

# Vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckung

Ab wann und unter welchen Voraussetzungen sind Vollstreckungsmassnahmen in das Vermögen des Schuldners möglich?



**JÜRGEN ROTH**  
Dr. iur., Rechtsanwalt,  
Zürich

- IV. Im Anwendungsbereich des IPRG
  - 1. Überblick
  - 2. Selbständiges Exequaturverfahren
  - 3. Vorfrageweises Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens
  - 4. Selbständiges Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens
  - 5. Exequatur im Rahmen eines Arrestgesuchs
- V. Vollstreckbare öffentliche Urkunden
- VI. Gerichtliche Vergleiche
- VII. Schiedssprüche
  - 1. Schweizerische Schiedssprüche
    - 1.1. Im Binnenverhältnis
    - 1.2. Schiedssprüche schweizerischer Schiedsgerichte in internationalen Verhältnissen
  - 2. Ausländische Schiedssprüche

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Im Binnenverhältnis
  - 1. Überblick
  - 2. Wenn zuerst geklagt und dann betrieben wird
    - 2.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid
    - 2.2. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens gegen den definitiven Rechtsöffnungsentscheid
    - 2.3. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid
    - 2.4. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens gegen den definitiven Rechtsöffnungsentscheid
    - 2.5. Wenn die vorzeitige Vollstreckbarkeit nachträglich entfällt oder das Sach- oder Rechtsöffnungsurteil nachträglich aufgehoben wird
  - 3. Wenn zuerst betrieben und dann geklagt wird
    - 3.1. Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren
    - 3.2. Im Anerkennungsverfahren
- III. Im eurointernationalen Verhältnis
  - 1. Überblick
  - 2. Selbständiges Exequaturverfahren
    - 2.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens
    - 2.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens
  - 3. Vorfrageweises Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens
    - 3.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens
    - 3.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens
  - 4. Selbständiges Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens
    - 4.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens
    - 4.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens
  - 5. Exequatur im Rahmen eines Arrestgesuchs

## I. Einleitung

Auch nach Inkrafttreten der schweizweiten ZPO bleibt es dabei, dass der Zwangsvollstreckung in das in der Schweiz gelegene Vermögen eines Schuldners (Pfändung oder Konkursbeschlagnahme) in jedem Fall eine Betreibung (Einleitungsverfahren, Art. 67 ff. SchKG) vorausgehen muss.

Seit dem 1. Januar 2011 muss ein Gerichtsurteil oder ein gerichtlicher Vergleich aber nicht mehr formell rechtskräftig (also mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr anfechtbar) sein, um zur Aufhebung der Rechtsöffnung und damit zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) zu berechtigen<sup>1</sup>. Gemäss Art. 336 ZPO reicht es, wenn es vollstreckbar ist. Vollstreckbar ist es gemäss dieser Bestimmung, wenn es (i) nicht mehr weiterzugsfähig ist, (ii) nur mehr mittels eines Rechtsmittels ohne aufschiebende Wirkung angefochten werden kann (Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO; Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG), das Gericht die Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben hat (Art. 325 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 103 Abs. 3 BGG) und kein Fall von Art. 103 Abs. 2 BGG vorliegt oder (iii) wenn es der (gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO grundsätzlich aufschiebende Wirkung eignenden) Berufung unterliegt, das Gericht jedoch die vor-

Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. DANIEL STAEHELIN, Basel, herzlich für die Durchsicht des Manuskripts und die kritischen Hinweise. Etwaige Hinweise oder Bemerkungen zur vorliegenden Publikation nimmt er dankend entgegen (juerg.roth@bialaw.ch).

<sup>1</sup> DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 2. A., Basel 2010, Art. 80 SchKG N 7.

zeitige Vollstreckung bewilligt hat (Art. 315 Abs. 2 ZPO) oder ein Ausnahmetatbestand von Art. 315 Abs. 4 ZPO gegeben ist.

Im Folgenden soll unter Beschränkung auf Geldleistungsansprüche untersucht werden, ab welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen gegen einen Schuldner (über Sicherungsmassnahmen hinausgehende) Vollstreckungsmassnahmen in dessen Vermögen möglich sind (*Fortsetzungsbegehren*). Dabei wird zunächst die Situation im Binnenverhältnis dargestellt. Anschliessend wird auf die Besonderheiten bei der Vollstreckung ausländischer Urteile eingegangen, zuerst mit Blick auf Urteile aus LugÜ-Staaten und danach mit Blick auf Urteile aus Staaten, mit denen keinerlei Anerkennungs- und Vollstreckungsvereinbarungen bestehen. Abschliessend wird kurz die Rechtslage bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, bei gerichtlichen Vergleichen und bei Schiedssprüchen angesprochen.

## II. Im Binnenverhältnis

### 1. Überblick

Bekanntlich gibt es in der Schweiz zwei Wege, um mit Bezug auf eine Geldforderung die Zwangsvollstreckung einzuleiten: Entweder man erwirkt zuerst ein Leistungsurteil, betreibt gestützt darauf den Schuldner, sofern er die Erfüllung seiner Leistungspflicht weiterhin verweigert, und beseitigt schliesslich – falls erhoben – den Rechtsvorschlag im Summarverfahren gemäss Art. 80 SchKG (definitive Rechtsöffnung). Oder man betreibt den Schuldner vorgängig und beseitigt – falls erhoben – den Rechtsvorschlag im Summarverfahren gemäss Art. 82 SchKG (provisorische Rechtsöffnung), sofern eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG vorliegt, resp. im Zivilprozess gemäss Art. 79 SchKG (Anerkennungsklage), wenn dies nicht der Fall ist. Im ersten Fall wird zuerst geklagt und dann betrieben (und zur Beseitigung des Rechtsvorschlags nötigenfalls nochmals geklagt), im zweiten Fall wird zuerst betrieben und dann geklagt. Bei der zweiten Vorgehensweise braucht es somit bloss ein Gerichtsurteil, bei der ersten allenfalls deren zwei.

### 2. Wenn zuerst geklagt und dann betrieben wird

Zunächst soll untersucht werden, wann und unter welchen Voraussetzungen gegen einen Schuldner die Zwangsvollstreckung eingeleitet und fortgesetzt werden kann, wenn er vorgängig gerichtlich zu einer Geldleistung verpflichtet wurde. Bei dieser Vorgehensweise hat sich der Gläubiger zuerst einen definitiven Rechtsöffnungstitel verschafft und betreibt den Schuldner anschliessend gestützt auf diesen. Bei der Untersuchung der Wirkungen, welche die zur Verfügung stehenden bzw. ergriffenen Rechtsmittel auf die Vollstreckbar-

keit haben, ist nachstehend danach zu unterscheiden, ob sich diese gegen den Sachentscheid oder den definitiven Rechtsöffnungsentscheid richten.

#### 2.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid

Wie bereits ausgeführt, setzt die definitive Rechtsöffnung lediglich einen *vollstreckbaren* Titel voraus; der formellen Rechtskraft bedarf es nicht mehr<sup>2</sup>. Entsprechend ist die Vollstreckbarkeit eines Geldleistungsurteils gegeben, wenn einer eingelegten Berufung die aufschiebende Wirkung entzogen wurde (Art. 315 ZPO) oder wenn das erstinstanzliche Urteil wegen Nichterreichens der Streitwertgrenze von 10'000 Franken (Art. 308 Abs. 2 ZPO) nur der Beschwerde unterliegt und die Vollstreckung nicht aufgeschoben wird (Art. 325 ZPO). Mit der gesetzmässigen Eröffnung<sup>3</sup> eines *nur mittels Beschwerde anfechtbaren Entscheids* (Art. 239 ZPO), dessen Vollstreckbarkeit nicht aufgeschoben wurde, kann daher sofort das Betreibungsverfahren eingeleitet und ein gegen den Zahlungsbefehl erhobener Rechtsvorschlag beseitigt werden (definitive Rechtsöffnung).

Demgegenüber sind gestützt auf ein *Urteil, das der Berufung unterliegt* und gegen das die Berufung ergriffen wurde, Zwangsvollstreckungsmassnahmen nur und erst möglich, wenn der Berufung die aufschiebende Wirkung entzogen wird (Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckung). Dieser Entzug ist im Bereich der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) nur auf entsprechendes Begehren des Schuldners hin möglich<sup>4</sup>. Auch ohne Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckung ist es dem Gläubiger aber unbenommen, unmittelbar nach der Eröffnung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids die Betreibung einzuleiten und auf erhobenen Rechtsvorschlag hin das definitive Rechtsöffnungsbegehren zu stellen, mit dem Antrag, das Verfahren bis zum Vorliegen des zweitinstanzlichen Sachentscheids zu sistieren, um dann, wenn dieser vorliegt, möglichst schnell zum definitiven Rechtsöffnungsentscheid zu kommen.

#### 2.2. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens gegen den definitiven Rechtsöffnungsentscheid

Weil gegen die definitive Rechtsöffnung nur die Beschwerde offensteht (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO), kann gleich im

<sup>2</sup> Vgl. FN 1.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 7b.

<sup>4</sup> PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 315 N 27; BEAT MATHYS, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) [Handkommentar ZPO], Bern 2010, Art. 315 N 6 m.w.N.

Anschluss an die rechtsgültige Eröffnung (Art. 239 ZPO) des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids das Fortsetzungsbegehren gestellt und damit der Vollzug der Zwangsvollstreckung (auf Pfändung oder Konkurs) eingeleitet werden (die Zwanzigtagesfrist gemäss Art. 88 SchKG ist zu diesem Zeitpunkt in der Praxis längst verstrichen). Insbesondere muss der Ablauf der Beschwerdefrist nicht abgewartet werden<sup>5</sup>, obwohl die Beschwerdeinstanz auf entsprechenden Parteiantrag hin<sup>6</sup> die Vollstreckbarkeit aufschieben kann (Art. 325 Abs. 2 ZPO) und dieser Aufschub ex tunc, also rückwirkend auf den Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids, wirkt<sup>7</sup>.

### 2.3. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid

Im Bereich der hier interessierenden Geldleistungsurteile hat die *Beschwerde in Zivilsachen* von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 und 2 BGG), doch kann der Instruktionsrichter die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin aufschieben (Art. 103 Abs. 3 BGG). Ergreift der Schuldner die Beschwerde an das Bundesgericht, hindert dies den Gläubiger also nicht an der Einleitung von Vollstreckungsmassnahmen (Betreibung, Beseitigung des Rechtsvorschlags im definitiven Rechtsöffnungsverfahren, Fortsetzungsbegehren) bzw. lässt ein bereits eingeleitetes Zwangsvollstreckungsverfahren unberührt, solange kein Aufschub der Vollstreckbarkeit angeordnet wird.

Das Gesagte gilt auch, wenn der kantonale Beschwerdeentscheid gestützt auf Art. 113 i.V.m. Art. 74 BGG nur der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* unterliegt, denn kraft des Verweises in Art. 117 BGG auf die Absätze 1 und 3 von Art. 103 BGG gelten mit Bezug auf die vorläufige Vollstreckbarkeit die gleichen Regeln.

### 2.4. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens gegen den definitiven Rechtsöffnungsentscheid

Mit Blick auf die Möglichkeit, für ein Sachurteil definitive Rechtsöffnung zu verlangen, bleibt zu prüfen, ob auch die Möglichkeit bzw. die Ergreifung einer Beschwerde gegen einen von der kantonalen Rechtsmittelinstanz geschützten definitiven Rechtsöffnungsentscheid kein Vollstreckungshindernis darstellt. Gemäss Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG hat die Beschwerde in Zivilsachen von Gesetzes wegen ausnahmsweise aufschiebende Wirkung, wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet.

Zwar handelt es sich beim Rechtsöffnungsbegehren nach der h.M. um eine sog. Gestaltungs- und Vollstreckungsrechtsklage<sup>8</sup>. Dennoch findet die Ausnahmebestimmung von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG auf definitive Rechtsöffnungsentscheide keine Anwendung: Wie die in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 erwähnten Beispiele (Vaterschafts- oder Scheidungsurteile; Auflösung einer juristischen Person)<sup>9</sup> zeigen, soll die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen nur dort Platz greifen, wo die Praktikabilität dies zwingend gebietet, weil die vom Urteil ausgehende (materiell-rechtliche) Gestaltungswirkung nicht oder nur sehr schwer reversibel wäre. Bei definitiven Rechtsöffnungsentscheiden geht es per definitionem um blosser Geldforderungen, bezüglich derer ausserdem die Leistungspflicht des Schuldners bereits durch das Erkenntnisgericht festgestellt wurde. Das Schlimmste, was in dieser Konstellation passieren kann, ist, dass der Schuldner – sollte er mit seiner Beschwerde durchdringen – das Geleistete zurückfordern muss. Irreversibel wäre eine solche Leistung nur, wenn sie den Schuldner in den Konkurs triebe oder wenn die Rückforderung wegen Konkurseröffnung über den Gläubiger nicht mehr vollumfänglich möglich sein sollte. Diese Risiken lassen sich durch Art. 103 Abs. 3 BGG situativ vermeiden, wenn konkret eine Gefährdung der beschriebenen Art besteht und diese zufolge überwiegender Wahrscheinlichkeit des Durchdringens der Beschwerde greifbar ist. Demgegenüber schösse eine «tel quel»-Erfassung von Rechtsöffnungsentscheiden unter Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG über das Ziel hinaus.

