



## Gedanken zum zweiseitigen Vertrag als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG beim Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG

PHILIPP H. HABERBECK

Bei zweiseitigen Verträgen, die für gewisse Forderungen grundsätzlich als Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizieren können, stellt sich im Kontext des Arrestverfahrens das Problem, dass eine Entschärfung einer Schuldanerkennung durch Einwendungen des Schuldners im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG vor Erlass bzw. Vollzug des Arrestbefehls nicht möglich ist, da der Arrestbefehl zwecks Wahrung des Überraschungseffektes notwendigerweise ein ex parte-Entscheid ist, gegen den erst nach Vollzug des Arrests seitens des Schuldners durch eine Einsprache vorgegangen werden kann. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die in diesem Beitrag diskutierte Frage, inwieweit der sich auf einen zweiseitigen Vertrag als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG stützende Gläubiger in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass er die ihm obliegenden, für die Entstehung seiner Forderung erforderlichen Vertragspflichten (z.B. die Übertragung der Kaufsache oder Überweisung des Darlehensbetrages) erfüllt hat.

Dans le cadre de contrats bilatéraux qui peuvent en principe être qualifiés de reconnaissances de dettes au sens de l'art. 82 al. 1 LP pour certaines créances, la procédure de séquestre soulève un problème dans la mesure où le débiteur ne peut pas s'opposer à la reconnaissance de dette, en soulevant des objections en application de l'art. 82 al. 2 LP, avant l'ordonnance de séquestre ou son exécution, étant donné que l'ordonnance de séquestre est forcément une décision rendue ex parte afin de ménager l'effet de surprise ; le débiteur ne peut agir par voie d'opposition qu'une fois le séquestre exécuté. Cette contribution aborde à ce propos la question de savoir dans quelle mesure le créancier qui se prévaut d'un contrat bilatéral en tant que reconnaissance de dette au sens de l'art. 271 al. 1 ch. 4 en relation avec l'art. 82 al. 1 LP doit établir, dans sa requête de séquestre, avoir rempli les obligations contractuelles lui incombant pour faire naître sa créance (p. ex. transfert de la chose vendue ou versement du prêt accordé).

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Diskussion
  1. Fragestellung
  2. Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung
  3. Interpretations- und Erklärungsansatz
    - 3.1 Die 1994/1997-Revision von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG
    - 3.2 These 1: Bei zweiseitigen Verträgen ist der Gläubiger verpflichtet, auch die Erbringung seiner eigenen Leistung, von der die Entstehung der Arrestforderung abhängt, mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln glaubhaft zu machen
    - 3.3 These 2: Es ginge zu weit, zweiseitige Verträge im Arrestverfahren per se nicht als zulässige Schuldanerkennung zuzulassen
    - 3.4 These 3: Der Beweis für die eigene Leistung des Gläubigers muss nicht zwingend durch eine schriftliche Empfangsquittung des Schuldners erbracht werden
- III. Zusammenfassung

### I. Einführung

Von den in Art. 271 Abs. 1 SchKG<sup>1</sup> aufgeführten Arrestgründen ist der sogenannte Ausländerarrest gemäss

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG<sup>2</sup> der in der Praxis relevanteste.<sup>3</sup>

Neben den allgemeinen Voraussetzungen, die für den Erlass eines Arrestbefehls erfüllt sein müssen<sup>4</sup>, hängt die Gewährung eines Ausländerarrestes gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG davon ab, dass (i) der Schuldner

<sup>2</sup> Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (mit dem Titel: Arrestgründe) lautet: «Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen: [...] wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 beruht [...]».

<sup>3</sup> Vgl. etwa FELIX C. MEIER-DIETERLE, Der «Ausländerarrest» im revidierten SchKG – eine Checkliste, AJP/PJA 1996, 1416; LOUIS DALLÈVES, Ausländerarrest, in: Der Arrest im SchKG, Schriftenreihe SAV, Band 4, Zürich 1989, 53.

<sup>4</sup> Hierzu zählen in erster Linie das Vorliegen einer fälligen und nicht pfandgedeckten Forderung, das Vorhandensein (in der Schweiz) von Vermögensgegenständen des Schuldners (sogenanntes Arrestsubstrat) sowie das Bestehen eines Arrestgrundes gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–6 SchKG (siehe Art. 272 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 271 Abs. 1 SchKG; vgl. auch etwa FELIX C. MEIER-DIETERLE, in: Kurzkommentar SchKG, Daniel Hunkeler [Hrsg.], 2. A., Basel 2014 [hiernach zitiert: KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE], Art. 271 N 1). Unter Umständen kommen weitere Voraussetzungen hinzu, wie z.B., dass es sich beim Arrestsubstrat nicht um Vermögen einer internationalen Organisation handelt, die vor Arresten geschützt ist (siehe hierzu etwa BGE 136 III 379 E. 4 S. 382 ff.).

PHILIPP H. HABERBECK, Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1).

nicht in der Schweiz wohnt, (ii) kein anderer Arrestgrund gegeben ist, und (iii) die Forderung entweder einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG<sup>5</sup> beruht.

Bei einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG handelt es sich um eine schriftliche Erklärung des Schuldners, die entweder vom Schuldner oder dessen Stellvertreter<sup>6</sup> eigenhändig unterzeichnet oder in einer öffentlichen Urkunde festgehalten ist<sup>7</sup>, einem Gläubiger unbeding und ohne Vorbehalte eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu schulden.<sup>8</sup>

Bei der Beurteilung, ob ein Dokument als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG zu qualifizieren ist, spielt es keine entscheidende Rolle, welchen Titel das Dokument trägt oder welche rechtliche Qualifikation allenfalls im Dokument enthalten ist.<sup>9</sup> Es ist auch nicht zwingend notwendig, dass der Grund der anerkannten Schuld in der Schuldanerkennung erwähnt ist; eine abstrakte Schuldanerkennung ist zulässig.<sup>10</sup> Auch ist es möglich, dass sich eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG aus zwei oder mehr Dokumenten dahingehend zusammensetzt, dass das Dokument mit der Schuldanerkennung ausdrücklich und spezifisch auf ein weiteres Dokument verweist, aus dem sich der Betrag der anerkannten Schuld ergibt.<sup>11</sup> Ein Beispiel für eine solche «zusammengesetzte» Schuldanerkennung ist ein auf eine längere Dauer bzw. diverse Lieferungen ausgerichteter Rahmenkaufvertrag, der den Preis für verschiedene Produktkategorien enthält, kombiniert mit einer Empfangsquittung bezüglich bestimmter Mengen dieser Produkte.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Art. 82 Abs. 1 SchKG lautet: «Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen.»

