

**Bundesgericht, 1<sup>ère</sup> Cour civile, Urteil 4C.163/2003 vom 23.12.2003 i.S. X. c. A., recours en réforme, BGE 130 III 285 .****Internationales Privat- und Verfahrensrecht.**

Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht.

(3) LugÜ und SchKG-Einleitungsverfahren.

Bemerkungen von Dr. Alexander R. Markus, Rechtsanwalt, Bern

---

**\*\* AJP/PJA 2006 Seite 366 \*\*****1. Ausgangslage**

Die Einordnung der Instrumente des SchKG-Einleitungsverfahrens unter dem LugÜ (Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; SR 0.275.11) im Fall einer nicht titulierten Forderung ist seit dem Inkrafttreten des LugÜ im Jahr 1992 umstritten. Das Bundesgericht hat seither nicht oft Gelegenheit gehabt, einzelne Einordnungsfragen klarzustellen.

Im Mittelpunkt des BGE 130 III 285 (vgl. zum BGE Thomas Weibel, Jusletter 4.10.2004; Yves Donzallaz, ZZZ 2/2004, 243 ff.; Monique Jametti Greiner, ZBJV 1/2005, 56 ff.; Daniel Girsberger, SJZ 101 (2005) 92; Alegria Borrás/Alexander R. Markus/Fausto Pocar, 7<sup>th</sup> Report on the Case Law of the Lugano-Convention, September 2005 (Publikation vorgesehen u.a. durch SZIER 1/2006)) steht die Aberkennungsklage; über die beiden anderen Instrumente war gemäss Bundesgericht nicht definitiv zu entscheiden. Die Tragweite des Entscheides auch für diese anderen Instrumente ist aber keinesfalls zu unterschätzen. Auch sie soll vorliegend etwas näher unter die Lupe genommen werden.

**2. Zahlungsbefehl**

In *BGE 120 III 92* wird gegen einen italienischen Schuldner Arrest in der Schweiz gelegt. Der Schuldner wendet sich gegen die Prosequierung am Arrestort mittels Zahlungsbefehl: Der Zahlungsbefehl dürfe nur an einem Gerichtsstand für Erkenntnisverfahren (Verfahren in der Sache) nach dem LugÜ ausgestellt werden. Das Bundesgericht beurteilt den Zahlungsbefehl als Bestandteil eines Verfahrens des vorsorglichen Rechtsschutzes; diese Beurteilung nimmt es in *BGE 130 III 285* wieder zurück (E. 5.1), wofür Art. 24LugÜ die innerstaatliche Zuständigkeitsordnung vorbehalte. (Diese Verweisung auf das nationale Recht ist nach der neueren Rechtsprechung des EuGH *van Uden* und *Mietz* ohnehin zu relativieren: vgl. Alexander R. Markus, SZW 5/1999, 216 ff.). Ob das Rechtsöffnungsverfahren somit ebenfalls am Arrestort durchgeführt werden dürfe, kann das Bundesgericht mangels sachlicher Zuständigkeit der Kammer offen lassen (dazu Alexander R. Markus, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten, 2. A., Basel 1997, 30 ff.; 157 f.).

In *BGE 124 III 505* geht es um die Betreuung eines deutschen Schuldners in der Schweiz, die gestützt auf ein deutsches Urteil durchgeführt wird. In dieser Situation einer bereits titulierten Forderung stellt sich nach Bundesgericht die Frage nicht, ob die Erkenntniszuständigkeiten des LugÜ greifen. Zahlungsbefehl wie auch definitives Rechtsöffnungsverfahren sind denn auch im Umfeld des *Exequatur* (Anerkennung und Vollstreckbarerklärung) eines ausländischen Titels angesiedelt, für ein Erkenntnisverfahren besteht richtigerweise kein Raum.

