

Avv. Francesco Naef

Die Anpassung des SchKG an das revidierte LugÜ

Eine einfache Lösung für eine komplizierte Frage: der vergessene Art. 108
SchKG 29.6.1888

Der Bundesrat nimmt die Ratifizierung des revidierten Lugano-Übereinkommens (LugÜ) zum Anlass, um das SchKG und die künftige schweizerische Zivilprozessordnung punktuell an das LugÜ anzupassen und damit die gezielte Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens durchzusetzen. Er schlägt vor, einen neuen Arrestgrund einzuführen und das Verfahren in zwei Teile zu gliedern: zuerst die Vollstreckungszulassung und dann die eigentliche Zwangsvollstreckung. Dies ist aber nicht vereinbar mit der schweizerischen Rechtstradition, ausländische Urteile für Geldforderungen direkt im gewöhnlichen und einfachen Betreibungsverfahren zu vollstrecken; das vorgeschlagene System bringt somit keine Vereinfachung, sondern eine Erschwerung des Verfahrens mit sich.

Rechtsgebiet(e): SchKG; LugÜ

Zitiervorschlag: Francesco Naef, Die Anpassung des SchKG an das revidierte LugÜ, in: Jusletter 27.
Oktober 2008

[Rz 1] Zwar kennt das geltende schweizerische Zwangsvollstreckungssystem keine Sicherungsmassnahme mit Überraschungseffekt gegen einen in der Schweiz wohnhaften Schuldner, wie es das revLugÜ¹ vorschreibt. Dieser Mangel wurde aber einzig durch ein Versehen des Gesetzgebers in den Jahren 1888-1889 verursacht und könnte einfach korrigiert werden.

[Rz 2] Die Entscheidvollstreckung unter dem LugÜ – 16 Jahre nach seiner Inkrafttretung – ist in der Schweiz immer noch unbefriedigend und chaotisch, weil kein Einführungsgesetz besteht. Dies gilt insbesondere für die Sicherungsmassnahme mit Überraschungseffekt, die dem Gläubiger während des Exequaturverfahrens zur Verfügung steht. Zudem sind die ausländischen Urteile bessergestellt als die schweizerischen Urteile: Mit einem schweizerischen Geldurteil darf der Gläubiger keine Sicherungsmassnahme gegen einen in der Schweiz wohnhaften Schuldner erhalten.

[Rz 3] Endlich hat der Bundesrat die Ratifizierung des revidierten LugÜ zum Anlass genommen, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) und die künftige schweizerische Zivilprozessordnung punktuell an das Übereinkommen anzupassen. Die Anpassungen betreffen das Sicherungsmittel im Rahmen der Vollstreckung in- und ausländischer Urteile sowie den formellen Ablauf des Vollstreckungsverfahrens.

[Rz 4] Mit diesen vorgeschlagenen Anpassungen sollte einerseits dem kantonalen «Wildwuchs» ein Ende bereitet und andererseits sichergestellt werden, dass die Wirksamkeit des revLugÜ nicht durch eine fehlende Abstimmung mit dem SchKG oder dem E-ZPO in Frage gestellt wird. Gleichzeitig sollten die Anpassungen die Vorzüge, die das revLugÜ dem Gläubiger im Ausland zur Verfügung stellt, auch Gläubigern in der Schweiz eröffnen².

[Rz 5] Mit diesen Zielen sind alle einverstanden. Wenig überzeugend sind hingegen die vorgeschlagenen Mittel, mit denen sie erreicht werden sollen.

[Rz 6] Insbesondere fraglich ist der Entscheid, für Geldforderungen primär den *Arrest* nach Artikel 271 ff. SchKG als Sicherungsmittel nach revLugÜ vorzusehen, und auf eine Umsetzung der *provisorischen Pfändung* als revLugÜ-konformes Sicherungsmittel zu verzichten.

