

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.

79.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 6 SchKG. Art. 271 Abs. 3 SchKG. Art. 57 ZPO.

Wer über einen definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt, kann sich nicht auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (Ausländerarrest) berufen (Erw. 1). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob ein nicht ausdrücklich angerufener Arrestgrund vorliegt (Erw. 2.2). Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des nicht angerufenen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gegeben sind: Art. 271 Abs. 3 SchKG stellt eine Zuständigkeitsnorm dar, die nicht besagt, dass LugÜ-Entscheide vorab zwingend (als Hauptfrage) vollstreckbar erklärt werden müssten. Wie bei einem Schieds- oder Nicht-LugÜ-Entscheid müsste ein Arrestgesuch folglich auch ohne ausdrücklichen Antrag auf Vollstreckbarerklärung bewilligt werden, wenn gestützt auf einen LugÜ-Entscheid Forderung und Arrestgegenstände glaubhaft gemacht worden sind. Der Gewährung des Arrests steht indes die bundesgerichtliche Auffassung entgegen, wonach ein LugÜ-Entscheid nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG darstellt, wenn er zuvor (hauptfrageweise) vollstreckbar erklärt worden ist (Erw. 3.3 bis 3.5). Substanziierungsanforderungen im Arrestverfahren (Erw. 4).

Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 9. Februar 2015 stellte der Gesuchsteller das Gesuch, das Lohn Einkommen des (in Deutschland wohnhaften) Gesuchsgegners bei der H. AG (mit Sitz in der Stadt Zürich) sei gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG für eine Forderung von Fr. 14 582.16 zu verarrestieren.

(Aus den Erwägungen:)

«2. Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG

Der Gesuchsteller scheint sein Arrestgesuch auf die vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisbeschlusses des Amtsgerichts W. vom 24. April 2014 zu stützen. Dabei handelt es sich um einen definitiven Rechtsöffnungstitel.

Ist ein solcher gegeben, bietet das Gesetz den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG an. Der Gesuchsteller beruft sich nicht auf diesen Arrestgrund, sondern einzig auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Dabei übersieht er, dass dieser Arrestgrund gemäss dem Wortlaut der Bestimmung nur dann infrage kommt, «wenn ... kein anderer Arrestgrund gegeben ist». Stützt sich der Gesuchsteller auf einen definitiven Rechtsöffnungstitel, ist ein anderer Arrestgrund gegeben. Dies schliesst einen Arrest gestützt auf diese Ziffer aus. Das Bundesgericht gelangt zum selben Schluss. Es hält im Entscheid 139 III 135 (5A_335/2012) vom 21. Dezember 2012 (auf Deutsch übersetzt) Folgendes fest¹:

Durch die neue Ziff. 6 wird [...] der Verweis auf die vollstreckbaren Urteile, den Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 in seiner alten Fassung [...] vorsah, überflüssig. Denn wenn ein solches Urteil vorliegt, ist der Arrestgrund von Ziff. 6 gegeben [...] Folglich wurde der Satzteil «oder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil» gestrichen.

Weiter unten bekräftigt das Bundesgericht²:

Es muss [...] anerkannt werden, dass die neue Ziff. 4 von Art. 271 Abs. 1 SchKG [...] keine Lücke enthält.

Das Bundesgericht folgt somit dem Wortlaut und Inhalt des Gesetzes und lässt bei Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels nur den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gelten. Das Zürcher Obergericht, II. Zivilkammer, vertritt eine andere Auffassung³. Diese lässt sich aber weder mit dem Gesetz noch mit der Auffassung des Bundesgerichts in Einklang bringen. Immerhin räumt auch das Obergericht, II. Zivilkammer, in einem neueren Entscheid ein, dass das Bundesgericht wohl abweichend entscheiden würde⁴.

¹ Pra 2013 Nr. 69 Erw. 4.3.2 S. 518.

² Pra 2013 Nr. 69 Erw. 4.5.2 S. 520 unten.

³ Urteil vom 27. November 2013, PS130190, S. 4/5 Ziff. 3.3.

⁴ Urteil vom 18. Dezember 2014, PS140239, S. 10 Ziff. 5.2.

