



URS BOLLER

Abwehrmassnahmen: Arresteinsprache und Beschwerde

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Arresteinsprache
 - A. Funktion
 - B. Formelles
 - 1. Legitimation
 - 2. Zuständigkeit
 - 3. Form
 - 4. Frist
 - C. Materielles (Einsprachegründe)
 - 1. Grundsatz
 - 2. Fehlende Prozessvoraussetzungen
 - 3. Einwendungen gegen die Arrestforderung
 - 4. Bestreitung des Arrestgrundes
 - 5. Bestreitung des Arrestgegenstandes
 - 6. Einrede der Pfandsicherheit
 - 7. Bestreitung der Pfändbarkeit
 - 8. Verletzung von völkerrechtlicher Immunität
 - 9. Rechtsmissbrauch
 - 10. Beantragung einer Arrestkaution (Art. 273 SchKG)
 - D. Verfahren
 - E. Rechtsmittel
 - 1. Beschwerde gegen den Arresteinspracheentscheid
 - 2. Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht
- III. Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG
 - A. Funktion
 - B. Formelles
 - C. Materielles
 - D. Beschwerde im Arrest-Kontext
- IV. Weitere Abwehrmassnahmen
 - A. Schutzschrift
 - B. Widerspruchsverfahren
 - C. Sicherheitsleistung

I. Einleitung

Der Arrest im Sinne von Art. 271 ff. SchKG¹ ist eine einschneidende Massnahme, die den Schuldner unter Umständen empfindlich trifft – wobei im Zeitpunkt der Arrestlegung oftmals noch nicht einmal feststeht, ob die als Schuldner bezeichnete Person dem Arrestgläubiger tatsächlich etwas schuldet.

Der vorliegende Beitrag soll aufzeigen, wie sich eine Person, die von einem Arrest betroffen ist, gegen die Arrestlegung wehren kann. Im Vordergrund steht dabei der vom Gesetz hierfür ausdrücklich vorgesehene Rechtsbehelf: die Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG. Im Weiteren werden einige arrestspezifische Aspekte der SchKG-Beschwerde nach Art. 17 SchKG beleuchtet. Abschliessend werden weitere Abwehrmassnahmen dargestellt, die dem Arrestschuldner zur Verfügung stehen.

II. Arresteinsprache

A. Funktion

Die Ausgangslage, die der Arresteinsprache zugrunde liegt, ist die Folgende: Das Gericht hat auf Antrag des Gläubigers einen Arrestbefehl erlassen, ohne dass es den Schuldner vorher angehört hat. Mit der Arresteinsprache soll dem Schuldner und allfälligen Dritten nachträglich das rechtliche Gehör gewährt werden.² Der Arrestschuldner kann so dem Gericht nachträglich seine Sicht der Dinge darlegen und das Gericht somit veranlassen, den erteilten Arrestbefehl unter Berücksichtigung seiner

URS BOLLER, lic.iur., Rechtsanwalt, LL.M., Meyerlustenberger Lachenal, Zürich.

Bei diesem Aufsatz handelt es sich um das verschriftlichte Referat des Autors an der IRP-HSG-Tagung «Der Arrest und andere Sicherungsmittel» vom 22. Juni 2017 in Zürich.

¹ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

² KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 51 N 64.

Arresteinsprache zu überprüfen und gegebenenfalls anders zu entscheiden.³

Im Einspracheverfahren geht es – anders als in einem typischen Rechtsmittelverfahren – nicht um die Überprüfung, ob der seinerzeitige Arrestbefehl zu Recht erteilt wurde. Vielmehr handelt es sich um eine Neubeurteilung, bei der geprüft wird, ob der Arrestbefehl auch jetzt noch, das heisst unter Berücksichtigung der mit der Einsprache vorgebrachten Argumente und Beweismittel, noch aufrechterhalten werden kann.⁴

Die Arresteinsprache soll somit Gewähr bieten dafür, dass ein Arrest nur dann aufrechterhalten bleibt, wenn die Voraussetzungen des Arrests auch tatsächlich gegeben sind.⁵ Allerdings bringt die Einsprache selbst den Arrest noch nicht zu Fall. Die Einsprache – und auch ein allfälliger Weiterzug des Einspracheentscheids – hemmen die Wirkungen des Arrests nicht.⁶

B. Formelles

1. Legitimation

Gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG ist zur Arresteinsprache legitimiert, «wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist». Dies ist nicht nur der Schuldner selbst, sondern auch jeder Dritte, der vom Arrest betroffen ist. Zu denken ist beispielsweise an den Eigentümer der verarrestierten Gegenstände, wenn dieser nicht zugleich der Schuldner ist, oder etwa ein Pfandgläubiger, der an den Arrestgegenständen ein Pfandrecht beansprucht, oder der Drittverwahrer.⁷

2. Zuständigkeit

Anders als bei einem Rechtsmittel, mit dem ein Entscheid an eine höhere Instanz weitergezogen wird, ist die Arresteinsprache an dasjenige Gericht zu richten, das den Arrestbefehl erlassen hat.⁸ Eine Besonderheit liegt allerdings dann vor, wenn der Arrest nicht vom erstinstanzlichen Gericht, sondern von der nächsthöheren Instanz bewilligt worden ist, aufgrund einer erfolgreichen Beschwerde gegen einen abweisenden Arrestentscheid: In diesem Fall ist die Arresteinsprache nicht an das obere Gericht zu adressieren, sondern an die erste Instanz.

Ansonsten stünde für das Einspracheverfahren nicht mehr der ganze Instanzenzug zur Verfügung.⁹

3. Form

Das SchKG selbst stellt für die Arresteinsprache keine Formerfordernisse auf. Gemäss Art. 251 lit. a ZPO wird die Arresteinsprache im summarischen Verfahren behandelt. Die Arresteinsprache ist daher grundsätzlich schriftlich zu erheben.¹⁰ Aufgrund von Art. 252 Abs. 2 ZPO, wonach ein Gesuch im summarischen Verfahren in einfachen und dringenden Fällen mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden kann, dürfte auch die mündliche Erhebung einer Arresteinsprache zulässig sein.¹¹

Eine eigentliche Begründung der Einsprache ist nicht erforderlich.¹² Das heisst, um die Einsprachefrist zu wahren, genügt es, wenn die Einsprache innert Frist erhoben wird, auch wenn sie noch nicht oder nur sehr summarisch begründet ist. Damit sie in der Sache selbst erfolgreich ist, dürfte es dann aber sehr wohl erforderlich sein, dass der Einsprecher nachträglich darlegt, weshalb seiner Ansicht nach kein Arrest angeordnet werden darf.

4. Frist

Die Einsprachefrist beträgt zehn Tage.¹³ Nach dem Wortlaut von Art. 278 Abs. 1 SchKG beginnt die Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Betroffene von der Anordnung des Arrests Kenntnis erhalten hat. Es stellt sich hier die Frage, wann genau diese Kenntnisnahme vorliegt. Genügt es, wenn der Arrestschuldner von seiner Bank darüber orientiert wird, dass seine Vermögenswerte gesperrt worden sind, und die Bank ihm auch noch eine Kopie der vom Betreibungsamt erhaltenen Benachrichtigung zustellt? Oder beginnt die Frist erst zu laufen, wenn dem Arrestschuldner die Arresturkunde formell zugestellt wird? Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, dass die Zustellung der Arresturkunde fristauslösend ist, ungeachtet dessen, ob der Schuldner vorgängig auf andere Weise Kenntnis vom Arrest erlangt hat (etwa weil er beim Arrestvollzug anwesend war oder Einsicht in die Arrestakten erhalten hat).¹⁴ Denkbar ist allerdings, dass dem Schuldner ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen wird, wenn er vollständige und gesicherte Kenntnis vom Ar-

³ HANS REISER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Autor), Art. 278 N 2.

