

**Ausstellung von Verlustscheinen – pfändbares Vermögen des Schuldners – Pflicht des Pfändungsbeamten zu weiteren Nachforschungen** (*Etablissement des actes de défaut de bien – biens saisissables du débiteur – devoir de recherches ultérieures du fonctionnaire qui procède à la saisie*)

(225) In einem Berner Fall hatte das Obergericht des Kantons Bern als Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen eine Beschwerde von X (Gläubiger) abgewiesen, welche dieser gegen die Ausstellung von zwei Verlustscheinen erhoben hatte. Gegen diesen Entscheid erhob X SchKG-Beschwerde an das Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides.

**Erwägungen des Gerichts:** 1. Aus den Erwägungen der Vorinstanz geht hervor, dass der beschwerdeführende Gläubiger in den kantonalen Verfahren behauptet hat, der Schuldner habe in der Zeit von Juni 2004 bis Oktober 2005 diverse Bauprojekte erstellt und hierfür Honorare von CHF 700 000 bis zu CHF 1 Mio. in Rechnung gestellt. 2. Ebenso hat die Vorinstanz ausgeführt, dass anlässlich des Pfändungsvollzugs, bei dem der Schuldner auf die Straffolgen bei falscher Aussage aufmerksam gemacht worden sei, das Betreibungsamt festgestellt habe, dass die vom Gläubiger (X) vorgelegten Beilagen nicht beweisen würden, dass der Schuldner für die angeblichen Bauprojekte tatsächlich Honorare erhalten habe bzw. noch Honorarforderungen besitze. 3. Ebenso hat der Schuldner in seiner Vernehmlassung (Vernehmlassung zur SchKG-Beschwerde) angegeben, von den aufgeführten Bauherren kein Mandat erhalten zu haben und sämtliche Bauten und Ausführungen an örtliche Büros abgetreten zu haben. *BGr. (TF) 7B.197/2006 (15.12.2006)*.

**Anmerkungen:** 1. Im referierten Fall war der Gläubiger der Auffassung, der Schuldner besitze mehr Vermögenswerte, als er im Rahmen des Pfändungsvollzuges dem Pfändungsbeamten gegenüber angegeben habe. Der Schuldner bestritt dies jedoch. Diese Gelegenheit nutzte das Bundesgericht, um einige Feststellungen mit Bezug auf die Pflichten des Pfändungsbeamten beim Pfändungsvollzug zu treffen. Es waren dies namentlich die Folgenden: 2a. Es ist zulässig, auf die Auszüge von Bankinstituten und der Post abzustellen und daraus (gegebenenfalls) zu schliessen, der Schuldner habe kein Vermögen verheimlicht. b. Damit einher geht die Feststellung, dass der Pfändungsbeamte nicht verpflichtet ist, auf bloss (unbelegte) Vermutungen des Gläubigers hin weitere Nachforschungen anzustellen oder – wie sich das Bundesgericht ausdrückt – geradezu detektivische Arbeit zur Auffindung allfälliger trotz Strafandrohung verheimlichter Vermögensobjekte zu leisten. c. Ebenso – so das Bundesgericht – sei der Schuldner nicht verpflichtet, über die Verwendung von Geldern Auskunft zu geben, die er vor Jahren besessen habe. 3. Wengleich diese Feststellungen offenbar bereits von der Vorinstanz (Obergericht des Kantons Bern) gemacht worden sind, so macht das Bundesgericht diese doch zu seinen eigenen, indem es sie nämlich – unwidersprochen – wiedergibt und dazu einzig ausführt, dass sich der Beschwerdeführer damit nicht ansatzweise im Sinne von Art. 79 Abs. 1 aOG auseinander gesetzt, sondern bloss eingewendet habe, die Vorinstanz habe klares materielles Recht verletzt. Daraus darf wohl (wengleich der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer seine Beschwerde offenbar nur sehr rudimentär begründet hatte) geschlossen werden, dass das Bundesgericht die Erwägungen des Obergerichts des Kantons Bern auch in der Sache selbst billigt bzw. diesen beipflichtet, wäre es doch grundsätzlich gehalten, zumindest gegen offensichtliche Rechtsverletzungen der Vorinstanz einzuschreiten, wenn eine entsprechende Beschwerde erhoben worden ist (zumal die SchKG-Beschwerde – anders als die staatsrechtliche Beschwerde – das Rügeprinzip und die entsprechend erhöhten Begründungsanforderungen nicht kennt). Zur im Wesentlichen gleichen Rechtslage nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz (BGG), vgl. PETER REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts, SJZ 103 (2007), Nr. 1, S. 1 ff., und Nr. 2, S. 29 ff., insbesondere S. 3.