1. Unvereinbarkeit des Arrestsystems mit dem Vollstreckungssystem des LugÜ

[Rz 7] Das vorgeschlagene System ist nicht vereinbar mit dem Gebot des LugÜ dem Gläubiger ein rasches, einfaches Vollstreckungsverfahren und eine wirksame und unbedingte Sicherungsmassnahme zur Verfügung zu stellen; zudem entspricht es nicht dem geschlossenen Rechtsmittelsystem des Übereinkommens:

- Das Erfordernis eines richterlichen Arrestbewilligungsverfahrens (Art. 272 Abs. 1 E-SchKG) entspricht nicht Art. 47 n. 2 revLugÜ, welcher dem Gläubiger die *automatische* Befugnis gibt, nach erfolgtem Exequatur Sicherungsmassnahmen zu ergreifen. Der EuGH hat dies 1985 klar ausgedrückt: Die Partei, auf deren Antrag die Zwangsvollstreckung zugelassen worden ist, kann unmittelbar die auf Sicherungsmassnahmen beschränkte Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners betreiben, *ohne hierfür eine besondere Ermächtigung* erwirken zu müssen³. Eine gerichtliche Bewilligung des Arrests ist somit nicht nur entbehrlich, sondern sogar konventionswidrig⁴: «Eine solche Überprüfung wäre im Falle von Sicherungsmassnahmen, die aufgrund von Artikel 39 (LugÜ) getroffen wurden, nicht gerechtfertigt, ja sogar überflüssig. Diese Massnahmen erfolgen nämlich nicht aufgrund eines summarischen Zulassungsverfahrens, sondern aufgrund der Rechtswirkung, die das Übereinkommen einer in einem anderen Vertragsstaat ergangenen Entscheidung verleiht»⁵.
- Diese automatische Befugnis bedeutet: *ohne andere Bedingungen*⁶. Deswegen ist die im SchKG geltende Pflicht des Gläubigers, die *Arrestgegenstände substantiiert zu bezeichnen* (Art. 272 Abs. 1 N. 3 SchKG) auch konventionswidrig⁷.
- Umso weniger darf der Arrest von *einer Sicherheitsleistung abhängig* gemacht werden (Art. 273

¹ Zum Thema RODRIGO RODRIGUEZ/SANDRINE ROTH, Table de concordance commentée de la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007 et de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Jusletter 26. November 2007.

² Erläuternder Begleitbericht vom 30.5.2008 zum Vernehmlassungsverfahren über den Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommen von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, S. 28.

³ EuGH vom 3.10.1985, Capelloni/Pelkmans, Rs. 119/84, Slg. 1985, S. 3147 N. 26.

⁴ GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Bern 2007, S. 480; A.M. AGNES ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, AJP/PJA 2001, S. 188.

⁵ EuGH, Capelloni/Pelkmans (FN 3), N. 34.

⁶ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, L'exécution des décisions étrangères selon la Convention de Lugano: titres susceptibles d'exécution, mainlevée définitive, procédure d'exequatur, mesures conservatoires, SJ 1997, S. 577.

⁷ ALESSANDRA CAMBI FAVRE-BULLE, La mise en oeuvre en Suisse de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano, SZIER/RSDIE 1998, S. 365; KAUFMANN-KOHLER (FN 6), S. 579; A.M. ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 189.

Abs. 1 SchKG), ohne die unmittelbare Befugnis des Gläubiger in unzulässiger Weise zu beschränken⁸.

