

# Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen

Dr. Hans Reiser, Rechtsanwalt (Zürich), und Prof. Dr. Ingrid Jent-Sørensen (Bronschhofen/Zürich)

## 1. Exequatur

Mit dem Exequatur wird der ausländische Titel generell und abstrakt für vollstreckbar erklärt, in diesem Sinne wird ihm die Vollstreckbarkeit verliehen. Das Exequaturverfahren ist kein Vollstreckungsverfahren, sondern ein spezielles Erkenntnisverfahren und noch nicht der Beginn der Zwangsvollstreckung.

Wie in jedem Fall beinhaltet das Exequatur eines Lugano-Urteils den verbindlichen Entscheid über die Vollstreckbarkeit<sup>1</sup> bzw. die Nicht-Vollstreckbarkeit mit Wirkung für die ganze Schweiz<sup>2</sup>. Das bedeutet, dass sowohl ein positiver wie ein negativer Entscheid Rechtskraft entfaltet<sup>3</sup>. Der negative Entscheid bedeutet mithin, dass die Vollsteckung in der Schweiz auch in Zukunft definitiv ausgeschlossen ist. Keine Rechtskraft hat selbstverständlich ein Nichteintretensentscheid (zufolge fehlender Prozessvoraussetzungen, Art. 59 ZPO). Eine spezifische Nichteintretensvoraussetzung<sup>4</sup> besteht darin, dass die für ein Exequatur erforderlichen Dokumente (Art. 53 f. revLugÜ) nicht beigebracht werden, auch nicht nach einer allfälligen Nachfristansetzung im Sinne von Art. 55 revLugÜ.

Eine Konsequenz eines verweigeren Exequaturs ist auch, dass jeglicher schweizerische Arrest zur Sicherung des nicht anerkannten Urteils, sei es aufgrund von Art. 271 Ziff. 6 oder Art.

*Die Autoren erläutern Voraussetzung und Wirkung eines Exequaturentscheides und zeigen auf, dass ein Arrest nach dem revidierten LugÜ ohne Exequaturantrag ausgeschlossen ist. Sie halten fest, dass sowohl positive wie negative Exequaturentscheide in Rechtskraft erwachsen und Rechtsmittel gegen diesen Entscheid ergriffen werden können. Beim kombinierten positiven LugÜ-Exequatur-Arrest steht als Rechtsmittel lediglich der Rechtsbehelf (Art. 43 revLugÜ/Art. 327a ZPO) zur Verfügung. Doch empfehlen die Autoren, bis ein höchstichterlicher Entscheid ergeht, auch die Arresteinsprache zu erheben.* Zi.

*Les auteurs exposent les conditions et les conséquences d'une décision d'exequatur et démontrent que, selon la Convention de Lugano révisée, un séquestre sans requête d'exequatur est exclu. Ils considèrent que tant les décisions positives que négatives d'exequatur entrent en force de chose jugée et que les voies de droit sont ouvertes contre ces décisions. Seul le recours est possible contre le séquestre combiné à une décision d'exequatur attestant du caractère exécutoire d'une décision de séquestre au sens de la Convention de Lugano (art. 43 CL rév. / art. 327a CPC). Les auteurs conseillent toutefois de faire également opposition à l'ordonnance de séquestre, jusqu'à ce qu'un arrêt du Tribunal fédéral tranche la question.* P.P.

<sup>1</sup> Mit der Erteilung des Exequaturs hat der ausländische Entscheid alle Wirkungen eines inländischen Vollstreckungstitels (*Jan Kropholler/Jan von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMWO und EuGFVO, 9. A., Frankfurt am Main 2011, N 14 zu Art. 38 EuGVO).

<sup>2</sup> Die Vollstreckbarerklärung wirkt nur für den betreffenden Staat (*Kropholler/von Hein*, Anm. 1, N 4 zu Art. 38 EuGVO; *Philipp Groz*, Die materielle Rechtskraft von Entscheiden betreffend Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile auf Geldleistung, AJP 2006 683 ff., 685; BGE 115 III 31 E. 3).

<sup>3</sup> Die Frage ist für den negativen Entscheid umstritten (vgl. *Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, Rz 40 zu § 28), jedoch spricht sich die überwiegende Ansicht richtigerweise dafür aus, vgl. BSK SchKG I-Staehelin, N 31 zu Art. 81; *Dasser/Oberhammer-Staehelin*, N 1 zu Art. 40 LugÜ sowie *Groz* (Anm. 2) 686 und Fn 21 sowie die dortigen Nachweise; vgl. auch *KassGer ZH AA040185*, 11.

<sup>4</sup> Mit der hier befürworteten Zuordnung der erforderlichen Urkunden zu den Prozessvoraussetzungen lässt sich die unangemessene Härte, der Vollstreckungsmöglichkeit in der Schweiz einzig wegen der fehlenden Vorlage von Urkunden definitiv verlustig zu gehen, vermeiden (gl.M. *Groz*, Anm. 2, 686 f. m.w.H.; im Ergebnis gl.M. *Daniel Schwander*, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten LugÜ, ZBJV 2010 641 ff., 688, ohne allerdings von einem Nichteintretensentscheid auszugehen. Nach *Dasser/Oberhammer-Staehelin*, N 1 zu Art. 40 LugÜ ist ein Rückzug des Antrages – solange kein Entscheid ergangen ist – ohne Rechtskraftwirkung möglich.