<sup>6</sup> Siehe etwa BGE 130 III 87 E. 3.1 S. 88 («Constitue une reconnaissance de dette, au sens de l'art. 82 al. 1 LP, l'acte authentique ou sous seing privé signé par le poursuivi – ou son représentant [...]»); BGer 5D\_17/2015 vom 29. Mai 2015, E. 3.2 («Par reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, il faut entendre notamment l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi – ou son représentant [...]»), und BGer 5P.449/2002 vom 20. Februar 2003, E. 4 («Der Beschwerdeführer geht richtig davon aus, dass eine Schuldanerkennung auch dann einen gültigen Rechtsöffnungstitel darstellen kann, wenn sie nicht durch den betriebenen Schuldner persönlich, sondern durch einen Vertreter unterzeichnet worden ist.»)

<sup>7</sup> Siehe Art. 82 Abs. 1 SchKG: «Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung [...]»; «Le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé [...]»; «Se il credito si fonda sopra un riconoscimento di debito constatato mediante atto pubblico o scrittura privata [...]».

<sup>8</sup> Siehe etwa BGE 136 III 627 E. 2 S. 629 («Eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehalt- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen.»); und etwa DOMINIK VOCK, in: Kurzkomentar SchKG, Daniel Hunkeler (Hrsg.), 2. A., Basel 2014, Art. 82 N 3. Ein Arrestbefehl kann nur für eine fällige Forderung ausgesprochen werden (Art. 271 Abs. 1 SchKG: «[...] für eine fällige Forderung [...]»). Die Fälligkeit der Arrestforderung muss sich im Arrestverfahren aus der Schuldanerkennung ergeben oder vom Gläubiger auf der Basis anderer Dokumente nachgewiesen werden (siehe etwa BGer 5A\_303/2013 vom 24. September 2013, E. 4.2, insbesondere: «Il s'agit là d'une clause [contractuelle] subordonnant à une condition (art. 151 al. 1 CO) l'exigibilité du remboursement de la dette, et non seulement d'une clause constituant une modalité de paiement. Dans la mesure où la date de l'exigibilité n'est pas déterminable sur la seule base de la clause, il appartenait au créancier de l'établir par la production d'autres pièces, ce qu'il n'a pas fait.»). In seinem Urteil 5A\_351/2007 vom 30. August 2007 war vom Bundesgericht eine Schuldanerkennung

zu beurteilen, die als Rückzahlungsdatum eines Darlehens in Höhe von CHF 30'000 den 1. September angab, ohne Verweis auf ein Kalenderjahr. Das Bundesgericht entschied, dass unter diesen Umständen vom Gläubiger nicht klar genug nachgewiesen wurde, dass die Forderung auf Rückzahlung des betreffenden Darlehens fällig ist (BGer 5A\_351/2007 vom 30. August 2007, E. 5). Siehe im vorliegenden Zusammenhang auch BGer 5A\_845/2009 vom 16. Februar 2010, E. 7.1 («Sodann muss die anerkannte Forderung im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung fällig gewesen sein, was ebenfalls liquid zu dokumentieren ist [...]»).

<sup>9</sup> Siehe etwa DOMINIK VOCK (FN 8), Art. 82 N 3.

<sup>10</sup> Siehe etwa DOMINIK VOCK (FN 8), Art. 82 N 3; CARL JAEGER/HANS-ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, in: SchKG, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 82 N 9.

<sup>11</sup> Siehe etwa BGE 136 III 627 E. 2 S. 629 («Dabei kann sich die Schuldanerkennung auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben, sofern die notwendigen Elemente daraus hervorgehen. Dies bedeutet, dass die unterzeichnete Urkunde auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen bzw. verweisen muss [...]»); BGer 5A\_326/2011 vom 6. September 2011, E. 3.2; und etwa DANIEL STAEHELIN, in: Basler SchKG-Kommentar, Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 82 N 105.

<sup>12</sup> Vgl. BGer 5P.290/2006 vom 12. Oktober 2006, E. 3.3 («Comme exposé plus haut [...], une reconnaissance de dette peut aussi résulter d'un ensemble de pièces. L'exemple classique est celui de la reconnaissance du prix par la signature du contrat de vente et une confirmation incontestable – en principe par signature – de la réception de la marchandise.»).

Im Hinblick auf zweiseitige Verträge, wie z.B. Kauf-<sup>13</sup> oder Darlehensverträge<sup>14</sup>, die für gewisse Forderungen (z.B. die Kaufpreis- oder Darlehensrückzahlungsforderung) grundsätzlich als Schuldanererkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizieren können, stellt sich folgendes Problem: Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG<sup>15</sup> kann der Schuldner im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren die Schuldanererkennung unter Umständen sozusagen entschärfen, indem er umgehend gegen die Schuldanererkennung gerichtete Einwendungen glaubhaft macht.<sup>16</sup> Im Arrestverfahren ist eine entsprechende Entschärfung einer Schuldanererkennung vor Erlass bzw. Vollzug des Arrestbefehls jedoch nicht möglich, da der Arrestbefehl zwecks Wahrung des Überraschungseffektes notwendigerweise ein *ex parte*-Entscheid ist<sup>17</sup>, gegen den erst nach Vollzug des Arrests von Seiten Betroffener gemäss

Art. 278 SchKG<sup>18</sup> durch eine Einsprache vorgegangen werden kann. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die in diesem Beitrag diskutierte Frage, inwieweit der sich auf einen zweiseitigen Vertrag als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG stützende Gläubiger in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass er die ihm obliegende Vertragspflicht (z.B. die Übertragung der Kaufsache oder Überweisung des Darlehensbetrages), von der die Entstehung seiner Arrestforderung abhängt, erfüllt hat.

## II. Diskussion

### 1. Fragestellung

Wie in der Einleitung erwähnt, kann sich mit Blick auf ein auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gestütztes Arrestbegehren unter Umständen die Frage stellen, inwieweit Gläubiger unter zweiseitigen Verträgen die Erfüllung der ihnen obliegenden Vertragspflichten nachweisen müssen. Mit anderen Worten kann sich z.B. fragen,

- a) ob der Verkäufer, der gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG sowie einen schriftlichen Kaufvertrag die Durchsetzung seiner Kaufpreisforderung durch einen Arrest sichern möchte, in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass er den Kaufgegenstand vertragsgemäss geliefert hat<sup>19</sup>; oder
- b) ob der Darleiher, der gestützt auf die vorstehend erwähnten Gesetzesbestimmungen sowie einen schriftlichen Darlehensvertrag die Durchsetzung seiner Darlehensrückzahlungsforderung durch einen Arrest sichern möchte, in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass er dem Darlehensnehmer das Darlehen überwiesen hat; oder
- c) ob der Vermieter, der gestützt auf die vorstehend erwähnten Gesetzesbestimmungen sowie einen schrift-

<sup>13</sup> Siehe für Kaufverträge etwa BGer 5A\_1008/2014 vom 1. Juni 2015, E. 3.2 («Ein Kaufvertrag taugt für den darin vereinbarten Kaufpreis grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel.»); BGer 5A\_545/2011 vom 24. Oktober 2011, E. 1.2.2 («Dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die ihr abgetretene Forderung aus einem Kaufvertrag über eine Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG verfügt und damit die provisorische Rechtsöffnung verlangen kann, hat das Bezirksgericht anerkannt.»); und auch etwa DANIEL STAEHELIN (FN 11), Art. 82 N 113.

