

VISCHER

Die Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS.

22). Art. 50, 32 Abs. 2 und 39 LugUe. – Vollstreckbarerklärung öffentlicher Urkunden anderer Vertragsstaaten. Die vorläufige Sicherung gemäss Art. 39 LugUe soll auf dem Wege der provisorii-

schen Pfändung (und nicht des Arrests) durchgeführt und auf Verfügung des Vollstreckungsrichters vom Betreibungsamt vollzogen werden. Soll diese Pfändung dem Schuldner vor dem Vollzug angekündigt werden?

Art 50, 32 al 2 et 39 CL – Déclaration exécutoire d'un acte authentique étranger. La mesure conservatoire prévue à l'article 39 CL doit être exécutée au moyen d'une saisie provisoire (et non d'un séquestre) et sera après décision du juge compétent par l'office des poursuites du lieu de situation des biens. Cette saisie doit elle être préalablement annoncée au débiteur?

1. Die Gesuchsgegnerin ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Deutschland, die u. a. mit einer Grundschuld im Betrage von DM 800 000.– zugunsten der Gesuchstellerin belastet ist. Diese Grundschuld ist gemäss Ziff. 3 fällig, über sie besteht eine öffentliche und vollstreckbare Ausfertigung des Notariates X. Gemäss Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers wurde der Gesuchsgegnerin diese Urkunde ausgehändigt.

2. Mit ihrer Eingabe beantragt die Gesuchstellerin, es sei diese öffentliche Urkunde vollstreckbar zu erklären und es sei sofort anschliessend als Sicherungsmassnahme die provisorische Pfändung sämtlicher Guthaben und Hinterlagen, also insbesondere der Konti, namentlich Kontos und Depots der Gesuchsgegnerin, die sich bei der Bank X. befinden, anzuordnen für eine Forderung von Fr. 646 160.– zuzüglich 15 % Zinsen. Begründet wird das Gesuch im wesentlichen damit, die Gesuchstellerin verfüge über eine öffentliche, nach deutschem Recht und in Deutschland aufgenommenen Urkunde in der Höhe von DM 800 000.– zuzüglich Zinsen, und solche Urkunden könnten nach deutschem Recht, sofern sie von einem deutschen Notar in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden seien, wie Sachurteile vollstreckt werden. Gemäss Art. 50 LugUe würden öffentliche Urkunden, die in einem Vertragsstaat aufgenommen worden seien und vollstreckbar sind, auf Antrag in einem anderen Vertragsstaat nach den Bestimmungen von Art. 31 ff. LugUe vollstreckbar erklärt. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Örtlich zuständig sei nach Art. 32 Abs. 2 LugUe das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden solle, somit Kreuzlingen.

Die Vollstreckbarerklärung erfolge ohne Anhörung des Schuldners, werde sie bejaht, könnten Sicherungsmassnahmen nach Art. 39 LugUe verlangt werden.

Gleichzeitig wird als Eventualbegehren die Verarrestierung der erwähnten Bankguthaben im Betrage von Fr. 323 080.– zuzüglich 15 % Zinsen beantragt.

3. Da das Arrestbegehren nur als Eventualbegehren und für einen kleineren Betrag gestellt worden ist, ist vorab das Hauptbegehren auf Vollstreckbarerklärung und vorläufige Sicherung zu behandeln.

Das Lugano-Übereinkommen, auf welches sich die Gesuchstellerin beruft, dient der Festlegung gerichtlicher Zuständigkeiten und der Voll-

streckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Art. 50, auf den sich die Gesuchstellerin u. a. beruft, legt fest, dass öffentliche Urkunden, die in einem Vertragsstaat aufgenommen worden und dort vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat auf Antrag und gemäss den Art. 31 ff. für vollstreckbar erklärt werden können. Eine solche öffentliche und vollstreckbare Urkunde stellt die notarielle, als vollstreckbar erklärte Ausfertigung der Grundschuld zweifellos dar (*Schwander*, Das Lugano-Übereinkommen, St. Galler Studien zum internationalen Recht, S. 188 und 195 ff.).

