

**Art. 50 Abs. 2 SchKG, Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, Konkurrenz.** *Ein Spezialdomizil verhindert die Arrestlegung gestützt auf den ausländischen (Wohn-)Sitz des Schuldners nicht.*

(Erwägungen des Obergerichts)

(III.) 4. a) Kernfrage ist, ob die Vereinbarung eines Spezialdomizils (Art. 50 Abs. 2 SchKG) den Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ausschliesst. Das Privatgutachten von Prof. Ivo Schwander, welches von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Arresteinspracheverfahren eingereicht wurde, gibt einen sehr ausführlichen Überblick über die Lehre und die ganz wenigen Entscheidungen kantonaler Gerichte. Der Privatgutachter kommt letztlich zum Schluss, dass trotz Spezialdomizil der Arrest zulässig sei, wobei er offen legt, dass die „meisten AutorInnen ... die Zulässigkeit des Arrestes nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG im Falle des Spezialdomizils nach Art. 50 Abs. 2 SchKG“ verneinen, wobei sich die meisten Autoren darauf beschränken würden, ohne eigene Analyse auf die Meinung anderer Autoren zu verweisen.

b) Die beiden diskutierten Bestimmungen lauten:

Art. 50 Abs. 2 SchKG:

„Im Auslande wohnende Schuldner, welche in der Schweiz zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt haben, können für diese Verbindlichkeit am Orte desselben betrieben werden“.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG:

„Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit sie nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögenswerte des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen: (4.) 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 Art. 82 Abs. 1 beruht“.

Daraus ergibt sich zunächst, dass der Schuldner, der im Ausland wohnt, zum einen an seinem Spezialdomizil betrieben und zum anderen, dass gegen den Schuldner, der im Ausland wohnt, (unter bestimmten Voraussetzungen) ein Arrest

gelegt werden kann. Zum Verhältnis dieser beiden Vorschriften ist dem Gesetz nichts zu entnehmen.

c) Für die Einleitung der Betreuung in der Schweiz ist ein Betreuungsort erforderlich, der ohne die besondere Vereinbarung gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG für Personen im Ausland in der Regel fehlt. Die Vereinbarung eines Spezialdomizils hat jedoch nur beschränkte Wirkung: Es gilt nur für denjenigen Gläubiger, mit dem die Vereinbarung getroffen wurde, sowie für bestimmte oder bestimmbare Forderungen zu seinen Gunsten (BSK SchKG I-Schmid, N. 35 zu Art. 50 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Die Begründung eines Spezialdomizils setzt kein dort vorhandenes Vermögen voraus (vgl. BSK SchKG I-Schmid, N. 36 zu Art. 50; SJZ 47/1951 S. 61) und die am Spezialdomizil möglichen Vorkehren sind beschränkt (vgl. BSK SchKG I-Schmid, N. 45 zu Art. 50; KuKo SchKG I-Bolliger/Jeaneret, N. 14 zu Art. 50). Mangels besonderer Einschränkung ist allerdings anzunehmen, dass anderswo als am Spezialdomizil in der Schweiz gelegenes Vermögen des Schuldners auf dem Rechtshilfeweg gemäss Art. 4 SchKG durch das Betreibungsamt am Spezialdomizil gepfändet werden kann. Einen Gerichtsstand schafft die Wahl eines Spezialdomizils nicht, ausser in denjenigen Fällen, in denen es für die gerichtliche Zuständigkeit auf den Betreuungsort ankommt, so z.B. im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 84 Abs. 1 SchKG.

d) Der „Ausländerarrest“ nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, welcher am Ort des schuldnerischen Vermögens gelegt werden kann, schafft für die Prosequierbetreibung einen Betreuungsort (Art. 52 SchKG) und zudem einen Gerichtsstand gemäss Art. 4 IPRG („Seht dieses Gesetz keine andere Zuständigkeit in der Schweiz vor, so kann die Klage auf Prosequierung des Arrestes am schweizerischen Arrestort erhoben werden“), wobei Art. 4 IPRG im Anwendungsbereich des LugÜ – das hier allerdings nicht massgeblich ist – keine Geltung hat. Seit der SchKG-Revision, die 2011 im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der ZPO in Kraft trat, gibt es den schweizweiten Arrest oder genauer den Arrest mit schweizweiter Wirkung (BSK SchKG II-Stoffel, N. 11 zu Art. 271; N. 44 zu Art. 271). Besteht kein schweizerischer Betreuungsort, so ist der Arrest

erforderlich, um einen solchen zu begründen. Anzumerken ist, dass ein Betreibungsbegehren einschränkungslos gestellt werden kann (Art. 67 SchKG), während ein Arrestgesuch richterlich und unter bestimmten gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen bewilligt werden muss (Art. 272 SchKG). Fehlen diese, z.B. weil kein Vollstreckungssubstrat namhaft gemacht werden kann, so ermöglicht das Spezialdomizil, wenn es denn gültig vereinbart werden kann, dennoch die Zwangsvollstreckung und es obliegt dem Betreibungsamt wie bei jeglicher Pfändung, Vermögenswerte des Schuldners aufzufinden.