In *BGE 130 III 285* betreibt eine französische Gläubigerin einen schweizerischen Schuldner an dessen Wohnsitz in Genf. Die Zuständigkeit zur Ausstellung des Zahlungsbefehls nach LugÜ prüft das Bundesgericht nicht, weil Art. 2 LugÜ durch die Anwendung von Art. 46SchKG ohnehin respektiert gewesen wäre. Das Bundesgericht äussert sich dennoch zusätzlich darüber, dass der Zahlungsbefehl von einer Verwaltungsbehörde ausgestellt werde, nicht von einer gerichtlichen Behörde. Entscheidungen reiner Verwaltungsbehörden liegen ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des LugÜ (Markus, op.cit., 169). Somit kommt das Bundesgericht *obiter* zur folgenden Beurteilung: "...il est fortament douteux que le commandement de payer soit soumis à la CL" (E. 5.1.).

Nach einem Blick auf die Rechtsprechung des EuGH, an der sich das Bundesgericht orientieren soll (vgl. Prot. Nr. 2 LugÜ), hätten die "starken Zweifel" des Bundesgerichts jedoch auch in die

gegenteilige Richtung gehen können. Bei den Entscheidungen *Klomps*(Slg. 1981, 1593)

**\*\* AJP/PJA 2006 Seite 367 \*\***

und *Hengst BV* (Slg. 1995, 2113) geht es um die Vollstreckbarerklärung von Instrumenten ausländischer "Mahnverfahren", die starke Ähnlichkeit mit dem Zahlungsbefehl aufweisen. Im Rahmen des *Exequatur* dieser Instrumente war vor dem EuGH die Wahrung des rechtlichen Gehörs nach Art. 27 Abs. 2 EuGVÜ umstritten. Ein im deutschen Mahnverfahren ausgestellter Zahlungsbefehl (heute genannt "Mahnbescheid") sowie ein im italienischen Mahnverfahren (*procedimento d'ingiunzione*) ausgestellter *decreto ingiuntivo* wurden beide zur internationalen Vollstreckbarerklärung zugelassen. Damit wurden diese Instrumente als eigentliche "Entscheidungen" im Sinne des Art. 25 EuGVÜ anerkannt und befinden sich somit klar im sachlichen Anwendungsbereich des EuGVÜ.

Sowohl das deutsche wie das italienische "Mahnverfahren" weisen deutliche funktionale Parallelen mit dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren auf (eingehend dazu Markus, op.cit., 159 ff.). Nach einer behördlichen Zahlungsaufforderung (Mahnbescheid, *decreto*) kann das Verfahren durch Widerspruch des Schuldners in ein gerichtliches Erkenntnisverfahren übergeleitet werden. Die Entscheidung *Hengst BV* argumentiert unmissverständlich, dass die Ausstellung und Zustellung des *decreto* ein eigentliches "Ladungsverfahren" zu einem potentiellen, durch allfälligen schuldnerischen Widerspruch ausgelösten kontradiktorischen Gerichtsverfahren darstellt (Art. 27 Ziff. 2 EuGVÜ/ LugÜ). Dieses potentielle Gerichtsverfahren ist für den EuGH der eigentliche Grund, weshalb Zahlungsbefehl oder *decreto* als "Entscheidungen" (oder vielmehr "Entscheidungsurrogate", Markus, op.cit., 163) im Sinne von Art. 25 EuGVÜ/ LugÜ zu verstehen sind.

Diese Instrumente werden m.a.W. *nicht isoliert betrachtet*, sondern sie werden in ihrer funktionalen Einbindung im nationalen Verfahrensrecht beurteilt und zwar insbesondere in ihrem Zusammenhang mit den nachfolgenden möglichen Verfahren (Markus, op.cit., 163 ff.). Sind diese Instrumente aus der beschriebenen Gesamtsicht vollstreckbare "Entscheidungen" nach Art. 25 EuGVÜ/ LugÜ, so ergibt sich daraus zwingend, dass sie nur an einem Gerichtsstand für Erkenntnisverfahren der EuGVÜ oder des LugÜ ausgestellt werden dürfen. Das ergibt sich durch den engen Zusammenhang von Zuständigkeits- und Vollstreckungsregeln in den Übereinkommen (EuGH i.S. *Klomps*, Nr. 7).

Mit dieser funktionalen und übergreifenden Gesamtbetrachtung wären in der Schweiz auch die dem Zahlungsbefehl nachfolgenden und damit verbundenen Verfahren Rechtsöffnung und Anerkennungs-/Aberkennungsklage zu erfassen (Markus, op.cit., 177).

