

## 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.

58.

**Art. 278 SchKG. Arresteinsprache; Novenrecht. Beachtlichkeit des nach der Arrestlegung neu begründeten Wohnsitzes.**

*Veränderten Lebensverhältnissen nach der Arrestbewilligung ist umfassend Rechnung zu tragen und dem Einsprache- wie auch dem Weiterzugsentscheid ist hinsichtlich des Arrestgrunds der Sachverhalt zu Grunde zu legen, wie er im jeweiligen Entscheidzeitpunkt besteht. Beruft sich der Schuldner auf einen neu begründeten Wohnsitz (in der Schweiz), so hat er diesen erheblichen Sachumstand glaubhaft zu machen. Die Anforderungen sind dabei vergleichsweise hoch anzusetzen; i.d.R. ist bei der Anrufung eines neuen schweizerischen Wohnsitzes eine persönliche Befragung gestützt auf § 149 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen anzuordnen (Erw. c/bb). Der Gläubiger hat sowohl im Einsprache- als auch im Weiterzugsverfahren die Möglichkeit, sich auf einen anderen Arrestgrund als den im Arrestbefehl genannten zu berufen (Erw. c/cc). Dem Umstand einer zunächst in guten Treuen veranlassten Arrestnahme ist bei der Kosten- und Entschädigungsregelung gebührend Rechnung zu tragen (Erw. c/dd).*

Auf Begehren der Gläubigerin vom 17. Juli 1998 erliess der Arrestrichter am 21. Juli 1998 gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG einen Arrestbefehl. Mit Eingabe an den Einzelrichter vom 20. August 1998 erhob die Schuldnerin Einsprache und begehrte die Aufhebung des Arrestes. Sie bestreitet den im Arrestbefehl aufgeführten Arrestgrund des fehlenden festen Wohnsitzes und macht geltend, sie habe ihren Wohnsitz in B. nie aufgegeben, jedenfalls aber ab dem 25. Juli 1998 dort wieder Wohnsitz genommen. Der Arrestrichter hiess die Einsprache gut und hob demgemäss den Arrestbefehl auf. Die Gläubigerin verlangt im Rekurs die Abweisung der Einsprache; sie macht im Wesentlichen geltend, dass eine erst nach der Arrestlegung erfolgte Wohnsitznahme unbeachtlich bleiben müsse, ansonst Missbräuchen Tür und Tor geöffnet wäre.

Aus den Erwägungen des Obergerichts:  
«III.

1. a) [...]

b) Zu klären ist somit vorab die Frage, auf welchen Zeitpunkt hin die Arrestvoraussetzungen gegeben sein müssen:

aa) Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben (Art. 278 Abs. 1 SchKG). Der Arrestrichter gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet ohne Verzug (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Der Einspracheentscheid kann innert zehn Tagen an die obere Gerichtsstanz weitergezogen werden. Vor dieser können neue Tatsachen geltend gemacht werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG).

bb) 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 liefern namentlich dort, wo es sich um neuere Gesetze handelt, eine wertvolle Auslegungshilfe (BGE 123 II 600 f., unter Hinweis auf BGE 121 III 219, BGE 123 II 464 und BGE 116 II 411).

cc) Der Gesetzeswortlaut gibt auf die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Überprüfung des Vorliegens der drei gesetzlichen Arrestvoraussetzungen (Forderung, Arrestgrund, Vermögensgegenstände; Art. 272 Abs. 1 SchKG) abzustellen ist, keine abschliessende Antwort. So ist nur für das Verfahren vor der oberen Gerichtsstanz, nicht aber für das Einspracheverfahren vor dem Arrestrichter von der Möglichkeit der Geltendmachung neuer Tatsachen die Rede. Alsdann erscheint auslegungsbedürftig, ob echte und/oder unechte Noven angesprochen sind (vgl. *Amonn*, Streiflichter auf die Revision des SchKG, ZBJV 123/1987 S. 188; *Ottomann*, Der Arrest, in: *Meier* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Schuld-

betreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel 1996, S. 75).

dd) Für den Fall der Weiterziehung des Konkurserkennnisses nach Art. 174 SchKG wird ausdrücklich ausgeführt, die Parteien könnten neue Tatsachen geltend machen, «wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind» (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Alsdann wird dort auch klar statuiert, unter welchen «inzwischen» eingetretenen Voraussetzungen das obere Gericht die Konkursöffnung aufheben kann (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Daraus ist systematisch aber noch nicht unbeschweren zu folgern, nach Art. 278 SchKG könnten uneingeschränkt jedwelche Noven geltend gemacht werden, erweist sich das Arresteinspracheverfahren seiner Natur nach doch kaum als mit anderen schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Rechtsbehelfen vergleichbar.

