

# GR\_GERICHTE PKG 2013 13 vom 22. November 2007

GR Gerichte, 2007-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PKG\\_2013\\_13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_2013_13)

FR: GR\_GERICHTE PKG 2013 13 du 22 novembre 2007

IT: GR\_GERICHTE PKG 2013 13 del 22 novembre 2007

## Regeste

Praxis Kantonsgericht |

Regeste: siehe PKG-Dokument \x3Cbr\x3E | java.util.HashMap/1797211028

## Erwägungen

### E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu- lasten der Beschwerdegegnerin.

### E. 4

Unter den Parteien ist strittig, ob im vorliegenden Fall die im Zuge der LugÜ-Revision geänderte und ebenfalls auf den 1. Januar 2011 in Kraft getretene neue Fassung von Art. 271 SchKG zur Anwendung gelangt oder ob hierfür nach wie vor die vor diesem Zeitpunkt massgebliche Be- stimmung von Art. 271 SchKG Anwendung findet. Während die Beschwer- deführerin unter Hinweis auf ihre Ausführungen in der Arresteinsprache vom 10. April 2012 die Auffassung vertritt, dass kein Arrest bewilligt werden könne, wenn sich der Arrestgläubiger auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stütze, die Forderung aber auf Entscheiden beruhe, die bereits vor dem 1. Ja- nuar 2011 gefällt worden seien (vgl. Beschwerdeschrift, act. A.1, S. 7 f.), ist die Beschwerdegegnerin der Meinung, dass diese Behauptung ins Leere gehe, da einzige Voraussetzung für einen Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ein definitiver Rechtsöffnungstitel sei (vgl. Beschwerdeantwort, act. A.2, S. 6). Wie es sich diesbezüglich verhält, ist im Folgenden aufzuzei- gen: a. Im Zuge der Umsetzung des (rev.) LugÜ wurde auch das Arrest- recht revidiert. Da das (rev.) LugÜ mit dem erstinstanzlichen Exequatur ei- nen unbedingten Anspruch auf ein Sicherungsmittel gewährt, wurde in einer neuen Ziffer 6 von Art. 271 Abs. 1 SchKG das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels als Arrestgrund aufgenommen. Mit dieser Anpassung wurde einerseits Art. 47 Abs. 2 (rev.) LugÜ Rechnung getragen und ande- rerseits bezüglich des Sicherungsmittels des schweizerischen Rechts und der dafür nötigen Voraussetzungen Klarheit geschaffen. Mit der neuen Ziffer 6 wurde der Hinweis in Ziffer 4 (sog. Ausländerarrest) auf vollstreckbare ge- richtliche Urteile überflüssig. Denn wo ein solches Urteil vorliegt, ist neu der Arrestgrund von Ziffer 6 gegeben, und die weiteren Voraussetzungen in Zif- fer 4 müssen nicht geprüft werden. Entsprechend wurde der Satzteil «oder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil» in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gestrichen. Der neue Absatz 3 von Art. 271 SchKG stellt sodann klar, dass das Gericht, welches aufgrund eines nach dem (rev.) LugÜ vollstreck- baren Entscheids (und damit eines definitiven Rechtsöffnungstitels) einen Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ausspricht, stets auch einen selbst- ständigen Exequaturentscheid zu fällen hat (vgl. Botschaft zum Bundes- beschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des

revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009 [Botschaft (rev.) LugÜ, BBl 2009 1777], S. 1821). b. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin muss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ab 1. Januar 2011 auch für bereits vor diesem Zeitpunkt