In diesem Zusammenhang wird im Übrigen die Handhabung einer zukünftigen Europäischen Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Einführung eines europäischen Mahnverfahrens (Entwurf vom 25.5.2004, KOM(2004)173 final/3) durch die EU-Gerichte interessieren. Das Europäische Mahnverfahren ist dem deutschen Mahnverfahren nachempfunden und gleicht insofern auch dem schweizerischen Einleitungsverfahren gemäss SchKG. Es soll als Alternative für den Gläubiger neben die nationalen Mahnverfahren treten. Im Entwurf ist ausdrücklich vorgesehen, dass die gerichtlichen Zuständigkeiten nach Gerichtsstandsverordnung 44/2001 (Brüssel I) vom Entwurf unberührt bleiben sollen, weil diese bereits in ausgewogener Weise durch Brüssel I geregelt werden (Entwurf, Erwägung 16; Entwurf, Begründung, 10). Konsequenz des vorne Gesagten wäre nun, dass bereits der gerichtliche Erlass eines sog. Europäischen Zahlungsbefehls an einem international zuständigen *forum* erfolgen müsste (Art. 3 ff. des Entwurfs). Dies gilt umso mehr, als das - unwidersprochene - Instrument auch grenzüberschreitend vollstreckbar sein soll (Art. 10 des Entwurfs).

Wie erwähnt umfassen LugÜ und EuGVÜ nur Entscheidungen gerichtlicher Behörden. Hier besteht ein deutlicher Unterschied zwischen dem schweizerischen Zahlungsbefehl, der von einer reinen Verwaltungsbehörde (Betreibungsamt) ausgestellt wird, und den deutschen, italienischen oder zukünftigen europäischen Instrumenten. Weil es aber, wie ausgeführt, auf das potentiell nachfolgende Gerichtsverfahren ankommt, so könnte damit auch die verwaltungsrechtliche Natur des Zahlungsbefehls in den Hintergrund rücken. Die Frage ist diskussionswürdig; die Beurteilung hängt m.a.W. davon ab, wie weit man mit der funktionalen Betrachtungsweise des EuGH gehen will. Der Schreibende vertritt nach Abwägung der Argumente die Ansicht, dass die rein verwaltungsrechtliche Natur des Zahlungsbefehls einer Einordnung unter das LugÜ letztlich entgegensteht (Markus, op.cit., 170 ff.). Dafür erheischt die funktionale und übergreifende Betrachtungsweise des EuGH umso mehr Gültigkeit für die provisorische Rechtsöffnung, die von einem Gericht durchgeführt wird.

### 3. Provisorische Rechtsöffnung und Aberkennungsklage

#### a) Bundesgericht

Wie erwähnt, befasst sich BGE 130 III 285 im Schwerpunkt mit der Aberkennungsklage. Was die provisorische Rechtsöffnung betrifft, so war die Zuständigkeit nach Art. 84 Abs. 1 SchKG *in casu* mit Art. 2 LugÜ durchaus kompatibel, so dass das Bundesgericht die Frage offen gelassen hat, ob das Verfahren als Erkenntnisverfahren nach Art. 2 ff. oder als Vollstreckungsverfahren nach Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zu beurteilen sei (Markus, *op.cit.*, 170 ff.). Für die Aberkennungsklage stellt das Bundesgericht im Ausgangspunkt fest, sie sei eine negative Feststellungsklage, mit welcher materiellrechtliche Fragen beurteilt werden und die den Art. 2- 18 LugÜ untersteht (E. 3.2; E. 5.3.1).

Sodann stellt es sich die Frage, ob der Beklagtengerichtsstand für die formell Beklagte, die Beklagte im Aberkennungsverfahren, gelten soll, oder für die materiell "Beklagte", die Aberkennungsklägerin, im Sinne einer materiellen Betrachtung der Parteistellung.

Das Bundesgericht betont die Schutzfunktion des Beklagtengerichtsstands von Art. 2 LugÜ. Aus der EuGH-Rechtsprechung *AS-Autoteile* (Slg. 1985, 2267 ff.) ergebe sich die Schutzfunktion des Art. 2 LugÜ für die Partei, die sich materiell in einer Verteidigungsposition befinde, obwohl sie formell in der Klägerrolle sei. Deswegen könne man sich vorliegend von der formellen Parteiparteilagenverteilung lösen. Behauptungs- und Beweislast blieben bei der

**\*\* AJP/PJA 2006 Seite 368 \*\***

Aberkennungsklage ja ohnehin gleich wie bei der Leistungsklage (E. 5.3.2).

