

SchKG-Vereinigung * Association LP

Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Association pour le droit des poursuites et de la faillite

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Internationales Privatrecht
Herr Dr. Rodrigo Rodriguez
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 27. August 2008
ST/sb

Vernehmlassung Revision Lugano-Übereinkommen

Sehr geehrter Dr. Rodriguez

Die SchKG-Vereinigung möchte sich freundlichst dafür bedanken, dass ihr in obengenannter Angelegenheit Gelegenheit gegeben wurde, Stellung zu nehmen. Dem möchte sie gerne wie folgt nachkommen:

I. Revision Lugano-Übereinkommen

1. Die SchKG-Vereinigung unterstützt die Genehmigung des revidierten Lugano-Übereinkommens. Eine Nichtgenehmigung hätte negative Konsequenzen für das Verhältnis der Schweiz zur EU. Nachdem es der Schweiz gelungen ist, in einer EU/EFTA-Arbeitsgruppe indirekt auf die Revision des Brüsseler-Übereinkommens Einfluss zu nehmen und es gelungen ist, die neue EU-Verordnung und das revidierte Lugano-Übereinkommen inhaltlich weitgehend in Übereinstimmung zu bringen, wäre es nur schwer verständlich, wenn ausgerechnet nun die Schweiz die Revision zurückweisen würde.
2. Aufgrund dieser Sachlage erübrigt sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem revidierten Übereinkommen. So ist die Neuregelung der Rechtshängigkeit durchaus zu begrüssen, während die Neuformulierung des Gerichtstands am Erfüllungsort eher kompliziert erscheint, man hätte besser diesen Gerichtsstand ganz gestrichen. Da es jedoch in der Natur von Verträgen liegt, dass alle Seiten Konzessionen machen müssen, kann dem Erreichten durchaus zugestimmt und der Schweizerischen Delegation ein Lob ausgesprochen werden.

Anpassung der Bundesgesetzgebung

a) Allgemeines

3. Dass die Bundesgesetzgebung (endlich) an das Lugano-Übereinkommen angepasst wird, wird von der SchKG-Vereinigung äusserst begrüsst. Es wird damit eine grosse Rechtsunsicherheit, welche zu einer abundanten Publikationsflut geführt hat, beseitigt.
4. Die SchKG-Vereinigung rät jedoch dringend, das revidierte Übereinkommen sowie die Änderungen in der Bundesgesetzgebung gleichzeitig mit der revidierten Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 in Kraft zu setzen. Eine frühere Inkraftsetzung würde zu zusätzlichen Inkompatibilitäten in der Rechtsordnung führen.

b) Schweizerische Zivilprozessordnung

5. Im Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung soll die Schutzschrift im Exequaturverfahren gemäss LugÜ nicht zugelassen werden. Die Zulässigkeit einer Schutzschrift wird in der Literatur zu Art. 41 EuGVO teilweise verneint (KROPHOLLER, 8. Auflage, Art 41 N 10, GEIMER-SCHÜTZE, 2. Auflage, Art. 41 N 7) dennoch sollte nach Auffassung der SchKG-Vereinigung die Schutzschrift auch beim Exequaturverfahren gemäss LugÜ zulässig sein und Art. 266 Abs. 1 E-ZPO nicht angepasst werden. Wie schon das bisherige LugÜ (D. STAEHELIN, in: DASSER/OBERHAMMER, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Art. 34 N 2) schliesst es der Wortlaut des revidierten Abkommens nicht aus, eine Schutzschrift zu beachten. Der Exequaturrichter darf somit eine Schutzschrift in dem Umfang beachten, in welchem er selbst den Titel zu überprüfen hat (RAUSCHER/MANKOWSKI, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 41 N 9). Dies sind, entgegen KROPHOLLER (a.a.O., Art. 41 N 10), nicht nur die rein formalen Kriterien, sondern insbesondere auch die fehlende Vollstreckbarkeit (KROPHOLLER, a.a.O., Art. 41 N 6). Die fehlende Vollstreckbarkeit kann sich nun auch aus einer nachträglichen Stundung oder Tilgung ergeben (GEIMER-SCHÜTZE, a.a.O., Art. 41 N 13, D. STAEHELIN, a.a.O., Art. 34 N 9). Diesbezüglich ist die Beachtung einer Schutzschrift zulässig und kann sinnvoll sein. Demgemäss ist Art. 266 E-ZPO nicht anzupassen.
6. Wenn man die Beschwerde gegen die Vollstreckbarerklärung nach Lugano-Übereinkommen in der E-ZPO regeln will, so ist der vorgeschlagene Art. 325a sicher richtig. Diesfalls sollte jedoch auch auf die Beschwerdefrist gemäss Art. 43 Abs. 5 LugÜ in der ZPO verwiesen werden.
7. Ob der der Hinweis im Begleitbericht wonach der Rechtsbehelf an das Bundesgericht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat, ist offen, denn die Vollstreckbarerklärung ist - zumindest nach bisherigem

