



URS BOLLER\*

# Arrest gestützt auf ausländische Entscheide

## Erste Erfahrungen mit dem neuen Arrestrecht

### I. Problemstellung

#### 1. Einleitung

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische ZPO in Kraft getreten. Auf den gleichen Zeitpunkt hin wurde auch das revidierte Lugano-Übereinkommen (revLugÜ)<sup>1</sup> in Kraft gesetzt. Im Zuge dieser Neuerungen erfuhr das SchKG ebenfalls einige Anpassungen. Diese betreffen unter anderem das Arrestrecht. Nachdem in der Schweiz während rund zweier Jahrzehnte unregelmäßig und umstritten war, wie die in Art. 39 aLugÜ vorgesehene Sicherungsmassnahme im nationalen Recht umzusetzen sei, entschied sich der Gesetzgeber dafür, dass der Arrest im Sinne von Art. 271 ff. SchKG diese Funktion übernehmen sollte, zumindest soweit es um die Vollstreckung von Urteilen<sup>2</sup> auf Geldzahlung geht. Vor diesem Hintergrund wurde per 1. Januar 2011 das Arrestrecht um den neuen Arrestgrund Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ergänzt, welchen der Gläubiger dann anrufen kann, wenn er «gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt».<sup>3</sup>

Bei vordergründiger Betrachtung scheint dieser neue Arrestgrund wenig Anlass zu Fragen zu geben,

zumal bei der Auslegung des Begriffs des definitiven Rechtsöffnungstitels auf das über 100-jährige Institut der definitiven Rechtsöffnung zurückgegriffen werden kann. Indessen hat sich bereits vor Inkraftsetzung der entsprechenden Bestimmung abgezeichnet, dass Lehre und gerichtliche Praxis noch zu klären haben werden, unter welchen Voraussetzungen ein gerichtlicher Entscheid als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gilt und dementsprechend zum Arrest berechtigt. So ist umstritten, ob der neue Arrestgrund generell für alle Entscheide gilt, die dereinst einmal zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen können, oder nur für schweizerische Entscheide und solche, die im Anwendungsbereich des revLugÜ ergangen sind. Sodann ist strittig, ob ein ausländischer Entscheid zwingend zuerst vollstreckbar erklärt werden müsse, bevor er zum Arrest berechtigt, oder ob es genügt, dass der Gläubiger im Arrestverfahren vorerst lediglich glaubhaft macht, dass der Entscheid später einmal in der Schweiz vollstreckbar erklärt werden könne.

Zwei unter neuem Arrestrecht ergangene Arrestentscheide sollen zum Anlass genommen werden, die vorerwähnten strittigen Fragen zu beleuchten und zu analysieren.

### 2. Der Zuger Entscheid

#### 2.1 Die Ausgangslage

Der Verfasser dieses Beitrags stellte im Januar 2011 beim Kantonsgericht Zug als Vertreter einer holländischen Gläubigerin gestützt auf den neuen Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ein Arrestbegehren. Die Arrestforderung war durch ein im Jahre 2005 ergangenes Säumnisurteil des Bezirksgerichts Amsterdam ausgewiesen. Bei der Vorbereitung des Arrestbegehrens zeichnete sich ab, dass die nebst dem eigentlichen Urteil (im damaligen Zeitpunkt) verfügbaren Dokumente für

\* Lic. iur. Urs Boller ist Rechtsanwalt in Zürich.

<sup>1</sup> Der Klarheit halber wird in diesem Beitrag das revidierte Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 als «revLugÜ» bezeichnet, das alte Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 als «aLugÜ».

<sup>2</sup> Wenn im Folgenden von «Urteilen» oder «Entscheiden» die Rede ist, sind Urteilssurrogate hiervon ebenfalls erfasst.

<sup>3</sup> Zum Hintergrund der Revision siehe etwa URS BOLLER, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, AJP/PJA 2010, 187 ff.; RODRIGO RODRIGUEZ, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP/PJA 2009, 1550 ff.; DANIEL SCHWANDER, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV 2010, 641 ff.; MIGUEL SOGO, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZP 2009, 75 ff.

eine Vollstreckbarerklärung wohl nicht ausreichen würden. Da das Urteil noch *vor* Inkrafttreten des revLugÜ ergangen war, richtete sich die Vollstreckung nach dem aLugÜ.<sup>4</sup> Die Gläubigerin konnte sich für eine erstinstanzliche Vollstreckbarerklärung deshalb nicht einfach damit begnügen, eine Ausfertigung des Urteils und die Vollstreckungsbescheinigung gemäss Anhang V des Protokolls Nr. 3 zum revLugÜ vorzulegen.<sup>5</sup> Vielmehr hätte sie die strengeren Voraussetzungen des aLugÜ erfüllen müssen, namentlich hätte sie die Ordnungsmässigkeit und die Rechtzeitigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks sowie die Zustellung des Urteils nachweisen müssen.<sup>6</sup>

Die Gläubigerin war vorerst ohnehin lediglich an einer Arrestlegung interessiert, zudem drängte die Zeit, weil die zu verarrestierende Forderung kurz vor der Auszahlung stand. Die Gläubigerin ersuchte deshalb ausdrücklich nicht um eine Vollstreckbarerklärung, zumal sie befürchtete, dass das Gericht gestützt auf die neue Bestimmung von Art. 271 Abs. 3 SchKG ungefragt einen Entscheid über die Vollstreckbarkeit treffen und mangels Vorlage der erforderlichen Dokumente die Vollstreckbarkeit verneinen würde.

## 2.2 Die Begründung des erstinstanzlichen Entscheids

Das Gericht wies das Arrestbegehren ab und erwog dabei Folgendes:<sup>7</sup> Voraussetzung einer Sicherungsmassnahme nach Art. 39 Abs. 2 aLugÜ sei die Vollstreckbarerklärung des ausländischen Urteils in der Schweiz. Der Anspruch auf Sicherungsmassnahmen entstehe mit der Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 31 aLugÜ. Auch nach Inkrafttreten des neuen Art. 271 Abs. 3 SchKG am 1. Januar 2011 sei die Vollstreckbarerklärung Voraussetzung der Arrestbewilligung, wobei das Arrestgericht stets einen selbständigen Exequaturentscheid zu fällen habe. Erst durch die Vollstreckbarerklärung werde das ausländische Urteil einem inländischen gleichgestellt, weshalb es dann Grundlage der Zwangsvollstreckung nach autonomem Recht des Vollstreckungsstaates bilde. Da die Arrestgläubigerin eine selbständige Vollstreckbarerklärung des holländischen Urteils nicht beantragt habe und dies ausdrücklich nicht wolle, sei das Arrestgericht daran gebunden, weshalb das Arrestgesuch von vornherein mangels Arrestgrund nicht bewilligt werden könne. Das holländische Urteil müsse zuerst in der Schweiz für vollstreckbar erklärt werden, damit es einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstelle und die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden könne.

<sup>4</sup> Art. 63 Ziff. 1 und 2 revLugÜ; CHRISTIAN OETIKER/THOMAS WEIBEL, in Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Art. 63 N 8.

<sup>5</sup> Gemäss Art. 41 und Art. 53 revLugÜ.

<sup>6</sup> Art. 27 Ziff. 2 und Art. 46 f. aLugÜ.

<sup>7</sup> Kantonsgericht Zug, Verfügung vom 26. Januar 2011 (EA 2011 6).

Demzufolge liege auch nicht ein Fall vor, in welchem auch ohne Antrag auf Vollstreckbarerklärung ein Exequatur zu erteilen ist.

Das Arrestgericht erwog ferner, dass selbst wenn es vorfrageweise oder als Hauptfrage über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils zu befinden hätte, es das Arrestgesuch nicht bewilligen könne. Es entscheide über die Anerkennungsvoraussetzungen abschliessend in dem vom aLugÜ vorgesehenen, formalisierten Verfahren, wobei es nicht nur um eine Glaubhaftmachung gehe. Den vom aLugÜ statuierten Beweisanforderungen würden die eingereichten Unterlagen nicht genügen. Das Urteil sei lediglich in nicht beglaubigter Kopie eingereicht worden, zudem sei die ordnungsgemässe Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nicht nachgewiesen.

Das Arrestgericht führte schliesslich aus, dass selbst der von der Gläubigerin nicht angerufene Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nicht erfüllt wäre, weil der (*in concreto*) gegen einen ausländischen Staat gerichtete Arrest nur bewilligt werden könne, wenn die Forderung eine Binnenbeziehung zur Schweiz aufweise, was nicht der Fall sei.

## 2.3 Der weitere Verfahrensverlauf

Angesichts des abgewiesenen Arrestgesuchs wäre es nahegelegen, den Entscheid mit Beschwerde<sup>8</sup> anzufechten. Der Gläubigerin war es jedoch in der Zwischenzeit gelungen, doch noch weitere Dokumente aufzutreiben, mit denen die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen gemäss aLugÜ möglicherweise hätten nachgewiesen werden können. Solche hätten jedoch wegen des Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht mehr eingereicht werden können.<sup>9</sup> So entschied sich die Gläubigerin dazu, statt eine Beschwerde zu erheben, ein zweites Arrestgesuch zu stellen, welches mit zusätzlichen Dokumenten und einer weiterführenden rechtlichen Begründung untermauert war; zudem wurde nun neben Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG eventualiter ausdrücklich auch der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG angerufen.

