

## VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

## 16.

**Art. 279 Abs. 2 SchKG, Art. 36 und 39 LugÜ, Arrestprosequierung.**

*Ein Lugano-Arrest muss erst prosequiert werden, wenn der Entscheid über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheides (Exequatur) rechtskräftig geworden ist.*

Aus den Erwägungen:

«I.

1.-3. ...

4. Mit Zirkularbeschluss vom 13. August 2009 wies die Vorinstanz die Beschwerde der Rekurrentinnen X und Y ab. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerinnen selber anerkennen würden, dass sie gegen die Lugano-Arreste keine Arresteinsprachen im Sinne von Art. 278 SchKG eingelegt hätten. Das LugÜ schaffe zwar mit Art. 39 einen eigenen Arrestgrund, die Wirkungen des Arrestes würden sich jedoch nach den allgemeinen Regeln richten. Auch Lugano-Arreste müssten daher nach Art. 279 SchKG prosequiert werden, um als Sicherungsbefehl nach Art. 39 Abs. 2 LugÜ erhalten zu bleiben. Mangels Arresteinsprache finde Art. 278 Abs. 5 SchKG keine Anwendung, weshalb die Fristen gemäss Art. 279 SchKG angelaufen seien, weil entweder Klage vor dem ordentlichen Gericht oder Rechtsöffnung hätte verlangt werden müssen. Der Rechtsöffnungsrichter, der in der Situation wie der vorliegenden in der Regel angerufen werde, werde sein Verfahren dann normalerweise bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheides sistieren müssen, um widersprechende Urteile zu vermeiden.

5./6 ...

## II.

1. Strittig ist eine reine Rechtsfrage. Die Vorinstanz hat die verschiedenen Standpunkte aufgezeigt; sie hält jenen Teil der Lehre für zutreffend, der die Prosequierung bereits vor Rechtskraft des Vollstreckbarkeitsentscheides für notwendig hält, hauptsächlich mit der Begründung, dem anderen Teil sei die Praxis bis heute nicht gefolgt. Insbesondere würden keine Bundesgerichtsur-

teile vorliegen, welche zu einer Rechtsvereinheitlichung führen könnten.

2. Die Rekurrentinnen weisen in ihrer Rekursbegründung darauf hin, dass die ersten Prosequierungsschritte durch Einleitung zweier Betreibungen erfolgt seien, streitig sei, ob nach Erhebung von Rechtsvorschlägen die zweiten Prosequierungsschritte hätten erfolgen müssen. Inzwischen – datiert vom 21. Juli 2009 – seien auch die Rechtsöffnungsbegehren gestellt worden und die Hauptsache sei am 28. Juli 2009 beim Landgericht S. eingeklagt und damit ebenfalls prosequiert worden. Die Vorinstanz habe Art. 278 Abs. 5 SchKG falsch angewendet und ausgelegt. Ausserdem habe sie Art. 1 ZGB missachtet und weder eine selbständige Gesetzesauslegung noch eine Lückenfüllung vorgenommen.

Die Rekurrentinnen unterlegen ihren Standpunkt mit dem Kurzgutachten ... . Dieses Gutachten enthält eine detaillierte Auslegung der einschlägigen Ansichten und kommt zum Schluss, dass die Arrestprosequierungsfrist gemäss Art. 279 Abs. 2 SchKG erst 30 Tage nach der Zustellung des obergerichtlichen Rekursentscheides vom 10. Juli 2009 zu laufen begonnen habe, so dass sowohl die Betreibungen vom 2. April 2009 als auch die Rechtsöffnungsbegehren vom 21. Juli 2009 fristgerecht erfolgt seien.