271 Abs. 1 bis 5 SchKG, ausgeschlossen ist.

Vor erster Instanz genügen die Formalien von Art. 53 revLugÜ, um im einseitigen Verfahren ein Exequatur erhältlich zu machen (Art. 41 revLugÜ)<sup>5</sup>. Im anschliessenden zweiseitigen Rechtsbehelfsverfahren – und damit vor zweiter Instanz – stehen dem Schuldner die Einwendungen gemäss Art. 34 und 35 revLugÜ zu, wobei gemäss Art. 45 Abs. 1 revLugÜ ausschliesslich diese Einwendungen zulässig sind<sup>6</sup>. Es gibt hingegen auch Lehrmeinungen, die weitere Einwendungen gegen das Exequatur als solches zulassen wollen. Genannt werden Tilgung, Verrechnung, Verjährung etc. Diese Autoren verkennen, dass es um das Exequatur an sich geht und weder um die konkrete Vollstreckung noch um die Sicherung derselben. Durch das Exequatur erhält das ausländische Urteil lediglich ein zusätzliches formelles Attribut – die Gleichstellung mit inländischen Entscheidungen – ohne bereits die Vollstreckung zu antizipieren. Wegen dieses abstrakten Charakters des Exequaturverfahrens sollten die materiellrechtlichen Einwendungen (Tilgung, Verrechnung, Verjährung etc.) ins Verfahren der konkreten Zwangsvollstreckung (Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung) verwiesen und dort abgehandelt werden. Die hier vertretene Meinung – Beschränkung der Einwendungen auf reine «Lugano-Einwendungen» – setzt selbstverständlich voraus, dass dem Schuldner in der späteren Vollstreckung, z.B. im Rahmen des diesfalls unerlässlichen Rechtsöffnungsverfahrens<sup>7</sup>, Gelegenheit geboten wird, diese materiellrechtlichen Einwendungen vorbringen zu können. Ein direktes Fortsetzungsbegehren nach Art. 88 SchKG – wie gelegentlich fälschlicherweise

propagiert<sup>8</sup> – gibt es nicht. Zu den materiellrechtlichen Einwendungen gegen den gleichzeitig erteilten Arrest vgl. unten bei 5. b.

Dem Gläubiger steht es frei, ein Exequatur ohne Sicherungsmassnahme zu beantragen<sup>9</sup>, wenn dafür ein Bedürfnis besteht. Mit der Einführung des schweizweiten Arrestes dürfte dies wohl eher geringer werden, weil die Verarrestierung von Vermögenswerten an verschiedenen Orten und die Prosequierung in einem einzigen Verfahren möglich sind.

## 2. Sicherungsmassnahme Arrest

Art. 47 Abs. 2 revLugÜ gibt dem Gläubiger, der die Vollstreckbarkeit eines LugÜ-Entscheides beantragt, das Recht auf eine Sicherungsmassnahme<sup>10</sup>, und zwar ohne Dringlichkeit und ohne Gefahr im Verzug<sup>11</sup>. Das ist – nunmehr in Art. 271 Abs. 3 SchKG gesetzlich ausdrücklich geregelt – der Arrest. Die gesetzgeberische Wahl dieses Sicherungsmittels ist zu akzeptieren und beendet nun doch noch die Diskussion über das zutreffende Sicherungsmittel.

Nach der hier vertretenen Meinung ist eine Sicherung gemäss Art. 271 Ziff. 6 SchKG ohne einen vom Gläubiger formell gestellten Exequatur-Antrag ausgeschlossen. Der Arrestgrund von Art. 271 Ziff. 6 SchKG steht auch nicht bei inzidenter Überprüfung der Vollstreckbarkeit zur Verfügung. Verlangt ein Gläubiger einen Arrest nach Art. 271 Ziff. 6 SchKG, ist ein förmlicher Antrag auf Exequatur unerlässlich. Die ganz überwiegende Ansicht vertritt zwar ebenfalls die Meinung, dass der Arrest nach Ziff. 6 ein förmliches Exequatur voraussetzt. Im Unterschied zu der hier vertretenen Meinung sind diese Autoren hingegen der Auffassung, dass über das Exequatur auch ohne entsprechenden Antrag

<sup>5</sup> Die Vorlage der erforderlichen Urkunden oder sonstigen Beweismittel (Art. 41 i.V.m. Art. 53 ff. revLugÜ) ist von Amtes wegen zu prüfen. Die Vollstreckbarkeit ergibt sich ausschliesslich aus der offiziellen Bescheinigung gemäss Art. 53 Abs. 2 und 54 i.V.m. Anhang V revLugÜ (Kropholler/von Hein, Anm. 1, N 7 und 9 zu Art. 38 EuGVO).

<sup>6</sup> Die Urkunden können auch noch bei der Rechtsmittelinstanz nachgereicht werden (Kropholler/von Hein, Anm. 1, N 6 zu Art. 41 EuGVO).

<sup>7</sup> Gl.A. Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht im Zuge der LugÜ-Revision, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Alexander Markus, Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess 2011, Bern 2010, 1 ff., 4.

<sup>8</sup> BGer 5A\_79/2008 E. 4.1 (m.w.H.), wonach auch bei einem separaten Exequatur nicht auf das ordentliche Betreibungsverfahren verzichtet werden kann. A.A. Schwander (Anm. 4) 694 f.

<sup>9</sup> Gl.A. z.B. Stoffel (Anm. 7) 9.

<sup>10</sup> Die örtliche Zuständigkeit befindet sich gemäss Art. 39 Abs. 2 revLugÜ am Wohnort des Schuldners oder am Vollstreckungsort, was mit dem «Gericht am Betreibungsort oder am Ort, wo sich die Vermögensgegenstände befinden» (Art. 272 Abs. 1 SchKG) übereinstimmt. Für das von Stoffel (Anm. 7) 9 f. erwähnte Problem der gleichen (sachlichen) Zuständigkeit ist davon auszugehen, dass für Exequatur und Arrest, unabhängig davon, welches das «Hauptanliegen» der klagenden Partei ist, das gleiche «Vollstreckungsgericht» zuständig ist (vgl. Art. 338 Abs. 1 ZPO; vgl. Anhang II zum revLugÜ: «kantonales Vollstreckungsgericht»), weil das LugÜ als höherrangiges Recht imperativ verlangt, dass beide Rechtsschutzbegehren im gleichen Verfahren beurteilt werden. Der Arrestrichter gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG muss zwingend zugleich der Exequaturrichter sein (Urs Boller, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, AJP 2010 187 ff., 190).

