

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials, possibly 'JK', written in black ink. The signature is stylized and appears to be a personal mark.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

Prozessuale Besonderheiten im Arrestrecht

FELIX C. MEIER-DIETERLE: lic. iur. Rechtsanwalt, Partner bei VISCHER

Inhaltsverzeichnis

I.	Übersicht.....	565
II.	Arrestbewilligungsverfahren.....	566
	A. Zweck	566
	B. Örtliche Zuständigkeit	567
	C. Forum Shopping	568
	D. Sachliche Zuständigkeit.....	568
	E. Anhörung des Arrestschuldners.....	569
	F. Beweismass	571
	G. Noven	571
	H. Aufschiebende Wirkung.....	572
	I. Kosten.....	572
III.	Prosequierungsverfahren.....	573
	A. Zweck	573
	B. Beginn der Prosequierungsfrist.....	573
	C. Dauer der Prosequierungsfrist	574
	D. Prosequierung durch Betreibung	574
	E. Prosequierung durch Rechtsöffnung.....	575
	F. Prosequierung durch ordentliche Klage beim staatlichen Gericht	576
	G. Prosequierung durch ordentliche Klage vor einem Schiedsgericht	576
IV.	Arrestaufhebung.....	577
V.	Arrestkaution, Schadenersatzverfahren.....	578
	A. Zweck	578
	B. Strenge Kausalhaftung.....	578
	C. Freigabe der Arrestkaution	579
	Literaturverzeichnis	579
	Materialienverzeichnis.....	580

I. Übersicht

Auf dem Wege der Schuldbetreibung werden die Zwangsvollstreckungen durchgeführt, welche auf Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind (Art. 38 Abs. 1 SchKG¹). Mit einem Arrest² können Vermögenswerte des

¹ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

Schuldners gesichert werden, bevor die Zwangsvollstreckung soweit fortgeschritten ist, dass eine (provisorische) Pfändung (Art. 89 SchKG) oder die Anordnung eines Güterverzeichnisses (Art. 162 SchKG) verlangt werden kann.

Der Arrest ist eine superprovisorische Massnahme ohne Anhörung des Arrestschuldners.³ Art. 271-281 SchKG regeln die Arrestbewilligung (Art. 271 f. SchKG), den Arrestvollzug (Art. 275 SchKG), die Arresteinsprache (Art. 278 SchKG), die Arrestprosequierung (Art. 279 SchKG) und die Arrestaufhebung (Art. 280 f. SchKG).

Die Bestimmungen in der ZPO⁴ über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) beschlagen auch das Verhältnis zwischen ZPO und SchKG. Gemäss Art. 1 lit. c. ZPO regelt die ZPO das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts. Gemäss Art. 269 lit. a ZPO bleiben die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen vorbehalten. Art. 31 SchKG hält fest, dass für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen die Bestimmungen der ZPO gelten, sofern das SchKG nichts anderes bestimmt.

Thema dieser Abhandlung sind verschiedene Konstellationen, bei denen Bestimmungen des SchKG als *lex specialis* den Bestimmungen der ZPO vorgehen.⁵

II. Arrestbewilligungsverfahren

A. Zweck

Der Arrest stellt eine vorsorgliche Massnahme mit reiner Sicherungsfunktion dar. Die Arrestbewilligung erfolgt wie bei einer superprovisorischen Anordnung ohne Anhörung des Arrestschuldners. Das summarische Verfahren findet Anwendung (Art. 251 lit. a ZPO). Die Arrestbewilligung erfolgt durch das Arrestgericht (Art. 272 Abs. 1 SchKG).

² www.arrestpraxis.ch/www.sequestre.ch/www.attachment.ch bieten einen umfassenden Überblick über die Literatur, die anwendbaren Rechtsnormen und die Gerichtssentscheide im Arrestrecht. Es handelt sich um eine reine Know-how Datenbank.

³ BGE 133 III 589.

⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

⁵ In der vorliegenden Abhandlung wird hauptsächlich auf die Gerichtspraxis verwiesen und auf Verweise auf die umfangreiche Literatur mehrheitlich verzichtet.

B. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit für Prozessverfahren gemäss ZPO wird durch Art. 9 ff. ZPO bestimmt. Art. 10 ZPO sieht den «Normgerichtsstand» des Sitzes/Wohnsitzes des Arrestschuldners vor, Art. 11 ff. ZPO regeln die weiteren Anknüpfungen am Aufenthalt, für Widerklagen, Streitgenossenschaft und Klagenhäufung, Streitverkündungsklage, Gerichtsstandsvereinbarung, Einlassung und freiwillige Gerichtsbarkeit. Die örtliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen richtet sich im Grundsatz nach der Zuständigkeit für die Hauptsache oder dem Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (Art. 13 ZPO).