Gleichzeitig weise die Aberkennungsklage verfahrensrechtliche Besonderheiten auf: Sie sei in den Mechanismus des Einleitungsverfahrens SchKG integriert und damit eng an das Betreibungsverfahren gebunden. Die Umkehr der Parteirolle finde ihre Begründung im Mechanismus des Einleitungsverfahrens und im Zusammenspiel mit der provisorischen Rechtsöffnung. Die Aberkennungsklage habe letztlich nur deswegen eingeleitet werden müssen, weil sich die Aberkennungsbeklagte entschlossen habe, Betreuung am Wohnsitz der Aberkennungsklägerin einzuleiten (E. 5.3.3). Man könne im Übrigen nicht sicher sein, ob eine in Frankreich eingeleitete Aberkennungsklage überhaupt an die Hand genommen würde; verneinendenfalls könne daraus ein negativer Kompetenzkonflikt im Sinne einer Rechtsverweigerung resultieren (E. 5.3.5, m.H.; dazu Markus, *op.cit.*, 135 ff. Diesen besonderen Zusammenhang zwischen Rechtsöffnung und Aberkennungsklage ablehnend Weibel, *op.cit.*, Rz 12, Rz 17).

Schliesslich führt das Bundesgericht die vorherrschende Doktrin an, welche die vorliegende materielle Betrachtung der Parteistellung stützt. Zur Begründung ziehen diese Lehrmeinungen hauptsächlich die Figur der Widerklage nach Art. 6 Ziff. 3 LugÜ oder der Einlassung nach Art. 18 LugÜ analog heran: Die Aberkennungsklage kann gleichsam als Widerklage im Verhältnis zur provisorischen Rechtsöffnung betrachtet werden. Oder der Rechtsöffnungskläger hat mit seiner Klage unwiderlegbar signalisiert, dass er sich auf eine Aberkennungsklage am gleichen *forum* einlässt (E. 5.4, m.H.; zu beidem Markus, *op.cit.*, 142 ff.; 145 ff.).

Das höchste Gericht relativiert diese Lehrmeinungen aber insofern, als diese hauptsächlich die Situation geprüft hätten, in welcher die Aberkennungsklage am schweizerischen Arrestort eines ausländischen Schuldners erhoben werde (siehe allerdings Markus, *op.cit.*, 139). Diese Lehrmeinungen seien nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, in welchem die Rechtsöffnung am Wohnsitz des Schuldners ausgesprochen worden war (E. 5.4).

Insgesamt folgt die Argumentation des Bundesgerichts also zwei Linien. Erstens werden Art. 2 LugÜ und der Schutzzweck dieser Bestimmung betont; dieser verlangt nach einer materiellen Betrachtungsweise der Parteiparteilagen für die Aberkennungsklage, wenn die Betreuung am Wohnsitz des Schuldners erfolgt ist. Zweitens betont es die enge Verbindung zwischen den Instrumenten des Einleitungsverfahrens SchKG, insbesondere der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage, zusammen mit der Tatsache, dass der Gläubiger insgesamt als Angreifer in diesen Verfahren zu betrachten sei.

Damit hat das Bundesgericht eine bedeutende Unsicherheit aus dem Weg geräumt in der Situation, in welcher ein Lugano-Gerichtsstand gegen den Schuldner in der Schweiz vorhanden ist. Dem Schuldner bleibt es erspart, mangels schweizerischem Lugano-Gerichtsstand des Gläubigers eine Aberkennungsklage im Ausland einzuleiten. Wenn auch eingewendet wird, die diesbezüglichen Schwierigkeiten bei der Einleitung der Klage seien nicht so gross wie gemeinhin angenommen (Bucher, *Droit international privé suisse*, Tome I/1, Basel 1998, N 255), so besteht diesbezüglich doch eine Unsicherheit, die weitgehend von der Ausgestaltung des ausländischen Verfahrensrechts abhängig ist (insbesondere die Frage des ausreichenden rechtlichen Interesses betreffend). Abgesehen davon ist die Anhebung der Klage im Ausland bereits an sich eine erhebliche Erschwernis, die dem Schuldner im

engen Korsett des Einleitungsverfahrens SchKG nicht zuzumuten ist.

