

## 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.

## 113.

**Art. 38 und 271 SchKG. Art. 151 ZGB. Soweit eine zugesprochene Entschädigungsrente noch nicht fällig ist, kann sie durch einen auf Sicherheitsleistung gerichteten Arrest sichergestellt werden.**

*Anwendungsfälle und Zulässigkeit eines auf Sicherheitsleistung gerichteten Arrestes (Erw. 2b); Umfang der Sicherheit (Erw. 2d); Wegzug ins Ausland und Einstellung der Zahlungen erfüllt die Voraussetzungen von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Erw. 3).*

Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach im Jahre 1985 geschieden. Der Beklagte wurde dabei aufgrund der gerichtlich genehmigten Konvention der Parteien insbesondere zu folgenden Leistungen verpflichtet:

«4. Der Beklagte bezahlt der Klägerin eine Rente gestützt auf Art. 151 ZGB im Betrage von Fr. 2730.-, zahlbar monatlich im voraus ab Rechtskraft des Scheidungsurteils.

Verdient die Klägerin monatlich mehr als Fr. 500.-, so reduziert sich die Rente um die Hälfte des über Fr. 500.- liegenden Verdienstes.

5. Die Rente wird indexiert in dem Sinne, dass der Beklagte der Klägerin jeweils auf den 1. Februar des folgenden Jahres gleich viel Prozent zusätzlich bezahlt, die er für das neue Jahr an Teuerungszulagen, Lohnerhöhung oder Treueprämie erhält.»

Am 2. November 1990 stellte die Klägerin bei der Arrestbehörde das Begehren, es sei gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 und 4 SchKG für eine Forderung von Fr. 8190.- nebst Zins seit 1.9./1.10./1.11.1990 sowie von Fr. 365 600.- nebst 5% Zins seit Datum des Arrestbegehrens gegen den Schuldner ein Arrestbefehl zu erlassen. Als Arrestgegenstände wurden verschiedene Bankkonten und -depots sowie die Pensionskassenguthaben des Beklagten genannt. Als Forderungsgrund wurden die Unterhaltsbeiträge gemäss der oben erwähnten Konvention bezeichnet, nämlich die für die drei Monate September, Oktober und November 1990 fälligen Beiträge von insgesamt Fr. 8190.-, sowie der kapitalisierte Wert der weiterhin geschuldeten, aber noch nicht fälligen Unterhaltsleistungen, den die Klägerin auf Fr. 365 600.- beziffert. Die Arrestbehörde bewilligte den Arrest für die fäl-

ligen Beiträge, d. h. über Fr. 8190.-; im übrigen wies sie das Begehren ab, da ein Anspruch auf den kapitalisierten Gesamtbetrag der Unterhaltsleistungen weder vertraglich noch gerichtlich festgelegt und damit nicht arresttauglich sei. Dagegen rekurrierte die Klägerin an das Obergericht. Dieses erwo:

«1. Gemäss Art. 272 SchKG bewilligt die zuständige Behörde den Arrest, wenn der Gläubiger seine Forderung und das Vorhandensein eines Arrestgrundes glaubhaft macht. Beide Aspekte bedürfen näherer Prüfung.

2. Bezüglich des Arrests über die zweitinstanzlich allein noch streitigen zukünftigen Unterhaltsbeiträge beruft sich die Klägerin auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Schuldnerflucht), in welchem Falle grundsätzlich Arrest auch für eine noch nicht fällige Forderung verlangt werden kann, wobei der Arrest gegenüber dem Schuldner die Fälligkeit bewirkt (Art. 271 Abs. 2 SchKG).

a) Es liegt auf der Hand, dass die unmittelbare Fälligkeit der zukünftigen, zudem in mehrfacher Hinsicht bedingten Unterhaltsansprüche der Rekurrentin allein aufgrund des Umstandes, dass der Beklagte seine hiesige Anstellung aufgegeben und sich auf den Philippinen selbständig gemacht hat, eine gänzlich unangemessene und vom Gesetz nicht vorgesehene Rechtsfolge wäre.

