Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

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

Drittschuldners Dilemma

Dr. iur. Alexander R. Markus, Rechtsanwalt*

1. Einführung und Ausgangsbeispiel

Seit einigen Jahren üben die deutschsprachigen Nachbarn der Schweiz eine gerichtliche Praxis, die Betroffene in der Schweiz vor Probleme stellt. Diese Praxis als «kleinen Justizkonflikt» zu bezeichnen, wäre in aller Freundnachbarschaft übertrieben. Sie weist aber einen für diese Konflikte typischen Wesenszug auf: Die Betroffenen können sich vor der Alternative sehen, einer Rechtsordnung zu folgen ohne jeweils der anderen gerecht werden zu können¹.

Seit einiger Zeit stellen deutsche Gerichte und Insolvenzbehörden an Drittschuldner in der Schweiz so genannte «Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse» zu. Dabei handelt es sich um Entscheidungen, die den Drittschuldner anweisen, die gepfändete Forderung nicht mehr an den Schuldner zu zahlen; zugleich wird die gepfändete Forderung dem Vollstreckungsgläubiger überwiesen. Entsprechende Massnahmen mit provisorischer Natur erfolgen auch als «Vorläufiges Zahlungsverbot». Sie enthalten wiederum das Verbot an den Schuldner zu zahlen².

Der vorliegende Beitrag bezweckt keineswegs eine umfassende Abhandlung der weit greifenden Problematik, welche Völkerrecht, Rechtshilferecht und internationales Privat- und Verfahrensrecht berührt. Vorliegend soll aber die bestehende Situation in der Absicht kritisch hinterfragt werden, die Praxis zu sensibilisieren und mögliche Lösungsansätze aufzuzeigen. Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse aus Deutschland

* Der Autor ist Leiter der Sektion für internationales Privat- und Verfahrensrecht im Bundesamt für Justiz. Er vertritt seine persönliche Meinung. Der Text ist die leicht überarbeitete Fassung des bereits in Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Franz Kellerhals, Bern 2005, 177–197, erschienenen Aufsatzes.

¹ Vgl. dazu Honegger Peter C., *Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten*, Zürich 1986.

² In der Entscheidung wird jeweils angefügt, das Zahlungsverbot habe die Wirkungen eines «dinglichen Arrestes» nach den §§ 845 und 930 DZPO.

stehen gegenüber den vereinzelt Fällen des Nachbarstaats Österreich³ quantitativ im Vordergrund, weshalb vorab das deutsche Recht kurz dargestellt wird. Sodann seien drei verschiedene Aspekte dieser Vollstreckungsinstrumente behandelt – Forderungsbelegenheit, Territorialität und Zusammenspiel mit Instrumenten des internationalen Zivilprozessrechts, welche es in einer Gesamtsicht zu bewerten gilt.

Anhand des folgenden (rein fiktiven) Beispiels sei die Ausgangssituation erläutert.

Vor dem Amtsgericht Lörrach wird gegen einen deutschen Schuldner S. (**Vollstreckungsschuldner**) vom Gläubiger Autogarage G. (**Vollstreckungsgläubiger**) wegen eines Autokaufs ein Zahlungsurteil über 3000 Euro erstritten. Da S. über keine anderen Vermögenswerte verfügt, soll in seine Lohnforderung gegen die Firma Hoffmann-La Roche in Basel (**Drittschuldner**) vollstreckt werden. Die Firma Hoffmann-La Roche erhält in der Folge einen «Pfändungs- und Überweisungsbeschluss» zugestellt, enthaltend die Anweisung, die gepfändete Lohnforderung im Umfang der Pfändung von 3000 Euro nicht mehr an den Vollstreckungsschuldner zu zahlen; zugleich wird darin die Forderung im Umfang der Pfändung dem Vollstreckungsgläubiger «zur Einziehung überwiesen». Ferner wird erwähnt, der Vollstreckungsschuldner dürfe den «gepfändeten Teil der Forderung nicht mehr verlangen», verpfänden oder abtreten (Einziehungsverbot).

Hat der Drittschuldner Hoffmann La Roche in Deutschland Vermögen, so etwa eine Betriebsstätte oder Zweigniederlassung oder ein Bankkonto, so besteht die Gefahr, dass der deutsche Vollstreckungsgläubiger gestützt auf den Beschluss in dieses Vermögen vollstrecken kann⁴. Der deutsche Vollstreckungsschuldner kann aber gleichzeitig versuchen, auf eigene Faust eine Vollstreckung ins schweizerische Vermögen der Hoffmann-La Roche zu erreichen. Daraus ergibt sich das *Dilemma des schweizerischen Drittschuldners*.

2. Deutsches Zwangsvollstreckungsrecht

a) *Einzelvollstreckung:*

Forderungspfändung und Forderungsüberweisung

Die Pfändung einer Forderung des Schuldners im Vollstreckungsverfahren erfolgt gemäss § 829 Abs. 1 DZPO⁵ durch gerichtlichen Pfändungsbeschluss. Die Zuständigkeit des deutschen Amtsgerichts gegen den ausländischen Drittschuldner lässt sich aus § 828 Abs. 2 DZPO ableiten⁶. Die Pfändung wird erst durch die Zustellung des Pfändungsbe-

³ Vgl. Oberster Gerichtshof Österreichs (OGH JBl 1998, 382, 384).

⁴ Diese Konstellation ergibt sich in verschiedenen schuldrechtlichen Zusammenhängen. Dieselbe Gefahr droht z.B., wenn der Drittschuldner etwa ein schweizerisches Finanzinstitut ist.

⁵ Deutsche Zivilprozessordnung vom 30.1.1877, in der Neufassung vom 12.9.1950.

⁶ IPRax 5/1997, 337 (zu BAG v. 19.3.1996).

schlusses an den Drittschuldner wirksam⁷. Der Drittschuldner ist nicht Partei des Pfändungsverfahrens. Eine Ersatzzustellung, also z.B. eine Ediktalzustellung, reicht somit nicht aus, es sei denn, der Drittschuldner habe auf anderem Weg von der Pfändung erfahren⁸.

Das Zahlungsverbot allein gibt dem Vollstreckungsgläubiger nur die Pfändung, noch nicht aber die Befugnis, sich aus der beschlagnahmten Forderung zu befriedigen. Die eigentliche *Verwertung* erfolgt durch so genannte Überweisung der Forderung nach § 835 Abs. 1 DZPO⁹. In der Praxis sind Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in einer *Entscheidung zusammengefasst*. Pfändung und Verwertung erfolgen also in einem Zug und werden gleichzeitig wirksam¹⁰.

Die Überweisung kann zur Einziehung oder an Zahlungs statt erfolgen¹¹. Im ersten Fall wird der Gläubiger ermächtigt, die gepfändete Forderung des Schuldners im eigenen Namen geltend zu machen und die Erfüllung der geschuldeten Leistung zahlungshalber entgegenzunehmen. Im zweiten Fall wird die gepfändete Forderung zum Nennwert an den Schuldner übertragen¹². Mit Rechtskraft des Überweisungsbeschlusses ist der Drittschuldner aber in beiden Fällen nur noch zur Leistung an den Vollstreckungsgläubiger berechtigt und verpflichtet. Der Vollstreckungsgläubiger ist zur Forderung aktivlegitimiert und kann diese nötigenfalls gegen den Drittschuldner auf dem Klageweg und mit Zwangsvollstreckung geltend machen. Verwertung und Befriedigung bzw. Verteilung sind in diesem System miteinander kombiniert.

Was die gerichtliche Zuständigkeit zur Geltendmachung betrifft, so sind die Auffassungen geteilt. Nach einer Auffassung sollen die Gerichte örtlich und sachlich zuständig bleiben, bei dem der Vollstreckungsschuldner seine Forderung gegen den Drittschuldner geltend machen müsste. Nach anderer Auffassung kann das Verfahren des Vollstreckungsgläubigers jedenfalls in Deutschland stattfinden¹³.

Eine *Vergleichung mit dem schweizerischen Recht* zeigt Unterschiede im Konzept der Zwangsvollstreckung. Der Drittschuldner erhält nach Art. 99 SchKG Anzeige, dass er rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne. Die Zustellung ist jedoch für den Pfändungsakt nicht konstitutiv¹⁴. Leistet der Drittschuldner nicht, so versucht das

⁷ § 829 Abs. 3 DZPO.

⁸ Zöller, Zivilprozessordnung, 24. Aufl. Köln 2004, § 829 N 14. Vgl. hierzu Art. 99 SchKG.

⁹ Subsidiär sind Anordnung und Durchführung einer anderen Art der Verwertung nach § 844 DZPO möglich.

