

Das schweizerische Prozessrecht im Umbruch

Beiträge von Mitgliedern des Dispute Resolution Teams
von Niederer Kraft & Frey zur neuen schweizerischen Zivilprozessordnung,
der Revision des Lugano-Übereinkommens und dem revidierten Arrestrecht

Publikation 16

NIEDERER KRAFT & FREY
RECHTSANWÄLTE

In der **NKF-Schriftenreihe** werden in loser Folge Aufsätze und Abhandlungen publiziert, die sich mit Themen aus dem Tätigkeitsbereich von Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, befassen.

NIEDERER KRAFT & FREY
RECHTSANWÄLTE

Niederer Kraft & Frey AG
Bahnhofstrasse 13
CH-8001 Zürich

Telefon +41-58-800-8000
Telefax +41-58-800-8080
E-Mail: nkf@nkf.ch
Website: www.nkf.ch

NKF-Schriftenreihe Band 16
Juni 2010

DIE SCHIEDSGERICHTSBARKEIT NACH DER SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNG

Ernst F. Schmid

Inhalt

A.	EINLEITUNG.....	80
I.	Begriff und Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit	80
II.	Gründe für die Schiedsgerichtsbarkeit.....	80
III.	Abgrenzung internationale und nationale Schiedsgerichtsbarkeit	81
VI.	Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit.....	82
B.	NACHTEILE DES KONKORDATES	83
C.	ZU EINZELNEN BESTIMMUNGEN.....	84
I.	Zwingende und nicht-zwingende Bestimmungen der ZPO	84
II.	Die Schiedsvereinbarung.....	85
III.	Schiedsfähigkeit.....	86
IV.	Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	86
V.	Die Mitwirkung der staatlichen Gerichte.....	87
VI.	Offenlegungspflicht der Schiedsrichter.....	88
VII.	Rechtshängigkeit.....	88
VIII.	Verfahrensregeln.....	89
IX.	Streitgenossenschaft	90
X.	Verrechnung.....	90
XI.	Widerklage.....	91
XII.	Anwendbares Recht	91
XIII.	Beratung und Schiedsspruch	91
XIV.	Rechtsbehelfe	92
1.	Einleitung.....	92
2.	Beschwerde	92
3.	Revision.....	93
XV.	Kosten	94
XVI.	Würdigung der neuen Bestimmungen.....	94

A. EINLEITUNG

I. Begriff und Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit

Schiedsgerichte sind private Gerichte, die im Einverständnis der Parteien an Stelle der staatlichen Gerichte zur Entscheidung eines zivilen Rechtsstreits berufen sind.¹ Die Parteien können weitestgehend selbst die Schiedsrichter und das Schiedsverfahren festlegen.

Unterschieden wird zwischen institutioneller und ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit. Im ersteren Fall wird die Schiedsordnung einer Schiedsinstitution übernommen.²

II. Gründe für die Schiedsgerichtsbarkeit

Es gibt eine Mehrzahl von Gründen,³ weshalb die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit vorgezogen werden kann:⁴

- ein *neutrales Forum*.
- Entscheid durch eine *bestimmte Persönlichkeit* treffen zu lassen.
- Richter mit *bestimmten nicht-juristischen Fach- und Branchenkenntnissen* (z.B. in der Informationstechnologie, im Bauwesen oder im Maschinenbau).
- Richter mit *Kenntnissen in bestimmten Rechtsgebieten* bzw. in einem ausländischen Recht. Solche spezifischen Rechtsgebiete sind etwa das Internetrecht und das Kartellrecht. So kann sich etwa im nationalen Schweizer Verfahren die Frage der Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts stellen. Ausländisches Recht kann aufgrund von Rechtswahlklauseln

¹ Vom Schiedsgericht abzugrenzen ist der Schiedsgutachter, der über streitige Tatsachen entscheidet, nicht über Rechtsfragen, vgl. Art. 189 ZPO.

² Vgl. dazu noch S. 82.

³ Den Vorteilen stehen gewisse Nachteile gegenüber, so insbesondere die regelmässig höheren Verfahrenskosten. Als Nachteil wird auch genannt, dass gegen Schiedsurteile kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht.

⁴ Im internationalen Verhältnis von besonderer Bedeutung ist sodann die praktisch weltweite Vollstreckbarkeit der Entscheide gemäss dem New Yorker Übereinkommen.

oder Anknüpfungen nach dem IPRG zur Anwendung kommen, etwa bei Streitigkeiten bezüglich ausländischer Gesellschaften, einem ausländischen Recht unterstehenden Nachlass oder über im Ausland gelegene Liegenschaften.

–*Bestimmte Verfahrenssprache*, meist die Vertragssprache.

–*Vertraulichkeit*,⁵ d. h. dass das Verfahren und möglicherweise auch der Ausgang des Verfahrens vor der Öffentlichkeit geheim gehalten werden können.

–*Verfahrensbeschleunigung* oder *Effizienz* bzw. *fallspezifische Verfahrensgestaltung*. Dank der der Schiedsgerichtsbarkeit inhärenten Parteiautonomie können die Parteien den Verfahrensablauf weitgehend selbst bestimmen und dadurch z. B. ein *fast-track-Verfahren* festlegen.

III. Abgrenzung internationale und nationale Schiedsgerichtsbarkeit

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit wird im 12. Kapitel des IPRG (Art. 176 – 194) geregelt,⁶ die *nationale* oder *Binnenschiedsgerichtsbarkeit* war bis anhin vom schweizerischen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 («Konkordat» oder «KSG»)⁷ geregelt. Die ZPO regelt nun in ihrem 3. Teil die nationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1 lit. d und Art. 353–399 ZPO). Damit wird das Konkordat per 1. Januar 2011 obsolet.

Ein Schiedsverfahren (mit Sitz⁸ in der Schweiz) ist international, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

Dieses Doppelsystem und das Abgrenzungskriterium werden in der neuen ZPO beibehalten.

⁵ Vgl. dazu FRANZ HOFFET: Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Diss. Zürich 1991, S. 234 und 308.

⁶ Das Lugano-Übereinkommen findet auf die Schiedsgerichtsbarkeit sachlich keine Anwendung, vgl. Art. 1 Ziff. 4 LugÜ.

⁷ SR 279. Alle Kantone waren diesem Konkordat beigetreten.

⁸ Zum Ort des Sitzes Art. 355.

Ein Streit zwischen schweizerischen Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen ist somit eine Binnenstreitigkeit.