Aus praktischer Sicht interessiert allerdings die Arrestsituation besonders, auf die das Bundesgericht seine Beurteilung ausdrücklich nicht angewendet wissen will. Die Frage ist hier in der Regel nicht, wie und wo das Einleitungsverfahren SchKG in der Schweiz durchgeführt werden kann, sondern ob provisorische Rechtsöffnung und Aberkennungsklage überhaupt in der Schweiz stattfinden können. Denn oft bietet das LugÜ in dieser Situation keinen Gerichtsstand in der Schweiz, solange keine Einlassung nach Art. 18 LugÜ vorliegt. (Sollte dies dennoch der Fall sein, z.B. Art. 5 Ziff. 1 LugÜ, so müssten provisorische Rechtsöffnung und Aberkennungsklage am besonderen Gerichtsstand in der Schweiz stattfinden, der allenfalls örtlich innerhalb der Schweiz vom Betreibungsort abweichen kann). Können trotz der erwähnten Relativierung des Bundesgerichts - entsprechend vorsichtige - Prognosen für eine zukünftige Rechtsprechung gemacht werden?

In der Arrestsituation findet die erste Argumentationslinie des Bundesgerichts, der Schutz des Beklagten nach Art. 2 LugÜ, *prima vista* keine Anwendung, weil i.d.R. kein Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz gegeben ist. Entscheidend ist indessen der Ausgangspunkt des Bundesgerichts, nämlich die grundsätzliche Bejahung der Anwendung der Gerichtsstände des LugÜ für Erkenntnisverfahren auf die Aberkennungsklage. Ist Art. 2 LugÜ auf die Aberkennungsklage anwendbar, so sind dies die übrigen Gerichtsstände des LugÜ ebenfalls, sofern ihre besonderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. (Weibel, op.cit., Rz 13, sieht hingegen die Bedeutung des BGE ausschliesslich im negativen Sinne, d.h. im Sinne einer "de-facto -Willkürprüfung". Dessen Bedeutung sei darauf reduziert, dass ein Aberkennungsgerichtsstand am schweizerischen Betreibungsort nicht gegen Art. 2 LugÜ verstosse, eine entgegenstehende kantonale Praxis könne demnach möglich bleiben. Er übersieht dabei, dass das Bundesgericht das LugÜ und dessen Art. 2- 18 LugÜ insgesamt in E. 3.2 ausdrücklich auf die Aberkennungsklage angewendet wissen will.) Es gibt keine Anwendung bloss einer einzelnen Vorschrift des LugÜ auf ein Gerichtsverfahren. Die vom Bundesgericht zitierte Rechtsprechung *AS-Autoteile* argumentiert denn auch nicht allein mit Art. 2 EuGVÜ, sondern mit allen Erkenntnis-Gerichtsständen des Brüsseler Gerichtsstandssystems und dem allgemeinen Schutzgedanken, der *insgesamt* hinter der Gerichtsstandsordnung für Erkenntnisverfahren steht. Der allgemeine Schutzgedanke: Die prozessual angegriffene Partei soll sich einfach darauf verlassen können, dass materielle Auseinandersetzungen mit dem Streitgegenstand nur an einem Lugano-Gerichtsstand stattfinden können (Markus, op.cit., 44 ff.; 54 ff. Der EuGH sagt im Urteilsdispositiv

**\*\* AJP/PJA 2006 Seite 369 \*\***

denn auch deutlich, dass die Verrechnung mit der zu vollstreckenden Forderung im Vollstreckungsstaat nicht möglich sei, wenn "...für deren selbständige Geltendmachung die Gerichte dieses Vertragsstaats nicht zuständig wären."). Ist konkret kein Lugano-Gerichtsstand am Betreibungsort gegeben, so ist dieses *forum* für die Aberkennungsklage gesperrt (ebenso Donzallaz, 248). Dieser Gedanke gilt auch für die provisorische Rechtsöffnung (nicht aber unbedingt für den Zahlungsbefehl, gegen den ein einfach und ohne Begründung einzulegender Rechtsvorschlag ausreicht).