¹⁰ Vgl. Zöller § 835 N 3, N 6.

¹¹ § 835 Abs. 1 DZPO.

¹² Diesfalls ist der Schuldner mit der Überweisung als befriedigt anzusehen, wenigstens soweit die Forderung überhaupt besteht (§ 835 Abs. 2 DZPO).

¹³ Für Beibehaltung des ursprünglichen Rechtswegs Stöber Kurt, Forderungspfändung, 12. Aufl. Bielefeld 1999, N 657; Gottwald Peter, Die internationale Zwangsvollstreckung, IPRax 5/1991, 290. In die gegenteilige Richtung weist etwa Schack Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. München 2002, N 984. N 592.

¹⁴ BGE 109 III 11.

Betreibungsamt, die Forderung einzuziehen¹⁵. Zur Vermeidung des Verjährungseintritts ist es gegebenenfalls sogar verpflichtet, den Drittschuldner zu betreiben. Dabei handelt das Betreibungsamt durchwegs im Namen und als Vertreter des Vollstreckungsschuldners, der – im Unterschied zur DZPO – seine Aktivlegitimation nicht verloren hat¹⁶. Dieser Rechtsakt ist funktional Sicherung und Verwaltung des Substrats, noch nicht Verwertung. Im ordentlichen Fall erfolgt die Verwertung erst durch Versteigerung der Forderung¹⁷. Die Befriedigung der Vollstreckungsgläubiger erfolgt vom Versteigerungserlös; die Durchsetzung der verwerteten Forderung durch den Erwerber spielt ausserhalb des Vollstreckungsverfahrens.

Die Forderungsüberweisung an die Gläubiger nach Art. 131 Abs. 1 und 2 SchKG ist nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich. Sie steht nur für Geldforderungen ohne Markt oder Börsenpreis zur Verfügung¹⁸. Sie soll den Gläubigern ermöglichen, bestrittene Forderungen selber einzutreiben, für die bei der Versteigerung nur ein erheblich unter dem Nennwert liegender Erlös zu erwarten ist¹⁹. Das Einverständnis sämtlicher pfändender Gläubiger ist notwendig. Die Abtretung kann an Zahlungen statt²⁰ in eigenem Namen oder bloss zahlungshalber²¹ im Namen des Schuldners erfolgen, ähnlich § 835 DZPO. Die Einforderung im eigenem Namen kommt in der Praxis selten vor²². Art. 131 SchKG ist im System des schweizerischen SchKG ein ausserordentlicher Weg der Verwertung²³ und eine Ausnahme zum grundsätzlich geltenden Versilberungsprinzip im schweizerischen Recht²⁴.

b) Gesamtvollstreckung: Insolvenzbeschlagnahme und Forderungseinziehung

Der Schwerpunkt wird vorliegend auf die Einzelvollstreckung gelegt, denn sie bereitet in der Praxis die grösseren Schwierigkeiten. Dennoch seien kurze Bemerkungen zur Gesamtvollstreckung angebracht.

Gemäss Art. 80 Abs. 1 InsO²⁵ geht die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis betreffend der Aktivmasse auf den Insolvenzverwalter über. Der

¹⁵ Das Betreibungsamt «sorgt für Erhaltung» der Forderung und «erhebt Zahlung»; Art. 100 SchKG.

¹⁶ Lebrecht André E., in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG, 1998, Art. 100 N 6.

¹⁷ SchKG-Lebrecht, Art. 100 N 7.

¹⁸ Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl. Bern 2003, § 27 N 45.

¹⁹ Rutz Magdalena, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG, 1998, Art. 131 N 1.

²⁰ Art. 131 Abs. 1 SchKG.

²¹ Art. 131 Abs. 2 SchKG. Im Unterschied zum deutschen Recht findet in diesem Fall kein Übergang der Forderung auf den oder die Vollstreckungsgläubiger statt.

²² Amonn/Walther § 27 N 56.

²³ Amonn/Walther § 27 N 40.

²⁴ Amonn/Walther, § 27 N 46 (im Gegensatz zum deutschen Zwangsvollstreckungsrecht; vgl. Zöller § 804 N 2 ff.).

²⁵ Deutsche Insolvenzordnung vom 5.10.1994.

Drittschuldner kann befreiend nur noch an den Verwalter leisten, es sei denn, ihm war die Verfahrenseröffnung nicht bekannt²⁶. Deshalb wird der Eröffnungsbeschluss Drittschuldnern gesondert zugestellt²⁷.

Zahlt der Drittschuldner nicht freiwillig in die Masse, so kann der Insolvenzverwalter gegen ihn Klage erheben. Besteht bereits ein Urteil gegen den Drittschuldner, so kann hierzu eine so genannte «Titelum-schreibung» auf den Insolvenzverwalter stattfinden. Urteil sowie Vollstreckungsklausel und Insolvenz-Eröffnungsbeschluss sind dem Drittschuldner zuzustellen²⁸. Im schweizerischen Konkurs ist – im Gegensatz zur Pfändung – die zwangsvollstreckungsrechtliche Durchsetzung einer Forderung durch das Betreibungsamt oder die Konkursverwaltung zwar möglich²⁹. Das gilt aber nur, wenn die Forderung nicht ernsthaft bestritten ist. Schwer einbringliche Forderungen sind durch Versteigerung zu verwerten oder nach Art. 260 SchKG abzutreten³⁰. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG bewirkt keinen Übergang der Forderung an den oder die Abtretungsgläubiger, sondern eine blosser Übertragung zur Geltendmachung³¹.

c) Grenzüberschreitende Anwendung und Zustellungshilfe: der Sinneswandel

Obwohl der deutsche Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nach DZPO auch gegenüber einem ausländischen Drittschuldner möglich ist, wurde die Zustellung eines solchen Beschlusses nach herkömmlicher Auffassung als grenzüberschreitende Vollstreckungshandlung betrachtet. Deshalb galt die Ansicht, dass der Staat des Drittschuldners bei der Vollstreckung mit einzubeziehen sei. Das wurde dadurch erreicht, dass der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss dem Schuldner auf dem formellen Rechtshilfeweg zugestellt wurde, also über das HZUe65³². Weil beide Staaten die grenzüberschreitende direkte Postzustellung ausgeschlossen haben, sichert dieser Rechtshilfeweg eine Mitwirkung des ersuchten Staates durch Vornahme der eigentlichen Zustellung³³.

Diese zurückhaltende Betrachtung Deutschlands hatte seine unmittelbare Ursache im völkerrechtlichen Grundsatz der Reziprozität³⁴. Nur indem Deutschland eine zurückhaltende Praxis gegenüber dem Ausland

²⁶ § 82 Abs. 1 InsO.

²⁷ § 30 Abs. 2 InsO. Diese Bestimmung steht im Übrigen in einem Spannungsfeld mit § 9 InsO, wonach bereits die öffentliche Bekanntmachung zum Nachweis der Zustellung an alle Beteiligten ausreicht.

²⁸ Vgl. § 750 Abs. 2 DZPO.

²⁹ BGE 108 III 21.

³⁰ Amonn/Walther § 45 N 24; § 47 N 30 ff.; BGE 108 III 21, 93 III 26 f.

³¹ Amonn/Walther § 47 N 32.

³² Haager Zustellungsübereinkommen von 1965, SR 0.274.131; dazu sind bilaterale Zusatzvereinbarungen zu beachten (SR 0.274.131.361/362).

³³ Vgl. Gottwald 289; Erklärungen der Schweiz und Deutschlands zu Art. 10 HZUe65.

³⁴ Geimer Gregor, Neuordnung des internationalen Zustellungsrechts, Berlin 1999, 74. Vgl. Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. Berlin 1984, § 64 ff.

ausübte, konnte dieses Land erwarten, vom Ausland mit derselben Rücksichtnahme behandelt zu werden³⁵.

Eine Tagung der Referenten für zivile Rechtshilfe hat dieser Zurückhaltung im Jahr 1998 ein Ende gesetzt. Die Tagung ist eine interministerielle Arbeitsgruppe der Landesjustizministerien, unter Beteiligung eines Vertreters des Bundesjustizministeriums. Dort wurde festgestellt, dass die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses kein extraterritorialer Vollstreckungsakt sei und ausländische Territorialhoheit demnach nicht tangiert werde³⁶. Zwar sei die Zustellung ein Eingriff in die private Rechtsstellung des Drittschuldners, weil Zahlungsverbot und Überweisung mit der Zustellung wirksam werden. Es handle sich jedoch nicht um eine eigentliche Zwangsmassnahme. Die Zustellung des Beschlusses entfalte Wirkungen allein im Beschlussstaat und diene ausschliesslich zum Zweck der Unterrichtung des Empfängers³⁷. Ein Hinweis auf die beschränkte Wirksamkeit der Zustellung ergebe sich auch im Zusammenhang mit der Schadenersatzverpflichtung des § 840 Abs. 2 DZPO. Sie droht dem Drittschuldner, wenn er seiner Auskunftspflicht über die Forderung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger nicht nachkommt. Diese Schadenersatzverpflichtung werde gegenüber ausländischen Drittschuldnern nicht angewendet³⁸.

