

## VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass [arrestpraxis.ch](http://arrestpraxis.ch) den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

«2. Der Beklagte erhebt die Einrede der Rechtshängigkeit im Sinne von §107 Ziff.2 ZPO. Sie ist dann zu schützen, wenn eine identische Klage in einem Vorprozess vor einem zuständigen Gericht bereits als Haupt- oder Widerklage anhängig ist. Zu beachten sind hierbei grundsätzlich auch bei ausländischen Gerichten rechtshängige Verfahren, sofern das zu erwartende Urteil in der Schweiz anerkannt und vollstreckt wird (Sträuli/Messmer, N.10 zu §107 ZPO; Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, abgek. IZR, S.175; Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kt. Bern, 3.Aufl., N.4 zu Art.160 ZPO; Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, Zürich 1943, S.78 ff.). Unter den gleichen Voraussetzungen, das heisst Anerkennung und Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils im Inland, ist es – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch möglich, einen in der Schweiz erwirkten Arrest vor einem ausländischen Gericht zu prosequieren (Sträuli/Messmer, N.28 zu §9 ZPO; Guldener, IZR, S.186 N.29; Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht Bd.II, S.238; BGE 66 III 57, ZR 73 Nr.106).

3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivilsachen richten sich im Kanton Zürich nach den Vorschriften von §302 ZPO. Der Wortlaut dieser Bestimmung bezieht sich zwar nur auf die Vollstreckung, doch findet diese auch auf die Anerkennung ausländischer Urteile Anwendung (Sträuli/Messmer, N.1 zu §302 ZPO). Voraussetzung sind einerseits Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Urteilsstaates, andererseits Anerkennung der Gerichtsbarkeit des fremden Staates durch das Bundesrecht sowie das kantonale Recht. Ausdrücklich vorbehalten bleiben Staatsverträge sowie der schweizerische ordre public. Dass der fremde Staat Gegenrecht hält, ist nunmehr nicht mehr unbedingt Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit (Sträuli/Messmer, N.21 zu §302 ZPO).

Es ist zunächst zu prüfen, ob aus der

Sicht des schweizerischen Rechts die Gerichtsbarkeit des High Court of Justice in London anerkannt werde. Bei der Ermittlung der Zuständigkeit ist von den Grundsätzen des schweizerischen internationalen Zivilprozessrechts auszugehen (Guldener, IZR, S.28 ff.; sinngemäss auch Sträuli/Messmer, N.12 zu §302 ZPO). In §302 ZPO wird das Bundesrecht ausdrücklich vorbehalten. Bei der Arrestprosequierungs- oder Arrestforderungsklage handelt es sich nach herrschender Lehre und Praxis nicht um eine betreibungsrechtliche Klage, sondern um eine selbständige Zivilklage, bei welcher es um die gerichtliche Überprüfung der dem Arrest zugrundeliegenden materiellrechtlichen Forderung geht (Jaeger/Daeniker, SchKG-Praxis Bd.I, N.11 zu Art.278 SchKG; Fritzsche, a.a.O., S.237). Sie kann auch widerklageweise erhoben werden (Sträuli/Messmer, N.28 zu §9 ZPO). Der Bundesgesetzgeber hat darauf verzichtet, für die Arrestforderungsklage ein spezielles Forum festzulegen, so dass diesbezüglich auf das kantonale Prozessrecht abzustellen ist. Immerhin ist dabei aber zu beachten, ob sich nicht für die Forderungsklage aus dem übrigen Bundesrecht ein zwingender Gerichtsstand ergibt. Der Kläger stützt sein Begehren auf die Art.97 ff. OR, 41 ff. OR und 62 ff. OR, für welche Ansprüche das Bundesrecht keinen zwingenden Gerichtsstand vorschreibt. Da keine der Parteien festen Wohnsitz in der Schweiz hat, findet auch Art.59 BV (Garantie des Wohnsitzrichters) keine Anwendung. Nachdem zwischen der Schweiz und Grossbritannien weder Gerichtsstand- noch Vollstreckungsabkommen geschlossen wurden und keine auf den vorliegenden Fall anwendbare multinationale Übereinkommen existieren, ist allein aufgrund des kantonalen Rechts zu entscheiden, ob die Gerichtsbarkeit des High Court anerkannt und demgemäss ein allfälliges Urteil vollstreckt würde.