<sup>11</sup> Hans Reiser, Überblick über die Arrestrevision 2009, SJZ 2010 333, 334; Kropholler/von Hein (Anm. 1) N 9 zu Art. 47 EuGVO; Stoffel (Anm. 7) 6 f.

<sup>12</sup> Nach Gerich revLu damit (tels) e Ziffer ständ (vgl. diesbe gestel Unter Dieter 2010 scheid mäss. lage f darüb und d einer wenn Begeh Rodrig ckung komm von au eines Entsch Ziff. 6 selbst 47 Ab wenn gehren Nach System satzen verfahr SchKG Gläubi hält gl rung, allgem Schwa «Abwe hin, wi gen Ab Gläubi antrag <sup>13</sup> Vgl. d (Anm. mer-S <sup>14</sup> Vgl. An <sup>15</sup> Dass d Vollstre 11), är eine ei oder m

<sup>12</sup> Nach der Botschaft (BBl 2009 1821) hat das Gericht, «welches aufgrund eines nach dem revLugÜ vollstreckbaren Entscheids (und damit eines definitiven Rechtsöffnungstitels) einen Arrest nach Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 ausspricht, stets auch einen selbständigen Exequaturentscheid zu fällen ... (vgl. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ), selbst wenn diesbezüglich kein selbständiges Begehren gestellt wurde».

Unter Bezugnahme darauf hält *Felix Meier-Dieterle*, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP 2010 1211 ff., 1216 N 34, fest: «Da der Entscheid über die Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 47 Abs. 2 LugÜ die Rechtsgrundlage für die Arrestbewilligung darstellt, ist darüber von Amtes wegen zu entscheiden und die Vollstreckbarkeit im Dispositiv in einer separaten Ziffer aufzunehmen, auch wenn der Arrestgläubiger kein separates Begehren gestellt hat.»

*Rodrigo Rodriguez*, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP 2009 1550 ff., 1558 geht davon aus, dass das Gericht, wenn es aufgrund eines nach dem revLugÜ vollstreckbaren Entscheids einen Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG bewilligt, stets auch einen selbständigen Exequaturentscheid i.S.v. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ zu fällen habe, auch wenn diesbezüglich kein selbständiges Begehren gestellt wurde.

Nach *Stoffel* (Anm. 7) 8, ist «im Lugano-System ... der Sicherungsentscheid ein Zusatzentscheid, der im Vollstreckbarkeitsverfahren gefällt werden kann. In der SchKG-Systematik ist es umgekehrt: Der Gläubiger verlangt die Sicherheit und erhält gleichzeitig die Vollstreckbarerklärung, die nicht nur vorfrageweise, sondern allgemeine Gültigkeit aufweisen wird».

*Schwander* (Anm. 4) 654 f. weist auf die «Abweichung» vom Dispositionsgrundsatz hin, will die bezüglichen Arrestbegehren wegen Abs. 3 dennoch so behandeln, als ob der Gläubiger einen separaten Vollstreckungsantrag gestellt hätte.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, (Anm. 3) N 40 zu § 28; *Dasser/Oberhammer-Stahelin*, N 20 zu Art. 36 LugÜ.

<sup>14</sup> Vgl. Anm. 3.

<sup>15</sup> Dass der Arrest nach Ziff. 6 nicht von einer Vollstreckungsgefährdung abhängig sei (Anm. 11), ändert allerdings nichts daran, dass eine eilige Sicherung häufig dennoch nötig oder mindestens erwünscht ist.

des Gläubigers entschieden werden kann<sup>12</sup>. Dabei wird verkannt, dass gemäss LugÜ ein Antrag erforderlich ist (Art. 38 Abs. 1 revLugÜ) und dass Exequaturentscheidungen in materielle Rechtskraft erwachsen<sup>13</sup>. Der Entscheid ohne entsprechenden Antrag bedeutet für den Arrestgläubiger, dass ungewollt über die Vollstreckbarkeit entschieden wird, was bei einem negativen Entscheid – wie oben gezeigt – bedeutet, dass die Rechtsdurchsetzung zumindest in der Schweiz für alle Zeiten ausgeschlossen wird<sup>14</sup>. Dies ist bei gestelltem Arrestantrag, dessen Ziel primär die Sicherung<sup>15</sup> und nicht die Vollstreckung ist und in dem deshalb häufig Eile geboten ist, eine untragbare Konsequenz. Einzig KUKO ZPO-*Oberhammer/Domej* und *Daniel Staehelin* lehnen eine Vollstreckbarerklärung ohne besonderen Antrag ab; sie begründen dies überzeugend damit, dass die gegenteilige Auffassung einen unnötigen Verstoss gegen die

<sup>16</sup> Art. 58 Abs. 1 ZPO: «Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.»

<sup>17</sup> KUKO ZPO-*Oberhammer/Domej*, N 7 zu Art. 327a ZPO; *Daniel Staehelin*, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter, 11. Oktober 2010, N 4. Auf die Systemwidrigkeit als solche weist auch *Schwander* (Anm. 4) 656 hin (vgl. oben Anm. 12).

<sup>18</sup> KUKO ZPO-*Oberhammer/Domej*, N 7 zu Art. 327a.

<sup>19</sup> *Rodriguez* (Anm. 12) 1556; *Stahelin* (Anm. 17) Rz 43. Das Recht auf einstweiligen Rechtsschutz nach nationalem Recht des Vollstreckungsstaates bleibt dem Gläubiger auch ohne Vollstreckbarerklärung erhalten (Art. 47 Abs. 1 revLugÜ; *Kropholler/von Hein*, Anm. 1, N 4 zu Art. 47 EuGVO).

