

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

(2) Art. 1 ZGB im Bereich des SchKG. Fristenlauf in der Arrestprosequierung gestützt auf einen (vollstreckbaren) «LugÜ»-Entscheid.

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, Beschluss vom 9. November 2009 (NR090057), *P. Inc./P. P. Inc.* («Rekurrentinnen») c. *R.A./E. Ltd.* («Rekursgegner»), Rekurs gegen einen Beschluss der 2. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 13. August 2009 (CB090101); ZR 109 (2010) Nr. 16, S. 74 ff.

Mit Bemerkungen von Prof. Dr. iur. FRANCO LORANDI,
LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



und PD Dr. iur. JEAN-MARC SCHALLER,
Rechtsanwalt, Zürich



(Die beiden Autoren erstatteten im vorliegenden Fall im Auftrag der Rekurrentinnen ein Rechtsgutachten zuhanden des Obergerichts des Kantons Zürich.)

1. Sachverhalt/Prozessgeschichte

In der Sache ging es anfänglich um die *Vollstreckbarerklärung* eines *Arrestentscheids* aus einem «Lugano-Konventionsstaat». Gleichzeitig mit der *Vollstreckbarerklärung* dieses Entscheids durch die Audienzrichterin am Bezirksgericht Zürich (im Folgenden: «BGZ») wurden am 27. März 2009 zwei *Arrestbefehle* erlassen. Gegen die *Vollstreckbarerklärung* wurde Rekurs erhoben, den die Rekursinstanz mit Beschluss vom 10. Juli 2009 abwies. Dazwischen haben die beiden Rekurrentinnen mit Datum 2. April 2009 zwei *Betreibungen* eingeleitet, wogegen in beiden *Betreibungen* *Rechtsvorschlag* erhoben wurde.

Prozessualer Ausgangspunkt des hier besprochenen Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2009, publiziert in der ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 74 ff., bildete ein *Schreiben* des Betreibungsamtes Zürich 6 vom 2. Juli 2009, das den Rekurrentinnen mitteilte, es sei die gehörige *Arrestprosequierung* zu prüfen, weshalb sie (die Rekurrentinnen) hierfür den Nachweis zu erbringen hätten. Die Rekurrentinnen stellen sich hiergegen auf den Standpunkt, die *Vollstreckbarerklärung* der Audienzrichterin vom 27. März 2009 sei (damals: 2. Juli 2009) wegen des hiergegen erhobenen (noch pendenten) Rekurses der Gegen-

seite noch nicht rechtskräftig, so dass die Prosequierungsfrist gemäss Art. 278 Abs. 5 SchKG noch stillstehe.

Mit Verfügung vom 10. Juli 2009 setzte das Betreibungsamt Zürich 6 (im Folgenden: «BA ZH 6») den Rekurrentinnen eine Frist von 10 Tagen an, um rechtsgenügende Prosequierungsnachweise zu erbringen, andernfalls die beiden Arreste als erloschen abgeschrieben und die Arrestobjekte freigegeben würden.

Hiergegen erhoben die Rekurrentinnen *Beschwerde* im Sinne von Art. 17 SchKG bei der 2. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen (im Folgenden: «Aufsichtsbehörde BGZ»), welche die Beschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 13. August 2009 abwies (zur Begründung sogleich hinten Ziff. 2). Diesen Entscheid haben die Rekurrentinnen alsdann mit *Rekurs* (gemäss Art. 18 SchKG) angefochten, welchen das Obergericht des Kantons Zürich guthiess und die Verfügung des BA ZH 6 vom 10. Juli 2009 aufhob (zur Begründung hinten Ziff. 3).

2. Auffassung der Aufsichtsbehörde BG Zürich

Die Aufsichtsbehörde BGZ hat mit Zirkulationsbeschluss vom 13. August 2009 dafür gehalten, das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, «LugÜ») schaffe zwar hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von ausländischen Arrestentscheidungen einen eigenen Arrestgrund. Die Wirkungen des Arrests richteten sich jedoch allein nach den Regeln von Art. 271 ff. SchKG. Deshalb müsse *auch dieser* Arrest nach der Vorschrift von Art. 279 SchKG unter Einhaltung der darin vorgesehenen *Fristen* prosequiert werden. Da die Arrestschuldner *keine Einsprache* gegen den Arrest erhoben hätten, fände Art. 278 Abs. 5 SchKG, wonach während eines Einspracheverfahrens und bei Weiterziehung des Einspracheentscheids die Fristen nach Art. 279 SchKG nicht laufen würden, keine Anwendung. Der Arrestgläubiger müsse somit entweder Klage vor dem ordentlichen Richter erheben oder Rechtsöffnung verlangen (Zirkulationsbeschluss, E. 4.2.).

