

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion
und mit Quellenangabe gestattet.

Die Vollstreckung ausländischer Entscheide in der Schweiz: Ein unentschiedenes Seilziehen zwischen Formalismus und Effizienz

Laura Knöpfel*, Benoît Mauron**, André Brunschweiler***

1. Einleitung

Die Präambel des revidierten Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 2007 (LugÜ) bringt die Intention der Vertragsstaaten zum Ausdruck, mit dem Übereinkommen den Rechtsschutz durch die schnelle und einfache Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheiden zu stärken.¹

Dieser Artikel beleuchtet die (dogmatisch) unterschiedlichen Positionen in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung zur dieser durch das LugÜ bezweckten schnellen Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheiden im Rahmen des Arrests. Nach einer kurzen Darstellung der innerstaatlichen Sicherungsmassnahmen gemäss LugÜ (Kapitel 2), diskutieren wir die Anerkennung von Nicht-LugÜ-Titeln im Rahmen des Arrests (Kapitel 3). Das vierte Kapitel ist der Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Urteilen in eben diesem Sicherungsverfahren gewidmet. Dabei beleuchten wir insbesondere die ungeklärte Frage, ob die nur vorfrageweise bzw. inzidente Anerkennung von Urtei-

* Dr. (Doctor of Philosophy in Law, King's College London), Substitutin, Basel;

** Rechtsanwalt, Partner bei einer grösseren, auf Streitbeilegung spezialisierten Wirtschaftskanzlei, Genf;

*** Rechtsanwalt, Partner bei einer grösseren, auf Streitbeilegung spezialisierten Wirtschaftskanzlei, Zürich.

¹ Weder im Ständerat noch im Nationalrat war die Ratifikation des revidierten Übereinkommens umstritten (in der Schlussabstimmung wurde der Bundesbeschluss im Ständerat mit 39 zu 0 und im Nationalrat mit 192 zu 1 Stimmen angenommen). Unumstritten waren ferner die punktuellen Anpassungen im SchKG und der ZPO, um die Gleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Gläubigern sicherzustellen (siehe Geschäft 09.021 des Bundesrates, verfügbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?t?AffairId=20090021#!#AffairSummary>, zuletzt besucht am 22. Dezember 2022).

len aus einem LugÜ-Staat, also ohne separater Exequatur, innerhalb des Titelarrests gemäss Art. 271 Abs. 6 SchKG möglich ist. Die abschliessende Zusammenfassung endet mit eigenen Lösungsansätze, um die unterschiedlichen Positionen in Lehre und Rechtsprechung zu vereinheitlichen (Kapitel 5).

2. Die innerstaatliche Umsetzung des revidierten LugÜ in Bezug auf Sicherungsmassnahmen

Art. 47 Abs. 1 LugÜ räumt Gläubiger:innen die Möglichkeit ein, Sicherungsmassnahmen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates in Anspruch zu nehmen, ohne dass ein Gericht die zugrunde liegende Entscheidung zuerst i.S.v. Art. 41 LugÜ für vollstreckbar erklären muss. Ist eine solche Vollstreckbarerklärung hingegen schon erfolgt, so haben Gerichte gemäss Art. 47 Abs. 2 LugÜ die Befugnis, Massnahmen, die auf Sicherung gerichtet sind, zu erlassen. Der Bundesrat setzte diese internationalen Vorgaben in Beziehung zum Arrest, dem gemäss *Meier-Dieterle* klassischen Sicherungsinstitut des Schweizer Zwangsvollstreckungsrechts. In seiner Botschaft führte der Bundesrat dazu folgendes aus:²

«Der geltende Artikel 271 SchKG macht den Arrest noch von einem der in den Ziffern 1–5 aufgeführten Gefährdungsbestände abhängig. Das revLugÜ gewährt aber mit dem erstinstanzlichen Exequatur einen unbedingten Anspruch auf ein Sicherungsmittel. Daher wird in einer neuen Ziffer 6 von Artikel 271 Absatz 1 SchKG das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels als Arrestgrund aufgenommen. Mit dieser Anpassung wird einerseits Artikel 47 Absatz 2 revLugÜ Rechnung getragen und andererseits Klarheit geschaffen bezüglich des Sicherungsmittels des schweizerischen Rechts und der dafür nötigen Voraussetzungen.»³

Diese Position des Bundesrates stellt aus heutiger Sicht ein Vorbote für die sich aktuell zeigende dogmatische Uneinheitlichkeit in der Umsetzung des Arrestgrundes von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG dar, welcher als Folge der 2007 LugÜ-Revision neu eingefügt wurde. Gemäss Botschaft gewähre das erstinstanzliche Exequatur einen unbedingten Sicherungsanspruch, weshalb der definitive Rechtsöffnungstitel als neuer Arrestgrund aufzunehmen sei. Erstinstanzliches Exequatur und definitiver Rechtsöffnungstitel sind jedoch voneinander zu unterscheiden: Das erstinstanzliche Exequatur ist die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides. Ein definitiver Rechtsöffnungstitel ist ein vollstreckbarer gerichtlicher Entscheid (Art. 80 Abs. 1 SchKG) und gerichtlichen

² *Felix C. Meier-Dieterle*, Sicherungsmassnahmen gestützt auf deutsche Urteile und öffentliche Urkunden in der Vollstreckung in der Schweiz, Mitteilungsblatt DAV Internationaler Rechtsverkehr 1/2009, S. 47.

³ Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidung in Zivil- und Handelssachen: Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 18. Februar 2009 BBI 2009 1777 (im Folgenden «bundesrätliche Botschaft»), S. 1821.