3 PKG 2013 13 77 ergangene Entscheide gelten. Dies folgt schon daraus, dass diese Bestimmung ab 1. Januar 2011 für Parteien in der Schweiz gilt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen LugÜ-Fall handelt oder nicht. Ein Ziel der internen Umsetzung des (rev.) LugÜ war es mitunter, prozessuale Vorteile, die sich aus dem (rev.) LugÜ ergeben, auch Parteien in der Schweiz, welche nicht unter das (rev.) LugÜ fallen, zu eröffnen und so eine Inländerdiskriminierung zu verhindern (vgl. Botschaft [rev.] LugÜ, S. 1831; vgl. auch Rodriguez, a. a. O., S. 1557). Bei den fraglichen Entscheiden des Landesgerichts Hamburg handelt es sich unbestreitbar um definitive Rechtsöffnungstitel, wenngleich sie noch unter der Geltung des alten LugÜ ergangen sind. Im Zusammenhang mit den Sicherungsmassnahmen hat sich das LugÜ allerdings auch nach der Revision nicht verändert. Daher ist nicht einzusehen, weshalb der neue Arrestgrund nicht auch für derartige, ältere Entscheide gelten sollte. Der Verweis von Reiser/Jent-Sørensen auf Art. 63 (rev.) LugÜ vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen. Diese beiden Autoren vertreten die Auffassung, dass Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG – da im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ ins SchKG aufgenommen worden – mit diesem konnex sei, weshalb der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 63 (rev.) LugÜ und mit Blick auf den erwähnten Konnex für «alte» LugÜ-Urteile nicht zur Verfügung stehe (Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, in: SJZ 107 (2011), S. 459). Eine gegenteilige Auffassung vertreten hingegen Naegeli/Marzorati sowie auch Boller. Unter Hinweis darauf, dass altrechtliche LugÜ-Titel unbestreitbar definitive Rechtsöffnungstitel seien, halten erstere dafür, dass diese genauso zum Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG berechneten würden wie Nicht-LugÜ-Titel. Ihrer Ansicht nach ist die gegenteilige Auffassung weder mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes noch mit der Entstehungsgeschichte des neuen Arrestgrunds von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG und dem Zweck der Bestimmung vereinbar. Es könne nämlich ausgeschlossen werden, dass ausgerechnet altrechtliche LugÜ-Titel vom Anwendungsbereich des neuen Arrestgrunds nicht umfasst sein sollten, obwohl sie unter diesen Begriff fallen; eine solche Auslegung ergäbe keinen Sinn (Georg Naegeli/Dario Marzorati, Der definitive Rechtsöffnungstitel als neuer Arrestgrund – ein vollstreckungsrechtlicher Zankapfel, in: jusletter 10. September 2010, S. 10). Auch gemäss Boller soll der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG mit der Botschaft und der überwiegenden Lehrmeinung so zu verstehen sein, dass dieser nicht nur dann Anwendung finden könne, wenn sich der Gläubiger auf ein schweizerisches Urteil oder auf ein solches aus dem Anwendungsbereich des (rev.) LugÜ stützt, sondern auch dann, wenn er ein anderes ausländisches Urteil vorlegt. Somit erfasse der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch Urteile, welche nach

3 13 PKG 2013 78 dem (alt) LugÜ oder gestützt auf einen anderen Staatsvertrag oder nach IPRG zu vollstrecken seien. Seiner Meinung nach kann nicht nachvollziehbar begründet werden, weshalb der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nur auf schweizerische Urteile und (rev.) LugÜ-Urteile anwendbar sein soll, nicht dagegen auf solche ausserhalb des Anwendungsbereichs des (rev.) LugÜ. Immerhin sei der Begriff des definitiven