Eher als zu schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Rechtsbehelfen sind Parallelen zu den zivilprozessualen Bestimmungen über den einstweiligen Rechtsschutz vor Rechtshängigkeit des ordentlichen Prozesses zu ziehen (BBl 143/1991 III S. 171; vgl. z.B. Art. 79 ff. BZPO; § 222 Ziff. 3 ZPO i.V.m. § 224 ZPO und § 110 Abs. 2 ZPO). Solcherlei vorsorgliche Massnahmen können aufgehoben oder geändert werden, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen oder wenn sich die Umstände geändert haben (vgl. Art. 83 Abs. 2-3 BZPO; § 229 Satz 1 ZPO).

ee) α) Das Institut der Arresteinsprache nach Art. 278 SchKG wurde im Zuge der auf den 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Teilrevision des SchKG vom 16. Dezember 1994 eingeführt. Dies in Ablösung der altrechtlichen Arrestaufhebungsklage nach Art. 279 aSchKG.

Nach Art. 279 aSchKG konnte der Schuldner unter Bestreitung des Arrestgrunds innert Frist seit Zustellung der Arresturkunde durch gerichtliche Klage die Aufhebung des Arrests verlangen. Im Arrestaufhebungsverfahren wurde lediglich geprüft, ob der im Arrestbefehl genannte Arrestgrund *im Zeitpunkt der Arrestbewilligung* vorlag, d.h. eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse führte praxisgemäss *nicht* zur Arrestaufhebung (BGE 54 III 144; Urteil der II. ZK vom 21. Mai 1996,

F.c.A.). Allerdings fanden sich im Schrifttum auch Stimmen, die eine Berücksichtigung nach der Arrestlegung verwirklichter Tatsachen befürworteten und beim Dahinfallen des Arrestgrunds während des Prozesses für eine Klageguthesung eintraten (*Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 59 Rz. 5).

β) Der Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981 (VESchKG) sah in Art. 278 VESchKG die Ablösung der Arrestaufhebungsklage durch ein Einspracheverfahren vor (a.a.O., S. 85: «J. Einsprache gegen den Arrestbefehl»):

<sup>1</sup> Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert fünf Tagen, seit er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben.

<sup>2</sup> Der Arrestrichter gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme, erhebt die für die Beurteilung notwendigen Beweismittel und entscheidet hierauf ohne Verzug.

<sup>3</sup> Der Einspracheentscheid kann binnen fünf Tagen an die obere Gerichtsstanz weitergezogen werden; vor dieser können neue Tatsachen geltend gemacht werden.

<sup>4-5</sup> [...]

Nach den Erläuterungen der Expertenkommission genügten die vorhandenen Rechtsbehelfe gegen einen ungerechtfertigten Arrest (Arrestaufhebungs- und Schadenersatzklage, Beschwerde) nicht. Es sollte deshalb mit dem vorgeschlagenen Einspracheverfahren ein umfassendes «verfahrensrechtliches Korrektiv» für den Fall fehlender Arrestvoraussetzungen geschaffen werden (a.a.O., S. 91 f.). Nach ihren Darlegungen entschied sich die Expertenkommission für die Zulassung neuer Tatsachen (Art. 278 Abs. 3 VESchKG), «weil das Arrestverfahren sehr einschneidende Sicherungsfunktionen zeitigt, die es zu beseitigen gilt, sobald die Voraussetzungen (z.B. wegen Zahlung der Schuld oder Rückzug des Arrestgesuches) nicht mehr vorliegen» (a.a.O., S. 93).

γ) Obgleich in der Vernehmlassung vereinzelt Bedenken betreffend die Zulassung neuer Tatsachen laut geworden waren (vgl. Ergeb-

nisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Vorentwurf zu einer Teilrevision des SchKG, S. 732 ff., insbes. S. 734 und S. 739), präsentierte der Bundesrat im Entwurf über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 (ESchKG) folgende Regelung (Art. 278 ESchKG «H. Einsprache gegen den Arrestbefehl»; BBl 143/1991 III S. 267):

<sup>1</sup> Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben.