Entscheiden gleichgestellte Dokumente wie beispielsweise vollstreckbare öffentliche Urkunden gemäss Art. 347–352 ZPO (Art. 80 Abs. 2 SchKG). Auch ausländische Urteile und Schiedsentscheide sind definitive Rechtsöffnungstitel, ohne dass sie vorher für vollstreckbar erklärt werden müssten.⁴ Wird einer grammatikalischen Auslegung der Bestimmung in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gefolgt, so ist es der definitive Rechtsöffnungstitel und nicht das erstinstanzliche Exequatur, basierend auf welchem ein Titelarrest angeordnet werden kann. Erst der nach der LugÜ-Revision eingeführte Art. 271 Abs. 3 SchKG schafft eine Verbindung zwischen dem Titelarrest gestützt auf ein Urteil, welches nach dem LugÜ anzuerkennen und zu vollstrecken ist (im Folgenden «LugÜ-Urteil»), und dem erstinstanzlichen Exequatur ebendiesem Urteil. Art. 271 Abs. 3 SchKG besagt, dass ein Arrestgericht, welches einen Titelarrest gestützt auf ein LugÜ-Urteil verfügt, auch über dessen Vollstreckbarkeit zu entscheiden hat. Um nochmals aus der bundesrätlichen Botschaft zu zitieren:

«Der neue Absatz 3 stellt klar, dass das Gericht, welches aufgrund eines nach dem revLugÜ vollstreckbaren Entscheids (und damit eines definitiven Rechtsöffnungstitels einen Arrest nach Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 ausspricht), stets auch einen selbstständigen Exequaturentscheid zu fällen hat (vgl. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ), selbst wenn diesbezüglich kein selbstständiges Begehren gestellt wurde.»⁵

Wie die Botschaft verdeutlicht, stützt der Bundesrat diese Verbindung zwischen dem Titelarrest aufgrund des LugÜ-Urteils und dem erstinstanzlichen Exequatur auf Art. 47 Abs. 2 LugÜ. Gemäss Art. 47 Abs. 2 LugÜ gibt die Vollstreckbarerklärung die Befugnis, Massnahmen zu veranlassen, die auf eine Sicherung gerichtet sind. Diese Bestimmung entspricht Art. 39 Abs. 2 aLugÜ. Die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Vollstreckbarerklärung soll sich nicht hindernd auf Sicherungsmassnahmen basierend auf ebendieser Vollstreckbarerklärung auswirken. Demgegenüber regelt Art. 47 Abs. 1 LugÜ die Anordnung von Sicherungsmassnahmen basierend auf im Erlassstaat vollstreckbare LugÜ-Urteile, bevor sie in der Schweiz für vollstreckbar erklärt worden sind.⁶ Das LugÜ selbst äussert sich nicht zum Übergang zwischen Absatz 1 und Absatz 2 von Art. 47 LugÜ und die vom Bundesrat eingeführte

⁴ BGer Urteil 5A_355/2012 vom 21. Dezember 2012 (Pra 2013 Nr. 69), E. 4.5.2; BGer 5A_276/2020 vom 19. August 2020, E. 5.2.3.

⁵ Bundesrätliche Botschaft, S. 1821.

⁶ *Fausto Pocar*, Explanatory Report for the Council on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, EU-Council, 23 December 2009 (2009/C 319/01), para. 162, verfügbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XG1223\(04\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XG1223(04)&from=LV), zuletzt besucht am 6. Dezember 2022 (im Folgenden «Bericht Pocar»). Pocar erläutert zu Art. 47 Abs. 1 LugÜ: «It should also be borne in mind that the national law to which the Convention refers must not in any circumstances lead to frustration of the principles laid down in that regard, whether expressly or by implication, by the Convention itself, and must therefore be applied in a manner compatible with the principles in **article 47, which entitle the applicant to request provisional or protective measures from the moment that the judgment becomes enforceable in the State of origin**» (Hervorhebung beigefügt).

Verbindung des LugÜ-Titelarrests und des erstinstanzlichen Exequaturs drängten sich damit zumindest nicht auf.

3. Nicht-LugÜ-Urteile und Schiedsentscheide als Arrestgründe

Trotz des klaren Wortlauts von Art. 271 Abs. 3 SchKG, welcher nur von LugÜ-Urteilen spricht, beabsichtigte der Bundesrat den Titelarrest für sämtliche definitive Rechtsöffnungstitel nach Art. 81 Abs. 3 SchKG einzuführen.⁷ Zu den definitiven Rechtsöffnungstiteln gehören inländische und ausländische Entscheide von Gerichten in LugÜ, aber auch Nicht-LugÜ-Staaten. Dies bestätigte das Bundesgericht in einem wegweisenden Urteil im Jahr 2012.⁸ Der Titelarrest von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG steht demnach auch Gläubiger:innen offen, deren Forderungen durch Nicht-LugÜ-Urteile und auch Schiedsurteile bestätigt werden.

Im Gegensatz zum LugÜ sehen das IPRG (für Nicht-LugÜ-Entscheide) sowie das NYÜ (für Schiedsurteile) kein einseitiges Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vor. Gemäss der Anerkennungsregelung des IPRG und NYÜ müsste der Gesuchsgegner vor der Verarrestierung von Vermögensgegenständen zwingend angehört werden.⁹ Davon ausgehend stellen sich die folgenden Fragen: Erfolgt die Anerkennung von Nicht-LugÜ-Urteilen im Rahmen des Arrests inzident oder hauptfrageweise über ein formales Exequatur? Im Fall der inzidenten Anerkennung, wie verhält sich die Arrestlegung zum gesetzlich vorgesehenen kontradiktorischen Verfahren für die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheiden nach IPRG und NYÜ? Entscheidet das Gericht inzident über die Anerkennung und Vollstreckung, prüft es dann die Anerkennungs Voraussetzungen nach Art. 25 ff. IPRG?

Staehelin und *Reiser/Jent-Sørensen* argumentieren, dass ein vorgelagertes Exequaturverfahren eine notwendige Voraussetzung für den Titelarrest für Nicht-LugÜ-Urteile nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG sei.¹⁰ *Rodriguez* geht hingegen davon aus, dass IPRG-Titel und nach NYÜ vollstreckbare Schiedsentscheide im Rahmen des Arrests inzident zu anerkennen und zu vollstrecken sind.¹¹ In einem älteren Artikel sprach sich *Rodriguez* noch dafür aus, dass der Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG für ausländische Nicht-LugÜ-Entscheide nur dann zur Verfügung steht, wenn der Entscheid bereits für vollstreckbar erklärt wurde.¹²

⁷ Bundesrätliche Botschaft, S. 1821; BGer Urteil 5A_355/2012 vom 21. Dezember 2012 (Pra 2013 Nr. 69), E. 4.2.

⁸ BGer Urteil 5A_355/2012 vom 21. Dezember 2012 (Pra 2013 Nr. 69), E. 4.2.

⁹ So auch *Rodrigo Rodriguez*, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP 2009, S. 1557.