Rechtsöffnungstitels klar umrissen und seit Jahrzehnten durch Lehre und Rechtsprechung gefestigt. Von jeher würden ausländische Urteile unbeschleunigt ihrer Herkunft zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen, wenn sie die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen erfüllen würden. Der Wortlaut von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG lasse daher keinen Spielraum für Differenzierungen nach der Herkunft des Entscheiders offen. Nachdem der Gesetzgeber für diesen Arrestgrund auf einen solchermassen gefestigten Begriff abgestellt habe, sei nicht anzunehmen, dass er diesen Begriff quasi stillschweigend enger fassen und ausländische Nicht-LugÜ-Urteile generell davon ausschliessen wollen (Urs Boller, Arrest gestützt auf ausländische Entscheide, Erste Erfahrungen mit dem neuen Arrestrecht, in: ZZZ 2011/2012, S. 4). Diese beiden letztgenannten Meinungen überzeugen. Zusätzlich zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass neben der neu eingefügten Ziffer 6 auch die Ziffer 4 von Art. 271 Abs. 1 eine Änderung erfuhr, anlässlich welcher der Ausländerarrest aufgeteilt wurde und nunmehr zwischen definitiven (Ziffer 6) und provisorischen Rechtsöffnungstiteln (Ziffer 4) unterschieden wird. Wenn Ziffer 6 nun für ältere Entscheide nicht gelten würde, so müsste auch die frühere Ziffer 4 wieder aufleben, was aber gerade nicht die Absicht des Gesetzgebers war. Im Übrigen würde vorliegend auch die Anwendung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ausser Betracht fallen, weil darunter nur noch provisorische Rechtsöffnungstitel fallen. Zudem ist der Bezug der Forderung zur Schweiz zumindest fraglich. Nach dem Gesagten gelangt das angerufene Gericht somit zum Schluss, dass die neue Bestimmung von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch für Entscheide gilt, welche – wie dies vorliegend der Fall ist – noch nach dem alten LugÜ gefällt worden sind (gleicher Meinung wie gesehen: Naegeli/ Marzorati, a. a. O., S. 10; Boller, a. a. O., S. 4; vgl. auch Lazopoulos, a. a. O., S. 610; Felix C. Meier-Dieterle, Ausländische «nicht LugÜ-Entscheide» als Arrestgrund?, in: jusletter 18. Juli 2011, S. 5; derselbe, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, in: AJP 10 / 2010, S. 1213; Urs Boller, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, in: AJP 2/2010, S. 189; Dieter A. Hofmann/Oliver M. Kunz, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, N 58 zu Art. 47 LugÜ; Rodrigo, a. a. O., S. 1557; a. M. Walter A. Stoffel, in: Staehelin/ Bauer/ Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, N 109 zu Art. 271 SchKG; Daniel Staehelin, Neues Arrestrecht ab 2011, in: jusletter 11. Oktober 2010, S. 8 f.; Reiser/ Jent-

3 PKG 2013 13 79 Sørensen, a. a. O., S. 459). Insoweit erweist sich die Beschwerde folglich als unbegründet. 5.a. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz sodann vor, praktisch keine Ausführungen zur Literatur und Rechtsprechung zum Durchgriff gemacht zu haben, obschon sie selbst in ihrer Einsprache vor Vorinstanz dazu ausführliche Bemerkungen vorgebracht habe. Namentlich habe es die Vorinstanz unterlassen, den Sachverhalt unter Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42) zu subsumieren und festzustellen, dass kein Grund vorliege, wonach der Grundbucheintrag falsch sein soll. Die Drittansprecherin sei seit Jahren als Eigentümerin der Liegenschaft H. in Z. eingetragen. Diesbezüglich bestehe kein Vorbehalt tatsächlicher oder rechtlicher Art und die Drittansprecherin könne über das Grundstück frei verfügen. Es gebe mithin keinen einzigen Anhaltspunkt im Arrestbegehren, wonach das Grundstück heute in irgendeiner Art und Weise wirtschaftlich dem Arrestschuldner gehöre. Ferner seien die Voraussetzungen von Art. 285 ff. SchKG offensichtlich nicht erfüllt. Was die Schenkungspauliana gemäss Art. 285 SchKG anbelange, so sei die Jahresfrist für die Anfechtung einer Schenkung vom 19.