Verständnis - ein Gestaltungsurteil, bei welche eine Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG; D. STAEHELIN a.a.O. Art. 37 N 6). Da dies nicht als opportun erscheint, sind Exequutentscheide und Rechtsöffnungsentscheide allgemein (die auch Gestaltungsurteile sind) ausdrücklich in Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG von der ex lege erfolgende aufschiebenden Wirkung auszunehmen (vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 27 N 39).

c) Revision SchKG

8. Den Arrest als Sicherungsmassnahme gemäss Art. 47 revLugÜ zu bezeichnen, ist nach Ansicht der SchKG-Vereinigung richtig.
9. Richtig ist auch, dass der Exequaturrichter Vermögenswerte in der ganzen Schweiz verarrestieren kann (vgl. D. STAEHELIN, a.a.O., Art. 39 N 20).
10. Eine Sicherheitsleistung durch den Gläubiger gemäss Art. 73 Abs. 1 SchKG ist gemäss herrschender Lehre im Anwendungsbereich des Art. 39 LugÜ (47 revLugÜ) ausgeschlossen, da der Arrest nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf (D. STAEHELIN, a.a.O., Art. 39 N 21 m. weit. Hinw.). Demzufolge ist Art. 273 Abs. 1 SchKG wie folgt zu ergänzen:

„Eine Sicherheitsleistung ist ausgeschlossen bei einem Arrest aufgrund der Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6.“

11. Richtig ist es, die örtliche Zuständigkeit auf das Gericht am Betreuungsort auszudehnen. Dies wird zur Konsequenz haben, dass künftig in allen Fällen, nicht nur beim Arrest auf Grund eines vollstreckbaren Titels, ein schweizweiter Arrest möglich ist. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.
12. Die SchKG-Vereinigung begrüsst es sehr, dass ein Arrest nunmehr auch aufgrund von schweizerischen Urteilen möglich sein wird. Dadurch wird die Diskriminierung von Schweizer Vollstreckungstiteln gegenüber solchen des Auslandes, wie sie das geltende Recht kennt, beseitigt. Entgegen dem Begleitbericht (S. 35, 39) geht es hier indes nicht um die Diskriminierung von Gläubigern in der Schweiz gegenüber Gläubigern aus dem LugÜ-Raum, denn Gläubiger eines ausländischen Titels kann auch ein Schweizer sein und Gläubiger eines schweizerischen Titels ein Ausländer.
13. Ebenfalls ist es inhaltlich zu begrüßen, dass der Gläubiger eines schweizerischen (oder ausländischen) vollstreckbaren Entscheides einen Arrest als Sicherungsmassnahme für Geldforderungen verlangen kann. Wenn ein Schuldner mittels vollstreckbarem Entscheid zur Zahlung verurteilt wurde, erscheint es gerechtfertigt, dem Gläubiger das Recht auf Sicherungsmassnahmen zu geben. Der Schuldner erleidet dadurch nicht

einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, denn er kann sich spätestens im Prosektionsverfahren wehren.

14. Interessant und innovativ ist der Vorschlag im Begleitbericht, dass ein Arrest als vorsorgliche Massnahme auch von einem Gericht während eines laufenden Hauptverfahrens angeordnet werden könnte, sofern dessen örtliche Zuständigkeit nach Art. 272 SchKG gegeben ist (S. 40). Eine separate Prosekution ist diesfalls entbehrlich, da der Hauptanspruch bereits hängig ist.
15. Von der Sache her erscheint es richtig, diesfalls einen Arrest zuzulassen, denn das mit der Sache befasste Gericht kann am besten entscheiden, ob diesfalls ein Arrest als vorsorgliche Massnahme den Interessen beider Parteien gerecht wird. Eine Beschlagnahmung von Geld als vorsorgliche Massnahme kann durchaus sinnvoll sein, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind (Anspruch, drohender Nachteil, Dringlichkeit). Es besteht kein Grund, den Geldgläubiger bei vorsorglichen Massnahmen gegenüber dem Gläubiger einer Realleistung zu benachteiligen. Wieso bei Erlass des SchKGs die Arrestgründe im Gesetz abschliessend geregelt wurden und nicht eine offene Formulierung wie in den ZPOs gesucht wurde, müsste noch rechtshistorisch untersucht werden. Eventuell wurden die Arrestgründe damals abschliessend umschrieben, damit sich nicht eine kantonal unterschiedliche Praxis entwickelt. Ebenfalls wäre es von Interesse, rechtsvergleichend die Regelungen in anderen Ländern näher darzustellen.
16. Die Einführung schweizerischer vorsorgliche Massnahmen für Geldforderungen ist auch deswegen zu begrüessen, weil entsprechende Massnahmen aus LugÜ-Staaten – sofern sie extraterritoriale Geltung haben wollen - in der Schweiz vollstreckt werden müssen (vgl. NAEGELI/VETTER, Zur Anerkennung und Vollstreckung euro-internationaler Arrestbefehle in der Schweiz, AJP 2005, 1312 ff.).
17. Da vorsorgliche Massnahmen nicht nur während eines hängigen Verfahrens, sondern auch bereits vor Rechtshängigkeit zulässig sind (Art. 259 E-ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 22 N 25), hätte dies zur Konsequenz, dass ein Arrest angeordnet werden könnte, obwohl weder ein vollstreckbares Endurteil vorliegt, noch ein anderer Rechtsgrund gegeben ist, noch ein Prozess hängig ist. Es müssten einzig die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen (Anspruch, drohender Nachteil, Dringlichkeit) gegeben sein. Die Prosekution müsste hier gemäss den allgemeinen Regeln durch Betreibung oder Klage erfolgen (Art. 279 SchKG).
18. Da eine derartige Neuerung mit einer mehr als hundertjährigen Rechtstradition brechen würde, ist sie explizit in das Gesetz aufzunehmen und nicht bloss schamhaft im Begleitbericht (resp. in der künftigen Botschaft) zu erwähnen, ansonsten Gelehrtenstreite und Rechtsunsicherheit