- Das zusätzliche Verteidigungsmittel der *Arrestsprache* (Art. 278 SchKG) ist nicht mit dem eigenständigen und geschlossenen⁹ System des Übereinkommens vereinbar¹⁰, weil dieses ein einziges Rechtsmittel (Art. 43 LugÜ) sowohl gegen die Vollstreckbarerklärung als auch gegen die Sicherungsmassnahme vorsieht¹¹. Da die Gesetzesverletzung und Unangemessenheit der eigentlichen nationalen Vollstreckung der Sicherungsmassnahme von Schuldner und Dritten schon durch Beschwerde (Art. 17 SchKG) gerügt werden kann, würde ein zusätzliches Rechtsmittel die (vom Übereinkommen gezielte) Raschheit und Einfachheit des Vollstreckungsverfahrens verunmöglichen.
- Schliesslich ist die *Arrestprosequierungspflicht* der Gläubiger konventionswidrig. Zweck des Übereinkommens war die Vereinfachung des Verfahrens¹²; in Bezug auf die Durchsetzung der Konvention in der Schweiz waren die Parteien der Meinung, dass Geldurteile in den Rechtsöffnungsverfahren vollstreckt werden sollten, ohne die Notwendigkeit einer besonderen Vollstreckungserklärung (Art. 32 LugÜ)¹³. Ziel der Revision des LugÜ war, das Verfahren zu beschleunigen¹⁴. Gemäss dem Entwurf ist der Gläubiger – wenn er die Sicherungsmassnahme (Art. 47 revLugÜ) geniessen will – aber gezwungen, ein separates Exequaturverfahren einzuleiten und anschliessend die eigentliche Zwangsvollstreckung mit dem Rechtsöffnungsverfahren: eine Verdoppelung und unnötige Verzögerung des Verfahrens, die in krassem Missverhältnis mit den Zielen des LugÜ und revLugÜ steht¹⁵.

[Rz 8] Warum wurde die Lösung des Arrests vorgeschlagen, dessen Kompatibilität fraglich bzw. höchst umstritten ist? Das

System der provisorischen Pfändung wäre einfacher und mit dem System des LugÜ und des SchKG vereinbar.

2. «Ursprüngliche» provisorische Pfändung als Ei des Kolumbus

[Rz 9] Gemäss dem erläuternden Begleitbericht wurde auf eine Umsetzung der *provisorischen Pfändung* – die zwar gegenüber dem Arrest für den Gläubiger gewisse Vorzüge aufweist, z.B. Befreiung von der Pflicht, die Arrestgegenstände zu bezeichnen, – als revLugÜ-Sicherungsmittel verzichtet, weil deren Anpassung nur mit schwerwiegenden Eingriffen in das Einleitungsverfahren des SchKG verwirklicht werden könnte. Dazu wäre etwa die Ausgestaltung des Zahlungsbefehls als fakultatives Element (nach Wahl des Gläubigers) des Einleitungsverfahrens zu zählen gewesen. Der Gläubiger hätte demnach gestützt auf einen revLugÜ-Titel unmittelbar beim Rechtsöffnungsrichter im einseitigen Verfahren das Exequatur verbunden mit der provisorischen Pfändung und der definitiven Rechtsöffnung verlangen können. Ein solcher Eingriff in das SchKG, namentlich der teilweise Verzicht auf den Zahlungsbefehl, dürfte jedoch auf verbreitete Kritik stossen¹⁶.

[Rz 10] Das beweist, dass man *nur eines der möglichen Lösungskonzepte* im Auge hatte: nämlich jenes von Prof. WALTER¹⁷.

[Rz 11] Man muss aber nicht unbedingt auf den Zahlungsbefehl verzichten, sondern könnte einfach das System der provisorischen Pfändung für Geldurteile, welches von der Bundesversammlung am 29.6.1888 angenommen und – aus Versehen – im definitiven Text des SchKG vergessen wurde, wieder einführen.

[Rz 12] Schon der erste SchKG-Entwurf des Bundesrates vom 23.2.1886 sah für den Gläubiger, der im Besitz eines vollstreckbaren Urteils ist, die Möglichkeit vor, die provisorische Pfändung (mit Ermächtigung des Gerichts) zu verlangen, *ohne den Ablauf der Bestreitungsfrist abwarten* zu müssen (Art. 96 E-SchKG 23.2.1886)¹⁸. Die ständerätliche Kommission änderte den Entwurf in dem Sinne, dass die provisorische Pfändung *ohne eine besondere Ermächtigung des Gerichts* möglich war¹⁹, und schlug folgenden Text vor (Art. 95 E-SchKG)²⁰:

1 Sofern der Gläubiger seine Forderung auf ein vollstreckbares gerichtliches Urtheil, einen gerichtlichen Vergleich oder eine gerichtliche Anerkennung gründet, kann er schon vor Ablauf der Zahlungsfrist und

⁸ ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 189; KAUFMANN-KÖHLER (FN 6), S. 579; CAMBI FAVRE-BULLE (FN 7), S. 366; DANIEL STAEHELIN, in: FELIX DASSER/PAUL OBERHAMMER, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, N. 21 zu Art. 39.