Aus dem Umstand¹, dass das schweizerische Recht – offenbar im Gegensatz zur Mehrheit der Vertragsstaaten des LugUe – das Institut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht kennt, ergeben sich jedoch gewisse Verfahrens- und Zuständigkeitsprobleme.

Örtlich zuständig für den Erlass einer Vollstreckbarerklärung ist gemäss Art. 32 Abs. 2 LugUe entweder der Wohnsitz des Schuldners oder, wenn dieser keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates hat, das Gericht, «in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll». Damit stellt sich die Frage, ob allein durch die Tatsache, dass im Bezirk Kreuzlingen (möglicherweise) Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin liegen, dieser Bezirk zum Zwangsvollstreckungsort werden kann. Diese Frage stellt sich insbesondere bei der Vollstreckung ausländischer öffentlicher Urkunden, weil diese ohne jede richterliche Überprüfung entstehen können (*Schwander*, a.a.O., S. 195). In der Regel erfolgt die Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung im Rahmen des LugUe auf die Weise, dass das zuständige Gericht auf einseitiges Begehren hin und ohne Anhörung der Gegenseite eine Vollstreckbarerklärung erlässt und dabei gleichzeitig Sicherungsmassnahmen zum Erhalt des angesprochenen Vermögens des Schuldners anordnen kann (Art. 39 LugUe). Diese Sicherungsmassregeln erfolgen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates. Das Schweizerische Recht regelt diese Frage (naturgemäss) nicht ausdrücklich, weshalb – da es sich beim LugUe um übergeordnetes Recht handelt – ein bestehendes, dafür geeignetes Rechtsinstitut des schweizerischen Rechtes herangezogen werden muss. Da der Vollstreckungstitel, nämlich die deutsche öffentliche Urkunde, nicht die Bestandeskraft einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung hat, und vor allem die Vollstreckbarerklärung zunächst ohne Anhörung der Gegenseite ergeht, verbietet sich eine definitive Pfändung, die in der Folge zur Verwertung führen kann, ohne dass der Schuldner noch ordentliche Eingriffsmöglichkeiten hat. Denkbar wäre die vorläufige Sicherung auf dem Wege der Arrestlegung gemäss Art. 271 ff. SchKG. Dagegen spricht indessen, dass der Arrestgläubiger den Arrest binnen einer Verwirkungsfrist prosequieren muss, was entweder, wenn es auf dem Wege des Rechtsöffnungsverfahrens erfolgen würde, zu einer Doppelspurigkeit führt, oder im Falle einer gerichtlichen Klage zu einer nochmaligen Beurteilung einer bereits abgeurteilten Sache. In der Lehre wird daher empfohlen,

die vorläufige Sicherung nach Art. 39 LugUe auf dem Wege der provisorischen Pfändung vorzunehmen, wie das von seiten der Gesuchstellerschaft auch beantragt wird. Das erscheint auch richtig, da das Exequaturverfahren vom Ablauf her ohnehin einem Rechtsöffnungsverfahren gleichkommt (namentlich auch in bezug auf die sachliche Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters) und somit die Vollstreckbarkeitserklärung analog einem Rechtsöffnungsentscheid behandelt werden kann. Erwächst die Vollstreckbarkeitserklärung in Rechtskraft, wird die provisorische Pfändung zu einer definitiven und kann der Gläubiger die Verwertung verlangen. Im Unterschied zum Rechtsöffnungsentscheid ist die Vollstreckbarkeitserklärung jedoch nicht entweder eine provisorische, gegen welche eine Aberkennungsklage eingeleitet werden kann, oder eine definitive, vielmehr ist die zunächst ohne Anhörung der Gegenseite erlassene Vollstreckbarkeitserklärung durch Rechtsmittel überprüfbar.