Der allgemeine Schutzgedanke zugunsten der prozessual angegriffenen Partei führt denn auch zur zweiten Argumentationslinie des Bundesgerichts, welche den engen Zusammenhang zwischen den Instrumenten des Einleitungsverfahrens SchKG betont und in dieser Gesamtsicht die prozessuale Angreifer-Rolle beim Zahlungsbefehls-Gläubiger identifiziert. Diese Argumentation ist auf die Arrestsituation übertragbar. Es ginge vor diesem Argumentations-Hintergrund nicht an, dem Gläubiger eine provisorische Rechtsöffnung am Arrestort (gegen den Willen des Schuldners) zu gestatten, den Aberkennungskläger und Schuldner dann jedoch mangels Lugano-Gerichtsstand in der Schweiz ins Ausland zu verweisen, um so die beiden Instrumente über die Landesgrenze hinaus auseinander zu reissen. Der funktionale Zusammenhang zwischen provisorischer Rechtsöffnung und Aberkennungsverfahren wäre so nicht gewahrt. Der Schutz des Schuldners als prozessual angegriffene Partei wäre verletzt. Diese Überlegungen haben im Übrigen auch in den sehr seltenen Fällen zu gelten, in welchen ein ausländischer Verbraucher oder Versicherter am schweizerischen Sitz des Anbieters oder Versicherers klagt, statt an seinem eigenen *forum* im Ausland (Art. 14 Abs. 1, Art. 8 Ziff. 1 LugÜ). Auch hier ist die übergreifende Betrachtung beider Verfahren anzustellen; hat der Verbraucher oder der Versicherte ausnahmsweise spezifische Gründe, die schweizerischen Gerichte mit seiner Angelegenheit (mittels provisorischer Rechtsöffnung) zu befassen, so kann er auch die Aberkennungsklage daselbst gewärtigen.

b) Zürcher Obergericht

Im vorliegenden Zusammenhang ist ein Judikat des Zürcher Obergerichts ( ZR 102 (2003) Nr. 1) besonders zu erwähnen. Die Wohnsitz-Situation der Parteien ist gleich wie in BGE 130 III 285, mit

dem einzigen, allerdings wesentlichen Unterschied, dass eine ausschliessliche *Gerichtsstandsvereinbarung* zugunsten eines französischen Gerichts besteht (Art. 17LugÜ). Diese Situation ist mit der erwähnten *Arrestsituation* vergleichbar, in welcher in der Schweiz kein Lugano-Gerichtsstand gegeben ist. Als sich die französische Gläubigerin gegen die Zürcher Aberkennungsklage wehrte, hatte sie also ein zusätzliches Argument in der Hand: Sie konnte nicht nur - wie die Beklagte im hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid - die formelle Parteirollenverteilung bei der negativen Feststellungsklage betreffend Beklagtengerichtsstand einwerfen, sondern zusätzlich auch auf die Einhaltung der Gerichtsstandsvereinbarung pochen.

Zu Recht liess das Zürcher Obergericht aber diese Argumente nicht gelten und akzeptierte eine Zürcher Zuständigkeit für die Aberkennungsklage. Das Gericht argumentiert sehr ähnlich wie die vorstehend erwähnte zweite Argumentationslinie des Bundesgerichts. Die Zuständigkeiten der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage seien im Sinne eines eigentlichen *Doppelverfahrens* untrennbar miteinander verbunden. Das Aberkennungsverfahren sei sozusagen der zweite Teil des Verfahrens, wobei beide Verfahren eine Sinneinheit bilden und international nicht auseinandergerissen werden können (für Betrachtung als "zweistufiges" Erkenntnisverfahren Isaaq Meier/Miguel Sogo, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, Zürich 2005, 183f.; a.M.: Paul Oberhammer, ZZPInt 9/2004, 219 f.). Die Verfahren funktionieren grenzüberschreitend unter Beteiligung eines ausländischen Verfahrensrechts nicht (eigentümliche Parteirollenumkehr, Fristwahrung) (ZR 102 (2003) Nr. 1, 4 f.; Markus, op.cit., 135 ff.).