In dieselbe Richtung weist BGer 4A\_116/2007 vom 27.6.2007, E. 2. Dort legte das Bundesgericht<sup>10</sup> hinsichtlich des beantragten Aufschubs der Vollstreckbarkeit betreffend

<sup>5</sup> Solange über die aufschiebende Wirkung nicht entschieden wurde, kann definitive Rechtsöffnung erteilt werden (BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN [FN 1], Art. 80 N 8, m.H. auf Tribunal Cantonal VS, ZWR 1989, 221 f.; Cour de Justice GE, SemJud. 1984, 366).

<sup>6</sup> Die Notwendigkeit eines Parteiantrags gilt nur im Bereich der Dispositionsmaxime; wo der Officialgrundsatz gilt, kann das Gericht die Vollstreckbarkeit auch von Amtes wegen anordnen (Art. 58 ZPO). SUSANNE AFHELDT/DIETER FREIBURGHaus, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [FN 4], Art. 325 N 5 – A.M. § 26 N 43. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozess – nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008.

<sup>7</sup> SUSANNE AFHELDT/DIETER FREIBURGHaus, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 325 N 4 m.H.a. BGE 127 III 569, 571 f. E. 4b; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 26 N 43.

<sup>8</sup> BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 87 N 9, m.H. auf STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 14 N 18; WALTER JAKOB HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990, N 360.

<sup>9</sup> BBl 2001 4202, 4342.

<sup>10</sup> M.H.a. die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, 4342 f.

den Kostenentscheid bei der Verweigerung eines (konstitutiven) Registereintrags Wert auf die Feststellung, dass die Beschwerde grundsätzlich keinen Suspensiveffekt hat. Dadurch werde einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels entgegen gewirkt. Dieser Zweck lege eine einschränkende Auslegung der in Art. 103 Abs. 2 BGG genannten Ausnahmen nahe. Als Beispiele für Gestaltungsurteile würden in der Botschaft Entscheide erwähnt, welche Streitigkeiten über private Rechte gestalterisch regelten, also auch erstinstanzlich schon als klassische Gestaltungsurteile ergingen.

In Verallgemeinerung dieser Ausführungen geht das Schrifttum davon aus, die Ausnahmebestimmung von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG beziehe sich nur auf Gestaltungsurteile in Zivilsachen i.e.S. gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG und sei somit auf Beschwerden gegen einen Rechtsöffnungsentscheid nicht anwendbar<sup>11</sup>.

Schliesslich wäre es inkohärent, der Beschwerde in Zivilsachen gegen einen Rechtsöffnungsentscheid im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren aufschiebende Wirkung beizumessen, während die ZPO der vorgelagerten kantonalen Beschwerde diese Wirkung nicht zuerkennt.

Schiebt der Instruktionsrichter die Vollstreckbarkeit nicht auf und ist auch das Sachurteil (vorläufig) vollstreckbar, kann also auch der Weiterzug des definitiven Rechtsöffnungsentscheids an das Bundesgericht den Gläubiger nicht davon abhalten, nach durchlaufenem Einleitungsverfahren das Fortsetzungsbegehren zu stellen.

## 2.5. Wenn die vorzeitige Vollstreckbarkeit nachträglich entfällt oder das Sach- oder Rechtsöffnungsurteil nachträglich aufgehoben wird

Wurde vor der Erteilung der aufschiebenden Wirkung (bei der Beschwerde gegen den Sachentscheid) oder vor dem Wegfall<sup>12</sup> der vorzeitigen Vollstreckbarkeit (bei der Berufung gegen den Sachentscheid) die Rechtsöffnung erteilt, so kann der Schuldner analog Art. 85 SchKG vom Richter die Einstellung der Betreibung verlangen<sup>13</sup>. Dasselbe muss gelten, wenn die Vollstreckbarkeit eines noch nicht endgültigen definitiven Rechtsöffnungsentscheids aufgeschoben oder die Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid gutgeheissen wird. Wird das Sachurteil von der Rechtsmittelin-

stanz aufgehoben, nachdem die Rechtsöffnung erteilt wurde, kann ebenfalls die Einstellung oder – wenn im Entscheid der Rechtsmittelinstanz der Nichtbestand der Schuld mit materieller Rechtskraft festgestellt wurde – sogar die Aufhebung der Betreibung verlangt werden<sup>14</sup>.

Wird die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners vollzogen und der vollstreckte Entscheid danach von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben, haftet der Gläubiger für den dem Schuldner daraus entstehenden Schaden nach Massgabe von Art. 264 Abs. 2 ZPO; denkbar ist auch eine Staatshaftung, wenn sich die Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit als Widerrechtlichkeit charakterisiert<sup>15</sup>. Natürlich ist beides für einen Schuldner, welcher der Konkursbetreibung unterliegt, ein schwacher Trost. Ein Schaden kann aber auch dem Gläubiger drohen, wenn (bei der Beschwerde) die Vollstreckbarkeit aufgeschoben bzw. (bei der Berufung) die vorzeitige Vollstreckbarkeit nicht bewilligt wird, insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit, dass der Schuldner zwischenzeitlich in Konkurs fallen könnte. In beiden Konstellationen wird die Problematik durch die Möglichkeit der Anordnung einer Sicherheitsleistung (Art. 264 Abs. 1 ZPO) entschärft.

## 3. Wenn zuerst betrieben und dann geklagt wird

Hier ist zu untersuchen, wann und unter welchen Voraussetzungen das Fortsetzungsbegehren gestellt werden kann, wenn der Gläubiger den Schuldner zuerst betreibt und anschliessend den gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlag beseitigt. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Gläubiger über eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG verfügt, die ihn berechtigt, die provisorische Rechtsöffnung zu verlangen, oder ob er in Ermangelung einer solchen die Anerkennungsklage gemäss Art. 79 SchKG erheben muss.

### 3.1. Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren

Wie die definitive so kann auch die provisorische Rechtsöffnung nur mit Rechtsmitteln ohne gesetzliche Suspensiv-

<sup>11</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 85 N 98, m.w.N.

<sup>12</sup> Etwa aufgrund einer erfolgreichen Anfechtung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit durch den Schuldner gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.

<sup>13</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 8, m.H. auf Tribunal Cantonal VS, ZWR 1989, 223. – A.M. CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, N 1, wonach die Rechtsöffnung diesfalls vom Rechtsöffnungsrichter auf dem Wege der Revision aufzuheben wäre.

<sup>14</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 8a f.; BSK SchKG I-BERNHARD BODMER/JAN BANGERT (FN 1), Art. 85 N 26 m.w.H. – A.M. (mit Verweis auf den Wortlaut von Art. 85 SchKG, der den anfänglichen Bestand einer Schuld voraussetzt) BGE 42 II 337; OGer. AG, SJZ 1987, 10 ff.; OGer. ZH, ZR 1984, 303; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997–2001, Art. 85 N 8.

<sup>15</sup> PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 315 N 39 f. Für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren vgl. Art. 84 BZP i.V.m. Art. 71 BGG sowie Art. 3 VG.

wirkung angefochten werden. Es kann daher vollumfänglich auf die Ausführungen unter 2.2 und 2.4 verwiesen werden.

### 3.2. Im Anerkennungsverfahren

Die Verfahrensart bestimmt sich nach dem Streitgegenstand und dem Streitwert. Die Fortsetzung der Betreibung kann verlangt werden, wenn der Entscheid (vorläufig) vollstreckbar ist und den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (Art. 79 SchKG). Vgl. im Übrigen die Ausführungen unter 2.1 und 2.3.

## III. Im eurointernationalen Verhältnis

### 1. Überblick

Im Gegensatz zu der unter II. dargestellten Situation liegt im Bereich der LugÜ-Vollstreckung im Augenblick, wo ein Schweizer Bezug entsteht, bereits ein – ausländisches – Urteil vor, das vor seiner Vollstreckung für vollstreckbar erklärt werden muss. Dieses sog. *Exequatur-Verfahren* dient dazu, das ausländische Urteil zur Schweizer Zwangsvollstreckung zuzulassen<sup>16</sup>. Für die Vollstreckbarerklärung stehen gemäss schweizerischer Konzeption grundsätzlich *zwei Wege* offen: Entweder man durchläuft das *LugÜ-spezifische Vollstreckbarerklärungsverfahren* oder man verlangt das Exequatur auf dem Wege der *definitiven Rechtsöffnung*. Im definitiven Rechtsöffnungsverfahren wird die Vollstreckbarkeit typischerweise *vorfrageweise (inzidenter)* festgestellt und anschliessend die definitive Rechtsöffnung erteilt; die Vollstreckbarerklärung findet dabei keine Erwähnung im Urteilsdispositiv<sup>17</sup> und ihre Wirkungen beschränken sich auf das laufende Betreibungsverfahren. Auf entsprechendes Rechtsbegehren<sup>18</sup> hin kann die Vollstreckbarerklärung jedoch auch zu einem *separaten Urteilsbestandteil* erhoben werden und erwächst dadurch – wie beim LugÜ-Exequaturverfahren – schweizweit in materielle Rechtskraft<sup>19</sup>.

Bei der Wahl des LugÜ-Exequaturverfahrens ist nach der Vollstreckbarerklärung die Betreibung einzuleiten und ein allenfalls erhobener Rechtsvorschlag im definitiven Rechtsöffnungsverfahren zu beseitigen. Bei der Vollstreckbarerklärung im Rahmen des SchKG erübrigt sich dies, weil das Exequatur ja bereits im Rechtsöffnungsverfahren erteilt wurde. Bei der zweiten Vorgehensweise braucht es somit zwei Gerichtsurteile (jenes des ausländischen Erkenntnisgerichts, das vollstreckbar zu erklären ist, und jenes des schweizerischen Exequaturgerichts, mit dem das ausländische Urteil für vollstreckbar erklärt und die definitive Rechtsöffnung erteilt wird), bei der ersten möglicherweise<sup>20</sup> drei.

Entsprechend ist das LugÜ-Exequaturverfahren nur sinnvoll, wenn das Exequatur mit einem Arrestbegehren verknüpft werden soll<sup>21</sup>. Denn im Gegensatz zum (kontradiktorischen) Betreibungsverfahren erlaubt das LugÜ-Exequaturverfahren einen Überraschungseffekt, weil es zunächst einseitig ist und den Schuldner gemäss Art. 41 LugÜ<sup>22</sup> erst im Rahmen des Rechtsbehelfs gemäss Art. 43 LugÜ<sup>23</sup> zu Wort kommen lässt. Die sich bisher lediglich aus dem früheren Art. 36 des LugÜ<sup>24</sup> ergebende Möglichkeit, das Exequaturbegehren mit einem Antrag auf Erlass von Sicherungsmassnahmen zu kombinieren, wird nun von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 SchKG ausdrücklich vorgesehen<sup>25</sup>. Gleichzeitig wird klargestellt, dass das LugÜ-Sicherungsmittel der Arrest ist<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Wenn gegen den Zahlungsbefehl, der sich auf den im LugÜ-Verfahren vollstreckbar erklärten Entscheid stützt, Rechtsvorschlag erhoben wird.

<sup>21</sup> Allenfalls können auch Kostenüberlegungen eine Rolle spielen, weil für das LugÜ-Vollstreckungsverfahren der kantonale Gebührentarif anwendbar ist, während für die vorfrageweise Vollstreckbarerklärung im Rechtsöffnungsverfahren die GebV SchKG Anwendung findet. Auch wenn die kantonalen Gebühren geringer sein sollten, ist aber zu bedenken, dass der ausländische Entscheid nach erteiltem Exequatur zu seiner Vollstreckung in Betreibung gesetzt werden muss. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, muss dieser im Rechtsöffnungsverfahren beseitigt werden. Damit wäre die Kostenersparnis dahin.

<sup>22</sup> Bisher Art. 34 LugÜ.

<sup>23</sup> Bisher Art. 37 LugÜ.