Die Situation ist insofern nicht ganz befriedigend, als sie den Inhaber eines ausländischen Rechtstitels unter Umständen besserstellt als den Inhaber eines vergleichbaren schweizerischen Titels, insbesondere in bezug auf die im schweizerischen Recht nicht bekannten vollstreckbaren öffentlichen Urkunden. Beruht die Forderung auf einer vergleichbaren schweizerischen Urkunde, so ist in der Regel nur provisorische Rechtsöffnung möglich, welche dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, einen gerichtlichen Entscheid herbeizuführen. Diese Unebenheit war aber zwangsläufig mit dem Beitritt zum Lugano-Übereinkommen verbunden; sie wird im Falle einer ausländischen öffentlichen Urkunde dadurch gemildert, dass der Schuldner Möglichkeiten hat, sich im Herkunftsland der Urkunde gegen die Vollstreckung zu wehren und er ausserdem auch die Vollstreckbarkeitserklärung anfechten kann (siehe zu dieser Problematik *Schwander*, a.a.O., S. 191 ff.).

Grundsätzlich ist daher dem Begehren auf Erlass einer Vollstreckbarkeitserklärung stattzugeben, womit das nur eventualiter gestellte Rechtsbegehren auf Arrestlegung nicht zu behandeln ist.

4. Aus den vorerwähnten Gründen ist somit einerseits festzustellen, dass die vorliegende öffentliche Urkunde vollstreckbar ist, und andererseits ist als Sicherungsmassregel nach Art. 39 LugUe die provisorische Pfändung von hier im Bezirk liegenden, pfändbaren Gegenständen anzuordnen. Die Gesuchstellerin behauptet das Vorhandensein von Vermögenswerten der Gesuchsgegnerin bei der Bank Y.

In bezug auf diese Sicherungsmassregeln ist die Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht ganz eindeutig. Sicher nicht zuständig ist die Rechtsmittelinstanz, da die Massnahmen gemäss Umkehrschluss aus Art. 39 Abs. 1 LugUe bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erlassen werden können, d. h. zu einem Zeitpunkt, wo die Rechtsmittelinstanz mit der Sache noch gar nicht befasst ist. Abs. 2 von Art. 39 LugUe sodann bestimmt lediglich, dass die Vollstreckungserklärung «die Befugnis gibt, solche Massnahmen zu veranlassen». Sie können somit frühestens mit

