

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.

39.

Art. 279 SchKG, Art. 190 ff. IPRG, Art. 77 BGG, Art. 103 BGG; Arrestprosequierung; Fristenlauf während des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht gegen einen internationalen Schiedsspruch.

Die Beschwerde in Zivilsachen hemmt weder die Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit eines internationalen Schiedsspruchs. Das Bundesgericht kann einer Beschwerde im Einzelfall aufschiebende Wirkung zuerkennen. Wenn das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung hernach wieder aufhebt, ist der Schiedsspruch rechtskräftig und vollstreckbar. Dann muss der Arrestgläubiger innert zehn Tagen prosequieren.

Aus einem Beschluss der II. Zivilkammer:
«1. Prozessgeschichte und Parteistandpunkte

1.1 Mit Schreiben vom 10. August 2009 wandte sich der Beschwerdeführer an das Betreibungsamt Zürich 1 und verlangte die Aufhebung des Arrests Nr. 24532, da der Beschwerdegegner ihn nicht fristgerecht prosequiert habe. Das Betreibungsamt holte eine Stellungnahme des Beschwerdegegners ein und weigerte sich mit Verfügung vom 18. August 2009, den Arrest aufzuheben. Gegen diese Verfügung gelangte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 21. August 2009 an das Bezirksgericht Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungssachen. Das Bezirksgericht hiess die Beschwerde mit Beschluss vom 2. Oktober 2009 gut und hob den Arrest Nr. 24532 auf. Es erwog, der Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 sei rechtskräftig und vollstreckbar geworden, nachdem das Bundesgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Präsidialverfügung

vom 24. Juli 2009 versagt hatte. Der Beschwerdegegner habe den Arrest innert zehn Tagen seit Zustellung der Präsidialverfügung vom 24. Juli 2009 prosequieren müssen.

1.2 Gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Oktober 2009 hat der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 16. Oktober 2009 rechtzeitig rekuriert. Er hält dafür, das Bezirksgericht verkenne die Tragweite der Änderungen, die das Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 mit sich gebracht habe. Die Beschwerde gegen Entscheide internationaler Schiedsgerichte sei nun nicht mehr ein Sonderfall der staatsrechtlichen Beschwerde, gemäss Art. 77 BGG richte sich das Rechtsmittel gegen Schiedssprüche nunmehr nach den Bestimmungen über die Beschwerde in Zivilsachen. Damit stehe seit dem 1. Januar 2007 ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung. Dementsprechend werde der Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 erst mit Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens rechtskräftig. Mit der Präsidialverfügung vom 24. Juli 2009 habe keine Prosequierungsfrist zu laufen begonnen.

1.3 Der Beschwerdeführer hält dem in seiner Rekursantwort vom 22. Oktober 2009 entgegen, inhaltlich habe sich mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes nichts geändert. Sowohl unter dem Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943 (OG), als auch unter dem Bundesgerichtsgesetz sei die Beschwerde gegen Entscheide der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein Sonderfall, die zentralen Merkmale dieses Rechtsmittels ergäben sich nach wie vor aus den einschlägigen Bestimmungen des IPRG (Art. 191 ff. IPRG). Der Schiedsspruch sei mit der Präsidialverfügung vom 24. Juli 2009 rechtskräftig und vollstreckbar geworden, der Beschwerdegegner hätte den Arrest hernach innert zehn Tagen prosequieren müssen. Noch immer innert der Rekursantwortfrist brachte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. Oktober 2009 vor, der Beschwerdegegner selbst habe sich inzwischen vor einem Gericht in Prag auf den Standpunkt gestellt, der Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 sei endgültig, verbindlich und vollstreckbar. Die Rekursantwort vom 22. Oktober 2009 und der Nach-

trag vom 26. Oktober 2009 wurden dem Beschwerdegegner zugestellt. Der Prozess ist damit spruchreif.