⁴ FELIX MEIER-DIETERLE, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Autor), Art. 278 N 1 und 5.

⁵ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 2.

⁶ Art. 278 Abs. 4 SchKG.

⁷ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 2.

⁸ YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, 33.

⁹ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 33. Siehe hierzu bspw. die Rechtsmittelbelehrung in OGer ZH, PS110211-O, 20.12.2011, Dispositiv-Ziff. 6.

¹⁰ Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 ZPO; allenfalls auch elektronisch mit anerkannter Signatur des Absenders (Art. 130 Abs. 1 und 2 ZPO).

¹¹ BSK SchKG II-REISER, Art. 278 N 28.

¹² KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 11; ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 35 ff.; OGer ZH, PS150016-O, 20.2.2015, E. 4.3.2.

¹³ Art. 278 Abs. 1 SchKG.

¹⁴ BGE 135 III 232 E. 2.4.

rest hat, und gleichwohl ohne Grund übermässig lang mit dem Erheben der Einsprache zuwartet.¹⁵

Die Zehntagesfrist gilt allerdings nicht absolut. Gemäss Art. 33 Abs. 2 SchKG kann das Betreibungsamt diese Frist von Anfang an verlängern, oder auch auf Antrag hin erstrecken, wenn einer der Beteiligten Wohnsitz im Ausland hat oder wenn Mitteilungen an ihn durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen haben.¹⁶

Für die Berechnung der Frist sind die Betreibungsferien und der Rechtsstillstand gemäss Art. 56 ff. SchKG zu beachten. Von der Wirkung der Betreibungsferien und der geschlossenen Zeiten sind nur die Anordnung und der Vollzug des Arrests ausgeschlossen.¹⁷

C. Materielles (Einsprachegründe)

1. Grundsatz

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Arresteinsprache nicht etwa um die «Anfechtung» des Arrestbewilligungsentscheids. Das Gericht trifft nach Anhörung des Einsprechers einen neuen Entscheid. Der Einsprecher kann daher grundsätzlich alles vorbringen, was der Arrestbewilligung irgendwie entgegensteht.¹⁸

Nachfolgend wird in nicht abschliessender Weise dargestellt, welche Argumente der Einsprecher vortragen kann, um das Gericht dazu zu bewegen, den Arrest wieder aufzuheben.

2. Fehlende Prozessvoraussetzungen

Der Einsprecher kann zunächst vorbringen, dass die Prozessvoraussetzungen für das Arrestbewilligungsverfahren nicht gegeben sind.¹⁹

So kann er etwa dartun, dass es an der örtlichen Zuständigkeit fehlt. Dieses Argument kann insbesondere dann relevant sein, wenn der Arrestrichter gestützt auf die seit 2011 bestehende schweizweite Arrestlegungskompetenz²⁰ einen Arrest bezüglich mehrerer, in verschiedenen Gerichtskreisen gelegenen Arrestgegenstände anordnet, und der Schuldner aber aufzeigen kann, dass sich jedenfalls im Gerichtssprengel des Arrestgerichts gerade keine Arrestgegenstände befinden. Damit wird dem Arrestrichter auch die Zuständigkeit entzogen, bezüglich der ausserhalb seines Gerichtskreises gelegenen Gegenstände einen Arrest anzuordnen.²¹ Des Weiteren kann umstritten sein, wo Arrestgegenstände

als Belegen gelten, insbesondere wenn es sich dabei um Forderungen handelt, bei denen die Belegenheit naturgemäss zu fingieren ist.²²

Weiter kann der Einsprecher Einwendungen gegen die Partei- und Prozessfähigkeit des Gläubigers vortragen.²³

Solche Argumente sind beispielsweise dann relevant, wenn als Gläubiger eine ausländische Gesellschaft auftritt, deren Existenz nicht ohne weiteres klar ist, etwa weil es in der betreffenden ausländischen Rechtsordnung kein Handelsregister gibt, auf das abgestellt werden könnte. Angriffspunkte bieten sich ferner dann, wenn als Gläubiger ein staatsnahes Gebilde auftritt.²⁴ Hier stellt sich die Frage, ob dieses Gebilde rechtsfähig oder bloss Teil der öffentlichen Verwaltung ist. Ferner bieten sich dem Einsprecher Angriffspunkte, wenn als Gläubiger ein ausländischer Konkursverwalter oder eine ausländische Konkursmasse auftritt.²⁵

3. Einwendungen gegen die Arrestforderung

Der Einsprecher kann sodann das Vorliegen der materiellen Arrestvoraussetzungen bestreiten.²⁶ Zu diesen zählt vorab die Arrestforderung.²⁷ Hier kann der Einsprecher Einwendungen gegen den Bestand, die Höhe und die Fälligkeit²⁸ der Forderung vorbringen,²⁹ ebenso Einwendungen gegen die Aktiv- und die Passivlegitimation.

Der Einsprecher kann dabei sowohl die hierzu vom Gläubiger aufgestellten Tatsachenbehauptungen glaubhaft bestreiten, oder aber er kann auch eigene, glaubhafte Tatsachenbehauptungen aufstellen, welche der Arrestforderung entgegenstehen. Als Beispiel hierfür seien etwa die Einrede der nicht erbrachten Gegenleistung bei einem zweiseitigen Vertrag genannt³⁰, die Fälschung von Dokumenten, die Genehmigung von angeblich unrechtmässig erfolgten Zahlungen, oder aber auch klassische Einreden wie Tilgung, Stundung, Verjährung.³¹

Wenn der Schuldner dem vom Gläubiger präsentierten Sachverhalt nichts entgegenhalten kann, so kann er wenigstens auf der rechtlichen Ebene argumentieren und aufzuzeigen versuchen, dass die Arrestforderung aus rechtlichen Gründen keinen Bestand hat. Spielraum

¹⁵ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 30a; vgl. KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 13.

¹⁶ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 34.

¹⁷ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 56 f.; BSK SchKG I-BAUER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 56 N 46.

¹⁸ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 2; ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 127 f.

¹⁹ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 128.

²⁰ Art. 271 Abs. 1 SchKG.

²¹ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 8.

²² Illustrativ hierzu etwa BGE 140 III 512.

²³ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 9.

²⁴ Siehe etwa BGE 138 III 232 E. 4.2 (die Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit stellte sich dort allerdings unter dem Aspekt der Sachlegitimation).

²⁵ Vgl. zu dieser Problematik etwa BGer, 5A_520, 19.1.2017, oder etwa BGer, 2C_303/2010, 24.10.2011.

²⁶ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 10.

²⁷ Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

²⁸ Sofern nicht der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 oder 2 SchKG vorliegt, denn in diesem Fall kann der Arrest auch für eine noch nicht fällige Forderung verlangt werden (Art. 271 Abs. 2 SchKG).

²⁹ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 129.

³⁰ Art. 82 OR; BSK SchKG II-STOFFEL (FN 3), Art. 271 N 34.

³¹ Vgl. etwa Art. 81 Abs. 1 SchKG.

tut sich hier vor allem auf, wenn die Arrestforderung ausländischem Recht untersteht, oder auch wenn nach dem anwendbaren schweizerischen Recht der Anspruch des Gläubigers nicht klar ausgewiesen ist.

4. Bestreitung des Arrestgrundes

Bekanntlich gehört das Vorliegen eines Arrestgrundes zu den Arrestvoraussetzungen³². Der Schuldner kann daher das Vorliegen eines Arrestgrundes bestreiten.

Ohne an dieser Stelle auf die Arrestgründe im Einzelnen einzugehen, kann etwa unter dem Blickwinkel des Arrestgrundes von Ziff. 1 und 4 der Wohnsitz des Schuldners eine zentrale Rolle spielen: Weist der Schuldner nach, dass er in der Schweiz Wohnsitz hat, so ist damit dem Arrestgrund von Ziff. 1 und 4 der Boden entzogen.