Dezember 2008 längst abgelaufen. Die Voraussetzungen einer Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG seien ebenfalls nicht dargetan und der von der Vorinstanz berücksichtigte Sachverhalt sei bezüglich Schädigungsabsicht und Erkennbarkeit durch die Drittsprecherin offensichtlich falsch. Eine Subsumierung des richtigen Sachverhalts führe folglich zum Schluss, dass die Voraussetzungen eines Durchgriffs nicht gegeben seien, insbesondere dass vom Grundsatz, wonach nur Vermögenswerte des Schuldners in eine Zwangsvollstreckung einbezogen werden dürften, nicht abgewichen werden dürfe. b. Gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG wird der Arrest bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht (Ziff. 1), ein Arrestgrund vorliegt (Ziff. 2) und Vermögenswerte vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Ziff. 3). Der Bestand der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Forderung ist aufgrund der aktenkundigen Entscheide des Landgerichts Hamburg ausgewiesen und wird selbst von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt. Dass der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG vorliegt, wurde in den vorangehenden Erwägungen ausführlich dargelegt. Was sodann die dem Schuldner gehörenden Vermögenswerte anbelangt, ist mit Blick auf das betreffende Grundstück in Z. auf Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 VZG sowie die hierzu ergangene Rechtsprechung abzustellen. Gemäss der genannten Bestimmung dürfen Grundstücke, die im Grundbuch auf einen anderen Namen als denjenigen des Schuldners eingetragen sind, unter anderem nur gepfändet werden, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass der Grundbucheintrag unrichtig ist. Das Bundesgericht hat diesbezüg-

lich befunden, dass die verlangte Glaubhaftmachung des unrichtigen Grundbucheintrags gemäss Art. 10 Abs. 1 Ziff. 3 VZG, und daraus folgend, dass der Beweis, das Grundstück gehöre in Wirklichkeit dem Schuldner, in einem weiten Sinne ausgelegt werden müsse (BGE 117 III 29 E. 3 S. 31; 114 III 88 E. 3.a, S. 90; Urteil des Bundesgerichts 7B.5/2005 vom 3. Mai 2007, E. 2.3; Markus Zopfi, Kurzkomentar VZG, Effretikon 2011, N 6 zu Art. 10 VZG). Er ist namentlich dann gegeben, wenn der Schuldner eine Liegenschaft veräussert hat, die nach den Umständen eine Rückerstattung gemäss Art. 285 ff. SchKG rechtfertigt, wobei der Gläubiger nur die Anfechtbarkeit der Handlung glaubhaft machen muss (BGE 114 III 88 E. 3.a S. 90; Urteil des Bundesgerichts 5A\_146/2008 vom 11. April 2008, E. 3.3). Gemäss Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Absichtsanfechtung bezieht sich im Gegensatz zur Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung nicht auf besondere, gesetzlich umschriebene Rechtshandlungen, sondern auf sämtliche die Exekutionsrechte der Gläubiger schädigende Rechtshandlungen des Schuldners. Erforderlich ist immer eine objektive Schädigung der Gläubiger durch Beeinträchtigung ihrer Exekutionsrechte, sodass das auf ihre Forderungen entfallende Betreffnis geschmälert wird. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vornimmt, seine Gläubiger zu benachteiligen, d. h. zu schädigen, und dass diese Absicht für den Begünstigten erkennbar ist (Adrian Staehelin, in: Staehelin/ Bauer/ Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, N 3 zu Art. 288 SchKG). c. Die Vorinstanz stellte diesbezüglich fest, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin seinen Wohnsitz nach England verlegt und die Liegenschaft in Z. samt Inventar mittels Schenkung auf seine Ehefrau übertragen habe. Zur Begründung hierfür werde seitens der Beschwerdeführerin geltend gemacht, sie habe sich nach Dauerhaftigkeit und familiärer

Geborgenheit geseht, weshalb ein fester Lebensmittelpunkt angestrebt worden sei. In Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin, welche diese Argumentation als unglaubwürdig und mit der plötzlich erfolgten Wohnsitzverlegung trotz fortbestehender Ehe unvereinbar bezeichnete, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Wegzug nach England sowie die Übertragung der Liegenschaft im Widerspruch zum erwähnten Streben nach Kontinuität stünden. Zudem hätte es hierfür keiner Übertragung des Hauses und des Inventars bedurft; weitere Gründe für die Schenkung seien nicht ersichtlich. Mit Einlage der entsprechenden Urkunden habe die Beschwerdegegnerin somit glaubhaft dargetan, dass mit der unentgeltlichen Übertragung der Liegen-