Das Gericht trat jedoch auf das Arrestbegehren insoweit nicht ein, als sich die Arrestgläubigerin erneut auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG berief. Das Gericht verwies die Gläubigerin auf den Beschwerdeweg, soweit lediglich die rechtliche Würdigung des bereits ergangenen Entscheids kritisiert werde. Hinsichtlich des nunmehr eventualiter angerufenen Arrestgrunds von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG wies das Gericht das Begehren ab, soweit es darauf eintrat, weil kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliege und eine Binnenbeziehung zur Schweiz fehle.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Art. 319 ff. ZPO.

<sup>9</sup> Art. 326 Abs. 1 ZPO.

<sup>10</sup> Kantonsgericht Zug, Verfügung vom 28. Januar 2011 (EA 2011 8).

In der Folge focht die Gläubigerin beide abweisenden Entscheide mit Beschwerde beim Obergericht Zug an, welches die beiden Beschwerdeverfahren antragsgemäss vereinigte. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen, welche für eine erfolgreiche Anrufung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG erfüllt sein müssen, blieb indessen aus. Das Obergericht hielt fest, dass die Vorinstanz das Vorliegen einer Binnenbeziehung zu Recht verneint habe, weshalb die angefochtenen Verfügungen im Ergebnis nicht zu beanstanden seien.<sup>11</sup>

Die Gläubigerin verzichtete auf einen Weiterzug des Beschwerdeentscheids ans Bundesgericht.

### 3. Der Genfer Entscheid

Nachdem die Gläubigerin in Zug erstinstanzlich zweimal gescheitert war, liess sie in derselben Sache durch einen Genfer Rechtsvertreter beim Tribunal de première instance in Genf ein weiteres Arrestbegehren einreichen, denn die Schuldnerin besass nicht nur in Zug, sondern auch in Genf Vermögenswerte. Die Gläubigerin wollte gestützt auf die neue schweizweite Zuständigkeit des Arrestgerichts<sup>12</sup> mit einem «Umweg» über Genf die in Zug gelegenen Vermögenswerte trotzdem noch verarrestieren lassen. Die Gläubigerin stützte ihr Arrestbegehren sowohl auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG als auch auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG.

Anders als das Kantonsgericht Zug hiess das Genfer Gericht das Arrestbegehren gut und sprach sowohl hinsichtlich der in Genf als auch hinsichtlich der in Zug belegenen Vermögenswerte einen Arrest aus.<sup>13</sup> Auf dem unbegründeten Formularentscheid wurde als Arrestgrund (einzig) Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG angegeben. Des Weiteren erliess das Gericht einen negativen Exequaturentscheid.<sup>14</sup> Diesen begründete es damit, dass ein auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützter Arrest nur nach vorgängiger Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheids erlassen werden könne. Das Gericht verneinte die Vollstreckbarkeit des Amsterdamer Entscheids, wobei es der Prüfung (allerdings ohne nähere Begründung) das revLugÜ zugrunde legte.

Anders als im Zuger Verfahren lag dem Arrestbegehren in Genf der ursprüngliche Vertrag bei, welcher die im Amsterdamer Urteil festgestellte Forderung begründete, zudem liess sich aus weiteren Unterlagen ein Immunitätsverzicht des ausländischen Staates ableiten.

### 4. Fragestellung

In einem ersten Schritt soll untersucht werden, welche Rechtstitel grundsätzlich unter den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fallen können. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nur auf revLugÜ-Urteile und Schweizer Urteile Anwendung finden kann oder ob auch aLugÜ-Urteile und sonstige ausländische Entscheide in den Anwendungsbereich von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fallen können. Im Weiteren ist in Bezug auf einzelne Urteilkategorien zu prüfen, ob ein Urteil gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nur unter der Voraussetzung zum Arrest berechtigt, dass es in der Schweiz vollstreckbar erklärt worden ist.

## II. Analyse

### 1. Welche Urteile fallen in den Anwendungsbereich von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG?

Bekanntlich knüpft der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG im Wortlaut einzig an das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels an. In der Praxis zur definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG ist unbestritten, dass nicht nur schweizerische Urteile, sondern auch ausländische Urteile zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen, und dies unabhängig davon, ob sie nach staatsvertraglichen Regeln oder nach dem IPRG zu vollstrecken sind.<sup>15</sup> Eine hiervon abweichende Differenzierung nimmt der Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nicht vor. Der Gesetzestext erscheint daher klar und legt daher den Schluss nahe, dass grundsätzlich auch ausländische Urteile, welche nicht in den Anwendungsbereich des revLugÜ fallen, zum Arrest berechtigen können.

Diese Haltung wurde auch in der Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung und Umsetzung des revLugÜ vertreten.<sup>16</sup> Die Lehre ist sich diesbezüglich aber uneinig: Die überwiegende *Mehrheit* der Lehre folgt der Meinung, wie sie in der Botschaft wiedergegeben wurde, und ist der Ansicht, dass grundsätzlich auch ausländische Urteile ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ unter Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fallen kön-

<sup>11</sup> Obergericht Zug, Urteil vom 10. Februar 2011 (BZ 2011 9 und BZ 2011 10).

<sup>12</sup> Art. 271 Abs. 1 SchKG.

<sup>13</sup> Tribunal de première instance de Genève, Juge du séquestre, Entscheid vom 3. Februar 2011 (C/1626/11).

<sup>14</sup> Tribunal de première instance de Genève, Tribunal civil, Entscheid vom 4. Februar 2011 (C/1626/11-SQP).

<sup>15</sup> DANIEL STAEHELIN, in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 80 N 59 ff.; PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, 214, 269 ff.; zum Begriff des definitiven Rechtsöffnungstitels mit Blick auf den Arrestgrund von Ziff. 6 siehe etwa BOLLER (FN 3), 188; FELIX C. MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP/PJA 2010, 1211 ff., 1213 N 13.

<sup>16</sup> BBl 2009 1777, 1821.

nen.<sup>17</sup> Uneinig sind sich die Vertreter dieser Meinung allerdings darin, ob ein ausländischer Entscheid vorab in der Schweiz für vollstreckbar zu erklären sei, damit der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG angerufen werden könne oder ob eine vorgängige Vollstreckbarerklärung hierfür nicht erforderlich sei. Hierauf wird später noch näher einzugehen sein.<sup>18</sup> STOFFEL vertritt demgegenüber die Ansicht, dass lediglich LugÜ-Urteile zum Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG berechtigen; diese Bestimmung sei demgegenüber auf ausländische Nicht-LugÜ-Urteile per se nicht anwendbar, also auch dann nicht, wenn der Entscheid für vollstreckbar erklärt wurde.<sup>19</sup>

Die von STOFFEL vertretene Minderheitsmeinung wird soweit ersichtlich nicht geteilt. STOFFEL stützt sich in der Begründung für seine Haltung auf STAEHELIN<sup>20</sup>, welcher indes an der zitierten Stelle ausländische Nicht-LugÜ-Urteile nicht etwa generell von der Anwendbarkeit von Ziff. 6 ausschliesst, sondern nur dann, wenn deren Vollstreckbarkeit bloss vorfrageweise geprüft wird.<sup>21</sup> Hingegen kommt auch er zum Schluss, dass zumindest dann, wenn ein solches Urteil vollstreckbar erklärt wurde, es gestützt auf Ziff. 6 zum Arrest berechtigt.<sup>22</sup>

M.E. kann nicht nachvollziehbar begründet werden, dass der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nur auf schweizerische Urteile und revLugÜ-Urteile anwendbar sein soll, nicht dagegen auf solche ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ. Der Begriff des definitiven Rechtsöffnungstitels ist klar umrissen und seit Jahrzehnten durch Lehre und Rechtsprechung gefestigt. Von jeher berechtigen ausländische Urteile unbesehen ihrer Herkunft<sup>23</sup> zur definitiven Rechtsöffnung, wenn sie die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen erfüllen. Der Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 Sch-

KG lässt daher keinen Spielraum für Differenzierungen nach der Herkunft des Entscheids offen. Nachdem der Gesetzgeber für den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auf einen solchermassen gefestigten Begriff abgestellt hat, ist nicht anzunehmen, er habe diesen Begriff quasi stillschweigend enger fassen und ausländische Nicht-LugÜ-Urteile generell davon ausschliessen wollen. Hierfür finden sich denn auch in der Botschaft keine Anzeichen, vielmehr hält diese unmissverständlich fest, dass der neue Arrestgrund grundsätzlich auch den Berechtigten aus einem ausländischen Entscheid ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ zur Verfügung stehe.<sup>24</sup>

Die Stossrichtung, welche die Botschaft vorgibt, wurde zudem auch in identischen Worten bereits im Erläuternden Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vertreten.<sup>25</sup> Der heute geltende Gesetzestext ist deshalb nicht etwa das Resultat einer unüberlegten Anpassung des Gesetzeswortlauts in letzter Sekunde,<sup>26</sup> sondern es handelt sich um eine bewusst gewählte, bereits im Vernehmlassungsverfahren offen kommunizierte und nun Gesetz gewordene Formulierung.