Die örtliche Zuständigkeit für die Arrestbewilligung befindet sich nach Wahl des Arrestgläubigers entweder am Betreuungsort gemäss Art. 46 ff. SchKG oder am Ort der Vermögensgegenstände (Art. 272 Abs. 1 SchKG).⁶

Die örtliche Zuständigkeit am Ort der Vermögensgegenstände entspricht Art. 13 lit. b. ZPO als Zuständigkeitsregelung am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll. Hat der Arrestschuldner keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz – typischerweise beim Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG –, gilt aus Praktikabilitätsgründen der Sitz des Drittschuldners (z.B. Bank) als Belegenheitsort der Forderung.⁷

Die örtliche Zuständigkeit am Betreuungsort wurde erst mit der neuen eidgenössischen ZPO und dem revidierten LugÜ⁸ am 1.1.2011 eingeführt.⁹ Dies hatte zusammen mit dem neuen Arrestgrund des «definitiven Rechtsöffnungstitels» (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG) zur Folge, dass mit einem vollstreckbaren inländischen Urteil (neu) auch gegen Schuldner mit Wohnsitz (Art. 46 SchKG) in der Schweiz Arrest verlangt werden konnte, ohne vorher die Betreuung eingeleitet zu haben.¹⁰

⁶ BSK SchKG EB-BAUER, Art. 272 ad N 44 ff.

⁷ BGE 140 III 512. Es handelt sich dabei um eine vollstreckungsrechtliche Fiktion, vgl. BGE 107 III 147 = Pra 1982 Nr. 108.

⁸ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

⁹ Es handelt sich hauptsächlich um den Betreuungsort am Wohnsitz/Sitz des Schuldners gemäss Art. 46 SchKG. Denkbar sind aber gemäss Art. 48-50 SchKG auch Arrestverfahren am Aufenthaltsort des Schuldners, am Betreuungsort der Erbschaft und am Betreuungsort des im Ausland wohnenden Schuldners (umstritten vgl. ZR 2012 Nr. 55).

¹⁰ Eine Arrestierung gestützt auf ausländische LugÜ-Urteile war gemäss Art. 39 aLugÜ (entspricht Art. 47 LugÜ) bereits vor dem 1.1.2011 möglich. Die «Benachteiligung» von Gläubigern mit inländischen Urteilen sollte mit der Revision beseitigt werden. Dieser Grundsatz wurde allerdings nicht konsequent umgesetzt. So wird bei Arrestbegehren gestützt auf ein Urteil aus der Schweiz nach wie vor vorausgesetzt, dass der Gläubiger

C. Forum Shopping

Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit für die Arrestbewilligung gemäss Art. 271 Abs. 1 SchKG (Betreibungsort oder Ort der Vermögensgegenstände) gewährt dem Gläubiger die Möglichkeit, einen ihm günstigen Gerichtsstand zu wählen. Es sind verschiedene Konstellationen denkbar.

Art. 271 Abs. 1 SchKG ermächtigt das Arrestgericht, Vermögenswerte des Schuldners in der ganzen Schweiz mit Arrest zu belegen.¹¹ Hat der Schuldner Wohnsitz in einer italienischsprachigen Gemeinde und besitzt er ein Ferienhaus in einer deutschsprachigen Gemeinde, kann der Gläubiger wählen, an welchem der beiden Orte die Arrestbewilligung beantragt werden soll. Dies kann z.B. dann relevant sein, wenn es der Gläubiger vorzieht (oder er denkt, dass es dem Schuldner zum Nachteil gereicht), in deutscher Sprache zu prozessieren und er darum um Arrestbewilligung beim Gericht der deutschsprachigen Gemeinde ersucht.

Ähnliche Überlegungen für die Auswahl des Arrestgerichts gelten dort, wo der Gläubiger meint, dass ein zuständiges Gericht «erfahrungsgemäss» strengere Anforderungen an die Arrestbewilligung stellt als ein anderes. Stützt ein Gläubiger sein Arrestbegehren auf eine öffentliche Urkunde aus Frankreich, kann er sich erhebliche Kosten für die (Teil)-Übersetzung der Urkunde ersparen, wenn er das Arrestbewilligungsverfahren bei einem französischsprachigen Gericht stellt (vgl. Art. 55 Abs. 2 LugÜ).

D. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch die Kantone bestimmt, soweit es das Gesetz nicht andere vorsieht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Vorsorgliche Massnahmen werden durch die Spezialgerichte entschieden (Art. 5 Abs. 2 ZPO bei Verfahren bei einer einzigen kantonalen Instanz, Art. 6 Abs. 5 ZPO bei handelsgerichtlicher Zuständigkeit).

Gemäss § 24 lit. c. GOG ZH¹² ist das Einzelgericht erstinstanzlich zuständig für Streitigkeiten im summarischen Verfahren, die keiner anderen Instanz

Vermögenswerte des Schuldners glaubhaft macht (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Bei Arrestgesuchen gestützt auf ein LugÜ-Urteil genügt es demgegenüber, Vermögenswerte lediglich «substanziert zu bezeichnen» (vgl. OGer ZH vom 5.9.2017, PS170779, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG).