Das Obergericht begründet aber nicht, warum es der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht folgt, obwohl diese überzeugt. Der Hinweis im Obergerichtsentcheid auf die wohl abweichende Auffassung des Bundesgerichts und die fehlende Begründung der bisherigen Auffassung könnten immerhin darauf hindeuten, dass es eine Praxisänderung in Betracht zieht.

Zu ergänzen bleibt, dass ein Gläubiger möglicherweise gestützt auf einen noch nicht vollstreckbaren ausländischen Entscheid seine Forderung mit einem Arrest sichern will. In diesem Fall fehlt es an einem definitiven Rechtsöffnungstitel und der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG kann nicht angerufen werden. Da in diesem Fall «kein anderer Arrestgrund gegeben ist», kann sich der Gläubiger hier auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG berufen. Das Gericht wird dann zu prüfen haben, ob die Forderung gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid glaubhaft erscheint. Dies dürfte in der Regel zutreffen. Im vorliegenden Fall geht aber der Gläubiger davon aus, dass der angerufene Entscheid vollstreckbar ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein anderer Arrestgrund zur Verfügung stünde, eine Arrestlegung nach dem subsidiären Arrestgrund von Ziffer 4 somit ausscheidet.

3. Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG

3.1 Wie erwähnt, beruft sich der Gesuchsteller nicht auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG. Es fragt sich, ob das Gericht dennoch zu prüfen hat, ob ein Arrest gestützt auf diese Bestimmung infrage kommt.

3.2 Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, hatte abweichend vom Bezirksgericht zunächst in einigen Entscheiden die Auffassung vertreten, das Gericht habe sich nur mit jenen Arrestgründen zu befassen, auf die sich eine Partei stütze⁵. In einem neueren Entscheid hat es diese Praxis aber

aufgegeben⁶. Da das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO), überzeugt die neue Rechtsauffassung. Deshalb bleibt zu prüfen, ob dem Arrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stattzugeben ist.

3.3 Der Gesuchsteller beruft sich auf einen Entscheid, dessen Vollstreckbarkeit sich nach dem neuen LugÜ richtet. Gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG entscheidet das [Arrest-]Gericht in einem solchen Fall auch über die Vollstreckbarkeit der Entscheide⁷. Bei Art. 271 Abs. 3 SchKG handelt es sich um eine Zuständigkeitsnorm. Der Gesetzgeber wollte aufgrund der bisherigen Erfahrungen und mit dem Ziel der Vereinheitlichung und Beschleunigung des Verfahrens sicherstellen, dass die Kantone für das Vollstreckbarerklärungs- und das Arrestbewilligungsverfahren ein einziges Gericht für zuständig erklären, nicht zwei unterschiedliche Gerichte, etwa ein Vollstreckbarerklärungs- und ein Arrestgericht. Ausgehend von dieser Überlegung sollte es dem Gesuchsteller bei Vorliegen eines LugÜ-Entscheides freistehen, ob er dessen Vollstreckbarerklärung und den Arrest verlangt (Variante 1) oder ob er sich mit der vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarkeit im Rahmen des Arrestverfahrens begnügt (Variante 2). Mit Variante 2 erwirkte er ebenso einfach, schnörkellos und kostengünstig einen Arrest wie ein Gesuchsteller, der sich auf einen Nicht-LugÜ-Entscheid oder einen

⁶ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil vom 18. Dezember 2014, S. 6 Ziff. 4.3.

⁷ Art. 271 Abs. 3 SchKG lautet wörtlich wie folgt: «Im unter Absatz 1 Ziffer 6 genannten Fall entscheidet das Gericht bei ausländischen Entscheiden, die nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu vollstrecken sind, auch über deren Vollstreckbarkeit.»

⁵ PS120035 Erw. 4.2, PS110169 Erw. III/4.