Die Parteien können durch ausdrückliche Erklärung (in der Form gemäss Art. 358 ZPO) die Geltung des 3. Teils der ZPO ausschliessen und das 12. Kapitel des IPRG über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit für anwendbar erklären, auch wenn kein internationaler Sachverhalt vorliegt (Art. 353 Abs. 2 ZPO).⁹ Hingegen können die Parteien für ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz nicht sowohl den 3. Teil der ZPO wie das 12. Kapitel des IPRG wegbedingen.¹⁰

IV. Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit

Verschiedene Institutionen, namentlich die Handelskammern, haben Schiedsordnungen entworfen. Auf internationaler Ebene sind namentlich bekannt die Internationale Schiedsordnung der schweizerischen Handelskammern, gültig seit Januar 2004 (vgl. www.sccam.org), die Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris (vgl. www.iccwbo.org/court/arbitration) und die Regeln für die Schiedsgerichtsverfahren der World Intellectual Property Organisation (WIPO) in Genf (vgl. www.arbitrator.wipo.int). Im Binnenverhältnis bieten die Handelskammern

⁹ In internationalen Verfahren können durch eine ausdrückliche Erklärung die Anwendung der IPRG-Normen ausgeschlossen und die Bestimmungen der ZPO für anwendbar erklärt werden (Art. 176 Abs. 2 IPRG in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung).

¹⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 4.

beider Basel, Bern, Genf, Waadt, Tessin und Zürich¹¹ je eigene Schiedsordnungen an.¹²

B. NACHTEILE DES KONKORDATES

Bei der Erarbeitung der neuen ZPO hielt die für die Schiedsgerichtsbarkeit eingesetzte Experten-Subkommission fest, dass der Grundaufbau des Konkordats nicht auf Kritik gestossen sei und es daher Sinn mache, an den bewährten Bestimmungen des Konkordats festzuhalten. Die Übernahme des vor allem für internationale Schiedsgerichtsverfahren konzipierten UNCITRAL-Modellgesetzes¹³ wurde daher von den Experten abgelehnt.¹⁴

Infolge veränderter Bedürfnisse und der Rechtsentwicklungen im In- und Ausland suchten die Experten aber eine Verbesserung von einzelnen Bestimmungen des Konkordats, das namentlich in folgenden Punkten kritisiert worden war:¹⁵

¹¹ Basel: Schiedsreglement der Handelskammer beider Basel, vom 4. Mai 1995 http://www.hkbb.ch/wDeutsch/Dienstleistungen/Bilder_PDF/schiedsregl_hkbb_deutsch.pdf, Bern: Reglement über die Schiedsgerichtsbarkeit der Berner Handelskammer vom 18. April 1990, <http://www.bern-cci.ch/de/dienstleistungen/schiedsgericht.asp>, Genf: Règlement d'arbitrage, in Kraft seit 1. Januar 1992, abgeändert am 1. Mai 2000, <http://www.ccig.ch.dnpserver.com/fournirdesservices/Arbitrage/regulationsandprovisions/fabid/111/language/fr-FR/Default.aspx> Waadt: Règlement d'arbitrage interne, o.D. http://www.cvci.ch/fileadmin/CVCI/Services/Droit/Mediation/rglmt_arbitrage_interne_-_français.pdf, Tessin: Regolamento d'arbitrato e di conciliazione di Lugano, <http://www.cciati.ch/downloads/arbitrato.pdf> Zürich: Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer vom 21. Juni 1985, <http://www.zurichcci.ch/de/schiedsgericht.html>.

¹² Es ist geplant (Stand Mai 2010), diese nationalen Schiedsordnungen per Inkrafttreten der eidg. ZPO am 1. Januar 2011 zu ersetzen durch einen Anhang zu den Swiss Rules, der das internationale Verfahren gemäss Swiss Rules insofern abändert, als dieses für ein nationales Verfahren geboten ist.

¹³ www.uncitral.org/uncitral/.

¹⁴ Vgl. dazu WEHRLI, S. 111.

¹⁵ MARC BLESSING, Basler Kommentar, IPRG, 2. A. 2007, Einl. zum 12. Kap., N 156ff.

- die Definition der objektiven Schiedsfähigkeit in Art. 5 KSG;
- die Prüfung der Erfüllung des Schriftlichkeitserfordernisses von Art. 6 KSG gemäss Art. 13 OR;
- die fehlende Kompetenz des Schiedsgerichtes zum Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 26 KSG);
- der subsidiäre Verweis auf die Bundeszivilprozessordnung (Art. 24 Abs. 2 KSG);
- die Sistierung bei Verrechnungseinreden für Forderungen, die nicht der Schiedsabrede unterstehen (Art. 29 KSG);
- das Mehrheitserfordernis gemäss Art. 31 Abs. 2 KSG;
- die Willkürbeschwerde nach Art. 36 lit. f KSG;
- der doppelte Instanzenzug (Art. 3 lit. f KSG und Art. 84 Abs. 1 lit. a und b OG);
- die Hinterlegung des Schiedsspruchs und seine Zustellung durch eine richterliche Behörde (Art. 35 KSG).

Die Expertenkommission nahm daher das Konkordat als Grundlage und orientierte sich für die Ergänzungen am 12. Kapitel des IPRG und am UNCITRAL-Modellgesetz.¹⁶

C. ZU EINZELNEN BESTIMMUNGEN

I. Zwingende und nicht-zwingende Bestimmungen der ZPO

Anders als Art. 1 Abs. 3 KSG enthält die ZPO keinen Katalog der zwingenden Bestimmungen. Durch Auslegung wird zu ermitteln sein, ob die jeweils in Frage stehende Bestimmung zwingend ist.¹⁷

¹⁶ Botschaft, S. 7391 f.

¹⁷ Botschaft, S. 7392.

II. Die Schiedsvereinbarung

In Anpassung an die Terminologie in Art. 178 IPRG wird in Art. 357 ZPO nicht mehr von Schiedsabrede, sondern von Schiedsvereinbarung gesprochen. Diese umfasst den Schiedsvertrag über schon bestehende Streitigkeiten und die Schiedsklausel für zukünftige Streitigkeiten. Als Selbstverständlichkeit wird nicht ausdrücklich erwähnt, dass die Schiedsvereinbarung gegebenenfalls vertragliche und ausservertragliche Streitigkeiten betreffen kann.

Art. 6 KSG verlangte die Schriftform für die Schiedsabrede. Die ZPO nimmt Rücksicht auf die modernen Kommunikationsmittel und lässt alternativ neben der Schriftform in Art. 349 Abs. 1 ZPO «andere ... Formen der Übermittlung zu ..., die den Nachweis durch Text ermöglichen». Diese Formulierung lehnt sich an Art. 178 IPRG an und stimmt überein mit der Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 ZPO betreffend die Gerichtsstandsvereinbarung.

Nicht übernommen wurden die Spezialvorschriften des Konkordats betreffend statutarische¹⁸, reglementarische und testamentarische¹⁹ Schiedsklauseln; es gelten vielmehr die allgemeinen Formvorschriften.

Die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ist von der Gültigkeit des sie enthaltenen Hauptvertrags unabhängig (Art. 357 Abs. 2 ZPO). Dies gilt aber nicht, wenn der Mangel des Hauptvertrags auch die Schiedsvereinbarung beschlägt, z.B. ein Vertragskontrahent urteilsunfähig war.

¹⁸ Es entfällt mithin der Fallstrick, dass beim Beitritt zur juristischen Person die Schiedsabrede nur gültig ist, wenn die Beitrittserklärung ausdrücklich Bezug nimmt zur Schiedsklausel in den Statuten oder einem sich darauf stützenden Reglement, vgl. Art. 6 Abs 2 KSG.