¹¹ Diese Kompetenz zur schweizweiten Arrestanordnung ist streng zu trennen von der Frage, welches Arrestgericht für die Arrestbewilligung örtlich zuständig ist.

¹² Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) des Kantons Zürich (211.1).

zugewiesen sind. Es wird dabei ausdrücklich auf Art. 251 lit. a. ZPO verwiesen, wonach für Entscheide des Arrestgerichts das summarische Verfahren Anwendung findet. Dieser Verweis auf das Arrestgericht schliesst eine Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Arrestbewilligung gestützt auf Art. 6 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b. GOG ZH aus und widerspiegelt die besondere Rechtsmittelregelung im Arrestrecht. Art. 278 SchKG sieht für das Arresteinspracheverfahren zwingend eine zweite kantonale Instanz vor (Art. 278 Abs. 3 SchKG). Ein derartiges Rechtsmittelverfahren wäre bei einer Arrestbewilligung durch ein Handelsgericht nicht möglich, weil gegen Entscheide eines Handelsgerichtes kein innerkantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann.

Diese sachliche Zuständigkeit des erstinstanzlichen Einzelgerichts für die Bewilligung von Arrestgesuchen besteht nicht nur im Kanton Zürich, sondern auch in den anderen Kantonen mit einem Handelsgericht, wobei nicht alle Kantone eine ausdrückliche Regelung vorsehen.¹³

Wird ein Arrestgesuch erstinstanzlich abgewiesen, kann sich der Arrestgläubiger mit Beschwerde gemäss Art. 319 lit. a. ZPO dagegen wehren. In diesem (immer noch einseitigen) Verfahren wird der Schuldner nicht angehört.¹⁴ Die kantonale Oberinstanz erteilt bei Gutheissung direkt einen Arrestbefehl an das Betreibungsamt (Art. 327 Abs. 3 lit. b. ZPO i.V.m. Art. 274 SchKG). Um dem Schuldner seine Rechtsmittelmöglichkeiten zu gewähren, wird bei derartigen Konstellationen regelmässig darauf hingewiesen, dass die Arresteinsprache des Schuldners (auch bei der Arrestbewilligung durch die kantonale Oberinstanz) beim erstinstanzlichen Arrestgericht zu erheben sei.¹⁵

E. Anhörung des Arrestschuldners

Vorsorgliche Massnahmen werden in einem kontradiktorischen Verfahren entschieden. Das Gericht gibt – sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist – nach Einreichung des Begehrens der beklagten Partei Gelegenheit für die mündliche oder schriftliche Stellungnahme (Art. 253 ZPO). Wird eine vorsorgliche Massnahme sofort ohne Anhörung der beklagten Partei angeordnet (superprovisorische Massnahme), lädt das Gericht gleichzeitig die Parteien zu einer Verhandlung vor oder setzt der beklagten Partei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme (Art. 265 Abs. 1 und 2 ZPO).

¹³ Aargau: BLSchK 2015 S. 76; Bern: Art. 7 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 EG ZSJ; St. Gallen: Art. 6 Abs. 1 lit. a. i.V.m. Art. 10 EG ZPO.

¹⁴ BGer vom 28.8.2012, 5A_508/2012 = Pra 2013 Nr. 56.

¹⁵ OGer ZH vom 20.12.2011, PS110211, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 278 Abs. 1 SchKG.

Im Arrestverfahren wird der Arrestschuldner nicht zwingend angehört, bevor definitiv über die Arrestbewilligung entschieden wird. Der «erste Teil» des Arrestbewilligungsverfahrens (ohne Teilnahme des Arrestschuldners) wird vielmehr mit der (erst- oder zweitinstanzlichen) Arrestbewilligung abgeschlossen. Beim Arrestgericht ist in diesem Stadium kein Verfahren mehr pendent, mit der Arrestbewilligung wird das Betreibungsamt beauftragt (Art. 274 SchKG). Dieses vollzieht den Arrest und stellt dem Arrestschuldner die Arresturkunde zu (Art. 276 Abs. 2 SchKG).

Der Arrestschuldner erfährt mit der Zustellung der Arresturkunde «offiziell» vom Arrestverfahren.¹⁶ Ab diesem Zeitpunkt läuft ihm eine gesetzliche Frist von 10 Tagen,¹⁷ sich in das Arrestbewilligungsverfahren einzuschalten, indem er Arresteinsprache gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG erhebt.¹⁸ Die Frist wird demnach durch einen Vollzugsakt des Betreibungsamtes ausgelöst und nicht durch eine Handlung des Arrestgerichts.