Schiedsentscheid stützen kann⁸. Damit liesse sich das stossende Ergebnis verhindern, dass ein «LugÜ-Gesuchsteller» schlechtergestellt wird als ein Gesuchsteller, der sich auf einen Nicht-LugÜ-Entscheid oder einen Schiedsentscheid beruft. Mit Variante 2 verbunden wäre auch der Gleichlauf mit der nach herrschender Lehre im Rechtsöffnungsverfahren möglichen Lösung, die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheids nur vorfrageweise überprüfen zu lassen, statt (hauptfrageweise) dessen Vollstreckbarerklärung zu verlangen. Die Lösung wäre LugÜ-konform, weil der Staatsvertrag der Schweiz nicht verbietet, dem Gesuchsteller auch ohne vorgängige Vollstreckbarerklärung Sicherungsmittel nach dem eigenen Recht zur Verfügung zu stellen, sondern dies sogar vorsieht (Art. 47 Abs. 1 LugÜ).

Zu der mit Variante 1 verbundenen Schlechterstellung (Notwendigkeit der hauptfrageweisen Vollstreckbarerklärung) ist anzufügen, dass es zwar angesichts der Erleichterungen des neuen LugÜ wenig anspruchsvoll erscheint, die Vollstreckbarerklärung zu erwirken. In der Praxis ergeben sich aber in diesem Zusammenhang doch recht häufig Probleme, dass etwa die gesuchstellende Partei vergisst, die notwendige Bescheinigung einzureichen oder dass Bescheinigungen eingereicht werden, die nicht vollständig ausgefüllt und deshalb untauglich sind⁹. Zudem führt der Zwang zur hauptfrageweisen Vollstreckbarerklärung zu höheren Kosten, zum

einen, weil sie zu einer Gesuchshäufung führt, zum ändern, weil die Höhe der Entscheidungskosten bei der Vollstreckbarerklärung kantonal geregelt ist (Art. 96 ZPO) und damit nicht so moderat ausfällt wie im Arrestverfahren, in dem sich die Gebühren nach der einschlägigen Verordnung zum SchKG richten (s. Art. 48 GebV SchKG).

Das Bundesgericht vertritt allerdings eine andere als die hier vertretene Auffassung. Es kommt zunächst zum (überzeugenden) Schluss, dass bei Nicht-LugÜ- und Schiedsentscheiden eine vorfrageweise Prüfung der Vollstreckbarkeit möglich sei, um dann Folgendes festzuhalten¹⁰:

Eine andere Lösung ist [...] gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG für die «Lugano»-Urteile massgebend, aber sie ist durch die erleichterten Voraussetzungen zur Erlangung des Exequatur gerechtfertigt.

Das Bundesgericht setzt somit im LugÜ-Bereich eine Vollstreckbarerklärung voraus. Dies führt im Resultat zu der bereits erwähnten nicht zu rechtfertigenden Schlechterstellung von Gesuchstellern, die sich auf LugÜ-Entscheide stützen, obwohl diese gemäss dem Tenor des Staatsvertrags privilegiert statt diskriminiert werden müssten und obwohl Art. 47 Abs. 1 LugÜ ausdrücklich vorsieht, dass der Gesuchsteller die im Staat zur Verfügung gestellten Sicherungsmittel in Anspruch nehmen darf.

3.4 Richtigerweise müsste dem Arrestgesuch somit gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stattgegeben werden. Es ist jedoch vonseiten einer ersten Instanz aus Gründen der Rechtssicherheit nicht angezeigt, von der höchstrichterlichen und erst kürzlich publizierten Auffassung abzuweichen, auch wenn es sich hierbei nur um ein obiter dictum handelte und die Auffassung des Bundesgerichts nicht näher begründet wird. Der Versuch des Zürcher Obergerichts, das gewünschte Resultat über Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG zu erreichen, ist unter diesen Umständen zwar verständlich, überzeugt aber aus den in Er-

wägung 2 angestellten Überlegungen heraus nicht.

3.5 Der vom Gesuchsteller eingereichte Entscheid ist soweit ersichtlich für die Schweiz noch nicht vollstreckbar erklärt worden. Von Amtes wegen kommt eine Vollstreckbarerklärung nach ständiger und überzeugender Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts, II. Zivilkammer, nicht infrage¹¹. Der Arrest scheidet somit an der vom Bundesgericht verlangten vorgängigen Vollstreckbarerklärung jenes Entscheides, auf den sich der Gesuchsteller beruft. Sein Gesuch ist folglich abzuweisen.