Demjenigen Teil der Lehre, so die Aufsichtsbehörde BGZ weiter, welche eine *analoge Anwendung* des Art. 278 Abs. 5 SchKG (Fristenstillstand) auf Verfahren betreffend Vollstreckbarerklärung von LugÜ-Entscheiden bzw. Weiterziehung des Entscheids über die Vollstreckbarerklärung befürworte (Zirkulationsbeschluss, E. 4.3.), sei die *Praxis bis heute nicht gefolgt*. Es lägen hierzu *keine Bundesgerichtsurteile* vor (Zirkularbeschluss, E. 4.5.). Der Fristenlauf für die Arrestprosequierung während eines laufenden Rechtsmittelverfahrens betreffend Vollstreckbarerklärung widerspreche dem LugÜ *nicht* (Zirkularbeschluss, E. 4.4.). Einstweilen bestehe deshalb *keine* Veranlassung, von der klaren gesetzlichen Regelung abzuweichen, welche in Art. 278 Abs. 5 SchKG einen Fristenstillstand *nur* im Falle einer Arresteinsprache nach Art. 278 Abs. 1 SchKG vorsehe. Die Prosequie-

rungsfrist sei somit auch während des am Obergericht hängigen Rekurses gegen die Vollstreckbarerklärung gelaufen (Zirkulationsbeschluss, Ziff. 4.5.).

3. Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich

Das Obergericht des Kantons Zürich teilte diese Auffassung der Vorinstanz nicht:

Da sich Art. 278 Abs. 5 SchKG offensichtlich lediglich auf pendente *Einspracheverfahren* beziehe, könne daraus – jedenfalls direkt – nichts für die Frage des pendenten *Exequaturverfahrens* abgeleitet werden. Es sei daher gemäss Art. 1 ZGB vorzugehen. Demnach sei, wenn Gesetzeswortlaut oder Auslegung nichts ergäben, Gewohnheitsrecht anzuwenden. Bestünde kein Gewohnheitsrecht, so habe der Richter, vorliegend also die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, unter Berücksichtigung von bewährter Lehre und Überlieferung *selber eine Regel* aufzustellen (Beschluss, Ziff. II.5, 7/8, ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 76). Dabei sei die Lehre bekanntlich geteilt und eine konstante Praxis zu dieser Rechtsfrage sei nicht ersichtlich. Für einen Stillstand der Prosequierungsfristen *auch* in Verfahren betreffend Vollstreckbarerklärung von LugÜ-Entscheiden sprächen insbesondere folgende drei Gründe (Beschluss, Ziff. II.5, 8/9, ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 76 f.):

- Art. 278 Abs. 5 SchKG habe den klar erkennbaren Sinn und Zweck, den Arrestgläubiger vor allenfalls unnützen Vorkehren zu verschonen, weshalb der Lauf der Prosequierungsfrist von der Rechtskraft des Arrests an terminiert sei. Was für den Fall der Einsprache gelte, müsse sinnvollerweise auch für das Exequaturverfahren gelten. Inhaltlich handle es sich beim Exequatur um eine *Arrestvoraussetzung*, weshalb nicht stichhaltig sei, hier anders zu verfahren als bei der Einsprache.
- Bereits die *Expertenkommission* habe 1993 für das SchKG «um der Klarheit willen» einen Zusatz betreffend Fristenstillstand beim Exequatur vorgeschlagen. Dass die Umsetzung der Expertenvorschläge damals insgesamt auf einen späteren Zeitpunkt verschoben worden seien, ändere nichts daran, dass schon damals vom *Stillstand* der Prosequierungsfristen ausgegangen worden sei.
- Gemäss Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (BBl 2009 1838) sowie gemäss der Botschaft hierzu (BBl 2009 1777 ff.) sei ein *neuer Art. 279 Abs. 5 SchKG* vorgesehen (vgl. zur künftigen Rechtslage hinten Ziff. 4.4.). Diesbezüglich werde die seinerzeitige Expertenmeinung nunmehr umgesetzt, um die wünschbare Klarheit zu schaffen (zum Wortlaut der neuen Regelung hinten Ziff. 4.4.).

