

# **BGer 5A\_214/2021 vom 12. Februar 2024**

Bundesgericht, 2024-02-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_214\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_214_2021)

FR: TF 5A\_214/2021 du 12 février 2024

IT: TF 5A\_214/2021 del 12 febbraio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher Entscheid ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) über die Weiterziehung eines Arresteinspracheentscheides; er betrifft eine Schuldbetreibungs- und Konkursache, die mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden kann ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ), zumal der Streitwert von Fr. 30'000.-- offensichtlich überschritten ist ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.2**

Ungeachtet des reformatorischen Charakters der Beschwerde ( Art. 107 Abs. 1 BGG ; BGE 137 II 313 E. 1.3 ) genügt das Beschwerdebegehren (Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung der Arresteinsprache). Das Bundesgericht könnte im Gutheissungsfall nicht selber in der Sache, d.h. über die Arresteinsprache entscheiden, weil die Vorinstanz zur Arresteinsprache weder Sachverhaltsfeststellungen noch rechtliche Ausführungen getroffen hat. Insoweit kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

### **E. 1.3**

Die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Weiterziehung ( Art. 278 Abs. 3 SchKG ) des Entscheides über die Einsprache gegen den Arrestbefehl ( Art. 278 Abs. 1 und 2 SchKG ) gilt wie der Arrestentscheid ( BGE 133 III 589 E. 1 ) als vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG ( BGE 135 III 232 E. 1.2 ).

### **E. 1.4**

Mit vorliegender Beschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), wobei hier das Rügeprinzip gilt ( BGE 142 III 364 E. 2.4 ). Auch die Anwendung von Bundesgesetzen wird im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf Willkür, d.h. auf eine Verletzung von Art. 9 BV hin geprüft (vgl. BGE 116 II 625 E. 3b; Urteil 5A\_899/2016 vom 27. November 2017 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 143 III 693 ).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 144 I 170 E. 7.3 ).

### **E. 1.5**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur soweit

zulässig, als erst der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 148 V 174 E. 2.2).

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 7. September 2023 "neue Tatsachen" vorbringt und sich dabei auf das Urteil des Obergerichts vom 4. Juli 2023 beruft (Aufhebung der Konkursöffnung über die Beschwerdegegnerin), woraus ein Arrestgrund zu entnehmen sei, kann darauf nicht eingegangen werden. Weder gibt das angefochtene Urteil Anlass zum Vorbringen, noch ist eine Beschwerdeergänzung nach Ablauf der Beschwerdefrist möglich.

## **E. 2**

Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Zustellung der begründeten Arresteinsprache durch das Arrestgericht. Umstritten ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. des Rechts auf eine Replik des Arrestgläubigers mit Fristansetzung.

### **E. 2.1**

Das Obergericht hat festgehalten, dass die Arresteinsprache mit der Anhörung des Belasteten nach Erlass von vorsorglichen Massnahmen vergleichbar sei, die vorerst ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden (mit Hinweis auf Art. 265 Abs. 2 ZPO ). Das Bezirksgericht habe weder die Regeln über die Arresteinsprache oder das summarische Verfahren gemäss ZPO noch die verfassungsrechtliche Verfahrensgarantie verletzt, wenn es dem Beschwerdeführer mit Zustellung der begründeten Arresteinsprache keine Frist zur Stellungnahme angesetzt und damit keinen formellen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt habe.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht unter dem Titel der "Verletzung von Art. 278 Abs. 2 SchKG / Art. 29 Abs. 2 BV " vor, die massgebende Bestimmung des SchKG über die Stellungnahme zur Arresteinsprache falsch anzuwenden, wenn es das Vorgehen des Bezirksgerichts (keine Fristansetzung) bestätigt habe. Es sei willkürlich ( Art. 9 BV ), in das Ermessen des Arrestgerichts zu stellen, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen sei, und mit seinem Gehörsanspruch ( Art. 29 Abs. 2 BV ) nicht vereinbar, wenn er lediglich in "rund 9 Tagen" auf die 26-seitige Arresteinsprache samt Beilagen hätte replizieren sollen.

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 272 SchKG wird vom Gericht am Betreibungsort oder am Ort, wo die Vermögenswerte sich befinden, der Arrest bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass die Voraussetzungen für den Arrest bestehen. Mit Arresteinsprache ( Art. 278 SchKG ) können nachträglich die Voraussetzungen des Verfahrens und des Arrestes bestritten werden (vgl. BGE 135 III 474 E. 3.2; 138 III 232 E. 4.1.1; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 51 Rz. 32, 67 f.). Über die Arrestbewilligung und -einsprache wird im summarischen Verfahren entschieden ( Art. 251 lit. a ZPO ) : Über die Bewilligung aufgrund einseitiger Prüfung zum überfallartigen Schutz gefährdeter Gläubigerrechte, und über die Einsprache nach Gelegenheit zur Stellungnahme und ohne Verzug ( Art. 278 Abs. 2 SchKG ; vgl. BGE 107 III 29 E. 3).