Seit dem Jahr 2002 haben die schweizerischen Rechtshilfe-Zentralbehörden ihre Mitwirkung zur Zustellung von Entscheidungen der vorliegenden Art verweigert. Nach bilateralen Gesprächen hat das Berliner Justizministerium die Landesjustizministerien nunmehr Ende 2004 darauf hingewiesen, dass eine Zustellung von Entscheidungen der vorliegenden Art in der Schweiz nicht möglich sei. Damit ist in Zukunft mit einem quantitativen Rückgang deutscher Zustellungsversuchen zu rechnen, wengleich nicht zu erwarten ist, dass sich die Rückkehr zur zurückhaltenden Praxis bei den Gerichten sehr rasch durchsetzen wird.

Während die herkömmliche zurückhaltende Auffassung noch in jüngerer Zeit in der deutschen Literatur vertreten wurde³⁹, wird die Praxis der grenzüberschreitenden Drittschuldnerpfändung heute von einer Reihe von deutschen Autoren verteidigt⁴⁰. Die Argumente werden dort sehr vorwiegend auf dem Gebiet des Völker- und Rechtshilferechts geführt. Die damit verbundenen praktischen Fragen des Verhältnisses zur internatio-

³⁵ Deutschland hat früher seine Mitwirkung an der Zustellung gegen den Drittschuldner ebenfalls verweigert; Schack Haimo, Internationale Zwangsvollstreckung in Geldforderungen, Rpfleger 5/1980, 176; vgl. Gottwald, 290.

³⁶ Vgl. Schack, ZVR, N 982 f.

³⁷ Vgl. Schack, ZVR, N 592.

³⁸ In sämtlichen dem Verfasser vorliegenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen ist allerdings von einem Verzicht auf die Schadenersatzverpflichtung nicht die Rede.

³⁹ Gottwald 290; Jestaedt Egbert, Internationale Zuständigkeit eines deutschen Vollstreckungsgerichts bei alleinigem Wohnsitz des Drittschuldners im Inland?, IPRax 2001, 438, 439 f.

⁴⁰ Geimer 74 f.; Schack, ZVR, N 982; Mössle Karen Ilka, Internationale Forderungspfändung, Berlin 1991.

nenal Zuständigkeit für Erkenntnisverfahren, der gegenseitigen Abgrenzung der staatlichen Vollstreckungszuständigkeit und des Drittschuldnerdilemmas werden wenig berührt.

An dieser Stelle sei bloss angemerkt, dass dieselben Argumente auch im Fall einer Insolvenz vorgebracht werden. Zwar ist die EuInsVO⁴¹ im Verhältnis zur Schweiz nicht anwendbar. Nach den § 1, 35, 80 Abs. 1 und 148 Abs. 1 der deutschen InsO erfasst aber ein im Inland eröffnetes Insolvenzverfahren auch im Ausland belegenes Schuldnervermögen⁴². In diesem Rahmen werden ausländischen Drittschuldnern auch Insolvenzeröffnungsbeschlüsse sowie allfällige Forderungstitel zugestellt.

3. Probleme der grenzüberschreitenden Zwangsvollstreckungszuständigkeit

a) *«Belegenheit» der Forderung und Zuständigkeit zur Zwangsvollstreckung*

Die Belegenheit der Forderung wird oft mit den Fragen der Zwangsvollstreckungszuständigkeit und des Respektes ausländischer Territorialhoheit verbunden⁴³. Gegenstand des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist die Forderung gegen den Drittschuldner. Bestünde eine geografische Belegenheit der Forderung beim Drittschuldner, so beträfen Vollstreckungsversuche die Hoheitsrechte des Staates des Drittschuldners unmittelbar⁴⁴.

Diese Aussage ist sogleich zu relativieren. Die zwangsvollstreckungsrechtliche Belegenheit von Forderungen ist eine reine Fiktion. Es ist der anwendbaren Rechtsordnung anheim gestellt, wo sie diese ansiedeln will – beim Gläubiger oder beim Schuldner der Forderung⁴⁵. Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dieser gesetzlichen Anordnung und der Frage, ob die Souveränität des «Belegenheitsstaats» verletzt sei, wird zu Recht abgelehnt⁴⁶. In Deutschland und der Schweiz vertritt ein Teil der Lehre, die internationale «Belegenheit» einer Forderung sei bei deren Gläubiger, also beim Vollstreckungsschuldner zu sehen⁴⁷. Dagegen bestehen rechtliche und praktische Argumente, die Belegenheit einer Forderung grundsätzlich beim Schuldner – hier beim Drittschuldner – anzunehmen: Zwangsmittel zur Eintreibung einer Forderung sind grundsätzlich beim Schuldner zu ergreifen, weil sie ausserhalb des Wohnsitzstaates in der Regel nicht anerkannt werden und schlicht nicht zum Ziel führen⁴⁸.

⁴¹ Europäische Insolvenzverordnung (EG) Nr. 1346/2000.

⁴² Vgl. umgekehrt Art. 197 SchKG.

⁴³ Gottwald 288 f.; Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit in SchKG-Sachen, AJP 3/1995, 261.

⁴⁴ Mössle 29 f.

⁴⁵ Staehelin, Zuständigkeit 261; Schack, Zwangsvollstreckung 175; Mössle 31.

⁴⁶ Mössle 29 ff.

⁴⁷ Mössle 224 ff.; Schack, ZVR, N. 982; Geimer 74 Anm. 374.

⁴⁸ Staehelin, Zuständigkeit 261; Mössle 33 f., 98 f.; Geimer 74 f.; Obergericht BL (ABSchKG) vom 25.4.2000.

Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts betreffend Belegenheit der Forderung gegen den ausländischen Drittschuldner ist nicht leicht zu eruieren. Die Rechtsprechung betreffend Forderungsbelegenheit betrifft sehr oft Binnenfälle, in welchen Vollstreckungsschuldner und Drittschuldner beide ihren Wohnsitz in der Schweiz haben⁴⁹. Dort wird die Belegenheit der Forderung gegen den Drittschuldner beim Vollstreckungsschuldner, also dem Gläubiger, angenommen. Das hat durchaus praktische Vorteile, weil sich das Betreibungsverfahren dort abspielt und die Anerkennung der Pfändung am Ort des Drittschuldners nach schweizerischem Recht gesichert ist.

Hat das Bundesgericht dasselbe Prinzip auch in grenzüberschreitenden Fällen angewandt? Geht es von der Verarrestierbarkeit oder Pfändbarkeit einer Forderung am Ort des Vollstreckungsschuldners aus, wenn der Drittschuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat?

Deutlich und konsequent ist das Bundesgericht mindestens im spiegelbildlichen internationalen Fall. Hat der Drittschuldner seinen Wohnsitz im Inland und der Vollstreckungsschuldner im Ausland, so findet die Pfändung durchwegs beim Drittschuldner statt⁵⁰. Zu Gunsten einer solchen Rechtsprechung wird argumentiert, es könne aus praktischen Gründen nicht auf den Wohnsitz des Vollstreckungs- oder Arrestschuldners abgestellt werden. Denn dieser liege im Ausland, und die Arrestbehörden könnten nicht über die Landesgrenze greifen⁵¹.

Das Bundesgericht bezeichnet diese Zuständigkeit als Ausnahme zu einem vorstehend erwähnten «Regelfall», in dem – auch? – der Vollstreckungsschuldner Wohnsitz in der Schweiz habe. Aus den Formulierungen ist aber fast durchwegs nicht erkennbar, ob das Bundesgericht bei diesen *obiter dicta* auf den spiegelbildlichen Fall anspielt, in welchem der Wohnsitz des Vollstreckungsgläubigers im Ausland liegt, oder auf den reinen Binnenfall mit beidseitigem Wohnsitz in der Schweiz. Auch wenn die Literatur für einige wenige Entscheidungen von Ersterem auszugehen scheint⁵², so ist diese Rechtsprechung des Bundesgerichts doch mehrfach zu relativieren. Ihre Tragweite ist unklar und bloss *obiter* in Situationen, in welchen der Drittschuldner Wohnsitz in der Schweiz hatte⁵³.