dem Ergang der Vollstreckungserklärung erlassen werden. Der Vollzug der vorläufigen Sicherung kann nicht beim Rechtsöffnungsrichter liegen, dieser ist dafür weder geeignet noch in der Lage. Da die vorläufige Sicherung auf dem Wege der provisorischen Pfändung zu erfolgen hat, ist einzig das Betreibungsamt die geeignete Instanz. Der grundsätzliche Entscheid über den Erlass einer vorläufigen Massnahme muss jedoch vom Vollstreckungsrichter ausgehen. Würde man nämlich zunächst die Vollstreckbarkeitserklärung erlassen und somit auch der Gegenseite zur Kenntnis bringen, wäre diese namentlich in Fällen, wo sich die Zuständigkeit einzig aufgrund von Vermögenswerten am Ort des Vollstreckungsgerichtes ergibt, gleichsam «vorgewarnt» und es könnte die vorläufige Sicherung durch Abzug der anvisierten Vermögenswerte vereitelt werden. Es stellt sich nun aber die Frage, ob der Inhaber eines ausländischen Rechtstitels Anspruch auf diesen Überraschungseffekt hat, der kein Charakteristikum des gewöhnlichen Vollstreckungsverfahrens im Inland ist (Pfändungen werden dem Schuldner in aller Regel vorher angekündigt), sondern nur des Arrestverfahrens. Da sich die Anordnung einer sichernden Massnahme nicht auf das SchKG abstützt und das Institut der provisorischen Pfändung nur hilfsweise herangezogen wird, steht an sich nichts entgegen, die Pfändung vor der Kenntnisgabe an den Schuldner zu vollziehen, wo sich dies im Einzelfall rechtfertigt und angezeigt erscheint. Keine Bedenken bestehen dagegen in Fällen, wo dem Gläubiger auch ein Arrestgrund zur Verfügung stünde und er daher auch auf dem Wege der Arrestlegung vorgehen könnte. In den anderen Fällen dagegen sollte die vorherige Ankündigung der Pfändung an den Schuldner die Regel bleiben, um nicht die Inhaber eines ausländischen Rechtstitels spürbar zu bevorzugen gegenüber solchen mit einem inländischen Urteil, die im allgemeinen diese Möglichkeit nicht haben und unter Umständen zusehen müssen, wie der Schuldner offenkundig vorhandene Vermögenswerte beiseite schafft. Im vorliegenden Falle hat die Gesuchstellerin das Arrestbegehren nur eventualiter gestellt, nicht kumulativ, und es erscheint ein Arrestgrund auch nur bezüglich eines Teils der Forderung als gegeben, nämlich nur bei jenem Teil der Forderung, die nicht durch den Liegenschaftswert gedeckt ist. Trotzdem erscheint es im vorliegenden Falle richtig und angezeigt, die provisorische Pfändung zunächst ohne vorherige Anzeige an die Schuldnerin vollziehen zu lassen, da sonst theoretisch noch vorher Vermögenswerte abgezogen werden könnten, welche zur Deckung der Teilforderung herangezogen werden könnten, für welche ein Arrestgrund vorliegt.

An die Adresse der Gesuchsgegnerin sei jedoch festgehalten, dass diese Erwägungen über die Möglichkeit des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten allgemeingültiger Art sind und keineswegs auf dem Verdacht gründen, sie hege solche Absichten. Da die vorliegende Entscheidung ohne Anhörung der Gegenseite zu erfolgen hat, sind dem Gericht weder die Person der Gesuchsgegnerin noch die näheren Umstände dieser Forderung bekannt.

5. Es ist somit die Vollstreckbarkeit zu erklären und gleichzeitig das Betreibungsamt anzuweisen, die Guthaben der Gesuchsgegnerin bei der Bank Y. provisorisch zu pfänden, und zwar bis höchstens im Umfange der Schuld der vorgelegten öffentlichen Urkunde (siehe eingangs zitiertes Rechtsbegehren, in welchem das Quantum richtig wiedergegeben worden ist).

Die Gesuchstellerin beantragt die Überbindung der amtlichen Kosten an die Gesuchsgegnerin und die Zusprache einer Parteientschädigung (die der Höhe nach nicht beziffert wird und demnach deren Bemessung dem Gericht überlassen bleibt). Da eine Vollstreckbarkeitserklärung dann, wenn sie nicht angefochten wird, in Rechtskraft erwächst, muss eine für diesen Fall definitive Kostenverlegung erfolgen. Obschon die Gegenseite in diesem Verfahren gar nicht angehört wird, müssen ihr die amtlichen Kosten überbunden werden, analog dem innerstaatlichen Vollstreckungsverfahren auf dem Wege der Schuldbetreibung, wo diese Kosten ebenfalls der Vollstreckungsforderung zugeschlagen werden. Es liesse sich nicht rechtfertigen, von dieser innerstaatlich geltenden Regelung im Falle eines ausländischen Vollstreckungstitels abzuweichen. Dasselbe muss allerdings auch bezüglich der Parteientschädigung gelten, eine solche wird im innerstaatlichen Vollstreckungsverfahren nicht zugesprochen und muss daher auch im Vollstreckungsverfahren nach LugUe entfallen.

Präsident des Bezirksgerichts Kreuzlingen, Verfügung vom 24. Januar 1996.