¹⁰ *Daniel Staehelin*, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010, S. 8; *Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen*, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 107/2011, S. 453 und 458.

¹¹ *Rodrigo Rodriguez*, Vollstreckung und Sicherung von Unterhaltstiteln im internationalen Verhältnis, FamPra.ch 3/2018, S. 709.

¹² So auch *Rodrigo Rodriguez*, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP 2009, S. 1557.

Das Bundesgericht klärte in dem schon erwähnten Leitentscheid aus dem Jahr 2012, dass es im Zuge des Titelarrests weder für IPRG-Titel noch Schiedssprüche eines vorgängigen, selbstständigen und kontradiktorischen Exequaturverfahrens bedarf.¹³ Vielmehr könne das Arrestgericht vorfrageweise und im Rahmen einer summarischen Prüfung über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Nicht-LugÜ-Entscheids oder Schiedsurteils befinden.¹⁴ Das Obergericht Zürich folgte in einem Entscheid aus dem Jahr 2013 der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Es ging davon aus, dass Schiedsentscheide ohne vorgängige Vollstreckbarerklärung zu einem Titelarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG berechtigen.¹⁵

Im neueren Entscheid 5A_942/2017 vom 7. September 2018 zur Vollstreckung eines ausländischen Schiedsentscheids hielt das Bundesgericht fest, dass ein ausländischer (Schieds-)Entscheid zu einem Titelarrest berechtigt, unabhängig davon, ob dieser Entscheid vorgängig in der Schweiz für vollstreckbar erklärt wurde. Gläubiger:innen müssen nur glaubhaft machen, dass der Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Urteils auf den ersten Blick nichts entgegensteht. Die genauere Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen und der Anerkennungsverweigerungsgründe nach Art. 25 ff. IPRG erfolge erst im Arrestspracheverfahren. Zu einem rechtskräftigen Entscheid über Anerkennung und Vollstreckung kommt es erst im Verfahren der Arrestprosequierung.¹⁶ Dieser Rechtsprechung folgte das Bezirksgericht Zürich Anfang 2021.¹⁷

4. Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Urteilen im Rahmen des Titelarrests

Die momentan umstrittenste Frage in Bezug auf die Vollstreckung von LugÜ-Urteilen betrifft die Frage, ob die Anerkennung und Vollstreckung eines LugÜ-Urteils innerhalb des Arrests inzident erfolgen kann oder das Arrestgericht den Entscheid vor der Verarrestierung von Vermögenswerten in der Schweiz in einem separaten, formalen Entscheid für vollstreckbar zu erklären hat (formale Exequatur) (siehe Abschnitt 4.1). In diesem Zusammenhang ist sodann umstritten, ob das Arrestgericht den Entscheid von Amtes wegen als für vollstreckbar zu erklären hat bzw. mangels Antrags überhaupt darf (*ultra petita*) oder ob eine solche Vollstreckbarkeitserklärung nur auf Antrag hin ergeht. Sollte letzteres der Fall sein und wird die Möglichkeit der inzidenten Anerkennung vereint, so müssten Gläubiger:innen mit ihrem Begehren auf Titelarrest das Gericht gleichzeitig ausdrücklich darum ersuchen, den Entscheid für vollstreckbar zu erklären (siehe Abschnitt 4.2).

¹³ BGer Urteil 5A_355/2012 vom 21. Dezember 2012 (Pra 2013 Nr. 69), E. 4.5.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Obergericht Zürich, Entscheid PS140031 vom 14. März 2013.

¹⁶ BGE 144 III 411, E. 6.3.1.

¹⁷ Bezirksgericht Zürich, Entscheid vom 24. Februar 2021 E. 2.3.

In Praxis stellt sich ferner die (noch ungeklärte) Frage, ob die Gläubiger:innen die Vollstreckungsvoraussetzungen nur glaubhaft zu machen haben oder einen Vollbeweis erbringen müssen (siehe Abschnitt 4.3).

4.1 Die umstrittene inzidente Anerkennung von LugÜ-Urteilen im Zuge des Titelarrests

Die Lehre zeigt sich uneinig. Ein Grossteil der Lehre scheint sich gegen die inzidente Anerkennung von LugÜ-Urteilen (sprich ohne formale Exequatur) auszusprechen.¹⁸ Demgegenüber stehen verschiedene Lehrmeinungen, die davon ausgehen, dass die Anerkennung sowohl vorfrageweise als auch in einem expliziten Feststellungsentscheid im Rahmen eines Titelarrests erfolgen können.¹⁹

4.1.1 Pro inzidenter Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Urteilen

In zwei kürzlich ergangenen Entscheiden vom 25. Mai und 30. Mai 2022 ging das Regionalgericht Oberland von der Möglichkeit der inzidenten Anerkennung von LugÜ-Entscheiden innerhalb des Titel-arrests aus:

«Die Anerkennung kann vorfrageweise im Rahmen der Beurteilung eines auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG beruhenden Arrestgesuches erfolgen oder es kann vom Gericht ein expliziter Feststellungsentscheid über die Anerkennungs- und Vollstreckbarkeit gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG gefällt werden.»²⁰

Ähnlich der jüngeren Entscheide des Regionalgerichts Oberlands des Kantons Bern hielt das Kantonsgericht Luzern in einem Entscheid aus dem Jahr 2021 fest, dass ein Arrest vor dem formalen Exequatur eines Urteils erfolgen könne. Bezogen auf die hier zentrale Frage der Form der Vollstreckung von LugÜ-Urteilen, scheint das Kantonsgericht Luzern davon auszugehen, dass eine explizite Vollstreckungserklärung zum Zeit-

¹⁸ Jolanta Kren Kostkiewicz, in: SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 271 N 86 und 87; Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, S. 437; Rodrigo Rodriguez, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP 12/18, S. 1550, 1558; Daniel Schwander, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV 146/2010, S. 641, 656; Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 107/2011, S. 453, 454; Daniel Staehelin, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010, S. 3; Arnold Christian, Das Exequaturverfahren im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 aus schweizerischer Sicht, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 236)

¹⁹ BSK SchKG-Stoffel, Art. 271 N 102 und 109; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 47 N 62 ff.; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 47 N 62; Dorothee Schramm und Axel Buhr, in: Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Art. 1–200 IPRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 Art. 29 N 20.