(pre)

**Willkür bei von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweichendem Entscheid? – Voraussetzungen, unter denen das Abstellen auf das schweizerische Recht, ohne vorgängig den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln, zulässig ist** (*Arbitraire d'un arrêt qui déroge à la jurisprudence du TF? – Admissibilité de l'application du droit suisse sans détermination préalable du contenu du droit étranger*)

(226) Eine ausländische Gesellschaft (G) stellte als Gläubigerin für eine Forderung von rund CHF 5,7 Mio. nebst Zins ein Arrestbegehren gegen die von ihr als Schuldner bezeichneten Geschwister A, B und C (alle mit Wohnsitz im Ausland). Der Arrest wurde gerichtlich bewilligt und umfasste unter anderem eine Liegenschaft in S., welche einst im Eigentum des Ausländers V gestanden hatte. V war im August 2003 mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorben und hatte W als Willensvollstrecker bestellt. Im Grundbuch eingetragene Eigentümerin der verarrestierten Liegenschaft war die Erbengemeinschaft des Verstorbenen, welche aus dessen Kindern, den drei Arrestschuldner (A, B und C), bestand.

Gegen den Arrest erhoben die drei Arrestschuldner je für sich und als Erbengemeinschaft, handelnd durch den Willensvollstrecker, Einsprache. Der Präsident des Gerichtskreises Interlaken-Oberhasli trat auf die Arresteinsprache nicht ein und bestätigte den Arrest auf der Liegenschaft. Gegen diesen Einspracheentscheid appellierten die drei Arrestschuldner als Erbengemeinschaft, handelnd durch den Willensvollstrecker, und der Willensvollstrecker in eigenem Namen in seiner Funktion sowie die Arrestschuldnerin C für sich selbst. Das Obergericht des Kantons Bern trat auf die Appellation des Willensvollstreckers, die er in eigenem Namen kraft seiner Funktion eingelegt hatte, nicht ein und wies die Einsprache der Arrestschuldnerin C zurück. Es hob indes den Arrest dennoch auf, und zwar in Gutheissung der Appellation der Erbengemeinschaft bzw. der drei Erben, vertreten durch den Willensvollstrecker. Gegen diesen Entscheid erhob die Gläubigerin G staatsrechtliche Beschwerde und beantragte dem Bundesgericht, den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und den Arrestbeschluss bis zur Erledigung des Verfahrens der staatsrechtlichen Beschwerde vorsorglich aufrechtzuerhalten.

**Erwägungen des Gerichts:** 1. Zunächst hat das Bundesgericht festgehalten, dass der obergerichtliche Entscheid, auf die Appellation des Willensvollstreckers selbst (in eigenem Namen) nicht einzutreten und die Einsprache der Arrestschuldnerin C zurückzuweisen, die Rechte der Arrestgläubigerin G nicht verletze (vgl. Art. 88 aOG). 2. Hernach definiert das Bundesgericht den Begriff der Willkür. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass praxismässig Willkür nicht schon dann anzunehmen sei, wenn eine Behörde bei der Anwendung von Bundesrecht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen sei. Dies träfe nur dann zu, wenn sich die Vorinstanz nicht auf sachlich haltbare Gründe stützen könne, die es als vertretbar erscheinen lassen, der Praxis des Bundesgerichts nicht zu folgen. Von Willkür – so das Bundesgericht – könne namentlich dann nicht ausgegangen werden, wenn sich die Rechtsanwendung auf Lehrmeinungen stützen liesse, selbst wenn diese nicht unbestritten seien. 3. Mit Bezug auf die im vorliegenden Fall prozessual strittige Frage, ob der Willensvollstrecker im Arresteinsprache- und anschliessenden Appellationsverfahren selber als Partei auftreten müsse oder als Vertreter der Erben handeln könne, hielt das Bundesgericht Folgendes fest: Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Willensvollstrecker in Prozessen um die Aktiven und Passiven der Erbschaft Partei, soweit ihm gemäss Art. 518 ZGB die Verwaltung der betreffenden Erbschaftswerte zusteht. In Überprüfung seiner bisherigen Praxis hat dabei das Bundesgericht die von dieser Auffassung abweichenden Ansichten, wonach der Willensvollstrecker