Konsequent sind die darauf beruhenden Ausführungen über die Gerichtsstandsvereinbarung. Indem die Aberkennungsbeklagte und Rechtsöffnungsklägerin mit einer provisorischen Rechtsöffnung in Zürich angegriffen hat und sich die Aberkennungsklägerin und Rechtsöffnungsbeklagte auf das Verfahren in Zürich eingelassen habe (Art. 18LugÜ), gelte das dortige *forum* für das Doppelverfahren insgesamt (ZR 102 (2003) Nr. 1, 4; Markus, op.cit., 146). Damit sei die Gerichtsstandsvereinbarung auch betreffend die Aberkennungsklage hinfällig. (Im Unterschied zur vorne erwähnten dogmatischen Hilfskonstruktion, bei der die Einlassung wegen der Umkehrung analog herangezogen wurde, handelt es sich vorliegend um eine direkte Anwendung des Art. 18LugÜ durch das Zürcher Obergericht).

Bedingt durch den engen Verfahrenszusammenhang fällt gemäss Zürcher Obergericht die provisorische Rechtsöffnung bereits unter das LugÜ. Der Gedanke des engen Verfahrenszusammenhangs und die entsprechende Gesamtperspektive sind in vollkommener Übereinstimmung mit den vorne erwähnten EuGH-Entscheiden *Kloms* und *Hengst BV*, wonach die Qualität des Aberkennungsverfahrens als Erkenntnisverfahren auf die vorher im Einleitungsverfahren eingebauten Instrumente zurückstrahlt.

Der Zürcher Entscheid sowie das dahinter stehende Konzept sind im Übrigen vom im Zürcher Verfahren unterliegenden Anwalt recht harsch kritisiert worden (Weibel, BJM 2004, 169 ff.). Die Kritik relativiert sich allerdings, weil das Konzept Weibels und dessen Begründung im Dunkeln bleiben. Der Autor ist sich offensichtlich über die Behandlung der provisorischen Rechtsöffnung unter dem LugÜ nicht im Klaren. So wird einenorts behauptet, die provisorische Rechtsöffnung

#### **\*\* AJP/PJA 2006 Seite 370 \*\***

sei (im internationalen Kontext) ein reines Zwangsvollstreckungsverfahren (BJM 174 f., 176, 178, 184) und andernorts gesagt, sie sei dies nicht und unterstehe dem Art. 2LugÜ (BJM 171 f., Jusletter Rz 22). Immerhin scheint der Autor eher einem ursprünglich von Paul Volken (SZIER/RSDIE 4/1994, 402) und weiteren Autoren vertretenen (und vom Schreibenden abgelehnten) Konzept zuzuneigen, das die provisorische Rechtsöffnung auch im internationalen Verhältnis durchwegs und unverzichtbar am schweizerischen Betreibungsort ansiedelt (BJM 176, 178, 180, anders allerdings BJM 172 und BJM Fn.53), während gleichzeitig das Aberkennungsverfahren unter dem LugÜ zu Recht als Erkenntnisverfahren qualifiziert wird (Jusletter Rz 9, Rz 21 f.). Unter diesem Konzept weist eine Parteirollenumkehr für die Aberkennungsklage in der Tat ausländerdiskriminierende Züge auf, während sich aber ohne Parteirollenumkehr dafür unlösbare Probleme für den inländischen Schuldner stellen (vgl. nachstehend; s. auch Markus, op.cit., 135 ff.). Auch im Zusammenhang mit dem vorliegenden BGE plädiert dieser Autor gegen eine Zulassung der Aberkennungsklage am schweizerischen Betreibungsort (Weibel, BJM, 191) und für eine Beachtung der formellen Parteirollenverteilung (Weibel, Jusletter Rz 10). Der Umstand, dass der Schweizer Schuldner die Aberkennungsklage gegebenenfalls nicht im Ausland anbringen muss, wird als Ausländerdiskriminierung kritisiert. Ebenso als diskriminierend wird die Unmöglichkeit einer provisorischen Rechtsöffnung in der Schweiz bei fehlendem LugÜ-Gerichtsstand verurteilt (Weibel, BJM 191, 178).