Ob die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts zur Beurteilung einer Widerklage anzuerkennen sei, beurteilt sich in Anwendung der Regeln des kantonalen internationalen Zivilprozessrechts nach inländischem

Recht. Die Frage ist nach den gleichen Grundsätzen zu lösen, nach denen die Zuständigkeit eines inländischen Gerichts festgelegt wird (Guldener, IZR, S.31, S.32 N.10, S.98 und S.173; Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Bd.II S.902). Den Akten ist zu entnehmen, dass der Beklagte – vor dem High Court befindet er sich in der Rolle eines Klägers und Widerbeklagten – keinen Wohnsitz in England hat, sondern sich wie der Kläger gewöhnlich im Ausland aufhält. Da es sich bei der widerklageweise erhobenen Forderung um eine persönliche Ansprache im Sinne von Art.59 BV handelt, wäre nach einheimischen Rechtsgrundsätzen ein Forum für die Widerklage am Ort der Hauptklage nur dann gegeben, wenn Gegenanspruch und Klageanspruch in einem engen Zusammenhang stünden oder beide Ansprüche verrechenbar wären (§15 ZPO). Konnexität im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird demnach neuerdings auch vom kantonalen Recht ausdrücklich vorausgesetzt (Sträuli/Messmer, N.1 zu §15 ZPO).

Aus den vorliegenden Akten, insbesondere auch den Rechtsschriften des Verfahrens vor dem High Court, deren Authentizität von keiner Seite bestritten ist, ergibt sich, dass der in §15 ZPO geforderte enge Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage nicht besteht. Konnexität in einem strengen Sinn liegt nämlich nur dann vor, wenn die beidseitigen Ansprüche aus dem gleichen Tatbestand oder aus dem gleichen Rechtsgeschäft abgeleitet werden, so dass das Urteil über den einen Anspruch auch über das Schicksal des Gegenanspruchs entscheidet (Sträuli/Messmer, N.2 zu §15 ZPO). Die vom Beklagten in London eingeleitete Klage resultiert aus einem gemeinsamen Liegenschaftserwerb der Parteien sowie aus einer Vollmacht. Dieses Klagefundament wurde vom Kläger im dortigen Verfahren nicht bestritten. Wie aus den Rechtsschriften des Verfahrens in London ferner hervorgeht, deckt sich die Begründung der ‚counter-claim‘ mit der klägerischen Sachdarstellung im derzeit anhängigen Arrestprosequierungsprozess. Ausgangspunkt

101.

**Art.278 SchKG, § 121, § 302 ZPO, § 107 Ziff.2 ZPO.** *Ein in der Schweiz erwirkter Arrest kann sowohl durch Klage als auch durch Widerklage vor einem ausländischen Gericht prosequiert werden, sofern das ausländische Urteil im Arrestkanton anerkannt und vollstreckt wird (E. 2 und 3). Verwandtschaft genügt im allgemeinen nicht zur Begründung von Konnexität zwischen Haupt- und Gegenanspruch (E. 3). Frage der Einlassung in das Verfahren (Kassationsgericht). In einem Zwischenverfahren mit einem eng begrenzten, leicht zu überschauenden Thema genügt es, jede Partei einmal anzuhören (E. 4).*

Aus einem Rekursentscheid des Obergerichts:

bildet diesfalls eine andere Vollmacht über ein Bankkonto, welches vom Beklagten missbräuchlich verwendet worden sein soll. Haupt- und Gegenanspruch basieren somit offensichtlich auf verschiedenen Rechtsgeschäften und Tatbeständen. Die Widerklage betrifft auch nicht das gleiche Objekt wie die Hauptklage oder ein Verteidigungsmittel des Beklagten (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 264).