Das Betreibungsamt hat die Kompetenz, einem im Ausland wohnhaften Schuldner die Frist für die Arresteinsprache gemäss Art. 33 Abs. 2 SchKG zu verlängern. Das Betreibungsamt Zürich 1 verlängert diese Fristen üblicherweise wie folgt: keine Verlängerung, falls der Schuldner oder sein Vertreter in der Schweiz wohnt, 10 Tage, falls der Schuldner ausserhalb der Schweiz in Europa wohnt, 20 Tage, falls der Schuldner ausserhalb Europa wohnt und 30 Tage, falls der Schuldner unbekanntes Aufenthaltsort hat und die Arresturkunde publiziert werden muss.¹⁹

Die Arresteinsprache muss nicht begründet werden. Eine Begründung der Einsprache kann erst dann erfolgen, wenn der Arrestschuldner Kenntnis vom Arrestgesuch hat.²⁰ In der Praxis wird daher regelmässig beim Arrestgericht ohne Begründung Arresteinsprache erhoben und gleichzeitig um Zustellung des Arrestgesuchs und Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer Stellungnahme ersucht.

Mit der Einreichung einer Arresteinsprache wird der «zweite Teil» des Arrestbewilligungsverfahrens (mit Teilnahme des Arrestschuldners) eingeleitet.

¹⁶ Faktisch erhält der Arrestschuldner regelmässig «inoffiziell» vom Arrestbeschluss Kenntnis, z.B. von seinem Ansprechpartner bei der Bank im Fall von arretierten Bankkonten.

¹⁷ BGE 135 III 232.

¹⁸ BGer vom 28.8.2012, 5A_508/2012 = Pra 2013 Nr. 56.

¹⁹ OTT/CRESTANI, S. 32.

²⁰ OGer ZH vom 20.2.2015, PS150016, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 278 Abs. 1 SchKG. Das Betreibungsamt stellt dem Arrestschuldner nur die Arresturkunde zu, diese enthält den Arrestbefehl (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 274 SchKG). Das Betreibungsamt hat kein Arrestgesuch in seinen Akten.

Wie bei vorsorglichen Massnahmen der ZPO bleibt der Arrestgläubiger Gesuchsteller und der Arrestschuldner Gesuchsgegner.²¹

Dem Arrestgläubiger steht kein Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder auf einen zweiten Schriftenwechsel zu.²²

F. Beweismass

Im summarischen Arrestverfahren gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens (Art. 261 Abs. 1 ZPO, Art. 272 Abs. 1 SchKG). Gemäss Art. 254 ZPO ist der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern oder der Verfahrenszweck es erfordert.

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis sind im Arresteinspracheverfahren die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Beweismittel auf solche, die unmittelbar liquide sind, erfüllt.²³ Damit ist im Arresteinspracheverfahren (mit Teilnahme des Arrestschuldners) der Beweis ausschliesslich durch Urkunden zu erbringen. Dies gilt bereits im einseitigen Arrestbewilligungsverfahren ohne Teilnahme des Arrestschuldners.

Stützt der Arrestgläubiger seine Forderung auf einen vollstreckbaren Entscheid aus dem LugÜ-Raum, muss er Vermögenswerte des Arrestschuldners in Abweichung von Art. 272 Abs. 1 SchKG nicht glaubhaft machen, es genügt vielmehr eine (direkt aus dem Staatsvertrag abgeleitete) substantiierte Bezeichnung.²⁴

G. Noven

Gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG kann derjenige, der in seinen Rechten betroffen ist, gegen die Arrestbewilligung Einsprache erheben. Da es sich beim Arrest um eine superprovisorische Massnahme handelt, können sich der Arrestschuldner oder der Dritte in diesem Verfahrensstadium zum ersten Mal wehren und zum Arrestgesuch Stellung nehmen. Das Arrestgericht beurteilt dabei nicht seine erste Arrestbewilligung, sondern entscheidet unter Berücksichtigung der Vorbringen des Arrestgläubigers und des Arrestschuldners

²¹ ZR 2002 Nr. 4.

²² BGer vom 26.6.2017, 5A_228/2017; OGer ZH vom 14.2.2017, PS160156, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 278 Abs. 1 SchKG.

²³ BGE 138 III 636 = Pra 2013 Nr. 38.

²⁴ OGer ZH vom 18.5.2012, PS120081, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 272 Abs. 1 SchKG; BOTSCHAFT LugÜ, 1822 f.

bzw. des Dritten (erneut) über die Arrestbewilligung. Es ist daher nicht ersichtlich, warum sich in diesem Verfahrensstadium überhaupt die Frage stellen soll, ob Noven zulässig sind.²⁵

Arresteinsprache-Entscheide des Arrestgerichts können nicht mit Berufung angefochten werden (Art. 309 lit. b. Ziff. 6 ZPO), sie sind aber beschwerdefähig (Art. 319 lit. a. ZPO i.V.m. Art. 278 Abs. 3 SchKG). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind unter Vorbehalt von besonderen Bestimmungen ausgeschlossen.

Im Weiterziehungsverfahren an die obere kantonale Instanz können gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG neue Tatsachen geltend gemacht werden. Ob darunter auch unechte Noven fallen, hat das Bundesgericht noch nicht entschieden und ausdrücklich offen gelassen.²⁶ Richtigerweise sind nur echte Noven zuzulassen, d.h. solche, die sich nach dem letzten Parteivortrag im Einspracheverfahren ergeben haben.²⁷

H. Aufschiebende Wirkung

Eine Beschwerde hemmt die Vollstreckbarkeit nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO).