Das Obergericht des Kantons Zürich kam gestützt hierauf zum Ergebnis, dass sich die *Übernahme* der Fristenregelung des Art. 278 Abs. 5 SchKG *auch* für den vorliegenden Fall (Rechtsmittelverfahren betreffend Vollstreckbarerklärung)

als *sachgerecht* erweise. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Prosequierung der beiden Arreste *rechtzeitig* erfolgt sei, weil die erforderlichen Prosequierungsschritte *innert 10 Tagen* nach rechtskräftiger Erledigung des *Exequaturverfahrens* vorgenommen worden seien (Beschluss Ziff. II.5, 9, ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 77).

4. Bemerkungen

4.1. Regelung im SchKG/LugÜ de lege lata

Gemäss Art. 39 LugÜ darf die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht über Massnahmen zur *Sicherung* hinausgehen, solange die Frist gemäss Art. 36 LugÜ für den Rechtsbehelf läuft und solange über den Rechtsbehelf nicht entschieden ist. Die Entscheidung, durch welche die Zwangsvollstreckung zugelassen wird, gibt die Befugnis, solche Massnahmen zu veranlassen. Das LugÜ sieht nur vor, dass ein solches Sicherungsmittel *bestehen* muss.

Nach *nationalem* Recht im Vollstreckungsstaat (und damit vorliegend nach schweizerischem Recht) richtet sich hingegen, welches das *Sicherungsmittel* ist und was dessen *Wirkungen* sind (statt aller: REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze [Hrsg.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Kommentar, 3. A., München 2010, N 26 zu Art. 47 VO [EG] Nr. 44/2001, mit weiteren Verweisen; RUDOLF OTTOMANN, *Der Arrest*, in: Isaak Meier [Hrsg.], *Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht*, Basel 1996, 90 f.).

Das Sicherungsmittel in der Schweiz ist der *Arrest* (vgl. BGE 135 III 327; 131 III 663; Urteil 5A_79/2008 vom 6. August 2008, E. 2.2; Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Geldvollstreckung im Hinblick auf das Inkrafttreten des Lugano-Übereinkommens vom 18. Oktober 1991, Ziff. 3.4 [BBI 1991 IV 313 ff.; abgedruckt in AJP/PJA 1992, 94 ff.; zit. «Erläuterungen BJ»]; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 1991 zur Anwendung des Titels III des LugÜ [Anerkennung und Vollstreckung, Ziff. 6/ abgedruckt in ZR 90 Nr. 35]), was auch vor der *Vorinstanz* unstrittig war.

Das Vorliegen eines *vollstreckbaren LugÜ-Entscheids* stellt folglich einen *eigenständigen Arrestgrund* dar (Erläuterungen BJ, Ziff. 3.4; IVO SCHWANDER, AJP/PJA 1992, 98; ANDREAS SCHMUTZ, *Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes im Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht*, Diss. Bern 1993, 118; DANIEL FÜLLEMANN, *Besprechung der Urteile 5A_79/2008 und 5A_80/2008*, AJP/PJA 2009, 670; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 8. A., Bern 2008, § 51 N 26; KARL SPÜHLER/MYRIAM A. GEHRI, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I*, 4. A., Zürich 2008, 197; GERHARD WALTER, *Zur Sicherungsvollstreckung gemäss Art. 39 LugÜ*, ZBJV 1992, 94; AGNES ATTESLANDER-DÜRRENMATT, *Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz*, AJP/PJA 2001, 188; RICHARD GASSMANN,

Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürich 1988, 193; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländischer «Geld»-Urteile*, AJP/PJA 1992, 972; CESARE JERMINI/ANDREA GAMBA, *Exequatur and «Enforcement» of Foreign Protective Measures under Article 39 of the Lugano Convention in Switzerland – The Alternative of Cantonal Protective Measures*, SZZP 2006, 450).

Aufgrund dessen wird in der *laufenden Revision des Arrestrechts* (zur Klärung der bereits heute geltenden Rechtslage) denn auch ein *eigenständiger Arrestgrund* stipuliert (um inländische Vollstreckungstitel gegenüber LugÜ-Entscheidungen nicht zu diskriminieren, soll gemäss dem Gesetzesentwurf des Bundesrates *jeder* [in- oder ausländische] *definitive Rechtsöffnungstitel* zum Arrest berechtigen [hierzu einlässlich URS BOLLER, *Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG*, AJP/PJA 2010, 187 ff.; vgl. alsdann auch BBI 2008 1816, 1821]).

