

## **OW\_GERICHTE AbR 2012/13 Nr. 14 vom 7. Juli 2016**

OW Obergericht, 2016-07-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR 2012\\_13 Nr. 14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2012_13_Nr.14)

FR: OW\_GERICHTE AbR 2012/13 Nr. 14 du 7 juillet 2016

IT: OW\_GERICHTE AbR 2012/13 Nr. 14 del 7 luglio 2016

### **Regeste**

AbR 2012/13 Nr. 14 Art. 278 Abs. 4 SchKG und Art. 325 Abs. 2 ZPO Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch den Richter ist im Arresteinsprache- und Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (E. 2). Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG Gelingt es de

### **Volltext**

AbR 2012/13 Nr. 14 Art. 278 Abs. 4 SchKG und Art. 325 Abs. 2 ZPO Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch den Richter ist im Arresteinsprache- und Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (E. 2). Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG Gelingt es der Arrestgläubigerin nicht, im Arresteinspracheverfahren glaubhaft zu machen, dass der verurteilte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls Eigentum des Arrestschuldners war, so wurde der Arrestbefehl zu Recht aufgehoben (E. 3). Entscheid des Obergerichts vom 7. November 2012 Aus den Erwägungen: 1. Gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG kann gegen Arresteinspracheentscheide Beschwerde gemäss ZPO geführt werden. Dabei können auch neue Tatsachen geltend gemacht werden. Gemäss Art. 320 ZPO können mit der Beschwerde unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N. 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mangelhaft ist. Was nicht gerügt wird, erfährt keine Überprüfung durch das Gericht und bleibt unangefochten bestehen. 2./2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO. Gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG hemmen Einsprache und Beschwerde die Wirkungen des Arrests nicht. Der vom Gericht bewilligte Arrest bleibt bestehen (Hans Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basel 2010, N. 50 zu Art. 278 SchKG). Dies gilt bis zur rechtskräftigen Erledigung des Arrestverfahrens (Yvonne Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, 145). Gemäss der Literatur ist davon auszugehen, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO durch den Richter durch Art. 278 Abs. 4 SchKG ausgeschlossen wird (Reiser, a.a.O., N. 41 zu Art. 278). 2.2 Die Argumentation der Beschwerdegegner, Art. 325 ZPO gehe als neuere Norm vor, vermag nicht zu überzeugen. Art. 278 SchKG wurde im Hinblick auf das Inkrafttreten der ZPO überarbeitet. Wäre der Gesetzgeber mit den Beschwerdegegnern davon ausgegangen, dass Art. 278 Abs. 4 SchKG mit der Vereinheitlichung des Prozessrechts jegliche Daseinsberechtigung verloren hätte, wäre dieser Absatz aufgehoben worden. Da dies nicht geschehen ist, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Art. 278 Abs. 4 SchKG als einschlägige Norm erachtete. Dieser geht daher der ZPO als *lex specialis* vor. Da der Arrest gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG trotz Einsprache und Beschwerde bestehen bleibt, erübrigt sich die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Durch den

heutigen Entscheid wird der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Übrigen ohnehin gegenstandslos. 3./3.1 Der Arrestbefehl wurde gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erlassen. Gemäss dieser Bestimmung kann der Gläubiger für eine nicht pfandgedeckte Forderung Vermögensstücke des Schuldners, welche sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn der Schuldner in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseiteschafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft. Zur Bewilligung des Arrests bedarf es der Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen nach Art. 272 Abs. 1 SchKG durch den Gläubiger. Der Arrestgrund ist im Sinne von Art. 272 Abs. 1 SchKG glaubhaft gemacht, wenn der Richter ihn aufgrund einer plausiblen Darlegung des Gläubigers für wahrscheinlich hält. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist erbracht, wenn der Richter aufgrund der ihm vorgelegten Elemente den Eindruck gewinnt, dass der behauptete Sachverhalt wirklich vorliegt, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte. Für die Arrestbewilligung ist keine erhöhte Wahrscheinlichkeit erforderlich. Glaubhaft machen bedeutet auch hier weniger als beweisen, aber doch mehr als blosses Behaupten. Die Sachverhaltsdarlegung erscheint dann als wahrscheinlich, wenn die Vorbringen des Gläubigers plausibel und schlüssig sind und dafür auch bestimmte objektive Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Walter A. Stoffel, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Basel 2010, N. 4 ff. zu Art. 272 SchKG; vgl. OGKE R 06/006 vom 26. April 2007 i.S. E.B., E. 3a). Das Beweismass der Glaubhaftmachung findet seine Rechtfertigung im Zweck des Arrests. Der Arrest zielt darauf ab, den Erfolg einer schon eingeleiteten oder erst noch bevorstehenden Vollstreckung durch Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners zu sichern. Der Arrest hat reine Sicherungsfunktion und ist bloss vorsorgliche Massnahme (Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2010 vom 9. August 2010, E. 4.1, mit Hinweisen).