<sup>20</sup> Vgl. auch *Stahelin* (Anm. 17) N 43. Hier genügt – als Arrestvoraussetzung – dass glaubhaft gemacht wird, es liege ein vor einem schweizerischen Gericht als vollstreckbar erklärbarer ausländischer Entscheid vor.

Dispositionsmaxime<sup>16</sup> bedeutet<sup>17</sup>. Das überzeugt. Hätte der Gesetzgeber diese Skurrilität – Entscheid ohne Antrag – tatsächlich gewollt, hätte er das ausdrücklich vorsehen müssen, was nicht geschehen ist.

*Oberhammer/Domej* schlagen als Abhilfe vor, den Arrest gemäss Ziff. 6 mit bloss inzidenter Vollstreckbarkeitsprüfung zuzulassen<sup>18</sup>. Das würde bedeuten, den in Art. 271 Abs. 3 angelegten Konnex zwischen Arrest und förmlichem Exequatur aufzulösen, was abzulehnen ist.

### 3. Arrestgründe gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 SchKG

Fehlt es an einem ausdrücklichen Exequaturantrag, so ist auf das Arrestbegehren gemäss Ziff. 6 nicht einzutreten. Das lässt dem Gläubiger immer noch die Möglichkeit, ein neues, korrektes Begehren oder – bei gegebenen Voraussetzungen und ohne förmlichen Exequatur-Antrag – ein Arrestbegehren gemäss Art. 271 Ziff. 1–5 SchKG zu stellen<sup>19</sup>, allenfalls auch gestützt auf Ziff. 4 («Ausländerarrest»), auch wenn der Hinweis auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil in der SchKG-Revision redaktionell ungeschickt gestrichen wurde<sup>20</sup>. Kommt Ziff. 6 nicht zum Zug, so bildet diesbezüglich die Subsidiaritätsregel von Ziff. 4 kein Hindernis.

### 4. Handhabung der Mitteilung

Kann auf das Exequaturbegehren nicht eingetreten werden, so ist dieser Entscheid nur dem Gläubiger mitzuteilen. Für eine Mitteilung an beide Parteien besteht kein Grund, weil einem solchen Nichteintretensentscheid keine Rechtskraft zukommt. Wird der Exequaturantrag gutgeheissen, so ist der

Entscheid sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner mitzuteilen (Art. 42 revLugÜ). Wird der Exequaturantrag abgewiesen, ist dieser Entscheid richtigerweise dem Gläubiger und dem Schuldner zuzustellen, was nicht unumstritten ist<sup>21</sup>, richtigerweise jedoch aus der Rechtskraft des ablehnenden Entscheides folgt<sup>22</sup>. Mit der Zustellung des Entscheides an den Schuldner ist aber zuzuwarten, bis die 10-tägige Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist. Andernfalls würde der Schuldner über das eingeleitete Verfahren informiert. Das würde den Überraschungseffekt – Exequatur und Arrest könnten ja auch im Rechtsbehelfsverfahren noch bewilligt werden – illusorisch machen.

Bei der Mitteilung von Exequaturentscheidungen und Arresturkunden ist der «Überraschungseffekt» in jedem Fall zu wahren<sup>23</sup>. Zwar werden Exequatur und LugÜ-Arrest im gleichen Entscheid angeordnet, hingegen wird lediglich das Formular «Arrestbefehl» dem Betreibungsamt zum Vollzug zugestellt (Art. 274 Abs. 1 SchKG). Dies birgt die Gefahr, dass der Gerichtsentscheid vor dem Arrestvollzug beim Schuldner eintrifft. Um dieser Gefahr vorzubeugen, empfiehlt es sich, das Betreibungsamt anzuweisen, dem Gericht den Arrestvollzug mitzuteilen, und den Gerichtsentscheid erst nach Eingang der entsprechenden Mitteilung/en dem Schuldner zuzustellen. Nicht anders steht es bei einem schweizweiten Arrestvollzug durch mehrere Betreibungsämter<sup>24</sup>.

## 5. Rechtsmittel

### a. Ablehnung

*aa. Exequatur «solo» und ohne Arrest*  
Verlangt der Gläubiger ein reines Exequatur, ohne zusätzliche Sicherung,

und wird dieser Antrag abgewiesen, so wird der Entscheid dem Gläubiger unverzüglich zugestellt (Art. 42 revLugÜ) und er kann gemäss Art. 43 Abs. 1 revLugÜ den Rechtsbehelf einlegen. Mangels einer im LugÜ dafür vorgesehenen Frist ist auf das nationale Recht abzustellen<sup>25</sup>, mithin auf Art. 327a i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO<sup>26</sup>. Weil in diesem Fall kein Unterlaufen des Sicherungszwecks zur Debatte steht, ist kein Grund ersichtlich, den Schuldner nicht ins Verfahren vor der zweiten Instanz einzubeziehen. Bei einem gutheissenden Exequatur kann der Schuldner, der den in Art. 43 revLugÜ vorgesehenen Rechtsbehelf dagegen nicht ergriffen hat, im anschliessenden Vollstreckungsverfahren die bezüglichen Einwendungen nicht mit einem nationalen Rechtsmittel gegen die Vollstreckung nachholen<sup>27</sup>, andernfalls die Rechtskraftwirkung infrage gestellt würde. Weil nach der hier vertretenen Auffassung aber die materiellrechtlichen Einwendungen (Tilgung, Verrechnung, Verjährung etc.) nicht mit dem Rechtsbehelf gegen das Exequatur vorgebracht werden können, kann der Schuldner diese Einwendungen im eigentlichen Vollstreckungsverfahren vorbringen.

