auskunft gerade für den Stichtag nichtsagend ist).

Demgegenüber vermögen die Einwände des Beklagten im Berufungsverfahren nicht durchzudringen. Ausführungen über die Verhältnisse im Sommer 1980 sowie im Winter 1980/81 sind unbeachtlich, denn entscheidend sind die Umstände seit der Entlassung des Klägers aus der Untersuchungshaft im April 1981, insbesondere zur Zeit der Arrestnahme Mitte Mai 1981. Dass weder der Beklagte noch eine ganze Reihe von Zeugen im Winter 1980/81 den Kläger an der W.-Strasse erreichen konnten sowie dass Y. jeweils gesagt haben soll, der Kläger befinde sich im Ausland, ist deshalb nicht entscheidend und es ist demgemäss auch auf die Einvernahme der dazu angebotenen Zeugen zu verzichten. Wie schliesslich die Verhältnisse heute sind bzw. bei Erstattung der Rekursantwort am 7. April 1982 waren, kann ebenfalls offenbleiben, da es sich um nicht prozessentscheidende Zeiträume bzw. Zeitpunkte handelt. Offensichtlich aktenwidrig ist schliesslich das Vorbringen in der Berufungsbegründung, der Kläger habe gegenüber sämtlichen Amtsstellen, mit denen er in Kontakt gekommen sei, vor der Arrestlegung als Wohnsitz nie die W.-Strasse angegeben; gerade zehn Tage vorher nannte er nämlich gegenüber dem Bezirksgericht Dielsdorf diese Adresse als Wohnsitz. Dass schliesslich eine Reihe weiterer Einwände des Beklagten gegen einen Wohnsitz des

Klägers im massgeblichen Zeitpunkt an der W.-Strasse in Zürich nicht durchzudringen vermögen, ergibt sich aus Erw. V/2 hernach.

2. Aus allen diesen Gründen war im Zeitpunkt der Arrestnahme der Arrestgrund des Fehlens eines festen Wohnsitzes gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG nicht gegeben. Jedenfalls misslang dem Beklagten der Beweis dafür, dass der Kläger am 15. Mai 1981 keinen Wohnsitz an der W.-Strasse in Zürich 6 hatte. Damit ist die Klage von der Vorinstanz zu Recht abgewiesen worden.

#### V.

1. Zu entscheiden ist noch der Rekurs des Klägers über die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO sind die Kosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Davon kann jedoch in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO abgewichen werden. Grundsätzlich ist dies dem richterlichen Ermessen anheimgestellt (Komm. Sträuli/Messmer, N. 8 zu § 64 ZPO). Abweichungen sind immer dann zulässig, wenn sich eine unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah.

2. Die Vorinstanz hat letzteres bejaht und den obsiegenden Kläger vollständig kosten- und entschädigungspflichtig erklärt. Eine nähere Prüfung ihrer Begründung ergibt, dass sie in diesem Punkt nicht haltbar ist. So kann aus dem Umstand, dass der Kläger bei seiner zivilen Abmeldung in Zürich im Oktober 1980 als Aufenthalt H.-Strasse angab, nicht gefolgert werden, der Beklagte habe in guten Treuen den PW Mercedes verarrestieren lassen dürfen, geschah dies doch rund sieben Monate später. Verhaltensweisen des Klägers im Herbst 1980 waren für die hier zu beurteilende Hauptfrage ohne Bedeutung. Entgegen der vorinstanzlichen Begründung lagen die diesbezüglichen Verhältnisse mit Bezug auf das Verhalten des Klägers gegenüber dem Betreibungsamt Zürich 11 keineswegs gleich; dieses wusste von einem Aufenthalt des Klägers an der H.-

Strasse nur in einem Zeitpunkt zehn Monate vor der fraglichen Arrestnahme zu berichten. Nichts abzuleiten ist sodann aus dem Umstand, dass auf einem Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 6. April 1981 – es wurde offenbar davon ausgegangen, der Kläger befinde sich nach wie vor in Untersuchungshaft im Bezirksgefängnis Zürich – der Vermerk «nun: Z.-Strasse 104, 8400 Winterthur» angebracht ist; der Vermerk ist offensichtlich mit der gleichen Schrift wie derjenige des Angestellten des Betreibungsamtes, der den Zahlungsbefehl unterschrieb, vorgenommen worden. Ob der Adressvermerk auf Grund einer Angabe des Klägers oder einer Drittperson (evtl. Bezirksgefängnis Zürich) erfolgte, steht nicht fest. Dies gilt ebenfalls für die Frage, ob der Kläger das fragliche Doppel des Zahlungsbefehls, das mit dem Vermerk, es werde Rechtsvorschlag erhoben, versehen ist, je gesehen hat; es steht jedenfalls fest, dass er die Erhebung des Rechtsvorschlages nicht persönlich verkündete. Nicht entscheidend ist sodann die Feststellung der Vorinstanz, der Kläger habe in einem andern Prozess ausführen lassen, er nehme im Ausland Wohnsitz, erfolgten doch diese Aussagen im Herbst 1980 und nicht im Frühling 1981. Aktenwidrig ist sodann die vorinstanzliche Feststellung, eine von Y. für ihre Wohnung eingeholte Untermieterbewilligung für den Kläger sei in der Folge gestrichen worden; gestrichen wurde auf dem fraglichen Bewilligungsformular lediglich die Verpflichtung der Mieterin, den Untermieter bei der zuständigen Einwohnerkontrolle an- und abzumelden. Richtig ist, dass der Vertreter des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren ausführte, dieser habe hinsichtlich der Adresse W.-Strasse Zurückhaltung gezeigt, um nicht in Zusammenhang mit Zuhälterei gebracht zu werden, da Y. dort einen Massagesalon betreibe; was hingegen die Aussage bezüglich der Mitteilung dieser Adresse an das Betreibungsamt Zürich 11 betrifft, so erfolgte das entsprechende Vorbringen durch den klägerischen Rechtsvertreter entgegen der Darstellung im vorin-

stanzlichen Urteil nicht als feste Behauptung, sondern in der Möglichkeitsform («ich könnte mir vorstellen, dass der Kläger ...»).

3. Gestützt auf diese Erwägungen ergibt sich, dass der Beklagte sich nicht auf § 64 Abs. 3 ZPO berufen kann. Gerade im Bereich des Arrestrechtes muss ein Arrestnehmer damit rechnen, mit allen Kosten belastet zu werden (vgl. Fritzsche, a. a. O., Bd. II, S. 204). Zudem ist zu beachten, dass § 64 Abs. 3 ZPO die Ausnahme bleiben soll und nur zurückhaltend zur Anwendung kommen darf; so zum Beispiel im Verfahren auf Erstreckung des Mietverhältnisses (ZR 79 Nr. 39).

An sich hätte dieses Ergebnis die volle Kosten- und Entschädigungspflicht des unterliegenden Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren zur Folge. Der Kläger hat nun aber in seinem Kosten- und Entschädigungsrekurs lediglich beantragt, die erstinstanzlichen Kosten seien den Parteien zur Hälfte aufzuerlegen, und es seien die Parteientschädigungen für das Verfahren vor Vorinstanz wettzuschlagen. Da die Rekursinstanz den erstinstanzlichen Entscheid nur im Rahmen der Rekursanträge überprüfen darf (vgl. § 279 Satz 1 ZPO), sind in Gutheissung des Rekurses des Klägers die erstinstanzlichen Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren wettzuschlagen. Hingegen ist dem Kläger für das Rekursverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen, und der Beklagte hat die Kosten dieses Verfahrens zu tragen.»

Obergericht, II. Zivilkammer