Unter diesen Umständen ist der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG mit der Botschaft und mit der überwiegenden Lehrmeinung so zu verstehen, dass dieser nicht nur dann Anwendung finden kann, wenn sich der Gläubiger auf ein schweizerisches Urteil oder auf ein solches aus dem Anwendungsbereich des revLugÜ stützt, sondern auch dann, wenn er ein anderes ausländisches Urteil vorlegt. Somit erfasst der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch Urteile, welche nach dem aLugÜ oder gestützt auf einen anderen Staatsvertrag oder nach IPRG zu vollstrecken sind.

## 2. Ist eine Vollstreckbarerklärung Voraussetzung für einen Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG?

### 2.1 Vorbemerkungen

Nachdem festgestellt worden ist, dass im Grundsatz auch ausländische Nicht-LugÜ-Entscheide sowie aLugÜ-Urteile unter den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fallen können, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob der Arrestgrund nur dann erfüllt ist, wenn der fragliche Entscheid für vollstreckbar erklärt wurde. Wie erwähnt, ist diese Frage in der Lehre umstritten.

STAEHELIN und RODRIGUEZ sind der Auffassung, dass für die Anwendbarkeit von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG

<sup>17</sup> BOLLER (FN 3), 189; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 58; MICHAEL LAZOPOULOS, Arrestrecht – die wesentlichen Änderungen im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ und der Schweizerischen ZPO, AJP/PJA 2011 608 ff., 610; MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis (FN 15), 1213 Rz. 11; FELIX C. MEIER-DIETERLE, Ausländische «nicht LugÜ-Entscheide» als Arrestgrund?, in: Jusletter 18. Juli 2011, Rz. 27; RODRIGUEZ (FN 3), 1557; DANIEL SCHWANDER (FN 3), 657; SOGO (FN 3), 78; DANIEL STAEHELIN, Neues Arrestrecht ab 2011, in: Jusletter 11. Oktober 2010, Rz. 42.

<sup>18</sup> Siehe hinten, Ziff. II.2.

<sup>19</sup> WALTER A. STOFFEL, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 271 N 85, 103, 109. Bei Stoffels Differenzierung nach LugÜ-Urteilen einerseits und übrigen ausländischen Urteilen andererseits bleibt jedoch unklar, ob zur ersten Gruppe neben revLugÜ-Urteilen auch aLugÜ-Urteile zu zählen sind oder ob diese zu den Nicht-LugÜ-Urteilen gehören und damit nicht unter Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG fallen können.

<sup>20</sup> STOFFEL (FN 19), Art. 271 N 109.

<sup>21</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 39 ff.

<sup>22</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 42 in fine.

<sup>23</sup> Streng genommen ist nicht die «Herkunft» des Urteils im geografischen Sinne entscheidend, sondern die Frage, nach welcher Rechtsgrundlage sich die Vollstreckung richtet (revLugÜ, aLugÜ, anderer Staatsvertrag, IPRG).

<sup>24</sup> Botschaft (FN 16), 1821.

<sup>25</sup> Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 30. Mai 2008, einsehbar auf [http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/lugano\\_ueberein\\_kommen/vn-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/lugano_ueberein_kommen/vn-ber-d.pdf) (zuletzt besucht am 30. August 2011).

<sup>26</sup> Die mit der Genehmigung des revLugÜ einhergehenden Anpassungen im SchKG führten im Parlament zu keinen Diskussionen. Vgl. AB 2009 S 960; AB 2009 N 1958 f.



vorausgesetzt sei, dass der ausländische Entscheid vollstreckbar erklärt worden ist, und dies ungeachtet dessen, ob es sich um einen aLugÜ-, einen revLugÜ- oder einen sonstigen ausländischen Entscheid handelt.<sup>27</sup> Auch im Zuger Entscheid wurde dahingehend argumentiert, dass die Vollstreckbarerklärung Voraussetzung für eine Arrestbewilligung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG sei.

Die Mehrheit der Lehre vertritt demgegenüber die Meinung, dass ein vorgängiges Exequatur jedenfalls bei ausländischen Nicht-revLugÜ-Urteilen für einen auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützten Arrest nicht erforderlich sei. Vielmehr genüge es, wenn die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen glaubhaft gemacht seien.<sup>28</sup> Allerdings vertreten einige dieser Autoren in Bezug auf revLugÜ-Urteile die Ansicht, dass diese vorab vollstreckbar erklärt werden müssten,<sup>29</sup> während sich andere Autoren zu dieser Frage nicht explizit äussern.<sup>30</sup> HOFMANN/KUNZ halten demgegenüber dafür, dass auch bei revLugÜ-Urteilen ein Arrest nach lediglich vorfrageweiser Prüfung der Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen möglich sein müsse.<sup>31</sup>

Bevor auf die seit 1. Januar 2011 herrschende Rechtslage einzugehen ist, erscheint es zweckmässig, kurz die bis Ende 2010 geltende Praxis darzustellen. Sodann ist unter der heute geltenden Rechtslage in Bezug auf verschiedene Urteilskategorien zu prüfen, ob diese zuerst für vollstreckbar erklärt werden müssen, damit gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ein Arrest angeordnet werden darf.

## 2.2 Bisherige Rechtslage

Vor Inkrafttreten des neuen Arrestrechts war unter dem Regime des «Ausländerarrestes» im Sinne von aArt. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG anerkannt, dass der Gläubiger, welcher sich auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil beruft, nicht den vollen Nachweis der Vollstreckbarkeit jenes Urteils zu erbringen hat, sondern dass er lediglich glaubhaft zu machen hat,<sup>32</sup> dass das Urteil dereinst vollstreckbar erklärt werden kann. Der Richter konnte sich dabei auf eine «prima-facie»-Prüfung der Vollstreckbarkeit beschränken. Mithin war es dem Gläubiger möglich, gestützt auf den ausländischen Entscheid auch dann einen Arrest zu erwirken, wenn er (noch) nicht sämtliche Unterlagen verfügbar hatte, welche für eine

Vollstreckbarerklärung erforderlich waren. Solche hatte er aber immerhin für ein allfällig nachfolgendes Rechtsöffnungsverfahren zu beschaffen, denn dort waren die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit (sowohl bei vorfrageweiser Prüfung wie auch bei einem eigenständigen Exequatur) vollständig zu belegen.<sup>33</sup>

Diese Rechtslage galt insbesondere auch dann, wenn sich der Gläubiger auf einen Entscheid stützte, welcher in den Geltungsbereich des LugÜ fiel. Der Gläubiger konnte gestützt auf einen solchen Entscheid wählen, ob er bloss die vorfrageweise Prüfung der Vollstreckbarkeit beantragte oder ob er zusätzlich zum Arrestentscheid einen ausdrücklichen Exequaturentscheid verlangte. Im ersteren Fall hatte das Gericht die Vollstreckbarkeit lediglich unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftmachung zu prüfen, während im letzteren Fall der strikte Nachweis der Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen zu erbringen war.<sup>34</sup> Wählte der Gläubiger dieses letztere Vorgehen und erwirkte ein Exequatur, so hatte er gemäss Art. 39 Abs. 2 LugÜ einen unbedingten Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme («Lugano-Arrest»), ohne dass der Gläubiger einen Arrestgrund glaubhaft zu machen hatte. Der Gläubiger konnte somit auch gegen einen Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz vorgehen.<sup>35</sup> Bei einer lediglich vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarkeit hingegen hatte sich der Gläubiger auf den Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG zu stützen. Dieser Arrestgrund war dem Gläubiger jedoch dann verwehrt, wenn der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hatte.

Auf den ersten Blick drängt sich die Frage auf, wieso der Gläubiger nicht in jedem Fall bereits im Arrestverfahren zugleich die Vollstreckbarerklärung beantragt, wenn er doch früher oder später die Vollstreckbarkeit des Urteils nachzuweisen hat,<sup>36</sup> um das Urteil endgültig zu vollstrecken. Für den Gläubiger mag es jedoch durchaus Gründe dafür geben, dem Gericht die Prüfung der Vollstreckbarkeit nicht bereits im Arrestverfahren zu unterbreiten: Ein selbständiger Exequaturentscheid löst (neben den Kosten des Arrestverfahrens) zusätzliche Gerichtskosten aus. Solche Kosten lassen sich vermeiden, wenn die Vollstreckbarkeit sowohl im Arrestverfahren als auch im Rechtsöffnungsverfahren lediglich

<sup>27</sup> RODRIGUEZ (FN 3), 1557; STAEHELIN (FN 17), Rz. 42.

<sup>28</sup> BOLLER (FN 3), 189 f.; LAZOPOULOS (FN 17), 613; MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis (FN 15), Rz. 11, 14; MEIER-DIETERLE, «Nicht LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 21, 29; SCHWANDER (FN 3), 657; SOGO (FN 3), 78, 96 f. Nicht ganz schlüssig ist zuweilen, ob diese Autoren aLugÜ-Urteile zur Gruppe der LugÜ-Urteile oder zur Gruppe der «Nicht-LugÜ-Urteile» zählen. Es ist eher Letzteres zu vermuten.

<sup>29</sup> MEIER-DIETERLE, «Nicht LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 16, 29; SCHWANDER (FN 3), 656.

<sup>30</sup> BOLLER (FN 3), 190; LAZOPOULOS (17), 612; SOGO (FN 3), 78, 96 f.

<sup>31</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 72 f.