3 PKG 2013 13 81 schaft samt Inventar die Exekutionsrechte der Gläubiger hätten beeinträchtigt werden sollen. Dies habe für die Beschwerdeführerin erkennbar sein müssen, stünden Eheleute doch wesensgemäss in einem engen Verhältnis zueinander (angefochtener Entscheid, E. 3.c, S. 7). d. Die Rügen der Beschwerdeführerin gehen an der Sache vorbei. Namentlich gilt es darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger einzig die Anfechtbarkeit der Handlung glaubhaft zu machen hat. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Schwelle liegt damit tiefer als beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, die erst dann gegeben ist, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 132 II 715 E. 3.1, S. 720; 130 III 321 E. 3.3, S. 325, mit weiteren Hinweisen). Diesen Anforderungen ist die Beschwerdegegnerin entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin vorliegend ohne Weiteres nachgekommen. Aufgrund der Akten ausgewiesen ist, dass das Hanseatische Oberlandesgericht die vom Arrestschuldner bzw. vom Ehemann der Beschwerdeführerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg erhobene Berufung mit Urteil vom 22. November 2007 zurückgewiesen hat. Im darauffolgenden Jahr hat Letzterer nunmehr zunächst seinen Anteil an der F. AG von ursprünglich 14,75 % mittels zweimaliger Veräusserung auf unter 3 % verringert und anschliessend das betreffende Grundstück in Z. mittels Schenkung auf die Beschwerdeführerin übertragen (Arrest\_, kB 11 und 14 [KSK 12 47]). Ferner liess er im April 2009 ein Aktienübertragungsangebot der Gegenpartei – soweit aktenkundig – unbeantwortet (Arrest\_, kB 9 und 10 [KSK 12 47]). Zwar ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen, als der Arrestschuldner zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Zusicherungen abgegeben hat, wonach er die Beteiligungen an der F. AG nicht verkaufen werde. Gleichzeitig hat er der Beschwerdegegnerin aber auch die Zusicherung gemacht, dass er sich seinen Verpflichtungen aus einem rechtskräftigen Urteil nicht entziehen werde, und als Beleg für seine Zahlungsfähigkeit auf die Beteiligung an der F. AG mit einem Wert von rund Fr. 51 Mio. bzw. ■38,5 Mio. hingewiesen (Arrest\_, kB 6 und 7 [KSK 12 47]). Angesichts dessen lässt die nur kurze Zeit nach Eröffnung des Urteils des Hanseatischen Oberlandesgerichts vorgenommene Veräusserung der entsprechenden Anteile in der Tat stutzen. Gleiches gilt für die Tatsache, dass der Arrestschuldner kurz darauf die zur Diskussion stehende Liegenschaft ohne ersichtlichen Grund schenkungshalber auf seine Ehefrau übertragen hat. In Anbetracht der zeitlichen Nähe der jeweiligen Geschehnisse kann der Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, sie blende sämtliche zeitlichen

3 13 PKG 2013 82 Zusammenhänge aus. Ebenso wenig zu beanstanden ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach der Wegzug nach London sowie die Übertragung der Liegenschaft im Widerspruch zum von der Beschwerdeführerin erwähnten Streben nach Kontinuität stünden. Inwiefern durch diese gegensätzlichen Handlungsweisen Kontinuität erzielt werden sollte, ist in der Tat nicht ein- zusehen und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar aufgezeigt. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände kann denn auch nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass gewisse Elemente dafür sprechen, der Arrestschuldner könnte mit den erwähnten Veräusserungsge- schäften die Absicht verfolgt haben, die Gegenseite zu benachteiligen beziehungsweise sich seinen Verpflichtungen aus dem rechtskräftigen Urteil zu entledigen. Mehr ist für die Glaubhaftmachung nicht erforderlich; namentlich müssen entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht alle Voraussetzungen für eine Anfechtung von Art. 285 ff. SchKG erfüllt sein. In Bezug auf die fünfjährige Verdachtsfrist gemäss Art. 288 SchKG bleibt als- dann festzuhalten, dass auch diese zweifelsfrei noch nicht verstrichen ist. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die Voraussetzungen für den Arrest zutreffend als gegeben erachtet, womit der angefochtene Entscheid auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden ist.