¹⁹ Vgl. dazu RENATE WENNINGER SCHMID: Testamentarische Schiedsklauseln – nationale und internationale Aspekte, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, 351 ff., und MARC ANDRÉ MAUERHOFER: Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 142, 2006, S. 375 ff.

III. Schiedsfähigkeit

Gemäss Art. 354 kann Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder Anspruch sein, über den die Parteien *frei verfügen* können. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 5 KSG. Nach Art. 177 Abs. 1 IPRG sind hingegen nur *vermögensrechtliche* Ansprüche schiedsfähig. Die Schiedsfähigkeit geht also im Binnenverhältnis insofern weiter, als auch nicht-vermögensrechtliche Streitigkeiten, etwa der Ausschluss aus einem Verein oder die Verletzung von Persönlichkeitsrechten (ohne Involvierung von Vermögensrechten), schiedsfähig sind.²⁰ Andererseits ist die freie Verfügbarkeit des Anspruchs nach dem hierfür anwendbaren Recht zu prüfen.²¹ Nach Schweizer Recht sind damit Schiedsverfahren über personen- und familienrechtliche Streitigkeiten weitgehend ausgeschlossen. Die Anfechtung von Vereins- oder Generalversammlungsbeschlüssen einer AG kann nur einem Schiedsgericht unterbreitet werden, wenn alle beteiligten Vereinsmitglieder oder Aktionäre dem Schiedsverfahren zustimmen.²² Zu beachten ist ferner, dass in den Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen die Parteien einzig die Schlichtungsbehörden als Schiedsgericht vereinbaren können (Art. 361 Abs. 4 ZPO).

IV. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Art. 359 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass das Schiedsgericht (mit Zwischenentscheid oder im Entscheid über die Hauptsache) entscheidet, wenn die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, ihr Inhalt, ihre Tragweite oder die richtige Konstituierung des Schiedsgerichts vor dem Schiedsgericht bestritten sind. Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 8 f. KSG.

Der Umstand, dass für einen Anspruch ein zwingender Gerichtsstand besteht, schliesst die Schiedsfähigkeit nicht aus.²³ Dies bedeutet, dass unter Umständen die zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, z.B. im Miet- und Arbeitsrecht, durch eine Schiedsvereinbarung und durch

²⁰ Botschaft, S. 7393.

²¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 12.

²² So STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 12.

²³ Botschaft, S. 7394, ebenso schon die Voten bei der Beratung des Gerichtsstandsgesetzes; Amtl. Bull StR 1999, S. 892; kritisch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 13.

Wahl eines ausländischen Rechts vermieden werden können.²⁴ Auch entfaltet die Kostenfreiheit gewisser Verfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit (Art. 114 ZPO) keine Wirkung im immer kostenpflichtigen Schiedsverfahren, das keine unentgeltliche Rechtspflege kennt (vgl. Art. 380 ZPO).

In der Literatur wird aber vereinzelt gefordert, dass eine Partei, die «prozessarm» geworden ist oder bereits bei Abschluss der Schiedsvereinbarung prozessarm war, die Schiedsvereinbarung kündigen kann, weil keine Partei auf den Anspruch auf Justizgewährung unter dem Blickwinkel von Art. 27 Abs. 2 ZGB verzichten könne.

Arbeitsvertragliche Streitigkeiten sind schiedsfähig, und zwar auch, wenn sie den Streitwert von CHF 30 000 nicht erreichen.

V. Die Mitwirkung der staatlichen Gerichte

Gemäss Art. 356 ZPO ist ein oberes kantonales Gericht (im Kanton Zürich das Obergericht)²⁵ im Sitzkanton des Schiedsgerichts zuständig für die Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch und dessen allfällige Hinterlegung und ein anderes oder anders zusammengesetztes Gericht als einzige Instanz (im Kanton Zürich das Einzelgericht)²⁶ für die Ernennung, Ablehnung, Abberufung und Ersetzung der Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter, die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts und die Unterstützung des Schiedsgerichts bei den Verfahrenshandlungen. Mit der Trennung in zwei Instanzen soll vermieden werden, dass das gleiche Gericht den Entscheid eines von ihm ernannten Schiedsrichters im Rechtshilfefverfahren beurteilen muss.²⁷

Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch staatliche Instanzen ergibt sich deren Zuständigkeit grundsätzlich aus Art. 13 ZPO, d. h. eine Zuständigkeit am Ort der Hauptsache oder am Ort der Vollstreckung der Massnahme.

Das untere Gericht gemäss Art. 356 Abs. 2 ZPO entscheidet im Regelfall endgültig. Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist grundsätzlich nur möglich,

²⁴ Kritisch dazu STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 13.

²⁵ Vgl. § 44 E GOG.

²⁶ Vgl. § 30 E GOG.

²⁷ WEHRLI, S. 118.

wenn sich das Gericht weigert, die Ernennung von Schiedsrichtern vorzunehmen (Art. 362 ZPO).²⁸ Der Entscheid des oberen Gerichts gemäss Art. 356 Abs. 1 ZPO kann weder mit Beschwerde in Zivilsachen noch mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde weitergezogen werden.²⁹

VI. Offenlegungspflicht der Schiedsrichter

Gemäss Art. 363 ZPO hat eine Person, der ein Schiedsrichtermandat angeboten wird, das Vorliegen von Umständen unverzüglich offenzulegen, die berechtigte Zweifel an ihrer Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit wecken können. Diese Bestimmung lehnt sich weder an das Konkordat, noch an das IPRG, sondern an das UNCITRAL-Modellgesetz (Art. 12) an. Diese Offenlegungspflicht ergibt sich auch daraus, dass das Schiedsrichtermandat überwiegend als privatrechtliches Auftragsverhältnis betrachtet wird und aufgrund der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR der Schiedsrichter zur Offenlegung potentieller Interessenkonflikte verpflichtet ist.

Offengelegt werden muss das «Vorliegen von Umständen», die geheimnisrelevanten Informationen selbst müssen nicht offengelegt werden.

VII. Rechtshängigkeit

Wurde in der Schiedsvereinbarung ein Schiedsgericht bezeichnet, wird das Schiedsverfahren rechtshängig, sobald eine Partei das dort bezeichnete Schiedsgericht anruft (Art. 372 Abs. 1 lit. a ZPO), andernfalls sobald eine Partei das Verfahren zur Bestellung des Schiedsgerichts einleitet (Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO). Neu ist die Bestimmung, dass auch die Einleitung eines von den Parteien vereinbarten, dem Schiedsverfahren vorausgehenden Schlichtungsverfahrens die Rechtshängigkeit begründet (Art. 372 Abs. 1 lit. b ZPO).

Werden für den gleichen Streitgegenstand ein staatliches und ein Schiedsgericht angerufen, so setzt das zuletzt angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat (Art. 372 Abs. 2 ZPO). Ist das zuerst angerufene Gericht ein staatliches Gericht, so hat es bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung über

²⁸ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 25.