### bb. Exequatur mit Arrest

Die Situation ist hier nicht anders als unter lit. aa., hingegen ist der Schuldner über den ablehnenden Entscheid<sup>28</sup> erst nach Eintritt der Rechtskraft<sup>29</sup> zu orientieren. Zieht der Gläubiger einen negativen Entscheid weiter, so ist der Schuldner auch nicht an diesem zweitinstanzlichen Verfahren zu beteiligen<sup>30</sup>.

Kommt die obere kantonale Instanz beim (einseitigen) Weiterzug durch den Gläubiger zum Ergebnis, der vorinstanzliche Entscheid sei unrichtig,

so stellt sich für das weitere Verfahren die Frage, ob die obere Instanz das Exequatur selber erteilen kann, unter gleichzeitiger Bewilligung des Arrests, oder ob sie an die Vorinstanz zurückweisen muss mit der Anweisung, Exequatur und Arrest zu erteilen. Der Schutz des Schuldners verlangt bei Gutheissung des Exequaturs die Rück-

<sup>21</sup> Keine Zustellung eines ablehnenden Entscheides ist nach *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 17 zu Art. 43 und N 3 zu Art. 42 EuGVO erforderlich, weil die Zustellung eines ablehnenden Entscheides weder in der EuGVO noch im nationalen Recht vorgesehen sei.

<sup>22</sup> Vgl. Anm. 3.

<sup>23</sup> *Dasser/Oberhammer-Staehelin*, N 6 zu Art. 39 LugÜ.

<sup>24</sup> Abzulehnen ist eine Zustellung via den Gläubiger vgl. den Vorschlag von *Schwander* (Anm. 4) 664; *Michael Lazopoulos*, Arrestrecht – die wesentlichen Änderungen im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ und der Schweizerischen ZPO, AJP 2011 608 ff., 614.

<sup>25</sup> *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 1 und N 13 zu Art. 43 EuGVO. Diese Autoren scheinen die Ansicht zu vertreten, dass die Befristung durch das nationale Recht nicht möglich sei. Dem Schuldner, der vom einseitigen Verfahren Kenntnis habe, stehe eine negative Feststellungsklage nach nationalem Recht zur Verfügung.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BSK ZPO-*Spühler*, N 12 zu Art. 327a; KUKO ZPO-*Oberhammer/Domej*, N 9 zu Art. 327a; *Rodriguez* (Anm. 12) 1559.

<sup>27</sup> *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 4 zu Art. 43 EuGVO.

<sup>28</sup> Gl.A. *Schwander* (Anm. 4) 687 mit Hinweis darauf, dass die Beschwerde des Gläubigers gemäss revLugÜ unbefristet ist, die Befristung – «gewöhnliche» Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO – jedoch aus dem nationalen Recht folgt. Vgl. auch *Dasser/Oberhammer-Staehelin*, N 10 zu 36 LugÜ.

<sup>29</sup> Dass eine Mitteilung nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen muss, ergibt sich aus der Rechtskraftwirkung eines negativen Exequaturentscheides.

<sup>30</sup> Gl.A. *Schwander* (Anm. 4) 687.

<sup>31</sup> Vgl. o.

<sup>32</sup> *Stach*

<sup>33</sup> *Kroph*

zu Ar

Unter

vollstr

Zwang

behelf

LugÜ

<sup>34</sup> Für di

gung

Urteil

sich

N 22

N 33;

*pholle*

EuGVO

das R

auslär

vollstr

Vollstr

nomm

Für di

*Ober*

mit Hi

in Art.

weise

zu Art.

<sup>35</sup> *Schw*

*Hein* (

einzig

tel, ur

sung

ten, i

Folglie

nation

vorges

wenn

dung

rungs

sen w

dass si

regelm

Durch

nicht v

47 der

nahme

die Ge

nation

voges

angem

lichen

Rechte

<sup>36</sup> *Schw*

EuGH

Rechts

verfahren  
anz das  
n, unter  
Arrests,  
zurück-  
ng, Exe-  
len. Der  
ngt bei  
ie Rück-

nden Ent-  
von Hein  
zu Art. 42  
tellung ei-  
der in der  
vorgese-

N 6 zu Art.

via den  
Schwan-  
oulos, Ar-  
nderungen  
revidierten  
ZPO, AJP  
und N 13  
scheinen  
Befristung  
möglich  
einseitigen  
eine nega-  
ationalem

12 zu Art.  
Domej, N 9  
) 1559.  
zu Art. 43

mit Hinweis  
Gläubigers  
die Befris-  
de gemäss  
n nationa-  
Oberham-

ntritt der  
ot sich aus  
negativen

<sup>31</sup> Vgl. oben Anm. 2 und 3.

<sup>32</sup> *Stahelin* (Anm. 17) N 33.

<sup>33</sup> *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) weisen in N 1 zu Art. 38 EuGVO darauf hin, dass es – im Unterschied zur Durchführung der Zwangsvollstreckung – gegen die Zulassung der Zwangsvollstreckung keine anderen Rechtsbehelfe als die in der Verordnung bzw. dem LugÜ vorgesehen, geben dürfe.

<sup>34</sup> Für die Zulassung der Einwendung der Tilgung etc. nach Fällung des ausländischen Urteils im Rechtsbehelfsverfahren sprechen sich z.B. *Dasser/Oberhammer-Stahelin*, N 22 zu Art. 36 LugÜ; *Stahelin* (Anm. 17) N 33; *Lazopoulos* (Anm. 24) 616 und *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 27 zu Art. 43 EuGVO aus. Letztere erwähnen, dass bereits das Reichsgericht verneint habe, dass ein ausländischer Titel sehenden Auges für vollstreckbar erklärt werde, wenn ihm die Vollstreckbarkeit unmittelbar wieder genommen werde.

Für die andere Ansicht vgl. z.B. KUKO ZPO-*Oberhammer/Domej*, N 5 zu Art. 327a ZPO mit Hinweis auf die explizite Einschränkung in Art. 45 Abs. 1 revLugÜ sowie weitere Hinweise bei *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 6 zu Art. 45 EuGVO.