<sup>32</sup> Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

<sup>33</sup> Vgl. zum Ganzen etwa BOLLER (FN 3), 190; FELIX C. MEIER-DIETERLE, Der «Ausländerarrest» im revidierten SchKG, AJP/PJA 1996, 1423 ff.

<sup>34</sup> Botschaft (FN 16), 1810; SCHWANDER (FN 3), 654 f.

<sup>35</sup> Die Vollstreckbarerklärung bildete quasi einen eigenen Arrestgrund, den sog. «Lugano-Arrest» – soweit unter altem Recht die jeweilige kantonale Praxis überhaupt den Arrest als LugÜ-Sicherungsmassnahme erachtete. Vgl. vorne Ziff. I.1; ferner AGNES ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, AJP/PJA 2001 180 ff., 188.

<sup>36</sup> Spätestens im nachfolgenden Rechtsöffnungsverfahren, sofern der Schuldner in der Prosequierungsbetreibung Rechtsvorschlag erhebt.

vorfrageweise geprüft wird<sup>37</sup> oder wenn sich ein späteres Rechtsöffnungsverfahren erübrigt, etwa weil keine schuldnerischen Vermögenswerte verarrestiert werden konnten oder weil der Schuldner seine Forderung unter dem Druck des Arrests freiwillig beglichen hat. Zudem ist denkbar, dass der Gläubiger im Zeitpunkt des Arrestverfahrens noch nicht über alle Dokumente verfügt, welche er für eine Vollstreckbarerklärung benötigt, der Arrest jedoch zeitlich drängt. Unter diesen Umständen kann es für den Gläubiger Sinn machen, mit der hauptfrageweisen, strikten Prüfung der Vollstreckbarkeit zu warten, bis sie wirklich erforderlich wird.

### 2.3 Urteile, welche nach dem revLugÜ zu vollstrecken sind

Auch im revidierten Arrestrecht gilt, dass der Arrestgrund lediglich glaubhaft zu machen ist.<sup>38</sup> Am Beweismass hat sich nichts geändert.<sup>39</sup> Insofern könnte argumentiert werden, dass es auch unter neuem Recht möglich sei, gestützt auf einen ausländischen Entscheid einen Arrest zu erwirken, ohne dass der Entscheid vorgängig für vollstreckbar erklärt werden muss. Dem könnten indessen das revLugÜ und der neu eingefügte Art. 271 Abs. 3 SchKG entgegenstehen.

#### 2.3.1 Ist ein vorgängiges Exequatur durch das revLugÜ vorgeschrieben?

Art. 47 Ziff. 2 revLugÜ gibt dann einen Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme, wenn das Gericht erstinstanzlich eine Vollstreckbarerklärung ausgesprochen hat. Dieser Anspruch ergibt sich unmittelbar aus dem revLugÜ; er gilt unbeding und darf durch nationales Recht nicht eingeschränkt werden.<sup>40</sup> Mit anderen Worten gibt die erstinstanzliche Vollstreckbarerklärung dem Gläubiger auch dann einen Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme, wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind.

Art. 47 Ziff. 2 revLugÜ ist deshalb als staatsvertraglicher «Mindeststandard» zu verstehen. Diese Bestimmung schliesst dabei aber nicht aus, dass das innerstaatliche Recht eine Sicherungsmassnahme auch bereits unter weniger weit gehenden Voraussetzungen gewährt. Solche weniger weitgehende Voraussetzungen werden bspw. durch die übrigen Arrestgründe Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG aufgestellt, welche nicht an ein Urteil anknüpfen, sondern es (beim Vorliegen anderer Voraus-

setzungen) bereits genügen lassen, wenn der Gläubiger seine Forderung auf andere Weise glaubhaft macht.<sup>41</sup> So kann ein Gläubiger gestützt auf einen der in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 SchKG aufgeführten Arrestgründe auch bereits dann Vermögenswerte des Schuldners verarrestieren lassen, wenn er den materiell-rechtlichen Forderungsprozess noch gar nicht eingeleitet hat.<sup>42</sup> Ebenso kann der Gläubiger eine vom nationalen Recht vorgesehene Sicherungsmassnahme erwirken, wenn er zwar bereits ein ausländisches Urteil erstritten hat, dieses aber noch nicht vollstreckbar erklärt wurde.<sup>43</sup> Selbst ein negativer Exequaturentscheid steht einer nach nationalem Recht ausgesprochenen Sicherungsmassnahme nicht entgegen.<sup>44</sup>

Dies galt bereits unter dem alten LugÜ und wird nun im Sinne einer deklarativen Klarstellung explizit in Art. 47 Abs. 1 revLugÜ festgehalten.<sup>45</sup> Aus Art. 47 Ziff. 2 revLugÜ lässt sich demnach nicht das Erfordernis ableiten, dass ein auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützter Arrest erst und nur dann angeordnet werden dürfe, wenn der ausländische revLugÜ-Entscheid vollstreckbar erklärt worden ist.

#### 2.3.2 Ist ein vorgängiges Exequatur durch Art. 271 Abs. 3 SchKG vorgeschrieben?

Zu prüfen ist weiter, ob der neue Art. 271 Abs. 3 SchKG vorschreibt, dass ein auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützter Arrest nur nach einem vorgängig ausgesprochenen Exequatur angeordnet werden kann. Gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG hat das Gericht «(i)m unter Absatz 1 Ziffer 6 genannten Fall (...) bei ausländischen Entscheiden, die nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu vollstrecken sind, auch über deren Vollstreckbarkeit» zu entscheiden. Kurz: Das Gericht soll im Falle von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG neben dem Arrestbegehren auch über die Vollstreckbarkeit des Entscheids befinden, und dies nicht bloss vorfrageweise, sondern in einem eigenen Entscheid.

Vorab ist klarzustellen, dass Art. 271 Abs. 3 SchKG nach seinem eindeutigen Wortlaut nur dann Anwendung findet, wenn sich der Gläubiger auf einen Entscheid stützt, welcher nach dem Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007, mithin nach dem revLugÜ, zu vollstrecken ist.

Zumindest aus dem Wortlaut der Bestimmung kann nicht abgeleitet werden, dass das Gericht nur dann einen Arrest anordnen darf, wenn es den ausländischen Entscheid für vollstreckbar erklärt hat. Art. 271 Abs. 3 SchKG schreibt lediglich vor, dass das Gericht *auch* über

<sup>37</sup> Diesfalls ergeht kein selbständiger Exequaturentscheid, und es fällt lediglich die Spruchgebühr gemäss Art. 48 GebV SchKG an. Ob und inwieweit im Rechtsöffnungsverfahren bei einer hauptfrageweisen Vollstreckbarerklärung neben der Gebühr gemäss Art. 48 GebV SchKG zusätzliche Kosten erhoben werden dürfen, ist allerdings umstritten und dürfte von den Gerichten kaum einheitlich gehandhabt werden, vgl. hierzu BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 52 N 22–24.

<sup>38</sup> Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

<sup>39</sup> MEIER-DIETERLE, «Nicht-LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 18.

<sup>40</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 104, 117.

<sup>41</sup> Siehe hierzu auch RODRIGUEZ (FN 3), 1556; SCHWANDER (FN 3), 648.

<sup>42</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 16.

<sup>43</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 17.

<sup>44</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 41 N 97.

<sup>45</sup> So auch die Botschaft (FN 16), 1815 f.

die Vollstreckbarkeit einen Entscheid zu fällen hat, wenn der Gläubiger sein Arrestbegehren auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stützt und er einen revLugÜ-Entscheid vorweist. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich somit kein konditionaler Zusammenhang zwischen beiden Entscheiden des Arrestgerichts in dem Sinne, dass der Arrest nur bewilligt werden dürfe, wenn auch das Exequatur erteilt wurde. So wäre theoretisch denkbar, dass das Gericht die Vollstreckbarerklärung abweist, den Arrest aber trotzdem bewilligt, denn während für die Vollstreckbarerklärung die diesbezüglichen Voraussetzungen strikte nachzuweisen sind, genügt es für das Vorliegen des Arrestgrunds bereits, wenn dieser glaubhaft gemacht ist.<sup>46</sup>

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass Art. 271 Abs. 3 SchKG mit Blick auf Art. 47 Ziff. 2 revLugÜ erlassen wurde, nach welcher Bestimmung (erst) die Vollstreckbarerklärung Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme gibt.<sup>47</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll gestützt auf ein revLugÜ-Urteil nur dann ein Arrest angeordnet werden können, wenn das Urteil zugleich auch für vollstreckbar erklärt wird.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber wollte wohl in Anlehnung an Art. 47 Ziff. 2 LugÜ die Vollstreckbarerklärung zur Arrestvoraussetzung erheben, ansonsten er auf den Erlass des neuen Art. 271 Abs. 3 SchKG gerade so gut hätte verzichten können – denn weshalb sollte dem Gläubiger ein Exequaturentscheid «aufgenötigt» werden, wenn er diesen für die Arrestlegung gar nicht benötigt? Die Formulierung von Art. 271 Abs. 3 SchKG erscheint unter diesen Umständen ein wenig unglücklich.<sup>49</sup>