Oder aber, wenn sich der Gläubiger auf den Arrestgrund von Ziff. 2 stützt, kann der Schuldner Anhaltspunkte liefern, die dagegen sprechen, dass der Schuldner eine unredliche Absicht hegt und Anstalten zur Flucht trifft.³³

Schliesslich bietet das im Arrestgrund von Ziff. 4 enthaltene Kriterium des genügenden Bezugs zur Schweiz einen gewissen Auslegungsspielraum. Allerdings hat das Bundesgericht zu Ungunsten des Schuldners festgehalten, dieses Kriterium sei nicht einschränkend auszulegen.³⁴ Ein mögliches Argument des Schuldners ist beispielsweise, der Gläubiger habe nach Entstehen der Forderung den Bezug zur Schweiz in missbräuchlicher Weise hergestellt, um sich so einen Arrestgrund zu verschaffen, beispielsweise falls die Forderung vom ursprünglichen ausländischen Gläubiger an einen Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz abgetreten wurde.³⁵

Beim Arrestgrund von Ziff. 6, also wenn sich der Gläubiger auf einen definitiven Rechtsöffnungstitel stützen kann, sind ein paar Besonderheiten erwähnenswert.

Handelt es sich beispielsweise um ein schweizerisches Urteil einer oberen kantonalen Instanz, so ist dieses mit der Ausfällung grundsätzlich vollstreckbar geworden und gilt somit als definitiver Rechtsöffnungstitel, denn eine allfällige Beschwerde ans Bundesgericht hat gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.³⁶ Der Schuldner kann dementsprechend vorbringen, er habe beim Bundesgericht eine Beschwerde erhoben, welcher das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung erteilt habe. In diesem Fall ist der angefochtene Entscheid bis auf weiteres nicht mehr vollstreckbar, weshalb er auch nicht mehr als definitiver Rechts-

öffnungstitel qualifiziert werden kann und nicht mehr zum Arrest berechtigt.³⁷

Stützt sich der Gläubiger auf ein Urteil, das nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen³⁸ zu vollstrecken ist, so ist gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG vorausgesetzt, dass der Arrestrichter auch über die Vollstreckbarkeit des Urteils zu entscheiden hat, mithin das Exequatur ausspricht.³⁹ Gegen den Exequaturentscheid kann der Schuldner Beschwerde an die obere kantonale Instanz erheben.⁴⁰ Es kommt damit zu einer Spaltung des Rechtsmittelweges:⁴¹ Einwendungen des Arrestschuldners gegen die Vollstreckbarkeit des LugÜ-Urteils, wie beispielsweise die fehlende Zustellung des verfahrenseleitenden Schriftstücks, sind ausschliesslich in der gegen das Exequatur gerichtete Beschwerde vorzutragen; mit der Arresteinsprache hingegen können ausschliesslich arrestspezifische Einwendungen geltend gemacht werden.⁴²

Stützt sich der Gläubiger im Arrestverfahren auf ein ausländisches Urteil, dessen Anerkennung sich nach den Regeln des IPRG⁴³ richtet, so ist im Arrestbewilligungsverfahren vorfrageweise über dessen Vollstreckbarkeit zu befinden.⁴⁴ Im Einspracheverfahren kann der Schuldner sodann die Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss Art. 25–27 IPRG vortragen. Er kann etwa geltend machen, die indirekte Zuständigkeit des urteilenden Gerichts sei nicht gegeben, oder er kann dartun, dass das Urteil noch nicht endgültig ist, oder dass eine Verletzung des formellen oder materiellen Ordre public vorliegt.

Auch Schiedsurteile können als definitive Rechtsöffnungstitel qualifizieren und somit zum Arrest gemäss Ziff. 6 berechtigen.⁴⁵ Liegt ein Urteil eines Schiedsgerichts mit Sitz im Ausland vor, so kann der Schuldner die im New Yorker Übereinkommen⁴⁶ vorgesehenen Anerkennungsverweigerungsgründe⁴⁷ geltend machen.⁴⁸

³² Art. 271 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

³³ Siehe hierzu etwa BGer, 5A_818/2013, 21.2.2014, E. 3.1, 3.2.

³⁴ BGE 123 III 494.

³⁵ BSK SchKG II-STOFFEL (FN 3), Art. 271 N 91; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 271 N 15.

³⁶ KUKO SchKG-MEIER DIETERLE (FN 4), Art. 271 N 17f.

³⁷ OGer ZH, PS160162, 3.11.2016, E. 2; OGer ZH, PS130129, 19.12.2013, E. 5.b.

³⁸ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

³⁹ BGE 139 III 135 E.4.5.2 = Pra 2013, Nr. 69 (kritisch hierzu ZR 2015, Nr. 79, E. 3.3, 3.4); KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 271 N 17n.

⁴⁰ Art. 327a Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 43 Ziff. 1 und 2 LugÜ.

⁴¹ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 17a.

⁴² OGer ZH, PS160103, 20.10.2016 E. II.1.2; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 17c.

⁴³ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291).

⁴⁴ BGE 139 III 135 E.4.5.2 = Pra 2013, Nr. 69.

⁴⁵ BGE 139 III 135 E.4.5.2 = Pra 2013, Nr. 69.

⁴⁶ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen, NYÜ; SR 0.277.12).

⁴⁷ Art. V NYÜ. Als Verweigerungsgründe gelten unter anderem die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung, die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die fehlende Schiedsfähigkeit.

⁴⁸ Siehe hierzu OGer ZH, PS160151 vom 23. September 2016 E. III.4.1, 4.2.

5. Bestreitung des Arrestgegenstandes

Wenn die Arrestgegenstände, die der Schuldner in seinem Arrestgesuch bezeichnet hat, tatsächlich nicht existieren, so läuft der Arrest ins Leere. In diesem Fall wird der Schuldner wohl auch keine Einsprache erheben. Anders verhält es sich, wenn der Arrest tatsächlich ge-griffen hat und Vermögenswerte verarrestiert werden konnten. Der betroffene Schuldner kann hier geltend machen, dass der Arrest gar nicht erst hätte bewilligt werden dürfen, da der Gläubiger das Vorhandensein der Gegenstände nicht in rechtsgenügender Weise glaubhaft gemacht habe, oder dass gar ein unzulässiger Sucharrest vorliege, der nur zufälligerweise erfolgreich war.⁴⁹

Handelt es sich beim Arrestgegenstand um eine künftige oder eine suspensiv bedingte Forderung, so eröffnen sich dem Schuldner gewisse Angriffspunkte. Das Bundesgericht hat hierzu zwar festgehalten, es sei nicht willkürlich, wenn das Arrestgericht suspensiv bedingte Forderungen des Arrestschuldners mit Arrest belegt habe. Lehre und Rechtsprechung hierzu sind jedoch nicht einheitlich.⁵⁰

Der Arrestschuldner wird hingegen nicht erfolgreich sein mit dem Argument, dass die verarrestierten Vermögenswerte gar nicht ihm, sondern einem Dritten gehören: Die Abklärung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse erfolgt im Widerspruchsverfahren. Auf eine (ausschliesslich damit begründete) Arresteinsprache ist nicht einzutreten.⁵¹

Anders sieht es dagegen beim Dritten aus: Werden Vermögenswerte einer Drittperson verarrestiert, so kann der Dritte mit der Einsprache vorbringen, dass diese Vermögenswerte in der Tat ihm und nicht oder allenfalls nicht mehr dem Schuldner gehören.⁵²

Relevant ist die Einsprache des Dritten insbesondere bei Durchgriffskonstellationen: So können mit einem gegen den Schuldner gerichteten Arrestbefehl beispielsweise Bankguthaben verarrestiert werden, die auf den Namen einer Drittpartei lauten, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass die Voraussetzungen für einen Durchgriff gegeben sind. Hier liegt es sodann an der betroffenen Drittpartei, mit der Arresteinsprache darzutun, dass die Durchgriffsvoraussetzungen nicht vorliegen, beispielweise indem sie aufzeigt, dass zwischen ihr und dem Schuldner keine wirtschaftliche Identität besteht.⁵³

⁴⁹ BGer, 5A_812/2010, 24.11.2011 E. 3.2.2 und 3.2.3 = Pra 2012, Nr. 78; BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 12.