den Prozess als Stellvertreter der Erben oder als Vertreter der unverteilt Erbschaft führe und deshalb weder in eigenem Namen auftreten noch selber Partei sein könne, ausdrücklich abgelehnt. Zusammenfassend hat daher das Bundesgericht festgehalten, dass seine Rechtsprechung dem Willensvollstrecker selbst – kraft seines Amtes – Parteistellung zuerkenne (sogenannte Amtstheorie) und ihn nicht als gesetzlichen Vertreter der Erben (sogenannte Vertretertheorie) und auch nicht als Organ der unverteilt Erbschaft (sogenannte Organtheorie) ansehe. **4a.** Mit Bezug auf die Forderung hat das Bundesgericht zunächst festgehalten, dass für eine im Ausland, in ausländischer Währung und von ausländischem Recht beherrschte Forderung Arrest gelegt werden könne. Die Frage der Fälligkeit der Forderung beurteile sich alsdann nicht einfach nach schweizerischem Recht, sondern nach Massgabe des anwendbaren ausländischen Rechts. Die Fälligkeit der Forderung sei dabei vom Gläubiger im Verfahren der Arrestbewilligung glaubhaft zu machen und könne im anschliessenden Einspracheverfahren bestritten werden. **b.** Im vorliegenden Fall hatte das Obergericht die Fälligkeit der Forderung nach schweizerischem Recht beurteilt und verneint. Sein Abstellen auf das schweizerische Recht, ohne vorgängig den Inhalt des ausländischen Rechts zu ermitteln, begründete es dabei mit der Dringlichkeit des Falls, dem summarischen Verfahren und der Tatsache, dass es sich um das Recht eines fernen Staates handle. Darin erblickte die Beschwerdeführerin eine willkürliche Anwendung von Art. 16 IPRG, welche indes vom Bundesgericht mit der folgenden Begründung verneint wurde: **c.** Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien dazu verlangt und im Falle von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann. Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden (Art. 16 Abs. 2 IPRG). Wie weit dabei die Pflicht des Gerichts geht, ausländisches Recht von Amtes wegen zu ermitteln, ist bei vorsorglichen Massnahmen (zu denen auch der Arrest von der Sache her zählt) umstritten. Nach einem Teil der Lehre erlaube die – bei vorsorglichen Massnahmen und beim Arrest regelmässig gegebene – Dringlichkeit des Entscheids ein Ausweichen auf schweizerisches Recht. Für den Arrest im Besonderen werde dabei die Ansicht vertreten, dass der Gläubiger den Inhalt des anwendbaren fremden Rechts glaubhaft zu machen habe; nach dieser Auffassung finde Art. 16 Abs. 1 IPRG im summarischen Verfahren keine Anwendung. Da im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin ihrer Obliegenheit, ihre Anspruchsberechtigung gemäss dem Recht der Niederländischen Antillen glaubhaft zu machen, nicht nachgekommen sei, erachtete das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz nicht als willkürlich. Dieser prozessualen Begründung fügte das Bundesgericht alsdann eine materielle Begründung bei, indem es ausführte, dass die direkte Anwendung schweizerischen Rechts durch die Vorinstanz deshalb nicht willkürlich gewesen sei, weil der Arrest ein Dringlichkeitsfall sei. Die Dringlichkeit ergebe sich dabei in rechtlicher Hinsicht daraus, dass für Entscheide des Arrestgerichts das summarische Prozessverfahren vorgeschrieben sei (Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG) und dass «ohne Verzug» (Art. 278 Abs. 2 SchKG) über die Einsprache und die Weiterziehung zu entscheiden sei. *BGr. (TF) 5P.355/2006 (8.11.2006).*