<sup>14</sup> Siehe für Darlehensverträge etwa BGE 136 III 627 E. 2 S. 629 («Ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe taugt grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet [...]»); BGE 132 III 480 E. 4.2 S. 481 («Für den Bankkredit im Besonderen gilt, dass ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens taugt, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet [...]»); sowie BGer 5A\_348/2015 vom 30. November 2015, E. 2.5 («Pour le surplus, le recourant ne prétend pas que le contrat de prêt ne vaudrait pas reconnaissance de dette selon l'art. 82 al. 1 LP [...]»); BGer 5A\_473/2015 vom 6. November 2015, E. 5.3 («Un contrat de prêt constitue une reconnaissance de dette pour le remboursement du prêt, pour autant que le débiteur ne conteste pas avoir reçu la somme prêtée [...]»); BGer 5A\_114/2014 vom 24. Juli 2014, E. 3.1 («Es steht fest, dass der von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Darlehensvertrag eine Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt.»); BGer 5A\_326/2011 vom 6. September 2011, E. 3.2; und auch etwa DANIEL STAEHELIN (FN 11), Art. 82 N. 120.

<sup>15</sup> Art. 82 Abs. 2 SchKG lautet: «Der Richter spricht [die provisorische Rechtsöffnung] aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanererkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.»

<sup>16</sup> Siehe etwa BGer 5A\_473/2015 vom 6. November 2015, E. 3 («Le poursuivi peut se prévaloir de tous les moyens de droit civil – exceptions ou objections – qui infirment la reconnaissance de dette [...]. Il peut notamment contester l'exigibilité de la créance en se prévalant d'un sursis [...]»).

<sup>17</sup> Siehe etwa BGE 133 III 589 E. 1 S. 591 («[...] angesichts der fehlenden vorgängigen Anhörung der Gegenpartei entspricht [der Arrest] der superprovisorischen Verfügung des Zivilprozessrechts [...]»).

<sup>18</sup> Art. 278 SchKG (mit dem Titel: Einsprache gegen den Arrestbefehl) lautet: «[Absatz 1] Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Gericht Einsprache erheben. [Absatz 2] Das Gericht gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet ohne Verzug. [Absatz 3] Der Einspracheentscheid kann mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Vor der Rechtsmittelinstanz können neue Tatsachen geltend gemacht werden. [Absatz 4] Einsprache und Beschwerde hemmen die Wirkung des Arrestes nicht.»

<sup>19</sup> Diese Frage stellt sich natürlich nur, wenn die Fälligkeit der Kaufpreisforderung gemäss des Kaufvertrags von der vorgängigen Lieferung des Kaufgegenstandes an den Käufer abhängig ist, der Verkäufer unter dem Kaufvertrag also vorleistungspflichtig ist.

lichen Mietvertrag die Durchsetzung von Mietzinsforderungen durch einen Arrest sichern möchte, in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass der Mieter die Mietsache im relevanten Zeitraum genutzt hat.

Dieser Beitrag hat sich zum Ziel gesetzt, auf diese Fragen eine Antwort zu geben.

## 2. Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung geben auf die in diesem Beitrag behandelte Frage keine direkte Antwort.

In der Lehre wird im Zusammenhang mit dem Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf die Schuldanerkennung gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG verwiesen, ohne die hier aufgeworfene Frage spezifisch und explizit zu adressieren.<sup>20</sup> Ebenso werden in der Diskussion von Art. 82 Abs. 1 SchKG nur die Anforderungen an eine Schuldanerkennung im zweiseitigen<sup>21</sup> provisorischen Rechtsöffnungsverfahren erörtert, nicht jedoch, wie es sich diesbezüglich im einseitigen<sup>22</sup> Arrestbewilligungsverfahren verhält.<sup>23</sup>

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verhält es sich gleich.<sup>24</sup> Mit Bezug auf einen Darlehensvertrag als provisorischen Rechtsöffnungstitel äusserte sich das Bundesgericht etwa folgendermassen: *«Ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe taugt grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet*

*[...]. Tut er dies, so hat der Gläubiger überdies die Auszahlung nachzuweisen [...].»<sup>25</sup>*

Nicht spezifisch mit Bezug auf einen Darlehensvertrag, sondern allgemein mit Blick auf zweiseitige Verträge hielt das Bundesgericht folgendes fest: *«Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi si les conditions d'exigibilité de la dette sont établies. Lorsque, pour faire échec à la mainlevée fondée sur un contrat bilatéral, le poursuivi allègue que le poursuivant, qui doit prêter en premier, n'a pas ou pas correctement exécuté sa propre prestation, la mainlevée ne peut être accordée que si le créancier est en mesure de prouver immédiatement le contraire [...].»<sup>26</sup>*

Diese Feststellungen des Bundesgerichts beziehen sich auf das provisorische Rechtsöffnungsverfahren, in dem sich der Schuldner zum Rechtsöffnungsbegehren äussern kann. Aber wie verhält es sich z.B. hinsichtlich eines schriftlichen Darlehensvertrags in einem auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG gestützten Arrestbewilligungsverfahren? Was haben Antragsteller in solchen Verfahren bezüglich zweiseitiger Verträge nachzuweisen, was hat der Arrestrichter zu prüfen?

## 3. Interpretations- und Erklärungsansatz

### 3.1 Die 1994/1997-Revision von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG

In seiner ursprünglichen Fassung enthielt Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG – über die allgemeinen Arrestvoraussetzungen hinausgehend – ausschliesslich die zusätzliche Voraussetzung, dass der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt.<sup>27</sup> Diese Regelung wurde Anfang der 90er Jahre als zu «arrestfreundlich» betrachtet. Insbesondere in der Schweizer Wirtschaft bestand das Bedürfnis, Ausländerarreste nur noch unter restriktiveren Bedingungen zuzulassen.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> So etwa (in willkürlicher Reihenfolge): KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 3), Art. 271 N 10–12; WALTER A. STOFFEL, in: Basler Kommentar zum SchKG, Art. 159–352 SchKG, 2. A., Basel 2010, Art. 271 N 85–87; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 10), Art. 271 N 40; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 271–352 LP, Lausanne 2003, Art. 271 N 58; WALTER STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, in: Commentaire romand Poursuite et faillite, Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Basel 2005, Art. 271 N 73.