3.2/3.2.1 Der Kantonsgerichtspräsident II hat in seiner Entscheid festgehalten, es liege eine genügende Arrestforderung vor. Zwischen den Parteien liege ein mittlerweile gekündigter Mietvertrag vor; es seien Mietzinszahlungen ausgeblieben, was von den Beschwerdegegnern auch nicht bestritten werde. Im Zeitpunkt des Arrestbefehls seien unbestrittenermassen Fr. 10'400.-- an Mietzinszahlungen offen gewesen. Am 20. September, und damit nach Erlass des Arrestbefehls, seien dem Konto der Beschwerdeführerin Fr. 5'200.-- gutgeschrieben worden, womit immer noch eine Forderung von Fr. 5'200.-- bestehe. Die Beschwerdegegner gehen davon aus, dass die Forderung erfüllt sei, da eine Sicherheitsleistung über Fr. 5'200.-- zugunsten der Beschwerdeführerin auf einem Bankkonto deponiert worden sei.

3.2.2 Hierzu ist in Übereinstimmung mit dem Kantonsgerichtspräsidenten II festzuhalten, dass das sogenannte Mietzinsdepot gemäss Art. 257e OR im Namen des Mieters bei einer Bank hinterlegt werden muss. Die Sicherheitsleistung bleibt somit im Eigentum des Mieters; daher kann dieser ausstehende Mietzinsschulden nicht mit der Sicherheitsleistung verrechnen, da eine Verrechnung mit eigenen Guthaben ausgeschlossen ist. Dem Mieter ist es somit verwehrt, sich der Zahlung der Mietzinse für die letzten Monate dadurch zu entziehen, dass er den Vermieter auf das bei der Bank liegende Guthaben verweist (SVIT-Kommentar, Zürich 2008, N. 18 zu Art. 257e OR).

3.2.3 Da die Beschwerdegegner die ausstehenden Mietzinse wie dargelegt nicht mit der geleisteten Sicherheitsleistung verrechnen können, und sie auch keine sonstige Tilgung, Stundung oder Verrechnung der Forderung geltend machen, hat die Beschwerdeführerin den Bestand der Arrestforderung glaubhaft gemacht.

3.3/3.3.1 Als Arrestgrund macht die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner 2 sei nicht