<sup>35</sup> *Schwander* (Anm. 4) 686; *Kropholler/von Hein* (Anm. 1) N 11 zu Art. 47 EuGVO: «Das einzige nach der EuGVO vorgesehene Mittel, um die Entscheidung über die Zulassung der Zwangsvollstreckung anzufechten, ist der Rechtsbehelf nach Art. 43. Folglich bleibt jedes andere, nach dem nationalen Recht des Vollstreckungsstaates vorgesehene Mittel ausgeschlossen, selbst wenn es lediglich auf den Teil der Entscheidung beschränkt wäre, durch den die Sicherungsmassnahmen stillschweigend zugelassen werden. Das bedeutet freilich nicht, dass sich der Betroffene gegen etwaige Unregelmässigkeiten oder Missbräuche bei der Durchführung der Sicherungsmassnahme nicht wehren könnte. Vielmehr lässt es Art. 47 der von der Vollstreckung dieser Massnahmen betroffenen Partei unbenommen, die Gerichte anzurufen, um mit Hilfe der im nationalen Recht des Vollstreckungsstaates vorgesehenen geeigneten Verfahren einen angemessenen Schutz ihrer durch die fraglichen Massnahmen angeblich verletzten Rechte zu erreichen.»

<sup>36</sup> *Schwander* (Anm. 4) 686, der sich auf den EuGH bezieht, der von der Exklusivität des Rechtsbehelfsverfahrens ausgeht.

weisung an die erste Instanz, andernfalls er erstmals im Verfahren vor Bundesgericht zu Wort käme. Würde die obere Instanz Exequatur (und Arrest) ebenfalls verweigern, und würde das Bundesgericht Exequatur (und Arrest) bewilligen, so wäre die Situation noch grotesker. Käme das Bundesgericht seinerseits zu einem ablehnenden Ergebnis, müsste die Exequaturverweigerung zwingend dem bisher nicht ins Verfahren einbezogenen Schuldner mitgeteilt werden, da selbständige Exequaturentscheidungen selbstverständlich beiden Parteien zu eröffnen sind und wie bereits erwähnt über das betreffende Verfahren hinaus Rechtskraft haben<sup>31</sup>.

## b. Gutheissung

*aa. Exequatur «solo» und ohne Arrest*  
Verlangt der Gläubiger ein reines Exequatur, ohne zusätzliche Sicherung, und wird dieser Antrag gutgeheissen, ist der Schuldner im Rechtsbehelfsverfahren auf die reinen LugÜ-Einwendungen (ohne Tilgung, Verrechnung, Verjährung etc.) beschränkt (vgl. oben bei 1.).

### *bb. Exequatur mit Arrest*

Wird das Exequaturbegehren des Gläubigers samt Arrest gutgeheissen, so kann der Schuldner innert einem Monat resp. innert zwei Monaten den Rechtsbehelf einlegen (Art. 43 Abs. 5 revLugÜ; Art. 327a ZPO). Anfechtungsobjekt ist das Exequatur zusammen mit dem darauf beruhenden Arrest<sup>32</sup>. Obwohl im Gesetzestext lediglich von der Anfechtung der Vollstreckbarerklärung die Rede ist, ist davon auszugehen, dass in diesem Rechtsbe-

helfsverfahren auch gegen den Arrest vorgegangen werden kann<sup>33</sup>. Thematisch kann der Schuldner das erteilte Exequatur mit den im LugÜ vorgesehenen Einwendungen bekämpfen (Formalien [keine Entscheidung nach Art. 32 revLugÜ]; keine Vollstreckbarkeit nach Art. 38 revLugÜ, Versagungsgründe nach Art. 34 und 35 revLugÜ). Umstritten ist, ob auch die Einwendungen der Tilgung, Verrechnung, Verjährung etc. im Rechtsbehelfsverfahren möglich sind<sup>34</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung – basierend auf der Vorstellung einer objektiven Klagenhäufung (Exequatur und Arrest) – sind die Einwendungen (obwohl im gleichen Verfahren) gedanklich zu trennen, sodass (nachträgliche) materiellrechtliche Unterangangsgründe in den Zusammenhang der Zulässigkeit des Arrestes gehören.

Eine thematische Beschränkung gibt es unseres Erachtens im Rechtsbehelfsverfahren nicht, d.h., es können dort sämtliche Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit und gegen den Arrest – ausser den Arrestvollzug – vorgebracht werden. *Schwander* und *Kropholler/von Hein*<sup>35</sup> verweisen auf die Praxis des EuGH, der von der Exklusivität des Rechtsbehelfsverfahrens ausgeht, wobei *Schwander*<sup>36</sup> eine Ausnahme für die Einrede der Pfandsicherung und Rügen betreffend die Durchführung des Arrestes (fehlende Pfändbarkeit eines Vermögensstückes, fehlende örtliche Zuständigkeit oder sonstige Prozessvoraussetzungen) die Arresteinsprache zulassen will<sup>37</sup>. Damit stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Arresteinsprache i.S.v. Art. 278 SchKG. Nach der einen Meinung steht die Arresteinsprache nach wie vor zur Verfügung: Die Botschaft geht von einer parallelen Anwendung beschränkt auf arrestspezifische Einwendungen aus<sup>38</sup>. Nach *Stahelin*<sup>39</sup>,

<sup>37</sup> *Schwander* (Anm. 4) 686.

<sup>38</sup> Botschaft BBl 2009 1813.

<sup>39</sup> *Stahelin* (Anm. 17) N 35.

Rodriguez<sup>40</sup>, Meier-Dieterle<sup>41</sup> und Lazopoulos<sup>42</sup> können sämtliche Arrestvoraussetzungen – nicht aber Titelfragen<sup>43</sup> – überprüft werden. Stoffe<sup>44</sup> nennt – für das Arresteinspracheverfahren sicher unzutreffend – auch die auf das Exequatur bezogenen Gründe von Art. 34 f. revLugÜ.