<sup>21</sup> Gläubiger und Schuldner werden vor Erlass eines Entscheids gehört.

<sup>22</sup> Wie erwähnt, wird der Schuldner vor Abweisung oder Gutheissung des Arrestbegehrens vom Arrestrichter nicht gehört.

<sup>23</sup> So etwa (in willkürlicher Reihenfolge): DOMINIK VOCK (FN 3), Art. 82 N 18 ff.; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, SchKG Kommentar, 19. A., Zürich 2015, Art. 82 N 1–37; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 10), Art. 82 N 1–28; DANIEL STAEHELIN (FN 11), Art. 82 N 83–108.

<sup>24</sup> Siehe etwa BGer 5A\_473/2015 vom 6. November 2015, E. 3 und 5.3; BGer 5A\_1008/2014 vom 1. Juni 2015, E. 3.1–3.4; BGer 5A\_465/2014 vom 20. August 2014, E. 7.2.1.2.

<sup>25</sup> BGE 136 III 627 E. 2 S. 629; siehe auch BGE 132 III 480 E. 4.2 S. 481 («Für den Bankkredit im Besonderen gilt, dass ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens taugt, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet [...].»).

<sup>26</sup> BGer 5A\_465/2014 vom 20. August 2014, E. 7.2.1.2.

<sup>27</sup> Siehe BBl 1889 II 445, S. 516.

<sup>28</sup> Siehe die Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des SchKG (BBl 1991 III 1), S. 162 (insbesondere: «Das geltende Arrestrecht und die darauf basierende Praxis vermögen nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen. So wird zu Recht kritisiert, dass die Praxis oft zu geringe Anforderungen an die Bewilligung eines Arrests, insbesondere an das Glaubhaftmachen der Forderung und das Vorhandensein von dem Schuldner gehörenden Vermögensgegenständen stel-

Um die Voraussetzungen für den Erlass von Ausländerarresten restriktiver zu gestalten<sup>29</sup>, schlug der Bundesrat im Jahre 1991 in Bezug auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Einführung von drei alternativen zusätzlichen Kriterien vor<sup>30</sup>:

- (i) Entweder die Arrestforderung weist einen engen Bezug zur Schweiz auf; *oder*
- (ii) die Arrestforderung stützt sich auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil; *oder*
- (iii) die Arrestforderung stützt sich auf eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG.

le. Auch die Rechte des Schuldners im Verfahren seien ungenügend und zu wenig wirksam, um einen ungerechtfertigten Arrest abzuwehren. Ferner würden in der Praxis nicht selten Sucharreste zugelassen, und die Tatsache, dass das geltende Recht (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4) keine Bedingungen für den sogenannten ‚Ausländerarrest‘ enthalte, habe schwerwiegende Unzukömmlichkeiten zur Folge.»); siehe weiter die parlamentarischen Stellungnahmen von *Sergio Salvioni* am 16. Juni 1994 (Amtliches Bulletin 1994 II 729, S. 733) sowie von *Franz Steinegger* und *Arnold Koller* am 22. September 1994 (Amtliches Bulletin 1994 III 1405, S. 1420 f.); siehe auch BGer 5A\_222/2012 vom 2. November 2012, E. 4.1.1 («L’idée centrale au cœur de la réforme de l’art. 271 al. 1 ch. 4 LP est de rendre plus difficile le prononcé d’un séquestre dans les situations où le seul lien avec la Suisse réside dans la présence de biens du débiteur en Suisse, tout en protégeant les droits menacés des créanciers [...]»).

<sup>29</sup> Siehe die Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des SchKG (BBl 1991 III 1), S. 162 f. (insbesondere: «In Ziffer 4 wird neu vorgeschlagen, den sogenannten ‚Ausländerarrest‘ [...] nur noch in drei Fällen zuzulassen: die Forderung muss entweder in einer engen Beziehung zur Schweiz stehen oder durch ein vollstreckbares gerichtliches Urteil oder durch eine Schuldanerkennung, die als provisorischer Rechtsöffnungstitel (Art. 82 Abs. 1) gelten kann, ausgewiesen sein. Mit diesen Einschränkungen soll den Einwendungen gegen die heute zu leichtfertige Zulassung des ‚Ausländerarrestes‘ Rechnung getragen werden. Zudem werden die schweizerischen Gerichte von Prozessen entlastet, deren Gegenstand keinerlei Beziehung zur Schweiz hat, und es wird vermieden, dass Vermögen nur deswegen aus der Schweiz abgezogen werden, weil die Eigentümer Sucharreste befürchten. Nachteile für die schweizerische Exportindustrie wie Blockierung von Zahlungsmitteln oder Störung des Akkreditivverkehrs entfallen. Die neue Regelung hat nicht zur Folge, dass der Schuldner durch Vermögensverschiebungen in die Schweiz seinen Gläubigern Substrat entziehen könnte. Weist nämlich das Forderungsverhältnis eine enge Beziehung zur Schweiz auf, oder stützt es sich auf eine Schuldanerkennung, so muss der Gläubiger seinen Anspruch auch künftig nur glaubhaft machen.»).

<sup>30</sup> Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gemäss des bundesrätlichen Entwurfs lautete (Hervorhebungen zusätzlich): «[...] wenn der Schuldner nicht in der Schweiz, die Forderung aber in einer engen Beziehung zur Schweiz steht *oder* auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil *oder* auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 beruht [...]» (Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des SchKG [BBl 1991 III 1], S. 266).

Der Bundesrat schlug also u.a. als neues alternatives zusätzliches Tatbestandselement vor, dass sich die Arrestforderung, wenn sie keinen engen Bezug zur Schweiz aufweist, auf eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG stützen muss. Anders als das vom Bundesrat ebenfalls vorgeschlagene neue alternative Zusatzkriterium des engen Bezugs zur Schweiz<sup>31</sup> wurde das neue alternative Tatbestandselement der Schuldanerkennung vom Parlament diskussionslos akzeptiert.<sup>32</sup> Durch ein Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994<sup>33</sup>, das am 1. Januar 1997 in Kraft trat, wurde Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG entsprechend modifiziert.

Das grundlegende Anliegen der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision des Ausländerarrests ist somit klar. Es ging dem Schweizer Gesetzgeber darum, Arreste gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG dahingehend einzudämmen, dass diese nur noch unter erschwerten Bedingungen erwirkt werden können.