3. Das erwähnte Kurzgutachten hat den Stellenwert einer Parteibehauptung und ist in diesem Sinne zu berücksichtigen. Die Gutachter weisen darauf hin, dass es ihres Wissens keine gefestigte und publizierte Praxis zur Anwendung von Art. 278 Abs. 5 SchKG gebe. Anzuwenden sei Art. 1 Abs. 3 ZGB, wonach der Richter im Rahmen seiner Rechtsfindung bei Lückenfüllung und Gesetzesauslegung der bewährten Lehre zu folgen habe, was die Vorinstanz unterlassen habe. Das Sicherungsmittel sei der Arrest und das Vorliegen eines vollstreckbaren LugÜ-Entscheides sei ein eigenständiger Arrestgrund. Zutreffend sei auch, dass jeglicher in der Schweiz gelegte Arrest zu prosequieren sei. Mit der Pflicht zur Prosequierung solle die Weiterverfolgung des vorläufig gesicherten Anspruchs gesichert werden. Hingegen entbinde Art. 278 Abs. 5 SchKG den Gläubiger davor, Prose-

quierungshandlungen vornehmen zu müssen, solange der Arrestbefehl nicht rechtskräftig sei, was sich z.B. deutlich aus BGE 108 III 40 ergebe. Mit dem Rechtsbehelf gemäss Art. 39 LugÜ könne der Schuldner alle Einwendungen erheben, wonach kein vollstreckbarer Entscheid i.S. des Abkommens vorliege. Das Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheides einen eigenständigen Arrestgrund darstelle, richte sich der Rechtsbehelf in der Sache gegen den Arrestgrund, so dass er funktional der Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG entspreche. Entspreche mithin der Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ funktional der Arresteinsprache, so müsse der Fristenstillstand auch für das Rechtsbehelfverfahren gemäss LugÜ gelten.

Die Prosequierungsproblematik habe sich auch der im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des LugÜ für die Schweiz eingesetzte Expertenkommission betreffend Anpassungsbedürftigkeit des SchKG an das LugÜ gestellt. Diese habe es als selbstverständlich angesehen, dass die Prosequierungsfristen bei Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in der Schweiz erst nach Rechtskraft der Vollstreckbarkeitsklärung anlaufen würden. Dass eine solche Präzisierung letztlich nicht ins SchKG aufgenommen worden sei, sei darauf zurückzuführen, dass die Anpassung insgesamt auf einen späteren Zeitpunkt verschoben worden sei. In der nunmehr laufenden Anpassung des Arrestrechts an das revidierte LugÜ werde in der bundesrätlichen Vorlage für Art. 279 Abs. 5 (Ziff. 2) neu vorgesehen, dass die Prosequierungsfristen während des Exequaturverfahrens und bei Weiterziehung des Exequaturentscheides stillstehen. Nach der Botschaft würden die Prosequierungsfristen erst zu laufen beginnen, «wenn über eine allfälligen Rechtsbehelf endgültig entschieden worden ist oder die Frist zu dessen Eingriffung ungenützt abgelaufen ist» (BB1 2009 S. 1823). Im Bereich des Widerspruchsverfahrens habe im Übrigen das Bundesgericht (BGE 108 III 40) entschieden, dass die Prosequierungsfristen auch stillstünden, wenn das Vorhandensein von Arrestgegenstände streitig sei. Schliesslich wird auch auf eine kantonale Entscheid (BISchK 1990 S. 145

hingewiesen, in dem die Prosequierungspflicht wegen einer pendenten betriebsrechtlichen Beschwerde verneint worden sei. Ausserdem binde der Exequaturentscheid den Rechtsöffnungsrichter, was um so mehr für den Friststillstand während hängigem Rechtsbehelfsverfahren gemäss LugÜ spreche. Auch die Verfahrenskoordination und die Verfahrensökonomie sprächen für unnütze vorzeitige Prosequierungen und würden lediglich zu unerwünschten Sistierungen sowie Kostenrisiken führen. Die Vermeidung unnötiger Vorkehren sei neu auch mit Art. 100 Abs. 6 BGG kodifiziert, wonach – anders als im früheren Organisationsgesetz (OG) – die Beschwerde beim Bundesgericht nicht sogleich erhoben werden müsse, wenn zunächst ein kantonales Rechtsmittel ergriffen werde.

4. ...

5. Wie bereits erwähnt, ist durch die Vorinstanz sowie vertieft durch das Kurzgutachten der Rekurrentinnen die Auslegeordnung für die zu entscheidende Rechtsfrage gemacht. Da sich Art. 278 Abs. 5 SchKG lediglich auf ein pendentes Einspracheverfahren bezieht, kann daraus – jedenfalls direkt – nichts für die Frage des pendenten Exequaturverfahrens abgeleitet werden. Es ist daher gemäss Art. 1 ZGB vorzugehen. Danach ist, wenn Gesetzeswortlaut oder Auslegung nichts ergeben, Gewohnheitsrecht anzuwenden. Besteht kein Gewohnheitsrecht, so hat der Richter unter Berücksichtigung von bewährter Lehre und Überlieferung selber eine Regel aufzustellen.