⁹ EuGH vom 2.7.1985, Deutsche Genossenschaftsbank/Brasserie du pêcheur, Rs. 148/84, Slg. 1985, S. 1981 N. 17.

¹⁰ WALTER (FN 4), S. 481; KAUFMANN-KÖHLER (FN 6), S. 579; A.M. ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), p. 189.

¹¹ EuGH, Capelloni/Pelkmans (FN 3), N. 35.

¹² EuGH, Capelloni/Pelkmans (FN 3), N. 15.

¹³ PAUL JENARD/GUSTAF MÖLLER, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano am 16. September 1988, in: Übereinkommen von Lugano, Bd. I. Text und erläuternder Bericht, Zürich 1991, S. 231 n. 69; Übereinkommen von Lugano, Bd. II. Materialien, Zürich 1991, S. 69 N. 32, 75.

¹⁴ Erläuternder Begleitbericht (FN 2), S. 8, 24.

¹⁵ WALTER (FN 4), S. 476-477.

¹⁶ Erläuternder Begleitbericht (FN 2), S. 35.

¹⁷ WALTER (FN 4), S. 482-484.

¹⁸ BBI 1886 II, S. 106-107.

¹⁹ Auszug aus dem Protokoll der ständerätlichen Kommission, in: BBI 1886 III, S. 685-686.

²⁰ BBI 1886 III, S. 798.

ungeachtet eines etwaigen Rechtsvorschlages die einstweilige Vornahme der Pfändung verlangen, es wäre denn, daß der Schuldner für den Betrag der Forderung beim Betreibungsamt Sicherheit leistet.

²Ist Recht vorgeschlagen, so darf die Verwerthung der gepfändeten Gegenstände erst vorgenommen werden, nachdem der zuständige Richter auf Aufhebung des Rechtsvorschlages erkannt hat. Der Betreibungsbeamte soll auf Verlangen des Schuldner eine kurze Frist bestimmen, innerhalb welcher der Gläubiger das Begehren um Rechtsöffnung anhängig zu machen hat; wird diese Frist nicht eingehalten oder der Rechtsvorschlag richterlich geschützt, so fällt die Pfändung dahin oder ist die geleistete Sicherheit zurückzustellen.

[Rz 13] Dieser Vorschlag wurde ohne Änderungen vom Ständerat am 22.12.1886²¹, von der nationalrätlichen Kommission²² und vom Nationalrat am 29.4.1887 angenommen²³. Er wurde zum Art. 108 des zweiten SchKG-Entwurfs des Bundesrates vom 27.1.1888²⁴ und als solcher von beiden Räten in der zweiten Beratung am 29.6.1888 angenommen²⁵. Mit dem dritten SchKG-Entwurf vom 7.12.1888 wollte der Bundesrat die provisorische Pfändung – die er im vorherigen Entwurf nur auf Grund von Urteilen vorgesehen hatte – auf alle Forderungen *ausdehnen*, welche durch eine schriftliche Schuldanerkennung bewiesen sind²⁶; mit dieser «Ausdehnung» hat er aber die provisorische Pfändung für Urteile gestrichen²⁷. Da niemand dieses Versehen bemerkte, ist die provisorische Pfändung im geltenden Recht nur zugunsten der Gläubiger einer schriftlichen Schuldanerkennung bestehen geblieben (Art. 83 Abs. 1 SchKG).

[Rz 14] Die Wiedereinführung des vergessenen Art. 108 E-SchKG 29.6.1888 würde – mit wenigen Korrekturen²⁸ – alle Problemen lösen²⁹.