Der neue Art. 271 Abs. 3 SchKG scheint auf den ersten Blick für den Gläubiger eines revLugÜ-Urteils eine Erschwerung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zu sein: Der Gläubiger hat stets den vollen Nachweis der Vollstreckbarkeit seines Urteils zu erbringen, während er sich nach bisheriger Rechtslage bei einer bloss vorfrageweisen Prüfung der Vollstreckbarkeit im Arrestverfahren damit begnügen konnte, die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen glaubhaft zu machen. Diese Erschwerung des Beweismasses ist jedoch nur eine vordergründige.<sup>50</sup> Tatsächlich liegt indessen eine Vereinfachung vor, denn unter dem revLugÜ hat der Gläubiger erstinstanzlich (und damit auch im Hinblick auf einen Arrestentscheid) nicht sämtliche Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen zu belegen und die entsprechenden Dokumente einzureichen, sondern es genügt, wenn er das Urteil selbst sowie die standardisierte Vollstreckbarkeitsbescheinigung gemäss

Art. 54 revLugÜ einreicht.<sup>51</sup> Dies entbindet den Gläubiger (zumindest erstinstanzlich) unter anderem davon, allfällige Zustellungsnachweise zu erbringen. Weiter darf der erstinstanzliche Exequaturrichter auch keine Anerkennungsverweigerungsgründe mehr prüfen. Der Richter hat einzig noch zu prüfen, ob ihm Urteil und Vollstreckbarkeitsbescheinigung vorgelegt werden,<sup>52</sup> ob das Urteil überhaupt in den sachlichen, persönlichen, räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des revLugÜ fällt sowie schliesslich, ob es im Urteilsstaat vollstreckbar und hinreichend bestimmt ist.<sup>53</sup> Die Vollstreckbarerklärung wird dabei zur reinen Formalität. Für den Gläubiger dürfte es ein Leichtes sein, sich die Vollstreckbarkeitsbescheinigung beim Urteilsgericht zu beschaffen. Das Urteilsgericht wird die Bescheinigung vermutlich auch dann vorbehaltlos ausstellen, wenn aus Sicht des Anerkennungsstaats durchaus Vorbehalte gegen die Anerkennung bestehen könnten.<sup>54</sup>

### 2.3.3 Exkurs: Schreibt Art. 271 Abs. 3 SchKG eine Prüfung von Amtes wegen vor?

Im Übrigen ist umstritten, ob das Gericht die Vollstreckbarerklärung von Amtes wegen oder nur auf entsprechenden Antrag des Gläubigers zu prüfen hat.<sup>55</sup> Die in Art. 271 Abs. 3 SchKG verwendete Formulierung «... entscheidet das Gericht ...» legt den Schluss nahe, dass das Gericht in der Tat von Amtes wegen, also auch ohne entsprechenden Antrag, über die Vollstreckbarkeit entscheidet. Die in Art. 58 Abs. 1 ZPO verankerte Dispositionsmaxime steht dem jedenfalls nicht entgegen,<sup>56</sup> enthält doch Art. 58 Abs. 2 ZPO einen expliziten Vorbehalt zu Gunsten von gesetzlichen Bestimmungen, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist. Unklar bleibt dabei aber, in welchen Fällen das Gericht so vorzugehen hat: Nach dem Gesetzeswortlaut entscheidet das Gericht «im unter Ziffer 6 genannten Fall» über die Vollstreckbarkeit. Bedeutet dies, dass das Gericht über die Vollstreckbarkeit befindet, sobald der Gläubiger explizit den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG anruft? Oder nur dann, wenn die Voraus-

<sup>46</sup> SCHWANDER (FN 3), 656.

<sup>47</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass Art. 271 Abs. 3 SchKG im Vorentwurf noch nicht enthalten war und erst nach dem Vernehmlassungsverfahren eingefügt wurde.

<sup>48</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 59 f.; Wie gesagt liesse es das revLugÜ den Vertragsstaaten unbenommen, auch ohne vorgängige Vollstreckbarerklärung eine Sicherungsmassnahme vorzusehen, vgl. vorne, Ziff. II.2.3.1.

<sup>49</sup> Ähnlich auch BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 61.

<sup>50</sup> So auch SCHWANDER (FN 3), 656.

<sup>51</sup> Der zwingende Inhalt dieser Bescheinigung ergibt sich aus dem Musterformular im Anhang V zum Protokoll Nr. 3 zum revidierten LugÜ.

<sup>52</sup> Allenfalls nach Ermessen des Gerichts auch eine beglaubigte Übersetzung dieser Urkunden (Art. 55 Ziff. 2 LugÜ).

<sup>53</sup> BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 41 N 7.

<sup>54</sup> Das Urteilsgericht wird nämlich in der Regel davon ausgehen, dass es das Verfahren «korrekt» geführt hat (und namentlich dem säumigen Beklagten das verfahrenseinleitende Schriftstück rechtzeitig zugestellt hat, vgl. Art. 34 Ziff. 2 revLugÜ). Allfällige Vollstreckbarkeitshindernisse gehen aus dem Vollstreckungsformular nicht hervor und dürften in erster Instanz ohnehin nicht überprüft werden.

<sup>55</sup> Für eine Vollstreckbarerklärung von Amtes wegen: Botschaft (FN 16), 1821; MEIER-DIETERLE, «Nicht LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 17; RODRIGUEZ (FN 3), 1558; SCHWANDER (FN 3), 656. Für eine Vollstreckbarerklärung nur auf Antrag: STAEHELIN (FN 17), Rz. 4.

<sup>56</sup> A.M. STAEHELIN (FN 17), Rz. 4.



setzungen von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG effektiv erfüllt sind und ein Arrest bewilligt wird?

Zu Gunsten der letzteren Variante spricht die Überlegung, dass ein negativer Exequaturentscheid für den Gläubiger fatale Konsequenzen haben kann, falls man einem solchen Entscheid materielle Rechtskraft zuspricht, denn diesfalls kann der Gläubiger seine durch ein Urteil ausgewiesene Forderung zumindest in der Schweiz nie mehr zur Vollstreckung bringen.<sup>57</sup> Es wäre stossend, wenn einem Gläubiger, welcher nur an einer Arrestlegung interessiert war, wegen eines «unerbetenen» Exequaturentscheids die Vollstreckung seiner Forderung in der Schweiz auf alle Zeiten hin verunmöglicht wird. Entsprechend ist zu fordern, dass das Gericht nur im Falle eines gutgeheissenen Arrestbegehrens von Amtes wegen einen Exequaturentscheid fällt.<sup>58</sup>

#### 2.4 Urteile, welche nach aLugÜ zu vollstrecken sind

Auch wenn per 1. Januar 2011 das revLugÜ in Kraft getreten ist, wird das aLugÜ im Bereich Anerkennung und Vollstreckung noch längere Zeit von Bedeutung sein, denn wie gezeigt richten sich Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen, welche unter dem aLugÜ ergangen sind, ebenfalls noch nach dem aLugÜ.<sup>59</sup>

Im aLugÜ fehlte zwar eine Art. 47 Ziff. 1 revLugÜ entsprechende Bestimmung. Art. 39 aLugÜ regelt im Gegensatz zu Art. 47 revLugÜ lediglich, wann das Übereinkommen dem Gläubiger einen unbedingten Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme gibt. Dies ist wie unter dem revLugÜ dann der Fall, wenn der Gläubiger in erster Instanz eine Vollstreckbarerklärung seines Entscheids erwirkt hat. Die Bestimmung äussert sich jedoch nicht dazu, wie es sich mit Sicherungsmassnahmen *vor* der Vollstreckbarerklärung verhält. Genau wie unter Art. 47 Ziff. 1 revLugÜ, welcher diese Frage expliziert regelt, gilt auch unter dem aLugÜ, dass jeder Vertragsstaat frei ist, Sicherungsmassnahmen vorzusehen, welche auch bereits *vor* einer Vollstreckbarerklärung angeordnet werden können.<sup>60</sup> Das aLugÜ schreibt somit nicht vor, dass das nationale Vollstreckungsrecht nur und erst dann einen Arrest vorsehen dürfe, wenn das aLugÜ-Urteil vollstreckbar erklärt wurde. Dies wurde auch unter dem Regime des bisherigen Ausländerarrests so gehandhabt, indem ein Gläubiger ohne weiteres gestützt auf ein aLugÜ-Urteil einen Arrest verlangen konnte, ohne dass ein Exequatur erforderlich gewesen

wäre.<sup>61</sup> Anspruch hierauf gab ihm in diesem Fall (mangels Vollstreckbarerklärung) nicht etwa das aLugÜ, sondern das nationale Vollstreckungsrecht, i.c. der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG in der bis Ende 2010 geltenden Fassung.<sup>62</sup> Im Zuge der Gesetzesrevision gab es keine Anzeichen dafür, dass diese Praxis in irgendeiner Weise eingeschränkt werden sollte. Im Gegenteil: Als Begleiterscheinung des neuen Arrestgrundes von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG wurde der bisherige Ausländerarrest insofern «aufgelockert», als der Schuldner nun auch Wohnsitz in der Schweiz haben darf, wenn sich der Gläubiger auf ein Urteil zu stützen vermag.