## **E. 6**

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz beim Erlass des Arrestbefehls beziehungsweise im definitiven Einspracheentscheid auch über die Voll- streckbarkeit der ausländischen Entscheide hätte befinden müssen. Im Rah- men dessen gilt es mitunter zu beurteilen, ob der am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Art. 271 Abs. 3 SchKG auch auf Fälle anwendbar ist, die noch un- ter der Herrschaft des (alt) LugÜ ergangen sind. Sollte diese Frage bejaht werden, wird im Weiteren zu prüfen sein, ob diesfalls ein eigenständiger Exe- quaturentscheid zu fällen ist oder ob über die Frage der Vollstreckbarkeit auch bloss vorfrageweise befunden werden kann. Sollte letzteres ausreichen, sind die Anforderungen an das hierfür notwendige Beweismass einer nähe- ren Betrachtung zu unterziehen. Und schliesslich ist zu klären, ob es hin- sichtlich der Vollstreckbarkeit des betreffenden Entscheids eines Antrags der gesuchstellenden Partei bedarf oder ob hierüber – auch bei Fehlen eines solchen – in jedem Fall von Amts wegen zu befinden ist. a. Wenn – wie zuvor aufgezeigt – bejaht wird, dass der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch für (alt) LugÜ-Entscheide gilt, so ist es nicht anders als konsequent, dass im Rahmen der Arrestbewilligung auch die Vollstreckbarkeit geprüft wird. Ziel des Gesetzgebers war es nämlich, keinen Titel-Arrest für ein Urteil aus einem durch das LugÜ gebundenen Staat mehr zu bewilligen, ohne dass gleichzeitig das Exequatur ausgespro- chen wird (Botschaft [rev.] LugÜ, S. 1821; Hofmann/Kunz, a. a. O., N 60 zu Art. 47 LugÜ; Daniel Staehelin, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], 2. Aufl., Bern 2011,

3 PKG 2013 13 83 N 62 zu Art. 47 LugÜ; Mathias Plutschow, in: Anton K. Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, DIKE- Kommentar, Zürich/ St. Gallen 2011, N 17 zu Art. 47 LugÜ; Schwander, a. a. O., S. 658; Naegeli 0/Marzorati, a. a. O., S. 11; dazu auch Hinweise bei Bol- ler, a. a. O., S. 4 unten und S. 7; Hofmann/ Kunz, a. a. O., N 59 zu Art. 47 LugÜ; ansonsten Lehre nicht einheitlich: siehe auch Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 28. Januar 2011, E. 2, in: GVP 2011, S. 299; Gassmann, a. a. O., S. 58 f.). Das Exequatur ist somit auch für alt LugÜ-Entscheide Vorausset- zung für den Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG.