erreichbar und gemäss Angaben des Betreibungsamtes Obwalden seit Oktober 2011 unbekannt verzogen. Weder telefonisch noch brieflich oder per E-Mail könne er erreicht werden. Somit sei der Arrestgrund der Flucht gegeben. Die Einsprachegegner halten fest, bei einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft könne begriffslogisch nicht von einer Flucht ausgegangen werden. Der Beschwerdeführerin sei zudem auch bekannt gewesen, dass der Beschwerdegegner 2 per 1. Oktober 2012 umziehe. Ob der Beschwerdegegner 2 erreichbar sei, sei zudem irrelevant, da er nicht Schuldner der geltend gemachten Forderung und damit auch nicht passivlegitimiert sei. Der Kantonsgerichtspräsident II hält in seiner Entscheidung fest, juristische Personen, welche im Handelsregister eingetragen sind, hätten ihren Betreibungsstand am eingetragenen Sitz. Gemäss Handelsregisterauszug befinde sich der Sitz der Beschwerdegegnerin 1 immer noch in Alpnach Dorf. Der geltend gemachte Arrestgrund sei daher nicht gegeben. Da das Arrestbegehren nur gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 gestellt worden sei, sei der geltend gemachte Arrestgrund gegenüber dem Beschwerdegegner 2 nicht zu prüfen. Da die Beschwerdegegner jedoch von den Mietzinsausständen gewusst hätten und mit der Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten durch die Beschwerdeführerin rechnen mussten, sei der Verkauf des Bentleys ein Indiz dafür, dass die Beschwerdegegner Vermögensgegenstände beiseiteschaffen und sich damit der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten entziehen wollten. 3.3.2 Dem Kantonsgerichtspräsidenten II und den Beschwerdegegnern ist zuzustimmen, dass sich eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft nicht auf der Flucht befinden kann. Auch dass die Beschwerdegegnerin 1 ihren Sitz theoretisch innert kürzester Zeit verlegen könnte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, führt nicht dazu, dass sie danach unauffindbar wäre; über den Handelsregistereintrag könnte sie problemlos ausfindig gemacht werden. Arrestschuldnerin ist, wie der Kantonsgerichtspräsident II richtig festgehalten hat, lediglich die Beschwerdegegnerin 1, nicht jedoch der Beschwerdegegner 2. Ob sich bei diesem der Arrestgrund der Flucht oder des Anstaltens dazu treffen erfüllt hat, ist somit nicht zu prüfen. 3.3.3 Der Kantonsgerichtspräsident II hat jedoch den Arrestgrund des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bejaht. Hierzu ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegner den in Frage stehenden Bentley im angeblichen Wert von über Fr. 400'000.-- erst am 17. September 2012, und damit relativ kurze Zeit nach Einleitung des Betreibungsverfahrens, verkauft haben. Ob der Kaufvertrag, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, lediglich fingiert ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht vertieft zu prüfen. Es ist dem Kantonsgerichtspräsidenten II dahingehend zu folgen, dass der Verkauf eines unbestrittenermassen wertvollen Wagens kurz nach Einleitung eines Betreibungsverfahrens geeignet ist, den Anschein zu erwecken, die Beschwerdegegner wollten sich der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten entziehen. Wie unter der nachfolgenden Erwägung 3.4 festgehalten wird, bestehen jedoch keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kaufvertrag lediglich fingiert ist. Ob die Vorinstanz trotz Vorliegens eines rechtsgültigen Kaufvertrages zu Recht auf ein Beiseiteschaffen von Vermögenswerten geschlossen hat, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da der Bentley wie unter E. 3.4 dargelegt ohnehin nicht als Arrestgegenstand in Betracht fällt. 3.4/3.4.1 Als Arrestgegenstand benennt die Beschwerdeführerin den Bentley Continental. Dieser stehe im Eigentum der Beschwerdegegnerin 1. Die Beschwerdegegner machen geltend, der Bentley sei nie Eigentum der Beschwerdegegnerin 1 gewesen, sondern Eigentum des Beschwerdegegners 2; zudem sei der Bentley am 17. September 2012 verkauft worden, damit habe er zum Erlasszeitpunkt des Arrestbefehls auch nicht mehr dem

Beschwerdegegner 2 gehört. Im angefochtenen Entscheid hält der Kantonsgerichtspräsident II fest, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei nicht davon auszugehen, dass der vorgelegte Kaufvertrag fingiert sei. Da der Bentley daher zum Zeitpunkt des Arrestbefehls nicht mehr Eigentum der Beschwerdegegner gewesen sei, entfalle der Arrestgegenstand.

3.4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werde im Einspracheverfahren nicht über die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse entschieden, dies habe im Widerspruchsverfahren zu geschehen. Im Einspracheverfahren habe die Gläubigerin lediglich das Vorhandensein von Vermögensgegenständen, welche im Eigentum der Schuldnerin stehen, glaubhaft zu machen, was sie vorliegend auch getan habe. Die Beschwerdegegner gehen in ihrer Stellungnahme davon aus, dass diese Rechtsprechung ein einmaliger "Ausrutscher" gewesen sei und das Bundesgericht ansonsten konstant entschieden habe, dass auch fremdes Eigentum am Arrestgegenstand im Einspracheverfahren geltend gemacht werden könne.