die garantierte Folge wäre. Demzufolge ist auch noch ein Art. 271 Abs. 1 Ziff. 7 SchKG mit folgendem Wortlaut aufzunehmen:

„7. Wenn die Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 257 ZPO gegeben sind.“

19. Desgleichen ist Art. 258 E-ZPO folgendermassen zu ergänzen:

„f. ein Arrest gemäss Art. 271 ff. SchKG“

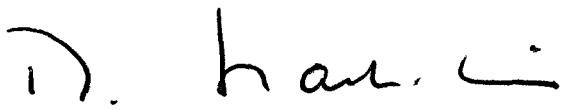
20. Des Weiteren wäre zu Art. 12 E-ZPO folgender Abs. 2 hinzuzufügen:

„Ein Arrest kann nur vom Gericht am Ort gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG angeordnet werden“.

21. Zu überlegen wäre, ob in Art. 265 E-ZPO zu spezifizieren wäre, dass für die Anordnung (Glaubhaftmachung von Vermögensgegenständen, die dem Schuldner gehören), die Rechtsmittel (Einsprache) und die Prosekution (Fristen gemäss Art. 279) die Vorschriften des SchKG vorgehen, oder ob dies in der bisherigen Fassung der E-ZPO bereits enthalten ist.
22. Als nächstes stellen sich Abgrenzungsprobleme zwischen dem Arrest als vorsorglicher Massnahme gemäss ZPO und den übrigen Arrestgründen. Nach Auffassung der SchKG-Vereinigung ist jeder Arrestgrund für sich alleine zu betrachten. So wäre ein Arrest gegen eine Person mit Wohnsitz im Ausland als vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 7 möglich, obwohl die Voraussetzungen des Ausländerarrestes gemäss 271 Abs. 1 Ziff. 4 nicht gegeben sind.
23. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, welche auf Zahlung gerichtet ist, ist streng zu unterscheiden von der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, die bloss die Leistung einer Sicherheit für eine Geldforderung bezweckt. Erstere ist richtigerweise nur zulässig in den vom Gesetz bestimmten Fällen (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 22 N 21; DAVID RÜETSCHI, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Diss. Basel 2002). Nur die Sicherungsmassnahme soll daher als vorsorgliche Massnahme allgemein eingeführt werden. Das Gericht in der Hauptsache kann daher nicht anordnen, der Schuldner wird vorsorglich angewiesen CHF 100.00 zu zahlen, worauf diese vorsorgliche Massnahme vollstreckbar wird und ein Arrestgrund gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 wird, denn dann könnte der Gläubiger den Arrest prosequieren, was zur vorläufigen Zahlung führen würde, was - wie gesagt - nur ausnahmsweise zulässig sein sollte (vgl. D. STAEHELIN in der Besprechung des o. g. Werkes von David Rüetschi, ZZZ 2004, S. 276).
24. Von einigen Mitgliedern der SchKG-Vereinigung wurde die vorsorgliche Massnahme gemäss E-ZPO als Arrestgrund abgelehnt. Es wurde geltend

gemacht, als Gefährdung sei bei inländischem Wohnsitz einzig die Schuldnerflucht, resp. die Absicht, Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen, denkbar und dies sei bereits heute ein Arrestgrund (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2).

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Staehelin'. The letters are cursive and somewhat stylized.

Prof. Dr. Daniel Staehelin