[Rz 15] Diese provisorische Pfändung wird auf Gesuch des Gläubigers ohne vorherige Ermächtigung eines Richters direkt vom Betreibungsamt vollzogen; aufgrund einer Beschei-

nigung der Vollstreckbarkeit gemäss Art. 334 Abs. 2 E-ZPO bzw. Anhang V und VI zum revLugÜ wird das Betreibungsamt in der Lage sein festzustellen, ob dem Gesuch des Gläubigers Folge zu geben ist.

[Rz 16] Die provisorische Pfändung darf sogar mit dem Betreibungsbegehren gestellt werden, um den Überraschungseffekt zu bewirken; nach der Vollziehung der provisorischen Pfändung (ohne Vorankündigung an den Schuldner) wird der Zahlungsbefehl dem Schuldner zugestellt. Die Frage der Vollstreckbarkeit eines Geldurteils wird *einzig vorfrageweise* im Rahmen des gewöhnlichen kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahrens mit der Beschränkung der Prüfungsbeugnis des Rechtöffnungsrichters gemäss Art. 41 revLugÜ entschieden; der kontradiktorische Charakter des Verfahrens ist nicht problematisch, da der Überraschungseffekt mit dem vorherigen Vollzug der provisorischen Pfändung schon erreicht wurde.

[Rz 17] Es steht selbstverständlich dem Gläubiger offen, die provisorische Pfändung erst in einem späteren Stadium des Einleitungsverfahrens zu verlangen, z.B. nach Erteilung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheids; damit verzichtet der Gläubiger auf den Überraschungseffekt

[Rz 18] Der erläuternde Begleitbericht wendet gegen die provisorische Pfändung als Sicherungsmassnahme gegenüber einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner ein, es sei aus schweizerischer Rechtssicht systemwidrig³⁰. Diese Kritik überzeugt: Es rechtfertigt sich nicht, die dem schweizerischen Vollstreckungssystem eigene Unterscheidung zwischen Spezial- und Generalexécution gänzlich zu untergraben³¹. Wie im geltenden Art. 83 Abs. 1 SchKG soll, je nach der Person des Schuldners, die provisorische Pfändung oder das Güterverzeichnis angeordnet werden³²; Art. 38 Abs. 2 SchKG soll unberührt bleiben.

[Rz 19] Nicht gerechtfertigt dagegen ist der Einwand, das Güterverzeichnis sei zu wenig effizient, weil es keine Beschlagnehmung miteinschliesst³³. Es wird wie eine Pfändung vollzogen (Art. 163 Abs. 2 SchKG) und der Schutz vor unerlaubten Verfügungen wird durch das Strafrecht – ähnlich wie im Fall der Pfändung (Art. 164 SchKG, 169 StGB) – gewährleistet³⁴; zudem werden normalerweise bewegliche Sachen auch im Fall einer Pfändung einstweilen in den Händen des Schuldners gelassen (Art. 98 Abs. 2 SchKG).

[Rz 20] Selbstverständlich soll das Güterverzeichnis (wie die provisorische Pfändung) vom Betreibungsamt *unmittelbar* gestützt auf das Gesuch des Gläubigers, ohne die im Art. 162 SchKG vorgesehene Prüfung des Sicherheitsbedürfnisses,

²¹ BBI 1887 I, S. 116; Délibérations concernant le projet de loi fédérale du 23 février 1886 sur la poursuite pour dettes et la faillite, Aperçu des propositions présentées au Conseil des Etats et des décisions votées par ce Conseil en premier débat, Bern 1886, S. 18.

²² BBI 1887 II, S. 304.

²³ BBI 1887 II, S. 739 ff.

²⁴ Rep. 1888, S. 254.

²⁵ PIERRE-ROBERT GILLIERON, Commentaire de la LP, Lausanne 1999-2003, N. 7 zu Art. 80.

²⁶ BBI 1888 IV, S. 1147.

²⁷ BBI 1888 IV, S. 1172-1173, 1150; GILLIERON (FN 25), N. 8 zu Art. 80.

²⁸ Ausführlich FRANCESCO NAEF, L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité, SZP/RSPC 2006, S.339-344.