⁴⁹ Vgl. BGE 109 III 92; betreffend Internationalität unbestimmt BGE 93 III 86, 90. Vgl. Staehelin, Zuständigkeit 265 Anm. 66, m.w.H.

⁵⁰ BGE 128 III 473 ff.; 118 III 10; 116 III 109, 114 II 32 (m.w.H.); bei Wertpapieren vgl. BGE 107 III 147; Staehelin, Zuständigkeit 265 Anm. 68 (m.w.H.).

⁵¹ Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZBJV 2003, 463. (Vor diesem Hintergrund erschiene aber der Zugriff auf die Forderung gegen den ausländischen Drittschuldner im spiegelbildlichen Fall nicht allein inkonsequent, sondern schlicht sinnlos.)

⁵² Staehelin, Zuständigkeit 265; Gassmann Richard, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürich 1998, 52 ff.; nicht eindeutig: Henri Peter, Le point sur le droit des poursuites et des faillites, SJZ 15/2001, 348; Gasser 463.

⁵³ Unklar *obiter* BGE 128 III 473; 107 III 147. Deutlicher und *obiter* BGE 73 III 118. Der jüngste direkte Entscheid des BGer betreffend ausländische Drittschuldner stammt aus dem Jahr 1926 (BGE 52 III 2). Vgl. Staehelin, Zuständigkeit, 265 Anm. 67.

Gegen die eine schweizerische Zwangsvollstreckungszuständigkeit betreffend den ausländischen Drittschuldner wenden sich denn auch Stimmen aus der Lehre⁵⁴. Ihr läuft zudem eine neuere Tendenz in der Schweiz und in der EU entgegen. Art. 167 Abs. 3 IPRG ordnet die Belegenheit der Forderung am Ort des Drittschuldners an. Diese Regelung ist generalisierbar; spätestens mit ihrem Inkrafttreten kann nach vorliegender Auffassung die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung als überholt betrachtet werden⁵⁵. Neben dem IPRG wird auch in Art. 2 lit. g der EuInsVO⁵⁶ deutlich eine Belegenheit beim Drittschuldner statuiert. Diese Bestrebungen zur Vereinheitlichung sind richtig, denn eine koordinierte Betrachtungsweise ist aus souveränitätsrechtlichen und aus IZPR-systematischen Gründen von Interesse⁵⁷.

b) Territorialhoheit und Zuständigkeit zur Zwangsvollstreckung

Staaten bestimmen ihre vollstreckungsrechtliche Zuständigkeit selbst, haben hierbei jedoch völkerrechtliche Schranken zu beachten⁵⁸. Hoheitliches Handeln auf fremdem Territorium ist völkerrechtswidrig und wird strafrechtlich sanktioniert⁵⁹. Weil Zwangsvollstreckungsmassnahmen ein besonders deutlicher Ausfluss hoheitlicher Gewalt sind, ist deren Anordnung und Überprüfung den Gerichten des Staates vorbehalten, auf dessen Gebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll⁶⁰. Mit anderen Worten: Für die internationale Zuständigkeit zur Zwangsvollstreckung gilt das Territorialitätsprinzip in strikter Weise⁶¹.

Zahlungsverbot und Überweisung der Forderung sind beides *Instrumente des deutschen Zwangsvollstreckungsrechts*⁶². Die Beschlüsse ergehen denn auch durch deutsche Gerichte auf deutschem Territorium und wirken nicht direkt physisch auf Personen oder Sachen im Ausland.

Bei indirekten Einwirkungen auf ausländisches Territorium (ohne unmittelbares physisches Tätigwerden daselbst) etwa in den verwandten Gebieten des zivilen Rechtshilferechts oder des internationalen Wirtschaftsrechts ist die völkerrechtliche Beurteilung komplex und noch nicht gefestigt⁶³. Vorliegend werden die Beurteilungskriterien der Wir-

⁵⁴ Guldener Max, IZPR, Zürich 1951/1959, 180; Staehelin, Zuständigkeit 265, m.w.H.

⁵⁵ Staehelin Daniel, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Schweiz, Basel 1989, 125 f., 128; Schack, ZVR, N 960 spricht zu Recht von einer früheren schweizerischen Praxis. Mössle 224 ff. geht von einer bestehenden Praxis aus, führt jedoch nur die erwähnte alte Rechtsprechung an.

⁵⁶ EG-Verordnung Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren.

⁵⁷ Vgl. nachstehend unter b und c sowie unter 3.c. cc und 4.c.

⁵⁸ Staehelin, Zuständigkeit 559; vgl. BGE 124 III 505.

⁵⁹ Leipold Dieter, Lex fori, Souveränität, Discovery. Grundfragen des Internationalen Zivilprozessrechts, Heidelberg 1989, 40. Hopf Thomas, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 2003, Art. 271 N 6. Vgl. Art. 271 und 299 StGB.

⁶⁰ Schlosser Peter, EU-Zivilprozessrecht, München 2003, Art. 16 N 24 (m.w.H.).

⁶¹ Gottwald 288. Vgl. Staehelin, Zuständigkeit 261.

⁶² Zur Frage der Einordnung eines Verfahrens als Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren siehe nachstehend unter c.

⁶³ Vgl. Mössle 40 f.; Schnyder Anton K., Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990, 106 f.

kungen am Drittschuldnerwohnsitz, des In- und Auslandsbezugs und der Abwägung der beteiligten staatlichen Interessen herausgegriffen⁶⁴.

Wie erwähnt ist die Forderung als Objekt der Vollstreckung nicht als im Verfahrensausland belegen zu betrachten⁶⁵. Gerichtliche Anordnungen des Zwangsvollstreckungsrechts können aber auch insofern über die Grenzen des Gerichtsstaats greifen, als sich der Adressat der Anordnung dort befindet⁶⁶. Hat der Adressat mit Sanktionen für den Fall der Nichtbefolgung zu rechnen, so wird sein Wille beeinflusst und dadurch Druck ausgeübt. Dieser Druck wirkt sich gleichsam im Territorium aus, in welchem sich der Adressat befindet. Daran ändert nichts, dass direkte Sanktionen nur im Gebiet des Gerichtsstaats greifen⁶⁷. Vorliegend besteht die *Wirkung beim Drittschuldner* darin, dass er durch deutsches Zwangsvollstreckungsrecht unmittelbar in seinen Rechtspositionen betroffen und beeinträchtigt ist. Das eingangs genannte Einziehungsverbot an den Vollstreckungsschuldner allein betrifft ihn zwar noch nicht unmittelbar⁶⁸. Jedoch macht der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss den Vollstreckungsgläubiger zum Gläubiger des Drittschuldners. Das trifft die Vermögensinteressen des schweizerischen Drittschuldners⁶⁹. Von einem blossen Hinweis zum Zweck der Unterrichtung kann also nicht gesprochen werden⁷⁰.

Der Einbezug des Drittschuldners und die vorstehend beschriebenen Wirkungen bei seiner Person sind gleichzeitig Ausdruck einer *beachtlichen und problematischen Auslandsbeziehung* des deutschen Verfahrens. Auf der Gegenseite sind die Bezüge des Verfahrens zum Verfahrensstaat (Erfordernis der minimalen, sinnvollen Inlandsbeziehung) zu gewichten⁷¹. Einen *Bezug zum deutschen Vollstreckungsverfahren* bildet häufig

⁶⁴ Vgl. Mössle 28 (welche Autorin jedoch keine Interessenabwägung vornimmt).

⁶⁵ Vorstehend unter a.

⁶⁶ Vgl. Schack, ZVR, N 957; Leipold 50 f. Die souveränitätsrechtlichen Untersuchungen dieses Autors erfolgen im Zusammenhang mit der zivilen Beweishilfe und dem Justizkonflikt mit den USA, wo sich unmittelbar verwandte Fragen stellen. Vgl. hierzu auch Markus Alexander R., Neue Entwicklungen bei der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen, SZW 2/2002, 77 ff.

⁶⁷ Leipold 51.

⁶⁸ Aus diesem Grund wäre das vorläufige Zahlungsverbot, das als einstweilige Sicherungsmassnahme ausgesprochen wird, allein noch nicht als Verletzung schweizerischer Hoheitsrechte zu betrachten (vgl. vorne unter 1.).