Ein gestützt auf einen vollstreckbaren LugÜ-Entscheid erwirkter *schweizerischer Arrest* ist nach den Regeln von Art. 279 SchKG zu prosequieren, mithin in (üblicherweise) mehreren Schritten (jeweils) *innert 10 Tagen*. Der Arrestgläubiger kann dies durch *Betreibung* oder *Klage* tun (Art. 279 Abs. 1 SchKG). Führt der Arrestgläubiger *Betreibung* und erhebt der Arrestschuldner *Rechtsvorschlag*, so muss der Gläubiger *innert 10 Tagen*, nachdem ihm dieser mitgeteilt worden ist, *Rechtsöffnung* verlangen oder *Klage* auf *Anerkennung* seiner *Forderung* einreichen (Art. 279 Abs. 2 SchKG). Der Arrest fällt dahin, wenn der Gläubiger die Fristen nach Art. 279 SchKG nicht einhält (Art. 280 Ziff. 1 SchKG).

Gegen den Arrestbefehl kann der Arrestschuldner *innert 10 Tagen* beim Arrestrichter *Einsprache* erheben (Art. 278 Abs. 1 SchKG). Während des *Einspracheverfahrens* und bei *Weiterzug* des *Einspracheverfahrens* gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG laufen die *Prosequierungsfristen* nach Art. 279 SchKG *nicht* (Art. 278 Abs. 5 SchKG).

Fraglich war vorliegend hingegen, ob dieser *Fristenstillstand* nach Art. 278 Abs. 5 SchKG *de lege lata* (zur Rechtslage *de lege ferenda* hinten Ziff. 4.4.) auch während *hängigem Exequaturverfahren* Anwendung findet. Zur Beantwortung dieser Rechtsfrage hat sich das Obergericht des Kantons Zürich in *rechtsmethodischer* Hinsicht explizit auf Art. 1 ZGB gestützt (vgl. Beschluss, Ziff. II.5, 7, ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 76).

4.2. Art. 1 ZGB

Art. 1 Abs. 1 ZGB besagt, dass das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung findet, für die es nach *Wortlaut* oder *Auslegung* eine Bestimmung enthält. Führen weder *Wortlaut* noch *Auslegung* zu einem Ergebnis, so ist gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB *Gewohnheitsrecht* beizuziehen. Fehlt es indessen auch daran, so hat der Richter in *richterlicher Rechtsetzung* zuerst (i) eine *Rechtsregel* aufzustellen und alsdann in einem zweiten Schritt (ii) die Rechtsfrage anhand dieser gewonnenen Regel zu *entscheiden* (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Dabei folgt er bewährter Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

Lässt mithin das Gesetz (sowie Gewohnheitsrecht) eine Rechtsfrage unbeantwortet, so ist der Richter, welchem ein entsprechendes Rechtsproblem von den Parteien zugetragen wurde, gleichwohl *nicht frei* in seiner richterlichen Rechtssetzung und (gestützt hierauf) Entscheidungsfindung. Vielmehr sind ihm durch Art. 1 Abs. 3 ZGB verbindliche Leitplanken gesetzt (grundlegend ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966, N 423 ff. zu Art. 1 ZGB; so auch HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsel/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB, Bd. I, 3. A., Basel 2006, N 37 zu Art. 1 ZGB): Einerseits hat er die konstante Gerichtspraxis, namentlich eine höchstrichterliche, allenfalls auch kantonale Rechtsprechung zu berücksichtigen (d.h. die «*bewährte Überlieferung*»; vgl. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 497 ff. zu Art. 1 ZGB; DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1998, N 571 ff. zu Art. 1 ZGB; HONSELL, a.a.O., N 39 zu Art. 1 ZGB; PATRICK MIDDENDORF/BEATRICE GROB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 14 zu Art. 1 ZGB). Existiert (wie im vorliegenden Fall) keine solche gefestigte (publizierte) Praxis der (obersten) Gerichte, so hat sich der Richter an der «*bewährten*» Lehre zu orientieren, wenn er eine neue Rechtsfrage entscheidet.

Unmittelbar Anwendung findet Art. 1 ZGB auf sämtliche zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse einschliesslich des Obligationenrechts (OR), welches systematisch als «fünftes Buch» dem ZGB angegliedert ist (so bereits MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 45 zu Art. 1 ZGB). Darüber hinaus wird Art. 1 ZGB gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 121 III 143; 120 III 134; 73 III 10 f.; 51 III 109) auch und gerade für die Lückenfüllung im *Vollstreckungsrecht*, insbesondere im *SchKG* beigezogen (vgl. aus der Lehre HANS FRITZSCHE/HANS-ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. A., Zürich 1984, Fn. 86 [a.E.] zu § 9; früher bereits MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 77 zu Art. 1 ZGB).

Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Das Obergericht des Kantons Zürich ist demzufolge bei der Aufstellung der neuen (rechtsfortbildenden) SchKG-Regel («*modo legislatoris*»), wonach Art. 278 Abs. 5 SchKG über den Wortlaut hinaus *auch* bei hängigem Exequatur Anwendung finden soll, *mit Recht* gemäss Art. 1 ZGB vorgegangen (vgl. aus- und eindrücklich den Beschluss Ziff. II.5, 7 f., ZR 109 (2010), Nr. 16, S. 76: «Es ist ... gemäss Art. 1 ZGB vorzugehen. [...] Da weiter in der vorliegenden Frage kein Gewohnheitsrecht auszumachen ist, obliegt es daher der Kammer, eine Regel aufzustellen»).

4.3. Arrestprosequierungsfristen bei Vollstreckbarerklärung von LugÜ-Entscheiden

4.3.1. Bewährte Lehre und Überlieferung (Art. 1 ZGB) zum Friststillstand in der Arrestprosequierung

Zweck der *Prosequierungspflicht* eines Arrestes ist, dass der Gläubiger, welcher seine Ansprüche nur glaubhaft gemacht hat, und welcher eine für den Schuldner belastende Massnah-

me (Arrest als Verfügungsbeschränkung) erwirkt hat, sein Recht *zügig weiterverfolgen* soll, um den Schuldner nicht auf Dauer und ohne weitere Rechtsvorkehrungen des Gläubigers über längere Zeit zu *behindern* (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 51 N 87; WALTER A. STOFFEL, Voies d'exécution, Bern 2002, § 8 N 109; BISchK 1990, 145). Mit der *Arresteinsprache* gemäss Art. 278 SchKG kann der Schuldner (nachträglich) die Voraussetzungen des Arrestes bestreiten (HANS REISER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum SchKG, Bd. III, Basel 1998, N 3 zu Art. 278 SchKG; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, Diss. Zürich 2001, 10 f.). Es wird ihm damit nach Erlass des Arrestbefehls das rechtliche Gehör gewährt, so dass der Arrestrichter über die Aufrechterhaltung des Arrestes nach Anhörung beider Parteien (allenfalls neu) entscheiden kann (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 51 N 64; STOFFEL, a.a.O., § 8 N 77 f.).

Der *Fristenstillstand* gemäss Art. 278 Abs. 5 SchKG bezweckt nun, den Gläubiger davon zu entbinden, Prosequierungshandlungen vorzunehmen, wenn und solange der Arrestbefehl *nicht rechtskräftig* ist (WALTER STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, in: Louis Dallèves et al. [Hrsg.], Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, Art. 278 SchKG N 37; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, N 85 zu Art. 278 SchKG; vgl. auch den Entscheid BGer. 7B.137/2003 vom 19. September 2003, E. 2.2 = Pra 2004 Nr. 102).

Das Bundesgericht (vgl. auch BISchK 1990, 144) umschreibt die *ratio legis* von Art. 278 Abs. 5 SchKG treffend wie folgt (BGE 108 III 38 f.):

«Das Gesetz geht somit davon aus, dass dem Arrestgläubiger nicht zugemutet werden kann, den Arrest zu prosequieren, bevor Klarheit darüber besteht, dass die Bestreitung des Arrestgrundes durch den Arrestschuldner unbegründet ist und der Arrest deshalb Bestand haben wird. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten soll, wenn nicht der Arrestgrund, sondern das Vorhandensein von dem Arrestschuldner gehörenden Arrestgegenständen streitig ist. Auch in diesem Fall hat der Arrestgläubiger ein schützenswertes Interesse daran, mit der Prosequierung des Arrests zuzuwarten, bis Klarheit über den Bestand des Arrestes besteht.»

Zum Verhältnis Schuldnerschutz (Arrestprosequierung innert [laufender] Frist) versus Gläubigerschutz (Friststillstand) hat das Bundesgericht (und ihm folgend die kantonale Praxis: BISchK 1990, 145) klar festgehalten (BGE 108 III 40):

«Im übrigen hat der Gesetzgeber (...) das Interesse des Gläubigers, den Arrest nicht prosequieren zu müssen, bevor nicht Klarheit über das Bestehen des Arrestgrundes besteht, höher eingeschätzt als dasjenige des Schuldners an einer möglichst kurzen Dauer des Arrestbeschlags.»