<sup>24</sup> Neu (und erweitert) Art. 47 Abs. 2 und 3 LugÜ.

<sup>25</sup> Trotz des diesbezüglich missverständlichen Wortlauts, der sich mit der systematischen Stellung im Gesetz erklären lässt, bleibt es dabei, dass das Exequatur mit dem Arrestbegehren verbunden wird und nicht umgekehrt. Denn die Vollstreckbarerklärung ist Voraussetzung und nicht Folge der Arrestbewilligung und hat ihr daher begrifflich vorzugehen (DANIEL STAEHELIN, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11.10.2010, N 4, der aber auch zu Recht relativiert, dass es letztlich keine Rolle spiele, was zuerst im Dispositiv erscheine, weil ja beides vom gleichen Gericht uno actu entschieden werde).

<sup>26</sup> Dies ist wie folgt zu präzisieren: Ist eine Entscheidung aus einem LugÜ-Staat anerkennungsfähig, kann der Gläubiger bereits vor der Erteilung des Exequatur diejenigen einstweiligen Massnahmen in Anspruch nehmen, die ihm das Recht des Voll-

<sup>16</sup> DANIEL STAEHELIN, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ) [Handkommentar LugÜ], Bern 2008, Art. 31 N 2, m.H.a. BGR 13.9.2001, 5P.253/2001 E. 2a.

<sup>17</sup> Gemäss DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 339 N 17 soll auch bei einer vorfrageweisen Prüfung eine Erwähnung der Vollstreckbarkeit im Urteilsdispositiv möglich sein, wenn daraus klar ersichtlich werde, dass die Prüfung nur vorfrageweise erfolgte.

<sup>18</sup> Und nur dann, denn sonst wird die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) verletzt.

<sup>19</sup> Art. 81 Abs. 3 i.F.; vgl. zum Ganzen DANIEL STAEHELIN, in: Dasser/Oberhammer, Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 31 N 7 und Art. 34 N 12 ff.; BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 68a m.w.N.

Solange die Frist für den Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung läuft und solange über den Rechtsbehelf nicht entschieden ist, darf die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen (Art. 47 Abs. 3 LugÜ)<sup>27</sup>.

Zur Möglichkeit einer Kombination von Exequatur und Arrest vgl. 5.

## 2. Selbständiges Exequaturverfahren

Wie im Bereich der neuen ZPO genügt auch für die LugÜ-Vollstreckung die vorläufige Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils (Art. 38 Abs. 1 LugÜ)<sup>28</sup>; insbesondere bedarf es hier ebenfalls keiner formellen Rechtskraft<sup>29</sup>. Das Exequatur wird zunächst ohne Anhörung des Schuldners erteilt; vorausgesetzt ist nur, dass der vollstreckbar zu erklärende Entscheid mit der Bescheinigung gemäss Anhang V zum LugÜ versehen ist (Art. 41 i.V.m. Art. 53 LugÜ)<sup>30</sup>.

Die *örtliche Zuständigkeit* für das Exequaturbegehren richtet sich nach dem Wohnsitz des Schuldners oder *alternativ*<sup>31</sup> dem Ort, wo die Zwangsvollstreckung durchgeführt

werden soll (Art. 39 LugÜ Abs. 2 i.V.m. dessen Anhang II)<sup>32</sup>. *Sachlich zuständig* ist gemäss Art. 39 Abs. 1 LugÜ i.V.m. dessen Anhang II<sup>33</sup> das «kantonale Vollstreckungsgericht»<sup>34</sup>. Die Kantone bestimmen, welche Gerichtsbehörde dies ist (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Das Vollstreckungsgericht entscheidet im *summarischen Verfahren* (Art. 339 Abs. 2 analog<sup>35</sup> i.V.m. Art. 335 Abs. 3 ZPO).

Der Exequaturentscheid erlangt schweizweit materielle Rechtskraft und ist somit insbesondere in einer späteren Betreibung für den Rechtsöffnungsrichter verbindlich (Art. 81 Abs. 3 i.f. SchKG). Entfällt jedoch die vorläufige Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils nach erteiltem Exequatur, so verweigert das Rechtsöffnungsgericht die definitive Rechtsöffnung, da sich die Rechtskraft des Exequaturentscheids auf den Sachverhalt im Zeitpunkt seines Erlasses beschränkt<sup>36</sup>.

Wie zuvor mit Blick auf Binnenentscheide<sup>37</sup> ist auch für die Diskussion der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen gestützt auf LugÜ-Urteile die Zwangsvollstreckung in das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen darf, danach zu unterscheiden, ob gegen den Exequaturentscheid ein Rechtsbehelf eingelegt wird oder nicht und vor welcher Instanz das Rechtsbehelfsverfahren sich abspielt.

### 2.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens

Will sich der Schuldner, der im Rahmen des LugÜ-Exequaturverfahrens ja zunächst nicht zu Wort kommt, gegen ein erteiltes Exequatur wehren, steht ihm dazu der Rechtsbehelf gemäss Art. 43 LugÜ<sup>38</sup> offen. Dieser ist beim «oberen kantonalen Gericht» (Anhang III zum LugÜ)<sup>39</sup> einzulegen und

streckungsstaats gewährt (Art. 47 Abs. 1 LugÜ). Wenn Art. 47 Abs. 2 LugÜ im Anschluss daran mit Blick auf die Situation nach der Vollstreckbarerklärung scheinbar bloss nachdoppelt («Die Vollstreckbarerklärung gibt die Befugnis, «Massnahmen, die auf eine Sicherung gerichtet sind»), soll damit gesagt werden, dass sich der Anspruch auf Sicherungsmassnahmen nun nicht mehr aus dem Landesrecht, sondern direkt aus dem Staatsvertrag ergibt, sodass er nicht mehr von allfälligen zusätzlichen landesrechtsspezifischen Voraussetzungen, insbesondere vom Vorliegen einer besonderen Dringlichkeit oder Gefährdungslage oder von einer Genehmigung des Vollstreckungsgerichts, abhängig gemacht werden darf (JAN KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7. A., Heidelberg 2002, Art. 47 N 9, m.H. auf PAUL JENARD, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen unterzeichnet in Brüssel am 27. September 1968, ABl. EG 1979 Nr. C 59/1, Art. 39 EuGVÜ, und dem Hinweis, dass diese Sichtweise vom EuGH bestätigt wurde). Vgl. ausserdem den Vorbehalt in Art. 31 LugÜ (bisher Art. 24 LugÜ).

<sup>27</sup> Bisher Art. 39 Abs. 1 LugÜ.

<sup>28</sup> Bisher Art. 31 Abs. 1 LugÜ.

<sup>29</sup> JAN KROPHOLLER (FN 26), Art. 38 N 10.

<sup>30</sup> Diese Regelung ist (noch) gläubigerfreundlicher als die bisherige (vgl. dazu Art. 34 LugÜ in der alten Fassung).

<sup>31</sup> Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1777, 1810 f., mit dem Hinweis, dass das LugÜ damit im Ergebnis weitgehend der Regelung von Art. 339 ZPO entspreche. Zwecks Harmonisierung wurde sodann Art. 272 Abs. 1 SchKG um den Arrestort am Betreibungsort (welcher i.d.R. dem Wohnsitz des Schuldners entspricht) ergänzt. – A.M. DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 339 N 18, m.H.; DERS.,

Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 32 N 7 m.w.H., wonach die Zuständigkeit am Ort der Zwangsvollstreckung subsidiär sein soll, d.h. sie soll nicht gegeben sein, wenn der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hat.

<sup>32</sup> Bisher Art. 32 LugÜ.

<sup>33</sup> Bisher Art. 32 Abs. 1 LugÜ.

<sup>34</sup> Die zunächst aus der bisherigen Fassung übernommene Formulierung («beim Rechtsöffnungsrichter») wurde gestützt auf eine entsprechende Erklärung der Schweiz bei der Ratifikation ersetzt (vgl. dazu Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1819).

<sup>35</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>36</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 60, m.H.a. BGer 6.8.2008, 5A\_80/2008, E. 4.2.1. Vgl. im Übrigen II.2.5.

<sup>37</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter II.

<sup>38</sup> Bisher Art. 36 LugÜ.

<sup>39</sup> Bisher Art. 37 Abs. 1 LugÜ. Der zunächst aus der bisherigen Fassung übernommene Begriff «Kantonsgericht» wurde gestützt auf eine entsprechende Erklärung der Schweiz bei der Ratifikation ersetzt (vgl. dazu Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1819).

entspricht grundsätzlich der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO, jedoch mit der Besonderheit, dass das Gericht die vom LugÜ vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition prüft (Art. 327a Abs. 1 ZPO), dass die Rechtsmittelfrist für Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz<sup>40</sup> einen Monat und für im Hoheitsgebiet eines anderen LugÜ-Staates wohnhafte Schuldner zwei Monate beträgt (Art. 43 Abs. 5 LugÜ)<sup>41</sup>, statt in jedem Fall dreissig Tage (Art. 321 Abs. 1 ZPO), sowie – hier von besonderem Interesse – dass dem Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 327a Abs. 2 ZPO).

Mit letzterem wird Art. 47 Abs. 3 LugÜ<sup>42</sup> entsprochen. Diese Bestimmung besagt, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen darf, solange die Frist für den Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung läuft und solange über den Rechtsbehelf nicht entschieden ist. Damit ist auch klar, dass das mit der Beschwerde gegen den Exequatursentscheid befasste Gericht keine vorzeitige Vollstreckbarkeit anordnen darf.

Die zwingende aufschiebende Wirkung hat zur Folge, dass das ausländische Urteil vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist und während der Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens nicht zur Vollstreckung zugelassen ist. Zwar kann der Gläubiger gestützt auf den erstinstanzlichen Exequatursentscheid eine Betreuung anheben, doch liesse sich ein dagegen ergriffener Rechtsvorschlag im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung nicht beseitigen, und selbst wenn der Rechtsvorschlag unterbliebe, könnte die Betreuung erst nach der Abweisung des vom Schuldner eingelegten Rechtsbehelfs oder nach unbenutztem Fristablauf fortgesetzt werden.

## 2.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens

Unterliegt der Schuldner im Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 43 LugÜ<sup>43</sup>, so kann er gestützt auf Art. 44 LugÜ<sup>44</sup> i.V.m. dessen Anhang IV beim Bundesgericht Beschwerde führen. Gemeint ist die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, sofern die Streitwertgrenze von 30'000 Franken erreicht wird<sup>45</sup> (Art. 74 BGG) oder wenn sich eine Rechtsfra-

ge von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Ist weder das eine noch das andere der Fall, verbleibt nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 BGG, sofern ihre Voraussetzungen erfüllt sind<sup>46</sup>.

Im Gegensatz zu Art. 327a Abs. 2 ZPO enthält das BGG keine Spezialregelung bezüglich der aufschiebenden Wirkung für Beschwerden gegen LugÜ-Exequatursentscheide.

Hinsichtlich der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* gelten kraft des Verweises in Art. 117 nur die Absätze 1 und 3 von Art. 103 BGG. Ihr kommt somit nur auf gerichtliche Anordnung hin aufschiebende Wirkung zu.

Hinsichtlich der *Beschwerde in Zivilsachen* stellt sich wiederum<sup>47</sup> die Frage, ob die Ausnahmebestimmung von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG Anwendung findet, sodass die Beschwerde gegen eine erteilte Vollstreckbarerklärung ausnahmsweise von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hätte. Während ein Teil des Schrifttums davon ausgeht, dass dem so sei<sup>48</sup>, sind andere Autoren der Ansicht, beim Exequatursentscheid handle es sich gar nicht um ein Gestaltungs-, sondern um ein Feststellungsurteil<sup>49</sup>. Zustimmung verdient m.E. die in der Botschaft zum revLugÜ vertretene dritte Ansicht. Dort wird Folgendes ausgeführt:

«Der Rechtsbehelf an das Bundesgericht hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG). Die Ausnahmeregelung von Artikel 103 Absatz 2 Buchstabe a BGG (Gestaltungsurteile) ist auf Exequatursentscheide nicht zugeschnitten und auch nicht anwendbar, zumindest sofern diese die Vollstreckung von Leistungsurteilen betreffen.»<sup>50</sup>

Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Rechtsbehelfsverfahren sind während des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens somit Vollstreckungsmassnahmen möglich. Art. 47 Abs. 3 LugÜ<sup>51</sup>, wonach die Zwangsvollstreckung während des Fristenlaufs für den Rechtsbehelf gemäss Art. 43 Abs. 5 LugÜ<sup>52</sup> und vor dem Entscheid über denselben nicht über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen darf, steht dem nicht entgegen, weil in Art. 43 LugÜ ausdrücklich nur der Rechtsbehelf an die erste Beschwerdeinstanz geregelt ist, während sich die Bestimmungen über den Weiterzug an die zweite Beschwerdeinstanz in Art. 44 LugÜ i.V.m. dessen Anhang IV<sup>53</sup> finden.