Die Vorinstanz hat die Frage, ob die vorliegend massgeblichen Entscheide in der Schweiz voll- streckbar sind, hingegen ausdrücklich offen gelassen (angefochtener Ent- scheid, E. 3.a, S. 4). Dieses Vorgehen widerspricht nach den vorangegange- nen Ausführungen Art. 271 Abs. 3 SchKG, was zur Gutheissung der Be- schwerde führt. b. Ist die Beschwerde nach dem Gesagten gutzuheissen, können die übrigen Fragen offen gelassen werden (vgl. E. 6). Dennoch erscheinen an dieser Stelle einige Anmerkungen bzw. Hinweise auf die teilweise kontro- versen Lehrmeinungen hinsichtlich der Frage, ob es in Bezug auf die Prü- fung der Vollstreckbarkeit des betreffenden Entscheids eines Antrags be- darf oder nicht, als angebracht. Die Botschaft stellt unter Verweis auf Art. 271 Abs. 3 SchKG klar, dass das Gericht, welches aufgrund eines nach dem (rev.) LugÜ vollstreckbaren Entscheids einen Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ausspricht, stets auch einen selbstständigen Exequa- turentscheid zu fällen hat, und zwar selbst dann, wenn diesbezüglich kein selbstständiges Begehren gestellt wurde (Botschaft [rev.] LugÜ, S. 1821; ebenso Rodriguez, a. a. O., S. 1558; Matthias Staehelin, in: Staehelin/ Bauer/ Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetrei- bung und Konkurs I, 2. Aufl., Basel 2010, N 38 zu Art. 30a SchKG). Im glei- chen Sinne hält Meier-Dieterle dafür, dass über die Vollstreckbarerklärung von Amtes wegen zu entscheiden und die Vollstreckbarkeit im Dispositiv in einer separaten Ziffer aufzunehmen sei, auch wenn der Arrestgläubiger kein spezifisches Begehren gestellt habe (Meier-Dieterle, AJP, a. a. O., S. 1216). Auch Schwander kommt unter Berufung auf die Botschaft zum Schluss, dass eine vorfrageweise Vollstreckbarkeitsprüfung in Lugano-Fällen nicht mehr zulässig sei. Unabhängig vom Antrag des Gläubigers und insofern in Abwei- chung des Dispositionsgrundsatzes hat seiner Auffassung nach das Gericht in Lugano-Fällen stets so vorzugehen, als ob der Gläubiger einen separaten Antrag auf Vollstreckbarerklärung gestellt hätte. Sofern der Arrest bewilligt werde, würden daher zwei separate Entscheide ergehen: Die Vollstreck- barerklärung sowie der Arrestbefehl (Schwander, a. a. O., S. 656). Eine etwas differenziertere Betrachtung hält Boller bereit. Für ihn steht die Disposi- tionsmaxime der Prüfung der Exequatur gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG von

3 13 PKG 2013 84 Amtes wegen zwar nicht entgegen, weil Art. 58 Abs. 2 ZPO einen expliziten Vorbehalt zugunsten von gesetzlichen Bestimmungen enthalte, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden sei. Allerdings hält er dafür, dass das Gericht nur im Falle eines gutgeheissenen Arrestbegehrens von Amtes wegen einen Exequaturentscheid fällen sollte. Falls einem negativen Exequaturentscheid nämlich materielle Rechtskraft zugesprochen werde, könne dies für den Gläubiger die fatale Konsequenz haben, dass er seine durch ein Urteil ausgewiesene Forderung zumindest in der Schweiz nie mehr zur Vollstreckung bringen könne (Boller, ZZZ, a. a. O., S. 7 f.). Die gegentei- lige Meinung vertreten unter anderem Hoffmann/ Kunz. Ihrer Auffassung nach würde mit diesem Vorgehen – separater Exequaturentscheid ohne ent- sprechenden Antrag – die Dispositionsmaxime ohne hinreichenden Grund durchbrochen. Der Gläubiger könnte diesfalls nämlich nicht bloss die Siche- rung seines Anspruchs verlangen, sondern müsste den zugrunde liegenden Entscheid vollstreckbar erklären lassen. Dadurch erhöhe sich bei einem wei- ter gefassten Antrag auch das Risiko bei einer Abweisung. Werde zudem da- von ausgegangen, dass einem abweisenden Exequaturentscheid Rechtskraft zukomme, könnte der mit seinem Antrag scheiternde Titelgläubiger den Entscheid ein für allemal nicht mehr in der Schweiz vollstreckbar erklären lassen. Abgesehen davon stellen sich die beiden Autoren die Frage, ob es un- ter dem (rev.) LugÜ überhaupt zulässig sei, die Anordnung von blossen Si- cherungsmassnahmen von einer vorgängigen expliziten Exequaturerteilung