Die mit der vorstehend erwähnten Revision eingeführten neuen Tatbestandselemente lassen sich gemäss ihren unterschiedlichen Stossrichtungen in zwei Kategorien unterteilen: Das Tatbestandselement des engen bzw. genügenden Bezugs zur Schweiz führt ein gewisses Eigenschaftskriterium der Arrestforderung ein, das Forderungen vom schweizerischen Arrestinstitut ausschliessen soll, die keine oder nur unwesentliche Verbindungen mit der Schweiz aufweisen.<sup>34</sup> Demgegenüber wird der limitierende Effekt bei den Tatbestandselementen des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils sowie der Schuldaner-

<sup>31</sup> Der vom Bundesrat zuerst vorgeschlagene «enge» Bezug zur Schweiz wurde vom Parlament dahingehend abgeschwächt, dass in der zum Gesetz erhobenen Fassung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nur noch ein «genügender» Bezug zur Schweiz verlangt wird (siehe zu diesem Aspekt etwa PAOLO MICHELE PATOCCHI/SAVERIO LEMBO, *Le lien suffisant de la créance avec la Suisse en tant que condition de recevabilité du séquestre selon la nouvelle teneur de l’art. 271 al. 1er ch. 4 LP*, in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel: Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz*, Basel 2000, 385 ff.).

<sup>32</sup> Das vom Bundesrat ebenfalls vorgeschlagene alternative Kriterium eines vollstreckbaren gerichtlichen Urteils, welches in das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 ebenfalls Eingang fand, wurde mit der SchKG-Revision vom 1. Januar 2011 wieder gestrichen, weil der Tatbestand vollstreckbarer in- oder ausländischer Entscheide als definitive Rechtsöffnungstitel neu unter Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fällt (siehe KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 271 N 10).

<sup>33</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 (AS 1995 1227).

<sup>34</sup> Definitiv ausgeschlossen von einem Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (in der heutigen Fassung) sind natürlich nur die Arrestforderungen, die nicht nur keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen, sondern sich darüber hinaus auch nicht auf eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG stützen.

kennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG durch eine qualifizierte Anforderung an die Glaubhaftmachung des Bestehens der Arrestforderung erzielt.

Dass der Gläubiger den Bestand seiner Arrestforderung in seinem Arrestbegehren glaubhaft zu machen hat, war schon in der ursprünglichen Version des SchKG vorgesehen.<sup>35</sup> Durch die per Anfang 1997 bei Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG neu eingeführten Tatbestandselemente des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils sowie der Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG wurde die Notwendigkeit der Glaubhaftmachung des Bestands der Forderung im Rahmen des Ausländerarrests dahingehend verschärft, dass die Glaubhaftmachung auf einem bestimmten Beweismittel zu basieren hat, entweder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil oder auf einer Schuldanerkennung, die den Anforderungen von Art. 82 Abs. 1 SchKG entspricht.<sup>36</sup>

### 3.2 These 1: Bei zweiseitigen Verträgen ist der Gläubiger verpflichtet, auch die Erbringung seiner eigenen Leistung, von der die Entstehung der Arrestforderung abhängt, mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln glaubhaft zu machen

Von der vorstehend umschriebenen Intention des Gesetzgebers, die der in den 90er Jahren vollzogenen Revision des Ausländerarrests zugrunde lag, lässt sich nach Auf-

fassung des Autors hinsichtlich der in diesem Beitrag diskutierten Fragestellung Folgendes ableiten:

Eine Forderung, die auf einem vollstreckbaren Urteil basiert, ist in einem qualifizierten Sinne glaubhaft gemacht. Die Vorlage eines solchen Beweismittels dürfte hinsichtlich der Glaubhaftmachung einer Forderung im Prinzip<sup>37</sup> nicht zu steigern sein. Von dieser Maximalposition ausgehend, ist die auf eine schriftliche Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG gestützte Forderung zwar deutlich weniger stark glaubhaft gemacht als bei Bestehen eines vollstreckbaren Gerichtsurteils, aber aufgrund der Eigenschaften einer entsprechenden Schuldanerkennung (schriftliche Erklärung, unbedingt und ohne Vorbehalte eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu schulden) gegenüber anderen Beweismitteln aber eben doch in einem qualifizierten Sinne glaubhaft gemacht. Dies ist ohne zusätzliche Anforderungen jedoch nur bei den einfachen und in einem strengen Sinne bedingungslosen Schuldanerkennungen<sup>38</sup> der Fall.

Bei zweiseitigen Verträgen, wie z.B. Kauf- oder Darlehensverträgen, die wie eingangs erwähnt nach Lehre und Rechtsprechung für gewisse Forderungen (z.B. die Kaufpreis- oder Darlehensrückzahlungsforderung) grundsätzlich als Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizieren können, ist die im vorstehend beschriebenen Sinne intrinsische qualifizierte Überzeugungskraft jedoch nicht gegeben, zumindest nicht in jedem Fall. Wenn z.B. unter einem Kaufvertrag der Käufer bezüglich des Kaufpreises nicht vorleistungspflichtig ist, dann hängt die Entstehung der Kaufpreisforderung des Verkäufers davon ab, dass dieser seine vertragliche Hauptpflicht, die Übertragung des Kaufgegenstandes auf den Käufer, vertragskonform erfüllt. Und bei einem Darlehensvertrag, um ein weiteres Beispiel zu geben, hängt die Entstehung der Darlehensrückzahlungsforderung per definitionem davon ab, dass vorgängig der Darleiher dem Darlehensnehmer die Darlehenssumme verschafft hat.

Im Zweiparteienverfahren der provisorischen Rechtsöffnung kann diesem Umstand gemäss der in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Rechtsöffnungspraxis<sup>39</sup>

<sup>35</sup> In seiner ursprünglichen Fassung lautete Art. 272 SchKG (Hervorhebungen zusätzlich): «Der Arrest wird von der zuständigen Behörde des Ortes, wo das Vermögenstück sich befindet, bewilligt, sofern der Gläubiger seine Forderung und das Vorhandensein seines Arrestgrundes glaubhaft macht.» (siehe BBl 1889 II 445, S. 516). In seiner heutigen Fassung lautet dieser Artikel (Hervorhebungen zusätzlich): «[Absatz 1] Der Arrest wird vom Gericht am Betreibungsort oder am Ort, wo die Vermögensgegenstände sich befinden, bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass: [Ziffer 1] seine Forderung besteht; [Ziffer 2] ein Arrestgrund vorliegt; [Ziffer 3] Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören. [Absatz 2] Wohnt der Gläubiger im Ausland und bezeichnet er keinen Zustellungsort in der Schweiz, so ist das Betreibungsamt Zustellungsort.»

<sup>36</sup> Natürlich nur in Bezug auf Arrestforderungen, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen (die Tatbestandselemente gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG sind wie erwähnt alternativ). Weist eine Arrestforderung einen genügenden Bezug zur Schweiz auf, kann sie sozusagen «normal» glaubhaft gemacht werden, also nicht nur – gemäss heute gültiger Fassung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG – auf der Grundlage einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG, sondern mit allen im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln, also primär durch Urkunden (die aber nicht als Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizieren müssen).