In Abweichung von Art. 325 ZPO hält Art. 278 Abs. 4 SchKG fest, dass die Arresteinsprache und die Beschwerde die Wirkung des Arrests nicht hemmen. Der Arrestbeschluss bleibt damit mindestens bis zum Entscheid der Beschwerdeinstanz bestehen.

I. Kosten

Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden für vorsorgliche Massnahmen nach ZPO durch die Kantone geregelt (Art. 96 ZPO). Gemäss Art. 16 SchKG setzt der Bundesrat den Gebührentarif für Verrichtungen von Ämtern und Behörden bei Zwangsvollstreckungen fest, z.B. für gerichtliche Entscheide in betriebsrechtlichen Summarsachen gemäss

²⁵ Die Ausführungen in BGE 140 III 466 = Pra 2015 Nr. 25 E. 4.2.3. sind daher nicht nachvollziehbar. Vgl. sodann OGer ZH vom 4.11.2016, PS 160170, abrufbar auf <www.arrestpraxis.ch> – Entscheide zu Art. 278 Abs. 1 SchKG. Die Frage der Zulässigkeit von Noven ist streng zu trennen von der Frage, ob im Rahmen der Arresteinsprache ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird.

²⁶ BGE 140 III 466 = Pra 2015 Nr. 25 E. 4.2.4.

²⁷ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 278 N 15.

Art. 251 ZPO (Arrestbewilligungsverfahren).²⁸ Die GebV SchKG²⁹ enthält keine Bestimmungen über Prozessschädigungen im Arrestverfahren, weshalb solche durch die ZPO bzw. die kantonalen Tarife geregelt werden.³⁰

Stützt der Arrestgläubiger seine Forderung auf einen vollstreckbaren ausländischen Entscheid, wird die Vollstreckbarerklärung durch die GebV SchKG nicht erfasst. Die Gerichtskosten richten sich daher nach kantonalem Tarif.

Eine Ausnahme besteht für vollstreckbare Titel aus dem LugÜ-Raum. Gemäss Art. 52 LugÜ dürfen keine nach dem Streitwert abgestuften Gebühren erhoben werden.

III. Prosequierungsverfahren

A. Zweck

Der Arrest ist ein reines Sicherungsinstrument. Der Gesetzgeber zwingt den Arrestgläubiger, innert jeweils kurzer Fristen den Arrest zu prosequieren, d.h. letztlich das arrestierte Substrat auf dem Weg der Pfändung oder des Konkurses zur Verwertung zu bringen (Art. 279 SchKG). Die einfachste und am wenigsten aufwendige Art der Prosequierung ist die Einleitung einer Betreuung. Erhebt der Arrestschuldner keinen Rechtsvorschlag, kann direkt – ohne ordentlichen Prozess – die Fortsetzung der Betreuung verlangt werden. Wird Rechtsvorschlag erhoben, muss dieser im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren, im ordentlichen Prozess oder (falls bereits ein Urteil vorliegt) im definitiven Rechtsöffnungsverfahren beseitigt werden.³¹

B. Beginn der Prosequierungsfrist

Der Arrestgläubiger hat das Arrestverfahren eingeleitet. Sofern der Arrest bewilligt wird, erhält der Arrestgläubiger vom Arrestgericht üblicherweise eine Kopie des an das Betreibungsamt gerichteten Arrestbefehls (Art. 274 SchKG). Die Details über den Arrestvollzug erfährt er mit der Zustellung der Arresturkunde vom Betreibungsamt. Von diesem Zeitpunkt an läuft die ge-

²⁸ Maximalgebühr für einen erstinstanzlichen Entscheid CHF 2'000, für einen zweitinstanzlichen Entscheid CHF 3'000, Art. 48 und 61 GebV SchKG.

²⁹ Gebührenverordnung vom 23. September 1996 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35).

³⁰ Vgl. die Ausnahme im Beschwerdeverfahren nach Art. 17-19 SchKG, Art. 62 GebV SchKG.

³¹ KREN KOSTKIEWICZ/PENON, S. 216.

setzliche Arrestprosequierungsfrist (Art. 279 SchKG). Die Frist wird demnach durch einen Vollzugsakt des Betreibungsamtes ausgelöst und nicht durch eine Handlung des Arrestgerichts.