Aus dem neuen Art. 271 Abs. 3 SchKG lässt sich nichts Anderes ableiten. Wie gezeigt, ist Art. 271 Abs. 3 SchKG ohnehin nur anwendbar, wenn sich der Gläubiger auf ein Urteil beruft, welches nach dem revLugÜ zu vollstrecken ist. Der Gläubiger eines aLugÜ-Urteils kann daher wie bis anhin wählen, ob er zusätzlich zum Arrest einen eigenständigen Exequaturentscheid beantragt oder ob er die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen lediglich vorfrageweise prüfen lässt, wobei diesfalls das Beweismass der Glaubhaftmachung gilt. Im Vergleich zum Gläubiger eines revLugÜ-Urteils, welcher die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen nicht bloss glaubhaft zu machen, sondern stets nachzuweisen hat, ist darin jedoch nicht etwa eine Bevorzugung zu erblicken: So kann es für den Gläubiger eines LugÜ-Urteils eine erhebliche Hürde darstellen, wenn er etwa die Ordnungsmässigkeit und die Rechtzeitigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks<sup>63</sup> zwar nicht nachweisen, so doch aber immerhin glaubhaft machen muss. Auch wenn der Gläubiger den Arrestrichter unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftmachung nicht vollständig vom Vorliegen dieser Voraussetzungen zu überzeugen braucht, so erfordert die Glaubhaftmachung doch immerhin, dass sich der Gläubiger in seinem Arrestgesuch mit den anwendbaren Zustellvorschriften auseinandersetzt, was im internationalen Verhältnis nicht immer einfach ist. Solches ist unter dem revLugÜ aufgrund der Vollstreckbarkeitsbescheinigung zumindest in erster Instanz nicht mehr erforderlich. Materiell gesehen hat der Gläubiger eines aLugÜ-Urteils somit höhere Anforderungen zu erfüllen als der Gläubiger eines revLugÜ-Urteils, auch wenn ihn formell das tiefere Beweismass trifft.<sup>64</sup>

Ein Exequatur ist daher wie bis anhin nicht erforderlich, damit der Gläubiger eines aLugÜ-Urteils einen Arrest erwirken kann. Da der fehlende Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz kein Tatbestandsmerkmal von Ziff. 6 bildet, berechtigt ein aLugÜ-Entscheid auch gegen einen Schuldner mit schweizerischem Wohnsitz zum Arrest. Dies war unter dem bisherigen Arrestrecht

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser Problematik PHILIPP GROZ, Die materielle Rechtskraft von Entscheiden betreffend Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile auf Geldleistung, AJP/PJA 2006 683 ff., 686 f.

<sup>58</sup> So auch BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 4), Art. 47 N 65.

<sup>59</sup> Siehe vorne, FN 4.

<sup>60</sup> DANIEL STAHELIN, in Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008, Art. 39 N 13.

<sup>61</sup> Siehe vorne, Ziff. II.2.2.

<sup>62</sup> Wobei Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG jedoch zusätzlich voraussetzte, dass der Schuldner keinen Wohnsitz in der Schweiz hat.

<sup>63</sup> Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ.

<sup>64</sup> So auch MEIER-DIETERLE, «Nicht LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 20; SCHWANDER (FN 3), 656.



nur möglich, wenn sich der Gläubiger auf den sogenannten «Lugano-Arrest» zu stützen vermochte, d.h.; wenn er eine Vollstreckbarerklärung eines aLugÜ-Urteils erwirkt hatte.<sup>65</sup> Neu genügt es, wenn die Vollstreckbarkeit lediglich vorfrageweise geprüft wird. Im Vergleich zum bisherigen Ausländerarrest wird der Gläubiger eines aLugÜ-Urteils diesbezüglich somit bessergestellt.

## 2.5 Urteile, welche nach anderen Staatsverträgen oder nach IPRG zu vollstrecken sind

### 2.5.1 Wortlaut und Systematik

Stützt sich der Gläubiger auf einen ausländischen Entscheid, der weder nach dem alten noch nach dem revidierten LugÜ zu vollstrecken ist, so kann weder aus dem alten noch aus dem revidierten LugÜ noch aus Art. 271 Abs. 3 SchKG abgeleitet werden, dass ein solcher Entscheid vorab für vollstreckbar erklärt werden müsse, damit er gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zum Arrest berechtigt.

M.E. gilt hier vielmehr wie ganz allgemein im Arrestrecht, dass der Arrestgrund, hier das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels, lediglich glaubhaft gemacht werden muss.<sup>66</sup> Bezogen auf ein ausländisches Urteil bedeutet dies, dass der Gläubiger den Richter davon zu überzeugen hat, dass der Entscheid später einmal vollstreckbar erklärt werden kann, ohne dass er aber sämtliche hierfür erforderlichen Voraussetzungen bereits im Arrestbewilligungsverfahren nachzuweisen hätte.<sup>67</sup> Diesbezüglich gilt unter dem neuen Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG dasselbe wie unter dem vormaligen Ausländerarrest von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG.

Dass Wortlaut und Systematik von Art. 271 und Art. 272 SchKG diese Lösung vorgeben, ist weitgehend unbestritten. Ein Teil der Lehre kommt aber auf dem Wege der Auslegung zum Schluss, dass ein ausländisches Nicht-LugÜ-Urteil nur dann gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zu einem Arrest berechtigt, wenn es vorher für vollstreckbar erklärt worden ist. Ohne vorgängige Vollstreckbarerklärung berechtigt ein solches Urteil nur dann zum Arrest, wenn einer der übrigen Arrestgründe von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 SchKG erfüllt sei.<sup>68</sup>

### 2.5.2 Historische Auslegung

Die Gegner der hier vertretenen Meinung argumentieren in erster Linie unter Berufung auf die historische Auslegung, dass das Hauptmotiv des Gesetzgebers für die jüngste Revision des Arrestrechts die Umsetzung des im revLugÜ vorgesehenen Vollstreckungsmechanismus<sup>7</sup> gewesen sei und dass dabei inländische Urteile gegenüber solchen aus dem LugÜ-Raum nicht benachteiligt

werden sollten. Da revLugÜ-Urteile nur zum Arrest berechtigten, wenn sie erstinstanzlich vollstreckbar erklärt worden seien, müsse dies erst recht für Nicht-LugÜ-Urteile gelten, da diese nicht stärker, sondern schwächer als LugÜ-Urteile seien.<sup>69</sup>

Es trifft zwar grundsätzlich zu, dass das ursprüngliche Motiv für die vorliegende Arrestrechtsrevision die Umsetzung der LugÜ-Sicherungsmaßnahme ins nationale Recht war und dass dabei eine Diskriminierung schweizerischer Urteile gegenüber revLugÜ-Urteilen vermieden werden sollte. Bei einer Gesetzesrevision steht das ursprüngliche Motiv aber lediglich am Anfang und gibt den *Anstoss* für die Revision. Dabei ist es nicht unüblich, dass sich die daraus ergebende Revision auch in Bereichen auswirkt, welche vom ursprünglichen Motiv nicht erfasst wurden. Entscheidend ist letztlich das *Resultat* in Form des Gesetzes, welches am Ende des Gesetzgebungsprozesses vorliegt. Das Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Wohl kann der historische Wille des Gesetzgebers namentlich bei jungen Gesetzen als Auslegungshilfe herbeigezogen werden. Dies jedoch nur, soweit der historische Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext Niederschlag gefunden hat. Ansonsten ist er für die Auslegung nicht entscheidend.<sup>70</sup> Im vorliegenden Gesetzeswortlaut, wonach der Gläubiger das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels glaubhaft zu machen hat, ist ein gesetzgeberischer Wille, einen Arrest nur nach vorgängiger Vollstreckbarerklärung zuzulassen, nicht erkennbar.<sup>71</sup>

Ferner trifft es nicht zu, dass sich der historische Wille des Gesetzgebers einzig auf die Umsetzung der Vorgaben des revLugÜ und auf die Nichtdiskriminierung von Schweizer Urteilen richtete. Vielmehr fiel die vorliegende Revision des Arrestrechts *bewusst* weiter aus, als vom revLugÜ vorgegeben.<sup>72</sup> Der Gesetzgeber wäre staatsvertraglich lediglich verpflichtet gewesen, ein Sicherungsmittel für vollstreckbar erklärte LugÜ-Entscheide bereitzustellen, welches nicht vom Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen abhängig sein darf, wie etwa dem fehlenden Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz. Dass er das Privileg einer solchen unbedingten Sicherungsvollstreckung auf inländische Entscheide ausdehnen wollte, ist richtig; darüber hinaus gilt aber auch die Ausdehnung auf ausländische Entscheide ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ als vom Willen des Gesetzgebers mitgetragen, ist doch auch diese Urteilkategorie an der betreffenden Stelle der Botschaft

<sup>65</sup> Siehe vorne, Ziff. II.2.2.

<sup>66</sup> Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

<sup>67</sup> Siehe vorne, Ziff. II.2.2.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ (FN 3), 1557; STAEHELIN (FN 17), Rz. 40–43.

<sup>69</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 40; im Ergebnis auch RODRIGUEZ (FN 3), 1557. STOFFEL (FN 19) hingegen schliesst ausländische Nicht-LugÜ-Urteile per se vom Anwendungsbereich von Ziff. 6 aus, Art. 271 N 109.

<sup>70</sup> BGE 134 V 170 E. 4.1.

<sup>71</sup> Ein solcher Wille hat nur hinsichtlich der Vollstreckung von revLugÜ-Urteilen seinen Niederschlag ins Gesetz gefunden, und zwar in Form des neuen Art. 271 Abs. 3 SchKG.