Die Antwort darauf ist einfach. Jede Rechtsordnung stellt neben seinen ordentlichen Verfahren besondere, schlanke Verfahren zur Verfügung, die bei fehlendem Widerspruch des Schuldners eine

besonders rationelle Abwicklung erlauben, bei erfolgtem Widerspruch aber eine umfassende Kontrollmöglichkeit durch das Gericht. In Frankreich mag das Verfahren der *injonction de payer* (dazu Fabienne Hohl, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, Fribourg 1994) darunter fallen, in Deutschland das *Mahnverfahren*, in Italien der *procedimento d'ingunzione*. In diesen ausländischen Verfahren findet keine Parteirollenumkehrung statt, was aber rechtsvergleichend und bei einer übergreifenden Gesamtbetrachtung der Verfahren keine Rolle spielt. Ist die internationale Zuständigkeit dieser Rechtsordnung objektiv nicht gegeben oder wurde sie subjektiv mittels einer entgegenstehenden Gerichtsstandsvereinbarung derogiert, so können die entsprechenden nationalen Sonderverfahren samt zugehörigen Kontrollverfahren insgesamt nicht stattfinden. Will hingegen der Gläubiger die Vorteile des schlanken schweizerischen Sonderverfahrens erproben, ohne dass ein LugÜ-Gerichtsstand gegeben ist, und lässt sich der Schuldner nach Art. 18 LugÜ darauf ein, so hat der Gläubiger bei Widerspruch des Schuldners auch das schweizerische Kontrollverfahren zu vergewärtigen. Das ist letztlich eine Konsequenz der Tatsache, dass das Verfahren der nationalen *lex fori* untersteht. Das Gegenteil wäre ein *venire contra factum proprium* des Gläubigers. Und zudem ein *forum picking* des Gläubigers von der übelsten Sorte, welchem das Zürcher Obergericht, in der Konsequenz wohl aber auch bereits das Bundesgericht einen Riegel geschoben haben.

### c) Varianten und Prognose

In seiner Rechtsprechung BGE 130 III 285 lässt das Bundesgericht die Einordnung des Zahlungsbefehls und der provisorischen Rechtsöffnung unter dem LugÜ ausdrücklich offen. Liesse nun das Bundesgericht die provisorische Rechtsöffnung am Betreibungsort zu, wenn dort bzw. in der Schweiz kein LugÜ-Gerichtsstand gegeben ist, so geriete der Schuldner in dieselben Schwierigkeiten, die das Bundesgericht im Fall eines Festhaltens an der formellen Parteirolle in seiner Erwägung 5.5.3 vorausgesehen hat: die Schwierigkeiten der Einreichung einer Aberkennungsklage im Ausland, wo das Institut in dieser Form und in seinem verfahrensrechtlichen Zusammenhang nicht bekannt ist.

Das Gericht hat m.E. eine konsistente Lösung vorgespurt, welche auch im Fall eines schweizerischen Arrests gegen einen ausländischen Schuldner zu gelten hätte. Es hat, im Sinne einer übergreifenden Gesamtbetrachtung, den engen verfahrensmässigen Zusammenhang zwischen provisorischer Rechtsöffnung und Aberkennungsklage auch im internationalen Verhältnis betont und gewürdigt. Deshalb sollten weder provisorische Rechtsöffnung noch Aberkennungsklage in der Schweiz stattfinden können, sofern sich der Rechtsöffnungsbeklagte nicht auf das "Doppelverfahren" eingelassen hat und auch kein anderer Lugano-Gerichtsstand gegen den Schuldner in der Schweiz vorhanden ist.

Die Ausstellung eines Zahlungsbefehls am schweizerischen Arrestort trotz Fehlens eines LugÜ-Gerichtsstands in der Schweiz wäre im Übrigen weniger problematisch. Die Betreibung wird mit einfachem, meist unbegründetem Rechtsvorschlag und ohne weitere gerichtliche Auseinandersetzung gestoppt, der Ball liegt beim Gläubiger, der grundsätzlich mit einer Klage am ausländischen LugÜ-Gerichtsstand prosequieren muss (immer vorausgesetzt, er verfüge nicht bereits über einen Vollstreckungstitel, den er am schweizerischen Arrestort mittels definitiver Rechtsöffnung durchsetzen kann).