Die Fristen für den Arrestgläubiger für die Arrestprosequierung und für den Arrestschuldner für die Arresteinsprache laufen zwar ab dem gleichen Ereignis (Zustellung der Arresturkunde), in vielen Fällen aber nicht gleichzeitig. Sofern der Arrestschuldner Sitz/Wohnsitz im Ausland hat, dauert die Zustellung der Arresturkunde regelmässig länger als diejenige an den vor Ort vertretenen Arrestgläubiger. Dies hat zur Konsequenz, dass der Arrestgläubiger gezwungen ist, die Arrestprosequierung einzuleiten, bevor er Kenntnis davon hat, ob der Arrestschuldner überhaupt Arresteinsprache erheben wird.³²

C. Dauer der Prosequierungsfrist

Bei den gesetzlichen Prosequierungsfristen von Art. 279 SchKG handelt es sich mit einer Ausnahme um 10-tägige Fristen. Das Fortsetzungsbegehren muss in Übereinstimmung mit Art. 88 Abs. 1 SchKG innert 20 Tagen gestellt werden.

D. Prosequierung durch Betreuung

Die Prosequierung durch Betreuung erfolgt bei einem Arrest am Sitz/Wohnsitz des Arrestschuldners gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG ebenfalls an diesem Arrestort (Art. 46 SchKG).

Bei einem Arrest am Ort der Vermögensgegenstände des Arrestschuldners kann die Prosequierung durch Betreuung grundsätzlich am Ort der Vermögensgegenstände vorgenommen werden. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Arrestschuldner keinen Wohnsitz in der Schweiz (und keinen weiteren Betreibungsstand gemäss Art. 46 ff. SchKG) hat oder wenn der Arrestschuldner zwar einen Sitz/Wohnsitz in der Schweiz hat, der Arrest aber nicht dort, sondern am Ort eines Vermögensgegenstandes beantragt wurde (z.B. bei der Arrestierung einer Liegenschaft).

Klar ist dies bei internationalen Rechtsverhältnissen zwischen Arrestgläubiger und Arrestschuldner, die nicht dem LugÜ unterstehen, und bei innerschweizerischen Rechtsverhältnissen. Grundlage dafür liefern Art. 4 IPRG³³ und

³² BGE 126 III 293; BGE 129 III 599 = Pra 2004 Nr. 102.

³³ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

Art. 52 SchKG. Liegt bereits ein rechtskräftiger Titel vor, stellen sich ebenfalls keine Probleme, da eine Zuständigkeit gestützt auf Art. 22 Ziff. 5 LugÜ gegeben ist.

Kontrovers diskutiert wird die Konstellation, bei der das Rechtsverhältnis dem LugÜ untersteht. In diesen Fällen wäre eine Betreuung am Ort der Vermögensgegenstände nicht möglich, weil Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Anhang I LugÜ den «Gerichtsstand» am Arrestort ausschliesst. Die entscheidende Frage ist, ob ein Betreibungsamt bei der Ausstellung eines Zahlungsbefehls ein Gericht bzw. eine Behörde gemäss Art. 62 SchKG ist. Diese Frage ist zu verneinen und damit die Zulässigkeit einer Betreuung am Ort der Vermögensgegenstände auch im Anwendungsbereich des LugÜ zu bejahen.³⁴

In jedem Fall ist ein Betreibungsamt aber nicht legitimiert, bei Einleitung der Betreuung am Ort der Vermögensgegenstände im Anwendungsbereich des LugÜ die Ausstellung eines Zahlungsbefehls zu verweigern. Dem Betreibungsamt fehlen dafür schlicht die notwendigen Informationen (vgl. Art. 67 SchKG). Vielmehr müsste der Schuldner die Ausstellung des Zahlungsbefehls mit SchKG-Beschwerde anfechten.³⁵

E. Prosequierung durch Rechtsöffnung

Die Prosequierung durch provisorische Rechtsöffnung stellt gemäss Rechtsprechung ein Zwangsvollstreckungsverfahren dar, weshalb es immer am Ort der Zwangsvollstreckung durchgeführt werden kann.³⁶

Die Prosequierung durch definitive Rechtsöffnung stellt ein Zwangsvollstreckungsverfahren (im Bereich des LugÜ gemäss Art. 22 Ziff. 5 LugÜ) dar, weshalb es am Ort der Zwangsvollstreckung durchgeführt werden kann.

³⁴ Vgl. die kontroversen ausführlichen Abhandlungen je mit zahlreichen weiteren Verweisen u.a. bei BSK SchKG-REISER, Art. 275 N 85.; DOMEJ, S. 167 ff.; KREN KOSTKIEWICZ/PENON, S. 222 ff.; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 1 ff.; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 279 N 2a; MARKUS, S. 29 ff.; STAEHELIN, Rz. 51 ff.

³⁵ KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 279 N 2a. Soweit ersichtlich mussten sich die Gerichte bis heute mit dieser Frage noch nicht beschäftigen. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Problematik in vielen Fällen gar nicht realisiert wurde.

³⁶ BGE 136 III 566.

F. Prosequierung durch ordentliche Klage beim staatlichen Gericht

Die Prosequierung durch eine ordentliche Klage (Anerkennungsklage) erfolgt nach den allgemeinen örtlichen Zuständigkeitsregeln im IPRG, im LugÜ (Art. 2 ff. LugÜ) und in der ZPO (Art. 9 ff. ZPO). Eine Prosequierung kann (und muss z.B. bei einer Gerichtsstandsvereinbarung) auch an einem zuständigen Gericht im Ausland erfolgen.