4.3.2. Auswirkungen des Rechtsbehelfsverfahrens (LugÜ) sowie weiterer (SchKG-)Verfahren auf die Arrestprosequierungsfristen

Gemäss Art. 36 Abs. 1 LugÜ gilt Folgendes: Wird die Zwangsvollstreckung zugelassen, so kann der Schuldner ge-

gen die Entscheidung einen *Rechtsbehelf* einlegen (im Kanton Zürich [de lege lata] der *Rekurs* an das Obergericht, welcher aufschiebende Wirkung hat, § 275 Abs. 1 ZPO). Hat der Schuldner Wohnsitz in einem anderen Vertragsstaat als dem, in welchem die Entscheidung über die Zulassung der Vollstreckung ergangen ist, so beträgt die Frist für den Rechtsbehelf zwei Monate (Art. 36 Abs. 2 LugÜ). Mit dem Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ kann der Schuldner alle Einwendungen erheben, wonach kein vollstreckbarer Entscheid gemäss dem Übereinkommen vorliegt (DANIEL STAEHELIN, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2008, N 21 zu Art. 36 LugÜ). Da das Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheids einen eigenständigen Arrestgrund darstellt, richtet sich der Rechtsbehelf in der Sache *gegen* den *Arrestgrund*. Der Rechtsbehelf entspricht damit *funktional* der Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG (D. STAEHELIN, a.a.O., N 22 zu Art. 39 LugÜ), weshalb er diese (zumindest) insoweit *verdrängt* (ATTESLANDER-DÜRRENMATT, a.a.O., 189, mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH) bzw. *an deren Stelle tritt* (IVO W. HUNGERBÜHLER, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest, ZZZ/PCEF 2005, 216; FÜLLEMANN, a.a.O., 669, mit weiteren Verweisen).

Die in der Lehre strittige Frage, ob der Rechtsbehelf nach Art. 36 LugÜ die Arresteinsprache nach Art. 278 SchKG vollumfänglich verdränge, also auch betreffend Einwendungen, die sich *nicht* gegen den Arrestgrund gemäss Art. 39 LugÜ richten (z.B. Einrede der Pfandsicherheit oder Bestreitung des Arrestobjekts), ist hier *ohne Relevanz* (vgl. zum Meinungsstand den Entscheid BGer. 5A_79/2008, vom 9. Februar 2009, E. 2.2). In dessen Anwendungsbereich verdrängt der Rechtsbehelf gemäss LugÜ die Arresteinsprache unbestrittenermassen.

Entspricht mithin der Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ funktional der Arresteinsprache, so muss der Fristenstillstand während laufender Frist (und bis zur Rechtskraft des Entscheids über die Vollstreckbarkeit) *auch für das Rechtsbehelfsverfahren gemäss LugÜ gelten*. Dies ist – entgegen der Vorinstanz (Aufsichtsbehörde BGZ) welche von «einem Teil der Lehre» gesprochen hat (Zirkularbeschluss, E. 4.5.) – *herrschende Lehre* (WALTER, a.a.O., 94 f.; GASSMANN, a.a.O., 117 f. und 204; LEUENBERGER, a.a.O., 971; MATTHIAS STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum SchKG, Bd. I, Basel 1998, N 39 zu Art. 30a SchKG; OTTOMANN, a.a.O., 92; SCHMUTZ, a.a.O., 119 f.; OLIVIER MERKT, Les mesures provisoires en droit international privé, Neuchâtel 1993, 92; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, a.a.O., 189; YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Vol. II, Bern 1997, N 4127; JERMINI/GAMBA, a.a.O., 450; D. STAEHELIN, a.a.O., N 25 zu Art. 39 LugÜ; MIGUEL SOGO, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZPP 2009, 95 und dort Fn. 78; FÜLLEMANN, a.a.O., 670). Andernfalls käme es zu einem «unkoordinierbaren

Nebeneinander von Exequatur- und Betreibungsverfahren» (GASSMANN, a.a.O., 204; vgl. auch ATTESLANDER-DÜRRENMATT, a.a.O., 189).

Dem Gläubiger ist es selbstverständlich unbenommen, den Arrest gleichwohl auf dem Weg der Betreuung schon vorher zu prosequieren (BISchK 1974, 189; erläuternder Beleitbericht vom 30. Mai 2008, 41 zu Art. 279 SchKG; BBI 2008 1823).