²⁹ SOGO, S. 624f.

eine schiedsfähige Streitsache seine Zuständigkeit abzulehnen, es sei denn a. die beklagte Partei habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen; b. das Gericht stelle fest, dass die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar ist; oder c. das Schiedsgericht könne nicht bestellt werden aus Gründen, für welche die im Schiedsverfahren beklagte Partei offensichtlich einzustehen hat (vgl. Art. 61 ZPO).

VIII. Verfahrensregeln

Art. 373 ZPO regelt die allgemeinen Verfahrensregeln. Abs. 1 bestätigt die auch gemäss Art. 24 KSG und Art. 182 Abs. 1 IPRG geltende *Parteiautonomie*. Anders als Art. 24 Abs. 2 KSG, wo als subsidiäres Verfahrensrecht das Verfahren gemäss Bundesgesetz über den Zivilprozess vorgesehen war, bestimmt die ZPO kein subsidiär anwendbares Verfahrensrecht. Es ist daher am Schiedsgericht, ein solches festzulegen, wenn die Parteien nichts bestimmt haben. Dies gilt insbesondere auch für das Beweisverfahren, zu dem die ZPO, abgesehen von Art. 375, keine Bestimmungen enthält.

Die Festlegung der Verfahrensregeln hat die Gleichbehandlung der Parteien und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu gewährleisten und ein kontradiktorisches Verfahren sicherzustellen (vgl. Art. 373 Abs. 4 ZPO).

Verstösse können nur geltend gemacht werden, wenn sie sofort gerügt werden (vgl. Art. 373 Abs. 6 ZPO).

Art. 374 ZPO gibt nun dem Schiedsgericht die Möglichkeit an die Hand, alternativ neben dem staatlichen Gericht (dieses bleibt ebenfalls zuständig)³⁰ vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (sofern die Parteien diese Befugnis nicht ausgeschlossen haben). Damit wird die Regel von Art. 26 KSG abgeschafft, die dem Schiedsgericht keine Anordnung vorsorglicher Massnahmen erlaubte. Als vorsorgliche Massnahme gilt auch die Sicherung von Beweismitteln (Art. 374 Abs. 1 i.f. ZPO). Nach h.L. kann das Schiedsgericht allerdings nicht einen Arrest bewilligen.³¹

Soweit sich die betroffene Person einer vom Schiedsgericht angeordneten Massnahme nicht freiwillig unterzieht, trifft das staatliche Gericht die erforderlichen Anordnungen; in diesem Fall prüft das staatliche Gericht den

³⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 40.

³¹ SOGO, S. 616 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 1208.

Entscheid des Schiedsgerichts nicht nach, sondern erlässt nur, aber immerhin Vollstreckungsanordnungen.³² Superprovisorische vorsorgliche Massnahmen (also vorsorgliche Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei und mit sofortiger Wirksamkeit, sog. *ex-parte*-Verfahren) sind im Rahmen von Art. 374 ZPO zulässig, auch wenn dies der Gesetzestext nicht sagt.³³ Hier gilt wohl Art. 265 ZPO analog.

Die Bestimmung des Konkordats, wonach der Ausschluss von Juristen vom Verfahren nichtig ist (Art. 7 KSG), wurde nicht übernommen, wobei aber die Botschaft zu Recht die Frage offenlässt, ob ein solcher Ausschluss unter den Aspekten des rechtlichen Gehörs und des Persönlichkeitsschutzes überhaupt zulässig ist.³⁴

IX. Streitgenossenschaft

Gemäss Art. 376 Abs. 1 ZPO kann ein Schiedsverfahren von oder gegen Streitgenossen geführt werden, wenn alle Parteien unter sich durch eine oder mehrere übereinstimmende Schiedsvereinbarungen verbunden sind und die geltend gemachten Ansprüche identisch sind oder in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Das letzte Erfordernis stimmt überein mit dem Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäss Art. 15 Abs. 2 ZPO. Liegt eine Mehrparteienschiedssache vor, kann das staatliche Gericht alle Mitglieder des Schiedsgerichts ernennen (Art. 362 ZPO).

X. Verrechnung

Gemäss schweizerischem Verständnis ist die Verrechnung ein Institut des materiellen Rechts. Entsprechend muss ein Schiedsgericht die Verrechnungsforderung auch dann beurteilen können, wenn diese nicht unter die Schiedsvereinbarung fällt. Diese Lösung hält Art. 377 Abs. 1 ZPO fest, dies in Übereinstimmung mit Art. 21 Ziff. 5 Swiss Rules und im Gegensatz zur heftig kritisierten Regelung von Art. 29 KSG, die zwingend vorschrieb,

³² Darunter etwa die Anordnung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB, vgl. dazu HANS REISER, Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB durch Schiedsgerichte?, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 265–272.

³³ Botschaft, S. 7399.

³⁴ Botschaft, S. 7398.

dass das Schiedsverfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Verrechnungsforderung sistiert wird.

XI. Widerklage

Das Schiedsgericht ist für eine Widerklage nur zuständig, wenn eine entsprechende Schiedsvereinbarung vorliegt.³⁵ Diese Schiedsvereinbarung kann sich in einem anderen Vertrag der Parteien als die Schiedsvereinbarung der Hauptklage befinden.³⁶

XII. Anwendbares Recht

Das Schiedsgericht wendet das von den Parteien gewählte materielle Recht an (Art. 381 Abs. 1 lit. a). Die Anwendung eines ausländischen Rechts ist also möglich. Fehlt eine Rechtswahl, wendet es das Recht an, das ein staatliches Gericht anwenden würde (Art. 381 Abs. 2). Anders als im internationalen Schiedsverfahren, wo das Schiedsgericht bei Fehlen einer Rechtswahl das Recht anzuwenden hat, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt (vgl. Art. 187 Abs. 1 IPRG), finden also in der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Kollisionsnormen des IPRG Anwendung.

XIII. Beratung und Schiedsspruch

Unter Vorbehalt anderer Bestimmung durch die Parteien fällt das Schiedsgericht seinen Entscheid mit Stimmenmehrheit (Art. 382 Abs. 3 ZPO). Ergibt sich keine Stimmenmehrheit (etwa weil die beiden Parteischiedsrichter konträre Positionen vertreten und der Präsident sich keiner Meinung anschliesst), so fällt der Präsident oder die Präsidentin den Schiedsspruch (Art. 382 Abs. 4 ZPO). Diese Lösung entspricht Art. 189 Abs. 2 IPRG³⁷

³⁵ Das Gesetz verlangt für eine Widerklage eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung. Gemeint ist nicht ein sachlicher Zusammenhang, sondern dass die Schiedsvereinbarung, auf die sich die Widerklage stützt, im Wesentlichen jener der Hauptklage entspreche. Gemäss der Botschaft liegt diese Entsprechung nicht vor (und ist eine Widerklage unzulässig), wenn etwa die eine Schiedsvereinbarung ein aus Informatikfachleuten, die andere hingegen ein aus Sportrechtsspezialisten zusammengesetztes Schiedsgericht vorsieht.