Bei einer Prosequierung im Inland vor einem Handelsgericht gemäss Art. 6 ZPO findet kein Schlichtungsverfahren statt (Art. 6 i.V.m. Art. 198 lit. f. ZPO). Der Arrestgläubiger ist besonders gefordert, weil er die Klage gemäss Art. 279 SchKG innert 10 Tagen begründet einreichen muss (Art. 221 ZPO).

Hat eine Schlichtungsverhandlung stattgefunden, steht dem Arrestgläubiger für die Einreichung der Klage nicht die übliche 3-monatige Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO zu. Vielmehr ist die Klage gemäss Art. 279 SchKG i.V.m. Art. 209 Abs. 4 ZPO innert 10 Tagen einzureichen.³⁷

Ist die Klagebegründung erfolgt, richten sich das weitere Verfahren vor den Gerichten, insbesondere die Fristen, nicht mehr nach Art. 279 SchKG, sondern nach den Bestimmungen der ZPO.

G. Prosequierung durch ordentliche Klage vor einem Schiedsgericht

Wurde eine Schiedsklausel vereinbart, muss die Prosequierung beim zuständigen Schiedsgericht im In- oder Ausland erfolgen. Auch bei der Prosequierung vor einem Schiedsgericht gilt der Grundsatz von Art. 279 SchKG, wonach der Arrestgläubiger alle Prosequierungshandlungen innert 10 Tagen vorzunehmen hat, bis die Begründung der Klage (Anerkennungsklage) erfolgt ist.³⁸ Dies entspricht der 10-tägigen Frist für die Einreichung der ordentlichen Klage nach Durchführung einer Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO oder für die Einreichung der Klage beim Handelsgericht ohne Schlichtungsverfahren (Art. 6 i.V.m. Art. 198 lit. f. ZPO).

Die analoge Anwendung der Prosequierungsregeln für Schiedsverfahren ist konsequent, wird aber den Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit nicht immer gerecht. Der Klagebegründung im Schiedsverfahren können verschiedene Verfahrensschritte vorausgehen, die bei staatlichen Gerichten nicht vor-

³⁷ BGE 140 III 561.

³⁸ BGE 112 III 120; BGer vom 19.9.2017, 4A_12/2017.

kommen, z.B. die Bezeichnung der Parteischiedsrichter und nachher des Vorsitzenden.³⁹ Sobald sich das Schiedsgericht konstituiert hat, muss die Klagebegründung unaufgefordert innert 10 Tagen eingereicht werden, auch wenn nach der anwendbaren Schiedsordnung noch gar keine Frist für die Klagebegründung angesetzt wurde.⁴⁰

Ist die Klagebegründung erfolgt, richten sich das weitere Verfahren vor dem Schiedsgericht, insbesondere die Fristen, nicht mehr nach Art. 279 SchKG, sondern nach der Schiedsordnung.

IV. Arrestaufhebung

Der Arrest wird vom Gericht bewilligt (Art. 272 Abs. 1 SchKG) und vom Betreibungsamt vollzogen (Art. 275 SchKG). Er fällt dahin, wenn die Prosequierungsfristen nicht eingehalten werden, die Klage oder die Betreibung zurückgezogen oder der Arrestgläubiger vom Gericht endgültig abgewiesen wird (Art. 280 SchKG).

Im Gegensatz zur Arrestbewilligung wird die Arrestaufhebung nicht vom Gericht angeordnet. Heisst das Arrestgericht eine Arresteinsprache gut, ist es zulässig und nützlich, dass das Gericht im Dispositiv nicht nur die Einsprache gutheisst, sondern gleichzeitig auch feststellt, dass damit der angeordnete Arrest aufgehoben wird. Weist das Gericht eine ordentliche Prosequierungsklage ab, erfolgt aber kein Hinweis zum Arrestverfahren. Dasselbe trifft auf Prosequierungsklagen im Ausland und solche vor einem Schiedsgericht⁴¹ zu.

Zuständig für die Arrestaufhebung ist vielmehr das Betreibungsamt. Dieses muss die Arrestgegenstände von Amtes wegen freigeben, der Arrestschuldner kann jederzeit die Freigabe verlangen.⁴² Betreibungsämter verlangen deswegen vom Arrestgläubiger regelmässig Nachweise über den Gang der Prosequierung bzw. über die Einhaltung der Prosequierungsfristen.

³⁹ BGE 112 III 120.

⁴⁰ Vgl. z.B. die Erstellung eines Zeitplanes gemäss Art. 15 Ziff. 3 Swiss Rules oder Art. 24 Abs. 2 ICC Arbitration Rules.

⁴¹ Vgl. BGE 143 III 578.

⁴² BGE 106 III 92.

V. Arrestkaution, Schadenersatzverfahren

A. Zweck

Gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO kann ein Gericht die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen, falls ein Schaden für die Gegenpartei droht. Dieser Regelung entspricht Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG im Arrestrecht. Die Sicherheit (Arrestkaution) stellt damit eine materielle Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Arrests dar.