abhängig zu machen. Einen Ausweg sehen sie darin, Art. 271 Abs. 3 SchKG unter Hinweis auf die Formulierung in der Botschaft («das Gericht, welches [...] einen Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ausspricht») nur bei einem gutgeheissenen Arrestbegehren anzuwenden (vgl. Hoffmann/Kunz, a. a. O., N 63 ff. zu Art. 47 LugÜ). Laut Reiser/Jent-Sørensen soll eine Sicherung gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ohne einen vom Gläubiger formell gestellten Exequaturantrag ausgeschlossen sein. So stehe der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch nicht bei inzidenter Überprüfung der Vollstreckbarkeit zur Verfügung; verlange ein Gläubiger einen Arrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, sei ein förmlicher Antrag auf Exequatur unerlässlich. Zur Begründung ihrer Meinung bringen sie vor, dass der Entscheid ohne entsprechenden Antrag für den Arrestgläubiger bedeute, dass ungewollt über die Vollstreckbarkeit entschieden werde, was bei einem negativen Entscheid zur Folge habe, dass die Rechtsdurchsetzung zumindest in der Schweiz für alle Zeiten ausgeschlossen sei. Da bei gestelltem Arrestantrag Ziel primär die Sicherung und nicht die Vollstreckung und hierbei häufig Eile geboten sei, sei dies eine untragbare Konsequenz (Reiser/Jent-Sørensen, a. a. O., S. 454 f.). Mit derselben Begründung halten auch Naegeli/Marzorati einen entsprechenden Antrag zwingend für notwendig, weil ein derart gravierender Entscheid – allenfalls Ausschluss der Vollstreckung

3 PKG 2013 13 85 des betreffenden Entscheids in der Schweiz bei ablehnender Beurteilung der Vollstreckbarkeit – nicht ohne einen Antrag des Gläubigers ergehen sollte (Naegeli/Marzorati, a. a. O., S. 10 f.). Auch gemäss Daniel Staehelin, welcher eine Vollstreckbarerklärung für eine Voraussetzung für einen Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG hält, kann eine solche Vollstreckbarerklärung nur erteilt werden, wenn ein Antrag vorliegt. Immerhin gelte im Arrest- und Exequaturverfahren immer noch die Dispositionsmaxime (Daniel Staehelin, Handkommentar, a. a. O., N 62 zu Art. 47 LugÜ; derselbe, *jurisletter*, a. a. O., S. 3). c. Da die Vollstreckbarerklärung der betreffenden Entscheidung gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG sowohl nach dem Wortlaut der Bestimmung als auch nach der herrschenden Lehre eben Voraussetzung für die Genehmigung des Arrests gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ist, muss diese Frage vor der Beurteilung der eigentlichen Arrestvoraussetzungen geprüft werden. Dies bedeutet, dass der Arrestrichter bereits im Arrestbefehl, welcher ohne Anhörung des Schuldners erlassen wird, einen entsprechenden Vollstreckbarkeitsentscheid fällen muss. Dieser kann dannzumal im Arresteinspracheverfahren nochmals überprüft werden. Da der Vorderrichter dies vorliegendenfalls indes nicht getan hat, ist nicht nur der Arresteinspracheentscheid, sondern gleichsam auch der Arrestbefehl aufzuheben. Da der Massnahmeentscheid über ein Arrestgesuch nicht in materielle Rechtskraft erwächst (vgl. Stoffel, a. a. O., N 62 zu Art. 272 SchKG), kann die Beschwerdegegnerin unverzüglich ein neues Arrestgesuch stellen, wobei darin im Hinblick auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen mit Vorteil auch das Begehren um Feststellung der Vollstreckbarkeit aufgenommen werden sollte. Aus allen diesen Gründen ist die Beschwerde somit gutzuheissen und der Arrestbefehl sowie der Arresteinspracheentscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Maloja vom 22. März 2012 respektive 3. August 2012 sind aufzuheben. KSK 12 57 Urteil vom 22. Mai 2013

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.