³⁶ Vgl. WEHRLI, S. 124.

³⁷ Ebenso Art. 31 Abs. 1 Satz 2 Swiss Rules.

und löst Art. 31 Abs. 2 KSG ab, der mangels Parteivereinbarung keinen Präsidialentscheid vorsah.

Eine Rechtsmittelbelehrung ist nicht erforderlich.³⁸

Das Schiedsgericht stellt den Schiedsspruch den Parteien zu. Jede Partei kann auf ihre Kosten ein Exemplar des Schiedspruchs beim Gericht hinterlegen. Art. 35 KSG sah noch vor, dass unter Vorbehalt gegenteiliger Parteiabrede das Schiedsgericht den Entscheid beim Gericht zu hinterlegen hatte, worauf dieses den Entscheid den Parteien zuzustellen hatte.

XIV. Rechtsbehelfe

1. Einleitung

Die Rechtsbehelfe werden vor den in Art. 389 ff. ZPO geregelten Rechtsmitteln behandelt. Art. 388 ZPO umfasst die Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Schiedsspruchs durch das Schiedsgericht. Gemäss Konkordat konnten Erläuterung und Ergänzung nur im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 lit. h KSG, nicht aber als eigener Rechtsbehelf geltend gemacht werden.

2. Beschwerde

Prozessleitende Beschlüsse und Verfügungen des Schiedsgerichts können nicht als solche angefochten werden, sondern höchstens in einer Beschwerde gegen den Endentscheid. Bei einem Verstoß gegen die Verfahrensregeln muss dabei dieser sofort gerügt worden sein.

Gleich wie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 190 IPRG) ist das Bundesgericht einzige Beschwerdeinstanz. Die Expertenkommission hatte noch wie beim Konkordat ein zweistufiges Rechtsmittelsystem vorgesehen. Durch ausdrückliche Erklärung können die Parteien in der Schiedsvereinbarung oder einer späteren Übereinkunft vereinbaren, dass Beschwerdeinstanz nicht das Bundesgericht, sondern die kantonale Instanz gemäss Art. 356 Abs. 1 ZPO ist.³⁹ Deren Entscheid ist endgültig (Art. 390

³⁸ Botschaft, S. 7402.

³⁹ In diesem Fall richtet sich das Verfahren nach Art. 319 ff. ZPO, soweit die Bestimmungen von Art. 389 ff. nichts anderes bestimmen. Namentlich beträgt die Be-

Abs. 2 ZPO), d. h. auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG steht nicht zur Verfügung.⁴⁰

Auf das Recht zur Beschwerde kann in der nationalen⁴¹ Schiedsgerichtsbarkeit nicht zum Voraus verzichtet werden.⁴²

Die Frist beträgt 30 Tage (Art. 100 BGG); die Beschwerde ist direkt beim Bundesgericht einzureichen. Sie hat unter Vorbehalt anderer Anordnung durch den Instruktionsrichter keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

Die Beschwerde in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist nur bei einem Streitwert von mindestens CHF 30 000 zulässig (Art. 85 BGG).⁴³

Die Beschwerdegründe in Art. 393 lit. a–f ZPO wurden praktisch wörtlich übernommen von Art. 190 Abs. 2 lit. a–d IPRG. Inhaltlich entsprechen sie im Wesentlichen denjenigen von Art. 36 lit. a–e KSG.

Wie bisher ist ein Beschwerdegrund die *Willkür* (bislang Art. 36 lit. f KSG, nun Art. 393 lit. e ZPO), wobei verlangt ist, dass der Schiedsspruch *im Ergebnis* willkürlich ist. Die Beschwerdeinstanz ist keine Berufungsinstanz und der Beschwerdeführer hat darzulegen, dass der Schiedsspruch aus einem der in lit. e aufgeführten Gründe (offensichtlich aktenwidrige tatsächliche Feststellungen oder offensichtliche Verletzung von Recht oder Billigkeit) im Ergebnis offenbar unhaltbar, d. h. mit sachlichen Gründen nicht vertretbar ist.

3. Revision

Die Revisionsgründe entsprechen denjenigen im staatlichen Verfahren (vgl. dazu Art. 396 bzw. Art. 328 ZPO). Damit unterliegen neu auch die Schiedssprüche der Revision, wenn die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der schiedsgerichtliche Vergleich zivilrechtlich unwirksam ist. Die Revisionsfristen (relativ 90 Tage, absolut zehn Jahre) entsprechen ebenfalls der staatlichen Gerichtsbarkeit (Art. 397 bzw. 329 ZPO); das

schwerdefrist ebenfalls 30 Tage (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

⁴⁰ Botschaft, S. 7404.

⁴¹ Zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vgl. Art. 192 IPRG.

⁴² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 29 Rz. 49.

⁴³ SOGO, S. 625 hält die subsidiäre Verfassungsbeschwerde für zulässig.

Konkordat kannte kürzere Revisionsfristen (relativ 60 Tage und absolut fünf Jahre⁴⁴).

XV. Kosten

Art. 379 ZPO ermöglicht dem Beklagten, einen Antrag auf Sicherstellung seiner Parteientschädigung zu verlangen, falls der Kläger zahlungsunfähig erscheint. Diese Bestimmung ist gegenüber dem KSG und dem IPRG neu. Erfolgt die Sicherstellung nicht, so kann die beklagte Partei in analoger Anwendung von Artikel 376 Absatz 2 auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichten. Ein neues Schiedsverfahren oder eine neue Klage vor dem staatlichen Gericht sind möglich.

XVI. Würdigung der neuen Bestimmungen

Die neuen Bestimmungen in der ZPO über die nationale Schiedsgerichtsbarkeit haben praktisch die Kritikpunkte⁴⁵ an der bisherigen KSG-Regelung erledigt und eine Anpassung des nationalen Schiedsrechts an das moderne und liberale schweizerische internationale Schiedsgerichtsrecht gebracht. Diese Attraktivitätssteigerung der Schiedsgerichtsbarkeit auch für die nationalen Verhältnisse ist zu begrüßen.

⁴⁴ Die Frist von fünf Jahren war damit begründet, dass danach ein Schiedsgericht nur unter grossen Schwierigkeiten in der gleichen Zusammensetzung amten könnte. Die Expertenkommission wollte an dieser Frist festhalten, vgl. WEHRLI, S. 128.

⁴⁵ Vgl. S. 83 f.