b) Der Klägerin kommt – selbst wenn der Tatbestand der Schuldnerflucht im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG vorliegt (dazu nachfolgend Ziff. 3) – im heutigen Zeitpunkt kein Leistungs-, sondern lediglich ein Sicherstellungsanspruch zu. Das Bundesgericht hat in BGE 107 II 396ff. in Ergänzung zu den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen der Sicherstellung zugunsten verschiedenster Anspruchsberechtigter (im familienrechtlichen Bereich namentlich die Art. 203, 235 und 250, je Abs. 2, Art. 218 Abs. 2, 281, 282, 292, 329 Abs. 3 und 334 Abs. 2 ZGB; vgl. ferner Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., § 7 Rz. 6) die Sicherstellung einer gestützt auf Art. 151 ZGB zugesprochenen Rente in sinngemässer Anwendung von Art. 43 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB für zulässig erklärt; allerdings nur unter der Voraussetzung, dass eine konkrete Gefährdung der

Erfüllung der Rentenzahlungspflicht nachgewiesen und der Pflichtige zur Leistung einer Sicherheit in der Lage ist.

Vollstreckt wird ein (noch) nicht auf eine Leistung in Geld (Zahlung), sondern lediglich auf Sicherstellung einer zukünftigen Geldzahlung gerichteter Anspruch durch Betreibung auf Sicherheitsleistung (Art. 38 SchKG; Krauskopf, Wesen und Bedeutung der Betreibung auf Sicherheitsleistung in Lehre, Rechtsprechung und Praxis, BJSchK 1978 S. 161ff.). Die Sicherheitsleistung bewirkt nicht Tilgung der Schuld, sondern lediglich Hinterlegung bei der kantonalen Depositenanstalt (Art. 9 SchKG; vgl. § 10 EGSchKG). Nur wer anschliessend auf Geldzahlung betreibt, wird – aus dem hinterlegten Substrat – für seine Forderung befriedigt (BGE 90 III 2). Die Betreibung auf Sicherheitsleistung bietet mithin lediglich die Sicherheit, bei Fälligkeit der Forderung diese durch ordentliche Betreibung auf Geldzahlung zwangsweise durchsetzen zu können (BGE 110 III 3 Erw. 2b; vgl. Amonn, a. a. O., § 7 Rz. 5ff.; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, § 10 Rz. 25ff.). Vorausgesetzt ist eine Verpflichtung des Schuldners zur Sicherheitsleistung, die von diesem mit Rechtsvorschlag bestritten werden kann und gegebenenfalls vom Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren nachzuweisen ist.

Ob ein Arrest auf Sicherheitsleistung überhaupt zulässig sei, ist aufgrund von BGE 93 III 78/79 allerdings mit einem gewissen Unsicherheitsfaktor behaftet: Das Bundesgericht liess damals die Frage offen, ob ein Arrest entgegen dem eng ausgelegten Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 SchKG nicht nur für eine (Geld-)Forderung, sondern auch für eine «Forderung» auf Sicherheitsleistung (in Geld) gelegt werden kann. Die Lehre geht allerdings – soweit ersichtlich – einmütig von der Zulässigkeit solchen Vorgehens aus (vgl. Amonn, a. a. O., § 51 Rz. 3; Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, S. 829 Ziff. 3a; Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. A., N. 1 zu Art. 271 SchKG; Walder, Schuldbetreibung und Konkurs II [Scriptum], 109; Breitschmid, Sicherstellung zukünftiger Unterhaltsbeiträge [Art. 292 ZGB], ZVW 45/1990 S. 1ff., 5). Das Bedürfnis für die Zulässigkeit des Arrests auf

(blosse) Sicherheitsleistung zeigt sich gerade im Unterhaltsrecht mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit des auf Zahlung gerichteten Arrests für zukünftige Unterhaltsbeiträge (Bühler/Spühler, N. 108 a. E. zu Art. 151 ZGB).