²⁹ GILLIERON (FN 25), N. 31 zu Art. 83, N. 104 zu Art. 271; CHARLES JAQUES, Le «rang» des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordinations de créance (postpositions), Lausanne 1999, S. 513 FN 5.

³⁰ Erläuternder Begleitbericht (FN 2), S. 35.

³¹ ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 190; STAEHELIN (FN 8), N. 27 zu Art. 39.

³² ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 191.

³³ WALTER (FN 4), S. 484; Erläuternder Begleitbericht (FN 2), S. 35.

³⁴ STAEHELIN (FN 8), N. 32 zu Art. 39; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 191.

vollzogen werden; der Beginn der Frist von Art. 165 Abs. 2 SchKG soll auch angepasst werden³⁵.

[Rz 21] Zu lösen bleibt das Problem des Schuldners ohne inländischen Betreuungsort³⁶, weil jede Betreuung einen Betreuungsort voraussetzt. Wie schon oben dargelegt, ist der Arrest – auch in der neu vorgeschlagenen Form – konventionswidrig. Besser ist, auch in diesem Fall das Konzept der provisorischen Pfändung zu wählen und ein *forum necessitatis* vorzusehen.

[Rz 22] Was das Rechtsmittelsystem betrifft, übernimmt die Beschwerde (Art. 316 ff. E-ZPO) gegen den Rechtsöffnungsentscheid die Funktion des Rechtsbehelfs gemäss Art. 43 revLugÜ. Der Entwurf schlägt richtigerweise vor, dass der Beschwerde im Anwendungsbereich des revLugÜ die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 325a Abs. 2 E-ZPO); sonst hätte der Gläubiger die Möglichkeit, anschliessend an den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid sofort das Fortsetzungsbegehren zu stellen³⁷, was unvereinbar mit dem Sicherungscharakter der Massnahme des Art. 47 Abs. 3 revLugÜ wäre. Aufgrund des Gleichheitsprinzips sollte dieselbe Lösung auch für inländische Urteile gelten: Jede Beschwerde gegen einen erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid soll aufschiebende Wirkung haben. Im Gegenteil soll die Prüfungsbefugnis des Beschwerderichters nur im Rahmen der Anwendbarkeit des revLugÜ erweitert werden (Art. 325a Abs. 1 E-ZPO), weil diese sich einzig durch die beschränkte Kognition der ersten Exequaturinstanz (Art. 41 revLugÜ) rechtfertigt, welche beim inländischen Gläubiger unanwendbar ist: Ungleiche Sachverhalte sollen ungleich behandelt werden. Was die Fristen des Rechtsbehelfs gegen den Rechtsöffnungsentscheid betrifft, kommt unmittelbar Art. 43 Abs. 5 revLugÜ zur Anwendung³⁸.

[Rz 23] Die Einheitsbeschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) – bzw. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) – ist der letzte Rechtsbehelf im Sinne von Art. 44 revLugÜ.

[Rz 24] Das Konzept der provisorischen Pfändung/Güterverzeichnis könnte schliesslich auch ein taugliches Mittel sein, um die Anwendungsschwierigkeiten der vorläufigen Vollstreckbarkeit inländischer Urteile (Art. 312 Abs. 2 E-ZPO) zu lösen. Gemäss Art. 312 Abs. 2 E-ZPO kann die Rechtsmittelinstanz der Berufung die aufschiebende Wirkung entziehen und somit die vorzeitige Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils bewilligen. Da diese antizipierte Vollstreckbarkeit – vor dem definitiven Entscheid über die Berufung – zur definitiven Rechtsöffnung und zur *Verwertung* der gepfändeten Sachen bzw. zum *Konkurs* führt, kann sie dem Schuldner einen

schweren und sogar nichtwiedergutzumachenden Schaden verursachen³⁹.