2. Arrestprosequierung

2.1 Was der Arrestgläubiger tun muss, um den Arrest aufrecht zu erhalten, ist in Art. 279 SchKG geregelt. Wo er das nicht bereits getan hat, muss er innert zehn Tagen seit Zustellung der Arresturkunde Betreuung einleiten (Art. 279 Abs. 1 SchKG). Erhebt der Arrestschuldner Rechtsvorschlag, muss der Arrestgläubiger innert zehn Tagen entweder Rechtsöffnung verlangen oder Klage auf Anerkennung seiner Forderung einreichen (Art. 279 Abs. 2 SchKG). Zusammengefasst schreibt Art. 279 SchKG vor, dass der Arrestgläubiger jeweils innert zehn Tagen den nächsten Schritt im Prosequierungsverfahren tun muss, wann immer dessen Fortgang von der Initiative des Arrestgläubigers abhängt und sobald der Arrestgläubiger dazu in der Lage ist (*Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, N. 51.88). Je nach Stand des Betreibungsverfahrens muss der Arrestgläubiger auf die Zustellung der Arresturkunde innert zehn Tagen mit einem Betreibungs-, Rechtsöffnungs- oder Fortsetzungsbegehren reagieren (Art. 279 Abs. 1–3 SchKG).

2.2 Die Zustellung der Arresturkunde löst jedoch keine Prosequierungsfrist aus, wenn der Gläubiger die Arrestforderung bereits vor dem Arrest eingeklagt hat und der Prozess noch hängig ist. Dann muss er die Betreuung innert zehn Tagen nach Eröffnung des Urteils einleiten (Art. 279 Abs. 4 SchKG). Das gilt unabhängig davon, ob der Arrestgläubiger seine Forderung in der Schweiz oder im Ausland, vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht eingeklagt hat (*Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, N. 54 zu Art. 279 SchKG). Jedenfalls während des erstinstanzlichen Verfahrens vor einem staatlichen Gericht oder während des Schiedsverfahrens, mithin solange noch gar kein Sachentscheid vorliegt, muss der Arrestgläubiger nichts unternehmen.

2.3 Davon zu unterscheiden ist die Rechtslage während eines Rechtsmittelverfahrens.

Für *Gilliéron* ist die Vollstreckbarkeit ausschlaggebend. Die Frist des Art. 279 Abs. 4 SchKG beginne an dem Tag zu laufen, an dem das Urteil über die Arrestforderung vollstreckbar wird (a.a.O., N. 55). In diesem Zeitpunkt können noch Rechtsmittelverfahren laufen. *Stoffel* und *Chabloz* stellen auf den Eintritt der Rechtskraft ab (*Walter Stoffel/Isabelle Chabloz* in: *Dallèves/Foëx/Jeandin*, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, N. 8 zu Art. 279 SchKG). Andere Autoren deuten an, es komme auf die Rechtskraft des Urteils an (*Amonn/Walther*, a.a.O., N. 51.98; wohl auch *Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1993, Band II, § 60 N. 8) oder äussern sich gar nicht zu dieser Frage (vgl. *Hans Reiser* in: *Staehelin/Bauer/Staehelin*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, N. 1 und N. 20 zu Art. 279 SchKG; *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Band II, N. 3 und N. 24 zu Art. 279 SchKG).

2.4 Dass der Gläubiger während laufendem Rechtsmittelverfahren nichts unternehmen müsste, um den Arrest zu prosequieren, steht nicht ausdrücklich in Art. 279 SchKG. Im Gegenteil, Art. 279 Abs. 4 SchKG setzt dem Arrestgläubiger eine Frist von zehn Tagen nach *Eröffnung* des Urteils. Stellt man auf den Wortlaut der Bestimmung ab, muss der Arrestgläubiger zu einem Zeitpunkt prosequieren, in dem oft noch nicht klar ist, ob es zu einem Rechtsmittelverfahren kommt und ob das eröffnete Urteil jemals und innert nützlicher Frist vollstreckbar sein wird. In dieser Situation ist der Arrestgläubiger gezwungen, den Arrestschuldner vorsichtshalber zu betreiben. Das verlangt die Rechtsprechung auch, wenn noch nicht fest steht, ob der Arrestschuldner Einsprache erheben wird, was den Fristenlauf hemmen würde (BGE 126 III 293; Art. 278 Abs. 5 SchKG; *Walter A. Stoffel*, Das neue Arrestrecht, AJP 1996 S. 1401 ff., S. 1411). Vor diesem Hintergrund ist entgegen *Gilliéron* nicht davon auszugehen, dass der Arrestgläubiger entgegen dem Wortlaut von Art. 279 Abs. 4 SchKG stets zuwarten darf, bis die Vollstreckbarkeit des Ur-

teils über die Arrestforderung fest steht (vgl. auch BGE 40 III 249, S. 253 f. und betreffend Nichteintretensentscheid der Rechtsmittelinstantz BGE 35 I 827, E. 2).