⁵⁰ BGer, 5A_328/2013, 4.11.2013, E. 5.4; URS BOLLER, Neuere Rechtsprechung im Arrestrecht, AJP 2015 1282 ff., 1295.

⁵¹ BGer, 5A_697/201, 11.11.2010 E. 3.

⁵² KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 2; siehe als Beispiel für die Arresteinsprache eines Dritten, zu dessen Lasten ein Durchgriff angenommen wurde: OGer ZH, PS110147, 18.11.2011.

⁵³ Siehe etwa BGer, 5A_925/2012, 5.4.2013 E. 9.3; THOMAS BAUER, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,

Der Entscheid, ob die verarrestierten Vermögenswerte dem Schuldner oder einem Dritten gehören, ist allerdings nicht definitiv. Endgültig entschieden wird darüber im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG.⁵⁴

6. Einrede der Pfandsicherheit

Nach Art. 271 Abs. 1 SchKG kann ein Arrest nur verlangt werden, soweit die Arrestforderung nicht pfandgesichert ist. Demzufolge kann der Schuldner vorbringen, es bestehe tatsächlich eine Pfandsicherheit, insbesondere wenn der Gläubiger diesen Umstand im Arrestgesuch verschwiegen hat. Unter einem Pfand in diesem Sinne sind nach Art. 37 SchKG das Grundpfand, ein Faustpfand oder ein Forderungspfandrecht zu verstehen. Aber auch eine Sicherungsübereignung oder eine Sicherungszession ist dem Pfand gleichgestellt. Die vereinbarte Sicherheit muss dem Gläubiger entweder einen dinglichen Anspruch oder aber unmittelbaren Zugriff auf die Sicherheit verschaffen. Nicht als Pfand in diesem Sinne gelten Personalsicherheiten, wie etwa die Bürgschaft oder die Garantie.⁵⁵

7. Bestreitung der Pfändbarkeit

Verarrestierbar ist alles, was pfändbar ist. Dementsprechend kann der Schuldner vorbringen, dass die verarrestierten Vermögenswerte zu den nach Art. 92 SchKG unpfändbaren Vermögenswerten zählen. Die Geltendmachung der beschränkten Pfändbarkeit im Sinne von Art. 93 SchKG, etwa ein Eingriff ins Existenzminimum, betrifft jedoch primär den Vollzug des Arrestbefehls, und ist mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde erheben.⁵⁶

8. Verletzung von völkerrechtlicher Immunität

Handelt es sich beim Arrestschuldner um einen ausländischen Staat, eine ausländische Zentralbank, ein sonstiges staatsnahes Gebilde oder eine internationale Organisation, so stellt sich die Frage, ob der Schuldner aufgrund völkerrechtlicher Immunität vor der Zwangsvollstreckung geschützt ist. Der betroffene Arrestschuldner kann hier beispielsweise geltend machen, dass die verarrestierten Vermögenswerte hoheitlichen Zwecken dienen⁵⁷ oder dass keine genügende Binnenbeziehung

Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK SchKG EB-Autor), Art. 271 N 33b.

⁵⁴ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 278 N 8.

⁵⁵ BSK SchKG II-STOFFEL (FN 3), Art. 271 N 39 ff.

⁵⁶ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 14.

⁵⁷ Art. 92 Abs. 1 Ziff. 11 SchKG hält explizit fest, dass Vermögenswerte ausländischer Staaten oder Zentralbanken nicht verarrestiert werden dürfen, wenn sie hoheitlichen Zwecken dienen.

zur Schweiz vorliege.⁵⁸ Auch wenn dieser Einwand im Einzelfall schwergewichtig den Vollzug des Arrests betreffen mag, kann er nach der Rechtsprechung gleichwohl bereits im Rahmen der Arresteinsprache vorgebracht werden.⁵⁹

9. Rechtsmissbrauch

Das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB gilt auch im Zwangsvollstreckungsrecht. Dementsprechend kann sich der Schuldner im Arresteinspracheverfahren auch mit diesem Argument gegen eine Arrestlegung wehren.⁶⁰

10. Beantragung einer Arrestkaution (Art. 273 SchKG)

Gemäss Art. 273 Abs. 1 SchKG haftet der Gläubiger dem Schuldner und Dritten für den aus einem ungerechtfertigten Arrest entstehenden Schaden. Zur Sicherstellung dieser Schadenersatzpflicht kann der Arrestrichter den Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung, der sog. Arrestkaution, verpflichten.

Es ist möglich, dass der Arrestrichter bereits im Arrestbewilligungsverfahren vom Gläubiger eine Arrestkaution verlangt;⁶¹ häufiger dürfte indes der Fall sein, dass eine Kautionsleistung erst auf Antrag des Schuldners im Einspracheverfahren verlangt wird. Denkbar ist aber auch, dass erst nach dem Einspracheverfahren ein entsprechender Antrag gestellt wird.⁶²

Ordnet der Arrestrichter eine Arrestkaution an, so bildet die Leistung dieser Kautionsleistung eine Arrestvoraussetzung. Leistet der Gläubiger die Kautionsleistung nicht, wird der Arrest nicht angeordnet, oder aufgehoben, wenn die Kautionsleistung erst nach Bewilligung des Arrests verlangt wurde.⁶³

Es handelt sich um eine «Kann»-Vorschrift. Dementsprechend hat der Schuldner keinen Anspruch darauf, dass die Anordnung beziehungsweise Aufrechterhaltung des Arrests von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird. Der Arrestrichter hat jedoch sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben.⁶⁴

Dem Schuldner ist daher zu empfehlen, zusammen mit der Arresteinsprache einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Höhe einer solchen Kautionsleistung entspricht dabei nicht etwa der Höhe der Arrestforderung oder der blockierten Vermögenswerte, sondern richtet sich nach dem potentiellen Schaden, der dem Schuldner oder dem Dritten aus dem ungerechtfertigten Arrest erwachsen kann.⁶⁵ Es wird aber nicht genügen, dass der Schuldner einen nicht näher begründeten Antrag stellt. Vielmehr hat er, wenn er mit seinem Antrag erfolgreich sein will, den möglichen Schadenseintritt und die potentielle Schadenshöhe zu substantiieren.

Dieses Verteidigungsmittel steht dem Schuldner jedoch dann nicht zur Verfügung, wenn sich der Gläubiger auf ein LugÜ-Urteil stützt. Denn in diesem Fall berechtigt das vollstreckbare Urteil ohne weiteres zum Arrest; der Arrest darf nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.⁶⁶

D. Verfahren

Art. 278 Abs. 2 SchKG schreibt vor, dass das Gericht den Beteiligten zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und dass es sodann ohne Verzug entscheidet. Die ZPO hat in Art. 251 lit. a das Verfahren der Arresteinsprache dem summarischen Verfahren zugewiesen. Ob das Verfahren rein schriftlich geführt wird oder ob eine mündliche Verhandlung stattfindet, ist von der Verfahrensleitung des Richters abhängig.