<sup>37</sup> «Im Prinzip», weil im Einzelfall ein Gerichtsurteil bezüglich seines Zustandekommens, seiner Qualität und der Korrektheit seiner Feststellungen wenig überzeugend sein mag. Abstrahiert man von diesem Umstand, ist eine durch ein vollstreckbares Gerichtsurteil bestätigte Forderung konzeptionell jedoch am glaubwürdigsten gemacht.

<sup>38</sup> Einfach und in einem strengen Sinne bedingungslos insofern, als die Entstehung der vom Schuldner schriftlich anerkannten Schuld nicht in dem Sinne ungewiss ist, dass sie von einer Vorleistung des Gläubigers (Lieferung von Ware etc.) abhängt.

<sup>39</sup> Siehe hierzu etwa DOMINIK VOCK (FN 8), Art. 82 N 18 ff.

dadurch Rechnung getragen werden, dass der Rechtsöffnungsgegner die Möglichkeit hat, die Entstehung der im Streit liegenden Forderung direkt zu bestreiten. Diese Möglichkeit besteht im Arrestverfahren vor Erlass des Arrestbefehls jedoch nicht.

Wie dargelegt, strebte der Gesetzgeber mit der vorstehend beschriebenen Gesetzesrevision eine dahingehende Erhöhung der Hürde zur Erlangung eines Ausländerarrestes an, dass ein solcher für eine Forderung, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist, nur gewährt werden soll, wenn das Bestehen der Forderung in qualifizierter Weise glaubhaft gemacht wird. Diese gesetzgeberische Absicht kann eine einfache bedingungslose Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG ohne weiteres Dazutun erfüllen, nicht jedoch ein zweiseitiger Vertrag (zumindest nicht in jedem Fall). Um der relevanten Absicht des Gesetzgebers auch in Bezug auf zweiseitige Verträge zum Durchbruch zu verhelfen, ist der Gläubiger und Antragsteller bei zweiseitigen Verträgen im Arrestgewährungsverfahren zu verpflichten, auch die Erbringung seiner eigenen Leistung, von der die Entstehung der Arrestforderung abhängt, mit den im summarischen Verfahren<sup>40</sup> zulässigen Beweismitteln (also primär durch Urkunden)<sup>41</sup> glaubhaft zu machen<sup>42</sup>, was sich

auch mit der generellen Anforderung von Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG deckt, dass der Gläubiger seine Arrestforderung glaubhaft zu machen hat. Um bei den Beispielen eines Kauf- und Darlehensvertrages zu bleiben, bedeutet dies, dass der Gläubiger:

- (i) einer auf einen schriftlichen Kaufvertrag gestützten Kaufpreisforderung, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist, die er aber trotzdem mit einem Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG sichern möchte, auch die Lieferung des Kaufobjekts an den Schuldner, der hinsichtlich des Kaufpreises nicht vorleistungspflichtig ist, in seinem Arrestbegehren glaubhaft machen muss, z.B. durch die Vorlage einer Empfangsbescheinigung oder von entsprechenden Waren- oder Speditionspapieren;
- (ii) einer auf einen schriftlichen Darlehensvertrag basierenden Darlehensrückforderung, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist, in seinem Arrestbegehren glaubhaft machen muss, dass der Schuldner das vertraglich vereinbarte Darlehen erhalten hat, z.B. durch die Vorlage von entsprechenden Bankunterlagen.

Man kann sich fragen, ob die für den Schuldner bestehende Möglichkeit, nach Vollzug des Arrestes eine Einsprache gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG zu erheben, für eine weniger strenge Position als die hier dargelegte spricht. Dies ist nach hier vertretener Auffassung zu verneinen. Ist ein Arrestbefehl ergangen und vollzogen, kann dies für den Schuldner sowie betroffene Dritte (zum Beispiel als Drittschuldner involvierte Banken) unangenehme Folgen haben. Für den betroffenen Schuldner, der über den verarrestierten Vermögenswert bis zur Aufhebung des Arrestes nicht mehr verfügen kann, liegt dies auf der Hand. Für eine strengere Haltung dürfte auch sprechen, dass es sich im vorliegenden Kontext um Forderungen handelt, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen, für welche der Schweizer Gesetzgeber die Erlangung eines Arrestes erschweren wollte.

<sup>40</sup> Das summarische Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO (SR 272) gilt insbesondere für Entscheide im Arrestverfahren (Art. 251 lit. a ZPO).

<sup>41</sup> Siehe Art. 254 ZPO, der folgendermassen lautet: «[Absatz 1] Beweis ist [im summarischen Verfahren] durch Urkunden zu erbringen. [Absatz 2] Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn: [lit. a] sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern; [lit. b] es der Verfahrenszweck erfordert; oder [lit. c] das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat.»

<sup>42</sup> Dieses Ergebnis deckt sich auch mit BGER 5A\_367/2007 vom 15. Oktober 2007, E. 3.1, in welchem das Bundesgericht mit Bezug auf zweiseitige Verträge die strenge Auffassung vertrat, dass der Gläubiger im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren auch die Erbringung seiner Leistung, von der die Entstehung seiner Forderung abhängt, beweisen müsse («Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies, en particulier, dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité de la créance [...]»). Diese strenge Position scheint aber ein Ausreisser in der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu sein (siehe etwa bezüglich Darlehensverträge das bereits zitierte Urteil 5A\_326/2011 vom 6. September 2011, E. 3.2 [Hervorhebung zusätzlich: «Ein Darlehensvertrag über eine bestimmte Summe taugt grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel für die Rückzahlung des Darlehens, solange der Schuldner die Auszahlung nicht bestreitet [...] Tut er dies, so hat der Gläubiger überdies die Auszahlung nachzuweisen, denn der Darlehensvertrag begründet zunächst eine Verpflichtung zur Hingabe der Darlehensvaluta und die Rückzahlungspflicht der Gegenseite kann sich selbstredend erst dann aktualisieren, wenn der Hingabepflicht nachgelebt wurde

und überdies das Darlehen zur Rückzahlung fällig ist [...]»), und allgemein zu zweiseitigen Verträgen als provisorische Rechtsöffnungstitel das bereits zitierte Urteil 5A\_465/2014 vom 20. August 2014, E. 7.2.1.2 [Hervorhebung zusätzlich: «Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi si les conditions d'exigibilité de la dette sont établies. Lorsque, pour faire échec à la mainlevée fondée sur un contrat bilatéral, le poursuivi allègue que le poursuivant, qui doit prêter en premier, n'a pas ou pas correctement exécuté sa propre prestation, la mainlevée ne peut être accordée que si le créancier est en mesure de prouver immédiatement le contraire [...]»)].