<sup>40</sup> Oder in einem Nicht-LugÜ-Signatarstaat (DANIEL STAEHELIN, in: Dasser/Oberhammer, Handkomm. LugÜ [FN 16], Art. 36 N 12).

<sup>41</sup> Bisher Art. 36 LugÜ.

<sup>42</sup> Bisher Art. 39 Abs. 1 LugÜ.

<sup>43</sup> Bisher Art. 36 LugÜ.

<sup>44</sup> Bisher Art. 37 Abs. 1 LugÜ.

<sup>45</sup> Nicht klar ist, ob diese Streitwertgrenze auch gilt, wenn das vollstreckbar zu erklärende Urteil auf arbeits- oder mietrechtliche Ansprüche gründet. Gemäss DANIEL STAEHELIN, Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 37 N 3, ist dies zu bejahen, weil nicht über den materiell-rechtlichen Anspruch als solchen entschieden wird.

<sup>46</sup> Botschaft revLugÜ (FN 83), BBl 2009 1777, 1814.

<sup>47</sup> Vgl. bereits II.2.4.

<sup>48</sup> DANIEL STAEHELIN, Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 37 N 6.

<sup>49</sup> BEAT MÜLLER, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts, Diss. St. Gallen 1994, 236 f. m.w.N.; ALFONS VOLKEN, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem Lugano-Übereinkommen, ZWR 1992, 421, 455, 474.

<sup>50</sup> Botschaft revLugÜ (FN 83), BBl 2009 1777, 1814. Ebenso BGer 10.11.2010, 5A\_754/2010 (nicht publ.).

<sup>51</sup> Bisher Art. 39 LugÜ.

<sup>52</sup> Bisher Art. 36 LugÜ.

<sup>53</sup> Die bisherige Fassung brachte diese Differenzierung nicht zum Ausdruck.

Diese Differenzierung zwischen erst- und zweitinstanzlichem Rechtsbehelfsverfahren entspricht der Eigenart des LugÜ-Exequaturverfahrens, das sich – wie bereits mehrfach erwähnt – dadurch auszeichnet, dass die Vollstreckbarerklärung zunächst ohne Anhörung des Schuldners erfolgt. Sobald der Schuldner im erstinstanzlichen Rechtsbehelfsverfahren angehört worden ist, entfällt für den weiteren Lauf des Verfahrens das generelle Schutzbedürfnis, das Art. 47 Abs. 3 LugÜ<sup>54</sup> zu Grunde liegt. Besteht ein Schutzbedürfnis im konkreten Fall fort, kann ihm durch die situative Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch die angerufene zweite Rechtsmittelinstanz (hier: das Bundesgericht) hinreichend Rechnung getragen werden.

Der Ansatz für diese Überlegungen findet sich bereits im Bericht JENARD zum EuGVÜ<sup>55</sup>. Auf S. 52 steht dort mit Bezug auf Art. 39 EuGVÜ<sup>56</sup>:

«Andererseits lässt es die Ausgestaltung des Verfahrens auf Zulassung der Zwangsvollstreckung als ein einseitiges Verfahren nicht zu, dass gegen den Schuldner Massnahmen getroffen werden, die nicht rückgängig gemacht werden können. Dieser kann möglicherweise vortragen, dass ein Grund zur Versagung der Vollstreckung gegeben, dass beispielsweise die Frage des ordres public nicht erschöpfend geprüft worden sei. Es erschien somit zum Schutz dieser Partei geboten, die vollständige Durchführung der Zwangsvollstreckung, die sich gewöhnlich sowohl auf das bewegliche als auch auf das unbewegliche Vermögen des Beklagten auswirkt, bis zum Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsbehelfs (vgl. Artikel 36) oder bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf, falls ein solcher eingelegt worden ist, aufzuschieben. Mit anderen Worten – es handelt sich dabei um ein Gegenstück zur Einseitigkeit des Antragsverfahrens [...]»

Wird das Verfahren auf Antrag des Schuldners ausgesetzt, weil dieser gegen den vollstreckbar zu erklärenden Entscheid im Ursprungsstaat einen ordentlichen Rechtsbehelf eingelegt hat oder die Frist für einen solchen Rechtsbehelf noch nicht verstrichen ist (Art. 46 Abs. 1 LugÜ)<sup>57</sup>, ist der instruktionsrichterliche Aufschub der Vollstreckbarkeit gemäss Art. 103 Abs. 3 BGG zwingend geboten. Denn andernfalls bliebe angesichts der fehlenden Suspensivwirkung der Beschwerde gegen den Exequaturentscheid die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners trotz Verfahrensaussetzung möglich, was offenkundig dem Sistierungszweck von Art. 46 Abs. 1 LugÜ zuwider liefe. Alternativ kann das Schutzinteresse des

Schuldners dadurch gewahrt werden, dass die Zwangsvollstreckung von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird (Art. 46 Abs. 3 LugÜ)<sup>58</sup>.

Der Begriff des ordentlichen Rechtsmittels ist gemäss EuGH vertragsautonom auszulegen<sup>59</sup>. Ordentlich ist demnach «jeder Rechtsbehelf [...], der zur Aufhebung oder Abänderung der dem Anerkennungs- oder Klauselerteilungsverfahren nach dem Übereinkommen zugrunde liegenden Entscheidung führen kann und für dessen Einlegung im Urteilsstaat eine gesetzliche Frist bestimmt ist, die durch die Entscheidung selbst in Lauf gesetzt wird»<sup>60</sup>. Das Bundesgericht hat diese Definition übernommen<sup>61</sup>. Ein Teil des Schrifttums schränkt diese Umschreibung insoweit ein, als das Kriterium der Fristgebundenheit für unerheblich erachtet wird, wenn ein Rechtsbehelf, der im Übrigen die Definitionskriterien erfüllt, bereits eingelegt ist<sup>62</sup>.

### 3. Vorrageweises Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens

Wie unter Ziffer 1 ausgeführt, kann die Vollstreckbarkeit eines LugÜ-Urteils auch durch Einleitung der Betreibung und anschliessende Beseitigung des Rechtsvorschlages im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung vorrageweise geklärt werden. Bei dieser Vorgehensweise, die sich ebenfalls im Summarverfahren abspielt, findet das Exequatur – eben weil es bloss vorrageweise erteilt wird – keinen Niederschlag im Urteilsdispositiv; andernfalls würde die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) verletzt<sup>63</sup>. Wählt der Gläubiger diesen Weg, so richtet sich das Verfahren ausschliesslich nach den Bestimmungen des SchKG<sup>64</sup>. Er verzichtet daher insbesondere auf die stark eingeschränkten Kognitionsbestimmungen des Exequatur-Verfahrens gemäss Art. 41 LugÜ<sup>65</sup> sowie v.a. dessen vorläufige Einseitigkeit und damit auf die Möglichkeit, ein Arrestbegehren ohne vorherige Anhörung des Schuldners zu stellen. Ein Arrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG bleibt aber natürlich möglich, nur fehlt diesem dann der Überraschungseffekt.

Obwohl die Bestimmungen des LugÜ über die Vollstreckung (Art. 38 ff. LugÜ) keine Anwendung finden, soll das

<sup>54</sup> Bisher Art. 39 Abs. 1 LugÜ.

<sup>55</sup> PAUL JENARD, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen unterzeichnet in Brüssel am 27. September 1968, ABl. EG 1979 Nr. C 59/1, Art. 39 EuGVÜ.

<sup>56</sup> Art. 39 EuGVÜ entspricht Art. 39 aLugÜ. Derselbe Regelungsgehalt findet sich in Art. 47 Abs. 2 und 3 LugÜ (heutige Fassung).

<sup>57</sup> Bisher Art. 38 Abs. 1 LugÜ. Im Gegensatz zur bisherigen Fassung stellt die neue Fassung klar, dass die Verfahrensaussetzung von beiden Rechtsbehelfsinstanzen angeordnet werden kann.

<sup>58</sup> Bisher Art. 38 Abs. 3 LugÜ.

<sup>59</sup> Die Rechtsprechung des EuGH ist im Rahmen des 2. Protokolls zum LugÜ auch für Schweizer Gericht beachtlich.

<sup>60</sup> EuGH Rs. 43/77 v. 22.11.1977, *Industrial Diamond Supplies/Luigi Riva*, Slg. 1977, 2175, 2189 E. 42.

<sup>61</sup> BGE 129 III 574, 575 f. E. 3.

<sup>62</sup> JAN KROPHOLLER (FN 26), Art. 37 N 4 m.w.N.

<sup>63</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 60 m.w.N.

<sup>64</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009, 1777, 1810; BGE 125 III 386, 388 E. 3a = Pra 2000 13; DANIEL STAEHELIN, in: Dasser/Oberhammer, Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 34 N 15 m.w.N.; BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 68a m.w.N.

<sup>65</sup> Bisher Art. 34 Abs. 1 LugÜ.

mit dem Rechtsbehelf befasste Gericht auch im Rahmen der vorfrageweisen Vollstreckbarkeitsprüfung auf Antrag des Schuldners das Verfahren im Sinne von Art. 46 Abs. 1 LugÜ<sup>66</sup> aussetzen können, wenn gegen die vollstreckbar zu erklärende Entscheidung im Ursprungsstaat ein ordentlicher Rechtsbehelf ergriffen wurde oder die Frist eines solchen noch nicht verstrichen ist; ebenso soll es die Zwangsvollstreckung von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen können<sup>67</sup>. Alternativ lässt sich die Sistierung auf Art. 126 ZPO und die Sicherheitsleistung auf Art. 264 ZPO oder Art. 273 Abs. 1 2. Satz SchKG analog abstützen. Weil – wie sogleich zu zeigen ist – die Rechtsbehelfe beider Instanzen keine aufschiebende Wirkung haben, ist die Sistierung wiederum<sup>68</sup> mit einem gerichtlichen Aufschub der Vollstreckbarkeit oder wenigstens der Anordnung einer Sicherheitsleistung zu verbinden.

Nachstehend soll nun auch für das vorfrageweise Exequatur untersucht werden, wann und unter welchen Voraussetzungen vor letztinstanzlicher Beurteilung des Rechtsöffnungsgesuchs die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners über Massnahmen zur Sicherung hinaus gehen darf.

### 3.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens

Will sich der Schuldner gegen die erteilte Rechtseröffnung wehren, so steht ihm hierzu – im Unterschied zum LugÜ-Verfahren – nicht das Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 43 LugÜ i.V.m. Art. 327a ZPO, sondern ausschliesslich die normale Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO zur Verfügung (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO)<sup>69</sup>. Der einzige Unterschied zur Situation bei einem Binnenentscheid besteht darin, dass der Schuldner nebst dem Einwand der Tilgung, des Erlasses

oder der Verjährung (Art. 81 Abs. 1 SchKG) auch sämtliche Einwendungen des LugÜ (Art. 34 f. LugÜ)<sup>70</sup> erheben kann (Art. 81 Abs. 3 SchKG)<sup>71</sup>. Es kann daher auf die Ausführungen unter II.2.2 verwiesen werden. Weil der erstinstanzliche Rechtsöffnungsentscheid mit seiner Eröffnung (Art. 239 ZPO) vorläufig vollstreckbar ist, sofern die Vollstreckbarkeit nicht auf Antrag des Schuldners aufgeschoben wird (Art. 325 Abs. 2 ZPO), und den Gläubiger dadurch zur sofortigen Stellung des Fortsetzungsbegehrens berechtigt (die zwanzigtägige Wartefrist gemäss Art. 88 Abs. 1 SchKG ist zu diesem Zeitpunkt praxismässig längst verstrichen), ist dieser besser gestellt, als wenn er das Exequatur im LugÜ-Verfahren beantragt hätte<sup>72</sup>.

### 3.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens

Auch für den Weiterzug des Rechtsöffnungsentscheids an das Bundesgericht gelten die gleichen Regeln wie für Binnensachverhalte. Es kann daher vollumfänglich und insbesondere mit Bezug auf die Nichtanwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG (aufschiebende Wirkung für Beschwerden gegen Gestaltungsurteile) auf die Ausführungen unter II.2.4 verwiesen werden. Letzteres erst recht, nachdem Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG ja selbst beim LugÜ-Exequatur-Verfahren nicht anwendbar ist (vgl. dazu 2.2).