Diese Rechtsauffassung der herrschenden Lehre wurde schon 1993 von der *Expertenkommission* vertreten, welche die Anpassungsbedürftigkeit des SchKG an das LugÜ prüfte (Beilage 1 zum Bericht der Expertengruppe für die Prüfung der Anpassungsbedürftigkeit des SchKG an das LugÜ, 4). Sie schlug deshalb «*um der Klarheit willen*» vor, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, wonach die Prosequierungsfristen bei Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in der Schweiz erst laufen, nachdem die Vollstreckbarerklärung rechtskräftig geworden ist (Bericht der Expertengruppe für die Prüfung der Anpassungsbedürftigkeit des SchKG an das LugÜ, 5). Das Parlament beschloss zwar, sämtliche von der Expertenkommission geprüften Fragen einer *späteren* Gesetzesrevision vorzubehalten, ohne dass die hier relevante Frage jedoch in irgendeiner Hinsicht strittig gewesen wäre.

Auch das *Bundesgericht* hat zur verwandten Frage, ob die Fristen für die Arrestprosequierung durch ein hängiges *Widerspruchsverfahren* gehemmt werden, die analoge Anwendung von Art. 278 Abs. 5 SchKG *bejaht* und dabei folgendes erkannt (BGE 108 III 40):

«Die Interessen des Schuldners, die durch Art. 278 SchKG geschützt werden sollen, verbieten deshalb nicht, die Arrestprosequierungsfristen während der Dauer des Widerspruchsverfahrens stillstehen zu lassen. (...) Es besteht kein Grund, weshalb es sich anders verhalten sollten, wenn nicht der Arrestgrund, sondern das Vorhandensein eines Arrestgegenstandes strittig ist.»

Die *kantonale Praxis* geht sogar noch einen Schritt weiter: Sie bejaht die analoge Anwendung von Art. 278 Abs. 5 SchKG selbst in Fällen, da ein *Beschwerdeverfahren* (gemäss Art. 17 ff. SchKG) über das vom Arrest betroffene Existenzminimum hängig ist (BISchK 1990, 145):

«Vom Gläubiger zu verlangen, dass er etwas prosequierte, was gar nicht verarrestiert worden ist, erscheint indessen unzumutbar. Bevor er im Sinne von Art. 278 Abs. 1 SchKG tätig wird, hat er Anspruch darauf zu wissen, ob der Arrest tatsächlich ins Leere geht oder ob nicht doch – sind bei der Berechnung des Existenzminimums Korrekturen vorzunehmen – pfändbares Vermögen vorhanden ist.»

Daraus folgt für das Exequatur: Wenn und solange die Vollstreckbarerklärung *nicht rechtskräftig* ist, bleibt der Arrest(grund) *strittig*. Mit den Worten des Bundesgerichts bedeutet dies, dass dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, den Arrest zu prosequieren, bevor nicht Klarheit über den Arrestgrund (d.h. die Vollstreckbarerklärung eines LugÜ-Entscheids) besteht.

Dieser Leitsatz muss vorliegend sogar *a fortiori* gelten: Die Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG richtet sich

gegen den Arrestbefehl und der Schuldner kann sämtliche Voraussetzungen des Arrestes bestreiten. Die Arresteinsprache hat zwar «nur» faktische Auswirkungen auf die Prosequierung, d.h. die im Zuge der Prosequierung des Arrestes zu fällenden Entscheide der (Gerichts-)Behörden bleiben von der Arresteinsprache grundsätzlich unbeeinflusst. Gleichwohl ist ein Fristenstillstand gesetzlich vorgesehen (Art. 278 Abs. 5 SchKG). Beim Rechtsbehelfsverfahren gemäss Art. 36 LugÜ geht es hingegen um die Vollstreckbarkeit eines ausländischen (LugÜ-)Entscheids. *Dieselbe* Frage der Vollstreckbarkeit ist bei der Prosequierung durch definitive Rechtsöffnung (gestützt auf den LugÜ-Entscheid) wieder von Bedeutung (Art. 81 Abs. 3 SchKG); der Streitgegenstand ist somit rechtlich identisch, womit der Rechtsöffnungsrichter (im Sinne der materiellen Rechtskraft) an den rechtskräftigen Entscheid des Exequaturrichters gebunden ist (LEUENBERGER, a.a.O., 970; PHILIPP GROZ, Die materielle Rechtskraft von Entscheiden betreffend Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile auf Geldleistungen, AJP/PJA 2006, 685 f.; D. STAEHELIN, a.a.O., N 30 zu Art. 31, N 25 zu Art. 36 LugÜ; FÜLLEMANN, a.a.O., 665 mit weiteren Verweisen, 668). Damit ist der Fristenstillstand während hängigem Rechtsbehelfsverfahren gemäss LugÜ noch *evidenter* als beim gesetzlich geregelten Fall der Arresteinsprache.