[Rz 25] Ausländische vorläufig vollstreckbare Urteilen sind – im Bereich der Anwendung des revLugÜ – weniger problematisch, weil der Mechanismus von Art. 46 Abs. 1 revLugÜ den Schuldner vor einer vorzeitigen (Befriedigungs-) Zwangsvollstreckung schützt: Das mit dem Rechtsbehelf befasste Gericht kann das Rechtsbehelfverfahren aussetzen (und somit die definitive Zwangsvollstreckung verhindern), wenn gegen die (vorläufig vollstreckbare) Entscheidung im Ursprungsstaat ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt oder die Frist für einen solchen Rechtsbehelf noch nicht verstrichen ist. Diese Möglichkeit besteht selbstverständlich auch im Rechtsöffnungsverfahren⁴⁰.

[Rz 26] Inländische vorläufig vollstreckbare Entscheide geniessen dagegen nicht den Mechanismus des Art. 46 revLugÜ. Mit dem Konzept der provisorischen Pfändung/Güterverzeichnis könnte man jedoch zum selben praktischen Resultat kommen.

[Rz 27] Bei der Entziehung der aufschiebenden Wirkung der Berufung sollte es im Ermessen der Rechtsmittelinstanz stehen (Art. 312 Abs. 2 zweitem Satz E-ZPO)⁴¹, den Inhalt der vorläufigen Vollstreckbarkeit zur provisorische Pfändung/Güterverzeichnis-Befugnis zu begrenzen⁴². Der Gläubiger sollte in dieser Weise eine Sicherungsmassnahme erhalten, die bis zur definitiven Vollstreckbarkeit seines Titels in Kraft bleiben würde. Da die gepfändeten Güter bis zur Rechtskraft des Urteils nicht verwertet werden dürften, würde der Schuldner keinen Schaden erleiden.

[Rz 28] Dieses Lösungskonzept ist aus folgenden Gründen vorzuziehen:

- ein einziges, einfaches und rasches Verfahren sowohl für die Vollstreckungsbewilligung als auch für die eigentliche Zwangsvollstreckung von Geldurteilen;
- eine Sicherungsmassnahme (mit Überraschungseffekt) für den Gläubiger, die perfekt integriert im schweizerischen Zwangsvollstreckungssystem und 100-prozentig vereinbar mit dem revLugÜ ist;
- Gleichbehandlung von ausländischen und inländischen Geldurteilen.

³⁵ STAEHELIN (FN 8), N. 33 zu Art. 39; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 191.

³⁶ ATTESLANDER-DÜRRENMATT (FN 4), S. 190; CAMBI FAVRE-BULLE (FN 7), S. 368.

³⁷ BGE 126 III 479 E. 2a.

³⁸ YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Berne 1997, Bd. II, N. 3910; A.M. STAEHELIN (FN 8), N. 24 zu Art. 36.

³⁹ Ausführlich FRANCESCO NAEF, Pour l'effectivité de la justice civile, Jusletter 3. März 2008, Rz. 76-80.

⁴⁰ Sei es in zweiter Instanz – wie DONZALLAZ (FN 38), N. 4093 zutreffend vertritt – oder schon vor dem erstinstanzlichen Rechtsöffnungsrichter, STAEHELIN (FN 8), N. 17 zu Art. 38.

⁴¹ Oder im Gesetz vorzuschreiben: NAEF (FN 39), Rz. 81-84.

⁴² ISAAK MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, S. 40.

3. Fazit

[Rz 29] Ziel der Revision des LugÜ war eine weitere Vereinfachung und Beschleunigung des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens. Für die Geldurteile schlägt der Bundesrat vor, diese Vereinfachung mit der Einführung eines neuen Arrestgrundes und der Ausgestaltung des Verfahrens in zwei Teilen zu fördern: zuerst die Vollstreckungszulassung und dann die eigentliche Zwangsvollstreckung. Mit diesem Verfahren benötigt der Gläubiger sieben Gerichtsentscheidungen (Arrest/Vollstreckbarerklärung, Arresteinsprache-, Beschwerde-, Bundesgerichtsentscheid, Rechtsöffnung, Beschwerde-, Bundesgerichtsentscheid), bis er zu seinem Geld kommt.