Sodann gilt eine Beschränkung der Beweismittel: Zulässig sind grundsätzlich nur Urkunden, es handelt sich um einen Aktenprozess.⁶⁷

Mit der Beschränkung der Beweismittel geht auch eine Reduktion des Beweismasses einher: Es wird nicht der volle Beweis der rechtserheblichen bestrittenen Tatsachen verlangt, sondern bloss deren Glaubhaftmachung. Der Einsprecher hat damit den vom Gläubiger glaubhaft gemachten Tatsachen seinerseits in glaubhafter Weise seine Einsprachegründe gegenüberzustellen.⁶⁸

Wie schon erwähnt,⁶⁹ braucht die Einsprache in einem ersten Schritt noch nicht vollständig begründet zu sein; es genügt, wenn der Betroffene innert Frist erklärt, Einsprache zu erheben, denn oftmals hat der Betroffene in diesem Zeitpunkt noch gar keine Kenntnis davon, was der Arrestgläubiger in seinem Gesuch im Einzelnen vorgebracht hat und auf welche Unterlagen er sich dabei stützt.⁷⁰ Im Idealfall setzt das Gericht dem Einsprecher nach Eingang der Einsprache eine Frist an, um seine Einsprache näher zu begründen, und stellt ihm hierzu das Arrestgesuch mit Beilagen zu. Gleichwohl ist dem

⁵⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann in das Vermögen ausländischer Staaten nur dann vollstreckt werden, wenn die Forderung, die vollstreckt werden soll, mit einer Tätigkeit *iure gestionis* (und nicht mit einer Tätigkeit *iure imperii*) verbunden ist; sodann muss die zu vollstreckende Forderung aus einem Rechtsverhältnis hervorgehen, das eine ausreichende Binnenbeziehung mit der Schweiz aufweist; und schliesslich darf das Vollstreckungssubstrat nicht einem hoheitlichen Zwecke dienen (BGE 134 III 122 E. 5.2 = Pra 2008, Nr. 105).

⁵⁹ BGE 135 III 608 E. 4.1.

⁶⁰ BSK SchKG II-STOFFEL (FN 3), Art. 271 N 45; BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 16.

⁶¹ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 131.

⁶² BGer, 5A_757/2010 E. 2.1.

⁶³ BSK SchKG II-STOFFEL (FN 3), Art. 273 N 25.

⁶⁴ OGer ZH, PS140036, 19.6.2014, E. II.2.6; BSK SchKG-EBBAUER (FN 53), Art. 273 ad N 20.

⁶⁵ BGer, 5A_165, 10.5.2010 E. 2.3.3.

⁶⁶ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 273 N 11a.

⁶⁷ BGE 138 III 636 E. 4.3.2.

⁶⁸ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 90.

⁶⁹ Oben II.B.3.

⁷⁰ BSK SchKG EB-BAUER (FN 53), Art. 278 ad N 35.

Einsprecher zu empfehlen, dass er – am besten zusammen mit der Einsprache – dem Gericht ein Akteneinsichtsgesuch stellt und beantragt, es sei ihm sodann eine Frist zur ergänzenden Begründung seiner Einsprache anzusetzen.⁷¹

Art. 278 Abs. 3 SchKG enthält eine spezielle Regel zum Novenrecht: Gemäss dieser Bestimmung können vor der Rechtsmittelinstanz, das heisst bei einem Weiterzug des Einspracheentscheids, neue Tatsachen vorgebracht werden. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach vor der Beschwerdeinstanz neue Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen sind.⁷² Es ist allerdings anerkannt, dass Noven nicht erst im Beschwerdeverfahren, sondern auch schon im Einspracheverfahren zulässig sind.⁷³ Das Bundesgericht hat bislang jedoch noch nicht entschieden, ob im Einsprache- und im Beschwerdeverfahren ausschliesslich echte Noven zulässig sind, oder ob auch unechte Noven vorgebracht werden können.⁷⁴ Jedenfalls sind nach der Praxis des Zürcher Obergerichts im Einspracheverfahren sowohl echte als auch unechte Noven zulässig.⁷⁵ Der Arrestschuldner – aber auch der Arrestgläubiger – kann somit nach dieser Praxis seine Eingabe nachträglich noch mit neuen Tatsachenbehauptungen aufbessern. Gleichwohl ist ihm aus Gründen der prozessualen Vorsicht zu empfehlen, seine Verteidigungsmittel gleich zu Beginn umfassend darzulegen.

Am Ende jedes Verfahrens ist auch immer über Kosten und Entschädigung zu entscheiden. Im Arresteinspracheverfahren wird eine Spruchgebühr gemäss Art. 48 der Gebührenverordnung zum SchKG⁷⁶ erhoben. Es handelt sich also um ein verhältnismässiges günstiges Verfahren, denn selbst bei einem Millionenstreitwert beträgt die Spruchgebühr im Einspracheverfahren maximal CHF 2'000.⁷⁷ Die Parteientschädigung richtet sich nach dem kantonalen Anwaltsgebührentarif.⁷⁸

E. Rechtsmittel

1. Beschwerde gegen den Arresteinspracheentscheid

Art. 278 Abs. 3 SchKG hält fest, dass der Einspracheentscheid mit Beschwerde gemäss ZPO angefochten wer-

den kann. Die Berufung ist dabei ausgeschlossen, und zwar ungeachtet des Streitwerts.⁷⁹ Grundsätzlich kommen die Bestimmungen des Beschwerdeverfahrens gemäss ZPO zur Anwendung, allerdings gelten ein paar Besonderheiten.

So schreibt Art. 278 Abs. 4 SchKG ausdrücklich vor, dass die Beschwerde die Wirkungen des Arrests nicht hemmt. Dies schliesst es meines Erachtens aus, dass die Beschwerdeinstanz gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO die aufschiebende Wirkung erteilt.⁸⁰

In einem gewöhnlichen Beschwerdeverfahren gemäss ZPO können bekanntlich keine neuen Tatsachen vorgebracht werden.⁸¹ Anders ist dies bei der Weiterziehung des Arresteinspracheentscheids. Hier können gemäss ausdrücklicher Bestimmung von Art. 278 Abs. 3 SchKG vor der Beschwerdeinstanz neue Tatsachen vorgebracht werden. Zulässig sind jedenfalls echte Noven. Das Bundesgericht hat kürzlich in einem Entscheid offen gelassen, ob auch unechte Noven zulässig sind.⁸² Diese Frage ist umstritten.⁸³

Sinn dieser speziellen Novenregelung ist, dass die zweite Instanz aufgrund des Sachverhalts entscheidet, wie er tatsächlich im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids vorliegt. So kann der Schuldner, gegen den vor erster Instanz ein Ausländerarrest verhängt wurde, noch im Beschwerdeverfahren geltend machen, er habe zwischenzeitlich seinen Wohnsitz in die Schweiz verlegt, weshalb nun kein Arrestgrund mehr gegeben sei.⁸⁴

Im Beschwerdeverfahren kann vorab die unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz gerügt werden.⁸⁵ Im Vordergrund stehen dabei Verletzungen von SchKG, ZPO, ZGB/OR, aber auch die Verletzung von ausländischem Recht, beispielsweise dann, wenn die Arrestforderung ausländischem Recht untersteht. Sodann kann die offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung durch die Vorinstanz gerügt werden.⁸⁶ In diesem Zusammenhang kann der Schuldner etwa geltend machen, es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz aufgrund der vom Gläubiger vorgelegten Beweismittel die Forderung als glaubhaft gemacht erachte.

2. Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht

Der Beschwerdeentscheid kann sodann mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weitergezogen werden,

⁷¹ Der Einsprecher sollte jedoch nicht darauf vertrauen, dass ihm das Gericht eine Frist zur nachträglichen Begründung ansetzt. Im Zweifel ist er gut beraten, die nachträgliche Begründung so rasch als möglich dem Gericht einzureichen (vgl. hierzu OGer ZH, PS150016, 20.2.2015, E.4.2.3).

⁷² Vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO.

⁷³ Bspw. im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels neu vorgebrachte Behauptungen.

⁷⁴ BGE 140 III 466 E.4.2.4 = Pra 2015, Nr. 25.

⁷⁵ OGer ZH, PS160170, 4.11.2016, E. 2.