## 4. Selbständiges Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens

Wie unter Ziffer 1 ausgeführt, kann auch im Rechtsöffnungsverfahren ein selbständiges Exequaturbegehren gestellt werden, mit der Folge, dass sich der Rechtsöffnungsentscheid ausdrücklich über das Exequatur ausspricht. Damit erwächst der Vollstreckbarkeitsbescheid selbständig in materielle Rechtskraft auf dem ganzen Gebiet der Schweiz. Die Verbindung des Rechtsöffnungs- mit dem Exequaturbegehren stellt eine *objektive Klagehäufung* (Art. 90 ZPO) dar, welche ihrerseits die gleiche sachliche Zuständigkeit und die gleiche Verfahrensart voraussetzt. Art. 32 Abs. 1 aLugÜ nannte den «Rechtsöffnungsrichter» als für die Erteilung des Exequatur zuständige Gerichtsinstanz. Die im Bereich des LugÜ vorgenommene Umbenennung auf «Vollstreckungsgericht» dient lediglich der Vereinheitlichung der Zuständigkeit für Geldleistungs- und Realvollstreckung sowie für Vollstreckungs- und Sicherungsmassnahmen<sup>73</sup>. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das «Vollstreckungsgericht» ge-

<sup>66</sup> Bisher Art. 38 Abs. 1 LugÜ.

<sup>67</sup> Dasser/Oberhammer-DANIEL STAEHELIN, Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 34 N 15 m.w.N.; BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 68a.

<sup>68</sup> Ebenso bereits 2.2.

<sup>69</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1810; BGE 125 III 386, 388 E. 3a = Pra 2000 13; MIGUEL SOGO, Vollstreckung ausländischer Entscheide über Geldforderungen: Prüfung der internationalen Vollstreckbarkeit im definitiven Rechtsöffnungsverfahren oder im separaten Exequaturverfahren?, ZZZ 2008/2009, 56; BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 68a m.w.N. auch zum bisherigen Recht. – A.M. (allerdings noch unter altem Recht): PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, L'exequatur des décisions étrangères condamnant à une prestation pécuniaire ou à la prestation des sûretés selon la Convention de Lugano, SJZ 1992, 117 ff., 127; DERS., Annulation de l'opposition et exequatur, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, atti della giornata di studio del 9 ottobre 1995, Lugano 1995, 35, 54 f.; CHRISTOPH LEUENBERGER, Lugano-Übereinkommen. Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländischer «Geld»-Urteile, AJP/PJA 1992, 965, 970.

<sup>70</sup> Bisher Art. 27 f. LugÜ.

<sup>71</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1810.

<sup>72</sup> Vgl. dazu und zu den Unterschieden zwischen normaler Beschwerde und Beschwerde gemäss Art. 327a ZPO (LugÜ-Rechtsbehelf) insgesamt 2.1.

<sup>73</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1819.

mäss Anhang II und Erklärung dazu<sup>74</sup> dem «Richter» gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG entspricht, womit das Erfordernis der *gleichen sachlichen Zuständigkeit* trotz des allgemeinen Vorbehalts der kantonalen Hoheit in Gerichtsorganisationsbelangen (Art. 4 Abs. 1 ZPO) erfüllt ist. Die *gleiche Verfahrensart* ergibt sich aus der ZPO: Exequatur und Rechtsöffnung unterliegen beide dem Summarverfahren (Art. 339 Abs. 2 analog<sup>75</sup> und Abs. 3 i.V.m. Art. 335 Abs. 3 resp. Art. 251 lit. a ZPO).

Das Verfahren ist inhaltlich zu teilen: Das Exequatur richtet sich nach den Art. 38 ff. LugÜ<sup>76</sup>, die Rechtsöffnung nach dem SchKG. Dieselbe Zweiteilung findet sich hinsichtlich der Kosten (diejenigen für das Exequatur richten sich nach dem kantonalen Tarif, jene für die Rechtsöffnung nach der GebV SchKG) und beim Rechtsmittelweg. Letzteres ist bedeutsam für die nun zu diskutierende Frage, wann frühestens das Fortsetzungsbegehren gestellt werden kann.

#### 4.1. Während des kantonalen Rechtsmittelverfahrens

Will der Schuldner sowohl die Exequatur- als auch die Rechtsöffnungserteilung anfechten, kann er dies ebenso, wie sich Exequatur- und Rechtsöffnungsgesuch kombinieren liessen, in einer einzigen Eingabe tun.

Der Gläubiger, der gestützt auf den ausländischen Entscheid das Fortsetzungsbegehren stellen will, hat zu berücksichtigen, dass zwar nicht die Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid (Art. 325 Abs. 1 ZPO), wohl aber diejenige gegen den Exequaturentscheid aufschiebende Wirkung hat (Art. 327a Abs. 2 ZPO). Die Betreibung kann daher in jedem Fall erst fortgesetzt werden, wenn die LugÜ-Rechtsbehelfsfrist ungenutzt verstrichen oder der erstinstanzliche Rechtsbehelf des Schuldners abgewiesen worden ist; denn zuvor darf die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner nicht über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen (Art. 47 Abs. 3 LugÜ)<sup>77</sup>.

#### 4.2. Während des bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens

Im Gegensatz zum erstinstanzlichen LugÜ-Rechtsbehelf gegen das Exequatur hat der zweitinstanzliche keine aufschiebende Wirkung (vgl. dazu 2.2). Dasselbe gilt für die zweitinstanzliche Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid (vgl. dazu II.2.4 und 3.2). Mit rechtsgültiger Eröffnung des kantonalen Beschwerdeentscheids kann somit in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden, ausser

der Beschwerde an das Bundesgericht werde aufschiebende Wirkung erteilt (Art. 103 Abs. 3 BGG).

### 5. Exequatur im Rahmen eines Arrestgesuchs

Wie unter Ziffer 1 ausgeführt, besteht gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG die Möglichkeit, gestützt auf ein LugÜ-Urteil auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des Schuldners Arrest zu legen<sup>78</sup>. Die Kombination der beiden Begehren (Exequatur und Arrest) stellt wiederum<sup>79</sup> eine *objektive Klagehäufung* (Art. 90 ZPO) dar. Die von Art. 90 lit. a ZPO geforderte *gleiche sachliche Zuständigkeit* ist schweizweit gegeben: Im Bereich des LugÜ sind Rechtsöffnungs- und Arrestgericht unter dem Begriff «Vollstreckungsgericht» bundesrechtlich vereinigt worden (Art. 339 ZPO; Erklärung der Schweiz zu Art. 39 LugÜ)<sup>80</sup>. Zudem wird die gemeinsame Kompetenz durch Art. 271 Abs. 3 SchKG sichergestellt<sup>81</sup>. Auch die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart (Art. 90 lit. b ZPO) ist erfüllt, nachdem sowohl Exequatur- als auch Arrestgesuche im Summarverfahren zu beurteilen sind (Art. 339 Abs. 2 analog<sup>82</sup> und Abs. 3 i.V.m. Art. 335 Abs. 3 resp. Art. 251 lit. a ZPO).

Unklar ist, ob das mit einem Arrestbegehren für einen LugÜ-Entscheid befassende Vollstreckungsgericht auch dann vorab über die Vollstreckbarkeit entscheidet, wenn kein entsprechendes Begehren gestellt wird, und falls ja, ob es das Exequatur in diesem Fall bloss vorfrageweise (inzidenter)

<sup>78</sup> Dabei reicht ein einziges Arrestgesuch für den Arrestbeschluss sämtlicher bezeichneter Vermögenswerte, unabhängig davon, wo in der Schweiz diese liegen. Dies ergibt sich aus Art. 39 Abs. 2 LugÜ (bisher Art. 32 Abs. 2 LugÜ) i.V.m. Art. 271 Abs. 1 (vgl. diesbezüglich den neu eingefügten Zusatz «die sich in der Schweiz befinden») und Art. 272 Abs. 1 SchKG (vgl. diesbezüglich den neu eingefügten alternativen Gerichtsstand am Betreibungsort); vgl. dazu auch Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1810 f., 1822.

<sup>79</sup> Vgl. bereits III.4.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Botschaft LugÜ, BBl 2009, 1777, 1819, 1821 f. Auf S. 1819 werden die Kantone aufgerufen, auch ausserhalb des LugÜ die Zuständigkeit für Vollstreckungs- und Sicherungsmassnahmen beim Vollstreckungsgericht gemäss Art. 338 ff. ZPO zu vereinigen. Vgl. im Übrigen bereits die Ausführungen unter III.4.

<sup>81</sup> Mit dem unspezifischen Begriff «Gericht» in Kombination mit der Lockerung der örtlichen Zuständigkeitsvorschriften (durch Begründung einer Arrestzuständigkeit am Betreibungsort) in Art. 272 SchKG wird die Chance erhöht, dass im Binnenverhältnis (vergleichbar mit der Verbindung von Exequatur und Arrest im LugÜ-Vollstreckbarkeitsverfahren) bereits das Erkenntnisgericht auf entsprechenden Parteiantrag einen Arrest als vorsorgliche Massnahme anordnen kann (vgl. dazu Art. 236 Abs. 3 ZPO und Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1819).

<sup>82</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>74</sup> Vgl. dazu FN 34.

<sup>75</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>76</sup> Bisher Art. 31 ff. LugÜ.

<sup>77</sup> Bisher Art. 39 Abs. 1 LugÜ.

prüft oder in der Form eines Teilurteils ausdrücklich (und mit materieller Rechtskraftwirkung) erteilt.

Die Wortwahl von Art. 271 Abs. 3 SchKG («*entscheidet* das Gericht [...] auch über deren Vollstreckbarkeit») in Verbindung mit der Botschaft spricht für letzteres:

«Der neue Absatz 3 stellt klar, dass das Gericht, welches aufgrund eines nach dem revLugÜ vollstreckbaren Entscheids (und damit eines definitiven Rechtöffnungstitels) einen Arrest nach Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 ausspricht, *stets* auch einen *selbständigen* Exequaturentscheid zu fällen hat (vgl. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ), selbst wenn diesbezüglich kein selbständiges Begehren gestellt wurde. Die gleiche Rechtslage gilt unter der ZPO im Rahmen von Artikel 341 Absatz 1 ZPO.»<sup>83</sup>

Ein Teilurteil ohne entsprechendes Begehren widerspräche jedoch der Dispositionsmaxime<sup>84</sup>. Im Schrifttum wird daher vertreten, eine Vollstreckbarkeitsprüfung im Rahmen des Arrestverfahrens erfordere zwingend einen Exequaturantrag<sup>85</sup>. Ein solches Verständnis hätte zur Folge, dass ein auf ein LugÜ-Urteil gestütztes, nicht mit einem ausdrücklichen Exequatur-Begehren verbundenes Arrestbegehren abgewiesen oder zumindest zur Behebung einer offensichtlichen Unvollständigkeit im Sinne von Art. 56 ZPO zurückgewiesen werden müsste<sup>86</sup>.

Diese Konsequenz liesse sich vermeiden, wenn man bei einem LugÜ-Arrestbegehren, das nicht mit einem separaten Exequaturantrag verbunden wird, gestützt auf eine teleologische Reduktion von Art. 271 Abs. 3 SchKG (nur, aber immerhin) eine *vorfrageweise Vollstreckbarkeitsprüfung* zuliesse. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das LugÜ-Exequaturverfahren, in dessen Rahmen ohne vorgängige Anhörung des Schuldners Arrest gelegt werden kann, naturgemäss einen ausdrücklichen Exequaturantrag voraussetzt, während das alternativ zur Verfügung stehende Rechtsöffnungsverfahren zwar eine inzidente Vollstreckbarkeitsprüfung erlaubt, doch aufgrund seiner kontradiktorischen Natur einen Arrest ohne vorgängige Anhörung des Schuldners ausschliesst<sup>87</sup>. Die Zulassung einer vorfrageweisen Vollstreckbarkeitsprüfung im Arrestverfahren würde die Vorteile der beiden Verfahren vereinen.

Der an sich klare Wortlaut der deutschen Fassung von Art. 271 Abs. 3 SchKG («*entscheidet* das Gericht [...] auch über deren Vollstreckbarkeit») erschwert die Rechtfertigung der angedachten teleologischen Reduktion. Immerhin ist die Bestimmung in der französischen («*le juge statue aussi sur la constatation de la force exécutoire*») und der italienischen Fassung («*il giudice pronuncia anche sull'esecutività*») breiter formuliert als im deutschen Gesetzestext. Dies und die

praktischen Vorteile sprechen für die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Lesart<sup>88</sup>.