[Rz 30] Im Gegenteil werden gemäss schweizerischer Rechtstradition ausländische Urteile für Geldforderungen im gewöhnlichen Betreibungsverfahren vollstreckt. Es bedarf keines separaten Gestaltungsaktes, um die Wirkung der Vollstreckbarkeit für die Schweiz zu erreichen, weil die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheids vorfrageweise im definitiven Rechtsöffnungsverfahren geprüft wird: Vollstreckungszulassung und Zwangsvollstreckung sind in einem einzigen Verfahren integriert und somit wird das gleiche Ergebnis mit (höchstens) drei Gerichtsentscheidungen erreicht. Das Verfahren ist zweifellos einfacher und schneller.

[Rz 31] Zwar kennt dieses schweizerische System keine Sicherungsmassnahme mit Überraschungseffekt gegen einen in der Schweiz wohnhaften Schuldner, wie es das revLugÜ vorschreibt. Dieser Mangel wurde aber einzig aus einem Versehen des Gesetzgebers in den Jahren 1888-89 verursacht. Mit der Wiedereinführung des vergessenen Art. 108 E-SchKG vom 29. Juni 1888 würde das schweizerische ordentliche Zwangsvollstreckungsverfahren (wieder) im Einklang mit dem revLugÜ stehen.

[Rz 32] Der vorgeschlagene Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revLugÜ sollte wie folgt geändert werden:

Art. 271 Abs 1 Ziff. 6 (neu) und Art. 279 Abs. 5 (neu) SchKG

Streichen

Art. 88a SchKG (neu)

¹ Sofern der Gläubiger seine Forderung auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil oder eine der in Artikel 80 bezeichneten Urkunden gründet, kann er, je nach der Person des Schuldners, die provisorische Pfändung oder die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss Artikel 162 verlangen.

² Verlangt der Gläubiger diese Massnahme mit dem Betreibungsbegehren, so hat das Betreibungsamt dem Begehren ohne Vorankündigung an den Schuldner und auch während den Betreibungsferien sowie während eines dem Schuldner gewährten Rechtsstillstandes

stattzugeben; der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner nach Vollzug der provisorischen Pfändung oder des Güterverzeichnisses zugestellt.

³ Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so muss der Gläubiger innert zehn Tagen, nachdem ihm dieser mitgeteilt worden ist, definitive Rechtsöffnung verlangen; wird diese Frist nicht eingehalten oder das Rechtsöffnungsgesuch endgültig abgewiesen, so fällt die Pfändung oder das Güterverzeichnis dahin.

⁴ Der Gläubiger kann die Fortsetzung der Betreuung oder die Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke nur aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt, und erst wenn die in Artikel 80 bezeichnete Urkunde rechtskräftig geworden ist; die Frist nach Artikel 165 Absatz 2 steht bis zu diesem Zeitpunkt still.

Art. 52a SchKG (neu)

Sieht dieses Gesetz keinen Betreibungsort in der Schweiz vor, so kann die Betreuung gemäss Artikel 88a dort eingeleitet werden, wo sich eines der gepfändeten Vermögensstücke befindet; sie wird auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt.

Art. 323 Abs. 3 E-ZPO (neu)

³ Die Beschwerde gegen einen Rechtsöffnungsentscheid gemäss Artikel 80 hat aufschiebende Wirkung.

Anhang II Erklärung der Schweiz zu Art. 39 revLugÜ

Die Erklärung der Schweiz lautet wie folgt:

- in der Schweiz:

a) für Entscheidungen, die zu einer Geldleistung verpflichten, an den Rechtsöffnungsrichter/juge de la mainlevée/giudice competente a pronunciare sul rigetto dell'opposizione im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens nach den Artikeln 80 und 81 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs/loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite/legge federale sulla esecuzione e sul fallimento,

b) für Entscheidungen, die nicht auf Zahlung eines Geldbetrages lauten, an das kantonale Vollstreckungsgericht/tribunal cantonal de l'exécution/giudice cantonale dell'esecuzione;

* * *