4.4. Rechtslage betreffend Fristenstillstand in der Arrestprosequierung de lege ferenda

Per 1. Januar 2011 tritt das revidierte Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) in Kraft.

In der laufend *Revision* zur Anpassung des *Arrestrechts* an das revidierte LugÜ wurde das Vorhaben, die Rechtslage betreffend Fristenlauf bzw. -stillstand hinsichtlich der Arrestprosequierung während laufendem Exequaturverfahren zu klären, wieder aufgenommen. Bereits die ursprüngliche Vorlage des *Bundesrates* hat für Art. 279 SchKG einen *neuen Abs. 5* vorgesehen (vgl. zum nunmehr definitiven Wortlaut sogleich hinten). In der zugehörigen *Botschaft* (vgl. auch schon den erläuternden Begleitbericht des Bundesrates vom 30. Mai 2008, 41, zu Art. 279 SchKG) wurde dazu ausgeführt (BBl 2009 1823):

«Der Gläubiger, der aufgrund des revLugÜ einen Arrest gegen die Schuldnerin oder den Schuldner erwirkt hat, sollte nicht verpflichtet werden, seine Forderungen durch Betreuung geltend zu machen (den Arrest zu prosequieren), solange ein Rechtsbehelf gegen das Exequatur hängig ist oder die Frist dazu noch nicht abgelaufen ist. (...) Folglich sollen die Prosequierungsfristen nach Art. 279 SchKG frühestens dann beginnen, wenn über einen allfälligen Rechtsbehelf endgültig entschieden worden ist oder die Frist zu dessen Ergreifung ungenutzt aufgelaufen ist.»

Gemäss dem nunmehr ergangenen *Bundesbeschluss* über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssa-

chen (Lugano-Übereinkommen) (BBl 2008 8812/8813) wird in Art. 279 Abs. 5 eine neue *Ziff. 2* (= Art. 279 Abs. 5 Ziff. 2 revSchKG) eingefügt. Diese künftige Bestimmung, welche zeitgleich mit dem revidierten LugÜ (ebenfalls) per 1. Januar 2011 in Kraft treten wird, sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die Arrestprosequierungsfristen in Art. 279 Abs. 1–4 SchKG während eines Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung gemäss LugÜ sowie bei Weiterziehung des Entscheids über die Vollstreckbarerklärung *nicht* laufen. Konkret hat die neue Bestimmung folgenden Wortlaut:

«Die Fristen dieses Artikels laufen nicht:

1. während des Einspracheverfahrens und bei Weiterziehung des Einsprachenentscheides;
2. während des Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und bei Weiterziehung des Entscheides über die Vollstreckbarerklärung.»

Damit hat der Gesetzgeber exakt das umgesetzt, was das Obergericht des Kantons Zürich mit vorliegend besprochenem Beschluss vom 9. November 2009 unter Anwendung von Art. 1 ZGB bereits *de lege lata* als «*Richterrecht*» eingeführt hat.

4.5. Fazit und Lehre aus dem Fall, oder: «Was bleibt?»

Die umstrittene Rechtslage, wie sie sich noch bis zum Inkrafttreten des revidierten LugÜ mitsamt SchKG-Anpassungen per 1. Januar 2011 darstellt, gilt künftig als durch den Gesetzgeber entschieden. Mithin wird *rechtsfortbildendes Richterrecht* nunmehr *Gesetz*. Gleichwohl (oder gerade deshalb) bleibt der vorliegend besprochene Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2009 auch unter neuem Recht beachtenswert: Der Entscheid, welcher eine mit Art. 1 ZGB nicht zu vereinbarende Praxis der Vorinstanz korrigiert hat, zeigt eindrücklich auf, wie gestützt auf Art. 1 ZGB vorzugehen ist, wenn das Gesetz eine Rechtsfrage nicht entschieden hat: Das Gericht hat sich an der *bewährten Lehre* und *Rechtsprechung* zu orientieren, allenfalls unterstützt durch *gesetzgeberische Entwicklungen*, gestützt hierauf eine *tragfähige Regel* aufzustellen und alsdann den *konkreten Einzelfall* zu entscheiden.