Um sicher zu gehen, ist ein Gläubiger, der gestützt auf ein LugÜ-Urteil einen Arrest auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte seines Schuldners legen will, dennoch gut beraten, ein *explizites Exequatur* zu verlangen. Zwar nimmt er dadurch erhöhte Gerichtskosten in Kauf<sup>89</sup>, doch beschreitet er einen rechtssicheren Weg und erlangt damit erst noch ein Exequatur mit schweizweiter materieller Rechtskraft, während eine bloss vorfrageweise Vollstreckbarkeitsprüfung – falls sie überhaupt vorgenommen würde – nur im laufenden Arrestverfahren Wirkung entfalten würde, sodass die Vollstreckbarkeit im Prosequierungsstadium abermaliger Überprüfung unterläge.

Gegen ein explizites Exequatur im Rahmen eines Arrestentscheids kann der Schuldner binnen zehn Tagen seit der Zustellung des begründeten (Art. 239 ZPO) Exequaturentscheids und des darauf gestützten Arrestbefehls *Beschwerde* gemäss Art. 327a ZPO i.V.m. Art. 43 LugÜ<sup>90</sup> (vgl. dazu 2.1) erheben<sup>91</sup> und darin die vom LugÜ vorgesehenen Einwände (Art. 34 f. LugÜ)<sup>92</sup> vorbringen. Umstritten ist, ob er sich daneben auf die von Art. 81 Abs. 1 SchKG erwähnten Vollstreckungshindernisse (Tilgung, Stundung und Verjährung) berufen kann<sup>93</sup> oder ob er damit ins Prosequierungsstadium zu verweisen ist<sup>94</sup>. Gegen einen abweisenden Beschwerdeentscheid kann der Schuldner die Beschwerde in Zivilsachen resp. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht ergreifen (vgl. dazu 2.2). Während der Beschwerdeverfahren beider Instanzen (ebenso wie bereits während des Vollstreckbarerklärungsverfahrens) ruht die zehntägige Frist für die Arrestprosequierung (Art. 279 Abs. 1 und Abs. 5 Ziff. 2 SchKG). Dem Gläubiger ist es aber unbenommen, den Arrest mittels Betreibung<sup>95</sup> schon vorher zu prosequieren<sup>96</sup>. Ist die definitive Rechtsöffnung einmal erteilt, braucht der Gläubiger nur noch die Bestätigung des Exequaturentscheids durch die kantonale Beschwerdeinstanz abzuwarten. Mit der

<sup>88</sup> Vgl. dazu auch IV.5.

<sup>89</sup> Zu den Kosten des Arrestverfahrens nach der GebV SchKG kommen die Gebühren für das Exequaturverfahren, die sich nach dem kantonalen Gebührentarif bemessen.

<sup>90</sup> Bisher Art. 37 Abs. 2 LugÜ.

<sup>91</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1813.

<sup>92</sup> Bisher Art. 27 f. LugÜ.

<sup>93</sup> In diesem Sinne DANIEL STAEHLIN, Jusletter 11.10.2010 (FN 25), N 33, mit der Begründung, Tilgung, Stundung und Verjährung hoben die Vollstreckbarkeit auf; ders., Handkomm. LugÜ (FN 16), Art. 36 N 22 m.w.N. und der Präzisierung, dass diese Einwendungen nur erhoben werden können, wenn das angerufene Vollstreckungshinderhins nach dem Erlass des zu vollstreckenden Entscheids eingetreten ist.

<sup>94</sup> In diesem Sinne BSK SchKG I-WALTER A. STOFFEL (FN 1), Art. 271 N 105.

<sup>95</sup> Eine Fortsetzung mittels Klage entfällt, weil mit dem LugÜ-Entscheid ja bereits ein Sachurteil vorliegt.

<sup>96</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1823.

<sup>83</sup> BBl 2009 1777, 1821 (zweite und dritte Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>84</sup> DANIEL STAEHLIN, Jusletter 11.10.2010 (FN 25), N 4.

<sup>85</sup> DANIEL STAEHLIN, Jusletter 11.10.2010 (FN 25), N 40.

<sup>86</sup> Letzterem wäre der Vorzug zu geben.

<sup>87</sup> Vgl. dazu III.1.

Eröffnung des Entscheids kann er sofort das Fortsetzungsbegehren stellen, ausser der Schuldner führe Beschwerde an das Bundesgericht und der Instruktionsrichter erteile dieser aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 3 BGG).

Nebst dem LugÜ-Rechtsbehelf kann der Schuldner binnen zehn Tagen, nachdem er von der Arrestanordnung Kenntnis erlangt hat, *Arresteinsprache* gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG erheben. Mit dieser kann er aber ausschliesslich arrestbezogene Einwände (Bestreitung des Arrestobjekts, Einrede der Pfandsicherheit) vorbringen, während die Überprüfung des Arrestgrunds im Rahmen der gemäss LugÜ zulässigen Einwendungen ausschliesslich der Beschwerde gemäss Art. 327a ZPO unterliegt<sup>97</sup>. Gegen den Einspracheentscheid steht – natürlich unter derselben Einschränkung – die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO offen (Art. 278 Abs. 3 SchKG). Der Entscheid der kantonalen Beschwerdeinstanz kann wiederum mittels Beschwerde in Zivilsachen resp. subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (zu den Abgrenzungskriterien vgl. 2.2), allerdings mit der Einschränkung, dass aufgrund der Rechtsnatur des Arrests als vorsorglicher Massnahme nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG)<sup>98</sup>.

## IV. Im Anwendungsbereich des IPRG

### 1. Überblick

Die Vollstreckung internationaler Urteile aus Nichtmitgliedsstaaten des LugÜ richtet sich nach dem IPRG, sofern kein Staatsvertrag über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide besteht. Im Unterschied zum LugÜ, wo die Anerkennbarkeit vermutet<sup>99</sup> (Art. 33 Abs. 1 LugÜ)<sup>100</sup> und nur auf entsprechende Rüge im Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 43 LugÜ ff.<sup>101</sup> hin überprüft wird, bedarf es im Bereich des IPRG einer vorgängigen Anerkennung des zu vollstreckenden ausländischen Urteils. Die Anerkennung kann im Rahmen eines selbständigen, von der Vollstreckung unabhängigen Begehrens anlässlich der Erteilung der Vollstreckbarerklärung oder vorfrageweise in einem Rechtsöffnungs- oder beliebigen anderen Verfahren (Art. 29

Abs. 3 IPRG) geschehen<sup>102</sup>. Für die Vollstreckbarerklärung eines Geldleistungsurteils stehen dem Gläubiger dieselben *zwei Wege* wie bei der LugÜ-Vollstreckbarerklärung zur Verfügung: Entweder er verlangt ein *selbständiges Exequatur* ausserhalb eines Betreibungsverfahrens (Art. 28 f. IPRG) oder er betreibt den Schuldner gestützt auf das ausländische Urteil und beseitigt einen allfälligen Rechtsvorschlag mittels eines Gesuchs um Erteilung der *definitiven Rechtsöffnung* (vgl. dazu Art. 81 Abs. 3 SchKG)<sup>103</sup>. In diesem erfolgt die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung typischerweise *vorfrageweise (inzidenter)*, ausser das Rechtsbegehren des Gläubigers erfordere eine ausdrückliche Erwähnung im Urteilsdispositiv<sup>104</sup>. Nur der selbständige (nicht vorfrageweise erfolgte) Exequaturentscheid (selbständiges Exequatur oder ausdrückliches Exequatur im Rechtsöffnungsverfahren) erlangt Bindungswirkung in der ganzen Schweiz<sup>105</sup>. Dies auch im Fall eines ablehnenden Entscheids<sup>106</sup>.

Wie zuvor mit Bezug auf LugÜ-Entscheide, ist nachstehend darzulegen, wann und unter welchen Voraussetzungen gestützt auf ein ausländisches Geldleistungsurteil aus einem Staat, mit dem keine Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsvereinbarung besteht, in das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners vollstreckt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung unter dem IPRG im Unterschied zur Situation unter dem LugÜ voraussetzt, dass der ausländische Entscheid formell rechtskräftig ist, d.h. dass gegen ihn kein ordentliches Rechtsmittel mehr möglich ist<sup>107</sup>. Was mit den in Art. 25 lit. b IPRG verwendeten Begriffen «ordentliches Rechtsmittel» und «endgültig» gemeint ist, bestimmt sich nach Schweizer Recht, wohingegen das ausländische Recht darüber entscheidet, ob gegen einen Entscheid ein solches ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht oder ob er endgültig ist<sup>108</sup>.

<sup>97</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1813. – Rügen gegen den Vollzug des Arrests sind mittels der SchKG-Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG geltend zu machen (BSK SchKG II-HANS REISER [FN 1], Art. 278 N 2).

<sup>98</sup> BGE 133 III 589.

<sup>99</sup> Es handelt sich um eine Rechtsvermutung (FRIDOLIN WALTHER, in: Dasser/Oberhammer, Handkomm. LugÜ [FN 16], Art. 26 N 1 m.H. auf den Bericht JENARD, 43).

<sup>100</sup> Bisher Art. 26 Abs. 1 LugÜ.

<sup>101</sup> Bisher Art. 36 ff. LugÜ.

<sup>102</sup> STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honsell/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007, Art. 29 N 2.

<sup>103</sup> DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 335 N 11; BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 29 N 3.

<sup>104</sup> BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 29 N 5 und 14 a.E. – Gemäss DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 339 N 17 soll auch bei einer vorfrageweisen Prüfung eine Erwähnung der Vollstreckbarkeit im Urteilsdispositiv möglich sein, wenn daraus klar ersichtlich werde, dass die Prüfung nur vorfrageweise erfolgte.

<sup>105</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 59 f. m.w.N.; BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 29 N 6.

<sup>106</sup> KassGer. ZH vom 31.5.2005, AA040185.

<sup>107</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 98, 3. Spiegelstrich, m.H.a. BGE 82 I 246; BSK IPRG -STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 25 N 31 ff.

<sup>108</sup> BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 25 N 32.

Über den Begriff des ordentlichen Rechtsmittels herrscht Unklarheit. Während das Bundesgericht 1992 noch darauf abstellte, ob dem Rechtsmittel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt<sup>109</sup>, hat es sich im Bereich des LugÜ der Definition des EuGH angeschlossen (vgl. dazu III.2.2 i.f.)<sup>110</sup> Im Schrifttum wird vorgeschlagen, dieses Begriffsverständnis auch im Bereich des IPRG anzuwenden<sup>111</sup>.

## 2. Selbständiges Exequaturverfahren

Die Vollstreckbarerklärung hat – nach Wahl des Gläubigers –<sup>112</sup> vom Vollstreckungsgericht am schweizerischen Wohnsitz oder Sitz des Schuldners oder am Ort, wo die Vollstreckungsmassnahme zu treffen ist, im Summarverfahren zu erfolgen (Art. 339 Abs. 1 und 2 analog<sup>113</sup> i.V.m. Art. 2, Art. 248 lit. a und Art. 335 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 29 Abs. 1 IPRG). Der Entscheid des Vollstreckungsgerichts ist nur mittels Beschwerde anfechtbar (Art. 309 lit. a ZPO). Wie bereits mehrfach ausgeführt, schiebt diese die Vollstreckbarkeit von Gesetzes wegen nicht auf. Dasselbe gilt für den Weiterzug an das Bundesgericht, gleichgültig ob dafür die Beschwerde in Zivilsachen oder (mangels hinreichenden Streitwerts resp. grundsätzlicher Bedeutung der sich stellenden Rechtsfragen) nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung steht (vgl. dazu die Überlegungen unter II.2.3 und III.2.2, die hier sinngemäss ebenfalls gelten). Sofern und solange keiner dieser Beschwerden aufschiebende Wirkung erteilt wird, kann gestützt auf das vollstreckbar erklärte ausländische Urteil betrieben und nach erteilter Rechtsöffnung in das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners vollstreckt werden.

## 3. Vorfrageweises Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens

In dieser Konstellation betreibt der Gläubiger den Schuldner gestützt auf das ausländische Urteil. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, kann der Gläubiger diesen im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung beseitigen. Der Rechtsöff-

nungsentscheid unterliegt gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO nur der Beschwerde. Es kann daher hinsichtlich vorläufiger Vollstreckbarkeit auf das unter Ziffer 2 Ausgeführte verwiesen werden, auch mit Bezug auf die Weiterziehung ans Bundesgericht.