²⁰ Regionalgericht Oberland, Entscheid CIV 970 vom 30. Mai 2022, S. 8 f. und Entscheid CIV 969 vom 25. Mai 2022, S. 8 f.

punkt des Arrests nicht nötig sei. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Anerkennung des LugÜ-Urteils implizit erfolgen kann und die Arrestlegung auf dieser inzidenten Anerkennung möglich ist.²¹ In diesem Sinne urteilte auch das Kantonsgericht Zug in einem kürzlich ergangenen Entscheid vom 2. Februar 2022.²² Es hielt explizit fest, dass «[d]ie Vollstreckbarerklärung entweder vorfrageweise oder separat in einem selbstständigen Exequaturverfahren erfolgen» kann.²³ Diese Auffassung teilte auch das Bezirksgericht Zürich in einem Entscheid aus dem Jahr 2015.²⁴ Das Bezirksgericht qualifizierte Art. 271 Abs. 3 SchKG lediglich als eine Zuständigkeitsnorm.²⁵ Art. 271 Abs. 3 SchKG wolle sicherstellen, dass es zur keiner Verzögerung aufgrund auseinanderfallender Zuständigkeiten für Arrestlegung und Vollstreckung kommt. Ferner erwoog das Bezirksgericht Zürich, dass:

«Ausgehend von dieser Überlegung sollte es dem Gesuchsteller bei Vorliegen eines LugÜ-Entscheides freistehen, ob er dessen Vollstreckbarerklärung und den Arrest verlangt (Variante 1) oder ob er sich mit der vorfrageweise Prüfung der Vollstreckbarkeit im Rahmen des Arrestverfahrens begnügt (Variante 2)».²⁶

Ferner hat sich das Bundesgericht in jüngster Zeit in einem *obiter dicta* dahingehend geäußert, dass die inzidente Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Entscheidungen im Rahmen eines Titelarrests möglich sein könnte.²⁷ In diesem Sinne hielt das Bundesgericht in Urteil 6B_720/2021 vom 11. März 2022 fest, dass «[s]’il est admis par la jurisprudence qu’une décision d’exequatur au sens de la CL puisse également être prononcée à titre incident dans le cadre d’une procédure de séquestre (Art. 271 ss LP) ou de mainlevée de l’opposition (Art. 80 ss LP) [...]».²⁸ Dieser Feststellung ging jedoch keine Diskussion voraus (noch folgte eine solche), da vorliegend die Frage strittig war, ob ein Strafgericht LugÜ-Urteile innerhalb eines Strafprozesses vollstrecken kann oder nicht.

4.1.2 Contra inzidenter Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Urteilen

Das Bundesgericht spricht sich in der Hauptsache jedoch dafür aus, dass der Arrestrichter aufgrund von Art. 271 Abs. 3 SchKG immer auch einen separaten Exequatur-Entscheid fällen muss:

«Le juge qui entend prononcer le séquestre requis sur la base d’un jugement «Lugano» doit statuer sur l’exequatur de celui-ci (...). La

²¹ Kantonsgericht Luzern, Entscheid 2C 21 50 vom 27. September 2021.

²² Kantonsgericht Zug, Entscheid vom 2. Februar 2022.

²³ Ibid., E. 2.2.

²⁴ Bezirksgericht Zürich 2017, Nr. 79.

²⁵ Ibid., E. 3.2.

²⁶ Ibid.

²⁷ BGer Urteil 5A_697/2020 vom 22. März 2021.

²⁸ BGer Urteil 6B_720/2021 vom 11. März 2022, E. 2.4.4, Hervorhebung beigeüfugt.

*pratique antérieure à la révision de la LP induite par la CL révisée consistant à statuer à titre incident sur l'exequatur (...) n'est pas conforme au texte clair de l'art. 271 al. 3 LP et ne saurait ainsi perdurer s'agissant de -jugements «Lugano».*²⁹

Die Obergerichte des Kantons Zürich und Genf folgen dieser Position, dass dem Titelarrest gestützt auf LugÜ-Urteilen eine formale Exequaturerklärung durch das Arrestgericht vorangehen muss.³⁰ So hielt das Obergericht des Kantons Zürich zum Beispiel in einem Entscheid aus dem Jahr 2015 fest:

*«Stützt sich ein Gläubiger hierfür auf einen ausländischen Entscheid, der nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ) zu vollstrecken ist, so hat das Gericht im Arrestverfahren auch über dessen Vollstreckbarkeit zu entscheiden (Art. 271 Abs. 3 SchKG).»*³¹

4.1.3 Die Position der Autor:innen

Die inzidente Anerkennung von LugÜ-Urteilen in der Schweiz ist aus folgenden Gründen zu begrüssen. Erstens entspräche sie der Zielsetzung des LugÜ-Übereinkommens, Gläubiger:innen die Vollstreckung ihrer Urteile zu erleichtern. Dieser Zielsetzung zufolge, sollte es den Gläubiger:innen überlassen werden, ob sie «ihre» Urteile hauptfrageweise oder inzident vollstrecken möchten. Es würde dem Zweck des LugÜ zuwiderlaufen, wenn ausländische Nicht-LugÜ-Gläubiger:innen ihre Urteile inzident oder hauptfrageweise vollstrecken können, diese Möglichkeit LugÜ-Gläubiger:innen aber nicht (mehr) zur Verfügung stünde.³² Ferner räumt das LugÜ Gläubiger:innen das Recht auf inzidente Anerkennung (Art. 33 Abs. 3 LugÜ) und hauptfrageweise Vollstreckung (Art. 41 LugÜ) ein. Und schliesslich ist unbestritten, dass im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens LugÜ-Urteile inzident anerkannt und vollstreckt werden können.³³

Demgegenüber entschied das Bundesgericht im erwähnten Entscheid 5A_697/2020 vom 22. März 2021, dass das hauptfrageweise Exequatur eine notwendige Bedingung für den Titelarrest gestützt auf ein LugÜ-Urteil sei.³⁴ Mit dieser Rechtsprechung werden Gläubiger:innen von LugÜ-Urteilen schlechter behandelt als solche, die ihre Forderungen basierend auf einem IPRG- oder NYÜ-Titel mit dem Arrest von Art. 271

²⁹ BGer Urteil 5A_697/2020 vom 22. März 2021, E. 6.2.1.