<sup>2</sup> Der Arrestrichter gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet ohne Verzug.

<sup>3</sup> Der Einspracheentscheid kann innert zehn Tagen an die obere Gerichtsstanz weitergezogen werden. Vor dieser können neue Tatsachen geltend gemacht werden.

<sup>4-5</sup> [...]

In der Botschaft wurde hiezu unter Bezugnahme auf BGE 107 III 32 festgehalten, dem geltenden Arrestrecht werde nicht zu Unrecht vorgeworfen, die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Verfahrensrechte seien unzureichend. In der Tat sei nicht unbedenklich, dass ein Arrestbefehl erlassen werden und während längerer Zeit Bestand haben könne, ohne dass der Schuldner vor Erlass Gelegenheit erhalten hätte, sich zu äussern. Um die Verteidigung gegen den Arrestbeschluss zu verstärken, werde die Arrestaufhebungsklage durch ein summarisches Einspracheverfahren mit Weiterzugsmöglichkeit ersetzt, in dessen Rahmen dem Schuldner Gelegenheit gegeben werde, seinen Standpunkt darzulegen, und der Arrestrichter seinen Entscheid einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen habe (BBl 143/1991 III S. 171 f.).

Sodann wurde zu Art. 278 Abs. 1 ESchKG ausgeführt, mit der Einsprache könnten sämtliche Voraussetzungen der Arrestbewilligung bestritten werden. Und wörtlich (a.a.O., S. 173):

«Ändert sich die Sachlage nach rechtskräftiger Bewilligung des Arrestes (z.B. hat der Schuldner inzwischen Wohnsitz begründet), kann er dies mit neuer Einsprache vorbringen. [...] Und ändert sich die Sachlage während eines hängigen Einspracheverfahrens, ist gemäss Absatz 3 zwei-

tem Satz den neuen Umständen Rechnung zu tragen.»

In den Erörterungen zu Art. 278 Abs. 3 ESchKG wurde ausdrücklich auf die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen zu Art. 278 Abs. 1 ESchKG verwiesen. Entscheidend sei, dass der Arrestbeschluss für den Betroffenen sehr einschneidende Sicherungsfunktionen zeitige, die sofort zu beseitigen seien, sobald die Voraussetzungen nicht mehr vorlägen (a.a.O., S. 173 f.).

δ) In der parlamentarischen Beratung folgte der Nationalrat in erster Lesung *ohne Wortmeldung* dem Antrag seiner Kommission und stimmte dem Entwurf des Bundesrats zu (Amtl. Bull. NR 103/1993 S. 39). Der Ständerat wiederum wies das Vorhaben auf Antrag seiner Kommission zunächst an den Bundesrat zurück, mit dem Auftrag, eine Zusatzbotschaft über die Auswirkungen des LugÜ vorzulegen (Amtl. Bull. SR 103/1993 S. 655, S. 648 und S. 645). In zweiter Lesung stimmte der Ständerat Art. 278 Abs. 1-3 ESchKG *diskussionslos* zu (die vorliegend nicht einschlägigen Bestimmungen von Art. 278 Abs. 4-5 ESchKG wurden ebenfalls diskussionslos angenommen bzw. erfuhren lediglich eine redaktionelle Änderung [Amtl. Bull. SR: 104/1994 II S. 734], welcher sich der Nationalrat wiederum ohne weiteres anschloss [Amtl. Bull. NR 104/1994 III S. 1421]). Solchermassen bereinigt passierte Art. 278 ESchKG schliesslich die Schlussabstimmungen beider Räte (Amtl. Bull. Nr. 104/1994 IV S. 2530; Amtl. Bull. SR 104/1994 IV S. 1355).