Auch der Umstand, dass der Gläubiger für den aus einem ungerechtfertigten Arrest entstandenen Schaden haftet<sup>43</sup>, ist nach hier vertretener Auffassung kein Grund, darauf zu verzichten, dass der Gläubiger bei zweiseitigen Verträgen im Arrestgewährungsverfahren auch die Erbringung seiner eigenen Leistung, von der die Entstehung der Arrestforderung abhängt, mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln (also primär durch Urkunden) glaubhaft zu machen hat. Ist durch einen ungerechtfertigten Arrest ein Schaden entstanden, ist es unter Umständen nicht möglich, diesen monetär komplett zu ersetzen, z.B. wenn der Gläubiger den betreffenden Schaden aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse nicht vollständig ersetzen kann. Ausserdem kann aufgrund eines ungerechtfertigten Arrests beim Arrestgegner und/oder Dritten z.B. auch Aufwand (personeller, zeitlicher etc.) und/oder emotionaler Ärger entstanden sein, der finanziell nicht entschädigt werden kann. Von diesen Punkten abgesehen, ist hervorzuheben, dass die mit der einschlägigen Revision von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG verfolgte Intention des Gesetzgebers (eine dahingehende Erhöhung der Hürde zur Erlangung eines Ausländerarrestes einzuführen, dass ein solcher für eine Forderung, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist, nur gewährt wird, wenn das Bestehen der Forderung in qualifizierter Weise glaubhaft gemacht wird) nicht von der diskutierten Haftung für aus ungerechtfertigten Arresten resultierenden Schaden tangiert wird. Bereits in der ursprünglichen Fassung des SchKG war eine Haftung des Gläubigers für ungerechtfertigte Arreste vorgesehen<sup>44</sup>, was indiziert, dass eine solche Haftung das mit der SchKG-Revision von 1994 verfolgte Ziel des Gesetzgebers nicht berührt. Dies leuchtet ein, denn dem Gesetzgeber ging es bei der erwähnten Revision wie dargelegt um eine generelle Reduktion der Ausländerarreste für Forderungen, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen, und zwar über die dahingehende Verschärfung der Arrestvoraussetzungen, dass die Glaubhaftmachung der Arrestforderung auf einem bestimmten Beweismittel zu basieren hat, entweder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil oder auf einer Schuldanererkennung, die den Anforderungen von Art. 82 Abs. 1 SchKG entspricht. Diese generelle Inten-

tion des Gesetzgebers wird durch die Möglichkeit einer individuellen Entschädigung des durch einen ungerechtfertigten Arrest Geschädigten nicht beeinflusst.

Mutatis mutandis gelten die vorstehenden Überlegungen nach hier vertretener Auffassung auch mit Bezug auf Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG, also hinsichtlich der Möglichkeit, den Gläubiger zur Leistung einer Sicherheit zu verpflichten.

### 3.3 These 2: Es ginge zu weit, zweiseitige Verträge im Arrestverfahren per se nicht als zulässige Schuldanererkennung zuzulassen

Weiter vorne wurde dargelegt, dass der Gesetzgeber mit der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision des Ausländerarrests das Ziel verfolgt hat, entsprechende Arreste dahingehend einzudämmen, dass diese nur noch unter erschwerten Bedingungen erwirkt werden können. Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen, ob der Verweis in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf Schuldanererkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG so auszulegen ist, dass damit nur einfache Schuldanererkennungen, aber keine zweiseitigen Verträge gemeint sind, soweit das Entstehen der Arrestforderung nicht direkt bzw. bereits allein aus dem Vertrag hervorgeht.

Ein formales Argument, das gegen eine solche Position angeführt werden kann, ist, dass Art. 82 Abs. 1 SchKG wie erwähnt von der Lehre und Rechtsprechung so ausgelegt wird, dass auch zweiseitige Verträge grundsätzlich als Schuldanererkennungen im Sinne dieser Norm qualifizieren, und dass der in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG enthaltene Verweis auf Art. 82 Abs. 1 SchKG die entsprechende Auslegung dieser Bestimmung halt mitumfasst.

Ein weiteres eher formales Argument geht dahin, dass z.B. der Käufer unter einem schriftlichen Kaufvertrag seine Schuld, den Kaufpreis zu bezahlen, ja unterschriftlich anerkennt, auch wenn die Entstehung dieser Schuld, soweit der Käufer nicht vorleistungspflichtig ist, von der vertragskonformen Übertragung des Kaufgegenstandes abhängt.

Der Gesetzgeber hat die vorstehend aufgeworfene Frage nicht thematisiert. Es gibt in der Botschaft sowie in den parlamentarischen Beratungen über Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG keine Stellungnahmen, wonach zweiseitige Verträge im Kontext von Arrestbegehren per se als Schuldanererkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG ausgeschlossen sein sollen.

Der Gesetzgeber hat in seinen Beratungen aber zum Ausdruck gebracht, dass er den Ausländerarrest grundsätzlich beibehalten und nur etwas einschränken möch-

<sup>43</sup> Der einschlägige Art. 273 Abs. 1 SchKG lautet: «Der Gläubiger haftet sowohl dem Schuldner als auch Dritten für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenden Schaden. Der Richter kann ihn zu einer Sicherheitsleistung verpflichten.»

<sup>44</sup> Art. 273 SchKG in der Ursprungsfassung von 1889 lautete: «Der Gläubiger haftet für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenden Schaden und kann zur Sicherheitsleistung verhalten werden. Die Schadenersatzklage ist beim Gerichte des Arrestortes anzustellen.» (siehe BBl 1889 II 445, S. 517).



te<sup>45</sup>, und die Tatbestandselemente des vollstreckbaren Gerichtsurteils sowie der Schuldanerkennung indizieren, dass dann, wenn die Arrestforderung mit einer hohen bzw. erhöhten Wahrscheinlichkeit besteht, ein Ausländerarrest nach wie vor möglich sein soll, auch wenn die Arrestforderung keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist. Diese Punkte sprechen nach hier vertretener Auffassung dagegen, den Verweis in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG so restriktiv auszulegen, dass zweiseitige Verträge per se ausgeschlossen wären. Unter Umständen ist auch bei einem zweiseitigen Vertrag der wahrscheinliche Bestand der Arrestforderung so klar ausgewiesen, dass es ungerechtfertigt, wenn nicht sogar geradezu stossend wäre, in einem solchen Fall den Ausländerarrest zu verweigern. Nehmen wir zu Illustrationszwecken das Beispiel eines Darlehensvertrages über eine bestimmte Geldsumme, deren Erhalt der Schuldner in einer von ihm unterzeichneten Bestätigung quittiert hat. Es ist nicht ersichtlich, wie es sich rechtfertigen liesse, die Sicherungsfunktion des Arrests<sup>46</sup> einer entsprechenden Darlehensrückzahlungsforderung zu versagen, besteht doch der einzige Unterschied einer entsprechenden Schuldanerkennung gegenüber einer einfachen Schuldanerkennung (wie z.B. einer Vergleichsvereinbarung) darin, dass sie sich aus zwei Dokumenten zusammensetzt (z.B. dem Darlehensvertrag und einer Empfangsquittung)<sup>47</sup>. Dieser Unterschied ist hinsichtlich des im vorliegenden Zusammenhang entscheidenden Kriteriums der Intensität, mit welcher das Bestehen der Arrestforderung glaubhaft gemacht ist, jedoch nicht relevant.