⁷⁶ Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG; SR 281.35).

⁷⁷ Art. 48 GebV SchKG.

⁷⁸ BSK SchKG EB-BAUER (FN 53), Art. 278 N 19b.

⁷⁹ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 40.

⁸⁰ GL.M. BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 41.

⁸¹ Art. 326 Abs. 1 ZPO.

⁸² BGE 140 III 466 E.4.2.4 = Pra 2015, Nr. 25.

⁸³ BSK SchKG EB-BAUER (FN 53), Art. 278 N 47 m.w.H. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts sind vor zweiter Instanz nur echte Noven zulässig (OGer ZH, PS150016, 20.2.2015, E. 4.1, 4.6).

⁸⁴ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 46. Siehe auch OGer ZH, PS150187, 8.12.2015 (hier hatte der Schuldner seinen Wohnsitz noch während des Einspracheverfahrens in die Schweiz verlegt).

⁸⁵ Art. 320 lit. a ZPO.

⁸⁶ Art. 320 lit. b ZPO.

wenn der Streitwert von CHF 30'000 erreicht ist⁸⁷ oder wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zur Diskussion steht.⁸⁸ Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung.⁸⁹

Bei der Beschwerde ans Bundesgericht ist zu beachten, dass der Arrest als vorsorgliche Massnahme gilt. Demzufolge kann gemäss Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.⁹⁰ Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Fristenstillstand gemäss Art. 46 BGG nicht gilt.⁹¹

III. Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG

A. Funktion

Nebst der Arresteinsprache steht dem Arrestschuldner und jedem vom Arrest betroffenen Dritten grundsätzlich auch die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG als Verteidigungsmittel zur Verfügung. Mit der SchKG-Beschwerde können Verfügungen des Betreibungsamts angefochten werden.⁹²

Damit ist auch schon ein wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen Beschwerde und Arresteinsprache erwähnt: Die Beschwerde richtet sich gegen den Arrestvollzug durch des Betreibungsamt. Demgegenüber richtet sich die Arresteinsprache gegen den vom Gericht erteilten Arrestbefehl.⁹³

Die Beschwerde ist dabei subsidiär zur Einsprache. Dies folgt aus Art. 17 Abs. 1 SchKG: Demnach kann gegen jede Verfügung des Betreibungsamts Beschwerde geführt werden, «mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt». Die Arresteinsprache stellt eine solche «gerichtliche Klage» dar.⁹⁴ Dies bedeutet somit, dass alle Rügen, die mit der Arresteinsprache vorgebracht werden, also beispielsweise die Bestreitung der Arrestforderung oder des Arrestgrunds, auch effektiv mit der Einsprache vorgebracht werden müssen, und dass die SchKG-Beschwerde hierzu nicht zur Verfügung steht. Solange und soweit Arresteinsprache erhoben werden kann, fehlt es am Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde nach Art. 17 SchKG.⁹⁵

Diese Abgrenzung tönt zwar in der Theorie relativ simpel – in der Praxis ist die Abgrenzung allerdings nicht immer ganz einfach vorzunehmen.

B. Formelles

Das Anfechtungsobjekt der Beschwerde ist wie gesagt eine Verfügung des Betreibungsamts. Im Vordergrund steht hier der Arrestvollzug durch das Betreibungsamt, das heisst die Anordnung, welche das Betreibungsamt gestützt auf den vom Gericht erlassenen Arrestbefehl trifft.

Die Anfechtungsfrist beträgt zehn Tage ab Kenntnissnahme der Verfügung⁹⁶, und die Beschwerde ist bei der Aufsichtsbehörde einzureichen.⁹⁷ Die Aufsichtsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest.⁹⁸ Das Verfahren ist grundsätzlich kostenlos, und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.⁹⁹ Im Übrigen obliegt die Verfahrensausgestaltung den Kantonen.¹⁰⁰

C. Materielles

Mit der SchKG-Beschwerde können Gesetzesverletzung und Unangemessenheit gerügt werden, aber auch Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung. Im Zusammenhang mit dem Arrestvollzug dürfte in erster Linie der Rügegrund der Gesetzesverletzung relevant sein. Hiermit kann die Verletzung sämtlicher Normen des Bundesrechts, des kantonalen Rechts, aber auch des Völkerrechts gerügt werden.¹⁰¹ Hierauf ist im Folgenden näher einzugehen.

D. Beschwerde im Arrest-Kontext

Sämtliche Rügen, welche die materiellen Voraussetzungen des Arrests zum Gegenstand haben, sind grundsätzlich mit Einsprache gemäss Art. 278 SchKG geltend zu machen. Das Betreibungsamt ist daher grundsätzlich verpflichtet, den vom Gericht ausgestellten Arrestbefehl zu vollziehen, ohne diesen inhaltlich zu überprüfen. Seine Kompetenzen beschränken sich auf die formelle Überprüfung des Arrestbefehls und auf die eigentlichen Massnahmen des Arrestvollzugs.¹⁰² Immerhin hat das Betreibungsamt aber eine eingeschränkte Kognition: Wenn sich der Arrestbefehl als unzweifelhaft nichtig erweist, muss es den Vollzug verweigern, denn der Vollzug eines nichtigen Befehls wäre nach Art. 22 SchKG ebenfalls nichtig.¹⁰³

Vollzieht das Betreibungsamt einen mangelhaften oder nichtigen Arrestbefehl dennoch, so kann der Vollzug mit Beschwerde angefochten werden. Allerdings ist auch hier die erwähnte Subsidiarität der Beschwerde gegenüber der Arresteinsprache zu beachten: Wenn und

⁸⁷ Art. 72 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

⁸⁸ Art. 72 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

⁸⁹ Art. 113 BGG.

⁹⁰ BGE 133 III 589.

⁹¹ Art. 46 Abs. 2 BGG.

⁹² Art. 17 Abs. 1 SchKG.

⁹³ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 156.

⁹⁴ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 275 N 10.

⁹⁵ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 157.

⁹⁶ Art. 17 Abs. 2 SchKG.

⁹⁷ Art. 17 Abs. 1 SchKG.

⁹⁸ Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

⁹⁹ Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG.

¹⁰⁰ Art. 20a Abs. 3 SchKG.

¹⁰¹ BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 27.

¹⁰² BGE 129 III 203.

¹⁰³ BGE 136 III 379 E. 3.1; ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 157; BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 10–13.

solange der geltend gemachte Mangel mittels Einsprache behoben werden kann, steht ausschliesslich die Arresteinsprache zur Verfügung.¹⁰⁴

Der Arrestschuldner, der sich mit allen Mitteln gegen einen Arrest verteidigen will, wird vorsichtshalber grundsätzlich immer Arresteinsprache erheben, und wo es sinnvoll erscheint, ebenso Beschwerde gegen den Arrestvollzug führen, auch wenn möglicherweise nicht auf alle seine Rügen in der Beschwerde eingetreten werden kann. Angesichts der Tatsache, dass im Beschwerdeverfahren weder Gerichtskosten noch Parteientschädigungen anfallen, ist das Kostenrisiko einer nicht erfolgreichen Beschwerde begrenzt.