## 4. Selbständiges Exequatur im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens

Wie im Bereich der LugÜ-Entscheide hat der Gläubiger schliesslich die Möglichkeit, die Begehren um Vollstreckbarerklärung und Gewährung der Rechtsöffnung im definitiven Rechtsöffnungsverfahren zu kombinieren, sofern die Voraussetzungen der *objektiven Klagehäufung* (Art. 90 ZPO) erfüllt sind. Das Erfordernis der *gleichen Verfahrensart* (Art. 90 lit. b ZPO) ist gegeben, denn sowohl Exequatur als auch Rechtsöffnung sind im Summarverfahren zu erteilen (Art. 339 Abs. 2 analog<sup>114</sup> i.V.m. Art. 335 Abs. 3 ZPO). Auch die *sachliche Zuständigkeit* dürfte identisch sein (Art. 90 lit. a ZPO), weil es widersinnig wäre, die Zuständigkeit für Exequatur- und Rechtsöffnungsverfahren nur im Bereich des LugÜ beim Vollstreckungsgericht zu vereinigen (vgl. dazu III.4).

Sowohl das Exequatur (als Entscheid eines Vollstreckungsgerichts; Art. 309 lit. a i.V.m. Art. 2, Art. 335 Abs. 3 und Art. 338 Abs. 1 ZPO) als auch die Rechtsöffnung (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO) können nur mittels (normaler) Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Im Unterschied zum selbständigen Exequatur im Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf einen LugÜ-Entscheid (vgl. dazu III.4) fehlt somit bereits der kantonalen Beschwerde gegen den Exequaturentscheid die aufschiebende Wirkung. Auch für den Weiterzug an das Bundesgericht gelten für Exequatur und Rechtsöffnung dieselben Regeln, d.h. beide unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen resp. der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Die Zwangsvollstreckung ist somit nur gehemmt, wenn die Vollstreckbarkeit gerichtlich aufgeschoben wird.

## 5. Exequatur im Rahmen eines Arrestgesuchs

Wie im Bereich der LugÜ-Entscheide können grundsätzlich auch mit Bezug auf ausländische Urteile, deren Anerkennung und Vollstreckung sich nach dem IPRG richtet, Anerkennung und Arrest miteinander verbunden werden. Für die *vorfrageweise Anerkennung* ergibt sich dies aus Art. 29 Abs. 3 IPRG. Ob auch die Verbindung eines *selbständigen Gesuchs um Anerkennung* gemäss Art. 29 Abs. 2 IPRG mit einem Arrestgesuch möglich ist, hängt wiederum<sup>115</sup> da-

<sup>109</sup> BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 25 N 34 m.H. auf SemJud 1992, 418 und BGE 102 Ia 76 ff. Dieser Entscheid bezog sich allerdings auf das schweizerisch-belgische Vollstreckungsabkommen vom 29. April 1959 (SR 0.276.191.721).

<sup>110</sup> BGE 129 III 574 575 f. E. 3.

<sup>111</sup> IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 25 N 35, m.w.N.; PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 25 N 55.

<sup>112</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-DANIEL STAHELIN (FN 4), Art. 339 N 6.

<sup>113</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>114</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>115</sup> Vgl. bereits III.5.

von ab, ob die Voraussetzungen der *Klagehäufung* (Art. 90 ZPO) gegeben sind. Zwar gilt Art. 271 Abs. 3 SchKG, der das Arrestgericht (als «Vollstreckungsgericht», Art. 338 ff. ZPO; Erklärung der Schweiz zu Artikel 39 LugÜ in dessen Anhang II) auch für die Erteilung des Exequatur zuständig erklärt, nur für LugÜ-Entscheide. Es wäre aber widersinnig, wenn die Kantone für IPRG-Urteile eine abweichende Kompetenzordnung vorsähen und sich damit bewusst über die gegenteilige Empfehlung der Botschaft zum revidierten Lugano-Übereinkommen<sup>116</sup> hinwegsetzen würden. Die *identische sachliche Zuständigkeit* (Art. 90 lit. a ZPO) dürfte somit schweizweit gegeben sind. Auch das Erfordernis der *gleichen Verfahrensart* (Art. 90 lit. b ZPO) ist erfüllt, nachdem sowohl das Exequatur als auch der Arrest dem Summaryverfahren unterstehen (Art. 239 Abs. 2 analog<sup>117</sup> i.V.m. Art. 335 Abs. 3 ZPO; Art. 251 lit. a SchKG).

Wie unter Ziffer III.1 und III.5 aufgezeigt, eröffnet ein selbständiges Exequatur eines LugÜ-Geldleistungsurteils (und möglicherweise auch dessen vorfrageweise Vollstreckbarkeitsprüfung im Arrestverfahren gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Abs. 3 SchKG) die Möglichkeit einer Arrestlegung *ohne* vorgängige Anhörung des Schuldners. Dieser Vorteil entfällt im Bereich der Geldleistungsurteile aus Nicht-LugÜ-Staaten, wenn man mit der wohl h.M. für Arrestbegehren gestützt auf solche Urteile in Analogie zur Situation bei LugÜ-Entscheiden verlangt, dass als Vorbedingung der Arrestbewilligung die Vollstreckbarkeit überprüft werden muss (Art. 271 Abs. 3 SchKG analog<sup>118</sup>), und gleichzeitig davon ausgeht, dass Abs. 2 von Art. 29 IPRG, der für die *selbständige* Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ein kontradiktorisches Verfahren vorschreibt<sup>119</sup>, auch für die *vorfrageweise* Vollstreckbarkeitsprüfung gemäss Abs. 3 gilt<sup>120</sup>. Ein Überraschungsangriff gestützt auf Art. 281 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ist unter diesen Voraussetzungen ausgeschlossen<sup>121</sup>. Diese Konsequenz wird gemildert, wenn man bei Vorliegen eines noch nicht formell vollstreckbar erklärten ausländischen Titels – a fortiori – die Anrufung

des Arrestgrunds von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (Ausländerarrest) ohne die Notwendigkeit eines genügenden Bezugs zur Schweiz zulässt<sup>122</sup>. Allerdings stellt gerade diese Möglichkeit das Erfordernis einer vorgängigen, in einem kontradiktorischen Verfahren vorzunehmenden Vollstreckbarkeitsprüfung für Arrestbegehren gestützt auf Urteile aus Nicht-LugÜ-Staaten in Frage, hat doch ein (ausländisches) Urteil mit Blick auf den darin ausgewiesenen Bestand einer Forderung höhere Überzeugungskraft als eine bloss (ausländische) definitive Schuldanererkennung. Man könnte daher erwarten, dass eine Arrestlegung gestützt auf ein ausländisches Urteil keinen höheren Anforderungen unterliegt als ein Arrest gestützt auf eine definitive Schuldanererkennung. So gesehen müsste – a fortiori – eine einseitige vorfrageweise Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsprüfung eines Nicht-LugÜ-Entscheids möglich sein. Verträte man aber diese Ansicht, spräche dies auch – wiederum a fortiori – für die unter Ziffer III.5 zur Diskussion gestellte Zulässigkeit einer vorfrageweisen Vollstreckbarkeitsprüfung im Rahmen eines auf einen LugÜ-Entscheid gestützten Arrestverfahrens.

Für die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und deren Auswirkungen auf die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu verlangen, vgl. die Ausführungen unter Ziffer III.5, allerdings mit dem Unterschied, dass sich die Beschwerde gegen das selbständige Exequatur hier nicht wie im Bereich des LugÜ nach Art. 327a ZPO, sondern nach den allgemeinen Beschwerdebestimmungen richtet, sodass sie von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 325 Abs. 1 ZPO).

## V. Vollstreckbare öffentliche Urkunden

*Schweizerische vollstreckbare öffentliche Urkunden* über eine Geldleistung gelten gemäss Art. 349 ZPO und Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG als definitive Rechtsöffnungstitel. Im Unterschied zu Gerichtsurteilen kann der Schuldner nicht nur einwenden, die Schuld sei getilgt, gestundet oder verjährt (Art. 81 Abs. 1 SchKG), sondern auch weitere Einwendungen erheben, sofern sie sofort beweisbar<sup>123</sup> sind (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Gestützt auf die Gleichstellung mit gerichtlichen Entscheiden berechtigt die vollstreckbare öffentliche Urkunde über eine Geldleistung sodann zum Arrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Auch *vollstreckbare öffentliche Urkunden aus LugÜ-Mitgliedsstaaten* werden wie Urteile voll-

<sup>116</sup> Botschaft revLugÜ, BBl 2009 1777, 1819.

<sup>117</sup> Analog deshalb, weil sich Art. 339 ZPO auf die Vollstreckung und nicht die Vollstreckbarerklärung bezieht.

<sup>118</sup> So etwa DANIEL STAEHELIN, Jusletter 11.10.2010 (FN 25), N 39 ff.; m.H.a. diesen BSK SchKG II-WALTER A. STOFFEL (FN 1), Art. 271 N 109.

<sup>119</sup> Im Gegensatz zu Art. 41 LugÜ (bisher Art. 34 Abs. 1 LugÜ), gemäss dem das Exequatur ohne vorgängige Anhörung des Schuldners erteilt wird, sodass der Schuldner seinen Anspruch auf rechtliches Gehör erst durch die Ergreifung des LugÜ-Rechtsbehelfs wahren kann (vgl. dazu III.2).

<sup>120</sup> So etwa BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ROBERT K. DÄPPEN (FN 102), Art. 29 N 20.

<sup>121</sup> RODRIGO RODRIGUEZ, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP/PJA 2009, 1550, 1557, mit dem Hinweis, dass aber ein Überraschungsarrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG möglich ist.

<sup>122</sup> Trotz Modifikation von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (Wegfall der alternativen Voraussetzung eines vollstreckbaren gerichtlichen Urteils). In diesem Sinne – m.E. zu Recht – DANIEL STAEHELIN, Jusletter 11.10.2010 (FN 25), N 43.

<sup>123</sup> Dasselbe gilt bei vollstreckbaren öffentlichen Urkunden auf Nicht-Geldleistungen (Art. 351 Abs. 1 ZPO).

streckt (Art. 57 i.V.m. Art. 38 ff. LugÜ)<sup>124,125,126</sup>. Schliesslich gelten auch für *Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus Nicht-LugÜ-Staaten* sinngemäss die gleichen Bestimmungen wie für gerichtliche Entscheide (Art. 31 IPRG).

Somit finden die gemachten Ausführungen sinngemäss auch Anwendung auf vollstreckbare öffentliche Urkunden.

## VI. Gerichtliche Vergleiche

Ebenso gilt das bisher Ausgeführte mutatis mutandis für die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche<sup>127</sup>: Für *schweizerische gerichtliche Vergleiche* sowie *solche aus Nicht-LugÜ-Staaten* ergibt sich dies aus der Bezugnahme auf die jeweilige Regelung bei gerichtlichen Entscheiden in Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG bzw. Art. 30 IPRG, für *solche aus LugÜ-Staaten* aus dem Verweis auf die Regelung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde (Art. 58 LugÜ)<sup>128</sup>.

## VII. Schiedssprüche

Schiedssprüche haben mit ihrer Eröffnung die Wirkungen eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids (Art. 387 ZPO) und stehen mit Bezug auf ihre Vollstreckung staatlichen Urteilen gleich, d.h. sie sind «vollstreckbare gerichtliche Entscheide» i.S.v. Art. 80 und 81 SchKG.

### 1. Schweizerische Schiedssprüche

Schweizer Schiedssprüche berechtigen zur definitiven Rechtsöffnung, sofern sie die durch das Rechtsöffnungsgericht von Amtes wegen<sup>129</sup> vorzunehmende Vollstreckbarkeitsprüfung bestehen. Einer Vollstreckbarbescheinigung bedarf es nicht mehr<sup>130</sup>, doch kann eine solche beim nach

Art. 356 Abs. 1 ZPO dafür zuständigen Gericht (nicht beim Rechtsöffnungsrichter)<sup>131</sup> beantragt werden (Art. 386 Abs. 3 ZPO); entsprechend hat sie bloss deklaratorische Wirkung<sup>132</sup>. Daneben kann die Vollstreckbarkeit auch auf andere Weise nachgewiesen werden (Art. 254 ZPO)<sup>133</sup>.

#### 1.1. Im Binnenverhältnis

Für *Schiedssprüche über Binnensachverhalte* durch Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz gelten die Bestimmungen des dritten Teils der ZPO (Art. 353 ff. ZPO), sofern diese nicht durch ausdrückliche Erklärung der Schiedsparteien in der Schiedsvereinbarung oder einer späteren Übereinkunft zugunsten der Bestimmungen des zwölften Kapitels des IPRG wegbedungen worden sind.