4. Ungenügende Substanziierung

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Obliegenheit des Arrestgläubigers zur Begründung des Arrestgesuchs voraussetzt, dass er sämtliche für die Gutheissung des Gesuchs relevanten Tatsachen behauptet und zu jeder relevanten Behauptung auf die jeweils einschlägige Gesuchsbeilage verweist (Prinzip der Beweisverbindung)¹². In Bezug auf die Begründung der Arrestforderung bedeutet dies, dass er – ausgehend vom Forderungstitel – im Gesuch in nachvollziehbarer Weise darlegt, wie sich die geltend gemachte Arrestforderung zusammensetzt. Bei periodischen Forderungen ist anzugeben, auf welchen Zeitraum sich die Arrestforderung bezieht. Im Falle von Teilzahlungen ist nicht nur deren Höhe anzugeben, sondern sind auch die Valutadaten der Zahlungen im Gesuch aufzuführen.

Vorliegend begründet der Gesuchsteller zwar im Gesuch, aus welchen drei Positionen die Summe von Fr. 14 582.16 resultiert. Er tut aber weder dar, wie er auf die drei Beträge kommt noch auf welchen Titel er sich hierfür stützt. Wegen der in diesem Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime (e contrario Art. 254 ZPO) wäre es grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, in den Beilagen nachzuforschen, wie der Gesuchsteller die Be-

träge wohl errechnet haben könnte. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts, II. Zivilkammer, gehört das im Absatz zuvor erwähnte Prinzip der Beweisverbindung gar zum «verfahrensrechtlichen Basiswissen»¹³, was auch gerichtliches Nachfragen im Sinne von Art. 56 ZPO verbietet¹⁴. Liesse man diese Verfahrensgrundsätze beiseite, stiesse man in den Beilagen für die Forderungsberechnung zwar auf die Aufstellungen der erbrachten Leistungen für A. D. und B. D., die Aufschluss gäben, wie sich die in der Gesuchsbegründung aufgeführten Unterhaltsbeiträge zusammensetzen. Wie der Gesuchsteller von den im Versäumnisbeschluss zugesprochenen Forderungen zu den in den Aufstellungen aufgeführten Zahlen kommt, wird daraus aber nicht ersichtlich. Das Gesuch müsste somit aus diesen Überlegungen heraus auch wegen ungenügender Substanziierung und wegen der Verletzung des Prinzips der Aktenverbindung abgewiesen werden.

Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz Urteil vom 12. Februar 2015
EQ150028
(Mitgeteilt von lic. iur. R. Egli)

⁸ In BGE 139 III 135 Erw. 4.5.2 (= Pra 2013 Nr. 69 Erw. 4.5.2) hielt das Bundesgericht fest, dass es nicht willkürlich sei, wenn der Arrestrichter (bloss) vorfrageweise über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen «Nicht-Lugano»-Entscheids urteilen müsse.

⁹ Siehe Art. 54 und 58 LugÜ, Anhang V des LugÜ; Zudem kommt es nicht selten vor, dass der nach Variante 1 zwingend erforderliche Antrag auf ein separates Exequatur fehlt oder zumindest unklar ist (z.B. wegen widersprüchlicher Angaben im Arrestgesuch), ob ein solcher Antrag vorliegt oder der Arrestgläubiger bloss die (nach Variante 1 ungenügende) inzidente Prüfung der Vollstreckbarkeit verlangt hat.

¹⁰ Pra 2013 Nr. 69 Erw. 4.5.2 S. 521 Zeilen 11 bis 13.

¹¹ PS110169, PS130058, Reiser/Jent-Sørensen, SJZ 107 S. 453 ff.

¹² Überzeugend: OGer. ZH, II. ZK, PF140061, vom 30. Januar 2015.

¹³ Urteil vom 29. September 2014, LF140052, Erw. 4.7.

¹⁴ BGer 5A_462/2013, Urteil vom 12. November 2013, Erw. 3.