Können nach der hier vertretenen Meinung sämtliche Einwendungen umfassend im Rechtsbehelfsverfahren vorgebracht werden, so erscheint die Arresteinsprache für den Fall eines «kombinierten» LugÜ-Exequatur-Arrests überflüssig. Ein Rechtsschutzinteresse für das Arresteinspracheverfahren ist nicht ersichtlich. Das System des LugÜ ist zwingend darauf ausgerichtet, dass Exequatur und Arrest gemeinsam im gleichen Verfahren zu erteilen sind, sodass die Aufspaltung im anschliessenden Rechtsmittelverfahren systemwidrig erscheint. Ganz unbekannt ist die Weglassung der Arresteinsprache dem schweizerischen Rechtssystem ausserdem nicht, entfällt sie doch auch im Falle des Steuerarrestes, allerdings aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage<sup>45</sup>. Lehnt man die Exklusivität des Rechtsbehelfsverfahrens ab, so bleibt praktisch die – allerdings hier nicht propagierte – Möglichkeit, das Rechtsbehelfsverfahren von sämtlichen arrestbezogenen Einwendungen zu entlasten und diese insgesamt ins Arresteinspracheverfahren zu verweisen, wie dies von der Mehrheit der Autoren befürwortet wird<sup>46</sup>, selbstverständlich unter Ausschluss derjenigen, die durch das Exequatur präjudiziert werden. Dabei wird dann eine Spaltung in Kauf genommen, jedoch ist zumindest klar, welche Einwendungen in welches Verfahren gehören. Immerhin korreliert die Einsprachefrist mit der Beschwerdefrist nach Art. 17 ff. SchKG, die für Einwendun-

gen gegen den Arrestvollzug zur Verfügung steht. Stehen Arresteinsprache und Rechtsbehelf nebeneinander zur Verfügung, so darf es allerdings nicht dem Schuldner überlassen werden, welches Rechtsmittel er bezüglich Arrest ergreifen oder ob er sogar in beiden Verfahren je die gleichen oder andere arrestbezogene Einwendungen vorbringen will. Eine solche Parallelität des Rechtsschutzes erschiene äusserst unvorteilhaft.

Ergreift der Schuldner bei Befürwortung beider Rechtsmittel sowohl eine Arresteinsprache als auch einen Rechtsbehelf, so stellt sich die Frage des Verhältnisses der beiden Verfahren. Vorgeschlagen wird z.B. eine Vereinigung nach Art. 125 lit. c ZPO<sup>47</sup>, was angesichts der Tatsache, dass der Rechtsbehelf beim oberen kantonalen Gericht und die Einsprache bei der ersten Instanz einzureichen sind, häufig schwer zu koordinieren sein dürfte. Deshalb wäre wohl eher an eine Sistierung eines der beiden Verfahren zu denken, sinnvollerweise jenes Verfahren, das weniger weit fortgeschritten ist. Weil der Rechtsbehelf per se schon eine Instanz weiter ist, dürfte dieser in der Regel prioritär zu behandeln sein. Da das Exequatur die Voraussetzung des Arrestes bildet, hat diese Lösung auch sachlich etwas für sich.

Die Arresteinsprache spielt jedenfalls für vom Arrest betroffene Dritte weiterhin eine Rolle, weil sie, die den Rechtsbehelf nach Art. 43 Abs. 5 revLugÜ/Art. 327a ZPO nicht ergreifen können, anderweitig keine Möglichkeit hätten, ihre Rechte zu wahren<sup>48</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich u.E. die Spaltung des Rechtsmittelzuges aus LugÜ-systemimmanenten Gründen verbietet, was für die arrestspezifischen Gründe allerdings den Verlust einer Instanz bedeutet. Dass sich diese Einschränkung nicht

direkt aus dem nationalen Recht ergibt und im Gesetzgebungsverfahren offenbar auch verkannt wurde, spricht angesichts der Vorgaben des Lugano-Übereinkommens als höherrangiges Recht nicht dagegen. Bis höchststrichterlich entschieden ist, ob und in welchem Umfang die Arresteinsprache zur Verfügung bleibt, ist es allerdings für den Rechtssuchenden ein Gebot der Vorsicht, beide Rechtsmittel zu ergreifen.

## 6. Urteile aus Nicht-LugÜ-Staaten

Besitzt der Gläubiger einen definitiven Rechtsöffnungstitel aus einem Nicht-LugÜ-Staat, so braucht es für das Vorgehen nach Art. 271 Ziff. 6 ein

<sup>40</sup> Nach Rodriguez (Anm. 12) 1560, kann man über den Sinn der Zweiteilung streiten. Dieser Autor verspricht sich allerdings davon, dass im günstigsten Fall die Einwendungen im Arresteinspracheverfahren bereits vor Ablauf der Beschwerdefrist erledigt sein könnten. Vgl. auch BGer 5A\_79/2008 E. 2.2.

<sup>41</sup> (Anm. 12) 1222 Rz 77 und 79.

<sup>42</sup> (Anm. 24) 616.

<sup>43</sup> Die internationale Vollstreckbarkeit des zu sichernden Titels ist ausschliesslich im Rechtsbehelfsverfahren gegen das Exequatur zu prüfen (Miguel Sogo, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZPZ 2009 75 ff., 95).

<sup>44</sup> (Anm. 7) 6.

<sup>45</sup> Hans Reiser, Steuersicherung und schweizerweite Arrestierung, Steuerrevue 2010 22 ff., insbes. 115 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Anm. 39 bis 42.

<sup>47</sup> Botschaft BBl 2009 1813 f.; Rodriguez (Anm. 12) 1560.