Der Schiedsspruch unterliegt der Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 389 Abs. 1 ZPO) oder – falls die Parteien dies in der Schiedsvereinbarung oder einer späteren Übereinkunft ausdrücklich vorgesehen haben – an das gemäss Art. 356 Abs. 1 ZPO zuständige kantonale Gericht (Art. 390 Abs. 1 ZPO). Im ersten Fall richtet sich die Beschwerde nach den Bestimmungen des BGG (Art. 389 Abs. 2 ZPO), im zweiten nach den Art. 319 ff. ZPO. Wie bereits durch Art. 387 ZPO zum Ausdruck gebracht, sind schweizerische Schiedssprüche somit mit ihrer Eröffnung sofort vollstreckbar, ausser einer gegen sie erhobenen Beschwerde würde aufschiebende Wirkung erteilt.

Für *Binnenschiedssprüche gemäss IPRG* kann sinngemäss auf die Ausführungen unter 1.2 verwiesen werden.

Auch die Beschwerde gegen die *gestützt auf einen Binnenschiedsspruch erteilte Rechtsöffnung* kann den Gläubiger nicht von der Stellung des Fortsetzungsbegehrens abhalten, ausser es würde ihr aufschiebende Wirkung verliehen (vgl. dazu II.2.2). Dasselbe gilt für die Beschwerde in Zivilsachen (resp. gegebenenfalls die subsidiäre Verfassungsbeschwerde) ans Bundesgericht (vgl. dazu II.2.4).

#### 1.2. Schiedssprüche schweizerischer Schiedsgerichte in internationalen Verhältnissen

Schiedssprüche schweizerischer Schiedsgerichte unterstehen dem zwölften Kapitel des IPRG (Art. 176 ff. IPRG), wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte (Art. 176 Abs. 1 IPRG) und die

<sup>124</sup> Bisher Art. 50 i.V.m. Art. 31 ff. LugÜ.

<sup>125</sup> Der Verweis bezieht sich nur auf die Vorschriften zur Vollstreckung (Art. 38 ff. LugÜ). Die Anerkennung wird nur bei ordre public-Widrigkeit versagt (so ausdrücklich Art. 57 Abs. 1 Satz 2 LugÜ im Vergleich zu Art. 34 LugÜ).

<sup>126</sup> BSK SchKG II-WALTER A. STOFFEL (FN 1), Art. 271 N 108.

<sup>127</sup> Klageanerkennung und vorbehaltloser Klagerückzug sind gerichtlichen Vergleichen gleichgestellt (vgl. für das Schlichtungsverfahren Art. 208 Abs. 2 ZPO). Vgl. ausserdem Art. 211 Abs. 1 und 217 ZPO.

<sup>128</sup> Bisher Art. 51 LugÜ.

<sup>129</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 9. – A.M. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 14), Art. 80 N 4. – Dasselbe gilt im Bereich der Realvollstreckung: Art. 341 Abs. 1 ZPO; DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 341 N 5.

<sup>130</sup> Anders noch unter der Geltung von Art. 44 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 23. März 1969 (KSG); Karl

Spühler/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, ZPO-DANIEL GIRSBERGER, Art. 387 ZPO N 24 m.w.N.

<sup>131</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 17.

<sup>132</sup> BGE 107 Ia 318, 320 E. 4; DIETER GRÄNICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 386 N 14 m.w.N.; BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 17 m.w.N.

<sup>133</sup> BSK ZPO-LORENZ DROESE (FN 130), Art. 339 N 25.

Parteien die Geltung des zwölften Kapitels nicht zugunsten des dritten Teils der ZPO wegbedungen haben (Art. 176 Abs. 2 IPRG).

*Schiedssprüche schweizerischer Schiedsgerichte gemäss IPRG* werden mit ihrer Eröffnung «endgültig» (Art. 190 Abs. 1 IPRG). Mit der Endgültigkeit treten die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit ein, was der «Verbindlichkeit» i.S.v. Art. V Ziff. 1 lit. e des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ)<sup>134</sup> entspricht<sup>135</sup>. Allerdings ist diese Endgültigkeit zunächst bloss eine bedingte, weil der Schiedsspruch aus den in Art. 190 Abs. 2 IPRG angeführten Gründen angefochten werden kann, ausser die Parteien hätten die Anfechtbarkeit in der Schiedsvereinbarung oder einer späteren Übereinkunft vollständig ausgeschlossen (Art. 192 Abs. 1 IPRG).

*Soweit die Parteien die Anfechtbarkeit nicht ausgeschlossen haben* (Art. 192 Abs. 2 IPRG), ist das Bundesgericht einzige Beschwerdeinstanz und das Verfahren richtet sich nach Art. 77 BGG (Art. 191 IPRG). Kraft Verweises in Art. 77 Abs. 2 BGG kommt dieser Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu, doch kann ihr diese vom Instruktionsrichter erteilt werden (Art. 103 Abs. 3 BGG). Der Schiedsspruch wird somit sofort vollstreckbar, ausser einer gegen ihn erhobenen Beschwerde werde aufschiebende Wirkung erteilt<sup>136</sup>.

*Haben die Parteien die Anfechtbarkeit vollständig ausgeschlossen*, was gemäss Art. 192 Abs. 1 IPRG nur möglich ist, wenn keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz hat, gilt das NYÜ sinngemäss (Art. 192 Abs. 2 IPRG) als autonomes schweizerisches Recht<sup>137</sup>. Zu präzisieren ist jedoch, dass die Verweigerungsgründe nach Art. V NYÜ einer Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz nur insoweit entgegen stehen, als sie nicht über die Beschwerdegründe von Art. 190 Abs. 2 IPRG hinaus gehen<sup>138</sup>. Im Übrigen kann mit Bezug auf die Versagungsgründe auf die Ausführungen unter 2 verwiesen werden.

Für *internationale Schiedssprüche schweizerischer Schiedsgerichte gemäss ZPO* gilt sinngemäss das unter 1.1 Gesagte.

Hinsichtlich der Wirkungen einer Beschwerde gegen die *gestützt auf einen internationalen Schiedsspruch erteilte Rechtsöffnung* vgl. 1.1 i.f.

## 2. Ausländische Schiedssprüche

Für die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das NYÜ, ausser die Vollstreckung sei aufgrund eines anderen Staatsvertrags unter leichteren Umständen möglich (Art. VII NYÜ)<sup>139</sup>. Gemäss Art. III NYÜ sind die Signatarstaaten (zu denen auch die Schweiz gehört) verpflichtet, Schiedsurteile aus anderen Vertragsstaaten grundsätzlich wie Binnenschiedsurteile zu anerkennen und zu vollstrecken. Gestützt auf Art. 194 IPRG gilt der durch das NYÜ festgelegte Mindeststandard auch für Schiedssprüche aus Staaten, die dem NYÜ nicht beigetreten sind<sup>140</sup>. Dementsprechend gilt Art. 387 ZPO (Gleichbehandlung mit Gerichtsurteilen) i.V.m. Art. 194 IPRG und Art. III NYÜ für alle ausländischen Schiedssprüche. Ausländische Schiedssprüche, die den Schuldner zu einer Geldleistung verpflichten, sind somit wie Schweizer Gerichtsentscheide durch Betreibung und Beseitigung des Rechtsvorschlags im Rechtsöffnungsverfahren zu vollstrecken<sup>141</sup>. Im Gegensatz zu schweizerischen müssen ausländische Schiedssprüche jedoch vorgängig vollstreckbar erklärt werden. Wiederum kann das Exequatur vorfrageweise im Rahmen der Rechtsöffnung oder in einem separaten Exequaturverfahren erteilt werden<sup>142</sup>. Sinngemäss gilt somit das unter III.1 und IV.1 Ausgeführte.

Das Exequatur ist zu versagen, wenn einer der in Art. V NYÜ aufgeführten Verweigerungsgründe vorliegt. Soweit nicht auf fehlende Schiedsfähigkeit oder einen Verstoß gegen den *ordre public* zurückzuführen (Art. V Abs. 2 NYÜ), sind die Verweigerungsgründe vom Schuldner nachzuweisen (Art. V Abs. 1 NYÜ). An dieser Stelle interessiert namentlich der Verweigerungsgrund der *fehlenden Verbindlichkeit des Schiedsspruchs*, also der Einwand der mangelnden formellen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gemäss Art. V Ziff. 1 lit. e NYÜ. Demnach ist einem ausländischen Schiedsspruch die Anerkennung zu versagen, wenn er für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist oder von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt worden ist<sup>143</sup>.

<sup>134</sup> SR 0.277.12.

<sup>135</sup> BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI/ANTON K. SCHNYDER (FN 102), Art. 190 N 7.

<sup>136</sup> ZK IPRG-ANTON HEINI (FN 111), Art. 190 N 4. Demgegenüber soll gemäss BSK IPRG-STEPHEN V. BERTI (FN 102), Art. 193 N 11 die Vollstreckbarkeit erst bescheinigt werden dürfen, wenn die dreissigtägige Beschwerdefrist gemäss Art. 190 f. IPRG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG unbenutzt verstrichen ist.

<sup>137</sup> BSK IPRG PAOLO MICHELE PATOCCHI/CESARE JERMINI (FN 102), Art. 192 N 33.

<sup>138</sup> BSK IPRG-PAOLO MICHELE PATOCCHI/CESARE JERMINI (FN 102), Art. 192 N 30 f., m.w.N.

<sup>139</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 94.

<sup>140</sup> DIETER GRÄNICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 387 N 38 m.w.N.

<sup>141</sup> DIETER GRÄNICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (FN 4), Art. 387 N 38.

<sup>142</sup> BSK SchKG I-DANIEL STAEHELIN (FN 1), Art. 80 N 94 i.V.m. N 59.

<sup>143</sup> Gemäss BGE 135 III 136, 141 E. 3 soll Art. V Ziff. 1 lit. e NYÜ nur zur Anwendung kommen, wenn ein Gericht aus dem Land, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat, einer Beschwerde gegen den Schiedsspruch aufschiebende Wirkung erteilt hat,

Hinsichtlich der Wirkungen einer Beschwerde gegen die *gestützt auf einen ausländischen Schiedsspruch erteilte Rechtsöffnung* gilt das unter 1.1 i.f. Ausgeführte.

L'appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel, à moins que l'instance d'appel n'autorise l'exécution anticipée (art. 315 al. 1 et 2 CPC). En revanche, les jugements qui ne sont soumis qu'au recours sont exécutoires dès qu'ils ont été valablement notifiés (art. 325 CPC). Tant que la force exécutoire n'est pas reportée, il est donc immédiatement possible de poursuivre, d'écarter une opposition et ensuite d'exiger la continuation de la poursuite. Cette dernière possibilité existe parce que la décision de mainlevée n'est elle aussi attaquerable que par la voie du recours (art. 309 let. b ch. 3 CPC). Même le recours au Tribunal fédéral ne suspend pas le caractère exécutoire d'un jugement portant sur une prestation en argent, sauf si le recours a été assorti de l'effet suspensif (art. 103 LTF). Il en va de même des recours contre les décisions de mainlevée, parce que l'art. 103 al. 2 let. a LTF (effet suspensif pour les jugements constitutifs) ne s'applique pas aux décisions de mainlevée définitive.

Les jugements CL doivent, pour pouvoir être exécutés, être déclarés exécutoires. Là aussi, le caractère exécutoire provisoire suffit ; une entrée en force formelle n'est en particulier pas nécessaire (art. 38 al. 1 CL). Deux voies sont à disposition pour l'exequatur : la procédure d'exequatur CL (unilatérale dans un premier temps ; art. 41 en relation avec l'art. 53 CL) et la procédure (contradictoire) de mainlevée. Alors que le recours contre une décision d'exequatur CL est assorti de l'effet suspensif (art. 327a al. 2 CPC ; art. 47 al. 3 CL), le recours dans le cadre de l'examen préjudiciel de la force exécutoire dans la procédure de mainlevée est régi par les dispositions générales. Il est donc dépourvu d'effet suspensif. Il en va de même des deux voies dans la procédure de recours au Tribunal fédéral.

Dans le domaine de la LDIP, le recours contre une décision de reconnaissance et déclaration de force exécutoire n'a pas d'effet suspensif même s'il est rendu dans le cadre d'une procédure indépendante (art. 335 al. 3 et 338 al. 1 CPC en relation avec l'art. 29 al. 1 LDIP ainsi que les art. 309 let. a et 325 al. 1 CPC).

(trad. LT LAWTANK, Berne)

nicht aber, wenn der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Allerdings fehlt es in diesem Fall m.E. an der Verbindlichkeit, so dass der Verweigerungsgrund von Art. V Ziff. 1 lit. e NYÜ gleichwohl gegeben ist (ebenso BSK SchKG I-DANIEL STAEBELIN [FN 1], Art. 80 N 96 6. Spiegelstrich m.w.N.).