³⁰ Vgl. Cour de Justice des Kantons Genf, Entscheid ACJC/88/2021 vom 20. Januar 2021 (cause C/24938/2018); Obergericht Zürich, Entscheid PS150133-O/U vom 24. August 2015 und Entscheid PS140239 vom 18. Dezember 2014.

³¹ Obergericht Zürich, Entscheid PS150133-O/U vom 4. August 2015, E. 5.1.

³² In diesem Sinne auch das Kantonsgericht Luzern in Entscheid 2C 21 50 vom 27. September 2021.

³³ BGer 5A_703/2016 (Pra 107 2018 Nr. 86), E. 5.2.1.; BSK SchKG-*Stahelin*, Art. 80 N 68a.

³⁴ BGer Urteil 5A_697/2020 vom 22. März 2021, E. 6.2.1.

SchKG sichern können.³⁵ Die Rechtswirkung eines Entscheids über das hauptfrageweise Exequatur geht über das Arrestverfahren hinaus, ein hauptfrageweise Exequatur setzt verschiedene, parallel geführte Verfahren voraus (Arresteinsprache nach Art. 278 SchKG und Beschwerde gegen das Exequatur nach Art. 327a ZPO) und führt daher zu höheren Kosten. Das LugÜ beabsichtigt zwar auch eine Ungleichbehandlung, aber mit umgekehrten Vorzeichen. LugÜ-Gläubiger:innen sollen möglichst schnell, einfach und autonom ihre Forderungen sichern und schliesslich vollstrecken können. Eine durch die automatische Kopplung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG und Art. 271 Abs. 3 SchKG erzeugte Schlechterbehandlung von LugÜ-Gläubiger:innen ist damit nicht haltbar und erfordert eine gesetzliche Korrektur. Art. 271 Abs. 3 SchKG sollte *de lege ferenda* primär (bzw. ausschliesslich) als Zuständigkeitsregel verstanden werden. Das kompetente Arrestgericht ist auf entsprechenden Antrag auch für das hauptfrageweise Exequatur zuständig.

4.2 Braucht es ein ausdrückliches Rechtsbegehren um Exequatur?

Wird, wie vom Bundesgericht anerkannt, von einem Automatismus zwischen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auf Art. 271 Abs. 3 SchKG ausgegangen, ist ungeklärt und strittig, inwiefern dieser Automatismus greift, wenn Gläubiger:innen kein Begehren um die Vollstreckbarerklärung «ihrer» Entscheide stellen. Konkret lautet die Frage, ob das Arrestgericht ein formales Exequatur von Amtes wegen verfügen muss (bzw. überhaupt darf) oder eine Vollstreckbarerklärung nur auf Antrag erfolgt.

Wiederum gehen die Meinungen in der Lehre auseinander. *Kren Kostkiewicz* und *Rodriguez* argumentieren, dass das Arrestgericht einen Entscheid über die Vollstreckbarkeit des LugÜ-Entscheids zu fällen hat, selbst dann, wenn die gesuchstellende Person kein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hatte.³⁶ *Schwander* führt diesbezüglich aus, dass ein selbständiger Exequaturentscheid allenfalls in Abweichung des Dispositionsgrundsatzes nach Art. 58 Abs. 2 ZPO zu ergehen habe.³⁷ Gemäss *Reiser/Jent-Sørensen* ist hingegen ein förmlicher Antrag auf Exequatur unerlässlich.³⁸ In diesem Sinne argumentiert auch *Staelin*, dass die Gesuchstellerin neben dem Begehren um Arrest ein selbstständiges

³⁵ Dies anerkennt beispielsweise auch *Arnold*, obwohl der Autor argumentiert, dass der Arrestlegung basierend auf einem LugÜ-Titel nach Art. 271 Abs. 3 SchKG zuerst ein Exequatur vorangehen muss. *Arnold* betont jedoch, dass das LugÜ dafür die Kognition der ersten Instanz stark einschränkt und es genüge den Arrestgegenstand zu substantiieren, während er sonst glaubhaft zu machen sei (*Arnold Christian*, Das Exequaturverfahren im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 aus schweizerischer Sicht, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 236).

³⁶ *Jolanta Kren Kostkiewicz*, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, S. 437; *Rodrigo Rodriguez*, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP 2009, S. 1550, 1558.

³⁷ *Daniel Schwander*, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV 146/2010, S. 641, 656.

³⁸ *Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen*, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 107/2011, S. 453, 454.

Exequaturbegehren stellen muss.³⁹ Ein solches Erfordernis fliesse aus der Dispositionsmaxime und dem Verbot, dass das Gericht über etwas entscheiden darf, was nicht verlangt wurde (*ultra petita*).

4.2.1 Formales Exequatur von Amtes wegen

Das Regionalgericht Oberland des Kantons Bern ging in zwei Entscheiden vom 12. April 2021 davon aus, dass das Arrestgericht einen selbstständigen Exequaturentscheid «*selbst dann zu fällen [hat], wenn kein selbstständiges Begehren gestellt worden ist*».⁴⁰ Auch das Kantonsgericht Graubünden hiess eine Beschwerde einer Schuldnerin gegen einen erstinstanzlichen Arresteinspracheentscheid gut, da die Vorinstanz es «*ausdrücklich*» offengelassen habe, ob die massgeblichen Entscheide in der Schweiz vollstreckbar sind oder nicht.⁴¹ Es folgte damit der Ansicht, dass ein Arrestgericht einen selbstständigen Exequaturentscheid zu fällen hat, auch wenn um einen solchen nicht (hauptfrageweise) ersucht wurde.⁴²

Diese Entscheide entsprechen dem Willen des Gesetzgebers gemäss der bundesrätlichen Botschaft.⁴³ Der Bundesrat nahm in seiner Botschaft an, dass Gläubiger:innen für den Arrest basierend auf einem LugÜ-Entscheid keinen eigenständigen Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung dieses Entscheides stellen müssen. In der Botschaft des Bundesrats heisst es wortwörtlich:

«*Der neue Absatz 3 [des Artikels 271 SchKG] stellt klar, dass das Gericht, welches aufgrund eines nach dem revLugÜ vollstreckbaren Entscheids (und damit eines definitiven Rechtsöffnungstitels) einen Arrest nach Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 ausspricht, stets auch einen selbstständigen Exequaturentscheid zu fällen hat (vgl. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ), – selbst wenn diesbezüglich kein selbstständiges Begehren gestellt wurde [...]*»⁴⁴

Zur Begründung verweist der Bundesrat in der Botschaft an verschiedene Stellen auf die Regelungen zu den sichernden Massnahmen und Vollstreckbarkeit in der ZPO, insbesondere Art. 341 Abs. 1 ZPO.⁴⁵ Art. 341 Abs. 1 ZPO besagt, dass die Prüfung der Vollstreckbarkeit eines Entscheids von Amtes wegen zu erfolgen hat. Unseres Erachtens ergibt sich aus der Pflicht der Prüfung von Amtes wegen jedoch nicht, dass eine solche Prüfung hauptfrageweise erfolgen und in einem selbstständigen Entscheid festgestellt werden muss. Vielmehr könnte die Prüfung auch

³⁹ Daniel Staehelin, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010, S. 3.

⁴⁰ Regionalgericht Oberland, Entscheide 21 970 vom 12. April 2021, S. 5 und CIV 21 969 vom 12. April 2021, S. 5.

⁴¹ Kantonsgericht von Graubünden, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 22. Mai 2013, KSK 12 47, E. 6a.

⁴² Ibid., E. 6b.

⁴³ Bundesrätliche Botschaft.

⁴⁴ Ibid., S. 1821.

⁴⁵ Ibid.

inzident erfolgen. Eine automatische Vollstreckbarerklärung durch das Arrestgericht steht nämlich in einem problematischen Verhältnis zum Dispositionsgrundsatz von Art. 56 Abs. 1 ZPO.

4.2.2 Formales Exequatur nur auf Antrag

Die Obergerichte des Kantons Zürich und des Kantons Genf folgen auch dem Dispositionsgrundsatz und gehen davon aus, dass Gläubiger:innen die Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Urteilen hauptfrageweise begehren müssen.⁴⁶ Das Obergericht Zürich äusserte sich dazu in einem Entscheid aus dem Jahr 2015 auf unmissverständliche Art und Weise:

«Nach herrschender Ansicht und geltender obergerichtlicher Praxis bedarf es eines solchen Antrags [Exequatur-Antrag]. Andernfalls kann dem Arrestbegehren gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG keine Folge gegeben werden.»⁴⁷

Das Cour de Justice von Genf, die letzte kantonale Beschwerdeinstanz, hiess auf Beschwerde sogar die Arresteinsprache des Schuldners gut, weil das erstinstanzliche Gericht das LugÜ-Urteil nur inzident anerkannte und vollstreckt hatte.⁴⁸ Dies, obschon die Erstinstanz, wenn auch nicht auf die klarste Art und Weise,⁴⁹ hauptfrageweise um Feststellung der Vollstreckbarkeit ersucht wurde.⁵⁰

4.2.3 Die Position der Autor:innen

Wie schon oben argumentiert wurde, sollte es den Gläubiger:innen möglich sein, ihre LugÜ-Titel im Rahmen des Titelarrests inzident anerkennen zu lassen. Falls jedoch am Automatismus von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zu Art. 271 Abs. 3 SchKG festgehalten wird, so sollte das Arrestgericht auch ohne ausdrücklichen Antrag hauptfrageweise über die Vollstreckbarerklärung entscheiden. Etwas anderes widerspricht unserer Auffassung nach der durch das LugÜ angestrebten Vereinfachung der Vollstreckbarkeit. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber Art. 271 Abs. 3 SchKG nicht als «Kann-Vorschrift» formuliert hatte, sondern vielmehr ist das Arrestgericht gemäss Wortlaut und im Sinne einer «Muss-Vorschrift» verpflichtet, über das selbstständige Exequatur zu entscheiden. Dies erlaubt es dem Richter auch ohne ausdrückliches

⁴⁶ Vgl. Cour de Justice des Kantons Genf, Entscheid ACJC/88/2021 vom 20. Januar 2021 (cause C/24938/2018); Obergericht Zürich, Entscheid PS150133/O/U vom 24. August 2015; Obergericht Zürich, Entscheid PS140239 vom 18. Dezember 2014.

⁴⁷ Obergericht Zürich, Entscheid PS150133-O/U vom 24. August 2015, E. 5.1.2.

⁴⁸ Cour de Justice des Kantons Genf, Entscheid ACJC/88/2021 vom 20. Januar 2021 (cause C/24938/2018).

⁴⁹ Der Gläubiger ersuchte das Gericht um «constate[r] la force exécutoire en Suisse des décisions». Auch wenn der Gläubiger sein Exequaturbegehren durch Ausdrücke wie «ordonne[r]» oder «déclare[r]» anstelle von «constate[r]» klarer hätte formulieren können, sind wir basierend auf den allgemeinen Auslegeregeln der Meinung, dass die Erstinstanz sein Rechtsbegehren als ein Begehren um Exequatur hätte verstehen müssen.

⁵⁰ Cour de Justice des Kantons Genf, Entscheid ACJC/88/2021 vom 20. Januar 2021 (cause C/24938/2018).

Rechtsbegehren über die Vollstreckbarkeit eines LugÜ-Entscheides zu entscheiden.

4.3 Die ungeklärten Voraussetzungen der Anerkennung bzw. Vollstreckung von LugÜ-Urteilen

Die vorfrageweise Anerkennung von LugÜ-Entscheiden beim Titelarrest ist bei den Gerichten nicht populär. Es erstaunt daher nicht, dass sich weder Rechtsprechung noch Lehre mit den Voraussetzungen der inzidenten Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von LugÜ-Urteilen im Rahmen des Arrestverfahrens auseinandergesetzt haben. Insbesondere stellen sich dabei die folgenden Fragen: Erfolgt die inzidente Anerkennung, gleich wie bei der hauptfrageweisen Vollstreckbarerklärung, einseitig und unter den erleichterten Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 53 Abs. 1 LugÜ? Oder ergeht eine weitergehende Prüfung nach Art. 34 und Art. 35 LugÜ? Und wie verhält es sich mit der Urteilsbescheinigung gemäss Anhang V LugÜ (Art. 53 Abs. 2 i.V.m. Art. 54 LugÜ)?