Der Hauptvorteil des Arrestes gegenüber der Einleitung einer Betreuung mit Zahlungsbefehl ist die Sicherungsfunktion des Arrestes, was Gläubiger von ausländischen Schuldnern privilegiert und was Gläubigern von schweizerischen Schuldnern – abgesehen von den Fällen des neu geschaffenen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG – verwehrt ist. Das diskriminiert im Rahmen seines Anwendungsbereiches die Gläubiger von schweizerischen Schuldnern, die das Zwangsvollstreckungssubstrat allenfalls in einem späteren Stadium mittels provisorischer Pfändung sicherstellen können und im Übrigen zuwarten müssen, bis zur (definitiven) Pfändung geschritten werden kann. Anzumerken ist, dass dieser Unterschied zwischen Gläubigern von ausländischen Schuldnern einerseits und Gläubigern von inländischen Schuldnern andererseits im Gesetz angelegt ist. Es handelt sich daher um ein allgemeines und nicht auf die Fälle von Art. 50 Abs. 2 SchKG beschränktes Problem. Dass die situationsbedingte höhere Gefahr des schuldnerischen Vermögensabzuges ins Ausland bei ausländischen Schuldnern grösser ist, begründet diese Abweichung zu Gunsten ihrer Gläubiger durchaus nachvollziehbar.

e) Mit der an den Anfang gestellten Vermögensbeschlagnahme kann verhindert werden, dass das Vermögenssubstrat dem Zugriff des Gläubigers entzogen wird, wofür nach einer Einleitung der ordentlichen Betreuung mit Zahlungsbefehl genügend Zeit verbleibt. Der Betreuungsort gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG kann dann von selbständiger Bedeutung sein, wenn dem Gläubiger nicht klar ist, wo Vermögen liegt, denn – anders als beim Arrest – ist es nicht

seine Sache, dem Betreibungsamt Vermögenswerte zu nennen oder wenn die Arrestvoraussetzungen nicht gegeben sind.

f) Die Vorinstanz hat sich – in Übereinstimmung mit der Mehrheitsmeinung – für den Ausschluss des Arrestes ausgesprochen: Zutreffend sei, wie der Privatgutachter darlege, dass der gesetzgeberische Wille aus den Materialien nicht ersichtlich sei. Hingegen zeige die Entstehungsgeschichte, dass damals von drei Schuldnergruppen ausgegangen worden war, nämlich: (1) Schuldner, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterworfen sind, (2) Schuldner, die im Ausland ohne ausserordentliche Schwierigkeiten verfolgt werden können und (3) Schuldner, die im Ausland nicht oder nur mit ausserordentlichen Schwierigkeiten ins Recht gefasst werden können. Noch im Entwurf sei vorgesehen gewesen, dass der Ausländerarrest auf die dritte Gruppe beschränkt bleibe. Aus mehr politischen als sachlichen Gründen sei er dann auch für die zweite Gruppe zugelassen worden. Bis zur neuesten Entwicklung im Zusammenhang mit Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG sei denn auch die Gläubigergefährdung nie das ausschlaggebende Argument gewesen und es sei nicht ersichtlich, dass daran etwas geändert werden wollte. Die Vorinstanz räumt aber auch ein, dass es durchaus ein Bedürfnis der Gläubiger nach Sicherung gebe, werde es doch in neuerer Zeit auf Grund der technischen Möglichkeiten immer einfacher, schuldnerisches Vermögen zu verschieben, was die Vollstreckung tatsächlich erschwere (act. 19 S. 5 f.). Mit der Wahl eines schweizerischen Spezialdomizils gebe es einen hiesigen Betreibungsort und damit die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in der Schweiz. Das führe nach der überwiegend gewichteten historischen Auslegungsmethode dazu, dass die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit bereits anderweitig geschaffen worden sei, so dass ein Arrest ausgeschlossen sei. Der Gläubiger habe im Falle von Art. 50 Abs. 2 SchKG die freie Möglichkeit, auf die Begründung eines Spezialdomizils zu verzichten und könne sich damit den Weg für den Ausländerarrest offen halten.

g) Das vorliegende Problem betrifft das Zusammenspiel zweier Gesetzesbestimmungen: Das SchKG nennt den im Auslande wohnenden Schuldner bzw. den Schuldner, der nicht in der Schweiz wohnt, was für die Frage der Zwangs-

vollstreckung in der Schweiz gleich bedeutend ist. Aus dieser Sicht sind beide Bestimmungen auf ausländische Schuldner nebeneinander anwendbar, und jedenfalls der Wortlaut der Bestimmungen schliesst die Kumulation von Ausländerarrest und Spezialdomizil für Ausländer nicht aus. Dass diese nicht möglich ist, müsste sich deshalb anderweitig ergeben. Gleich wie für das Verständnis einer Gesetzesbestimmung bedarf es auch für die Klärung des Zusammenspiels zweier Gesetzesbestimmungen der Auslegung, wobei die grammatikalische, die logische, die historische und die systematische Methode zur Verfügung stehen (BSK ZGB I-Honsell, N. 9 zu Art. 1).