ε) Der Gang der Gesetzgearbeiten weist mithin klar in Richtung der Verstärkung des Rechtsschutzes des Schuldners – wie auch der vom Arrest betroffenen Dritten. Durch die Einführung des Einspracheverfahrens mit Weiterzugsmöglichkeit anstelle der altrechtlichen Arrestaufhebungsklage sollte das Arrestverfahrensrecht auf eine völlig neue Grundlage gestellt werden, in der Absicht, die Verteidigungsrechte des Schuldners gegen den Arrestbeschluss zu verstärken. Nach den Materialien zu schliessen, ging die Intention des Gesetzgebers – welcher die Vorlage des Bundesrats ohne weiteres übernahm und sich damit den Erläuterungen in der Botschaft vor-

behaltlos anschloss – folglich dahin, veränderten Lebensverhältnissen nach der Arrestbewilligung sowohl im Einsprache- als auch im Weiterzugsverfahren *umfassend* Rechnung zu tragen und auf den Sachverhalt zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung abzustellen.

ff) Nach dem Gesagten ist gestützt auf die Natur des Instituts («Einsprache») und namentlich die unverkennbare Regelungsabsicht des Gesetzgebers grundsätzlich davon auszugehen, dass dem Einsprache- wie auch dem Weiterziehungsentscheid hinsichtlich des Arrestgrunds der Sachverhalt zu Grunde zu legen ist, wie er im jeweiligen Entscheidungszeitpunkt besteht.

Dies entspricht im Übrigen auch der im Schrifttum – soweit ersichtlich – einhellig vertretenen Auffassung (vgl. etwa *Reiser*, in: Kommentar zum SchKG III, Basel 1998, N 46 zu Art. 278; *Walder/Jent-Sörensen*, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. A., Zürich 1997, Tafel 72, unter Hinweis auf *Fritzsche/Walder*, a.a.O., § 59 Rz. 5; *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 51 N 69 ff.; *Sprecher/Jetzer*, Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1997, S. 59 f.; *Stoffel*, Das neue Arrestrecht, AJP 11/1996 S. 1403 und S. 1409 ff.; *Meier-Dieterle*, Der «Ausländerarrest» im revidierten SchKG – eine Checkliste, AJP 11/1996 S. 1426 f.; *Ottomann*, a.a.O., S. 62 und S. 70 ff.; *Spühler*, Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Referat anlässlich der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen vom 23. Juni 1995 im Casino Luzern, S. 5; *Brönnimann*, Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, in: Feststellung des neuen Vermögens, Arrest, Anfechtung, SSAV Bd. 13, Bern 1995, S. 133 ff.; *Gasser*, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, ZBJV 130/1994 S. 600 ff.).

c) aa) Es fragt sich nun allerdings, ob das vordergründig eindeutige Auslegungsergebnis in allen Fällen zu befriedigen vermag: So wäre bei uneingeschränkter Massgeblichkeit neuer Umstände denkbar, dass sich der Schuldner darauf verlegen würde, nach der Arrestlegung Einsprache zu erheben, spätes-

tens im Zeitpunkt des Weiterzugsentscheids für einen (festen) Wohnsitz (in der Schweiz) zu sorgen, die verarrestierten Vermögenswerte nach Aufhebung des Arrests abzuräumen und den Wohnsitz (und damit zusammen den Gerichts- und Betreibungsstand) in der Folge sogleich wieder aufzugeben. In diesem Sinne ist zu prüfen, ob das wesentlich historisch orientierte Auslegungsergebnis auch an einem derartigen Sachverhalt verstanden zu einer befriedigenden Entscheidung führt oder aber eine nachträgliche Änderung allein vom Schuldner beeinflussbarer Umstände vom Normgefüge nicht sachgerecht erfasst wird.