⁶⁹ A. M. Mössle 44 f., welche Autorin als Gegenargument das Beispiel des aktiven Universalitätsprinzips im internationalen Konkursrecht heranzieht. Nach diesem Prinzip erstreckt sich der Konkursbeschluss über die Landesgrenze hinweg auch auf Vermögen ausserhalb des Eröffnungsstaates (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG). Mössle argumentiert, dass darin nach der vorliegenden unzutreffenden Betrachtungsweise regelmässig eine Verletzung der betroffenen Hoheitsrechte zu sehen wäre. Der Vergleich spielt jedoch nicht. Der Insolvenzstaat erstreckt den Beschluss auf ausländische Vermögensbestandteile, ohne diesen Beschluss vorerst mit einer Sanktion verbinden zu wollen oder zu können; die Sanktionierung hängt vielmehr regelmässig davon ab, ob die Insolvenz im betroffenen Ausland anerkannt wird oder nicht.

⁷⁰ Vgl. vorne unter 2.c. Ebenso im übrigen Mössle 48 ff.

⁷¹ Verdross/Simma § 1183 ff.; Mössle 43 f.; 54.

der dortige Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners (und Forderungsgläubigers). Dieser Bezug ist jedoch eine rein praktische Selbstverständlichkeit, welche die beschriebene ausserordentliche Auslandbeziehung zum Drittschuldnerstaat nicht aufzuwiegen vermag. Immerhin schlägt das Pendel zum Drittschuldnerstaat in den Situationen umso deutlicher aus, in denen das Vollstreckungsverfahren sogar ausserhalb des Wohnsitzstaats des Vollstreckungsschuldners stattfindet. Eine allfällige Belegenheit von Vermögen des Drittschuldners im Verfahrensstaat, die als zusätzlicher Inlandbezug angeführt werden könnte, fällt im Übrigen vollkommen ausser Betracht⁷². Dieses Vermögen steht mit dem hier behandelten Vollstreckungsverfahren in keiner unmittelbaren Beziehung. Denn Objekt des Vollstreckungsverfahrens ist einzig die Forderung gegen den Drittschuldner, die verwertet werden soll, nicht aber dessen gesamtes Vermögen. Dieses wäre erst Objekt eines zweiten, gesonderten Vollstreckungsverfahrens⁷³. Über diese Sicht mag das deutsche System auf den ersten Blick hinwegtäuschen, weil es Verwertung und Befriedigung bzw. Verteilung unmittelbar miteinander kombiniert.

Schliesslich sollten die legitimen *Interessen des Verfahrensstaats* in Betracht gezogen und gegen die *Interessen des betroffenen Staates abgewogen werden*⁷⁴. Der Verfahrensstaat kann ein legitimes Interesse an der unbehinderten Ausdehnung seiner «Justizhoheit» auf Parteien des Verfahrens im Ausland haben. Die Partei steht in dieser Eigenschaft ja in einem engen Prozessrechtsverhältnis zum Gericht oder zur Verfahrensbehörde⁷⁵. Der Drittschuldner ist aber nicht Partei des Vollstreckungsverfahrens ist, sondern wird nur als Dritter in das Verfahren gegen den Vollstreckungsschuldner einbezogen⁷⁶. An diesem Einbezug hat der Verfahrensstaat kein unbedingtes Interesse, weil andere Wege des Zugriffs auf die Forderung offenstehen⁷⁷. Dem gegenüber steht das höher zu bewertende Interesse des Staates des Drittschuldners daran, dass seine Rechtsunterworfenen von ausländischem Verfahrenszwang freigehalten werden, zu Gunsten der Anwendung des eigenen Verfahrens.

⁷² Gottwald 290.

⁷³ Daneben werden in der Literatur eine Reihe von weiteren möglichen Anknüpfungspunkten zum Verfahrensstaat geprüft, die jedoch noch weiter vom dortigen Vollstreckungsverfahren entfernt sind als vorstehend beschriebenen Anknüpfungen und daher keinen Ansatz für die vorliegende völkerrechtliche Fragestellung bieten. Als Beispiel sei hier lediglich die Möglichkeit eines Gerichtsstands für die materielle Beurteilung der Drittschuldnerforderung im Staat des Vollstreckungsverfahrens erwähnt (vgl. hinten unter 3.c; vgl. die a.M. in der Dissertation von Jérôme Lange, *Internationale Rechts- und Forderungspfändung*, Berlin 2004 [dazu Fussnote 113], 192 ff., m.w.H.).

⁷⁴ Wildhaber Luzius, *Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht*, SJIR 1985, 104; Schnyder 108 ff.; Staehelin, *Zuständigkeit* 262.

⁷⁵ Vgl. für Erkenntnisverfahren Leipold 64 ff.; Markus, *Rechthilfe*, 78; gleiches Ergebnis bei Hopf Art. 271 N 15.

⁷⁶ Vgl. Mössle 60 (Bezugspunkte sind die Parteien der gepfändeten Forderung, nicht des Vollstreckungsverfahrens.)

⁷⁷ Vgl. hinten unter 4.a.

Insgesamt bestehen somit erhebliche Bedenken, ob Forderungspfändung und -überweisung gegen einen ausländischen Drittschuldner aus schweizerischer Sicht völkerrechtlich zulässig sind⁷⁸.

Auslösender Akt für die Wirkung beim Schuldner ist nach deutschem Zwangsvollstreckungsrecht die Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner. So lautet die Anordnung in § 829 DZPO. Art. 13 des Haager Zustellungsübereinkommens⁷⁹ erlaubt die Verweigerung einer Zustellung, wenn die Hoheitsrechte des ersuchten Staates tangiert sind⁸⁰. Abgesehen davon kann aber gefragt werden, ob eine Anordnung zur Pfändungs- und Überweisung sogar bei einer fiktiven Inlandzustellung geeignet wären, ausländische Hoheitsrechte zu tangieren⁸¹.

c) Zuständigkeiten für Erkenntnisverfahren und Exequatur nach LugÜ⁸²

aa) Noch keine Titulierung erfolgt

Für eine Darstellung des Zusammenspiels des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses mit dem internationalen Zuständigkeitsrecht ist das *Vorgehen des Vollstreckungsgläubigers* nach erfolgter Überweisung näher unter die Lupe zu nehmen. Dabei ist zu unterscheiden, ob der arbeitsrechtliche Anspruch zwischen Vollstreckungsschuldner und Drittschuldner bereits in einem gerichtlichen Erkenntnis festgehalten ist. Ist dies nicht der Fall, und zahlt der Drittschuldner nicht freiwillig den Vollstreckungsgläubiger⁸³, so hat der Vollstreckungsgläubiger ein Verfahren gegen den Drittschuldner einzuleiten, um die ihm überwiesene Forderung durchzusetzen. Das sei nachstehend untersucht.

Gegenstand dieses Verfahrens können zwei zu unterscheidende Fragen sein: Bestand oder Höhe der arbeitsrechtlichen Forderung oder die Aktivlegitimation des Vollstreckungsgläubigers. Zum Nachweis seiner

⁷⁸ Angesichts der unklaren *bundesgerichtlichen obiter dicta* wäre auch nicht davon auszugehen, dass die Schweiz ihre Zustimmung zu einer entsprechenden ausländischen Praxis gegeben hätte.

⁷⁹ SR 0.274.131. Allgemein zum Zustellungsübereinkommen siehe Volken Paul, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 44 ff.; Lobsiger Adrian/Markus Alexander R., Überblick zu den vier neuen Konventionen über die internationale Rechtshilfe, SJZ 10 1996, 187 ff.; SJZ 11/1996, 202 f.; Bischof Thomas, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, Zürich 1997, 241 ff.

⁸⁰ Vgl. Gottwald 289; vgl. Stöber N 39, bes. Anm. 10 f. Handelte der ersuchte Staat bewusst gegenteilig, so würde dies als «Mitwirkung» und damit einer Zustimmung des ersuchten Staates verstanden, wie sie nach herkömmlicher deutscher Auffassung auch gefordert wurde.

⁸¹ Vgl. die berechtigten Zweifel am diesbezüglichen Unterschied zwischen effektiver und fiktiver Zustellung von Schack, ZVR, N 593; vgl. auch BGE 73 III 121, der umgekehrt Pfändungsanzeigen auch ohne Vermittlung ausländischer Behörden als zulässig ansieht. Eine direkte Zustellung per Post oder eine fiktive Inlandzustellung reiben sich eher an der Souveränität ausländischer Behörden als die rechtshilfweise Zustellung, bei welcher der ersuchte Staat selber – wenn auch zuweilen unbewusst – mitwirkt.

⁸² SR 0.275.11.

⁸³ Zurückhalten der Zahlung ist nach Kenntnis des Verfassers der Regelfall, in Anbetracht der befürchteten Doppelbelastung.