**DIE NEUORDNUNG DES ARRESTS IM RAHMEN DER REVISION
DES LUGANO-ÜBEREINKOMMENS**

Andreas Lehmann

Inhalt

I.	Einleitung.....	96
II.	Die Neuordnung des Arrests	97
	1. Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts	97
	2. Der schweizweite Arrest.....	98
	3. Der neue Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels	99
III.	Konkretes Vorgehen als Gläubiger.....	100
	1. Gläubiger im Inland	100
	2. Gläubiger mit Urteil aus einem LugÜ-Staat.....	101
	3. Gläubiger mit Urteil aus einem Nicht-LugÜ-Staat.....	101
IV.	Rechtsbehelfe	102
	1. Rechtsbehelf gegen den Exequaturentscheid.....	102
	2. Rechtsbehelf gegen den Arrestbefehl	103
V.	Ergebnis	103

I. Einleitung

Gleichzeitig mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen (revLugÜ)¹ und der eidgenössischen ZPO werden per 1. Januar 2011 auch einige Änderungen im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (nSchKG)² in Kraft treten. Obwohl die Anpassungen im nSchKG wenig an der Zahl sind, stellen sie in gewisser Hinsicht einen Meilenstein dar: Der Arrest als Sicherungsmittel für Geldschulden erfährt die wohl wichtigste prozessuale Aufwertung seit seiner Entstehung im Jahr 1889.

Ziel der Neuordnung des Arrests war es, einerseits ein national einheitliches, den Vorgaben des LugÜ genügendes Sicherungsmittel zu schaffen, andererseits die Benachteiligung inländischer Gläubiger gegenüber Gläubigern aus anderen LugÜ-Staaten zu beseitigen.

Die bisherige Rechtslage war insofern unbefriedigend, als der vorsorgliche Rechtsschutz nach Art. 39 Abs. 2 LugÜ in den Kantonen völlig uneinheitlich ausgestaltet war. Einige Kantone haben sich für die provisorische Pfändung als LugÜ-Sicherungsmittel entschieden, andere – so der Kanton Zürich – für den Arrest. Beide Modelle waren mit den Vorgaben des LugÜ nur bedingt kompatibel.³ Anlässlich der Revision des LugÜ hat sich der Bundesgesetzgeber für den Arrest als einheitliches LugÜ-Sicherungsmittel ausgesprochen.

Art. 34 Abs. 1 LugÜ garantiert ein einseitiges Exequaturverfahren ohne Teilnahme der Gegenpartei. Das Exequatur soll sodann unmittelbar und ohne weitere Voraussetzungen zu Sicherungsmassnahmen im Vollstreckungsstaat berechtigen (Art. 39 Abs. 2 LugÜ). Zwar sahen die Kantone alternativ zur zweiseitigen Vollstreckbarerklärung im Rahmen der Rechtsöffnung schon bisher die Möglichkeit eines separaten, einseitigen Exequaturverfahrens für LugÜ-Gläubiger vor; ein Arrest konnte aber nur gelegt werden, sofern ein Gefährdungstatbestand nach Art. 271 Abs. 1–5 SchKG glaubhaft gemacht und nötigenfalls mehrere Arrestbefehle in mehreren Gerichtskreisen erwirkt werden konnten.

¹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, BBl 2009 1841 ff.

² BBl 2009 8809, S. 8811 ff.

³ Vgl. dazu RODRIGUEZ, AJP 2009, S. 1551 ff.

Mit der Revision hat der Gesetzgeber versucht, die Vorgaben des revLugÜ im SchKG entsprechend umzusetzen. Er liess sich dabei vom Prinzip leiten, dass allfällige prozessuale Vorteile, die sich für ausländische Gläubiger aus dem revLugÜ ergeben, im selben Masse auch den inländischen Gläubigern zugutekommen sollen.⁴ Der Arrest wird im Ergebnis als Sicherungsmittel für Geldschulden wesentlich attraktiver.

II. Die Neuordnung des Arrests

1. Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts

Zukünftig wird die sachliche Zuständigkeit der verschiedenen mit Sicherungs- und Vollstreckungsaufgaben befassten Gerichte zusammengeführt. Das nSchKG ebnet diesem Bestreben den Weg, indem es die bisherige Bezeichnung «Arrestrichter» durch die offenere Bezeichnung «Gericht» ersetzt. Da die Anordnung eines Arrests als sichernde Massnahme funktional in den Aufgabenbereich des von der ZPO neu geschaffenen Vollstreckungsgerichts fällt (Art. 340 ZPO), ist es folgerichtig, dass auch die sachliche Zuständigkeit für sämtliche Sicherungsmassnahmen bei einem einzigen Gericht liegt, unabhängig davon, ob es sich um die Sicherung einer Geldleistung oder anderer Verpflichtungen handelt. Die Erfüllung dieser Vorgabe obliegt allerdings den kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen. Im Kanton Zürich wird gemäss § 24 lit. c und e des Entwurfs des neuen Gerichtsorganisationsgesetzes (E GOG)⁵ und Art. 338 ff. ZPO das *Einzelgericht im summarischen Verfahren* für die Sicherung und Vollstreckung zuständig sein.

Laut Botschaft ermöglicht es die offene Bezeichnung «Gericht» im nSchKG neu auch, den Arrestbefehl ausserhalb der Vollstreckung in einem laufenden Erkenntnisverfahren zu erwirken, sofern die örtliche und die sachliche Zuständigkeit nach Art. 272 nSchKG bzw. kantonalem Gerichtsorganisationsrecht gegeben sind.⁶ Da allerdings für den Arrest das Einzelgericht im *summarischen* Verfahren zuständig ist, während der Hauptprozess

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 18. Februar 2009, BBl 2009 1777, S. 1821.

⁵ Entwurf des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Straf- und Zivilprozess, Amtsblatt ZH Nr. 20 vom 21. Mai 2010, S. 1051 ff.

⁶ Botschaft, BBl 2009 1777, S. 1822.

in aller Regel im *ordentlichen* Verfahren geführt wird, dürfte diese Möglichkeit wenig praktische Relevanz erlangen.

Die örtliche Zuständigkeit für die Erteilung des Arrestbefehls umfasst gemäss Art. 272 nSchKG nicht mehr nur den «Ort, wo die Vermögensgegenstände sich befinden», sondern neu alternativ auch das «Gericht am Betreibungsort» nach Art. 46 ff. SchKG, also in der Regel am Wohnsitz des Schuldners. Damit wird die örtliche Zuständigkeit nicht nur an Art. 39 Abs. 2 revLugÜ, sondern weitgehend auch an die Zuständigkeitsregelung in Art. 339 Abs. 1 ZPO angeglichen.

2. Der schweizweite Arrest

In engem Zusammenhang mit der Erweiterung der örtlichen Zuständigkeit steht eine weitere massgebliche Neuerung im Arrestrecht: der *schweizweite Arrest*. Während bisher gegebenenfalls mehrere Arrestbefehle in verschiedenen Gerichtskreisen erwirkt werden mussten, ist das angerufene Gericht am Betreibungsort oder am Ort der gelegenen Sache auf ein entsprechendes Gesuch hin neu befugt, *sämtliche Vermögensgegenstände des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden*, mit Arrest zu belegen.⁷

Diese Regelung erleichtert das Verfahren nicht nur für ausländische Gläubiger, die nun auch bei mehreren Arrestorten in der Schweiz nur eines Exequaturentscheids in Verbindung mit einem einzigen Arrestentscheid bedürfen, sondern ebenso für die inländischen. Für Verwahrer von Vermögenswerten, etwa Banken, bedeutet dies umgekehrt, dass sie von nun an mit Arrestlegungen durch Gerichte in der ganzen Schweiz rechnen müssen. An die Stelle der nach Gerichtskreisen aufgeteilten Zuständigkeitsordnung tritt auch im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ein schweizweiter Massnahmen- und Vollstreckungsraum.