bb) Zunächst ist festzuhalten, dass der Schuldner, welcher die Aufhebung des Arrests bewirken will, seinerseits Umstände glaubhaft zu machen hat, welche der Glaubhaftigkeit des arrestbegründenden Vorbringens des Gläubigers massgeblich entgegenstehen. Beruft sich der Schuldner auf einen neubegründeten Wohnsitz (in der Schweiz), so hat er diesen erheblichen Sachumstand glaubhaft zu machen. Die Anforderungen an das Glaubhaftmachen sind dabei vergleichsweise *hoch anzusetzen*. Der Schuldner hat besonders darzutun, dass er sich nicht lediglich der Arrestlegung entziehen, sondern effektiv einen neuen Wohnsitz begründen will. Wohl unterstehen das Einsprache- wie auch das Weiterzugsverfahren der Verhandlungsmaxime (der nach Untersuchungsmaxime anmutende Passus in Art. 278 Abs. 2 VESchKG: «Der Arrestrichter [...] erhebt die für die Beurteilung notwendigen Beweismittel [...]» [s. Erw. b/ee/β], wurde nicht ins Gesetz übernommen [vgl. auch *Gasser*, a.a.O., S. 612]) und ist das Verfahren demzufolge an § 210 ZPO zu orientieren, womit die Beweisantretung nicht gemäss § 136 f. ZPO, sondern ohne besondere Veranlassung durch den Arrestrichter obligatorisch mit der Einspracheerhebung/-begründung – bzw. ihrer Beantwortung – zu erfolgen hat. Indessen wird bei der Anrufung eines neuen schweizerischen Wohnsitzes in der Regel eine persönliche Befragung gestützt auf § 149 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen anzuordnen sein. Eine solche Beweiserhebung erweist sich als mit dem bundesrechtlichen Gebot einer unverzüglichen Entscheidung gemäss Art. 278

Abs. 2 SchKG, wonach nur die Abnahme greifbarer, «liquider» Beweismittel in Betracht kommt (vgl. BBl 143/1991 III S. 173; *Ottomann*, a.a.O., S. 75), durchaus vereinbar: Wer vorgibt, neu in der Schweiz zu wohnen, und gestützt auf diesen Umstand die Arrestaufhebung bewirken will, muss sich auch einer – gegebenenfalls kurzfristig anberaumten (vgl. § 175 GVG) – Parteibefragung stellen; Ausbleiben oder Aussageverweigerung wären nach freier Überzeugung gemäss § 148 ZPO zu würdigen (§ 154 ZPO).

cc) Dem Gläubiger steht es nach dem Gesagten ebenfalls frei, sich zum Nachweis des von ihm angerufenen Arrestgrunds auf Tatsachen zu stützen, die ihm bei der Arrestnahme noch nicht bekannt waren oder sich erst seither verwirklicht haben. Alsdann ist nach geltendem Recht – im Unterschied zum altrechtlichen Arrestaufhebungsprozess (vgl. *Fritsche/Walder*, a.a.O., § 59 Rz. 5, insbes. A. 5) – davon auszugehen, dass der Gläubiger sowohl im Einsprache- als auch im Weiterzugsverfahren die Möglichkeit hat, sich auf einen anderen Arrestgrund als den im Arrestbefehl genannten zu berufen (*Ammon/Gasser*, a.a.O., § 51 N 71 und 74). Kann der Gläubiger somit glaubhafterweise Anhaltspunkte namhaft machen, die auf ein böswilliges Verhalten des Schuldners schliessen lassen, berechtigt dies den Gläubiger, auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG auszuweichen. Liegen hingegen keine zureichenden Indizien für die schuldnerische Absicht vor, die Zwangsvollstreckung zu hintertreiben, entfällt auf Seiten des Gläubigers das ursprüngliche Bedürfnis nach Sicherstellung.

dd) Die Bedenken der Rekurrentin betreffend Missbräuche halten mithin nicht Stich, und das Auslegungsergebnis zeitigt durchaus auch in dieser Hinsicht ein befriedigendes Resultat.

Anzufügen bleibt, dass der Gläubiger namentlich auch kein unzumutbares Prozessrisiko läuft, da dem Umstand einer zunächst in guten Treuen veranlassten Arrestnahme bei der Kosten- und Entschädigungsregelung gebührend Rechnung getragen werden kann. Überdies wird es dem Schuldner, der sich im Arresteinspracheverfahren auf einen neu in

der Schweiz begründeten Wohnsitz beruft, versagt bleiben müssen, sich einem hiesigen ordentlichen Prozess durch Bestreitung des allgemeinen Gerichtsstands (vgl. § 2 ZPO; Art. 2 IPRG; Art. 2 LugÜ) zu entziehen – ein solches Verhalten wäre offenkundig rechtsmissbräuchlich und verdiente keinen Rechtsschutz (Art. 2 ZGB).

d) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass mit dem Arrestrichter auch der Umstand zu berücksichtigen ist, ob die Rekursgegnerin im Sinne ihres Eventualstandpunkts zumindest nach der Arrestlegung wieder einen festen Wohnsitz begründet hat.»

Obergericht, II. Zivilkammer,  
Beschluss vom 19. Februar 1999