2.5 Immerhin lässt sich aus Art. 279 Abs. 4 SchKG Folgendes ableiten: Wie bereits erwähnt, muss der Arrestgläubiger jedenfalls solange nichts unternehmen, bis ein erstinstanzliches Urteil vorliegt. Die in Art. 279 SchKG vorgesehenen Prosequierungshandlungen wären bei diesem Stand des Verfahrens zum Scheitern verurteilt. Der Arrestgläubiger könnte den Schuldner zwar betreiben, verfügte aber nicht über einen definitiven Rechtsöffnungstitel, und die in Art. 279 Abs. 2 Satz 2 SchKG vorgesehene Anerkennungsklage könnte er nicht erheben, weil dieser Prozess bereits hängig ist. Daher bleibt der Arrest ohne Betreuung oder Rechtsöffnungsgesuch aufrecht, solange der Arrestgläubiger einen Prozess führt, der zur Erlangung eines Vollstreckungstitels tauglich ist (BGE 66 III 57, E. 2). Bevor ein erstinstanzliches Urteil vorliegt, muss der Arrestgläubiger nichts unternehmen, weil Betreibungshandlungen in diesem Zeitraum zu einem Leerlauf führen würden.

Nicht anders verhält es sich, wenn der Arrest in einem Zeitpunkt gelegt wird, in dem ein in der Schweiz oder im Ausland laufendes Rechtsmittelverfahren der Vollstreckung des Urteils über die Arrestforderung entgegensteht. Der Arrestgläubiger könnte den Schuldner zwar betreiben, wie in Art. 279 SchKG verlangt, nach erfolgtem Rechtsvorschlag wäre aber auch in dieser Konstellation auf eine Anerkennungsklage nicht einzutreten und ein Gesuch um definitive Rechtsöffnung wäre abzuweisen. Prosequierungshandlungen, deren Scheitern absehbar ist, können vom Arrestgläubiger nicht verlangt werden.

2.6 Sobald aber der Gläubiger einen definitiven Rechtsöffnungstitel in Händen hält, entfällt der Grund, um den Arrestgläubiger von Prosequierungshandlungen zu dispensieren. Insoweit ist mit *Gilliéron* davon auszugehen, dass die Vollstreckbarkeit für den Lauf der Prosequierungsfristen von entscheidender Bedeutung ist. Die Frist beginnt mit der Eröffnung eines Urteils zu laufen, das zum

Vollstreckungstitel werden könnte (Art. 279 Abs. 4 SchKG). Ein Rechtsmittelverfahren hemmt den Fristenlauf nur insoweit, als es der definitiven Rechtsöffnung entgegensteht. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Arrestgläubiger innert zehn Tagen eine Prosequierungshandlung vornehmen muss, sobald er einen definitiven Rechtsöffnungstitel in Händen hält. Das steht in Einklang mit Sinn und Zweck der Prosequierungsfristen. In der Botschaft zur heute geltenden Fassung von Art. 279 SchKG heisst es dazu, der Arrest solle «als eigentliches Provisorium so rasch als möglich von Pfändungs- oder Konkursbeschlag abgelöst werden» (BBI 1991 III 174) und der Arrestgläubiger muss den jeweils nächsten Verfahrensschritt jeweils innert zehn Tagen einleiten, sobald er dazu verfahrensrechtlich in der Lage ist (*Amonn/Walther*, a.a.O., N. 51.88).