Unklar ist noch, wie der Vollzug konkret vonstatten gehen soll, wenn die Arrestlegung Vermögenswerte in verschiedenen Amtskreisen betrifft (Art. 274 f. nSchKG). Naheliegender wäre eine separate Zustellung des Arrestbefehls durch das Gericht an die einzelnen Betreibungsämter, die den Arrest anschliessend innerhalb ihres Sprengels vollziehen. Denkbar

⁷ Botschaft, BBl 2009 1777, S. 1811; die ursprüngliche Vorlage sah einen schweizweiten Arrest nur am Betreibungsort vor. Dieser Punkt wurde in der Vernehmlassung angepasst: BBl 2009 1777, S. 1787.

wäre auch, dass das vom Gericht mit dem Arrestvollzug betraute Betreibungsamt für die ausserhalb seines Amtskreises gelegenen Vermögenswerte die jeweils zuständigen Betreibungsämter um rechtshilfweise Arrestvollziehung ersucht (Art. 4 SchKG). Bisher war eine rechtshilfweise Vollziehung zwar nur bei der Pfändung vorgesehen (Art. 89 SchKG), dem Konzept des nSchKG entsprechend wäre es jedoch folgerichtig, diese Bestimmung neu auch auf den Arrest anzuwenden. Dem Bedürfnis nach einer bestmöglichen Koordination der Vollzugshandlungen am ehesten gerecht würde die Vornahme des Arrests durch ein einzelnes Betreibungsamt, dem Vollzugskompetenzen auch ausserhalb seines Amtskreises eingeräumt würden. Diese Lösung ginge allerdings über den Gesetzeswortlaut im nSchKG hinaus und ist daher vorläufig nicht praktikabel.⁸

3. Der neue Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels

Das revLugÜ gewährt mit dem erstinstanzlichen Exequatur einen unbedingten Anspruch auf ein Sicherungsmittel (Art. 47 Abs. 2 revLugÜ). Um den Arrest mit dieser Vorgabe in Einklang zu bringen, wird zusätzlich zu den bisherigen Gefährdungstatbeständen mit Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 nSchKG ein neuer Arrestgrund eingeführt: das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels. Als solche gelten vollstreckbare gerichtliche Urteile und öffentliche Urkunden nach Art. 80 SchKG. Diese Neuerung steigert die Attraktivität des Arrests als Sicherungsmittel auch für Inländer in erheblichem Masse.

Gläubiger, die im Besitz eines definitiven Rechtsöffnungstitels sind, können künftig auch bei Fehlen eines Gefährdungstatbestands Vermögenswerte verarrestieren. Dies gilt auch für Urteile und vollstreckbare öffentliche Urkunden aus LugÜ-Staaten: Ein Arrestbefehl kann ohne Erfüllung weiterer materieller Bedingungen unmittelbar nach der Vollstreckbarerklärung in der Schweiz erwirkt werden, und zwar innerhalb ein und desselben Verfahrens.⁹

Bei Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels erübrigt sich auch die Glaubhaftmachung der zugrunde liegenden Forderung gemäss Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 nSchKG. Zumindest im Anwendungsbereich des LugÜ sind

⁸ Vgl. SOGO, Arrestrevision, S. 82 f.

⁹ Zum Ganzen: BOLLER, S. 187 ff.

zudem tiefere Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Vorliegens von Vermögensgegenständen nach Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 nSchKG zu stellen: Künftig soll gemäss Botschaft eine «plausibel begründete Behauptung» ausreichen, sofern keine klaren Anhaltspunkte für einen Sucharrest oder Dritteigentum gegeben sind.¹⁰ Wie allerdings diese vagen Vorgaben der Botschaft in der Praxis konkret umgesetzt werden, bleibt vorerst noch unklar.

III. Konkretes Vorgehen als Gläubiger

1. Gläubiger im Inland

Will ein Gläubiger Vermögenswerte eines Schuldners in der Schweiz mit einem Arrest belegen lassen, so hat er ein entsprechendes Gesuch an das nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht sachlich zuständige Vollstreckungsgericht zu richten. Im Kanton Zürich ist dies das Einzelgericht im summarischen Verfahren (§ 24 lit. c E GOG). Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreuungsort oder am Ort der gelegenen Sache (Art. 272 Abs. 1 nSchKG). Besitzt der Gläubiger einen definitiven Rechtsöffnungstitel, so muss er lediglich glaubhaft machen, dass zu verarrestierende Vermögensgegenstände vorhanden sind. Besitzt er keinen, so hat er einen Gefährdungstatbestand nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 nSchKG glaubhaft zu machen. Der Arrestvollzug kann auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Übereinstimmung mit Art. 274 f. nSchKG erfolgen.

Innert zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde muss der Gläubiger den Arrest *prosequieren*, d. h. Betreuung oder Klage einleiten (Art. 279 Abs. 1 nSchKG). Im Falle eines Rechtsvorschlags muss er innert zehn Tagen nach Zustellung des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls Rechtsöffnung verlangen oder Anerkennungsklage einreichen (Art. 279 Abs. 2 nSchKG). Erhebt der Schuldner keinen Rechtsvorschlag, so kann das Fortsetzungsbegehren neu innert 20 Tagen ab Zustellung des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls gestellt werden (Art. 279 Abs. 3 nSchKG). Damit wird verhindert, dass in Fällen, wo die Zustellung des Gläubigerdoppels lange dauert, der Fristenlauf bereits ausgelöst wird, bevor der

¹⁰ Botschaft, BBl 2009 1777, S. 1822 f.; vgl. RODRIGUEZ, AJP 2009, S. 1557 f.

Gläubiger überhaupt davon weiss.¹¹ Die Fristen stehen still während des Einspracheverfahrens nach Art. 278 nSchKG.

2. Gläubiger mit Urteil aus einem LugÜ-Staat

Nach Art. 47 Abs. 2 revLugÜ berechtigt eine Vollstreckbarerklärung den Gläubiger dazu, im Vollstreckungsstaat sichernde Massnahmen zu veranlassen. Zuständig für die Erteilung des Exequatur in der Schweiz ist das Vollstreckungsgericht am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort der Zwangsvollstreckung (Art. 39 Abs. 2 revLugÜ). Das Exequatur wird einseitig, in einem selbständigen Entscheid mit Wirkung einer res iudicata erteilt (Art. 271 Abs. 3 nSchKG). Anschliessend kann der Gläubiger ohne Anhörung des Schuldners, also mit dem nötigen Überraschungseffekt, im selben Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht ein Arrestgesuch stellen. Das Exequatur berechtigt als definitiver Rechtsöffnungstitel unmittelbar zum Arrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 nSchKG).