Der klare Wortlaut von Art. 278 Abs. 5 SchKG nennt lediglich den Friststillstand während des Einspracheverfahrens. Mit den Regeln der Auslegung – das Klären und Verstehen des Gedankeninhaltes einer unvollkommenen Gesetzesbestimmung (BK-Meier-Hayoz, N. 137 zu Art. 1 ZGB) – lässt sich somit keine direkte Lösung finden, weil sich die Regelung offensichtlich nur auf das Einspracheverfahren bezieht. Allerdings liegen Sinn und Zweck der Regelung von Abs. 5 klar auf der Hand: Die Gläubiger sollen nicht zu weiteren Vorkehren gezwungen werden, bevor der Arrest definitiv feststeht. Da weiter in der vorliegenden Frage kein Gewohnheitsrecht auszumachen ist, obliegt es daher der

Kammer, eine Regel aufzustellen. Was die Lehre anbelangt, ist diese, bekanntlich geteilt, worauf auch die Vorinstanz und das Gutachten hinweisen. Dass es eine konstante Praxis gäbe, ist nicht ersichtlich. Im vorinstanzlichen Entscheid wird zwar die «Praxis» erwähnt, ohne namhaft zu machen, um welche «Praxis» es sich handeln könnte.

Für die Kammer sprechen in der vorliegenden Situation insbesondere drei Gründe dafür, dass die Prosequierungsfrist bis zur Rechtskraft des Exequaturs ruht, nämlich:

- Der offensichtlich erkennbare Sinn und Zweck von Abs. 5, der den Gläubiger vor allenfalls unnützen Vorkehren verschonen will und deshalb den Lauf der Prosequierungsfrist von der Rechtskraft des Arrestes an terminiert. Was für den Fall der Einsprache gilt, muss sinnvollerweise auch für das Exequaturverfahren gelten. In diesen Zusammenhang gehört auch der einleuchtende Hinweis der Rekurrentinnen, beim Exequatur handle es sich inhaltlich um eine Arrestvoraussetzung, so dass es nicht stichhaltig sei, wenn hier anders verfahren werde als bei jenen Voraussetzungen, die mit Einsprache geltend zu machen seien.
- Die Ansicht der im Gutachten erwähnten Expertenkommission (1993), welche «um der Klarheit willen» vorschlug, die vorliegende Situation mit einem Zusatz im SchKG zu regeln, und zwar in der Weise, dass bei der Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheides die Prosequierungsfristen erst nach der Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung laufen würden. Dass die Umsetzung der Expertenvorschläge damals insgesamt auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wurde, ändert nichts daran, dass schon damals vom Stillstand der Prosequierungsfristen ausgegangen wurde.
- Im Zusammenhang mit der Anpassung des SchKG ans revidierte LugÜ ist ein neuer Art. 279 Abs. 5 SchKG vorgesehen (vgl. Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung ge-

richtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BB1 2009 S. 1835 ff., S. 1838) sowie Botschaft dazu (BB1 2009 S. 1777 ff.). Diesbezüglich wird die seinerzeitige Expertenmeinung nunmehr umgesetzt, um die wünschbare Klarheit zu schaffen. Abs. 5 lautet: «Die Fristen dieses Artikels laufen nicht:

1. während des Einspracheverfahrens und bei Weiterziehung des Einsprachenent-scheides;
2. während eines Exequaturverfahrens nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit».

Damit erweist sich die Übernahme der Fristenregelung des Art. 278 Abs. 5 SchKG auch für den vorliegenden Fall als sachgerecht und es ist deshalb davon auszugehen, dass die Prosequierung der beiden Arreste rechtzeitig erfolgt ist, weil die erforderlichen Prosequierungsschritte innert 10 Tagen nach rechtskräftiger Erledigung des Exequaturverfahrens vorgenommen wurden ...

6. ...»

Obergericht des Kantons Zürich,  
II. Zivilkammer  
Beschluss vom 9. November 2009  
(mitgeteilt von Prof. Dr. I. Jent-Sørensen)