Stützt der Arrestgläubiger seine Forderung auf einen vollstreckbaren Entscheid aus dem LugÜ-Raum, ist die Auferlegung einer Arrestkaution unzulässig, da das LugÜ die Voraussetzungen einer Sicherungsmassnahme abschliessend regelt und keine derartige Erschwerung vorsieht (Art. 47 LugÜ).⁴³

Für das Massnahmenrecht sieht Art. 264 Abs. 2 Satz 2 ZPO vor, dass die gesuchstellende Partei für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme entstandenen Schaden haftet. Art. 273 Abs. 1 SchKG sieht eine Haftung vor, sofern der Arrest ungerechtfertigt war.

B. Strenge Kausalhaftung

Gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO steht der gesuchstellenden Partei die Möglichkeit offen, den Beweis zu erbringen, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat. Gelingt ihr dies, kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden.⁴⁴

Ein derartiger Entlastungsbeweis ist im Arrestrecht ausgeschlossen. Ob der Arrestgläubiger bei der Stellung des Arrestgesuchs einen falschen Rechtsbehelf verfolgt hat, ist irrelevant. Die strenge Kausalhaftung für den Arrestschaden tritt auch ein, wenn das Vorgehen des Arrestgläubigers verständlich erscheint, weil die Sachlage bei Stellung des Gesuchs unklar war.⁴⁵

⁴³ BOTSCHAFT SchKG, 1816.

⁴⁴ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 264 N 58 f.

⁴⁵ BGE 139 III 93. In diesem Entscheid wurde auch festgehalten, dass die Gutheissung einer Arresteinsprache die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung darstelle. Es wäre angebracht gewesen, dass sich das Bundesgericht im genannten Entscheid auch mit Art. 264 Abs. 2 Satz 2 ZPO auseinandergesetzt hätte, was leider unterblieben ist. Die Rechtsprechung wird zu Recht kritisiert, vgl. NAEGELI/SCHWALLER Rz. 43 ff., WEINGART, Rz. 732.

C. Freigabe der Arrestkaution

Die Anordnung einer Arrestkaution erfolgt durch das Arrestgericht. Die Freigabe der Arrestkaution muss daher auch wieder durch das Arrestgericht erfolgen, obwohl dieses in die Arrestprosequierung nicht involviert ist und auch von der Aufhebung eines Arrests durch das Betreibungsamt keine Kenntnis erhält.

Meistens wird der Arrestgläubiger vom Arrestgericht die Freigabe der Arrestkaution verlangen. Er muss dafür den Nachweis erbringen, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird, z.B. weil der Arrestschuldner die Klage nicht innerhalb der Verjährungsfrist eingereicht hat. Bei Ungewissheit setzt das Arrestgericht eine Frist zur Klage an (Art. 264 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 273 SchKG). Es steht dem Arrestgläubiger frei, bereits im Prosequierungsprozess einen prozessualen Antrag zu stellen, wonach dem Arrestschuldner bei Abweisung der Klage (und damit Obsiegen des Arrestschuldners) eine Frist anzusetzen sei, die Schadenersatzklage einzureichen unter der Androhung, dass ansonsten die Arrestkaution freigegeben wird.

Literaturverzeichnis

- DOMEJ TANJA, Der «Lugano-Zahlungsbefehl» – Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 13 (2008), S. 167 ff. (zit. DOMEJ)
- HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-AUTOR/IN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/PENON ILIJA, Zur Arrestprosequierung im nationalen und internationalen Kontext, BLSchK 2012, S. 213 ff. (zit. KREN KOSTKIEWICZ/PENON)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, in: Jusletter 26. April 2010 (zit. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ)
- MARKUS ALEXANDER R., Zahlungsbefehl als Mahntitel nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, in: KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/MARKUS ALEXANDER R./RODRIGUEZ, RODRIGO (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess 2011, Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO, CIVPRO: Vol. 1, S. 33-79 (zit. MARKUS)

- NAEGELI GEORG/SCHWALLER JULIAN, Dahinfallen des Arrests und Arrestschaden, Referat anlässlich der Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 22. Juni 2017, «Der Arrest und andere Sicherungsmittel» (zit. NAEGELI/SCHWALLER)
- OTT ANDREAS/CRESTANI REMO, Der Arrest in der Praxis, Verband der Gemeindeammänner und Betreibungsbeamten des Kantons Zürich, ERFA-Kurs 1/2015 (zit. OTT/CRESTANI)
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-AUTOR)
- STAEHELIN DANIEL, Neues Arrestrecht ab 2011, in: Jusletter 11. Oktober 2010 (zit. STAEHELIN)
- STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bände, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK SchKG-AUTOR)
- WEINGART DENISE, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, Diss. Bern 2015 (zit. WEINGART)

Materialienverzeichnis

- BOTSCHAFT zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18.2.2009.