Aktivlegitimation wird der Vollstreckungsgläubiger den Überweisungsbeschluss vor Gericht produzieren, es geht also um die Gültigkeit der Überweisung gemäss § 835 ff. DZPO.

Wo ist die Klage des Vollstreckungsgläubigers anzubringen? Das LugÜ unterscheidet zwischen Zuständigkeiten für materiellrechtliche Erkenntnisverfahren nach den Art. 2 ff. und der Zuständigkeit für Vollstreckungsverfahren nach Art. 16 Ziff. 5. Die Unterscheidung ist funktional vorzunehmen. Das Erkenntnisverfahren ist darauf ausgerichtet, Rechtsgewissheit im Einzelfall herzustellen, während Vollstreckungsverfahren der zwangsweisen Verwirklichung des rechtmässigen Zustandes dienen⁸⁴. Eine dritte Kategorie von Entscheidungen kennt das LugÜ grundsätzlich nicht⁸⁵. Die Frage des Bestandes der arbeitsrechtlichen Forderung gehört als materiellrechtliche Frage ins Erkenntnisverfahren, während sich der Übergang der Forderung kraft Forderungsüberweisung als vollstreckungsrechtlich qualifiziert.

Damit erstaunen die Unsicherheiten nicht, ob die Klage des Vollstreckungsgläubigers an einem Gerichtsstand des LugÜ für Erkenntnisverfahren oder im Vollstreckungsstaat im Sinne von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ stattzufinden hat. Streitgegenstand sind zwangsvollstreckungsrechtliche wie materiellrechtliche Fragen zugleich. Für eine zwangsvollstreckungsrechtliche Qualifikation könnte argumentiert werden, dass der materielle Bestand der – vorliegend arbeitsrechtlichen Forderung – in aller Regel kein Thema sein wird. Es wird in der Praxis jeweils hauptsächlich um den Gläubigerwechsel oder um den betragsmässigen Umfang dieser Änderung gehen. Trotzdem ist dem Drittschuldner m.E. in jedem Fall ein Erkenntnis-Gerichtsstand zu garantieren. Erstens wird mit dem Verfahren die Türe zur anschliessenden Vollstreckung der – arbeitsrechtlichen – Forderung geöffnet. Das Verfahren stellt sich im System des LugÜ als «Titelproduktionsverfahren» dar, nicht als «Titelvollstreckungsverfahren»⁸⁶. Zweitens ist der Gläubigerwechsel mindestens aus der Sicht des Beklagten eine Frage der materiellrechtlichen Aktivlegitimation. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die arbeitsrechtliche Forderung vom Gericht mit *res iudicata* entschieden wird.

Für die materiellrechtliche Arbeitsstreitigkeit des Ausgangsbeispiels kommen Art. 2 LugÜ, Art. 5 Ziff. 1 LugÜ oder – sehr selten, nach Aus-

⁸⁴ Guldener Max, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955) 19 ff., 20.; Markus Alexander R., Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbefehl, 2. Aufl. Basel 1997, 49 ff. (m.w.H.); Walter Gerhard, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 2002, 233. Anders Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, Art. 16 N 26, der Entscheidungen, die ihrerseits noch der Vollstreckung bedürfen, als Erkenntnisse bezeichnet. So betrachtet wären auch Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse nur an einem Gerichtsstand nach Art. 2 ff. LugÜ möglich.

⁸⁵ Markus, Lugano-Übereinkommen, 50 f.; vgl. Walter 232. (Exequaturverfahren zählen insofern zu den Vollstreckungsverfahren. Sicherungsmassnahmen zu Gunsten eines Erkenntnisverfahrens fallen unter Art. 24 LugÜ.)

⁸⁶ Vgl. dazu Markus, Lugano-Übereinkommen 66 ff.

bruch der Streitigkeit – Art. 17 LugÜ in Frage. Massgeblich ist i.d.R. der gewöhnliche Arbeitsort des Vollstreckungsschuldners, der sich vorliegend in der Schweiz befindet. Würde die Angelegenheit indessen als zwangsvollstreckungsrechtlich angesehen, so wären die Gerichte des Vertragsstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Vollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist⁸⁷. Hier hängt es also wiederum vom Gesichtspunkt ab, wo die Belegenheit der Forderung angenommen wird.

Bei der Frage nach dem Ausgang des Verfahrens ist je nach Gerichtsstand zu unterscheiden:

- Klagt der Vollstreckungsgläubiger gegen die Drittschuldnerin Hoffmann-La Roche in der Schweiz (Art. 2 oder nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ), so wird seine Klage sehr wahrscheinlich mangels Aktivlegitimation abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis untersteht schweizerischem Recht, während der Übergang der Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger allein auf der deutschen ZPO beruht. Kollisionsrechtlich gilt vor dem Schweizer Gericht die *lex fori*, also das schweizerische SchKG. Auch könnte der deutsche Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Schweizer Verfahren nicht anerkannt werden. Instrumente des Vollstreckungsrechts sind einer Anerkennung über das LugÜ nicht zugänglich⁸⁸. Ausserdem wurde das rechtliche Gehör nach Art. 27 Ziff. 2 LugÜ nicht gewährt⁸⁹. Diese Vorgehensweise führt also sehr wahrscheinlich nicht zum Ziel des Vollstreckungsgläubigers.
- Eröffnet der Vollstreckungsgläubiger ein Verfahren in Deutschland, so gibt es dort zwei mögliche Eintretensgründe: Entweder besteht ein Erkenntnis-Gerichtsstand (vorliegend Art. 17 LugÜ) oder die Sache wird als reine Vollstreckungsangelegenheit behandelt. Hat der Drittschuldner Vermögen in Deutschland, so kann aufgrund der daraus hervorgehenden Entscheidung darin vollstreckt werden⁹⁰. Der Vollstreckungsgläubiger hat sich so das Exequaturverfahren in der Schweiz «erspart». Hat der Drittschuldner kein Vermögen in Deutschland, so kann die deutsche Entscheidung in der Schweiz zur Voll-

⁸⁷ Vgl. Art. 16 Ziff. 5 LugÜ.

⁸⁸ Schlosser Peter, Bericht zum EuGVÜ, Abl. 1979 C 59/71, Nr. 184; Markus, Lugano-Übereinkommen 49 (m.w.H.); Jametti Greiner Monique, Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 1998, 301; Schack, ZVR, N 957; Bucher Andreas, Droit international privé suisse, Tome I/1: Partie générale – Conflits de juridictions, Basel 1998, N 236. Einzige und ausdrückliche Ausnahme sind Art. 43 LugÜ/Art. 49 EuGVO. Ausserhalb des LugÜ und auf der Grundlage der *comity* (Freundschaft unter den Staaten) können ausländische Hoheitsakte des öffentlichen Rechts dennoch einer Form der «Akzeptation» zugänglich sein (*Act of State-Doktrin*). Schuld- oder sachenrechtliche Wirkungen ausländischer Vollstreckungsakte können im Inland als gültig respektiert werden, solange sie ausschliesslich territorial wirken und nicht gegen den inländischen ordre public verstossen (Gottwald 288; Verdross/Simma § 1021; vgl. IPRax 1984, 196 zu BverfGE 64, 1, 29, 20).

⁸⁹ Nach § 834 DZPO ist der Vollstreckungsschuldner vor der Pfändung nicht zu hören.

⁹⁰ Vgl. Schack, ZVR, N 986, der Zuständigkeitsprobleme nur annimmt, wenn die Klage ausserhalb des Vollstreckungsstaats erfolgen muss.

streckbarerklärung gebracht werden⁹¹. Hier besteht durchaus die Möglichkeit, dass der Antrag gutgeheissen wird. Die Überprüfung der indirekten Zuständigkeit durch den Vollstreckungsstaat ist in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht möglich⁹². Die schweizerische Antragsgegnerin müsste vielmehr argumentieren, beim deutschen Urteil handle es sich um kein Erkenntnisurteil, sondern um eine reine Vollstreckungsentscheidung. Wie erwähnt, sind Vollstreckungsentscheidungen einem Exequatur nicht zugänglich.