Was historische Überlegungen anbelangt, ist zu erwähnen, dass das SchKG von 1889 datiert, so dass es zur Kategorie der sehr alten Bundesgesetze gehört, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 116 II 415) den Einfluss der Materialien zurücktreten lässt. In der Frage der Sicherung von Vermögenswerten im Hinblick auf die vorzunehmende Zwangsverwertung und für das Bedürfnis danach spielt die Mobilität von Personen und die Möglichkeit zur Mobilisierung von Vermögenswerten eine ganz erhebliche Rolle. Gerade diesbezüglich ist aus der Sicht der 80iger Jahre des vorletzten Jahrhunderts ein rasanter Wandel eingetreten und es kann von völlig unvorstellbaren und unvorhersehbaren Entwicklungen, ja vom Eintritt in ein anderes Zeitalter gesprochen werden. In neuerer Zeit ist daher eine wesentliche Funktion des Arrestes die Sicherung des Vollstreckungssubstrates, was dadurch betont wird, dass der Arrest nunmehr offiziell das Sicherungsmittel nach LugÜ geworden ist. Das räumt letztlich auch die Vorinstanz ein, wenn sie die gesteigerten Sicherungsbedürfnisse der Gläubiger angesichts der Tatsache erwähnt, dass das Verschieben des schuldnerischen Vermögens immer leichter und damit die Vollstreckung erschwert werde. Die Existenz des „blossen“ Betreibungsortes in der Schweiz tritt daher in den Hintergrund. Geradezu überflüssig ist er allerdings nicht geworden, da – bei fehlenden Arrestvoraussetzungen – immer noch eine ordentliche Betreibung eingeleitet werden kann. Tritt ganz allgemein die entstehungszeitliche (subjektive) Auslegung gegenüber der geltungszeitlichen (objektiven) Auslegung in den Hintergrund (vgl. BSK ZGB I-Honsell, N. 11 zu Art. 1) und ist es weitgehend unstrittig, dass der Richter vom Willen des Gesetz-

gebers, sofern er sich überhaupt ermitteln lässt, abweichen kann, wenn sich die Rechtsanschauungen oder die Verhältnisse geändert haben (Honsell, a.a.O.), so ist nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Fall der Arrest bei Wahl eines Spezialdomizils in einem dramatisch geänderten Kontext unzulässig sein soll.

Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass das Spezialdomizil in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin statuiert sei, so dass zu seinen Gunsten die Unklarheitenregel gelte (act. 44/4 Rz 22 – 24). Für AGB sieht die Unklarheitenregel vor, dass diese wie individuell verfasste Abreden auszulegen sind, wobei sich die Unklarheit – wenn die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt – zu Lasten des Verfassers der AGB auswirkt.

Art. 16 Abs. 2 der General Terms and Conditions (Version 2000) lautet: „The place of performance, place of debt collection for Clients domiciled abroad, and exclusive place of jurisdiction for any proceedings shall be Zurich ...“. Der Arrest ist nicht besonders erwähnt. Deshalb geht es nicht um Klarheit bzw. Unklarheit der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Frage, ob das Spezialdomizil den Arrest ausschliesst, ist eine Frage, wie das SchKG anzuwenden ist und sie ist insofern der Disposition der Parteien entzogen. Steht damit die Rechtsanwendung in Frage, so kann auch die Unklarheitenregel nicht Anwendung kommen.

Der Beschwerdegegner kritisiert, dass der Privatgutachter Art. 50 Abs. 2 SchKG „aus dem Blickwinkel des geschäftsüblichen Willens vernünftiger Parteien bzw. des typischen Erwartungshorizontes der Parteien“ beurteilt habe. Damit stelle er offenbar nicht auf den individuellen Willen bestimmter Parteien ab, sondern gehe letztlich davon aus, dass die Vereinbarung eines Spezialdomizils eine für die Parteien erkennbare Besserstellung bedeute, die sich letztlich nicht implizit in eine versteckte Verschlechterung verkehren dürfe. Was an der Berücksichtigung dieses objektivierte Kriteriums unzulässig sein soll, ist nicht ersichtlich, wird doch seitens des Beschwerdegegners nicht substantiiert vorgetragen, dass die Parteien bei der Vereinbarung des Spezialdomizils arrestrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt hätten. bzw. diese hätten besonders regeln wollen.

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die Kammer auf Grund anderer Auslegungselemente zum Schluss kommt, dass das Spezialdomizil die Arrestlegung nicht verhindert.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 24. Juli 2012  
Geschäfts-Nr.: PS110160-O/U