Gemäss Art. 47 Abs. 1 revLugÜ kann ein Gläubiger unter den Voraussetzungen des internen Rechts des Vollstreckungsstaats bereits vor der Erteilung des Exequatur Sicherungsmittel beanspruchen. In der Schweiz ist dies möglich, sofern ein Gefährdungstatbestand nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 nSchKG glaubhaft gemacht werden kann.¹²

Die Prosequierfristen nach Art. 279 nSchKG stehen gemäss dem neuen Abs. 5 Ziff. 2 während des Exequaturverfahrens und einer allfälligen Weiterziehung des Exequaturentscheids still. Im Rahmen der Prosequierung ist insbesondere der neue Art. 81 Abs. 3 nSchKG zu beachten: Ein im Arrestverfahren für vollstreckbar erklärter ausländischer Entscheid erlangt die volle Rechtskraft. Verlangt der Gläubiger die definitive Rechtsöffnung gestützt auf das Exequatur, so kann der Schuldner dagegen keine Einwendungen mehr erheben.

3. Gläubiger mit Urteil aus einem Nicht-LugÜ-Staat

Anders als im revLugÜ ist das Exequaturverfahren nach IPRG zweiseitig, das heisst, ein zum Arrest berechtigender definitiver Rechtsöffnungstitel

¹¹ Vgl. Botschaft, BBl 2009 1777, S. 1823 f.

¹² Vgl. RODRIGUEZ, AJP 2009, S. 1556.

kann nur unter Teilnahme des Antragsgegners erlangt werden. Der Arrest als Sicherungsmittel mit Überraschungseffekt kommt damit im Rahmen des IPRG nur in Frage, sofern der Gläubiger einen Arrestgrund nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1–5 nSchKG glaubhaft machen kann.

Mit Bezug auf die Arrestprosequierung sind auch hier die erwähnten Art. 81 Abs. 3 und Art. 279 Abs. 5 Ziff. 2 nSchKG speziell zu beachten.

IV. Rechtsbehelfe

1. Rechtsbehelf gegen den Exequaturentscheid

Der vereinheitlichte Rechtsbehelf gegen den Exequaturentscheid ergibt sich neu aus Art. 43 revLugÜ. Rechtsmittelinstanz in der Schweiz ist gemäss Anhang III das «obere kantonale Gericht», was im Kanton Zürich dem Obergericht als Beschwerdeinstanz gegen Entscheidungen im summarischen Verfahren entspricht (§ 48 E GOG i.V.m. Art. 319 ZPO). Als Beschwerdegrund kommt nur ein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 34 und 35 revLugÜ in Frage, keinesfalls darf der ausländische Entscheid in der Sache selbst nachgeprüft werden (Art. 45 revLugÜ). Gemäss dem neuen Art. 327a ZPO überprüft die Rechtsmittelinstanz die Verweigerungsgründe mit voller Kognition. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung und ist innerhalb eines Monats ab Zustellung der Vollstreckbarerklärung zu erheben; falls der Schuldner nicht im Vollstreckungsstaat Wohnsitz hat, beträgt die Frist zwei Monate (Art. 43 Abs. 5 revLugÜ). Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist unter den gegebenen Voraussetzungen mittels Einheitsbeschwerde in Zivilsachen oder subsidiärer Verfassungsbeschwerde möglich (Art. 44 revLugÜ, Anhang IV).

Während des laufenden Rechtsmittelverfahrens dürfen keine Vollstreckungsmassnahmen erfolgen, die in das Vermögen des Schuldners eingreifen (Art. 47 Abs. 3 revLugÜ). Davon ausgenommen sind Sicherungsmassnahmen, namentlich der Arrest gestützt auf das Exequatur nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 nSchKG. Zulässig ist auch eine Einleitung des Betreibungsverfahrens, solange noch keine Rechtsöffnung mit anschliessender Pfändung erfolgt.

2. Rechtsbehelf gegen den Arrestbefehl

Neben der Beschwerde gegen den Exequaturentscheid besteht weiterhin die Möglichkeit, Einsprache gegen den Arrestbefehl innert zehn Tagen ab dessen Zustellung zu erheben (Art. 278 Abs. 1 nSchKG). Im Anwendungsbereich der revLugÜ-Beschwerde steht die Arresteinsprache jedoch nur für strikt arrestbezogene Einwände zur Verfügung, namentlich Einwände gegen das Vorhandensein von schuldnerischen Arrestobjekten. Die Überprüfung der zugrundeliegenden Forderung und des vollstreckbaren ausländischen Entscheids als Arrestgrund untersteht ausschliesslich der Beschwerde nach Art. 43 revLugÜ und ist auf die gemäss Art. 45 revLugÜ zulässigen Einwendungen beschränkt.¹³

Der Entscheid über die Arresteinsprache kann gemäss Art. 278 Abs. 3 nSchKG mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO innert 10 Tagen angefochten werden. Rechtsmittelinstanz im Kanton Zürich ist wiederum das Obergericht. Werden sowohl der Einspracheentscheid als auch das Exequatur angefochten, so wird es in der Regel sinnvoll sein, die Beschwerdeverfahren nach Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen.

V. Ergebnis

Im Rahmen der Ratifikation des revidierten LugÜ ist der Gesetzgeber seiner Verantwortung nachgekommen, indem er eine überfällige Anpassung des Sicherungs- und Vollstreckungsrechts vorgenommen und den Arrest damit weitgehend LugÜ-konform ausgestaltet hat. Die Neuregelungen im SchKG, insbesondere die Einführung des definitiven Rechtsöffnungstitels als neuer Arrestgrund, die Möglichkeit der Arrestbewilligung am Betreuungsort und der schweizweite Vollstreckungsraum, sind allesamt zu begrüssen.

Dennoch wurden in der Anpassungsgesetzgebung einige heikle Punkte offengelassen. So bleibt es beispielsweise trotz der zahlreichen Korrekturen fraglich, ob das Arrestbewilligungsverfahren gemäss Art. 272 nSchKG vor dem Vollstreckungsgericht den Erfordernissen des revLugÜ vollständig gerecht werden kann. Obwohl gemäss der bundesrätlichen Botschaft künftig tiefere Anforderungen an die Bezeichnung der Arrestgegenstände durch

¹³ RODRIGUEZ, AJP 2009, S. 1560.

den Gläubiger gestellt werden sollen, wird damit der Arrest weiterhin an eine zusätzliche Bedingung geknüpft. Dies steht prinzipiell im Widerspruch zur Vorgabe von Art. 47 Abs. 2 revLugÜ, wonach ein Exequatur automatisch und bedingungslos zur Veranlassung von Sicherungsmassnahmen berechtigt. Problematisch ist in dieser Hinsicht auch, dass gemäss Art. 273 Abs. 1 nSchKG der Arrest von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Auch ist noch unklar, wie der schweizweite Vollzug der Arrestlegung im Detail ablaufen soll. Die Zukunft wird weisen, wie die Gerichte auf Kantons- und Bundesebene mit diesen Handlungsspielräumen umgehen werden.