Da die Arrestlegung als einstweilige Sicherungsmassnahme per Definition einseitig erfolgt, können Schuldner:innen naturgemäss nicht vor dem Entscheid über die Arrestlegung angehört werden, und zwar unabhängig davon, ob die Anerkennung und Vollstreckung inzident oder hauptfrageweise erfolgt.⁵¹ Dasselbe gilt auch für IPRG-Urteile und obwohl Art. 29 Abs. 2 IPRG von einem kontradiktorischen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ausgeht. Auch dort wird im Sinne des -Sicherungseffekts auf eine Anhörung verzichtet und das rechtliche Gehör erst im Rahmen der Arresteinsprache gewährt.⁵² Gleich könnte – und sollte unserer Meinung nach – bei der inzidenten Anerkennung von LugÜ-Urteilen im Arrestverfahren vorgegangen werden.

Des Weiteren drängt sich die Frage auf, ob das Anhang V LugÜ-Formular auch bei einer vorfrageweise Vollstreckung im Rahmen eines Arrestverfahrens erforderlich ist. Gemäss Art. 53 Abs. 2 LugÜ muss nur diejenige Partei eine Bescheinigung nach Art. 54 LugÜ vorlegen, die eine *Vollstreckbarerklärung* beantragt (vgl. Art. 40 Abs. 3 und 41 LugÜ). Art. 53 Abs. 2 LugÜ spricht nur von der Vollstreckbarerklärung und nicht auch von der Geltendmachung der Anerkennung einer Entscheidung (anders für das Erfordernis der Ausfertigung der Entscheidung gemäss Art. 53 Abs. 1 LugÜ). Unserer Meinung nach lässt sich dem Ziel des LugÜs entsprechend, nämlich die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheiden zu erleichtern, Folgendes schliessen: LugÜ-Gläubiger:innen können, müssen aber nicht, die Anhang-V-LugÜ-Bescheinigung vorlegen. Reichen sie eine Bescheinigung ein, so prüft das Arrestgericht – in Analogie zur hauptfrageweisen Vollstreck-

⁵¹ BSK SchKG-*Stoffel*, Art. 271 N 109b.

⁵² BGer 5A_355/2012 (Pra 2013 Nr. 69), E. 4.5.2; ZK IPRG-*Müller-Chen*, Art. 29 N 41 und 42. Dementgegen gehen jedoch *Däppen/Mabillard* davon aus, dass eine Anhörung der Gegenpartei zwingend stattzufinden habe und die Anhörungspflicht im Fall eines selbstständigen Anerkennungsverfahrens als auch in jenen Fällen gilt, in denen vorfrageweise über die Anerkennung und Exequatur befunden wird (BSK IPRG-*Däppen/Mabillard*, Art. 29 N 26).

barerklärung – lediglich diese Bescheinigung und keine weiteren Voraussetzungen. Wird hingegen dem Arrestgericht keine Bescheinigung vorgelegt, soll es lediglich prüfen, ob der Entscheid in seinem Ursprungsland vollstreckbar und in der Schweiz anerkenbar ist (Art. 47 Abs. 1 LugÜ).⁵³ Der summarischen und einstweiligen Natur des Arrests entsprechend, sollten an diese Voraussetzungen keine zu hohen Beweismassstäbe gesetzt werden. Erst auf Gegenwehr der Gegenpartei würde schliesslich das Arresteinsprachegericht die Anerkennungskriterien von Art. 34 und Art. 35 LugÜ prüfen. Eine solche Lösung entspräche der gängigen Rechtsprechung, nach welcher vermutet wird, dass kein Verweigerungsgrund nach Art. 34 und Art. 35 LugÜ vorliegt und solche erst auf Einsprache hin überprüft werden.⁵⁴

4.4 Das (umstrittene) Beweismass für die Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsvoraussetzungen

Das Arrestverfahren ist ein summarisch geführtes Verfahren, in welchem das reduzierte Beweismass des Glaubhaftmachens gilt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dieses reduzierte Beweismass auch für das Exequatur nach Art. 271 Abs. 3 SchKG greift oder für die Voraussetzungen nach Art. 41 i.V.m. Art. 53 LugÜ strikter Beweis geführt werden muss. Es ist weitgehend anerkannt, dass die Beweiserleichterung nur für die inzidente Anerkennung gelten soll;⁵⁵ hingegen nicht für das formale Exequatur.⁵⁶ Die scheint auch sachgerecht vor dem Hintergrund, dass nur der separate Exequatur-Entscheid, nicht aber der Entscheid über die inzidente Anerkennung, in materielle Rechtskraft erwächst (und damit Rechtswirkung ausserhalb des Arrestverfahrens zeitigt).

Diese Lehre widerspiegelt sich in der Rechtsprechung. So geht das Kantonsgericht Luzern in einem Entscheid zu einem Titelarrest basierend auf einem inzident anerkannten LugÜ-Urteil davon aus, dass Gläubiger:innen die Voraussetzungen nach Art. 53 f. LugÜ nur glaubhaft zu machen haben.⁵⁷ Wird hingegen die Möglichkeit der inzidenten Anerkennung eines LugÜ-Urteils verneint, so gilt gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts Zürich der erleichterte Beweismassstab des Glaubhaftmachens nicht.⁵⁸ In diesem Sinne entschied auch das Bundesgericht in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2012 zur Anerkennung und Vollstreckung von LugÜ-Entscheiden.⁵⁹ In Abgrenzung zur inzidenten Anerkennung von Nicht-LugÜ-Urteilen stellte das Bundesgericht fest, dass eine «andere Lösung» für die LugÜ-Urteile massgebend ist, welche «durch

⁵³ Bericht Pocar, Ziff. 162.

⁵⁴ BGer 5A_979/2020 vom 11. Juni 2021.

⁵⁵ BSK SchKG-Stoffel, Art. 271 N 109a.

⁵⁶ Jolanta Kren Kostkiewicz, in: SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 271 N 92; BSK SchKG-Stoffel, Art. 271 N 109b; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 47 N 63.

⁵⁷ Kantonsgericht Luzern, Entscheid 2C 21 50 vom 27. September 2021, E. 6.3.2.