<sup>45</sup> Siehe die parlamentarischen Stellungnahmen am 22. September 1994 von *Paul Rechsteiner* (Amtliches Bulletin 1994 III 1405, S. 1420: «Inhaltlich geht es um das Institut des Ausländerarrestes, vielleicht eine etwas traditionelle Bestimmung, welche im heutigen SchKG noch enthalten ist. Es gibt keinen zwingenden Grund, diesen Ausländerarrest abzuschaffen. Mit dieser Institution sind gute Erfahrungen gemacht worden [...]») und *Franz Steinegger* (a.a.O., S. 1420; Hervorhebung zusätzlich: «Stichwort ‚Arresttummelplatz Schweiz‘: Ich würde salopp sagen, dass der Bundesrat diesen einschränken wollte. Der Nationalrat wollte ihn in der ersten Runde belassen, und der Ständerat will ihn jetzt wieder etwas einschränken.»).

<sup>46</sup> Siehe etwa BGE 133 III 589 E. 1 S. 590 («Der Arrest hat [...] Sicherungsfunktion [...]»).

<sup>47</sup> Dieses Beispiel beruht auf der Annahme, dass es sich um ein Darlehen mit fester Laufzeit handelt, wodurch der Rückzahlungstermin direkt aus dem Darlehensvertrag hervorgeht. Bei Darlehen ohne feste Laufzeit, die gekündigt werden müssen, käme bei diesem Beispiel noch ein Dokument hinzu, nämlich die schriftliche Darlehenskündigung.

### 3.4 These 3: Der Beweis für die eigene Leistung des Gläubigers muss nicht zwingend durch eine schriftliche Empfangsquittung des Schuldners erbracht werden

Analog zu den vorstehenden Überlegungen kann man sich im Lichte der bei der Einführung des Schuldanererkennungselementes vorhandenen Intention des Gesetzgebers fragen, ob der Verweis in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG so auszulegen ist, dass bei zweiseitigen Verträgen, unter denen die Entstehung der Forderung des Arrestgläubigers von seiner vorgängigen Leistung abhängt (z.B. die Lieferung von Waren), die Erfüllung dieser Leistung nur durch eine schriftliche Bestätigung des Schuldners bewiesen werden kann.

Mit anderen Worten: Muss z.B. im Falle eines schriftlichen Darlehensvertrages als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG<sup>48</sup> der Arrestgläubiger in seinem Arrestbegehren die Auszahlung der Darlehenssumme an den Schuldner mit einer handschriftlichen Empfangsquittung des Schuldners beweisen, oder kann der Auszahlungsbeweis auch mit anderen im summarischen Verfahren zulässigen Beweisen geführt werden, z.B. mit Bankbelegen, aus denen die Überweisung der Darlehenssumme auf ein Konto des Schuldners hervorgeht?

Aus den vorstehend zur zweiten These dargelegten Gründen wäre eine solch restriktive Auslegung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG nach hier vertretener Auffassung zu streng. Es sind Konstellationen denkbar, in denen der Beweis der Vorleistung des Gläubigers auch ohne eine vom Schuldner unterschriebene Bestätigung sehr glaubhaft gemacht werden kann, z.B. hinsichtlich eines schriftlichen Grundstückkaufvertrags die vorgängige Übertragung der Liegenschaft auf den Schuldner auf der Basis von Auszügen aus öffentlichen Registern, was es als ungerechtfertigt und über das einschlägige gesetzgeberische Ziel hinauschiessend erscheinen liesse, in solchen Fällen einen Ausländerarrest zu verweigern.

## III. Zusammenfassung

Bei zweiseitigen Verträgen, wie z.B. Kauf- oder Darlehensverträgen, die für gewisse Forderungen (z.B. die Kaufpreis- oder Darlehensrückzahlungsforderung) grund-

<sup>48</sup> Also hinsichtlich einer Arrestforderung, die keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist (vgl. FN 36).

sätzlich als Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizieren können, stellt sich im Kontext des Arrestverfahrens das Problem, dass eine Entschärfung einer Schuldanerkennung durch Einwendungen des Schuldners im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG vor Erlass bzw. Vollzug des Arrestbefehls nicht möglich ist, da der Arrestbefehl zwecks Wahrung des Überraschungseffektes notwendigerweise ein *ex parte*-Entscheid ist, gegen den erst *nach* Vollzug des Arrests seitens des Schuldners durch eine Einsprache vorgegangen werden kann. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die in diesem Beitrag diskutierte Frage, inwieweit der sich auf einen zweiseitigen Vertrag als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 SchKG stützende Gläubiger in seinem Arrestbegehren nachweisen muss, dass er die ihm obliegenden, für die Entstehung seiner Forderung erforderlichen Vertragspflichten (z.B. die Übertragung der Kaufsache oder Überweisung des Darlehensbetrages) erfüllt hat.

In diesem Beitrag wird dargelegt, dass es dem Schweizer Gesetzgeber bei der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision des Ausländerarrests darum ging, Arreste gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG dahingehend einzudämmen, dass diese nur noch unter erschwerten Bedingungen erwirkt werden können.

Von dieser Intention des Gesetzgebers lässt sich nach Auffassung des Autors ableiten, dass bei zweiseitigen Verträgen, wie z.B. Kauf- oder Darlehensverträgen, der Gläubiger im Arrestgewährungsverfahren zu verpflichten ist, auch die Erbringung seiner eigenen Leistung, von der die Entstehung der Arrestforderung abhängt, mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln (also primär durch Urkunden) glaubhaft zu machen.

Demgegenüber wird in diesem Beitrag die Auffassung dargelegt, dass: (i) es zu weit ginge, den Verweis in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG so restriktiv auszulegen, dass zweiseitige Verträge per se ausgeschlossen wären; und (ii) der Beweis für die eigene Leistung des Arrestgläubigers, von der unter einem zweiseitigen Vertrag die Entstehung seiner Arrestforderung abhängt (z.B. die Entstehung der Darlehensrückforderung von der vorgängigen Auszahlung der Darlehenssumme an den Schuldner), nicht zwingend durch eine Unterschrift des Schuldners erbracht werden muss, sondern mit allen im summarischen Verfahren zulässigen Beweisen geführt werden kann (z.B. mit Bankbelegen, aus denen die Überweisung der Darlehenssumme auf ein Konto des Schuldners hervorgeht).