Nun wurde jedoch von der Praxis ein enger Zusammenhang von Haupt- und Gegenanspruch auch bei Vorliegen verschiedener Tatbestände bejaht, wenn sie Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses sind oder doch eine enge rechtliche Beziehung zueinander aufweisen (Sträuli/Messmer, N. 2 zu § 15 ZPO). Allein: Auch daran gebricht es hier. Kläger und Beklagter – sie sind Brüder – haben sich zwecks Umgehung der strengen Devisenvorschriften ihres Heimatstaates unter Einschaltung weiterer Familienangehöriger bei ihren Geschäften gegenseitig unterstützt. Diese Beziehungen waren offensichtlich rein faktischer Natur und wurden je nach Bedarf von Fall zu Fall wieder beansprucht. Qualitativ unterscheidet sich dieses Verhältnis nicht von einem geschäftlichen Konkurrenzverhältnis, wie es vom Bundesgericht als zur Begründung von Konnexität ungenügend bezeichnet wurde (BGE 71 I 346). Dass offensichtlich keine rechtlich bindenden Absprachen zwischen den Parteien vorlagen, erhellt auch aus dem Umstand, dass sie sich für die einzelnen Geschäfte spezieller Vollmachten bedienten. Endlich kann auch nicht argumentiert werden, Verwandtschaft allein genüge zur Herstellung einer engen rechtlichen Beziehung zweier Ansprüche im Sinne der Praxis. Die Anerkennung des Forums der Widerklage am Ort der Hauptklage bei Konnexität der Ansprüche bedeutet einen Einbruch in den von Art. 59 BV statuierten Grundsatz der Garantie des Wohnsitzrichters. Zurückhaltung ist demnach am Platze. Eine Ausweitung auf Fälle wie den vorliegenden würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Nachdem der Beklagte im Prozess vor dem High Court of Justice keine Forderung

geltend macht, entfällt eo ipso auch die von § 15 ZPO alternativ verlangte Verrechnbarkeit der Ansprüche.

Es fehlt somit an der internationalen Zuständigkeit des High Court, weshalb ein allfälliges Urteil in der Schweiz nicht vollstreckt werden könnte. Eine Prüfung der Identität zwischen der hiesigen Klage und der Widerklage in London als weiterer Voraussetzung der Tauglichkeit zur Arrestprosequierung erübrigt sich. Ebenso braucht die Einwendung des Klägers nicht mehr näher untersucht zu werden, bei der 'counterclaim' handle es sich nach englischem Recht nicht um eine Widerklage, sondern um eine blosser Verrechnungseinrede. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet.

4. Der Beklagte ficht den vorinstanzlichen Beschluss aber auch mit der Begründung an, es sei ihm keine Möglichkeit eingeräumt worden, zu den Ausführungen des Klägers in der Replik Stellung zu nehmen, was einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkomme. Er beantragt dementsprechend Rückweisung an die Vorinstanz.

Die Parteien haben gleichmässig Anspruch auf volles Gehör (Guldener, ZPR, S. 149 und dort zitierte Literatur). Diesen sich aus der Bundesverfassung ergebenden Grundsatz haben die kantonalen Prozessordnungen zu berücksichtigen. § 121 ZPO räumt den Parteien je zwei Vorträge ein, nämlich dem Kläger für Begründung und Replik, dem Beklagten für Antwort und Duplik. Diese Ordnung ergibt sich ohne weiteres daraus, dass es nicht Sache des Klägers sein kann, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen in den Prozess einzubringen. Dies bleibt vielmehr der Gegenpartei in der Klageantwortschrift vorbehalten. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert, dass dem Kläger wiederum Gelegenheit eingeräumt wird, sich zu diesen neuen Tatsachen zu äussern und seinerseits allfällige Gegeneinreden zu erheben. Zur Herstellung des Gleichgewichts muss demzufolge auch dem Beklagten ein zweiter Vortrag zustehen (Guldener, ZPR, S. 151). Im vorliegenden Fall liegen die Verhältnisse anders. Nach der Klagebegründung, erhob