2.7 Nachdem das Bundesgericht der Beschwerde gegen den Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 mit Verfügung vom 24. Juli 2009 die aufschiebende Wirkung versagt hatte, hätte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer nicht nur betreiben, sondern auch gestützt auf den Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 definitive Rechtsöffnung erlangen können. Aufschiebende Wirkung kommt der Beschwerde des Bundesgerichtsgesetzes grundsätzlich nicht zu (Art. 103 Abs. 1 BGG). In Zivilsachen kommt nur der Beschwerde gegen Gestaltungsurteile von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG). Mit der Präsidialverfügung des Bundesgerichts vom 24. Juli 2009 begann die Prosequierungsfrist des Art. 279 Abs. 2 SchKG zu laufen. Sie ist unbenutzt verstrichen.

2.8 Der Beschwerdegegner beruft sich auf die Unterscheidung zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Materielle Rechtskraft eines Urteils bedeutet, dass das Urteil für spätere Prozesse zwischen den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern verbindlich ist (*Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, S. 364). Ist über die Vaterschaft rechtskräftig entschieden, so kann der Vater der Unterhaltsklage seines Kindes nicht entgegenhalten, es stamme eben doch nicht von ihm ab. Das Gericht im Unterhaltsprozess ist

an den rechtskräftigen Entscheid – ob richtig oder falsch – gebunden. Die Wirkung von Gestaltungs- und Feststellungsurteilen erschöpft sich in der materiellen Rechtskraft. Solche Urteile können und müssen nicht vollstreckt werden. Vollstreckbarkeit kommt nur den Leistungsurteilen zu.

Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG zeigt, dass eine hängige Beschwerde in Zivilsachen in der Regel weder die Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils hemmt. Spräche Art. 103 Abs. 1 BGG nur die Vollstreckbarkeit an, wäre die Ausnahmeregelung für Gestaltungsurteile überflüssig. Rechtsmittel, die den Eintritt der materiellen Rechtskraft nicht hemmen, werden in der Lehre als ausserordentliche Rechtsmittel bezeichnet (*Guldener*, a.a.O., S. 485). In diesem Sinne muss die Beschwerde in Zivilsachen, soweit sie sich gegen Leistungsurteile richtet, als ausserordentliches Rechtsmittel bezeichnet werden. Legt die Rechtsmittelinstanz einem ausserordentlichen Rechtsmittel im Einzelfall aufschiebende Wirkung bei, so wird nicht nur die Vollstreckbarkeit, sondern auch der Eintritt der Rechtskraft gehemmt (*Guldener*, a.a.O.). Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eines Leistungsurteils klaffen während des Verfahrens vor Bundesgericht nicht auseinander (a.M. *Ulrich Meyer* in: *Niggli/Uebersax/Wiprächtiger*, Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, N. 5 zu Art. 103 BGG). Der Schiedsspruch vom 15. Mai 2009 wurde mit der Verfügung vom 24. Juli 2009 rechtskräftig und vollstreckbar, ungeachtet des laufenden Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht.

2.9 Nur der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass es nicht darauf ankommen kann, welche Rechtsstandpunkte der Beschwerdegegner vor anderen Gerichten einnimmt. Der Beschwerdeführer hat einen Auszug aus einer Rechtsschrift des Beschwerdegegners an ein Gericht in Prag eingereicht. Deren Übersetzung kann unterbleiben. Es ist im Übrigen nicht unerlaubt, sondern kann zur Wahrung der Interessen eines Klienten geboten sein, in verschiedenen Verfahren unterschiedliche Rechtsstandpunkte einzunehmen.

2.10 Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen, da der Schiedsspruch vom 15. Mai

2009 mit der Präsidialverfügung des Bundesgerichts vom 24. Juli 2009 rechtskräftig und vollstreckbar geworden ist. Der Beschwerdegegner hätte innert zehn Tagen erneut betreiben oder aufgrund der bereits erfolgten Betreibung Nr. 37 614 um definitive Rechtsöffnung ersuchen müssen. Da er das nicht getan hat, ist der Arrest Nr. 24 532 dahingefallen (Art. 280 Ziff. 1 SchKG).»

Obergericht, II. Zivilkammer,
Beschluss vom 3. November 2009
(Mitgeteilt von lic. iur. Thomas Fleischer)
(Der Beschwerdegegner hat eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen diesen Beschluss zurückgezogen)