<sup>72</sup> Botschaft (FN 16), 1821; MEIER-DIETERLE, «Nicht LugÜ-Entscheide» (FN 17), Rz. 7; SCHWANDER (FN 3), 647 f.

ausdrücklich erwähnt.<sup>73</sup> Es war durchaus beabsichtigt, dass dank der im SchKG vorgenommenen Änderungen alle Gläubiger von den prozessualen Verbesserungen gegenüber dem geltenden Recht profitieren können sollten, und zwar «unabhängig davon, ob das revLugÜ zur Anwendung kommt oder nicht».<sup>74</sup>

Im Übrigen zeigt zudem auch eine Analyse der Systematik des Art. 271 Abs. 1 SchKG, dass durchaus beabsichtigt war, auch Nicht-revLugÜ-Urteile unter den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zu subsumieren: Indem gleichzeitig mit der Schaffung des neuen Arrestgrundes beim bisherigen «Ausländerarrest» gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Voraussetzung des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils ersatzlos gestrichen wurde, brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass jegliches Urteil zum Arrest berechtigen soll, sofern die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen glaubhaft gemacht sind. Wäre beabsichtigt gewesen, für Nicht-revLugÜ-Urteile das bisherige Regime beizubehalten – insbesondere die Voraussetzung des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz –, so hätte der Gesetzgeber die Voraussetzung des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nicht ersatzlos gestrichen, sondern eine entsprechende Differenzierung vorgenommen. Dass der Gesetzgeber dies «aus Versehen» unterlassen haben soll,<sup>75</sup> erscheint wenig wahrscheinlich. Die Botschaft zeigt vielmehr, dass der Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 und 6 SchKG genau so gewollt war, hält sie doch fest, dass «(d)er neue Arrestgrund (...) grundsätzlich auch den Berechtigten aus einem ausländischen Entscheid (...) ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ zur Verfügung (steht)».<sup>76</sup> Weiter stellt sie klar, dass mit der neuen Bestimmung Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG der Hinweis in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG auf vollstreckbare gerichtliche Urteile überflüssig werde. Wo ein solches Urteil vorliege, sei neu der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gegeben, und die weiteren Voraussetzungen in Art. 271 Abs. 1 Ziffer 4 SchKG müssten nicht geprüft werden. Entsprechend werde der Satzteil «oder auf einem gerichtlichen Urteil» in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gestrichen.<sup>77</sup>

### 2.5.3 Wertungssystematik

STAEHELIN erblickt sodann einen Widerspruch in der Wertungssystematik, indem nach der hier vertretenen Auffassung ausländische Nicht-revLugÜ-Urteile gegenüber revLugÜ-Urteilen bevorzugt behandelt würden, wenn sie ohne vorgängige Vollstreckbarerklärung zum Arrest berechtigen.<sup>78</sup> Wie oben dargelegt wurde,<sup>79</sup> handelt es sich dabei jedoch nur vordergründig um eine Bevorzugung von Gläubigern, welche einen Arrest gestützt

auf ein ausländisches Nicht-revLugÜ-Urteil erwirken wollen. Faktisch hat ein solcher Gläubiger grössere Anstrengungen vorzunehmen, um den Arrestrichter von der *prima-facie*-Vollstreckbarkeit des Urteils zu überzeugen, als der Gläubiger eines revLugÜ-Urteils, welcher dem Richter neben dem Urteil bloss die formularmässige Vollstreckbarkeitsbescheinigung vorzulegen hat. Wollte man vom Gläubiger eines Nicht-revLugÜ-Urteils unter dem neuen Arrestrecht verlangen, dass er die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen stets strikte nachzuweisen habe, so stellte dies im Vergleich zur bisherigen Rechtslage eine erhebliche Erschwerung der Rechtsstellung dar, denn anders als bei revLugÜ-Urteilen wurden bei Nicht-revLugÜ-Urteilen die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen nicht etwa erleichtert. Darüber hinaus liesse sich fragen, ob der Gläubiger nicht ohnehin gänzlich auf den Überraschungseffekt des Arrests verzichten müsste, denn eine hauptfrageweise Vollstreckbarerklärung nach IPRG lässt sich aufgrund des dort vorgesehenen kontradiktorischen Exequaturverfahrens<sup>80</sup> nicht im einseitigen Arrestverfahren realisieren. Es ist indes nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine derartige Erschwerung für Gläubiger von Nicht-revLugÜ-Urteilen anstrebte, ohne darüber in der Botschaft auch nur ein Wort zu verlieren – zumal es ein erklärtes Ziel der vorliegenden Gesetzesrevision war, die Gläubigerrechte zu stärken.<sup>81</sup>

Dies scheinen auch die Kritiker der hier vertretenen Meinung zu anerkennen. Sie propagieren daher, dass ein ausländisches Nicht-revLugÜ-Urteil, das (noch) nicht vollstreckbar erklärt wurde, gleichwohl zum Arrest berechtigen soll, allerdings nur gestützt auf einen anderen Arrestgrund, primär gestützt auf den Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG.<sup>82</sup> Unter diese Bestimmung lässt sich ein solches Urteil aber in der Regel gerade nicht subsumieren, weil die Voraussetzung des vollstreckbaren gerichtlichen Urteils wie erwähnt mit der Revision aus Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gestrichen worden ist und das Urteil nicht als «Schuldanererkennung im Sinne von Artikel 82 Abs. 1 SchKG» qualifiziert werden kann. Dem wird wiederum entgegengehalten, dass wenn eine Schuldanererkennung zur Arrestlegung berechtige, ein Urteil *a fortiori* genügen müsse.<sup>83</sup> Dabei wird anerkannt, dass bei einer solchen Auslegung eine «systematische Unsauberkeit» verbleibt,<sup>84</sup> der Widerspruch zwischen der neuen Gesetzssystematik und dem Auslegungsergebnis wird mit einem angeblichen «Versehen» des Gesetzgebers überbrückt,<sup>85</sup> was m.E. jedoch nicht überzeugt.

<sup>73</sup> Botschaft (FN 16), 1821.

<sup>74</sup> Botschaft (FN 16), 1831 f.

<sup>75</sup> So STOFFEL (FN 19), Art. 271 N 85.

<sup>76</sup> Botschaft (FN 16), 1821.

<sup>77</sup> Botschaft (FN 16), 1821.

<sup>78</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 41.

<sup>79</sup> Siehe vorne, Ziff. II.2.4

<sup>80</sup> Art. 29 Abs. 2 IPRG.

<sup>81</sup> Botschaft (FN 16), 1831 f.

<sup>82</sup> RODRIGUEZ (FN 3), 1557; STAEHELIN (FN 17), Rz. 43.

<sup>83</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 43; STOFFEL (FN 19), Art. 271 N 87.

<sup>84</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 43.

<sup>85</sup> STOFFEL (FN 19), Art. 271 N 85.

#### 2.5.4 Tendenz: Stärkung der Gläubigerrechte

Die hier vertretene Auffassung steht auch mit der allgemeinen Stossrichtung des revLugÜ und des revidierten Arrestrechts im Einklang. So war unter anderem die Beschleunigung der Vollstreckung von Entscheiden eines von mehreren Zielen der LugÜ-Revision.<sup>86</sup> Zudem sollte das Institut des Arrests prozessual aufgewertet werden, und die Vorzüge des revLugÜ sollten auch Gläubigern von inländischen Urteilen zuteilwerden.<sup>87</sup> Die Rechtsstellung solcher Gläubiger sollte damit zu Lasten des Schuldners erheblich gestärkt werden, indem einem Urteilsgläubiger eine Sicherungsmassnahme bewilligt wird, ohne dass er das Vorliegen einer jeden Gefährdung darzutun hätte.

Die geäusserte Befürchtung, dass der Schuldner eines ausserkontinentalen Urteils seine Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Urteils nicht vorbringen kann, wenn vor der Arrestlegung kein Exequaturverfahren stattfindet,<sup>88</sup> ist zwar zutreffend. Sie ist indessen nicht neu, denn auch unter dem bisherigen Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG sah sich der Schuldner eines ausländischen Nicht-LugÜ-Urteils damit konfrontiert, dass seine Vermögenswerte mit Arrest belegt werden konnten, ohne dass er vorgängig allfällige Anerkennungsverweigerungsgründe hätte vorbringen können. Die Frage stellt sich deshalb vielmehr dahingehend, ob sich der Schuldner eines ausländischen Nicht-revLugÜ-Urteils ein solches Vorgehen auch dann gefallen lassen muss, wenn er in der Schweiz Wohnsitz hat. Denn im bisherigen Arrestrecht<sup>89</sup> galt bis anhin, dass ein Urteil nur dann zum Arrest berechtigt, wenn der Schuldner in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, weil diesfalls aufgrund des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz implizit eine Vollstreckungsgefährdung angenommen wurde. Aufgrund des neuen Arrestgrunds von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG kann sich nun auch der in der Schweiz wohnhafte Schuldner eines Schweizer Urteils mit den unangenehmen Folgen eines Arrests konfrontiert sehen. Mit der Arrestrechtsrevision hat sich das dargelegte Verständnis insofern geändert, als das Gefährdungselement des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz als Voraussetzung für die Arrestlegung entfallen ist, zumindest wenn die Arrestforderung durch ein Urteil ausgewiesen ist. Damit wurde das vorbestehende Gefüge von Gläubiger- und Schuldnerinteressen wertungsmässig zu Gunsten des Gläubigers verändert. Dass sich diese Verschiebung von Gläubiger- und Schuldnerinteressen auch auf ausländische Nicht-revLugÜ-Urteile auswirkt, erscheint nur konsequent.