<sup>48</sup> Dasser/Oberhammer-Staehelin, N 3 zu Art. 36 LugÜ. Hier muss das nationale Recht den Ausschluss des Dritten vom Ergreifen eines Rechtsbehelfes substituieren (Kropholler/von Hein, Anm. 1, N 5 und 6 zu Art. 43 EuGVO).

Reiser/J  
vorgela  
Dass ke  
möglich  
nicht di  
ver Re  
grund  
Untersc  
muss e  
fahren  
teien-V  
Sicheru  
laufen  
quaturv  
für die  
Ziff. 4  
Hürde f  
Staaten  
anwend  
nur Voll  
kraft er  
sprüch  
Urteile

7. Übe  
Der A  
Rechtsö

<sup>49</sup> Kritisc  
auf di  
Botsch  
<sup>50</sup> Staeh  
<sup>51</sup> Rodrig  
<sup>52</sup> In die  
Meier-  
Entsch  
18. Jul

recht er-  
verfahren  
e, spricht  
Lugano-  
rangiges  
chstrich-  
d in wel-  
nsprache  
allerdings  
in Gebot  
tel zu er-

## Staaten

n defini-  
us einem  
nt es für  
Ziff. 6 ein

kann man  
reiten. Die-  
ngs davon,  
wendungen  
bereits vor  
ledigt sein  
2008 E. 2.2.

keit des zu  
im Rechts-  
equatur zu  
estrevision,  
lanten An-  
ahmen der  
mens, SZZP

nd schweiz-  
2010 22 ff.,

iguez (Anm.

N 3 zu Art.  
e Recht den  
reifen eines  
Kropholler/  
zu Art. 43

vorgelagertes Exequaturverfahren<sup>49</sup>. Dass keine direkte Berufung auf Ziff. 6 möglich ist, ergibt sich allerdings nicht direkt aus dem Gesetz («definitiver Rechnungstitel»), sondern aufgrund historischer Auslegung<sup>50</sup>. Im Unterschied zum LugÜ-Exequatur muss ein förmliches Exequaturverfahren zwingend in einem Zwei-Parteien-Verfahren stattfinden<sup>51</sup>, was den Sicherungszweck des Arrestes unterlaufen würde. Kein vorgelagertes Exequaturverfahren ist – wie bis anhin – für die Arrestlegung nach Art. 271 Ziff. 4 erforderlich. Eine besondere Hürde für den Arrest aus Nicht-LugÜ-Staaten ist allerdings, dass der hier anwendbare Art. 25 lit. b IPRG nicht nur Vollstreckbarkeit, sondern Rechtskraft erfordert. Ausländische Schiedssprüche sind gleich zu behandeln wie Urteile aus Nicht-LugÜ-Staaten<sup>52</sup>.

## 7. Übergangsrecht

Der Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels ist im Zusam-

menhang mit dem revidierten LugÜ ins SchKG aufgenommen worden und ist mit diesem konnex. Fraglich ist, ob er auch für Lugano-Urteile, die gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 63 revLugÜ nicht unter dieses fallen, dennoch angerufen werden kann. Mit Blick auf den erwähnten Konnex muss dies verneint werden und für «alte» LugÜ-Urteile steht der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nicht zur Verfügung. Anders ist es mit den schweizerischen Entscheidungen. Weil für diese Art. 63 revLugÜ nicht gilt, ist u.E. Ziff. 6 auch auf schweizerische Entscheidungen anwendbar, die vor dem 1. Januar 2011 ergangen sind. Eine weitere Übergangsrechtliche Frage stellt sich auch im Zusammenhang mit der Ausstellung der Bescheinigung gemäss Art. 54 revLugÜ, dem Formblatt im Anhang V. Auch diesbezüglich ist davon auszugehen, dass diese nur für Urteile auszustellen ist, die nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen vollstreckt werden können.

## 8. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Sowohl positive wie negative Exequaturentscheide erwachsen in materielle Rechtskraft.
2. LugÜ-Exequatur und Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG sind konnex, sodass ein solcher Arrest

ohne förmliches Exequatur ausgeschlossen ist. Fehlt ein Exequaturantrag, so ist auf den Arrest nicht einzutreten.

3. Bei kombiniertem LugÜ-Exequatur-Arrest-Verfahren ist der Schuldner nur so weit ins Verfahren einzubeziehen, als dies mit der Wahrung des «Überraschungseffektes» vereinbar ist.
4. Gegen einen kombinierten positiven LugÜ-Exequatur-Arrest steht lediglich der Rechtsbehelf (Art. 43 revLugÜ, Art. 327a ZPO) zur Verfügung. Richtigerweise entfällt die Arresteinsprache, so dass auch für die arrestspezifischen Einwendungen des Schuldners insgesamt nur zwei Instanzen zur Verfügung stehen. Bis über die Frage höchststrichterlich entschieden ist, gebietet die Vorsicht, beide Rechtsmittel zu ergreifen.
5. Die Arresteinsprache behält jedenfalls für die Drittbetroffenen ihre Bedeutung.
6. Die Arrestgründe von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG, insbesondere der «Ausländerarrest gemäss Ziff. 4», können mit einem definitiven LugÜ-Rechtsöffnungstitel ebenfalls angerufen werden. Hier ist die internationale Vollstreckbarkeit lediglich glaubhaft zu machen.

<sup>49</sup> Kritisch *Lazopoulos* (Anm. 24) 610, der sich auf die gegenteilige «Vermutung» in der Botschaft BBl 2009 1821 stützt.

<sup>50</sup> *Stahelin* (Anm. 17) N 40.

<sup>51</sup> *Rodriguez* (Anm. 12) 1557.

<sup>52</sup> In diesem Punkt gleicher Meinung *Felix Meier-Dieterle*, *Ausländische «nicht LugÜ-Entscheide» als Arrestgrund*, Jusletter, 18. Juli 2011, Ziff. III 4.