Denkbare Rügen, die auf einer Mangelhaftigkeit des Arrestbefehls beruhen, sind beispielsweise die folgenden:

Der Beschwerdeführer kann vorbringen, dass der Arrestbefehl von einer unzuständigen Instanz erlassen worden sei, beispielsweise etwa von einem örtlich unzuständigen Gericht, einem Schiedsgericht, oder einem ausländischen Gericht.¹⁰⁵ Oder aber der Arrestbefehl genügt den von Art. 274 SchKG aufgestellten Formerfordernissen nicht, da er nicht alle notwendigen Angaben enthält, oder wenn die Arrestgegenstände ungenau bezeichnet sind.¹⁰⁶ Denkbar ist sodann, dass der Arrestbefehl offensichtlich gegen Völkerrecht verstösst, etwa wenn als Vermögensgegenstände solche Vermögenswerte aufgeführt sind, die offensichtlich hoheitlichen Zwecken dienen.¹⁰⁷

Mögliche Rügen, die hingegen auf den Vollzug des Arrestbefehls abzielen, und die daher ausschliesslich mit Beschwerde, nicht aber mit Arresteinsprache gerügt werden können, sind etwa die folgenden:

Der Schuldner kann vorbringen, das Betreibungsamt habe Vermögenswerte verarrestiert, die im Arrestbefehl gar nicht genannt werden,¹⁰⁸ oder aber solche, die gemäss Art. 92–94 SchKG nicht oder nur beschränkt pfändbar sind.¹⁰⁹ Des Weiteren kann der Schuldner vorbringen, das Betreibungsamt habe Vermögenswerte im Übermass verarrestiert. Dies ist etwa dann relevant, wenn der Gläubiger für dieselbe Arrestforderung mehrere Arreste erwirkt, und in der Folge Vermögenswerte in einem Umfang blockiert werden, die deutlich über das hinausgehen, was zur Deckung der Arrestforderung zuzüglich Zinsen und Kosten erforderlich wäre.¹¹⁰

Schliesslich gilt auch beim Arrestvollzug das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Erweist sich der Arrestvollzug aus irgendwelchen Gründen als rechtsmissbräuchlich, so kann der Schuldner diese Rüge im Beschwerdeverfahren vorbringen. Allerdings ist es primär Sache des Arrestrichters zu verhindern, dass einem rechtsmissbräuchlich gestellten Arrestbegehren nicht entsprochen wird.¹¹¹

IV. Weitere Abwehrmassnahmen

A. Schutzschrift

Nebst der Arresteinsprache und der SchKG-Beschwerde sollte der potentielle Schuldner die Schutzschrift im Hinterkopf haben.

Die Schutzschrift ist in Art. 270 ZPO geregelt. Diese Bestimmung sieht die Schutzschrift ausdrücklich als ein mögliches Verteidigungsmittel gegen einen Arrest vor:

Art. 207 ZPO

Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271–281 SchKG oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen.

Die Schutzschrift ist eine antizipierte Stellungnahme zu einem erst erwarteten Antrag auf superprovisorischen Erlass einer Anordnung.¹¹² Sie ist daher auch ein taugliches Mittel zur Abwehr eines Arrests, denn das Arrestverfahren zeichnet sich ja bekanntlich dadurch aus, dass der Schuldner dem Gericht mit der Arresteinsprache seinen Standpunkt erst darlegen kann, wenn der Arrest bereits angeordnet worden ist.

Befürchtet der potentielle Arrestschuldner also, dass gegen ihn ein Arrest ausgesprochen werden könnte, so kann er dem Gericht vorsorglich eine Schutzschrift einreichen und damit bereits diejenigen Argumente vortragen, die er allenfalls auch später in einer Arresteinsprache vorbringen würde.¹¹³

Ziel ist es dabei, die Glaubhaftigkeit der Behauptungen des potentiellen Arrestgläubigers zu erschüttern.¹¹⁴ Im Vordergrund stehen dabei Einwendungen gegen den Bestand der Arrestforderung, wie beispielsweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder Einwendungen gegen den Arrestgrund.

Wird dann bei dem Gericht, bei dem die Schutzschrift hinterlegt wurde, tatsächlich ein Arrestgesuch eingereicht, so hat das Gericht die in der Schutzschrift vorgebrachten Argumente bei der Beurteilung des Ar-

¹⁰⁴ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 157.

¹⁰⁵ Vgl. BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 13 und 20. Gerade bei letzteren beiden Konstellationen steht die Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG nicht zur Verfügung, weshalb die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG den einzigen Rechtsschutz vor schweizerischen Gerichten darstellt.

¹⁰⁶ Vgl. BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 13; BSK SchKG EB-BAUER (FN 53), Art. 275 ad N 11; BGE 129 III 203 E. 2.3.

¹⁰⁷ Vgl. oben II.C.8.

¹⁰⁸ BGE 90 III 49 f., wonach dies sogar Nichtigkeit begründet.

¹⁰⁹ BSK SchKG EB-BAUER (FN 53), Art. 275 ad N 65.

¹¹⁰ BGer, 5A_225/2009, 10.9.2009, E. 6.2; BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 71 f.

¹¹¹ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 34, 39.

¹¹² ANDRI HESS-BLUMER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Autor), Art. 270 N 6.

¹¹³ DENISE WEINGART, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, Bern 2015, N 348.

¹¹⁴ BSK ZPO-HESS-BLUMER (FN 112), Art. 270 N 24.

restgesuchs zu berücksichtigen. Das Gericht gibt der Gegenseite, also dem potentiellen Arrestgläubiger, von der Schutzschrift nur Kenntnis, wenn das erwartete Arrestgesuch auch tatsächlich eingereicht wird.¹¹⁵ Geht hingegen während sechs Monaten seit Einreichung der Schutzschrift kein Arrestgesuch ein, so hat das Gericht die Schutzschrift nicht mehr zu beachten.¹¹⁶

Wird der Arrest dann aber – trotz Schutzschrift – gleichwohl angeordnet, so steht dem Schuldner nach wie vor die Arresteinsprache offen. Hier kann er seine Argumente dann noch spezifisch auf die Begründung des Arrestgrunds ausrichten und präzisieren, denn die Darlegungen in der Schutzschrift erfolgten ja zwangsläufig ins Blaue hinaus, ohne dass der Schuldner im Detail wusste, was der Gläubiger in seinem Arrestgesuch vorbringen würde.¹¹⁷

Eine Besonderheit gilt auch hier wieder in Bezug auf den Arrestgrund von Ziff. 6, wenn sich der Gläubiger auf ein LugÜ-Urteil stützt. Das LugÜ schreibt bekanntlich vor, dass der Schuldner seine Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Urteils erst nach erstinstanzlich erteiltem Exequatur im Rechtsbehelfsverfahren vorbringen kann.¹¹⁸ Dementsprechend darf das Gericht solche Einwendungen, auch wenn sie ihm bereits vorgängig in Form einer Schutzschrift vorgetragen werden, nicht beachten.¹¹⁹ Zulässig sind jedoch rein arrestspezifische Einwendungen.¹²⁰

B. Widerspruchsverfahren

Wie zuvor ausgeführt,¹²¹ ist nicht nur der Schuldner, sondern auch ein vom Arrest betroffener Dritter zur Arresteinsprache legitimiert. Im Folgenden ist von der Ausgangslage auszugehen, dass mit dem Arrest die Vermögenswerte eines Dritten verarrestiert wurden, etwa aus dem Grund, dass der Gläubiger erfolgreich glaubhaft gemacht hat, dass die Vermögenswerte nur dem Schein nach dem Dritten, in Tat und Wahrheit aber dem Schuldner gehören.

Der Dritte wird in diesem Fall Arresteinsprache erheben und geltend machen, dass die blockierten Vermögenswerte *ihm* zustehen und nicht für eine Forderung *gegen den Schuldner* verarrestiert werden können. Im Arresteinspracheverfahren entscheidet der Richter aber bloss aufgrund von Glaubhaftmachung, und es gilt eine Beweismittelbeschränkung.¹²² Diese Einschränkungen gelten auch bezüglich der Frage, wem die verarrestierten Vermögenswerte gehören, wenn ein Dritter hieran

Eigentum geltend macht. Unter Umständen gelingt es dem Dritten aber nicht, seinen Eigentumsanspruch glaubhaft darzutun.