Mit einem Verfahren in Deutschland hat der Vollstreckungsgläubiger also eine reale Chance, sein Vollstreckungsziel zu erreichen. Aus der Sicht des Verfassers ist damit jedoch entweder der Tatbestand der Verletzung der direkten Zuständigkeitsvorschriften oder doch wenigstens eine Form der Umgehung des LugÜ-Exequaturverfahrens gegeben⁹³.

bb) Titulierung bereits erfolgt

Liegt bereits ein – schweizerisches – arbeitsrechtliches Urteil vor⁹⁴, und hat der Drittschuldner Vermögen in Deutschland, so wird der Vollstreckungsgläubiger dieses in Deutschland vollstreckbar erklären wollen. Dort wird der Vollstreckungsgläubiger das schweizerische Urteil zusammen mit dem Überweisungsbeschluss erfolgreich vorlegen können. In Deutschland gilt der Übergang der Aktivlegitimation kraft deutschem Vollstreckungsrecht, sodass eine Vollstreckung ins deutsche Vermögen des Drittschuldners möglich sein wird. Ein Vollstreckungsversuch in der Schweiz wäre demgegenüber wahrscheinlich erfolglos, weil das Urteil zu Gunsten des Vollstreckungsschuldners lautet, und der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wie erwähnt als zwangsvollstreckungsrechtliche Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden kann.

cc) Ergebnis: Dilemma des Drittschuldners

Die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme ist real. Wie vorstehend gezeigt, kann der Vollstreckungsgläubiger die überwiesene Forderung in Deutschland und u.U. auch in der Schweiz durchsetzen. Gleichzeitig kann auch der Vollstreckungsschuldner seine Lohnforderung in Basel einklagen und materiellrechtlich damit durchdringen, weil er nach anwendbarem schweizerischem Obligationenrecht nach wie vor Forderungsgläubiger und aktivlegitimiert ist⁹⁵. Wie erwähnt, wird die deutsche Forderungspfändung und der damit verbundene Übergang der Aktivlegitimation auf den deutschen Vollstreckungsgläubiger nicht aner-

⁹¹ Art. 31 ff. LugÜ.

⁹² Art. 28 Abs. 4 LugÜ.

⁹³ Vgl. hinten unter 4.a. und c.

⁹⁴ Dieses Urteil hätte der Vollstreckungsschuldner grundsätzlich dem Vollstreckungsgläubiger auszuhändigen (§ 836 Abs. 2 DZPO).

⁹⁵ Das deutsche Einziehungsverbot wird ihn davor möglicherweise nicht abhalten. Sanktioniert wird es ausschließlich in Deutschland und dies ohnehin nur, wenn die Verletzung den dortigen Behörden zu Ohren kommt.

kannt⁹⁶. Das Verbot für den Vollstreckungsschuldner, die Forderung einzuziehen, bleibt grenzüberschreitend wirkungslos. Auch könnten die schweizerischen Gerichte den Übergang der Aktivlegitimation nicht kraft eigener Autorität selber entscheiden. Die Anwendung des § 836 Abs. 1 DZPO als deutsches Verfahrensrecht stünde im Widerspruch mit dem Territorialitätsprinzip, das als Kollisionsrecht international zur Abgrenzung nationaler Zwangsvollstreckungsrechte funktioniert. Hat der Drittschuldner den Vollstreckungsgläubiger bereits bezahlt, so kann er immerhin versuchen, dem Vollstreckungsschuldner die Einrede des Rechtsmissbrauchs oder der ungerechtfertigten Bereicherung des Vollstreckungsschuldners entgegenzuhalten⁹⁷. Hat der Drittschuldner bereits den Vollstreckungsschuldner bezahlt, so stünde ihm bei einer Klage des Vollstreckungsgläubigers in Deutschland hingegen kein vergleichbarer Behelf offen⁹⁸.

Als Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Die beschriebenen grenzübergreifenden und sich überschneidenden Vollstreckungszuständigkeiten bewirken, dass inhaltliche Unterschiede zwischen dem anwendbaren materiellen Recht und dem Vollstreckungsrecht – wie vorliegend die Aktivlegitimation zur Forderung gegen den Drittschuldner – virulent werden und im internationalen Verhältnis zu widersprüchlichen Ergebnissen führen.

4. Lösungen und Wege

a) *Ein korrekter Weg: Arrest und Pfändung in der Schweiz*

Die Lösung des obigen Beispiels nach LugÜ ist die folgende: Die Forderung gegen den Drittschuldner ist nicht Gegenstand eines deutschen, sondern eines schweizerischen Vollstreckungsverfahrens. Der deutsche Vollstreckungsgläubiger macht seine Forderung aus Autoverkauf gegen den Vollstreckungsschuldner mit Arrest und Betreibung am Ort der Drittschuldnerin Hoffmann-La Roche in der Schweiz geltend⁹⁹, wo die Forderung verarrestiert und anschliessend gepfändet werden kann. Ggf. ist die Kaufpreisforderung vorher an einem Gerichtsstand nach LugÜ zu titulieren und in der Schweiz vollstreckbar zu erklären¹⁰⁰. Einzug bzw. Verwertung der Forderung erfolgen also grundsätzlich in der Schweiz im betreibungsrechtlichen Verfahren gegen den deutschen Vollstreckungsschuldner. Reicht das schweizerische Vermögen des Drittschuldners nicht

⁹⁶ Unter allen Vorbehalten nimmt auch Schack (ZVR, N 984) an, Probleme könnten in der Situation entstehen, wenn der Vollstreckungsschuldner in einem Staat klagt, der die frühere Forderungspfändung nicht «anerkennt». Exakt dies ist *de lege lata* der Fall.

⁹⁷ Staehelin, Anerkennung 127. Das Bereicherungsstatut bestimmt sich nach Art. 128 IPRG. A.M. Schack, ZVR, N 958.

⁹⁸ Vgl. Gottwald 289 Anm. 49.

⁹⁹ Vgl. BGE 114 III 31; vgl. Stöber N 39 Anm. 11.

¹⁰⁰ Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG gibt nur einen schweizerischen Arrestort, wenn ein ausreichender Bezug der Forderung zur Schweiz besteht oder wenn ein provisorischer oder definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt.

aus, so mag sich der Steigerungspreis durch das Risiko der Forderungseintreibung im Ausland entsprechend reduzieren, je nachdem, wo Gerichtsstände zur Durchsetzung gegeben sind¹⁰¹.

Handelt es sich um ein deutsches Insolvenzverfahren, so kann dieses nach Art. 166 ff. IPRG in der Schweiz anerkannt werden; im Rahmen des dadurch ausgelösten schweizerischen «Mini-Konkurses» wird die Forderung gegen den Drittschuldner in dessen Masse einbezogen und kommt letztlich – immer nach Massgabe und unter den Voraussetzungen des IPRG – der deutschen Konkursmasse zugut¹⁰².

b) Alternative Lösungsmöglichkeiten im deutschen Verfahren?

Im Vordergrund steht ein Verzicht der deutschen Praxis auf Erlass von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen gegenüber Drittschuldnern in der Schweiz, oder wenigstens ein Verzicht auf den Versuch, diese Beschlüsse in die Schweiz zuzustellen¹⁰³. Wenn der deutsche Vollstreckungsschuldner mit den dortigen Zwangsvollstreckungsbehörden kooperiert, so kann er allerdings im Rahmen des Verfahrens dem Vollstreckungsgläubiger eine Vollmacht zum Einzug seiner Forderung bzw. dem gepfändeten Teil derselben in der Schweiz erteilen¹⁰⁴. Die Kooperationsbereitschaft des Schuldners scheint der Praxis oft gegeben zu sein.

§ 844 DZPO gäbe Raum für die Anordnung einer anderen Form der Verwertung, weil dort eine andere Art der Verwertung einer Forderung angeordnet werden kann. Denkbar wäre, den Vollstreckungsschuldner unter Strafdrohung zu verpflichten, die Forderung selber einzuziehen, und das Erlangte an den Vollstreckungsgläubiger oder an das Vollstreckungsgericht herauszugeben.

Handelte es sich beim Pfändungs- und Überweisungsbeschluss um eine bloss Benachrichtigung des Drittschuldners ohne Rechtswirkungen im In- und Ausland, so könnte der Beschluss von den deutschen Gerichten so gekennzeichnet oder mit einer entsprechenden Belehrung versehen werden. Damit wären die Voraussetzungen für eine Zustellung an den schweizerischen Drittschuldner erfüllt¹⁰⁵.

¹⁰¹ Eine gerichtliche Geltendmachung der Forderung durch den Erwerber ist problemlos, wenn – wie im vorliegenden Beispiel sehr wahrscheinlich – ein schweizerischer Gerichtsstand gegeben ist. Das schweizerische Urteil zu Gunsten des Erwerbers wird in Deutschland nach Art. 31 ff. LugÜ anerkannt. Bei einem deutschen Gerichtsstand könnten sich die vorne unter 3.c. genannten Probleme annähernd spiegelbildlich ergeben (vgl. aber Schack, Zwangsvollstreckung 177). Immerhin wäre in dieser Situation eine «Akzeptation» der schweizerischen Zwangsversteigerung in Deutschland möglich (vgl. vorne unter 3.c. aa., Fn. 88).