der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit. Sie wurde durch ausführliche rechtliche und tatsächliche Erörterungen untermauert. Die Vorinstanz räumte hierauf dem Kläger die Möglichkeit ein, zu diesen neu in den Prozess eingeführten Behauptungen Stellung zu nehmen. Zum Thema Einrede der Rechtshängigkeit stand somit jeder Partei bisher ein Vortrag und somit gleichmässiges Gehör zu. In der Replik wurden vom Kläger keine neuen Tatsachen oder Behauptungen mit Bezug auf die beklagte Einrede aufgestellt. Er beschränkte sich vielmehr auf das Bestreiten von Tatsachen, welche vom Beklagten bei der Begründung der Einrede ohnehin ausdrücklich behauptet, oder mindestens stillschweigend vorausgesetzt waren. Eine erneute Stellungnahme seitens des Beklagten drängt sich deshalb schon von da her nicht auf. Die Vorinstanz hat zudem das Thema der Replik in der entsprechenden Verfügung klar eingegrenzt und schloss damit eine Erweiterung des eigentlichen Klagefundaments durch den Kläger aus. Auch dadurch entfällt vorerst ein Anspruch des Beklagten auf einen weiteren Vortrag. Es ist ausserdem nicht zu übersehen, dass die Parteien auch im Rechtsmittelverfahren Gelegenheit hatten, ihre Standpunkte nochmals ausführlich darzulegen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erscheint deshalb nicht als verletzt. Dies entspricht im übrigen auch der Auffassung Guldeners, wonach es einer zweimaligen Anhörung in einem Zwischenverfahren mit einem zum vornehieren eng begrenzten, leicht zu überschauenden Thema nicht notwendigerweise bedarf (ZPR, S. 152).»

Das Kassationsgericht hiess eine Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Erwägungen gut:

«Während das Bezirksgericht die Einrede der Rechtshängigkeit abwie mit der Begründung, eine Arrestprosequierungsklage könne nur am schweizerischen Wohnort des Schuldners oder am Arrestort eingeleitet werden, gelangte das Obergericht in seiner Rekursentscheidung zum Ergebnis, es sei möglich, einen in der Schweiz erwirkten Arrest vor einem ausländischen Gericht zu

prosequieren unter der Voraussetzung, dass das zu erwartende Urteil in der Schweiz anerkannt und vollstreckt wird. Unter dieser Voraussetzung sei alsdann nach § 107 Ziff. 2 ZPO die Einrede der Rechtshängigkeit zu schützen, wenn eine identische Klage vor einem zuständigen ausländischen Gericht bereits als Haupt- oder Widerklage anhängig ist. Im vorliegenden Fall könne jedoch die Zuständigkeit des High Court of Justice zur Beurteilung der dort erhobenen Widerklage nicht anerkannt werden, weil es an dem von § 15 ZPO geforderten engen Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage fehle. Damit sei auch die Voraussetzung für eine Vollstreckung des zu erwartenden Urteils in der Schweiz nicht gegeben.

Demgegenüber wird mit der Beschwerde als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO) gerügt, dass das Obergericht nicht geprüft habe, ob die Zuständigkeit des High Court zur Beurteilung der Widerklage nicht durch die vorbehaltlose Einlassung des Beschwerdeführers (Klägers im Londoner Prozess) auf die Widerklage des Beschwerdegegners begründet worden sei. Die Rüge ist berechtigt. Die vorbehaltlose Einlassung ist nach zürcherischem Prozessrecht kompetenzbegründend, solange keine zwingende Zuständigkeitsvorschrift verletzt ist (Sträuli/Messmer N. 4 zu § 12 ZPO). Der in § 15 ZPO statuierte Grundsatz der Konnexität von Haupt- und Widerklage ist nicht zwingend in dem Sinne, dass die Parteien nicht durch Vereinbarung oder vorbehaltlose Einlassung von ihm abweichen könnten (vgl. Stein/Jonas, Anm. V/4 zu § 33 der deutschen ZPO). Das Vorbringen der Rekurschrift (II act. 2 S. 4/5 und S. 8) über die vorbehaltlose Einlassung des Beschwerdeführers auf die Widerklage im Londoner Prozess war daher erheblich und hätte vom Obergericht nicht mit Stillschweigen übergangen werden dürfen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (§ 56 ZPO) gebietet, dass der Richter zu erheblichem Parteivorbringen Stellung nimmt (Guldener, Zivilprozessrecht, S. 153 Ziff. 7). Dieser wesentliche Prozessgrundsatz wird durch den angefochtenen Beschluss

verletzt, so dass die Beschwerde in Anwendung des §281 Ziff.1 ZPO gutzuheissen und der Beschluss aufzuheben ist. Die Sache ist an das Obergericht zur Neubeurteilung des Rekurses zurückzuweisen.»

Obergericht, I. Zivilkammer,  
28. September 1977  
Kassationsgericht,  
24. Februar 1978