Der Entscheid des Arrestrichters bezüglich der Zugehörigkeit der Vermögenswerte ist jedoch bloss provisorisch. Unterliegt der Dritte mit seiner Einsprache, so steht ihm immer noch die Möglichkeit offen, seine geltend gemachten Ansprüche im Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106–109 SchKG in einem ordentlichen Gerichtsverfahren prüfen zu lassen.¹²³ Der Entscheid des Arrestrichters, mit dem die Einsprache des Dritten abgewiesen worden ist, hat dabei keinen Einfluss auf den Ausgang des Widerspruchsverfahrens.¹²⁴ Der Dritte, der Ansprüche an den Arrestgegenständen geltend macht, ist im Übrigen nicht gehalten, in jedem Fall vorgängig eine Arresteinsprache zu erheben. Sieht er beispielsweise voraus, dass er seine Ansprüche aufgrund der geltenden Beweismittelbeschränkung nicht wird glaubhaft machen können, so kann er ohne Rechtsnachteil auf das Erheben der Einsprache verzichten und einzig den Weg des Widerspruchsverfahrens beschreiten.¹²⁵

Der betroffene Dritte hat hierzu seine Ansprüche beim Betreibungsamt anzumelden.¹²⁶ Werden seine Ansprüche bestritten, so setzt das Betreibungsamt ihm Frist von 20 Tagen zur Erhebung der Widerspruchsklage an.¹²⁷

Das Widerspruchsverfahren kann vom Dritten nicht nur dann eingeleitet werden, wenn er an den Arrestgegenständen Eigentum beansprucht, sondern auch dann, wenn er bloss ein beschränktes dingliches Recht daran geltend macht, etwa ein Pfandrecht. In diesem Fall ist das Widerspruchsverfahren sogar die einzige Möglichkeit für den Dritten, seinen Anspruch zu verteidigen: Die Arresteinsprache steht ihm in diesem Fall nämlich nicht zur Verfügung, denn das Pfandrecht steht der Verarrestierung der verpfändeten Sache nicht entgegen.¹²⁸

Nach Art. 106 Abs. 2 SchKG können Drittsprachen zwar bis zur Verteilung des Verwertungserlöses angemeldet werden. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgericht rechtsmissbräuchlich, wenn der Dritte zwar Kenntnis davon hat, dass die betreffenden Vermögenswerte von der Zwangsvollstreckung erfasst werden, er aber grundlos mit der Anmeldung seiner Ansprüche zuwartet. Im Kontext eines Arrestverfahrens bedeutet dies, dass der Dritte seine Ansprüche «innert angemessener Frist» ab rechtskräftiger Erledigung des Einspracheverfahrens beim Betreibungsamt anzumelden hat.¹²⁹ Unterlässt er dies, so riskiert er, dass

¹¹⁵ Art. 270 Abs. 2 ZPO.

¹¹⁶ Art. 270 Abs. 3 ZPO.

¹¹⁷ Vgl. BSK ZPO-HESS-BLUMER (FN 112), Art. 270 N 35.

¹¹⁸ Art. 41 und Art. 43 Abs. 1 LugÜ.

¹¹⁹ Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens (LugÜ), BBl 2009 1777 ff., 1824 f.

¹²⁰ WEINGART (FN 113), N 829 f.

¹²¹ Oben II.B.1.

¹²² BGE 138 III 636 E. 4.3.2.

¹²³ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 278 N 11. Gemäss Art. 275 SchKG gelten Art. 91–109 SchKG sinngemäss für den Arrestvollzug. Der Verweis in Art. 275 SchKG erstreckt sich daher auch auf das Widerspruchsverfahren nach Art. 106–109 SchKG.

¹²⁴ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 154.

¹²⁵ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 154.

¹²⁶ Art. 106 Abs. 2 SchKG.

¹²⁷ Art. 107 Abs. 5 SchKG.

¹²⁸ ARTHO VON GUNTEN (FN 8), 154 f.

¹²⁹ BGE 104 III 92.

seine Ansprüche in der laufenden Betreuung verwirkt sind. Kommt es dann später tatsächlich zur Verwertung der Arrestgegenstände, dann verliert er allerdings auch seine materiellen Rechte daran.¹³⁰

C. Sicherheitsleistung

Schliesslich ist noch auf eine weitere Abwehrmassnahme hinzuweisen, die zwar nicht die Abwendung oder Aufhebung des Arrests zum Ziel hat, sondern auf die Milderung der Folgen des Arrests für den Schuldner abzielt.

Grundsätzlich darf der Schuldner mit dem Arrestvollzug nicht mehr über die Arrestgegenstände verfügen – je nachdem werden die Arrestgegenstände sogar in amtliche Verwahrung genommen.¹³¹ Dies kann den Schuldner in Schwierigkeiten bringen, weil er beispielsweise Verträge mit Dritten nicht mehr erfüllen kann, etwa weil eine Sache verarrestiert worden ist, zu dessen Lieferung er verpflichtet ist. Nachteilig kann es für den Schuldner auch sein, wenn beispielsweise eine unteilbare Sache verarrestiert worden ist, deren Wert die Arrestforderung bei weitem übersteigt. In diesem Fall wird aufgrund der faktischen Gegebenheiten wertmässig mehr verarrestiert, als zur Sicherung der Forderung notwendig wäre.

Diese Nachteile, die der Schuldner aufgrund der Verarrestierung erleidet, sind eine Folge davon, dass es der Gläubiger ist, der in seinem Arrestgesuch beantragt, welche Vermögenswerte zu verarrestieren sind.¹³² Gericht und Betreibungsamt sind sodann daran gebunden. Es können daher nicht andere, womöglich für den Schuldner weniger wichtige Vermögenswerte verarrestiert werden.¹³³

Abhilfe schaffen kann hier jedoch die Sicherheitsleistung gemäss Art. 277 SchKG.¹³⁴ Nach dieser Bestimmung werden die Arrestgegenstände dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen, sofern er Sicherheit leistet, dass im Falle der Pfändung oder der Konkurseröffnung die Arrestgegenstände oder an ihrer Stelle andere Vermögensstücke von gleichem Wert vorhanden sein werden.

Damit kann der Schuldner die verarrestierten Vermögenswerte quasi austauschen, und er erlangt seine Verfügungsgewalt über die Arrestgegenstände zurück. Das Schutzbedürfnis des Gläubigers wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn er erhält für die Arrestgegenstände eine gleichwertige Sicherheit.¹³⁵

Das Begehren um Sicherheitsleistung ist an das Betreibungsamt zu richten. Es kann jederzeit gestellt werden, längstens aber bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens berechtigt ist.¹³⁶

Das Betreibungsamt entscheidet darüber, in welcher Form und in welcher Höhe die Sicherheit zu leisten ist. Hierzu hat es den Wert der Arrestgegenstände zu schätzen. Die Höhe der Sicherheit, die der Schuldner zu leisten hat, entspricht maximal dem Wert der Arrestgegenstände, und maximal dem Betrag der Arrestforderung inkl. Nebenrechte wie beispielsweise Zinsen sowie der Kosten.¹³⁷

Der Schuldner kann die Sicherheit durch Hinterlegung von Geld, Wertschriften oder andere Wertsachen leisten. Zulässig sind sodann auch eine Solidarbürgschaft oder eine Bankgarantie sowie andere gleichwertige Sicherheiten.¹³⁸

¹³⁰ WEINGART (FN 113), N 645.

¹³¹ Art. 275 i.V.m. Art. 96 und 98 SchKG.

¹³² Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 272 N 27.

¹³³ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 275 N 32.

¹³⁴ Diese Sicherheitsleistung ist nicht zu verwechseln mit der Arrestkaution, welche vom Gesetz (Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG) ebenfalls als Sicherheitsleistung bezeichnet wird (siehe hierzu oben II.C.10).

¹³⁵ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 277 N 1; AMONN/WALTHER (FN 2) § 51 N. 45.

¹³⁶ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 277 N 4.

¹³⁷ BSK SchKG II-REISER (FN 3), Art. 277 N 4.

¹³⁸ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE (FN 4), Art. 277 N 1.