¹⁰² Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans nach Art. 173 IPRG.

¹⁰³ Wie von den deutschen Behörden angekündigt; vgl. vorne unter 2.c.

¹⁰⁴ Ein pragmatisches Vorgehen schweizerischer Konkursämter im umgekehrten Fall kann beobachtet werden. Trotz gewisser Zweifel denkbar wäre auch eine Abtretung der Forderung, welche den Vorschriften des anwendbaren materiellen Rechts genügt (Schriftlichkeit nach Art. 165 Abs. 1 des schweizerischen OR).

¹⁰⁵ Vgl. Bischof 174; VPB 65.71 betreffend direkte Zustellungen rein informativen Inhalts.

c) Ein neues IZPR der Zwangsvollstreckung?

Heutige Systeme wie dasjenige der EuGVO/LugÜ stellen die Zuteilungsgerechtigkeit für Erkenntniszuständigkeiten in den Mittelpunkt. Diese funktioniert im Verbund mit rein territorialen (und national bestimmten) Exequatur- und Vollstreckungsverfahren. Die Verfahren sind aus der Sicht dieser Systeme untereinander nicht weiter abzugrenzen, weil sie sich als territoriale Verfahren idealtypisch nicht gegenseitig überschneiden und konkurrenzieren. Weiten die nationalen Rechte die Vollstreckungszuständigkeiten hingegen aus, sodass sie sich unkoordiniert gegenseitig überschneiden und konkurrieren können, so wird das Zusammenspiel zwischen der Anwendung des materiellen Rechts bei der Erkenntniszuständigkeit und des Vollstreckungsrechts gestört. Inhaltliche Unterschiede zwischen diesen Rechten werden virulent und führen im internationalen Verhältnis zu widersprüchlichen Ergebnissen. Das Exequaturverfahren wird dabei zu Lasten von Staaten zurückgedrängt, die selber nur eine schmalere Vollstreckungszuständigkeit beanspruchen. Damit entstehen Probleme wie die beschriebene Gefahr der Doppelbeanspruchung von Drittschuldern¹⁰⁶.

An eine Aufbrechung des Territorialitätsprinzips bei der Zwangsvollstreckung wäre also nur zu denken, wenn sie sowohl in sorgfältiger Abstimmung zum bestehenden internationalen Zivilverfahrensrecht und in international koordinierter Form erfolgen würde. Ein Parallelsystem zum System der internationalen Zuständigkeit für Erkenntnisverfahren wäre zu errichten und beide Ebenen miteinander zu koordinieren¹⁰⁷: Positive Kompetenzkonflikte bei der Zwangsvollstreckung zwischen den Staaten wären mit einem Zuständigkeits- und Rechtshängigkeitssystem zu regeln und die grenzüberschreitende Anerkennung von Pfändungs- und Verwertungsmassnahmen sicherzustellen¹⁰⁸. Die Vermeidung paralleler Vollstreckungsverfahren in zwei Staaten betreffend denselben Vollstreckungsschuldner wäre aber nicht ausreichend. Gegeneinander abzugrenzen wären auch widersprechende Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren in verschiedenen Staaten¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Vgl. IPRax 5/1997, 337 (zu BAG v. 19.3.1996). Im Gegensatz dazu sind im heutigen System *negative Kompetenzkonflikte* nicht auszuschliessen. Eine Zuständigkeitsleere bei der Vollstreckung ist nach nationalem Recht analog Art. 3 IPRG zu füllen. Dabei besteht naturgemäss keine Gefahr, dass sie in Konflikt mit Hoheitsansprüchen des anderen Staates gerät.

¹⁰⁷ Zwangsvollstreckungszuständigkeit und Erkenntniszuständigkeit einfach gleichzusetzen, könnte aber Konflikte mit der Territorialhoheit nicht ausschliessen (vgl. Schack, Zwangsvollstreckung 177).

¹⁰⁸ In diese Richtung geht insbesondere Schack, wenn er sagt, «die Lösung [für das Dilemma des Drittschuldners] könne nur ein geschlossenes System von Zuständigkeit und Anerkennung [für Pfändungsbeschlüsse] bringen» (Schack, ZVR, N 985; Schack, Zwangsvollstreckung 177 f.). Vgl. Mössle 238 ff.

¹⁰⁹ Hätte der Schweizer Richter im Erkenntnisverfahren des Arbeitnehmers gegen die Hoffmann-La Roche eine ggf. zeitlich vorangegangene Forderungspfändung und -überweisung nach deutscher ZPO und damit den Übergang der Aktivlegitimation auf dem Weg der Anerkennung zu berücksichtigen? Oder wäre – wohl richtigerweise – dem Erkennt-

Der Ruf nach Straffung und Vereinfachung der grenzüberschreitenden Vollstreckung ist zwar nachvollziehbar. Diese Regeln vermögen nicht voll zu befriedigen, weil sie zuweilen unsicher und umständlich sind¹¹⁰. Das beschriebene «koordinierte Parallelsystem» könnte sich allerdings als sehr komplex erweisen. Die bestehenden Art. 16 Ziff. 5 LugÜ bzw. Art. 21 Ziff. 5 EuGVO¹¹¹ wären zu überarbeiten. Die Entwicklung in der EU zeigt, dass es andere (und schlankerere) Wege gibt, die grenzüberschreitende Vollstreckung zu straffen. Angesprochen sei z.B. die Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels¹¹².

d) Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Betrachtungen sollen zeigen, dass Forderungspfändung und -verwertung sinnvoll nur im Staat des Drittschuldners vorzunehmen sind. Nicht nur bestehen gegen diese Praxis völkerrechtliche Bedenken. Vor allem ergeben sich auch grundsätzliche Irritationen und sogar Widersprüche im bestehenden System des internationalen Zivilverfahrensrechts. Werden ausländische Drittschuldnerpfändungen und -überweisungen in der Schweiz zugelassen, so vermag das LugÜ alleine keinen Schutz des Drittschuldners vor Doppelbeanspruchung zu gewähren¹¹³. Zwar lässt sich eine einheitliche Staatenpraxis betreffend Forderungsbelegenheit noch nicht ausmachen¹¹⁴. Wie neben dem IPRG insbesondere Art. 2 lit. g EuInsVO zeigt, so scheinen sich jedoch Beschlagnahme und Verwertung von Forderungen im Staat des Drittschuldners als allgemeiner Grundsatz in Europa durchzusetzen¹¹⁵.

nisverfahren Vorrang einzuräumen und ein solches unbedingt abzuwarten (was aber wiederum zu Lasten einer Beschleunigung und Vereinfachung ginge)?

¹¹⁰ Beim vorstehend unter a) erwähnten «korrekten Weg» stellen sich die Probleme, dass die Sicherung wegen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG fehlschlagen und der Verwertungserfolg bei einer Vollstreckung in deutsches Vermögen des Drittschuldners beeinträchtigt sein können.

¹¹¹ Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EG) Nr. 44/2001.

¹¹² Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (KOM [2002] 159 endg. – Abl. C 203 E vom 27.8.2002).

¹¹³ Nach Abschluss des vorliegenden Aufsatzes ist die Dissertation von Jérôme Lange (Fussnote 73) erschienen. Lange argumentiert, dass Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse aus der völkerrechtlichen Sicht Deutschlands zulässig sind, mindestens solange sich der Wohnsitz des Forderungsgläubigers (Vollstreckungsschuldners) oder des Forderungsschuldners (Drittschuldners) im Erlassstaat befinden (199). Er plädiert für eine Anerkennung solcher ausländischer Instrumente analog § 102 Abs. 1 EGINsO (385 ff.). Jedoch anerkennt Lange die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme für den deutschen und umso mehr für den ausländischen Drittschuldner im spiegelbildlichen Fall und die damit verbundenen praktischen Probleme (388 ff.). Mit dem Schreibenden geht er insofern überein, als die derzeitige Situation solange unbefriedigend ist, als «die Staaten der Welt kein aufeinander abgestimmtes, geschlossenes System von Zuständigkeit und Anerkennung von Forderungsvollstreckungsmassnahmen vorsehen» (391). Ein solches System ist – wie der Autor ebenfalls eingesteht – heute nicht in Sicht (391).

¹¹⁴ Vgl. Mössle 39.

¹¹⁵ Auch die USA pfänden nur, wenn der Drittschuldner US-amerikanischer *jurisdiction* unterliegt, Mössle 61.