Besteht – wie im vorliegenden Fall – lediglich ein auf Sicherstellung gerichteter Anspruch, so bietet der Umstand, dass Arrest bei Schuldnerflucht zur Fälligkeit der Forderung führt, keine unmittelbare Hilfe: Würde der (auf Zahlung gerichtete) Arrest gewährt, so könnte er mangels eines auf Zahlung gerichteten Anspruches wiederum nur durch Betreibung auf Sicherheitsleistung prosequiert werden (Breitschmid, a. a. O., S. 6).

c) Bei dieser Sachlage fragt sich zunächst, ob das von der Klägerin klar auf Geldzahlung und nicht auf blosse Sicherheitsleistung gerichtete Begehren überhaupt im vorstehend dargestellten Sinne entgegengenommen werden kann. Es wäre allerdings mit Rücksicht auf das grundsätzlich (dazu im übrigen nachfolgend Ziff. 3) ausgewiesene Sicherungsbedürfnis der Klägerin und auch im Hinblick darauf, dass der auf blosse Sicherheitsleistung statt direkter Zahlung gerichtete Arrest nicht ein «aliud» darstellt, sondern als «minus» vom klägerischen Begehren erfasst gelten darf, wenig prozessökonomisch, den vorliegenden Rekurs abzuweisen und die Klägerin zur Anhebung eines auf Sicherheitsleistung gerichteten Begehrens bei der Vorinstanz zu veranlassen.

d) Damit ist zu prüfen, in welcher Höhe der Klägerin Sicherheit zu verschaffen sei. In BGE 107 II 401 (Erw. 4c a. E.) wird als Voraussetzung genannt, dass der rentenpflichtige Gatte zur Leistung einer Sicherheit überhaupt in der Lage sei; die Begründung lautet allerdings eher praktisch denn dogmatisch zwingend dahin, dass ansonst die Verpflichtung kaum Sinn hätte. Dahinter steht aber doch auch der Gedanke, dass der (noch) nicht zu Leistung Verpflichtete nicht über Gebühr in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt werden darf.

Im vorliegenden Fall ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass der den Aufbau eines eigenen Geschäfts auf den Philippinen beabsichtigende Beklagte nach klägerischer Darstellung durchaus über Vermögenswerte zu verfügen scheint (so die im Arrestbegehren genannten

Konti und Depots). Ferner tritt mit Bezug auf seine im Arrestbegehren ebenfalls angeführten Pensionskassenguthaben bei seiner bisherigen Arbeitgeberin aufgrund von Art. 30 Abs. 2 BVG bzw. Art. 33c Abs. 4 lit. b OR der Barauszahlungstatbestand ein. Die Kammer hat mit Beschluss vom 29. März 1990 i. S. SKA c. C. zwar festgehalten, solche Guthaben seien nach Art. 92 Ziff. 13 nicht pfändbar bzw. arrestierbar, solange der Versicherte kein Begehren um Barauszahlung gestellt habe; diese Auffassung ist allerdings streitig (a. M. Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 5 Rz. 26, und BJM 1989 139ff.). Im vorliegenden Fall ist gegenüber den Erwägungen im Beschluss vom 29. März 1990 vorab zu berücksichtigen, dass einerseits eine unmittelbare, erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, der Pflichtige werde mit Rücksicht auf seine Geschäftsgründung die Barauszahlung zu erwirken versuchen; andererseits erweist sich eine Präzisierung der dortigen Praxis in Übereinstimmung mit den abweichenden Meinungen in Praxis und Literatur deshalb als angezeigt, weil hier lediglich eine Sicherheitsleistung und nicht die Zahlung in Frage steht, womit der Arrestbeschluss den Vorsorgezweck nicht a priori vereitelt.