3.4.3 Gemäss Urteil des Bundesgerichts 5A\_697/2010 vom 11. November 2010 (E. 3) kann jeder, der in seinen Rechten betroffen ist, beim Arrestrichter gegen die Anordnung eines Arrestes Einsprache erheben (Art. 278 Abs. 1 SchKG). Prozessgegenstand des Arresteinspracheverfahrens sind, nebst den üblichen Eintretensvoraussetzungen, die Arrestvoraussetzungen nach Art. 272 SchKG. Der Einsprecher kann nur rügen, der Arrestgläubiger habe nicht glaubhaft gemacht, dass die behauptete Forderung besteht (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), dass ein Arrestgrund vorliegt (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) oder dass Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Bestreitet der Schuldner, Eigentümer mit Arrestbeschluss versehener Vermögensgegenstände zu sein, so erfolgt die Abklärung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse im Widerspruchsverfahren (Art. 275 i.V.m. Art. 106–109 SchKG; s. auch Urteile 5A\_697/2008 vom 6. Mai 2009 E. 2.3 und 7B.207/2005 vom 29. November 2005 E. 2.3.4). Dieselben Grundsätze gelten sinngemäss für das Weiterziehungsverfahren im Sinne von Art. 278 Abs. 3 SchKG. In BGE 136 III 379 wird hingegen festgehalten, dass nach der Rechtsprechung sämtliche Rügen, welche die materiellen Voraussetzungen des Arrestes zum Gegenstand haben, namentlich solche, die das Eigentum oder die Inhaberschaft an den zu arrestierenden Gegenständen oder mit denen Rechtsmissbrauch geltend gemacht wird, in die Zuständigkeit des Einspracherichters gemäss Art. 278 SchKG fallen (vgl. auch BGE 129 III 203, E. 2.2 und 2.3, 206 f.). Im Verfahren der Einsprache gegen den Arrestbefehl und im Beschwerdeverfahren wird zwar nicht über die rechtliche Zugehörigkeit der Arrestobjekte zum Schuldnervermögen entschieden, jedoch geprüft, ob der Arrestrichter das Vorhandensein von Vermögensgegenständen, die dem Arrestschuldner gehören, als glaubhaft gemacht erachten darf (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; Urteil des Bundesgerichts 5A\_225/2009 E. 4.1). In der Literatur wird ein Bestreiten des Eigentums im Einspracheverfahren nicht ausgeschlossen. Artho von Gunten zählt das Bestreiten der rechtlichen Zugehörigkeit des Arrestobjektes zum schuldnerischen Vermögen ausdrücklich auf (a.a.O., 129); ebenso Reiser (a.a.O., N. 11 zu Art. 278).

3.4.4 Dass der verarrestierte Bentley zumindest bis zum 17. September 2012, 17.30 Uhr, im (Mit-)Eigentum der Beschwerdegegnerin 1 stand, wird durch die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege sowie den von den Beschwerdegegnern eingereichten Kaufvertrag, in dem beide Beschwerdegegner als Verkäufer bezeichnet werden, glaubhaft gemacht.

3.4.5 Es ist jedoch festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Beschwerdegegner nicht nur bestreiten, Eigentümer des Bentleys zu sein, sondern den Verkauf des Wagens mit einem Kaufvertrag sowie einem Schreiben des Rechtsanwalts des

Käufers belegen. Gemäss Kaufvertrag wurden Fahrzeugpapiere, Autoschlüssel sowie der Schlüssel / die Fernbedienung zur Tiefgarage am 17. September 2012 dem Käufer übergeben; der Besitz wurde daher übertragen (Art. 714 ZGB; vgl. Arthur Homberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1938, N. 6 zu Art. 922 ZGB). Wie der Kantonsgerichtspräsident II in seinem Entscheid richtig festhält, lässt sich daraus, dass der Kaufvertrag aus dem Internet heruntergeladen und handschriftlich ausgefüllt wurde, nicht schliessen, dass er lediglich fingiert wurde. Auch der überaus hohe Kaufpreis vermag den Kaufvertrag nicht ungültig erscheinen zu lassen; die Preisgestaltung obliegt allein den Vertragsparteien. Daher misslingt es der Beschwerdeführerin, glaubhaft zu machen, dass der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls im Vermögen der Beschwerdegegner stand; das Eigentum der Beschwerdegegner zu diesem Zeitpunkt wird mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin lediglich behauptet. 4./4.1 Da es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass sich der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls Eigentum der Beschwerdegegnerin 1 war, fehlt es an einer Arrestvoraussetzung. Somit wurde der Arrestbefehl zu Recht aufgehoben; der Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten II widerspricht nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Beschwerde wird daher abgewiesen. de| fr | it Schlagworte beschwerdegegner eigentum arrestbefehl entscheid arrestgrund einsprache lediger bundesgericht schuldner erteilung der aufschiebenden wirkung flucht verrechnung gläubiger arrestgegenstand miete Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.714 Art.922 OR: Art.257e ZPO: Art.278 Art.320 Art.321 Art.325 SchKG: Art.271 SchKG: Art.275 SchKG: Art.106 Art.159 Art.271 Art.272 Art.278 Weitere Urteile BGer 5A\_225/2009 5A\_697/2008 5A\_306/2010 5A\_697/2010 7B.207/2005 Leitentscheide BGE 129-III-203 136-III-379 AbR 2012/13 Nr. 14

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