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV .

#### **E. 2.4.1**

Unabhängig von einem offiziellen Schriftenwechsel haben die Parteien gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV (bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) das Recht, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen, unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGE 146 III 97 E. 3.4.1). Um das Replikrecht zu gewährleisten, hat das Gericht die betreffende Eingabe zur Kenntnisnahme zuzustellen; es ist nicht verpflichtet, mit der Zustellung der Eingabe eine Frist zur Stellungnahme anzusetzen (BGE 146 III 97 E. 3.4.1). Die Gegenpartei hat vielmehr unaufgefordert innert kurzer Reaktionszeit - als Faustregel gilt zehn Tage - zu replizieren, andernfalls ihr Recht verwirkt ist (BGE 146 III 97 E. 3.4.1; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 8 zu Art. 253).

#### **E. 2.4.2**

Im vorliegenden Fall stellte das Bezirksgericht die begründete Arresteinsprache vom 11. Januar 2021 dem (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer am 15. Januar 2021 "zur Kenntnisnahme" (ohne Fristansetzung) zu. Die Eingabe wurde ihm am 18. Januar 2021 unstrittig zugestellt. Damit hat das Bezirksgericht zehn Tage ab Zustellung gewartet, bevor es am 29. Januar 2021 den Entscheid über die Arresteinsprache fällte. Der Beschwerdeführer verfügte (entgegen seiner Darstellung) über eine Reaktionszeit von zehn Tagen, um eine Stellungnahme einzureichen oder zumindest um die Ansetzung einer allenfalls erforderlichen Frist zur Stellungnahme zu ersuchen. Wenn das Obergericht diese Zeitdauer als angemessen erachtet und im unbenutzten Ablauf einen Verzicht auf Replik erblickt hat, ist dies nicht zu beanstanden. Daran vermag der blosser Hinweis des Beschwerdeführers auf den Umfang der zugesandten Eingabe ("26 Seiten, 25 Dokumente") nichts zu ändern. Von einer Verletzung des verfassungsmässigen Replikanspruchs durch das Obergericht kann nicht gesprochen werden.

#### **E. 2.5**

Sodann rügt der Beschwerdeführer eine willkürliche Anwendung von Art. 278 Abs. 2 SchKG.

##### **E. 2.5.1**

Gemäss Art. 278 Abs. 2 SchKG stellt das Arrestgericht die Einsprache dem Arrestgesuchsteller (als Beteiligtem) zu und gibt ihm Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Bestimmung verbietet es dem Arrestgericht, unmittelbar nach Eingang einen Entscheid zu fällen, ohne dem Arrestgläubiger das rechtliche Gehör zu gewähren (REISER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 35 f. zu Art. 278; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. IV, 2003, N. 81 zu Art. 278).

##### **E. 2.5.2**

Der Arrest wird als eine auf die Bedürfnisse der Schuldbetreibung zugeschnittene einstweilige Massnahme bezeichnet, welche wegen der fehlenden vorgängigen Anhörung der superprovisorischen Verfügung des Zivilprozessrechts entspricht (BGE 133 III 589 E. 1; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 51 Rz. 3; STOFFEL/CHABLOZ, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 21 zu Art. 278). Diese Qualifikation führt dazu, dass der Arrestschuldner Gesuchsgegner ist und der Arrestgläubiger Gesuchsteller bleibt. Dies hat zwar für die Behauptungs- und Beweislast keine Bedeutung, wohl aber für den

verfahrensmässigen Ablauf und vor allem für die Frage, wer im Einspracheverfahren den ersten Parteivortrag und wer die Beklagtenrolle hat (STOFFEL/CHABLOZ, a.a.O., N. 21 zu Art. 278; MEIER-DIETERLE, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 278, je mit Hinweis auf das Urteil vom 7. Mai 2001 des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, E. II/4.b-c, in: BLSchK 2002 S. 149 ff.).