#### 2.5.5 Fazit

M.E. erscheint es wenig überzeugend, wenn sich das Auslegungsergebnis derart schlecht mit der Gesetzessystematik und dem Wortlaut des Gesetzes verträgt, zumal die angebliche «Unsauberkeit» bzw. das angebliche «Versehen» in der Gesetzesredaktion ausdrücklich so gewollt war und in der Botschaft<sup>90</sup> (und überdies auch bereits im Erläuternden Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren<sup>91</sup>) so kommuniziert wurde. Dies umso mehr, als mit der hier vertretenen Auffassung anders als bei der Gegenmeinung dem Gesetzeswortlaut keine Gewalt angetan werden muss und sich die Gesetzessystematik als schlüssig erweist.

Kommt man zum Schluss, dass für ausländische Nicht-revLugÜ-Urteile für eine erfolgreiche Berufung auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ein vorgängiges Exequatur nicht erforderlich ist, so entfallen damit auch die Bedenken, dass das einseitige Arrestbewilligungsverfahren kein Raum für die vom IPRG geforderte Verfahrensbeteiligung des Schuldners offen lasse.<sup>92</sup>

### III. Schlussbetrachtung

#### 1. Der Zuger und der Genfer Entscheid im Lichte der dargestellten Problematik

##### 1.1 Zum Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG

Sowohl das Zuger wie auch das Genfer Gericht verlangten für einen gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auszusprechenden Arrest, dass das nach dem aLugÜ zu vollstreckende Urteil zuerst für vollstreckbar erklärt werden müsse. Insofern folgten beide der von STAEHELIN und RODRIGUEZ vertretenen Meinung.

In der Begründung des Zuger Entscheids wurde der Fokus primär auf die Vorgaben des aLugÜ gelegt, namentlich darauf, dass (erst) die Vollstreckbarerklärung Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme gebe. Dass dem so ist, ist unbestritten. Wünschenswert wäre indessen eine verstärkte Auseinandersetzung mit der Frage gewesen, ob das schweizerische Arrestrecht – unabhängig von den Minimalvorgaben gemäss aLugÜ – dem Gläubiger einen Arrest auch schon unter weniger weitgehenden Voraussetzungen gewährt, insbesondere dann, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass er über ein vollstreckbares Urteil verfügt. Nach der hier vertretenen Meinung wäre eine Vollstreckbarerklärung jedenfalls nicht Voraussetzung für einen Arrest gewesen, denn weder hindert das aLugÜ die Vertragsstaaten daran, Sicherungsmassnahmen auch unter weniger strengen Voraussetzungen anzuordnen, noch lässt sich in Bezug auf

<sup>86</sup> Botschaft (FN 16), 1785.

<sup>87</sup> Botschaft (FN 16), 1786, 1816, 1821, 1831 f.

<sup>88</sup> STAEHELIN (FN 17), Rz. 42.

<sup>89</sup> Unter Ausklammerung der Sicherungsmassnahme gemäss Art. 39 LugÜ («Lugano-Arrest»).

<sup>90</sup> Botschaft (FN 16), 1821.

<sup>91</sup> Begleitbericht (FN 25), 39.

<sup>92</sup> Siehe hierzu RODRIGUEZ (FN 3), 1557.



einen aLugÜ-Entscheid etwas aus Art. 271 Abs. 3 SchKG ableiten.<sup>93</sup>

Was den Genfer Entscheid betrifft, so erweist es sich als schwierig, die Haltung des Gerichts bezüglich des neuen Arrestgrunds einzuschätzen. Das Gericht behandelte den Amsterdamer Entscheid ohne nähere Begründung wie ein revLugÜ-Urteil, prüfte gestützt auf Art. 271 Abs. 3 SchKG hauptfrageweise dessen Vollstreckbarkeit und verneinte diese konsequenterweise, weil die Gläubigerin das für revLugÜ-Urteile vorgesehene Vollstreckbarkeitsformular nicht beigebracht hatte.

## 1.2 Zum Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG

Im ersten Arrestentscheid prüfte das Kantonsgericht Zug hilfsweise den von der Gläubigerin nicht angerufenen Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Allerdings wurde bereits die unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Immunität geforderte Binnenbeziehung verneint, so dass eine vollständige Prüfung der Voraussetzungen dieses Arrestgrunds unterblieb. Es lässt sich daher nicht sagen, ob das Gericht das Urteil im Vergleich zu der in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG vorgesehenen Schuldanererkennung «*a fortiori*» hätte genügen lassen. Falls das Gericht den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG mit der Begründung verneint hätte, dass die Gläubigerin nicht über eine Schuldanererkennung verfüge und die Forderung auch keinen genügenden Bezug zur Schweiz aufweise,<sup>94</sup> so wäre die Arrestgläubigerin quasi «zwischen Stuhl und Bank» gefallen: Im Vergleich zur früheren Rechtslage hätte sie für einen Arrest eine Vollstreckbarerklärung erwirken müssen – im Gegensatz zu Gläubigern von revLugÜ-Urteilen hätte sie diese Erschwerung jedoch nicht dadurch kompensieren können, indem sie dem Gericht einfach das Vollstreckbarkeitsformular vorgelegt hätte, denn dieses hätte die Anerkennungsbedingungen des aLugÜ nicht erfüllt.

Wie erwähnt, bewilligte hingegen das Genfer Gericht den Arrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Auch hier lässt sich jedoch nicht sagen, ob das Gericht den «*a fortiori*»-Ansatz verfolgt hatte. Dem Arrestgesuch lag im Genfer Verfahren (anders als im Zuger Verfahren) auch der ursprüngliche (unterzeichnete) Vertrag bei, welcher die im Urteil festgestellte Forderung begründete. Das Gericht konnte so den Arrest ohne Weiteres auf die in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG vorausgesetzte Schuldanererkennung stützen, ohne dass es darüber hätte entscheiden müssen, ob hierfür *a fortiori* auch ein (noch nicht vollstreckbar erklärtes) Urteil genügt hätte. Praxisgemäss war der positive Arrestbewilligungsentscheid nicht begründet.

## 2. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nach der weit aus überwiegender Meinung grundsätzlich für jeden Rechtstitel offen steht, welcher später einmal zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen kann. Insbesondere kann sich nicht nur der Gläubiger eines Schweizer Urteils oder eines Urteils, welches nach dem revLugÜ zu vollstrecken ist, auf diesen Arrestgrund berufen, sondern auch der Gläubiger eines Urteils, welches nach dem aLugÜ, einem anderen Staatsvertrag oder nach dem IPRG zu vollstrecken ist.

Umstritten ist dagegen, ob der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nur zur Verfügung steht, wenn der entsprechende Entscheid für vollstreckbar erklärt wurde.

In Bezug auf *revLugÜ-Urteile* dürfte diese Frage eher theoretischer Natur bleiben, denn der Gläubiger wird üblicherweise in der Lage sein, die Vollstreckbarkeit mit Vorlage des Vollstreckbarkeitsformulars nachzuweisen. M.E. setzt Art. 271 Abs. 3 SchKG für eine Arrestbewilligung eine Vollstreckbarerklärung voraus, wobei das Gericht über die Vollstreckbarkeit von Amtes wegen einen eigenständigen Entscheid zu treffen hat. Wurde jedoch kein Antrag auf ein Exequatur gestellt und liegen die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen auch gar nicht vor, so hat das Gericht lediglich das Arrestbegehren abzuweisen, es hat jedoch keinen negativen Exequaturentscheid zu fällen.

In den bislang zum Thema ergangenen Publikationen geht nicht immer klar hervor, welches Schicksal die *aLugÜ-Urteile* teilen. M.E. ergeben sich für den Gläubiger eines *aLugÜ-Urteils* wie bis anhin mehrere Möglichkeiten: Er kann gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG einen Arrest erwirken, wobei er wählen kann, ob die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen gemäss aLugÜ lediglich vorfrageweise und auf Glaubhaftigkeit hin geprüft werden sollen oder ob ein eigenständiger Exequaturentscheid ergehen soll. Neu ist für ihn, dass er im erstgenannten Fall auch dann einen Arrest erwirken kann, wenn der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hat. Die Mehrheit der Lehre hält m.E. zu Recht dafür, dass ein Nicht-*revLugÜ-Urteil* gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zum Arrest berechtigt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass das Urteil die vom IPRG bzw. vom anwendbaren Staatsvertrag aufgestellten Anerkennungsbedingungen erfüllt. Neu ist in diesem Fall, dass der schweizerische Wohnsitz des Schuldners dem Arrest nicht entgegensteht. Für eine hauptfrageweise Vollstreckbarerklärung im Arrestverfahren bleibt wie bis anhin aufgrund des kontradiktorischen Exequaturverfahrens gemäss IPRG kein Raum.

<sup>93</sup> Siehe vorne, Ziff. II.2.4.

<sup>94</sup> Hiervon ging die Gläubigerin aus, dementsprechend berief sie sich auch nicht auf den Arrestgrund von Ziff. 4.