Der Schuldner wird allerdings sowohl Vorsorgeguthaben wie übrige Vermögenswerte gerade im Hinblick auf seine neue Geschäftstätigkeit benötigen, deren Erfolg zugleich seine weitere Leistungsfähigkeit und damit die Höhe der der Klägerin geschuldeten Unterhaltsbeiträge zumindest mitbeeinflussen wird. Dies legt es nahe, von einer nur begrenzten Leistungsfähigkeit auszugehen. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin aufgrund der einleitend zitierten Konvention keinen unbedingten Anspruch hat. Einmal hat sie sich ein monatlich Fr. 500.– übersteigendes Einkommen zur Hälfte an die Rente anrechnen zu lassen. Sodann kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, die der im Zeitpunkt der Scheidung knapp 45jährigen Klägerin zugesprochene Rente habe bezweckt, diese von jeglicher eigenen Erwerbstätigkeit zu befreien. Zudem ist auch eine auf Art. 151 ZGB abgestützte Rente, soweit sie dem Unterhaltersatz dient, bei wesentlicher Verschlechterung der Verhältnisse

des Pflichtigen herabsetzbar (Bühler/Spühler, N. 67ff. zu Art. 153 ZGB).

Zusammenfassend erweist es sich unter Berücksichtigung all dieser Umstände als angemessen, der Klägerin für einen Betrag von Fr. 60000.– Sicherheit zu gewähren. Massgeblich für die Festlegung ist einerseits, dass sie – vorbehaltlich abweichender vorsorglicher Massnahmen – für die Dauer eines vom Beklagten anzuhebenden Abänderungsverfahrens noch Anspruch auf die bisherigen Beiträge von offenbar nach wie vor monatlich Fr. 2730.– hat, ein solches Verfahren allerdings kaum länger als etwa 1½ Jahre dauern wird, und alsdann möglicherweise ein geringerer Beitrag geschuldet sein wird. Andererseits erlaubt ihr die so entstehende Übergangsperiode jedenfalls, sich auf eine (teilweise) Erwerbstätigkeit vorzubereiten. Dem Beklagten seinerseits dürfte damit – namentlich unter Berücksichtigung seiner Pensionsansprüche und des tieferen Lebenskostenniveaus auf den Philippinen – ein angemessener Betrag verbleiben, um die von ihm beabsichtigte berufliche Neuorientierung (über deren Zulässigkeit unter unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten im vorliegenden Verfahren nicht zu befinden ist) durchzuführen. Ohnehin sei der Klarheit halber angemerkt, dass mit dieser Bemessung der Sicherheitsleistung keine endgültige Beurteilung dieses Teilaspekts verbunden ist und von den Beteiligten jederzeit neue massgebliche Gesichtspunkte vorgebracht werden können.

Ein Zinsanspruch ist im Hinblick auf die blosse Sicherheitsleistung und die einstweilen noch nicht eingetretene Fälligkeit nicht zuzusprechen, sondern wäre im Rahmen der jeweils bei Fälligkeit anzuhebenden Betreibungen geltend zu machen.

3. Steht damit sowohl im Grundsatz wie hinsichtlich der Voraussetzungen im einzelnen der Sicherstellungsanspruch der Klägerin fest, so ist abschliessend zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gegeben sind.

Die Klägerin legt ein Schreiben des Beklagten vom 24. September 1990 vor, in welchem dieser – unter Hinweis auf seine Geschäftsgründung in Manila – ausdrücklich erklärt, seine hiesige Stelle auf Ende August 1990 gekündigt

zu haben und deshalb bis auf weiteres seine monatlichen Zahlungen zu sistieren; des weiteren ersucht er um Rückzahlung der von ihm für den Monat August «fälschlicherweise» noch überwiesenen Rate. Es bedarf nicht näherer Darlegung, dass es nicht im Belieben des Beklagten steht, die Konvention bzw. das gestützt darauf ergangene Scheidungsurteil eigenmächtig «abzuändern». Es liegt im Vorgehen des Beklagten damit offenkundig sowohl die objektive Komponente der Schuldnerflucht (Kündigung seiner hiesigen Anstellung; Wegzug ins Ausland) wie auch das subjektive Element (Wille, sich der Zahlungspflicht zu entziehen).»

Obergericht, II. Zivilkammer,  
13. Dezember 1990