### **E. 2.5.3**

Der Beschwerdeführer leitet aus Art. 278 Abs. 2 SchKG ("Gelegenheit zur Stellungnahme") den Anspruch auf Fristansetzung zur Replik ab. Zwar hält er selber fest, dass das Arresteinspracheverfahren dem Verfahren bei Erlass einer superprovisorischen Massnahme ähnlich sei. Er besteht indes darauf, dass die Arresteinsprache ein neues, separates Verfahren sei. Soweit er damit meint, als Arrestgläubiger sei er in der Rolle des Gesuchsgegners und habe deshalb Anspruch auf eine formelle Antwort auf die Arresteinsprache, sind seine Vorbringen unbehelflich. Die Auffassung, dass das Einspracheverfahren ein unselbständiger Teil des Arrestbewilligungsverfahrens ist (MEIER-DIETERLE, a.a.O.) und damit der Arrestgläubiger in der Rolle des Gestaltstellers - mit dem ersten Parteivortrag - steht, ist nicht unhaltbar, sondern wird in der kantonalen Praxis, auf welche sich der Beschwerdeführer beruft, bestätigt (Entscheid KSK 20 15 des Kantonsgerichts von Graubünden vom 29. Dezember 2020 E. 8.3; ebenso: Urteil PS200041 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2020 E. 4.7, 4.8, in: ZR 2020 S. 122 ff.; vgl. ENGLER, Aus der neueren Zürcher Rechtsprechung zum SchKG, BLSchK 2021 S. 129). Der Beschwerdeführer zitiert JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/1999, N. 18 zu Art. 278), welche zwar von Fristansetzung sprechen, jedoch vorab klarstellen, dass das Gesetz kein Verfahren festlegt. Die Organisation des Verfahrens wird nicht von Art. 278 SchKG, sondern (seit dem 1. Januar 2011) von der ZPO bestimmt (vgl. STOFFEL/CHABLOZ, in: Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 278; GILLIÉRON, a.a.O.). Wenn das Obergericht in der Rollenverteilung im Arrest- und Arresteinspracheverfahren gestützt auf Art. 278 SchKG keinen Grund erblickt hat (wie DUMENIG, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2022, S. 73 Rz. 209), dem Beschwerdeführer formell Frist zur Antwort auf die Arresteinsprache anzusetzen, um sich zweimal zur Sache äussern zu können, kann von einer geradezu unhaltbaren Rechtsanwendung nicht gesprochen werden.

### **E. 2.6**

Schliesslich wirft der Beschwerdeführer dem Obergericht eine willkürliche Anwendung der Regeln im Summarverfahren vor.

#### **E. 2.6.1**

Im summarischen Verfahren nach ZPO darf sich keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet. Es besteht insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich tritt der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein. Nach dem Willen des Gesetzgebers findet im Summarverfahren grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist ( BGE 146 III 237 E. 3.1; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 6 zu Art. 253; HOFMANN/ LÜSCHER, Le code de

procédure civile, 3. Aufl. 2023, S. 297).

### **E. 2.6.2**

Das Obergericht hat diese Grundsätze auf das (nach Art. 251 lit. a ZPO ) massgebende summarische Verfahren angewendet. Es hat - mit Hinweis auf die (zitierte) Rechtsprechung und das vorsorgliche Massnahmeverfahren ( Art. 265 Abs. 2 ZPO ) - festgehalten, dass der Beschwerdeführer als Arrestgläubiger (Gesuchsteller) sich nicht darauf verlassen könne, dass ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werde. Der Beschwerdeführer bestätigt selber die erwähnte Rechtsprechung ( BGE 146 III 237 ). Er legt nicht dar, inwiefern es geradezu unhaltbar sei, wenn das Obergericht bestätigt hat, dass vor dem Arrestgericht - entsprechend dem Grundsatz - mit der Zustellung der begründeten Arresteinsprache kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Entgegen seiner Darstellung besteht durchaus ein Ermessen bei der Frage, ob im Summarverfahren nach den Umständen ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen sei (vgl. BGE 138 III 252 E. 2.1). Schliesslich hat das Obergericht festgehalten, dass der Beschwerdeführer (Arrestgläubiger) nicht dargelegt habe, welche überraschenden Einwände der Gegenseite seinerseits das Vorbringen von Noven und damit die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels angezeigt hätten, weshalb sich Weiterungen ohnehin erübrigen würden. Inwiefern diese Auffassung des Obergerichts unhaltbar sei, wird in der Beschwerde nicht auseinandergesetzt. Eine willkürliche Anwendung der Regeln über den (hier einfachen) Schriftenwechsel im summarischen Verfahren nach ZPO wird nicht hinreichend gerügt. Das verfassungsmässige Replikrecht, das einer Partei ungeachtet von einer Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel zusteht, ist im konkreten Fall - wie dargelegt - nicht verletzt worden (E. 2.4). Erörterungen über das Vorbringen von Noven erübrigen sich, weil eine Eingabe vonseiten des Beschwerdeführers nicht erfolgt ist.

### **E. 2.7**

Nach dem Dargelegten vermag der Beschwerdeführer, soweit seine Ausführungen den Begründungsanforderungen genügen, keine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten darzutun.

### **E. 3**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.