**Anmerkungen:** Der vorliegende Entscheid veranlasst zu Bemerkungen in zweierlei Hinsicht: **1a.** Im erstinstanzlichen Verfahren hatte der Willensvollstrecker gestützt auf eine angebliche Vollmacht der drei Erben als deren Vertreter Arresteinsprache erhoben und erst nach Bestreitung der behaupteten Bevollmächtigung vonseiten zweier Erben seine ausschliessliche Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes geltend gemacht. In Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis (so genannte Amtstheorie; Parteistellung des Willensvollstreckers) ist dabei das erstinstanzliche Arrestgericht auf die Einsprache nicht eingetreten, da der Willensvollstrecker hier nicht in eigenem Namen und als Partei gehandelt hatte und als blosser Vertreter der Erbengemeinschaft bzw. der Erben nicht handeln können. Vor Obergericht versuchte dabei der Willensvollstrecker zunächst – allerdings erfolglos –, einen Parteiwechsel vorzunehmen, indem er auch in seiner Funktion als Willensvollstrecker in eigenem Namen appellierte (worauf das Obergericht – wie erwähnt – nicht eintrat). Was sodann seine Appellation als Vertreter der Erben (Appellation der drei Arrestschuldner als Erbengemeinschaft, handelnd durch den Willensvollstrecker) anging, hatte das Obergericht zugunsten des Willensvollstreckers angenommen, es könne einer Eingabe nicht zum Verhängnis werden, wenn im Rubrum nebst dem Willensvollstrecker auch die Erben aufgeführt würden. Entscheidend sei einzig, dass der Willensvollstrecker in der Arresteinsprache und in der Appellation klar und eindeutig benannt und mit der Bezeichnung «handelnd durch» ein Vertretungsverhältnis angedeutet worden sei. Es sei deshalb nicht falsch, die drei Erben als Parteien und den Willensvollstrecker als Stellvertreter zu betrachten. Das Obergericht folgte damit der sogenannten Vertretertheorie, welche indes nicht mit der bundesgerichtlichen Praxis (welche von der sogenannten Amtstheorie ausgeht) übereinstimmt. **b.** Das Bundesgericht hat festgestellt, dass dieses Abgehen von der bundesgerichtlichen Praxis nicht bereits deshalb (d.h. aufgrund des Widerspruchs zur Bundesgerichtspraxis) willkürlich sei. Das Bundesgericht begründete dies (die fehlende Willkürlichkeit der vorinstanzlichen Auffassung) unter anderem damit, dass die (vom Bundesgericht abgelehnte) Vertretertheorie von verschiedenen Autoren als dogmatisch richtig angesehen würde. Aus diesem Grunde erscheine die obergerichtliche Auffassung in rechtlicher Hinsicht nicht als derart «klar falsch» wie die als willkürlich beurteilte Annahme, der – dem Willensvollstrecker diesbezüglich gleichgestellte – Erbschaftsliquidator führe Prozess nicht selbständig in eigenem Namen, sondern handle als Stellvertreter der Erbschaftsbehörde bzw. des Gemeinwesens. **c.** Im Übrigen fügte das Bundesgericht bei, dass die Unterschiede zwischen der sogenannten Amtstheorie und der sogenannten Vertretertheorie nicht überbewertet werden dürften. Insbesondere hielt es fest, dass – entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Gläubigerin – der Willensvollstrecker nicht nur nach der sogenannten Amtstheorie, sondern auch nach der sogenannten Vertretertheorie auch gegen den ausdrücklichen Willen eines Erben handeln dürfe, da er gesetzlicher und nicht gewillkürter Vertreter sei. **d.** Die Auffassung des Bundesgerichts überzeugt im Ergebnis, und zwar aus dem einfachen Grund, dass dem Prozessgegner (wie auch das Bundesgericht zu Recht festhält) in der Regel klar sein dürfte, gegen wen er sich zu verteidigen hat, wenn der Willensvollstrecker einen Prozess anhebt: Ob der Willensvollstrecker dies nun in eigenem Namen unter Hinweis auf seine gesetzliche Ermächtigung oder ausdrücklich als Stellvertreter der Erben tut, vermag denn auch diesbezüglich keine Verwirrung zu stiften. **2.** Das Bundesgericht führt aus, dass die direkte Anwendung schweizerischen Rechts deshalb nicht als willkürlich bezeichnet werden könne, weil der Arrest als Dringlichkeitsfall anzusehen sei. Aus der affirmativen Formulierung des Bundesgerichts, dass der Arrest ein Dringlichkeitsfall sei, ist indes vermungsweise zu schliessen, dass das Bundesgericht diese Rechtsauffassung nicht bloss nicht als willkürlich, sondern vielmehr sogar als sachlich richtig erachtet und daher auch in einem entsprechendem SchKG-Beschwerdeverfahren bzw. neu im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz (BGG) – wo es nicht bloss auf eine Willkürprüfung beschränkt ist – gleich entscheiden würde. (pre)