⁵⁸ Obergericht Zürich, Urteil PS160151-O/U vom 23. September 2016, E. 4.1; Obergericht Zürich, Urteil PS140239-O/U vom 18. Dezember 2014, E. 4.3.

⁵⁹ BGer Urteil 5A_355/2012 vom 21. Dezember 2012 (Pra 2013 Nr. 69).

die erleichterten Voraussetzungen zur Erlangung des Exequaturs gerechtfertigt» ist.⁶⁰

In Praxis dürfte die Frage des Beweismassstabes für die Voraussetzungen von Art. 41 i.V.m. Art. 53 LugÜ für Gläubiger:innen kaum von grosser Relevanz sein. Unter den vereinfachten Anerkennungsvoraussetzungen des revidierten LugÜ müssen Gläubiger:innen für die Vollstreckbarerklärung ohnehin nur den zu vollstreckbar erklärenden Entscheid und die Bescheinigung gemäss Anhang V LugÜ beibringen (Art. 53 Abs. 2 LugÜ). Bei diesen Voraussetzungen handelt es sich um Förmlichkeiten, die entweder erfüllt sind oder nicht. Der richterliche Spielraum für die Beweiswürdigung ist klein. Sollte dennoch ein Beweismassstab definiert werden, ist dieser aufgrund der einseitigen Natur der Vollstreckbarerklärung (Art. 41 LugÜ) und der Tatsache, dass die Verweigerungsgründe nach Art. 34 und Art. 35 LugÜ erst auf Beschwerde hin überprüft werden, auf das Mass des Glaubhaftmachens zu beschränken.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend halten wir Folgendes fest:

- Der Titelarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG steht Gläubiger:innen offen, deren Forderungen durch vollstreckbare Schweizer Entscheide, LugÜ-Urteile, IPRG-Titel oder Schiedssprüche bestätigt werden.
- Im Falle von Nicht-LugÜ-Urteilen oder ausländischen Schiedssprüchen herrscht weitgehend Einigkeit, dass die inzidente Anerkennung und Vollstreckung innerhalb des (Titel-)Arrests möglich ist. Die jeweiligen Anerkennungsvoraussetzungen müssen nur glaubhaft gemacht werden und der Entscheid über die Vollstreckung entfaltet lediglich für das Arrestverfahren Rechtskraft. Die eigentliche Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen erfolgt erst im Arresteinspracheverfahren.
- Das Bundesgericht, die überwiegende kantonale Praxis und die Mehrheit der Lehre gehen davon aus, dass es für die Anerkennung und Vollstreckung eines LugÜ-Urteils eines expliziten Antrags auf Vollstreckung braucht (i.S.v. Art. 271 Abs. 3 SchKG) und das Arrestgericht die Vollstreckbarkeit hauptfrageweise feststellen muss. Dieses selbständige Exequatur hat Wirkung über das Arrestverfahren hinaus, weshalb auch keine Beweiserleichterung greift (Art. 41 LugÜ i.V.m. Art. 53 LugÜ).
- Im Sinne einer Gleichbehandlung von LugÜ-Gläubiger:innen und Gläubiger:innen von IPRG- und NYÜ-Titeln müsste es unserer Meinung nach richtigerweise auch möglich sein, ihre definitiven Rechtsöffnungstitel inzident im Zuge des Arrests anerkennen zu lassen. LugÜ-Gläubiger:innen, gleich wie alle anderen Gläubiger:innen ausländischer Forderungen, sollen entscheiden dürfen, ob sie ihre LugÜ-Urteile inzident anerkannt oder hauptfrageweise vollstreckt

⁶⁰ Ibid., E. 4.5.2.

haben wollen. Dies entspräche nach unserer Auffassung Art. 47 Abs. 1 LugÜ, wonach Gläubiger:innen Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme haben, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung nach Artikel 41 bedarf.

- Das Bundesgericht hat aber in einem kürzlich ergangenen Urteil entschieden, dass der Titelarrest von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützt auf LugÜ-Urteile einer Vollstreckbarerklärung bedarf. Falls sich diese Rechtsprechung entgegen unserer Präferenz bestätigen sollte, wäre es zumindest richtig, dass das Arrestgericht LugÜ-Urteile *ex officio*, also auch ohne entsprechendes Rechtsbegehren, als Hauptfrage für vollstreckbar erklären würde. Eine solche Lösung entspräche der Formulierung von Art. 271 Abs. 3 SchKG als eine «Muss»- und nicht als eine «Kann»-Vorschrift.

Revisione del diritto della società anonima – avviso al giudice

Davide Cerutti, dott. iur., avvocato, Lugano

La revisione del Codice delle obbligazioni del 19 giugno 2020 relativa al diritto della società anonima (nCO), in vigore dal 1° gennaio 2023, ha interessato anche elementi di contatto tra il diritto societario e la legge sull'esecuzione e sul fallimento (LEF) disciplinati nella previgente normativa agli art. 725 e 725a vCO.

Il tema di questa breve disamina è l'avviso al giudice prima collocato agli art. 725 cpv. 2 e 725a vCO e ora all'art. 725b nCO. Come nel vecchio diritto, anche nella nuova dimensione giuridica, decisivo per l'avviso al giudice rimane il criterio dell'eccedenza di debiti. L'elemento dogmatico non muta. Cambiano di contro aspetti procedurali che incombono al consiglio di amministrazione per giungere a quell'avviso.

Valga comunque sia una premessa. La nuova legge ha riorganizzato, dal profilo sistematico, le disposizioni relative alle difficoltà economiche delle aziende, ha introdotto un nuovo concetto giuridico e ha apportato alcune modifiche procedurali.

Per quanto concerne la sistematica legale, il nuovo diritto destina tre articoli a tre nozioni: (i) l'art. 725 nCO al «rischio di insolvenza»; (ii) l'art. 725a nCO alla «perdita di capitale» e (iii) l'art. 725b nCO all'«eccedenza di debiti»¹.

In merito al contenuto della revisione, basti qui solo accennare che il «rischio di insolvenza» è sí un nuovo concetto introdotto nel Codice delle obbligazioni, ma non è una nozione estranea al diritto privato². Essa impone al consiglio di amministrazione di sorvegliare la solvibilità della società.

¹ In ogni evenienza, il consiglio di amministrazione e, se del caso, l'ufficio di revisione devono agire con la «dovuta sollecitudine».